

## Erste Juristische Staatsprüfung 2021/2

### 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: Eingekleidet in die prozessuale Situation einer Anfechtungsklage sind die Rechtmäßigkeit einer sicherheitsrechtlichen Anordnung sowie einer Zwangsmittelandrohung zu prüfen. Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch aus, dass die im Sachverhalt angelegten Probleme der richtigen "Ebene" im Prüfungsaufbau zugeordnet werden, insbesondere die Wirksamkeit der einzelnen Satzungsbestimmungen an den jeweils relevanten Stellen angesprochen wird. Aus dem Baurecht sollte zudem die Problematik bekannt sein, dass eine Beseitigungsanordnung regelmäßig nicht alleine auf die formelle Illegalität gestützt werden kann, sondern es auch auf die materielle Illegalität ankommt. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelandrohung schließlich sind typische Fragestellungen des Vollstreckungsrechts zu bewältigen.*

## **Erfolgsaussichten der Klage des Georg Ginster**

Das Verwaltungsgericht wird der Klage gegen den Bescheid vom 1. September 2021 stattgeben, wenn die Entscheidungskompetenz des Gerichts gegeben ist und die Klage zulässig und begründet ist.

*Hinweis: Ebenso vertretbar wäre es, die Erfolgsaussichten der Klage gegen die Beseitigungsanordnung und gegen die Zwangsmittelandrohung getrennt und nacheinander zu prüfen.*

## **A. Entscheidungskompetenz des Gerichts**

### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Da keine aufdrängende Sonderzuweisung existiert, richtet sich der Verwaltungsrechtsweg nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.<sup>1</sup> Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt. Nach der Sonderrechtstheorie ist dazu die streitentscheidende Norm zu qualifizieren.<sup>2</sup> Die Beseitigungsanordnung in Ziffer 1) des Bescheids findet ihre Rechtsgrundlage möglicherweise in Art. 7 Abs. 2 LStVG, der einseitig die Sicherheitsbehörden als Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet, sodass die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelandrohung richtet sich nach den Vorschriften des VwZVG, das ebenso lediglich Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Die Streitigkeit ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art, da keine Verfassungsorgane über Verfassungsrecht streiten und somit keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit besteht.<sup>3</sup> Ebenso existiert keine abdrängende Sonderzuweisung. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

### **II. Zuständigkeit des Gerichts**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts folgt aus § 45 VwGO. Die örtliche Zuständigkeit gibt der Sachverhalt vor.

### **III. Ergebnis**

Die Entscheidungskompetenz des Gerichts ist gegeben.

---

<sup>1</sup> Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

<sup>2</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 11 ff.

<sup>3</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 32.

## **B. Zulässigkeit**

Die Klage müsste auch zulässig sein.

### **I. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagegegenstand und dem gegebenenfalls auszulegenden (§ 88 VwGO) klägerischen Begehren. Hier geht Ginster (G) gegen den Bescheid der Gemeinde Neukirchbach (N) vom 1. September 2021 vor. Bei der Beseitigungsanordnung in Ziffer 1) des Bescheids handelt es sich ohne weiteres um einen Verwaltungsakt i.S.v. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG bzw. § 35 Satz 1 VwVfG<sup>4</sup>, sodass insoweit die Anfechtungsklage statthaft ist.

Fraglich ist, ob dies auch für die Zwangsmittelandrohung gilt. Dies hängt zunächst davon ab, ob auch die Zwangsmittelandrohung als Verwaltungsakt einzustufen ist. Nach zutreffender h.M. handelt es sich dabei um einen feststellenden Verwaltungsakt i.S.v. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG, weil die Zwangsmittelandrohung die Art und Weise der weiteren Vollstreckung verbindlich festlegt.<sup>5</sup> Im Übrigen ergibt sich aus Art. 38 Abs. 1 VwZVG, dass die Zwangsmittelandrohung wie die Grundverfügung mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann.

### **II. Klagebefugnis**

G müsste gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. G müsste also geltend machen, durch die Maßnahme in einem eigenen Recht verletzt zu sein.<sup>6</sup> Als belastender Verwaltungsakt greift die Beseitigungsanordnung in Ziffer 1) des Bescheids zumindest in das Grundrecht des Adressaten G aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Gleiches gilt für die Androhung der Ersatzvornahme als eigenständiger belastender Verwaltungsakt. Da eine Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, ist G klagebefugt.

### **III. Vorverfahren**

Ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO war gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 AGVwGO nicht durchzuführen.

### **IV. Klagefrist**

Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO war die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Bescheids zu erheben, wobei die Bekanntgabe hier in der besonderen Form der Zustellung erfolgte (Art. 2 Abs. 1 VwZVG). Nach dem Sachverhalt wurde

---

<sup>4</sup> Nach teilweise vertretener Ansicht ist im Rahmen der Bestimmung der statthafte Klageart für die Auslegung des Begriffs des Verwaltungsaktes nicht Art. 35 BayVwVfG sondern § 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>5</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1989, 337; BeckOK/Deusch/Burr, VwVfG, § 13 VwVG Rn. 2; Weber, JA 2009, 215, 220.

<sup>6</sup> Württenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 651; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn. 125; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1093.

der Bescheid dem G am 4. September 2021 zugestellt, sodass die Monatsfrist gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 5. September 2021 zu laufen begonnen hat und gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 4. Oktober 2021 endet. Die Klageerhebung durch G am 15. September 2021 erfolgte daher fristgerecht.

## **V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

G ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit der Gemeinde N als juristische Person des öffentlichen Rechts (Art. 1 Satz 1 GO) ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Die Gemeinde N wird im Prozess durch die erste Bürgermeisterin vertreten, vgl. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GO.

## **VI. Form**

Die Formvorschriften der §§ 81 f. VwGO wurden durch die schriftliche Klage gewahrt.

## **VII. Ergebnis**

Die Klage ist zulässig.

*Hinweis: Es könnte kurz festgehalten werden, dass die beiden Klagen gemäß § 44 VwGO im Wege der objektiven Klagehäufung verbunden werden können; zur regelmäßigen Verbindung siehe auch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 VwZVG.*

## **C. Begründetheit der Klage gegen die Beseitigungsanordnung**

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Klagegegner richtet, die Beseitigungsanordnung rechtswidrig ist und den G in seinen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

### **I. Passivlegitimation**

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Klage gegen den Rechtsträger der Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Dies ist die Gemeinde N (vgl. Art. 1 Satz 1 GO), sodass deren Passivlegitimation vorliegt.

### **II. Rechtswidrigkeit der Beseitigungsanordnung**

Zu prüfen ist, ob die Beseitigungsanordnung gegen G rechtswidrig ist.

#### **1. Rechtsgrundlage**

Zwar scheidet Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG als Rechtsgrundlage für die Beseitigungsanordnung aus, weil von der standfesten und stabilen Stele keine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen droht. Die Beseitigungsanordnung könnte ihre Grundlage aber in Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Nr. 2 LStVG finden.

## **2. Formelle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung**

### **a) Zuständigkeit**

#### **aa) Verbandskompetenz**

Als Sicherheitsbehörde ist die Gemeinde gemäß Art. 6 LStVG für Maßnahmen nach Art. 7 Abs. 2 LStVG zuständig (Schluss von der Befugnis auf die Aufgabe)<sup>7</sup>.

*Hinweis: Ebenso ist es möglich, dem sog. bayerischen Aufbau folgend an dieser Stelle die Aufgabeneröffnung mit dem Vorliegen einer abstrakten Gefahr für die öffentliche Sicherheit, hier in Form einer möglichen Ordnungswidrigkeit, zu prüfen.*

#### **bb) Organkompetenz**

Die Organkompetenz liegt gemäß Art. 29 GO grundsätzlich beim Gemeinderat. Zwar entscheidet die erste Bürgermeisterin bei den in Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO näher bezeichneten laufenden Angelegenheiten<sup>8</sup> in eigener Zuständigkeit. Dabei müssen aber die drei Tatbestandsmerkmale der laufenden Angelegenheit, der fehlenden grundsätzlichen Bedeutung und der fehlenden erheblichen Verpflichtungen kumulativ erfüllt sein.<sup>9</sup> Da die Gemeinde in der Friedhofssatzung bereits grundsätzlich entschieden hat, wie Grabmale gestaltet sein sollen, kann man die grundsätzliche Bedeutung verneinen. Erhebliche finanzielle Verpflichtungen sind auch nicht ersichtlich. Laufende Angelegenheiten zeichnen sich jedoch durch ihre Alltäglichkeit oder zumindest ihren wiederkehrenden Charakter aus.<sup>10</sup> Dagegen sollen einmalige oder seltene Geschäfte gerade keine laufenden Angelegenheiten sein.<sup>11</sup> Da die konkrete Situation für die Gemeinde bisher einmalig ist, erscheint es mithin sachgerecht, das Vorgehen gegen die Stele nicht als laufende Angelegenheit einzuordnen, sodass es bei der Regelzuständigkeit des Gemeinderats bleibt.

Die Organkompetenz des Gemeinderats ist daher gegeben.

#### **cc) Örtliche Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit der Gemeinde N folgt aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG.

### **b) Verfahren**

Die gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG erforderliche Anhörung könnte durch das Schreiben der Friedhofsverwaltung erfolgt sein, das der Beseitigungsanordnung vorausging. Das Schreiben hat den G über die beabsichtigte Maßnahme informiert, wie es für ein

---

<sup>7</sup> Zu diesem Schluss Wollenschläger, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 4 Rn. 49.

<sup>8</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, Teil 2 Rn. 147; Schröder, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 3 Rn. 98; BeckOK/Wernsmann/Kriegl, Kommunalrecht Bayern, Art. 37 GO Rn. 2 ff.

<sup>9</sup> BeckOK/Wernsmann/Kriegl, Kommunalrecht Bayern, Art. 37 GO Rn. 4; BayObLG BayVBl. 1997, 286; Schröder, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 3 Rn. 98.

<sup>10</sup> BeckOK/Wernsmann/Kriegl, Kommunalrecht Bayern, Art. 37 GO Rn. 3.

<sup>11</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, Teil 2 Rn. 147.

Anhörungsschreiben erforderlich ist.<sup>12</sup> Es hat den G zwar nicht ausdrücklich aufgefordert, sich zu äußern. G hatte aber ausreichend Zeit zur Äußerung, und er hat diese Gelegenheit genutzt. Zur Anhörung gehört, dass die Verwaltung eine Äußerung des Betroffenen zur Kenntnis nimmt und bei ihrer Entscheidung ernsthaft in Erwägung zieht.<sup>13</sup> Das hat die Gemeinde getan, indem sie in ihrem Bescheid auf das Argument des G, seine Mutter habe eine Ehrung verdient, eingegangen ist.

Fehler im Geschäftsgang des Gemeinderats (Art. 46 ff. GO) sind nicht ersichtlich.

### **c) Form**

Schließlich wurde der in Einklang mit Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG schriftlich ergangene Verwaltungsakt gemäß Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG begründet.

### **d) Ergebnis**

Somit ist der Bescheid formell rechtmäßig.

## **3. Materielle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung: Tatbestand**

Da eine Rechtsgrundlage für die Beseitigungsanordnung weder in der Friedhofssatzung noch in sonstigen Vorschriften des LStVG oder in anderen Rechtsvorschriften zu finden ist, kann die beschränkte Generalklausel<sup>14</sup> des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Nr. 2 LStVG herangezogen werden. Danach kann die Sicherheitsbehörde für den Einzelfall Anordnungen treffen, um Zustände zu beseitigen, die durch rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, verursacht worden sind.

### **a) Ordnungswidriges Verhalten**

Art. 7 Abs. 2 Nr. 1, 2 LStVG gestattet ein Eingreifen bei objektiv ordnungswidrigem, rechtswidrigem Verhalten. Da es um Gefahrenabwehr geht, spielen Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie die individuelle Vorwerfbarkeit keine Rolle.<sup>15</sup> Hier kommt eine Ordnungswidrigkeit nach § 26 Nr. 2 Friedhofssatzung in Betracht. G hat die Stele, also ein Grabmal, errichtet, ohne die nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Friedhofssatzung erforderliche Genehmigung eingeholt zu haben. Damit hat er, sofern die Friedhofssatzung gültig ist, objektiv ordnungswidrig gehandelt. Da auch keine Rechtfertigung ersichtlich ist, ist der Eingriffstatbestand an sich erfüllt, wobei es hier um die Beseitigung des ordnungswidrig herbeigeführten Zustands gemäß Art. 7 Abs. 2 Nr. 2 LStVG geht.

*Hinweis: Man könnte eine Parallele zu den bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnissen ziehen und den Erlass einer Beseitigungsanordnung davon abhängig machen, dass das Grabmal nicht nur formell, sondern auch materiell illegal ist. Bei Art. 75 f. BayBO stellt sich wie hier die Frage, ob und wieweit neben der formellen Illegalität auf die materielle Illegalität abzustellen ist. Art. 76 Satz 1 BayBO wird regelmäßig so gelesen, dass eine Beseitigungsanordnung schon tatbestandlich nur erlassen werden darf, wenn das*

---

<sup>12</sup> Zu den Anforderungen an ein Anhörungsschreiben Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, VwVfG, § 28 Rn. 35.

<sup>13</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, VwVfG, § 28 Rn. 38.

<sup>14</sup> Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 491.

<sup>15</sup> BeckOK/Holzner, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Art. 7 LStVG Rn. 29.

*Vorhaben auch materiell illegal ist ("wenn nicht auf andere Weise...").<sup>16</sup> Die zugrundeliegende Wertung wird man auf die Rechtmäßigkeit einer Beseitigungsanordnung nach Art. 7 Abs. 2 LStVG übertragen können. Allerdings erscheint es schwierig, diese Wertung bereits auf der Tatbestandsebene zu berücksichtigen, weil Art. 7 Abs. 2 Nr. 2 LStVG allein an die bußgeldbewehrte Genehmigungspflicht anknüpft und insoweit keinen Raum lässt für eine Berücksichtigung der Genehmigungsfähigkeit. Das spricht dafür, die Frage der materiellen Illegalität erst auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, wie es hier geschieht. Eine Prüfung auf der Tatbestandsebene erscheint jedoch mit entsprechender Begründung ebenso vertretbar.*

*Im Übrigen stellt der Hinweis Nr. 3 im Bearbeitungsvermerk lediglich klar, dass die Vorschriften der BayBO auf das Grabmal nicht anwendbar sind. Damit bleibt es zulässig, Wertungen der BayBO bei der Auslegung und Anwendung von Art. 7 Abs. 2 LStVG zu berücksichtigen.*

## **b) Rechtmäßigkeit der §§ 18 Abs. 1 Satz 1, 26 Nr. 2 Friedhofssatzung**

Allerdings läge eine Ordnungswidrigkeit dann nicht vor, wenn die zugrundeliegenden Vorschriften der Friedhofssatzung rechtswidrig und damit nichtig<sup>17</sup> wären. Zu prüfen ist daher, ob § 26 Nr. 2 i.V.m. § 18 Abs. 1 Satz 1 der Friedhofssatzung rechtmäßig ist.

### **aa) Ermächtigungsgrundlage**

Gemäß Art. 23 Satz 1, 24 Abs. 1 Nr. 1 GO kann die Gemeinde Benutzungssatzungen für ihre öffentlichen Einrichtungen erlassen. Der Friedhof, der laut Sachverhalt von der Gemeinde getragen wird, ist gemäß Art. 8 Abs. 1 BestG eine öffentliche Einrichtung. Zwar muss sich der in Art. 8 Abs. 1 BestG verwandte Begriff der öffentlichen Einrichtung nicht zwingend mit dem der Gemeindeordnung decken. Der Friedhof erfüllt aber unproblematisch die Definition<sup>18</sup> der öffentlichen Einrichtung i.S.v. Art. 21, 24 Abs. 1 Nr. 1 GO: Es handelt sich um Sachmittel (und im Zweifel auch Personalmittel) der Gemeinde. Diese Ressourcen werden im öffentlichen Interesse bereitgehalten, weil das Bestattungswesen ausweislich Art. 83 Abs. 1, 149 Abs. 1 Satz 1 BV eine öffentliche Aufgabe der Gemeinde ist. Schließlich wurde der Friedhof in Einklang mit Art. 8 Abs. 1 BestG durch Erlass der Friedhofssatzung bzw. Zurverfügungstellung des Friedhofs für die Nutzung durch die Grabstelleneinhaber und Hinterbliebenen gewidmet. Eine Benutzungssatzung kann gemäß Art. 23 Satz 2 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 2 GO bußgeldbewehrt werden, wie es hier der Fall ist.

### **bb) Formelle Rechtmäßigkeit**

Die Verbandskompetenz der Gemeinde für die Regelung ihrer öffentlichen Einrichtung ergibt sich aus Art. 23 Satz 1, 24 Abs. 1 Nr. 1 GO. Im Hinblick auf Organkompetenz, Verfahren, Ausfertigung und Verkündung sind grundsätzlich keine Fehler ersichtlich. Zwar ist Art. 23 Satz 3 GO zu beachten, wonach eine bewehrte Satzung ihre

---

<sup>16</sup> Heitzer/Kaufhold, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 2 Rn. 376; BeckOK/Manssen, Bauordnungsrecht Bayern, Art. 76 BayBO Rn. 21 f., 25.

<sup>17</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 57.

<sup>18</sup> Dazu Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, Teil 2 Rn. 450 ff.; Schröder, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 3 Rn. 176-179; BeckOK/Dietlein/Suerbaum, Kommunalrecht Bayern, Art. 21 GO Rn. 4 ff.

besondere Rechtsgrundlage nennen soll. Dem wird aber § 26 Friedhofssatzung, der ausdrücklich Art. 24 Abs. 2 Satz 2 GO nennt, gerecht. Ohnehin handelt es sich bei Art. 23 Satz 3 GO nach herrschender Meinung um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Missachtung nicht zur Unwirksamkeit der Satzung führen soll.<sup>19</sup>

### **cc) Materielle Rechtmäßigkeit**

In materieller Hinsicht muss die Satzung mit höherrangigem Recht und insbesondere mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein.

Als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt greift das Genehmigungserfordernis des § 18 Abs. 1 Satz 1 Friedhofssatzung in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Die allgemeine Handlungsfreiheit steht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG wiederum unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen, soweit sie formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht.<sup>20</sup> Dazu gehört auch die Friedhofssatzung als untergesetzliche Rechtsnorm, soweit sie ihrerseits verfassungsgemäß und namentlich verhältnismäßig ist.<sup>21</sup>

Verhältnismäßig ist eine Maßnahme, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>22</sup> Das Genehmigungserfordernis dient dem Ziel, die materielle Rechtmäßigkeit eines Grabmals schon vor dessen Errichtung zu überprüfen. Zu den materiellen Anforderungen gehören neben den hier offenbar eingehaltenen Vorschriften über die Standsicherheit (vgl. § 19 Friedhofssatzung) auch solche über die würdige Gestaltung i.S.v. Art. 149 Abs. 1 Satz 1 BV, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BestG. Es erscheint legitim, die Einhaltung dieser Vorschriften bereits präventiv zu überprüfen, um zu vermeiden, dass sich die fehlende Übereinstimmung mit materiellen Vorgaben für die Gestaltung und Errichtung von Grabmalen erst nachträglich herausstellt, was für die Beteiligten mit unnötigen Kosten und Belastungen verbunden wäre. Das Genehmigungserfordernis ist geeignet und auch erforderlich, da ein weniger eingriffsintensives, aber zur Erreichung des Zwecks gleichermaßen geeignetes Mittel nicht ersichtlich ist.<sup>23</sup> Schließlich ist die Regelung auch angemessen. Zwar bedeutet das Genehmigungserfordernis für den Grabstelleninhaber eine gewisse bürokratische Belastung, allerdings verleiht ihm dieses andererseits auch Rechtssicherheit hinsichtlich der Gestaltung der Grabstätte. Ebenso erscheint es verhältnismäßig, die Einhaltung dieser Pflicht mit einer Bußgeldvorschrift abzusichern, um deren Beachtung sicher zu stellen. Der Rahmen von bis zu 2.500,- € wahrt die Vorgaben aus Art. 24 Abs. 2 Satz 2 GO und bietet der Gemeinde auch hinreichenden Spielraum zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls; eine Geldbuße von bis zu 2.500,- € erscheint auch nicht unangemessen angesichts des denkbaren Sachwerts einzelner Grabmale.

Damit sind §§ 18 Abs. 1 Satz 1, 26 Nr. 2 Friedhofssatzung rechtmäßig und wirksam.

---

<sup>19</sup> BeckOK/Detleim/Kierim, Kommunalrecht Bayern, Art. 23 GO Rn. 33.

<sup>20</sup> Dazu grundlegend BVerfGE 6, 32 (40 f.), Elfes; bestätigend BVerfGE 80, 137 (153), Reiten im Walde; s. auch Manssen, Staatsrecht II. Grundrechte, Rn. 253.

<sup>21</sup> Zur Satzung als ausreichende Grundlage für Grundrechtseingriffe s. auch Krajewski, DÖV 2014, 721, 727 f.

<sup>22</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 232 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 236.



### **c) Ergebnis**

Die materiellen Voraussetzungen für ein Einschreiten nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 2 LStVG i.V.m. § 26 Nr. 2 Friedhofssatzung liegen vor.

#### **4. Störereigenschaft des G**

G müsste auch Störer i.S.d. Art. 9 LStVG sein. Indem G das Grabmal ohne Genehmigung aufgestellt hat, ist er Verhaltensstörer i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 LStVG. Außerdem mag man erwägen, ob er als Inhaber der Grabstelle Zustandsstörer i.S.v. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 LStVG ist. Das hängt davon ab, ob der Inhaber einer Grabstelle die tatsächliche Gewalt über diese Grabstelle ausübt, was angesichts der Einbindung der Grabstelle in den öffentlichen Friedhof zweifelhaft erscheinen könnte. Die Frage bedarf jedoch keiner Klärung, weil G jedenfalls verhaltensverantwortlich ist.

#### **5. Rechtsfolge: Ermessen**

##### **a) Störerauswahl**

Auf der Rechtsfolgenseite ist zum einen die Störerauswahl zu beachten. Die Sicherheitsbehörde ist hier durch die Grundsätze pflichtgemäßer Ermessensausübung beschränkt,<sup>24</sup> wobei das Gericht das Auswahlermessen gemäß § 114 Satz 1 VwGO nur daraufhin zu überprüfen hat, ob die Behörde ermessensfehlerhaft i.S.d. Ermessensfehlerlehre gehandelt hat. Kommen mehrere Verhaltensstörer in Betracht, ist grundsätzlich derjenige heranzuziehen, der einen wesentlichen, erheblichen Verursachungsbeitrag zu der Störung geleistet hat, da in erster Linie durch ihn eine effektive Gefahrenabwehr möglich ist.<sup>25</sup> Ob der Freund, der G geholfen hat, überhaupt verhaltensverantwortlich ist, kann daher dahinstehen, weil es jedenfalls ermessensfehlerfrei wäre, dass die Gemeinde den G als Grabstelleninhaber und treibende Kraft in Anspruch genommen hat.

##### **b) Verhältnismäßigkeit, Art. 8 LStVG**

Die Beseitigungsanordnung könnte aber unverhältnismäßig sein.

###### **aa) Legalisierung des Vorhabens als milderes Mittel**

Unverhältnismäßig erscheint eine Beseitigungsanordnung insbesondere dann, wenn das Grabmal materiell rechtmäßig ist, sodass G gemäß § 18 Abs. 2 Friedhofssatzung einen Genehmigungsanspruch hat. Dann wäre die formelle Legalisierung des Vorhabens durch Genehmigungserteilung gegenüber der Beseitigung als milderes, gleich geeignetes Mittel zur Schaffung rechtmäßiger Zustände einzuordnen. Die Beseitigung eines materiell rechtmäßigen Grabmals wäre als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG sachlich nicht zu rechtfertigen.

###### **bb) Widerspruch zu materiellrechtlichen Vorschriften**

Es kommt also darauf an, ob das Grabmal in materieller Hinsicht den einschlägigen rechtlichen Vorschriften widerspricht. Hier liegt ein klarer Verstoß gegen § 17 Abs. 1

---

<sup>24</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 492, 193.

<sup>25</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Teil Rn. 492, 193.

und 2 Friedhofssatzung vor, weil das Grabmal die zulässige Gesamthöhe um mehr als ein Drittel überschreitet und weil Acrylglas kein zugelassenes Material ist.

### cc) Wirksamkeit von § 17 Friedhofssatzung

§ 17 Friedhofssatzung kann dem G allerdings nur entgegengehalten werden, wenn auch diese Satzungsbestimmung rechtmäßig und damit wirksam ist. In formeller Hinsicht gilt das oben (C II 3 b bb) zur Friedhofssatzung Gesagte entsprechend. Indem § 17 Friedhofssatzung bestimmt, welche Art von Grabmalen Grabstelleninhaber aufstellen dürfen, handelt es sich auch um eine Benutzungsregelung für den Friedhof i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 GO. Fraglich ist allerdings, ob diese Benutzungsregelung mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

(1) Die Benutzungsregelung könnte bereits wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes unwirksam sein. Danach ist Voraussetzung, dass die wesentlichen, insbesondere die grundrechtsbeschränkenden Regelungen vom formellen Gesetzgeber selbst getroffen werden.<sup>26</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass sämtliche Einzelheiten unmittelbar vom formellen Gesetzgeber geregelt werden müssen. Vielmehr sind solche Regelungen innerhalb bestimmter Grenzen auch in Gestalt von Satzungen zulässig, die von einer Selbstverwaltungskörperschaft im Rahmen ihrer Satzungsautonomie (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV) erlassen werden. Allerdings sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage umso höher, je intensiver die Regelung in Grundrechte eingreift.<sup>27</sup> Vorliegend greift § 17 Friedhofssatzung als Regelung zur äußerlichen Gestaltung von Grabmalen in die allgemeine Handlungsfreiheit der Hinterbliebenen eines Verstorbenen nach Art. 2 Abs. 1 GG ein. Es liegt damit einerseits kein besonders intensiver Grundrechtseingriff vor, andererseits sind nur diejenigen betroffen, die den Friedhof als öffentliche Einrichtung der Gemeinde selbst in Anspruch nehmen, und keine Dritten.<sup>28</sup> Hierfür hält die spezielle Satzungsermächtigung in Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 GO, die im Gegensatz zur allgemeinen Satzungsbefugnis in Art. 23 Satz 1 GO jedenfalls als Grundlage für Grundrechtseingriffe dienen kann,<sup>29</sup> eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage bereit.<sup>30</sup>

(2) Zwar verbleibt der Gemeinde bei der Regelung der Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 GO grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum.<sup>31</sup> Ein inhaltlicher Rahmen ergibt sich jedoch vorliegend aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 BestG. Nach Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BestG müssen Friedhöfe und die einzelnen Grabstätten so beschaffen sein, dass sie dem Friedhofszweck (Art. 8 Abs. 1 BestG) entsprechen. Darüber hinausgehende Anforderungen an die Gestaltung von Grabstätten dürfen nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 BestG nur gestellt werden, wenn im Gemeindegebiet noch weitere Friedhöfe oder Friedhofsteile ohne diese Anforderungen zur Verfügung stehen. Da es in der Gemeinde N keinen weiteren Friedhof gibt und § 17 Friedhofssatzung sich auf den gesamten Friedhof bezieht, sind nur solche Gestaltungsvorschriften zulässig, die die Vereinbarkeit der Gestaltung von Grabstätten

<sup>26</sup> Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 27.

<sup>27</sup> BVerwG NVwZ 2014, 527, 529.

<sup>28</sup> Vgl zu Letzterem BVerwG NVwZ 2014, 527, 529, zur Differenzierung auch Burgi, Kommunalrecht, § 15 Rn. 40.

<sup>29</sup> Burgi, Kommunalrecht, § 15 Rn. 37; Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, § 3 Rn. 22.

<sup>30</sup> Vgl. BayVerfGH NVwZ-RR 2012, 50; BVerwG NVwZ 2014, 527, 529.

<sup>31</sup> BayVerfGH NVwZ-RR 2012, 50.

mit dem Friedhofszweck sicherstellen. § 17 Friedhofssatzung ist also nur insoweit rechtmäßig, wie er die Würde des Friedhofs i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BestG sicherstellt.

Dabei stellt Art. 8 Abs. 1 BestG nicht nur auf die Würde des Ortes ab, sondern er hebt auch die Pflege des Andenkens der Verstorbenen hervor. Art. 8 Abs. 1 BestG ist außerdem im Lichte des höherrangigen Art. 149 Abs. 1 Satz 1 BV zu lesen, der auf die Schicklichkeit der Beerdigung abstellt. Damit ist hier nicht der enge Begriff der Menschenwürde i.S.v. Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde zu legen, sondern ein weiterer Würdebegriff. Dabei ist es einerseits ein legitimes Anliegen, wenn ein Grabstelleninhaber einen Hinterbliebenen ehren will und zu diesem Zweck die Grabstätte individuell gestaltet. Gleichzeitig rückt aber Art. 8 Abs. 1 BestG die Interessen anderer Hinterbliebener der übrigen Verstorbenen in den Blick. Auch sie müssen die Möglichkeit erhalten, ihrer Verstorbenen in einem angemessenen Rahmen zu gedenken. Zugleich ist die Gemeinde nicht darauf beschränkt, einen "Minimalstandard" festzuschreiben. "Gegenstand des normativen Ermessens" könne es vielmehr ebenso sein, die "Würde durch geeignete Benutzungsregelungen positiv zu fördern".<sup>32</sup> Es ist daher mit dem BayVGH zulässig, Benutzungsregelungen zu treffen, "mit denen Gestaltungen vermieden werden sollen, die nach Form, Material oder Bearbeitung so aufdringlich wirken, etwa besonders unruhig, effektheischend sind, daß sie Ärgernis erregen und das Totengedenken stören können".<sup>33</sup>

Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde in ihrer Friedhofssatzung Einschränkungen hinsichtlich Höhe und Material von Grabmalen vorgenommen hat mit der Folge, dass ein über zwei Meter großes Grabmal aus einem atypischen Material wie Acrylglas, das sich deutlich über die anderen Grabmale erhebt und zum Blickfang wird, ausgeschlossen wird. § 17 Friedhofssatzung ist mit seinen Absätzen 1 und 2 daher rechtmäßig und wirksam.

*Hinweis: Es kann nicht erwartet werden, dass die Rechtsprechung zur Gestaltung von Grabmalen bekannt ist. Verlangt werden kann nur eine sachgerechte Normarbeit, die die im Sachverhalt gegebenen Hinweise aufgreift. Insofern ist mit entsprechender Begründung auch ein anderes Ergebnis vertretbar.*

#### **dd) Ergebnis**

Das Grabmal des G ist also nicht genehmigungsfähig. Da das Grabmal die Gestaltungsvorgaben nicht nur unwesentlich verletzt, sondern eine erhebliche und offensichtliche Überschreitung vorliegt und auch nicht ersichtlich ist, dass eine Umgestaltung des Grabmals als milderer Mittel eine sinnvolle Annäherung an rechtmäßige Zustände bringen könnte, erscheint die Beseitigungsanordnung auch im Übrigen verhältnismäßig.

#### **c) Ermessen i.e.S.**

Im Übrigen muss die Beseitigung als Rechtsfolge ermessensfehlerfrei sein. Die Gemeinde hat ausweislich der Begründung des Bescheids Erwägungen angestellt, sodass kein Ermessensausfall vorliegt. Sonstige Ermessensfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere erscheinen die einzelnen Erwägungen auch nicht als sachfremd.

---

<sup>32</sup> BayVerfGH, NVwZ-RR 2012, 50, 52.

<sup>33</sup> BayVGh, NVwZ-RR 1991, 250, 252.

## **6. Ergebnis**

Die Beseitigungsanordnung ist mithin rechtmäßig, die Anfechtungsklage insoweit unbegründet.

### **D. Begründetheit der Klage gegen die Zwangsmittelandrohung**

Die Klage gegen die auch hier gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimierte Gemeinde ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, wenn die Zwangsmittelandrohung rechtswidrig ist und den G in eigenen Rechten verletzt.

#### **I. Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelandrohung**

##### **1. Rechtsgrundlage**

Die Zwangsmittelandrohung findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 36 VwZVG.

##### **2. Formelle Voraussetzungen**

###### **a) Zuständigkeit**

Gemäß Art. 30 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 20 Nr. 1 VwZVG ist die Gemeinde zur Vollstreckung der von ihr erlassenen Beseitigungsanordnung zuständig. Die Organkompetenz liegt erneut beim Gemeinderat, da eine laufende Angelegenheit i.S.v. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO nicht gegeben ist (vgl. oben).

###### **b) Verfahren**

Eine gesonderte Anhörung ist in der Verwaltungsvollstreckung gemäß Art. 28 Abs. 2 Nr. 5 BayVwVfG grundsätzlich entbehrlich, sodass es nicht darauf ankommt, ob die Friedhofsverwaltung dem G in ihrem ersten Schreiben auch den Erlass einer Zwangsmittelandrohung in Aussicht gestellt hat.

###### **c) Form**

Die Zwangsmittelandrohung wurde im Einklang mit Art. 36 Abs. 1 Satz 1, Abs. 7 VwZVG schriftlich erlassen und zugestellt. Auch die Zwangsmittelandrohung muss als schriftlicher Verwaltungsakt gemäß Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG begründet werden. Hier gibt der Bescheid einen Grund für die Auswahl des Zwangsmittels an. Eine Begründung liegt daher vor.

#### **3. Materielle Voraussetzungen**

##### **a) Grundverfügung**

In materieller Hinsicht setzt die Zwangsmittelandrohung zunächst einen Verwaltungsakt i.S.v. Art. 29 Abs. 1 VwZVG voraus. Die Beseitigungsanordnung ist, wie bereits oben festgestellt, ein Verwaltungsakt. Er ist auf die Vornahme einer sonstigen Handlung, nämlich der Beseitigung der Stele, gerichtet und kann daher gemäß Art. 29 Abs. 1 VwZVG vollstreckt werden.

Die Grundverfügung muss wirksam sein,<sup>34</sup> darf also nicht an einem Nichtigkeitsgrund nach Art. 44 BayVwVfG leiden. Für eine Nichtigkeit gibt es keine Anhaltspunkte. Die Rechtmäßigkeit der Androhung hängt zwar grundsätzlich nicht von der Rechtmäßigkeit des zu vollstreckenden Verwaltungsakts ab.<sup>35</sup> Da G hier sowohl gegen den Grund-Verwaltungsakt als auch gegen die mit diesem verbundene Androhung Klage erhoben hat, würde das Gericht, sofern es den Grund-Verwaltungsakt als rechtswidrig ansehen und daher aufheben würde, allerdings zugleich auch die Androhung aufheben, da diese dann keine Grundlage mehr hätte. Nach dem oben Gesagten ist die Beseitigungsanordnung allerdings rechtmäßig.

An sich kann ein Verwaltungsakt gemäß Art. 19 Abs. 1 VwZVG erst vollstreckt werden, wenn er bestandskräftig oder sofort vollziehbar ist. Die Beseitigungsanordnung ist gemäß § 80 Abs. 1 VwGO noch nicht vollziehbar, weil kein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO vorliegt. Aus Art. 36 Abs. 2 Satz 1 VwZVG ergibt sich aber im Gegenschluss zu Art. 36 Abs. 2 Satz 2 VwZVG, dass die Zwangsmittelandrohung auch dann mit der Grundverfügung verbunden werden kann, wenn kein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO vorliegt.<sup>36</sup>

## **b) Angemessene Frist**

Gemäß Art. 36 Abs. 1 Satz 2 VwZVG muss die Zwangsmittelandrohung eine angemessene Frist enthalten.<sup>37</sup> Diese Frist muss hinreichend bestimmt sein und sie muss ausreichend Zeit nach Eintritt der Vollstreckbarkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 1 VwZVG einräumen, weil von dem Pflichtigen vorher nicht verlangt werden kann, dass er den Verwaltungsakt befolgt.<sup>38</sup> Der Bescheid lässt die Frist ausdrücklich erst mit Eintritt der Bestandskraft zu laufen beginnen. Sechs Wochen erscheinen für die Vorbereitung und Durchführung der Beseitigung nicht unangemessen kurz. Allenfalls ließe sich überlegen, ob das Anknüpfen an die Bestandskraft zu unbestimmt ist. Wann die Bestandskraft eintritt, lässt sich bei Erlass des Verwaltungsakts noch nicht absehen, falls der Betroffene Klage erhebt. Andererseits ist der Eintritt der Bestandskraft aber mit entsprechender Rechtskenntnis eindeutig feststellbar. Daher ist von der hinreichenden Bestimmtheit auszugehen,<sup>39</sup> zumal die von Art. 36 Abs. 2 Satz 1 VwZVG eigens eingeräumte Möglichkeit, die Androhung bereits mit der noch nicht vollziehbaren Grundverfügung zu verbinden, anderenfalls weitgehend leerliefe.<sup>40</sup>

Art. 36 Abs. 1 Satz 2 VwZVG ist mithin gewahrt.

---

<sup>34</sup> Engelbrecht, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 6 Rn. 43; Muckel, JA 2012, 272, 276.

<sup>35</sup> Dazu Engelbrecht, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 6 Rn. 44; Muckel, JA 2012, 272, 276 f.

<sup>36</sup> BeckOK/Deusch/Burr, VwVfG, § 13 VwVG Rn. 3; Horn, Jura 2004, 447, 448 f.; Engelhardt/App/Schlatmann/Troidl, VwVG VwZG, § 13 VwVG Rn. 2, 10; Uerpmann-Witzack, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Rn. 439.

<sup>37</sup> Zur Angemessenheit BeckOK/Deusch/Burr, VwVfG, § 13 VwVG Rn. 9; Engelbrecht, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 6 Rn. 60; Horn, Jura 2004, 597 f.

<sup>38</sup> BeckOK/Deusch/Burr, VwVfG, § 13 VwVG Rn. 14; Engelhardt/App/Schlatmann/Troidl, VwVG VwZG, § 13 VwVG Rn. 3; Uerpmann-Witzack, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Rn. 440.

<sup>39</sup> Im Ergebnis ebenso BeckOK/Deusch/Burr, VwVfG, 46. Edition, § 13 VwVG Rn. 12; Horn, Jura 2004, 597; Engelhardt/App/Schlatmann/Troidl, VwVG VwZG, § 13 VwVG Rn. 3.

<sup>40</sup> S. auch OVG Berlin Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 748, 749 f., wonach in dieser Konstellation sogar an die Bestandskraft angeknüpft werden muss.

### c) Zwangsmittelauswahl

Gemäß Art. 36 Abs. 3 Satz 1 VwZVG wurde ein bestimmtes Zwangsmittel angedroht, nämlich die Ersatzvornahme durch Mitarbeiter der Friedhofsverwaltung. Fraglich ist allerdings, ob dieses Zwangsmittel nach Art. 31 bis 34 VwZVG zulässig war und gegebenenfalls ermessensfehlerfrei ausgewählt wurde.

Gemäß Art. 32 Satz 2 VwZVG ist die Ersatzvornahme gegenüber dem Zwangsgeld subsidiär.<sup>41</sup> Hier ist aber nicht ersichtlich, warum ein Zwangsgeld keinen Erfolg erwarten lassen sollte. G weigert sich zwar, die Stele zu beseitigen. Das ist aber typischerweise der Fall, wenn es zum Erlass einer Grundverfügung und zur damit verbundenen Androhung eines Zwangsmittels kommt. Hier gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass G sich auch im Angesicht eines Zwangsgeldes weigern würde, die Stele zu beseitigen. Zudem ist die Beseitigung der Stele nicht besonders eilig, sodass jedenfalls zunächst versucht werden kann, ob G sich einem Zwangsgeld beugt. Die Androhung der Ersatzvornahme ist also rechtswidrig.

*Hinweis: Gute Bearbeiter könnten auch die Frage aufwerfen, ob die Vornahme durch eigene Mitarbeiter als sog. Selbstvornahme überhaupt eine Ersatzvornahme i.S.v. Art. 32 VwZVG darstellt.<sup>42</sup> Die Formulierung "vornehmen lassen" könnte darauf hindeuten, dass nur die sog. Fremdvorname erfasst wird.<sup>43</sup> Wer die Selbstvornahme nicht unter Art. 32 VwZVG subsumiert, müsste sie als unmittelbaren Zwang i.S.v. Art. 34 VwZVG qualifizieren. Die Falschbezeichnung im Bescheid führt für sich genommen noch nicht zur Rechtswidrigkeit. Das angedrohte Zwangsmittel muss dann aber den Zulässigkeitsanforderungen des Art. 34 VwZVG genügen. Danach ist der unmittelbare Zwang ultima ratio. Er kommt hier nicht in Betracht, weil die Möglichkeit bestünde, dem G ein Zwangsgeld i.S.v. Art. 31 VwZVG oder eine Ersatzvornahme im Wege der Fremdvorname gemäß Art. 32 VwZVG anzudrohen. Schon deshalb wäre die Zwangsmittelandrohung rechtswidrig. Die h.M. geht jedoch davon aus, dass Art. 32 VwZVG auch die Selbstvornahme erfasst.<sup>44</sup> Ausführungen hierzu sind deshalb nicht zu erwarten und ausschließlich positiv zu würdigen.*

### d) Kostenvoranschlag

Hingegen wurden die Kosten in Einklang mit Art. 36 Abs. 4 Satz 1 VwZVG veranschlagt. Es geht dabei grundsätzlich allein um die Kosten, die der Verwaltung voraussichtlich entstehen würden.<sup>45</sup> Hier gibt der Sachverhalt keinen Anlass daran zu zweifeln, dass der Gemeinde tatsächlich Kosten in dieser Höhe entstehen werden. Dass G die Stele zu niedrigeren Kosten selbst beseitigen könnte, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Will G die höheren Kosten vermeiden, bleibt es ihm unbenommen, der Zwangsmittelanwendung zuvorzukommen und die Stele selbst zu beseitigen.

## 4. Ergebnis

Die Zwangsmittelandrohung ist mithin rechtswidrig, weil hier zunächst allein ein Zwangsgeld angedroht werden durfte.

<sup>41</sup> S. auch Engelbrecht, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, § 6 Rn. 76.

<sup>42</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 14, 18.

<sup>43</sup> S. BeckOK/Buggisch, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Art. 72 PAG Rn. 11.

<sup>44</sup> Vgl. Engelbrecht, in: Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, § 6 Rn. 76.

<sup>45</sup> S. im Einzelnen Engelhardt/App/Schlatmann/Troidl, VwVG VwZG, § 13 VwVG Rn. 6.

## **II. Rechtsverletzung und Ergebnis**

Die rechtswidrige Zwangsmittelandrohung verletzt G als Adressaten in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs 1 GG. Die Anfechtungsklage ist mithin insoweit begründet.

## **E. Ergebnis**

Die Klage gegen die Beseitigungsanordnung ist zulässig, aber unbegründet. Die Klage gegen die Zwangsmittelandrohung ist zulässig und begründet.

---

Bei der Bearbeitung der Aufgabe **5** wurde ein Gesamtergebnis von **5,75** Punkten erreicht. Eine zusammenfassende Auswertung der zu der Aufgabe eingegangenen Korrekturbemerkungen liegt in der Anlage bei.