

Erstellt von Dominik Richers, Greifswald*

Gutachten

Flashmob – Verantwortlichkeit bei „Blitzmeuten“

Wer in Klausuren oder Hausarbeiten unterhalb der eigenen Erwartungen abschneidet, dem bleibt oft ein letzter Trost: Mit Ausnahme von Abschlussarbeiten werden studentische Prüfungsleistungen nur selten unmittelbar von den Lehrstuhlinhabern der Universitäten korrigiert. Die Bewertung erfolgt i. d. R. durch sogenannte Korrekturassistenten. Diese sind zwar meist weitaus besser qualifiziert, als die studentische „Gerüchteküche“ vermuten lässt.¹ Dennoch führt u. a. die geringe Vergütung oftmals dazu, dass die Korrektur eher schematisch erfolgt.

Von zentraler Bedeutung für eine „richtige“ Bewertung ist daher die vorab an den Lehrstühlen erstellte Lösungsskizze. Zum besseren Verständnis der Prüfungsabläufe bei Klausuren und Hausarbeiten druckt GreifRecht hier erstmals das Beispiel² eines solchen Lösungsvorschlags. Korrekturvorschläge bleiben regelmäßig unveröffentlicht. Hierfür gibt es unterschiedliche Gründe. Ein Beweggrund ist gelegentlich die Angst vor Remonstrationen. Von größerer Bedeutung ist aber die Tatsache, dass Lösungsskizzen oft weitgehend auf Gutachtenstil und ausführliche Argumentation verzichten und damit negative Vorbildwirkung entfalten können. Dieser Vorbehalt ist grundsätzlich auch im folgenden Beispiel zu beachten. Allerdings entsprechen Schwerpunktsetzung und stilistische Form hier bereits weitgehend dem in einer umfangreichen Examensklausur Geforderten. Gleiches gilt für den Detaillierungsgrad des Texts sowie die Tiefe der Gliederung.

Inhaltlich spiegelt der Fall einige besonders ungeliebte und teilweise landesrechtsspezifische Probleme des öffentlichen Rechts in aktueller Einkleidung. Im Zentrum stehen Fragen des Kostenrechts, des Verwaltungsvollstreckungsrechts sowie des Versammlungsrechts.

* Dominik Richers ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie (Prof. Dr. Joachim Lege). Der vorliegende Fall war Gegenstand einer Klausur im Examensklausurenkurs des WS 2009/2010; der Notendurchschnitt der Klausur betrug 5,41 Punkte, die Durchfallquote 44,83 Prozent. Bis auf geringfügige Anpassungen entsprechen Sachverhalt und Lösungsskizze im hiesigen Abdruck der Originalfassung. Zur weiteren Befassung mit den einzelnen Problemen des Falls sind an zentralen Stellen einige wenige Nachweise beigefügt (Lösungsvorschläge für Hausarbeiten enthalten i. d. R. deutlich mehr, Korrekturhinweise für Anfängerklausuren zumeist gar keine Nachweise). Zusätzliche Fußnoten enthalten überdies kurze Erläuterungen für studentische Leser.

1 Anstellungsvoraussetzung ist im Regelfall mindestens ein „befriedigend“ im Ersten Staatsexamen. Die Regelanforderungen liegen damit nur geringfügig unter denen für Wissenschaftliche Mitarbeiter. Zuweilen handelt es sich bei den Korrekturassistenten sogar um Wissenschaftliche Mitarbeiter an Juristischen Fakultäten anderer Universitäten.

2 „Die“ Lösungsskizze gibt es natürlich nicht. Die konkrete Ausgestaltung der Skizze hängt u. a. von der jeweiligen Aufgabenstellung sowie der Art der Prüfung ab. Im Übrigen ist es zuweilen schwierig, Skizzen so zu gestalten, dass einerseits jeder nur irgendwie vertretbare Lösungsweg wenigstens angesprochen wird, andererseits die nötige Übersichtlichkeit nicht verloren geht.

Sachverhalt

Die Rezession in Deutschland verschärft sich. Ende des Jahres 2009 zeichnet sich ab, dass die Krise mit voller Härte auch den Arbeitsmarkt treffen wird. In Reaktion darauf formiert sich in der kreisfreien Stadt S (M-V) eine neue Wählervereinigung. Die Gruppierung trägt den Namen „Rote Sonne“ und fordert u. a. die Enteignung sämtlicher privatwirtschaftlichen Betriebe mit einem Umsatz über EUR 500.000/Jahr. Mit ihrem charismatischen Anführer H tritt die Vereinigung auch zu den Bürgermeisterwahlen am 10.01.2010 an.

Einige Bürger der Gemeinde, darunter der B, sind über die befürchteten „sozialistischen Verhältnisse“ entsetzt. Sie organisieren sich im Internet. Die Gruppe wächst auf insgesamt 500 Mitglieder an, die meisten stammen aus S. Am Neujahrsmorgen erhalten die Mitglieder auf verschiedenen Wegen der elektronischen Kommunikation eine Mitteilung. Danach sollen sie sich am Abend desselben Tages, „als Kommunisten verkleidet“, vor dem Rathaus von S zu einem sog. *Flashmob* versammeln.

Zum vorgegeben Zeitpunkt treffen ca. 200 *Flashmobber* auf dem Rathausplatz ein. Rote Fahnen mit Hammer und Sichel schwenkend, skandieren sie lauthals „Lang lebe der Große Vorsitzende“. Ein als Robespierre verkleideter Teilnehmer ist außerdem auf den Gedanken gekommen, einen Eimer roter Wandfarbe auf den Stufen der Rathauptreppe auszugießen. Nach zehn Minuten ist der „Spuk“ vorüber, die von besorgten Anwohnern verständigte Polizei trifft erst nachträglich ein. „Robespierre“, dessen Identität sich nicht klären lässt, ist da bereits verschwunden.

Jedoch macht die zuständige Ordnungsbehörde rasch B als Urheber des *Flashmob*-Aufrufs ausfindig. Die Behörde fürchtet, dass Rathausbesucher auf der erheblich in Mitleidenschaft gezogenen Treppe ausrutschen könnten. Sie fordert daher B in einem ausführlichen Telefonat dazu auf, unverzüglich für die Reinigung der Treppe zu sorgen – sonst müsse er die Kosten der Schadensbeseitigung (voraussichtlich EUR 500,–) tragen. B weigert sich. Erstens sei er nämlich gar nicht vor Ort gewesen; und zweitens stehe die Betätigung der Gruppe ja wohl unter höchstem grundrechtlichem Schutz.

Die Ordnungsbehörde lässt daraufhin die Treppe durch ein privates Reinigungsunternehmen säubern. Da der amtierende Bürgermeister insgeheim über die „Wahlkampfunterstützung“ recht froh ist, wird B jedoch nicht zu den Kosten in Höhe von insgesamt EUR 600,– herangezogen.

Überraschend gewinnt aber am 10.01. der H die Bürgermeisterwahl. Und H sinnt auf Vergeltung. Unmittelbar nach Amtseinführung des neuen Bürgermeisters am 18.01. erhält der B nach telefonischer Rücksprache einen – sorgfältig begründeten – Kostenbescheid über

EUR 600,–. B, noch vom Ausgang der Wahl geschockt, zahlt zähneknirschend.

Nur wenige Tage später kommen ihm jedoch Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids. B erhebt Klage auf Rückzahlung vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

Aufgabenstellung

1. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?
2. Zusatz: H fragt an, ob man B „sonst irgendwie zur Verantwortung ziehen“ könne.

Lösungsskizze

Hinweis: 3 Der Fall ist aus mehreren Gründen als eher schwer einzustufen: Erstens bedingt im Hauptteil die prozesuale Situation i. V. m. der materiellrechtlichen Lage⁴ einen etwas verschachtelten Prüfungsaufbau; zweitens erfordert es einigen Aufwand, im Sachverhalt wesentliche von randständigen und diese von gänzlich irrelevanten Informationen zu trennen; drittens verlangt der Umfang des Falls eine disziplinierte Schwerpunktsetzung. Gutachtenstil ist daher – ungefähr entsprechend der folgenden Skizze – nur bei Problem-schwerpunkten angebracht.

Aufgabe 1

Der Einstieg sollte gedanklich (!) durch eine Zusammenfassung der wichtigsten Tatbestandselemente erfolgen – d. h.: (1) B ruft kurzfristig zu einem sogenannten Flashmob auf, an dem er selbst nicht teilnimmt. (2) Ein unbekannter Teilnehmer gießt Wandfarbe auf der Rathaustrampe aus. (3) Die Ordnungsbehörde fordert B zur Beseitigung der Farbe auf, dieser weigert sich. (4) Die Ordnungsbehörde lässt die Farbe durch ein Privatunternehmen beseitigen und stellt B die Kosten in Rechnung. (5) B zahlt zunächst, erhebt dann aber Klage vor dem VG.

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Prüfung der Zulässigkeit weist wenig Probleme auf. Die Bearbeiter sollten sich hier unbedingt kurz halten!

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt (§ 40 I 1 VwGO). Die vorliegende Streitigkeit ist in erster Linie nach Normen des SOG M-V sowie des Landeskostenrechts zu beurteilen, also nach – weil

den Staat einseitig berechtigend und verpflichtend – öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Es liegt daher eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist diese auch nicht-verfassungsrechtlicher Art, und es liegt keine abdrängende Sonderzuweisung vor. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist daher eröffnet.

II. Klageart

1. Klagebegehren (vgl. §§ 88, 86 III VwGO)

B begehrt die (Rück-) Zahlung einer Geldsumme wegen zu Unrecht erhobener Kosten.

2. Statthafte Klageart

Die Zahlung einer Geldsumme als solche ist eine tatsächliche Handlung, kein VA. Die Rückzahlung zu Unrecht erhobener Kosten erfordert auch keinen vorherigen VA, statthafte Klageart ist also jedenfalls nicht die Verpflichtungsklage i. S. d. § 42 I Alt. 2 VwGO. (A. A. noch vertretbar.)

Statthafte Klageart könnte jedoch die Allgemeine Leistungsklage sein (vorausgesetzt u. a. in § 43 II VwGO).

Der Statthaftigkeit der Allgemeinen Leistungsklage könnte hier aber entgegenstehen, dass der Kostenzahlung durch B zwei mit Außenwirkung versehene einzelfallregelnde Verfügungen durch die Ordnungsbehörde, also Verwaltungsakte i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG M-V, vorausgegangen sind: erstens die Aufforderung zur Säuberung der Treppe, zweitens die Kostenanforderung. Die erstgenannte Verfügung könnte sich zwar erledigt haben; nicht erledigt hat sich aber jedenfalls – auch nicht nach Zahlung des B – die zweite Verfügung, die als Rechtsgrund für die Zahlung bestehen bleibt⁵. Die Allgemeine Leistungsklage kann daher keinen Erfolg haben, bevor nicht zumindest der kostenanfordernde VA aufgehoben ist. Diese Aufhebung ist nach der Systematik der VwGO grds. nur möglich im Verfahren der Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO.

Statthafte Klageart ist also die Anfechtungsklage, verbunden mit einem Leistungsantrag entsprechend § 113 I 2 VwGO (gesetzlich geregelter Fall der Stufenklage)⁶.

Bearbeiter, die all dies erkennen, haben sich ein besonderes Lob verdient. Die Ausführungen zu diesem Prüfungspunkt dürfen dann auch etwas (!) ausführlicher geraten. Im Übrigen ist hier vieles (noch) vertretbar: eine schlichte Leistungsklage; eine Anfechtungsklage in Klagehäufung mit einer Leistungsklage; eine unechte Fortsetzungsfeststellungsklage oder eine Allgemeine Feststellungsklage i. V. m. § 113 I 2 VwGO analog; eine Verpflichtungsklage gerichtet auf Erlass eines (Rück-) Bewilligungsbescheids.

Nicht vertretbar ist aber die alleinige Prüfung von Anfechtungsklage, (unechter) Fortsetzungsfeststellungsklage oder Feststellungsklage – das Klägerbegehren ist hier eindeutig.

3 Bei den kursiv gesetzten Anmerkungen hier und im Folgenden handelt es sich um Hinweise für die Korrekturassistenten.

4 Vgl. BVerfGE 85, 69; BVerwGE 48, 279; BVerwGE 71, 85; BVerwG, NJW 1989, 53; BAG, NZA 2009, 1347; Joachim Lege, VerwArch 1998, 71; Volker Rieble, NZA 2008, 796; Steffen Krieger/Jens Günther, NZA 2010, 20; Reinhard Bingener/Reinhard Vesper/Marie Katharina Wagner, Blitzmeuten im Spätwahlkampf, FAZ v. 22.09.2009.

5 Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 43 Rn. 41.

6 Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42 Rn. 40, § 113 Rn. 80 ff.

Gleich welche Klageart die Bearbeiter wählen – materiell müssen sie weitestgehend dieselben Fragen untersuchen; nur der Aufbau wandelt sich etwas.

III. Klageartspezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Unterscheidung zwischen klageartspezifischen und allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen entlastet das Gedächtnis und schärft den Blick für die jeweils zutreffenden Prüfungspunkte. „Pflicht“ ist diese Untergliederung selbstverständlich nicht.

1. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

Die Klagebefugnis bei der Anfechtungsklage setzt die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten voraus (sog. Möglichkeitstheorie). B ist Adressat des Kostenbescheids, also eines belastenden Verwaltungsakts. Die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten ist angesichts des Art. 2 I GG daher jedenfalls nicht nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen (sog. Adressatentheorie). B ist mithin nach § 42 II VwGO klagebefugt.

Für die Klagebefugnis genügt hier die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten. Ob B darüber hinaus auch (möglicherweise) Anspruch auf Aufhebung des belastenden VA hat, ist eine Frage der Begründetheit, nicht bereits der Zulässigkeit.⁷ Erst recht ist es dann (nur) eine Frage der Begründetheit, ob B womöglich Anspruch auf Erstattung der bereits gezahlten Geldsumme hat (a. A. noch vertretbar).

Wer allerdings statt der Anfechtungsklage die Allgemeine Leistungsklage für statthaft hält, muss (in analoger Anwendung des § 42 II VwGO) bereits prüfen, ob B möglicherweise Anspruch auf Rückzahlung hat (zu bejahen – auch im öffentlichen Recht gilt der Grundsatz, dass rechtsgrundlos erfolgte Leistungen rückzugewähren sind).

2. Vorverfahren

Die Erhebung einer Anfechtungsklage setzt nach § 68 I 1 VwGO die Durchführung eines Vorverfahrens voraus. Ein solches hat im hiesigen Fall nicht stattgefunden (den SV hier anders auszulegen, wäre eher abwegig) und ist auch nicht nach § 68 I 2 VwGO i. V. m. § 13 a bzw. § 13 b AGGerStrG M-V entbehrlich.

Jedoch ist die Monatsfrist zur Erhebung eines Widerspruchs noch nicht abgelaufen;⁸ bis zum Fristablauf kann nach ganz h. M. das Vorverfahren wenigstens bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden⁹. Der Mangel des Vorverfahrens ist also noch heilbar.

Wer die Klage für schlicht unzulässig hält (noch vertretbar) muss unbedingt (hilfsweise) weiterprüfen!

3. Klagefrist

Es gilt die Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO. Diese ist noch nicht abgelaufen.

⁷ Vgl. Kopp/Schenke (Fn. 6), § 42 Rn. 59.

⁸ Der Zeitpunkt der Klausurbearbeitung im Examensklausurenkurs entsprach ungefähr dem im Sachverhalt genannten Datum der Klageerhebung.

⁹ Siehe Kopp/Schenke (Fn. 6), § 68 Rn. 3, mit weiteren Einzelheiten.

4. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 78 I Nr. 2 VwGO i. V. m. § 14 II AGGerStrG M-V der Bürgermeister (im Folgenden BM) als diejenige Behörde, die den VA erlassen hat.

Im Rahmen einer Leistungsklage gilt § 14 II AGGerStrG M-V nicht, so dass das Rechtsträgerprinzip des § 78 I Nr. 1 VwGO greifen würde – Klagegegner wäre dann S.

IV. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Beteiligtenfähigkeit

Kläger B ist beteiligtenfähig als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO; der BM als Behörde nach § 61 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 14 I AGGerStrG M-V.

2. Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit richtet sich bei B nach § 62 I Nr. 1 VwGO, bei BM nach § 62 III VwGO.

3. Zuständiges Gericht

Sachlich-instanziell zuständig ist das Verwaltungsgericht, § 45 VwGO (aus den §§ 46 ff. VwGO ergibt sich nichts Abweichendes); örtlich zuständig ist, in Abhängigkeit von der Lage der Stadt S in M-V, das VG Schwerin oder das VG Greifswald, § 52 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 10 GerStrG M-V.

4. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Am Vorliegen des Allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses bestehen keine Zweifel (*Prüfung hier entbehrlich, nach zuweilen vertretener Ansicht sogar überflüssig und daher falsch*).

V. Ergebnis

Die Anfechtungsklage des B nach § 42 I Alt. 1 i. V. m. dem Antrag nach § 113 I 2 VwGO ist zulässig mit der Maßgabe, dass das erforderliche Vorverfahren nachzuholen ist (*bis dahin ist das Verfahren grds. auszusetzen*)¹⁰.

B. Begründetheit

Die mit dem Antrag nach § 113 I 2 VwGO verbundene Anfechtungsklage des B ist dann vollumfänglich begründet, wenn der angegriffene Kostenbescheid rechtswidrig ist (I.), den B in seinen Rechten verletzt (II.) und B einen Anspruch auf Rückzahlung der EUR 600,- hat (III.).

Denkbar ist, dass manche Bearbeiter die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme selbstständig prüfen – statt inzident im Rahmen der Anfechtung der Kostenentscheidung. Falsch ist dies nicht (vgl. § 22 VwKostG M-V), angesichts des Klägeberhaltens aber auch nicht vorzugswürdig.

Wer als Klageart die Allgemeine Leistungsklage gewählt hat, muss im Obersatz nur fragen, ob B Anspruch auf Rückzahlung hat. Die Rechtswidrigkeit des behördlichen Kostenverlangens wäre dann (bloße) Anspruchsvoraussetzung.

¹⁰ Siehe Kopp/Schenke (Fn. 6), § 68 Rn. 4f.

I. Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Rechtmäßig ist der Kostenbescheid, wenn er auf einer hinreichenden Anspruchsgrundlage beruht (1.) und weder unter formellen (2.) noch unter materiellen (3.) Fehlern leidet.

1. Anspruchsgrundlage/Ermächtigungsgrundlage

BM verlangte von B Zahlung für die Beseitigung eines Zustandes, für den die Behörde den B für verantwortlich hielt. Spezialgesetzliche Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich. Als Anspruchsgrundlage kommen daher die §§ 89 I, 114 SOG M-V i.V.m. § 10 I 1, 4 VwKostG M-V i.V.m. §§ 1 I Nr. 3, 10 I Nr. 4 VwVKO M-V in Betracht.

Nach diesen Vorschriften können Beträge, die bei der Ersatzvornahme, der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme oder bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs an Beauftragte und an Hilfspersonen zu zahlen sind, vom Pflichtigen verlangt werden.

Das Auffinden der richtigen Ermächtigungsgrundlage ist im Kostenrecht sowohl des Landes wie des Bundes immer wieder schwierig. Zuweilen sind dabei verschiedene Wege (noch) vertretbar. Dies gilt auch im vorliegenden Fall.

Erstens dürfte es hier (noch) vertretbar sein, den Kostenanspruch allein auf § 89 I SOG M-V zu stützen – argumentum a fortiori ex § 89 II SOG M-V – und weitere Normen allenfalls ergänzend heranzuziehen.

Zweitens wäre es gut vertretbar, als Ermächtigungsgrundlage „nur“ die §§ 89 I, 114 SOG M-V i. V. m. §§ 1 I Nr. 3, 10 I Nr. 4 VwVKO M-V zu zitieren. Den § 10 I 1, 4 VwKostG M-V mag man nämlich für entbehrlich halten, wenn man annimmt, § 114 II SOG M-V enthalte bereits eine vollständige Verordnungsermächtigung. In Fällen, in denen es – wie im vorliegenden – um den Ersatz von Kosten einer Fremdvorname (also um den Ersatz von „Auslagen“) geht, ist dies freilich zweifelhaft.¹¹ Immerhin ist in Absatz 2 des § 114 SOG M-V, anders als in Absatz 1 der Norm, nicht von „Auslagen“ die Rede – sondern nur von „Verwaltungsgebühren“. Man könnte daher annehmen, Auslagen seien aus der Verordnungsermächtigung des Absatz 2 implizit ausgeklammert („argumentum ex contrario“). Zwingend ist diese Annahme aber nicht – ebenso überzeugend könnte man in einer Klausur von einem offenkundigen und daher unschädlichen Versehen des Gesetzgebers ausgehen.

Wichtig: Vertieftes Wissen kann in diesem Bereich nur von herausragenden Kandidaten erwartet werden. Im Übrigen handelt es sich bei der eben diskutierten Problematik eher um ein Scheinproblem ohne große Ergebnisrelevanz.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Von der Zuständigkeit der Ordnungsbehörde ist auszugehen (vgl. § 82 SOG M-V).

B wurde vor Erlass angehört, der Bescheid war sorgfältig begründet und hinreichend bestimmt (*die Bestimmtheit mag man auch gesondert im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit prüfen*) – mithin sind auch Verfahrens- und Formfehler nicht ersichtlich.

Der Kostenbescheid ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Materiell rechtmäßig ist der Kostenbescheid, wenn die Grundvoraussetzungen des Kostentatbestands erfüllt sind (a), das kostenauslösende Behördenhandeln rechtmäßig war (b), und – sofern es sich bei der Heranziehung zu den Kosten um eine eigenständige Ermessensentscheidung handelt – keine Ermessensfehler ersichtlich sind (c).

Die Punkte (a) und (b) können natürlich auch in umgekehrter Reihenfolge geprüft werden!

a) Grundvoraussetzungen des Kostentatbestands

Der Kostentatbestand der §§ 89 I, 114 SOG M-V i. V. m. § 10 I 1, 4 VwKostG M-V i. V. m. § 10 I Nr. 4 VwVKO M-V enthält v. a. folgende Grundvoraussetzungen: Insbesondere (*mehr u. a. in § 14 VwKostG M-V*) muss es sich bei den Kosten um ersatzfähige „Auslagen“ gehandelt haben (aa), deren Höhe vorab veranschlagt wurde (bb) und die Kostenforderung muss an den „Pflichtigen“ gerichtet sein (cc).

aa) Auslagen

Bei dem Betrag, den BM an das private Reinigungsunternehmen gezahlt hat, handelt es sich um ersatzfähige „Auslagen“ i. S. d. § 10 I Nr. 4 VwVKO M-V.

bb) Kostenvoranschlag

Nach § 87 VI SOG M-V müssen bei der Ersatzvornahme Kosten vorab veranschlagt werden. Ob dies auch in Fällen gilt, in denen – wie hier – aufgrund des § 87 I 2 SOG M-V eine Androhung der Ersatzvornahme entbehrlich ist, ist zweifelhaft. Die Frage kann hier aber dahinstehen, da die Kosten vorab veranschlagt wurden. Die (mäßige) Kostensteigerung in der „Endabrechnung“ schadet nicht (vgl. § 87 VI 2 SOG M-V).

cc) Richtiger Kostenschuldiger („Pflichtiger“)

B ist „Pfllichtiger“ i. S. d. § 83 I Nr. 1 SOG M-V und daher nach § 114 III SOG M-V auch richtiger Kostenschuldiger.

b) Rechtmäßigkeit des kostenauslösenden Behördenhandelns

Kostenauslösendes Behördenhandeln war hier die Beseitigung der Wandfarbe durch den von der Ordnungsbehörde beauftragten Dritten. Die Ordnungsbehörde handelte dabei nach eigenem Bekunden anstelle des bzw. der eigentlich Verpflichteten. Es handelte sich mithin um eine Zwangsmaßnahme.

Das kostenauslösende Behördenhandeln war also dann rechtmäßig, wenn für die Zwangsmaßnahme eine Ermächtigungsgrundlage bestand (aa) und die Zwangsmaßnahme formell (bb) wie materiell (cc) rechtmäßig war.

aa) Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsmaßnahme

Bei der Beseitigung der Wandfarbe handelte die Ordnungsbehörde in Wahrnehmung ihrer Aufgabe zur Gefahrenabwehr, also im Rahmen des SOG M-V. Die Ermächtigungsgrundlage entstammt mithin den §§ 79 ff.

¹¹ Siehe Erk Volkmar Heyen in: Hans-Joachim Schütz/Claus Dieter Classen (Hrsg.), Landesrecht M-V, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 190.

SOG M-V (nicht etwa dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes).

In Betracht kommen dabei insbesondere die §§ 86 I Nr. 2, 89 I Alt. 2 SOG M-V. Sie ermächtigen zu einer Ersatzvornahme in Form der Fremdvorname, also zu einer vertretbaren Handlung, die die Vollzugsbehörde anstelle des Verpflichteten durch einen Beauftragten ausführen lässt.

Man mag an dieser Stelle eine Abgrenzung zu anderen Zwangsmitteln einfügen. Dies ist m. E. aber nur dann geboten, wenn die Einordnung einmal schwierig ist. Andernfalls ist es praxisingerechter, schlicht die zutreffende EGL zu wählen und deren Tatbestandsvoraussetzungen dann „en passant“ in der Rechtmäßigkeitsprüfung abzuheben.

Sofern man hier bereits eine Abgrenzung vornehmen will, müsste diese erfolgen einerseits zu den Maßnahmen im gekürzten Zwangsverfahren, also zur „unmittelbaren Ausführung“ nach § 70 a SOG M-V und zum „sofortigen Vollzug“ nach § 81 SOG M-V (aber: Grundverfügung vorhanden, also kein gekürztes Verfahren, s. unten!) andererseits zur Parallelmaßnahme im gestreckten Zwangsverfahren, also zum „unmittelbaren Zwang“ nach §§ 86 I Nr. 3, 90 SOG M-V (aber: vertretbare Handlung, polizeiliches Handeln ist hier mit der dem Pflichtigen obliegenden Handlung identisch, also kein unmittelbarer Zwang – s. unten!).¹²

bb) Formelle Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme

An der formellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme – Zuständigkeit (vgl. § 82 SOG M-V), Verfahren, Form (vgl. jeweils § 89 SOG M-V) – bestehen keine Zweifel.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme

Materiell rechtmäßig war die Zwangsmaßnahme, wenn eine wirksame Grundverfügung vorlag ((1)), diese vollstreckbar ((2)) und nötigenfalls rechtmäßig ((3)) war; die Androhung des Zwangsmittels müsste rechtmäßig erfolgt oder aber entbehrlich sein ((4)); Vollstreckungshindernisse dürften nicht vorliegen ((5)); die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des Zwangsmittels müssten erfüllt ((6)) und es dürften keine Ermessensfehler – einschließlich Verhältnismäßigkeitsgrundsatz! – ((7)) zu verzeichnen sein.

(1) Wirksame Grundverfügung

Die zuständige Ordnungsbehörde hat den B in einem Telefonat angewiesen, die Wandfarbe auf den Treppenstufen des Rathauses zu entfernen. Diese Anweisung ist ein VA i. S. d. § 35 VwVfG. Dieser VA ist auch wirksam (vgl. § 43 VwVfG), insbesondere ist er nicht nichtig i. S. d. § 44 VwVfG. Die Tatsache, dass die Anweisung mündlich erfolgte, schadet weder der VA-Qualität (vgl. § 37 II VwVfG), noch ändert sie etwas an der Wirksamkeit des VA.

(2) Vollstreckbarkeit

Bei der Verfügung der Ordnungsbehörde handelt es sich um einen befehlenden VA, dessen Erfüllung tatsächlich möglich ist. Die Verfügung ist daher jedenfalls ihrer Natur nach vollstreckbar.¹³

Gemäß § 80 I SOG M-V ist der Vollzug von Verwaltungsakten aber grds. erst dann zulässig, wenn entweder der VA unanfechtbar geworden ist (vgl. § 70 VwGO) oder ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. § 80 II VwGO). Beides ist hier nicht der Fall.

Etwas anderes gilt freilich gemäß § 80 II Nr. 1 SOG M-V u. a. in Fällen der Ersatzvornahme, wenn eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung auf andere Weise nicht abgewehrt werden kann, also bei „Gefahr im Verzug“. Es müsste hier daher eines der genannten Schutzgüter betroffen sein ((a)) und für dieses müsste eine gegenwärtige Gefahr bestehen ((b)).

(a) Schutzgut

In Betracht kommen allein die Schutzgüter „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“: Öffentliche Sicherheit ist die Unversehrtheit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte der Einzelnen und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger von hoheitlicher Gewalt; öffentliche Ordnung ist die Gesamtheit aller moralisch-ethischen, also nicht-rechtlichen Normen, die für ein gedeihliches Zusammenleben unerlässlich sind.

Die Wandfarbe auf der Treppe dürfte (Rutschgefahr!) wenigstens die Gesundheit der Rathausbesucher und damit ein Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit bedrohen (*über weitere Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit kann man natürlich nachdenken – insbesondere dürfte hier auch der Tatbestand des § 303 II StGB erfüllt sein; die öffentliche Ordnung ist aber subsidiär!*).

(b) Gegenwärtige Gefahr

Gegenwärtige Gefahr ist nach der Legaldefinition des § 3 III Nr. 2 SOG M-V eine Sachlage, bei der das die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigende Ereignis bereits eingetreten ist (Störung) oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.

Im vorliegenden Fall besteht nach den Sachverhaltsangaben eine unmittelbare Gesundheitsgefahr für Rathausbesucher. Eine gegenwärtige Gefahr liegt daher vor (*a. A. bei entsprechender Begründung noch vertretbar – dann ist hilfsweise weiterzuprüfen*).

Wer oben auf § 303 II StGB rekurriert, kann sogar bereits den Eintritt des Schadens konstatieren.

(c) Zwischenergebnis

Die wirksame Grundverfügung war vollstreckbar.

(3) Rechtmäßigkeit der Grundverfügung?

Ob die Grundverfügung rechtmäßig gewesen sein muss, ist streitig¹⁴:

¹² Vgl. zum Ganzen etwa Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 24 Rn. 5 ff., 41 ff.; spezifisch zum Landesrecht M-V Heyen (Fn. 11), § 3 Rn. 148, insbes. 177. Die Abgrenzung bei Heyen weicht allerdings teilweise von der hiesigen Darstellung sowie von der Kategorisierung in den meisten Polizeirechtslehrbüchern ab.

¹³ Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 20 Rn. 6.

¹⁴ Vgl. etwa die Darstellung bei Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 12), § 24 Rn. 32 f.; instruktiv auch Christoph Enders, NVwZ 2009, 958; so-

Nach h.M. ist die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung irrelevant, jedenfalls soweit die Behörde eine etwaige Rechtswidrigkeit nicht bewusst ignorierte. Wenigstens letzteres ist hier offenkundig nicht der Fall.

A.A. fordern die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung jedenfalls dann, wenn diese noch nicht unanfechtbar geworden ist. Erneut ist letzteres hier zu verneinen.

Es gibt nun zwei Aufbaumöglichkeiten: Entweder man steigt unmittelbar in den Meinungsstreit ein (so die Skizze im Folgenden); oder man prüft „klassisch“, untersucht also zunächst, ob die gegensätzlichen Auffassungen hier überhaupt zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Beide Wege sind – in diesem Fall! 15 – m. E. gleichwertig.

Für die vom Hergebrachten abweichende Auffassung spricht zwar, dass die Vollstreckung von Unrecht mit dem Rechtsstaatsprinzip schwerlich vereinbar scheint. Hiergegen lässt sich aber anführen, dass auch dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hoher Eigenwert zukommt und es im Übrigen dem Betroffenen unbenommen bleibt, die Grundverfügung als solche anzufechten. Sofern dies wegen Erledigung bzw. wegen der zeitlichen Nähe zwischen Grundverfügung und Vollstreckung unmöglich ist, kann die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung im Rahmen der Ermessensfehlerprüfung flexibler berücksichtigt werden. Es spricht daher im Ergebnis mehr für die herrschende Auffassung (*a. A. gut vertretbar*), ob die Grundverfügung hier rechtmäßig war, kann also dahinstehen.

Fordert man mit den a. A. die (volle) Rechtmäßigkeit der Grundverfügung, so wäre entsprechend weiterzuprüfen: Man würde dann im hiesigen Fall wohl zur Rechtswidrigkeit der Grundverfügung und damit der Vollstreckung kommen, müsste im Folgenden demnach hilfsweise weiterzuprüfen.

(4) Androhung

Die Maßnahme wurde dem B vorab angedroht. Zwar erfolgte die Androhung entgegen § 87 I 1 SOG M-V nicht schriftlich; nach S. 2 der genannten Vorschrift ist unter den Voraussetzungen des § 80 II SOG M-V sowie des § 81 SOG M-V aber auch eine mündliche Androhung (und sogar der Verzicht auf eine Androhung) zulässig. Dass die Voraussetzungen des § 80 II SOG M-V vorliegen, wurde oben bereits bejaht.

Dass das „sowie“ in § 87 I 1 SOG M-V als „oder“ zu lesen ist, ergibt sich übrigens zwingend daraus, dass die dort genannten Tatbestände sich gegenseitig ausschließen!

Nach der Androhung eines Zwangsmittels ist i. d. R. seine ordnungsgemäße Festsetzung zu prüfen. Für die Ersatzvornahme sieht das Landesrecht M-V dies aber nicht vor (vgl. jedoch § 14 VwVG).

wie landesrechtsspezifisch Heyen (Fn. 11), § 3 Rn. 193, auch unter Hinweis auf § 14 II S. 1 VwKostG.

15 In Klausur- und Hausarbeitsfällen sollten Streits zwischen verschiedenen Auffassungen nur dann ausgeführt werden, wenn die Auffassungen im konkreten Fall tatsächlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führen! Dies ist grundsätzlich immer vorab durch Subsumtion zu prüfen! Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn (wie hier) absehbar ist, dass der Streit mit wenigen Sätzen entschieden werden kann – wohingegen die Prüfung der Ergebnisrelevanz wesentlich (!) umfangreicher ausfiele.

(5) Keine Vollstreckungshindernisse

Vollstreckungshindernisse sind nicht ersichtlich.

Ein Vollstreckungshindernis kann insbesondere dann vorliegen, wenn die tatsächliche Ausführung des VA zwar bei seinem Erlass möglich war – s. o. zur Vollstreckbarkeit – z. B. durch Zeitablauf zum Zeitpunkt der Vollstreckung aber nicht mehr möglich ist.

(6) Weitere tatbestandliche Voraussetzungen des Zwangsmittels

(a) Vertretbare Handlung

Bei der Entfernung der Wandfarbe im Auftrag der Behörde handelt es sich um eine vertretbare Handlung. Diese ist identisch mit der dem Pflichtigen obliegenden Handlung.

(b) Pflichtiger

Es gilt der weite Begriff des § 83 I SOG M-V. Gemäß dessen Nr. 1 ist B daher als Adressat des VA „Pflichtiger“ i. S. d. Vollstreckungsrechts.

(c) Nichterfüllung durch Pflichtigen

Die Handlung wurde durch den von der Behörde Verpflichteten (B) nicht erfüllt.

(d) Ausführung durch Behörde oder Beauftragte

Die Behörde hat die Handlung durch einen beauftragten Dritten ausführen lassen, es handelt sich mithin um einen Fall der Fremdvorname.

(7) Ermessensfehler (inkl. Verhältnismäßigkeit) nach §§ 14, 15 SOG M-V

Den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mag man auch gesondert prüfen. Die §§ 14, 15 SOG M-V scheinen dies nahezu legen – zwingend ist es aber jedenfalls nicht.

Die richtige Verortung der Ermessensfehlerprüfung ist in Fällen wie dem vorliegenden durchaus schwierig: (1) Einleuchtend erschiene es zunächst, zwei Prüfungen vorzunehmen – eine an dieser Stelle (dann nur zu der Frage, ob die Ersatzvornahme als solche ermessensfehlerfrei angeordnet wurde), eine weitere im Rahmen der Prüfung des Kostenbescheids (dort dann zu der Frage, ob die Heranziehung gerade des B zu den Kosten ermessensfehlerfrei erfolgte). (2) Möglich ist es aber auch, nur eine einzige Prüfung vorzunehmen, an der hiesigen Stelle (die dann auch die Heranziehung des B zu den Kosten schon umfasst).¹⁶ Da nach § 89 I SOG M-V die Ersatzvornahme definitionsgemäß die Heranziehung des Pflichtigen zu den Kosten umfasst, scheint die zweite Lösung allein zutreffend. Auch der Verordnungsgeber folgt dieser Lösung offenbar in den Bestimmungen der VwVKO M-V (dazu noch im Folgenden).¹⁷

Bei § 89 I SOG M-V handelt es sich unzweifelhaft um eine Ermessensvorschrift („kann“). Die Ersatzvornahme, die definitionsgemäß auch die Heranziehung des Pflicht-

16 Hier ist aber Vorsicht geboten: Maßgeblicher Zeitpunkt ist dennoch allein der Zeitpunkt der Entscheidung über die Ersatzvornahme! Die spätere Entscheidung über den Kostenbescheid ist, weil grundsätzlich gebunden, dann nur noch „nachvollziehend“. Treten zu diesem späteren Zeitpunkt also „Ermessensfehler“ auf (hier etwa die „Vergeltungsabsicht“ des Amtswalters), so sind diese irrelevant für die Ermessensfehlerprüfung der Ersatzvornahme.

17 Vgl. zum Ganzen auch Heyen (Fn. 11), § 3 Rn. 191.

tigen zu den Kosten umfasst, müsste daher ermessensfehlerfrei, insbesondere verhältnismäßig erfolgt sein.

Erstens ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erwägen, ob nicht das besondere verfassungsrechtliche Gewicht von Meinungsfreiheit (auf die sich B beruft) und Versammlungsfreiheit (hier wohl speziell) das Interesse der Behörde an der Kostenabwälzung überwiegt. Jedoch findet die Inanspruchnahme von Grundrechten ihre Schranke in den Grundrechten Dritter, hier insbesondere im Recht der Rathausbesucher auf körperliche Unversehrtheit. Grundrechte sind zuvörderst Abwehrrechte gegenüber dem Staat – sie gewähren grds. keine Eingriffsbefugnisse gegenüber Dritten oder gegenüber dem Staat.¹⁸ Wenn die Teilnehmer des *Flashmobs* hier Eigentum des Staates beschädigen und die Gesundheit Dritter unmittelbar gefährden, so können sie sich zur Rechtfertigung nicht auf Grundrechte berufen. Die Inanspruchnahme der Störer ist daher nicht unverhältnismäßig (*a. A. vertretbar, überzeugende Argumentation ist entsprechend zu belohnen*).

Zweitens ist hier aber sehr zweifelhaft, ob gerade der B in der Grundverfügung – und in der Folge dann im Rahmen der Ersatzvornahme – überhaupt als „Gefahrverursacher/Störer“ herangezogen werden durfte. B hat die Farbe nicht selbst verschüttet und er war auch noch nicht einmal „am Tatort“. Er hat die Gefahr also nicht unmittelbar verursacht. Zwar hat B durch seinen Aufruf zu der Veranstaltung eine Ursache der gegenwärtigen Gefahr für das Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ gesetzt. Es führt jedoch nicht jeder Kausalbeitrag für eine Gefahr in die Störereigenschaft. Maßgeblich für die rechtliche Relevanz des Kausalbeitrags ist vor allem dessen Vorhersehbarkeit. Im hiesigen Fall mag es für B vorhersehbar gewesen sein, dass die Versammlungsteilnehmer Müll und andere kleinere Verunreinigungen zurücklassen würden. Nicht vorhersehbar war es aber, dass ein Teilnehmer mutwillig eine Gefahr gesundheitsgefährdenden Ausmaßes herbeiführen würde. B war daher auch nicht mittelbarer Gefahrverursacher und noch nicht einmal sog. „Zweckveranlasser“ (*Terminologie uneinheitlich*). Den B im Rahmen der Ersatzvornahme zu den Kosten der Schadensbeseitigung heranzuziehen, war also ermessensfehlerhaft (Ermessensüberschreitung – *Terminologie uneinheitlich*).

Eine a. A. ist mit entsprechendem Begründungsaufwand noch vertretbar, dürfte aber der deutlichen Tendenz in Rspr. und Lit. (vgl. die Nachweise eingangs) widersprechen.

Prüft man mit der MM oben die „Rechtmäßigkeit der Grundverfügung“, muss die „Störereigenschaft“ des B natürlich bereits dort erörtert werden.

Die „Vergeltungsabsicht“ des Amtswalters der Behörde BM dürfte an dieser Stelle nicht zu erörtern sein – zu dem Zeitpunkt, als die Ersatzvornahme angeordnet wurde, lag diese ermessensmissbräuchliche Haltung nämlich noch nicht vor.

dd) Zwischenergebnis

Das kostenauslösende Behördenhandeln, also die Ersatzvornahme, war ermessensfehlerhaft, mithin rechtswidrig (*a. A. noch vertretbar*).

c) Hilfsweise: Ermessensfehler/Unbilligkeit?

Man kann (hilfsweise oder auch bei Annahme von Ermessensfehlerfreiheit oben) noch darüber nachdenken, ob der Behörde bei Erlass des Kostenbescheids ein weiterer Ermessensspielraum verblieb. Im Ergebnis dürfte dies aber eher abzulehnen sein:

Die Norm des § 89 I SOG M-V ist zwar eine Ermessensvorschrift. Die Ermessensentscheidung nach dieser Norm ist aber keine „gespaltene“, sondern eine einheitliche, die sich allein auf die Anordnung der Ersatzvornahme bezieht – die Entscheidung über die Kostenfolge ist dann rechtlich gebunden (siehe oben – a. A. noch vertretbar).

Aus § 6 VwKostG M-V i. V. m. § 1 II VwVKO M-V folgt im hiesigen Fall nichts anderes: Bei § 6 VwKostG M-V handelt es sich (nur) um eine gesetzliche Ermächtigung zur Ermäßigung und Befreiung von Gebühren und Auslagen im Verordnungswege.¹⁹ Die auf dieser Grundlage erlassene Norm des § 1 II VwVKO M-V schließlich ordnet zwar an, dass eine (volle) Heranziehung zu den Kosten ausbleiben kann, wenn die Erhebung „unbillig“ wäre; dies wiederum gilt gemäß § 10 II VwVKO M-V aber ausdrücklich nicht für die Erstattung von Auslagen – also auch nicht im hiesigen Fall (s. o.).

Sieht man dies anders, müsste an dieser Stelle zumindest noch die „Vergeltungsabsicht“ des Amtswalters H auf ihre Relevanz hin untersucht werden. Keine Rolle spielt aber jedenfalls die Tatsache, dass B (von dem Vorgänger des H im Amte) zunächst nicht zu den Kosten herangezogen wurde – bei dem „Meinungsumschwung“ auf Seiten der Behörde handelte sich um ein reines Verwaltungsinternum, das noch nicht einmal zur Kenntnis des B gelangt ist; schutzwürdiges Vertrauen konnte bei B daher nicht entstehen.

d) Zwischenergebnis

Der Kostenbescheid des BM ist materiell rechtswidrig (*a. A. mit entsprechender Begründung noch vertretbar*).

4. Ergebnis

Der Kostenbescheid ist damit insgesamt rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung bei B

Durch den rechtswidrigen belastenden Bescheid wird B wenigstens in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt (*denkbar auch Art. 5 I GG sowie Art. 8 I GG wegen der „Abschreckung“ künftiger Grundrechtsausübung; nicht hingegen Art. 14 I GG – die Norm schützt das Eigentum, grds. nicht das bloße Vermögen*).

¹⁸ Siehe zu diesem Standardproblem BVerfG, NJW 1984, 1293 – *Sprayer von Zürich*.

¹⁹ Dass es sich bei der Norm nur um eine Verordnungsermächtigung handelt, signalisiert bereits der Wortlaut („können ... vorgesehen oder zugelassen werden.“). Zusätzliche Klarheit schafft die systematische Stellung der Vorschrift: Sie gehört zum 2. Abschnitt des VwKostG; derselbe trägt die Überschrift „Verordnungen über Verwaltungsgebühren“.

III. Anspruch des B auf Rückzahlung

B hat einen Anspruch auf Rückzahlung, wenn er denselben auf eine entsprechende Anspruchsgrundlage stützen kann (1.) und deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (2.).

1. Anspruchsgrundlage

Die prozessuale Norm des § 113 I 2 VwGO gewährt nach h. M. selbst keinen materiellen Anspruch auf Folgenbeseitigung bzw. Erstattung, sondern setzt solche Ansprüche lediglich voraus.²⁰

Als Anspruchsgrundlage kommt hier aber § 21 I VwKostG M-V (als gesetzliche Ausformung des sog. öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs) in Betracht. Nach dieser Norm sind zu Unrecht erhobene Kosten unverzüglich zu erstatten, jedenfalls, soweit eine Kostenentscheidung noch nicht unanfechtbar geworden ist.

Aufgrund des Wortlauts („sind zu erstatten“) ist es allerdings auch vertretbar, § 21 I VwKostG M-V als bloß objektiv-rechtliches Gebot zu verstehen. Wer dies so sieht und aus der Norm daher keine unmittelbaren Ansprüche herleiten möchte, müsste auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch verweisen. Dieser richterrechtlich ausgeformte und üblicherweise aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hergeleitete Anspruch bezweckt – vergleichbar bereicherungsrechtlichen Ansprüchen im Zivilrecht – die Rückgängigmachung ohne Rechtsgrund erfolgter Vermögensverschiebungen.²¹

Noch vertretbar wäre auch, als AGL den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch heranzuziehen. Am Prüfungsaufbau änderte sich wiederum nichts Wesentliches.

2. Anspruchsvoraussetzungen des § 21 I VwKostG M-V

a) Bezahlte Kosten

B hat EUR 600,– zur Begleichung der Kostenforderung geleistet.

b) Zu Unrecht erhoben

Zu Unrecht wurden die Kosten erhoben, wenn BM keinen entsprechenden Anspruch gegen B hatte. Jedenfalls nach Wegfall des Rechtsgrundes (Aufhebung des rechtswidrigen VA durch das VG) besteht ein derartiger Anspruch nicht mehr. Die Kosten sind also zu Unrecht erhoben.

c) Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung ist noch nicht unanfechtbar geworden (s. o.).

d) Entreicherung?

Ob sich (analog § 818 III BGB) der Schuldner beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch auf Entreicherung berufen kann, ist höchst zweifelhaft. Jedenfalls dann, wenn Schuldner die öffentliche Hand ist, scheidet eine Berufung auf Entreicherung grundsätzlich aus.²² Für den gesetzlich normierten Anspruch aus § 21 I VwKostG

M-V dürfte dies erst recht gelten (vgl. den Wortlaut!). Im hiesigen Fall kann die Frage dahinstehen, da BM sich auf Entreicherung nicht berufen hat, und auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass deren Grundvoraussetzungen gegeben sein könnten.

Dieser Prüfungspunkt kann ohne Nachteil entfallen. Eine kurze Erwähnung ist erfreulich, längere Ausführungen allerdings abwegig.

3. Zwischenergebnis

B hat Anspruch auf Rückzahlung der EUR 600,–.

IV. Ergebnis

Die mit dem Antrag nach § 113 I 2 VwGO verbundene Anfechtungsklage des B ist vollumfänglich begründet (a. A. schwer vertretbar, s. o.).

C. Endergebnis

Die Klage des B ist (nach fristgemäßer Durchführung des Vorverfahrens) zulässig und vollumfänglich begründet – sie hat also Aussicht auf Erfolg.

Aufgabe 2

Da die Aufgabe mit „Zusatz“ gekennzeichnet ist und der Fall insgesamt einen erheblichen Umfang aufweist, dürfen die Bearbeiter sich auf knappe und teilweise schlicht feststellende Ausführungen beschränken. Die Prüfung sollte aber möglichst strukturiert ausfallen und nicht in allgemeinpolitische Erwägungen abgleiten.²³

Zunächst muss dabei das Begehren des H ausgelegt werden. Hier sollte erkannt werden, dass nicht nur ordnungsbehördliche Sanktionen denkbar sind.

H möchte wissen, wie B „sonst irgendwie zur Verantwortung“ gezogen werden könne. Gefragt ist also nach möglichen Sanktionen für das Verhalten des B im Verlauf des Gesamtgeschehens.

A. Sanktionen für Beschädigung der Treppe

Für die Beschädigung der Treppe durch „Robespierre“ kann der B mangels Vorhersehbarkeit des Geschehens jedenfalls nicht zur Verantwortung gezogen werden (vgl. oben zu Aufgabe 1).

B. Sanktionen für Aufruf zum Flashmob

Möglicherweise kann der B aber für den Aufruf zum Flashmob bzw. für dessen Nichtanmeldung belangt werden. In Betracht kommt hier in erster Linie eine Bestrafung nach § 26 Nr. 2 VersG.

Der Gedanke, dass es sich bei dem Flashmob um eine Versammlung handeln könnte, liegt nahe. Und die Existenz des § 26 Nr. 2 VersG sollte zumindest Examenskandidaten

²⁰ Siehe Kopp/Schenke (Fn. 6), § 113 Rn. 81.

²¹ Siehe BVerwGE 48, 279, 286; Maurer (Fn. 13), § 29 Rn. 20 ff.

²² Siehe Maurer (Fn. 13), § 29 Rn. 25 ff.

²³ Dies war hier nicht einfach. Schon das Auffinden der denkbaren Sanktionsmöglichkeiten erforderte einen guten Überblick. Entsprechend großzügig wurden die Bearbeiter bei Aufgabe 2 bewertet.

bekannt sein. Es kann aber nicht erwartet werden, dass die Bearbeiter in diesem Bereich vertiefte Kenntnisse vorhalten.

I. Verfassungsmäßigkeit des § 26 VersG

Zumindest deutlich überdurchschnittliche Bearbeiter sollten zunächst erkennen, dass die §§ 14, 26 VersG wegen Art. 8 I GG auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken stoßen müssen. Herausragenden Kandidaten sollte die Rspr. des BVerfG hierzu wenigstens in den Grundzügen bekannt sein.

Nach § 26 Nr. 2 i. V. m. § 14 VersG wird der Veranstalter oder Leiter einer Versammlung mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft, wenn er eine Versammlung nicht rechtzeitig anmeldet. Die materielle Verfassungsmäßigkeit dieser Norm stößt deshalb auf Bedenken, weil nach Art. 8 I GG alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung zu versammeln.

Nach Rspr. des BVerfG²⁴ ist die einfachrechtliche Verpflichtung zur Anmeldung einer Versammlung aber verfassungsrechtlich grds. nicht zu beanstanden: Die Vorschrift des § 14 VersG habe den Sinn, den Behörden diejenigen Informationen zu vermitteln, die sie benötigen, um Vorkehrungen zum störungsfreien Verlauf der Veranstaltungen und zum Schutz von Interessen Dritter oder der Gesamtheit treffen zu können; allerdings müsse § 14 VersG verfassungskonform so ausgelegt werden, dass bei sog. Spontanversammlungen die Anmeldepflicht ganz entfalle und bei sog. Eilversammlungen nicht innerhalb der 48-Stunden-Frist des § 14 VersG erfolgen müsse. Diese Rspr. hat das BVerfG mit Blick auf § 26 Nr. 2 VersG fortgeführt:²⁵ So verstoße diese Strafnorm nicht gegen Art. 8 I GG (*anders als der außer Anwendung gestellte § 15 III VersG*)²⁶ und auch nicht gegen den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG (*wer diese Norm sieht, sollte besonders „belohnt“ werden*).

Diese Rspr. ist im Schrifttum z. T. auf Kritik gestoßen:²⁷ Der Wortlaut des Art. 8 I GG sei eindeutig; und die Anmeldevorschrift könne allenfalls Obliegenheit, nicht aber strafbewehrte Verpflichtung sein.

Gegen die Auffassung des BVerfG scheint in der Tat der Wortlaut des Art. 8 I GG zu sprechen. Jedoch dürfte die Norm aus historischer Perspektive so zu verstehen sein, dass lediglich eine Erlaubnispflicht von Versammlungen wegen verboten ist – nicht aber die bloße Anzeigepflicht, die dem störungsfreien Verlauf einer Versammlung und damit dem Schutz wichtiger Rechtsgüter (insbesondere Leib und Leben Dritter) zu dienen bestimmt ist. Die Norm des § 14 VersG verstößt bei verfassungskonformer Auslegung nach Maßgabe der BVerfG-Rspr. daher nicht gegen Art. 8 I GG.

Selbiges gilt auch für die Strafvorschrift des § 26 Nr. 2 VersG. Diese Norm verstößt ferner nicht gegen den Be-

stimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG, weil die Unbestimmtheit der Norm durch verfassungskonforme Auslegung des § 14 VersG (keine Anmeldung bei Spontanversammlung, spätere Anmeldung bei Eilversammlung) allein zugunsten betroffener Leiter und Veranstalter von Versammlungen ausfällt.

Die Norm des § 26 Nr. 2 i. V. m. § 14 VersG ist daher nicht verfassungswidrig (*a. A. bei entsprechender Begründung sehr gut vertretbar – dann sollte aber hilfsweise weitergeprüft werden!*).

II. Tatbestand des § 26 VersG

Vermutlich werden nur wenige Bearbeiter wirklich erkennen, dass § 26 VersG zum (Neben-)Strafrecht gehört und entsprechend schematisch geprüft werden kann und soll.

1. Objektiver Tatbestand

a) Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel

Versammlung ist die Zusammenkunft mehrerer Menschen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Nach dem engsten Versammlungsbegriff müssen sich dabei mindestens sieben Menschen versammeln (analog zum Vereinsrecht) und der gemeinsame Zweck muss auf gemeinsame Willensbildung und -äußerung in öffentlichen Angelegenheiten zielen.²⁸

Beim hiesigen *Flashmob* handelt es sich um eine öffentliche Zusammenkunft unter freiem Himmel im o. g. Sinne, die Veranstaltung ist also auch nach dem engsten Versammlungsbegriff als Versammlung i. S. d. § 26 Nr. 2 VersG einzustufen.

b) Keine Anmeldung trotz Anmeldepflicht

Die Versammlung wurde nicht vorab bei der Versammlungsbehörde (gemäß § 2 S. 1 VersGZustVO M-V der Bürgermeister der Stadt S) angemeldet.

Hierzu hätte aber jedenfalls dann die Pflicht bestanden, wenn es sich nicht um eine Spontanversammlung handelte. Zu dem *Flashmob* wurde am Neujahrsmorgen aufgerufen, die Veranstaltung fand am Abend desselben Tages statt. Zwischen Aufruf und Ausführung lagen also mindestens sechs Zeitstunden. Spontanversammlung ist aber nur eine Versammlung, deren Zweck die sofortige Zusammenkunft verlangt.²⁹ Im hiesigen Fall handelte es sich also nicht um eine Spontanversammlung – sondern lediglich um eine Eilversammlung, deren Anmeldung zwar nicht innerhalb der 48-Stunden-Frist aber doch ohne größere Schwierigkeiten vor der Ausführung möglich gewesen wäre.

Die Versammlung wurde also trotz entsprechender Verpflichtung nicht bei der Behörde angemeldet (*a. A. bei entsprechender Begründung noch vertretbar*).

c) Veranstalter oder Leiter

Schließlich müsste der B Veranstalter oder Leiter der Versammlung gewesen sein.

²⁴ Siehe BVerfGE 69, 315, 350.

²⁵ Siehe BVerfGE 85, 69; vgl. auch Michael Kniesel, NJW 1992, 857.

²⁶ Siehe BVerfGE 69, 315, 350f.

²⁷ Siehe etwa Wolfram Höfling in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 8 Rn. 58 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 12), § 21 Rn. 1 ff.

²⁸ Vgl. BVerfGE 104, 92, 104; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 12), § 20 Rn. 6 ff. Die Einzelheiten sind überaus str. – im vorliegenden Fall aber unproblematisch.

²⁹ Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 12), § 21 Rn. 4.

Leiter einer Versammlung kann nur derjenige sein, der bei Durchführung der Versammlung vor Ort anwesend ist (dies erschließt sich jedenfalls für Versammlungen unter freiem Himmel aus der Gesamtsystematik des VersG, insbes. aus den §§ 19, 22 VersG) – hier also nicht der B.

Wer Veranstalter einer öffentlichen Versammlung ist, ergibt sich mittelbar aus § 2 I VersG: Danach ist Veranstalter derjenige, der zu der Versammlung einlädt, hier also der B.

d) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 26 Nr. 2 i. V. m. § 14 VersG ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

B wusste (jedenfalls bei Parallelwertung in der Laiensphäre), dass er eine Versammlung ohne Anmeldung veranstaltete und nahm dies wenigstens billigend in Kauf, handelte also vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist daher ebenfalls erfüllt.

III. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, B handelte rechtswidrig.

IV. Schuld

Entschuldigungsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich, B handelte schuldhaft.

Man mag allerdings durchaus diskutieren, ob B einem (vermeidbaren?) Verbotsirrtum i. S. d. § 17 StGB unter-

lag. Hierzu fehlen aber Hinweise im Sachverhalt – obnehin kann nicht erwartet werden, dass die Bearbeiter diesen Punkt sehen.

V. Ergebnis

B hat sich nach § 26 Nr. 2 i. V. m. § 14 VersG strafbar gemacht (*a. A. bei entsprechender Begründung sehr gut vertretbar – siehe jeweils oben*).

C. Endergebnis

Für die Beschädigung der Treppe kann B nicht belangt werden. Er könnte aber als Veranstalter einer nicht angemeldeten anmeldepflichtigen Versammlung nach § 26 Nr. 2 i. V. m. § 14 VersG zur Verantwortung gezogen werden.

Ergänzend können die Bearbeiter auch noch über ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen nachdenken (etwa als „Minusmaßnahme“ zur Bestrafung nach § 26 VersG oder auch gemäß § 116 OwiG). Überzeugende Ausführungen in diesem Bereich sind entsprechend zu würdigen. Im Ergebnis dürfte allerdings eine Sanktion nach Ordnungswidrigkeitenrecht ausscheiden.

Gesamtergebnis

1. Die Klage des B hat Aussicht auf Erfolg.
2. B könnte nach § 26 Nr. 2 VersG strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.