

Erste Juristische Staatsprüfung 2021/1

A u f g a b e 5

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

---

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

***Hinweis:*** Zu prüfen ist die Rechtmäßigkeit zweier sicherheitsrechtlicher Anordnungen, was in einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO eingekleidet wird. Die verwaltungsprozessuale Prüfung dürfte zum Standardprogramm in der Examensvorbereitung gehören. Im Rahmen der Begründetheit ist dann zu erkennen, dass es an jeglicher Begründung des Bescheids fehlt und dass sich dies an mehreren Stellen (formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung, Begründungspflicht, Ermessen) auswirkt. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Betretungsverbots sollte dann, das Auffinden der Rechtsgrundlage vorausgesetzt, keine größeren Schwierigkeiten bereiten. Anspruchsvoller wird es im Hinblick auf die Untersuchungsanordnung. Hier ist zu erkennen, dass es sich zwar um eine Maßnahme zur weiteren Gefahrerforschung handelt, sich dahinter aber nicht die Problematik um den sog. Gefahrverdacht verbirgt, da nach den im Gutachten des städtischen Gärtners enthaltenen Angaben bereits vom Vorliegen einer konkreten Gefahr auszugehen ist. Präzise, am Gefahrenbegriff orientierte Ausführungen sollten hier besonderes honoriert werden.

### **Erfolgsaussichten eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz**

Ein Antrag des Gustav Gerber (G) hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind (A.) und der Antrag begründet ist (B.).

#### **A. Sachentscheidungsvoraussetzungen**

##### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach §§ 80 Abs. 5 Satz 1, 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO<sup>1</sup> eröffnet, wenn es sich beim Verfahrensgegenstand um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht einschlägig. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach der überwiegend vertretenen modifizierten Subjekttheorie<sup>2</sup> vor, wenn sich die Entscheidung über den Streitgegenstand nach Vorschriften richtet, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, die also ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten. Streitentscheidende Normen sind solche des LStVG und des BayVwVfG, welche einen Hoheitsträger als solchen einseitig berechtigen und verpflichten. Zudem handelt es sich um keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art. Es streiten keine Verfassungsorgane um materielles Verfassungsrecht,<sup>3</sup> sodass es an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit fehlt.

Der Verwaltungsrechtsweg ist daher eröffnet.

---

<sup>1</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 529; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>2</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 17; weitere Erwägungen zum Theorienstreit, ob und unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, sind nicht erforderlich, da die Streitigkeit offensichtlich öffentlich-rechtlicher Natur ist.

<sup>3</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 49; BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2007 - 3 A 2.05 - BVerwGE 128, 99 = juris, Rn. 14 f.

## II. Statthafte Antragsart

In Betracht kommt ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO oder § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Aus § 123 Abs. 5 VwGO folgt, dass ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO subsidiär gegenüber einem Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist.<sup>4</sup>

Die Abgrenzung erfolgt nach der statthafte Klageart im Hauptsacheverfahren. Wendet sich der Antragsteller gegen die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes,<sup>5</sup> ist also die statthafte Klageart in der Hauptsache eine Anfechtungsklage, finden die §§ 80 ff. VwGO Anwendung.<sup>6</sup> Bei allen übrigen Klagearten ist § 123 VwGO einschlägig.<sup>7</sup>

Fraglich ist daher, welche Klageart in der Hauptsache statthaft wäre. Dies richtet sich nach dem Klagegegenstand und dem klägerischen Begehren (§ 88 VwGO).

1. G will gegen die Anordnungen in der E-Mail vom 7. Januar 2021 vorgehen. Das Begehren des G ist daher so zu verstehen, dass er sich gegen das Betretungsverbot in Ziffer 1 und die Untersuchungsanordnung in Ziffer 2 der E-Mail wenden möchte. Fraglich ist, ob es darüber hinaus im Interesse des G liegt, gegen Ziffer 4 des Bescheids vorzugehen. Dies ist aber nicht der Fall, da sich diese Bestimmung für G nicht belastend auswirkt. Deshalb kann auch dahinstehen, ob man in der Bestimmung in Ziffer 4 einen Widerruf bzw. eine Rücknahme des ursprünglichen Betretungsverbots sieht oder lediglich eine deklaratorische Feststellung der tatsächlichen Erledigung des ursprünglichen Verbots durch die neuen Anordnungen annimmt. Das Begehren des G ist daher so zu verstehen, dass er sich nur gegen die Anordnungen in Ziffer 1 und Ziffer 2 wendet.

2. In Betracht kommt als statthafte Klageart in der Hauptsache eine Anfechtungsklage, wenn es sich bei den Anordnungen in Ziffer 1 und Ziffer 2 um Verwaltungsakte i.S.v. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG<sup>8</sup> handelt. Nach Art. 35 Satz 1 BayVwVfG ist hierfür insbesondere Voraussetzung, dass die Maßnahme Regelungswirkung entfaltet. Dies ist der Fall, wenn sie darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen.<sup>9</sup> Ob eine behördliche Maßnahme Regelungswirkung entfaltet, ist nach dem objektiven Erklärungswert festzustellen.<sup>10</sup> Dabei kommt es nicht nur auf die äußere Form der Entscheidung an, sondern auch auf den Inhalt und die Gesamtumstände, unter denen die Entscheidung getroffen wird.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 31 Rn. 8; Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn. 4; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1119.

<sup>5</sup> Vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn. 4.

<sup>6</sup> Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 51; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 571.

<sup>7</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 571.

<sup>8</sup> Nach anderer Ansicht ist im Rahmen der Bestimmung der statthafte Klageart für die Auslegung des Begriffs des Verwaltungsaktes § 35 VwVfG heranzuziehen, da die Begriffsbestimmung im Rahmen der bundesrechtlichen Regelung des § 42 VwGO nicht auf der Grundlage einer landesrechtlichen Regelung erfolgen könne (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn. 2). Ausführungen der Bearbeiter zu dieser Problematik sind aber nicht zu erwarten, zumal sich in der Sache wegen der inhaltlichen Übereinstimmung der Vorschriften keine Unterschiede ergeben (vgl. zum Ganzen Jakel, JuS 2016, 410). Es ist deshalb gleichermaßen zu akzeptieren, wenn für die Auslegung entweder Art. 35 BayVwVfG oder § 35 VwVfG herangezogen wird.

<sup>9</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 6; BeckOK/von Alemann/Scheffczyk, VwVfG, § 35 Rn. 141.

<sup>10</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 51.

<sup>11</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 51.

In Ziffer 1 der E-Mail vom 7. Januar 2021 wird ein Betretungsverbot für die Öffentlichkeit ausgesprochen, mithin eine verbindliche Rechtsfolge festgesetzt. Ob diese unmittelbar an G als Kläger oder an Dritte gerichtet ist, ist für die Einordnung als Verwaltungsakt unerheblich.

Fraglich ist jedoch, ob es sich auch bei der Anordnung in Ziffer 2 um eine eigenständige Regelung handelt. Hierin könnte ein bloßer Vorbereitungsakt für eine nachfolgende zu treffende Entscheidung der Behörde liegen. Der Bestimmung in Ziffer 2 käme dann keine eigenständige Regelungswirkung zu.<sup>12</sup> Allerdings wird in Ziffer 2 unmittelbar angeordnet, dass G - auf eigene Kosten - eine Untersuchung der näher bezeichneten Bäume vorzunehmen sowie das entsprechende Gutachten vorzulegen hat. G wird somit eine bestimmte Handlungspflicht verbindlich auferlegt. Ziffer 2 enthält daher eine eigenständige Regelung.

Sowohl hinsichtlich Ziffer 1 als auch hinsichtlich Ziffer 2 liegt daher ein Verwaltungsakt vor.

**3.** Da die Anfechtungsklage gegen die Anordnungen der Stadt Soltingen (S) grundsätzlich gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung entfaltet, jedoch in Ziffer 3 der E-Mail die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde, ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu richten, § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO. Insbesondere liegt auch kein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO vor, bei welchem nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu stellen wäre. Zwar ist in der E-Mail von einer "Notmaßnahme" die Rede. Allerdings werden von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO nur Verwaltungsakte von Beamten des Polizeivollzugsdienstes (im institutionellen Sinn) erfasst und nicht jegliche sicherheitsbehördliche Anordnung.<sup>13</sup> Hier hat kein Polizeibeamter im Sinn des Art. 1 Abs. 1 POG gehandelt. Vielmehr ist die Behörde selbst davon ausgegangen, dass die sofortige Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen war. Der Antrag ist daher auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu richten.

***Hinweis: Auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO ist nicht zwingend einzugehen. Vertretbar wäre es, bereits hier die Frage der Wirksamkeit der Bekanntgabe per E-Mail zu diskutieren (vgl. unten), da ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO grundsätzlich einen rechtlich existenten Verwaltungsakt voraussetzt.***

### **III. Antragsbefugnis**

Auch im Eilverfahren gilt das Verbot der Popularklage. Daher fordert die Rechtsprechung eine Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO.<sup>14</sup> Erforderlich, aber auch ausreichend ist die mögliche Verletzung in eigenen Rechten. Hier ist G bereits nach der Eingangsformulierung des Bescheids ("Ihnen gegenüber") Adressat der ihn belastenden Anordnungen in Ziffer 1 und 2 der E-Mail, sodass er hierdurch möglicherweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt wird (Adressatentheorie).<sup>15</sup> Im Übrigen ist G hinsichtlich des Betretungsverbots in Ziffer 1

---

<sup>12</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 9.

<sup>13</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 590; VGH BW, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 S 2554/11 - juris, Rn. 8.

<sup>14</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 606; Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rn. 80.

<sup>15</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 333.

möglicherweise in seinem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. Art. 103 Abs. 1 BV verletzt, da er aufgrund der Anordnung sein Grundstück nicht mehr der Allgemeinheit zur Verfügung stellen und daher über die Nutzung seines Eigentums nicht mehr frei bestimmen kann.

Die Antragsbefugnis liegt daher vor.

#### **IV. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen**

G und die Stadt S sind als natürliche bzw. juristische Person gemäß § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. G ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt S wird gemäß Art. 38 Abs. 1 GO durch ihren ersten Bürgermeister vertreten (§ 62 Abs. 3 VwGO).

#### **V. Frist**

Die Antragstellung selbst ist an keine Frist gebunden.<sup>16</sup> Auf die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses (in Bezug auf die Bestandskraft des Verwaltungsakts) ist im Folgenden einzugehen.

#### **VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen derartigen Eilantrag fehlt, wenn der angefochtene Verwaltungsakt bereits bestandskräftig ist.<sup>17</sup> Das Eilverfahren kann in einem solchen Fall seine Funktion in Bezug auf die Regelung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht mehr erfüllen, weil dann bereits die endgültige Vollziehbarkeit vorliegt. Der Antragsteller kann daher seine Rechtsstellung nicht mehr verbessern und es besteht kein Interesse an der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes.

Es ist somit zu klären, ob der Rechtsbehelf in der Hauptsache (offensichtlich) unzulässig ist, weil keine Klage innerhalb der maßgeblichen Klagefrist erhoben wurde. Ein Widerspruch wäre hier nicht statthaft, § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und 2 AGVwGO.

Die Anfechtungsklage ist gemäß § 74 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Hier wurde der elektronische Verwaltungsakt per E-Mail übersendet. Nach Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG gilt ein im Inland elektronisch übermittelter Verwaltungsakt<sup>18</sup> am dritten Tag nach der Absendung als bekannt gegeben. Nach Satz 3 gilt dies nur dann nicht, wenn der Verwaltungsakt später oder gar nicht zugegangen ist. Hier wurde der Bescheid am 7. Januar 2021 abgesendet. Der Verwaltungsakt gilt damit am 10. Januar 2021 als bekannt gegeben; insbesondere ist für die Bekanntgabefiktion nach Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG unbeachtlich, dass es sich bei dem 10. Januar 2021 um einen Sonntag handelt. Die Frage, ob eine Kenntnismöglichkeit bei einer E-Mail erst am

---

<sup>16</sup> Würtenerberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 608; Sodan/Ziekow/Puttler, VwGO, § 80 Rn. 128.

<sup>17</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 32 Rn. 35; Sodan/Ziekow/Puttler, VwGO, § 80 Rn. 129.

<sup>18</sup> Der Wortlaut des Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG sollte hier genau wiedergegeben werden: Es ist nicht von einem "elektronischen Verwaltungsakt" die Rede, sondern lediglich von einem "elektronisch übermittelten Verwaltungsakt". In der Praxis wird aber beides regelmäßig zusammenfallen, wie dies auch hier der Fall ist.

Folgetag oder schon mit Eingang anzunehmen ist, weil nicht davon auszugehen sei, dass nach der Verkehrsanschauung lediglich einmal täglich E-Mails abgerufen würden<sup>19</sup>, kann dahinstehen. Die E-Mail wäre in jedem Fall am 8. Januar 2021 und damit vor dem 10. Januar 2021 zugegangen.

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO wird nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO, §§ 187 ff. BGB berechnet. Fristbeginn (§ 187 Abs. 1 BGB) ist danach der 11. Januar 2021, 0.00 Uhr. Fristende (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB) der Monatsfrist ist Mittwoch, der 10. Februar 2021, 24.00 Uhr. Eine Klageerhebung wäre daher am 11. Februar 2021, dem Tag, an dem G die Rechtsanwältin Ruck (R) aufsucht, bereits verfristet. Gründe für eine Wiedereinsetzung sind nicht ersichtlich.

Gemäß § 58 Abs. 1 VwGO beginnt die Frist für einen Rechtsbehelf aber nur dann zu laufen, wenn der Betroffene ordnungsgemäß schriftlich oder elektronisch über die Rechtsbehelfe belehrt wurde. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war der E-Mail jedoch nicht beigelegt; diese enthält lediglich die Anordnungen in den Ziffern 1 bis 4. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGO gilt daher eine Jahresfrist. Diese kann ohne weiteres noch gewahrt werden.

**Hinweis: Die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO muss nicht zwingend berechnet werden. Ausreichend ist es, wenn die Bearbeiter erkennen, dass aufgrund der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO greift.**

2. Ob ein Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO nur zulässig ist, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auch die Hauptsacheklage anhängig ist, ist nicht abschließend geklärt.<sup>20</sup> Teilweise wird hierzu vertreten, dass es eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache bedürfe, dessen aufschiebende Wirkung angeordnet bzw. wiederhergestellt werden könne.<sup>21</sup> Hiergegen spreche auch nicht die Vorschrift des § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO, da diese den Fall im Blick habe, dass das Widerspruchsverfahren statthaft sei und Widerspruch bereits eingelegt worden sei. Dann müsse nicht zusätzlich auch Anfechtungsklage erhoben werden.<sup>22</sup> Nach anderer Auffassung würden, verlange man die Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs, eventuell die hierfür geltenden Rechtsbehelfsfristen verkürzt werden.<sup>23</sup> Aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht wäre der R daher zu empfehlen, gleichzeitig mit Einreichung des Eilantrags Klage zu erheben.

3. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht deshalb, weil kein vorheriger Antrag bei der Behörde nach § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO gestellt wurde bzw. werden soll. Als explizite Zulässigkeitsvoraussetzung ist ein solcher Antrag nur in den hier nicht vorliegenden Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO (Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten) ausgestaltet, vgl. § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Vgl. Herbolsheimer, NWVBI 2019, 53, 59 m.w.N.

<sup>20</sup> Vgl. zum Meinungsstand BeckOK/Gersdorf, VwGO, § 80 Rn. 164.

<sup>21</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 607.

<sup>22</sup> Vgl. Hummel, JuS 2011, 413.

<sup>23</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 139.

<sup>24</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 138; Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 529d; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

## **VII. Form**

Nach § 81 VwGO ist eine Klage schriftlich zu erheben. Entsprechendes gilt für die Antragstellung bei Gericht in Beschlussverfahren, auch wenn § 122 VwGO keinen ausdrücklichen Verweis enthält.<sup>25</sup>

## **VIII. Zuständiges Gericht**

Sachlich zuständig ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 45 VwGO das Verwaltungsgericht. Örtlich zuständig ist nach § 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 AGVwGO das Verwaltungsgericht Bayreuth.

## **IX. Zwischenergebnis**

Der Antrag wäre bei Einhaltung der o. g. Vorgaben zulässig.

## **B. Begründetheit**

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet und die Anordnung des Sofortvollzugs formell fehlerhaft<sup>26</sup> ist oder die Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse überwiegt.<sup>27</sup>

### **I. Richtiger Antragsgegner (§ 78 VwGO analog<sup>28</sup>).**

Der Antrag muss sich gegen den richtigen Antragsgegner richten. Maßgeblich ist insofern, wer Klagegegner in der Hauptsache ist.<sup>29</sup> Dies wäre vorliegend die Stadt S, deren Behörde den streitgegenständlichen Bescheid erlassen hat (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog).

### **II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung<sup>30</sup>**

#### **1. Zuständigkeit**

Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ist die Behörde zuständig, die den Verwaltungsakt erlassen hat.<sup>31</sup> Das ist hier die Stadt S.

---

<sup>25</sup> Eyermann/Hoppe, VwGO, § 81 Rn. 2

<sup>26</sup> Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 63, Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 612.

<sup>27</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 613, 618; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>28</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017; BeckOK/Kintz, VwGO, § 78 Rn. 9.

<sup>29</sup> Sodan/Ziekow/Puttler, VwGO, § 80 Rn. 127

<sup>30</sup> Nicht zutreffend wäre es, die "materielle Rechtmäßigkeit" der Vollzugsanordnung zu prüfen, da es sich hierbei nach h.M. um einen unselbständigen Annex zum zu Grunde liegenden Verwaltungsakt handelt, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 78 f.

<sup>31</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

## 2. Anhörung

Ob es vor Erlass der Vollzugsanordnung einer Anhörung bedarf, ist umstritten.<sup>32</sup> Teilweise wird angenommen, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein selbständiger Verwaltungsakt sei und es deswegen einer Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG bedürfe. Überwiegend wird die Verwaltungsaktqualität der Vollzugsanordnung jedoch abgelehnt.<sup>33</sup> Hierfür spricht bereits, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht eigenständig mittels einer Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Entscheidend ist jedoch, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung keinen eigenen sachlichen Regelungsgehalt aufweist, der über den Inhalt des Verwaltungsakts, auf den sie sich bezieht, hinausgeht. Die h.M. geht daher richtigerweise davon aus, dass es sich lediglich um einen Annex zum Grundverwaltungsakt handelt und Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG daher nicht anwendbar ist.<sup>34</sup>

Zwar wäre auch eine analoge Anwendung des Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG denkbar. Hierfür fehlt es jedoch bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Denn als formelle Voraussetzung ergibt sich aus dem Gesetz gerade nur eine Pflicht zur schriftlichen Begründung (§ 80 Abs. 3 VwGO). Zudem wird der Betroffene vor überraschenden Maßnahmen schon durch die Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren geschützt.<sup>35</sup>

Einer separaten Anhörung bedurfte es daher nicht.

## 3. Begründung der Vollzugsanordnung (§ 80 Abs. 3 VwGO)

Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung gesondert und einzelfallbezogen zu begründen.<sup>36</sup> Diese Begründung hat für die Behörde Warnfunktion. Sie soll sich ihrer Entscheidung bewusst werden.<sup>37</sup> Deshalb genügen formelhafte, allgemeine oder pauschale Formulierungen oder die bloße Wiederholung des Gesetzestexts nicht.<sup>38</sup> Die Begründung darf sich nicht auf das bei jedem Verwaltungsakt grundsätzlich bestehende Vollzugsinteresse beschränken.<sup>39</sup> Hier hat die Stadt S keinerlei Begründung gegeben, weder für den Verwaltungsakt an sich noch für die Anordnung des Sofortvollzugs. Die Aussage, die sofortige Vollziehung liege im öffentlichen Interesse, wiederholt nur den Gesetzeswortlaut und hat keinen materiellen Gehalt. Es handelt sich um eine floskelhafte und daher nicht ausreichende Aussage.<sup>40</sup> Der Verweis auf eine Notstandsmaßnahme (und damit im Ergebnis auf § 80 Abs. 3 Satz 2 VwGO) stellt ebenfalls keine ausreichende Begründung dar. Vielmehr wird lediglich ein gesetzlich vorgesehener Ausnahmefall behauptet.

---

<sup>32</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 595; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 68.

<sup>33</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 595.

<sup>34</sup> Str., vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 82; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 68; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>35</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 595.

<sup>36</sup> Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 29 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 84 ff.

<sup>37</sup> Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 595; VGH BW, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 S 2554/11 - juris, Rn. 8.

<sup>38</sup> Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 247; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 596.

<sup>39</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 84 ff.

<sup>40</sup> BayVGH, Beschluss vom 15. Februar 2019 - 8 CS 18.2364 - juris; vgl. auch Niedzwicki, JuS 2009, 226.

Ein derartiger Ausnahmefall nach § 80 Abs. 3 Satz 2 VwGO liegt auch nicht vor. Dies würde voraussetzen, dass aufgrund der Eilbedürftigkeit keine Zeit dafür war, eine dem Satz 1 genügende Begründung abzugeben. Ein solcher Fall ist ersichtlich nicht gegeben. Aufgrund des vorläufigen Betretungsverbots bis einschließlich 14. Januar 2021 hätte die Behörde mehrere Tage Zeit gehabt, um eine Begründung zu verfassen, ohne dass dies eine Gefahr bedeutet hätte. Die Verpflichtung des G zu den Untersuchungen an den Bäumen hätte ebenso mehrere Tage später erfolgen können, ohne dass dies Auswirkungen auf die Gefahrenlage gehabt hätte. Die Zeit für Untersuchungen hätte ausgereicht und wäre nur unerheblich verkürzt worden.

Eine fehlende oder unzureichende Begründung einer Vollziehbarkeitsanordnung kann nach der überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung nicht geheilt werden.<sup>41</sup> Es wird zutreffend damit argumentiert, dass es sich bei § 80 Abs. 3 VwGO um eine abschließende Sonderregelung handelt. Gründe der Prozessökonomie seien nicht geeignet, diese zu überwinden. Die Behörde soll sich des Ausnahmecharakters bewusst werden (Warnfunktion), der Betroffene über die Gründe unterrichtet werden, um die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen abschätzen zu können und dem Gericht sollen die Erwägungen der Behörde zur Kenntnis gelangen.<sup>42</sup> Diese Funktionen könnten durch eine nachträgliche Heilung nicht mehr erfüllt werden.

**Hinweis: Positiv zu berücksichtigen ist bereits, wenn die Frage der Heilung eines Begründungsmangels bei § 80 Abs. 3 VwGO aufgeworfen und vertretbar argumentiert wird.**

Die Vollzugsanordnung ist damit formell rechtswidrig.

**Hinweis: Umstritten ist, welche Rechtsfolge von Seiten des Gerichts ausgesprochen wird, wenn "lediglich" ein formeller Verstoß gegen § 80 Abs. 3 VwGO vorliegt. Streitig ist hier, ob bei "bloßen" Begründungsmängeln nach § 80 Abs. 3 VwGO von Seiten des Gerichts die aufschiebende Wirkung der Klage wiederhergestellt wird oder ob "nur" die Vollzugsanordnung aufgehoben wird.<sup>43</sup> Nach der zwischenzeitlich wohl herrschenden Ansicht wird lediglich die Vollzugsanordnung aufgehoben, weil bei rein formellen Mängeln die Behörde nicht gehindert sein soll, den Mangel durch eine neue, formell ordnungsgemäße Vollzugsanordnung selbst beheben zu können, ohne dass es einer Abänderung nach § 80 Abs. 7 VwGO bedarf.<sup>44</sup> Nach der anderen Ansicht und älteren Rechtsprechung des BayVGH wird auch hier die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt, weil das Gesetz eine Aufhebung der Sofortvollzugsanordnung nicht vorsieht, wobei bei dieser Konstellation der rein formellen Rechtswidrigkeit die Behörde dann aber nicht durch § 80 Abs. 7 VwGO gehindert sein soll, eine neue ordnungsgemäße Vollzugsanordnung zu erlassen.<sup>45</sup> Ausführungen hierzu können von den Bearbeitern nicht erwartet werden und sind im Übrigen nicht veranlasst, da die Interessenabwägung zugunsten des G ausfällt und damit nicht nur ein Verstoß gegen § 80 Abs. 3 VwGO vorliegt.**

<sup>41</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 32 Rn. 17; VGH BW, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 S 2554/11 - juris m.w.N. auch zur a.A.

<sup>42</sup> VGH BW, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 S 2554/11 - juris, Rn. 2 f.

<sup>43</sup> Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 253.

<sup>44</sup> Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 442; BVerwG, Beschluss vom 18. September 2001, Az.: 1 DB 26/01; BayVGH, Beschluss vom 9. Dezember 2013, Az.: 10 CS 13.1782; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017, Fn. 1406; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 612.

<sup>45</sup> BayVGH, Beschluss vom 24. März 1999, Az.: 10 CS 99.27.

### III. Gerichtliche Interessenabwägung

Zu prüfen ist, ob eine Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse (Suspensivinteresse) gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse überwiegt. Das Gericht hat hierbei eine eigene, originäre Interessenabwägung anzustellen, wobei regelmäßig die Erfolgsaussichten in der Hauptsache das maßgebliche Entscheidungskriterium sind.<sup>46</sup> Das Gericht nimmt insoweit eine summarische Prüfung vor.<sup>47</sup> Ergibt die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen subjektiven Rechten verletzt, besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse, den behördlich angeordneten Sofortvollzug aufrechtzuerhalten.<sup>48</sup> Ist der Verwaltungsakt hingegen rechtmäßig, tritt das Aussetzungsinteresse hinter das Vollzugsinteresse zurück, wenn zur Überzeugung des Gerichts ein besonderes Vollzugsinteresse besteht.<sup>49</sup>

Im Rahmen der Interessenabwägung sind daher die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 7. Januar 2021 als Rechtsbehelf in der Hauptsache zu prüfen.

#### 1. Zulässigkeit der Hauptsacheklage

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Klage als Rechtsbehelf in der Hauptsache liegen vor. Auf die entsprechenden obigen Ausführungen unter Abschnitt A kann inhaltlich verwiesen werden.

#### 2. Begründetheit der Hauptsacheklage (§§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)

Die Anfechtungsklage hat in der Sache Erfolg, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in eigenen Rechten verletzt (§ 78 i.V.m. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

##### a. Passivlegitimation (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO)

Richtiger Klagegegner ist die Stadt S (vgl. oben Abschnitt B. I.).

##### b. Rechtmäßigkeit des Betretungsverbots (Ziffer 1 der E-Mail)

Zu prüfen ist die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Betretungsverbots.

***Hinweis: Ebenso zulässig wäre es, die Prüfung des Vorliegens einer Rechtsgrundlage sowie der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnungen in Ziffer 1 und 2 der E-Mail zusammenzuziehen und erst im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu differenzieren.***

---

<sup>46</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>47</sup> Posser/Wolff, VwGO, § 80 Rn. 187; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>48</sup> Posser/Wolff, VwGO, § 80 Rn. 187 ff.; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>49</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

## aa. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für das Betretungsverbot kommt Art. 26 Abs. 2, Abs. 1 LStVG in Betracht.

Nach dem Wortlaut der Anordnung soll das Betreten des Grundstücks durch die Öffentlichkeit verboten werden, sodass die Regelung auf den ersten Blick in den Bereich der auf Art. 26 Abs. 2, Abs. 1 LStVG zu stützenden Einzelfallregelungen zu fallen scheint. Allerdings besteht hier die Besonderheit darin, dass die Anordnung nicht - wie für Art. 26 Abs. 2, Abs. 1 LStVG typisch - im Wege einer Allgemeinverfügung gemäß Art. 35 Satz 2 BayVwVfG, also eines an die Allgemeinheit gerichteten Verwaltungsakts, erfolgt ist, sondern gegenüber G als Eigentümer des Grundstücks, sodass Adressat hier unmittelbar nur G selbst ist. Die Anordnung in Ziffer 1 ist daher auslegungsbedürftig. Überzeugend erscheint es, die Regelung nach ihrem objektiven Erklärungswert<sup>50</sup> so zu verstehen, dass G verboten wird, das Grundstück der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, also von seinem Eigentumsrecht derart Gebrauch zu machen, dass er anderen Personen das Betreten gestattet.<sup>51</sup> Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch diese Regelung noch vom Regelungsgehalt des Art. 26 Abs. 2, Abs. 1 LStVG erfasst ist oder ob die Anordnung auf die Generalklausel des Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG zu stützen wäre. Für ersteres spricht jedoch, dass es sich im Kern nach wie vor um eine Regelung zum Betreten von Grundstücken handelt, sodass die in Art. 26 Abs. 2, Abs. 1 LStVG zum Ausdruck kommenden Maßstäbe (insbesondere "erhebliche Gefahr") auch hier sachgerecht erscheinen.

Eine vorrangige Regelung im Bayerischen Straßen- und Wegegesetz ist nicht einschlägig (Art. 26 Abs. 1 Satz 2 LStVG), da es sich bei dem Grundstück des G nicht um öffentliche Verkehrsflächen handelt. Zudem sind diese Normen nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

***Hinweis: Eine derart genaue Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des Bescheids dürfte nur von sehr guten Bearbeitern zu erwarten sein. Wer die Anordnung in Ziffer 1 - vertretbar - als von Art. 26 LStVG nicht erfasst ansieht, müsste im Folgenden Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG prüfen. Wesentliche Unterschiede in der Argumentation ergeben sich hieraus nicht, auch eine konkrete Gefahr i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG läge insoweit vor.***

## bb. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Betretungsverbot müsste formell rechtmäßig sein.

### (1) Zuständigkeit

Die Stadt S müsste für die Anordnung zuständig sein. Sie ist als Gemeinde sachlich zuständig für Anordnungen zur Gefahrenabwehr auf ihrem Stadtgebiet (Art. 6 LStVG). Bei dem Betretungsverbot handelt es sich um eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr, sodass die Stadt S gemäß Art. 6 LStVG sachlich zuständig ist.

Das Grundstück des G liegt auch im Gemeindegebiet der Stadt S, sodass diese gemäß Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG örtlich zuständig war.

<sup>50</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 51.

<sup>51</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Oktober 2012 - Az. 1 S 1401/11 - juris, Rn. 36.

***Hinweis:* Nach a.A. ist für die Begründung der Zuständigkeit nach Art. 6 LStVG das Vorliegen einer abstrakten Gefahr erforderlich. Diese setzt eine Sachlage voraus, nach der nach allgemeiner Lebenserfahrung und bei ungehindertem Fortgang das Eintreten einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und/oder Ordnung zu erwarten ist.<sup>52</sup> Nach den Erkenntnissen aus dem Gutachten ist dies der Fall.**

***Ebenfalls vertretbar ist es, wenn lediglich festgestellt wird, dass die Gemeinde ihre Maßnahme auf eine Befugnisnorm aus dem LStVG stützt.<sup>53</sup> Da die Stadt S hier zur Abwehr von Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen ein Betretungsverbot erlassen hat und damit Maßnahmen auf Grundlage des Art. 26 Abs. 2 LStVG getroffen hat, hat sie innerhalb ihres Aufgabenbereichs (Schluss von der Befugnis auf die Aufgabe) gehandelt.<sup>54</sup>***

## **(2) Verfahren**

G hatte Gelegenheit, sich zu den relevanten Tatsachen zu äußern (Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG), wovon er auch Gebrauch gemacht hat. Eine Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG ist daher jedenfalls erfolgt.

## **(3) Form**

### **(a) Besondere Voraussetzungen des elektronischen Verwaltungsakts, Art. 3a Abs. 1, Art. 37 BayVwVfG**

Schließlich müsste der Verwaltungsakt formgemäß ergangen sein. Fraglich ist dabei, ob der Bescheid per E-Mail an G versendet werden durfte. Wird ein Verwaltungsakt mittels E-Mail als Form der elektronischen Kommunikation erlassen, handelt es sich um einen elektronischen Verwaltungsakt i. S. v. Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG. Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines elektronischen Verwaltungsakts i. S. v. Art. 37 Abs. 2 Satz 1, Art. 3a Abs. 1 BayVwVfG vorliegen.

Dazu müsste G zumindest konkludent einen Zugang für elektronische Dokumente der Behörde eröffnet haben (Art. 3a Abs. 1 BayVwVfG). Dies hat er getan, indem er per E-Mail an die Behörde herangetreten ist und zum Ausdruck gebracht hat, dass diese in der Angelegenheit mit ihm per E-Mail kommunizieren kann. Dass er zunächst lediglich die Rücknahme einer belastenden Maßnahme erstrebt hat, fällt nicht ins Gewicht. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts muss die Erklärung so verstanden werden, dass angesichts der Eilbedürftigkeit eine elektronische Kommunikation gewünscht war. Eine Beschränkung auf bestimmte Inhalte behördlicher Erklärungen kommt nicht in Betracht. Soweit in der Rechtsprechung<sup>55</sup> gefordert wird, dass der private Empfänger der Behörde die E-Mail-Adresse gezielt in dem betreffenden Verfahren mitgeteilt hat und dass bereits in diesem Verfahren zwischen der Behörde und

---

<sup>52</sup> BeckOK /Holzner, PolR Bayern, Art. 6 LStVG Rn. 10.

<sup>53</sup> Vgl. für das Handeln der Polizei im institutionellen Sinne Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 89.

<sup>54</sup> Vgl. für das Handeln der Polizei im institutionellen Sinne Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 89.

<sup>55</sup> OVG NW, Beschluss vom 13. November 2014 - 2 B 1111/14 - NVwZ-RR 2015, 172; Giehl/Adolph/Käb, BayVwVfG und VwZVG, Art. 3a BayVwVfG Rn. 50 ff.

dem Bürger auf diesem Weg korrespondiert wurde, sind diese Anforderungen mit der E-Mail des G vom 6. Januar 2021 erfüllt.

Ein besonderes gesetzliches Schriftformerfordernis ist nicht ersichtlich. Daher gilt der Grundsatz der Formfreiheit (Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG). Eine derartige Anordnung nach dem LStVG kann sogar mündlich ergehen. Auf Fragen der Schriftformsetzung gemäß Art. 3a Abs. 2 BayVwVfG und auf Fragen der Zertifikate gemäß Art. 37 Abs. 3 Satz 2 BayVwVfG kommt es daher nicht an.

Die Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG liegen ebenfalls vor<sup>56</sup>. Der Verwaltungsakt ließ die erlassende Behörde (Stadt S) erkennen und war mit der Namenswiedergabe des Behördenleiters versehen (Art. 37 Abs. 3 BayVwVfG). Der Verwaltungsakt wurde nicht mittels automatischer Einrichtungen erlassen, so dass Art. 37 Abs. 5 BayVwVfG nicht zu prüfen ist. Ein berechtigtes Interesse für eine Bestätigung ist nicht ersichtlich (Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG); eine solche wurde von G auch nicht verlangt.

### **(b) Begründung des Verwaltungsakts, Art. 39 BayVwVfG**

Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG ist ein elektronischer Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen. In dieser sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu der getroffenen Entscheidung bewogen haben (Art. 39 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG). Bei Ermessensentscheidungen sollen gemäß Art. 39 Abs. 1 Satz 3 BayVwVfG auch die Gesichtspunkte erkennbar sein, von denen die Behörde bei der Ermessensausübung ausgegangen ist.

***Hinweis: Es handelt sich dabei lediglich um die formelle Seite der Ermessensprüfung.<sup>57</sup> Die Frage, ob Ermessen ausgeübt wurde und ob Ermessensfehler unterlaufen sind, hängt zwar damit (faktisch) zusammen, ist im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung aber davon streng zu trennen, weil es sich um eine materielle Frage handelt. Dies wird im Übrigen bei der Prüfung der Heilung gemäß Art. 45 BayVwVfG deutlich. Das Gutachten sollte daher zwischen beiden Problemkreisen klar differenzieren.***

An einer solchen Begründung fehlt es hier. Die E-Mail enthält keinerlei Gründe, sondern lediglich einen Tenor.

Die Begründung war auch nicht ausnahmsweise nach Art. 39 Abs. 2 BayVwVfG entbehrlich. Die Begründungspflicht gilt zwar gemäß Art. 39 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG nicht, soweit demjenigen, für den der Verwaltungsakt bestimmt ist, die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder ohne Weiteres erkennbar ist. Dem G war aber jedenfalls die Rechtslage nicht bekannt.

Hier wurde G das Gutachten des Stadtgärtners als Fachstelle der Stadt S übersendet. Darin wurden zwar Ausführungen zur Sachlage gemacht, die Rechtslage wurde jedoch nicht erläutert. Vielmehr handelt es sich um rein gartentechnische Ausführungen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass dem G die Auffassung der Behörde über die Rechtslage bekannt war. Sie war ihm auch nicht ohne Weiteres

---

<sup>56</sup> Vgl. dazu Herbolsheimer, NWVBI 2019, 53, 58 f.

<sup>57</sup> Dazu grundlegend Niesler in Brandt/Domgörgen, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Rn. 325 f.; Lindner/Jahr, JuS 2013, 673.

erkennbar. Ob die erforderliche Begründung auch Ausführungen zur Sachlage hätte enthalten müssen, kann dahinstehen. Hier fehlte es an jeglichen Ausführungen zu den Gründen, so dass ein Verstoß gegen Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG vorliegt.

Die fehlende Begründung des Bescheids kann zwar noch im Gerichtsverfahren gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 BayVwVfG wirksam nachgeholt werden. Dies kann bis zum Abschluss der Tatsacheninstanz geschehen, also in jedem Fall noch während des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrens. Eine Nachholung der Begründung ist jedoch bislang noch nicht erfolgt.

Der Fehler ist auch nicht nach Art. 46 BayVwVfG unbeachtlich. Soweit man Art. 46 BayVwVfG auf Ermessensentscheidungen überhaupt anwenden will,<sup>58</sup> ist hier jedenfalls nicht offensichtlich, dass der Mangel die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

#### **(4) Zwischenergebnis**

Der Bescheid ist daher formell rechtswidrig.

#### **cc. Materielle Rechtmäßigkeit**

Zu prüfen ist zudem die materielle Rechtmäßigkeit.

##### **(1) Tatbestandsmäßigkeit**

Nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 LStVG kann zur Verhütung erheblicher Gefahren für Leben oder Gesundheit das Betreten bewohnter oder unbewohnter Grundstücke durch Verordnung einer Gemeinde für die voraussichtliche Dauer der Gefahr verboten werden. Absatz 2 gibt der Gemeinde darüber hinaus die Befugnis, entsprechende Anordnungen für den Einzelfall zu treffen.

Eine erhebliche Gefahr liegt vor, wenn nach fachkundiger Feststellung unter Berücksichtigung der konkreten örtlichen Gegebenheiten der Eintritt eines erheblichen Schadens hinreichend wahrscheinlich ist.<sup>59</sup> Dabei sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen, je höher der Rang des gefährdeten Rechtsguts oder der Ausmaß des drohenden Schadens ist.<sup>60</sup>

Hier kommt eine Gefahr für Personen in Betracht, die das Grundstück betreten. Es besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit von größeren herabfallenden losen Ästen sowie von weiterem Astbruch, was zu Schäden an Leib und Leben von Besuchern führen kann. Die Prognose des Stadtgärtners, dass Schäden für die genannten Rechtsgüter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, beruht auf seinem Sachverstand und seinen Erfahrungen sowie auf der Begutachtung nach dem Schneebruch. Angesichts der Bedeutung der Rechtsgüter können keine zu strengen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gestellt werden. Die Prognose, dass es zu Schäden kommen wird, kann auch nicht deswegen in Zweifel

---

<sup>58</sup> Dies wird von Teilen der Literatur abgelehnt, vgl. hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 69.

<sup>59</sup> BeckOK/Heinzeller, LStVG, Art. 26 Rn. 11.

<sup>60</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil, Rn. 127; BeckOK/Heinzeller, LStVG, Art. 26 Rn. 11.

gezogen werden, weil ex ante nicht feststeht, ob sich zu dem Zeitpunkt, zu dem Äste herabstürzen, Besucher auf dem Gelände aufhalten werden. Da nach den Feststellungen des Stadtgärtners aufgrund der vorhandenen Schäden jederzeit mit dem Herabfallen von Ästen gerechnet werden muss, kann es, sofern der Park weiter für Besucher offen steht, jederzeit zu einem Unfall mit Personenschaden kommen. Angesichts der hochrangigen Schutzgüter ist eine hinreichende Wahrscheinlichkeit von Schadenseintritten zu bejahen. Eine konkrete Gefahr liegt vor.

## **(2) Richtiger Adressat**

Die Stadt S müsste die Maßnahme auch gegen den richtigen Adressaten gerichtet haben. Maßnahmen nach Art. 26 LStVG sind grundsätzlich gegen die Personen zulässig, die bei einem Betreten des Grundstücks gefährdet würden, hier also die Öffentlichkeit. Hier richtet sich der Bescheid aber allein an G. Dieser konnte als Adressat in Anspruch genommen werden, weil er ebenfalls Störer ist. Denn G ist als Eigentümer des Grundstücks und Inhaber der tatsächlichen Gewalt bereits Zustandsstörer (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 und 2 LStVG). Da G das Grundstück der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, kann er auch als Handlungsstörer nach Art. 9 Abs. 1 Satz 1 LStVG in Anspruch genommen werden.

## **(3) Verhältnismäßigkeit**

Das Betretungsverbot müsste schließlich auch verhältnismäßig sein (Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 LStVG).

Die Erforderlichkeit der Maßnahme wird insbesondere durch die Befristung bis zum 31. März 2021 gewährleistet. Hierdurch wird sichergestellt, dass das Verbot längstens für die voraussichtliche Dauer der Gefahr wirkt, was nach dem Wortlaut des Art. 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 LStVG zur Vermeidung übermäßiger Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts erforderlich ist.<sup>61</sup> Dies ist lediglich bis Ende März 2021 der Fall, da nach den Angaben des G der Park ab 1. April 2021 wegen größerer Umgestaltungsmaßnahmen gesperrt werden wird und daher ab diesem Zeitpunkt keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr besteht.

## **(4) Ermessen**

Schließlich müsste die Stadt S von ihrem in Art. 26 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 LStVG eingeräumten Ermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht haben.

Nach Art. 40 BayVwVfG hat eine Behörde das ihr durch Gesetz eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Die gerichtliche Prüfung ist gemäß § 114 Satz 1 VwGO auf die Rechtmäßigkeitskontrolle der Ausübung beschränkt.<sup>62</sup> Als Ermessensfehler kommen der Ermessensnichtgebrauch, die Ermessensüberschreitung und der Ermessensfehlgebrauch in Betracht.<sup>63</sup> Fehlt es an einer (erkennbaren) Betätigung des der Behörde eingeräumten Ermessens, so liegt ein Ermessensnichtgebrauch vor.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. BeckOK/Heinzeller, PolR Bayern, Art. 26 LStVG, Rn. 9 f.

<sup>62</sup> Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 22.

<sup>63</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 25; die Kategorisierung erfolgt nicht ganz einheitlich, vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 19 ff.

<sup>64</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 21.

Dies beurteilt sich regelmäßig nach den konkreten Erwägungen im Entscheidungszeitpunkt.<sup>65</sup> Erforderlich ist vor allem, dass die Ermessensbetätigung auch nach außen erkennbar wird. Ist dies nicht der Fall und nicht ersichtlich, welche Gesichtspunkte für die Ermessensentscheidung maßgeblich gewesen sind, liegt ein Ermessensfehler vor.<sup>66</sup>

Hier lässt die sicherheitsrechtliche Verfügung nicht erkennen, auf welcher Rechtsgrundlage sie ergangen ist,<sup>67</sup> welche wesentlichen Gesichtspunkte eingeflossen sind und dass die privaten Interessen des G überhaupt berücksichtigt worden sind.<sup>68</sup> Der streitgegenständliche Bescheid besteht lediglich aus einem Tenor. Der elektronische Verwaltungsakt weist - unter Verletzung des Art. 39 Abs. 1 und 2 BayVwVfG - keine Begründung auf und es sind auch keine Hinweise auf eine Ermessensausübung erkennbar. So wird nicht einmal der Begriff "Ermessen" verwendet.

Bei fehlender Begründung kann sich die Ermessensausübung ausnahmsweise auch aus sonstigen Umständen ergeben; der Nachweis durch die Behörde muss allerdings zweifelsfrei geführt werden können.<sup>69</sup> In den Behördenakten sind aber solche Hinweise nicht enthalten. Es fehlt etwa an einer Stellungnahme zu den bei der Entscheidung berücksichtigten Interessen. Die fachlichen Äußerungen des Stadtgärtners genügen dafür nicht, weil diese einen rein gartenfachlichen Inhalt haben und rechtliche Überlegungen (etwa auch Belange des Eigentumsgrundrechts des G) nicht berücksichtigt sind.

**Hinweis: Dieser Aspekt dürfte nur von sehr guten Bearbeitern angesprochen werden.**

Schließlich ist kein Ausnahmefall gegeben, in dem keine Ermessensausübung aus dem Verwaltungsakt erkennbar sein muss. Eine Ermessensreduzierung auf null oder ein intendiertes Ermessen, bei dem eine bestimmte Entscheidung (vom Gesetzgeber) schon vorstrukturiert ist<sup>70</sup>, sind nicht ersichtlich.

Es liegt mithin ein Fall des Ermessensnichtgebrauchs vor; der Verwaltungsakt ist daher ermessensfehlerhaft ergangen.

Schließlich kommt auch eine - bisher ohnehin nicht erfolgte - Heilung des Ermessensfehlers nicht in Betracht. Zwar können Ermessenserwägungen grundsätzlich im Verfahren nachgeschoben werden, vgl. § 114 Satz 2 VwGO.<sup>71</sup> Dies setzt jedoch voraus, dass der Verwaltungsakt hierdurch nicht in seinem Wesen verändert wird. Eine solche

---

<sup>65</sup> Vgl. BayVGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - 2 B 13.2570 - BayVBI 2015, 274 = juris, Rn. 23 f.

<sup>66</sup> BayVGH, Beschluss vom 26. Februar 2009 - 4 CS 08.3123 - juris, Rn. 9; Beschluss vom 9. November 2009 - 4 B 09.594 - juris, Rn. 19 ff.; Beschluss vom 14. Dezember 2011 - 4 BV 11.895 - juris, Rn. 35; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 1. September 2016 - 4 C 4.15 - BVerwGE 156, 94 Rn. 27.

<sup>67</sup> Vgl. zur Erforderlichkeit der Aufnahme der rechtlichen Grundlagen in die Begründung Niesler in Brandt/Domgörgen, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Rn. 182.

<sup>68</sup> Vgl. dazu auch BayVGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - 2 B 13.2570 - BayVBI 2015, 274 = juris, Rn. 23 f.

<sup>69</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn. 80 m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 12 m.w.N.

<sup>71</sup> Es ist umstritten, wie die Heilbarkeit im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu berücksichtigen ist, d.h. ob § 114 Satz 2 VwGO gilt, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 160 m.w.N. Da eine Heilung aber ohnehin nicht in Betracht kommt, muss hierauf nicht eingegangen werden.

Wesensveränderung läge aber vor, wenn - wie hier - das Ermessen überhaupt erstmals ausgeübt werden müsste.<sup>72</sup>

## **(5) Ergebnis**

Das Betretungsverbot ist formell und materiell rechtswidrig.

### **b. Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung (Ziffer 2 der E-Mail)**

#### **aa. Rechtsgrundlage für die Untersuchungsanordnung**

Eine Standardbefugnis für die Untersuchungsanordnung ist nach dem LStVG nicht ersichtlich. Somit kommt mangels Sperrwirkung als Rechtsgrundlage die eingeschränkte Generalklausel<sup>73</sup> des Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG in Betracht. Danach kann die Sicherheitsbehörde Anordnungen für den Einzelfall treffen, um Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen. Hierunter fallen auch Maßnahmen der Gefahrenvorsorge.

#### **bb. Formelle Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung**

##### **(1) Zuständigkeit**

Mit dem Erlass der Untersuchungsanordnung bezweckt die Stadt S, Gefahren durch umstürzende Bäume abzuwehren, sodass die sachliche Zuständigkeit nach Art. 6 LStVG vorliegt. Die örtliche Zuständigkeit folgt wiederum aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG.

##### **(2) Verfahren**

Eine Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG ist erfolgt (vgl. oben).

##### **(3) Form**

Wie oben ausgeführt, fehlt es jedoch an einer ordnungsgemäßen Begründung des Bescheids insgesamt, sodass auch die Untersuchungsanordnung in Ziffer 2 formell rechtswidrig ist.

#### **cc. Materielle Rechtmäßigkeit der Untersuchungsanordnung**

##### **(1) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG**

Zunächst müssten die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG vorliegen. Es müsste also eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, gegeben sein.

---

<sup>72</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 24 Rn. 21; BayVGH, Beschluss vom 15. Februar 2019 - 8 CS 18.2364 - juris; vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2001 - 11 C 3.00 - Buchholz 401.64 § 6 AbwAG Nr. 3 = juris, Rn. 26 und die Nachweise bei Eyermann/Rennert, VwGO, § 114 Rn. 90 f.

<sup>73</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 491.

Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG setzt dabei eine konkrete Gefahr für die genannten Schutzgüter voraus.

Hier kommt eine konkrete Gefahr für Personen in Betracht, die das westlich angrenzende Nachbargrundstück betreten, auf dem sich die Freifläche eines Kindergartens befindet. Es besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass Bäume den ab Anfang März 2021 auftretenden Starkwinden nicht standhalten und auf das westlich angrenzende Grundstück fallen, was zu Schäden an Leib und Leben von Kindern oder Erzieherinnen und Erziehern, die sich auf der Freifläche des Kindergartens aufhalten, führen kann. Die Prognose des Stadtgärtners, dass Schäden für die genannten Rechtsgüter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, beruht auf seinem Sachverstand und seinen Erfahrungen sowie auf der Begutachtung nach dem Schnebruch. Angesichts der Bedeutung der Rechtsgüter können keine zu strengen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gestellt werden. Laut Gutachten ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass Bäume den Stürmen nicht standhalten. Dass die Standfestigkeit der Bäume problematisch ist, wird auch durch die von R eingeholte Auskunft des Baumsachverständigen bestätigt, sodass nicht zu empfehlen ist, sich gegenüber dem Verwaltungsgericht auf einen gegenteiligen Standpunkt zu stellen. Es liegt auf der Hand, dass Personen, die sich auf dem angrenzenden Nachbargrundstück im Freien befinden, zu Schaden kommen können, wenn die Bäume an der Grenze nicht standsicher sind. Angesichts der hochrangigen Schutzgüter ist eine hinreichende Wahrscheinlichkeit von Schadenseintritten zu bejahen. Eine konkrete Gefahr liegt also vor.

Zwar mag der drohende Schadenseintritt zum Zeitpunkt des Bescheiderlasses noch nicht unmittelbar bevorstehen, weil die Bäume aktuell - ohne hinzukommende Starkwinde - noch standsicher genug sind. Das ist aber auch nicht notwendig, weil gemäß Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG keine gegenwärtige Gefahr<sup>74</sup> erforderlich ist. Es reicht aus, dass die konkrete Gefahr nicht mehr effektiv abgewehrt werden kann, wenn die Behörde nicht rechtzeitig handelt. Es erscheint nämlich ab dem Zeitpunkt, in dem mit einem schädigenden Ereignis zu rechnen ist (also Anfang März, während und nach den zu erwartenden Sturmereignissen), lediglich eine Sperrung des Nachbargrundstücks möglich, die aber erheblich in Rechte Dritter eingreift und bei der vor allem nicht gewährleistet ist, dass die Behörde rechtzeitig tätig werden kann, wenn sie jetzt abwartet. Daher kann die Konkretheit der Gefahr bei Erlass der Anordnung bejaht werden. Es liegt lediglich ein Fall vor, in dem nicht genau bestimmt werden kann, welche konkreten Bäume nicht standsicher sind und zu welchem Zeitpunkt genau (ab Anfang März) der Schaden droht, was aber auch nicht erforderlich ist. Es genügt, dass es bei unverändertem Kausalverlauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (vgl. oben) zu Schäden kommt.

Dagegen handelt es sich hier nicht um einen bloßen Gefahrenverdacht.<sup>75</sup> Ein solcher liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn aufgrund objektiver Umstände das Vorhandensein einer Gefahr für möglich, aber nicht für sicher gehalten wird.<sup>76</sup> Rechtsfolge ist, dass die Behörde jedenfalls auf der Grundlage von Generalklauseln Maßnahmen zur Gefahrerforschung anordnen kann, wenn der Verdacht auf konkreten Tatsachen

---

<sup>74</sup> Vgl. hierzu Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 121.

<sup>75</sup> Vgl. hierzu Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 129; Berner/Köhler/Käß, PAG, Art. 2 Rn. 38 m.w.N.; vgl. auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2016, 445, 446.

<sup>76</sup> Sächs OVG, Beschluss vom 31. März 2014 - 1 A 699/13 - juris, Rn. 6.

beruht.<sup>77</sup> Hier kann jedoch bereits von einer konkreten Gefahr ausgegangen werden (vgl. oben). Es kann deshalb dahinstehen, ob es sich bei der Untersuchungsanordnung um eine lediglich der Gefahrerforschung dienende Maßnahme handelt. Dagegen spricht, dass Maßnahmen zur Gefahrerforschung regelmäßig mit dem Ziel angeordnet werden, von der Annahme der Möglichkeit eines Schadens (Gefahrenverdacht) zur Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit (konkrete Gefahr) zu gelangen. Hier liegt aber schon eine konkrete Gefahr vor.<sup>78</sup> Auf der anderen Seite dient die Untersuchungsanordnung dazu, den konkreten Umfang der vorliegenden Gefahr zu ermitteln und sie ggf. teilweise zu erschüttern; insoweit dient sie der - weiteren - Gefahrerforschung. Da aber schon eine konkrete Gefahr vorliegt, kann die Untersuchungsanordnung jedenfalls auf Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG gestützt werden, ohne dass es auf die begriffliche Einordnung ankommt.

## **(2) Richtiger Adressat**

G ist als Eigentümer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt Zustandsverantwortlicher und daher auch der richtige Adressat gemäß Art. 9 Abs. 2 Satz 1 und 2 LStVG.

## **(3) Verhältnismäßigkeit**

Die Maßnahme müsste auch verhältnismäßig sein. Dies setzt voraus, dass die Untersuchungsanordnung geeignet, erforderlich und angemessen ist (vgl. Art. 8 LStVG).

Die Untersuchungsanordnung ist zunächst geeignet. Zwar kann die Vorlage eines Gutachtens an sich die Gefahr noch nicht beseitigen. Allerdings können anhand der Ergebnisse des Gutachtens gezielt und zeitnah weitere Maßnahmen ergriffen werden, sofern die Standfestigkeit einzelner Bäume nicht nachgewiesen werden konnte, wie etwa Baumfällungen oder das Zurückschneiden einzelner Bäume. Die Maßnahme ist daher geeignet, die Gefahr zu beseitigen.<sup>79</sup>

Die Untersuchungsanordnung ist zudem erforderlich und angemessen, d.h. eine Mittel-Zweck-Relation kommt zum Ergebnis, dass dem G die Untersuchung zugemutet werden kann. Zwar entstehen dem G möglicherweise zusätzliche Kosten dadurch, dass er einzelne der zu begutachtenden Bäume im Rahmen der Umgestaltung im April ohnehin beseitigt hätte. Das Interesse am Schutz von Leib und Leben von Personen, die sich während des Kindergartenbetriebs auf dem Nachbargrundstück aufhalten, überwiegt jedoch die rein finanziellen Interessen des G. Insbesondere besteht vorliegend ein erhebliches Interesse daran, die Standsicherheit der Bäume bereits vor Beginn der Starkwindereignisse festzustellen oder zeitnah entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.

Auch wenn die Maßnahme letztlich der weiteren Aufklärung der Gefahrenlage dient, steht der Verhältnismäßigkeit auch nicht entgegen, dass die Behörde nach Art. 24 BayVwVfG den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat. Denn die Anordnung ist gleichsam ein "erster Schritt der Gefahrenabwehr", sodass es gerechtfertigt

---

<sup>77</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 131; OVG NW, Beschluss vom 21. Januar 2002 - 21 A 5820/00 - juris, Rn. 5; VGH BW, Urteil vom 8. Februar 1993 - 8 S 515/92 - juris, Rn. 50

<sup>78</sup> In diese Richtung BayVGH Urteil vom 11. Dezember 2002 - 26 B 95.4161 = BeckRS 2002, 32229; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2016, 445, 446.

<sup>79</sup> Vgl. HessVGH, NVwZ-RR 1992, 288 m.w.N.

erscheint, hierfür den Störer in Anspruch zu nehmen (und ihm bei zurechenbarer Verursachung der Gefahr die Kosten aufzuerlegen).<sup>80</sup> Im Übrigen ist die Behörde ihrer Amtsermittlung hier auch durch Begutachtung durch den städtischen Gärtner nachgekommen, auf deren Grundlage sich eine konkrete Gefahr ergeben hat.

***Hinweis: Freilich ist hier auch eine andere Ansicht vertretbar, sodass die Erforderlichkeit oder Angemessenheit der Untersuchungsanordnung mit entsprechender Begründung, etwa unter Hinweis auf Art. 24 BayVwVfG, auch verneint werden kann.***

Die Untersuchungsanordnung ist daher verhältnismäßig.

#### **(4) Ermessen**

Fraglich ist schließlich, ob die Stadt S von dem ihr durch Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG eingeräumten Ermessen ordnungsgemäß Gebrauch gemacht hat.

Es ist jedoch bereits nicht ersichtlich, dass die Stadt S überhaupt Ermessenserwägungen angestellt hat, sodass bereits ein Ermessensausfall vorliegt (vgl. oben).

Die Untersuchungsanordnung verstößt daher gegen Art. 40 BayVwVfG.

#### **(5) Ergebnis**

Die Untersuchungsanordnung in Ziffer 2 der E-Mail ist formell und materiell rechtswidrig.

#### **d. Rechtsverletzung, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO**

Durch die Anordnungen ist G jedenfalls in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Das Betretungsverbot verletzt G zudem in seinem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

#### **5. Interessenabwägung**

Gründe dafür, dass trotz der Fehlerhaftigkeit der Verwaltungsakte das Vollzugsinteresse höher zu bewerten sein könnte als die Interessen des G, sind nicht ersichtlich.

#### **E. Ergebnis**

Ein Antrag des G auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen die Anordnungen vom 7. Januar 2021 ist somit zulässig und begründet.

---

<sup>80</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 432; HessVGH, NVwZ-RR 1992, 288.