

Fall 10



Des Künstlers Leid

Der Künstler Horst Hansen (H) verdient sich, nachdem er sein Kunststudium wegen zu häufiger Dispute mit den Professoren abgebrochen hat, seinen Lebensunterhalt mit Straßenmalerei. Da er sich regional äußerster Beliebtheit erfreut und viele Bewohner ihn sehr schätzen, malt er Portraits seiner Bewunderer in „Kreide auf Asphalt“.

Im Sommer hält er sich täglich vor dem Eingang einer beliebten Passage in Köln auf, was bei den Ladenbesitzern, die im unmittelbaren Eingangsbereich am meisten betroffen wurden, missmutig zur Kenntnis genommen wurde. Es kam soweit, dass sie sich wiederholt bei der zuständigen Behörde beschwerten.

Am 20. Mai wurde H ein „Merkblatt für Straßengewerbetreibende“ überreicht, in dem ein Hinweis darauf enthalten war, dass alle Aktivitäten auf der Straße „zu anderen Zwecken als zum Verkehr“ als Sondernutzung genehmigungspflichtig seien. Außerdem waren die Genehmigungsrichtlinien abgedruckt.

Daraufhin erkundigte sich H bei seinem Fan Benno (B) der Jura studiert, ob denn das auch für ihn als Künstler gelte. Dieser versicherte ihm, dass Künstler von der Genehmigungspflicht ausgenommen seien, woraufhin H mit seiner Tätigkeit fortfuhr.

Am 3. Juni ging H ein als „Bescheid“ bezeichnetes Schriftstück zu, in dem verbindlich festgestellt wurde, dass die Portraitmalerei „als Sondernutzung genehmigungspflichtig sei“. Eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielt das Schreiben nicht.

Im weiteren Verlauf des Sommers wurde H fast täglich vom städtischen Ordnungsdienst in seiner künstlerischen Tätigkeit gehindert. Deshalb entschloss er sich, nun doch eine Genehmigung zu beantragen. Er erhielt folgenden Bescheid, der ihm am 1. August zugestellt wurde:

„Die Erlaubnis zum Bemalen der Straße (genaue Bezeichnung der Straße und Fläche ...) wird für die Zeit bis zum 31.10. erteilt. Sie sind verpflichtet, die Bilder bis 20.30 Uhr von der Straße zu entfernen. Bei fortgesetzten Verstößen gegen diese Anordnungen kann die Genehmigung vorzeitig widerrufen werden“.

H ist zwar mit der Erlaubnis, nicht aber mit den Einschränkungen einverstanden. Er fragt daher seinen Bewunderer B um Rat, der für ihn folgende Klageschrift entwirft: Die Richtlinien der Behörde seien rechtswidrig, soweit sie die Straßenkunst reglementieren. Dies könne wegen der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nur der Gesetzgeber entscheiden. Da die Einschränkungen zum Genehmigungsbescheid nahezu wörtlich die behördeninternen Richtlinien wiedergeben, seien sie von der Behörde aufzuheben.

Die Behörde verweist demgegenüber in ihrer Erwiderung darauf, dass sie seit Jahren erfolgreich mit Hilfe der Richtlinien die übermäßige Straßennutzung eingrenze.

Erstellen Sie aus anwaltlicher Sicht ein Gutachten zu den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs oder mehrerer Rechtsbehelfe (ggf. mit Haupt- und Hilfsanträgen)!

Zusatzfrage:

Auf welche Norm könnte eine Untersagungsverfügung gegenüber H gestützt werden und wie würde diese Verfügung zwangsweise durchgesetzt werden?

Verwaltungsrecht AT NRW - Fall 10

Hauptantrag:

Klage auf Erlaubnisfreiheit

A. § 40 I 1 VwGO

⇒ streitentscheidend: StrWG ⇒ Öff. Recht

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

1. bzgl. Richtlinien VA (-), Einzelfallregelung

2. bzgl. Bescheid vom 03.06.

(P) VA ⇒ Regelung od. nur Hinweis auf R.lage?

hier: für Einzelfall wird R.lage geklärt

↳ feststellender VA, aber

Kläger will Erlaubnisfreiheit festgestellt wissen

(S) Negativattest ⇒ allg. Feststellungsklage ⊕

⇒ Bestehen eines Rechtsverhältnisses

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

str., ob § 42 II VwGO analog anwendbar

aber jedenfalls Art. 5 III, § 14 I 1 StrWG ⊕

III. Vorverfahren / Frist (-) bei Feststellungsklage

IV. Feststellungsinteresse:

rechtliches u. wirtschaftliches Interesse ⊕

V. Subsidiarität, § 43 II VwGO

(-) bei Negativattest

VI. Klagegegner: Allg. Rechtsträgerprinzip: Stadt

C. Begründetheit

soweit Rechtsverhältnis besteht, also soweit

Nutzung durch Kläger = Gemeingebrauch

(P) Abgrenzung § 14 StrWG ⇔ § 18 StrWG

Sondernutzung ⇔ Gemeingebrauch

- Malen keine Fortbewegung

⇒ Sondernutzung

- aber gesteigerter Gemeingebrauch durch

verf.konforme Auslegung des StrWG?

↳ prakt. Konkordanz zw. Art. 5 III und

Gemeingebrauch durch andere Verkehrs-

teilnehmer, Art. 2 I

e.A.: Art. 5 III geht vor ⇒ gesteig. Gemeingeb.

BVerwG: Aufsicht gewährleistet schonenden

Ausgleich; präventive Aufsicht nur

möglich, wenn erlaubnispflichtig

Stellungnahme: Sondernutzung ⊕

Erg.: Kein Gemeingebrauch, sondern

Sondernutzung ⇒ Feststellungsklage (-)

D.Obj. Klagehäufung, § 44 VwGO / Eventualklage

Hilfsantrag:

Klage gegen Nebenbestimmungen im Bescheid vom 01.08.

E. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Begehren gegen Nebenbestimmungen

(P) isolierte Anfechtungsmöglichkeit?

isolierte Anf. von NB könnte zu Erg. führen,

die von Verw. nicht gewollt oder rw. sind

hier: Befristung, Auflage, Widerrufsvorbehalt

frh. Rspr: diff. nach Art der NB

TdL: ⊕, falls geb. Entscheidung; (-) falls Erm.

TdL: Gedanke des § 44 IV VwVfG maßgeb.

h.M.: ⊕, bei prozessualer Teilbarkeit

↳ hier: grds. isolierte Anfechtbarkeit mgl.

II. Klagebefugnis, § 42 II

⊕, Adressatengedanke

III. Vorverfahren / Klagefrist, § 74 VwGO ⊕

IV. Klagegegner, § 78 I Nr. 1

F. § 44 VwGO: Kumulative Klagehäufung

G. Begründetheit

Anfechtungsklage isoliert gg. NB begründet

• NB rechtswidrig und

• NB von VA materiell teilbar

h.M.: Materiell teilbar, wenn Rest-VA ohne

NB rechtmäßig und sinnvoll bleibt

a.A.: Materielle Teilbarkeit immer (-) bei

Ermessens-VA

geg.arg.: Aufhebung über § 49 VwVfG

I. RW der NB

1. RGL: § 18 II StrWG i.V.m. § 36 VwVfG

2. Formelle / Materielle RM der NB

- Befristung ⊕, § 18 II 1 StrWG

- Widerrufsvorbehalt, § 18 II 1 StrWG

⇒ Ermessen ⇒ Fehler (-)

- Auflagen, § 18 II 2 StrWG

⇒ Ermessen ⇒ Fehler (-)

II. ZwErg.: Anf.klage unbegründet

H. Ergebnis:

Klagen zulässig, aber unbegründet

Zusatzfrage:

• RGL für Untersagungs-VA: § 22 StrWG

• Vollstreckung über § 55 VwVG NRW

(Zwangsmittel: Zwangsgeld oder

unmittelbarer Zwang).

Lösung Fall 10

Aus Sicht eines Rechtsanwalts sind folgende Überlegungen anzustellen: Im Optimalfall handelt es sich bei der Tätigkeit des Künstlers gar nicht um Sondernutzung, sondern um Gemeingebrauch. Daher sollte zunächst geprüft werden, ob etwas gegen das Schreiben vom 03. Juni unternommen werden kann bzw. wie geklärt werden kann, ob Gemeingebrauch vorliegt. Falls eine Sondernutzung vorliegt, sollten hilfsweise wenigstens die Nebenbestimmungen im Bescheid vom 01. August angegriffen werden.

Prüfung des Hauptantrags:

Klage gegen die Richtlinien im Merkblatt bzw. gegen den Bescheid vom 3. Juni

A. Verwaltungsrechtsweg § 40 I VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und keine abdrängende Sonderzuweisung besteht, § 40 I VwGO.

Streitgegenstand ist das Schreiben der Behörde vom 03.06. und ggf. das dem Kläger ausgehändigte Merkblatt. Streitentscheidende Normen finden sich in §§ 14, 18, 22 StrWG. Diese Normen berechtigen und verpflichten einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt, so dass nach der modifizierten Subjektstheorie¹ öffentlich-rechtliche Normen vorliegen. Der Streit ist damit öffentlich-rechtlich und auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung existiert für diesen Streit nicht, so dass der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO eröffnet ist.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist.

1. Richtlinien

Soweit sich H gegen die in dem Schreiben vom 20.05. mitgeteilten Richtlinien wendet, könnte die Anfechtungsklage statthaft sein, wenn ein Verwaltungsakt vorläge. Die Richtlinien sind aber wegen ihrer generell abstrakten Aussage nicht auf ein Einzelrechtsverhältnis gerichtet. Außerdem fehlt ihnen die Regelungswirkung, da sie erkennbar nur vorbereitenden Charakter haben, in dem sie die Ermessenspraxis bei Beurteilung der Sondernutzungsgenehmigung in „an-

tizierter Form“ darlegen.² Eine Anfechtungsklage ist nicht statthaft. Denkbar wäre eine allgemeine Leistungs- oder Feststellungsklage. Durch die Richtlinien wird aber der Kläger nicht direkt betroffen, sondern diese binden nur die Verwaltung, so dass mangels Klagebefugnis bzw. Feststellungsinteresse keine Klagemöglichkeit gegen die Richtlinien besteht.³

2. Schreiben vom 3. Juni

Statthaft wäre nach § 42 I VwGO die Anfechtungsklage, soweit das Schreiben vom 03.06. als Verwaltungsakt gem. § 35 S.1 VwVfG angesehen werden kann. Es muss sich um einen einseitigen Rechtsakt handeln, mit dem die Behörde verbindlich ein Einzelrechtsverhältnis regeln kann.

In dem Schreiben vom 03.06. wurde verbindlich festgestellt, dass die von H betriebene Tätigkeit genehmigungspflichtig sei.

Dabei könnte es sich um einen bloßen Hinweis auf die bestehende Rechtslage handeln.⁴ Das hätte zur Folge, dass der für die Annahme eines Verwaltungsaktes erforderliche Regelungscharakter fehlt. Die formelle Bezeichnung als „Bescheid“ reicht allein nicht aus, das Schreiben als Verwaltungsakt einzuordnen, insbesondere da die Rechtsbehelfsbelehrung fehlt.⁵

Eine behördliche Feststellung kann jedoch über den bloßen Hinweis auf die bestehende Rechtslage hinausgehen. Das ist der Fall, wenn die Behörde eine zwischen den Beteiligten streitige Frage verbindlich klären möchte. Dann liegt ein Einzelrechtsverhältnis aufgrund des eigenständigen Regelungscharakters vor, es handelt sich um einen feststellenden Verwaltungsakt.⁶

Angesichts der Vorgeschichte bestand zwischen H und der Behörde bezüglich der Genehmigungspflicht Streit. Diese ist durch den „Bescheid“ vom 03.06. durch die Behörde verbindlich festgestellt worden. Dies führt unter Berücksichtigung der von der Behörde gewählten Bezeichnung zu der Annahme eines feststellenden Verwaltungsaktes. Gegen einen solchen ist die Anfechtungsklage grundsätzlich statthaft.

Zu beachten ist aber, dass H mit einer Anfechtungsklage nur das Schreiben vom 03.06. angreifen könnte. Ihm geht es hingegen darum, grundsätzlich klären zu lassen, ob seine Tätigkeit erlaubnisfreier Gemeingebrauch oder erlaubnispflichtige Sondernutzung darstellt. Sein Begehren ist, klären zu lassen, dass er für seine Tätigkeit gerade keine Erlaubnis braucht (sog.

¹ WOLFF/BACHOF/STOBER, VerwR I, § 22, Rn. 25; zu den Theorien vgl. MAURER, § 3, Rn. 14 ff.; MAYER-KOPP, VerwR AT, S. 81; KOPP/SCHENKE, § 40 VwGO, Rn. 11; HEMMER/WÜST, Verwaltungsrecht AT, Fall 1

² Zur Rechtsnatur von Richtlinien vgl. MAURER, § 24, Rn. 1 ff.

³ vgl. auch DETTERBECK Allg. VwR., Rn. 868.

⁴ vgl. dazu DETTERBECK Allg. VwR., Rn. 445 ff.

⁵ Vgl. zum sog. „nur formellen VA“: HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 60.

⁶ KOPP/RAMSAUER, VwVfG, § 35, Rn. 51.

Negativattest). In diesen Fällen kann die allgemeine Feststellungsklage statthaft sein.⁷ Voraussetzung ist, dass das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll. Ein Rechtsverhältnis wird definiert als

- eine rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer Person oder einer Person (auch juristische Person / Behörde) und einer Sache
- in einem konkreten Sachverhalt
- aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm.⁸

Der Kläger möchte festgestellt wissen, dass er ein Recht an der Nutzung der Straße hat, dass also die konkrete Nutzung der Straße durch ihn zur Anfertigung von Porträts aufgrund von § 14 StrWG als Gemeingebrauch und nicht (wie von der Behörde behauptet) als Sondernutzung einzustufen ist. Damit liegt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor.

Die Feststellungsklage führt zur Klärung der Frage, ob die Handlungen von H allgemein als Gemeingebrauch einzustufen sind und ist daher umfassender als die Anfechtungsklage, die nur zur Klärung der Rechtmäßigkeit des Schreibens vom 03.06. führt. Daher ist die allgemeine Feststellungsklage statthaft.

Anmerkung:

Vertretbar wäre es hier auch gewesen, die Anfechtungsklage zu wählen; die allg. Feststellungsklage führt jedoch zu einem umfassenderen Rechtsschutz.

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Fraglich ist, ob eine Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO analog zu fordern ist. Die Rechtsprechung verlangt auch bei der allgemeinen Feststellungsklage die Klagebefugnis um Popularklagen auszuschließen; ein Teil der Lehre meint, dies sei schon ausreichend durch die Sachentscheidungsvoraussetzung des Feststellungsinteresses gewahrt.⁹

Der Streit kann dahinstehen, wenn jedenfalls eine Klagebefugnis gegeben ist. Durch die Einschätzung der Behörde, dass eine Sondernutzung vorliegt, könnte H in seinem Recht aus § 14 StrWG verletzt sein, soweit es sich um Gemeingebrauch handelt. Darüber hinaus ist H möglicher Weise in seiner Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG, möglicher Weise auch in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzt.

III. Vorverfahren / Frist

Bei der allgemeinen Feststellungsklage ist weder ein Vorverfahren durchzuführen (Ausnahmen: § 54 BeamStG, § 126 BBG) noch eine Frist einzuhalten.

IV. Feststellungsinteresse

H müsste auch ein Feststellungsinteresse haben. Darunter ist jedes anerkennenswerte rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse an der baldigen Feststellung zu verstehen.¹⁰ H hat sowohl ein rechtliches wie auch ein wirtschaftliches Interesse daran, feststellen zu lassen, ob seine konkrete Tätigkeit erlaubnisfrei oder erlaubnispflichtig ist.

V. Subsidiarität, § 43 II VwGO

Die Feststellungsklage ist gem. § 43 II VwGO subsidiär. Eine Ausnahme von der Subsidiarität wird allerdings beim sog. Negativattest anerkannt,¹¹ da - wie oben schon dargestellt - mit der Anfechtungsklage zwar ein einzelner Verwaltungskat angegriffen werden kann, mit der allgemeinen Feststellungsklage darüber hinaus aber die generelle Erlaubnisfreiheit geklärt werden kann. Daher ist die Feststellungsklage im konkreten Fall nicht subsidiär.

VI. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Klage ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen die Stadt zu richten. Diese ist gem. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 III VwGO i.V.m. § 63 I 2 GO prozessfähig. Der Kläger ist gem. § 61 Nr. 1 1. Alt. VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

VII. Zwischenergebnis

Die Klage des H auf Feststellung der Genehmigungsfreiheit ist damit zulässig.

C. Begründetheit

Die Feststellungsklage ist begründet, soweit das vom Kläger geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht. Dieses besteht, soweit die Nutzung der Straße durch den Kläger als Gemeingebrauch nach § 14 StrWG und damit nicht als Sondernutzung nach § 18 StrWG anzusehen ist.

Gemeingebrauch ⇔ Sondernutzung

Wortlaut

Nach dem Wortlaut des § 18 StrWG ist jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung der Straße Sondernutzung. Gemeingebrauch ist die Inanspruchnahme der Straße im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr, § 14 StrWG.

⁷ vgl. dazu KOPP/SCHENKE, § 43 VwGO, Rn. 12; 24.

⁸ vgl. dazu DETTERBECK Allg. VwR., Rn. 1395 ff.

⁹ vgl. dazu DETTERBECK Allg. VwR., Rn. 1403.

¹⁰ DETTERBECK Allg. VwR., Rn. 1402.

¹¹ vgl. dazu KOPP/SCHENKE, § 43 VwGO, Rn. 29.

Da die Tätigkeit des H nicht im Sachzusammenhang zur Fortbewegung steht, fehlt es an der für den Gemeingebrauch wesentlichen Verkehrsteilnahme, also liegt insoweit Sondernutzung vor.

Verfassungskonforme Ausweitung

Wenn die Straßenmalerei als Sondernutzung genehmigungspflichtig ist, handelt es sich aber bei der Genehmigungspflicht um einen Eingriff in die Kunstfreiheit Art. 5 III GG, da diese nicht mehr spontan ausgeübt werden kann.

Man könnte deshalb daran denken, den Begriff des Gemeingebrauchs auf die Straßenmalerei auszuweiten, sog. gesteigerter Gemeingebrauch.

Allerdings wäre das nur dann notwendig, wenn die Einordnung der Malerei als Sondernutzung eine Verletzung der Kunstfreiheit darstellen würde.

Anmerkung:

Verdeutlichen Sie sich noch einmal anlässlich dieses Falles die straßenrechtlichen Begriffe Gemeingebrauch, Sondernutzung und gesteigerter Gemeingebrauch.

Gemeingebrauch: Nutzung der Straße im Rahmen der Widmung => erlaubnis- und gebührenfrei.

Sondernutzung: Nutzung der Straße über den von der Widmung gesetzten Rahmen hinaus => erlaubnispflichtig, Gebühren können verlangt werden.

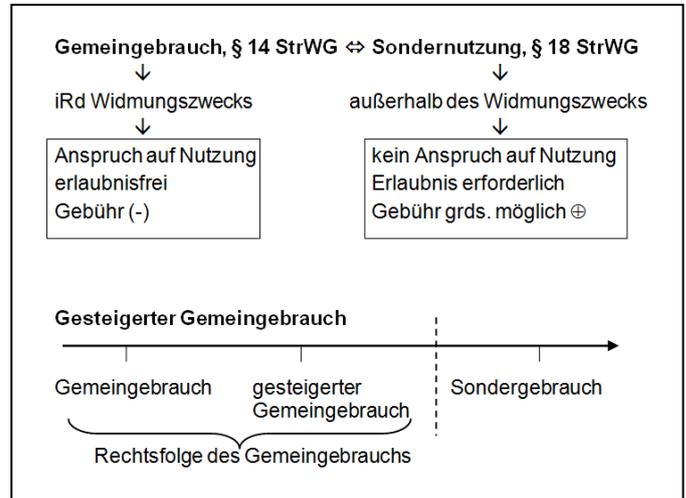
Gesteigerter Gemeingebrauch: Nutzung der Straße über den von der Widmung gesetzten Rahmen hinaus, wobei die Nutzung aus Gründen verfassungskonformer Auslegung der Straßengesetze als gesteigerter Gemeingebrauch angesehen wird => erlaubnis- und gebührenfrei

Fälle anerkannten gesteigerten Gemeingebrauchs:

- Kommunikativer Verkehr (Verteilen von Flugblättern auf der Straße) => verfassungskonforme Auslegung im Lichte von Art. 5 I 1 GG (str. für reine Werbeflugblätter, nach Rspr. nicht anerkannt)¹²
- Anliegergebrauch (Mülltonne auf der Straße; „Nasenschilder“ über dem Eingang eines Geschäfts, etc.)¹³ => in NRW geregelt in § 14a StrWG; in anderen Ländern: verfassungskonforme Auslegung im Lichte von Art. 14 I 1 GG.

Von der Rspr. nicht anerkannt:

Künstlerischer Gemeingebrauch (Straßenmalerei; Straßentheater). Hier ist das BVerwG der Ansicht, dass eine präventive Steuerung solcher Nutzungen der Straße erforderlich ist, die aber



nur dann durch die Behörden gewährt werden könnte, wenn diese Nutzung erlaubnispflichtig, mithin Sondernutzung blieben.¹⁴ Somit erfolgt keine Ausweitung durch verfassungskonforme Auslegung über Art. 5 Abs. 3 GG.

Für eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung mit Hilfe von Art. 5 III GG könnte sprechen, dass die Kunstfreiheit ein Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt und daher ggf. besonders schützenswert ist.

Dagegen spricht aber, dass bei einer Nutzung der Straße durch Künstler die kollidierenden Grundrechte Dritter beeinträchtigt werden können.

Anmerkung:

Alle Verfassungsnormen - und damit auch die Freiheitsrechte - stehen unter dem Vorbehalt, dass Kollisionslagen zwischen ihnen durch den Gesetzgeber (Wesentlichkeitstheorie) gelöst werden können. Dies kann namentlich zu Begrenzungen bei Freiheitsrechten führen, die, wie auch Art. 5 III GG, keinen ausdrücklichen Schrankenvorbehalt aufweisen.

Der Gemeingebrauch anderer Verkehrsteilnehmer genießt über Art. 2 I i.V.m. Art. 3 I GG ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz. Das gilt auch für den Kontakt der Anliegergewerbetreibenden zur Straße, Art. 14 I GG.

Es muss deshalb im Wege der praktischen Konkordanz ermittelt werden, ob vorliegend ein sachgerechter Ausgleich erfolgt ist.

Relevant ist in diesem Zusammenhang, dass bei H nicht die spontane künstlerische Betäti-

¹² BVerwG NJW 1997, 406; Danwitz, Straßenrecht, Rn. 60 in Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht BT.

¹³ Vgl. mit weiteren Beispielen: Danwitz, Straßenrecht, Rn. 63 in Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht BT.

¹⁴ BVerwG NJW 1990, 2011.

gung im Vordergrund steht, wie dies zum Beispiel bei einem politischen Straßentheater der Fall ist.¹⁵

Durch eine Erlaubnispflicht und die mit ihr verbundene präventive Aufsicht besteht die Möglichkeit, frühzeitig einer im Einzelfall drohenden Kollision entgegenzuwirken. Durchaus denkbar ist, dass ein Anspruch des Künstlers auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis besteht, aber eben nicht zu jeder Zeit und an jedem Ort. Bei der Erlaubnispflicht handelt es sich auch um die geringstmögliche Belastung, die gewährleistet, dass die kollidierenden Verfassungsgüter nicht untereinander in ein Ungleichgewicht geraten und der Grundrechtsschutz aller Beteiligten optimiert werden kann.

Eine verfassungskonforme Ausweitung des Begriffs des Gemeingebrauchs um die Verfassungsmäßigkeit des § 14 StrWG sicherzustellen, ist vorliegend nicht erforderlich.

Die von H vorgenommene und künftig weiterhin angestrebte Nutzung der Straße ist als Sondernutzung genehmigungspflichtig. H ist auch verantwortlich gem. § 22 StrWG i.V.m. § 17 OBG.

Das von H geltend gemachte Rechtsverhältnis (erlaubnisfreier Gemeingebrauch) liegt nicht vor.

IV. Zwischenergebnis

Die Feststellungsklage ist unbegründet.

D. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

Der Hauptantrag des H richtet sich gegen die Genehmigungspflicht der Straßenmalerei. Die Klage ist insoweit unbegründet. Nunmehr kann H sich noch hilfsweise gegen die Nebenbestimmungen wenden, die dem Genehmigungsbescheid vom 01.08. beigefügt sind.

Es handelt sich um einen Fall der eventuellen Klagehäufung, bei der über die Hilfsklage nur dann entschieden werden soll, wenn die Hauptklage erfolglos bleibt.

Auch hinsichtlich der Nebenbestimmungen liegt im Hinblick auf die streitentscheidenden Vorschriften § 36 VwVfG und § 18 StrWG eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Klagen stehen im Zusammenhang, sind vor demselben Gericht und gegen denselben Beklagten zu erheben. Das Gericht kann über die Klagen in einem Rechtsstreit entscheiden, da die Voraussetzungen des § 44 VwGO erfüllt sind.

Exkurs:

Bei den Hilfsanträgen unterscheidet man die Eventualklage (Hilfsantrag i.e.S.) und die sog. Stufenklage (Hilfsantrag i.w.S.). Eine Eventual-

klage liegt im Gegensatz zur Stufenklage dann vor, wenn ein Hilfsantrag für den Fall gestellt wird, dass der Hauptantrag unzulässig oder unbegründet ist. In derartigen Fällen wird daher im Gegensatz zur Stufenklage damit gerechnet, dass der Hauptantrag *nicht* erfolgreich sein wird.¹⁶

Prüfung des Hilfsantrags:

Klage gegen die Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid vom 1. August

E. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

H möchte die mit der Genehmigung verbundenen Nebenbestimmungen durch das Verwaltungsgericht aufheben lassen. Fraglich ist, ob dies mit der Anfechtungsklage möglich ist. Das ist grundsätzlich der Fall, vergleiche § 42 I VwGO.

Aus § 113 I 1 VwGO („soweit“) folgt, dass die Anfechtungsklage auch auf die Beseitigung von Teilen eines Verwaltungsaktes gerichtet sein kann. Die von H beanstandeten Anordnungen sind Teile einer Genehmigung, die ihrerseits durch Verwaltungsakt erteilt worden ist.

Der Verwaltungsakt enthält vorliegend mehrere Nebenbestimmungen gem. § 36 VwVfG. Im Bescheid vom 01.08. sind enthalten eine Befristung (bis zum 31.10.), eine Auflage (Pflicht zur Entfernung der Bilder) und ein Widerrufsvorbehalt.

Richtet sich die Teilanfechtungsklage gegen Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt, so besteht die Gefahr, dass der Kläger mit der auf Abwehrfälle zugeschnittenen „Teilkassation“ in Wirklichkeit ein Leistungsbegehren durchsetzt, weil nach Rechtskraft des Urteils ein uneingeschränkt begünstigendes Leistungsbegehren übrigbleibt.¹⁷ Bei einer regelungsbegrenzenden Auflage, die eine Genehmigung qualitativ einschränkt oder modifiziert würde eine gesonderte verwaltungsgerichtliche Aufhebung zu einer Leistung führen, die so von der Behörde gar nicht gewährt worden wäre und auch nicht gewollt war. Dieser Erfolg könnte dem Sinn und Wesen der Anfechtungsklage widersprechen. Es könnte zu sinnlosen oder auch rechtswidrigen (Rest-) Verwaltungsakten führen, die von der Behörde niemals gewollt waren, so dass sowohl eine Gefahr für die Gewaltenteilung besteht (das Gericht oktroyiert der Behörde einen ungewollten VA) als auch eine Gefahr für die

¹⁵ BVerfGE 67, 213 (226); BVerwG, DÖV 1981, 342; NJW 1987, 1836; DVBl 1990, 163

¹⁶ Vgl. Sie dazu Hemmer, Verwaltungsrecht, Fall 10.

¹⁷ BVerwGE 65, 139 (141); 69, 37 (39); DÖV 1974, 380 f.; PIETZKER, NVwZ 1995, 15, 20; STÖRMER, DVBl 1996, 81

Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (es bleibt ein rechtswidriger VA übrig).

Ob und inwieweit eine isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen möglich ist, ist sehr umstritten.

1. Differenzierung nach Art der Nebenbestimmung

Die frühere Rspr. hat nach der Art der Nebenbestimmung differenziert.

Unselbständige Nebenbestimmungen wie die Bedingung, Befristung und der Widerrufsvorbehalt (§ 36 II Nr.1-3 VwVfG) waren damit als integrierte Bestandteile der Begünstigung nicht isoliert anfechtbar, während Auflagen (§ 36 II Nr.4 VwVfG) durch die Begründung zusätzlicher Ge- oder Verbote einem eigenständigen Schicksal unterworfen werden konnten.¹⁸ Danach könnten vorliegend die Befristung und der Widerrufsvorbehalt nicht, sondern nur die Auflagen isoliert angefochten werden.

2. Differenzierung nach Art des Verwaltungsakts

Die Literatur differenziert zum Teil nach der Art des Verwaltungsakts. Liegt ein gebundener Verwaltungsakt vor, so sei in aller Regel die Nebenbestimmung isoliert anfechtbar. Bei Ermessensverwaltungsakten jedoch wird eine isolierte Überprüfung der Nebenbestimmung abgelehnt, da Verwaltungsakt und Nebenbestimmung nicht getrennt werden könnten, ohne dass in den Ermessensspielraum der Behörde, der sich zum Teil im Verwaltungsakt, zum Teil in der Nebenbestimmung niedergeschlagen hat, eingegriffen wird.¹⁹

Danach wären die Nebenbestimmungen vorliegend nicht isoliert anfechtbar, da die Sondernutzungserlaubnis gem. § 18 StrWG eine Ermessensentscheidung ist.

3. Grundsätzliche isolierte Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen

Die heute h.M. hält grundsätzlich jede Nebenbestimmung für isoliert anfechtbar, soweit sie vom Verwaltungsakt logisch teilbar ist.²⁰ Letzteres wird im Wesentlichen nur verneint für sog. modifizierende Auflagen.

Gleichwohl sieht die h.M. die Gefahr, dass durch isoliertes Anfechten der Nebenbestimmung ein rechtswidriger oder sinnloser Verwaltungsakt übrig bleibt. Daher differenziert die h.M. zwischen der sog. prozessualen Teilbarkeit (logische Teilbarkeit) der Nebenbestimmung,

die wie hier in der Zulässigkeit zu behandeln ist und der Frage der materiellen Teilbarkeit der Nebenbestimmung, als Punkt im Rahmen der Begründetheit.

Vorliegend liegt keine modifizierende Auflage (eine Auflage, die selbständig den VA abändert) vor²¹; die Nebenbestimmungen sind auch logisch und damit prozessual teilbar. Eine isolierte Anfechtungsklage wäre folglich nach der h.M. statthaft.

4. Stellungnahme

Gegen die frühere von der Rspr. vertretene Ansicht spricht, dass die Gefahr, dass ein rechtswidriger VA oder ein VA entstehen kann, den die Behörde nicht gewollt hat, nicht ausgeschlossen werden kann. Gegen die Ansicht, die nach der Art des VA differenziert spricht, dass die meisten VA ErmessensVAe sind, so dass man in den meisten Fällen Art. 19 IV GG und § 113 I 1 (soweit) VwGO nicht gerecht werden könnte.

Der h.M. ist der Vorzug einzuräumen, da sie dem Bürger - auch hinsichtlich Art. 19 IV GG - eine weitgehende Möglichkeit der isolierten Überprüfung von Nebenbestimmungen gewährt und zugleich aufgrund der Differenzierung zwischen prozessualer und materieller Teilbarkeit verhindert, dass (Rest-) Verwaltungsakte übrig bleiben, die rechtswidrig oder von der Behörde nicht gewollt sind. Die Anfechtungsklagen sind folglich statthaft.

Anmerkung:

Das BVerwG hat die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage am Rande einer Entscheidung zum Planfeststellungsrecht unter Verweis auf die „inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BVerwG“ im ersten Leitsatz bejaht.²² Ob dies zu einer isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen könne, sei eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit, „sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig und von vornherein ausscheidet.“ Dann komme doch eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsakts ohne Nebenbestimmungen in Betracht.

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

H ist vorliegend Adressat der ihn belastenden Nebenbestimmungen. Mit dem Adressatengedanken erscheint daher zumindest eine Verletzung der Art. 5 III, 2 I GG als möglich.

III. Vorverfahren, §§ 68 ff VwGO

Ein Widerspruchsverfahren ist gem. § 110 I JustizG NRW unstatthaft.

IV. Sonst. Sachentscheidungsvoraussetzungen

H hat sofort nach Zugang des Widerspruchsbeschwerdes Klage erhoben und somit die Frist des

¹⁸ So die Rspr. früher vgl. BVerwGE 36, 145 (154); 60, 269 (275)

¹⁹ KOPP/SCHENKE, § 113 VwGO, Rn. 17 ff. m.w.N.

²⁰ BVerwG NVwZ 1984, 366; MAURER, § 12 Rn. 8 ff; vgl. KOPP/SCHENKE, § 42 VwGO, Rn. 22; HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 436

²¹ Vgl. zur modifizierenden Auflage: HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 426.

²² BVerwG NVwZ 2001, 429.

§ 74 I 1 VwGO gewahrt. Klagegegner ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Stadt. Bzgl. der Beteiligten- und Prozessfähigkeit wird auf oben verwiesen.

V. Zwischenergebnis

Die Klagen des H gegen die Nebenbestimmungen zu der an 01.08. erteilten Genehmigung sind zulässig.

F. § 44 VwGO, Klagehäufung

Da sich der Kläger gegen mehrere Nebenbestimmungen wendet, liegt nunmehr eine kumulative Klagehäufung (mehrere Anfechtungsklagen gegen mehrere Nebenbestimmungen) vor.

G. Begründetheit

Nach h.M.,²³ die zwischen prozessualer (in der Zulässigkeit zu prüfen) und materieller Teilbarkeit von Nebenbestimmungen differenziert, ist eine isolierte Anfechtungsklage gegen Nebenbestimmungen begründet, soweit

- die Nebenbestimmung rechtswidrig ist,
- der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und
- die Nebenbestimmung auch im materiellen Sinne vom Verwaltungsakt abteilbar ist.
 - Nach h.M. ist eine Nebenbestimmung dann vom Verwaltungsakt materiell teilbar, wenn der verbleibende Verwaltungsakt ohne Nebenbestimmung bestehen bleiben kann, weil er weder rechtswidrig noch sinnlos wird.
 - Nach a.A. ist eine materielle Teilbarkeit bei Ermessensverwaltungsakten nicht gegeben, da nur so ein Eingriff in das behördliche Ermessen verhindert werden könnte.²⁴

Dazu hat das BVerwG ausgeführt,²⁵ dass eine materielle Teilbarkeit auch bei Ermessensverwaltungsakten in Betracht kommt. Der Behörde stehe es frei, den Rest-VA über § 49 VwVfG aufzuheben.²⁶

Anmerkung:

Die erste Voraussetzung (Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung) folgt schon aus § 113 I 1 VwGO. Die zweite Voraussetzung muss die h.M. aufstellen, da sie grundsätzlich jede Nebenbestimmung (Aus-

nahme: modifizierende Auflage) für isoliert anfechtbar hält.

Die h.M. muss aber trotz genereller Anfechtbarkeit verhindern, dass der Bürger einfach den ihm unliebsamen Teil eines Bescheides isoliert „wegschießt“ und ein aus Sicht der Behörde sinnloser oder gar objektiv rechtswidriger Rest-Verwaltungsakt übrigbleibt. Aus diesem Grund muss die h.M. die zweite o. a. Voraussetzung aufstellen. Danach ist der VA nur dann von der Nebenbestimmung materiell teilbar, wenn der verbleibende Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Nur dann hat die Anfechtungsklage Erfolg.

Ist allerdings die Nebenbestimmung rechtswidrig, diese aber vom Verwaltungsakt materiell nicht teilbar, weil der verbleibende Verwaltungsakt ohne Nebenbestimmung rechtswidrig wird, dann hat die Anfechtungsklage keinen Erfolg. Sie darf keinen Erfolg haben, weil sonst ein rechtswidriger Verwaltungsakt übrig bleiben würde.

In einem solchen Fall ist dann zu erwägen, den Klagantrag im Rahmen von § 88 VwGO in eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsakts ohne Nebenbestimmung auszulegen.

I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen

1. Rechtsgrundlagen der Nebenbestimmungen

Als Rechtsgrundlage für die Nebenbestimmungen könnte § 36 VwVfG eingreifen. § 36 VwVfG ist jedoch nur anwendbar, soweit keine spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen vorhanden sind. Hier kommt § 18 II StrWG i.V.m. § 36 II VwVfG bzgl. der Befristung in Betracht.

Exkurs:

Rechtmäßigkeit von Regelungszusätzen

Ist für eine gebundene Entscheidung ein Zusatz vorgesehen, so reicht dies als Rechtsgrundlage nur dann aus, wenn zugleich Tatbestandsvoraussetzungen für den Zusatz näher umschrieben sind. Die pauschale Erwähnung von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, auf die ein Anspruch besteht, kann anderenfalls nur als Indiz dafür gewertet werden, dass der geregelte Verwaltungsakt nicht nebenbestimmungsfeindlich ist. Dagegen reichen bei Ermessensentscheidungen spezialgesetzliche Blankettermächtigungen für Nebenbestimmungen aus, da auch das Verwaltungsverfahrensgesetz insoweit keine engeren Voraussetzungen regelt (vergleiche § 36 III VwVfG).

Zusätze sind nach § 36 I VwVfG stets zulässig, wenn sie Tatbestandshindernisse ausräumen, die der Leistung des begünstigenden Verwaltungsaktes entgegenstehen. Das gilt nicht nur für gebundene, sondern auch „erst recht“ bei Ermessensentscheidungen. Im Übrigen können begünstigende Verwaltungsakte, die im Ermessen der Behörde stehen, nach pflichtgemäßem Ermessen mit Zusätzen verbunden werden (§ 36 II VwVfG).

2. Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmungen

Die **Befristung** im Bescheid vom 01.08. begegnet keinen Bedenken. § 18 II 1 StrWG verlangt sogar dass eine Sondernutzungserlaubnis befristet wird. Auch die Länge der Befristung be-

²³ BVerwG NVwZ-RR 1996, 20; Funk BayVBl 1986, 105, 106; vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 443 m.w.N.

²⁴ Maurer, § 12 Rn. 28.

²⁵ BVerwG, NVwZ 1984, 336

²⁶ **beachten Sie**, dass der oftmals zu lesende Hinweis auf § 48 VwVfG falsch ist, das nur § 49 VwVfG in Betracht kommt, schließlich ist die RM des VA Voraussetzung der materiellen Teilbarkeit.

gegnet keinen Bedenken, sie ist nicht ermessensfehlerhaft gewählt. Auch der **Widerrufsvorbehalt** ist in § 18 II 1 StrWG aufgeführt, wobei das dort verwendete Wort „oder“ als nicht-ausschließendes Oder gemeint ist, so dass auch Befristung und Widerrufsvorbehalt kumulativ angeordnet werden können.

Was die **Auflage** (Pflicht zum Entfernen) anbetrifft, räumt § 18 II 2 StrWG Ermessen ein.

Insofern ist gem. § 114 S. 1 VwGO nur zu überprüfen, ob Ermessensfehler vorliegen.

Solche sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich.

Der angeordnete Widerrufsvorbehalt soll, wie auch die Befristung, die Dauer der Sondernutzungserlaubnis eingrenzen. Er entspricht daher dem Normzweck des § 18 StrWG und ist somit ebenfalls zulässig.

Dem Künstler, das Säubern der Fläche aufzulegen, ist sogar wegen der drohenden übermäßigen Nutzung der Straße geboten. Hier liegt keine ermessensfehlerhafte Entscheidung vor.

Fraglich ist, ob sich aus Art. 3 I GG etwas anderes ergibt.

Die Behörde hat vorliegend ihr Ermessen im Einklang mit der Verwaltungspraxis ausgeübt. Die Verwaltungsrichtlinien stellen eine antizipierte Verwaltungspraxis dar. H beanstandet deshalb zu Unrecht, dass die Behörde auf ihre Richtlinien Bezug genommen hat. Ermessensfehlerhaft wäre es gewesen, wenn sie ohne sachlichen Grund von ihrer Verwaltungspraxis abgewichen wäre. Abweichen dürfte die Verwaltung, soweit die Verwaltungsvorschriften rechtswidrig wären, dies ist aber vorliegend nicht der Fall.

II. **Zwischenergebnis**

Die Nebenbestimmungen sind rechtmäßig, auf die Frage der materiellen Teilbarkeit (also auf die Frage, ob der Verwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmungen rechtmäßig und sinnvoll wäre) kommt es mithin nicht an.

Die Anfechtungsklagen sind auch insofern unbegründet.

H. **Ergebnis**

Die Klagen des Malers H sind zulässig, aber unbegründet. Die Klagen werden abgewiesen.

Zusatzfrage:

Eine Untersagungsverfügung gegenüber H könnte auf § 22 StrWG gestützt werden. Dies ist die Generalklausel im Wegerecht und verdrängt § 14 OBG. Eine Untersagungsverfügung kann erfolgen, soweit H eine Sondernutzung der Straße ohne erforderliche Erlaubnis vornimmt (vgl. dazu oben).

Vollstreckt würde eine solche Untersagungsverfügung gem. VwVG NRW. Denkbar wäre, dass die Stadt eine Untersagungsverfügung erlässt und gem. § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung anordnet. Dann wäre eine Vollstreckung nach § 55 I 2. Alt. VwVG möglich. Sollte ein Polizeibeamter die Verfügung aussprechen, ist ebenfalls eine Vollstreckung gem. § 55 I 2. Alt. VwVG möglich, da Rechtsbehelfe gegen unaufschiebbare Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten gem. § 80 II Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung haben. Als Vollstreckungsmittel kommen dann sowohl Zwangsgeld gem. § 60 VwVG als auch (als ultima ratio) unmittelbarer Zwang gem. § 62 VwVG in Betracht.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

1. Unterscheiden sie die Arten von Nebenbestimmungen anhand ihrer Rechtsfolgen.
2. Was ist eine modifizierende Auflage?
3. Wie prüft man die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen?
4. Ist eine rechtswidrige Nebenbestimmung durchsetzbar?
5. Wann ist ausnahmsweise eine rechtswidrige unanfechtbare Nebenbestimmung nicht durchsetzbar?
6. An welche Möglichkeit muss man bei rechtswidrigen oder nichtigen Nebenbestimmungen denken?
7. Kann man bei nichtigen Nebenbestimmungen im Rahmen der Auslegung von § 44 IV VwVfG den Willen der Behörde berücksichtigen?
8. Welche Klagemöglichkeiten hat der Bürger gegen Nebenbestimmungen?
9. An welche Möglichkeit muss man denken, wenn die Nebenbestimmung zwar rechtswidrig, nicht aber materiell abteilbar vom VA ist?

Zur eigenständigen Wiederholung

Zur eigenständigen Wiederholung des Themas Anfechtung von Nebenbestimmungen empfehlen wir Euch folgendes Video auf youtube:

<https://www.youtube.com/watch?v=R-JX8mbLG9E>



Fall 2



Wasserleistungssatzung mit Kläranlage

Simon Schütt ist Eigentümer eines Grundstückes in der kreisangehörigen nordrhein-westfälischen Gemeinde W. Die Gemeinde hatte für den Betrieb ihrer neu errichteten gemeindlichen Wasser-versorgungsanlage eine Wasserleistungssatzung mit Anschluss- und Benutzungszwang erlassen, die am 20.4.2000 im Amtsblatt der Gemeinde bekannt gemacht wurde. Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang sah die Satzung nicht vor. Gleichzeitig wurde von der Gemeinde auch eine rechtswirksame Abgabensatzung hinsichtlich der Gebühren und Beiträge für die Benutzung der Wasserversorgungsanlage erlassen und zusammen mit der Wasserleistungssatzung bekannt gemacht.

Am 16.7.2000 erhielt die kreisangehörige Gemeinde ein Schreiben des zuständigen Landrats, in dem er die Gemeinde darauf hinwies, dass die Wasserleistungssatzung beanstandet werde, weil diese keine Befreiungsklausel für den Anschluss- und Benutzungszwang in Härtefällen enthalte und ohne diese Klausel gegen Art. 14 GG verstoße.

Die Gemeinde war zwar der Ansicht, dass ein im öffentlichen Interesse angeordneter Anschluss- und Benutzungszwang nicht gegen Art. 14 GG verstoßen könne, da diese Anordnung immer eine konkrete Ausgestaltung der Sozialbindung des Eigentums darstelle, jedoch entschloss sie sich am 11.10.2000 dennoch, folgende Befreiungsklausel in die Satzung einzufügen:

„Anlieger, die zur Zeit des Inkrafttretens der Satzung eine eigene Brunnenanlage haben, werden vom Anschluss- und Benutzungszwang befreit, wenn dieser für sie eine unbillige Härte bedeutet. Anlieger, für die die Leistung der gemeindlichen Wasserversorgungsanlage unbrauchbar ist oder für die der Anschluss- und Benutzungszwang eine unzumutbare Härte darstellen würde, werden ebenfalls befreit.“

Außerdem beschloss die Gemeinde, dass die Satzung rückwirkend zum 1.5.2000 in Kraft treten sollte. Die geänderte Satzung wurde am 16.11.2000 im Gemeindeblatt bekannt gemacht.

Für das Grundstück des Schütt, auf dem seit der Bebauung 1971 eine eigene Versickergrube vorhanden war, wurde mit Bescheid vom 29.3.2002 eine Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang bzgl. der Entwässerung erteilt mit dem Hinweis, die Befreiung gelte zwar auf Dauer, aber auch unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs, sofern Grundstücke Dritter durch die Abwasserversickerung in Mitleidenschaft gezogen würden. Grund für die Befreiung waren die Anschlusskosten für den Abwasserkanal in Höhe von 12.000 Euro, die als unbillige Härte angesehen wurden. Die Entwässerung erfolgte im Gemeindegebiet über eine Kläranlage mit einfacher Klärstufe.

Vor zwei Jahren wurde eine neue Kläranlage mit dritter Klärstufe, die eine sehr gute Reinigung des Wassers gewährleistet, in Betrieb genommen. Nachdem ein vom Gemeinderat gebildeter Ausschuss die bisher erteilten Befreiungen überprüft hatte und im Juli vergangenen Jahres einen abschließenden Bericht vorlegte, hob die Gemeinde die Befreiung mit Bescheid vom 20. Januar diesen Jahres unter Hinweis auf die durch die Kläranlage entstandene neue Situation auf. Dadurch überwiegen nunmehr die öffentlichen Interessen. Die Gemeinde bietet dem Schütt an, den Kanal für 7.000 Euro herzustellen, was Schütt aber ablehnt. Er meint, er habe seit mehreren Jahren von der Befreiung Gebrauch gemacht und erhebt Klage.

In einem Gutachten sind die Erfolgsaussichten einer Klage des Schütt zu beurteilen. Dabei ist auf alle angesprochenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Kommunalrecht NRW - Fall 2

A. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO (+)

B. Zulässigkeit

I. Klageart

Anfechtungsklage, bei Beseitigung der Aufhebung ist Befreiungstatbestand wieder wirksam

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Adressatengedanke

III. Vorverfahren unstatthaft gem. § 110 I 1 JustG

IV. Klagefrist/Sonst. Vorausss.

V. Zw.Erg.: Klage zulässig

C. Begründetheit

I. RGL des AufhebungsVA

§ 49 II oder § 48 I 1, III VwVfG

=> ursprünglicher VA rm oder rw?

1. RM des Befreiungsbescheides

a. RGL des Befreiungsbescheides

Befreiungsklausel in Satzung

(P) Wirksamkeit der Satzung

aa. RGL Satzung: § 9 I 1 GO

bb. Formelle Wirksamkeit

cc. Materielle Wirksamkeit

(1) Vorausss. § 9 I 1 GO ⊕

Beurteilungsspielraum bzgl. dringendem öff. Bedürfnis (Prognoseentscheidung)

(2) Verstoß gegen höherrangiges Recht

Art. 14 => Inhalts- und Schrankenbestimmung

(3) Zulässige Rückwirkung der geänderten Satzung

⊕, da Rechtsunsicherheit

=> kein Vertrauensschutz

=> keine Diff. zwischen echter und unechter Rückwirkung erforderlich

dd. ZwErg.: Satzung (= RGL für Befreiungs-VA) wirksam

b. Formelle / Materielle RM des BefreiungsVA ⊕

Vorausss. der Härtefallklausel ⊕ hohe Kosten, schlechte Klärung durch Gemeinde

c. ZwErg.

BefreiungsVA = rm

=> RGL für Aufhebung § 49 II VwVfG

II. Formelle RM des Widerrufs ⊕

III. Materielle RM des Widerrufs

1. Vorbehalt i.S.d. § 49 II Nr. 1 VwVfG (-)

genannte Gründe liegen nicht vor.

2. § 49 II Nr. 3 VwVfG

a. „Nachträglich eingetretene Tatsachen“

Bau der neuen Kläranlage

b. Berechtigung, den Befreiungs-VA nicht zu erlassen

Neue Kläranlage => öffentliche Interessen jetzt höher;

7.000 Euro => keine besondere Härte mehr

c. Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf (+)

Gesundheit / Sauberkeit des Grundwassers

3. „Gebrauchmachen“ als Hinderungsgrund, § 49 II Nr. 4 VwVfG analog?

hier schon kein Gebrauchmachen

4. Besondere Vertrauensschutzerwägungen nicht erforderlich

5. Widerrufsfrist des § 49 II 2 i.V.m. § 48 IV VwVfG abgelaufen?

str. ob

reine Entscheidungsfrist (Rspr) oder

SV-Ermittlungs- plus Entscheidungsfrist (Lit)

h.M.: reine Entscheidungsfrist

=> positive Kenntnis aller für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen nötig (a.A. vertretbar)

hier: kein Fristablauf

6. Ermessen, § 49 II VwVfG

Fehler nicht ersichtlich

D. Gesamtergebnis

Widerruf rechtmäßig

=> Zulässige Klage unbegründet

Lösung Fall 2

Die Klage vor dem Verwaltungsgericht hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. § 40 I 1 VwGO, Verwaltungsrechtsweg

Es müsste gem. § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dazu muss es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln. In Streit steht die Aufhebung der Befreiung von dem durch die Satzung festgelegten Anschluss- und Benutzungszwang. Die streitentscheidenden Normen sind §§ 48, 49 VwVfG NRW. Diese Normen berechtigen einseitig einen Hoheitsträger, Verwaltungsakte zurückzunehmen und zu widerrufen. Die Streitigkeit ist daher öffentlich-rechtlich. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist sie auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine anderweitige Rechtswegzuweisung ist nicht ersichtlich, somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

B. Zulässigkeit der Klage

I. Statthafte Klageart

Nach dem Rechtsgedanken des § 88 VwGO ist das Begehren des Klägers maßgeblich zur Bestimmung der statthaften Klageart. Schütt (S) wendet sich gegen die Aufhebung der ihm gewährten Befreiung.

Die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO ist statthaft, wenn die Aufhebung der Befreiung ein Verwaltungsakt ist. Die Befreiung wurde durch Verwaltungsakt gewährt, daher muss auch die Aufhebung dieses Aktes nach der actus-contrarius Theorie selbst ein Verwaltungsakt sein.

Richtige Klageart zur Beseitigung dieser Aufhebung ist demnach die Anfechtungsklage gemäß § 42 I 1. Alt. VwGO. Die erteilte Befreiung wird dann wieder wirksam, § 43 II VwVfG NRW. Eine etwaige Verpflichtungsklage auf erneute Befreiung würde am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern, da die Anfechtungsklage wegen ihrer rechtsgestaltenden Wirkung die rechtsschutzintensivere Klageart ist.

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

S muss gem. § 42 II VwGO geltend machen in seinen Rechten verletzt zu sein. Der Befreiungsbescheid räumt dem S eine besondere Rechtsstellung ein, in der er möglicher Weise verletzt ist. S ist daher klagebefugt.

III. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 110 I 1 JustG NRW nicht statthaft.

IV. Klagefrist gemäß § 74 I 2 VwGO

Die Klage muss gemäß §§ 57 VwGO, 222 ZPO, 187 ff. BGB vor Ablauf der Klagefrist von einem Monat bei Gericht eingereicht werden.

V. Passive Prozessführungsbefugnis

Richtige Beklagte ist gemäß § 78 I Nr. 1 die Stadt W.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

S ist gem. §§ 61 Nr. 1 1. Alt., 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig.

Die Beteiligtenfähigkeit der Stadt ergibt sich aus § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO. Die Stadt ist prozessfähig gem. § 62 III VwGO und wird gem. § 63 I 1 GO NRW durch den Bürgermeister vertreten.

Die Klage ist zulässig.

C. Begründetheit

Die Klage ist gem. § 113 I VwGO begründet, soweit die Aufhebung der Befreiung rechtswidrig und S dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

I. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Aufhebung kann – da spezielle Rücknahme- und Widerrufsvorschriften in der GO NW fehlen – entweder § 49 II oder § 48 I 1 i.V.m. III VwVfG NRW sein. Entscheidend ist, ob der ursprüngliche Befreiungsbescheid rechtmäßig oder rechtswidrig war.

Anmerkung:

Die Prüfung, ob der ursprüngliche VA rechtswidrig oder rechtmäßig ist, kann an sich dahin stehen, wenn jedenfalls ein Widerruf unter den Voraussetzungen des § 49 II VwVfG möglich wäre. Denn die Voraussetzungen eines Widerrufs eines begünstigen rechtmäßigen VAs sind erheblich enger als diejenigen einer Rücknahme nach § 48 VwVfG, so dass, wenn ein Widerruf möglich ist, jedenfalls auch eine Rücknahme möglich ist.

Im Rahmen einer Rücknahme rechtswidriger VA kann sich die Verwaltung gegenüber schutzwürdiger Interessen des Bürgers auf die Verpflichtung der Verwaltung zu rechtmäßigem Handeln und den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes berufen, was beim Widerruf eines rechtmäßigen VA nicht möglich ist.

Im vorliegenden Fall sollte gleichwohl eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen VA durchgeführt werden, da man sich ansonsten um die Schwerpunkte und wesentlichen Probleme des Falls bringen würde.

1. Rechtmäßigkeit des Befreiungsbescheides

Damit der Befreiungsbescheid rechtmäßig ist, müsste eine Rechtsgrundlage für die Befreiung vorgelegen haben (a) und sie dürfte ferner keine

formellen oder materiellen Mängel aufweisen (b). Als Rechtsgrundlage kommt die Satzung der Gemeinde W in Betracht.

a) **Rechtsgrundlage des Befreiungsbescheides / Wirksamkeit der Satzung**

aa) **Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Satzung**

Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Satzung kommt zunächst § 7 GO in Betracht, wonach die Gemeinden berechtigt sind, die Regelung gemeindlicher Angelegenheiten durch Satzung vorzunehmen. Nach herrschender Meinung ergibt sich aus dieser Generalermächtigung aber nicht die Befugnis zu Eingriffen in Grundrechte der Bürger.¹ In solchen Fällen ist eine autonome Regelung nur zulässig, wenn eine darüber hinausgehende, besondere gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Ermächtigungsgrundlage der Satzung ist vielmehr § 9 GO, der den Gemeinden das Recht einräumt, unter bestimmten Voraussetzungen einen Anschluss- und Benutzungszwang festzulegen.

bb) **Formelle Unwirksamkeitsgründe**

Formelle Unwirksamkeitsgründe im Hinblick auf die Satzung, etwa Fehler bei der Beschlussfassung oder ähnliches, sind nicht ersichtlich.

cc) **Materielle Unwirksamkeitsgründe**

Die Satzung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dazu müssten zunächst die Voraussetzungen des § 9 I 1 GO im konkreten Fall vorliegen (1). Sodann müsste die geänderte Satzung mit Art. 14 GG vereinbar sein (2) und schließlich müsste ein rückwirkendes Inkrafttreten zulässig gewesen sein (3).

(1) **Voraussetzungen der Rechtsgrundlage, § 9 I 1 GO**

Nach § 9 I 1 GO NW ist die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwanges nur für grundstücksbezogene öffentliche Einrichtungen zulässig. Der Anschluss an die Kanalisation ist ausdrücklich erwähnt und erfüllt daher diese Voraussetzung. Der Zwang muss auch, wie sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, zur Förderung der Volksgesundheit angeordnet worden sein und einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen.² Die öffentliche Abwasserbeseitigung wird generell vorgenommen um die Sauberkeit des Grundwassers zu gewährleisten und so die Volksgesundheit zu schützen. Die Frage, ob ein öffentliches Bedürfnis im Sinne dieser Vorschrift vorliegt ist nur in eingeschränktem Maße der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterworfen, da

nach h.M. den Gemeinden insoweit ein nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum bleibt (Lehre vom Beurteilungsspielraum, Prognoseentscheidungen).³

Das öffentliche Bedürfnis kann darin gesehen werden, dass der Schutz der Volksgesundheit durch die Verwendung einer Kanalisation von einem hohen Anschlussgrad abhängt.

Hier ist nicht ersichtlich, dass die Gemeinde nur aus rein fiskalischem Interesse den Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet hat. Vielmehr ist sie zum Schutz der Volksgesundheit tätig geworden, für den ein öffentliches Bedürfnis besteht.

(2) **Verstoß der Satzung gegen höherrangiges Recht, insbes. Art. 14 GG**

Die Satzung könnte gegen Art. 14 I GG verstoßen. Der Anschluss- und Benutzungszwang stellt einen Eingriff in die grundrechtliche Sphäre des Bürgers dar, da von ihm eine bestimmte Handlung im Hinblick auf sein Grundeigentum gefordert wird⁴. Es fragt sich, welche Art von eigentumsrelevanter Maßnahme (Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung) der Erlass der Satzung ist.

(a) **Enteignung**

Die Satzung könnte eine Enteignung darstellen.

Enteignung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG (Nassauskiesungsbeschluss⁵) nur der **finale staatliche Zugriff** auf das Eigentum. Es ist also begrifflich zwischen Enteignung und Inhaltsbestimmung zu trennen. Der Gesetzgeber muss sich im Klaren sein, ob er enteignen will oder ob seine geplante Regelung noch Ausdruck von Inhalts- und Schrankenbestimmung ist. Will der Gesetzgeber gezielt das Eigentum ganz oder teilweise entziehen, liegt eine Enteignung vor. Will der Gesetzgeber dagegen lediglich generell abstrakt Inhalt und Grenzen des Eigentums festlegen, handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Diese Rechtsprechung des BVerfG hat die alte sog. **Sonderopfer- oder Schweretheorie** abgelöst. Diese vertraten BGH und BVerwG, die als Kriterium nach der Intensität des Eingriffs differenzierten. Die Enteignung war demnach ein quantitatives Mehr gegenüber der Inhalts- und Schrankenbestimmung. Nach gewandelter dogmatischer Vorstellung muss man jetzt jedoch von einem **aliud-Verhältnis** zwischen Art. 14 I 2 und Art. 14 III GG ausgehen.

Mit § 9 GO wollte der Gesetzgeber Inhalt und Grenzen des Eigentums für eine Vielzahl von

¹ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1990, 96 (96); OVG NW NWVBL 2003, 381/382.

² OVG NW NWVBI 2003, 381/382.

³ Vgl. OVG Nds, DÖV 1991, 610; OVG NW, NVwZ 1987, 727.

⁴ OVG NW, NWVBI 2003, 381.

⁵ BVerfGE 58, 300 ff.

Fällen und Adressaten neu bestimmen. Ein völliger oder teilweiser gezielter Entzug des Eigentums ist vom Gesetzgeber nicht gewollt.

(b) Inhalts- und Schrankenbestimmung

Die Satzung könnte eine Inhalts- und Schrankenbestimmung sein. Art. 14 I GG schützt ein sog. „normgeprägtes Grundrecht“, d.h. der Inhalt des Schutzbereichs bestimmt sich nach dem Gesetz. Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest⁶. Nach ganz herrschender Meinung stellt der Anschluss- und Benutzungszwang eine **Inhalts- und Schrankenbestimmung** i.S.d. Art. 14 I 2 GG dar.⁷

(c) Härtefallklausel

Obwohl die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs grundsätzlich rechtmäßig ist, kann er dennoch in Einzelfällen ein unzumutbarer Eingriff sein. Die Satzung kann etwa wegen gleicher Regelung ungleicher Sachverhalte gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen oder unverhältnismäßig sein. Die ursprüngliche Satzung war auf Grund der fehlenden Härtefallklauseln unverhältnismäßig. Dieser Verstoß gegen Art. 14 GG führt zur Nichtigkeit der ursprünglichen Satzung. Da zumindest die **geänderte Satzung** einen solchen **Befreiungstatbestand** aufgenommen hat, ist sie rechtmäßig und verstößt nicht gegen Art. 14 I GG.

(3) Zulässigkeit des rückwirkenden Inkrafttretens der geänderten Satzung

Die ursprüngliche Satzung war wegen Fehlens einer Regelung für Härtefälle nichtig, daher kommt es für die rechtmäßige Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs darauf an, ob die rückwirkende Inkraftsetzung der geänderten Satzung zulässig war. Es könnte ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG vorliegen.

Eine Rückwirkung verstößt nicht schlechthin gegen rechtsstaatliche Grundsätze, da es außer im Strafrecht gem. Art. 103 II GG kein allgemeines Rückwirkungsverbot gibt. Das Rechtsstaatsprinzip beinhaltet jedoch das Gebot der Rechtssicherheit, das für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeutet.⁸ Problematisch ist es demnach, wenn eine **Rechtsposition** des Bürgers **rückwirkend verschlechtert wird**.

Man könnte argumentieren, dass die nachträglich in Kraft getretene Satzung keine Rechtsposition der Bürger verschlechtert, da die Änderung selbst – die Aufnahme einer Befreiungsklausel – gar keine belastende Wirkung entfaltet. Möglich

ist jedoch auch die Annahme, dass die ursprüngliche Satzung wegen Nichtigkeit keine taugliche Ermächtigungsgrundlage war und die nachträgliche Änderung erst eine solche geschaffen hat. Damit kommt der Satzung insgesamt auch belastende Wirkung zu. Welche Betrachtung vorzuzugender ist kann jedoch offenbleiben wenn die Rückwirkung - eine belastende Wirkung unterstellt - gar nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen der echten und der sogenannten unechten Rückwirkung.

Anmerkung:

Der 2. Senat des BVerfG unterscheidet nicht zwischen echter und unechter Rückwirkung, sondern zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung.⁹ Eine Änderung in den sachlichen Grundsätzen ist damit aber nicht eingetreten.¹⁰

Dennoch ist die Prüfung nunmehr insoweit anders gewichtet, als bei der Rückbewirkung von Rechtsfolgen unmittelbar auf das Rechtsstaatsprinzip und nur mittelbar auf das verletzte Grundrecht abgestellt wird.

Bei der tatbestandlichen Rückanknüpfung werden die Grundrechte hingegen unmittelbar herangezogen, wohingegen das Rechtsstaatsprinzip nur noch mittelbar Berücksichtigung findet.¹¹

In der Klausur sollte man sich für ein Etikett entscheiden und kann das andere in Klammerzusätzen anführen. Wichtig ist aber vor allem eine fallbezogene Argumentation die alle Aspekte des Sachverhalts auswertet.

(a) unechte Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung)

Eine sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung liegt vor, wenn ein Rechtssatz auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt. Eine unechte Rückwirkung ist in der Regel zulässig. Sie kann im Einzelfall unzulässig sein, wenn das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen vorrangig ist.

(b) echte Rückwirkung

Echte Rückwirkung beinhaltet, dass ein Gesetz eine bis zu seinem Inkrafttreten bestehende Rechtslage mit Wirkung für die Vergangenheit durch ein neues Recht ändert. Es handelt sich um eine nachträgliche Regelung eines bereits

⁶ BVerfGE 58, 300/330; 72, 66/76.

⁷ BayVGH, BayVBI 64, 94; BayVerfGH, BayVBI 77, 694 BGHZ 40, 355 (361); BVerwGE 62, 224 ff.; OVG NW, NWVBI 2003, 381.

⁸ BVerfGE 18, 429, 439.

⁹ Vgl. BVerfGE 72, 200 (242); NJW 1992, 2877 (2287).

¹⁰ Vgl. Fiedler in NJW 88, 1624 ff.; Muckel, JA 1994, 13 ff.

¹¹ Vgl. Pieroth, JZ 1990, 279 ff.

abgeschlossenen Sachverhaltes. Die Verfassung schützt grundsätzlich durch das Rechtsstaatsprinzip das Vertrauen darauf, dass die mit abgeschlossenen Tatbeständen verknüpften gesetzlichen Rechtsfolgen anerkannt bleiben.¹²

(c) Anwendung auf den konkreten Fall

Fraglich ist aber, ob überhaupt ein schutzwürdiges Vertrauen bestand. Schließlich war die ursprüngliche Satzung mangels Befreiungsmöglichkeiten verfassungswidrig. In diesen Fällen erfordert das Rechtsstaatsprinzip selbst eine rückwirkende Klärung.¹³ Die Ersetzung einer ungültigen Norm durch eine rechtlich einwandfreie Norm ist daher immer auch rückwirkend zulässig.¹⁴

Es gab somit gar keine tragfähige Vertrauensgrundlage.

Um die entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen, war das rückwirkende Inkrafttreten der Satzung notwendig und zulässig. Es kommt somit auch nicht mehr darauf an, ob ein Fall der echten oder unechten Rückwirkung vorlag, oder ob es sich überhaupt um eine belastende Regelung handelt.

Anmerkung:

Für die **Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot** ist ebenfalls der Vertrauensschutz maßgeblich. Die (echte) Rückwirkung ist daher zulässig wenn:

1. **kein Vertrauen bestand** (mit Neuregelung musste gerechnet werden)
2. das **Vertrauen nicht schutzwürdig** war (keine tragfähige Vertrauensgrundlage, weil bisherige Regelung unklar und verworren oder verfassungswidrig und nichtig ist)
3. dem schutzwürdigen Vertrauen **überwiegende öffentliche Interessen** gegenüberstehen.

dd) Zwischenergebnis:

Die der Befreiung zugrundeliegende Satzung war demnach wirksam. Rechtsgrundlage für die Befreiung ist daher die Härtefallklausel der Satzung.

b) Formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Befreiungsbescheides

Der Befreiungsbescheid müsste auch formell und materiell rechtmäßig sein. Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Befreiungsbescheides bestehen nicht. Fraglich ist, ob ein Härtefall im Sinne der Befreiungsklausel anzunehmen ist. Die für den Bürger hohen Kosten und der geringe Nutzen wegen der ursprünglich schlechten Klärung der Abwässer durch die Gemeinde

begründen die Annahme eines Härtefalls. Damit ist der Befreiungsbescheid auch materiell rechtmäßig.

c) Zwischenergebnis:

Damit war die damals erteilte Befreiung rechtmäßig, ein Widerruf kann sich ausschließlich nach § 49 II VwVfG NRW richten.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit sprechende Anhaltspunkte sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, insbesondere war die Gemeinde für den Widerruf ihres eigenen Verwaltungsaktes zuständig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

Erforderlich für eine rechtmäßige Rücknahme ist ein Widerrufsgrund nach § 49 II VwVfG NRW, wobei hier Nr. 1 und Nr. 3 in Betracht kommen.

1. Widerrufsvorbehalt

Der Widerruf der Befreiung wurde im Verwaltungsakt ausdrücklich vorbehalten, so dass **§ 49 II Nr. 1 VwVfG NRW** als speziellste Regelung anzusehen ist.

Allerdings wurde die Widerrufsmöglichkeit im Bescheid beschränkt auf den Fall, dass andere Grundstücke durch die Abwasserversickerung in Mitleidenschaft gezogen werden.

Dies ist aber nicht der Fall, der Widerruf erfolgte wegen der durch die Kläranlage neu geschaffenen Situation.

2. Widerruf nach § 49 II Nr. 3 VwVfG

Dann kommt nur noch **§ 49 II Nr. 3 VwVfG NRW** in Frage. Zwischen diesen beiden Vorschriften besteht auch kein Verhältnis dergestalt, dass von einer ausschließlichen Anwendbarkeit der Nr. 1 auszugehen wäre, wenn ein Verwaltungsakt einen Widerrufsvorbehalt enthält. Neben diesem Vorbehalt gelten die anderen Widerrufsgründe weiterhin.¹⁵

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Befreiung „auf Dauer“ erteilt wurde, da dies so verstanden werden muss, dass die Gemeinde angenommen habe, die Sach- und Rechtslage werde sich nicht ändern. Auch aus dem objektiven Empfängerhorizont konnte diese Wendung nur so verstanden werden, dass sich die Behörde nur bei unveränderter Lage gebunden fühlen sollte. Es müssten die Voraussetzungen des § 49 II Nr. 3 VwVfG gegeben sein.

a) Nachträglich eingetretene Tatsachen

Zunächst sind „nachträglich eingetretene Tatsachen“ erforderlich. Diese sind hier in dem Bau der neuen Kläranlage und des Verbindungssammlers zu sehen. Durch diese Einrichtungen wird die

¹² BVerfGE 30, 367 f.

¹³ Erichsen/ Martens, AllgVerwR § 8 Rn. 6.

¹⁴ BVerfGE 7, 89, (94); 13, 261, (272).

¹⁵ Kopp/ Ramsauer, § 49, Rn. 36.

komplette Abwasserentsorgung modernisiert, so dass die Versickerung von Abwasser nicht mehr zeitgemäß erscheint.

Diese Umstände lagen bei Erlass des Befreiungsbescheides noch nicht vor.

b) Berechtigung zum Nichterlass des VA

Diese neuen Tatsachen müssten die Behörde berechtigen, den Befreiungsverwaltungsakt nicht zu erlassen.

Die besondere Härte lag ursprünglich auf Grund der Anschlusskosten in Höhe von 12.000 € vor. Die finanzielle Belastung läge nun bei 7.000 €, also deutlich unterhalb der ersten. Es könnte daher schon keine besondere Härte mehr vorliegen.

Allerdings bringt die neue Kläranlage auch eine Änderung in der Abwägung mit sich, ob zu befreien ist oder nicht. Der besondere Härtefall, der zu einer Befreiung führt, ist in Relation zu setzen mit den öffentlichen Interessen, die der Anschluss- und Benutzungszwang verfolgt.

Hier brachte 2000 der Anschluss an die damalige Kläranlage keine entscheidenden umwelttechnischen Vorteile, da nur eine einfache Klärung vorgenommen wurde. Die Versickerung hatte demgegenüber keine erheblichen Nachteile.

Nach Inbetriebnahme der neuen Kläranlage fällt die Abwägung dagegen zugunsten der öffentlichen Interessen aus, da nunmehr mit dem Anschlusszwang erhebliche Vorteile durch die mögliche Reinigung des Wassers verbunden sind. Die Befreiung hätte also jetzt nicht mehr erteilt werden müssen.

c) Gefährdung des öffentlichen Interesses

Ohne den Widerruf müsste das öffentliche Interesse gefährdet sein. Erforderlich ist, dass der Widerruf zur Abwehr einer Gefährdung, das heißt zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst unmittelbar drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist.¹⁶

Dies ist hier der Fall. Schutzgut der öffentlichen Abwasserbeseitigung ist die Sauberkeit des Grundwassers und damit die Volksgesundheit.

Der angeordnete Anschlusszwang dient diesem Schutzgut, umso mehr nach Bau der neuen Kläranlage - nur so lässt sich mit größtmöglicher Sicherheit eine Verunreinigung des Grundwassers durch Abwasser ausschließen. Der Verzicht auf diese zu erlangende Sicherheit führt bereits zu einer Gefährdung des in Rede stehenden Schutzgutes.¹⁷

3. Entgegenstehendes Gebrauchmachen

Fraglich ist, ob das „Gebrauchmachen“ von der Befreiung dem Widerruf entgegensteht.

Es ist strittig, ob das „Gebrauchmachen“, das als einen Widerruf verhinderndes Tatbestandsmerkmal lediglich in § 49 II Nr. 4 VwVfG NRW zu finden ist, auf die Fälle der Nr. 3 analog anzuwenden ist.

Gegen die Möglichkeit einer Analogie spricht, dass es vor Inkrafttreten des VwVfG eine Rechtsprechung gab, die diese Analogie vertreten hatte, der Gesetzgeber diese aber gerade nicht in das VwVfG übernommen hat.¹⁸

Im vorliegenden Fall kann diese Frage offen bleiben, da kein „Gebrauchmachen“ im Sinne des Gesetzes vorliegt. Dieser Begriff setzt schon vom Wortlaut her ein tatsächliches Handeln voraus (BVerwG: „Inswerksetzen“), von dem hier nicht die Rede sein kann.

Die auf dem Grundstück des S vorhandene Versickergrube wurde nicht im Vertrauen auf die Befreiung erst errichtet, sondern sie war vorher schon vorhanden.

Von dem Befreiungsbescheid wurde demnach nur insoweit „Gebrauch gemacht“, als der Kläger davon abgesehen hat, sein Grundstück an den Schmutzwasserkanal anzuschließen. Dem Verwaltungsakt kam deshalb lediglich die Bedeutung zu, es bei einem schon vorhandenen Zustand belassen zu dürfen, was nach dem oben Gesagten für ein (aktives) Gebrauchmachen nicht ausreicht.

4. Vertrauensschutzerwägungen

Besondere Vertrauensschutzerwägungen sind im Rahmen des § 49 II VwVfG NRW nicht erforderlich. Der Regelung von § 49 II Nr. 1-5 liegt der Gedanke zugrunde, dass in diesen Widerrufsfällen das öffentliche Interesse an der Beseitigung oder Änderung des Verwaltungsakts im allgemeinen schwerer wiegt als das Interesse des Betroffenen am Bestand der Regelung.

Dem Vertrauensschutz wird nur über § 49 VI VwVfG NRW im Rahmen der Entschädigung Rechnung getragen, ansonsten gehört er schon zur Ermessensausübung selbst.

Das bedeutet, dass bei Vorliegen eines Widerrufgrundes in der Regel zu widerrufen ist, so dass Vertrauensschutzgesichtspunkte im Rahmen des Widerrufsermessens nur zugunsten des Betroffenen wirken, wenn der ihm ohnehin bereits von Gesetzes wegen zustehende Schutz aus besonderen Gründen nicht ausreichend erscheint.

Allein die hier vorhandene Erwartung, der Bescheid werde nicht widerrufen werden, gibt zu einer besonderen Bewertung keinen Anlass.

¹⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49, Rdnr. 48.

¹⁷ BVerwG, NVwZ 1992, 565, (566).

¹⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49, Rdnr. 40.

5. Widerrufsfrist

Der Widerruf wäre aber dann rechtswidrig, wenn die Jahresfrist des § 49 II 2 i.V.m. § 48 IV 1 VwVfG NRW bereits abgelaufen war.

§ 48 IV VwVfG NRW stellt ab auf die Erlangung von Kenntnissen, die die Rücknahme rechtfertigen. Die Inbetriebnahme der Kläranlage als neue Tatsache erfolgte bereits vor zwei Jahren, der Widerruf aber erst Anfang des Jahres.

Fraglich ist, wie Kenntnisse, die die Rücknahme rechtfertigen, zu verstehen ist. Als Maßstabnorm ist § 48 I 1 VwVfG NRW heranzuziehen, demnach könnte es grundsätzlich ausreichen, wenn die Behörde die Tatsachen kennt, aus denen sich die Aufhebbarkeit ergibt.¹⁹ Danach wäre ein Jahr nach der Inbetriebnahme der Kläranlage die Frist abgelaufen. Die Frist wird demnach zum Teil als **Bearbeitungsfrist** aufgefasst.

Demgegenüber sieht das BVerwG die Frist als eine reine **Entscheidungsfrist** an.

Das BVerwG verlangt nicht nur die Kenntnis der Rechtswidrigkeit, sondern darüber hinaus auch die Kenntnis des vollständigen entscheidungserheblichen Sachverhalts. Dazu gehören auch alle Tatsachen die gem. § 48 II VwVfG NRW ein Vertrauen entweder rechtfertigen oder nicht, sowie die wesentlichen Umstände für die Ermessensausübung.

Danach begann die Frist hier erst Mitte des vergangenen Jahres zu laufen, als der zuständige Ausschuss mit der Überprüfung der bisher erteilten Befreiungen zu einem Ende gelangte. Erst dann kann sowohl von der Kenntnis der Rechtswidrigkeit ausgegangen werden, als auch vom Abschluss der weiteren Ermittlungen.

Dem BVerwG ist zu folgen, da viele Sachverhalte denkbar sind, in denen eine komplette Sachverhaltsaufklärung sehr lange dauern kann, so dass der Behörde unter Zeitdruck gegebenenfalls Fehler unterlaufen könnten (Gründlichkeit vor Schnelligkeit). Die Frist ist somit noch eingehalten.

6. Ermessen

Die Rücknahmeentscheidung steht gem. § 49 II VwVfG NRW im Ermessen der Behörde. Die Entscheidung ist nicht unverhältnismäßig, missachtet nicht die Bedeutung von Grundrechten oder ist von sachfremden Erwägungen getragen. Daher sind Ermessensfehler nicht ersichtlich.

D. Ergebnis

Die Klage des S ist zulässig, aber unbegründet.

Anmerkung:

Das OVG NW hat in seinem Urteil vom 14.04.2011 (NWVBl. 2011, 322) noch einmal klargestellt, dass ein Anschluss- und Benutzungszwang für eine Wasserversorgung auch dann verhältnismäßig ist, wenn der Eigentümer seinen Bedarf mit einer eigenen, einwandfrei arbeitenden Anlage decken kann. Die Eigentumsrechte sind daher von vornherein dahin eingeschränkt, dass er seine Anlage nur solange nutzen darf, bis die Gemeinde einen zulässigen Anschluss- und Benutzungszwang erlässt.

Vertiefungsfragen (eigenständige Bearbeitung)

Vgl. dazu Schlömer/Hombert Verwaltungsrecht Besonderer Teil NRW Band II – Kommunalrecht § 8.

1. Kann eine Gemeinde auch nur einen Anschlusszwang anordnen und welche Verpflichtungen ergeben sich hieraus für den Betroffenen?
2. Könnte eine Gemeinde die kommunale Wasserversorgung auf einen privaten Unternehmer übertragen und die Gemeindeangehörigen durch eine Satzung mit Anschluss- und Benutzungszwang dazu verpflichten, sich an diese Wasserversorgung anzuschließen?

¹⁹ Schoch, NVwZ 1985, 880, (884), wohl auch BVerwGE 66, 61.