



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

*Hinweis vom HLB-Team: Die Abfrage des (landesspezifischen) **Verwaltungsrechts** kann in verschiedensten Facetten erfolgen. Wie kein anderes Fach erfordert gerade das besondere Verwaltungsrecht angesichts häufig unbekannter Rechtsvorschriften Systemkenntnis und die Beherrschung des allgemeinen juristischen Instrumentariums. So kann im Rahmen einer baurechtlichen Klausur u.a. auch das Denkmalschutzrecht eine tragende Rolle spielen. In Deutschland gibt es 16 Denkmalschutzgesetze (DSchG). Die Gesetzgebungskompetenz für den Denkmalschutz liegt vor dem Hintergrund ihrer Kulturhoheit¹ auf Ebene der Länder.²*

*In Deutschland gibt es gut **eine Million Immobilien**, die unter **Denkmalschutz** stehen. Dieser Rechtsstatus belastet nicht selten die Denkmaleigentümer, weil sie aufgrund des entsprechenden DSchG zum Erhalt ihres Denkmals verpflichtet sind. Das kann eine erhebliche finanzielle Belastung darstellen und Eigentümer in ihrem Eigentumsrecht (Art. 14 GG) beschränken. Die Zulässigkeit richtet sich dabei i.d.R. nach der Zumutbarkeit. Die Sonderbelastung des Denkmaleigentümers findet ihre Rechtfertigung in **Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG**, der Sozialbindung des Eigentums.*

Eine Entscheidung mit Bezug zu diesem Hintergrund hat nun das OVG Lüneburg mit Beschluss vom 03.05.2022 (1 ME 31/22) getroffen. Im Kern ging es um die Frage, ob baubehördliche Anordnungen auch gegenüber dem ehemaligen Eigentümer eines Grundstücks getroffen werden können. Das in Frage stehende Eigentumsobjekt – ein unter Denkmalschutz gestelltes Fachwerkhäus – war stark baufällig geworden. Der Eigentümer per hereditatem (= von Erbes wegen) hatte vor Erlass der behördlichen Anordnung bereits einen Eigentumsverzicht ins Grundbuch eintragen lassen. Lehrreich ist der Beschluss, da das OVG in seiner Prüfung die aus dem Grundgesetz folgenden Pflichten des Eigentümers (Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG) im Lichte der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) diskutiert.

¹ Dazu gehören insbesondere die Zuständigkeit für Sprache, Schul- und Hochschulwesen, Bildung, Rundfunk, Fernsehen und Kunst sowie grundsätzlich auch baurechtliche Zuständigkeiten.

² Kompetenzvermutung des GG: Art. 70 Abs. 1 GG ist *lex specialis* zu Art. 30 GG: Für Gegenstände, die nicht ausdrücklich als Kompetenztitel dem Bund zugewiesen werden, sind die Länder zuständig.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Überblick – Eigentum verpflichtet. Ehemaliges Eigentum ebenso.

Das OVG Lüneburg hatte als Beschwerdegericht im **einstweiligen Rechtsschutz** über die Zulässigkeit einer Rückbauverpflichtung zu entscheiden.³ Zuvor hatte das VG Göttingen diese bauordnungsrechtliche Verfügung bestätigt, mit der die Eigentümer zum Rückbau des bereits teileingestürzten Gebäudes verpflichtet worden sind.

Das betroffene Fachwerkwohnhaus wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in der Stadt Bad Sachsa errichtet und 1988 in das Denkmalverzeichnis eingetragen.⁴ Im Jahr 2011 erbten die Antragsteller die bereits zu diesem Zeitpunkt sanierungsbedürftige Immobilie. Der ursprüngliche Eigentümer unternahm bereits im Jahr 2006 erfolglos den Versuch, den Denkmalschutz zwecks Abbruch⁵ aufzuheben. Die Frage des Verlusts der Schutzwürdigkeit eines Denkmals stellt sich erst, wenn keine Aussicht mehr besteht, dass gravierende Beeinträchtigungen eines Baudenkmals wieder rückgängig gemacht werden können. Auch ein schlecht erhaltenes oder anderweitig beeinträchtigtes Denkmal ist schützenswert, solange es nicht **unrettbar verloren** ist.⁶ Die wirtschaftliche Zumutbarkeit sei weit auszulegen, der hypothetische Grundstückswert zu berücksichtigen. Vorliegend erfolgte ein Hinweis durch den damals zuständigen Landkreis an einen der Antragsteller im Jahr 2012, nachdem ein Anwohner mitgeteilt hatte, dass eine Windfeder (Dachuntersicht vom Giebelüberstand) auf den Gehweg

³ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22, Rn. 1.

⁴ **Fyi:** Als Kriterium für die **Einstufung als Kulturdenkmal bzw. Denkmal** nennen die Gesetze von Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland und Thüringen **bestimmte Gründe**. Dagegen erfordern die Gesetze von Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, dass die **Kulturdenkmäler von Bedeutung für bestimmte Bereiche** (z.B. Kunst & Wissenschaft, (Heimat-)Geschichte, Städtebau, „Dorfbildpflege“, uvm.) sind. In Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein ist **darüber hinaus die besondere Bedeutung** erforderlich. **@NRW:** Beides wird erfordert.

⁵ **Fyi @NRW:** Die Beseitigung von Anlagen bedarf seit Inkrafttreten der neuen BauO NRW im Januar 2019 keiner Baugenehmigung mehr. Der Begriff der **„Beseitigung“** schließt den des **Abbruchs** mit ein und bezeichnet ausschließlich die vollständige Beseitigung einer baulichen Anlage. Für die Beseitigung bestimmter baulicher Anlagen wurde jedoch eine **Anzeigepflicht** eingeführt.

⁶ Vgl. dazu: OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.03.2022, 1 LA 26/21 nach IBR 2022, 429.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

zu stürzen drohte. Das Dach des Hauses sei zu reparieren. Im Jahr 2013 erkundigte sich die Behörde nach dem Sachstand; weitere Reaktionen blieben aus. 2014 erklärten die Antragsteller dann den **Verzicht auf das Eigentum** inkl. Eintragung ins Grundbuch, § 928 Abs. 1 BGB.

Nachdem im Jahr 2017 Dachziegel auf das Nachbargrundstück gefallen waren⁷, verpflichtete der nun zuständige Landkreis Göttingen die Antragsteller im Februar 2019 auf Grundlage des DSchG zur **Durchführung von Sicherungsmaßnahmen**. Hiergegen erhoben die Antragsteller **Klage**. Parallel zum gerichtlichen Verfahren stürzte 2021 ein Teil des Hauses ein.

Der Landkreis Göttingen ließ das verbliebene Gebäude auf seine Statik prüfen, mit dem Ergebnis, dass es nicht mehr standsicher sei. Ein weiterer Einsturz könnte dazu führen, dass Baumaterial auf den angrenzenden Gehweg und das Nachbargrundstück fällt. Daher gab er den Antragstellern nach vorheriger Abstimmung mit dem Niedersächsischen Landesamt für Denkmalpflege mit **für sofort vollziehbar erklärtem Bescheid** vom 09.12.2021 auf, innerhalb von vier Wochen das Fachwerkwohnhaus bis zur Oberkante des Kellers fachgerecht zurückzubauen und den Keller des Gebäudes zu verschließen. Zugleich drohte er die Ersatzvornahme an. Die Antragsteller legten einerseits Widerspruch gegen den VA ein und ersuchten andererseits um **einstweiligen Rechtsschutz**^{8,9}. Sie sind der Ansicht, dass sie nicht in Anspruch genommen werden könnten, nachdem sie bereits im Jahr 2014 auf das Eigentum an der Immobilie verzichtet hätten. Zu diesem Zeitpunkt sei noch keine Gefahr von dem Gebäude ausgegangen. Jedenfalls seien Aufwendungen auf das Grundstück nicht zumutbar.

Den einstweiligen Rechtsschutzantrag hatte das VG abgelehnt. Der Landkreis dürfe die Antragsteller für den Rückbau in Anspruch nehmen. Der im Jahr 2014 ausgeübte Eigentumsverzicht (§ 928 BGB) sei nach § 138 BGB **sittenwidrig** und daher unwirksam. *„Von einer Sittenwidrigkeit sei dann auszugehen, wenn zum Zeitpunkt des Entschlusses zur*

⁷ **Fyi**: In diesem Zusammenhang zivilrechtlich lesenswert: Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch - § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog, BGH v. 09.02.2018, Az: V ZR 311/16.

⁸ **Fyi**: Zum einstweiligen Rechtsschutz vgl. unsere Entscheidung des Monats: Mai.

⁹ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 10.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

*Eigentumsaufgabe konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Derelinquent mit seiner Heranziehung rechnen müsse und er sich dieser Verpflichtung durch die Eigentumsaufgabe zulasten der Allgemeinheit entledigen wolle“.*¹⁰ Eine Inanspruchnahme der Antragsteller war im Zeitpunkt des Entschlusses zur Eigentumsaufgabe wenigstens vorhersehbar. Entgegen des Vortrags der Antragsteller ging sehr wohl bereits zu diesem Zeitpunkt eine **Gefahr**¹¹ von dem Gebäude aus. Dies sei durch Lichtbilder und Anwohnerhinweise auf Schäden am Dach belegt. Ein behördliches Einschreiten habe auch angesichts der Schreiben des ehemaligen Landkreises aus den Jahren 2012 und 2013 nahegelegen. Diese Umstände gäben Grund zur Annahme, dass die Antragsteller sich einer Inanspruchnahme hätten entziehen wollen. Deshalb könnten sie als Eigentümer in Anspruch genommen werden.

Der Rückbau sei auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil der Beseitigungsaufwand den Restwert des Grundstückes überschreite. Ausgehend vom Bodenrichtwert liege der **Grundstückswert** nach dem Rückbau des Fachwerkwohnhauses und Entfall der Denkmaleigenschaft voraussichtlich über den Beseitigungskosten, die vom Landkreis mit 30.000,- Euro veranschlagt wurden.¹²

¹⁰ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 11.

¹¹ „Zustandsstörer“ - OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 13.

¹² Pressemitteilung des VG Göttingen v. 21.02.2022.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Entscheidung des Monats Mai 2022

Wenig erbaulich fiel nun auch der Beschluss des OVG Lüneburgs aus, der die Entscheidung der Vorinstanz bestätigte.¹³ Das OVG stellte zu Beginn klar, dass es gem. § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO lediglich **auf die Überprüfung** der vom Antragsgegner **vorgetragene Beschwerdegründe beschränkt** ist.¹⁴

Das OVG ging zunächst auf die Eigentümerstellung der Beschwerdeführer ein. Betrachten wir also zunächst einmal die möglichen Tatbestände des Eigentumserwerbs. Dies geschieht traditionell **originär** (ursprünglich, nicht abgeleitet) kraft Gesetzes (= ipso iure; z.B. §§ 946 bis 950 BGB) oder **derivativ** (abgeleitet) durch Rechtsgeschäft (abgeleitet; z.B. §§ 873, 925 BGB bei Immobilien). Die Antragsteller verneinten vorliegend eine Eigentümerstellung bereits mit dem Argument mangelnder Einigung und Eintragung ins Grundbuch, § 873 BGB. Aufklärung lieferte das OVG: Der Erbe erwirbt das Eigentum gem. § 1922 Abs. 1 BGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und damit *ipso iure*. „Das Grundbuch wird dadurch zwar unrichtig im Sinne des § 894 BGB, eine spätere Berichtigung des Grundbuchs ist aber nicht konstitutiv für den Rechtserwerb“.¹⁵

Hinsichtlich des weiteren Vortrags der Beschwerdeführer, dass sie jedenfalls Eigentum am Grundstück wirksam aufgegeben haben, indem sie dies ins Grundbuch eintragen ließen, ist nun ein Blick in den allgemeinen Teil des BGB zu werfen: Im Raum steht namentlich die Sittenwidrigkeit der Eigentumsaufgabe. Diese stellen die Beschwerdeführer jedoch in Abrede. Nicht infrage stellen die Kläger „den zutreffenden Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichts [...], dass ein früherer Eigentümer, der das Eigentum aufgegeben hat, gemäß § 79 NBauO in Verbindung mit § 56 NBauO für die Beseitigung eines Bauwerks in Anspruch genommen werden

¹³ Vgl. OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 12.

¹⁴ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 12.

¹⁵ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 14.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

kann, wenn die Eigentumsaufgabe sittenwidrig und damit gemäß § 138 BGB nichtig ist“^{16,17} Zur Sittenwidrigkeit nennen sie Argumente, die die Redlichkeit ihrer Dereliktion stützen sollen. Sie bringen ebenso vor, dass zu diesem Zeitpunkt weder eine konkrete Gefahr von dem Grundstück ausgegangen sei noch eine abstrakte Gefahr erkennbar gedroht habe. Erst der Statiker im Jahr 2019 stellte fest, dass sich Dachziegel lösen würden.¹⁸

Das OVG verwehrt sich diesem Argument. Zum Zeitpunkt der Dereliktion wussten die Antragsteller „nicht nur um den desolaten Zustand des Gebäudes, sondern auch um die aus diesem Zustand resultierenden Gefahren“¹⁹. Bereits der Erblasser warnte seinerseits in seinem Antrag von 2006 zwecks Aufhebung des Denkmalschutzes, dass das Gebäude einsturzgefährdet sei, sodass „hier auch Schäden an Personen und Werten der Nachbarn“ möglich seien. In einem weiteren Schreiben des Vaters und Testamentsvollstreckers von November 2011, in dem um Prüfung einer finanziellen Förderung oder einer Übernahme des Gebäudes durch die öffentliche Hand gebeten wurde, bezeichnete dieser das Gebäude als

¹⁶ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 16.

¹⁷ Gesetzesauszüge:

§ 79 NBauO - Baurechtswidrige Zustände, Bauprodukte und Baumaßnahmen sowie verfallende bauliche Anlagen:

(1) [...] 3Die Bauaufsichtsbehörde hat ihre Anordnungen an die Personen zu richten, die nach den §§ 52 bis 56 verantwortlich sind. [...]

(3) 1Soweit bauliche Anlagen nicht genutzt werden und verfallen, kann die Bauaufsichtsbehörde die nach § 56 verantwortlichen Personen verpflichten, die baulichen Anlagen abzubauen oder zu beseitigen, es sei denn, dass ein öffentliches oder schutzwürdiges privates Interesse an ihrer Erhaltung besteht. 2Für die Grundstücke gilt § 9 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 entsprechend.

[...]

§ 56 NBauO – Verantwortlichkeit für den Zustand der Anlagen und Grundstücke

1Die Eigentümer sind dafür verantwortlich, dass Anlagen und Grundstücke dem öffentlichen Baurecht entsprechen. 2Erbbauberechtigte treten an die Stelle der Eigentümer. 3Wer die tatsächliche Gewalt über eine Anlage oder ein Grundstück ausübt, ist neben dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten verantwortlich. 4§ 7 Abs. 3 des Niedersächsischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes gilt entsprechend.

¹⁸ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 16.

¹⁹ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 17.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

„Ruine“. „Ein so bezeichnetes Gebäude wird bereits für sich genommen in einer innerörtlichen Lage regelmäßig mit der Gefahr verbunden sein, dass es einstürzt und dabei benachbarte Gebäude beschädigt“.²⁰ Zuletzt hatten die Antragsteller durch die Schreiben des Antragsgegners aus 2012 und 2013 Kenntnis davon, dass Passanten durch herabstürzende Dachteile (konkrete) Gefahren drohten. „Da sie daraufhin nichts unternahmen, hatten sie keinen Anlass zur Annahme, dass sich diese Gefahrensituation von selbst bis zum Zeitpunkt der Eigentumsaufgabe entschärft hatte“.²¹

In den nun folgenden Erwägungen des OVG widmet es sich dem (hypothetischen) Fall einer wirksamen Eigentumsaufgabe und – in der Folge – dem Richten des behördlichen Bescheids an die **ehemaligen Eigentümer**. Selbst bei wirksamer Dereliktion, so das Gericht, könnte die Behörde die Anordnung gem. §§ 79 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 56 S. 4 NBauO (s. Fn. 17) und § 7 Abs. 3 NPOG²² an diesen richten.²³

Der **Schwerpunkt der oberverwaltungsgerichtlichen Würdigung** lag nun in genau dieser Frage, ob die ehemaligen Eigentümer in rechtmäßiger Weise als Adressaten der Rückbauverfügung in Anspruch genommen werden konnten. „Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 NPOG, auf die § 56 Satz 4 NBauO Bezug nimmt, ist von der Erwägung getragen, dass der Eigentümer, der in der Vergangenheit die Nutzungen aus dem Eigentum gezogen hat, die mit dem Eigentum einhergehenden Belastungen nicht auf die Allgemeinheit verlagern können soll.

²⁰ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 17.

²¹ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 17.

²² Gesetzesauszug:

§ 7 NPOG - Verantwortlichkeit für Gefahren, die von Tieren ausgehen, oder für den Zustand von Sachen

[...]

(3) Geht die Gefahr von einer herrenlosen Sache aus, so können die Maßnahmen gegen diejenige Person gerichtet werden, die das Eigentum an der Sache aufgegeben hat.

²³ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 19.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Zudem soll sie sicherstellen, dass nach einer Eigentumsaufgabe ein Verantwortlicher für das Grundstück greifbar ist".^{24,25}

Im weiteren Verlauf geht das OVG darauf ein, dass einer Inanspruchnahme nach der Vorschrift des § 56 S. 4 NBauO nicht entgegenstünde, dass die Antragsteller die Dereliktion bereits 2014 und damit gut 4,5 Jahre vor dem Inkrafttreten der Vorschrift am 01. Januar 2019 tätigten. Es stellt fest, die „Anwendung § 56 Satz 4 NBauO in der Fassung vom 18. November 2020 auf die Eigentumsaufgabe im Jahr 2014 steht mit Verfassungsrecht in Einklang. Es handelt sich um eine grundsätzlich zulässige unechte Rückwirkung und nicht um eine grundsätzlich unzulässige echte Rückwirkung".²⁶

Dies führt das Gericht im Folgenden weiter aus²⁷, weshalb auch wir uns ansehen wollen, **wann eine Rechtsnorm Rückwirkung entfalten kann, ohne mit der Verfassung zu brechen**. Wir erinnern uns: Ein grundsätzliches Rückwirkungsverbot²⁸ leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 II, III GG)²⁹ ab und dient insbesondere der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden. Für das besonders scharf in die Grundrechte einschneidende Strafrecht regelt die Verfassung in Art. 103 II GG³⁰ gesondert die unbedingte Unzulässigkeit einer belastenden Rückwirkung. Umgekehrt gilt, dass eine begünstigende Rückwirkung immer zulässig ist. Im sonstigen Recht gilt schließlich, dass eine sog. **echte Rückwirkung**³¹ („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“: wenn die Rechtsfolge der neuen Rechtsnorm mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer

²⁴ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 20.

²⁵ @NRW: zur vergleichbaren Rechtslage in NRW: OVG NRW, Beschl. v. 3.3.2010 - 5 B 66/10 -, NJW 2010, 1988 = BauR 2010, 1072 = juris Rn. 6 zu § 18 Abs. 3 OBG NRW.

²⁶ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 21.

²⁷ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 22 f.

²⁸ zum Rückwirkungsverbot allgemein: BVerfGE 63, 343 [356 f.].

²⁹ **Fyi**: weitere Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzip sind: Art. 1 III GG, 97 I GG, 19 IV GG, 103 I GG, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Analogieverbot als Pendant zum Rückw.verbot und ein allgemeines Bestimmtheitsgebot (BVerfGE 86, 311).

³⁰ Hier vertiefend zu **Blankettstrafgesetzen**: Dt. Bundestag (2021), Schriftsatz: WD 7 - 3000 - 136/20.

³¹ Zur echten Rückw.: BVerfG 14.05.1986 - 2 BvL 2/83, BVerfG 31.05.1960 - 2 BvL 4/59; BVerfG 25.05.1993 - 1 BvR 1509/91 - BVerfGE 88, 384 [404]; BVerfGE 45, 142 [173]; BVerfGE 75, 262 [267].



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll) grds. unzulässig ist, die sog. **unechte Rückwirkung**³² („tatbestandliche Rückanknüpfung“: gesetzliche Regelung, die für künftige belastende Rechtsfolgen an zurückliegende Sachverhalte anknüpft; Besonderheiten im Steuerrecht³³) wiederum grds. zulässig ist. Aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip können sich im Einzelfall Grenzen der Zulässigkeit ergeben. *„Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Normgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Normzwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage das Gemeinwohlinteresse des Normgebers an der Rechtsänderung ausnahmsweise überwiegt. Für das Gewicht des Vertrauensschutzes kommt es auf die betroffenen, in der Regel grundrechtsgeschützten Rechtsgüter und die Intensität der Nachteile an“*.³⁴

Gut nachvollziehbar subsumiert das OVG den Sachverhalt der Eigentumsaufgabe von 2014 unter diese abstrakte Formel der verhältnismäßigen unechten Rückwirkung und des Vertrauensschutzes im Falle der Antragsteller: Die *„Anknüpfung an eine bereits vor Inkrafttreten der Norm erklärte Eigentumsaufgabe [sei] jedenfalls nicht grundsätzlich als unzulässig zu bewerten. Ein Vertrauen darauf, sich durch Eigentumsaufgabe aller mit dem Grundeigentum verbundenen Pflichten entledigen zu können, war bereits nach alter Rechtslage nicht in vollem Umfang gerechtfertigt. Ein Eigentümer, der auf das Eigentum an seinem Grundstück verzichtet, musste auch vor Inkrafttreten der Neuregelung des § 56 Satz 4 NBauO nach der Eigentumsaufgabe mit einer Inanspruchnahme wegen des Zustands dieses Grundstücks gemäß § 1004 BGB durch private Dritte rechnen. In der zivilgerichtlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass sich der Eigentümer eine Haftung als Zustandsstörer gemäß § 1004 BGB nicht durch Verzicht auf sein Eigentum entziehen kann*

³² Zur unechten Rückw.: BVerfG 07.07.2010 - 2 BvL 14/02.

³³ Zur unechten Rückw. im laufenden Veranlagungs- oder Erhebungszeitraum: BVerfG 10.10.2012 - 1 BvL 6/07.

³⁴ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 22.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

[...] ³⁵. ³⁶ Ferner hätten die Antragsteller selbst in einer Welt ohne den § 56 S. 4 NBauO nicht darauf vertrauen können, als ehemalige Eigentümer und Grundstücksverantwortliche behördlich vollkommen unbehelligt zu bleiben. Die niedersächsische Polizei hätte im Zweifel auf Grundlage der §§ 7 Abs. 3, 11 NPolG spätestens zur Gefahrenabwehr einschreiten können.

Einmal in Fahrt gekommen ergänzt das OVG hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Antragsteller: *„Eine Fortgeltung einer einmal begründeten gefahrenabwehrrechtlichen Verantwortlichkeit galt gemäß § 4 Abs. 3 Satz 4 BBodSchG darüber hinaus unabhängig von Landesrecht nach Bundesrecht. Zudem wäre ein dennoch **entstandenes Vertrauen eines Eigentümers** darauf, dass er sich durch Dereliktion seiner Verantwortlichkeit entziehen und gleichzeitig die in der Vergangenheit gezogenen Nutzungen behalten könnte, angesichts des Art. 14 Abs. 2 GG, wonach **Eigentum verpflichtet** und sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll, **nicht schutzwürdig** [...] ³⁷ ³⁸“*

Kurzum stellt die Entscheidung hervorragend heraus, dass „Eigentum“ als auf Langfristigkeit ausgelegtes und normgeprägtes Grundrecht zwar zweifellos ein Vertrauen in die Rechtsposition als Eigentümer und alle damit verbundenen *Rechte* begründet. Jedoch strahlen diese starke Rechtsposition des Eigentümers und alle damit verbundenen *Pflichten* (wenigstens für eine gewisse Dauer) gleichsam nach, sodass im Gegenzug kein allzu starkes oder gar schutzwürdiges Vertrauen durch eine Eigentumsaufgabe *pro forma* begründet wird. Selbst wenn man formell also alle Schritte unternimmt, um sich von seinem Eigentum und den einhergehenden Pflichten zu lösen, kann ehemaliges Eigentum durchaus ebenso verpflichten.

Dogmatische Vertiefung

³⁵ BGH, Urt. v. 30.3.2007 - V ZR 179/06 -, NJW 2007, 2182 = juris Rn. 10; BGH, Urt. v. 4.2.2005 - V ZR 142/04 -, NJW 2005, 1366 = juris Rn. 6.

³⁶ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 23.

³⁷ vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.11.1996 - 4 B 205.96 -, NVwZ 1997, 577 = juris Rn. 3.

³⁸ OVG Lüneburg 1. Senat, Beschluss v. 03.05.2022, 1 ME 31/22. Rn. 23.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Zum besseren Systemverständnis, und weil er in der unserer August-Entscheidung ein gutes Dutzend Mal genannt wird, soll in diesem dogmatischen Vertiefungsteil einer der das Polizei- und Ordnungsrecht („POR“) prägendsten Begriffe ein wenig tiefergehend erläutert werden: der Begriff der „**Gefahr**“.

Gegenstand des POR ist die Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung. Prägend ist hierbei die **präventive** Zielsetzung der Maßnahmen. Demgegenüber stehen die Maßnahmen der Strafverfolgung, die vergangene Verstöße **repressiv** ahnden wollen.³⁹ Die Polizei selbst nimmt hierbei eine Zwitter-Stellung ein: Neben der Gefahrenabwehr (präventiv) ist gem. § 163 StPO auch die **Strafverfolgung** eine Aufgabe der Polizei; dem POR sind diese Maßnahmen aber nicht zuzuordnen. Die Abgrenzung ist teilweise schwierig und umstritten und erfordert eine Einzelfallgewichtung aller Elemente.⁴⁰

Zum Gefahrenbegriff:

Gem. **§ 8 Abs. 1 PolG NRW** bzw. **§ 14 Abs. 1 OBG** muss eine „Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegen“. Der Polizist hat hinsichtlich des Vorliegens einer Gefahr keinen Ermessensspielraum. Ein solcher, der gem. § 114 S. 1 VwGO gerichtlich nur auf Ermessensfehler überprüfbar ist, besteht immer nur auf **Rechtsfolgenebene**. Das Vorliegen einer Gefahr ist im POR hingegen bereits auf **Tatbestandsebene** zu überprüfen: Nur wenn also tatsächlich eine Gefahr vorliegt, ist – je nach Ermächtigungsgrundlage – das Ermessen der Behörde als Rechtsfolge eröffnet. Die Voraussetzungen einer Gefahr sind gerichtlich (und damit auch gutachterlich) voll überprüfbar. Die Gefahr stellt das „*Bindeglied*“⁴¹ zwischen den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung einerseits sowie der gefahrenabwehrrechtlichen Verantwortlichkeit andererseits dar. Da verschiedene Maßnahmen typischerweise verschieden intensiv in die Grundrechte der Adressaten eingreifen, kennen die

³⁹ **Fyi:** Gegen Maßnahmen der Gefahrenabwehr ist der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) eröffnet, für Maßnahmen der Strafverfolgung enthält § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG eine abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten.

⁴⁰ zur Vertiefung: Problem der *doppelfunktionalen Maßnahmen*.

⁴¹ Wehr Examens-Repetitorium Polizeirecht Rn. 75.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

Polizeigesetze eine Vielzahl von Gefahrenbegriffen, die im Folgenden näher unterschieden werden sollen.

Vorteile haben in der Klausur insoweit z.B. Kandidaten aus Niedersachsen, deren NPOG in § 2 immerhin sieben verschiedene Gefahrbegriffe **legaldefiniert**. Kandidaten aus weniger serviceorientierten Bundesländern sind an dieser Stelle auf Auswendiglernen angewiesen.

1. **Konkrete Gefahr:** Eine konkrete Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Fortlaufen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (Perspektive eines obj. Dritten ex-ante; voll überprüfbare Prognoseentscheidung) in absehbarer Zeit in einen Schaden für eines der polizeilichen Schutzgüter münden wird. Eine konkrete Gefahr besteht auch dann, wenn bereits ein *Schaden*⁴² für eines der polizeilichen Schutzgüter eingetreten ist oder noch andauert (= **Störung**).⁴³
2. **Abstrakte Gefahr:** Eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen.⁴⁴
3. **Gegenwärtige Gefahr:** Eine gegenwärtige Gefahr ist eine Sachlage, bei der das Ereignis, das einen Schaden für polizeiliche Schutzgüter (= öffentliche Sicherheit & Ordnung) herbeiführt, bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.⁴⁵

⁴² **Fyi:** Ein **Schaden** meint die Minderung eines vorhandenen normalen Bestands von Rechtsgütern durch von außen kommende Einflüsse oder die Nichteinhaltung der durch den Begriff der öffentlichen Ordnung erfassten ungeschriebenen Regeln (abzugrenzen von bloßen **Belästigungen**: Baulärm z.B. erfüllt diese Anforderungen grds. nicht).

⁴³ Kingreen/Poscher, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 21 ff.

⁴⁴ BVerwG v. 03.07.2002; 6 CN 8/01, NVwZ 2003, 95, 96.

⁴⁵ Kingreen/Poscher, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 25.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

4. **Erhebliche Gefahr:** Eine erhebliche Gefahr bedeutet eine konkrete Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut (Bestand des Staates, Leben & Gesundheit, körperliche Freiheit oder einen nicht unwesentlichen Vermögenswert).⁴⁶
5. **Gefahr für Leib oder Leben:** Eine Sachlage, bei der eine nicht nur leichte Körperverletzung oder der Tod einzutreten droht (z.B. § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW).
6. **Gemeine Gefahr:** Eine gemeine Gefahr liegt vor, wenn ein Schaden für eine unbestimmte Zahl von Personen oder erhebliche Sachwerte droht.
7. **Dringende Gefahr:** Eine dringende Gefahr ist gegeben, wenn ein besonders wichtiges Rechtsgut (insb. das Leben) unmittelbar gefährdet ist (z.B. § 41 Abs. 3 PolG NRW).
8. **Drohende Gefahr:** Eine drohende Gefahr ist gegeben, wenn Angriffe von erheblicher Intensität auf ein bedeutendes Rechtsgut in absehbarer Zeit zu erwarten sind (z.B. § 23 Abs. 2 Nr. 2 b PolG NRW).
9. **Gefahr im Verzug:** Gefahr im Verzug liegt vor, wenn das vorherige Einholen der gesetzlich vorgesehenen richterlichen Anordnung den Erfolg der Maßnahme gefährden würde (z.B. § 42 Abs. 1 S. 1 PolG NRW).
10. **Latente Gefahr:** Eine latente Gefahr ist eine bereits bestehende Sachlage, die sich erst nach Hinzutreten weiterer Umstände zu einer konkreten Gefahr entwickelt (auch: „*schlummernde Gefahr*“).
11. **Anscheinsgefahr:** Eine Anscheinsgefahr ist eine Sachlage, bei der die handelnde Behörde zum Zeitpunkt ihres Tätigwerdens bei verständiger Würdigung des objektiven Sachverhalts vernünftigerweise eine Gefahrenlage annehmen durfte, obwohl in Wirklichkeit keine Gefahr vorlag, wie sich ex-post herausstellte.
12. **Putativgefahr (Scheingefahr):** Eine Putativgefahr liegt vor, wenn die handelnde Behörde irrig und fehlerhaft eine Gefahr annimmt und die Fehleinschätzung auf einer unververtretbaren und damit pflichtwidrigen Einschätzung der Situation beruht.
13. **Gefahrenverdacht:** Ein Gefahrenverdacht ist gegeben, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht einer Gefahr begründen. In Fällen des Gefahrenverdachts muss die

⁴⁶ Kingreen/Poscher, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 26.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **AUGUST** 2022

handelnde Behörde sich auf Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung (=Gefahrerforschung) beschränken.

Wurde das Vorliegen einer Gefahr bejaht, ist abhängig vom jeweils einschlägigen Tatbestand zu ermitteln, wer tauglicher Adressat einer Maßnahme sein kann (insoweit §§ 4-6 PolG NRW). Hier kommt nun der Begriff des **Störers** ins Spiel: Wird eine Gefahr durch das Verhalten einer Person verursacht, so ist die Maßnahme gegen diese Person (**Verhaltensstörer**, § 4 PolG NRW) zu richten.⁴⁷ Der **Zustandsstörer** hingegen übt die tatsächliche oder rechtliche Sachherrschaft über die Sache aus, von der die Gefahr oder Störung ausgeht (§ 5 PolG NRW).⁴⁸

Es ist ratsam, sich die Feinheiten des jeweiligen Gefahrenbegriffs zu vergegenwärtigen (der Wortlaut der Definition kann freilich variieren) und in ein direktes Verhältnis mit der konkreten grundrechtsbeeinträchtigenden, behördlichen Maßnahme zu stellen. Wer die Abgrenzungen beherrscht, beweist ein hohes Maß an Präzision in der juristischen Feinarbeit, was von Prüfern honoriert werden wird.⁴⁹

HLB Schumacher Hallermann GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
An der Apostelkirche 4 · 48143 Münster
Tel. +49 (0) 251/2808-0 · Fax +49 (0) 251/2808-280
ra@hlb-schumacher.de · www.hlb-schumacher-hallermann.de


HLB Schumacher Hallermann is an independent member of HLB, the global audit, tax and advisory network.

⁴⁷ Kingreen/Poscher, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 7.

⁴⁸ **Fyi: Zweckveranlasser** ist derjenige, der nur die vorletzte steuerbare Ursache für den Gefahreneintritt gesetzt hat. Daher wird der Zweckveranlasser auch als *mittelbarer Störer* bezeichnet.

⁴⁹

Verfasser: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann.
Supervision: Christian Cremers, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.