

# ALLGEMEINES SICHERHEITS- UND ORDNUNGSRECHT

---



Prof. Dr. Felix Hanschmann  
Sommersemester 2019

Mittwochs von 14:15 bis 15:45 Uhr

Donnerstags von 14:15 bis 15:45 Uhr

E-Mail: [felix.hanschmann@rewi.hu-berlin.de](mailto:felix.hanschmann@rewi.hu-berlin.de)

MODULABSCHLUSSKLAUSUR  
ÖFFENTLICHES RECHT II  
WIEDERHOLUNGSKLAUSUR  
7. OKTOBER 2019

---

LÖSUNGSHINWEISE

OS: Der Antrag der A hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

- A. Zulässigkeit des Antrages
- B. Begründetheit des Antrages

## A. Zulässigkeit

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

- Der Rechtsweg des Eilverfahrens richtet sich nach dem Rechtsweg der Hauptsache, § 80 V 1 VwGO („das Gericht der Hauptsache“)
  - Aufdrängende Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten (-)
  - Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art (+)
  - Abdrängende Sonderzuweisung (-)
  - Öffentlich-rechtliche Streitigkeit?

## A. Zulässigkeit

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

- Öffentlich-rechtliche Streitigkeit:
  - Streitentscheidende Normen?
  - BauO, BauGB, BauNVO
  - Normen des öffentlichen Rechts, da sie ausschließlich Hoheitsträger berechtigen und verpflichten (mod. Subjektstheorie)
- Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet

## II. Statthaftigkeit des Antrages

- Antrag nach § 80 V 1 2. Alt. VwGO: Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
- Voraussetzung:
  - Gegenstand ist die Suspendierung eines belastenden VA
  - Deshalb wäre im Hauptsacheverfahren die AK gem. § 42 I Alt. 1 VwGO die statthafte Klageart

## II. Statthaftigkeit des Antrages

- Hier:
  - Bescheid vom 19.8.2019 ist VA i.S.v. § 35 VwVfG i.V.m. § 1 I VwVfG Bln
  - Im Hauptsacheverfahren: AK gem. § 42 I Alt. 1 VwGO
  - Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO
- Statthaft ist ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 2. Alt. VwGO

### III. Antragsbefugnis

- § 42 II VwGO analog
  - Hinreichend substantiierte Geltendmachung der Möglichkeit der Rechtsverletzung
- Hier:
  - Eigentumsgarantie gem. Art. 14 I GG
  - Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG (A ist Adressatin der Verfügung)
- A ist antragsbefugt gem. § 42 II VwGO analog

## IV. Frist

- Keine Antragsfrist für Antrag gem. § 80 V 1 VwGO
- Aber:
  - Kein Verstreichen der Widerspruchs- und Klagefrist (§§ 70, 74 VwGO),
  - VA darf nicht unanfechtbar geworden sein
  - Grund: Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wäre dann nicht mehr möglich

## IV. Frist

- Hier:
  - Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eine Woche nach Wirksamwerden des Bescheides vom 19.8.2019 (26.8.2019)
  - Vor Ablauf der Widerspruchsfrist von einem Monat nach Bekanntgabe (§ 70 I 1 VwGO)
  - Erhebung des Widerspruchs ist noch möglich
  - VA ist noch nicht unanfechtbar geworden
- **Einhaltung der Frist (+)**
- *Anmerkung: Das Problem kann alternativ auch erst bei der Prüfung des Allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses angesprochen werden.*

## V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

### 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde gem. § 80 VI VwGO

- Antrag gem. § 80 VI 1 VwGO als einfacherer Weg zur Erreichung des Rechtsschutzziels der A?
- Dagegen:
  - § 80 VI 1 VwGO sieht vorgeschaltetes behördliches Aussetzungsverfahren nur in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO (Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten) zwingend vor
  - Umkehrschluss: In allen übrigen Fällen kann das VG unmittelbar angerufen werden
- Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht, weil A keinen Antrag bei der Behörde gem. § 80 VI 1 VwGO gestellt hat

## V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

### 2. Vorheriger Erhebung eines Widerspruchs

- E.A.: Kein Rechtsschutzbedürfnis für Antrag nach § 80 I 1 VwGO, wenn noch kein Widerspruch erhoben worden ist
- Arg.:
  - Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO scheidet schon begriffsnotwendig aus, wenn kein Widerspruch erhoben worden ist - es fehlt dann an einem Anordnungsgegenstand
  - § 80 V 2 VwGO erwähnt nur, dass der Antrag nach § 80 V 1 VwGO bereits vor Erhebung einer AK zulässig ist – Umkehrschluss: Widerspruch muss eingelegt worden sein

## V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

### 2. Vorheriger Erhebung eines Widerspruchs

- A.A.: Rechtsschutzbedürfnis für Antrag nach § 80 V 1 VwGO auch dann, wenn vorher kein Widerspruch eingelegt worden ist
- Arg.:
  - Gedanke der Rechtsschutzeffektivität
  - Drohende faktische Verkürzung der Rechtsbehelfsfristen, die auch Überlegungs- und Vorbereitungsfrist sind
  - Gericht kann auch aufschiebende Wirkung eines erst noch zu erhebenden Widerspruchs wiederherstellen – Beschluss wird dann nur gegenstandslos, wenn die Erhebung des Widerspruchs unterbleibt

## V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

### 2. Vorheriger Erhebung eines Widerspruchs

- Hier:

- A hat noch keinen Widerspruch erhoben
- Streit ist deshalb zu entscheiden
- Folgen Sie der ersten Auffassung, ist der Antrag gem. § 80 V 1 VwGO unzulässig und Sie müssen hilfsgutachterlich weiter prüfen
- Folgen Sie hingegen der zweiten Auffassung, ist der Antrag gem. § 80 V 1 VwGO zulässig und Sie prüfen ganz normal weiter

## VI. Antragsgegner

- § 78 I Nr. 1 VwGO analog: Land Berlin

## VI. Partei- und Prozessfähigkeit

- A:
  - Beteiligtenfähigkeit: § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO
  - Prozessfähigkeit: § 62 I Nr. 1 VwGO
- Land Berlin:
  - Beteiligtenfähigkeit: § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO
  - Prozessfähigkeit: § 62 I Nr. 1, III VwGO

## VII. **Zuständigkeit des angerufenen Gerichts**

- § 80 V 1 VwGO: Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist beim Gericht der Hauptsache zu stellen
- Gericht der Hauptsache: Gericht, bei dem die AK zu erheben wäre
- Hier:
  - Sachliche Zuständigkeit: VG gem. § 45 VwGO
  - Örtliche Zuständigkeit: VG Berlin gem. § 52 VwGO

## VIII. **Ordnungsgemäßer Antrag**

- Antrag muss gem. § 80 I 1 i.V.m. §§ 81, 82 VwGO beim VG ordnungsgemäß gestellt werden

## IX. **Zwischenergebnis**

- Der Antrag der A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 VwGO ist zulässig

## B. Begründetheit

- OS: Der Antrag der A gem. § 80 V Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit mit Fehlern behaftet ist (I) und/oder das Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung das Interesse des Antragsgegners an der sofortigen Vollziehung überwiegt (II).

- I. **Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**
  1. **Zuständigkeit**
    - § 80 II 1 Nr. 4 VwGO: Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist die Ausgangsbehörde
    - Hier: Bezirksamt von Mitte, die als Ausgangsbehörde den VA erlassen hat
  2. **Verfahren**
    - Str.: Anhörung vor Erlass der Vollziehungsanordnung?
    - Hier:
      - Streit kann dahinstehen
      - A wurde vor Erlass des Bescheides v. 19.8.2019, der ebenfalls die Vollziehungsanordnung beinhaltet, angehört gem. § 28 I VwVfG

1. **Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**
3. **Form**
  - § 80 III 1 VwGO: Gesonderte schriftliche Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung des VA
  - Anforderungen an die Begründung gem. § 80 III 1 VwGO:
    - Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung
    - Interesse, das über das allgemeine, bei jedem beliebigen VA bestehende Vollzugsinteresse hinausgeht
    - Keine Wiederholung des Wortlautes der Begründung des VA gem. § 39 I VwVfG
    - Begründung muss auf den konkreten Fall eingehen
    - Keine leeren Formeln oder vorgefertigte Textbausteine

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung
3. Form
  - Hier:
    - Behörde verweist auf bestehende Gefahren für Leben und Gesundheit der Besucher\*innen
  - Begründung i.S.d. § 80 III 1 VwGO (+)

## II. Materielle Abwägung

- Entscheidend: Abwägung des Aussetzungsinteresses des Antragstellers mit dem öffentlichen Vollziehungsinteresses
- Summarische Prüfung: Aussetzungsinteresse der A überwiegt, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache zulässig und begründet ist

### 1. Rechtmäßigkeit der Verfügung

#### a) Ermächtigungsgrundlage

- Bauordnungsrechtliche Generalklausel gem. § 58 I 5 BauO Bln

## b) **Formelle Rechtmäßigkeit**

- **Zuständigkeit:** Bezirksamt Mitte als Bauaufsichtsbehörde gem. § 58 I BauO Bln, § 4 II 1 AZG, 2 IV 1 ASOG, Nr. 15 I ZustKatOrd
  - **Verfahren:** Anhörung des A vor Erlass der Verfügung
  - **Form:** Ordnungsgemäße Begründung der Verfügung gem. § 39 I VwVfG
- **Die Verfügung ist formell rechtmäßig**

c) **Materielle Rechtmäßigkeit**

aa) **Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln**

- § 58 I 5 BauO Bln: Treffen der erforderlichen Maßnahmen zur Wahrnehmung der Aufgaben der Bauaufsichtsbehörde
- § 58 I 1 BauO Bln: Bauaufsichtsbehörden haben u.a. darüber zu wachen, dass
  - (1) bei der Nutzung und Instandhaltung von Anlagen
  - (2) die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden
  - (3) die Verfügung an die richtige Adressatin gerichtet ist

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln

### (1) Nutzung und Instandhaltung von Anlage

- Eisfabrik = Anlage i.S.v. § 2 I 1 BauO Bln

### (2) Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften

- § 3 BauO Bln: Anlagen sind so instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insb. Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden
- Hier:
  - Eisfabrik befindet sich in baufälligem Zustand
  - Eisfabrik ist z.T. einsturzgefährdet
  - Gefahr für Leben und Gesundheit der Personen, die das Gebäude betreten
- **Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften (-)**

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln

### (3) Richtige Adressatin

- § 58 BauO Bln: Keine Bestimmung, an wen die Verfügung zu richten ist
- § 52 ff. BauO: Spezielle Regelungen bzgl. Verantwortlichkeit
- §§ 13 IV, 14 IV ASOG: Vorrangige Anwendbarkeit der § 52 ff. BauO
- Aber: §§ 52 ff. BauO erfassen nur den Zeitraum des Bauens am baulichen Vorhaben
- Hier: Eisfabrik ist bereits fertig gebaut
- §§ 52 ff. BauO Bln (-)

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln

### (3) Richtige Adressatin

- § 17 II 2 ASOG: Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 8 ff. ASOG
- Hier:
  - A ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem sich die Eisfabrik befindet
  - A als Zustandsstörerin i.S.v. § 14 ASOG?
- Problem:
  - Trifft A einen Vorwurf?
  - Geht die Gefahr von dem Grundstück bzw. dem Gebäude oder von den das Grundstück eigenverantwortlich und unbefugt betretenden Bewohner\*innen aus?

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln

### (3) Richtige Adressatin

- Unerheblich ist, ob die Eigentümerin den polizeiwidrigen Zustand verschuldet oder verursacht hat
- Aber:
  - Keine Zustandsverantwortlichkeit, wenn Dritte die als solche gefahrlose Sache missbrauchen
  - Bei Missbrauch durch Dritte, ist der Zustand der Sache nur eine entfernte mittelbare Ursache, selbst wenn dadurch ein gewisser Anreiz zum Missbrauch geboten wird
  - Konkret: Eigentümerin muss bspw. keine Unfallgefahren für Personen ausschließen, die ihr umfriedetes Grundstück unbefugt betreten

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 58 I 5 BauO Bln

### (3) Richtige Adressatin

- Ausnahme: Zurechnung der Gefährdung
- Eigentümerin bzw. Inhaberin der tatsächlichen Gewalt muss sich die Gefährdung zurechnen lassen, wenn sie ihren Rechtskreis überschreitet und Rechtsvorschriften verletzt
- Hier:
  - Zustand der Eisfabrik entspricht nicht den Anforderungen von § 3 BauO Bln
  - A verletzt gesetzliche Sicherungspflicht
  - VG Berlin: „Handlungshaftung durch Unterlassen“
- Unabhängig davon, ob man die Eisfabrik selbst als unmittelbare Gefahrenquelle oder nur als mittelbare Ursache für den polizeiwidrigen Zustand einstuft, ist A Zustandsverantwortliche i.S.d. § 14 ASOG

## bb) Rechtsfolge

- § 58 I 5 BauO Bln ist Ermessensnorm: „kann“
- Grenzen des Ermessens: §§ 11, 12 ASOG, 40 VwVfG
- Insb. Übermaßverbot gem. § 11 ASOG

### (1) Legitimes Ziel

- Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit der Personen, die die Eisfabrik unbefugt betreten
- Legitimes Ziel (+)

## (2) Geeignetheit

- Verpflichtung, Gebäude und Gelände durch verschiedene Vorkehrungen gegen ein unbefugtes Betreten durch Dritte zu sichern, ist grundsätzlich zur Erreichung des Ziels geeignet
- Problem: Sicherungsvorkehrungen werden so lange nicht zum Erfolg führen, wie die Personen, die die Eisfabrik derzeit als Notunterkunft nutzen, in dem Gebäude verbleiben
- Verfügung setzt Freimachung des Gebäudes (implizit) voraus
- **Folge: Verfügung ist ungeeignet, wenn die Räumung der Eisfabrik nicht durch die A selbst erreicht werden kann**

## (2) Geeignetheit

- Räumung des Gebäudes nur durch die A?
- Evtl. erforderlich:
  - Nutzungsuntersagungen gem. § 80 S. 2 BauO Bln
  - Räumungsverfügungen gem. § 58 I 5 BauO Bln mit ggf. anschließender Vollstreckung
- gegenüber den sich in dem Gebäude befindlichen Personen
- Möglichkeiten der A zur Räumung des Gebäudes bzw. Geländes?

## (2) Geeignetheit

- Grds.: Verpflichtung der A als Zustandsstörerin, das Gebäude freizumachen und so die Grundlage für die Sicherung des Geländes und des Gebäudes vor dem unbefugten Zutritt durch Dritte zu schaffen
- Aber:
  - Fehlende Obdachlosenunterkünfte für die im Gebäude befindlichen Personen?
  - Verpflichtung des Bezirksamtes zur Verfügungstellung geeigneter Obdachlosenunterkünfte gem. § 17 I ASOG
  - Lässt A räumen, ohne das entsprechende Unterkünfte zur Verfügung stehen, entsteht erneut ein polizeiwidriger Zustand

## (2) Geeignetheit

- VG Berlin:
  - Verpflichtung der A zur Räumung des Gebäudes und Verpflichtung des Bezirksamtes zur Bereitstellung von Obdachlosen- oder Notunterkünften bestehen unabhängig voneinander
  - Bezirksamt kann zu jeder Zeit bis zur Räumung tätig werden und durch die Bereitstellung geeigneter Unterkünfte die Entstehung eines polizeiwidrigen Zustandes verhindern

*Anmerkung: Eine andere Ansicht ist kann hier mit entsprechender Argumentation vertreten werden.*

## (2) Geeignetheit

- Faktische Unmöglichkeit der Räumung?
  - A hat bereits mehrere erfolglose Versuche unternommen
  - A hat das Bezirksamt um Hilfe gebeten
  - A hat mehrere Strafanzeigen gestellt
- Aber:
  - A hat nur erwogen, auf zivilrechtlichem Wege eine Räumung des Gebäudes zu erreichen
  - A hat deshalb noch nicht alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft
  - Ansprechen der Personen, die in der Eisfabrik leben
  - Anschlag einer Mitteilung an der Eisfabrik
  - Einsetzen eines Wachschatzes

## (2) Geeignetheit

- A kann sich direkt an die Polizei wenden
- Polizei kann Gebäude gestützt auf § 17 I ASOG räumen lassen
- Polizeiliche Einschreiten zum Schutz privater Rechte ist gegenüber dem gerichtlichen Schutz zwar grundsätzlich subsidiär
- Aber:
  - Hier auch Schutz der Rechtsordnung
  - Hausbesetzung erfüllt den Tatbestand des § 123 StGB
  - Zudem Gefahr für Leben und Gesundheit
  - Zumindest Anspruch der A auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

## (2) Geeignetheit

- A ist es nicht von vornherein unmöglich, die Räumung des Gebäudes mit eigenen Mitteln zu erreichen
- Maßnahme ist dazu geeignet, auch eine Gefährdung der sich in dem Gebäude dauerhaft befindlichen Personen auszuschließen
- Geeignetheit (+)

### (3) Erforderlichkeit

- Kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Abwehr der Gefahren für Leben und Gesundheit der Personen in der Eisfabrik ersichtlich
- Erforderlichkeit (+)

## (4) Angemessenheit

- Einerseits:
  - Verfügung verpflichtet A zu umfangreichen und kostspieligen Sicherungsvorkehrungen
  - Nicht unerheblicher Eingriff Art. 14 GG
  - Evtl. Grenze der Sozialpflichtigkeit des Eigentums erreicht
  - Wertungen des Zivilrechts zu Verkehrssicherungspflichten können herangezogen werden
  - ZR: Eigentümerin ist nicht dazu verpflichtet, allumfassende Maßnahmen zu treffen, um Dritte vor der Begehung von Straftaten abzuhalten und damit ggf. verbundene Selbstgefährdungen zu verhindern

#### (4) Angemessenheit

- Andererseits:
    - Verfügung verpflichtet A nicht zu allumfassenden Maßnahmen
    - Verfügung soll erhebliche Gefährdung für Leben und Gesundheit von Personen, die durch den baufälligen Zustand des Gebäudes hervorgerufen wird, ausschließen
    - Erforderlichkeit effektiver Sicherheitsvorkehrungen
  - Verfügung ist angemessen
  - Verfügung ist verhältnismäßig und somit ermessensfehlerfrei
- d) Zwischenergebnis
- Der Bescheid vom 19.8.2019 ist rechtmäßig

## 2. Besonderes Vollzugsinteresse

- A.A.: Erforderlichkeit eines besonderen Vollzugsinteresses
- Arg.:
  - Voraussichtliche Rechtmäßigkeit des VAs begründet für sich allein kein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung
  - Vollzugsinteresse muss gerade über das den VA selbst rechtfertigende Interesse hinausgehen
- Hier: Besonders Vollzugsinteresse?

## 2. Besonderes Vollzugsinteresse

- Str.: Nur Rechtmäßigkeit des VAs oder auch besonderes Vollzugsinteresse?
- E.A.: Vollzugsinteresse überwiegt immer schon dann, wenn der angefochtene VA rechtmäßig ist und der Rechtsbehelf daher voraussichtlich erfolglos bleiben wird
- Arg.: Interesse des Antragstellers, die Verwirklichung des VAs durch einen offensichtlich unbegründeten Rechtsbehelf aufzuschieben, ist nicht schutzwürdig

*Anmerkung: Wenn Sie in einer Klausur hingegen zu dem Ergebnis kommen, dass der Rechtsbehelf im Hauptsacheverfahren voraussichtlich erfolgreich sein wird, weil der angegriffene VA rechtswidrig ist, besteht umgekehrt i.d.R. kein Interesse am Vollzug eines solchen VAs*

## 2. Besonderes Vollzugsinteresse

- Besonders Vollzugsinteresse?
  - Gefahren für Leben und Gesundheit der Personen, die sich unbefugt in dem Fabrikgebäude aufhalten
- Auch nach der zweiten Auffassung überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Suspensivinteresse der A
- Beide Auffassungen führen somit zu demselben Ergebnis
- Streit kann deshalb dahinstehen
- **Das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt das Suspensivinteresse der A**

## C. Ergebnis

- Der Antrag ist (je nachdem, wie man sich oben entschieden hat) zulässig, aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg