

## Ausgehöhlt! (Lösungsvorschlag)

© [Klaus Grupp \(Universität des Saarlandes\)](#) und [Ulrich Stelkens \(Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer\)](#)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich

Stand der Bearbeitung: September 2012

*Hinweis:* In Berlin gibt es tatsächlich viele historische, unterirdische Bauwerke. Die von ihnen ausgehende Gefahr wurde aber für die Klausur stark übertrieben. Soweit bekannt, kam es bisher nicht zu Todesfällen. Für eine seriöse Betrachtung lohnt ein Besuch bei dem Verein [Berliner Unterwelten e.V.](#)

Die Klage *Mikaelsens* hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

*Anmerkung:* Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen dem öffentlichen Recht angehören und die Rechtsstreitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art ist. Die von *Mikaelsen* angegriffene Verfügung des Bezirksamts stützt sich offenkundig auf Normen des **Polizeirechts**, die dem öffentlichen Recht angehören. An der Streitigkeit sind weder Verfassungsorgane noch in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattete Organe oder Teile von ihnen beteiligt, und den Kern der Streitigkeit bilden – ungeachtet der Tatsache, dass der Kläger sich auf sein Selbstbestimmungsrecht beruft – auch nicht verfassungsrechtliche Fragen, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Mikaelsen* wendet sich hier gegen eine als solche bezeichnete und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene „Verfügung“, mit der das Betreten des Kellereingangs untersagt wird. Aus dem Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei, dass das Bezirksamt keine Polizeiverordnung gemäß den §§ 55 ff. ASOG erlassen wollte und hat, sondern eine „Verfügung“. Dem gegen diese „Verfügung“ gerichteten Begehren könnte eine **Anfechtungsklage** gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO gerecht werden. Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage ist, dass es sich bei der angegriffenen „Verfügung“ um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO handelt. Ob ein Verwaltungsakt i.S.d. VwGO vorliegt, richtet sich

grundsätzlich nach der Legaldefinition der § 35 VwVfG, § 31 SGB X, § 118 AO und der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, die als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.<sup>1</sup>

*Anmerkung:* Zur Prüfung der Rechtsnatur einer behördlichen Maßnahme siehe [diesen Hinweis](#).

## 1. Relevanz der äußeren Form für die Rechtsnatur der Maßnahme

Soweit aber eine Maßnahme in die äußere Form eines Verwaltungsakts (Bezeichnung als Bescheid oder Allgemeinverfügung, Anordnung der sofortigen Vollziehung, Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung) gekleidet ist, ist diese Maßnahme auch dann als Verwaltungsakt im prozessualen Sinne anzusehen, wenn die materiellen Voraussetzungen des § 35 VwVfG an sich nicht vorliegen. Insoweit ist der **prozessuale Begriff des Verwaltungsakts weiter als der des Verfahrensrechts**,<sup>2</sup> was letztlich Konsequenz des Gebots effektiven Rechtsschutzes ist. Hieraus folgt, dass im vorliegenden Fall ein Verwaltungsakt im prozessualen Sinn vorliegt, weil sich die Behörde aufgrund der gewählten Form eindeutig der Handlungsform des Verwaltungsaktes bedienen wollte. Die Anfechtungsklage wäre damit statthaft. Allerdings ist die eben dargestellte, für das Vorliegen eines Verwaltungsakts im prozessualen Sinne auch auf den Rechtsschein abstellende Auffassung umstritten. Teilweise wird angenommen, dass der Begriff des Verwaltungsakts i.S.d. VwGO vollständig mit dem des § 35 VwVfG deckungsgleich sei. Fehle es an den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 VwVfG, komme eine „Aufhebung“ nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht in Betracht.<sup>3</sup>

## 2. Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 35 VwVfG

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann hier dahinstehen, wenn die „Verfügung“ einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des wegen § 1 Abs. 1 VwVfG Bln hier anwendbaren § 35 VwVfG darstellt.<sup>4</sup> Insoweit ist hier nur zweifelhaft, ob es sich bei der „Verfügung“ noch um eine Maßnahme zur Regelung eines **Einzelfalles** handelt oder um eine Regelung, die allenfalls in Form einer **Polizeiverordnung** nach § 55 ASOG hätte getroffen werden dürfen: Um dies zu bestimmen, kann nicht allein darauf abgestellt werden, dass die Maßnahme sich an einen bestimmbaren Personenkreis i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG richtet,<sup>5</sup> weil auch Rechtsnormen genau bestimmen müssen, an wen sie sich richten, um dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zu entsprechen. § 35 S. 2 Alt. 1 VwVfG sagt insoweit nur, dass eine Einzelfallregelung auch dann vorliegen kann, wenn sich der angesprochene Personenkreis zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes nur gattungsmäßig bestimmen lässt, ohne zählbar zu sein. Allgemeinverfügungen können sich damit

<sup>1</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 16 f. m.w.N.

<sup>3</sup> So etwa Bickenbach, JA 2015, 481, 486 f.; Kopp/Schenke, § 42 Rn. 4, Anh. § 42 Rn. 36 und § 43 Rn. 26.

<sup>4</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl des VwVfG verzichtet.

<sup>5</sup> So aber VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 225 f.; Haseloff-Grupp, VBIBW 1997, 161, 162, hierzu unten [B. I. 2.](#)

grundsätzlich auch an jedermann richten, sofern entweder ein konkretes Ereignis Anlass und Zweck der Regelung (und sein Fortbestand Bedingung für die Rechtmäßigkeit ihres Aufrechterhaltens) ist oder sich die Regelung auf eine konkrete Sache bezieht.<sup>6</sup>

Vorliegend spricht vieles dafür, dass eine konkrete, örtlich begrenzte Anordnung, d. h. eine Regelung zur **Benutzung der Sache** „unterirdische Bauten“ – das Verbot ihres Betretens durch die Allgemeinheit – i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG getroffen worden ist,<sup>7</sup> doch dürfte es noch vertretbar sein, eine **Bekämpfung der konkreten Gefahren** anzunehmen, die von der Existenz der Gewölbe ausgehen, und die Maßnahme damit als personale Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 1 VwVfG einzustufen. In beiden Fällen handelt es sich bei der Entscheidung des Bezirksamts um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [Keinen-Platz-den-Drogen-Fall](#).

### 3. Ergebnis zu II

Daher ist die Anfechtungsklage die statthafte Klageart.

### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

*Mikaelsen* müsste geltend machen können, durch die Untersagungsverfügung in seinen Rechten verletzt zu sein. Das Betretungsverbot richtet sich an jeden, der das unterirdische Labyrinth betreten will, und stellt damit einen auch den Kläger belastenden Verwaltungsakt dar, so dass zumindest eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG möglich ist, wenn dieser Verwaltungsakt sich als rechtswidrig erweist.

### IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das nach den §§ 68 ff. VwGO notwendige Vorverfahren wurde zwar durchgeführt, aber *Mikaelsen* könnte seinen Widerspruch verfristet eingelegt haben, da er ihn erst zwei Monate nach der Veröffentlichung der „Verfügung“ im Amtsblatt für Berlin eingelegt hat und der Widerspruch nach § 70 VwGO grundsätzlich nur innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zulässig ist.

### 1. Versäumung der Widerspruchsfrist?

Fraglich ist daher zunächst, ob die Widerspruchsfrist des § 70 VwGO eingehalten wurde. Die Frist beginnt nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79, § 31 VwVfG und § 187 BGB an dem Tag, der dem Tag folgt, an dem die Verfügung bekanntgegeben worden ist, zu laufen und endet nach § 70 Abs. 1 VwGO, § 79, § 31 VwVfG und § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des Tages des auf die Bekanntgabe folgenden Monats, der durch seine Zahl dem Tag des Fristbeginns entspricht. Wie ein Verwaltungsakt im Anwendungsbereich des VwVfG bekanntzugeben ist, bestimmt sich nach § 41 VwVfG. Nach § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist die Bekanntgabe grundsätzlich im Wege der Einzelbekanntgabe individuell gegenüber jedem Betroffenen vorzunehmen. Dies ist hier nicht erfolgt, da die Allgemeinverfügung nur in dem Amtsblatt für Berlin und durch die Anschläge am Kellereingang verlautbart

<sup>6</sup> Sehr strittig im Einzelnen, siehe hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 286 ff. m.w.N. und zahlreichen Beispielen.

<sup>7</sup> Vgl. VGH Mannheim NJW 1998, 2235.

wurde, also nicht den einzelnen „Höhlenerkundern“ jeweils gesondert übermittelt wurde. Hierdurch könnte jedoch zulässigerweise die Form der **öffentlichen Bekanntgabe** gewählt worden sein. Die öffentliche Bekanntgabe ist aber nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 41 Abs. 3 VwVfG vorliegen und die Art und Weise der Bekanntgabe § 41 Abs. 4 VwVfG entspricht.

Da es sich bei dem Betretensverbot um eine Allgemeinverfügung handelt, richtet sich die Zulässigkeit ihrer öffentlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 S. 2 VwVfG. Die Bekanntgabe der Allgemeinverfügung an die Beteiligten müsste demnach untunlich sein: Beteiligte sind nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will, also vorliegend diejenigen, die die Höhlen besuchen wollen. Untunlich ist eine Einzelbekanntgabe insbesondere dann, wenn der Behörde die Namen und Adressen bzw. der Aufenthaltsort der einzelnen Betroffenen unbekannt sind, so dass sie eine Einzelbekanntgabe gar nicht bewerkstelligen kann.<sup>8</sup> Diese Voraussetzungen liegen hier vor, so dass die öffentliche Bekanntgabe grundsätzlich zulässig war.

Da die Allgemeinverfügung vorliegend schriftlich erlassen wurde, bestimmt sich die Form der öffentlichen Bekanntgabe nach § 41 Abs. 4 VwVfG: Hier ist anzunehmen, dass die Veröffentlichung von Allgemeinverfügungen des Bezirksamts Mitte im Amtsblatt für Berlin ortsüblich ist. Auch die sonstigen Vorgaben des § 41 Abs. 4 VwVfG wurden eingehalten.

Damit gilt die Allgemeinverfügung nach § 41 Abs. 4 S. 3 und 4 VwVfG mit den auf die Bekanntmachung folgenden Tag als bekanntgegeben, da das Bezirksamt hier von der Möglichkeit des § 41 Abs. 4 S. 4 VwVfG Gebrauch gemacht hat.

Die öffentliche Bekanntgabe bewirkt dementsprechend, dass der Verwaltungsakt für und gegenüber jedermann wirksam wird, unabhängig davon, ob er von ihm Kenntnis genommen hat oder ob ihn die Regelung zur Zeit ihres Inkrafttretens schon etwas angeht.<sup>9</sup>

**Anmerkung:** Siehe zur öffentlichen Bekanntgabe auch den [Keinen-Platz-den-Drogen-Fall](#) und den [Abgeschleppt-und-Abgezockt-Fall](#).

Die Allgemeinverfügung ist damit ordnungsgemäß zwei Monate vor Einlegung des Widerspruchs durch *Mikaelsen* bekanntgegeben worden, so dass der Widerspruch *Mikaelsens* verfristet war. Dem steht nicht entgegen, dass *Mikaelsen* erst zu diesem Zeitpunkt von der Existenz der Verfügung Kenntnis erlangt hat; denn das Risiko, dass ein Betroffener von einem öffentlich bekannt gegebenen Verwaltungsakt erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist erfährt, ist vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen worden. Dies ist Folge des Umstands, dass für die Wirksamkeit einer öffentlichen Bekanntgabe kein Zugang des Verwaltungsaktes beim Betroffenen erforderlich ist.<sup>10</sup>

**Anmerkung:** Die hier beschriebenen Wirkungen der öffentlichen Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung sind im Grundsatz unbestritten.<sup>11</sup> Das BVerwG<sup>12</sup> hat in Bezug

<sup>8</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 153.

<sup>9</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 136 ff.

<sup>10</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 135.

<sup>11</sup> Siehe auch U. Stelkens, NJW 2010, 1184, 1185 f. m. w. N.

auf Verkehrszeichen allerdings entschieden, dass ein Verkehrszeichen - obwohl es öffentlich bekannt gegeben werde - gegenüber dem Betroffenen erst wirksam werde, wenn er sich erstmals dem Schild gegenübersehe. Erst dann beginne auch die Rechtsbehelfsfrist für den Betroffenen zu laufen (die Frist beginne aber nicht erneut zu laufen, wenn sie sich dem Schild erneut gegenübersehe). Alles andere sei mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar (siehe hierzu ausführlich den [Abgeschleppt-und-Abgezockt-Fall](#)). Diese Entscheidung ist schon im Hinblick auf die Wirkungen der öffentlichen Bekanntgabe von Verkehrszeichen kaum noch nachvollziehbar.<sup>13</sup> Jedenfalls handelt es sich um eine "Sonderrechtsprechung" für Verkehrszeichen, die sich nicht auf die Frage übertragen lässt, wann und wem gegenüber andere Allgemeinverfügungen als Verkehrszeichen wirksam werden.

## 2. Beachtlichkeit der Versäumung der Widerspruchsfrist?

Die Versäumung der Widerspruchsfrist könnte im vorliegenden Fall jedoch unbeachtlich sein. Die Widerspruchsbehörde hat den Rechtsbehelf nämlich als unbegründet zurückgewiesen und ihre Entscheidung demnach nicht auf die Fristversäumnis gestützt, sondern eine Entscheidung in der Sache getroffen. Umstritten ist, ob dies zur ordnungsgemäßen Durchführung des Vorverfahrens führt. So wird vertreten, die Widerspruchsbehörde sei generell verpflichtet, den verspäteten Widerspruch als unzulässig zurückzuweisen: Der Widerspruchsbehörde fehle wegen des klaren Wortlauts und Zwecks der Regelungen in § 70 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 60 Abs. 1 bis 4 VwGO die Sachentscheidungsbefugnis über verspätete Widersprüche. Die formelle Bestandskraft von Verwaltungsakten unterliege nicht der Dispositionsbefugnis der Behörde, zumal zugleich auch der Rechtsweg neu eröffnet würde. Einzige Ausnahme sei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 70 Abs. 2, 60 VwGO.<sup>14</sup>

Nach Auffassung des BVerwG soll es dagegen bei einseitig belastenden Verwaltungsakten im Ermessen der Behörde stehen, durch eine Sachentscheidung den Rechtsweg neu zu eröffnen.<sup>15</sup> Die Behörde sei „Herrin des Verfahrens“. Die Fristvorschrift schütze nicht den Widerspruchsführer, sondern die Ausgangs- und Widerspruchsbehörde, und auf diesen Schutz kann - wie grundsätzlich auf alle verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften - verzichtet werden.<sup>16</sup> Bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, bei denen mit Ablauf der Frist eine gefestigte Rechtsposition eines Dritten entstanden ist, erkennt jedoch auch diese Ansicht die Pflicht der Behörde an, den Widerspruch als unzulässig zurückzuweisen, denn dem Dritten darf seine gesicherte Rechtsposition nicht mehr entzogen werden.<sup>17</sup>

Hier soll der Ansicht der Rechtsprechung gefolgt werden, da bei rein einseitig belastenden Verwaltungsakten tatsächlich kein Bedürfnis besteht, die Widerspruchs- und Ausgangsbehörde vor sich selbst zu schützen, zumal da es im Einzelfall auch sachgerecht sein könne, über verfristete Widersprüche zu entscheiden und auf diese Weise endgültige gerichtliche Klärung herbeizuführen.

<sup>12</sup> BVerwG, 3 C 37/09 v. 23. 9. 2010, Abs. 14 ff. = BVerwGE 138, 21 ff.

<sup>13</sup> Näher zu den Gründen auch *Ehlers* JZ 2011, 155 ff.; die Entscheidung des BVerwG dagegen billigend: *Maurer*, in: Festschrift Schenke, 2011, S. 1013, 1020 f.; *Muckel*, JA 2011, 477 ff.

<sup>14</sup> So etwa *Kopp/Schenke*, VwGO, § 70 Rn. 9 m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. BVerwGE 15, 306, 310 f.; BVerwGE 21, 142, 145; BVerwGE 28, 305, 308; BVerwGE 57, 342, 344.

<sup>16</sup> So etwa *Jäde*, Rn. 142 ff.; *Hufen*, § 6 Rn. 32.

<sup>17</sup> BVerwG NVwZ 1983, 285.

### 3. Ergebnis zu IV.

Folglich ist das Vorverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden.

### V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Richtiger Klagegegner für die Anfechtungsklage ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin.

Anmerkung: Zur Bedeutung des § 78 VwGO siehe [diesen Hinweis](#).

### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

*Mikaelsen* ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten und prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

Anmerkung: Zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO siehe [diesen Hinweis](#).

### VII. Ergebnis zu A.

Da das Fehlen sonstiger Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht erkennbar ist, die Klage insbesondere auch form- (§§ 81 f. VwGO) und fristgerecht (§ 74 VwGO) erhoben wurde, ist sie insgesamt zulässig.

### B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, wenn das Verbot des Betretens der Gewölbe rechtswidrig ist und *Mikaelsen* in seinen Rechten verletzt. Da *Mikaelsen* sich gegen einen an ihn gerichteten, ihn belastenden Verwaltungsakt wendet, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte bereits aus Art. 2 Abs. 1 GG, falls der Verwaltungsakt formell oder materiell rechtswidrig sein sollte.

Anmerkung: Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#), zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung [diesen Hinweis](#).

### I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung könnte zunächst § 29 Abs. 1 ASOG – als eine gegenüber der polizeilichen Generalklausel des § 17 Abs. 1 ASOG spezielle Vorschrift – in Betracht kommen. Allerdings lässt der Tatbestand dieser Standardmaßnahme deutlich erkennen, dass hiernach nur ein **vorübergehendes, d. h. zeitlich jedenfalls begrenztes Verbot** zum Betreten eines Ortes ausgesprochen werden kann. Die von der Ortspolizeibehörde getroffene Maßnahme soll jedoch **dauernd** gelten, so dass eine Platzverweisung ausscheidet. Auch auf § 29 Abs. 2 ASOG (Aufenthaltsverbot) kann die Maßnahme nicht gestützt werden, da deren Voraussetzungen ersichtlich nicht vorliegen.

Mangels sonstiger Spezialbestimmungen kann das Betretungsverbot daher allein auf die **Generalermächtigung** des § 17 Abs. 1 ASOG gestützt werden. Insoweit wird man auch nicht annehmen können, dass die Anordnung von Betretensverboten auf Grundlage des § 17 Abs. 1 ASOG durch § 29 Abs. 2 ASOG vollständig ausgeschlossen wird: § 29 Abs. 2 ASOG soll ersichtlich nur den Fall erfassen, in der eine Gefahr von der Person ausgeht, der gegenüber das Aufenthaltsverbot

ausgesprochen wird, und schließt insoweit einen Rückgriff auf § 17 Abs. 1 ASOG spezialgesetzlich aus, wenn die (engeren) Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 ASOG nicht vorliegen. Hier geht es jedoch um die umgekehrte Situation, in der von einer bestimmten Örtlichkeit eine Gefahr für die Personen ausgeht, die sie betreten.

*Anmerkung:* Zum Verhältnis zwischen Standardermächtigungen und Generalklausel ausführlich *Möstl*, Jura 2011, 840, 842 ff.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit

Das Bezirksamt Mitte war vorliegend für die auf § 17 ASOG gestützte Maßnahme als Ordnungsbehörde nach § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 37 Abs. 2 ZustKat ASOG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Der Umstand, dass in der BVV über die Maßnahme diskutiert wurde, ändert an der Zuständigkeit nichts und ist auch im Übrigen unschädlich.

### 2. Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG)

Weiter müsste die Allgemeinverfügung gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Insbesondere muss dem Verwaltungsakt unzweifelhaft zu entnehmen sein, an wen er sich richtet bzw. wer hiervon materiell betroffen sein soll, weil er nur so seine Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion erfüllen und als Titel dienen kann. Bei der Allgemeinverfügung reicht es insoweit aus, wenn der Adressatenkreis nach allgemeinen Merkmalen bestimmt werden kann.<sup>18</sup> Diesem Erfordernis ist vorliegend genügt, weil von der Regelungswirkung der Allgemeinverfügung **alle Personen** erfasst werden, die den Kellereingang betreten wollen.

### 3. Verfahren

Einer Anhörung der Beteiligten (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG) bedurfte es vorliegend gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nicht; ebenso wenig war eine Begründung der Allgemeinverfügung selbst notwendig (§ 39 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG). Die Allgemeinverfügung ist auch ordnungsgemäß i.S.d. § 41 VwVfG bekanntgegeben worden (s.o. A. IV.)

### 4. Ergebnis zu II.

Die Allgemeinverfügung ist formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Allgemeinverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 1 ASOG vorliegen und die Ortspolizeibehörde auch die Grenzen polizeilichen Handelns nach § 11 und § 12 ASOG beachtet hat.

### 1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Gefahrenabwehrverfügung

Tatbestandsvoraussetzung für eine auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützte Verfügung ist zunächst das Vorliegen einer **Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung**.

<sup>18</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 271, § 37 Rn. 13.

Unter den Begriff „öffentliche Sicherheit“ fallen sowohl der Schutz individueller Rechtsgüter (nämlich Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen des Einzelnen) als auch der des Staates und seiner Einrichtungen sowie der gesamten Rechtsordnung.<sup>19</sup> Die „öffentliche Ordnung“ wird definiert als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Lebens betrachtet wird.<sup>20</sup> Eine Gefahr liegt dann vor, wenn ein Verhalten bei ungehindertem Verlauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Sicherheit ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung schädigen wird.<sup>21</sup>

### a) Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Das von dem Bezirksamt Mitte ausgesprochene Betretungsverbot dient der Verhinderung von Unglücksfällen, die zum Verlust des Lebens bzw. der Beeinträchtigung der Gesundheit von Personen führen, die sich in den Höhlen aufhalten. Bei dem Betreten der Höhlen, die nach dem Sachverhalt kaum erforscht sind und daher auch nicht gesichert sein dürften, sind diese Rechtsgüter **konkret gefährdet**, d. h. es besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bei ungehindertem Geschehensablauf in jedem einzelnen Fall ein derartiger Schaden für diese Rechtsgüter eintreten kann, so dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bejaht werden kann. Der Annahme einer Gefahr in diesem Sinne steht auch nicht der Aspekt der **Selbstgefährdung** entgegen.

Zwar wird eine Befugnis des Staates, den Einzelnen an ausschließlich ihn selbst gefährdenden Unternehmungen zu hindern, weithin abgelehnt,<sup>22</sup> aber das auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG als Ausfluss der Menschenwürde und der Handlungsfreiheit beruhende Recht des Bürgers, selbst darüber zu entscheiden, welchen Gefahren er sich aussetzen will, ist nicht schrankenlos gewährleistet. Es findet seine Grenze in dem sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Auftrag des Staates, Leben und körperliche Unversehrtheit der Menschen zu schützen.<sup>23</sup> Dies belegt nicht zuletzt die Regelung des § 30 Abs. 1 Nr. 1 ASOG, wonach die Polizei eine Person auch zum Schutz vor Gefahren für Leib oder Leben, insbesondere bei beabsichtigter Selbsttötung, sogar in Gewahrsam nehmen darf.

Im Übrigen handelt es sich bei der Erkundung der Berliner Unterwelten unter der Wilhelmstraße durch Amateurforscher nicht lediglich um Fälle der Selbstgefährdung.<sup>24</sup> Wie *Mikaelsen* selbst vorträgt, suchen auch Amateur-Höhlenforscher die Höhlen niemals allein, sondern stets zu mehreren auf. Daher führt der Absturz eines „Forschers“ regelmäßig auch zu einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit seines Begleiters, sei es, dass er diesen mit in eine durchbrechende Bodenplatte reißt, sei es, dass dieser dem Abgestürzten Hilfe leisten will (wozu er schon im Hinblick auf § 323 c StGB oder wegen einer Garantenstellung [und der daraus folgenden Strafdrohung nach § 212 StGB] verpflichtet sein kann). Die Gefährdung des eigenen Lebens oder der eigenen Gesundheit stellt damit zugleich eine Gefährdung Dritter dar, die sich überdies daraus ergeben kann, dass

<sup>19</sup> Siehe Götz, § 4 Rn. 1 ff.

<sup>20</sup> siehe BVerwG, 6 C 1.13 v. 26.2.2014, Abs. 15 = NVwZ 2014, 883, Abs. 15; Götz, § 5 Rn. 1.

<sup>21</sup> Siehe Götz, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>22</sup> So wohl auch *Burgil/Wienbracke*, NWVBl. 2002, 286.

<sup>23</sup> Vgl. BVerwGE 84, 45, 48 f.; VGH Mannheim NJW 1998, 2235, 2236 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch VGH Mannheim NJW 1998, 2235, 2236.

durch einen Unglücksfall in den unterirdischen Bauten Unbeteiligte – einschließlich Bediensteter der Polizei, Feuerwehr etc. – zu gefährlichen Rettungsaktion veranlasst werden. Das konkrete Bestehen dieser Gefährdung Dritter wird durch den Umstand belegt, dass im vergangenen Jahr vier Personen bei dem Versuch, Abgestürzte zu bergen, umgekommen sind, selbst wenn bisher Unbeteiligte nicht verunglückt sind. Schließlich kommt dem Aspekt der Selbstgefährdung ohnehin insoweit keine Bedeutung zu, als die ungehinderte Möglichkeit zum Betreten der Höhlen auch von Personen genutzt werden kann, die keine Erfahrung in der Erkundung von Höhlen haben und sich deshalb der Gefahren für Leib und Leben nicht bewusst sind. Insgesamt lag damit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor und waren folglich insoweit die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Bezirksamts gemäß § 17 Abs. 1 ASOG durch Anordnung des Betretungsverbots gegeben.

### **b) Inanspruchnahme der richtigen Adressaten?**

Tatbestandsvoraussetzung einer auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützten Maßnahme ist weiterhin, dass diese sich an den richtigen Adressaten richtet. Wer polizeirechtlich in Anspruch genommen werden kann, bestimmt sich nach § 13, § 14 und § 16 ASOG.

*Anmerkung:* Die Frage, ob der polizeirechtlich in Anspruch Genommene überhaupt in Anspruch genommen werden darf, ist keine Frage des Entschließungs- oder gar des Rechtsfolgeermessens und damit auch keine Frage der Verhältnismäßigkeit. Sie darf auf keinen Fall mit der Frage verwechselt werden, ob die Auswahl zwischen mehreren Polizeipflichtigen ohne Ermessensfehler getroffen wurde. Auch diese Frage stellt sich nur, wenn mehrere Personen nach den §§ 13 ff. ASOG materiell polizeipflichtig sind, also überhaupt als Adressaten einer Polizeiverfügung in Betracht kommen, siehe hierzu den [Baumfällig-Fall](#).

Die Allgemeinverfügung untersagt grundsätzlich – von Ausnahmen im Einzelfall abgesehen – das Betreten der Höhlen und ist damit an jeden gerichtet, der hierbei in Leib- oder Lebensgefahr geraten kann. Adressaten der Maßnahme sind somit zunächst unbestimmt viele Personen, doch konkretisiert sich die Regelung in personaler Hinsicht jeweils auf denjenigen, der gerade die Höhlen betreten will und damit durch sein Verhalten die Gefahr verursacht, d. h. auf den aktuellen Verhaltensstörer, der gemäß § 13 Abs. 1 ASOG polizeipflichtig ist.

### **c) Ergebnis zu 1.**

Die Tatbestandsvoraussetzungen einer auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützten Polizeiverfügung lagen somit vor.

### **2. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG i. V. m. §§ 11, 12 ASOG)**

Das Bezirksamt müsste bei Erlass der Allgemeinverfügung weiterhin das ihm durch § 11 i.V.m. § 12 ASOG eingeräumte Rechtsfolgeermessen ordnungsgemäß, d. h. unter Berücksichtigung der Grenzen des § 40 VwVfG, ausgeübt haben. Die der Polizei durch § 12 Abs. 1 ASOG eröffnete Ermessensbefugnis hat das Bezirksamt nach dem Sachverhalt sachgerecht genutzt: Sie hat – wie sich aus dem im Sachverhalt geschilderten Wandel seiner Einstellung deutlich ergibt – von ihrem Ermessen überhaupt Gebrauch gemacht und sein Entschließungsermessen (hinsichtlich des „Ob“ der Maßnahme) ordnungsgemäß ausgeübt, indem er die für und gegen ein Einschreiten sprechenden Gründe abgewogen hat, und es liegen



auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass er von seinem Auswahlermessen (über das „Wie“ der Maßnahme) fehlerhaft Gebrauch gemacht haben könnte.

Weiterhin darf – wie § 11 Abs.1 und 2 ASOG konkretisiert – das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Übermaßverbot als Grenze des Ermessens nach § 40 Alt. 2 VwVfG nicht verletzt worden sein, d. h. die Maßnahme muss (nach Abs. 1) geeignet und erforderlich sowie (nach Abs. 2) verhältnismäßig i.e.S. sein.

*Anmerkung:* Zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe [diesen Hinweis](#).

Das Betretungsverbot ist zweifellos zur Gefahrenabwehr geeignet, indem es einen Sturz in plötzlich einbrechende Hohlräume ausschließt, und als Untersagung lediglich des Zugangs zu den Höhlen stellt es auch das die betroffenen Amateurforscher (sowie unerfahrene Spaziergänger, spielende Kinder etc.) am wenigsten in ihren Rechten beeinträchtigende, mithin das mildeste Mittel dar. Die Anordnung genügt ebenso dem Gebot der Angemessenheit, weil sie zwar das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht der persönlichen Handlungsfreiheit einschränkt, aber diese Beeinträchtigung zum Schutze der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich genannten, überaus gewichtigen Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit erfolgt und die Entfaltungsfreiheit des Einzelnen insgesamt nur unwesentlich mindert, zumal da – wie in der Allgemeinverfügung explizit bestimmt ist – erfahrenen Höhlenforschern im Einzelfall eine Ausnahmegenehmigung zum Betreten der Höhlen erteilt werden kann.<sup>25</sup> Das Bezirksamt hat demnach sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt.

### 3. Ergebnis zu III.

Die Allgemeinverfügung ist somit materiell rechtmäßig.

### IV. Ergebnis zu B.

Da die Allgemeinverfügung hiernach formell und materiell rechtmäßig ist, scheidet eine Verletzung *Mikaelsens* in seinen Rechten aus.

### C. Gesamtergebnis

Die Klage *Mikaelsens* ist folglich zwar zulässig, aber nicht begründet, und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

*Siehe hierzu:* VGH Mannheim NJW 1998, 2235 und Fallbearbeitung von *Burgil/Wienbracke*, NWVBl. 2002, 283 ff.

<sup>25</sup> S. auch VGH Mannheim NJW 1998, 2235, 2236.