

Dennis Häbel*

Klausur Polizeirecht: Ein Platzverweis bei Hochwasser

In der folgenden Klausur geht es um die Rechtmäßigkeitsprüfung von polizeilichen Maßnahmen in Form von Platzverweisen nach § 12a SOG. Dabei ist inzident die Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverordnung zu prüfen. Anschließend wird das prozessuale Vorgehen gegen die Platzverweise behandelt. Besonders relevant ist im Rahmen der Prüfung der statthaften Klageart die Abgrenzung der allgemeinen Feststellungsklage von der Fortsetzungsfeststellungsklage bei der Erledigung eines Verwaltungsaktes vor Klageerhebung.

Sachverhalt

Seit dem 18.06.2013 steigt der Wasserstand (Pegel) der Elbe durch ungünstige Windverhältnisse und dem Zustrom großer Wassermassen aus dem Oberlauf des Flusses stark an. Am Abend des 19.06. erreicht der Pegel eine Höhe, die der Hochwasser-Alarmstufe 2 entspricht. Der Hamburger Senat erlässt daraufhin am Abend des 19.06. die im Anhang auszugsweise ausgedruckte Verordnung, die er korrekt auf eine entsprechende Verordnungsermächtigung aus dem SOG stützt und im Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt macht.

Angesichts des Hochwassers will sich Sören Sorglos (S) am 20.06. mit Freunden am Elbufer zum Grillen treffen, dabei wollen S und seine Freunde das Hochwasser beobachten und gemütlich ein, zwei Bier trinken. Wie verabredet treffen sie sich gegen 17:00 Uhr in der A-Straße direkt an der Elbe. Die A-Straße wird auf einer Seite durch eine ca. 9 m breite Freifläche begrenzt. Die Freifläche ist durch Schilder als Grillplatz ausgewiesen. Unmittelbar an die Freifläche schließt sich eine 1,5 m hohe Betonmauer an, die durch Schilder deutlich erkennbar als Hochwasserschutzmauer gekennzeichnet ist. S findet die Stelle zum Grillen besonders geeignet, weil so das „Hochwassererlebnis“ besonders intensiv sei. Hinter der Mauer fühlen sich S und seine Freunde sicher, der Elbe-Pegel steht noch etwa 1,8 m unterhalb der Mauerkrone, der Pegel der Elbe sinkt nach zutreffenden Informationen des S zudem um stündlich 1–2 cm. Schon für den 21.06. wird mit einer Aufhebung der Alarmstufe 2 gerechnet.

Als S gerade die Grillkohle entzünden will, wird er von einer Streife der Vollzugspolizei angesprochen. Die beide Beamten A und B meinen, S befinde sich in einem Hochwassersperrgebiet, der Aufenthalt dort sei gefährlich und deshalb verboten. Sie weisen S und dessen Freunde an, den Grill und alle anderen Gegenstände einzupacken

und die Freifläche an der Elbe sofort zu verlassen. Dem S und seinen Freunden wird ferner untersagt, bis zum Ablauf des 23.06. die Freifläche an der A-Straße zu betreten.

S ist verärgert, er ist der Meinung, der Aufenthalt auf der Freifläche sei keinesfalls gefährlich gewesen. Zu keinem Zeitpunkt habe die Gefahr bestanden, dass die Mauer bricht oder überflutet wird. Der Elbe-Pegel habe noch unterhalb der Mauer gelegen. Das Grillen auf der Freifläche sei auch nicht verboten, sondern vielmehr Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit. Das Grillen neben der Mauer würde niemanden stören oder sonst beeinträchtigen. Von der Verordnung vom 19.06. habe er nichts gewusst, sie sei ihm auch nicht bekannt gegeben worden und schon deshalb irrelevant. Schließlich trägt S vor, die Verordnung sei offensichtlich materiell rechtswidrig.

Sie sind Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Gut & Schnell. S sucht am 24.06. die Kanzlei auf und bittet Sie um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Ist das Handeln der Beamten A und B rechtmäßig gewesen?
2. Wäre eine Klage gegen die von A und B getroffene Maßnahme auch jetzt noch zulässig?

Bearbeitervermerk:

Für die Bearbeitung der Klausur sind die nachstehend abgedruckten Vorschriften sowie das Hamburger SOG zu prüfen. Auf gefahrenabwehrrechtliche Vorschriften außerhalb des SOG und der Verordnung ist nicht einzugehen. Insbesondere sind das Hamburger Wassergesetz und baurechtliche Vorschriften nicht zu prüfen. Auf die Voraussetzungen des Art. 80 GG ist nicht einzugehen. Die Bearbeitungszeit beträgt 3 Zeitstunden.

Verordnung über ein Betretungsverbot von Hochwasserschutzanlagen

[...] Gestützt auf § 1 SOG wird folgende Verordnung erlassen [...]

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung „Polizei- und Ordnungsrecht“ von Dr. Clemens Richter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet. Die Fußnotenbemerkungen stammen von Nadine Lichtblau, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg und Mitglied der Redaktion der Hamburger Rechtsnotizen. Die Klausur wird als noch durchschnittlich schwierig eingestuft.

§ 1 Zeitlicher Geltungsbereich. Diese Verordnung gilt ab dem 20. Juni 2013 bis zum Aufheben der Alarmstufe 2 für die Elbe in Hamburg. Danach tritt sie automatisch außer Kraft.

§ 2 Räumlicher Geltungsbereich. Diese Verordnung gilt für das gesamte Territorium der Freien und Hansestadt Hamburg.

§ 3 Betretungsverbot Deiche. Das Betreten, Begehen oder Befahren aller Deichanlagen entlang der Elbe in dem in § 2 bezeichnetem Gebiet ist verboten. Dieses Verbot gilt auch für einen zehn Meter breiten Schutzstreifen, gemessen vom Deichfuß.

§ 4 Betretungsverbot weiterer Hochwasserschutzanlagen. Weiterhin ist das Betreten eines zehn Meter breiten Schutzstreifens entlang der sonstigen Hochwasserschutzanlagen an der Elbe (Hochwasserschutzmauern mit und ohne mobile Aufsätze, Hochwasserschutzstore und Sandsäcke) verboten. Das Verbot schließt das Erklettern der Anlagen ein. [...]

Es ist davon auszugehen, dass die Verordnung formell rechtmäßig ist. Für die Klausur ist davon auszugehen, dass Deiche aus Erdaufschüttungen errichtete Bauwerke sind.

Gutachten

Frage 1: Ist das Handeln der Beamten A und B rechtmäßig gewesen?

A. Rechtmäßigkeit der Anordnung, die Freifläche zu verlassen¹

Die Anordnung der Beamten A und B an S, die Freifläche an der Elbe zu verlassen, könnte rechtmäßig gewesen sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

Hierfür müsste zunächst eine Ermächtigungsgrundlage vorgelegen haben. § 12a SOG erlaubt es, Personen zur Gefahrenabwehr von einem Ort zu verweisen, folglich liegt eine Ermächtigungsgrundlage vor.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste formell rechtmäßig gewesen sein.

¹ Die Aufteilung der Anordnung in zwei Teile – den Platzverweis einerseits und das Verbot, an den Ort zurückzukehren, andererseits – ist sinnvoll, wenn man davon ausgeht, dass der Platzverweis nur einen relativ kurzen Zeitraum von etwa 24 Stunden umfassen kann und ein darüber hinausgehendes Aufenthaltsverbot auf eine andere Ermächtigungsgrundlage gestützt werden muss. Die Aufteilung durch den Bearbeiter ist daher als besonders positiv zu bewerten. Im Übrigen dürfte es für eine durchschnittliche Klausurbearbeitung wohl auch ausreichen, von einer einheitlichen Platzverweisung auszugehen.

1. Zuständigkeit

Hierfür müssten A und B im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt haben. Grundsätzlich sind die Verwaltungsbehörden in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich zuständig, unaufschiebbare Maßnahmen dürfen gem. § 3 II 1 SOG² auch von der Vollzugspolizei vorgenommen werden. Aufgrund des Hochwassers handelte es sich bei der Anordnung durch A und B um eine unaufschiebbare Maßnahme, sie waren somit als Vollzugsbeamte zuständig.

2. Verfahren

Das Verfahren wurde eingehalten, insbesondere die Anhörung gem. § 28 HmbVwVfG erfolgte.

3. Form

Gem. § 37 II HmbVwVfG können Verwaltungsakte grundsätzlich formlos ergehen³.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung war formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Des Weiteren müsste die Anordnung durch A und B auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Hierfür müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 12a SOG vorgelegen haben. § 12a SOG erlaubt einen Platzverweis, wenn dieser der Gefahrenabwehr dient, also eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt.⁴ Im vorliegenden Fall könnten insbesondere die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und subjektive Rechtsgüter des Einzelnen als Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sein.

a) Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung

Die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung als Gesamtheit aller geschriebenen Normen könnte dadurch verletzt sein, dass S der Verordnung über ein Betretungsverbot für Hochwasserschutzanlagen zuwiderhandelte.

² Ganz genau ergibt sich die Zuständigkeit der Vollzugspolizei aus § 3 II 1 lit. a SOG.

³ Besser wäre es, diese allgemeine Aussage mit dem Sachverhalt zu verknüpfen (sog. verkürzter Gutachtenstil): „Gemäß § 37 II HmbVwVfG können Verwaltungsakte grundsätzlich formlos ergehen, so dass der hier mündlich vorgenommene Verwaltungsakt nicht gegen Formvorschriften verstößt.“

⁴ Hiernach hätte noch eine Definition der öffentlichen Sicherheit erfolgen können, z. B. „Vorrangig vor dem Schutzgut der öffentlichen Ordnung als Gesamtheit des ungeschriebenen Rechts ist stets die Betroffenheit des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit zu prüfen. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen und die Funktionsfähigkeit von Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates. Im vorliegenden Fall könnten insbesondere die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und subjektive Rechtsgüter des Einzelnen als Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sein.“

Um Teil der objektiven Rechtsordnung zu sein, müsste die Verordnung allerdings rechtmäßig sein.⁵

aa) Ermächtigungsgrundlage für Erlass der Verordnung

§ 1 I SOG ermächtigt den Senat zur Gefahrenabwehr zum Erlass von Verordnungen.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist gemäß dem Sachverhalt formell rechtmäßig.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung müsste jedoch auch materiell rechtmäßig sein.

(1) Abstrakte Gefahr

Hierfür müsste zunächst eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Eine abstrakte Gefahr ist eine Sachlage, von der nach allgemeiner Lebenserfahrung typischerweise eine Gefährdung für eines der Schutzgüter ausgeht.⁶ Das Betreten von Deichen und anderen Hochwasserschutzanlagen während eines Hochwassers stellt typischerweise eine Gefährdung von Leib und Leben derer dar, die sich auf dem Deich befinden.⁷ Es liegt somit eine abstrakte Gefahr für Individualrechtsgüter als Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit vor.

(2) Bestimmtheit

Die Verordnung ist hinreichend bestimmt.

(3) Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Verordnung auch verhältnismäßig ist.

(a) Legitimer Zweck

Die Verordnung dient dem Schutz von Leib und Leben und verfolgt somit einen legitimen Zweck.

⁵ Die nachfolgende Inzidenzprüfung hätte noch deutlicher eingeleitet werden können, z. B. durch den anschließenden Satz „Die Rechtmäßigkeit einer Verordnung setzt voraus, dass sie sich auf einer Ermächtigungsgrundlage stützt und sowohl formell als auch materiell rechtmäßig ist.“ Ohne diese Einleitung ergibt sich der Aufbau – wie bei der vorliegenden sehr guten Bearbeitung – aus der gewählten Gliederung.

⁶ An dieser Stelle bietet sich eine (kurze) Abgrenzung zwischen konkreter und abstrakter Gefahr an, ohne dass es zu lehrbuchhaften Ausführungen kommen sollte. Zwingend ist eine explizite Abgrenzung nicht, sowohl die abstrakte Gefahr als auch die konkrete Gefahr an späterer Stelle müssen jedoch jeweils so definiert werden, dass der Unterschied zwischen diesen beiden Gefahrbegriffen deutlich wird.

⁷ Die Subsumtion hätte hier noch ausführlicher erfolgen können, z. B. mit Hinweis darauf, dass man Schäden an Hochwasserschutzanlagen nicht immer von außen erkennen kann, dass punktuelle Änderungen der Hochwassersituation blitzschnell möglich sind und dass die Arbeiten der Einsatzkräfte nicht durch potentielle Hochwassertouristen behindert werden darf. Die bewusste Selbstgefährdung derjenigen, die sich durch das Betreten der Hochwasseranlage in Gefahr bringen, schließt die polizeirechtliche Gefahr nicht aus.

(b) Geeignetheit

Durch das in der Verordnung angeordnete Betretungsverbot wird dieser Zweck zumindest gefördert.

(c) Erforderlichkeit

Ein Betretungsverbot erscheint zum effektiven Schutz auch erforderlich, ein gleich geeignetes milderes Mittel ist nicht ersichtlich.

(d) Angemessenheit

Ein Betretungsverbot müsste auch angemessen sein, das heißt, der verfolgte Zweck dürfte nicht außer Verhältnis zur erfolgten Beeinträchtigung liegen. Hier muss zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II GG abgewogen werden. Grundsätzlich ist keinem der betroffenen Rechte ein Vorrang zu gewähren. Zu beachten ist jedoch, dass gemäß § 1 der Verordnung diese nur bis zur Aufhebung der Alarmstufe 2 gilt und danach automatisch außer Kraft tritt. Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist somit auf einen relativ kurzen Zeitraum begrenzt, weshalb ein Betretungsverbot auch angemessen erscheint.⁸

(4) Zwischenergebnis zur Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist formell und materiell rechtmäßig.

dd) Zwischenergebnis zur Betroffenheit der objektiven Rechtsordnung

Die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung ist betroffen.⁹

b) Individualrechtsgüter

Neben der objektiven Rechtsordnung sind auch Leib und Leben des S und seiner Freunde als subjektive Rechte betroffen.¹⁰

2. Gefahr für ein Schutzgut

Es müsste des Weiteren¹¹ eine Gefahr für die genannten Schutzgüter vorliegen. Eine (konkrete) Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit

⁸ Die Angemessenheitsprüfung erfolgt hier vorbildlich und im Rahmen einer expliziten Abwägung zwischen dem verfolgten Zweck und den Beeinträchtigungen, detailliert und mit Bezug auf das abgedruckte Gesetz.

⁹ Vor diesem Ergebnis könnte eine kurze Überleitung Klarheit bringen und den Sachverhalt vollständig auswerten, z. B. „Indem S sich im Bereich der Hochwasserschutzanlage aufhält, verstößt er gegen die Verordnung. Es kommt nicht darauf an, ob er von der ordnungsgemäß bekannt gemachten Verordnung Kenntnis erlangt hat.“

¹⁰ Hiernach bietet sich ein Zwischenergebnis an, um aufzuzeigen, dass der Bearbeiter die Prüfung der Betroffenheit des Schutzgutes abgeschlossen hat und er nun zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen übergeht.

¹¹ Hier könnte noch ein Hinweis auf die weitere Prüfung des Tatbestandes genannt werden, denn dazu gehören die Gefahr und die Verantwortlichkeit ebenso, anders als es der hier gewählte, etwas missverständliche Aufbau (1. Tatbestand, 2. Gefahr, 3. Verantwortlichkeit, 4. Rechtsfolge, 5. Ergebnis) vermuten lässt.

hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem der genannten Schutzgüter führt.

a) Gefahr für die objektive Rechtsordnung

Im Bezug auf die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung ist durch das Zuwiderhandeln des S bereits der Schaden eingetreten, es liegt somit sogar eine Störung vor.

b) Gefahr für Individualrechtsgüter

Fraglich ist, ob eine Gefahr auch für die Individualrechtsgüter des S und seiner Freunde besteht. Gemäß dem Sachverhalt lag der Elbe-Pegel noch etwa 1,8 m unterhalb der Mauerkrone und befand sich im Sinken. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts war gering, allerdings gilt die Formel, dass je größer der Schaden am Schutzgut sein könnte, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zu stellen. Hier bestand die Möglichkeit eines Schadens an Leib und Leben des S und seiner Freunde, also hochrangiger Individualrechtsgüter. Die geringe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist daher zu vernachlässigen.

c) Zwischenergebnis

Im Bezug auf die objektive Rechtsordnung besteht eine Störung, in Bezug auf die subjektiven Rechte des S und seiner Freunde eine Gefahr.

3. Polizeirechtliche Verantwortlichkeit

§ 12a SOG erlaubt einen Platzverweis von Personen unabhängig von der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit, S und seine Freunde sind jedoch außerdem als Verhaltensverantwortliche gemäß § 8 SOG zu qualifizieren.

4. Rechtsfolge

Gem. § 12a SOG darf die Behörde Personen von einem Ort verweisen. Sie verfügt somit über Ermessen, welches sie fehlerfrei ausüben muss, insbesondere darf die Entscheidung nicht unverhältnismäßig sein.

a) Legitimer Zweck

Die Maßnahme dient der Gefahrenabwehr und somit einem legitimen Zweck.

b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Maßnahme ist geeignet und erforderlich.

c) Verhältnismäßigkeit¹²

Der Platzverweis müsste auch verhältnismäßig sein. Um die Störung der objektiven Rechtsordnung zu beseitigen,

¹² Im Sinne der Einheitlichkeit ist hier die gleiche Bezeichnung wie oben vorzugswürdig („Angemessenheit“). Im Übrigen ist es irrelevant, ob dieser Prüfungspunkt „Angemessenheit“ oder „Verhältnismäßigkeit“ im engeren Sinne“ oder (seltener) „Proportionalität“ genannt wird. Die „Verhältnismäßigkeit“ meint regelmäßig die gesamte Prüfung „Legitimer Zweck – Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit“.

ist ein Platzverweis die einzig vorhandene Möglichkeit, da die Verordnung ein Betretungsverbot vorsieht, welches durch die Anwesenheit des S und seiner Freunde verletzt wird.¹³

5. Ergebnis

A und B haben ihr Ermessen korrekt ausgeübt, der Platzverweis ist materiell rechtmäßig.

IV. Ergebnis

Der Platzverweis war rechtmäßig.

B. Rechtmäßigkeit des Betretungsverbots bis zum 23.06.2013

Fraglich ist, ob auch die Verhängung eines Betretungsverbots gem. § 12a SOG durch A und B rechtmäßig war. Zur formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Verordnung und der Maßnahme kann grundsätzlich auf das bereits Festgestellte verwiesen werden. Das Betretungsverbot könnte jedoch unverhältnismäßig sein.¹⁴

I. Legitimer Zweck

Auch das Betretungsverbot verfolgt mit der Gefahrenabwehr einen legitimen Zweck.

II. Geeignetheit

Das Betretungsverbot ist auch dazu geeignet, eine erneute Störung der objektiven Rechtsordnung und eine Gefahr für die subjektiven Rechte des S zu verhindern.

III. Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob es auch erforderlich war. Grundsätzlich gibt es vor allem, um die Störung der objektiven Rechtsordnung zu verhindern, kein milderes Mittel.

IV. Angemessenheit

Allerdings könnte das Betretungsverbot wegen seiner Dauer unangemessen sein. Grundsätzlich erlaubt § 12a SOG nur ein vorübergehendes Betretungsverbot zu verhängen. Vorübergehend bedeutet, dass ein gewisser Zeit-

¹³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne darf gerne noch mehr ins Detail gegangen werden, durch eine konkrete Abwägung des angestrebten Zieles der Gefahrenabwehr im Rahmen des Hochwassers und die dafür in Kauf genommene Belastung für den S. Ziel und Belastung dürfen nicht außer Verhältnis zueinander stehen. Dass der Platzverweis die einzig vorhandene Möglichkeit ist, gehört schon zur Prüfung der Erforderlichkeit.

¹⁴ Die verkürzte Darstellung zeigt Problembewusstsein und ein gutes Zeitmanagement. Um sich nicht in Wiederholungen zu verlieren, wird nur das vom Platzverweis Abweichende erläutert.

raum nicht überschritten werden darf. Dieser Zeitraum ist zwar vom Einzelfall abhängig, liegt grundsätzlich jedoch bei 3–4 Tagen.¹⁵ Dieser Zeitraum wird von dem ausgesprochenen Betretungsverbot durch A und B zwar nicht überschritten, allerdings ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Verhängung bereits mit einer Aufhebung der Alarmstufe 2 für den 21.06.2013 gerechnet wurde. Ab diesem Zeitpunkt hätte weder eine Gefahr für die Individualrechtsgüter des S noch für die objektive Rechtsordnung bestanden, da die Verordnung ab diesem Zeitpunkt aufgehoben gewesen wäre. Ein Betretungsverbot, welches unabhängig vom Bestand der Gefahr ergeht, ist dann jedoch unverhältnismäßig.¹⁶

V. Ergebnis

Die Verhängung des Betretungsverbots durch A und B war unverhältnismäßig und somit rechtswidrig.¹⁷

Frage 2: Wäre eine Klage gegen die von A und B getroffene Maßnahme auch jetzt noch zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

1. Aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

2. Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO¹⁸

Der Verwaltungsrechtsweg müsste gem. § 40 I VwGO eröffnet sein.

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Dafür müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist.¹⁹ § 12 a SOG berechtigt Behörden einseitig Platzverweise und Betretungsverbote auszusprechen, sie ist somit gemäß

der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Norm.

b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit dürfte nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Dies ist der Fall, wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit besteht.²⁰ Im vorliegenden Fall sind keine unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Personen beteiligt, eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit liegt nicht vor.

c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, insbesondere ist § 23 EGGVG²¹ nicht einschlägig, da die Beamten A und B im vorliegenden Sachverhalt präventiv tätig werden.

3. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Grundsätzlich ergibt sich dies aus dem Klägerbegehren gem. § 88 VwGO. S begehrt gegen einen Verwaltungsakt gem. § 35 HmbVwVfG vorzugehen, allerdings haben sich sowohl der Platzverweis als auch das Betretungsverbot durch Zeitablauf erledigt. Da diese Erledigung vor Klageerhebung stattfand, ist umstritten, ob eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO analog oder die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die statthafte Klageart ist. Nach herrschender Ansicht²² kann durch die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes nicht festgestellt werden, da es sich nicht um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis handelt, sondern der Verwaltungsakt ein Rechtsverhältnis erst begründet. Außerdem ist in § 43 VwGO die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ausdrücklich geregelt, was darauf schließen lässt, dass nur die Nichtigkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit

¹⁵ Diese Erläuterung ist in der Eile der Klausur völlig legitim. Tatsächlich wird der unbestimmte Rechtsbegriff „vorübergehend“ unterschiedlich ausgelegt, von wenigen Stunden bis zwei Wochen, vgl. *Tettinger/Erbguth*, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2012, § 18 Rn. 585.

¹⁶ Wer eine einheitliche Platzverweisung für die Anordnung des Verlassens des Ortes und seines Wiederbetretens prüft, kommt an dieser Stelle dazu, dass diese teilbar ist und die Rechtswidrigkeit wohl nur für die Zeit nach dem 21.06.2013 anzunehmen ist.

¹⁷ Wer während der Klausurbearbeitung noch Zeit übrig hat, setzt an diese Stelle ein weiteres Ergebnis und fasst die Rechtmäßigkeit des Platzverweises und die Rechtswidrigkeit des Betretungsverbotes nach dem 21.6. zusammen.

¹⁸ Noch genauer wäre die Zitierung der Generalklausel wie folgt: § 40 I 1 VwGO.

¹⁹ Hier würde sich die Definition der modifizierten Subjektstheorie in einem Halbsatz am Ende anbieten, z.B. „d.h. wenn die streitentscheidende Norm einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie)“.

²⁰ Auch die Definition der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit könnte gebracht werden, z.B. „Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit bedeutet, dass unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Personen materiell um Verfassungsrecht streiten.“ Da eine verfassungsrechtliche Streitigkeit offensichtlich ausscheidet, kann jedoch auf diese Definition noch am ehesten verzichtet werden.

²¹ Wenn Rechtsschutz gegen polizeirechtliche Maßnahmen vor den Verwaltungsgerichten geprüft wird, sollte der Bearbeiter stets (kurz) § 23 EGGVG abgelehnt werden. § 23 EGGVG besagt, dass polizeiliche Verwaltungsakte mit zur Strafverfolgung (repressiv) vor die ordentlichen Gerichte gehören; anders als präventive Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, die von den Verwaltungsgerichten überprüft werden.

²² In der Literatur wird weitestgehend die Fortsetzungsfeststellungsklage als vorzugswürdig angesehen, z.B. *Kopp/Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 113 Rn. 98. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde die Frage zuletzt offengelassen: BVerwGE 109, 203. Der Bearbeiter löst den Streit hier für eine Klausurbearbeitung optimal mit einigen einschlägigen Argumenten auf.

figkeit durch die allgemeine Feststellungsklage geprüft werden kann. Des Weiteren ist die Fortsetzungsfeststellungsklage die sachnähere Klageart, da der Zeitpunkt der Erledigung eines Verwaltungsaktes häufig vom Zufall abhängt und es daher für den Kläger keinen Unterschied machen kann, ob er sich sofort oder erst nach Klageerhebung erledigt hat. Die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO ist somit die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis

S müsste gem. § 42 II VwGO analog auch klagebefugt sein, d. h. es müsste die Möglichkeit bestehen, dass er in einem eigenen Recht verletzt wurde. Nach der Adressatentheorie ist jeder Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt, S²³ ist somit klagebefugt.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

S müsste außerdem ein berechtigtes Fortsetzungsfeststellungsinteresse haben.²⁴ In Betracht kommt die Ge-

²³ Hier konnte kurz daran erinnert werden, dass die Anordnung explizit gegenüber A als Adressaten erging, um den Bezug zwischen der Theorie und dem Sachverhalt deutlich zu machen („S als Adressat des mündlichen Verwaltungsaktes“).

²⁴ Hier fehlt für die „perfekte“ Lösung eine Definition des Fortsetzungsfeststellungsinteresses, am Ende der Klausur wohl auch aus Zeit-

fahr eines wiederholten Platzverweises durch die Beamten. Diese Gefahr ist jedoch nicht konkret genug, um ein berechtigtes Interesse anzunehmen, da nicht ersichtlich ist, ob es überhaupt wieder zu einer ähnlichen Situation kommen wird, und wie die Beamten in diesem Fall handeln würden. Es fehlt somit an einer Wiederholungsgefahr und somit am Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

V. Ergebnis²⁵

Eine Klage wäre jetzt nicht mehr zulässig²⁶.

mangel, z. B. „Ein solches kann sich bei nach Klageerhebung erledigtem VA aus Präjudizialität für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen ergeben; bei vor Klageerhebung erledigtem VA kann es zudem bei hinreichend konkreter Wiederholungsgefahr, Rehabilitation bei diskriminierendem (erledigtem) VA und sich typischerweise kurzfristig erledigenden sowie nicht aufhebenden Verwaltungsakten bestehen.“

²⁵ Es wird diskutiert, ob die Regelungen zum Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO) und die Regelung zur Klagfrist (§ 74 VwGO) bei der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend angewendet werden müssen – jedenfalls wenn der Verwaltungsakt (anders als im vorliegenden Fall) vor seiner Erledigung bestandskräftig geworden ist. Diese Fragen müssen hier auch schon wegen der Ablehnung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nicht erörtert werden.

²⁶ Der Ergebnissatz, der sich offensichtlich auf die Fallfrage 2 bezieht, ist leicht missverständlich. Nach der Lösung über das fehlende Fortsetzungsfeststellungsinteresse war eine Fortsetzungsfeststellungsklage nie zulässig. Auf eine ggf. vor Erledigung mögliche Anfechtungsklage wurde explizit im Rahmen der statthafte Klageart nicht eingegangen. Das Ergebnis „Eine Fortsetzungsfeststellungsklage wäre nicht zulässig.“ ist vorzugswürdig.

Lara-Katharina Burandt*

Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Bereicherungsrecht

Der Sachverhalt dieser Hausarbeit ist unter anderem an den „Grindelhochhaus-Fall“ des BGH angelehnt. Im Schwerpunkt geht es um Probleme aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und dem Bereicherungsrecht.

Sachverhalt

Der R. A. N. Jewskaja (R) gehörte ein von den Eltern ererbtes, direkt am Ufer der Süde, eines Nebenflusses der Unterelbe, gelegenes riesiges Landgut, das mit einer einst überaus ertragreich gewesenen Obstproduktion bewirtschaftet wurde und

das bebaut ist mit einem reetgedeckten Gutshaus, gelegen inmitten der Kirschplantage mit aberhundert alten Süßkirschbäume.

Hier, auf dem Landgut und in dem geliebten Gutshaus, war die R aufgewachsen und hierher war sie Mitte April 2011 nach jahrelangem Auslandsaufenthalt zurück gekehrt, gerade als die Kirschbäume in voller Blüte standen.

Die R war vor vielen Jahren nach dem Tode ihres Mannes und dem Tod ihres bald danach in dem nahen Fluss ertrunkenen siebenjährigen Sohnes vor der sie quälenden Erinnerung nach Frankreich geflohen, wo sie lange mit einem Geliebten in Paris und an der Riviera – dort war sie eine begeisterte und erfolgreiche Hochseeseglerin geworden – ein luxuriöses und wildes Leben geführt hatte, das zunächst finanziert worden war aus ererbtem Geldvermögen, dann – als dieses Kapital aufgezehrt war – mit den Erträgen des Gutes und schließlich – als die Einkünfte daraus immer geringer geworden waren – mit einem Kredit, den sie bei der lokalen Landsparkasse (Laspa) auf-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung Schuldrecht BT III (Gesetzliche Schuldverhältnisse) von Herrn Dr. Jürgen Plate VRiLG a.D. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.