1. Erlassen von Verwaltungsakten
   1. Belastende Verwaltungsakte

Fall 1:

Es soll angeordnet werden, dass das Fachwerkhaus mit Biberschwanz-Dachziegeln zu reparieren ist.

* + 1. Gutachten
       1. Rechtsgrundlage

Könnte §1 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs.1 Satz 1 DSchG sein.

* + - 1. Materielle Voraussetzung (Prüfung: jetzt prüfe ich die materiellen Voraussetzungen)
         1. Tatbestandsvoraussetzung

Kulturdenkmal

Das Fachwerkhaus müsste ein Kulturdenkmal sein

Nach § 2 Abs. 1 DSchG ist eine Sache, deren an Erhaltung, aus heimatgeschichtlichen Gründen, ein öffentliches Interesse besteht, ein Kulturdenkmal.

Das Fachwerk Haus stammt aus dem Jahre 1865. Das Haus hat für die damalige Bauweise charakteristische Wetterdächer sowie die typische, vorragenden Balkenköpfe an den Erdgeschossbalken. Es ist mit den seinerzeit üblichen Biberschwanz-Dachziegeln gedeckt. Das Fachwerkhaus gehört zu den wenigen voll erhaltenden Exemplaren seiner Art am Oberrhein. Angesichts dieses Sachverhalts besteht ein Erhaltunginteresse, das Fachwerkhaus ist also ein Kulturdenkmal.

Gefährdung

Es könnte eine Gefährdung beim Kulturdenkmal (Fachwerkhaus) vorliegen. (Bei keiner allgemein Definition -> Kommentar)

Unter Gefährdung versteht man mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretenden oder schon eingetretenen Schaden am Denkmal. Am Dach des Fachwerkhauses fehlen ca. 50 BSD, wodurch das Erscheinungsbild des Denkmals beeinträchtigt ist. Das ist ein schon eingetretener Schaden, also ist das Kulturdenkmal gefährdet.

* + - * 1. Rechtsfolgenseite

Der Pflichtige Exkurs

Die Regeln über den Pflichtigen finden sich vorbehaltlich spezieller Regeln (z.B. §4 Abs. 3 BBodSchG) in den §§ 6, 7 PolG. In besonderen Fällen auch in § 9 PolG direkt angewendet, manche Spezialgesetzte verweisen auch darauf, wie etwa § 7 abs. 1 Satz 2 DSchG. Im Übrigen werden diese Vorschriften analog angewandt, in Gesetzen in denen es sonst nur für Pflichtige, keine Regelungen gibt. (z.B. WG)

Die Pflichtigkeitsregeln im Einzelnen:

nach § 6 Abs. 1 PolG ist eine Person pflichtig, wenn sie durch ihr Verhalten eine Gefahr verursacht. Unter Verhalten fällt sowohl das Handel wie auch das unterlassen, letzteres aber nur, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht (z.B. § 6 DSchG). Grundsätzlich kann, da es auf Verschuldung nicht ankommt, nur der Letztverursacher herangezogen werden. Ausnahmsweise auch ein mittelbarer Verursacher, wenn er als sogenannter Zweckveranlasser die absehbare Gefahr in Kauf nimmt.

Nach § 6 Abs. 3 PolG ist ferner der Verrichtungsbesteller pflichtig. Das heißt im Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Verrichtung auf die Gefahrenverursachung hinausläuft. Es reicht allein das Arbeitsverhältnis.

Nach § 7 PolG ist Pflichtig der Eigentümer oder Besitzer (gleichwertig) einer Sache, deren Zustand die öffentliche Sicherheit gefährdet.

Gibt es mehrere Pflichtige so ist aus diesen einer nach dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit bzw. Effizienz auszuwählen. Kriterien sind insoweit die Nähe zur Gefahr, die Sachkunde oder auch die materielle Leistungsfähigkeit durch Maschinen oder Geld. (Wenn alle gleich effektiv sein dann gilt das Verhalten und nicht der Besitz oder das Eigentum)

Achtung: Nach § 9 PolG kann auch ein unbeteiligter zum Pflichtigen werden, wenn vor allem kein Pflichtiger nach § 6 oder § 7 greifbar ist.

Als Pflichtige kommen sowohl F.K als auch G.K in Betracht.

F.K könnte pflichtig sein sinngemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 DSchG und § 7 PolG dann müsste er Eigentümer einer Sache sein, von deren Zustand eine Gefahr ausgeht. Der F.K ist Eigentümer des Fachwerkhauses von dessen Dach eine Gefährdung für das Denkmal ausgeht. Also ist er Pflichtiger.

Der G.K ist ebenfalls Eigentümer des Fachwerkhauses und somit nach denselben Vorschiften Pflichtig.

Exkurs:

Sowohl F.K wie auch G.K währen Pflichtig nach § 7 Abs. 1 Satz 2 DSchG und § 6 Abs. 1 PolG. Unter Verhalten nach § 6 Abs. 1 PolG fällt auch das Unterlassen, sofern eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Diese Ergäbe sich hier aus § 6 DSchG.

Nach dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit bzw. Effizienz ist letztlich der F.K der Richtige Pflichtige, da er gegenüber dem G.K über ein höheres Einkommen verfügt und somit leistungsfähiger ist.

Ermessen

Exkurs:

Ob die Verwaltung Ermessen hat, lässt sich an der Rechtsgrundlage

feststellen, wenn auf deren Rechtsfolgeseite Worte stehen wie „kann“,

„darf“ oder „Ermessen“.

Steht dort allerdings ein Wort wie „ muss“ oder „hat zu…“, dann ist kein Ermessen eingeräumt.

Kein Ermessen ist auch dann da, wenn die Wortwahl es zwar nahelegt, aber

eine sogenannte Ermessensreduzierung auf „Null“ gegeben ist.

Das ist der Fall bei höchstens Rechtsgütern.

Gelegentlich heißt es auf der Rechtsfolgenseite auch „soll“. Das bedeutet grundsätzlich ein „muss“, in atypischen Fällen aber ein kann.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 DSchG hat die Denkmalschutzbehörde ein Ermessen anzuwenden. Dieses Ermessen wird nach § 40 LVwVfG ausgeübt. Danach ist

zunächst der Zweck der Ermächtigung zu beachten. Das heißt es dürfen keine Zweckwidrigen bzw. Sachfremden überlegen bei der Entscheidung eine Rolle spielen. Sachfremd wäre hier eine Entscheidung wegen der kritischen Leserbriefe des F.K. Derartiges darf nicht in die Entscheidung einfließen.

Nach § 40 LVwVfG sind vor allem die gesetzlichen Grenzen des Ermessens zu beachten. Wichtigste gesetzliche Grenze ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 20 Abs. 3 GG.

Die Anordnung müsste geeignet, erforderlich und angemessen sein. Sie ist geeignet, den Zweck des Denkmalschutzes zu erfüllen.

Diese Maßnahme ist erforderlich, wenn es kein milderes, gleich geeignetes, Mittel gibt. Eine Reparatur mit Ethanitplatten wäre kostengünstiger und damit ein milderes Mittel. Diese Ethanitplatten sind aber nicht geeignet die Annehmlichkeiten des Denkmals wieder herzustellen. Also ist die Anordnung der BSD erforderlich. Die Maßnahme ist schließlich angemessen, wenn der Nachteil für den Pflichtigen nicht erkennbar außer Verhältnis zum Vorteil für die Allgemeinheit steht. Nachteil für den F.K ist die finanzielle Belastung und die Einschränkung seiner Eigentümerposition. Vorteil für die Allgemeinheit ist die Herstellung der Ansehnlichkeit dieses seltenen Denkmals. Die Nachteilsposition des F.K finde ihr Gewicht im Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG. Die Vorteilsposition findet ihr Gewicht zu Gunsten der Allgemeinheit durch die Staatszielbestimmung Art. 3c Abs. 2 (Verfassung des Landes Baden-Württembergs). Bei Abwägung aller Umstände steht der Nachteil des F.K nicht erkennbar außer Verhältnis zum Vorteil. Die Anordnung der BSD ist also Verhältnismäßig und damit ermessensgerecht.

Unmöglichkeit

Exkurs:

Die Verwaltung darf vom pflichtigen nichts Unmögliches verlangen. Es gibt vier Arten der Unmöglichkeit.

Objektiv tatsächliche Unmöglichkeit

Diese ist gegeben, wenn der Verwaltungsakt niemanden aufführen kann Beispiel: Anordnung einen geräuschlosen Rasenmäher zu nutzen.

Subjektiv tatsächliche Unmöglichkeit

Diese ist gegeben, wenn grade der Pflichtige ihn aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen kann. Die können entweder physisch oder auch finanzieller Art sein. Bei finanzieller Unmöglichkeit muss der Pflichtige zunächst seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenlegen. Tut er das nicht, liegt keine Unmöglichkeit vor. Legt er sie vor, kommt es darauf an, ob er durch die Maßnahme zu einem Sozialfall wird bzw. bei Unternehmen die Kreditfähigkeit verloren geht.

-Straf- bzw. Bußgeldrechtliche Unmöglichkeit.

Hier steht der Ausführung des Verwaltungsaktes eine Straf- bzw. Bußgeldnorm im Wege, das heißt der Pflichtige würde bei Befolgung des Verwaltungsaktes bestraft. Bsp. Die Anordnung Holz und Heu Reste auf dem eigenem Grundstück zu verbrennen führt bei Ausführung durch Pflichtigen dazu das er nach § 69 Abs. 1, 2 KrWG ein Bußgeldbescheid geschickt

bekommt.

Privatrechtliche Unmöglichkeit

Hier steht der Ausführung des Verwaltungsaktes durch den Pflichtigen das private Recht eines dritten im Wege. Beispiel: Anordnung an den G Zur Absicherung seines einsturzgefährdeten Hauses auf dem Nachbargrundstück des A gegen dessen Willen §903 BGB eine Stützvorrichtung zu bauen.

Eine privatrechtliche Unmöglichkeit, hindert die Verwaltung nicht den Verwaltungsakt zu erlassen. Sie ist aber ein Hindernis für die Durchsetzung bzw. Vollstreckung des Verwaltungsaktes. Es sei denn dieses Hindernis ist durch eine Duldungsverfügung gegen den Inhaber des privaten Rechts ausgeräumt.

Es könnte hier eine privatrechtliche Unmöglichkeit vorliegen. Das ist der Fall wenn bei der Ausführung des Verwaltungsaktes das private Recht, eines dritten entgegensteht und dieser die Maßnahme nicht will. Der Ausführung des Verwaltungsaktes durch F.K könnte §2038 Abs.1 Satz 1 BGB entgegenstehen, wonach G.K als miterbe grundsätzlich allen Maßnahmen bei der Verwaltung des Hauses zustimmen muss, was er aber nicht tut. Das wäre nur dann anders, wenn das decken mit den BSD eine notwendige Erhaltungsmaßregel im Sinne von § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB wäre. Notwendig ist sie, wenn ein wirtschaftlich vernünftig denkender Erbe sie treffen würde. Mit Blick auf den Verkaufswert des Fachwerkhauses erscheinen die BSD vernünftig zu sein, da das vollerhaltende Gebäude ein höheren Preis erzielen wird. Danach kann F.K auch ohne G.K handeln, so dass keine privatrechtliche Unmöglichkeit vorliegt.

Exkurs:

Es könnte hier eine privatrechtliche Unmöglichkeit vorliegen. Das ist der Fall wenn bei der Ausführung des Verwaltungsaktes das private Recht, eines dritten entgegensteht und dieser die Maßnahme nicht will. Der Ausführung des Verwaltungsaktes durch F.K könnte §2038 Abs.1 Satz 1 BGB entgegenstehen, wonach G.K als miterbe grundsätzlich allen Maßnahmen bei der Verwaltung des Hauses zustimmen muss, was er aber nicht tut. Das wäre nur dann anders, wenn das decken mit den BSD eine notwendige Erhaltungsmaßregel im Sinne von § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB wäre. Notwendig ist sie, wenn ein wirtschaftlich vernünftig denkender Erbe sie treffen würde.

Mit Blick auf den Verkauf des Hauses wären auch Eternitplatten vernünftig, weil sie preiswerter sind und gar nicht sicher ist, ob der Verkauf auch mehr Kosten für BSD abdeckt.

Dann steht aber Recht des G.K der Reparatur mit BSD im Wege. Das hindert den Erlass der Reparaturanordnung nicht, steht aber als privatrechtliche Unmöglichkeit der Durchführung bzw. der Vollstreckung des Verwaltungsaktes entgegen. Dieses Hindernis kann allerdings durch eine Duldungsverfügung gegen G.K ausgeräumt werden.

Bestimmtheit

Nach § 37 LVwVfG muss die Anordnung bestimmt genug formuliert werden.

* + - 1. Formelle Vorrausetzung
         1. Zuständigkeit

Sachliche Zuständigkeit

Nach §§ 7 Abs. 4, 3 Abs. 3, Abs. 1 Nr. 3 DSchG und 46 abs. 2 LBO und § 15 LVG ist das Landratsamt sachlich zuständig.

Örtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist das Landratsamt Ortenaukreis gemäß § 3 Abs.1 Nr.1 LVwVfG.

* + - * 1. Verfahren

Beteiligte

Nach §§ 13 Abs. 1 Nr. 2 und 4 LVwVfG sind F.K (Nr. 2) und G.K (Nr. 4) beteiligte. G.K ist beteiligt, da er Eigentümer des Fachwerkhauses ist. (§903 BGB) Es besteht also ein rechtliches Interesse nach § 13 Abs. 2 LVwVfG.

Exkurs:

Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit richten sich nach §§ 11, 12 LVwVfG.

Ausgeschlossene Personen/Befangenheit

Exkurs:

Nach § 20 Abs. 1 LVwVfG sind vor allem Mitarbeiter der Verwaltungsbehörde ausgeschlossen, wenn sie nach Nr. 1 zugleich Beteiligter sind oder nach Nr. 2 angehöriger eines Beteiligten sind. Die Angehörigkeit definiert sich nach § 20 Abs. 5 LVwVfG.

Beispiel: Ist der Sachbearbeiter S mit der Schwester eines Beteiligten verheiratet (etwa Forstrat Konrad) so ist er automatisch nach § 20 Abs. 1 Nr.2 LVwVfG ausgeschlossen, weil er nach § 20 Abs. 5 Nr.6 LVwVfG angehöriger des Beteiligten ist.

Im Übrigen kann es zu einer Befangenheit nach § 21 LVwVfG kommen. Dann müsste Mistrauen in die unparteiische Arbeit des Mitarbeiters vorliegen und der Vorgesetzte dem Mitarbeiter den Fall entziehen.

Wegen der kritischen Leserriefe des F.K könnte eine Problematik im Sinne des § 21 LVwVfg gegeben sein. Da aber der Mitarbeiter der den Fall bearbeitet nach Sachverhalt nicht bekannt ist, kann dem Letztlich nicht weiter nachgegangen werden.

Beteiligung anderer Behörden.

Nach §3 Abs. 4 DSchG muss das Landesamt für Denkmalpflege angehört werden.

Exkurs:

Ist eine Mitwirkung im Sinne von Anhörung bzw. Benehmen vorgeschrieben so ist die Zuständige Behörde an die Stellungnahme Rechtlich nicht gebunden.

Ist eine Mitwirkung in Form von Einvernehmen bzw. Zustimmung vorgesehen wie etwa in § 3 Abs. 5 DSchG, dann ist eine rechtliche Bindung an die Stellungnahme vorhanden.

Anhörung

Nach § 28 Abs. 1 LVwVfG ist F.K und G.K die Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

* + - * 1. Form

Formwahl

Nach § 37 Abs. 2 LVwVfG kann die Reparaturanordnung hier schriftlich erfolgen.

Exkurs:

Die Wahl der Form im Sinne des § 37 Abs. 2 LVwVfG besteht nicht, wenn die Form vorgeschrieben ist. Wie etwa in § 77 AufenthG

Begründungspflicht

Nach §39 Abs. 1 LVwVfG ist die schriftliche Reparaturanordnung auch schriftlich zu begründen.

Rechtbehelfsbelehrung

Nach § 37 Abs. 6 LVwVfG ist eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen.

Bekanntgabe

Nach §43 Abs. 1 LVwVfG wird ein Verwaltungsakt durch Bekanntgabe wirksam.

Exkurs:

Es gibt folgende wichtige Bekanntgabearten:

* Nach § 130 BGB analog verfolgt die Bekanntgabe bei überbringen durch die Behörde an dem Tag an dem das Schriftstück in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und er nach den üblichen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.
* Nach § 41 Abs. 2 LVwVfG geschieht die Bekanntgabe durch einfachen Postbrief am dritten Tage nach dem Tag der Aufgabe zur Post. (3-Tage- Fiktion).
* Nach § 41 Abs. 4 LVwVfG erfolgt die Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung durch ortsübliche Bekanntmachung (Amtsblatt, Zeitung, Internet) nach 2 Wochen.
* Gemäß § 3 LVwZG erfolgt die Bekanntgabe in Form der Zustellung durch Postzustellungsurkunde (PZU) mit dem Datum dieser Urkunde.
* Gemäß §4 LVwZG bedeutet hier Bekanntgabe mittels Zustellung bei einem Einschreiben mit Rückschein an dessen Datum, bei Einschreiben ohne Rückschein gilt die 3-Tage-Fiktion
* Nach § 5 LVwZG erfolgt die Bekanntgabe durch Zustellung mittels Empfangsbekenntnis, das heißt die Behörde überbringt den Bescheid und lässt sich das quittieren, mit entsprechendem Datum.

Dem F.K sollte der Bescheid mittels PZU nach § 3 LVwZG zugestellt und damit bekanntgegeben werden.

* + - 1. Anordnung der sofortigen Vollziehung

Da der F.K voraussichtlich Wiederspruch einlegen wird und dieser nach § 80 Abs. 1 VWGO aufschiebende Wirkung hat ist zu überlegen, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemacht werden kann.

* + - * 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage dient § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4. VwGO

* + - * 1. Materielle Voraussetzungen

Die sofortige Vollziehung der Reparaturanordnung kann angeordnet werden, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der baldigen Realisierung der Reparaturanordnung und dieses das Interesse des Pflichtigen an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs übersteigt.

Das besondere öffentliche Interesse besteht hier darin, dass ohne die Reparatur des Daches, Regenwasser eindringt, es zu Schimmelbildung komme wird und eine Substanzverletzung des Fachwerkhauses zu befürchten ist. Dieses Interesse ist gewichtiger als das Interesse des F.K nicht schon jetzt die Reparatur durchführen zu müssen und nicht schon jetzt die Kosten tragen zu müssen.

Einerseits sind die Kosten noch relativ gering, zu einem späteren Zeitpunkt werden sie höher sein und schließlich werden nicht unabänderbare Fakten geschaffen.

* + - * 1. Formelle Voraussetzung

Zuständigkeit

Nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGOist Zuständig, die Behörde die auch die Reparaturanordnung erlässt also das LRA.

Verfahren

Eine Anhörung nach § 28 LVwVfg ist nicht angezeigt, da die Anordnung einer sofortigen Vollziehung kein Verwaltungsakt ist, sondern eine rein prozessualer Akt ist.

Form

Nach § 80 Abs. 3 VwGO ist die Anordnung sofortige Vollziehung und die Begründung schriftlich zu erfolgen.

Es sollte auf den Rechtsbehelf nach § 80 Abs. 5 VwGO hingewiesen werden. Bekanntgabe erfolgt wie bei der Reparaturanordnung (PZU)

* + 1. Bescheid

Exkurs:

Die Anfertigung eines Bescheids richtet sich nach folgenden fünf Regeln:

* Einleitung

Die Einleitung beginnt mit dem Briefkopf und Angaben zum Sachbearbeiter mit Telefon und E-Mail-Adresse. Zu ihr gehört Name und Anschrift des Pflichtigen, außerdem braucht es einen Betreff, eine schlagwortartige Andeutung des Bescheids. Dann folgt die Anrede und der Überleitungssatz zum Tenor.

* Tenor

Der Tenor, auch Entscheidungsformel genannt, spricht aus, welche Maßnahmen für den Pflichtigen rechtlich gelten sollen. Er muss nach § 37 I LVwVfG bestimmt genug sein. Er darf keine Paragrafen und keine Begründungselemente enthalten.

* Begründung

Nach § 39 I LVwVfG enthält die Begründung die **wesentlichen tatsächlichen** und **rechtlichen** Gründe, einschließlich der Ermessenserwägungen.

Die tatsächlichen Gründe stellen den Sachverhalt dar. Er besteht aus den Tatsachen, die zur Subsumtion gebraucht werden.

Die rechtlichen Gründe stützen den jeweiligen Tenor. Ist er mehrteilig, so sind dies auch die Gründe.

Der Inhalt der Gründe deckt sich mit der RGL und den materiellen Anforderungen wie es im Gutachten vorgefunden wird. Allerdings wird jeweils vom Ergebnis her und im Bescheidstil kausal argumentiert und nicht wie im Gutachtenstil konditional. Gutes Deutsch ist selbstverständlich.

* Rechtsbehelfsbelehrung

Nach § 37 VI LVwVfG ist für den VA eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen. Es muss der Rechtsbehelf namentlich genannt werden, zu dem die Behörde, bei der einzulegen ist (§ 70 VwGO), deren Sitz (also den Ort) und die einzuhaltende Frist (§ 70 VwGO). Zusätze aus

§ 70 VwGO dürfen sein, sollten aber vermieden werden. Eine fehlende oder falsche Rechtsbehelfsbelehrung führt nach § 58 II VwGO zur Jahresfrist.

Zusätzlich ist ggf. über den Rechtsbehelf nach § 80 V VwGO zu belehren.

-Unterschrift mit Grußformel