

LESEPROBE

**Crashkurs
Öffentliches
Recht**

HESSEN

Autor:

RA Dr. Dirk Kues

Herausgeber: SSK, Soltner, Schweinberger, Kues

Allgemeines Verwaltungsrecht

A. Verwaltungsakt, § 35 HVwVfG

Problematische VA-Merkmale:

I. Behörde

Legaldefinition in § 1 II HVwVfG. Konkretisierende Merkmale:

1. Einsetzung durch Hoheitsakt.
2. Unabhängig von einem Mitgliederwechsel.
3. Handelt unmittelbar im eigenen Namen nach außen.

Beachte: An diesem Merkmal scheitert i. d. R. die Behördenstellung der Gemeindevertretung (GV), da ihre Entscheidungen grds. noch einer Umsetzung nach außen durch den GVorstand bedürfen. Daher ist grds. der GVorstand die Behörde der Gemeinde.

Ausn.: GV entscheidet über Zulassung eines Bürgerbegehrens (s.u. Kommunalrecht) oder über Straßenumbenennung. Hier bedarf es keiner Umsetzung mehr, so dass GV selbst die Behörde ist.

Probleme:

- a) Verwaltungshelfer = Person des Privatrechts, die Hoheitsrechte im Namen der Behörde ausübt, die sie beauftragt hat (Bsp.: Abschleppunternehmer, Schülerlotse). Ist selbst nicht Behörde. Beauftragung kann auch zivilrechtlich erfolgen, weil die Hoheitsrechte nicht im eigenen Namen ausgeübt werden, z.B. durch einen Vertrag.
 - b) Beliehener = Person des Zivilrechts, die Hoheitsrechte im eigenen Namen ausübt (Bsp.: Prüfer beim TÜV, wenn er die HU-Plakette aufklebt; Bezirksschornsteinfeger, wenn er die Heizungsanlage überprüft). Der Beliehene ist selbst Behörde und nach h.M. auch selbst Klagegegner. Da der Staat hier seine Hoheitsrechte komplett auf eine Privatperson überträgt, muss eine gesetzliche Ermächtigung vorliegen.
4. Ausübung von Verwaltungstätigkeit, d.h. keine Gesetzgebung und keine Respr.

II. Regelung

= rechtsverbindliche Anordnung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist, d.h. Auferlegung einer Pflicht (z.B. Platzverweis, Abrissverfügung), Verleihung eines Rechts (z.B. Baugenehmigung) oder verbindliche Feststellung der Rechtslage (z.B. Feststellung der dauerhaften Dienstunfähigkeit eines Beamten).
 Grenzt ab vom Realakt bzw. schlicht-hoheitlichen Handeln wie etwa dem rechtsunverbindlichen Hinweis oder der Auskunft.

Probleme:

1. Standardmaßnahmen

Einordnung strittig. Richtigerweise kommt es auf die jeweilige Standardmaßnahme und die konkrete Situation an. Überwiegend werden sie Regelungswirkung haben (z.B. Platzverweis). Insbes. ist darauf zu achten, ob vor Durchführung der Standardmaßnahme ein ausdrücklicher Befehl erteilt wurde (z.B. „öffnen sie die Tür“ oder „ich nehme sie jetzt in Gewahrsam“). Dann entfaltet jedenfalls dieser Befehl Regelungswirkung. Demgegenüber fehlt die Regelungswirkung z.B. bei einer Observationsmaßnahme.

2. Verwaltungsvollstreckung

Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung wie Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang sollen nach einer Ansicht eine konkludente Duldungsverfügung beinhalten (z.B. „dulde, dass ich dich schlage“). Dagegen spricht jedoch, dass schon nach dem äußeren Ablauf des Geschehens ein rein tatsächliches Handeln der Behörde vorliegt. Zudem bedarf es der Konstruktion einer konkludenten Duldungsverfügung nicht, da auch gegen Realakte effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht.

III. Einzelfall

Grenzt ab vom Gesetz. Fallgruppen:

1. Konkret-individuell

= ganz bestimmter Sachverhalt (= konkret) wird für eine ganz bestimmte Person (= individuell) geregelt, z.B. Erteilung einer Baugenehmigung.

2. Konkret-generell

= ganz bestimmter Sachverhalt (= konkret) wird für unendlich viele Personen (= generell) geregelt.

Das ist die Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 HVwVfG. Die Norm hat 3 Fälle:

- a) Adressatenbezogene Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 1. Fall HVwVfG, z.B. Lichtzeichen einer Verkehrsampel.

- b) Sachbezogene Allgemeinverfügung/dinglicher VA gem. § 35 S. 2 2. Fall HVwVfG, z.B. Widmung einer öffentlichen Straße, Straßenumbenennung.
 - c) Benutzungsregelnde Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 3. Fall HVwVfG, z.B. Verkehrsschilder.
3. Abstrakt-individuell
- = unendlich viele Sachverhalte (= abstrakt) werden für eine ganz bestimmte Person (= individuell) geregelt.
- Bsp.: Kraftwerksbetreiber wird verpflichtet, die angrenzende Straße zu streuen, wenn die Temperatur unter 0 Grad fällt, da dann der Wasserdampf aus seinem Kühlturm für Glatteisbildung sorgt.
- Es handelt sich um eine VA i.S.d. § 35 S. 1 HVwVfG.
4. Abstrakt-generell
- = unendlich viele Sachverhalten (= abstrakt) werden für unendlich viele Personen geregelt (= generell).
- Das ist ein Gesetz.
- Beachte: Formelle Gesetze sind Gesetze, die ein förmliches Gesetzgebungsverfahren durchlaufen haben, also Gesetze, die vom BT oder den Landesparlamenten stammen. Materielle Gesetze sind demgegenüber Gesetze, die von der Exekutive erlassen wurden, d.h. RVO und Satzungen. Einfache Gesetze sind Gesetze, die mit einfacher Mehrheit erlassen wurden, also alle Gesetze unterhalb des GG.

IV. Außenwirkung

- = Maßnahmen muss final darauf gerichtet sein, Rechtswirkungen bei einer Person zu erzeugen, die außerhalb des handelnden Verwaltungsträgers steht.
- Grenzt ab vom Verwaltungsinternum sowie vom (ungewollten) Rechtsreflex.
- Probleme:**
1. Sonderstatusverhältnisse (Beamte, Richter etc.)
- Entscheidend ist, ob der Adressat in seiner persönlichen Rechtsstellung betroffen ist (z.B. Einstellung, Beförderung, Entlassung) oder nur als Glied der Verwaltung angesprochen wird (z.B. Arbeitsanweisungen des Vorgesetzten).
- Indiz: Ist der Adressat austauschbar, wäre die Maßnahme also gegen jeden beliebigen Adressaten ebenso ergangen, spricht dies gegen eine Betroffenheit in der persönlichen Rechtsstellung.
2. Mehrstufiger VA
- = bevor Erlassbehörde nach außen gegenüber dem Bürger einen VA erlassen darf, muss sie intern andere Behörden (= Mitwirkungsbehörden) beteiligen.
- Diese Mitwirkung ist mangels Außenwirkung grds. kein VA.
- Ausn.:
- Mitwirkungsbehörde teilt ihre Entscheidung direkt dem Bürger mit.
 - Mitwirkungsbehörde prüft bestimmte Gesichtspunkte ausschließlich, so dass die Erlassbehörde daran gebunden ist und gegenüber dem Bürger quasi nur noch als Erklärungsbote auftritt.
3. Maßnahmen der Aufsichtsbehörde
- Bsp.: Weisung der Kommunalaufsichtsbehörde gegenüber einer Gemeinde.
- Außenwirkung hängt davon ab, in welchem Aufgabenbereich die Gemeinde betroffen ist. Ist ihr Selbstverwaltungsbereich berührt, kann sie der Aufsichtsbehörde mit der Selbstverwaltungsgarantie eine eigene Rechtsposition entgegenhalten, so dass sie ihr mit eigener Rechtspersönlichkeit entgegentritt. Es liegt dann eine ähnliche Beziehung wie im Verhältnis Bürger - Staat vor, so dass die Außenwirkung zu bejahen ist. Bezieht sich die Maßnahme der Aufsichtsbehörde hingegen auf Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung oder Auftragsangelegenheiten, dann steht der Gemeinde keine eigene Rechtsposition zur Verfügung, weil es sich um staatliche Aufgaben handelt, die der Gemeinde nur auftragsweise übertragen wurden (s.u. Kommunalrecht). In diesem Fall fehlt die Außenwirkung.
4. Kommunalverfassungsverstreit (KVS)
- = Streit zwischen Organen oder Organteilen einer kommunalen Selbstverwaltungseinrichtung um die ihnen zustehenden Kompetenzen.
- M.M. hält Außenwirkung für gegeben, wenn das klagende Organ/der Organteil in eigenen Rechten betroffen ist. Zieht also Parallelen zu den Sonderstatusverhältnissen (s.o.). Jedoch tritt der Betroffene hier nicht als natürliche Person, sondern in seiner hoheitlichen Funktion auf. Er rügt auch nicht private Rechtspositionen, sondern Organrechte. Schließlich ist die Annahme einer Außenwirkung auch nicht erforderlich, um ihm effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Daher lehnt die h.M. eine Außenwirkung grds. ab. Eine Ausnahme kommt nur bei Sanktionsmaßnahmen in Betracht, für die der Betroffene als Privatperson eintreten muss, z.B. Verhängung eines Ordnungsgeldes.

V. Bekanntgabe, § 41 HVwVfG

Ist kein Element der Legaldefinition des § 35 S. 1 HVwVfG, jedoch gem. § 43 I HVwVfG Wirksamkeitsvoraussetzung des VA.

Bekanntgabe = amtlich veranlasste Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Ein besonderer Fall ist die öffentliche Bekanntgabe gem. § 41 III, IV HVwVfG.

Problem: Bekanntgabe von Verkehrszeichen

Für Verkehrszeichen gelten besondere Bekanntgabevoraussetzungen aufgrund der StVO. Sie wirken gegenüber allen Verkehrsteilnehmern, sobald sie so aufgestellt sind, dass sie mit einem raschen, beiläufigen Blick erkannt werden können. Es kommt nicht darauf an, ob der Verkehrsteilnehmer tatsächlich vor Ort ist, sondern ob er das Verkehrszeichen erkennen könnte, wenn er vor Ort wäre.

B. Inhalts- und Nebenbestimmungen

I. Abgrenzung

Inhaltsbestimmung = legt den Inhalt des VA fest, ist der VA.

Nebenbestimmung = bezieht sich auf einen VA, ist akzessorisch, regelt jedoch einen eigenständigen Sachverhalt.

In beiden Fällen geht es in den Klausuren stets darum, dass ein eigentlich begünstigender VA mit einer belastenden Inhalts- oder Nebenbestimmung verbunden ist, gegen die sich der Betroffene wehren möchte.

Abgrenzungsmethoden:

- Wurde ein VA mit einem ganz bestimmten Inhalt begehrt und weicht die Behörde davon ab, gewährt also einen VA mit einem anderen Inhalt, liegt eine Inhaltsbestimmung vor. Bsp.: Begehrt wird eine Baugenehmigung für einen Saal ohne Säulen, genehmigt wird aber nur ein Saal mit Säulen.
- Alternativ kann auch durch Auslegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften ermittelt werden, was der begünstigende VA grds. gestattet. Tangiert die zugleich auferlegte Belastung den so ermittelten Inhalt des VA, handelt es sich um eine Inhaltsbestimmung, anderenfalls um eine Nebenbestimmung.
Bsp.: Die Pflicht, beim Führen eines Kfz eine Sehhilfe zu tragen, tangiert nicht das grds. Recht, alle Fahrzeuge einer bestimmten Klasse zu führen. Daher handelt es sich um eine Nebenbestimmung.

II. Abgrenzung der Nebenbestimmungen untereinander

Definition/Erläuterung der Nebenbestimmungen in § 36 II HVwVfG.

Problem: Abgrenzung Bedingung <-> Auflage

Entscheidend ist der objektive Wille der Behörde, d.h. es kommt darauf an, wie wichtig ihr die Einhaltung der Nebenbestimmung ist. Soll davon die Wirksamkeit des VA abhängen, dann Bedingung. Anderenfalls Auflage (+). Merksatz: Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht (= bei Nichteinhaltung der Bedingung ist der VA unwirksam, so dass die Bedingung auch nicht zwangsweise durchgesetzt werden muss). Die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht (= bei Nichteinhaltung der Auflage bleibt der VA existent, da ansonsten § 49 II 1 Nr. 2, III 1 Nr. 2 HVwVfG überflüssig wäre; jedoch kann die Auflage mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden).

Wortlaut hat nur Indizwirkung, weil Behörde häufig selbst nicht sicher zwischen Bedingung und Auflage unterscheiden kann. In verbleibenden Zweifelsfällen liegt die Auflage als das mildere Mittel vor.

III. Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmungen

Prüfung hängt davon ab, ob gebundene Entscheidung oder Ermessensentscheidung vorliegt:

Gebundene Entscheidung, § 36 I HVwVfG:

Nebenbestimmung nur zulässig, wenn ausdrückliche gesetzliche Bestimmung sie gestattet, z.B. § 64 IV HBO. Alternativ kann sie erlassen werden, wenn ansonsten die Voraussetzungen für den Erlass des gebundenen VA nicht vorliegen. Bsp.: Erlass einer Baugenehmigung mit der Nebenbestimmung, noch fehlende Stellplätze zu schaffen.

Ermessensentscheidung, § 36 II HVwVfG:

Keine besonderen Anforderungen an den Erlass einer Nebenbestimmung, weil zur Ermessensausübung auch die Entscheidung über den Erlass einer Nebenbestimmung gehört.

C. Aufhebung von Verwaltungsakten

I. Rücknahme rechtswidriger VA

1. EGL für die Rücknahme

Spezialnorm: § 45 I WaffG.

Im Übrigen gilt § 48 HVwVfG.

Anm. zur speziellen Aufhebungsvorschrift des § 15 GastG:

Das GastG des Bundes ist durch das HGastG abgelöst worden. Damit ist § 15 GastG unwirksam geworden. Das HGastG sieht im Übrigen für Gaststätten keine Genehmigungs-, sondern nur eine Anzeigepflicht vor, § 3 I HGastG. Folglich gibt es keine Parallelvorschriften zu §§ 5, 15 GastG. Stattdessen kann die zuständige Behörde dem Gastwirt die Gewerbeausübung gem. § 4 HGastG untersagen oder ihm gegenüber gem. § 10 II HGastG Anordnungen treffen

Probleme:

- a) Ist § 48 HVwVfG gegenüber einem Dritten anwendbar, an den der Adressat des VA die Begünstigung weitergereicht hat?

Grds. nicht, weil nur zwischen dem Adressaten und der Verwaltung ein Verwaltungsrechtsverhältnis besteht.

Ausn.:

- der Dritte ist der Gesamtrechtsnachfolger des Adressaten.
- VA bezieht sich auf ein bestimmtes Objekt, ist sachbezogen.
- Weitergabe der Begünstigung ist im VA selbst vorgesehen.
- VA verstößt gegen das EU-Recht; zwecks effektiver Durchsetzung des EU-Rechts muss auch eine Rücknahme und Rückforderung gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger des Adressaten möglich sein.

- b) Anspruch auf Rücknahme eines rechtswidrigen, belastenden, bestandskräftigen VA

Besteht zum einen unter den engen Voraussetzungen des § 51 I-III HVwVfG. Dann muss zusätzlich noch die EGL des bestandskräftigen VA geprüft werden. Zum anderen kann sich ein Anspruch aus § 48 I 1 HVwVfG ergeben, der dem Betroffenen einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gewährt. Das behördliche Ermessen ist jedoch nur auf null reduziert, wenn:

- die Verwaltung einen VA in gleich gelagerten Fällen aufgehoben hat,
- die Aufrechterhaltung des VA gegen die guten Sitten verstößt (z.B. weil die Verwaltung den Betroffenen davon abgehalten hat, sich rechtzeitig gegen den VA zu wehren) oder
- der VA offensichtlich rechtswidrig ist, d.h. zurzeit seines Erlasses kein vernünftiger Zweifel an seiner Rechtswidrigkeit besteht.

Ist keine dieser Konstellationen einschlägig, kann sich die Verwaltung ermessensfehlerfrei auf die eingetretene Bestandskraft des VA berufen und dessen Rücknahme ablehnen.

Sonderfall: Verstoß gegen das EU-Recht:

Verstößt ein VA gegen das EU-Recht, hat der Betroffene unter folgenden Voraussetzungen einen Anspruch aus § 48 I 1 HVwVfG auf Wiederaufgreifen des Verfahrens und zugleich richtigerweise auch einen Anspruch auf Rücknahme des VA (sog. Kühne & Haitz-Rechtsprechung):

- die Verwaltung ist befugt, einen rechtswidrigen, bestandskräftigen VA aufzuheben, was gem. § 48 I 1 HVwVfG der Fall ist
- der VA ist aufgrund eines letztinstanzlichen Urteils bestandskräftig geworden, d.h. der Betroffene hat alle verfügbaren Rechtsmittel in Anspruch genommen
- dieses Urteil beruht auf einer unrichtigen Auslegung des EU-Rechts, ohne dass der EuGH um Vorabentscheidung ersucht wurde
- der EuGH hat in einem späteren Verfahren die Europarechtswidrigkeit dieses Urteils festgestellt und der Betroffene hat unmittelbar nach Kenntniserlangung von der EuGH-Entscheidung die Verwaltung um Aufhebung des VA gebeten
- durch die Aufhebung werden nicht Belange Dritter verletzt.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

- a) Zuständigkeit

= die Behörde, die den aufzuhebenden VA erlassen hat bzw. hätte erlassen müssen (sog. Annexkompetenz).

Hat eine unzuständige Behörde den Ausgangs-VA erlassen, darf er nur von der eigentlich zuständigen Behörde aufgehoben werden.

- b) Verfahren, § 28 HVwVfG

- c) Form

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss die Rücknahme die gleiche Form haben wie der aufzuhebende VA.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

- a) Rechtswidriger Ausgangs-VA, § 48 I 1 HVwVfG

Inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA.

Problem: Anwendung des § 48 HVwVfG auf nachträglich rechtswidrig gewordene VA
Bsp.: Beamter erhält wegen einer besonderen Funktion, die er ausübt, eine Zulage. Nach einer Versetzung steht ihm die Zulage nicht mehr zu, er erhält sie aber weiterhin. Zuständige Behörde möchte Zulage rückwirkend zu dem Zeitpunkt aufheben, in dem die Versetzung erfolgte. Grds. (-), weil ansonsten § 49 II 1 Nr. 3, 4 HVwVfG überflüssig wären.
 Strittig, ob eine Ausnahme für Dauer-VA gilt (= VA, der ein auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis erzeugt, s. obiges Bsp.). Eine Ansicht lehnt dies ab, weil der Gesetzgeber mit § 49 II 1 Nr. 3, 4 HVwVfG eine abschließende Regelung getroffen habe. Die Gegenauffassung will § 48 HVwVfG anwenden, weil sich Dauer-VA ständig aktualisieren und deshalb ab dem Zeitpunkt, in dem sie rechtswidrig werden, wie ein ursprünglich rechtswidriger VA zu behandeln seien. Zudem könne sonst außerhalb der engen Voraussetzungen des § 49 III HVwVfG keine Aufhebung ex tunc erfolgen, so dass auch keine Rückforderung gem. § 49a I HVwVfG möglich ist. Der Begünstigte dürfe dann eine Leistung behalten, auf die er keinen Anspruch hatte.

b) Begünstigender Ausgangs-VA, § 48 I 2 HVwVfG

Wenn der Ausgangs-VA nicht begünstigend ist, gelten keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen.

Problem: Ausschluss des § 48 II-IV HVwVfG durch § 50 HVwVfG

Strittig, welche Anforderungen an den Rechtsbehelf des Dritten i.S.d. § 50 HVwVfG zu stellen sind. Die h.M. verlangt, dass der Rechtsbehelf zulässig und begründet ist, weil § 50 HVwVfG mit dem Ausschluss aller Vertrauensschutzregelungen des § 48 HVwVfG eine sehr belastende Rechtsfolge hat. Die M.M. lässt die Zulässigkeit des Drittrechtsbehelfs ausreichen. Für sie spricht der Wortlaut des § 50 HVwVfG, der keine Anforderungen an den Drittrechtsbehelf stellt. Zudem schließt § 50 HVwVfG auch die Vertrauensschutzregeln des § 49 HVwVfG aus. In dieser Konstellation kann der Drittrechtsbehelf aber gar nicht begründet sein, weil es bei § 49 HVwVfG um rechtmäßige VA geht.

c) Geldleistung oder teilbare Sachleistung, § 48 II 1 HVwVfG

Grenzt § 48 II HVwVfG ab von § 48 III HVwVfG. Teilbare Sachleistungen sind Leistungen, die den Staat nur finanziell belasten, z.B. Überlassung einer Wohnung.

aa) § 48 II HVwVfG

(1) Tatsächliches Vertrauen

Z.B. (-), wenn der Adressat gar keine tatsächliche Kenntnis vom begünstigenden VA hat.

(2) Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Prüfungsreihenfolge:

- § 48 II 3 HVwVfG:

§ 48 II 3 Nr. 2 HVwVfG verlangt im Gegensatz zu § 48 II 3 Nr. 1, 3 HVwVfG kein Verschulden. Allerdings müssen unrichtige oder unvollständige Angaben in den Verantwortungsbereich des Begünstigten fallen, dürfen also nicht durch die Behörde verursacht worden sein.

Bei § 48 II 3 Nr. 3 HVwVfG muss sich die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis auf die Rechtswidrigkeit des VA selbst beziehen. Eine bloße Kenntnis der Umstände, die zur Rechtswidrigkeit führen, genügt also (im Gegensatz zu § 49a II 2 HVwVfG) nicht.

- § 48 II 2 HVwVfG:

Leistungen sind nicht verbraucht, wenn noch vorhandene Wertgegenstände angeschafft oder Schulden getilgt wurden. Hingegen sind die Leistungen verbraucht, wenn das Geld für die allgemeine Lebensführung ausgegeben wurde. Zumutbarkeit der Rückgängigmachung einer Vermögensdisposition hängt von Einkommens-, Vermögens- und sonstigen Umständen des Betroffenen ab.

- § 48 II 1 HVwVfG:

Abwägung des Vertrauensschutzes des Betroffenen mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme. Ist § 48 II 2 HVwVfG einschlägig, beschränkt sich die Abwägung auf die Prüfung, ob ein atypischer Sonderfall vorliegt, der eine Ausnahme von der Regelwertung des § 48 II 2 HVwVfG gebietet. Bsp.: VA verstößt gegen das EU-Recht, so dass zum öffentlichen Rücknahmeinteresse das Interesse an einer effektiven Durchsetzung des EU-Rechts hinzutritt; Begünstigter verhält sich grob pflichtwidrig, indem er eine Subvention nicht zweckentsprechend verwendet.

Wenn § 48 II 2 HVwVfG nicht einschlägig ist, überwiegt in aller Regel das Rücknahmeinteresse.

Examenstipp:**OVG Lüneburg, Beschluss vom 21.3.2013, Az.: 8 LA 22/13, JA 2013, 799 f.**

Ist ein Träger der öffentlichen Verwaltung Adressat eines begünstigenden rechtswidrigen VA und wird dieser VA gem. § 48 HVwVfG aufgehoben, so kann sich der Träger der öffentlichen Verwaltung nicht auf Vertrauensschutz gem. § 48 II HVwVfG berufen.

bb) § 48 III HVwVfG

Beachte: Tatbestandlich verlangt § 48 III HVwVfG keine Berücksichtigung eines schutzwürdigen Vertrauens des Begünstigten.

d) Jahresfrist, § 48 IV HVwVfG

Probleme:

aa) Wann beginnt die Jahresfrist?

Nach h.M. beginnt die Jahresfrist erst, wenn der zuständige Sachbearbeiter alle Sach- und Rechtsfragen geklärt und auch sein Ermessen ausgeübt hat (Jahresfrist als Entscheidungsfrist). § 48 IV HVwVfG verfolge den Zweck, die Behörde unter einen Entscheidungsdruck zu setzen. Der Sachbearbeiter solle aber nicht auf ungesicherter Sach- oder Rechtslage eventuell weitreichende Entscheidungen treffen. Nach der M.M. beginnt die Jahresfrist bereits, sobald der Sachbearbeiter bemerkt, dass der VA nunmehr aufhebbar ist (Jahresfrist als Bearbeitungsfrist). Sinn und Zweck der Norm sei es nämlich auch, das Vertrauen des Betroffenen auf den Bestand des VA zu schützen. Die h.M. lasse den Vertrauensschutz komplett außer Betracht, die Jahresfrist laufe danach geradezu ins Leere.

bb) Ist § 48 IV HVwVfG im Rahmen von speziellen Rücknahmevorschriften anwendbar?

Da § 48 IV HVwVfG die Behörde unter einen Entscheidungsdruck setzen will, ist die Norm auf Ermessensentscheidungen zugeschnitten, da die Behörde bei gebundenen Entscheidungen nichts zu entscheiden hat. Folglich ist § 48 IV HVwVfG zumindest im Rahmen solcher speziellen Rücknahmevorschriften nicht anwendbar, die eine gebundene Rechtsfolge vorsehen, z.B. § 45 I WaffG. Ist die Rechtsfolge ein Ermessen, muss durch Auslegung der speziellen Rücknahmevorschrift ermittelt werden, ob § 48 IV HVwVfG ergänzend anwendbar ist.

cc) Anwendbarkeit bei nachträglicher Kenntniserlangung von Rechtsanwendungsfehlern

Rechtsanwendungsfehler liegen vor, wenn sich in tatsächlicher Hinsicht nachträglich nichts verändert hat, sondern die Behörde „nur“ zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt ist. § 48 IV 1 HVwVfG ist richtigerweise anwendbar. Das folgt im Umkehrschluss aus § 48 IV 2 HVwVfG, der gerade bestimmte Rechtsanwendungsfehler von der Jahresfrist ausnimmt. Ferner ist die Schutzwürdigkeit des Betroffenen unabhängig davon, ob die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält oder zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt.

dd) Einfluss des EU-Rechts

Verlangt das EU-Recht die Rücknahme eines VA, ist § 48 IV HVwVfG nicht anwendbar. Anderenfalls wäre es den Mitgliedstaaten möglich, durch die Normierung von Ausschlussfristen die Durchsetzung des EU-Rechts zu verhindern. Ferner gibt es auch keinen behördlichen Entscheidungsspielraum mehr, der über § 48 IV HVwVfG zu schützen wäre, wenn das EU-Recht die Rücknahme eines VA zwingend fordert.

e) Rechtsfolge, Ermessen, § 48 I 1 HVwVfG.

Beachte: Bei einer Rücknahme ex tunc sind bereits erbrachte Leistungen gem. § 49a I 1 HVwVfG zu erstatten.

Problem: Gehört zu einer fehlerfreien Ermessensausübung im Rahmen des § 48 III HVwVfG auch eine Berücksichtigung eines schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen?

Wird z.T. generell angenommen, weil schutzwürdiges Vertrauen wegen Art. 20 III GG bei der Aufhebung eines VA stets berücksichtigt werden müsse. Dagegen spricht jedoch die gesetzgeberische Konzeption des § 48 II, III HVwVfG. In § 48 II HVwVfG sieht der Gesetzgeber im Falle eines schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen auf den Bestand des VA vor, dass die Rücknahme ausscheidet (Vertrauensschutz durch Bestandsschutz). In § 48 III HVwVfG will der Gesetzgeber hingegen, dass der VA aufgehoben und schutzwürdiges Vertrauen durch einen Geldausgleich kompensiert wird (Vertrauensschutz durch Vermögensschutz). Das ist auch vor dem Hintergrund des Art. 20 III GG in Ordnung, solange durch den Geldausgleich eine vollständige Kompensation des schutzwürdigen Vertrauens möglich ist. Nur wenn dies nicht gelingt, weil der Schaden immateriell ist (z.B. Rücknahme einer Einbürgerung), muss das schutzwürdige Vertrauen bereits bei der Rücknahme des VA berücksichtigt werden.

II. Widerruf rechtmäßiger VA

1. EGL für den Widerruf

Spezialnorm: § 45 II WaffG.

Im Übrigen gilt § 49 HVwVfG.

Problem: Anwendung des § 49 HVwVfG neben § 15 II, III GastG (in BaWü und Rh.-Pfalz)
Nicht anwendbar, weil anderenfalls die speziellen Widerrufsgründe des § 15 II, III GastG unterlaufen würden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs (s.o. Rücknahme)

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

Abhängig davon, welcher Absatz des § 49 HVwVfG einschlägig ist:

a) § 49 I HVwVfG

- aa) Rechtmäßiger Ausgangs-VA
Inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA.
- bb) Nicht begünstigender Ausgangs-VA
- cc) Ausschlussgründe („außer wenn...“)
- dd) Rechtsfolge: Ermessen
Widerruf ist nur möglich ex-nunc.

b) § 49 II HVwVfG

Problem: Ausschluss durch § 50 HVwVfG (s.o. Rücknahme)

- aa) Rechtmäßiger Ausgangs-VA
Inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA.
Problem: Anwendung auf rechtswidrige VA
Da § 49 II HVwVfG sogar den Widerruf eines rechtmäßigen VA gestattet, ist er im Wege eines erst recht-Schlusses auch auf rechtswidrige VA anwendbar. § 49 HVwVfG ist also immer bzgl. der Aufhebung eines VA immer anwendbar, § 48 HVwVfG tritt als zusätzliche EGL hinzu, wenn es um die Aufhebung eines rechtswidrigen VA geht.
- bb) Begünstigender Ausgangs-VA
- cc) Widerrufsgrund, § 49 II 1 Nr. 1-5 HVwVfG
Im Fall des § 49 II 1 Nr. 2 HVwVfG muss die Auflage grds. auch rechtmäßig sein, es sei denn, sie ist bereits bestandskräftig.
- dd) Jahresfrist, § 49 II 2 i.V.m. § 48 IV HVwVfG (s.o. Rücknahme)
- ee) Rechtsfolge: Ermessen
Widerruf ist nur ex nunc möglich, also können erbrachte Leistungen nicht gem. § 49a I HVwVfG zurückgefordert werden.

c) § 49 III HVwVfG

Problem: Ausschluss durch § 50 HVwVfG (s.o. Rücknahme)

- aa) Rechtmäßiger Ausgangs-VA
Inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA.
Problem: Anwendung auf rechtswidrige VA (s.o.)
- bb) Geldleistung oder teilbare Sachleistung (s.o. Rücknahme)
- cc) Erfüllung eines bestimmten Zwecks
= Verwendungszweck.
Muss sich aus dem VA selbst ergeben.
- cc) Widerrufsgrund, § 49 III 1 Nr. 1 oder 2 HVwVfG
Im Fall des § 49 III 1 Nr. 2 HVwVfG muss die Auflage grds. auch rechtmäßig sein, es sei denn, sie ist bereits bestandskräftig.
- dd) Jahresfrist, § 49 III 2 i.V.m. § 48 IV HVwVfG (s.o. Rücknahme)
- ee) Rechtsfolge: Ermessen
Widerruf ist auch ex tunc möglich, so dass erbrachte Leistungen gem. § 49a I HVwVfG zurückgefordert werden können.

Beachte: Abgrenzung des § 49 II von § 49 III HVwVfG erfolgt nicht anhand des Tatbestandes, sondern anhand der Rechtsfolge. Bei einem Widerruf ex nunc greift § 49 II HVwVfG, bei einem Widerruf ex tunc ist der strengere § 49 III HVwVfG einschlägig. Der Gesetzgeber wollte mit § 49 III HVwVfG nämlich nicht eine den § 49 II HVwVfG verdrängende Spezialvorschrift schaffen, sondern mit Blick auf § 49a I HVwVfG die zusätzliche Möglichkeit eines Widerrufs ex tunc eröffnen.

Examenstipp:**VGH München, Beschluss vom 10.10.2012, Az.: 12 CE 12.2170, NJW 2013, 249 ff.**

Der Zugang zu einem als öffentliche Einrichtung betriebenen gemeindlichen Kinderhort kann nicht privatrechtlich gekündigt, sondern muss hoheitlich widerrufen werden. Ein eindeutig als privatrechtliches Kündigungsschreiben abgefasster Schriftsatz kann nicht in einen Widerruf gem. § 49 HVwVfG umgedeutet werden.

D. Öffentlich-rechtlicher Vertrag, §§ 54 ff. HVwVfG

Regelmäßig geht es um Ansprüche, die aus einem öff.-rechtlichen Vertrag abgeleitet werden. Möglich ist aber auch, dass eine Vertragspartei behauptet, der Vertrag sei unwirksam und müsse rückabgewickelt werden. Dann ist sind die §§ 54 ff. HVwVfG i.R.d. öff.-rechlichen Erstattungsanspruchs bei dem Prüfungspunkt „ohne Rechtsgrund“ zu prüfen (s.u. Staatshaftungsrecht).

Anspruchsaufbau:**I. Anwendbarkeit der §§ 54 ff. HVwVfG**

Abgrenzung vom zivilrechtlichen Vertrag. Entscheidend ist gem. § 54 S. 1 HVwVfG der Vertragsgegenstand und somit nicht der Parteiwille.

Abgrenzungsmethoden:

- Ein Vertrag ist öff.-rechtlich, wenn er eine öff.-rechtliche Norm konkretisiert.
- Eine Vertragspflicht ist auch dann öff.-rechtlich, wenn sie nur von einem Hoheits-träger erfüllt werden kann.

Problem: Mischvertrag

= Vertrag, der sowohl zivilrechtliche als auch öff.-rechtliche Bestandteile hat. Bsp.: Gemeinde verpflichtet sich zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück und zur Erteilung der Baugenehmigung.

Nach h.M. kommt es darauf an, ob der Schwerpunkt des Vertrages im öff. Recht oder im Zivilrecht liegt. Dagegen spricht jedoch, dass die Schwerpunktbildung bei Verträgen regelmäßig Schwierigkeiten bereitet. Zudem könnte sich der Staat der besonderen Bindungen der §§ 54 ff. HVwVfG entziehen, wenn er in einen überwiegend zivilrechtlich geprägten Vertrag öff.-rechtliche Elemente aufnimmt. Daher ist nach der vorzugswürdigen M.M. ein Vertrag bereits dann öff.-rechtlich, wenn nur eine nicht völlig unwesentliche öff.-rechtliche Pflicht vereinbart wurde.

Anm.: Diese Abgrenzung erfolgt in einer Klausur i.d.R. bereits im Verwaltungsrechtsweg.

II. Wirksamer Vertragsschluss, § 62 S. 2 HVwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB**III. Nichtigkeit des Vertrages**

1. Nichtigkeit gem. § 59 II HVwVfG

a) Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 HVwVfG

= Subordinationsvertrag, d.h. ein Vertrag, der in einem grds. bestehenden Über-/Unterordnungsverhältnis abgeschlossen wird.

Erfasst ist jedes Über-/Unterordnungsverhältnis, es muss durch den Vertrag nicht zwingend ein VA ersetzt werden. Bsp.: Gemeinde verpflichtet sich gegenüber dem Bauherrn zur Erteilung ihres Einvernehmens gem. § 36 BauGB, das mangels Außenwirkung kein VA ist.

Gegenbegriff: Koordinationsvertrag.

b) Nichtigkeitsgrund

aa) § 59 II Nr. 1 HVwVfG

Prüfung, ob VA, der den Inhalt des Vertrages hat, gem. § 44 HVwVfG nichtig wäre.

bb) § 59 II Nr. 2 HVwVfG

(1) Rechtswidrigkeit eines entsprechenden VA

Inzidente Prüfung, ob ein VA, der den Inhalt des Vertrages hat, rechtmäßig wäre.

(2) Beiderseitige Kenntnis

cc) § 59 II Nr. 3 HVwVfG

(1) Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages

Inzidente Prüfung des § 55 HVwVfG.

Rechtliche Ungewissheit

= Auslegung bzw. Anwendung der maßgeblichen Rechtsvorschriften ist fraglich und es fehlt an einer höchstrichterlichen Respr. Das übliche Risiko, den Prozess verlieren zu können, genügt nicht.

- Pflichtgemäßes Ermessen = Aufklärung der Rechtslage ist nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten möglich, ferner Berücksichtigung der Kosten und der Erfolgsaussichten => Abwägung.
- (2) Rechtswidrigkeit eines entsprechenden VA
Inzidente Prüfung, ob ein VA, der den Inhalt des Vertrages hat, rechtmäßig wäre.
- dd) § 59 II Nr. 4 HVwVfG
- (1) Austauschvertrag
= jeder gegenseitige Vertrag, wobei die Gegenleistung nicht zwingend eine finanzielle sein muss.
- Beachte: Die Nichtigkeitsgründe des § 59 II HVwVfG schließen sich nicht gegenseitig aus. Daher kann ein Vertrag zugleich ein Vergleichs- und ein Austauschvertrag sein.
- Problem:** Hinkender Austauschvertrag
= Vertrag, in dem nur die Gegenleistung ausdrücklich vereinbart ist und die Leistung der Verwaltung stillschweigend vorausgesetzt wird.
Dies ist auch ein Austauschvertrag, weil sich die Vertragsparteien sonst leicht dem § 59 II Nr. 4 HVwVfG entziehen könnten. Bsp.: Verpflichtung des Bürgers, Erschließungsbeiträge für sein Grundstück zu zahlen ist nur sinnvoll, wenn sich die Gemeinde verpflichtet hat, aus dem Grundstück Bauland zu machen.
- (2) § 56 II HVwVfG
Norm greift nur, wenn auf die Leistung der Verwaltung grds. ein Anspruch besteht, z.B. auf den Erlass einer Baugenehmigung.
„Inhalt einer Nebenbestimmung“ = inzidente Prüfung, ob die vereinbarte Gegenleistung gem. § 36 I HVwVfG als Nebenbestimmung zu einem VA rechtmäßig wäre.
- (3) § 56 I HVwVfG
Voraussetzungen:
- Gegenleistung muss laut Vertrag einem bestimmten Zweck dienen
 - Gegenleistung dient der Behörde zur Erfüllung ihrer öff. Aufgaben
 - Angemessenheit der Gegenleistung
 - sachlicher Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung
- = Leistung und Gegenleistung müssen demselben öff. Zweck dienen.
Damit wird verhindert, dass die Vertragsparteien Angelegenheiten miteinander verbinden, die nichts miteinander zu tun haben (sog. Kopplungsverbot). Bsp.: Stellplatzdispens wird dafür erteilt, dass der Bürger der Gemeinde ein Grundstück zur Errichtung eines Kindergartens zur Verfügung stellt.
2. Nichtigkeit gem. § 59 I HVwVfG
- a) § 59 I HVwVfG i.V.m. § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 57 HVwVfG
- b) § 59 I HVwVfG i.V.m. § 134 BGB
Verstoß gegen ein Verbotsgesetz ist in 2 Ausprägungen möglich:
- Vertragsformverbot
= es ist per se verboten, in dem betreffenden Rechtsbereich per Vertrag zu handeln, z.B. § 1 III 2 BauGB (selten).
 - Qualifizierte Rechtswidrigkeit
Nicht jeder Verstoß des Vertrages gegen ein Gesetz kann zur Nichtigkeit führen, weil dann die speziellen Nichtigkeitsgründe des § 59 II HVwVfG überflüssig wären. Erforderlich ist deshalb eine qualifizierte Rechtswidrigkeit, d.h. die verletzte Vorschrift muss nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck den mit dem Vertrag angestrebten Rechtserfolg vereiteln wollen. Läuft letztlich auf eine Abwägung des Interesses am Bestand des Vertrages mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinaus.

IV. Schwebende Unwirksamkeit, § 58 HVwVfG

E. Zusicherung, § 38 HVwVfG**I. Vorliegen einer Zusicherung**

Die Behörde muss verbindlich den Erlass bzw. Nichterlass eines VA versprechen. Entscheidend ist also der Rechtsbindungswille der Verwaltung in Abgrenzung zum bloßen Hinweis und zur Auskunft.

II. Wirksamkeit der Zusicherung

1. Schriftform, § 38 I 2 HVwVfG
2. Zuständige Behörde, § 38 I 1 HVwVfG
= die Behörde, die auch für den Erlass des versprochenen VA zuständig ist.
3. Nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage, § 38 III HVwVfG
4. Nichtigkeit, § 38 II i.V.m. § 44 HVwVfG
5. Konkludente Aufhebung der Zusicherung, § 38 II i.V.m. §§ 48, 49 HVwVfG
Inzidente Prüfung der Voraussetzungen der §§ 48, 49 HVwVfG.

Polizei- und Ordnungsrecht

A. Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme

I. EGL für die Maßnahme

1. Spezialgesetze, z.B. § 15 I-III VersG (i.V.m. Art. 125a I GG), § 53 I 2 HBO. Ggf. Rechtsverordnung, wenn diese eine EGL beinhaltet (dann allerdings wegen der Wesentlichkeitstheorie genaue Prüfung, ob die Rechtsverordnung wirksam ist).

Examenstipps:

OVG Koblenz, Urteil vom 20.3.2013, Az.: 7 A 11277/12, LKRZ 2013, 285 ff.

Der Trauermarsch einer rechtsextremen Vereinigung am Volkstrauertag kann wegen der Ausstrahlungswirkung des Art. 8 GG nur gem. § 15 I VersG verboten werden, wenn er in seiner konkreten Ausgestaltung dem Charakter des Tages als Trauer- und Gedenktag nicht bloß gerigfügig widerspricht.

VGH Mannheim, Beschluss vom 17.7.2012, Az.: 10 S 406/10, DVBl. 2012, 1311 ff.

Mittels einer Gefahrenabwehrverordnung dürfen nur Gebote und Verbote erlassen werden, nicht aber allgemeine Nutzungsbestimmungen für eine gemeindliche Einrichtung. Für letztere ist eine kommunale Benutzungsordnung das richtige Regelungsinstrument.

VGH Kassel, Beschluss vom 16.5.2012, Az.: 8 B 1150/12, RA 2012, 405 ff.

Das sofort vollziehbare Verbot einer Blockade des Frankfurter Bankenviertels („Blockupy“-Veranstaltung) ist rechtmäßig, weil schon nach den Ankündigungen der Veranstalter mit einem unfriedlichen Verlauf zu rechnen ist („Besetzung“, „Eroberung“, „Wegspülen“ von Polizeikräften).

VGH Kassel, Urteil vom 17.3.2011, Az.: 8 A 1188/10, RA 2011, 482 ff.

Ein Versammlungsausschluss gem. § 18 III VersG muss immer ausdrücklich erfolgen, nicht konkludent. Er kann sich zudem nur gegen Gegner der Versammlung richten. Eine Anscheinswaffe, die zu künstlerischen Zwecken im Rahmen einer Versammlung mitgeführt wird, unterfällt der Ausnahme des § 42a II 1 Nr. 1 WaffG („Theateraufführung“) und verursacht daher keine Gefahr i.S.d. § 15 III VersG.

OVG Münster, Beschluss vom 23.11.2010, Az.: 5 A 2288/09, JuS 2011, 479 f.

Die Videoüberwachung einer friedlichen Versammlung mit 40-70 Teilnehmern stellt einen Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I 1 GG und Art. 8 I GG dar. Für den Eingriff kommt es nicht darauf an, ob die Bildaufnahmen gespeichert werden. Rechtsgrundlage für die Aufnahmen sind §§ 19a, 12a VersG.

VGH Mannheim, Urteil vom 12.7.2010, Az.: 1 S 349/10, RA 2010, 753 ff.

Ein Skinhead-Konzert ist eine Versammlung, weil es auch um die Vermittlung einer politischen Botschaft geht. Soll eine Feuergefahr abgewehrt werden, darf auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen werden. Der Rückgriff ist nicht durch die Vorschriften des VersG gesperrt.

2. Standardmaßnahmen, §§ 12 ff. HSOG
3. Generalklausel: § 11 HSOG

Examenstipp:

BVerfG, Beschluss vom 8.11.2012, Az.: 1 BvR 22/12, RA 2013, 30 ff.

Die Dauerobservaton eines entlassenen Sicherungsverwahrten kann nur vorübergehend auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden. Wegen des erheblichen Grundrechtseingriffs bedarf es dauerhaft wohl einer speziellen Ermächtigungsgrundlage.

Beachte: Eine EGL zeichnet sich dadurch aus, dass sie eine Behörde zu einem Handeln ermächtigt. Sie muss daher über eine Rechtsfolge verfügen. Keine EGL sind deshalb bloße Gebote oder Verbote, z.B. § 8 I HundeVO Hessen.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahmen

1. Zuständigkeit

Grds. zuständig ist der GVorstand/Magistrat als Behörde der allg. Verwaltung gem. §§ 1 I 1, 82 II 1 HSOG. Im Eilfall ist ausnahmsweise der BM/OB als allg. Ordnungsbehörde/örtliche Ordnungsbehörde zuständig gem. §§ 2 S. 1, 85 I 1 Nr. 4, 89 II 1 HSOG sowie die Polizei/das Polizeipräsidium gem. § 2 S. 1, 94 S. 1 HSOG. Zwischen der allg. Ordnungsbehörde und der Polizei gilt der Grundsatz der Erstbefassung, d.h. die Behörde ist für die Gefahrenabwehr zuständig, welche die Gefahr zuerst erkennt.

Sonderordnungsbehörden wehren gem. § 90 HSOG zwar auch Gefahren ab, stehen jedoch außerhalb des allgemeinen Behördenaufbaus, z.B. Bergämter.

Beachte: Ermächtigt eine Spezialregelung nur eine ganz bestimmte Behörde zur Gefahrenabwehr, ist natürlich auch nur diese zuständig, z.B. § 1 HSOG-DVO zugunsten der allg. Ordnungsbehörden. Im Eilfall wendet die handelnde Behörde nach h.M. ihre EGL an und nicht eine evtl. bestehende spezielle EGL der an sich zuständigen Behörde. Denn diese spezielle EGL ermächtigt nicht die im Eilfall handelnde Behörde und ist dieser i.d.R. auch gar nicht bekannt.

Geht es ausschließlich um den Schutz zivilrechtlicher Rechtspositionen, sind die Polizei und Gefahrenabwehrbehörden grds. unzuständig. Stattdessen ist um Rechtsschutz bei den Zivilgerichten nachzusuchen, § 1 III HSOG.

Problem: Störereigenschaft von Hoheitsträgern (= jede Stelle, die öff.-rechtliche Aufgaben wahrnimmt)

Grds.: Verursacht ein Hoheitsträger eine Gefahr, ist er selbst für die Gefahrenabwehr zuständig und nicht die Gefahrenabwehrbehörde oder die Polizei.

Arg.: Ansonsten würden die Befugnisse der Aufsichtsbehörde des störenden Hoheitsträgers umgangen werden.

Der Gefahrenabwehrbehörde und der Polizei fehlt die Kompetenz zum Ausgleich der beeinträchtigten Rechtsgüter mit den berechtigten Interessen des Hoheitsträgers.

Ausn.:

- Gefahr im Verzug, d.h. der Hoheitsträger selbst kann die Gefahr nicht rechtzeitig abwehren.
- Durch ein Handeln der Gefahrenabwehrbehörde oder Polizei wird die Aufgabenwahrnehmung des störenden Hoheitsträgers nicht beeinträchtigt. (**Bsp.:** Gemeinde entsorgt Müll von einem Grundstück, das dem Bund gehört).

2. Verfahren/Form

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme (am Beispiel der Generalklausel)

1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

a) Öffentliche Sicherheit

= gesamte Rechtsordnung, Individualrechtsgüter, Bestand und Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen.

Beachte: Die „gesamte Rechtsordnung“ ist wortwörtlich zu verstehen, d.h. jeder drohende Verstoß gegen irgendein Gesetz ist gemeint, insbes. Straf- und Bußgeldvorschriften (z.B. § 118 I OWiG) sowie Zivilrechtsvorschriften. Auch kann es hier zu einer inzidenten Überprüfung einer Gefahrenabwehrverordnung nach §§ 71 ff. HSOG kommen, wenn ein Verstoß gegen diese Verordnung in Betracht kommt und deren Wirksamkeit zweifelhaft ist.

Das Definitionsmerkmal „Individualrechtsgüter“ ist wichtig, um Ansprüche im Gefahrenabwehrrecht herzuleiten. Wenn im konkreten Fall ein Individualrechtsgut bedroht ist, wird aus der EGL eine Anspruchsgrundlage, gerichtet auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bzw. auf eine ganz bestimmte Entscheidung (wenn das Ermessen auf null reduziert ist).

Bsp.: Das Opfer einer Geiselnahme hat einen Anspruch auf ein polizeiliches Einschreiten.

b) Öffentliche Ordnung

= Gesamtheit aller ungeschriebenen Verhaltensregeln, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen Voraussetzung für ein geordnetes Zusammenleben ist.

Subsidiär gegenüber der öffentlichen Sicherheit, die die geschriebenen Verhaltensregeln umfasst.

Bsp.: Laserdrome, aggressive Bettelei.

Probleme:

1. Verfassungsmäßigkeit

„Öffentliche Ordnung“ ist nach h.M. hinreichend bestimmt und verletzt mit dem Abstellen auf die „herrschenden Anschauungen“ auch nicht das Demokratieprinzip. Dafür spricht bereits die Verwen-

dung dieses Merkmals im GG selbst (z.B. Art. 13 VII, 35 II 1 GG). Ferner ist dieses Tatbestandsmerkmal in jahrzentelanger Respr. hinreichend konkretisiert worden.

2. Herleitung der ungeschriebenen Verhaltensregeln

Nach einer M.M. ist auf die empirische Sozialforschung zurückzugreifen (z.B. Meinungsumfragen). Damit erfüllt insbes. die Generalklausel aber einen Hauptzweck, unbekannte/neue Gefahrensituationen zu bekämpfen, nicht, weil sich zu diesen unbekanntem Gefahrensituationen noch gar keine herrschende Meinung in der Bevölkerung gebildet haben kann. Daher greift die h.M. zur Ermittlung der ungeschriebenen Verhaltensregeln auf die Wertmaßstäbe des GG, insbes. der Grundrechte zurück. In ihnen spiegeln sich die grundsätzlichen Vorstellungen über die Regeln des Zusammenlebens wider.

c) Gefahr

= ex ante besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass es bei ungestörtem Geschehensablauf in absehbarer Zeit zu einer Beeinträchtigung der öff. Sicherheit oder Ordnung kommt.

Beachte: Wenn an den drohenden Verstoß gegen eine Straf- oder Bußgeldvorschrift anknüpft, ist für die Bejahung der Gefahr eine Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausreichend. Auf Vorsatz und Fahrlässigkeit kommt es nicht an, weil es im POR nicht um Bestrafung geht. Allerdings ist bei entsprechenden Anhaltspunkten auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe einzugehen. Sollte ein Verhalten gerechtfertigt sein, kann es nicht zugleich eine Gefahr im Polizeirecht hervorrufen (Einheit der Rechtsordnung).

Weitere Gefahrbegriffe:

- Störung
 - = Gefahr hat sich bereits realisiert und dauert noch an.
- Gefahrenverdacht
 - = ex ante bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine Gefahr bestehen könnte, z.B. mögliche Umweltverschmutzung nach dem Brand in einer Chemiefabrik.
 - Um eine effektive Gefahrenabwehr zu ermöglichen, gestattet auch der Gefahrenverdacht ein behördliches Einschreiten. Wegen der Unsicherheiten der Gefahrenprognose sind die behördlichen Handlungsbefugnisse allerdings begrenzt (s.u. Ermessen).
- Anscheinsgefahr
 - = ex ante liegt eine Gefahr vor, ex post jedoch nicht (Bsp.: Polizist schießt auf Person, die eine täuschend echte Nachbildung einer Waffe in der Hand hält).
 - Auch die Anscheinsgefahr gestattet im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr ein behördliches Einschreiten. Allerdings kann das objektive Nichtvorliegen einer Gefahr auf der Sekundärebene (= Kostentragung und Schadensersatz) zu einer Korrektur führen (s.u. Vollstreckungsrecht und Staatshaftungsrecht).
- Schein- bzw. Putativgefahr
 - = Gefahr existiert nur in der irrigen Vorstellung des Amtswalters.
 - Keine anerkannte Gefahr, behördliches Handeln ist rechtswidrig.

Inhaltliche und zeitliche Anforderungen an die Gefahr:

- Konkrete Gefahr
 - = Gefahr muss im konkreten Einzelfall bestehen.
 - Ist erforderlich bei allen Einzelmaßnahmen der Verwaltung.

Examenstipp:

OVG Münster, Beschluss vom 9.11.2010, Az.: 5 B 1475/10, RA 2010, 657 ff. und Urteil vom 9.2.2012, Az.: 5 A 2375/10, RA 2012, 449 ff.

In besonderen Einzelfällen (hier Kölner Straßenkarneval am 11.11.) kann das bloße Mitführen von Glasbehältnissen eine konkrete Gefahr im Sinne der Generalklausel darstellen. Die Feiernden dürfen zumindest als Notstandspflichtige in Anspruch genommen werden.

- Abstrakte Gefahr
 - = Sachlage ist hinreichend wahrscheinlich, bei deren Eintritt eine konkrete Gefahr vorliegt.
 - Voraussetzung für den Erlass einer Gefahrenabwehr- bzw. Polizeiverordnung.
 - Bsp.: KampfhundeVO, TaubenVO.

Examenstipp:

VGH Mannheim, Urteile vom 28.7.2009, Az.: 1 S 2200/08 und 1 S 2340/08, VBIBW 2010, 29 ff., 33 ff., und OVG Lüneburg, Urteil vom 30.11.2012, Az.: 11 KN 187/12, BeckRS 2012, 60161

Gefahrenabwehrverordnung verbietet in den Nächten von Freitag bis Montag von 22.00-06.00 Uhr im Kneipenviertel einer Stadt, auf öffentlich zugänglichen Flächen außerhalb von Straßencafés/-kneipen alkoholische Getränke zu konsumieren oder mit sich zu führen, wenn die Absicht erkennbar ist, diese dort zu konsumieren. Weiterhin untersagt der sog. „Randgruppentrinkparagraph“ das Lagern oder dauerhafte Verweilen außerhalb von Freischankflächen, Grillplätzen o.ä. ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke des Alkoholgenusses, wenn dessen Auswirkungen geeignet sind, Dritte erheblich zu belästigen. Bei der ersten Regelung fehlt es nach Ansicht des VGH an der erforderlichen Gefahrenprognose, um eine abstrakte Gefahr annehmen zu können. Die zweite Regelung ist zu unbestimmt. Das OVG Lüneburg stellt hingegen entscheidend auf das durch den Alkoholkonsum geförderte Urinieren und Erbrechen in der Öffentlichkeit sowie die Ruhestörungen ab und erkennt darin einen Verstoß gegen §§ 117, 118 OWiG.

- Gegenwärtige Gefahr
= es liegt bereits eine Störung vor oder die Realisierung der Gefahr steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor.
- Erhebliche Gefahr
= Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut oder Gefahr eines besonders großen Schadens.
- Dringende Gefahr
= mit hoher Wahrscheinlichkeit droht ein Schaden für ein besonders wichtiges Rechtsgut.
- Gemeine Gefahr
= Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Rechtsgütern mit einem unübersehbaren Gefahrenpotential.
- Gefahr im Verzug
= es tritt ein Schaden ein, wenn nicht sofort eingeschritten wird. Hier darf ausnahmsweise eine an sich unzuständige Behörde handeln.
Beachte: Prüfung erfolgt bereits in der formellen Rechtmäßigkeit beim Punkt „Zuständigkeit“.
Bsp.: Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei, weil bei vorheriger Einholung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses der Erfolg der Durchsuchung gefährdet wäre.

2. Verantwortlichkeit/Verursacher, §§ 6, 7, 9 HSOG

Beachte: An dieser Stelle geht es nur um denjenigen, der tatsächlich Adressat der behördlichen Maßnahme ist. Ob die Verwaltung auch noch andere Personen hätte in Anspruch nehmen können, gehört zum Ermessen.

a) Verhaltens- und Zustandverantwortlichkeit, §§ 6, 7 HSOG

Theorie der unmittelbaren Verursachung

= kausal ist die Person bzw. die Sache, die unmittelbar die Gefahr setzt und damit die Gefahrenschwelle überschreitet.

Damit ist grds. die letzte Person in der Kausalkette verantwortlich.

aa) Verhaltensverantwortlichkeit, § 6 HSOG

§ 6 II+III HSOG erweitert den Kreis der Verantwortlichen. Wie immer im POR kommt es nicht auf ein Verschulden an, da es hier um Gefahrenabwehr und nicht um eine Bestrafung geht. Daher ist auch keine Exkulpation möglich.

Problem: Zweckveranlasser

= derjenige, der durch sein Verhalten das Verhalten des unmittelbar Verantwortlichen hervorruft.

Nach einer Ansicht muss es dem Zweckveranlasser subjektiv auf die Verursachung der Gefahr durch den unmittelbar Verantwortlichen ankommen. Das widerspricht jedoch dem Grundsatz, dass es im POR nicht auf Vorsatz und Fahrlässigkeit ankommt, weil es nicht um Bestrafung geht. Daher stellt die a.A. richtigerweise auf eine objektive Betrachtung ab. D.h. entscheidend ist, ob das Verhalten des Zweck-

veranlassers aus der Sicht eines objektiven Dritten typischerweise zu dem Verhalten des unmittelbar Verantwortlichen führt.

Beachte: Es handelt sich um keine reine Kausalitätsfrage, sondern um eine Frage der Zurechnung. Daher kann derjenige nicht Zweckveranlasser sein, der friedlich seine Grundrechte ausübt. Stören sich andere Personen daran und verursachen durch ihr Verhalten eine Gefahr, sind allein sie die polizeirechtlich Verantwortlichen. Bsp.: Führt eine friedliche Versammlung von Rechtsextremen, die sich rechtmäßig verhalten, zu Ausschreitungen von Gegendemonstranten, sind letztere die Verantwortlichen und daher in Anspruch zu nehmen.

bb) Zustandsverantwortlichkeit, § 7 HSOG

Die „tatsächliche Gewalt“ im Sinne der Vorschriften setzt kein Recht voraus, die Sache nutzen zu dürfen. Erforderlich ist aber ein Mindestmaß an Sachherrschaft.

Beachte: Kausal ist auch die Sache, die erst bei Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine Gefahr hervorruft (sog. latente Gefahr).

Examenstipp:

OVG Münster, Beschluss vom 3.3.2010, Az.: 5 B 66/10, NJW 2010, 1988 ff.

Die Zustandshaftung des früheren Eigentümers eines Grundstücks ist begrenzt, wenn die Gefahr erst entsteht, nachdem er das Eigentum an dem Grundstück aufgegeben hat und die Gefahrenlage auf einem Naturereignis beruht.

b) Notstandspflichtiger, § 9 HSOG

Strenge Anforderungen an die Inanspruchnahme des sog. Nichtstörers, da er für die Gefahr nicht verantwortlich ist. Die Voraussetzungen der Norm sind eng auszulegen und müssen kumulativ erfüllt sein. Bsp.: Obdachloseneinweisung in leer stehende Wohnung, wenn keine andere Möglichkeit der Unterbringung besteht.

Konsequenz des § 9 HSOG ist, dass dem Notstandspflichtigen ein Entschädigungsanspruch gem. § 64 I 1 HSOG zusteht (s.u. Staatshaftungsrecht).

Problem: Rechtsnachfolge in die Polizei- bzw. Ordnungspflicht

Dient der effektiven Gefahrenabwehr und dem Schutz der Bestandskraft von VA.

Unproblematisch, wenn ausdrücklich im Gesetz normiert, z.B. § 4 III 1 BBodSchG, § 53 V HBO.

Im Übrigen gelten folgende Voraussetzungen:

1. Zivilrechtlicher Rechtsnachfolgetatbestand
= Norm, die anordnet, dass die Rechte des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger übergehen, z.B. §§ 398, 929, 1922 BGB.
2. Übergangsfähigkeit der Polizei- bzw. Ordnungspflicht
= keine höchstpersönliche Pflicht wie z.B. Dulden und Unterlassen.
3. Überleitungsnorm
= Norm, die anordnet, dass auch die Pflichten des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger übergehen, z.B. § 1967 BGB.

Umstrittene Konstellationen:

- Einzelrechtsnachfolge in die konkrete (= gegenüber dem Rechtsvorgänger per VA festgestellte) Zustandsverantwortlichkeit.

Bsp.: A errichtet illegal ein Gebäude und erhält dafür eine Beseitigungsverfügung. Er veräußert das Grundstück an C. Gilt die Beseitigungsverfügung auch für C?

Strittig ist, ob die Zustandsverantwortlichkeit auch bei Fehlen einer Überleitungsnorm übergehen kann. Die h.M. bejaht dies mit dem Argument, die Polizei- bzw. Ordnungspflicht laste wie eine dingliche Pflicht auf der Sache und gehe daher auch ohne gesetzliche Regelung über. Die Gegenauffassung lehnt dies ab, weil die Polizei- bzw. Ordnungspflicht für den Erwerber nicht erkennbar und daher mit einer dinglichen Pflicht nicht vergleichbar sei. Zudem stelle der Übergang einer Pflicht wegen seiner belastenden Wirkung einen Eingriff dar, für den nach dem Vorbehalt des Gesetzes eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich sei.

- Gesamtrechtsnachfolge in die abstrakte (= Pflicht wurde noch nicht gegenüber dem Rechtsvorgänger per VA festgestellt) Verhaltensverantwortlichkeit.

Bsp.: A verunglückt mit seinem Tanklastwagen, wobei Öl im Boden versickert. A verstirbt bei diesem Unfall. Kann ein VA auch gegenüber den Erben des A ergehen? Strittig ist die Übergangsfähigkeit der Pflicht. Eine M.M. lehnt dies ab, da bis zum Erlass des VA noch keine Verantwortlichkeit bestehe, die übergehen könne, sondern nur eine nicht übergangsfähige Eingriffsermächtigung. Die h.M. hingegen bejaht die Übergangsfähigkeit, da kraft Gesetzes eine Verantwortlichkeit eintrete, ohne dass es einer weiteren behördlichen Regelung bedürfe.

3. Rechtsfolge

Ermessen, § 5 I HSOG

Ermessensausübung richtet sich nach dem Gebot der effektiven Gefahrenabwehr, d.h. das Ermessen ist so auszuüben, dass die Gefahr möglichst schnell, sicher und kostengünstig abgewehrt wird.

Beachte: Wird ein Anspruch auf ein behördliches Einschreiten geltend gemacht, muss das Ermessen auf null reduziert sein. Kriterien: Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts, Intensität der Gefahr, Folgenbetrachtung (welche Folgen treten bei einem behördlichen Handeln ein?).

a) Entschließungsermessen („OB“)

Einschreiten ist per se unzulässig, solange ein VA dem Verantwortlichen sein Verhalten gestattet (sog. Legalisierungswirkung eines VA).

Verstoß gegen Art. 3 I GG, wenn ohne sachlichen Grund in einem Fall eingeschritten wird und in einem anderen nicht. Der Merksatz „keine Gleichheit im Unrecht“ gilt nicht für die - hier vorliegende - Eingriffsverwaltung, sondern nur für die Leistungsverwaltung.

b) Auswahlermessen („WIE“)

aa) Auswahl des richtigen Verantwortlichen

Hier ist zu prüfen, ob neben dem tatsächlich Inanspruchgenommenen auch noch andere Personen existieren, die für die Gefahr verantwortlich sind. Ist dies der Fall, muss die Auswahlentscheidung der Verwaltung dem Gebot der effektiven Gefahrenabwehr genügen. D.h. es muss derjenige zur Gefahrenabwehr herangezogen worden sein, der die Gefahr möglichst schnell und sicher beseitigen kann. Faustformeln wie „Verhaltens- vor Zustandsverantwortlichem“ oder „Doppel- vor Einfachstörer“ können deshalb höchstens angewendet werden, wenn mehrere Verantwortliche gleich gut erreichbar und damit heranziehbar sind.

bb) Auswahl des richtigen Mittels

Insbes. Verhältnismäßigkeit.

Beachte: Maßnahmen im Bereich des POR haben regelmäßig eine erhebliche Eingriffsintensität. Deshalb ist stets zu prüfen, in welches Grundrecht die Maßnahme eingreift. Handelt es sich um ein vorbehaltlos geschütztes Grundrecht oder um ein Grundrecht mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt, muss überprüft werden, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der EGL den Anforderungen der Grundrechtsschranken genügen. Sollte dies nicht der Fall sein, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen verfassungskonform ausgelegt werden.

Problem: Gefahrenverdacht

Liegt lediglich ein Gefahrenverdacht vor, darf die Behörde wegen der unsicheren Gefahrenprognose grds. nur Gefahrerforschungsmaßnahmen treffen. Endgültige Maßnahmen sind ausnahmsweise zulässig, wenn eine Gefahr für Leib und Leben bestehen könnte.

Strittig ist, ob die Gefahrerforschung auch dem Verdachtsverantwortlichen auferlegt werden kann. Dies wird teilweise angenommen. Müsse eine Gefahr vom Verantwortlichen bekämpft werden, sei bei einem Gefahrenverdacht der Verdachtsverantwortliche für die Aufklärung zuständig. Gegen diese Rechtsauffassung sprechen jedoch der im Verwaltungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz sowie § 26 II 3 HVwVfG. Daher kann dem Verdachtsverantwortlichen richtigerweise nur die Pflicht auferlegt werden, die behördlichen Gefahrerforschungsmaßnahmen zu dulden.

B. Standardmaßnahmen, §§ 12 ff. HSOG

Probleme:

1. Handelt es sich bei der Standardmaßnahme um einen VA mit Regelungswirkung oder um schlicht-hoheitliches Handeln/Realakt (s.o. allg. Verwaltungsrecht)?
2. Ergibt sich die Verantwortlichkeit des Adressaten bereits aus dem Tatbestand der Standardmaßnahme selbst oder bedarf es eines Rückgriffs auf die allgemeinen Verantwortlichkeitsvorschriften? Das ist durch Auslegung des Gesetzestextes zu ermitteln.

Bsp.: § 38 II HSOG normiert den Adressaten des Betretens und Durchsuchens einer Wohnung, nämlich den Wohnungsinhaber. Anders ist es bei § 18 I HSOG für die Identitätsfeststellung; hier muss auf §§ 6, 7, 9 HSOG zurückgegriffen werden.

3. Enthält die Standardmaßnahme selbst ein Vollstreckungselement oder bedarf es eines Rückgriffs auf das allgemeine Vollstreckungsrecht? Auch diese Frage kann nur im Wege der Auslegung der Standardmaßnahme beantwortet werden.

Bsp.: Die Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung eines Platzverweises ist aufgrund des § 32 I Nr. 3 HSOG gerechtfertigt. Kommt es dabei allerdings zur Anwendung eines unmittelbaren Zwangs, muss auf das allg. Vollstreckungsrecht zurückgegriffen werden.

Besonders relevante Standardmaßnahmen:

§§ 31, 32, 36-38, 40-43 HSOG.

Beachte: Gerade bei den Standardmaßnahmen sind die Grundrechte in besonderem Maße zu berücksichtigen. Sollte durch die Standardmaßnahme in ein vorbehaltlos geschütztes Grundrecht oder in ein Grundrecht mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt eingegriffen werden, ist zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Standardmaßnahme den Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts genügen bzw. dem Schutz verfassungsimmanenter Schranken dienen. Sollte dies nicht der Fall sein, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen verfassungskonform ausgelegt werden. Bsp.: Sieht die Standardmaßnahme als Tatbestandsmerkmal nur das Vorliegen einer Gefahr vor, wird aber in ein vorbehaltlos geschütztes Grundrecht eingegriffen, dann muss das Merkmal „Gefahr“ so ausgelegt werden, dass eine Gefahr für ein Grundrecht Dritter oder ein anderes Rechtsgut von Verfassungsrang (= verfassungsimmanente Schranke) bestehen muss.

Ist eine verfassungskonforme Auslegung der Tatbestandsmerkmale nicht erforderlich, werden die Grundrechte i.R.d. Ermessens (beim Auswahlermessen) berücksichtigt.

C. Verwaltungsvollstreckungsrecht/unmittelbare Ausführung

I. Maßgebliche Vorschriften

§§ 2, 68-79 HVwVG, §§ 8, 47-63 HSOG.

II. Die einzelnen Verfahren

1. Rechtmäßigkeit einer Vollstreckung im gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren

Anwendungsbereich des HSOG vom HVwVG abgrenzen. Hängt davon ab, welche Behörde gehandelt hat, § 1 II 1 HVwVG:

Polizei, allg. Ordnungsbehörde, Sonderordnungsbehörde => HSOG
Behörden der allg. Verwaltung => HVwVG

- a) EGL für die Vollstreckung, § 47 I HSOG bzw. §§ 2, 68 I, 69 I HVwVG

Problem: Abgrenzung zur Sicherstellung beim Abschleppen eines Kfz
Sicherstellung nur, wenn es der Verwaltung darum geht, das Fahrzeug in amtliche Obhut zu nehmen, indem ein Verwahrungsverhältnis begründet wird. Das ist der Ausnahmefall. I.d.R. ist es der Behörde gleichgültig, wo das Fahrzeug steht, solange es nicht im Park-/Halteverbot steht.

- b) Formelle Rechtmäßigkeit der Vollstreckung

aa) Zuständigkeit

Grds.: § 47 III 1 HSOG bzw. § 68 I HVwVG

Ausn.: § 1 S. 1 Nr. 5 HSOG-DVO

bb) Verfahren

Str., ob eine Vollstreckungsmaßnahme ein VA ist (s.o. allg. Verwaltungsrecht). Problematisch ist das Merkmal „Regelung“. Nach einer Ansicht ist in der Vollstreckungsmaßnahme eine konkludente Duldungsverfügung enthalten. Nach a.A. handelt es sich um einen Realakt. Jedenfalls greift § 28 II Nr. 5 HVwVfG. Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung sind Androhung, Festsetzung und Anwendung des Zwangsmittels.

- cc) Form
- c) Materielle Rechtmäßigkeit der Vollstreckung
- aa) Vorliegen eines wirksamen Grund-VA, der auf ein Handeln/Dulden/Unterlassen gerichtet ist, § 47 I HSOG bzw. §§ 68 I, 69 I HVwVG
- bb) Vollstreckbarkeit des Grund-VA, § 47 I HSOG bzw. §§ 2, 69 I HVwVG
- Unanfechtbarkeit
- = Bestandskraft, d.h. der VA kann mit mehr angegriffen werden.
 - Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung
 - = Fall des § 80 II VwGO.
- Beachte: Die Vollstreckbarkeit muss erst im Zeitpunkt der Vollstreckung vorliegen. Es kann daher bereits heute die Vollstreckung eines VA angedroht werden, der erst in einigen Jahren vollstreckbar ist. Bsp.: Abrissverfügung für ein Gebäude verbunden mit der Androhung, dass im Falle der Zuwiderhandlung die Verwaltung das Bauwerk „3 Monate nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Abrissverfügung“ abreißen werde; hier mag die Abrissverfügung zurzeit ihres Erlasses noch nicht vollstreckbar sein, sie ist es aber wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Unanfechtbarkeit im Zeitpunkt der Vollstreckung.
- cc) Rechtmäßigkeit des Grund-VA
- Muss jedenfalls nicht vorliegen, wenn der Grund-VA unanfechtbar ist (Vorrang des Grundsatzes der Rechtssicherheit). Str. in den Fällen des § 80 II VwGO. Eine Ansicht verlangt die Rechtmäßigkeit des Grund-VA wegen Art. 20 III GG. Es könne nicht sein, dass ein rechtswidriger VA zu einer rechtmäßigen Vollstreckung führt. Die h.M. lehnt dies jedoch ab. Sie verweist auf den Wortlaut des § 47 I HSOG bzw. § 68 I HVwVG, der die Rechtmäßigkeit des Grund-VA nicht fordert. Zudem sei es Sache des Betroffenen, den Grund-VA anzufechten. Unterlasse er dies, werde die Rechtmäßigkeit auch nicht inzident i.R.d. Vollstreckung geprüft.

Examenstipp:

VGH Mannheim, Urteil vom 10.1.2013, Az.: 8 S 2919/11, VBIBW 2013, 341 ff.

Die Unbestimmtheit des Grund-VA führt stets zur Rechtswidrigkeit der Vollstreckung. Das ist eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Rechtmäßigkeit des Grund-VA keinerlei Bedeutung für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung hat.

- dd) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
- (1) Richtiges Zwangsmittel
- Die Aufzählung in § 48 I HSOG
- Das HVwVG gestattet nicht die Anwendung von unnm. Zwang. Als „Ersatz“ sind allerdings zulässig: Wegnahme, Zwangsräumung, Vorführung, §§ 77-79 HVwVG.
- Problem:** Abgrenzung Ersatzvornahme vom unnm. Zwang bei der Einwirkung auf Sachen
- Eine Ersatzvornahme liegt nur vor, wenn die Behörde die Handlung vornimmt, zu der der Adressat verpflichtet ist. Geht die Behörde darüber hinaus, liegt ein unnm. Zwang vor.
- Bsp.: Das Aufbrechen einer Tür nach dem zuvor ausgesprochenen Befehl „öffnen Sie die Tür“ ist keine Ersatzvornahme, weil damit nicht das umgesetzt wird, was zuvor vom Bürger verlangt wurde; es handelt sich um unnm. Zwang.
- (2) Androhung, § 53 HSOG bzw. § 69 I HVwVG
- Bei der Androhung handelt es sich eindeutig um einen VA, weil sich die Behörde mit der Androhung auf ein bestimmtes Zwangsmittel festlegt, § 53 III HSOG bzw. § 69 INr. 1 HVwVG. In Eilfällen kann von der Androhung abgesehen werden, § 53 I 4 HSOG bzw. § 72 I 1 HVwVG.
- Für den unnm. Zwang gibt es eine spezielle Regelung in § 58 HSOG.
- Probleme:**
- (a) Androhung eines Zwangsmittels „für jeden Fall der Zuwiderhandlung“
- Nur zulässig, wenn es ausdrücklich im Gesetz gestattet ist. Denn Ziel der Verwaltung muss es sein, Zuwiderhandlungen zeitnah zu unterbinden. Deshalb kann die Reaktion der Verwaltung nicht darin bestehen, den Zuwiderhandlungen zunächst tatenlos zuzusehen, um dann eine „Endabrechnung“ zu präsentieren. Eine solche ausdrückliche ge-

- setzliche Zulassung gibt es jedoch in Hessen nicht.
- (b) Nachforschungspflicht bei Falschparkern
Nach h.M. besteht grds. keine Pflicht für den Beamten vor Ort, nach einem Falschparker zu suchen. Das gilt auch dann, wenn ein Zettel mit einer Handynummer hinterlassen wurde, weil anderenfalls ein Massenphänomen droht. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Fahrer vor Ort leicht persönlich ansprechbar (Bsp.: Fahrzeug parkt in 2. Reihe vor einer Bäckerei).
- (3) Festsetzung
Sie ist nur beim Zwangsgeld zwingend vorgeschrieben, § 50 I HSOG bzw. § 76 I HVwVG. Bei den anderen Zwangsmitteln steht es der Verwaltung frei, die Festsetzung als zusätzlichen Verfahrensschritt vorzusehen.
- (4) Rechtsfolge: Ermessen
Insbes. Prüfung der Verhältnismäßigkeit, da Vollstreckungsmaßnahmen regelmäßig intensiv in die Grundrechte eingreifen.
Spezielle Vorschriften für die Anwendung des unm. Zwangs finden sich in §§ 54 ff. HSOG.
- Probleme:**
- (a) Abschleppen eines ursprünglich rechtmäßig abgestellten Kfz
Ist grds. nur zulässig nach Ablauf einer Vorlauffrist von 3 Tagen zwischen Aufstellen des Verkehrszeichens und dem Abschleppen. Eine Ausnahme gilt in Notsituationen. Dann darf sofort abgeschleppt werden, jedoch muss der Betroffene die Kosten nicht tragen.
- (b) Abschleppen eines Kfz, das kein Verkehrshindernis darstellt
Nach einer Ansicht gestattet das bloße Falschparken nicht das Abschleppen eines Kfz, weil dafür schon ein Bußgeld erhoben wird. Erforderlich sei darüber hinaus die Verursachung eines Verkehrshindernisses, z.B. behinderndes Parken auf dem Gehweg. Nach a.A. kommt es darauf nicht an aus Gründen der Generalprävention. Es drohe nämlich ein bewusstes und fortgesetztes Falschparken, wenn ein Bußgeld geringer sei als die Kosten für ein Parkticket.

2. Rechtmäßigkeit einer Vollstreckung im gekürzten Verwaltungsvollstreckungsverfahren/Sofortvollzug

- a) EGL für die Vollstreckung, § 47 II HSOG bzw. § 72 II 1 HVwVG
- b) Formelle Rechtmäßigkeit der Vollstreckung
Es gelten die Ausführungen zum gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren (s.o.).
- c) Materielle Rechtmäßigkeit der Vollstreckung
- aa) Kein Grund-VA
Für den Regelfall sieht der Gesetzgeber keinen Grund-VA vor. Aus dem Passus „kann ohne“ bzw. „können auch ohne“ ist aber abzuleiten, dass das gekürzte Verwaltungsvollstreckungsverfahren ausnahmsweise auch bei Vorliegen eines Grund-VA möglich ist, wenn die Situation nach Erlass des Grund-VA eilig wird, dieser aber nicht gem. § 2 HVwVG vollstreckbar ist.
- bb) Innerhalb ihrer (gesetzlichen) Befugnisse, § 47 II HSOG bzw. § 72 II 1 HVwVG
= Rechtmäßigkeit des fiktiven Grund-VA.
- cc) Gegenwärtige Gefahr, § 47 II HSOG bzw. § 72 II 1 HVwVG
- dd) Erforderlichkeit/Notwendigkeit
= Eilbedürftigkeit, d.h. die Wirksamkeit der Zwangsmaßnahme ist gefährdet, wenn das gestreckte Verwaltungsvollstreckungsverfahren durchgeführt würde, weil es zu lange dauert.
- ee) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
Prüfung wie im gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren mit folgenden Unterschieden:
Zwangsgeld ist wegen der Eilbedürftigkeit kein taugliches Zwangsmittel.
Die Androhung entfällt immer, das ist gerade das „gekürzte“ an diesem Vollstreckungsverfahren.

3. Rechtmäßigkeit einer unmittelbaren Ausführung

- a) EGL für die unmittelbare Ausführung, § 8 I 1 HSOG
Beachte: Da die Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung maßgeblich von der Rechtmäßigkeit des fiktiven Grund-VA abhängt (s.u.), wird teilweise in der Literatur vorgeschlagen, die EGL für den fiktiven Grund-VA bereits an dieser Stelle mit zu zitieren.
- b) Formelle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung

- aa) **Zuständigkeit**
 § 47 III 1 HSOG bzw. § 68 I HVwVG ist nicht anwendbar, weil es sich bei der unmittelbaren Ausführung nicht um ein Vollstreckungsverfahren handelt. Das zeigt bereits die systematische Stellung des § 8 HSOG. Es handelt sich stattdessen um ein Vollzugsverfahren sui generis. Deshalb richtet sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen polizeilichen Vorschriften. Die sachliche Zuständigkeit folgt unmittelbar aus § 8 I 1 HSOG. Grds. ist die die Behörde der allg. zuständig, die Polizei handelt nur im Eilfall.
Beachte: § 8 HSOG berechtigt die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden zu einem Handeln. Er gilt also auch für die Behörden der allg. Verwaltung. Daher gibt es auch keine Parallelvorschrift zum § 8 HSOG im HVwVG.
- bb) **Verfahren/Form**
 Ebenso wie die Vollstreckung ist die unmittelbare Ausführung richtigerweise ein Realakt, so dass §§ 28, 37, 39 HVwVfG nicht greifen.
- c) **Materielle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung**
- aa) **Kein Grund-VA**
 „Unmittelbar ausführen“ bedeutet, dass kein Grund-VA vorliegt. Bsp.: Fehlende Bekanntgabe; unzuständige Behörde wird tätig; die vollzogene Pflicht ergibt sich direkt aus dem Gesetz, bedarf also keiner Konkretisierung mehr durch einen VA.
- bb) **Rechtmäßigkeit eines fiktiven Grund-VA**
 Ungeschriebene Voraussetzung, die sich daraus ergibt, dass der Betroffene den Grund-VA mangels Existenz nicht selbständig angreifen und überprüfen lassen kann.
- cc) **Besondere Eilbedürftigkeit, § 8 I 1 HSOG**
 Maßnahmen gegen Verhaltens- oder Zustandsverantwortlichen sind nicht oder nicht rechtzeitig möglich.
Beachte: § 8 I 1 HSOG gestattet wegen Wortlaut und systematischer Stellung keine Maßnahmen gegen einen Nichtverantwortlichen nach § 9 HSOG.
- dd) **Rechtsfolge: Ermessen**
 Insbes. Prüfung der Verhältnismäßigkeit, da die unmittelbare Ausführung regelmäßig intensiv in die Grundrechte eingreift.
Beachte: § 8 I 1 HSOG gestattet nur die Vornahme vertretbarer Handlungen („Maßnahme selbst oder durch einen Beauftragten unmittelbar ausführen“).

4. Abgrenzung unmittelbare Ausführung <-> gekürztes Verwaltungsvollstreckungsverfahren

Die unmittelbare Ausführung ist spezieller, weil ihr Anwendungsbereich enger ist (vgl. auch § 47 II HSOG). Das gekürzte Verwaltungsvollstreckungsverfahren kommt somit nur in Betracht, wenn die Anwendbarkeitsvoraussetzungen der unmittelbaren Ausführung nicht vorliegen.

Voraussetzungen für die Anwendung der unmittelbaren Ausführung (s. dazu auch oben die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der unmittelbaren Ausführung):

- Kein Grund-VA vorhanden
- Maßnahme muss sich gegen einen Verhaltens- bzw. Zustandsverantwortlichen richten
- Vorliegen einer vertretbaren Handlung
- Strittig, ob es darüber hinaus noch auf den Willen des Adressaten ankommt. Nach h.M. liegt die unmittelbare Ausführung nur vor, wenn kein entgegenstehender Wille des Adressaten gebrochen wird.

Arg.: Die Begriffe „Zwang, Zwangsmittel, unm. Zwang“ beinhalten, dass der Betroffene zu einem Verhalten angehalten wird, das er nicht will. Daher befürchtete der Gesetzgeber, die Vollstreckungsvorschriften könnten so ausgelegt werden, dass sie nur Maßnahmen legitimieren, die gegen den Willen des Adressaten vorgenommen werden. Um vermeintliche Regelungslücken zu schließen hat er deshalb § 8 HSOG geschaffen.

Kritik: Dem Wortlaut ist dieses Abgrenzungsmerkmal nicht zu entnehmen. Zudem sind innere Einstellungen im Polizeirecht eigentlich unerheblich. Schließlich dürfte es in der Praxis zu Schwierigkeiten führen, den inneren Willen des Betroffenen nachzuweisen.

Beachte: In einer Klausur ist genau zu prüfen, ob der Streit entscheidungserheblich ist. Ist der Adressat nicht anwesend (was der Regelfall sein dürfte), kann er keinen entgegenstehenden Willen bilden, so dass der Streit nicht zu entscheiden ist.

III. Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides (Alternativbezeichnung: Leistungsbescheid) nach einer Vollstreckungsmaßnahme/unmittelbaren Ausführung

Prüfungsaufbau:

1. Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme/unmittelbaren Ausführung (s.o.)
2. Adressat als richtiger Kostenschuldner
Kommen mehrere Personen als Pflichtige in Betracht, hat sich die Auswahlentscheidung danach zu richten, wer die Kosten in erster Linie verursacht hat.
3. Erstattungsfähigkeit der Kosten
Grds. besteht eine Erstattungspflicht, d.h. der Kostenschuldner muss zahlen, da anderenfalls die Allgemeinheit für die Kosten aufkommen muss.

- Ausn.:
- Realisierung einer unvorhersehbaren Gefahr, z.B. sofortiges Abschleppen eines korrekt abgestellten Kfz, um einen Wasserrohrbruch reparieren zu können.
 - Kostenbelastung ist unverhältnismäßig hoch.
 - Es liegt nur eine Anscheinsgefahr oder ein Gefahrenverdacht vor, den der Betroffene nicht zurechenbar verursacht hat.

Anm.: Diese letzte Ausnahme kann alternativ auch schon bei dem Prüfungspunkt „richtiger Kostenschuldner“ erörtert werden.