

Jan Dirk Rxxx
xxxxx
10119 Berlin
Matr.Nr.: xxxx
5. Fachsemester

Berlin, 17.Oktober 1999

1. Hausarbeit

Öffentliches Recht

Übung für Fortgeschrittene

Prof. Dr. Rosemarie Will

Wintersemester 1999/2000
HU Berlin

IV. Sachverhalt

Die Wagenburg "Butterpilz"

A lebt gemeinsam mit Freunden in einer Wagenburg. Sie bewohnen umgebaute Bau- und Campingwagen oder alte Busse; die Fahrzeuge sind aufgebockt, haben keine Räder mehr und sind teilweise mit kleinen Anbauten versehen. Die Wagenburg steht seit längerem auf einem Teilstück des ehemaligen Mauerstreifens, einer Brachfläche, im Bezirk Berlin - Treptow. Als Wasseranschluß ist eine Pumpe vorhanden, die aber genügend und sauberes Wasser für alle Bewohner liefert. Eine Abwasserleitung gibt es auf dem Grundstück nicht. Die Versorgungsleitungen führen im angrenzenden Straßenland nur bis zur Grundstücksgrenze. Die Bewohner besitzen entweder Chemietanks oder benutzen öffentliche Toiletten.

Im Bezirk gibt es Streit über die "asozialen Gewohnheiten und Lebensweise" der Wagenburgler. Auf der Suche nach einer Lösung besichtigt das Bezirksamt die Wagenburg im März '99 erstmals und spricht ausführlich mit deren Bewohnern. Dabei stellt der zuständige Vertreter des Bezirksamtes, Herr Z, klar, daß die Wagenburg nicht genehmigungsfähig sei. Er verspricht aber, bis zu einer Entscheidung über die Nutzung des Geländes, welche in etwa einem Jahr zu erwarten ist, nicht gegen die Wagenburg vorzugehen. Dies wird von der Sekretärin des Bezirksamtes vor Ort in das Gesprächsprotokoll aufgenommen, ebenso wie alle anderen Gesprächsinhalte. Die Abschrift, welche A erhält, trägt keinen Dienststempel und keine Unterschrift.

Am 6. Mai diesen Jahres findet A, aufgespießt auf einem Nagel an seiner Bauwagentür, ein Schreiben des Bezirksamtes. Darin wird er aufgefordert, das Gelände bis zum 15. Oktober '99 zu räumen. Die Anordnung ist mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen und wird ausführlich begründet:

"Die Wagenburg befindet sich ohne Genehmigung auf dem Gelände. Die Ansiedlung ist nicht genehmigungsfähig. Es fehlen Toiletten und Duschen. Eine einwandfreie Beseitigung des Niederschlags- und Abwassers ist nicht gewährleistet. Die willkürliche Anordnung der Wagen genügt den Anforderungen an den Brandschutz nicht. Die Wagenburg ist so gestaltet, daß sie in starkem Mißverhältnis zur Umgebung steht und dadurch das Stadtbild verunstaltet. Auch bei großzügiger Betrachtung alternativer Lebensformen in einer offenen, sich dynamisch entwickelnden und pluralistischen Gesellschaft handelt es sich um einen Verstoß gegen ungeschriebene, gesellschaftliche Verhaltensregeln, die unerläßliche Voraussetzung für ein gedeihliches und

III

staatsbürgerliches Zusammenleben sind. Rechtswidrige Baumaßnahmen können nicht hingenommen werden, wenn nicht das Baugenehmigungsverfahren selbst in Frage gestellt werden soll bzw. rechtswidrige Baumaßnahmen belohnt werden. Zudem befürchten wir weitere Ansiedlungen dieser Art. An anders lautenden Bekundungen kann nicht festgehalten werden.”

A ist empört. Er und seine Freunde verzichten freiwillig auf den “dekadenten” Luxus der “Kapitalistischen Gesellschaft”. Die Wagenburgler praktizieren den sparsamen und ökologischen Umgang mit Ressourcen und legen Wert auf die Gemeinschaft. Nur in einer Wagenburg könne sich A ein selbstbestimmtes Leben vorstellen. Er habe keine Alternative, es sei denn die Obdachlosigkeit. Man habe sie bisher geduldet und Herr Z habe versprochen, nicht einzuschreiten. Darauf hätten sie vertraut. Auch solche alternativen Wohn- und Lebensformen gehören zu einer weltstädtischen Hauptstadt. Der Verweis auf die ungeschriebenen Regeln der Mehrheit könne nicht rechtens sein. Die Behörde hätte sie wenigstens dulden können, bis über die neue Nutzung der Brachfläche entschieden ist.

Diese Argumente möchte A am Montag, dem 7. Juni 1999 persönlich dem Bezirksamt vortragen. Auf dem Weg dorthin fährt er mit dem Fahrrad grob verkehrswidrig und verschuldet einen Verkehrsunfall, bei welchem er schwer verletzt wird. Er verbringt zwei Wochen im Krankenhaus. Gleich danach läßt er sich zum Bezirksamt fahren. Dort bittet er, ihm die Verspätung nicht nachzutragen, trägt die genannten Argumente vor und fordert die Aufhebung des Räumungsbescheides. Gleichzeitig beantragt er, Abweichungen vom geltenden Recht zu gestatten. Seine Aussage wird aufgeschrieben.

Zwei Tage später übergibt ihm ein Bote des Bezirksamtes gegen Empfangsbekanntnis ein Schreiben: Sein Widerspruch sei unzulässig, weil die Widerspruchsfrist abgelaufen sei. Auch die persönliche Situation des A ändere daran nichts, da er den Unfall ja selbst in schuldhafter Weise verursacht habe.

A ist zur Räumung zwar gesundheitlich fähig, möchte aber die Beseitigung seines Wohnwagens verhindern.

Aufgabenstellung: Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der nötigen Rechtsbehelfe unter den angesprochenen rechtlichen Gesichtspunkten!

Bearbeitervermerk: Fragen des Bauplanungsrechts bleiben außer Betracht.

V. Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert
„Öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat. Analytische
Bemerkungen zu einem Grundbegriff des Polizei- und Ord-
nungsrechts
in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, 1973, S. 9 - 41
(zit.: Achterberg, FS Scupin)
- Achterberg, Norbert
Allgemeines Verwaltungsrecht
1. Auflage
Heidelberg 1988
(zit.: Achterberg)
- Berg, Günter
und Knape, Michael
und Kiworr, Ulrich
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
7. Auflage
Hilden/Rheinland 1997
(zit.: Berg/Knape/Kiworr, APOR)
- Brühl, Raimund
Verwaltungsrecht für die Fallbearbeitung
5. Auflage
Köln 1998
(zit.: Brühl)
- Buri, Eugen
Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Widerspruchs-
verfahren
in: DÖV 1963, S. 498 – 501
(zit.: Buri, DÖV 1963)
- Dreier, Horst (Herausgeber)
Grundgesetz Kommentar
Band I Artikel 1-19
Tübingen 1996
(zit.: Dreier-Bearbeiter)
- Drews, Bill (Begründer)
und Wacke, Gerhard
und Vogel, Klaus
und Martens, Wolfgang
Gefahrenabwehr
9. Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 1986
(zit.: Drews/Wacke/Vogel/Martens)
- Erichsen, Hans-Uwe
Die Zusage
in: Jura 1990, S. 109 - 112
(zit.: Erichsen, Jura 1990)
- Erichsen, Hans-Uwe (Herausgeber)
Allgemeines Verwaltungsrecht
11. Auflage
Berlin, New York 1998
(zit.: Erichsen-Bearbeiter, AVR)

- Eyermann, Erich
Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar
10. Auflage
München 1998
(zit.: Eyermann-Bearbeiter)
- Eyermann, Erich
und Fröhler, Ludwig
Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar
9. Auflage
München 1988
(zit.: Eyermann/Fröhler, VwGO 9. Auflage)
- Fluck, Jürgen
Die Duldung des unerlaubten Betriebens genehmigungsbedürftiger Anlagen
in: NuR 1990, S. 197 ff.
(zit.: Fluck, NuR 1990)
- Gornig, Gilbert
und Jahn, Ralf
Fälle zum Sicherheits- und Polizeirecht
1. Auflage
München 1994
(zit.: Gornig/Jahn, SPR)
- Götz, Volkmar
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
12. Auflage
Göttingen 1995
(zit.: Götz)
- Gusy, Christoph
Polizeirecht
3. Auflage
Tübingen 1996
(zit.: Gusy)
- Hermes, Georg
und Wieland, Joachim
Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens
1. Auflage
Heidelberg 1988
(zit.: Hermes/Wieland, Duldung)
- Hill, Hermann
Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht?
in: DVBl. 1985, S: 88 - 96
(zit.: Hill, DVBl. 1985)
- Hufen, Friedhelm
Verwaltungsprozeßrecht
3. Auflage
München 1998
(zit.: Hufen, VerwPR)
- Jäde, Henning
„Schwarzbau“ und Bauaufsicht
in: ThürVbl. 1993, S. 82 - 87
(zit.: Jäde, ThürVbl. 1993)

- Jakobs, Christian Zur Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen Zusage von Auskunft und Vorbescheid
in: Jura 1985, S. 234 - 237
(zit.: Jakobs, Jura 1985)
- Jarass, Hans
und Pieroth, Bodo Grundgesetz - Kommentar
4. Auflage
München 1997
(zit.: Jarass/Pieroth)
- Jauernig, Othmar
et al. Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar
9. Auflage
München 1999
(zit.: Jauernig)
- Kintz, Roland Zustellung und Frist in der öffentlich-rechtlichen Arbeit
in: JuS 1997, S. 1115 – 1124
(zit.: Kintz, JuS 1997)
- Knemeyer, Franz-Ludwig Polizei- und Ordnungsrecht
5. Auflage
1993
(zit.: Knemeyer)
- Kopp, Ferdinand Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar
6. Auflage
München 1996
(zit.: Kopp, VwVfG)
- Kopp, Ferdinand Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar
10. Auflage
München 1994
(zit.: Kopp, VwGO 10. Auflage)
- Kopp, Ferdinand
und Schenke, Wolf-Rüdiger Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar
11. Auflage
München 1998
(zit.: Kopp/Schenke, VwGO)
- Mandelartz, Herbert Anhörung, Absehen von der Anhörung, Nachholen der unterbliebenen Anhörung - Zur Relativierung eines Verfahrensrechts
in: DVBl. 1983, S. 112 - 116
(zit.: Mandelartz, DVBl. 1983)
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht
12. Auflage
München 1999
(zit.: Maurer)
- Maurer, Hartmut Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes

- in: JuS 1976, S. 485 - 497
(zit.: Maurer, JuS 1976)
- Meyer, Hans Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens und die Sanktion für Verfahrensfehler
in: NVwZ 1986, S. 513 – 522
(zit.: Meyer, NVwZ 1986)
- Obermayer, Klaus Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
3.Auflage
Neuwied, Frankfurt am Main 1999
(zit.: Obermayer/Bearbeiter)
- Ortloff, Karsten-Michael Ökologische Standards und Umweltverträglichkeitsprüfung nach der Berliner Bauordnung von 1985
in: NVwZ 1985, S. 698 – 703
(zit.: Ortloff, NVwZ 1985)
- Peine, Franz-Joseph Öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut
in: Die Verwaltung 1979, S: 25 - 50
(zit.: Peine, Die Verwaltung 1979)
- Pieroth, Bodo
und Schlink, Bernhard Grundrechte - Staatsrecht II
14. Auflage
Heidelberg 1998
(zit.: Pieroth/Schlink)
- Pietzner, Rainer
und Ronellenfitsch, Michael Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht
7. Auflage
Düsseldorf 1991
(zit.: Pietzner-Ronellenfitsch)
- Redeker, Konrad
und von Oertzen, Hans-Joachim Verwaltungsgerichtsordnung - Kommentar
12. Auflage
Stuttgart, Berlin, Köln 1997
(zit.: Redeker/vonOertzen, VwGO)
- Schenke, Wolf-Rüdiger Verwaltungsprozeßrecht
6. Auflage
Heidelberg 1998
(zit.: Schenke, VerwPR)
- Schmalz, Dieter Allgemeines Verwaltungsrecht
3. Auflage
Baden-Baden 1998
(zit.: Schmalz, AVWR)
- Schmidt, Rolf Verwaltungsrecht I

3. Auflage
Bremen 1999
(zit.: Schmidt, VWR1)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
und Klein, Franz
Kommentar zum Grundgesetz
9. Auflage
Neuwied 1999
(zit.: SB/K)
- Schmitt Glaeser, Walter
Verwaltungsprozeßrecht
14. Auflage
Stuttgart, München, Hannover, et. al. 1997
(zit.: Schmitt Glaeser)
- Schoch, Friedrich
Heilung unterbliebener Anhörung im Verfahren durch Wider-
spruchsverfahren
in: NVwZ 1983, S. 249 - 257
(zit.: Schoch, NVwZ 1983)
- Schwerdtfeger, Gunther
Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung
10. Auflage
München 1997
(zit.: Schwerdtfeger)
- Starck, Christian (Herausgeber)
Das Bonner Grundgesetz – Kommentar
Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19
4. Auflage
München 1999
(zit.: vM/K/S-Bearbeiter)
- Stein, Reiner
Die Anhörung im Verwaltungsverfahren nach § 28 VwVfG
in: VR 1997, S. 238 – 241
(zit.: Stein, VR 1997)
- Stelkens, Paul
und Bonk, Heinz Joachim
und Sach, Michael
et al.
Verwaltungsverfahrensgesetz
Kommentar
5. Auflage
München 1998
(zit.: S/B/S-Bearbeiter, VwVfG)
- Ule, Carl Hermann
und Laubinger, Hans-Werner
Verwaltungsverfahrenrecht
4. Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 1995
(zit.: Ule/Laubinger)
- Volkman, Uwe
Das „intendierte“ Verwaltungsermessen

in: DÖV 1996, S. 282 - 288
(zit.: Volkmann, DÖV 1996)

Wallerath, Maximilian

Verspätete Einlegung des Widerspruchs, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Zweitbescheid
in: DÖV 1970, S. 653 - 660
(zit.: Wallerath, DÖV 1970)

Wilke, Dieter
und Dageförde, Hans-Jürgen
und Knuth, Andreas
und Meyer, Thomas

Bauordnung für Berlin
Kommentar mit Rechtsverordnungen und Ausführungsvorschriften
5. Auflage
Braunschweig, Wiesbaden 1999
(zit.: W/D/K/M, BauOBln)

VI. Inhaltsverzeichnis

SACHVERHALT	II
--------------------------	----

LITERATURVERZEICHNIS	IV
-----------------------------------	----

INHALTSVERZEICHNIS	X
---------------------------------	---

GUTACHTEN

I. AUFHEBUNG DES RÄUMUNGSBESCHEIDES	1
--	---

A. ZULÄSSIGKEIT DER KLAGE	1
---------------------------------	---

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I VwGO)	1
--	---

2. Statthaftigkeit der Klageart (§ 42 I Var. 1 VwGO)	1
--	---

a) Räumungsanordnung als Anfechtungsgegenstand	1
--	---

b) Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG)	2
---	---

c) Belastend	2
--------------------	---

d) noch nicht erledigt	2
------------------------------	---

e) Zwischenergebnis	2
---------------------------	---

3. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)	3
---------------------------------------	---

4. Prozeßfähigkeit (§§ 62, 67 VwGO)	3
---	---

5. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)	3
---	---

6. Klagegegner	3
----------------------	---

7. Vorverfahren (§ 68 VwGO)	3
-----------------------------------	---

a) Widerspruch erhoben	3
------------------------------	---

b) Frist eingehalten	3
----------------------------	---

c) Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand	4
---	---

d) Befugnisse des Gerichts	4
----------------------------------	---

(1) Nur Verwaltung ist befugt	4
-------------------------------------	---

(2) Gericht darf selbst gewähren	5
--	---

(3) Stellungnahme	5
-------------------------	---

e) unverschuldetes Versäumen der Frist	5
--	---

f) Antrag auf Wiedereinsetzung	6
--------------------------------------	---

g) Zwischenergebnis	6
---------------------------	---

	XI
<u>8. <i>Klagefrist (§ 74 I VwGO)</i></u>	6
<u>9. <i>Ergebnis Zulässigkeit</i></u>	6
B. <u>BEGRÜNDETHEIT DER ANFECHTUNGSKLAGE</u>	6
<u>1. <i>Ermächtigungsgrundlage</i></u>	6
<u>2. <i>Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts</i></u>	7
a) <u><i>Zuständigkeit (örtliche und sachliche) der Behörde</i></u>	7
b) <u><i>Beachtung der Verfahrensvorschriften</i></u>	7
(1) <u><i>Anhörung (§ 28 I VwVfG)</i></u>	7
(2) <u><i>Heilung (§ 45 VwVfG)</i></u>	8
(3) <u><i>Heilung durch mögliche Widerspruchseinlegung</i></u>	8
(4) <u><i>Heilung durch Widerspruchsverfahren</i></u>	8
(5) <u><i>keine automatische Heilung durch das Widerspruchsverfahren</i></u>	8
(6) <u><i>Stellungnahme</i></u>	9
c) <u><i>Einhaltung der vorgeschriebenen Form (§37 II-IV VwVfG)</i></u>	9
d) <u><i>Begründung (§ 39 VwVfG)</i></u>	9
e) <u><i>Bekanntgabe (§§ 41, 43 VwVfG)</i></u>	9
<u>3. <i>Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen</i></u>	10
a) <u><i>Übereinstimmung mit der Rechtsgrundlage des VA</i></u>	10
(1) <u><i>Wagenburg - bauliche Anlage?</i></u>	10
(2) <u><i>Im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften</i></u>	10
(3) <u><i>formell Rechtswidrig - Genehmigungsbedürftigkeit</i></u>	10
(4) <u><i>materiell Rechtswidrig</i></u>	11
(5) <u><i>Verstoß gegen § 47 I und II BauOBln (Toiletten und Duschen)</i></u>	11
(6) <u><i>Verstoß gegen § 40 I, II BauOBln (Abwasser)</i></u>	12
(7) <u><i>Verstoß gegen § 39 BauOBln</i></u>	12
(8) <u><i>Verstoß gegen § 15 BauOBln</i></u>	12
(9) <u><i>Verstoß gegen § 10 BauOBln</i></u>	12
(10) <u><i>§ 3 I 1 - öffentliche Sicherheit und Ordnung</i></u>	13
(11) <u><i>Fehlende Legalisierungsmöglichkeit</i></u>	13
(12) <u><i>Befreiung gemäß § 61 BauOBln</i></u>	14
(a) <u><i>nicht verfassungsgemäß</i></u>	15
(b) <u><i>verfassungsgemäß</i></u>	15
(c) <u><i>Stellungnahme</i></u>	16
(13) <u><i>durch faktische Maßnahmen?</i></u>	16

	XII
(14) <u>Zwischenergebnis</u>	16
b) <u>richtiger Adressat der Maßnahme</u>	16
c) <u>allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen</u>	16
d) <u>Ermessen</u>	17
e) <u>Ermessensnichtgebrauch</u>	17
f) <u>Ermessensüberschreitung</u>	17
(1) <u>Überschreitung des § 70 I BauOBln</u>	18
(2) <u>Selbstbindung der Verwaltung</u>	18
(a) <u>Versprechen ein Duldungsverwaltungsakt?</u>	18
(b) <u>Versprechen eine Zusicherung?</u>	18
(c) <u>begriffliches Vorliegen einer Zusicherung</u>	18
(d) <u>wirksames Vorliegen einer Zusicherung</u>	19
(e) <u>Zwischenergebnis</u>	20
(3) <u>Vertrauensschutzgrundsatz des Verwaltungsrechts</u>	20
g) <u>Verhältnismäßigkeit</u>	21
(1) <u>Geeignetheit der Maßnahme</u>	21
(2) <u>Erforderlichkeit</u>	21
(3) <u>Verhältnismäßigkeit i.e.S./Angemessenheit/Proportionalität</u>	22
(a) <u>Art. 14 GG - Eigentumsgarantie</u>	22
(b) <u>Art. 11 I GG – Freizügigkeit</u>	22
(c) <u>Art. 13 - Unverletzlichkeit der Wohnung</u>	23
(d) <u>Art. 4 I GG - Weltanschauungsfreiheit</u>	23
(e) <u>Art. 2 I GG - allg. Handlungsfreiheit</u>	23
h) <u>Ermessensfehl- bzw. Ermessensmißbrauch</u>	24
C. <u>ERGEBNIS</u>	24
II. <u>ISOLIERTE ANFECHTUNGSKLAGE GEGEN WIDERSPRUCHSBESCHEID</u>	24
III. <u>WIDERSPRUCHSVERFAHREN</u>	25

I. **Aufhebung des Räumungsbescheides**

Eine Klage mit dem Ziel der Aufhebung des Räumungsbescheides könnte Aussicht auf Erfolg haben. Eine Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist (§ 113 I VwGO).

A. **Zulässigkeit der Klage**

Die Klage müßte zunächst zulässig sein.

1. **Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I VwGO)**

Der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht müßte gegeben sein. Da keine aufdrängende Spezialzuweisung und auch keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, kann der Verwaltungsrechtsweg nur nach § 40 I S. 1 VwGO gegeben sein. Die streitentscheidende Norm ist öffentlich-rechtlicher Natur. Die Beteiligten streiten über die Frage, ob die Anordnung das Brachland in Treptow zu räumen rechtmäßig ist. Heranzuziehen ist die Bauordnung Berlin, welche in § 70 I BauOBln die Bauaufsichtsbehörde, also gemäß § 17 OrdZG das jeweilige Bezirksamt (BA), als Berechtigte benennt (vgl. modifizierte Subjektstheorie¹). Da weder Verfassungsorgane oder ihnen gleichgestellte Personen an dem Streit beteiligt sind, noch das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt ist², ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Damit sind die Voraussetzungen der Generalzuweisung des § 40 I VwGO erfüllt. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. **Statthaftigkeit der Klageart (§ 42 I Var. 1 VwGO)**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, vgl. § 88 VwGO. In Betracht kommt hier die Anfechtungsklage, § 42 I Alt.1 VwGO. Das Begehren des Klägers müßte auf die Beseitigung eines belastenden Verwaltungsaktes (VA) gerichtet sein. A fordert die Aufhebung des Räumungsbescheides.

a) **Räumungsanordnung als Anfechtungsgegenstand**

Dieser müßte einen VA darstellen, also eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalles mit unmittelbarer Außenwirkung, § 35 S. 1 VwVfG³.

Kommentiert [JDR1]: Achtung! Sachverhalt und Gliederung sowie Literaturverzeichnis am Ende der Datei. Einfach ausdrucken... dann geht's.

¹ vgl. Schmidt, VWR1, S. 11.

² vgl. BVerwG NVwZ 1998, 500.

³ gem. § 1 VwVfGBln gilt das VwVfG entsprechend (Ausnahmen §§ 2 - 4).

b) Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG)

Das Schreiben ist eine hoheitliche Maßnahme, da es ein zweckgerichtetes Verhalten mit Erklärungscharakter darstellt⁴. Das BA ist eine Behörde, da es Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt⁵. Die Maßnahme erfolgte auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, da die Rechtsgrundlage, die BauOBl, dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist⁶.

Weiter müßte die Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung erfolgen. Regelung ist jede Maßnahme, die ihrem Ausspruch nach unmittelbar auf die Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichtet ist⁷. Es müssen objektiv Rechtswirkungen im Sinne einer für die Betroffenen unmittelbar verbindlichen, auf Rechtsbeständigkeit gerichteten Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten, Pflichten oder Rechtsverhältnissen eintreten⁸. A wird aufgefordert die Brachfläche zu räumen. Darin liegt ein Gebot, eine Auferlegung einer Pflicht. Es tritt eine Rechtswirkung ein. Darauf muß die Maßnahme auch abzielen⁹. Objektiv betrachtet ist es die Absicht des Schreibens des BAes, diese Rechtswirkung herbeizuführen. Eine Regelung liegt vor. Außenwirkung liegt vor, da das Schreiben darauf gerichtet ist, Rechtswirkungen gegenüber A, also einer außerhalb der Staatsorganisation stehenden natürlichen Person zu entfalten¹⁰. Als konkret-individuelle Maßnahme stellt die Aufforderung zur Räumung eine Einzelfallregelung dar¹¹. Damit sind alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes gemäß § 35 VwVfG erfüllt.

c) Belastend

Der VA ist belastend, da er die Rechte des Adressaten A einschränkt¹².

d) noch nicht erledigt

Der VA ist nicht erledigt (§ 113 I S. 4 VwGO), da er noch Rechtswirkung entfaltet.

e) Zwischenergebnis

Der Räumungsbescheid stellt einen VA dar. Die Anfechtungsklage mit dem

⁴ vgl. Brühl, S.32.

⁵ vgl. § 1 IV VwVfG.

⁶ vgl. Brühl, S. 32.

⁷ vgl. Brühl, S. 35.

⁸ Kopp, VwVfG, § 35, Rn. 32.

⁹ Kopp, VwVfG, § 35, Rn. 34.

¹⁰ vgl. Achterberg, S. 97.

¹¹ vgl. Brühl, S. 41.

¹² vgl. Schmidt, VWR 1, S. 63.

Ziel der Aufhebung dieses Bescheides ist statthaft.

3. **Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)**

A ist gemäß § 42 II VwGO klagebefugt. Als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes kann A geltend machen, daß zumindest eine Verletzung seines Grundrechtes aus Art. 2 I GG nicht ausgeschlossen ist (sog. Adressaten-“theorie“)¹³.

4. **Prozeßfähigkeit (§§ 62, 67 VwGO)**

A ist gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozeßfähig.

5. **Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)**

A ist eine natürliche Person und daher gemäß § 61 Nr. 1 als Kläger (§ 63 Nr. 1) beteiligtenfähig.

6. **Klagegegner**

Richtiger Klagegegner ist das Land Berlin, vertreten durch das BA Treptow (§ 36 II lit. a BezVG).

7. **Vorverfahren (§ 68 VwGO)**

Gemäß § 68 I S.1 VwGO muß vor Erhebung der Anfechtungsklage der VA in einem Vorverfahren auf Recht- und Zweckmäßigkeit hin nachgeprüft worden sein.

*a) **Widerspruch erhoben***

Dazu müßte zunächst von A Widerspruch erhoben worden sein (§ 69 VwGO). A hat gemäß § 70 I 1 VwGO Widerspruch zur Niederschrift beim BA, also der Behörde die den VA erlassen hat erhoben, indem er unter Nennung von Argumenten die Aufhebung des Räumungsbescheides gefordert hat.

*b) **Frist eingehalten***

A müßte auch die in § 70 I 1 VwGO angegebene Frist von einem Monat eingehalten haben. Die Frist des § 70 I 1 VwGO beginnt mit der Bekanntgabe des VAs gegenüber dem Beschwerden zu laufen. Die Bekanntgabe ist mit dem Zugang des nicht unmittelbar übergebenen Bescheids bewirkt, hängt also nicht von der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Empfänger ab (vgl. § 130 I BGB)¹⁴. Zugang liegt vor, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, daß unter normalen Verhältnissen

¹³ vgl. Schenke, VerwPR, § 14, Rn. 510; Hufen, VerwPR, § 14, Rn. 144.

¹⁴ Erichsen-Badura, AVR, § 36 II 6.

damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis nehmen¹⁵. Am 6. Mai 1999 hat A den Räumungsbescheid an seiner Bauwagentür aufgespießt gefunden. Die Nachricht ist also in den Machtbereich des A gelangt. Kenntnisnahme war möglich und ist erfolgt. Zugang, und die damit bewirkte Bekanntgabe lag also am Donnerstag, den 6. Mai 1999 vor. Das Fristende bestimmt sich nach §§ 70 I, 57 II VwGO, 222 I ZPO, 188 II BGB. Danach endet die Widerspruchsfrist gegen Bescheide nach einem Monat mit Ablauf des Tages, der ziffermäßig mit dem Tag übereinstimmt, an dem der Bescheid zugestellt wurde. Da jedoch der 6. Juni ein Sonntag war, endete die Frist am Montag den 7. Juni 1999 um 24.00 Uhr. Tatsächlich hat A jedoch erst zwei Wochen später Widerspruch eingelegt. Damit war der Widerspruch verspätet.

c) Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

Zu denken ist jedoch an eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, § 60 VwGO. Nach § 70 II VwGO gilt § 60 VwGO auch im Widerspruchsverfahren.

d) Befugnisse des Gerichts

Fraglich ist, ob das Gericht, welches sich mit der Klage befaßt, befugt ist, Wiedereinsetzung selbst zu gewähren. Das BA selbst hat den - konkludent gestellten - Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt und zugleich den Widerspruch selbst als unzulässig verworfen.

(1) Nur Verwaltung ist befugt

Es wird vertreten¹⁶, daß das Verwaltungsgericht selbst keine Wiedereinsetzung gewähren dürfe. Lediglich die Verwaltung sei bei entsprechender Anwendung des § 60 IV VwGO hierfür zuständig¹⁷. Nur sie habe über den Widerspruch zu entscheiden. Wiedereinsetzung selbst könne vom Widerspruchsführer nur im Wege der Verpflichtungsklage erstritten werden¹⁸. Begründung für diese Ansicht ist weiter, daß das Verwaltungsgericht nicht die vorgesetzte Behörde der Widerspruchsbehörde sei. Daher setze auch das Klageverfahren nicht das Widerspruchsverfahren fort bzw. bilde keine Einheit mit ihm¹⁹. Nach dieser Ansicht wäre das Gericht also nicht befugt, im Rahmen der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage über eine Wiedereinset-

¹⁵ Jauernig, BGB, § 130, Rn. 4.

¹⁶ Redeker/vonOertzen, § 70, Rn. 5.

¹⁷ Schmitt Glaeser, Rn. 193.

¹⁸ Buri, DÖV 1963, 498, 500; Kopp, VwGO - 10. Auflage, § 70, Rn. 13.

¹⁹ VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 432, 434.

zung zu entscheiden.

(2) *Gericht darf selbst gewähren*

Einer anderen Ansicht²⁰ nach kann der Widerspruchsführer in einem solchen Fall die Hauptsacheklage vor dem Verwaltungsgericht erheben. Dieses hat die Befugnis, Wiedereinsetzung selbst zu gewähren (sollten die Voraussetzungen des § 60 I-IV VwGO gegeben sein) und zur Sache zu entscheiden²¹. Daneben soll der Widerspruchsführer auch den Widerspruchsbescheid nach § 79 II VwGO isoliert anfechten können, da die Wiedereinsetzung einen wesentlichen Verfahrensfehler darstelle²². Als Argument wird angeführt, daß die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Wiedereinsetzung mit Klageerhebung des Widerspruchsführers nach § 60 IV VwGO auf das Gericht der Hauptsache übergeht (sog. Grundsatz der Konnexität)²³. Ein weiteres Argument ist die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Prozeßökonomie und der Effektivität des Rechtsschutzes, welche sich aus Art. 19 IV GG ergibt²⁴. Nach dieser Ansicht ist das Gericht befugt über die Wiedereinsetzung zu entscheiden.

(3) *Stellungnahme*

Hier ist der letzten Ansicht zu folgen. Schon die Grundsätze des ökonomischen Prozesses erfordern eine Befugnis des Gerichtes über die Wiedereinsetzung selbst zu entscheiden. Auch das Argument der Effektivität des Rechtsschutzes vermag zu überzeugen. Es kann dem Kläger, dem zu Unrecht Wiedereinsetzung verwehrt wurde, nicht zugemutet werden, erst per Verpflichtungsklage eine Wiedereinsetzung zu „erklagen“. Das Gericht kann im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der Anfechtungsklage über eine Wiedereinsetzung des A in den vorherigen Stand entscheiden.

e) *unverschuldetes Versäumen der Frist*

A hat die gesetzliche Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO versäumt. Fraglich ist, ob ihn daran ein Verschulden traf. Verschulden ist anzunehmen, wenn der Betroffene die Sorgfalt außer Acht läßt, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Verfahrensbeteiligten geboten und ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falles

²⁰ BVerwGNVwZ 1989, 648, 649; Kopp/Schenke, VwGO, § 70, Rn. 13 f.

²¹ BVerwGE 21, 50; Pietzner-Ronellenfisch, § 34, Rn. 8.

²² Kopp/Schenke, VwGO, § 70, Rn. 14; Wallerath, DÖV 1970, 653, 654.

²³ Pietzner-Ronellenfisch, § 34, Rn. 10 u. FN 25 (m.w.N.).

²⁴ Pietzner-Ronellenfisch, § 34, Rn. 10; Eyermann-Rennert, § 70, Rn. 14.

zuzumuten ist²⁵. Jedoch dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden²⁶. Das Verschulden muß sich unmittelbar auf die Versäumung beziehen. Unschädlich ist dagegen, wenn lediglich das die Versäumnis verursachende Ereignis verschuldet ist und dieses Ereignis an sich in keinem Zusammenhang mit der Fristwahrung steht²⁷. Auf dem Weg zum BA hat A sich grob verkehrswidrig verhalten, einen Unfall verursacht und war aufgrund des daraus resultierenden Krankenhausbesuches gehindert die Frist zu wahren. Ein Verkehrsunfall steht an sich nicht in einem Zusammenhang mit der Fristwahrung²⁸. Die Säumnis der Frist ist nicht von A im Sinne des § 60 VwGO verschuldet worden.

f) Antrag auf Wiedereinsetzung

A hat innerhalb von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses fristgemäß (§ 60 II S.1 VwGO) und glaubhaft (§ 60 II S.2 VwGO) den Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt, indem er unter Schilderung seiner Lage darum bat, daß man ihm sein verspätetes Einlegen nicht nachsehen solle.

g) Zwischenergebnis

Das Gericht wird A Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewähren und kann zur Sache entscheiden.

8. Klagefrist (§ 74 I VwGO)

A müßte gemäß § 74 I VwGO bis spätestens 23. Juli 1999 24.00 Uhr Klage erheben, um die Klagefrist von 1 Monat zu wahren.

9. Ergebnis Zulässigkeit

Die Anfechtungsklage des A gegen den Räumungsbescheid ist zulässig.

B. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Klage müßte begründet sein. Begründet ist eine Anfechtungsklage, wenn der VA rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO. Der VA wäre jedoch rechtmäßig, wenn er aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage formell und materiell rechtmäßig erlassen worden wäre.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 70 I BauO Bln in Betracht.

²⁵ vgl. Eyermann-Jörg Schmidt, § 60, Rn. 6.

²⁶ Kintz, Jus 1997, 1115, 1123; Müller, NJW 1998, 497, 499.

²⁷ Eyermann/Fröhler, VwGO 9. Auflage, § 60 Rn. 5.

²⁸ vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO 9. Auflage, § 60 Rn. 5.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Zunächst müßte der Bescheid formell rechtmäßig sein.

a) *Zuständigkeit (örtliche und sachliche) der Behörde*

Das BA Treptow müßte die örtlich und sachlich zuständige Behörde gewesen sein. In § 70 I BauO Bln wird die Bauaufsichtsbehörde als anordnungsberechtigte Behörde benannt. Gemäß § 17 Nr. 1 OrdZG ist dies das BA, soweit nicht die für Bau- und Wohnungswesen zuständige Senatsverwaltung zuständig ist. Eine solche Zuständigkeit gemäß § 1 Nr. 1 OrdZG ist nicht ersichtlich. Sachlich ist das BA Treptow gemäß § 17 Nr. 1a; 1d; 1f; 1g OrdZG zuständig. Das BA Treptow ist auch örtlich zuständig, da es sich um eine Angelegenheit im Bezirk Treptow handelt (§§ 3 I 1 VwVfG, 36 II a BezVG).

b) *Beachtung der Verfahrensvorschriften*

Es könnte jedoch ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vorliegen.

(1) *Anhörung (§ 28 I VwVfG)*

Grundsätzlich wäre es notwendig gewesen, A nach § 28 I VwVfG anzuhören, da der Räumungsbescheid als belastender VA in die Rechte des A eingreift. Anhörung ist die Gelegenheit, welche die Behörde dem Beteiligten gibt, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern²⁹. Eine solche Gelegenheit könnten die Gespräche, die das BA im Rahmen des Geländebesuchs im März 1999 mit den Bewohnern führte, darstellen. Anlaß zu einer Anhörung nach § 28 VwVfG hat die Behörde erst dann, wenn sie den Erlaß eines belastenden Verwaltungsaktes beabsichtigt, nicht vorher³⁰. Im Ermittlungsstadium findet keine Anhörung statt³¹. Eine bestimmte Form der Anhörung ist nicht vorgeschrieben³². Im März 1999 hat das BA die Wagenburg erstmals besichtigt und ausführlich mit deren Bewohnern, unter Hinweis auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit gesprochen. Eine Entscheidung über die Nutzung des Geländes wurde in ca. einem Jahr angekündigt. Der Besuch stellte also eine Ermittlung des BAes dar. Die Gespräche waren Teil dieses Ermittlungsverfahrens und keine Anhörung gemäß § 28 I VwVfG. Andere Gelegenheiten zur Äußerung wurden A nicht gebo-

²⁹ vgl. Obermayer/Grünwald, VwVfG, § 28, Rn. 15.

³⁰ Knack/Clausen, VwVfG, § 28, Rn. 3.6.

³¹ Obermayer/Grünwald, VwVfG, § 28, Rn. 24.

³² OVG Weimar, NVwZ-RR 1997, 287, 288.

ten. Eine Anhörung gemäß § 28 I VwVfG hat nicht stattgefunden.

Eine Anhörung war geboten, da keiner der Fälle des § 28 II VwVfG einschlägig ist. Es durfte nicht von der Anhörung abgesehen werden. Ein Verfahrensfehler liegt somit vor.

(2) *Heilung (§ 45 VwVfG)*

Der Verfahrensfehler könnte aber nach § 45 VwVfG geheilt sein. Ob und ab welchem Punkt die Möglichkeit oder die Durchführung des Widerspruchsverfahrens eine solche Heilung darstellt ist umstritten.

(3) *Heilung durch mögliche Widerspruchseinlegung*

Es wird vertreten, daß eine Anhörung als nachgeholt gilt, wenn der Kläger durch den jeweiligen VA von den entscheidungserheblichen Tatsachen Kenntnis erlangt und er zugleich durch die Belehrung darüber, daß gegen diesen Widerspruch erhoben werden kann, Gelegenheit erhalten hat, sich zu den Tatsachen zu äußern³³. Der Räumungsbescheid enthielt alle entscheidungserheblichen Tatsachen und hatte zudem eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung. Der Verfahrensfehler der fehlenden Anhörung wäre nach dieser Ansicht demnach geheilt.

(4) *Heilung durch Widerspruchsverfahren*

Es wird vertreten, daß die Durchführung des Widerspruchsverfahrens selbst grundsätzlich ausreichend sei³⁴. Voraussetzung ist, daß der Sinn der Anhörung, die Überprüfung der Stellungnahme durch die Beteiligten noch voll erreicht werden kann³⁵. Der Betroffene muß einen begründeten VA erhalten haben. Er muß einen Widerspruch mit Begründung³⁶ eingelegt haben und die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde muß die Ausführungen im Widerspruch zur Kenntnis und bei ihrer Entscheidung berücksichtigt haben³⁷. A hat einen begründeten Räumungsbescheid erhalten. Er hat auch einen begründeten Widerspruch eingelegt. Dieser wurde jedoch wegen Verfristung als unzulässig verworfen, so daß die Behörde die Ausführungen nicht bei ihrer Widerspruchsentscheidung berücksichtigte. Damit ist nach dieser Ansicht keine Heilung eingetreten.

(5) *keine automatische Heilung durch das Widerspruchsverfahren*

³³ BVerwG, NJW 1987, 143, 143.

³⁴ BVerwGE 54, 276, 280; BVerwGE 66, 111, 114f.

³⁵ S/B/S-Sachs, VwVfG, § 45, Rn. 79.

³⁶ Stein, VR 1997, 238, 241.

³⁷ Schmalz, AVWR, Rn. 811,812.

Es wird auch vertreten, daß der Betroffene zudem unabhängig von der förmlichen Widerspruchseinlegung Gelegenheit zur Abgabe einer weiteren Stellungnahme erhalten müsse, in der er sich nicht nur zu den Gründen des angefochtenen Bescheides, sondern allgemein zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen äußern könne³⁸. Eine solche Gelegenheit ist dem A nicht gegeben worden. Dieser Ansicht nach wäre die fehlende Anhörung nicht geheilt worden. Der Verfahrensfehler bliebe bestehen.

(6) Stellungnahme

Abzulehnen ist zunächst die erste Ansicht. Würde schon die Möglichkeit begründeten Widerspruch einzulegen zu einer Heilung führen, ließe § 45 I Nr. 3 VwVfG leer, da eine Überprüfung des Verfahrensfehlers der fehlenden Anhörung in aller Regel nur aufgrund eines Widerspruchs erfolgt. Der Widerspruch würde grundsätzlich eine Heilung bewirken³⁹. Zudem hätte es dem Gesetzgeber keine Schwierigkeiten bereitet, eine so simple Rechtsfolge so simpel zu formulieren; entsprechende Hinweise in den Materialien fehlen aber, was auf einen gegensätzlichen Willen des Gesetzgebers schließen läßt⁴⁰. Eine Entscheidung zwischen der zweiten und der dritten Ansicht kann unterdessen dahingestellt bleiben, da beide zu demselben Ergebnis gelangen. Eine Anhörung des A hat nicht stattgefunden, der Verfahrensfehler bleibt bestehen. Eine Heilung ist jedoch gem. § 45 II VwVfG iVm. § 45 I Nr. 3 VwVfG noch durch Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich.

c) Einhaltung der vorgeschriebenen Form (§37 II-IV VwVfG)

Ein Verstoß gegen die Formvorschriften gem. § 37 II - IV VwVfG ist nicht ersichtlich.

d) Begründung (§ 39 VwVfG)

Der Räumungsbescheid ist gem. § 39 I VwVfG schriftlich und ausführlich begründet worden. Es wurden die wesentlichen, tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitgeteilt, die das BA zu seiner Entscheidung bewogen haben.

e) Bekanntgabe (§§ 41, 43 VwVfG)

Der Räumungsbescheid wurde auch gem. §§ 41, 43 VwVfG bekanntgege-

³⁸ Mandelartz, DVBl 1983, 112, 113; Schoch, NVwZ 1983, 253.

³⁹ vgl. S/B/S-Sachs, VwVfG, § 45, Rn. 78.

⁴⁰ Meyer, NVwZ 1986, 513, 519.

ben⁴¹.

3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Als belastender VA bedarf der Räumungsbescheid einer Ermächtigungsgrundlage. In Betracht kommt hier § 70 I BauOBln.

a) *Übereinstimmung mit der Rechtsgrundlage des VA*

(1) *Wagenburg - bauliche Anlage?*

Dann müßte es sich bei dem Bauwagen des A um eine bauliche Anlage handeln. Bauliche Anlagen im Sinne des § 70 I BauOBln sind gemäß § 2 I BauOBln mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlage. Mit dem Erdboden besteht gemäß § 2 I S.2 BauOBln auch dann eine Verbindung, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. Die Anlage muß so schwer sein, daß sie nicht ohne erheblichen Kraftaufwand oder technische Hilfsmittel von ihrem Standort entfernt werden kann⁴². Ist ein Wagen durch bautechnische Vorkehrungen mit dem Boden verbunden oder sind bei einem Fahrzeug die Räder unbrauchbar oder entfernt, stellt er bereits eine bauliche Anlage dar⁴³. Die Wagenburg besteht aus umgebauten Bau- und Campingwagen und Bussen, welche sich in einem Zustand befinden, in welchem sie nicht ohne größeren Aufwand fortbewegt werden können. Teilweise bestehen Anbauten und teilweise fehlen Räder. Die Wagen ruhen durch eigene Schwere auf dem Boden und sind dazu bestimmt, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. Jeder einzelne Wagen/Bus⁴⁴ der Wagenburg, auch der von A, ist eine bauliche Anlage.

(2) *Im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften*

Diese Wagen müßten im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert worden sein. Als Verstöße kommen zum einen solche gegen verfahrensrechtliche Vorschriften, zum anderen gegen materielles Recht in Betracht.

(3) *formell Rechtswidrig - Genehmigungsbedürftigkeit*

Formell rechtswidrig ist eine bauliche Anlage, wenn für sie die erforderliche

⁴¹ vgl. oben

⁴² OVG Berlin BRS 20 Nr. 136

⁴³ W/D/K/M, BauOBln, § 2, Rn. 17.

⁴⁴ im weiteren: Wagen

Baugenehmigung nicht vorliegt⁴⁵. Fraglich ist, ob die Wagen als bauliche Anlage überhaupt genehmigungsbedürftig sind. Genehmigungsbedürftig sind bauliche Anlagen gemäß § 55 I BauOBln soweit in den §§ 56, 56a, 66, 67, 68 BauOBln oder durch Rechtsverordnung nach § 76 II oder IV Nr. 1 BauOBln nichts anderes bestimmt ist. Die Wagen könnten gemäß § 56 Nr. 7a BauOBln genehmigungsfrei sein. Dann müßte es sich bei dem Brachland um einen Campingplatz handeln. Ein Campingplatz im Sinne des § 56 Nr. 7 BauOBln ist ein Platz, der einer Vielzahl von Personen die Möglichkeit zur Erholung bietet⁴⁶. Ein Gelände ist kein Campingplatz, wenn Gemeinschaftsanlagen, Wasserver- und entsorgung, Sanitäranlagen, Stromversorgung und Müllentsorgung nicht vorhanden sind⁴⁷. Zudem wird eine die Campingplatznutzung kennzeichnende Erholungsfunktion verlangt, vgl. § 10 I BauNVO⁴⁸. Das Wagenburggelände verfügt nicht über Gemeinschaftsanlagen. Die Wasserversorgung ist genügend. Eine Wasserentsorgung ist nicht vorhanden. Über Stromversorgungs- sowie Müllentsorgungsmöglichkeiten liegen keine Angaben vor. Eine Erholungsfunktion ist nicht gegeben. Damit handelt es sich bei der Brachfläche nicht um einen Campingplatz. Die Wagen sind nicht gem. § 56 Nr. 7a BauOBln genehmigungsfrei. Auch nach § 66 I BauOBln sind die Wagen nicht genehmigungsfrei, da die Aufstellungsdauer der Wagenburg nicht (von vorneherein) zeitlich begrenzt ist.

(4) *materiell Rechtswidrig*

Die Wagen der Wagenburg könnten auch materiell rechtswidrig sein. Materiell rechtswidrig ist eine bauliche Anlage dann, wenn sie nicht allen für sie geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht oder jemals entsprechen hat; also nicht genehmigungsfähig ist und auch niemals genehmigungsfähig war⁴⁹.

(5) *Verstoß gegen § 47 I und II BauOBln (Toiletten und Duschen)*

Die Wagen könnten im Widerspruch zu § 47 I, II BauOBln errichtet worden sein. Dann müßte ein solcher Wagen eine Wohnung darstellen. Wohnung ist die Gesamtheit der Räume, die die Führung eines selbständigen Haushal-

⁴⁵ Jäde, ThürVBl 1993, 82, 83.

⁴⁶ W/D/K/M, BauOBln, § 2 Rn. 25.

⁴⁷ OVG Berlin, LKV 1998, 355, 355f.

⁴⁸ OVG Berlin, LKV 1998, 355, 356.

⁴⁹ vgl. BVerwGE 3, 351, 354f.

tes ermöglichen⁵⁰. Das kann ein Bauwagen idR nicht, daher sind die §§ 47 I, II BauOBln nicht anwendbar.

(6) *Verstoß gegen § 40 I, II BauOBln (Abwasser)*

Die Wagen sind im Widerspruch zu § 40 I BauOBln errichtet worden, da die einwandfreie Beseitigung des Niederschlags- und Abwassers nicht gewährleistet ist. Gemäß § 40 II BauOBln müßten die Wagen an die angrenzende Versorgungsleitung angeschlossen sein, was nicht der Fall ist.

(7) *Verstoß gegen § 39 BauOBln*

Die Wagen sind nicht im Widerspruch zu § 39 I BauOBln errichtet worden. Über eine Pumpe erhalten die Bewohner der Wagenburg genügend und sauberes Wasser. Die Versorgung mit Trinkwasser ist dauernd gesichert.

(8) *Verstoß gegen § 15 BauOBln*

Die Wagen sind im Widerspruch zu § 15 I BauOBln errichtet worden. Durch die willkürliche Anordnung der einzelnen Wagen ist die Wagenburg nicht so beschaffen, daß der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt wird, wie es § 15 I BauOBln verlangt. Bei einem Brand sind wirksame Löscharbeiten und die Rettung von Menschen und Tieren nicht ohne weiteres möglich.

(9) *Verstoß gegen § 10 BauOBln*

Die Wagen könnten im Widerspruch zu § 10 I BauOBln errichtet worden sein. Dann müßten sie so gestaltet sein, daß sie verunstaltet wirken. Verunstaltung ist ein häßlicher, das ästhetische Empfinden des Beschauers nicht bloß beeinträchtigender, sondern verletzender Zustand⁵¹. Das die Wagen so häßlich sind, daß das ästhetische Empfinden verletzt wird, ist nicht ersichtlich. Die Wagen wurden demnach nicht im Widerspruch zu § 10 I BauOBln errichtet.

Sie könnten jedoch im Widerspruch zu § 10 II S.1 BauOBln errichtet worden sein. Dann müßte sie mit ihrer Umgebung nicht in Einklang zu bringen sein und das Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild verunstalten. Eine Verunstaltung im Sinne des § 10 II S.1 BauOBln bedeutet, daß die bauliche Anlage in ihrer Umgebung einen Fremdkörper bildet⁵². Umgebung ist der örtliche Bereich, der von einem Bauwerk optisch beeinflußt werden kann. Er

⁵⁰ VGH BW, BRS 20 Nr. 98.

⁵¹ BVerwGE 2, 172, 176f.

⁵² W/D/K/M, BauOBln, § 10 Rn. 8.

umfaßt auch die Nachbarschaft⁵³. Es reicht bereits ein deutlich zutage tretender Widerspruch des Erscheinungsbildes zu den für die Umgebung bestimmenden städtebaulichen oder stadtbildlichen Gestaltungsmerkmalen aus, der bei einem nicht unbeträchtlichen, in durchschnittlichem Maße für gestalterische Eindrücke aufgeschlossenen Teil der Betrachter anhaltenden Protest auslösen würde⁵⁴. Der Gegensatz zwischen der baulichen Anlage und ihrer Umgebung darf nicht als belastend oder Unlust erregend empfunden werden⁵⁵. Befindet sich die bauliche Anlage in einem im wesentlichen unbebauten Gebiet, ist die freie Landschaft ihre Umgebung. Maßgeblich ist die tatsächliche Beschaffenheit der Umgebung⁵⁶. Ein unbefriedigender baulicher Zustand kann durch das Hinzutreten eines störenden Fremdkörpers noch weiter verschlechtert werden⁵⁷. Der Wagen des A steht zusammen mit anderen auf dem ehemaligen Mauerstreifen. Die Umgebung ist Brachland. Nach Ansicht des BAs besteht ein Mißverhältnis. Auch die mißmutigen Äußerungen der Bewohner deuten auf Unlust verursachendes Aussehen hin. Eine Verunstaltung des Stadtbildes kann angenommen werden. Die Wagen wurden im Widerspruch zu § 10 II S. 1 BauOBln errichtet.

(10) § 3 I 1 - öffentliche Sicherheit und Ordnung

Die Wagen könnten im Widerspruch zu § 3 I 1 BauOBln stehen. Jedoch wird die Geltung der Generalklausel⁵⁸ § 3 BauOBln verdrängt, soweit Spezialvorschriften (§§ 4 bis 51 BauOBln), in denen sich die allgemeinen Anforderungen des § 3 BauOBln konkretisiert haben, greifen⁵⁹. Hier greifen bereits speziellere Vorschriften der BauOBln, so daß kein Raum für § 3 BauOBln verbleibt.

(11) Fehlende Legalisierungsmöglichkeit

Jedoch ist eine Anwendung des § 70 I auf Fälle beschränkt, in denen auf andere Weise keine rechtmäßigen Zustände hergestellt werden können. Dies bedeutet, daß die Beseitigung der baulichen Anlage zu unterbleiben hat, wenn ein milderer Mittel die Legalisierung des rechtswidrigen Zustandes

⁵³ W/D/K/M, BauOBln, § 10 Rn. 8.

⁵⁴ OVG Berlin, U. v. 31.7.1992, OVG 20, 138, 139.

⁵⁵ vgl. BVerwGE 2 172, 177; OVG Berlin BRS 42, Nr. 44.

⁵⁶ W/D/K/M, BauOBln, § 10, Rn.8.

⁵⁷ W/D/K/M, BauOBln, § 10, Rn. 10.

⁵⁸ so Ortloff, NVwZ 1985, 698, 698f.

⁵⁹ vgl. W/D/K/M, BauOBln, § 3, Rn. 3

bewirken kann⁶⁰. Dies ist der Fall, wenn die materielle Rechtmäßigkeit durch eine Ausnahme oder Befreiung gemäß § 61 BauOBln herbeigeführt werden kann⁶¹.

(12) *Befreiung gemäß § 61 BauOBln*

A könnte gemäß § 61 II Nr. 2 BauOBln eine Befreiung von zwingenden Vorschriften der BauOBln erlangen. Jedoch müßte die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer Härte führen. Bei der Frage, ob eine solche Härte vorliegt, kommt es nur auf grundstücksbezogene Interessen des Grundeigentümers an⁶². Das Grundstück muß ohne die Befreiung aufgrund seiner Lage, Größe oder seines Zuschnitts nicht oder nur höchst begrenzt bebaut oder baulich genutzt werden können⁶³. Eine Härte dieser Art ist jedoch für A nicht ersichtlich, zumal er nicht der Grundeigentümer ist. Eine Anwendung des § 61 II Nr. 2 BauOBln scheidet also aus.

Jedoch könnte dem A eine Befreiung gemäß § 61 II Nr. 3 BauOBln gewährt werden. Dies setzt voraus, daß A und seine Freunde die Wagenburg zur praktischen Erprobung neuer Bau- und Wohnformen errichtet haben. Mit praktischer Erprobung neuer Bau- und Wohnformen sind Maßnahmen zur Kostendämpfung, Vorhaben zur Energieeinsparung und zur Schonung der natürlichen Lebensgrundlagen, fortschrittlicher Städtebau, technische und soziale Innovationen, zukunftsweisende Architektur, sowie neue Wege des ökologischen Bauens gemeint⁶⁴. A und seine Freunde versuchen in der Wagenburg Ressourcen ökologischer und sparsamer zu nutzen. Darin ist ein Vorhaben zur Energieeinsparung und zur Schonung der natürlichen Lebensgrundlagen zu sehen. Die Bewohner der Wagenburg legen Wert auf Gemeinschaft. Eine Alternative zur Individualisierung der Großstadt wird somit erprobt wenn, auch nicht von einer Innovation gesprochen werden kann. Die geforderte Seriosität der Erprobungsabsichten⁶⁵ manifestiert sich in A's Aussage, daß ihm als Alternative nur die Obdachlosigkeit bleibe. Es handelt sich also bei der Wagenburg (und damit As Wagen) um eine praktische Erprobung neuer Bau- und Wohnformen. Weiterhin dürften keine Ge-

⁶⁰ W/D/K/M, BauOBln, § 70, Rn. 15.

⁶¹ vgl. OVG Berlin, BRS 47, Nr. 147; OVG Berlin, BRS 17, Nr. 149.

⁶² BVerwGE 88, 191, 200f.

⁶³ OVG Berlin, BRS 56 Nr. 172.

⁶⁴ W/D/K/M, BauOBln, § 61, Rn. 20.

⁶⁵ W/D/K/M, BauOBln, § 61, Rn. 20.

fahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestehen. Das BA begründet den Räumungsbescheid unter anderem damit, daß ein Verstoß gegen ungeschriebene gesellschaftliche Verhaltensregeln vorläge, die unerläßliche Voraussetzung für ein gedeihliches staatsbürgerliches Zusammenleben sind. Gemeint ist ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung⁶⁶. Da sich diese Wertvorstellungen im Laufe der Zeit wandeln, ist der Inhalt der öffentlichen Ordnung Änderungen unterworfen⁶⁷. Ob die „öffentliche Ordnung“ als unbestimmter Rechtsbegriff verfassungsgemäß ist, ist umstritten.

(a) *nicht verfassungsgemäß*

Einer Ansicht nach wird der Begriff der öffentlichen Ordnung als rechtsstaatswidrig⁶⁸ angesehen. Argument hierfür ist, das der Bürger nicht wissen könne, was Inhalt des Schutzgutes sei⁶⁹. Nur das Parlament könne verbindlich feststellen, welche Gemeinschaftsgüter schützenswert seien. Eine pauschale Verweisung auf ungeschriebene gesellschaftliche Vorstellungen reiche nicht aus und überschreite die demokratischen Grenzen der Verwaltung⁷⁰. Der Begriff sei schwer zu handhaben⁷¹ und im übrigen heutzutage durchweg in Spezialgesetzen geregelt, die keinen Raum für eine solche Klausel mehr lassen⁷². Nach dieser Ansicht ist „öffentliche Ordnung“ als Begriff verfassungswidrig.

(b) *verfassungsgemäß*

Einer anderen Ansicht⁷³ nach besteht eine Notwendigkeit, auf die öffentliche Ordnung zurückgreifen zu können. Die Verweisung auf gesellschaftliche Wertvorstellungen sei eine weit verbreitete Regelungstechnik, die z.B. in den Artt. 13 VII⁷⁴ und 35 II GG oder auch im BGB (§§ 157, 242 BGB - „Treu und Glauben“) verwendet wird. Zudem würde durch Anknüpfung an die jeweils herrschenden Anschauungen den Vorgaben des Demokratieprinzips entsprochen⁷⁵. Eine derartige Generalklausel sei notwendig, um die Handlungsfähigkeit der Verwaltung auch bei neuartigen Entwicklungen zu

⁶⁶ vgl. Berg/Knape/Kiworr, APOR, S. 44f; PrOVGE 91, 139, 150.

⁶⁷ vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.249.

⁶⁸ Peine, Die Verwaltung 1979, 25, 25ff, 30ff.; Hill, DVBl. 1985, 88, 88ff.

⁶⁹ Peine, Die Verwaltung 1979, 25, 25ff.

⁷⁰ Götz, Rn. 127.

⁷¹ Knemeyer, Rn. 75.

⁷² Achterberg, FS Scupin, 9, 35ff.

⁷³ Gusy, Rn. 102; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 247.

⁷⁴ Art. 13 III GG (a.F.)

⁷⁵ Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 247.

gewährleisten⁷⁶. Nach dieser Ansicht ist öffentliche Ordnung ein verfassungsgemäßer Begriff und demnach anwendbar.

(c) *Stellungnahme*

Der letzten Ansicht ist hier zu folgen. Neuartigen Gefahren kann durch Spezialgesetze nur schleppend entgegengewirkt werden. Hier besteht regelmäßig Bedarf an raschen Reaktionen seitens der Behörden. Natürlich müssen Minderheiten geschützt werden, daher auch die restriktive Auslegung, daß nur unerlässliche Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenleben umfaßt sind. Im Übrigen vermögen die aufgeführten Argumente zu überzeugen. „Öffentliche Ordnung“ ist als Begriff verfassungsgemäß. Auch in einer Großstadt wie Berlin ist eine Lebensweise, welche nicht nur Abneigung des Einzelnen oder stille Entrüstung sondern „Streit im Bezirk“ provozieren kann, ein Verstoß gegen eben jene unerlässlichen Voraussetzungen. Streit führt nicht zu gedeihlichem Zusammenleben. Daher ist eine Befreiung nach § 61 II Nr. 3 BauOBln nicht möglich.

(13) *durch faktische Maßnahmen?*

Eine Legalisierung könnte jedoch auch durch faktische Maßnahmen erreicht werden⁷⁷. Es ist der Bauaufsichtsbehörde jedoch verwehrt - und auch nicht ihre Pflicht⁷⁸ -, ein verändertes Bauprojekt aufzuzwingen, das dem materiellen Recht entspricht⁷⁹. Legalisierung durch faktische Maßnahmen kommt nicht in Betracht.

(14) *Zwischenergebnis*

Damit liegen alle Voraussetzungen des § 70 I BauOBln vor. § 70 I BauOBln ist somit Ermächtigungsgrundlage.

b) *richtiger Adressat der Maßnahme*

A ist richtiger Adressat des Räumungsbescheides, da er einer der ordnungsrechtlich Verantwortlichen⁸⁰ ist. Sind mehrere Verantwortliche vorhanden, kann die Bauaufsichtsbehörde auch nur einen heranziehen⁸¹.

c) *allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen*

Der Räumungsbescheid ist gemäß § 37 I VwVfG hinreichend inhaltlich

⁷⁶ Gornig/Jahn, SPR, S. 122f.

⁷⁷ vgl. BVerwG, BRS 16 Nr. 126.

⁷⁸ W/D/K/M, BauOBln, § 70, Rn. 15.

⁷⁹ vgl. BayVGH, BRS 42 Nr. 217.

⁸⁰ W/D/K/M, BauOBln, § 70, Rn. 19.

⁸¹ W/D/K/M, BauOBln, § 70, Rn. 19.

bestimmt. Insbesondere läßt er die handelnde Behörde (vgl. §37 III VwVfG i.V.m. § 44 II Nr. 1 VwVfG), den Adressaten - A, als Bewohner des Bauwagens an dem der Bescheid hing, wird selbst aufgefordert -, den Verwaltungsaktcharakter und den Regelungsgehalt erkennen.

d) *Ermessen*

Der Räumungsbescheid könnte jedoch mit dem materiellen Recht unvereinbar sein. Rechtsgrundlage ist der § 70 I BauOBln, der das BA zur Anordnung der Beseitigung der dem öffentlichen Recht widersprechenden baulichen Anlagen ermächtigt. Der Räumungsbescheid müßte von der Rechtsgrundlage gedeckt sein. § 70 I BauOBln gibt dem BA ein Ermessen bei der Ausführung des Gesetzes. Es ist befugt, über eine Anordnung im konkreten Fall zu entscheiden. Daher ist gemäß § 114 S. 1 VwGO zu prüfen, ob das BA bei Erlass des Räumungsbescheides sein Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat. Es könnte hier jedoch ein Fall des „intendierten“ Ermessens vorliegen, welches dann anzunehmen wäre, wenn die Richtung der Ermessensbetätigung bereits durch Gesetz vorgezeichnet ist, ein bestimmtes Ergebnis im Grundsatz gesetzlich gewollt ist und nur ausnahmsweise davon abgesehen werden dürfe⁸². Zu folgen ist jedoch hier der Ansicht, das diese „Neuschöpfung“ nicht anzuwenden ist, da sie die Grenze zwischen Kann- und Soll-Vorschriften verwischt⁸³ und die Kontrollkompetenz der Verwaltung auf die Gerichte verschiebt⁸⁴.

Der Ermessensgebrauch ist fehlerhaft und damit der VA rechtswidrig, wenn ein Ermessensnichtgebrauch, eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmißbrauch festzustellen ist (vgl. § 40 VwVfG).

e) *Ermessensnichtgebrauch*

Das BA hat nicht verkannt, daß die Entscheidung in sein Ermessen gestellt ist, noch hat es schematisch ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls entschieden, weshalb kein Ermessensnichtgebrauch vorliegt⁸⁵.

f) *Ermessensüberschreitung*

Das BA könnte das ihm eingeräumte Ermessen überschritten haben. Das Ermessen ist überschritten, wenn die Verwaltung eine von der Rechtsord-

⁸² vgl. BVerwGE 72, 1, 6; Kopp, VwVfG, § 40, Rn. 19; W/D/K/M, BauOBln, § 70, Rn. 20.

⁸³ Maurer, § 7, Rn. 12; Volkmann, DÖV 1996, 282, 288.

⁸⁴ Volkmann, DÖV 1996, 282, 288

⁸⁵ vgl. Brühl, S. 71

nung im Ergebnis mißbilligte Entscheidung trifft⁸⁶.

(1) *Überschreitung des § 70 I BauOBln*

Die Räumungsanordnung liegt im Rahmen der das Ermessen einräumenden Norm des § 70 I BauOBln. Insbesondere können nicht auf andere Weise legale Zustände hergestellt werden.

(2) *Selbstbindung der Verwaltung*

Das BA könnte jedoch in seinem Ermessensspielraum eingeschränkt sein. Dies wäre der Fall wenn verbindliche Vereinbarungen getroffen wurden, eine Zusicherung existiert oder Willenserklärungen seitens der Behörde ein schutzwürdiges Vertrauen begründet haben⁸⁷. Der zuständige Beamte Herr Z hat den Wagenburgbewohnern gesagt, daß sie bis ca. März 2000 noch auf dem Gelände wohnen könnten. Problematisch ist die rechtliche Einordnung dieses Versprechens.

(a) *Versprechen ein Duldungsverwaltungsakt?*

Das Versprechen könnte einen DuldungsVA darstellen. Ein DuldungsVA ist die - durch das Aussprechen der Duldung - aktive Duldung durch eine Behörde⁸⁸. Ein solcher ist jedoch nur ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung denkbar, wenn er einen zeitweisen Verzicht der Behörde auf die Möglichkeit eines Einschreitens unabhängig von einer zukünftigen Änderung der Sach- oder Rechtslage darstellt⁸⁹. Der Verzicht muß ausdrücklich sein⁹⁰. Z hat klargestellt, daß die Wagenburg nicht genehmigungsfähig ist. Er verspricht ca. ein Jahr nicht gegen die Wagenburg vorzugehen. Daß ein Einschreiten unabhängig von einer zukünftigen Sach- oder Rechtslagenänderung unterbleiben soll, wird jedoch nicht ausdrücklich deutlich. Das Versprechen stellt somit keinen DuldungsVA dar.

(b) *Versprechen eine Zusicherung?*

Es könnte sich bei dem Versprechen um eine Zusicherung gemäß § 38 I VwVfG handeln.

(c) *begriffliches Vorliegen einer Zusicherung*

Gemäß § 38 I VwVfG müßte die zuständige Behörde zunächst eine Zusage gemacht haben, einen bestimmten VA später zu erlassen oder zu unterlas-

⁸⁶ Schenke, VerwPR, Rn. 738.

⁸⁷ vgl. BVerwGE 60, 144, 152.

⁸⁸ Hermes/Wieland, Duldung, S. 29.

⁸⁹ Hermes/Wieland, Duldung, S. 30 und 32.

⁹⁰ vgl. OVG Berlin NJW 1983, 777.

sen. Eine Zusage ist in Abgrenzung zur Auskunft⁹¹ gekennzeichnet durch den behördlichen Willen zur Selbstverpflichtung (Bindungswille) der Verwaltung zu einem späteren öffentlich-rechtlichen Tun oder Unterlassen⁹². Das bloße Inaussichtstellen von Maßnahmen genügt nicht⁹³. Herr Z hat den Bewohnern der Wagenburg versprochen, nicht gegen die Wagenburg vorzugehen, bis eine endgültige Entscheidung über die Nutzung des Brachlandes ca. im März 2000 getroffen würde. Ein Versprechen zeigt den Bindungswillen zu einer Selbstverpflichtung. Eine Zusage liegt vor. Gemäß § 38 I 1 VwVfG muß sich eine Zusicherung auf einen bestimmten VA beziehen. Eine allgemeine Erklärung, es werde gegen ein bestimmtes Vorhaben nicht eingeschritten, wird deshalb von § 38 VwVfG nicht erfaßt⁹⁴. Kommt aber nach Lage des Falles nur eine bestimmte Form des Einschreitens in Betracht, liegt in der Zusage nicht einzuschreiten, eine Zusicherung, die auf das Unterlassen dieses Verwaltungsaktes gerichtet ist⁹⁵. Z stellt klar, daß die Wagenburg nicht genehmigungsfähig ist. Trotzdem verspricht er vorläufig nicht einzuschreiten. Als Form des Einschreitens kommt nur eine Räumungsanordnung in Betracht. Die Zusage vorerst nicht einzuschreiten bezieht sich also auf einen bestimmten Verwaltungsakt. Damit liegt begrifflich eine Zusicherung vor.

(d) wirksames Vorliegen einer Zusicherung

Die Zusicherung müßte wirksam sein. Gemäß § 38 I S. 1 VwVfG bedarf die Zusicherung der Schriftform. Ob die Zusicherung selbst ein VA ist⁹⁶, oder ob die Zusicherung lediglich als verwaltungsrechtliche Willenserklärung ohne Regelungscharakter anzusehen ist⁹⁷, kann hier dahingestellt bleiben, da sich die Schriftform nach der einen Ansicht aus § 37 III VwVfG unmittelbar und nach der anderen Ansicht entsprechend⁹⁸ ergibt. Die Zusicherung muß also die erlassende Behörde erkennen lassen und eine Unterschrift oder Namenswidergabe enthalten. Die Zusicherung wurde schriftlich durch die Sekretärin im Rahmen des Gesprächsprotokolls fixiert, welches A erhalten

⁹¹ Maurer, § 9 Rn. 62.

⁹² vgl. BVerwGE 26, 31, 36; Maurer, § 9 Rn. 59.

⁹³ Knack-Henneke, VwVfG, § 38, Rn. 3.1.1.

⁹⁴ Fluck, NuR 1990, 197, 199; Obermayer/Liebetanz, VwVfG, § 38, Rn. 19.

⁹⁵ Obermayer/Liebetanz, VwVfG, § 38, Rn. 19.

⁹⁶ Obermayer/Liebetanz, VwVfG, § 38, Rn 25; Knack-Henneke, VwVfG, § 38, Rn. 3.4.

⁹⁷ Erichsen, Jura 1991, 109, 110; Maurer, Jus 1976, 491; Jakobs, Jura 1985, 235.

⁹⁸ BVerwGE 97,323, 327.

hat. Es trägt jedoch keinen Dienststempel und ist nicht unterzeichnet. Möglich erscheint, daß aus dem Protokoll, z.B. durch Nennung des Beamten Z Rückschlüsse auf die erlassende Behörde ziehbar sind, jedoch ersetzt dies nicht die fehlende Unterschrift, die hier - anders als bei einem Gerichtsverfahrensprotokoll⁹⁹ - mit zur Schutz- und Beweisfunktion¹⁰⁰ des § 38 VwVfG beitragen muß. Aus diesem Grunde erfüllt das Gesprächsprotokoll nicht das Schriftformerfordernis des § 37 III VwVfG (entsprechend). Die Zusicherung ist von Anfang an unwirksam / nichtig¹⁰¹.

(e) *Zwischenergebnis*

Damit stellt das Versprechen des Herrn Z begrifflich eine Zusicherung dar, welche aber unwirksam ist.

(3) *Vertrauensschutzgrundsatz des Verwaltungsrechts*

Das Ermessen des BAes könnte jedoch durch den Vertrauensschutzgrundsatz des Verwaltungsrechts beschränkt sein¹⁰². Dann müßte zunächst eine Vertrauensgrundlage, also ein Verhalten eines zuständigen und befugten staatlichen Organs, das bestimmte Erwartungen des einzelnen auszulösen in der Lage ist, vorhanden sein¹⁰³. Das Versprechen des Z in seiner Funktion als Vertreter des BAes, vorerst nicht gegen die Wagenburg vorzugehen, war in der Lage eine diesbezügliche Erwartung auszulösen. Auf dieser Grundlage muß sich bei dem betroffenen Bürger tatsächlich ein Vertrauen gebildet haben (Vertrauenstatbestand). Das ist nicht der Fall, wenn der Betroffene die Illegalität seines Verhaltens positiv kennt und er deswegen mit dem Fortbestehen der Möglichkeit des behördlichen Einschreitens rechnen mußte¹⁰⁴. Z hat A und seinen Freunden gesagt, daß die Wagenburg nicht legal ist. Allerdings mußte A nicht mit dem behördlichen Einschreiten und auch nicht mit der Möglichkeit eines solchen rechnen. Eine Vertrauensgrundlage und Vertrauenstatbestand liegen vor. Der Bürger muß dieses Vertrauen auch ins „Werk gesetzt haben“ (Vertrauensbetätigung)¹⁰⁵. Der Betroffene muß im Vertrauen auf eine weitere Duldung Vermögensdispositionen oder andere

⁹⁹ S/B/S-Stelkens, § 37, Rn. 54.

¹⁰⁰ vgl. S/B/S-Stelkens, § 38, Rn. 34.

¹⁰¹ vgl. Ule/Laubinger, § 49, Rn. 4.

¹⁰² vgl. Hermes/Wieland, Duldung, S. 40.

¹⁰³ Hermes/Wieland, Duldung, S. 41.

¹⁰⁴ Hermes/Wieland, Duldung, S. 42.

¹⁰⁵ Hermes/Wieland, Duldung, S. 41.

Maßnahmen getroffen haben¹⁰⁶. Eine solche Betätigung des Vertrauens liegt jedoch nicht vor. Damit begründet der Vertrauensschutzgrundsatz des Verwaltungsrechts keine Ermessenseinschränkung für das BA. Das Ermessen ist insgesamt nicht eingeschränkt.

g) *Verhältnismäßigkeit*

Die gesetzte Rechtsfolge müßte auch verhältnismäßig sein. Verhältnismäßigkeit verlangt die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit i.e.S. des angefochtenen Verwaltungsaktes unter Berücksichtigung des mit ihm verfolgten Zieles¹⁰⁷.

(1) *Geeignetheit der Maßnahme*

Geeignet ist eine staatliche Maßnahme immer dann, wenn mit ihrer Hilfe das erstrebte Ziel gefördert werden kann. Erstrebtes Ziel der Räumungsanordnung ist die Beseitigung rechtswidriger Bauzustände, sowie die Verhinderung von weiteren Ansiedlungen ähnlich der der Wagenburg. Weiteres Ziel der Behörde ist die Erhaltung der öffentlichen Ordnung. Ist das Gelände geräumt, besteht dort kein baurechtswidriger Zustand, kein Vorbild für andere Wagenburgen und kein Anlaß mehr zu Mißstimmung in der Bevölkerung. Die Ziele des Bezirksamtes können durch eine Räumung des Brachlandes gefördert werden. Die Maßnahme ist geeignet.

(2) *Erforderlichkeit*

Der Räumungsbescheid müßte darüber hinaus erforderlich gewesen sein. Erforderlich ist eine staatliche Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde (Prinzip des sogenannten Interventionsminimums). Denkbare Alternativmaßnahmen wären Auflagen, die die einzelnen baurechtswidrigen Zustände beseitigen würden¹⁰⁸. In Betracht käme eine Anordnung der einzelnen Bauwagen entsprechend den Brandschutzvorschriften, Errichtung eines Dusch- und Toilettenhäuschens mit sichergestellter Wasserentsorgung, Umgestaltung der Wagenburg zur besseren Eingliederung in die Umgebung. Es ist jedoch nicht die Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde, Änderungsvorschläge zu unterbreiten, die einen

¹⁰⁶ Hermes/Wieland, Duldung, S. 42.

¹⁰⁷ vgl. Knack-Busch, VwVfG, § 40 Rn 9.5.2.

¹⁰⁸ W/D/K/M, BauOBl, § 70 Rn. 41.

Schwarzbau an das materielle Recht heranführen sollen¹⁰⁹. Zudem wäre der Aufwand ungleich höher und das Ziel Nachahmungen zu verhindern würde nicht erreicht werden. Auch die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung wird voraussichtlich nicht im gleichen Maße zu erreichen sein. Der Räumungsbescheid ist erforderlich.

(3) *Verhältnismäßigkeit i.e.S./Angemessenheit/Proportionalität.*

Der Räumungsbescheid muß auch verhältnismäßig (proportional) sein. Dies ist eine staatliche Maßnahme dann, wenn das mit ihr verfolgte Ziel in seiner Wertigkeit nicht erkennbar außer Verhältnis zur Intensität des Eingriffes steht (Zumutbarkeit der Maßnahme)¹¹⁰. Ziel der Räumungsanordnung ist die Beseitigung baurechtswidriger Zustände auf dem Brachland einerseits und die Verhinderung weiterer Wagenburgsiedlungen sowie die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung andererseits. A macht geltend, daß ihm das Praktizieren einer alternativen Lebensweise unmöglich gemacht und sein Recht auf Selbstbestimmung verletzt würde. Als einzige Alternative zum Leben in der Wagenburg sieht er die Obdachlosigkeit. Hierin könnte ein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte des A liegen. Fraglich ist, ob und wenn ja welche Grundrechte in Betracht kommen. In Betracht kommen Artt. 2 I, 4 I, 11 I, 13 I und 14 I GG.

(a) *Art. 14 GG - Eigentumsgarantie*

Zunächst müßte Art. 14 I GG grundsätzlich einschlägig sein (Schutzbereich)¹¹¹. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG schützt alle privatrechtlichen vermögenswerten Rechte und Güter¹¹². A's Eigentum, sein Bauwagen, soll jedoch nur von einem Grundstück entfernt werden, welches ihm nicht gehört. Der Schutzbereich des Art. 14 I GG wird durch die Räumungsanordnung nicht berührt.

(b) *Art. 11 I GG – Freizügigkeit*

Art. 11 I GG könnte einschlägig sein. Geschützt wird die Freizügigkeit, also die Freiheit an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen¹¹³. Auch das Bleiben an einem Ort¹¹⁴ bzw. im eigenen

¹⁰⁹ W/D/K/M, BauOBln, § 70 Rn. 15.

¹¹⁰ vgl. Schwerdtfeger, § 5, Rn. 97.

¹¹¹ vgl. Hufen, VerwPR, § 25, Rn. 23.

¹¹² Pieroth/Schlink, Rn. 903.

¹¹³ BVerfGE 2, 266, 273.

¹¹⁴ Dreier-Pernice, Art. 11, Rn. 12.

Lebenskreis ist geschützt¹¹⁵. Innerhalb eines einmal begründeten Lebenskreises ist ein erzwungener Aufenthaltswechsel ohne Beeinträchtigung des Art. 11 GG zulässig¹¹⁶. A soll nur die Brachfläche in Treptow verlassen, ansonsten wird sein Aufenthalt in Berlin-Treptow (seinem Lebenskreis) nicht durch die Räumungsanordnung beeinträchtigt. Der Schutzbereich ist also nicht eröffnet, da es sich nur um einen erzwungenen Aufenthaltswechsel innerhalb As Lebenskreis handelt.

(c) *Art. 13 - Unverletzlichkeit der Wohnung*

Auch der Schutzbereich des Art. 13 GG wird durch den Räumungsbescheid nicht berührt. Dieser umfaßt lediglich die räumliche Privatsphäre¹¹⁷ (auch in Campingwagen¹¹⁸) nicht den Standort desselben.

(d) *Art. 4 I GG - Weltanschauungsfreiheit*

Der Schutzbereich von Art. 4 I GG könnte eröffnet sein. Umfaßt ist die Freiheit einen Glauben oder eine Weltanschauung zu bilden, zu haben, zu äußern und entsprechend zu handeln¹¹⁹. Glauben- bzw. Weltanschauung sind religiöse oder auch areligiöse Sinndeutung von Welt und Mensch¹²⁰. A lehnt die „kapitalistische“ und dekadente Lebensweise anderer Menschen ab. Er kann sich deshalb ein Leben nur in einer Wagenburg oder in der Obdachlosigkeit vorstellen. Dies ist allerdings ein Handeln aufgrund einer bestimmten Haltung gegenüber aktuellen Gesellschaftsstrukturen und Ansichtsweisen der sogenannten westlichen Zivilisation. Sinndeutungen oder (a-)religiöse Überzeugungen spielen keine Rolle. Der Schutzbereich der Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit ist nicht eröffnet.

(e) *Art. 2 I GG - allg. Handlungsfreiheit*

Letztendlich könnte Art. 2 I GG einschlägig sein. Schutzbereich des Art. 2 I GG ist die allgemeine Handlungsfreiheit und auch die Ausübung der in ihr enthaltenen Befugnisse¹²¹. Der Räumungsbescheid berührt A's Möglichkeit sein Leben so zu leben wie er möchte. Der Schutzbereich des Art. 2 I GG ist betroffen und es wird in ihn eingegriffen, da der Räumungsbescheid dem A ein Verhalten, das in den Schutzbereich des Art. 2 I GG fällt, unmöglich

¹¹⁵ vM/K/S-Gusy, GG, Art. 11, Rn. 34.

¹¹⁶ vM/K/S-Gusy, GG, Art. 11, Rn. 34.

¹¹⁷ Pieroth/Schlink, Rn. 872.

¹¹⁸ vgl. Pieroth/Schlink, Rn. 875.

¹¹⁹ Pieroth/Schlink, Rn. 508.

¹²⁰ vgl. BVerwGE 89, 368, 370.

¹²¹ SB/K, Art. 2, Rn. 1.

macht¹²². Dieser Eingriff führt jedoch erst zu einer Verletzung des Grundrechts, wenn er verfassungsmäßig nicht mehr gerechtfertigt ist¹²³. Der Eingriff ergeht aufgrund des § 70 I BauOBl. Für dessen Verfassungswidrigkeit oder Unverhältnismäßigkeit liegen keine Anhaltspunkte vor. Jedoch könnte der Räumungsbescheid als Regelung selbst materiell außer Relation zu dem Eingriff in Art. 2 I GG stehen¹²⁴. Es ist nicht erkennbar außer Verhältnis die Freiheit A's einzuschränken, betrachtet man die Ziele des Räumungsbescheides. Unmut in der Bevölkerung, die Gefahr eines sogenannten „trading-down“ Effektes durch Nachahmer, sowie Gefahren für Leib und Leben der Bewohner der Wagenburg durch unzureichenden Brandschutz können beseitigt werden. Weiter wird verhindert, daß Regelungen des Bauordnungsrechtes untergraben werden. Der Räumungsbescheid ist nicht unverhältnismäßig i.e.S. (unproportional). Der Bescheid verstößt nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

h) Ermessensfehl- bzw. Ermessensmißbrauch

Es liegt kein Ermessensfehlgebrauch vor, da die beabsichtigte Rechtsfolge - Beseitigung baurechtswidriger Zustände und Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung - vom Zweck der Ermächtigung gedeckt ist. (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 S. 1 Alt. 2 VwGO).

C. Ergebnis

Damit ist der Räumungsbescheid rechtmäßig ergangen. Eine Anfechtungsklage wäre zulässig aber unbegründet und daher abzuweisen.

II. Isolierte Anfechtungsklage gegen Widerspruchsbescheid

Daneben¹²⁵/Alternativ könnte A den Widerspruchsbescheid isoliert anfechten, gem. § 79 II S. 2 VwGO, da die nicht erfolgte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einen Verfahrensfehler darstellt. Insbesondere hat A ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis, weil das einfachere Mittel - die Anfechtungsklage gegen den Räumungsbescheid - nicht den gleichen Rechtsschutz gewährleistet¹²⁶ wie ein angefochtener Widerspruchsbescheid, der zu einem Widerspruchsverfahren führt, in welchem die Behörde neben der Rechtmä-

¹²² vgl. Pieroth/Schlink, Rn. 240 „moderner Eingriffsbegriff“

¹²³ Pieroth/Schlink, Rn. 9.

¹²⁴ vgl. allg. Dreier-Dreier, Art. 2 I, Rn. 40.

¹²⁵ vgl. BVerwGE 13, 195, 198.

¹²⁶ vgl. Schmidt, VWR1, S. 133.

Bigkeit auch die Zweckmäßigkeit erörtert. Die Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid wäre zulässig und begründet¹²⁷. Der Widerspruchsbescheid wäre aufzuheben.

III. Widerspruchsverfahren

Der Widerspruch des A gegen den Räumungsbescheid wäre zulässig. Ob der Widerspruch auch begründet ist, hängt hier davon ab, ob der rechtmäßige Räumungsbescheid unzweckmäßig ist (§ 68 I 1 VwGO). Das Prüfungsbefugnis der Behörde geht hier weiter als der des Gerichts. Allerdings dient der Räumungsbescheid auch der Erreichung der Ziele, die die Behörde mit ihm anstrebt, weshalb er zweckmäßig ist. Ein Widerspruch des A wäre also zulässig aber unbegründet und daher wäre ihm nicht stattzugeben.

¹²⁷ vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 70, Rn. 14.

