Assessorkurs ÖR Hamburg

Kurseinheit 09

Wiederholung: Anwaltsklausur

Aufbau

→ grds. Mandantenbegehren, rechtliche Würdigung, Prozesstaktik, Schriftsatz

↓

effektiv, schnell, sicher, kostengünstig

Wer wird vertreten und in welcher Phase

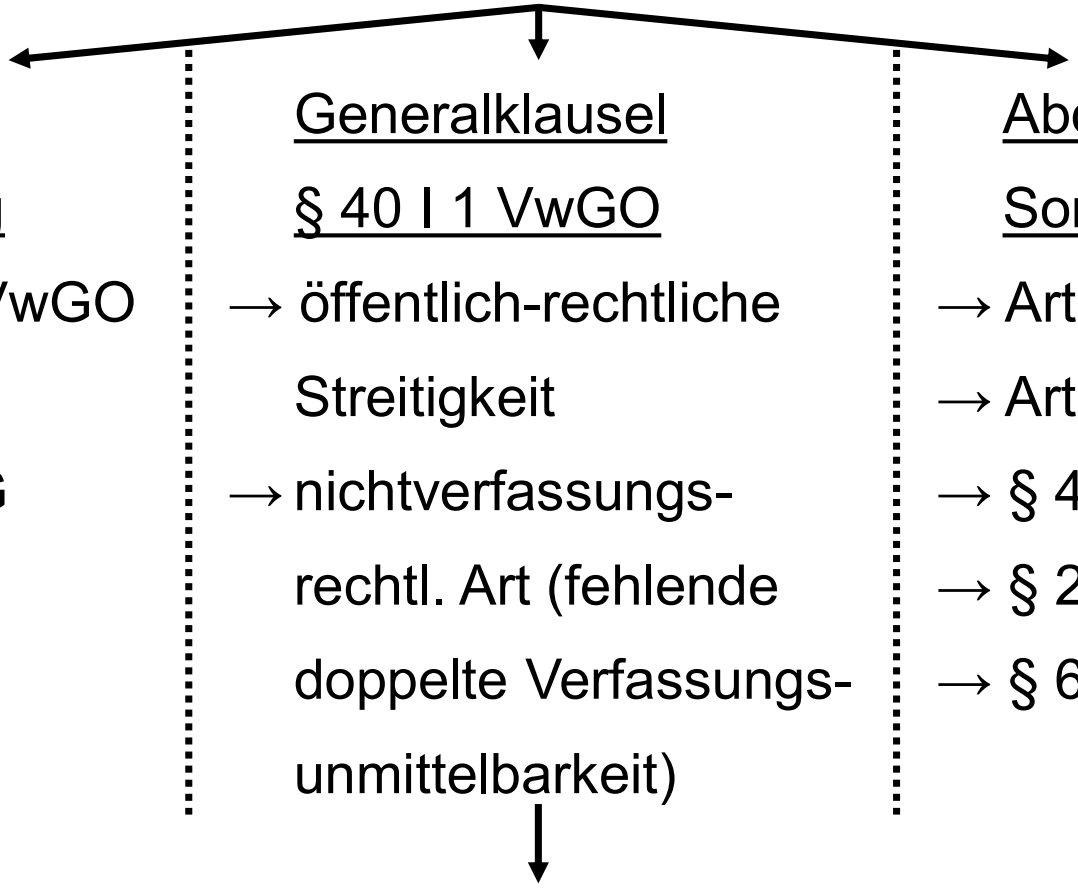
→ Bürger, Staat, Dritter (Beigeladener) und Ausgangs- / W.- / Gerichtsverfahren

Überlegungen

→ „Ob“, „Wie und Wo“, „Kosten“, „Sonstiges“

Abstrakter Teil

I. Verwaltungsrechtsweg ↔ ordentlicher Rechtsweg (§ 13 GVG)



Aufdrängende Sonderzuweisung

→ insbes. § 40 II 2 VwGO
- § 126 I BBG
- § 54 I BeamtStG

→ weitere möglich (zB. § 9 IV IFG)

Generalklausel § 40 I 1 VwGO

→ öffentlich-rechtliche Streitigkeit

→ nichtverfassungs-rechtl. Art (fehlende doppelte Verfassungs-unmittelbarkeit)

Abdrängende Sonderzuweisung

→ Art. 34 S. 3 GG

→ Art. 14 III 4 GG

→ § 40 II 1 VwGO

→ § 23 I EGGVG

→ § 68 OWiG

↓

Öffentlich-rechtliche Streitigkeit → Kriterien

1. Öffentlich-rechtliche streitentscheidende Norm

   (einseitige Berechtigung oder Verpflichtung eines Hoheitsträgers)

2. Typisch hoheitliche Handlungsform

   (VA, unmittelbarer Zwang)

3. Sachzusammenhang zum öffentlichen Recht

   (öffentlich-rechtlicher Aufgabenbereich, zB. „Daseinsvorsorge“)

4. Kehrseitentheorie

   (Rückabwicklung öffentlich-rechtlicher Leistungen)

5. Zwei-Stufen-Theorie

   („Ob“: 1. Stufe ist öff.-rechtlich ↔ „Wie“: 2. Stufe kann pr.-rechtlich sein)

Exkurs: Rechtsschutzmöglichkeiten auf Norm-Erlass

→ Verwaltungsrechtsweg, soweit untergesetzliche Norm begehrt: Klageart?

Allg. LKl.: §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO

→ zwar grds. vorrangig (Subsidiarität der allg. FKl., § 43 II VwGO)

→ aber Leistungsurteil mit vollstreckbarem Tenor ggü. Normgeber wäre tiefgreifender Eingriff in Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG)

Allg. FKl.: § 43 I, 1. Alt. VwGO

→ entspricht besser Gewaltenteilung (kein vollstreckbarer Tenor) und Vollstreckung ggü. Hoheitsträger idR. unnötig („Ehrenmanntheorie“, Art. 20 III GG)

→ konkretes Rechtsverhältnis: Asp. des Klägers auf Normerlass (GR)?

II. Rechtswegkonzentration / -spaltung / Verweisungsbeschluss: § 173 VwGO

§ 17 II 1 GVG

„Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.“

→ ein Streitgegenstand:
Antrag / Rechtsfolge und LebensSV / Klagegrund

§ 17 II 2 GVG

„Art. 14 Abs. 3 Satz 4 und Art. 34 Satz 3 des Grundgesetzes bleiben unberührt.“

→ VG prüft niemals Enteignungsentschädigung und Amtshaftung

§ 17a II 1 GVG

„Ist der beschrittene Rechtsweg [gemeint: für den Streitgegenstand insgesamt] unzulässig, spricht das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges.“

Beispielsfall

Verletzung durch anderen Beamten bei Schießübung

Beamter B ——— **BRD**

Klage beim VG über 3.500 € → 2 Schadenspositionen

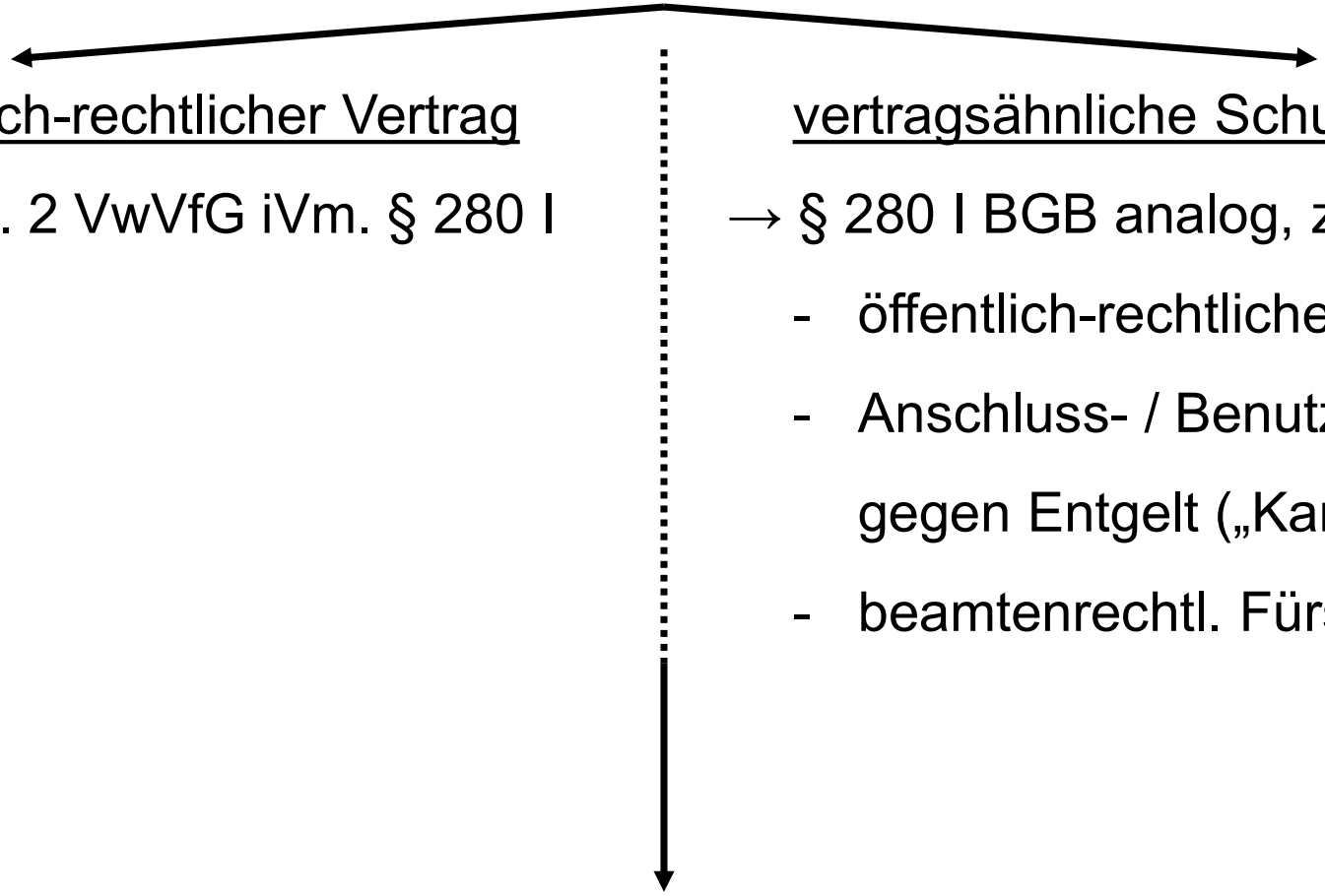
2.700 € Heilbehandlung	800 € Schmerzensgeld	Rechtsweg
1. §§ 30 ff BeamtVG (+) → § 30 II 1 Nr. 2 BeamtVG	1. §§ 30 ff BeamtVG (-) → nicht vorgesehen	→ Verw.-Rechtsweg: § 40 II 2 VwGO, § 126 I BBG
2. § 839 BGB, Art. 34 GG (+) → § 249 II 1 BGB	2. § 839 BGB, Art. 34 GG (+) → § 253 II BGB	→ ordentl. Rechtsweg: Art. 34 S. 3 GG

Verwaltungsrechtsweg eröffnet?

1. Aufdrängende Sw.: §§ 30 ff BeamtVG (+), § 40 II 2 VwGO, § 126 I BBG.
2. Abdrängende Sw.: § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG (–), Art. 34 S. 3 GG.
3. Rechtswegkonzentration oder -spaltung (§ 17 II 1 oder 2 GVG): Konzentration beim VG unmöglich (obwohl ein Streitgegenstand vorliegt), da Art. 34 S. 3 GG „unberührt“ bleibt (also: Spaltung, da VG niemals Amtshaftung prüft).
4. Verweisungsbeschluss (§ 17a II 1 GVG): Verweisung zum ordentlichen Gericht bzgl. des Amtshaftungsanspruchs unmöglich, da der Verw.-Rechtsweg für den einheitlichen Streitgegenstand teilweise (§§ 30 ff BeamtVG) eröffnet ist.
5. Ergebnis: Verw.-Rechtsweg ist eröffnet, aber in der Begründetheit prüft das VG nicht § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG.

III. Überblick: Staatshaftungsrecht

1. Pflichtverletzung bei vertraglichen und vertragsähnlichen Schuldverhältnissen



öffentlich-rechtlicher Vertrag

→ § 62 S. 2 VwVfG iVm. § 280 I BGB

vertragsähnliche Schuldverhältnisse

→ § 280 I BGB analog, zB.

- öffentlich-rechtliche Verwahrung
- Anschluss- / Benutzungszwang gegen Entgelt („Kanalisation“)
- beamtenrechtl. Fürsorgeverhältnis

↓

Vorauss. bei § 280 I BGB (analog)

a) Wirksames Schuldverhältnis

b) Pflichtverletzung

→ ggf. des Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB

c) Vertretenmüssen

→ §§ 276, 280 I 2 BGB (ggf. des Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB)

d) Schaden

2. Amtshaftung: § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG

→ § 839 I BGB: „*Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen*."

→ Art. 34 S. 1 GG: „*Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.*"

→ Schadensersatzanspruch in Geld (§§ 249 ff BGB), Dogmatik:

Schuldübernahme der Haftung des Amtswalters durch (solventen) Staat

↓

Vorauss. bei § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG

a) Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes

→ haftungsrechtl. Beamtenbegriff: neben statusrechtl. Beamten auch Angestellte / Arbeiter im öff. Dienst, Beliehene, Verwaltungshelfer, Richter, etc.

b) Verletzung einer drittbezogenen (dh. individualschützenden) Amtspflicht

→ insbes. rechtmäßiges Handeln (Art. 20 III GG, § 63 I BBG, § 36 I BeamtStG)

→ inzident: Prüfung der „Primärebene“

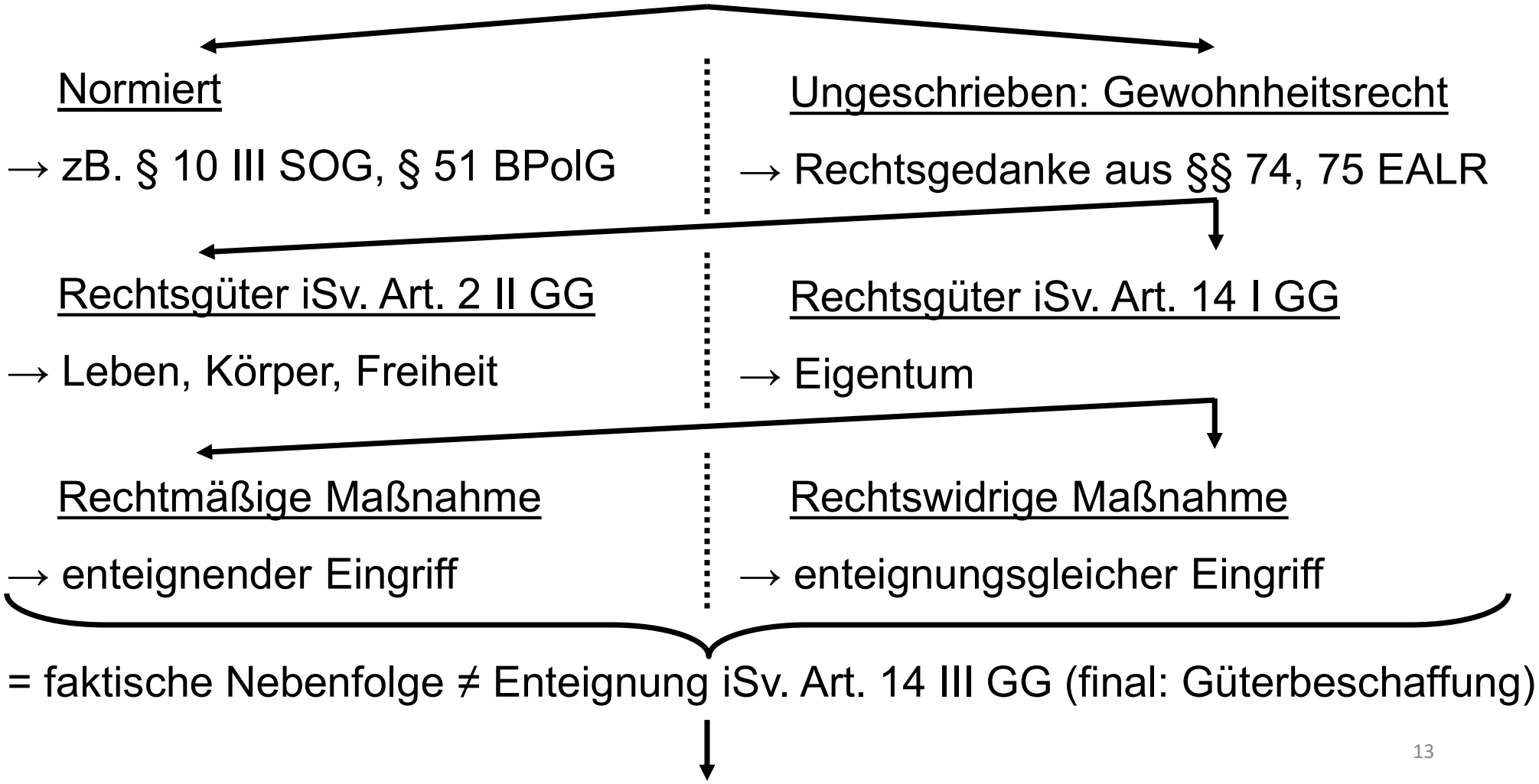
c) Verschulden: § 276 BGB

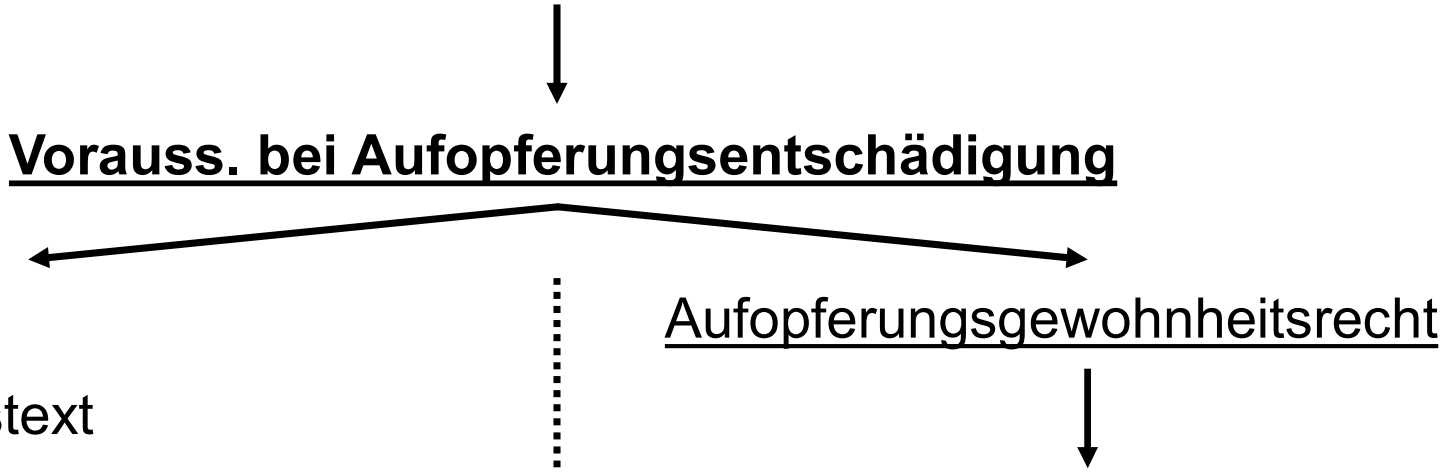
d) Schaden

e) Kein Ausschluss

→ § 839 I 2 BGB (Subsidiarität), § 839 III BGB (Vorrang des Primär-RS)

3. Aufopferungsentschädigung





a) Rechtsgut iSv. Art. 2 II GG oder Art. 14 I GG

b) Unmittelbarer hoheitlicher Eingriff durch aktives positives Tun

→ ohne Zwischenursachen, grds. nicht bei Unterlassen (außer qualifiziert)

c) Sonderopfer

→ Zumutbarkeitsschwelle überschritten (zB. unbeteiligter Dritter)

→ indiziert bei rechtswidriger Maßnahme

Übungsfall 1

Nachbar N — **Hansestadt Hamburg**

→ 10.01.2018: Genehmigung für Dr. D
(Privatkrankenanstalt)

→ 20.01.2018: Widerspruch von N

→ 30.01.2018: WB

VG: Antrag, wenn Dr. D unzuverlässig und Gefahren für Mitbewohner?

Dr. D

I. Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit

→ genehmigungsbedürftig: § 30 I 1 GewO

→ genehmigungsfähig: § 30 I 2 GewO, dh. kein Versagungsgrund?

- Nr. 1: „*unzuverlässig*“ = wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, in Zukunft ordnungsgemäß sein Gewerbe zu betreiben (= siehe SV)
- Nr. 3: „*die Anstalt oder Klinik nur in einem Teil eines auch von anderen Personen bewohnten Gebäudes untergebracht werden soll und durch ihren Betrieb für die Mitbewohner dieses Gebäudes erhebliche Nachteile oder Gefahren hervorrufen kann*“ (= Ansteckungsgefahr bzgl. Tuberkulose)

II. Antrag des N

1. Obj. Rechtswidrigkeit der Genehmigung

(+), Versagungsgründe

→ VerpflKl. von Dr. D. auf Erteilung der Genehmigung wäre unbegründet

→ Rücknahme bereits erteilter Genehmigung wäre möglich (§ 48 VwVfG)

2. Rechtsschutz des N

→ DrittAnfKl. (§§ 42 I, 1. Alt., 113 I 1 VwGO: „soweit“)

→ subj. RV nötig (kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch)

- Nr. 1: „unzuverlässig“ ≠ subj. Recht des N (nur „Reflex“)
- Nr. 3: „Gefahren für Mitbewohner“ = subj. Recht des N

↓

→ Antrag beschränken, um Teilabweisung (mit Kostenfolge) zu vermeiden:

Der Genehmigungsbescheid der Beklagten vom 10.01.2018 und der Widerspruchsbescheid vom 30.01.2018 werden insoweit aufgehoben, als dem Beigeladenen gestattet wird, Tuberkulosekranke zu behandeln.

Übungsfall 2, Nr. 1

Mieter M — **Land Berlin**

→ 10.12.2017: Genehmigung für Betreiber B
(Gaststättengenehmigung)

→ 10.01.2018: Widerspruch von M
(erheblicher Geruch und Lärm)

→ 20.01.2018: Mitteilung des Landes Berlin an B

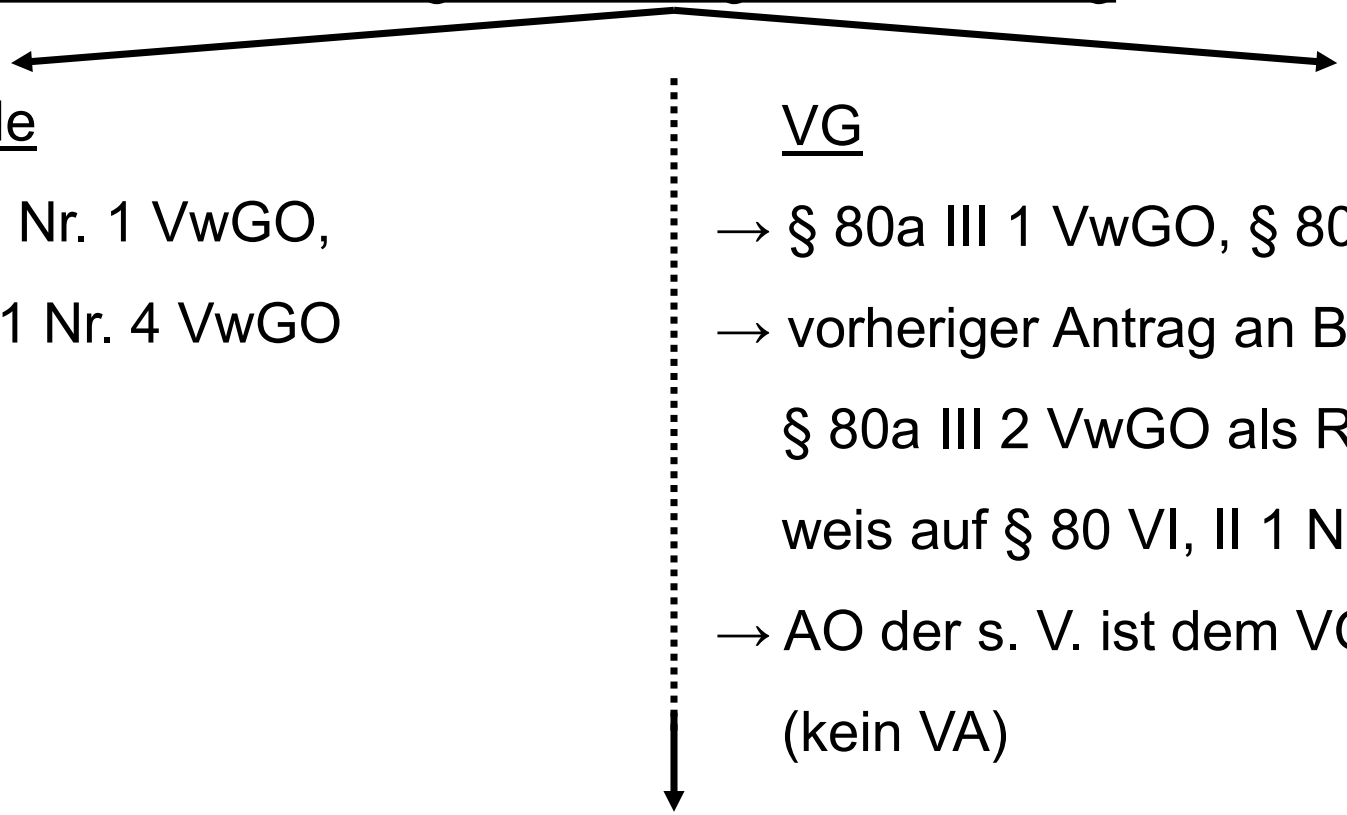
Betreiber B

→ **Antrag des Anwalts von B bzgl. Gaststättengenehmigung?**

1. Antrag des begünstigten Adressaten

→ W. von M = aufschieb. Wirkung (§ 80 I VwGO)

→ Antrag von B: Anordnung der sofortigen Vollziehung



Behörde

→ § 80a I Nr. 1 VwGO,

§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO

VG

→ § 80a III 1 VwGO, § 80a I Nr. 1 VwGO

→ vorheriger Antrag an Behörde unnötig:

§ 80a III 2 VwGO als Rechtsgrundverweis auf § 80 VI, II 1 Nr. 1 VwGO

→ AO der s. V. ist dem VG selbst möglich (kein VA)

↓

a) <u>Behörde</u>

→ *Namens und in Vollmacht meines Mandanten beantrage ich, die ihm am 10.12.2017 erteilte Gaststättengenehmigung für sofort vollziehbar zu erklären.*

b) <u>VG</u>

→ *Namens und in Vollmacht des Antragstellers wird beantragt, die dem Antragsteller am 10.12.2017 erteilte Gaststättengenehmigung für sofort vollziehbar zu erklären.*

c) <u>Materiell: Antrag erfolglos, da Aussetzungsinteresse überwiegt</u>

→ „schädliche Umwelteinwirkungen“ iSv. § 4 I Nr. 3 GastG, § 3 I BImSchG

→ Genehmigung ist obj. rechtswidrig und subj. RV bei M

Übungsfall 2, Nr. 2

Mieter M — **Land Berlin**

→ 10.12.2017: Genehmigung für Betreiber B

(Gaststätten- und Baugenehmigung)

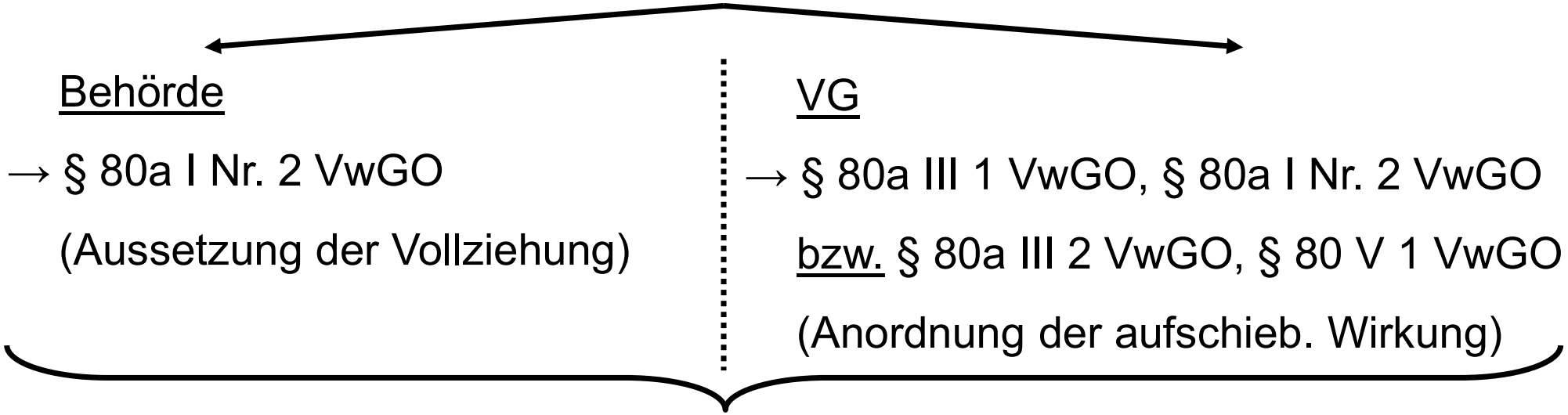
Betreiber B

→ **Antrag des Anwalts von M bzgl. Baugenehmigung?**

2. Antrag des belasteten Dritten

→ W. von M ≠ aufschieb. Wirkung (§ 80 II 1 Nr. 3 VwGO, § 212a BauGB)

→ Antrag von M: Suspendierung der Baugenehmigung



→ und § 80a I Nr. 2 VwGO: „*einstweilige Maßnahmen zur Sicherung*“

(Nutzungsuntersagung), wobei VG nur Behörde verpflichtet (VA nötig)

↓

a) <u>Behörde</u>

→ *Namens und in Vollmacht meines Mandanten lege ich Widerspruch gegen die Baugenehmigung vom 10.12.2017 ein. Zugleich beantrage ich, die Vollziehung der Baugenehmigung vom 10.12.2017 auszusetzen und dem B die weitere Ausübung des Gaststättenbetriebes vorläufig zu untersagen.*

b) <u>VG</u>

→ *Namens und in Vollmacht des Antragstellers wird beantragt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom … gegen die an B erteilte Baugenehmigung des Antragsgegners vom 10.12.2017 anzuordnen. Der Antragsgegner wird verpflichtet, dem B die weitere Ausübung des Gaststättenbetriebes vorläufig zu untersagen.*

c) <u>Materiell: Antrag erfolglos, da kein subj. Recht von M</u>

→ faktisch reines Wohngebiet: § 34 II BauGB iVm. § 3 BauNVO

→ Gebietserhaltungsanspruch = subj. Recht dinglich Berechtigter (≠ M)

Übungsfall 2, Nr. 3

Mieter M — **Land Berlin**

→ Betrieb ohne Genehmigung

(erheblicher Geruch und Lärm)

→ 20.01.2018: Ordnungsverfügung ggü. B

(§§ 24 S. 1, 22 I Nr. 1, 3 I BImSchG)

→ Widerspruch von B

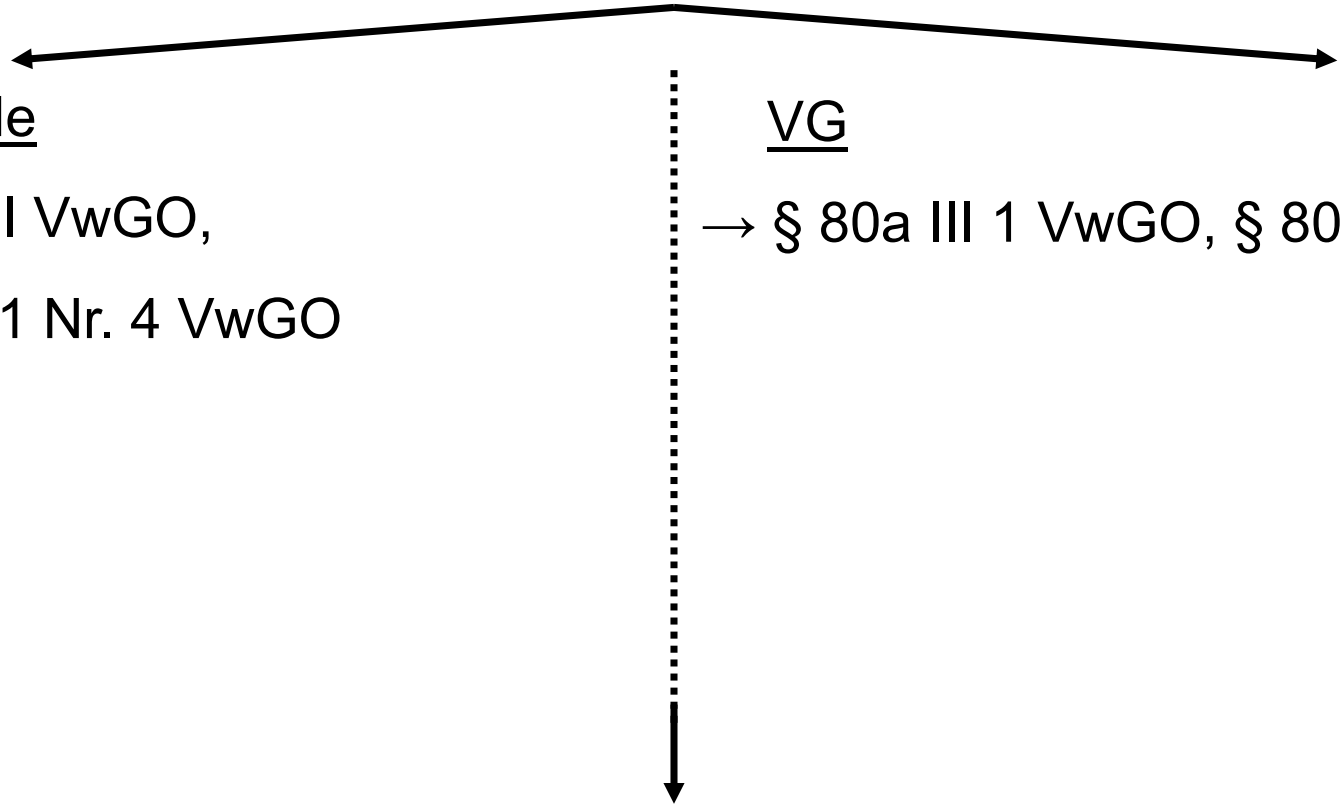
Betreiber B

→ **Antrag des Anwalts von M bzgl. Ordnungsverfügung?**

3. Antrag des begünstigten Dritten

→ W. von B = aufschieb. Wirkung (§ 80 I VwGO)

→ Antrag von M: Anordnung der sofortigen Vollziehung



Behörde

→ § 80a II VwGO,

§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO

VG

→ § 80a III 1 VwGO, § 80a II VwGO

↓

a) <u>Behörde</u>

→ *Namens und in Vollmacht meines Mandanten beantrage ich, die an den B am 20.01.2018 erteilte Ordnungsverfügung für sofort vollziehbar zu erklären.*

b) <u>VG</u>

→ *Namens und in Vollmacht des Antragstellers wird beantragt, die an den B erteilte Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 20.01.2018 für sofort vollziehbar zu erklären.*

c) <u>Materiell: Antrag (wohl) erfolgreich, da Vollziehungsinteresse überwiegt</u>

→ „schädliche Umwelteinwirkungen“ iSv. § 3 I BImSchG

→ Betrieb ist obj. rechtswidrig und subj. RV bei M

Übungsfall 3

Beamter K ——— **BRD**

→ 10.02.2017: Antrag auf Erstattung von 2.000 €

→ 10.03.2017: Ablehnungsbescheid

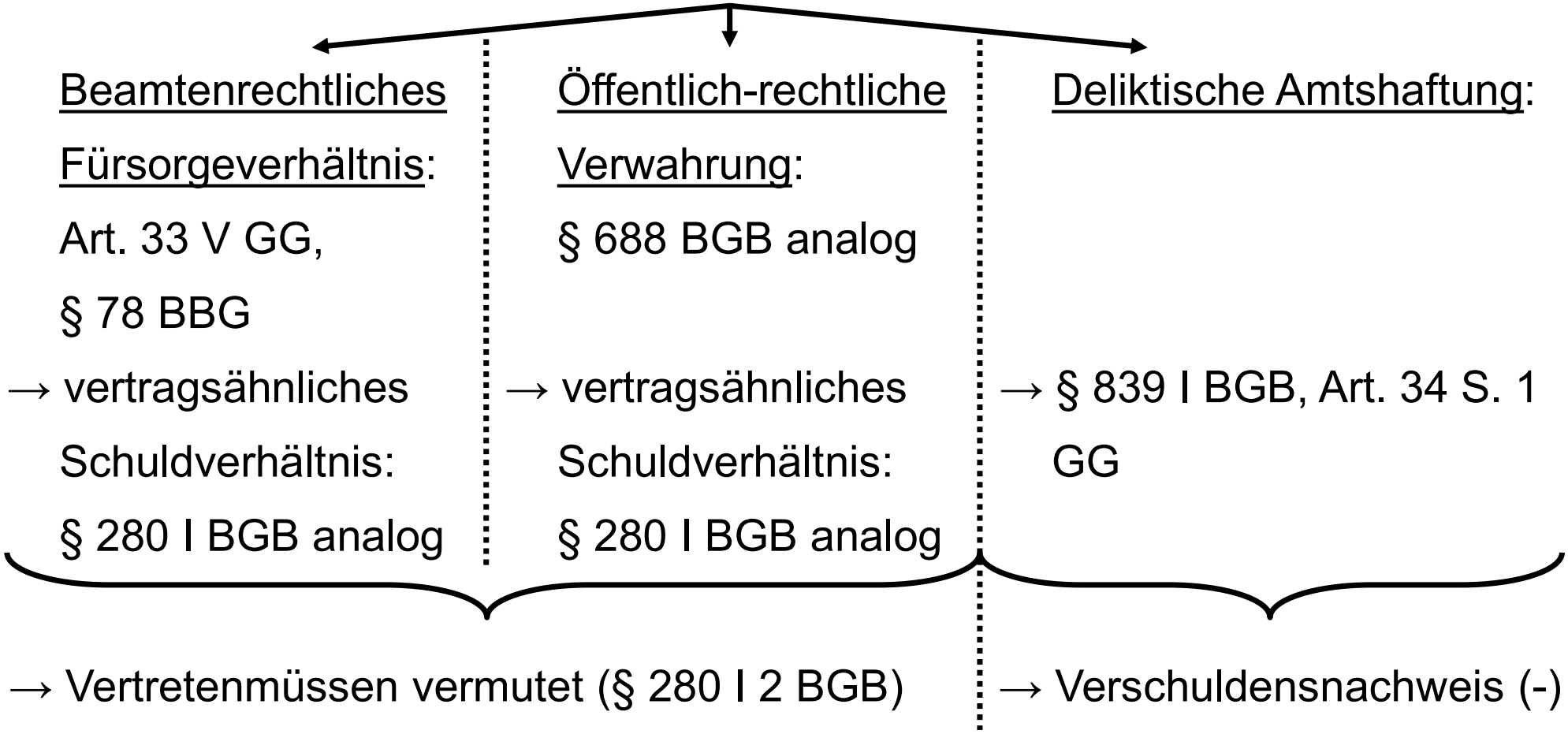
→ 10.04.2017: Widerspruch

→ 10.05.2017: WB

→ 10.06.2017: Klage vor VG

(Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig erklären)

1. Anspruch


Beamtenrechtliches Fürsorgeverhältnis: Art. 33 V GG, § 78 BBG
→ vertragsähnliches Schuldverhältnis: § 280 I BGB analog
Öffentlich-rechtliche Verwahrung: § 688 BGB analog
→ vertragsähnliches Schuldverhältnis: § 280 I BGB analog
Deliktische Amtshaftung:
→ § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG
→ Vertretenmüssen vermutet (§ 280 I 2 BGB)
→ Verschuldensnachweis (-)

2. Prüfungsumfang des VG und Urteilstenor

a) Verw.-Rechtsweg

aa) § 40 II 2 VwGO, § 126 I BBG: beamtenrechtliches Fürsorgeverhältnis

→ aufdrängende Sw.: Verw.-Rechtsweg

bb) § 40 II 1 VwGO: öffentlich-rechtliche Verwahrung

→ an sich abdrängende Sw.: ordentlicher Rechtsweg

→ aber insoweit Rechtswegkonzentration möglich: § 173 VwGO, § 17 II 1 GVG

→ ein Streitgegenstand: Antrag / Rechtsfolge und LebensSV / Klagegrund

cc) Art. 34 S. 3 GG: Amtshaftung

→ zwingend ordentlicher Rechtsweg: Rechtswegspaltung (§ 17 II 2 GVG)

→ kein Verweisungsbeschluss (§ 17a II 1 GVG), da ein Streitgegenstand

b) Statthafte Klageart: §§ 88, 86 III VwGO

→ allg. LKl. (vgl. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO): Realakt

(kein „vorgeschalteter“ VA nötig: Anspruchsinhalt bedarf keiner Regelung)

c) Vorverfahren: § 126 II BBG, §§ 68 ff VwGO

→ Aufhebung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid

d) Kosten: §§ 154 I, 162 II 2 VwGO

→ Notwendigerklärung der Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren (str., ob Antrag nötig)

e) Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 I VwGO, § 709 S. 2 ZPO

→ nicht nur „wegen der Kosten“, gegen Sicherheitsleistung (über 1.250 €)

↓

→ *Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 10.03.2017 und des Widerspruchsbescheides vom 10.05.2017 verurteilt, an den Kläger 2.000,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.06.2017 zu zahlen.*

(Rechtshängigkeitszinsen: §§ 291 S. 1, 288 I 1, 187 I BGB analog)

→ *Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.*

(§§ 154 I, 162 II 2 VwGO)

→ *Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.*

(§ 167 I VwGO, § 709 S. 2 ZPO)

3. Klageantrag

→ *Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 10.03.2017 und des Widerspruchsbescheides vom 10.05.2017 verurteilt, an den Kläger 2.000,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.06.2017 zu zahlen.*

→ *Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.*

[→ Hinweis: Übrige Entscheidungen ergehen von Amts wegen.]

Akte 8

Mandant K ——— **Kreishandwerkerschaft Potsdam**

Schreiben vom 20.10.2017

→ Ausübung wesentlicher Tätigkeit des Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerks ohne Eintragung in Handwerksrolle

→ Ordnungswidrigkeit gemäß § 117 HwO

Zentralverwaltung Alter Friedhof Potsdam

Aufgabenstellung (Besonderheiten)

→ nicht: Mandantenbegehren, rechtliche Würdigung, Prozesstaktik, Schriftsatz,

sondern:
- vorbereitendes Gutachten
- Klageschriftsatz an zuständiges Gericht (ohne Begründung)

1. Teil: Gutachten

A. Z / SEV

I. § 40 I 1 VwGO

1. Öff.-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

→ Abgrenzung zu § 13 GVG (ordentlicher Rechtsweg)

- bei privater Beeinträchtigung privater Asp. (§ 1004 BGB)

→ Rechtsnatur der Beeinträchtigung kraft Sachzusammenhang öff.-rechtlich

- Kreishandwerkerschaft ist öff.-rechtliche Körperschaft

(§§ 86, 89 I Nr. 1 HwO mit Verweis auf § 53 HwO, Aufgaben in § 87 HwO)

→ Rechtsnatur der möglichen AspGL öff.-rechtlich

(vorbeugender A- / U-Asp. sowie Widerruf als FBA)

2. Keine abdrängende Sonderzuweisung

→ Art. 34 S. 3 GG: ordentlicher Rechtsweg bei § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG

→ Amtshaftung möglich: Begehren = Schadensersatz iSv. §§ 249 ff BGB?

→ im Privatrecht: Staat deliktsfähig über §§ 823, 89, 31 BGB

§ 89 I BGB: „*Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung*."

§ 31 BGB: „*Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt*."

→ im öffentlichen Recht: Staat nicht deliktsfähig, sondern Schuldübernahme

§ 839 I BGB

→ für juristische Sekunde haftet Amtswalter persönlich nach §§ 249 ff BGB

→ Naturalrestitution iSv. öff.-rechtlicher Amtshandlung ist unmöglich, sondern nur Geld

Art. 34 S. 1 GG

→ Schuldübernahme des Staates ändert nicht den Anspruchsinhalt

→ nur Geld, nicht vorbeugendes Unterlassen und Widerruf

→ abdrängende Sonderzuweisung (-), da Begehren ≠ Amtshaftung

II. §§ 45, 52 VwGO: VG Potsdam (§ 52 Nr. 5 VwGO: Sitz der Beklagten)

III. §§ 61, 63 VwGO: K / Kreishandwerkerschaft (öff.-rechtliche Körperschaft)

IV. §§ 88, 86 III VwGO: Begehren + Vorrang maßnahmespezif. Rechtsschutzes

→ 2 x allg. LKl. (vgl. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO): 2 x Leistung ≠ VA-Erlass

→ vorbeugendes Unterlassen

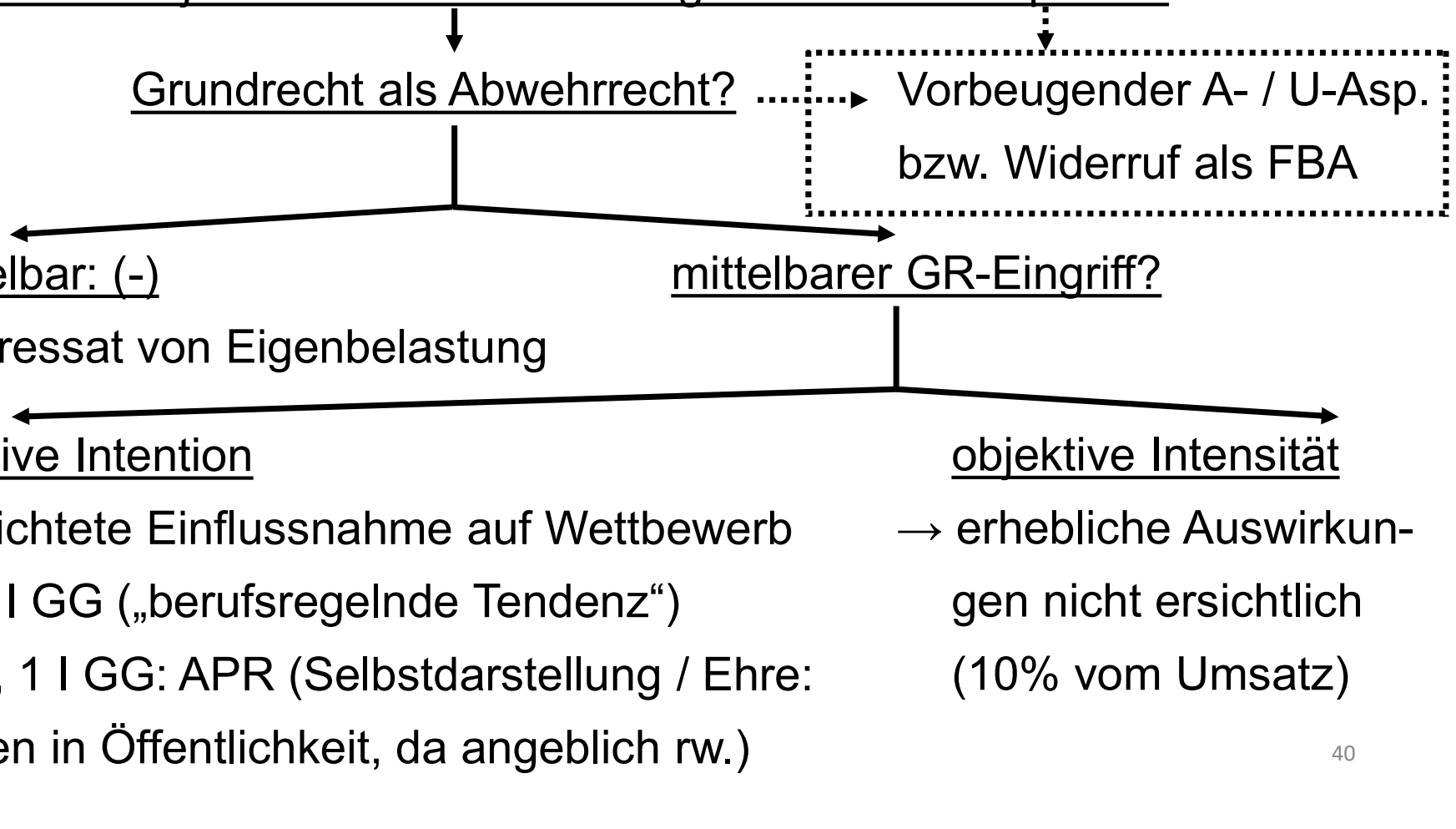
→ Widerruf als „Kehrseite“ zum Schreiben als Realakt ≠ VA (§ 35 VwVfG: keine Regelung)

Obj. Klagehäufung (§ 44 VwGO)

1. derselbe Beklagte, Zusammenhang, dasselbe Gericht zuständig
2. „gleichzeitig entscheidungsreif“

V. Bes. SEV = Klagebefugnis: § 42 II VwGO analog (Ausschluss von Popularverf.)

→ Möglichkeit subjektiver Rechtsverletzung bzw. eines Anspruchs



VI. Rechtsschutzbedürfnis [oder Prüfung bei Klagebefugnis]

→ auch bzgl. eines vorbeugenden A- / U-Asp., da…

Wiederholungsgefahr

→ Beklagte hält an Rechtsauffassung fest

→ erfolglose Aufforderung zur Abgabe einer Widerrufs- und strafbewehrten Unterlassungserklärung

Abwarten unzumutbar

→ nachträglich bliebe nur Feststellung der Rechtswidrigkeit

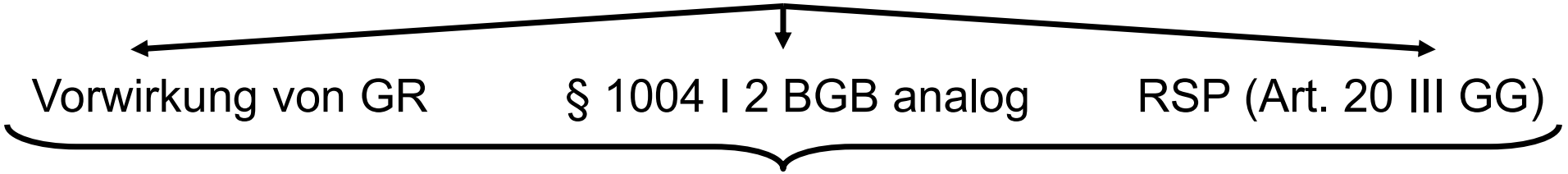
→ nicht gleichermaßen rechtsschutzintensiv, da Rufschädigung

B. Begründetheit

(+), soweit vorbeugender A- / U-Asp. bzw. Asp. auf Widerruf besteht

I. <u>Vorbeugender A- / U-Asp.</u>

1. <u>AspGL: vorbeugender A- / U-Asp. → Ableitung str.</u>



jedenfalls: gewohnheitsrechtlich anerkannt

2. Vorauss.

a) Positiv

aa) Drohender zukünftiger hoheitlicher Eingriff in ein subj. öff. Recht

→ mittelbarer GR-Eingriff (subj. Intention) in…

- Art. 12 I GG („berufsregelnde Tendenz“)
- Art. 2 I, 1 I GG: APR (Selbstdarstellung / Ehre: Ansehen in Öffentlichkeit, da K angeblich rw. handelt)

bb) Wiederholungsgefahr / Abwarten unzumutbar

→ liegt vor (s. oben, Rechtsschutzbedürfnis)

b) Negativ: Eingriff rechtswidrig mangels Duldungspflicht → Schreiben rw.?

→ Vorbehalt des Gesetzes: RGL nötig (auch bei mittelbarem GR-Eingriff)

- Art. 12 I 2 GG: „*durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt*“
- Art. 2 I GG: „*verfassungsmäßige Ordnung*“

→ „Wesentlichkeitstheorie“: Norm muss TB / Vorauss. und RF regeln

(praktische Konkordanz: Demokratie- / Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 GG)

aa) RGL: § 87 HwO?

→ insbes. Nr. 4: „*Die Kreishandwerkerschaft hat die Aufgabe… die Behörden bei den das selbständige Handwerk und das handwerksähnliche Gewerbe ihres Bezirks berührenden Maßnahmen zu unterstützen und ihnen Anregungen, Auskünfte und Gutachten zu erteilen*“

→ § 87 HwO ist bloße Aufgabenzuweisung, keine Befugnisnorm für Schreiben (nicht Vorauss. und RF geregelt)

→ evtl. geringere Anforderungen an Norm bei Informationstätigkeit eines Hoheitsträgers, da nicht alle Fälle gesetzlich vorhersehbar sind

→ aber Kreishandwerkerschaft hat (anders als Bundesregierung, vgl. Art. 65 GG) keine staatsleitende Funktion und keine vergleichbar hohe personelle demokratische Legitimation, so dass bloße Aufgabenzuweisung grds. nicht genügt um GR-Eingriffe zu rechtfertigen

→ kann offenbleiben, falls Schreiben inhaltlich unrichtig ist, dh. K kein zulassungspflichtiges Handwerk iSv. § 1 I, II HwO betreibt

bb) Inhaltliche Richtigkeit des Schreibens

→ 1 I 1 HwO: „*Der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet.*“

→ 1 II HwO: „*Ein Gewerbebetrieb ist ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten). Keine wesentlichen Tätigkeiten sind insbesondere…*“

→ Anlage A, Nr. 8: „*Steinmetzen und Steinbildhauer*“

→ nicht vollständig umfasst, evtl. „wesentliche Tätigkeit“?

„Kernbereich“: (+)

→ typisches Gepräge

→ bei Steinmetzen und Steinbildhauer: formende / gestaltende Tätigkeit am und mit dem Stein

„Randbereich“: (-)

→ untergeordnete Tätigkeit

→ Minderhandwerk ohne qualifizierende Anforderungen (§ 1 II 1 Nr. 1 HwO: „*in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können*“)

→ Aufstellen fertiger Grabsteine ≠ wesentliche Tätigkeit, selbst wenn Fundamentierung, Armierung, Verdübelung zwecks Standsicherheit

→ ratio der HwO: nicht nur Gefahrenabwehr, sondern auch Qualität / Ausbildungsleistung sichern (hier unberührt)

cc) Zw.-Erg.:

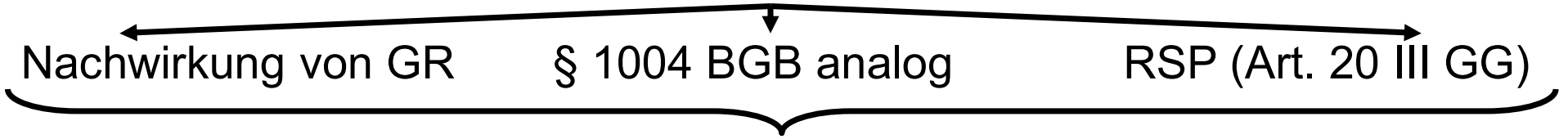
→ Schreiben inhaltlich unrichtig, da K kein zulassungspflichtiges Handwerk iSv. § 1 I, II HwO betreibt

→ Eingriff rechtswidrig mangels Duldungspflicht

3. RF: vorbeugendes Unterlassen

II. Widerruf

1. AspGL: Folgenbeseitigungsasp. → Ableitung str.



2. Vorauss.

a) Positiv

aa) Hoheitlicher Eingriff in ein subj. öff. Recht (vergangen durch Realakt)

→ Schreiben bzgl. Art. 12 I GG bzw. Art. 2 I, 1 I GG

bb) Zurechenbare Folgen dauern an

→ typische Realisierung der vom Staat geschaffenen Gefahrenlage

→ Ehrbeeinträchtigung / Rufschädigung als unmittelbare Folge

b) Negativ: Folgen rechtswidrig mangels Duldungspflicht

→ bereits Schreiben selbst und auch daraus folgende Ehrbeeinträchtigung / Rufschädigung rechtswidrig

3. RF: Folgenbeseitigung

→ möglich, da Schreiben im Kern falsche Tatsachenbehauptung enthält (nicht nur Werturteil über vermeintliche Rechtswidrigkeit von K‘s Handeln)

2. Teil: Vollstreckungsandrohung

1. Einerseits: § 167 I VwGO iVm. § 890 I ZPO

„Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.“

2. Andererseits: § 172 VwGO

„*Kommt die Behörde in den Fällen des § 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 und des § 123 der ihr im Urteil oder in der einstweiligen Anordnung auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann das Gericht des ersten Rechtszugs auf Antrag unter Fristsetzung gegen sie ein Zwangsgeld bis zehntausend Euro durch Beschluß androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken. Das Zwangsgeld kann wiederholt angedroht, festgesetzt und vollstreckt werden.*“

3. Verhältnis der Normen str.

→ Staat wird sich grds. an Urteil halten („Ehrenmanntheorie“, Art. 20 III GG)

→ staatl. Aufgaben dürfen nicht gefährdet werden (keine Ordnungshaft)

3. Teil: Klageschrift

Verwaltungsgericht Potsdam
(Anschrift)

Klage

des Herrn Ivan Koslowski,
(Anschrift)

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin...,
(Anschrift)

gegen

Kreishandwerkerschaft Potsdam,
(Anschrift)
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden…,

- Beklagte -

auf Unterlassung und Widerruf.

Ich vertrete laut beiliegender Vollmacht den Kläger und beantrage, wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, gegenüber Dritten über den Kläger wörtlich oder sinngemäß die Behauptung aufzustellen, er sei nicht berechtigt, Grabmale aufzustellen, insbesondere deshalb, weil er nicht mit dem Beruf des Steinmetzes in die Handwerksrolle eingetragen sei.
2. Der Beklagten wird für jeden einzelnen Verstoß gegen das Unterlassungsgebot nach Ziffer 1 ein Ordnungsgeld bis zu 10.000,- Euro angedroht.

↓

3. Die Beklagte wird verurteilt, gegenüber der Zentralverwaltung Alter Friedhof Potsdam die mit Schreiben vom 20.10.2017 aufgestellte Behauptung zu widerrufen, der Kläger übe das Steinmetz-/ Bildhauerhandwerk unberechtigt aus, dies stelle eine Ordnungswidrigkeit dar, das Aufstellen von Grabmalen dürfe nur mit Meisterprüfung oder einer der Meisterprüfung vergleichbaren Prüfung betrieben werden und dem Kläger sei die Genehmigung zur Aufstellung von Grabmalen unverzüglich zu entziehen.

Die Begründung für diese Klage reiche ich in Kürze nach.

(Rechtsanwältin)