

# ÜBUNG IM ÖFFENTLICHEN RECHT FÜR FORTGESCHRITTENE

BEI PROF. DR. MARKUS HEINTZEN

## Lösungsskizze zur 2. Klausur

### Ausgangsfrage:

#### A. Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I VwGO

Der Rechtsweg eines Eilverfahrens richtet sich nach dem Rechtsweg in der Hauptsache. Die Eheleute E erstreben ein Einschreiten des Bezirksamtes Friedrichshain-Kreuzberg (im Folgenden: Bezirksamt F) zur Gefahrenabwehr. Somit wäre in der Hauptsache der Verwaltungsrechtsweg nach der Zuordnungstheorie eröffnet. Daher ist auch für den hier angestrebten einstweiligen Rechtsschutz der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

##### II. Beteiligte

Beteiligte des Rechtsstreits sind die E als Kläger, das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt F, als Beklagter sowie die X-AG als notwendig Beigeladene (§ 65 II VwGO). Die Beteiligtenfähigkeit ergibt sich für Kläger, Beklagten und Beigeladene aus § 61 Nr. 1 VwGO.

##### III. Statthafte Verfahrensart

Auch im einstweiligen Rechtsschutz ist das Klägerbegehren für die Verfahrensart entscheidend, s. § 88 VwGO. Die einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO kommt als verwaltungsgerichtliches Eilverfahren im Regelfall in Betracht, es sein denn, dass vorläufiger Rechtsschutz durch die Suspendierung eines Verwaltungsaktes nach § 80 V VwGO oder dessen sofortige Vollziehung nach § 80a VwGO erreicht werden kann. § 123 V VwGO ordnet insoweit die Subsidiarität der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO an.

Die Eheleute E möchten eine einstweilige Verpflichtung des Bezirksamtes auf den Erlass einer Einweisungsverfügung und nicht die Suspendierung eines Verwaltungsaktes oder seine sofortige Vollziehung erreichen. Somit sind die Verfahren nach § 80 und 80a VwGO nicht einschlägig, und die Subsidiaritätsklausel des § 123 V steht einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO nicht im Wege. Der Antrag auf

Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO ist daher die statthafte Verfahrensart.

#### **IV. Antragsbefugnis nach § 42 II VwGO analog**

Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen sind für die einstweilige Anordnung gesetzlich nicht vorgesehen. Es gilt jedoch auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren der allgemeine Rechtsgedanke der Unzulässigkeit der Popularklage, so dass § 42 II VwGO analoge Anwendung findet.

Die Antragsbefugnis der E kann nur dann bejaht werden, wenn die Rechtsgrundlage des von den E erstrebten ordnungsbehördlichen Einschreitens nicht nur Allgemeininteressen, sondern zumindest auch Interessen der antragstellenden E schützt. Da es den E um ein Einschreiten zum Zwecke der Gefahrenabwehr geht, kommen als Rechtsgrundlage die der Sicherstellung gemäß § 38 Nr. 1 ASOG und die polizeiliche Generalklausel in § 17 I ASOG in Betracht. Welche der beiden Normen einschlägig ist, kann an dieser Stelle dahinstehen, wenn beide Normen Drittschutz vermitteln.

*(Es sollte nicht allzu negativ in's Gewicht fallen, wenn Bearbeiter den § 38 ASOG gar nicht erörtern, da er im Ergebnis nicht einschlägig ist. Gute Bearbeiter können hier aber Pluspunkte sammeln.)*

Zu untersuchen sind damit die Rechtsbegriffe der „gegenwärtigen Gefahr“ des § 38 Nr. 1 ASOG und der „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ in § 17 I ASOG auf den durch sie vermittelten Drittschutz.

Der in § 38 Nr. 1 ASOG verwandte Gefahrenbegriff entspricht dem der Generalklausel in § 17 I ASOG bis auf das Zeitelement der Gegenwartigkeit, auf das es hier aber nicht ankommt. Da der § 38 ASOG keine Schutzgüterbeschränkung vorsieht, gelten die Schutzgüter der Generalermächtigung. Eine Sicherstellung gemäß § 38 Nr. 1 ASOG kann demnach zur Abwehr einer „gegenwärtigen Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erfolgen. Entscheidend ist folglich – sowohl bei § 38 Nr. 1 als auch bei § 17 I ASOG - der durch den Begriff der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ vermittelte Drittschutz.

1. Die Bekämpfung der Obdachlosigkeit wurde nach früher hM als Erhalt der „öffentlichen Ordnung“, die als Gesamtheit aller ungeschriebenen Ordnungsvorstellungen, deren Einhaltung nach den jeweils geltenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes menschliches Zusammenleben gilt, bewertet. Der Rechtsbegriff der „öffentlichen Ordnung“ umfasst jedoch nur Allgemeininteressen. Nach dieser Betrachtungsweise

wäre die von den E angestrebte einstweilige Anordnung mangels Antragsbefugnis unzulässig.

2. Nach heute hM dient die Bekämpfung der Obdachlosigkeit auch dem Schutz von Individualgütern, nämlich Leben, Gesundheit und der körperlichen Integrität der von Obdachlosigkeit bedrohten Personen. Das von den E erstrebte ordnungsbehördliche Handeln dient damit auch dem Schutz von Individualinteressen. Diese sind vom Begriff der öffentlichen Sicherheit neben dem Bestand des Staates und seinen Einrichtungen und der Gesamtheit des geschriebenen Rechts umfasst. Somit vermittelt dieser Rechtsbegriff Drittschutz. Im Falle einer drohenden Obdachlosigkeit ist die Verletzung von Individualrechtsgütern bei den E nicht auszuschließen. Die E könnten somit ihre Antragsbefugnis sowohl aus § 38 Nr. 1 ASOG als auch aus § 17 I ASOG ableiten.

*Die Bearbeiter können die Antragsbefugnis (unproblematischer) auch aus Grundrechten ableiten, schneiden sich damit aber Argumentationsmöglichkeiten ab.*

Es ist nicht auszuschließen, dass die E durch ein Unterlassen der Behörde in ihren Grundrechten auf Leben und körperliche Integrität aus Art. 2 II GG verletzt werden und die Behörde diesbezüglich eine Schutzpflicht trifft. Die E sind daher antragsbefugt nach § 42 II VwGO analog.

## **V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren der E ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen, wenn das geltend gemachte Begehren über die Hauptsache hinausgeht oder diese vorwegnimmt. Die E wollen im Weg der einstweiligen Anordnung eine Einweisungsverfügung erstreiten, die in gleicher Gestalt auch Gegenstand des Hauptsacheverfahrens wäre; somit liegt eine Vorwegnahme der Hauptsache vor.

Allerdings lässt dies das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller im Interesse der Vermeidung einer Rechtsschutzlücke nach Art. 19 IV GG dann nicht entfallen, wenn das Abwarten auf ein Hauptsacheverfahren den Rechtsschutz vereiteln würde und daher nicht zumutbar wäre. Den E geht es darum, ohne eine zwischenzeitliche Obdachlosigkeit weiterhin in der Wohnung bleiben zu können. Insbesondere angesichts der nahenden Niederkunft der Frau E und der ohnehin schon großen Kinderanzahl würde ein Abwarten auf das Hauptsacheverfahren irreparable Schäden herbeiführen. Somit ist trotz Vorwegnahme der Hauptsache den E das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nicht abzusprechen.

**Zwischenergebnis:** Der Antrag der E auf einstweilige Anordnung nach § 123 I 2 VwGO ist zulässig.

## **B. Begründetheit**

§ 123 I VwGO regelt die Sicherungsanordnung (Satz 1) und die Regelungsanordnung (Satz 2). Eine Sicherungsanordnung kommt in Betracht, wenn die Gefahr besteht, dass durch ein drohendes Verwaltungshandeln Rechte der Antragsteller beeinträchtigt werden. Die **Sicherungsanordnung** ist damit die passende Verfahrensform, wenn es um die einstweilige Sicherung von Unterlassungsansprüchen geht. Erstrebt dagegen der Antragsteller die Verpflichtung der Behörde zur einstweiligen Vornahme einer Leistung, ist eine Regelungsanordnung einschlägig. Vorliegend wollen die E die Behörde zu einer Einweisungsverfügung verpflichten; daher ist die **Regelungsanordnung** nach § 123 I 2 VwGO die adäquate Verfahrensform.

Voraussetzung dafür, dass das Verwaltungsgericht das Bezirksamt F im Wege der einstweiligen Anordnung zum Erlass einer auf vier Monate befristeten Einweisungsverfügung verpflichtet wird, ist das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes nach § 123 I 2 VwGO.

Grundsätzlich setzt der Anordnungsanspruch nach § 123 I 2 VwGO ein „streitiges Rechtsverhältnis“ voraus, aus dem der Antragsteller seine Rechte herleitet. Ein Anordnungsgrund liegt demgegenüber vor, wenn eine vorläufige Regelung zur Abwendung „wesentlicher Nachteile“ oder aus sonstigen Gründen „nötig“ erscheint.

### **I. Anordnungsanspruch**

Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass das Bezirksamt auf Erlass der Einweisungsverfügung verpflichtet wird, wenn die E einen derartigen Anspruch plausibel machen können. Zunächst muss die (Rechts- und) Anspruchsgrundlage für die erstrebte Einweisungsverfügung ermittelt werden.

1. Für eine Einweisung in die Wohnung der X-AG kommt als Rechtsgrundlage zunächst die der Sicherstellung in § 38 Nr. 1 ASOG in Betracht. Eine Sicherstellung setzt jedoch voraus, dass die sicherzustellende Sache zunächst in staatliche Obhut genommen wird – um sie anschließend den E zur Verfügung zu stellen. Vorliegend wohnen die E jedoch noch in der fraglichen Wohnung; es kommt ihnen also auf die Perpetuierung ihres Besitzes an, nicht auf eine Sicherstellung durch die Behörde. Eine derartige Sicherstellung wäre die passende Maßnahme, wenn die Antragsteller schon

obdachlos wären und z.B. im Freien übernachteten. Somit kann § 38 Nr. 1 ASOG nicht Rechtsgrundlage für die von den E erstrebte Verfügung sein.

2. Da keine andere passende Standardmaßnahme des ASOG ersichtlich ist, kommt nur die Generalermächtigung in § 17 I ASOG in Betracht.

3. Die Voraussetzungen für ein ordnungsbehördliches Einschreiten nach § 17 I ASOG müssen in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

a) In **formeller** Hinsicht ist entscheidend, ob das Bezirksamt F zum Erlass der erstrebten Verfügung sachlich und örtlich zuständig ist. Grundsätzlich sind nach § 2 I ASOG die Ordnungsbehörden - also die Senatsverwaltungen und ihnen nachgeordnet die Bezirksamter, s. § 2 II und III ASOG - sachlich für die Gefahrenabwehr zuständig. Für Ordnungsaufgaben bei Obdachlosigkeit sind die Bezirksamter nach Nr. 19 I ZustKat Ord zuständig. Örtlich ist nach § 1 I VwVfG Bln i.V.m. § 3 I Nr. 3 VwVfG das Bezirksamt zuständig, in deren Bezirk die E ihren gewöhnlich Aufenthalt haben. Mithin ist das Bezirksamt F sachlich und örtlich zuständig.

b) In **materieller** Hinsicht kommt es zunächst darauf an, ob ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gefährdet ist.

aa) Der Begriff der „**öffentlichen Sicherheit**“ in § 17 I ASOG umfasst dreierlei Schutzgüter: die Individualrechtsgüter des Einzelnen, den Bestand des Staates und seiner Einrichtungen und die Gesamtheit des geschriebenen Rechts. Bei einer Obdachlosigkeit der Familie E sind Individualrechtsgüter der Einzelnen, nämlich der E, betroffen.

Die Gefährdung von Individualrechtsgütern betrifft die Öffentlichkeit allerdings nicht, wenn es sich lediglich um eine **Selbstgefährdung** des Störers geht; in diesem Fall könnte keine Gefahr der „öffentlichen Sicherheit“ i.S.d. § 17 ASOG vorliegen.

Das Problem der Selbstgefährdung kann allerdings nicht ohne einen Blick auf die Verantwortlichkeit (s. §§ 13, 14, 16 ASOG) für die gefährdeten Rechtsgüter beantwortet werden. Für den Störer könnte man zunächst den Vermieter halten, der durch seine Räumungsklage die säumigen Mieter aus der Wohnung drängt. Trotz dieses Ursächlichkeitszusammenhangs scheidet der Vermieter in solchen Fällen als Störer aus, da er lediglich von ihm zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch macht.

Somit kommen die E selbst als Handlungsstörer nach § 13 I ASOG in Betracht, da sie ihre Obdachlosigkeit durch die ausbleibenden Mietzahlungen selbst verursacht haben.

Ihre Selbstgefährdung wäre demnach kein Fall der „öffentlichen Sicherheit“. Gegen dieses Verständnis spricht jedoch die Entwicklung der grundrechtlichen Schutzpflichten der öffentlichen Gewalt: Demnach fungieren Grundrechte nicht nur als Freiheitsrechte gegenüber dem Staat, sondern verpflichten diesen auch zu einem gewissen Schutz der gewährten Grundrechte. Die Verhütung von Gefahren für Leben und Körper ist eine **grundrechtliche Schutzpflicht** der Verwaltung, die unabhängig davon besteht, ob sich der Betroffenen selbst in die hilfebedürftige Lage gebracht hat. Dies gilt in Fällen des drohenden Selbstmordes ebenso wie in denen der Obdachlosigkeit. Grundrechtsbedingt muss daher die Auslegung der „öffentlichen Sicherheit“ innerhalb der ordnungsbehördlichen Eingriffsermächtigung in dem Sinne erfolgen, dass von einer Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit ausgegangen werden muss, auch wenn es sich u.U. „nur“ um eine Selbstgefährdung handelt.

bb) Des Weiteren müssten die Individualrechtsgüter der E auch **gefährdet** sein. Unter „Gefahr“ i.S.d. § 17 ASOG ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer nicht unerheblichen Rechtsgutverletzung in überschaubarer Zukunft zu verstehen. Bei der drohenden Obdachlosigkeit einer Familie mit einer hochschwangeren Frau und fünf Kindern ist die Verletzung ihrer Individualrechtsgüter in naher Zukunft sehr wahrscheinlich. Mithin ist von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit auszugehen.

3. Schließlich müsste die Inanspruchnahme der X-AG unter den Voraussetzungen der **Notstandspflicht nach § 16 ASOG** zulässig sein. Die Notstandsanspruchnahme unbeteiligter Dritter ist erst als letzte Stufe des Entscheidungsprogramms zur Gefahrenabwehr zulässig; § 16 I ASOG zählt dementsprechend die Voraussetzungen, die zusätzlich zum Gefahrentatbestand vorliegen müssen, kumulativ auf.

a) Zunächst müsste nach § 16 I Nr. 1 ASOG eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abgewehrt werden müssen. Bei der Familie E steht die Obdachlosigkeit bzw. der Umzug in den Wohncontainer unmittelbar bevor. Diesbezüglich bescheinigt ein ärztliches Gutachten ein erhöhtes gesundheitliches Risiko für Mutter und Kind bei einem Umzug. Somit steht auch die Schädigung von Leben und Gesundheit unmittelbar bevor. Eine besondere Gefahrnähe ist im konkreten Fall zu bejahen.

b) Des Weiteren müssten Maßnahmen gegen die nach §§ 13 und 14 ASOG Verantwortlichen oder solche durch die Behörde nicht möglich oder nicht erfolgsversprechend sein, sog. „doppelte Subsidiarität“, s. § 16 I Nr. 2 und 3 ASOG. In erster Linie ist der Störer zur Gefahrenabwehr verpflichtet. Handlungsstörer nach § 13 I ASOG sind die E selbst. Die Heranziehung der E ist jedoch aussichtslos, da sie zugleich die Gefährdeten sind und gerade Hilfe durch die Verwaltung erstreben.

Ist die Heranziehung des Störers nicht möglich oder nicht zumutbar, ist auf zweiter Stufe die Eigenhandlung des Staates, also die Gefahrbeseitigung durch den Staat, vorgesehen. Vorliegend hat das Land Berlin des E einen Obdachlosencontainer angeboten, den diese jedoch abgelehnt haben. Mit diesem Angebot allein kann die Mitwirkungspflicht der Behörde auf Grund der Subsidiarität der Notstandsinsanspruchnahme aber noch nicht erschöpft sein (str). Im vorliegenden Fall ist jedoch die Situation auf dem Wohnungsmarkt so angespannt, dass das Land Berlin sich auch zu einer anderweitigen Wohnungsbeschaffung nicht in der Lage sieht. Damit bleibt schließlich die Inanspruchnahme Unbeteiligter, hier der X-AG, die über das erforderliche „Gegenmittel“ verfügen, da weder Störer noch Staat zur Gefahrenabwehr in der Lage sind.

c) Die Notstandsinsanspruchnahme ist allerdings nach § 16 I Nr. 4 ASOG unzulässig, wenn die X-AG dadurch eine erhebliche eigene Gefährdung hinnehmen müsste oder an der Erfüllung vorrangiger Pflichten gehindert würde. Eine derartige sog. „Pflichtenkollision“ ist bei der X-AG nicht ersichtlich. Auch der zivilgerichtliche Räumungstitel der X-AG hindert ihre Inanspruchnahme als Notstandspflichtige nicht, da die Notstandshaftung die eigentumsrechtlichen Abwehransprüche der Betroffenen überwindet.

4. Grundsätzlich geht der Schutzanspruch entsprechend der ordnungsbehördlichen Eingriffsermächtigung in § 17 I ASOG nur auf eine Verpflichtung der Behörde zu einer **ermessenfehlerfreien Entscheidung**. Im vorliegenden Fall könnte das Ermessen des Bezirksamtes jedoch auf eine befristete Einweisung in die schon von den E bewohnte Wohnung reduziert sein. Werden Personen unfreiwillig obdachlos, so ist anerkannt, dass sich das Entschließungsermessen der Behörde dahingehend reduziert, dass sie eine Unterkunft zur Verfügung stellen muss (OVG Lüneburg, NVwZ 1992, 502 f).

Dies steht hier allerdings nicht in Frage, entscheidend sind vielmehr die Grenzen des Auswahlermessens und damit die Frage, welche Räume Obdachlosen zugewiesen werden können.

Anerkanntermaßen (z.B. nach ständiger Rechtsprechung des OVG Münster, s. NVwZ 1993, 202 f) ist die zuständige Behörde nicht verpflichtet, eine Unterkunft zur Verfügung zu stellen, die einer wohnungsmäßigen Versorgung entspricht. Es reicht demnach aus, eine Unterkunft bereit zu halten, die vorübergehend Schutz vor Wettereinflüssen bietet und Raum für die notwendigen Lebensbedürfnisse lässt. Demnach könnte das Ermessen des Bezirksamtes F nicht in der Weise reduziert sein, dass als einzige Maßnahme die der Einweisung in die Wohnung des X-AG in Betracht kommt.

Allerdings sind die besonderen Umstände bei der Familie E zu berücksichtigen. Der Fortschritt der Schwangerschaft und die Anzahl der Kinder lässt jegliche Veränderung der Wohnverhältnisse als schwerlich zumutbar erscheinen. Außerdem ist der gemeinnützigen X-AG ohnehin die Verwertung ihres Grundbesitzes nicht wie einem Privatmann zur Gewinnerzielung möglich. Schon deswegen muss ihr Interesse an der Durchsetzung des Räumungstitels geringer bewertet werden. Zumindest für einen befristeten Zeitraum, in dem die Gefahr für Mutter und Kind besonders groß ist, kann somit von einer Ermessensreduzierung ausgegangen werden. In Anlehnung an die Schutzfristen des Mutterschutzes dauert dieser Zeitraum bis acht Wochen nach der Entbindung. Somit ist das Ermessen für einen Zeitraum von vier Monaten auf die Einweisung in die Wohnung der X-AG reduziert. Nach Ablauf dieses Zeitraumes setzt das Ermessen des Bezirksamtes wieder ein (OVG Berlin, NJW 1980, 2484 f). Somit haben die E einen Anspruch auf Einweisung in ihre bisherige Wohnung für die Dauer von vier Monaten.

*(Die Bearbeiter können mit guter Begründung auch auf die Einweisung in eine andere Unterkunft oder auf einen anderen Einweisungszeitraum kommen, zumal die Argumentation mit den Mutterschutzfristen nicht erwartet wird.)*

## **II. Anordnungsgrund**

Ein Anordnungsgrund ist gegeben, da das Einweisungsbegehren der E, insbesondere auf Grund der nahenden Niederkunft der Ehefrau, so eilbedürftig ist, dass eine Verweisung auf das Hauptsacheverfahren nicht in Betracht kommt.

**Ergebnis:** Das Verwaltungsgericht wird das Bezirksamt F im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichten, der X-AG aufzugeben, den E für einen Zeitraum von vier Monaten ihre bisherige Wohnung zu überlassen.

## **Zusatzfrage: Der Entschädigungsanspruch**

Da die Einweisung rechtmäßig ist, scheidet ein Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB sowie die Haftung nach § 59 II ASOG aus.

Vielmehr kommt ein Anspruch aus § 59 I Nr. 1 ASOG in Betracht, da die X-AG nach § 16 ASOG rechtmäßig in Anspruch genommen wird. Ersetzt wird allerdings nur der erlittene Vermögensschaden; ein Anspruch auf den entgangenen Gewinn besteht nur in Ausnahmefällen, s. § 60 I ASOG. Nach § 63 I ASOG ist das Land Berlin als Anstellungskörperschaft auch ausgleichspflichtig. In § 65 Alt. 1 ASOG findet sich die spezialgesetzliche Rechtswegzuweisung: Die X-AG hätte demnach den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten.