

## **Examensklausurenkurs im Öffentlichen Recht (08.09.2010)**

A baut im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (reines Wohngebiet), der eine Bebauung mit Einfamilienhäusern vorsieht, ein zehnstöckiges Wohnhaus, für welches er eine Baugenehmigung erhalten hat. Als der Rohbau fertig ist, stellen sowohl der A als auch die zuständige Behörde fest, dass die gesetzliche Abstandsflächenvorgabe von dem Bau (dessen Ausführung exakt der Baugenehmigung entspricht) um einen Meter verfehlt wird. Da ein Teilrückbau dieses „einen Meters“ aus technischen Gründen unmöglich ist, erlässt die zuständige Behörde sogleich formell einwandfrei am 18. 06. 2007 einen Bescheid, in dem sie A's Baugenehmigung zurücknimmt. Der Bescheid sollte am 19. 06. 2007 durch die Post per Einschreiben zugestellt werden. Da A jedoch nicht angetroffen wurde, hinterließ der Postbote einen Benachrichtigungszettel im Briefkasten. A hat das Einschreiben, da er immer sehr viel zu tun hat, erst am 25. 06. 2007 bei der Post abgeholt.

Am 23. 07. 2007 wird A von einem Beamten der wiederum zuständigen Behörde der Stadt und wiederum formell korrekt ein weiterer Bescheid erlassen und überbracht, in dem unter Hinweis auf die „mittlerweile bestandskräftig gewordene Verfügung vom 18. 06. 2007“ und eine daran anschließende nähere Begründung die Baubeseitigung bis spätestens zum 31. 10. 2007 angeordnet wird. Weiterhin wird im gleichen Schreiben die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung vom 23. 07. 2007 angeordnet und näher begründet.

A schreibt am nächsten Tag an die Stadt und legt in diesem Brief Widerspruch gegen beide Bescheide ein, den er der Stadt noch am 24. 07. 2007 mittags selbst vorbeibringt. Die Stadt teilt ihm daraufhin mit, dass zumindest der Widerspruch gegen den erstgenannten Bescheid bereits unzulässig sei. Wenn er nicht demnächst mit dem Abriss beginne, müsse er mit einer Ersatzvornahme durch die Stadt rechnen.

Da auch die Bitte des A an die Stadt, die Sache zunächst noch auszusetzen, erfolglos bleibt, schreibt A am 27. 07. 2007 an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht, dass er „mit beiden Bescheiden nicht einverstanden ist und beantragt, dass die Stadt erst einmal nicht abreißen darf“. Hat das Vorgehen des A Aussicht auf Erfolg?

### Hinweis:

Wegen Nichtanwesenheit des Dozenten im WS entfällt voraussichtlich die Besprechung zugunsten einer Online-Bekanntgabe der Lösungsskizze. Bitte auf Aushänge achten, auch wegen des Rückgabetermins (über das Sekretariat Kathrin Kliffmann, R. 215).

## Lösungsskizze zur Klausur im öffentlichen Recht

Das VG wird vorläufigen Rechtsschutz gewähren, wenn der Antrag des A zulässig und begründet ist.

Weil sich A gegen zwei Bescheide wendet, liegen strenggenommen zwei Anträge vor. dass A dies nicht ausdrücklich so formuliert, ist unschädlich, weil sein Begehren nach §§ 81, 82 VwGO interessengemäß so auszulegen ist. Es ist also ein Fall der objektiven Antragshäufung gegeben (§ 44 VwGO analog). Deshalb muss im Folgenden prozessual und beim materiellen Begehren zwischen der Beurteilung der beiden Anträge differenziert werden (wobei es im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob erst beide Zulässigkeitsprüfungen und dann beide Begründetheitsprüfungen untersucht werden, oder ob zunächst Antrag 1 und sodann Antrag 2 vollständig durchgeprüft wird).

### A. Zulässigkeit der Anträge

#### I. Antrag bezüglich der Rücknahme der Baugenehmigung

1. Die Zulässigkeit des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Rücknahme der Baugenehmigung setzt zunächst voraus, dass überhaupt der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und keine auf- oder abdrängende Sonderzuweisung eingreift (§ 40 I VwGO). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt insbesondere dann vor - ohne dass es eines Eingehens auf die einschlägigen Lehren bedürfte -, wenn die Verwaltung sich einer eindeutig öffentlich-rechtlichen Handlungsform bedient. Hier handelte die Stadt durch „Bescheid“. Dies ist eine eindeutige Handlungsform, weil die Stadt so zu erkennen gibt, dass sie hoheitlich handeln will, sich auf ein Über-Unterordnungsverhältnis und damit auf öffentliches Recht stützt (ob sie einen Bescheid tatsächlich erlassen *durfte*, ist an dieser Stelle unerheblich). Die Streitigkeit ist folglich öffentlich-rechtlich. Sie ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, weil weder Organe des Verfassungslebens beteiligt sind, noch Verfassungsrecht eine entscheidende Rolle für den Prozess spielt (beide Voraussetzungen müssten im Übrigen kumulativ vorliegen). Weil zudem keine Sonderzuweisungen ersichtlich sind, ist der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet.

2. Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Antrag hinsichtlich der Rücknahme der Baugenehmigung **statthaft** ist.

a. Zunächst ist der Antrag **auszulegen**. Denn maßgeblich für die Einordnung eines Rechtsbehelfs ist das klägerische Begehren.

Das Schreiben ist ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, wenn seine Auslegung ergibt, dass ein solcher beabsichtigt war. Da der Terminus ausdrücklich fällt und es dem A zudem erkennbar um eine „vorläufige“ Regelung geht, bestehen insoweit keine vernünftigen Zweifel.

Fraglich ist allerdings, ob ein Antrag nach § 80 V VwGO oder einer nach § 123 VwGO intendiert war. Das Schreiben des A an das Gericht spricht von beiden Bescheiden. Selbst wenn es dies nicht täte, wäre dies jedoch unschädlich. Denn ebenso wie im Klageverfahren ist analog § 82 I 1, 2 VwGO zwar die Bezeichnung des Klagebegehrens, nicht aber die Stellung eines bestimmten Antrags zwingend erforderlich. Es reicht deshalb aus, dass erkennbar vorläufiger Rechtsschutz verlangt wird. Das VG muss dann anhand des Begehrens ermitteln, welche Antragsart statthaft ist.

Bei – wie stets im Verwaltungsprozessrecht (anders nach der ZPO) – interessengemäßer Auslegung des Begehrens macht A Rechtsschutz gegen alles geltend, was den Abriss seines Wohngebäudes bedingt. Unmittelbar ist insoweit nur die Beseitigungsverfügung ergangen. Diese Beseitigungsverfügung beruht jedoch – wie A auch laienhaft erkennt – auf dem vorangegangenen Bescheid, genauer gesagt darauf, dass die Stadt dem Widerspruch des A gegen die Rücknahme keine aufschiebende Wirkung (mehr) beimisst. Die Stadt hat demzufolge zwei aufeinander aufbauende belastende Verwaltungsakte erlassen. Sie hat den ersten Bescheid damit faktisch vollzogen. Dies durfte sie dann nicht tun, wenn der Widerspruch des A gegen die Rücknahme aufschiebende Wirkung hatte. A hat deshalb mit seinem Antrag Erfolg, wenn ein unzulässiger sogenannter faktischer Vollzug gegeben ist und die Stadt demzufolge den Suspensiveffekt missachtet hat. A's Antrag geht also dahin festzustellen, dass ein Suspensiveffekt gegenwärtig besteht. Ob dies wirklich der Fall ist, ist dabei eine Frage der Begründetheit. Im Rahmen der Zulässigkeit ist nur klarzustellen, ob ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs statthaft ist und nach welcher Norm sich dies richtet.

b. Es stellt sich also die Frage, ob der vorläufige Rechtsschutz gegen die Rücknahme der Baugenehmigung unter **§ 80 V VwGO** oder unter **§ 123 VwGO** fällt. Nach § 123 V VwGO ist § 80 VwGO grundsätzlich vorrangig. Regelmäßig kann davon ausgegangen werden, dass Anfechtungssituationen unter § 80 V VwGO und alle sonstigen Prozesskonstellationen unter § 123 VwGO fallen. Dabei handelt es sich allerdings nur um eine Faustformel, die für Ausnahmen durchaus offen ist, wie gerade der vorliegende Fall zeigt.

(1) § 80 V VwGO könnte hier einschlägig sein. Das VG kann die aufschiebende Wirkung nur herstellen, wenn diese kraft Gesetzes oder aufgrund behördlicher Anordnung ausgeschlossen ist (vgl. § 80 II VwGO). Ein Fall des gesetzlich ausgeschlossenen Suspensiveffekts ist hinsichtlich der Rücknahme der Baugenehmigung nicht ersichtlich (§ 212a BauGB greift nur bei Drittrechtsbehelfen). Auch eine Anordnung der sofortigen

Vollziehung (§ 80 II Nr. 4 VwGO) ist nicht gegeben. Die Behörde hat lediglich hinsichtlich der Beseitigungsverfügung den Sofortvollzug ausgesprochen. Darin kann nicht gleichzeitig die konkludente Anordnung der sofortigen Vollziehung der ersten Verfügung gesehen werden, da die Entscheidung nach § 80 II Nr. 4 VwGO aus Gründen der Rechtsklarheit und wegen ihrer erheblichen Eingriffsintensität stets ausdrücklich erfolgen muss (VGH Mannheim, DVBl 1995, 302; Kopp, VwGO, § 80 Rn. 42).

Damit sind die Voraussetzungen des § 80 V VwGO nicht gegeben.

(2) Fraglich ist, ob nunmehr § 123 VwGO zum Zuge kommt oder § 80 V VwGO möglicherweise analog anzuwenden ist. In der Sache geht es um die Feststellung, dass die Behörde noch gar nicht zum faktischen Vollzug berechtigt war, was sich beispielsweise daraus ergeben könnte, dass die Rechtsbehelfsfrist gegen den ersten Bescheid noch lief (was hier noch nicht entschieden werden muss).

Nach einer Meinung kommt § 123 VwGO zum Zuge, da, wie eben gezeigt, der vorrangige § 80 V VwGO nicht eingreift (VGH München, BayVBl 1992, 178/179; OVG Bremen, NVwZ 1986, 59). Der Sache nach gehe es schließlich um einen Feststellungsantrag, und dieser müsste nach allgemeinen Regeln unter § 123 VwGO fallen. Nach h.M. ist demgegenüber **§ 80 V VwGO analog** auf derartige Fälle eines **faktischen Vollzuges** anzuwenden (OVG Berlin, NVwZ 1995, 399; OVG Bremen, DöV 1991, 473; VGH Mannheim, VBIBW 1991, 219; Kopp, VwGO, § 80 Rn. 75; Huba, JuS 1990, 382/385; Schenke, JZ 1996, 1155/1164; Proppe, JA 1996, 332/338). Dafür wird ins Feld geführt, dass für den Fall einer behördlichen Missachtung des Suspensiveffekts dergestalt, dass sie einen nicht bestandskräftigen VA faktisch vollzieht, zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke die Möglichkeit bestehen muss, eine Klärung durch das VG zu erreichen, dass der Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet und der VA nicht vollzogen werden darf. Diese Überlegung ist zwar im Ausgangspunkt zutreffend. Jedoch entsteht letztlich keine Rechtsschutzlücke, weil ja § 123 VwGO subsidiär eingreife. Für die h.M. spricht jedoch das hinter § 123 V VwGO stehende Regelungskonzept. Immer dann, wenn es um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsaktes geht, soll § 80 V VwGO eingreifen. Weil ein derartiger Fall auch beim faktischen Vollzug gegeben ist, sollte dieser nach § 80 V VwGO analog beurteilt werden (wobei hier offenbleiben mag, inwieweit die hinter der Scheidung 80/ 123 stehende Tun-Unterlassen-Scheidung überhaupt durchgängig zu überzeugen vermag).

c. Der Antrag hinsichtlich des Rücknahmebescheids ist somit nach § 80 V VwGO analog zu behandeln und insoweit statthaft (Anm.: Man kommt auf der Ebene der Begründetheit aber zu keinem anderen Ergebnis, wenn man den Rechtsschutz über § 123 VwGO laufen läßt. Jeweils ist dann – sinnleich – zu prüfen, ob die Feststellung getroffen werden kann, dass der Suspensiveffekt besteht).

3. Analog § 42 II VwGO ist für auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes eine **Antragsbefugnis** erforderlich, um Populärrechtsmittel auszuschließen. Diese ist gege-

ben, wenn die Möglichkeit einer Rechtsverletzung besteht (Möglichkeitslehre). A ist Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes und damit, da eine Verletzung zumindest des Grundrechts aus Art. 14 I GG nicht ausgeschlossen werden kann, antragsbefugt (Adressatenlehre).

4. Weiterhin stellt sich die Frage, ob das **allgemeine Rechtsschutzbedürfnis** für das Vorgehen gegen den Rücknahmebescheid gegeben ist. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlt dann, wenn der Rechtsschutzsuchende sein Ziel auf andere Weise als mit dem eingelegten Rechtsbehelf sicherer und einfacher erreichen kann.

a. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 80 V VwGO setzt zunächst voraus, dass in der Hauptsache Widerspruch oder Anfechtungsklage erhoben wurde oder demnächst erhoben wird. Dies ist vorliegend geschehen.

b. Des weiteren darf der Widerspruch im Rahmen des Antrags nach § 80 V VwGO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung entfalten. Denn andernfalls ist ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz entbehrlich. Dieses Erfordernis kann im Falle des Vorgehens gegen einen faktischen Vollzug analog § 80 V VwGO allerdings nicht verlangt werden. Denn hier ist es ja gerade Gegenstand der Begründetheitsebene des Verfahrens zu ermitteln, ob der Widerspruch suspendierende Wirkung hat oder nicht. (Es erscheint aber auch vertretbar, dies anders zu sehen und demgemäß die Fristenproblematik hier abzuhandeln.)

Darüber hinaus darf der Widerspruch, der zu der Faktischen-Vollzugs-Konstellation führt, nicht offensichtlich unzulässig sein. Denn sonst kann kein Interesse daran bestehen, die aufschiebende Wirkung dieses (dann ohnehin rechtsmissbräuchlichen) Rechtsbehelfs herzustellen. Die Unzulässigkeit könnte sich hier daraus ergeben, dass der Widerspruch möglicherweise verfristet eingelegt wurde. Abgesehen davon, dass dies näherer Prüfung bedürfte und insoweit die Offensichtlichkeit zweifelhaft ist, handelt es sich dabei um eine doppelrelevante Tatsache. Eine doppelrelevante Tatsache ist ein Umstand, der sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit eines Rechtsbehelfs Voraussetzung ist. Denn es wird vertreten, dass ein offensichtlich verfristeter Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat (Nachweise s.u.). Die Frage ist also relevant für die Zulässigkeit. Gleiches gilt aber auch für die Begründetheit, da vorliegend mit dem Antrag nach § 80 V VwGO analog ja gerade geklärt werden soll, ob der Widerspruch suspendierende Wirkung hat. Im Bereich des Rechtsschutzbedürfnisses ist zunächst zugunsten des Antragstellers zu unterstellen, dass sein Widerspruch nicht offensichtlich unzulässig ist.

c. Weiterhin stellt sich die Frage, ob vor dem Ersuchen um gerichtlichen Rechtsschutz zunächst ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung an die Behörde nach § 80 IV VwGO als sichererer und einfacherer Weg gestellt werden muss. Dagegen spricht, dass der Vergleich von § 80 VI, IV VwGO ergibt, dass ein vorheriger Antrag an die Behörde

vom Gesetzgeber nur in Abgabenangelegenheiten zwingend vorgesehen ist. Zudem wäre eine Ausnahme jedenfalls dann zu machen, wenn die Vollstreckung des VA unmittelbar droht, also Eilbedürftigkeit gegeben ist. Dies ist im Rahmen des § 80 VI VwGO anerkannt und muss bei § 80 IV VwGO folglich erst recht gelten. Vorliegend hat die Stadt die umgehende Vollstreckung der Bescheide im Wege der Ersatzvornahme angekündigt. Folglich war ein vorheriger Antrag an die Verwaltung nicht geboten bzw. schlicht nicht mehr möglich.

**5. Eine Frist** ist beim Antrag nach § 80 V VwGO (unmittelbar wie analog) nicht einzuhalten (Ausnahmen: Normen wie z.B. §§ 17 VIa FStrG, 74 I AsylVfG).

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Rücknahme der Baugenehmigung ist somit zulässig.

## **II. Antrag bezüglich der Beseitigungsverfügung**

Für den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Beseitigungsverfügung ist ebenfalls der Verwaltungsrechtsweg gegeben, weil wiederum ein Bescheid als eindeutig öffentlich-rechtliche Handlungsform ergangen ist.

Statthafte Antragsart hinsichtlich der als belastender VA zu qualifizierenden Anordnung (= dies ergibt sich schon aus dem Vorliegen eines Bescheids; sogenannter formaler VA) ist hier unproblematisch die nach § 80 V VwGO. Denn A begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Beseitigungsanordnung, für die die Stadt nach § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet hatte.

Hinsichtlich Antragsbefugnis, Rechtsschutzbedürfnis und Frist gilt das zum Rücknahmebescheid Gesagte sinngemäß.

Auch der Antrag auf Eilrechtsschutz gegen die Beseitigungsanordnung ist somit zulässig.

## **C. Begründetheit der Anträge**

### **I. Rücknahme der Baugenehmigung**

Der Antrag auf Eilrechtsschutz bezüglich der Verfügung vom 15. 08. 1997 ist begründet, wenn der Widerspruch des A vom 23. 09. 1997 aufschiebende Wirkung entfaltet. In diesem Fall ist der Suspensiveffekt des Rechtsbehelfs durch das VG festzustellen.

1. Grundsätzlich hat ein Widerspruch nach § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung. Ein Fall des gesetzlichen Ausschlusses nach § 80 II VwGO ist ebenso wenig ersichtlich wie die Anordnung einer sofortigen Vollziehung (da der hinsichtlich der Beseitigungsanordnung ergangene Sofortvollzug den Rücknahmebescheid nicht tangiert, s.o.).

2. Jedoch könnte der Widerspruch hier ausnahmsweise deshalb keine aufschiebende Wirkung entfalten, weil er **möglicherweise unzulässig** ist.

aa. Ob ein unzulässiger Widerspruch den Suspensiveffekt auslöst, ist umstritten (bejahend Pietzner/ Ronellenfitsch, Assessorklausur, § 53 II Rn. 23; verneinend Huba, JuS 392/385). Dafür spricht, dass das Gesetz insoweit nicht zwischen zulässigen und unzulässigen Rechtsbehelfen differenziert. Zudem wird die Zulässigkeit des Widerspruchs manchmal nicht ohne weitere Beweisaufnahme festzustellen sein. Dagegen spricht allerdings die Gefahr des Rechtsmissbrauchs. Die h.M. wählt deshalb eine vermittelnde Lösung und lässt die aufschiebende Wirkung nur bei einem *offensichtlich* unzulässigen Widerspruch entfallen (BVerwG, DVBl 1993, 256/258; OVG Hamburg, DVBl 1987, 1017/1018; OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 378/379; Schenke, JZ 1155/1156).

bb. Die Streitfrage kann aber dahinstehen, wenn sich ergeben sollte, dass der Widerspruch in jedem Fall zulässig ist. Bedenken ergeben sich vorliegend nur hinsichtlich der **Widerspruchsfrist**. Sie beträgt gemäß § 70 I VwGO einen Monat.

Fristbeginn tritt mit der Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) des VA ein, § 187 BGB, der über §§ 79, 31 VwVfG zum Zuge kommt (andere gehen über §§ 57 II VwGO, 222 ZPO, was zum gleichen Ergebnis führt, aber angesichts des klaren Wortlautes des § 70 II VwGO, der ausdrücklich nicht auf § 57 VwGO verweist, unzutreffend sein dürfte). Wann eine Bekanntgabe anzunehmen ist, richtet sich neben § 41 VwVfG nach dem VwZG (vgl. § 41 V VwVfG). Vorliegend erfolgte eine Zustellung mittels Einschreiben (§ 4 VwZG iVm. LZG). Danach gilt das Schreiben am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugegangen (Zustellungsfiktion), es sei denn, es ist tatsächlich nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen.

Hier bekam A das Schreiben erst am 25. 07. 2007 mit Abholung bei der Post ausgehändigt. Anders als bei der Ersatzzustellung per Postzustellungsurkunde gemäß §§ 3 III VwZG, 182 ZPO ist ein Einschreiben nicht etwa schon mit der Einlegung eines Benachrichtigungsscheins in den Briefkasten wirksam zugestellt, sondern erst mit der tatsächlichen Aushändigung an den Empfangsberechtigten (BVerwG, NJW 1983, 2344; VGH Mannheim, NVwZ 1992, 799/ 800). Dies gilt selbst dann – was vorliegend allerdings nicht ersichtlich ist, da A laut Sachverhalt viel zu tun hatte, was bei einem Bauherrn auch einleuchtend erscheint –, wenn der Empfänger die Abholung bewusst verzögert (Pietzner/ Ronellenfitsch, Assessorklausur, § 49 II Rn. 12).

Das Fristende bestimmt sich gemäß § 188 I BGB, der ebenfalls über §§ 79, 31 VwVfG Anwendung findet. Es liegt demnach am 25. 07. 2007, 24.00 Uhr. Die Widerspruchsfrist ist somit durch die Einlegung des Rechtsbehelfs mit Eingang des Schreibens ge-

wahrt.

Der Widerspruch des A ist demzufolge zulässig, so dass keine Bedenken gegen den Suspensiveffekt bestehen. Die oben aufgeworfene Streitfrage kann folglich offenbleiben.

**3.** Der Widerspruch hat also aufschiebende Wirkung, denn er wurde fristgerecht erhoben. Eine weitere **Interessenabwägung zwischen Vollzugs- und Suspensivinteresse**, wie sie sonst im Rahmen des § 80 V VwGO angezeigt wäre, braucht damit nicht mehr stattfinden. Der Antrag ist allein wegen der Missachtung der aufschiebenden Wirkung begründet, selbst wenn der angefochtene VA offensichtlich rechtmäßig wäre (= hier zeigt sich, dass es der Sache nach beim faktischen Vollzug eben doch um einen Feststellungsantrag geht und die Formalzuschreibung „§ 80 VwGO greift nur bei Anfechtungssituationen“ in dieser Ausschließlichkeit nicht zutrifft). Vollziehen darf die Behörde den VA – solange er noch nicht bestandskräftig ist – nur, indem sie den Sofortvollzug anordnet. Unstatthaft ist es demgegenüber, schlicht vollendete Tatsachen zu schaffen.

Der Antrag hinsichtlich des Rücknahmebescheids dahingehend, dass der Widerspruch des A einen Suspensiveffekt hat, ist somit zulässig und begründet und hat demnach Erfolg.

## **II. Beseitigungsverfügung**

**1.** Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Beseitigungsanordnung nach § 80 Abs. 5 VwGO ist begründet, wenn die Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des A als Antragsteller am einstweiligen Nichtvollzug das Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der angegriffene VA **offensichtlich rechtswidrig** ist. Dies genügt nach allgemeiner Meinung bereits für sich allein, um ein gegenüber dem Vollzugsinteresse überwiegendes Suspensivinteresse zu bejahen. Denn an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann kein Interesse bestehen (BVerwG, NVwZ 1995, 590/595; OVG Schleswig, NVwZ 1992, 687; Huba, JuS 1990, 805/809). Zudem ergibt sich aus § 80 Abs. 1 VwGO, dass die aufschiebende Wirkung der gesetzliche Regelfall ist, von dem abzuweichen im Falle offensichtlicher Rechtswidrigkeit einer behördlichen Maßnahme keine Veranlassung besteht.

**a.** Fraglich ist, ob die Beseitigungsanordnung offensichtlich rechtswidrig war.

**aa.** Eine Beseitigungsanordnung darf gemäß § 80 BauO MV nur ergehen, wenn die bauliche Anlage (eine solche ist ein Wohnhaus unproblematisch) **formell und materiell illegal**, also ohne eine erforderliche Genehmigung und im Widerspruch zu materiellen



Rechtsvorschriften, errichtet wurde. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen genügt es nach allgemeiner Meinung nicht, wenn der Bau bloß formell illegal ist, da dann ja immer noch (nachträglich) eine Baugenehmigung beantragt werden könnte (so dass in jenen Fällen zur Nutzungsuntersagung statt zur Baubeseitigung zu greifen ist).

**bb.** Die formelle Legalität ist nicht etwa deshalb unerheblich, weil der Bau von vornherein keiner Baugenehmigung bedürfte. Denn ein zehnstöckiges Haus fällt nicht unter die Privilegierung des § 62 BauO M-V, da die Voraussetzung des § 62 II Nr. 2 BauO M-V (kein Widerspruch zu den Festsetzungen des B-Plans) laut Sachverhalt ersichtlich nicht gegeben ist.

Die formelle Legalität ist auch nicht deshalb unerheblich, weil die Abstandsflächen womöglich gar nicht Gegenstand der Baugenehmigung waren, da eventuell ein Fall der vereinfachten Baugenehmigung, bei welcher kein Bauordnungsrecht geprüft (und damit auch kein Bauordnungsrecht vom Genehmigungsumfang umfasst) wird gemäß § 63 BauO M-V. Denn es liegen wie gesehen jedenfalls andere Rechtsfehler der Genehmigung vor, die definitiv zu prüfen waren (= Maß der baulichen Nutzung/ Gebäudehöhe).

Stattdessen ergibt sich jedoch folgendes: A besaß ursprünglich eine Baugenehmigung und baute das Wohnhaus also nicht formell illegal. Die Genehmigung wurde ihm allerdings vorliegend entzogen. Dadurch wird der Bau grundsätzlich formell illegal. Jedoch tritt selbst diese formelle Illegalität erst dann ein, wenn die Rücknahme unanfechtbar oder sofort vollziehbar ist. Hat ein Rechtsbehelf, wie hier der Widerspruch gegen den Rücknahmebescheid, aufschiebende Wirkung, darf die zuständige Behörde aus diesem angefochtenen VA vorläufig keine Rechtsfolgen ziehen. Es ist dabei egal, ob man der Lehre von der Wirksamkeitshemmung (dafür Huba, JuS 1990, 382/ 384) folgt, die davon ausgeht, dass der Suspensiveffekt die Rechtswirksamkeit des VA zeitweilig hindert, oder der **Lehre von der Verwirklichungshemmung** (dafür BVerwG, NJW 1983, 776/ 777; Redeker/vOertzen, VwGO, § 80 Rn. 1; Kopp, VwGO, Rn. 16), die besagt, dass der VA lediglich nicht vollzogen werden darf.

Bis auf weiteres wäre A deshalb so zu behandeln gewesen, dass er weiterhin im Besitz einer Baugenehmigung wäre.

**cc.** Die Behörde darf in derartigen Fällen angesichts der Verwirklichungs- bzw. Wirksamkeitshemmung keinen VA erlassen, der auf dem angefochtenen und nunmehr vorläufig suspendierten VA aufbaut (OVG Saarlouis, AS 14, 196/198; VGH Mannheim, BWVPr 1978, 9/ 10). Tut sie dies trotzdem, ist das rechtswidrig.

Die Beseitigungsanordnung baut auf der Rücknahme der Baugenehmigung auf. Denn sie erfolgt ja aus Gründen der formellen Illegalität. Diese ist aber (noch) nicht gegeben, wenn die Baugenehmigung vorläufig noch existent ist. Es wurde also eine zweite Verfügung erlassen, die den Entzug der Baugenehmigung voraussetzt und außerdem den Vollzug dieses zweiten Bescheids für die nächsten Tage angekündigt.

Die Behörde hätte vorliegend, da der Widerspruch gegen den Rücknahmebescheid aufschiebende Wirkung entfaltet, allenfalls die sofortige Vollziehung auch des ersten Bescheids anordnen können, mit der Folge, dass keine Verwirklichungshemmung hinsicht-

lich des ersten eintreten würde und damit ein darauf aufbauender zweiter Bescheid möglich wäre. Solange eine derartige Vollzugsanordnung nicht ergeht, ist die Rücknahmeverfügung nicht vollziehbar und die Beseitigungsanordnung somit schon mangels formeller Illegalität rechtswidrig. Ob die Beseitigungsanordnung daneben materiell rechtswidrig (weil unverhältnismäßig) wäre, ist gerade im Falle der Abstandsflächen streitig, kann hier aber offenbleiben, da bereits die formelle Illegalität fehlt (die in jedem Fall für eine Beseitigungsanordnung erforderlich wäre).

**b.** Für die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit genügt es, dass das VG sie im Eilverfahren ohne weitere Beweisaufnahme anhand der vorliegenden Akten und sonstigen Informationen feststellen kann. Das ist hier der Fall, weil es allein auf die aus den Akten ersichtlichen, oben dargestellten Fristfragen ankommt.

Somit ist die offensichtliche Rechtswidrigkeit gegeben. Das Suspensivinteresse des A überwiegt damit das Vollzugsinteresse der H, so dass das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Beseitigungsanordnung wiederherstellen wird.

**2. Hilfgutachten:** Wenn man annähme, dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen sind, wäre der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO möglicherweise trotzdem begründet. Denn bei unklarem Ausgang der Hauptsache ist in Fällen der Anordnung sofortiger Vollziehung zusätzlich durch das erkennende Gericht eine Abwägung zwischen Suspensiv- und Vollzugsinteresse vorzunehmen (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 266). Überwiegt im Rahmen dieser Abwägung das Interesse des A an der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den angegriffenen Verwaltungsakt, hätte er also trotzdem Erfolg.

Ein besonderes Vollzugsinteresse ist vorliegend nicht erkennbar. Denn dieses müsste ein über das allgemeine Interesse an der Durchsetzung des VA hinausgehendes, die besondere Eilbedürftigkeit begründendes Interesse sein. In diese Richtung weist auch, dass nicht nur der zweite, sondern auch der erste Bescheid hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit Zweifeln unterliegt angesichts der denkbaren Unverhältnismäßigkeit der Beseitigungsanordnung. Ohne entsprechendes Vollzugsinteresse darf der Suspensiveffekt, der nach § 80 Abs. 1 VwGO der gesetzliche Regelfall ist, nicht entfallen. Das allgemeine Interesse an der Durchsetzung staatlicher Maßnahmen kann jedenfalls nicht genügen, da dann jeder beliebige Verwaltungsakt einem Sofortvollzug zugänglich wäre. Dies aber widerspräche Art. 19 Abs. 4 GG, der die verfassungsrechtliche Grundlage der aufschiebenden Wirkung beinhaltet und der einer Schaffung vollendeter Tatsachen ohne zwingenden Grund entgegensteht. Im Falle der Einschätzung der Interessenlage als offen muss im Übrigen die gesetzliche Vermutung des § 80 Abs. 1 VwGO den Ausschlag geben. Besonderes Gewicht gebührt noch dem Umstand, dass die Baubeseitigung vollendete Tatsachen schaffen würde. Die Herstellung der aufschiebenden Wirkung darf allerdings grundsätzlich die Hauptsacheentscheidung nicht vorwegnehmen. Das wäre im Falle des A aber nicht der Fall. Mit der Anordnung einer aufschiebenden Wirkung würde die Baubeseitigung lediglich einstweilen suspendiert; mehr kann vorläufiger Rechts-

schutz ohnehin nicht leisten.

Auch der Antrag hinsichtlich der Beseitigung ist somit zulässig und begründet und hat demgemäß Erfolg.

(Anmerkung: Eine andere Frage ist, ob man dem A anwaltlich tatsächlich zu einer Rechtsverfolgung hätte raten können. Denn nach den o.g. Ausführungen kann die zuständige Behörde die Verfügungen sodann u.U. erneut – und nunmehr in formal korrekter Weise – erlassen. Denkbar, hier aber nicht zu prüfen wäre im Gegenzug allerdings ein Amtshaftungsanspruch des A wegen der rechtswidrig erteilten Genehmigung.)

## **Examensklausurenkurs im öffentlichen Recht (22.09.2010)**

In einer Stadt S im Bundesland X befindet sich ein Schlachthof. Diesen betreibt die Stadt selbst, wobei sie in der Schlachthofsatzung unter anderem bestimmt, dass die S die Verkehrssicherungspflicht „hoheitlich“ übernimmt. Die Satzung bestimmt ferner, dass die Stadt für Schäden nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hafte. Durch ein ungeschicktes Anbinden der Tiere durch städtische Angestellte strangulieren sich in der Folgezeit fünf Schweine des Metzgers A vorzeitig zu Tode. Das Fleisch kann daraufhin nicht mehr verwertet werden. Den Einnahmeausfall von 5000 Euro möchte er nunmehr von der Stadt ersetzt haben und verklagt die Stadt mit diesem Anspruchsziel vor dem örtlich zuständigen Landgericht. Hat A den geltend gemachten Anspruch, wenn er mit der Stadt keinen Vertrag über die Schlachthofnutzung geschlossen hat?

Abwandlung: Als A 1999, der ursprünglich aus dem seinerzeitigen Jugoslawien stammt, aber seit zehn Jahren die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, Verwandte in Belgrad besucht, gerät er in einen – von der Bundesrepublik Deutschland logistisch unterstützten – NATO-Luftangriff im Rahmen des Kosovo-Kriegs. Als das Haus seiner Verwandten versehentlich von einer Bombe getroffen wird (der Angriff galt eigentlich einer Waffenfabrik), wird auch A schwer verletzt. Nach Abschluss seiner Genesung begehrt A deshalb vor dem örtlich zuständigen Landgericht in Deutschland Schadensersatz in Höhe seiner Arztkosten von der Bundesrepublik Deutschland. Diese hält das Begehren für unbegründet. Zum einen genießen etwaige Rechtsgüter des A im Ausland keinen Schutz. Zum anderen sei der A kein „Subjekt“ der internationalen Beziehungen und daher kein möglicher Anspruchsteller. Ferner habe man „im Krieg ohnehin keinerlei Ansprüche“. Hat A einen deliktischen Anspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland? (Würde sich an der Beurteilung etwas ändern, wenn A (a) keine deutsche Staatsbürgerschaft besitzt oder (b) darüber hinaus nicht in einmal in Deutschland wohnt?)

### Bearbeitervermerk für beide Aufgaben:

- Zulässigkeitsfragen der Klagen sind nicht zu bearbeiten, mit Ausnahme der Frage nach dem richtigen Rechtsweg.
- Es ist die heutige Rechtslage zugrunde zu legen.
- Zu Vereinfachungszwecken ist zu unterstellen, dass der NATO-Luftangriff wegen Verstoßes gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot rechtswidrig war.
- Sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch die Bundesrepublik Jugoslawien haben die EMRK ratifiziert.

### Hinweis:

Wegen Nichtanwesenheit des Dozenten im WS entfällt voraussichtlich die Besprechung zugunsten einer Online-Bekanntgabe der Lösungsskizze. Bitte auf Aushänge achten, auch wegen des Rückgabetermins (über das Sekretariat Kathrin Kliffmann, R. 215).

# Lösungsskizze zur Examensklausur im öffentlichen Recht

(vgl. insbesondere BGHZ 61, 7 ff.; BGH, NJW 1974, 1816; EGMR, NJW 2003, 413 ff.; LG Bonn, JZ 2004, 572 ff.; Giegerich, EuGRZ 2004, 758 ff.)

Die Problematik wird in den soeben genannten staatshaftungsrechtlichen Urteilen eingehend behandelt. Der Fall ist aufbautechnisch eher einfach. Inhaltlich ist die erste Aufgabe nicht sehr schwer zu lösen, wobei man (was bei vielen Studierenden nur bedingt der Fall ist) den Anspruch aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis kennt. Die Abwandlung führt dagegen in schwierige aktuelle Fragen in der Schnittmenge von Staatshaftungsrecht und Völkerrecht. Im Kern geht es darum, einige wichtige Fragen des heutigen Staatshaftungsrechts abzuarbeiten.

Der Fall ist so gestellt, dass im Ausgangsfall auch weniger gute Bearbeiter Gewusstes gut abrufen können, wenngleich erfahrungsgemäß auch das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis keinesfalls allen Studierenden geläufig ist – wogegen in der Abwandlung für die Qualität der Lösung die Qualität der Argumentation entscheidend ist. Dass bestimmte Punkte in der Bearbeitung der Abwandlung überhaupt angesprochen werden, ist dabei aber allein noch kein Qualitätsmerkmal, da die wichtigen Punkte ja bereits im Sachverhalt anklingen – wobei sicherlich unterschiedliche Ergebnisse denkbar sind.

## Ausgangsfall:

### 1. privatrechtlicher Anspruch?

- § 823 BGB versus § 839 BGB einerseits, § 280 BGB andererseits
- Abgr. öffentliches Recht/ Privatrecht = vorliegend in haftungsrechtlicher Hinsicht eindeutig zugunsten des ersteren wegen „hoheitlicher“ Verkehrssicherungspflicht u.a. (darf per Satzung so festgelegt werden)
- daher kein privatrechtlicher Anspruch

### 2. Anspruch aus pVV des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses?

- Analogie zu § 280 BGB
- Analogie liegt vor, wenn enges, besondere Rechte und Pflichten begründendes Rechtsverhältnis und besondere Obhutspflicht im öffentlichen Recht vorliegen
- Normalerweise schließt ein Metzger mit dem Schlachthof einen Vertrag ab. Anstaltsverhältnisse zu konstruieren ist nur nötig, wo Vertragsabschlüsse nicht vorliegen – und so ist es laut Sachverhalt. Anstaltsverhältnisse sind eine anerkannte Fallgruppe für ein solches Rechtsverhältnis
- tatbestandliche Voraussetzungen des § 280 BGB (+)
- Beweislastumkehr bzgl. des Verschuldens?
- kann offenbleiben, da leichte Fahrlässigkeit kraft Satzung (rechtmäßig analog den AGB-Bestimmungen, die wegen des „Gebots der Vermeidung einer Überhaftung“ analog auch im öffentlichen Recht anzuwenden sind) haftungsfrei bleibt

- das LG darf (neben dem Amtshaftungsanspruch, vgl. Art. 34 S. 3 GG) auch über diesen Anspruch mitentscheiden

### 3. Anspruch nach den Grundsätzen der Amtshaftung?

- Ist Amtshaftung anwendbar, obwohl ein Vertrag vorliegt?
- Amt (+), vorliegend zumindest nach „Werkzeugtheorie“
- öffentlich-rechtlich und jedermann (+)
- drittschützende Amtspflicht (+)
- schuldhaft = leichte Fahrlässigkeit
- kein Ausschluss über § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, da Versicherung (durch eigene Beiträge finanziert!) keine anderweitige Ersatzmöglichkeit ist
- auch kein Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit durch Satzung, weil dies keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Einschränkung des (grund-)gesetzlichen Amtshaftungsanspruchs ist; somit ist der Amtshaftungsanspruch gegeben

### 4. Anspruch nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs?

- Anspruch hängt zunächst einmal davon ab, dass man jenes Rechtsinstitut für nach wie vor existent hält (laut BGH und BVerfG ja – als gewohnheitsrechtliche Anspruchsgrundlage des einfachen Rechts)
- ansonsten wohl gleiches Ergebnis wie beim verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis; denn einerseits besteht kein Verschuldenserfordernis – andererseits besteht für einfachgesetzliche Anspruchsgrundlagen die Möglichkeit des Haftungsausschlusses (s.o.), die wohl auch den enteignungsgleichen Eingriff erfassen muss, wenn der Ausschluss nicht leerlaufen soll (a.A. aber gut vertretbar, da man sagen könnte: der Ausschluss läuft wegen der Amtshaftung doch ohnehin leer)

### Abwandlung:

In der Abwandlung kommen drei deliktische Anspruchsgrundlagen in Betracht – der deutsche Amtshaftungsanspruch, der Anspruch aus Art. 41 EMRK und der völkerrechtliche deliktische Anspruch. Für die letzteren zwei Anspruchsgrundlagen könnte man (was durch den Bearbeiterhinweis allerdings wohl ausgeschlossen ist) zunächst fragen, ob ein deutsches Gericht für ihre Behandlung überhaupt zuständig ist (EGMR und LG Bonn lassen im konkreten Fall offen, ob z.B. Art. 41 EMRK eine ausschließliche Zuständigkeit des EGMR begründet). Nimmt man die Zuständigkeit – und die vom Sachverhalt vorgegebene Rechtswidrigkeit sowie das ebenfalls nicht zweifelhafte „Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ – als gegeben hin, stellen sich für alle drei Anspruchsgrundlagen die gleichen drei Fragen:

1. Ist im Kriegsfall von vornherein kein Anwendungsbereich für (staats-)haftungsrechtliche Ansprüche gegeben? Der BGH argumentierte früher hinsichtlich des Zweiten Weltkriegs exakt so. Eine positivrechtliche Grundlage für eine solche Anschauung fehlt freilich; sie dürfte daher abzulehnen sein.

2. Bei allen Rechtsgrundlagen ist eine durch das rechtswidrige Handeln verletzte subjektive Rechtsposition des A erforderlich. Als solche kommt sein Recht auf Leben und Gesundheit (aus Art. 2 Abs. 2 GG bzw. Art. 2, 8 EMRK) in Betracht. Aber gelten die Menschenrechte nicht nur „universal“ (in jedem Staat), sondern auch „global“ (über Staatsgrenzen hinweg)? Sowohl EGMR als auch LG Bonn verneinen dies wegen Art. 1 EMRK. (stattdessen könnte man auch fragen, inwieweit die UN-Charta mit ihrem Gewaltverbot eine Schutzwirkung für das Individuum entfaltet)
3. Selbst wenn die Menschenrechte eine solche Geltung besitzen sollten, wird in Judikatur (vgl. die o.g. Urteile) und Literatur mehrheitlich bezweifelt, dass das Individuum die Rechtsverstöße selbst geltend machen dürfe – entweder unter der Überschrift „fehlende Völkerrechtssubjektivität des Individuums“ oder unter dem Topos „zwar Völkerrechtssubjektivität, aber trotzdem keine Durchsetzungsmacht“. Deshalb verneint das LG Bonn a.a.O. den Anspruch (der EGMR hatte seinerseits zwar die Klage zugelassen, aber eben Punkt 2 verneint).

EGMR und LG Bonn beantworten also die Fragen 2 bzw. 3 negativ und lehnen ergo eine Staatshaftung nach sämtlichen Anspruchsgrundlagen im Regelfall ab. Schon wegen Art. 1 EMRK (der fragliche Begriff dort ist der der Hoheitsgewalt), aber auch generell gelten Grundrechte demnach nicht über eine Staatsgrenze hinweg. Im übrigen sei der einzelne im Regelfall kein Subjekt der internationalen Beziehungen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man freilich, wenn man (vgl. Giegerich, EuGRZ 2004, 758 ff.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit, 2010, § 8) den Schutzbereich der Grundrechte so versteht, dass sie stets dort gelten, wo der Freiheit Gefahren drohen – und diese drohen heute nun einmal häufig über die klassische nationalstaatliche Grenze hinweg. Mit dieser a.A. verbindet sich zumeist auch die Vorstellungen, dass die internationalen Beziehungen nicht länger (primär) von der nationalen Souveränität, sondern von den Belangen des Individuums her interpretiert werden sollten. Die h.M. in der Rechtsprechung folgt dem aber bislang – jedenfalls in Fällen kriegerischer Auseinandersetzungen – nicht.

Diese Problematik muss wenigstens für die Variante diskutiert werden, in der A weder deutscher Staatsbürger ist noch in Deutschland wohnt. Ist er dagegen Staatsbürger oder regelmäßig im Bundesgebiet Wohnender, mag es überzeugender sein, im vorliegenden Fall eine haftungsbegründende Hoheitsgewalt sowie eine Rechtssubjektivität auch im Falle des grenzüberschreitenden Handelns der Bundesrepublik zu bejahen.

Dass laut Sachverhalt nur „Fahrlässigkeit“ hinsichtlich der Schädigung des A vorlag, ist für die deliktischen Ansprüche in jedem Fall unerheblich. Ebenso dürfte die Bestimmung des Schadens keinen Anlass für weitere Erörterungen geben.

Nicht gefragt ist im übrigen, ob die Bundesrepublik Deutschland, die lediglich „Beihelfer“ zum NATO-Luftangriff gewesen sein dürfte, nach den Grundsätzen der Gesamtschuld einen Ausgleich von den anderen beteiligten NATO-Staaten verlangen könnte.