

Lösung 1. Klausur

Frage 1: Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs des A gegen die Beseitigungsanordnung

Als Rechtsbehelf des A gegen die Beseitigungsanordnung (Abrissverfügung) kommt allein ein Widerspruch (§ 79 LVwVfG, §§ 68 ff. VwGO) in Betracht.

Häufiger Fehler: Das haben viele Bearbeiter nicht erkannt, stattdessen Anfechtungsklage oder sogar Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung geprüft. Diese Bearbeiter sind spätestens beim Erfordernis eines erfolglosen Vorverfahrens ins Schlingern gekommen.

Andere haben zwar den Widerspruch als statthaften Rechtsbehelf benannt, dann aber in der späteren Prüfung terminologische Unsicherheiten gezeigt (immer wieder von „Klage“ gesprochen).

Er wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch des A ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff., 68 ff. VwGO erfüllt sind.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 VwGO)

Zunächst müsste gem. § 40 Abs. 1 VwGO (evtl. in analoger Anwendung; m.E. aber entbehrlich) der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Das setzt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraus.

Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit über die Anwendung des öffentlichen Baurechts zwischen einer Privatperson und einer Gemeinde. Die Streitigkeit ist damit öffentlich-rechtlich. Sie hat keinen hinreichenden Bezug zum Verfassungsrecht („doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“). Der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

2. Statthaftigkeit des Widerspruchs (§§ 68 Abs. 1, 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO)

Ein Widerspruch ist statthaft, wenn er sich gegen einen Verwaltungsakt oder gegen die behördliche Ablehnung eines Verwaltungsaktes richtet.

Vorliegend begehrt der A die Aufhebung einer Abbruchsanordnung nach § 65 LBO, die als behördliche Einzelfallregelung mit Außenwirkung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die Voraussetzungen des § 35 Satz 1 LVwVfG erfüllt. Somit ist der Widerspruch statthaft.

3. Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Auch müsste A widerspruchsbefugt sein. Dazu müsste er nach/analog § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen können, durch den angegriffenen Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein.

Vorliegend ist A durch den Verwaltungsakt verpflichtet, seine Solaranlage zu demontieren. Diese Pflicht greift in sein subjektives Baurecht, ferner seine allgemeine Handlungsfreiheit ein. Daher besteht die Möglichkeit, dass er in seinen Grundrechten aus Art 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Diese potenzielle Verletzung ist auch gegenwärtig, weil sich der

VA noch nicht (auch nicht durch Zwangsvollstreckung, die bislang erst angedroht, aber noch nicht vollzogen wurde) erledigt hat.

Häufiger Fehler: Art. 12 Abs. 1 GG wurde vielfach nicht genannt.

4. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 Nr. 1 VwGO bzw. § 11 LVwVfG)

A müsste beteiligtenfähig sein. Die Beteiligtenfähigkeit im Widerspruchsverfahren gegen VAe, die von einer Landesbehörde erlassen worden sind, bestimmt sich wegen des Verweises in § 79 LVwVfG primär nach § 61 Nr. 1 VwGO, der sich seiner systematischen Stellung nach auch auf das Widerspruchsverfahren bezieht.

Für A als natürliche Person bestehen nach § 61 Nr. 1 VwGO keine Zweifel an der Beteiligtenfähigkeit.

Zur Vertiefung: Ebenfalls vertretbar ist m.E. der Rückgriff auf § 11 LVwVfG, der – allerdings subsidiär zu § 61 Nr. 1 VwGO, siehe den Verweis in § 79 LVwVfG! – auch im Rechtsbehelfsverfahren gilt.

5. Handlungsfähigkeit (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bzw. § 12 LVwVfG)

A ist auch nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (alternativ: § 12 LVwVfG) handlungsfähig.

6. Form (§ 70 Abs. 1 VwGO)

A muss den Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei der Gemeinde Weinheim als Ausgangs- und Abhilfebehörde einlegen (§ 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Zur Vertiefung: Unschädlich ist es, wenn A den Widerspruch beim Regierungspräsidium Karlsruhe als Rechtsaufsichts- und Widerspruchsbehörde einlegt (§§ 119 Satz 1 GemO, 70 Abs. 1 Satz 2, 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VwGO; siehe dazu näher Aufgabe 2). Dieser Punkt ist aber von den Bearbeitern nicht zu verlangen.

7. Frist (§ 70 Abs. 1 VwGO)

A müsste die Monatsfrist nach § 70 Abs. 1 VwGO einhalten.

Häufiger Fehler: Fristberechnung sitzt noch nicht. Viele haben sich um einen Tag verrechnet.

Zur Vertiefung: Für das folgende ist umstritten, nach welchen Vorschriften diese Monatsfrist zu berechnen ist.

Eine Auffassung geht – wiederum gestützt auf § 79 LVwVfG - von der Maßstäblichkeit des § 57 VwGO i.V.m. § 222 ZPO, §§ 187 ff BGB aus.

Eine andere Auffassung hält § 31 LVwVfG i.V.m. den §§ 187 ff BGB für einschlägig. Beide Meinungen führen jedenfalls im vorliegenden Fall zum gleichen Ergebnis. Der Streit muss daher nicht entschieden werden.

Die Frist beträgt gemäß § 70 Abs. 1 VwGO einen Monat ab Bekanntgabe des VA gegenüber dem Beschwerden. Die Bekanntgabe tritt nach § 41 Abs. 2 S. 1 LVwVfG bei einer postalischen Zustellung drei Tage nach Aufgabe bei der Post ein.

Zur Vertiefung: Ein tatsächlich früherer Zugang ist ebenso unbeachtlich wie der Umstand, dass A den Bescheid tatsächlich zunächst unbeachtet lässt. Letzteres ergibt sich daraus, dass es

für den Zugang - wie bei § 130 BGB – genügt, dass Bescheid in den **Machtbereich** des Bekanntgabeadressats gelangt ist und dieser unter regelmäßigen Umständen die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** hatte. Beides ist hier zu bejahen.

Die Frist beginnt nach § 187 Abs. 1 BGB am 15.4.2007, also am Tag nach Eintritt der Zustellungsfiktion, um 0 Uhr zu laufen.

Zur Vertiefung: Nicht gefordert ist hier eine Auseinandersetzung mit der Streitfrage, ob sich das Ende der Drei-Tages-Fiktion nach § 193 BGB auf das Ende des nächstfolgenden Werktags verschiebt, weil der dritte Tag (15.4.2007) hier ein Sonntag ist. Zweifel an dieser Verschiebung ergeben sich, weil die Drei-Tages-Fiktion keine Handlungsfrist ist, teilweise nicht einmal als Frist i.e.S. angesehen wird (letzteres ist m.E. zweifelhaft). Wer das Problem sieht, verdient natürlich ein besonderes Lob.

Die Frist läuft als Monatsfrist nach § 191 BGB 30 Tage. Das Fristende tritt am letzten Tag der Frist ein, also am 14.5.2007 um 24 Uhr. Folglich hat A die Widerspruchsfrist noch eingehalten, wenn seine Rechtsanwältin im Laufe des heutigen Tages (d.h. am 14.5.2007) den Widerspruch bei der zuständigen Stelle einlegt.

Zur Vertiefung: Wer § 193 auf die Drei-Tages-Fiktion des § 41 Abs. 2 S. 1 LVwVfG anwendet und die Widerspruchsfrist erst am Di., 17.4.2007, 0 Uhr beginnen lässt, wird hier konsequent zu dem Ergebnis kommen, dass die Widerspruchsfrist erst am Mi., 16.5.2007, 24 Uhr endet.

II. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch des A ist begründet, wenn die Abbruchanordnung rechtswidrig ist und der A dadurch in seinen Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog).

Häufige Fehler:

1. Obersatz stimmte nicht; §§ 68, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (analog) wurde nicht zitiert.
2. Der Umstand, dass A einen Aufhebungsanspruch gehabt haben muss, hat manche Bearbeiter dazu verleitet, §§ 48, 49 VwVfG zu prüfen. Das ist aber falsch. Im Widerspruchs-/Klageverfahren kann jeder VA aufgehoben werden, sofern er rechtmäßig ist und den Antragsteller in eigenen Rechten verletzt. Der eigentliche Sinn von §§ 48, 49 VwVfG (Gewährung von Vertrauensschutz) kommt hier von vornherein noch nicht zu Tragen.

Faustformel hierzu: §§ 48, 49 spielen nur eine Rolle,

- wenn der aufzuhebende VA schon bestandskräftig ist,
- oder wenn die Behörde von Amts wegen aufheben will.

1. Rechtswidrigkeit der Abbruchanordnung

Da es sich bei der Abbruchanordnung um einen belastenden Verwaltungsakt handelt, bedarf sie nach der Lehre vom (grundrechtlichen, rechtsstaatlichen) Vorbehalt des Gesetzes einer wirkamen gesetzlichen Grundlage, für die hier allein § 65 LBO in Betracht kommt. Diese Norm müsste wirksam sein. Zudem müsste die Abbruchanordnung formell und materiell mit § 65 LBO und dem gesamten sonstigen höherrangigen Recht in Einklang stehen.

a. Wirksamkeit von § 65 LBO

Hinweise auf eine Unwirksamkeit von § 65 LBO, insbesondere seiner Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG und sonstigem Bundesrecht, sind nicht ersichtlich.

b. Formelle Rechtmäßigkeit der Abbruchanordnung

Die Abrissanordnung müsste zunächst formell rechtmäßig sein.

aa. Zuständigkeiten

Fraglich ist zunächst, ob die gesetzlichen Vorgaben für die Verbands- und die Organkompetenz für den Erlass des Verwaltungsakts erfüllt waren.

Häufiger Fehler: Viele Bearbeiter haben nur die Verbands- oder nur die Organzuständigkeit geprüft.

Verbandskompetenz: Nach § 48 Abs. 1 LBO ist die untere Baurechtsbehörde für die Abrissverfügung zuständig. Untere Baurechtsbehörden sind nach § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO die unteren Verwaltungsbehörden.

Zur Vertiefung: Wenn/weil die Große Kreisstadt als solche untere Verwaltungsbehörde ist (was zu bejahen ist; s. sogleich), kommt es auf § 46 Abs. 2 oder Abs. 3 LBO nicht an.

Fraglich ist mithin, ob die Große Kreisstadt untere Verwaltungsbehörde ist. Das ist wegen § 13 Abs. 1 LVG grundsätzlich zu bejahen. Auch greift kein Ausschlussstatbestand nach § 16 LVG ein. Die Große Kreisstadt ist damit als solche untere Verwaltungsbehörde, mithin nach den § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO i.V.m. § 13 Abs. 1 LVG zugleich die – sachlich zuständige - untere Baurechtsbehörde. An der Verbandskompetenz der Großen Kreisstadt Weinheim bestehen mithin keine Zweifel.

Organkompetenz: Fraglich ist aber, ob dem Bürgermeister intern die Organkompetenz für die Abbruchanordnung zustand. Nach § 44 Abs. 2 S. 1 GemO erledigt der Bürgermeister in eigener Zuständigkeit

- die Geschäfte der laufenden Verwaltung und
- alles, was ihm sonst durch den Gemeinderat oder durch Gesetz übertragen wurde.

Vorliegend ist die Abrissanordnung bei einem gerade erst fertiggestellten und nicht unbedeutenden Projekt kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Auch ist keine besondere Übertragung an den Bürgermeister ersichtlich.

Allerdings könnte es sich nach § 44 Abs. 3 GemO um eine Weisungsaufgabe handeln, für die der Oberbürgermeister alleine zuständig ist. Die Aufgaben als unteren Verwaltungsbehörde nimmt der Bürgermeister nach § 13 Abs. 3 a.E. LVG als Pflichtaufgaben nach Weisung wahr. Folglich liegt die Organkompetenz nach § 44 Abs. 3 GemO i.V.m. § 13 Abs. 3 LVG beim Oberbürgermeister O und nicht beim Gemeinderat.

Häufiger Fehler: Einige wenige Bearbeiter haben statt § 18 Abs. 1 Nr. 2 nur die Befangenheit nach § 18 Abs. 2 Nr. 4 GemO geprüft.

bb. Verfahren

Weiterhin muss auch das Verfahren rechtmäßig gewesen sein.

(1) *Befangenheit des Bürgermeisters (§§ 52, 18 GemO)*

Der Bürgermeister hätte nicht entscheiden dürfen, wenn er wegen Befangenheit von der Entscheidung ausgeschlossen war.

Sedes materiae hier für sind ausschließlich die §§ 52, 18 GemO.

Häufiger Fehler: Die Befangenheitsproblematik ist oft nicht angesprochen worden.

Zur Vertiefung: Auf § 52 GemO hatte ich im Bearbeitervermerk ausdrücklich hingewiesen. § 18 GemO ist kürzlich in der Vorlesung besprochen worden. Offen geblieben war in der Vorlesung allerdings sein Verhältnis zu §§ 20, 21 VwVfG. Auch das Gesetz lässt hier nicht erkennen, dass § 18 GemO – nach h.M. - Sperrwirkung gegenüber den Neutralitätssicherungen der §§ 20, 21 VwVfG haben soll.

Daher ist es m.E. gut vertretbar, wenn Bearbeiter im Anschluss an § 18 GemO noch dessen Verhältnis zu §§ 20, 21 LVwVfG und (für den Fall, dass sie zu einer subsidiären Anwendbarkeit von §§ 20, 21 LVwVfG kommen) die Tatbestandsmerkmale dieser beiden Normen prüfen.

O wäre befangen gewesen, wenn seiner Schwester F gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2 GemO durch seine Entscheidung ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil entstanden wäre oder entstehen konnte.

Der **Vorteil** wie auch der **Nachteil** im Sinne des § 18 Abs. 1 GemO ist dabei nicht eng auf einen materiellen Wert zu begrenzen. Die Vorschrift zielt darauf ab, jegliche Beeinflussung des Bürgermeisters durch sachfremde Erwägungen zu verhindern. Im vorliegenden Fall könnte die F möglicherweise um ihren Arbeitsplatz fürchten oder sich Schadensersatzansprüchen (Regressansprüchen der Stadt: Art. 34 GG) aussetzen. Eine Konterkariierung der Auskünfte, die sie dem A gegeben hat, wäre insofern durchaus als Nachteil i.S.d. § 18 Abs. 1 GemO zu werten. Auch könnte F disziplinarrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt werden.

Fraglich ist nun nur, ob dieser Nachteil die F auch **unmittelbar** betreffen würde. Unmittelbar würde er sie wohl nur betreffen, wenn für den Eintritt des Nachteils keine weiteren Zwischenschritte notwendig wären. Gerade hier wären aber weitere Schritte nötig, bevor F in die Gefahr von Regressansprüchen oder disziplinarrechtlicher Bestrafung geriete. Denn zunächst und vor allem müssten ihr Dienstherr, aber auch A als Anspruchsteller darüber entscheiden, ob sie gegen bzw. wegen F vorgehen. Eine derartige Kausalkette ist vorliegend nicht einmal in Gang gesetzt worden. Die bloße Gefahr, dass es zu persönlichen Nachteilen der F kommen könnte, ist selber noch kein unmittelbarer Nachteil.

Damit scheidet ein Ausschluss des Bürgermeisters nach §§ 52, 18 GemO aus; O durfte also an der Entscheidung mitwirken.

(2) Anhörung (§ 28 Abs. 1 LVwVfG)

Allerdings hätte die Stadt den A vor Erlass eines ihn belastenden Verwaltungsakts anhören müssen. Vorliegend wurde A nicht gehört. Darin liegt ein Verfahrensfehler.

Häufiger Fehler: Den Anhörungsmangel haben rd. ein Drittel der Bearbeiter übersehen.

Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG kann allerdings das Fehlen einer Anhörung geheilt werden, wenn die Anhörung nachgeholt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Vorverfahren nach den §§ 68 ff VwGO als Nachholung der behördlichen Anhörung anzusehen, da der Bürger ja sein Recht genutzt hat, sich zu dem Verwaltungsakt zu äußern, und in dieser Äußerung auch gehört und wahrgenommen wird.

Der entsprechende Verfahrensfehler wird folglich hier durch ein ordnungsgemäß durchgeführtes Widerspruchsverfahren geheilt werden.

cc. Form

Die Abrissanordnung ergeht schriftlich, ist begründet und wahrt damit jede Form.

dd. Zwischenergebnis

Die Abrissverfügung nach § 65 LBO ist nach Heilung des Anhörungsmangels formell rechtmäßig.

c. Materielle Rechtmäßigkeit der Abrissverfügung

Fraglich ist damit nur noch die materielle Rechtmäßigkeit der Abrissverfügung.

aa. Tatbestand des § 65 LBO

Dafür müsste erst einmal der Tatbestand des § 65 LBO einschlägig sein. Die Anlage des A ist in dieser Lage keinesfalls zulässig (im Sachverhalt angegeben). Da außerdem dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, wie anderweitig ein rechtmäßiger Zustand hergestellt werden könnte, ist von der Tatbestandserfüllung auszugehen.

bb. Ermessensfehlerfreiheit

§ 65 LBO verpflichtet die untere Baurechtsbehörde allerdings nicht zum Einschreiten, sondern berechtigt sie lediglich dazu. Die Behörde hat einen Ermessensspielraum („kann angeordnet werden“: § 65 Satz 1 LBO).

Die Entscheidung war nur rechtmäßig, wenn die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat (§ 40 LVwVfG).

(1) Ermessensausfall

Vorliegend ist schon zweifelhaft, ob die Behörde sich ihres Ermessensspielraums überhaupt bewusst war. Die Begründung der Abrissverfügung lässt erkennen, dass die Gemeinde sich auf Grund der Rechtswidrigkeit zu keinem anderen Verhalten berechtigt sieht. Darin liegt ein Ermessensausfall (Ermessensnichtgebrauch).

Häufiger Fehler: Viele Bearbeiter haben den Ermessensausfall nicht angesprochen. Manche haben sogar ausdrücklich geschrieben, Ermessensfehler seien nicht ersichtlich.

Zur Vertiefung: Nach dem Sachverhalt besteht der Ermessensausfall darin, dass O meint, das Gesetz lasse in der Sache keine andere Entscheidung zu.

Ein Ermessensausfall läge aber auch dann vor, wenn sich der Bürgermeister an den von ihm herbeigeführten Beschluss des Gemeinderates gebunden gefühlt hätte. Der Gemeinderatsbeschluss kann in das Ermessen als Stimmungsbild der Stadt mit einfließen, darf aber nicht die Entscheidung des Bürgermeisters prädestinieren (nicht einmal im Sinne einer Empfehlung; str.).

(2) Hilfsweise: Ermessensfehlgebrauch/Unverhältnismäßigkeit durch Nichtberücksichtigung der früheren mündlichen Zusage der F

Wer den Ermessensausfall nicht erkannt hat oder ihn für heilbar hält (Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen!), kann aus anderen Gründen einen Verstoß gegen § 40 LVwVfG annehmen: O hätte „die gesetzlichen Grenzen des Ermessens“ nicht mehr eingehalten, wenn seine Entscheidung unverhältnismäßig war.

Zum Aufbau: Die hier gewählte Verknüpfung von Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt gedanklich nahe; zwei separate Prüfungspunkte führen zwangsläufig zu Redundanzen.

Das heißt aber nicht, dass die Bearbeiter auf diese Verknüpfung hinweisen müssen. Es genügt vollauf, wenn sie *entweder* eine inhaltliche Ermessensprüfung (auf Ermessens Fehlgebrauch) *oder* eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellen.

Zwar verfolgt die Entscheidung des O den **legitimen Zweck**, eine gegen geltendes Recht erbaute Anlage zu entfernen. Sie ist dafür auch **geeignet**. Da eine Rechtmäßigkeit des Solarkraftwerks wohl nicht hergestellt werden kann, ist die Maßnahme auch als **erforderlich** anzusehen.

Zweifel ergeben sich allein an der **Angemessenheit** (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) der Beseitigungsanordnung, denn mit ihrem Erlass hat O sich über die – ihm offenbar bekannte – mündliche Duldungszusage hinweggesetzt, die die F dem A gegeben hatte.

Zwar erfüllte diese Zusage nicht das Schriftformerfordernis des § 38 LVwVfG (Zusicherung); aus ihr konnte A deshalb keinen Anspruch auf ein Stillhalten der Gemeinde ableiten (§ 38 LVwVfG e contrario). Auch hat die Gemeinde durch ihre Ingerenz die Kompetenz zum Erlass einer Abrissanordnung keinesfalls verwirkt. Insofern tritt unterhalb der Formstrenge keine echte Selbstbindung der Gemeinde ein.

Im Rahmen ihres Ermessens musste die Gemeinde die Bedeutung, die die vorangegangene Zusage für das Projekt des A hatte, aber zumindest erwägen. Denn A hat erst auf die amtliche Zusage, mit der F ersichtlich nicht nur ihre private Meinung, sondern – jedenfalls aus Sicht des Empfängers A – auch eine offizielle Position der Stadt wiedergegeben hat, ein Projekt in erheblicher Größenordnung angeschoben. Die Errichtung einer 2.000 qm großen Solaranlage ist mit einem hohen Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Auch waren die Bauarbeiten an der exponierten Stelle wohl weit über die ganze Stadt sichtbar. Der Bürgermeister hat somit die Fertigstellung der Anlage zumindest stillschweigend geduldet. Wenn O ernsthafte Bedenken gegen das Projekt gehabt hätte, hätte er diese Zweifel jedenfalls angesichts der vorangegangenen Duldungszusage der F zum frühestmöglichen Zeitpunkt äußern müssen. Jedenfalls durfte er aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht erst jetzt – nach Fertigstellung – einschreiten.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dem A die Rechtswidrigkeit seiner Vorgehensweise vollständig bewusst war und F selber ihn sogar darauf hingewiesen hatte. Ein sorgfältiger Kaufmann hätte zwar ein Projekt in dieser Größenordnung nicht ohne rechtliche Absicherung begonnen. Allerdings hat gerade die F ihm gute Gründe genannt, warum er mit seinem Projekt auch ohne rechtliche Bestätigung fortfahren konnte.

Nicht entscheidend ist auch, dass A durch einen Abriss der Anlage nicht seinen gesamten Einsatz verlöre. Die Solarzellen können zwar in der Tat an einem anderen Standort ebenfalls noch Nutzen bringen, so dass keine Verlust der gesamten Investitionssumme zu erwarten ist. Dennoch wird ein erheblicher Teil nicht wiederzugewinnen sein.

In der Gesamtabwägung zwischen dem Augenschließen der Gemeinde und dem Augenschließen des A überwiegt das Fehlverhalten der Gemeinde. Dies gilt vor allem deshalb, weil das der Großen Kreisstadt zuzurechnende Verhalten der F für das Verhalten des A kausal geworden ist.

Der Abrissbescheid ist somit unverhältnismäßig; O hat das ihm gesetzlich eingeräumte Ermessen rechtsfehlerhaft (§ 40 LVwVfG) gebraucht.

Zur Vertiefung: Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung? Der Sachverhalt lässt erkennen, dass A seinen Widerspruch Art. 34 GG **nicht** auch auf die Zwangsgeldandrohung erstrecken

will. Vielmehr will A nach dem Sachverhalt nur gegen die Beseitigungsanordnung vorgehen (mein Fehler!).

Wenn Bearbeiter dennoch etwas zu den Erfolgsaussichten eines Widerspruchs gegen die Zwangsgeldandrohung geschrieben haben, ist ihnen das nicht negativ anzurechnen. In der Sache ist hier zu sagen, dass die Androhung eines Zwangsgelds „bis zur Höhe von 50.000 Euro“ zu unbestimmt ist und damit gegen § 20 Abs. 4 LVwVG verstößt. O hätte eine exaktere Androhung treffen müssen.

Daher hätte auch ein isoliert gegen die Zwangsgeldandrohung gerichteter Widerspruch Aussicht auf Erfolg gehabt.

2. Verletzung des A in eigenen Rechten

Weiterhin müsste der A auch in eigenen Rechten verletzt sein. Durch die rechtswidrige Abbruchsanordnung wurde der A jedenfalls in seinen Grundrechten aus Art 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und auch 2 Abs. 1 GG verletzt.

III. Ergebnis

Da die Abbruchanordnung zumindest materiell nicht rechtmäßig war und A dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, ist dem Widerspruchsbescheid statt zu geben.

Der Widerspruch des A gegen die Abbruchanordnung hat damit Aussichten auf Erfolg.

Frage 2: Zuständige Widerspruchsbehörde

Häufiger Fehler: Vielen Bearbeiter reichte die Zeit für Aufgabe 2 nicht. Dieser Teil der Arbeit ist daher nur untergewichtet in die Bewertung eingeflossen.

Fraglich ist weiterhin, welche Behörde über den Widerspruch des A zu entscheiden hat. Hier ist chronologisch abzuschichten:

1. Entscheidung über die Abhilfe

Zunächst einmal kann der Bürgermeister selbst nach § 72 VwGO Abhilfe schaffen.

2. Entscheidung über den Widerspruchsbescheid

Tut er dies nicht, entscheidet die Widerspruchsbehörde. Die Zuständigkeit für den Erlass des Widerspruchsbescheids bestimmt sich nach § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Fraglich ist nun, ob die Gemeinde hier als Selbstverwaltungsbehörde tätig geworden ist, oder ob die Behörde als untere Verwaltungsbehörde gehandelt hat. Wenn die Stadt als Selbstverwaltungsbehörde gehandelt hätte, wäre nach dem Grundsatz des § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VwGO die Stadt Weinheim selber Widerspruchsbehörde.

Zur Vertiefung: Daran ändert auch die landesrechtliche lex specialis in § 8 AGVwGO nichts. Denn die Rechtsaufsicht über die Große Kreisstadt liegt nicht (wie von § 8 AGVwGO gefordert) beim Landratsamt, sondern beim Regierungspräsidium (§ 119 GemO). § 8 AGVwGO betrifft also nur normale kreisangehörige Gemeinden (nicht auch die Große Kreisstadt, erst recht nicht den Stadtkreis).

Vorliegend geht um eine baupolizeiliche Maßnahme nach der LBO, für welche die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO i.V.m. § 13 Abs. 1 LVG untere Verwaltungsbehörde ist.

Folglich bestimmt sich die zuständige Widerspruchsbehörde nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO. Die nächsthöhere Baurechtsbehörde ist nach § 46 Abs. 1 LBO das Regierungspräsidium als höhere Bauaufsichtsbehörde. Folglich ist das Regierungspräsidium Widerspruchsbehörde.