

Crash-Kurs Öffentliches Recht Universität des Saarlandes Februar 2026

Prof. Dr. Thomas Spitzlei

Lehrstuhl für Öffentliches Recht VIII, Universität Bayreuth

Fragen + Feedback: thomas.spitzlei@uni-bayreuth.de

Fahrplan

Teil 1: Grundrechte

Teil 2: Staatsorganisationsrecht

Teil 3: Verwaltungsrecht (VwVfG + VwGO)

Teil 4: Verwaltungsrecht (BT)

Vorgehensweise

VOR ALLEM BEI SPEZIALPROBLEMEN: FALLDARSTELLUNG

Fall

- Aktuelle oder klassische Fallgestaltung, meist aus der Rechtsprechung

Hintergrund

- Einordnung, Grundlagen, weiterführende Probleme

Lösung

Klausur

- Hinweise zu Herangehensweise und Aufbau in Klausur

Viele Probleme und Erläuterungen sind
Hebeler/Spitzlei, 60 Probleme aus dem Staats- und
Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2024 entnommen

VOR ALLEM BEI GRUNDLAGEN UND AKTUELLEN FRAGEN: FALLUNABHÄNGIGE DARSTELLUNG

Überblicksartige Darstellung von Problemkreisen

Grundlagen

Rechtsprechungsanalyse

Bezüge zu anderen Teilrechtsgebieten

Allgemeine Grundrechtslehre

TEIL 1: GRUNDRECHTE

Fall 1

A ist Hochschullehrerin an der Hochschule B und führt von ihrem Dienstapparat aus als Dienstgespräche deklarierte Telefonate in das Ausland, die mehrere tausend Euro Telefongebühren verursachen. A hatte sich damit einverstanden erklärt, dass alle über den Apparat geführten Gespräche vollautomatisch nach der Rufnummer des Bediensteten, der Nummer des anderen Gesprächsteilnehmers, Datum, Zeit und Gebühreneinheiten erfasst werden. B verlangt für die ihrer Ansicht nach nicht dienstlichen Gespräche der A von dieser die Erstattung der Telefonkosten. A ist der Auffassung, der Bescheid sei u.a. deshalb rechtswidrig, da die erfolgte Gesprächsregistrierung sie in Art. 10 GG verletze. B meint, A habe im Hinblick auf Art. 10 GG wirksam ihren Grundrechtsverzicht erklärt. Hat B Recht (nach VG Bremen NJW 1978, 66 f.; OVG Bremen NJW 1980, 606 f.; vgl. auch BVerwG NJW 1982, 840)?

Fall 1 – Hintergrund

Möglicherweise liegt ein Grundrechtsverzicht vor

Abgrenzen: negative Ausübung und Nichtausübung

Zulässigkeit ist umstritten

- Unzulässig (Menschenwürdegehalt der GR)
- Zulässig (Privatnützigkeit der GR, liberales GR-Verständnis)
- Differenzierend (Wortlaut der GR (Art. 9 III 2 GG, Art. 6 II GG), Menschenwürdegehalt im Einzelfall bestimmen)

Probleme: Lügendetektor (APR), Landarztquote (Art. 12 I GG)

Fall 1 – Hintergrund

Landarztquote

Der Landtag des Saarlandes hat das Gesetz zur Sicherstellung der hausärztlichen Versorgung in Bereichen besonderen öffentlichen Bedarfs des Saarlandes, kurz das Landarztgesetz, im Rahmen seiner Plenarsitzung am 13. Mai 2020 abschließend beschlossen. Das Landarztgesetz wurde im Amtsblatt des Saarlandes veröffentlicht und trat am 21. Mai 2020 in Kraft.

Vertragliche Verpflichtungen

Die Bewerbung für einen Medizinstudienplatz im Rahmen des Landarztgesetzes SL setzt voraus, dass die Bewerberin oder der Bewerber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Saarland abschließt.

Mit dem Vertrag verpflichtet sich die Bewerberin oder der Bewerber,

- im Anschluss an das Studium der Humanmedizin eine ärztliche Weiterbildung zu absolvieren, die Voraussetzung für eine Tätigkeit als Hausärztin oder Hausarzt ist
(hierunter fallen gemäß § 73 Abs. 1 a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch Allgemeinmedizin, Innere Medizin (ohne Schwerpunktbezeichnung) oder Kinder- und Jugendmedizin),
- im Anschluss an die Weiterbildung für zehn Jahre eine vertragsärztliche Tätigkeit in einem Gebiet im Saarland auszuüben, für das das Land einen besonderen öffentlichen Bedarf an Hausärztinnen und Hausärzten festgestellt hat.

Wenn eine der Pflichten verletzt wird, wird eine Vertragsstrafe in Höhe von bis zu 250.000 Euro fällig.

Vertragsformular ist abrufbar unter: https://www.saarland.de/SharedDocs/Downloads/DE/landesamt-fuer-soziales/vertrag_landarztquote.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Allg. zur
Medizinstudienplatzvergabe
VG Magdeburg, 17.6.2021, 7 B
443/20, BeckRS 2021, 17655

Fall 1 – Lösung

Im Ausgangsfall kann in dem Umstand, dass A sich einverstanden damit erklärt hat, dass die Daten sämtlicher über den Dienstapparat geführter Telefonate von der Hochschule erfasst werden, nicht nach der Unzulässigkeitstheorie, wohl aber nach der Zulässigkeitstheorie ein wirksamer Grundrechtsverzicht erblickt werden. Nach der differenzierenden Theorie ist entscheidend, ob Art. 10 GG ein für A disponibles Grundrecht ist. Das VG Bremen (NJW 1978, 66 [67]) hat dies angenommen, denn das Fernmeldegeheimnis diene ausschließlich dem Schutz der Gesprächsteilnehmer; es genüge auch das Einverständnis im Hinblick auf die Datenregistrierung eines der beiden Gesprächsteilnehmer, da das Fernmeldegeheimnis nicht zwischen den als Gesprächsteilnehmern beteiligten Personen gelte.

Fall 1 – Klausur

Grundrechtsverzicht von der negativen Grundrechtsausübung einerseits und der Nichtausübung eines Grundrechts andererseits abgrenzen.

Mögliche negative Grundrechtsausübung ist auf Ebene des Schutzbereichs zu thematisieren. Da die genaue dogmatische Einordnung der Figur des Grundrechtsverzichts nicht abschließend geklärt ist, kann bei dieser Gelegenheit auch ein möglicher Grundrechtsverzicht abgehandelt werden. Dies muss jedenfalls auf Ebene des Eingriffs erfolgen.

Es gilt zu erörtern, ob und – bejahendenfalls – unter welchen Voraussetzungen ein Grundrechtsverzicht möglich ist.

Fall 2

A ist als Arzt in einem katholischen Krankenhaus beschäftigt. Träger des Krankenhauses ist die B – eine privatrechtlich organisierte kirchliche Stiftung. A äußert sich öffentlich ablehnend zur Position der katholischen Kirche in der Frage des Schwangerschaftsabbruchs. Daraufhin kündigt B dem A dessen Arbeitsverhältnis. A erhebt Kündigungsschutzklage und obsiegt. B sieht sich durch das arbeitsgerichtliche Urteil u.a. in ihrem Grundrecht auf Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 GG) verletzt, da es ihr als kirchlichem Arbeitgeber möglich sein müsse, Arbeitnehmern zu kündigen, die sich nicht mit den wesentlichen Grundwerten der katholischen Kirche identifizierten. Ist für B nach Art. 19 III GG der Schutzbereich von Art. 4 GG eröffnet (nach BVerfGE 70, 138 ff.)?

Fall 2 – Hintergrund

„Juristische Person“ (des Inlands) iSv Art. 19 III GG

- Juristische Personen iSd Privatrechts, aber auch nicht vollrechtsfähige Handelsgesellschaften oder nichtrechtsfähige Vereine

Keine „wesensmäßige“ Anwendbarkeit, wenn GR erkennbar an Menschsein anknüpft (Art. 2 II GG, Art. 3 II GG)

In anderen Fällen umstritten

- **Durchgriffstheorie** (Abstellen auf Menschen hinter jur. Person)
- **Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage** (Abstellen auf jur. Person: ebenso wie ein Mensch in grundrechtsgeschützten Interessen berührt?)

Fall 2 – Hintergrund

Sonderproblem: Grundrechtsschutz für juristische Personen des öffentlichen Rechts

- Durchgriffstheorie (-), denn hinter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen keine natürlichen Personen, sondern stets der Staat. Sog. Ausnahmetrias: Universitäten könnten sich auf die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 III GG, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten auf die Rundfunkfreiheit in Art. 5 I 2 GG und Kirchen zumindest auf Art. 4 I, II GG berufen. Das BVerfG begründet die Ausnahmen auf Grundlage der Durchgriffstheorie damit, dass dies Bereiche seien, in denen staatliche Einrichtungen Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in denen sie vom Staat unabhängig und Sachwalter des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte seien.
- Nach Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage ist sog. Konfusionsargument zu berücksichtigen, dass Grundrechtsverpflichtete nicht stets ohne weiteres auch Grundrechtsberechtigte sein können.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen schließlich Konstellationen, in denen der Staat Anteile an einer juristischen Person des Privatrechts hat. Vordergründig unterfallen sämtliche juristische Personen des Privatrechts Art. 19 III GG. Wenn sich dahinter jedoch die öffentliche Hand verbirgt, dann muss man auf die soeben dargestellten Grundsätze zurückgreifen. Näher dazu Fall 3.

Fall 2 – Lösung

Im Ausgangsfall ist nach der Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage der Schutzbereich eröffnet. Die Lage der B als juristische Person im Hinblick darauf, ob sie durch das arbeitsgerichtliche Urteil im Schutzbereich von Art. 4 I, II GG betroffen sein kann, ist vergleichbar mit der einer natürlichen Person, die – wäre sie Arbeitgeber des gekündigten A – ihrer beruflichen Tätigkeit katholische Werte zugrunde legen würde.

Auch das BVerfG als Anhänger der Durchgriffstheorie kam im Ausgangsfall dazu, dass die B als rechtsfähige Stiftung des Privatrechts zu den juristischen Personen i.S.v. Art. 19 III GG gehöre, die Träger von Grundrechten sein könne und dass dies auch im Hinblick auf Art. 4 GG gelte (BVerfGE 70, 138 [160 f.]). Näher begründet wurde diese Subsumtion unter Art. 19 III GG indes nicht und sie muss nach den Maßstäben der Durchgriffstheorie auch überraschen, denn bei einer Stiftung des Privatrechts handelt es sich lediglich um eine zu verwaltende Vermögensmasse.

Fall 2 – Klausur

Steht eine mögliche Grundrechtsverletzung einer Personengesamtheit im Raum, so ist Art. 19 III GG einschlägig. Darauf ist bei der Zulässigkeitsprüfung einer Verfassungsbeschwerde im Rahmen der Beschwerdefähigkeit (nach Art. 94 I Nr. 4a GG und § 90 I BVerfGG »jedermann«) sowie – vor allem – bei der Prüfung der Beschwerdebefugnis (§ 90 II BVerfGG) einzugehen. Eine »mögliche Grundrechtsverletzung« setzt nach Art. 19 III GG die wesensmäßige Anwendbarkeit eines oder mehrere Grundrechte voraus. An dieser Stelle muss der Streit dargestellt werden. Besonderes Augenmerk verdient schließlich auch die Prozessfähigkeit. Für die juristische Person muss vor Gericht ein Vertreter handeln.

Fall 3

Die Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK; sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, vgl. § 4 I SGB V) schließt ein Fachgeschäft für Fußpflegemittel ohne sachlichen Grund von der Liste der Lieferanten aus, von denen sie Gummistrümpfe zur Weitergabe an die Patienten bezieht. Der Bezug erfolgt mittels Abschlusses privatrechtlicher (Kauf-)Verträge. A, Inhaber des Fachgeschäfts, sieht darin eine willkürliche und gegen Art. 3 I GG und Art. 12 I GG verstoßende Maßnahme. Die AOK ist der Ansicht, ihr Handeln sei an den Grundrechten nicht zu messen, da insoweit keine Grundrechtsbindung gegeben sei. Hat die AOK mit ihrer Auffassung Recht (nach BGHZ 36, 91 ff.)?

Fall 3 – Hintergrund

Privatrechtliche Rechtshandlungen der Verwaltung werden in drei verschiedene Bereiche unterteilt:

- (1) Die Verwaltung kann sog. **fiskalische Hilfsgeschäfte** tätigen, mit denen sie ihren Eigenbedarf deckt, um überhaupt ihre Verwaltungsaufgaben erfüllen zu können. Das regelmäßig angeführte Schulbeispiel ist das des Kaufs von Büromaterial; die Verwaltung schließt hier Kaufverträge nach § 433 BGB ab.
- (2) Die Verwaltung kann **erwerbswirtschaftlich** tätig werden. Hier tritt die Verwaltung als Wettbewerber am Markt auf. Dies kann dadurch geschehen, dass die Verwaltung entweder ein eigenes Unternehmen betreibt (Bsp.: Staatsbrauerei) oder Beteiligungen (Bsp.: Aktien) an privaten Unternehmen hält.
- (3) Die Verwaltung kann öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Form erfüllen (Bsp.: Strom- und/oder Wasserversorgung durch Stadtwerke-GmbH); hierfür hat sich der Begriff des **Verwaltungsprivatrechts** eingebürgert. → keine Flucht ins Privatrecht → GR-Bindung (+)

Fall 3 – Hintergrund

Ablehnende Theorie (keine GR-Bindung)

- Privatautonomie; zivilrechtliche Regelungen reichen aus

Bejahende Theorie (GR-Bindung)

- Art. 1 III GG differenziert nicht; Staat übt auch im Zivilrecht Staatsgewalt aus; Zivilrecht erfasst nicht alle Eventualitäten

Fall 3 – Hintergrund

Sonderproblem: Staatliche Beteiligung an einem privaten Unternehmen.

Fraport-Urteil des BVerfG (BVerfGE 128, 226 ff.):

- Öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform, die zu 100 % im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, sind unzweifelhaft grundrechtsgebunden (BVerfGE 128, 226 [245 f.]).
- Schwieriger zu beurteilen bei gemischt wirtschaftlichen Unternehmen (Staat hat neben einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts nur Anteile). Früher: Grundrechtsbindung des Staates kann nicht dazu führen, dass die ihrerseits grundrechtlich geschützte Tätigkeit der privaten Anteilseigner unterlaufen werde (so etwa *Erichsen/Ebber* Jura 1999, 373 [376 f.]). BVerfG: Frage der Grundrechtsbindung kann nur einheitlich beantwortet werden (BVerfGE 128, 226 [246]). Maßgeblich ist demnach, ob das Unternehmen von den öffentlichen Anteilseignern beherrscht wird, was in der Regel der Fall ist, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen (BVerfGE 128, 226 [246 f.]).

Fall 3 – Hintergrund

In dem viel beachteten Urteil zum Atomausstieg hat das BVerfG diese Maßstäbe bestätigt (BVerfGE 143, 246 [314]), aber auf inländische juristische Personen beschränkt. Bei ausländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist demnach eine Grundrechtsberechtigung selbst dann möglich, wenn ein Unternehmen zu 100 % im Eigentum eines ausländischen Staates steht. Das Konfusionsargument greift in diesen Fällen nicht und es fehlt an der Möglichkeit, auf andere Weise Rechtsschutz gegen gesetzliche Eingriffe zu erhalten (BVerfGE 143, 246 [315 f.]). Bei juristischen Personen aus dem europäischen Ausland sei auch die unionsrechtlich geschützte Niederlassungsfreiheit in die Auslegung des Art. 19 III GG einzubeziehen (vgl. BVerfGE 143, 246 [317 ff.]).

Fall 3 – Lösung

Im Ausgangsfall ist nach der bejahenden Theorie das Vorgehen der AOK an den Grundrechten zu messen, nicht jedoch nach der verneinenden Theorie. Der Ausgangsfall ist insofern typisch, als es bei privatrechtlichem Handeln des Staates regelmäßig um die Geltung des Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG geht. Denn bei privatrechtlichem Handeln fehlt es aus der Natur der Sache heraus dem Staat regelmäßig an Instrumentarien, einseitig verbindliche Maßnahmen gegenüber Grundrechtsträgern ergreifen zu können (vgl. auch BVerfGE 128, 226 [248]).

Fall 3 – Klausur

Grundlage einer gelungenen Klausurbearbeitung ist die Kenntnis der drei Bereiche privatrechtlichen Rechtshandelns des Staates. Besonders problematisch (und damit klausurrelevant) ist die erwerbswirtschaftliche Beteiligung des Staates an einem privaten Unternehmen. In den meisten Fällen dürfte die Problematik in eine Verfassungsbeschwerde eingekleidet sein. Denkbar sind Verfassungsbeschwerden von Unternehmen, die teilweise (mit weniger als 50 %) in öffentlicher Hand sind, vor allem aber von Privatrechtssubjekten, die sich gegen eine Maßnahme eines staatlich beherrschten privaten Unternehmens wenden. Auf der Prüfungsstufe der Beschwerdebefugnis ist zunächst mit der h. M. die staatliche Grundrechtsbindung bei privatrechtlichem Handeln grundsätzlich zu bejahen. In einem zweiten Schritt ist mit den Maßstäben aus der Fraport-Entscheidung zu argumentieren.

Fall 4

Die Bundesregierung bezeichnet durch den Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit in einer Presseverlautbarung die »Transzendente Meditation« (TM) u.a. als Jugendsekte, deren Inhalte von nicht ausreichend qualifizierten Lehrern vermittelt würden und die zu psychischen Schäden führen könnten. Die TM ist der Ansicht, die Bundesregierung greife durch diese Äußerung in ihr Grundrecht aus Art. 4 I, II GG ein und verletze sie letztlich auch darin. Hat die TM Recht (nach BVerwGE 82, 76 ff.; BVerfG [Kammer] NJW 1989, 3269 ff.)?

Fall 4 – Hintergrund

Ein klassischer Eingriff liegt vor, wenn das staatliche Handeln (1) final und nicht bloß als unbeabsichtigte Nebenfolge, (2) unmittelbar, (3) rechtsaktsförmig (insbesondere durch Verwaltungsakt) auf die Grundrechtspositionen einwirkt und (4) mit Befehl und Zwang angeordnet bzw. durchgesetzt wird. Es gibt aber zunehmend staatliche Handlungsformen, bei denen diese klassischen Eingriffsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, es aber fraglich ist, ob nicht gleichwohl das Staatshandeln im Hinblick auf eine Grundrechtsbetroffenheit rechtfertigungsbedürftig ist.

Der „moderne Eingriffsbegriff“ lässt Ausnahmen davon zu, im Einzelnen sehr umstritten.

Fall 4 – Hintergrund

Merkmale (3) und (4) sind keine notwendigen, wohl aber hinreichende Bedingungen für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs

Merkmale (1) und (2) können nicht auch noch aufgegeben werden, da sonst reine Kausalitätsprüfung bleibt

- Entscheidend: Zurechnungsfrage (ähnlich Strafrecht)
- Ansätze: Unmittelbarkeitserfordernis, Finalitätserfordernis, Schwere der Beeinträchtigung, Voraussehbarkeit der Beeinträchtigung für den Staat, Schutzzweck des GR

Bagatellvorbehalt (Schwelle von Belästigung zu Beeinträchtigung muss überschritten werden)

Fall 4 – Lösung

Das BVerwG führt zum Eingriff aus (BVerwGE 92, 76 [79]): »Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass derartige öffentliche Äußerungen des Staates nicht zuletzt wegen der mit ihnen in Anspruch genommenen Staatsautorität für die Ausbreitung der angesprochenen Religions- und Weltanschauungsfreiheit und ihre Rolle in der religiös-weltanschaulichen Auseinandersetzung (...) schwerwiegende Folgen haben können. Diese Folgen sind, soweit sie das Verhalten der gewarnten Öffentlichkeit betreffen, beabsichtigt und im Übrigen vorhergesehen und in Kauf genommen. Sie müssen daher mit vollem Gewicht dem Staat zugerechnet und wegen ihrer freiheitsmindernden Bedeutung als Grundrechtseingriffe behandelt werden.« Das BVerwG lässt dies ohne weitere theoretische Auseinandersetzung genügen, um einen Grundrechtseingriff anzunehmen.

Fall 4 – Klausur

Man sollte erkennen und herausarbeiten, dass es bei solchen Fällen, wo staatliche Warnungen, Empfehlungen o.ä. in Frage stehen, an der Rechtsaktsförmlichkeit (kein Verwaltungsakt, sondern sog. schlichtes Verwaltungshandeln) und damit auch an der Imperativität und Vollziehbarkeit fehlt und es um indirekte Verhaltenssteuerung geht, die an Dritte gerichtet ist.

Ist der klassische Eingriffsbegriff nicht erfüllt, weil es an der Unmittelbarkeit und/oder der Finalität fehlt, sollte unter die diskutierten Merkmale sauber subsumiert werden; sind davon mehrere erfüllt, spricht vieles dafür, einen Eingriff ohne weitere ausgiebige theoretische Diskussion anzunehmen.

Querverbindung zu Verwaltungsrecht: AGL für Unterlassung? Statthafte Klageart? Vorbehalt des Gesetzes?

Im Überblick: Grundrechtsdimensionen

Grundrechte sind vor allem **Abwehrrechte**

→ Anspruch auf Unterlassung staatlicher Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter

→ Beispiel: Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG)

Grenze: Übermaßverbot

Schutzpflichtdimension der Grundrechte

→ Anspruch auf staatliches Tätigwerden zum Schutz grundrechtlicher Schutzgüter

→ Wiederum Beispiel: Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG)

Grenze: Untermaßverbot – **Evidenzkontrolle**

Im Überblick: Grundrechtsdimensionen

Klimabeschluss des BVerfG, 24.3.2021 (NJW 2021, 1723)

Rn. 144 ff.: Der Staat ist durch das Grundrecht auf den Schutz von Leben und Gesundheit in Art. 2 II 1 GG zum Schutz vor den Gefahren des Klimawandels verpflichtet. Das Grundrecht schließt die staatliche Pflicht ein, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen vonseiten anderer zu bewahren. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 II 1 GG greift nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind, sondern ist auch in die Zukunft gerichtet. Die aus Art. 2 II 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen.

Rn. 152 ff.: Ob ausreichende Maßnahmen getroffen sind, um grundrechtliche Schutzpflichten zu erfüllen, ist verfassungsgerichtlich nur begrenzt überprüfbar. Das BVerfG stellt die Verletzung einer Schutzpflicht dann fest, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (= Evidenzkontrolle). → **Keine Verletzung von Schutzpflichten**

Im Überblick: Grundrechtsdimensionen

Prüfung von Abwehrrechten, Rn. 182 ff.: Der Gesetzgeber hat hingegen Grundrechte verletzt, weil er keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen hat, die – wegen der gesetzlich bis 2030 zugelassenen Emissionen in späteren Zeiträumen möglicherweise sehr hohen – Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen. Als **intertemporale Freiheitssicherung** schützen die Grundrechte die Bf. hier vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20 a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft.

Wenn der Gesetzgeber drakonischen Maßnahmen in der Zukunft durch strengere Maßnahmen in der Gegenwart vorbeugen kann, dann hat er die Belastungen – wegen der Interessen künftiger Generationen – in der Zeit (annähernd) gleich zu verteilen. Dieses intertemporale Element ist in Art. 20 a GG zu verorten.

Konstruktion einer **eingriffsähnlichen Vorwirkung**: Jetzt rechtfertigen für die **zwingenden Eingriffe in der Zukunft** → Modifikation des Eingriffs-Begriffs

- Entscheidend: Endlichkeit des zur Verfügung stehenden CO₂-Ausstosses bis zum Überschreiten eines Kipppunktes (point of no return)

Calliess JuS 2023, 1; Calliess/Täuber NVwZ 2024, 945; Frenz AL 2024, 14; Fallbearbeitung: Hartmann/Sinder JURA 2023, 367

Im Überblick: Grundrechtsdimensionen

BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, NJW 2022, 380 (JuS 2022, 281; JA 2022, 259)

† Grundrechte: Schutzpflicht zugunsten Behinderter

UN-Behindertenrechtskonvention; GG Art. 1 I, 2 II 1, 3 III 2

1. Aus Art. 3 III 2 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen.
2. Der Schutzauftrag des Art. 3 III 2 GG kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit. (Ls. gekürzt)
3. Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.

Ausgewählte Grundrechte

TEIL 1: GRUNDRECHTE

Im Überblick: Gleichheitsgrundrechte

Aufbau und Prüfung von Art. 3 I GG

- Bedeutung von Art. 3 I GG in der Klausur
 - Staatsrecht und Verwaltungsrecht

(Un-)Gleiche + (Un-)Gleichbehandlung

- Vergleichsgruppenbildung

„Eingriff“ in Art. 3 I GG?

Willkürformel, neue Formel, neueste Formel

Bedeutung von Art. 3 II GG

Im Überblick: Gleichheitsgrundrechte

Keine Verletzung des Diskriminierungsverbots aufgrund politischer Überzeugung durch das Hausverbot einer privaten Hotelbetreiberin gegenüber einem Parteifunktionär der NPD

Pressemitteilung Nr. 64/2019 vom 9. Oktober 2019

Beschluss vom 27. August 2019

1 BvR 879/12

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat mit heute veröffentlichtem Beschluss eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, bei der der Beschwerdeführer eine Verletzung des Diskriminierungsverbots geltend macht, weil ihm von einer privaten Hotelbetreiberin ein Hausverbot aufgrund seiner politischen Überzeugung erteilt und dies letztinstanzlich vom Bundesgerichtshof bestätigt worden war. Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich auch im Wege der mittelbaren Drittwirkung kein allgemeiner Grundsatz, wonach auch private Rechtsbeziehungen prinzipiell gleichheitsgerecht ausgestaltet werden müssten. Eine spezifische Konstellation, bei der eine weitergehende Bindung privater Vertragspartner eintreten könnte, liegt bei einer privaten Hotelbuchung nicht vor. Auch aus den Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ergibt sich hier nichts anderes.

Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG nur für spezifische Konstellationen ergeben, so unter Umständen bei einem einseitigen, auf das Hausrecht gestützten Ausschluss von privaten Großveranstaltungen oder bei einer aus struktureller Überlegenheit resultierenden Entscheidungsmacht eines Vertragspartners.

Eine solche spezifische Konstellation liegt hier nicht vor. Weder handelt es sich bei einem Besuch in einem Wellness-Hotel um eine Veranstaltung, die in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet, noch hat die Hotelbetreiberin eine Monopolstellung oder eine strukturelle Überlegenheit. Sie betreibt nur eines von mehreren Hotels im Ort Bad Saarow.

Im Überblick: Gleichheitsgrundrechte

Gericht/Institution: Oberverwaltungsgericht des Saarlandes

Quelle: 

Erscheinungsdatum: 10.03.2021

Normen: Art 3 GG, Art 12 GG, Art 14 GG

Entscheidungsdatum: 09.03.2021

Aktenzeichen: 2 B 58/21

Regelung zu Corona-Beschränkungen für Einzelhandel im Saarland gekippt

Das OVG Saarlouis hat die Vorschrift der Saarländischen Corona-Verordnung zur Beschränkung des Einzelhandels vorläufig außer Vollzug gesetzt.

Die Antragstellerin betreibt ein Einzelhandelsunternehmen für IT-Technik auf 140 Quadratmetern. Der § 7 Abs. 3 Satz 7 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 06.03.2021 lässt insoweit den Zutritt nur nach vorheriger Terminvergabe und nur für einen Kunden sowie eine weitere Person aus dessen Hausstand pro 40 Quadratmeter zu. Bei den durch § 7 Abs. 3 Satz 2 VO-CP privilegierten Geschäftslokalen, zu denen nunmehr auch Buchhandlungen und Blumengeschäfte gehören, sieht der Verordnungsgeber dagegen nach dem § 4 Abs. 1 Satz 1 VO-CP eine Flächenuntergrenze von lediglich 15 qm Verkaufsfläche pro Person als infektionsschutzrechtlich unbedenklich an.

Eine mit Blick auf den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG erforderliche Rechtfertigung dafür, bestimmte Geschäfte wie z.B. den Computerladen der Antragstellerin gegenüber den in § 7 Abs. 3 Satz 2 VO-CP genannten zahlreichen privilegierten Einzelhandelsgeschäften, die nicht immer zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung unbedingt erforderlich seien, mit Blick auf das Infektionsgeschehen deutlich strenger zu behandeln, sei - so das Oberverwaltungsgericht - nicht zu erkennen. Die Einhaltung der in den einschlägigen Hygienekonzepten vorgegebenen Maßnahmen und Vorkehrungen der Kontaktvermeidung zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung der Infektion mit dem SARS-CoV2-Virus liege dabei im ureigenen Interesse der Geschäftsbetreibenden.

**2G-Plus bei Friseurbesuch: OVG Saarlouis v. 10.7.2024
– 2 C 14/24, BeckRS 2024, 21740**

Fall 5

A tritt seit geraumer Zeit entweder gänzlich nackt oder lediglich mit vereinzelten, wechselnden Kleidungsstücken wie Mütze oder einem Strumpf bekleidet in der Öffentlichkeit auf und zwar auch bei alltäglichen Verrichtungen wie Einkaufen, Fahrradfahren etc. Er bezeichnet sein Verhalten als »Interaktionskunst«. Das zuständige Ordnungsamt der Stadt B untersagt ihm das Zurschaustellen des nackten Körpers auf allen öffentlichen Straßen und Wegen sowie in allen öffentlichen Anlagen in B. Es stützt diese Untersagung auf das Landespolizeigesetz, wonach u.a. die Ordnungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen treffen können, um eine Gefahr für die öffentliche Ordnung abzuwehren. A ist der Ansicht, sein Verhalten sei durch die Kunstfreiheit in Art. 5 III 1 GG geschützt und die Verfügung des Ordnungsamtes deshalb rechtswidrig. Hat A Recht (nach OVG Münster, NJW 1997, 1180 f.)?

Fall 5 – Hintergrund

Der verfassungsrechtliche Kunstbegriff ist nicht einfach zu bestimmen. Unumstritten ist, dass die Kunstfreiheit sowohl die künstlerische Betätigung selbst (»Werkbereich«) als auch die Darbietung und Verbreitung in der Öffentlichkeit (»Wirkbereich«) schützt (vgl. BVerfGE 142, 74 [96]). Für die Definition des Kunstbegriffs existieren hingegen zahlreiche Ansätze und jeder davon sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, allein keine abschließende Ausfüllung des Kunstbegriffs liefern zu können.

Fall 5 – Hintergrund

Materialer Kunstbegriff: Wesentlich für eine künstlerische Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Das künstlerische Schaffen ist insoweit nicht primär Mitteilung, sondern Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.

Formaler Kunstbegriff: Das Wesentliche von Kunst ist, dass das Produkt ein *Kunstwerk* ist, d.h. einem bestimmten Werktyp (Bildhauen, Malen etc.) zugeordnet werden kann.

Offener Kunstbegriff: Das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung besteht darin, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutung zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt.

Die drei Begriffe sind nebeneinander anzuwenden und ergänzen sich.

Zusätzlich (str.): Kriterium des Selbstverständnisses des Künstlers und Kriterium der Drittanerkennung

Fall 5 – Lösung

Materialer Kunstbegriff: »Auch bei großzügigem Verständnis der begrifflichen Anforderungen ist nicht erkennbar, dass das Verhalten (...) dem Bereich des künstlerischen Schaffens zugeordnet werden könnte. Dem bloßen Nacktsein (...) ist keinerlei schöpferische Ausstrahlungskraft eigen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass ein Nacktauftritt im Einzelfall als Kunst oder jedenfalls als Teil einer künstlerischen Aktion aufzufassen sein kann (...). (A) hat jedoch weder darlegen können noch sind hinreichende Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sein bloßes Nacktsein nicht als Nichtkunst-Normalfall, sondern ausnahmsweise als künstlerische Äußerung verstanden werden könnte (...). Allein die Präsentation des eigenen nackten Körpers ist noch nicht künstlerische Betätigung im Sinne freier schöpferischer Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium der Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden« (OVG Münster NJW 1997, 1180 [1180 f.]).

Formaler Kunstbegriff: »Das bloße Präsentieren des nackten Körpers ist weder eine klassische Form des Straßentheaters noch eine avantgardistische Form künstlerischer Installation oder Aktion« (OVG Münster NJW 1997, 1180 [1181]).

Offener Kunstbegriff: »Der Nacktauftritt des (...) (A) reicht weder über seine alltägliche Aussagefunktion hinaus noch führt er zu einer unerschöpflichen, vielstufigen Informationsvermittlung« (OVG Münster NJW 1997, 1180 [1181]).

Fall 5 – Klausur

Art. 5 III GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht kann nicht durch eine Übertragung der Schranken anderer Grundrechte oder die Konstruktion eines faktischen Gesetzesvorbehalts in einzelnen Rechtsgebieten eingeschränkt werden (ausführlich *Hufen* in: HdBGR, § 101 Rn. 79-97). Die einzige Schranke findet sich im kollidierenden Verfassungsrecht. Von großer Bedeutung sind in der Praxis wie in Klausuren Kollisionen mit dem APR sowie der Glaubens- und Religionsfreiheit anderer Grundrechtsträger.

Im Überblick: Kunstfreiheit

Schutzbereich

- „Werk- und Wirkungsbereich“ (meist keine eindeutige Zuordnung möglich/nötig)
- Kunstbegriffe (meist kein Streitentscheid nötig) + Kriterium des Selbstverständnisses und der Drittanerkennung (nur, wenn im SV angelegt oder str.)

Eingriff

Rechtfertigung

- Schranke: Keine Übertragung von anderen GR, nicht Art. 5 II GG, nur kollidierendes VerfR
- Schranken-Schranke: VHM (praktische Konkordanz!)

Im Überblick: Kunstfreiheit

BVerfG, Beschl. v. 30.3.2021 – 1 BvR 160/19, NJW 2021, 1939 (= JuS 2022, 91)

Grundrechte: Reichweite und Schranken der Kunstfreiheit bei Aktionskunst

GG Art. 5 III 1; BGB §§ 823 I, 249

- 1. Auch der Eingriff in fremde Grundrechte kann „Kunst“ iSv Art. 5 III 1 GG sein.**
- 2. Bei der Verfremdung eines Grabmals eines NS-Kriegsverbrechers ist im Rahmen der Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und dem Eigentumsschutz eine überzeugende Darlegung erforderlich, aus welchen Gründen es bei der Aktionskunst unvermeidlich zu substanzverletzenden Eingriffen in das Eigentum Dritter kommt.**

BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 19.12.2024 – 1 BvR 1425/24, BeckRS 2024, 41766
(Fler vs. Bushido)

Fall 6

Die A plant, im Rahmen einer „Performance“, zwei Hundewelpen mit einem Kabelbinder zu töten. Nach zwei Minuten tritt dabei jeweils die Bewusstlosigkeit eines Tieres ein und nach fünf Minuten sind die Tiere tot. Mit einem Gong und Trauermusik schließt die Performance nach weiteren zehn Minuten. Eine besondere Rolle für die transzendente Energie der Performance spiele noch der Zeitpunkt der Aufführung. Diese Energie sei nach ihrer Vorstellung nur jeweils am 10. Todestag ihrer Großmutter aktiviert. Diese habe sie als „Kalipriesterin“ nachhaltig geformt. Nur am 30.4.2012 könne sich folglich das Bild von Kali im Interesse der Komplettierung der Performance voll über ihr Bewusstsein materialisieren. Das Kunstwerk soll provozieren und zum Nachdenken anregen, denn in Alaska würden ausgediente Schlittenhunde auf gleiche Weise zu Tode stranguliert. Die zuständige Tierschutzbehörde will der A die Performance untersagen. Ist dies rechtlich zulässig (nach VG Berlin, Beschluss vom 24.04.2012 – 24 L 113/12 –, juris)?

Fall 6 – Hintergrund

Neben der Kunstfreiheit (s. Fall 5) ist auch die Glaubens- und Religionsfreiheit nach Art. 4 I, II GG zu beachten.

Art. 4 I, II GG gewährleistet ein **einheitliches Grundrecht** der Religionsfreiheit, das nicht nur die in Art. 4 I, II GG ausdrücklich genannten Betätigungsformen des Glaubens, Bekenkens und Religionsausübens schützt, sondern es handelt sich um ein Recht des einzelnen, sein gesamtes Verhalten an seinem Glauben auszurichten und seiner Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (hM). Dieses einheitliche Grundrecht ist **vorbehaltlos** gewährleistet und kann lediglich durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden (hM).

Fall 6 – Hintergrund

Weitere vieldiskutierte Fragestellungen sind etwa die nach dem Verbot des Tragens eines Kopftuchs einer Lehrerin (siehe BVerfGE 108, 282 ff.; 138, 296 ff.; BVerwGE 116, 359 ff.) bzw. einer Referendarin in einer öffentlichen Schule (BVerfG [Kammer] NJW 2017, 2333 ff.) und einer Erzieherin in einer öffentlichen Kindertagesstätte (BVerfG NJW 2017, 381 ff.) oder die Befreiung vom koedukativ erteilten Schulsport aufgrund religiöser Bekleidungsvorschriften (dazu BVerwGE 84, 82 ff.). In diesen Fallgestaltungen stellen sich zudem komplizierte Probleme im Hinblick auf Art. 7 GG und (bei dem Kopftuch) Art. 33 GG.

Ein „Klassiker“ ist zudem das Schächten von Tieren, bei dem sich ebenfalls eine Kollision von Art. 4 I, II GG mit Art. 20a GG ergibt (vgl. BVerwGE 99, 1 ff.).

Fall 6 – Lösung

Kunstfreiheit

- Materialer Kunstbegriff: künstlerische Betätigung (+)
- Formaler Kunstbegriff: künstlerische Inszenierung (+)
- Offener Kunstbegriff: vielfältige Interpretationsmöglichkeiten (+)

Glaubens- und Religionsfreiheit

- Auffassung über die Stellung des Menschen in der Welt und seine Beziehungen zu höheren Mächten und tieferen Seinsschichten aufgrund der Verbindung zur Großmutter im Jenseits (+)

Kollidierendes Verfassungsrecht: Art. 20a GG (Tierwohl)

- Problematisch ist die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage: § 16a I iVm § 1 S. 2 TSchG
- Seit OVG Münster BeckRS 2016, 46154 (RÜ 2016, 530 mAnm *Wüstenbecker*; ablehnend *Ogorek*, NVwZ 2016, 1433) klausurrelevant auch im Pflichtfachbereich. BVerwG BeckRS 2019, 20524 schweigt zur EGL.

Im Ergebnis ist eine umfassende Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung entscheidend (Stichwort: praktische Konkordanz). Das VG Berlin prüft eher oberflächlich (wohl auch Eilrechtsschutz geschuldet) und bejaht die Verhältnismäßigkeit der Untersagung.

Fall 6 – Klausur

Bei einer verwaltungsrechtlichen Einkleidung darf nicht vorschnell auf die Grundrechte „gesprungen“ werden. Ausgehend von der einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage sind die Grundrechte in der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzuziehen.

Bei einer Einkleidung in der Verfassungsbeschwerde muss zwingend auch – oder besser: gerade – bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten der Gesetzesvorbehalt beachtet werden!

Im Überblick: Religionsfreiheit

Schutzbereich

- Definition/Umschreibung
- Forum internum und forum externum
- Positive und negative Freiheit

Eingriff

Rechtfertigung

- Schranke: GVB aus Art. 140 I GG iVm Art. 136, 137 WRV?
- Schranken-Schranke: VHM (praktische Konkordanz!)

Im Überblick: Religionsfreiheit

Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen verfassungsgemäß

Pressemitteilung Nr. 13/2020 vom 27. Februar 2020

Beschluss vom 14. Januar 2020

2 BvR 1333/17

Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Zweite Senat die Verfassungsbeschwerde einer hessischen Rechtsreferendarin gegen das Verbot, bei bestimmten dienstlichen Tätigkeiten ein Kopftuch zu tragen, zurückgewiesen. Danach ist die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Pflicht, sich im Rechtsreferendariat in weltanschaulich-religiöser Hinsicht neutral zu verhalten, aus verfassungsrechtlicher Sicht zu respektieren. Zwar stellt diese Pflicht einen Eingriff in die Glaubensfreiheit und weitere Grundrechte der Beschwerdeführerin dar. Dieser ist aber gerechtfertigt. Als rechtfertigende Verfassungsgüter kommen die Grundsätze der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sowie die negative Religionsfreiheit Dritter in Betracht. Hier kommt keiner der kollidierenden Rechtspositionen ein derart überwiegendes Gewicht zu, das dazu zwänge, der Beschwerdeführerin das Tragen religiöser Symbole im Gerichtssaal zu verbieten oder zu erlauben.

Abweichende Meinung des Richters Maidowski

Ein „Kopftuchverbot“ stellt einen gewichtigen Eingriff sowohl in die Ausbildungsfreiheit als auch in die Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerin dar. Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Ausgehend davon, dass beide Grundrechte für den vorliegenden Fall gleichermaßen relevant sind, dass sie sich wechselseitig ergänzen und nach je eigenen Maßstäben zu prüfen sind, überwiegen die gegen ein solches Verbot sprechenden Belange; es ist als unverhältnismäßig einzustufen.

Im Überblick: Religionsfreiheit

◀ VGH München: Entfernung von in Dienstgebäuden angebrachten Kreuzen

NVwZ 2022, 1837 ▶

Entfernung von in Dienstgebäuden angebrachten Kreuzen

GG Art. 3 III 1, 4 I, II, 140; WRV Art. 136 I, IV, 137 I

1. Das Kreuz ist ein Symbol christlicher Religion und kann nicht isoliert nur als Symbol der geschichtlichen und kulturellen Prägung verstanden werden.
2. Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität als objektiv-rechtliches Verfassungsprinzip begründet als solches keine einklagbaren subjektiven Rechte von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Diese können einen Abwehranspruch nur dann geltend machen, wenn eines der Grundrechte verletzt wird, aus denen die staatliche Neutralitätspflicht hergeleitet wird (Art. 4 I und Art. 3 III 1 GG).
3. Ein Verstoß gegen das Gebot staatlicher Neutralität, der sich in einer bloß passiven Verwendung eines religiösen Symbols ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung erschöpft und mit keinen weiteren Nachteilen für andere Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften verbunden ist, verletzt weder deren Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit noch auf Gleichbehandlung.

VGH München Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674 (nicht rechtskräftig)

= JuS 2022, 1182; JA 2023, 262

Bestätigt durch BVerwG NVwZ 2024, 673 (Schutzbereich von Art. 4 GG nicht eröffnet, keine Verletzung des Diskriminierungsverbots wegen des Glaubens gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG). **Anders** im Ergebnis jetzt **VGH München NVwZ 2026, 96** (Kruzifix im Haupteingangsbereich einer Schule)

S. zu Kopftuchverbot in einer Gemeindeverwaltung EuGH NVwZ 2024, 45

Kopftuchverbot für Schöffen: OLG Hamm BeckRS 2024, 8731 (Verfassungsbeschwerde anhängig)

Verbot des Tragens eines Niqabs beim Führen eines KfZ: OVG Koblenz NJW 2024, 3532

Im Überblick: Versammlungsfreiheit

Besonders hohe Klausurrelevanz aufgrund vieler Probleme auf unterschiedlichen Ebenen, insbesondere bereits auf Ebene des Schutzbereichs

Versammlungszweck (öffentliche Meinungsbildung?)

- Sonderproblem: Volksfeste und Vergnügungsveranstaltungen
 - BVerfG (Kammer) NJW 2001, 2459 (Loveparade); BVerwGE 129, 42 (Fuckparade); BVerfGE 143, 161 (Heidenspaß-Party)
 - VGH Mannheim DVBl 2010, 1254 (Skinhead-Konzert)

Quorum (zwei, drei, sieben?)

Negative Tatbestandsmerkmale

- Insb. Unfriedlichkeit (von Teilen der Versammlung) (OVG Münster NVwZ 2023, 1261 (Hambacher Forst); BVerwG NVwZ 2024, 1008 (Bundesparteitag AfD))

Schutz des Versammlungsortes

- BVerfGE 128, 226 (Fraport); BVerwG NVwZ 2023, 1427 (Abtreibungsgegner); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 und DVBl 2024, 985 (Fahrraddemo auf Autobahn)

Im Überblick: Versammlungsfreiheit

Rechtfertigung

- Schranke: Versammlung unter freiem Himmel? GVB in Art. 8 II GG, sonst vorbehaltlos gewährleistet
- Schranken-Schranke: VHM (besonders hohes Gewicht beachten, da demokratiekonstituierend!)

Herausforderung: Verzahnung zwischen VerfR und VerwR (VersammlungsG + PolizeiR)

- Formelle Verfassungskonformität des VersG trotz Länderkompetenz über Art. 125a GG
- Anmeldeerfordernis in § 14 I VersG trotz „ohne Anmeldung“?
 - Sicherheit der Versammlungsteilnehmer und ungehinderter Ablauf der Versammlung; zudem: keine Geltung für Spontanversammlung

Aktuelles Problem: Verbot von Versammlungen wegen ihres Inhalts (BDS-Kampagne, Pro-Palästina-Demos; VGH Kassel NVwZ 2024, 352; Hahne NVwZ 2023, 1793)

Im Überblick: Versammlungsfreiheit

§ 15 I, II VersG ermächtigen zu Verbot oder Auflagen

- Auflage ist keine Nebenbestimmung, sondern eigene Verfügung
- Auflage ist milderes Mittel gegenüber Verbot
- Verbot ist auch bei Gefahr für öffentliche Ordnung möglich (Änderung in Rspr. des BVerfG), aber hohe Hürde in VHM Prüfung

§ 15 III, IV VersG ermächtigen zu Auflösung

- NACH Auflösung ist Gebot, sich zu zerstreuen sowie Platzverweis nach POG zulässig; VOR Auflösung wegen Polizeifestigkeit der Versammlung unzulässig

Polizeifestigkeit der Versammlung – kein Rückgriff auf das SPOIG, wenn Anwendungsbereich des VersG eröffnet

- Ausnahme 1: Bei nicht öffentlichen Versammlungen ist VersG kaum einschlägig, daher Rückgriff möglich
- Ausnahme 2: Vorfeldmaßnahmen (im Einzelnen str.) und Nachfeldmaßnahmen
- Ausnahme 3: Minusmaßnahmen
- Ausnahme 4: Kein inhaltlicher Zusammenhang zur Versammlung
- Ausnahme 5: Vollstreckung von versammlungsrechtlichen Verfügungen
- **Ausnahme 6: Von Beginn an unfriedliche Versammlungen (BVerwG NVwZ 2024, 1008)**

Im Überblick: Versammlungsfreiheit

BVerfG NVwZ 2024, 1499 (= JA 2025, 86)

1. Die öffentliche Ordnung, zu deren Schutz eine versammlungsrechtliche Auflage erlassen werden kann, scheidet unterhalb der Schwelle eines Versammlungsverbots nicht grundsätzlich als Schutzgut für eine Einschränkung des Versammlungsrechts aus, vorausgesetzt, dass diese nicht aus dem Inhalt der Äußerungen, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung folgt.
2. Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, die ein aggressives und provokatives, die Bürger einschüchterndes Verhalten der Versammlungsteilnehmer verhindern sollen, durch das ein Klima der Gewaltdemonstration und potenzieller Gewaltbereitschaft erzeugt wird, sind verfassungsrechtlich unbedenklich.
3. Die öffentliche Ordnung kann auch verletzt sein, wenn ein Aufzug sich durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft identifiziert und durch Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes andere Bürger einschüchtert.
4. Die Wertung, eine geplante Mahnwache weise ein bedrohliches Gepräge auf, weil sie aufgrund ihres Gesamtcharakters (Zeigen der schwarz-weiß-roten Reichsflagge) auf den Nationalsozialismus anspiele und eine durch das Abbrennen von Fackeln assoziativ verstärkte Erinnerung an eine frühere, unter dem Motto „Islamisierung stoppen“ durchgeführte und zu einer Strafverfolgung führenden Protestaktion auslöse, kann die Auflage eines Fackel-Verbots rechtfertigen.
5. Die in Bezug auf Äußerungsdelikte entwickelten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die rechtliche Würdigung von Äußerungen gelten entsprechend für die Auslegung eines Versammlungsmottos. (Leitsätze der Redaktion)

Im Überblick: Versammlungsfreiheit

Eckpunkte einer „Corona-Klausur“:

- Auflagen (Abstand, Mund-Nasen-Schutz) sind milderes Mittel ggü. Verbot
 - P: Es ist von vorneherein absehbar, dass die Hygiene-Auflagen nicht eingehalten werden
 - Besonderes P: Demonstration gegen Abstandsregeln und/oder Mund-Nasen-Schutz (Meinungsäußerung gerade gegen die Auflage)
- Implikationen des IfSG beachten: §§ 32, 28 I IfSG (Verbot von Versammlungen durch RVO) nennen Art. 8 GG als einschränkbares GR, sodass die „Polizeifestigkeit“ nicht auch eine „Infektionsschutzfestigkeit“ bedeutet (kleines P: „Ansammlungen“ in § 28 IfSG als redaktionelles Versehen)
- (Schwierige) Abwägung kollidierenden Verfassungsrechts, vor allem mit Art. 2 II GG
 - Abstraktes Übergewicht der körperlichen Unversehrtheit als vitaler Basis der Menschenwürdegarantie?
 - Ansteckung der Teilnehmer? Grundrechtsverzicht?
 - Ansteckung anderer Menschen? Allgemeines Lebensrisiko? Krankheitsverlauf?
 - Potentieller Zusammenbruch eines überlasteten Gesundheitssystems?

BVerfG NJW 2020, 1426 + 1429; NJW 2022, 612 („Spaziergänger“); NVwZ-RR 2020, 761; BVerwG NVwZ 2023, 1840; VGH Kassel BeckRS 2020, 6459; OVG Koblenz BeckRS 2020, 12284

Zuck/Zuck NJW 2020, 2303; Martini/Thiessen/Ganter NJOZ 2020, 929; Murswiek NVwZ 2021, 281 (zur VHM)

Im Überblick: Meinungsfreiheit

Schutzbereich

- Definition: Meinung = durch die Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äußerung
- Werturteil vs Tatsachenbehauptung, auch letztere geschützt?
- Perspektive: Gesamtschau

Eingriff

Rechtfertigung

- Schranke: qualifizierter GVB in Art. 5 II GG
- Schranken-Schranke: Wechselwirkungslehre!
- Schmähkritik (wohl RF)
 - Wenn es bei einer Äußerung nicht um eine Auseinandersetzung in der Sache geht, sondern die Herabsetzung einer Person im Vordergrund steht, st. Rspr. BVerfG, zuletzt NJW 2019, 2600 („Hexenprozess“) und BeckRS 2022, 6210 („Dämlicher Staatsanwalt“)
- Folge: Keine Abwägung zwischen Art. 5 I GG und APR erforderlich

Im Überblick: Meinungsfreiheit

Nach den fachgerichtlichen Feststellungen führte die in Polen geborene Beschwerdeführerin, die über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt, im Jahr 2019 einen Rechtsstreit mit einer Versicherung. Sie beauftragte einen Rechtsanwalt mit ihrer rechtlichen Vertretung. Die Beschwerdeführerin war mit den durch den Rechtsanwalt erbrachten Leistungen nicht zufrieden und bemängelte insbesondere, dass er nicht schnell genug arbeite. Zudem ging sie von einer fehlerhaften Abrechnung zu ihren Lasten aus. Infolge dieser Unzufriedenheit schrieb die Beschwerdeführerin dem Rechtsanwalt am 31. Juli 2019 gegen 13:32 Uhr eine E-Mail, in der es heißt: „Ich habe das Gefühl, dass sie bauen mir absichtlich die Schaden“. Am 2. August 2019 gegen 21:45 Uhr schrieb sie ihm: „Sie bauen mir absichtlich Schaden“. Am 26. September 2019 gegen 17:47 Uhr schrieb sie ihm: „Weil sie mich mit Ihrem Gelderschleichen versuchen zu betrogen (...)“. Am 8. Oktober 2019 gegen 23:02 Uhr schrieb sie ihm: „jetzt werden wir ihre Betrug klären, ihre Inkompetenz (...)“.

Verurteilung wegen Beleidigung in vier Fällen. **Verfassungsbeschwerde erfolgreich** wegen Abwägungsausfall, BVerfG v. 16.1.2025 – 1 BvR 1182/24, BeckRS 2025, 1100

Fall 7

Im Jahr 2001 wurde eine Befristung der Nutzung der vorhandenen Kernkraftwerke in Deutschland beschlossen. Dazu wurde für jede Anlage eine Reststrommenge festgelegt, die auf einer Regellaufzeit einer Anlage von 32 Jahren beruhte. Es wurde die Möglichkeit eingeräumt, Produktionsrechte von älteren auf neuere Anlagen umzulegen. Insgesamt sollte sichergestellt werden, dass die Energieversorger noch einen angemessenen Gewinn erzielen können, bevor die Kraftwerke abgeschaltet werden müssen. Nach der Bundestagswahl im Jahr 2009 beschloss die neu gewählte Bundesregierung eine Laufzeitverlängerung, die durch eine Erhöhung der Reststrommenge zum Dezember 2010 realisiert wurde. Am 11. März 2011 kam es im japanischen Atomkraftwerk Fukushima zu einem Super-GAU. Als Reaktion darauf beschloss die Bundesregierung, die Nutzung der Kernenergie zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu beenden. Dazu wurden die erst im Dezember 2010 zugewiesenen Zusatzstrommengen wieder gestrichen und konkrete Abschalttermine für die einzelnen Kernkraftwerke festgelegt. Stellt dieses Vorgehen eine Enteignung nach Art. 14 III GG dar (nach BVerfGE 143, 246 ff.)?

Fall 7 – Hintergrund

Das Grundgesetz unterscheidet zwischen zwei eigentumsrelevanten Maßnahmen: Der Enteignung nach Art. 14 III GG und der Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG.

Ursprünglich nach Sonderopfertheorie quantitatives Verständnis von Enteignung: Besonders schwerwiegender, unzumutbarer oder sich als Sonderopfer besonderen Ausmaßes erweisender Eigentumseingriff, ohne dass zwingend ein gezielter, finaler Zugriff nötig ist und ohne dass nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu differenzieren ist (BGHZ 6, 270 [280]).

Kritik: Fließender Übergang aufgrund des „Schwerekriteriums“ macht Abgrenzung kaum präzise möglich; Betroffene können Eingriff dulden (damit Intensität steigern) und auf Sekundärebene gleich auf Entschädigung klagen.

Lösung: Strikte begriffliche Trennung von Enteignung und IuSb seit Nassauskiesungsbeschluss (BVerfGE 58, 300 ff.).

Fall 7 – Hintergrund

Enteignung ist danach die vollständige oder teilweise Entziehung vermögenswerter Rechtspositionen i.S.v. Art. 14 I GG durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Entscheidend sind demnach die Form und Zweckrichtung eines Eingriffs (sog. formaler Enteignungsbegriff).

Weitere Abgrenzung durch Pflichtexemplarentscheidung (BVerfGE 58, 137 ff.): Danach sind Konstellationen denkbar, in denen es an den Voraussetzungen der Enteignung fehlt und ein staatlicher Eingriff als luSb grundsätzlich zulässig ist, ein entschädigungsloses Eingreifen aber unverhältnismäßig und gleichheitswidrig ist. Diese für Ausnahmefälle gedachte ausgleichspflichtige luSb ergänzt die stets entschädigungspflichtige Enteignung und die generell entschädigungslos hinzunehmende luSb.

Eingriffsintensität ist daher kein entscheidendes Kriterium für Abgrenzung von Enteignung und luSb; eine besonders hohe Eingriffsintensität kann aber aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einer ausgleichspflichtigen luSb führen.

Fall 7 – Hintergrund

Definition des BVerfG: Enteignung ist die vollständige oder teilweise Entziehung vermögenswerter Rechtspositionen i.S.d. Art. 14 I 1 GG durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben in Gestalt einer Güterbeschaffung (jüngst nochmals ausführlich begründet durch BVerfGE 143, 246 [333 ff.]).

Seit dem Jahr 2001 beschränkt das BVerfG die Enteignung auf Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll (BVerfGE 104, 1 [10]).

Das Merkmal des **Güterbeschaffungsvorgangs** ist umstritten.

Fall 7 – Hintergrund

Pro

- Weiter Handlungsspielraum bei Bestimmung von Inhalt und Schranken bedeutet restriktiver Umgang mit Enteignung
- Klare Abgrenzung von IuSb und Enteignung
- Plausible Erklärung von entschädigungsloser Einziehung, Verfall und Vernichtung beschlagnahmter Güter
- Verhältnismäßigkeit ist durch Rückgriff auf ausgleichspflichtige IuSb gewahrt

Contra

- Für den Betroffenen ist es unerheblich, ob eine Güterbeschaffung erfolgt oder nicht
- Der Wortlaut des Art. 14 III GG verlangt nicht nach der Beschränkung, sodass nach dem Grundsatz effektiven und weitreichendes Rechtsschutzes von der Verwendung des restriktiven Merkmals abzusehen ist

Fall 7 – Lösung

Im Ausgangsfall mangels Güterbeschaffungsvorgangs keine Enteignung (BVerfGE 143, 246 [340]). Davon unabhängig: Sowohl die Befristung der Kraftwerkslaufzeiten als auch die Streichung der Zusatzstrommengen betreffen keine gegenüber dem Anlageneigentum selbständige enteignungsfähige Eigentumspositionen (BVerfGE 143, 246 [339 f.]).

Demnach liegen luSb vor, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen (BVerfGE 143, 246 [346]). Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung unter Berücksichtigung von Vertrauensschutz und Art. 3 I GG.

- Streichung der Zusatzstrommengen: angemessen, da nicht auf Eigenleistung beruhend (BVerfGE 143, 246 [353 ff.]).
- Festlegung fixer Abschalttermine: unverhältnismäßig, soweit sie dazu führen, dass die im Jahr 2002 zugewiesenen Reststrommengen nicht mehr im Wesentlichen innerhalb des eigenen Konzerns genutzt werden könnten (BVerfGE 143, 246 [357 ff.]).
- Keinerlei Ausgleichsregelungen: unverhältnismäßig für den Fall, dass Investitionen in die Kernkraftwerke durch die Streichung der im Jahr 2010 zugeteilten Zusatzstrommengen entwertet worden seien (BVerfGE 143, 246 [382 ff.]).
- Möglichkeit zur Beseitigung der festgestellten Verfassungsverstöße: angemessener finanzieller Ausgleich. Muss das zur Herstellung der Angemessenheit erforderliche Maß erreichen, das nicht zwingend dem vollen Wertersatz entspricht (BVerfGE 143, 246 [395]). Das ist die Figur der ausgleichspflichtigen luSb.

Fall 7 – Klausur

Die Abgrenzung von Enteignung und IuSb kann auf Ebene der Eingriffsprüfung oder im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung durchgeführt werden. Ausgangspunkt der Abgrenzung muss immer die Enteignung sein, weil diese begrifflich formalisiert worden ist und ihr Vorliegen im Ergebnis daher eindeutig bejaht oder verneint werden kann. Liegt demnach ein Eingriff vor, der keine Enteignung darstellt, so liegt eine IuSb vor.

Das Vorliegen einer Enteignung kann nach der Definition in einem ersten Schritt anhand einer Faustformel abgegrenzt werden, nach der eine Enteignung eine konkret-individuelle Maßnahme ist, die zum Entzug des Eigentums führt; die Inhalts- und Schrankenbestimmung ist demgegenüber eine abstrakt-generelle Regelung, die gerade nicht auf den Entzug des Eigentums gerichtet ist (vgl. BVerfGE 58, 300 [330 f.]).

Ist eine Abgrenzung danach nicht eindeutig möglich, muss das Problem vertieft erläutert werden.

Im Überblick: Eigentumsgarantie

Schutzbereich

- Definition: Jede vermögenswerte Rechtsposition, die dem Einzelnen (vergleichbar dem Sacheigentum nach dem BGB) als Ausschließlichkeitsrecht zugeordnet ist
- „normgeprägtes Grundrecht“

„Eigentumsrelevante Maßnahme“

- Enteignung, Art. 14 III GG, oder IuSb, Art. 14 I 2 GG

Rechtfertigung

Beachte auch Art. 15 GG im Zusammenhang mit aktueller Wohnungsknappheit

- Vergesellschaftung, Ermächtigung: Eingriff in genannte Güter, Abwehrrecht = Beschränkung auf diese Güter

Im Überblick: Berufsfreiheit

Schutzbereich

- Definition: Jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und/oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient (und die nicht schlechthin gemeinschädlich ist (str., aber nochmal bestätigt in BVerfG NJW 2020, 905 (Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung))
- Einheitliches GR der Berufsfreiheit (missverständlicher Wortlaut)
- Abgrenzung von Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie

Eingriff

- Objektiv oder subjektiv berufsregelnde Tendenz erforderlich

Rechtfertigung

- Schranke: einfacher GVB
- Schranken-Schranke: VHM unter Berücksichtigung der Drei-Stufen-Theorie (entweder im Zshg. mit Herleitung der VHM oder – eleganter – bei Prüfung des legitimen Ziels – aber auch spätestens dort!)

Im Überblick: Berufsfreiheit

BVerfG v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, NVwZ 2025, 400 = JA 2025, 345

*Polizeikosten bei Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga

GG Art. [2 I](#), [3 I](#), [III](#), [12 I](#), [14 I](#), [19 I](#), [III](#), [IV](#), [20 III](#), [70 I](#), [105](#); BremGebBeitrG § [4 IV](#)

1. Als Gebühren lassen sich öffentlich-rechtliche Geldleistungen verstehen, die aus Anlass individuell zurechenbarer Leistungen durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder eine sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und insbesondere dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistungen deren Kosten ganz oder teilweise zu decken oder deren Vorteil oder deren Wert auszugleichen. Sie beruhen auf dem Aspekt der Gegenleistung, also des Ausgleichs von Vorzügen und Lasten.
2. Die Verfassung kennt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem die polizeiliche Sicherheitsvorsorge durchgängig kostenfrei zur Verfügung gestellt werden muss. Sie ist keine allgemeine staatliche Tätigkeit, die zwingend ausschließlich aus dem Steueraufkommen zu finanzieren ist. Die Verfassung verlangt auch nicht, Polizeikosten nur Störerinnen und Störern oder solchen Personen aufzuerlegen, die nach den Vorschriften des Polizeigesetzes anstelle der Störerinnen und Störer in Anspruch genommen werden können oder die sich rechtswidrig verhalten.
3. Eine Gebühr ist nur dann angemessen, wenn sie auch tatsächlich als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare Leistung erhoben wird. Dabei hat der Gebührengesetzgeber zwar einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht unterwerfen will. Dieser Spielraum ist aber dann überschritten, wenn kein konkreter Bezug zwischen dem gesetzlich definierten Vorzug und dem Abgabepflichtigen mehr erkennbar ist.
4. Die individuell-konkrete Zurechenbarkeit kann insbesondere gegeben sein, wenn die öffentliche Leistung mit konkreten Vorteilen verbunden ist oder individuell veranlasst wurde, insbesondere bei einer das übliche Maß überschreitenden „Sondernutzung“ öffentlicher Sachen mit einer besonderen Inanspruchnahme begrenzter staatlicher Ressourcen.

Im Überblick: Berufsfreiheit

BVerfG v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, NVwZ 2025, 1754



*Altersgrenze für Anwaltsnotare – Verstoß gegen Berufsfreiheit

GG Art. [12 I](#); BNotO §§ [47](#) Nr. [2](#) Var. 1, [48a](#)

1. Die Berufsfreiheit nach Art. [12 I](#) GG hat eine wirtschaftliche und eine auf die Entfaltung der Persönlichkeit bezogene Dimension. Sie konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung sowie der Existenzgestaltung und -erhaltung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab.

2. Die Altersgrenze des vollendeten siebenzigsten Lebensjahres nach § [47](#) Nr. [2](#) Var. 1, § [48a](#) BNotO erreicht die mit ihr verfolgten legitimen Ziele – die Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der vorsorgenden Rechtspflege sowie einer (gerechten) Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen und den Schutz der Rechtspflege vor Gefahren durch eine altersbedingt nachlassende Leistungsfähigkeit von Notaren – in Folge eines nachhaltigen Bewerbermangels im Anwaltsnotariat und

BVerfG: *Altersgrenze für Anwaltsnotare – Verstoß gegen Berufsfreiheit (NVwZ 2025, 1754)

1755 


der heutigen Erkenntnisse zur Bedeutung des Alters für die Berufstüchtigkeit nur noch zu einem geringen Grad und schränkt die Berufsfreiheit unverhältnismäßig ein, soweit sie das Anwaltsnotariat betrifft.

Im Überblick: Berufsfreiheit

„Corona-Klausur“ – Direktiven:

- Teilweise ist bereits Geeignetheit der Maßnahme kritisch zu bewerten (800 qm Regelung, 2G Regelung)
- Hohe Hürde der Erforderlichkeit
- Befristung/Alter der Maßnahme
- Einschränkungen und Ausnahmen in RVO vorgesehen?
- Abmilderung der Maßnahme durch staatliche Hilfsprogramme?
- Bestehen eines Beurteilungs-/Ermessensspielraums?
- Regelmäßig Verbindung zu Art. 3 I GG (Restaurant -> Bar; Bar -> Shisha-Bar; Messe -> Volksfest)

BVerfG BeckRS 2020, 7210 (800 qm Regelung); BVerfG BeckRS 2020, 6938 (Fitnessstudio); BVerwG NVwZ 2023, 1830 (Fitnessstudio); OVG Saarlouis BeckRS 2020, 30643 (Gastronomie); OVG Saarlouis BeckRS 2022, 456 (2G); s. vor allem BVerwG NVwZ 2023, 1846 und OVG Saarlouis BeckRS 2022, 51575 (Gourmetrestaurant)

Zum berechtigten Feststellungsinteresse bei Normenkontrollantrag gegen außer Kraft getretene Corona-VO: BVerwG v. 5.1.2024 – 3 BN 2/23, BeckRS 2024, 1724 (Aufhebung OVG Saarlouis)

Fall 8

Die A ist verbeamtete Lehrerin. Sie nahm während der Dienstzeit an sog. Streikmaßnahmen der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) teil. Diese Teilnahme wurde durch die zuständigen Disziplinarbehörden mit Geldbußen geahndet. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Streikteilnahme stelle einen Verstoß gegen grundlegende beamtenrechtliche Pflichten dar. Insbesondere dürfe ein Beamter nicht ohne Genehmigung dem Dienst fernbleiben. A ist anderer Auffassung, da sowohl das Grundgesetz als auch die EMRK eine Art Grundrecht auf Streik verbürgten. Wer hat Recht (nach BVerfG NVwZ 2018, 1121 ff.)?

Fall 8 – Hintergrund

Die Frage nach einem „Beamtenstreikrecht“ bzw. „Beamtenstreikverbot“ wird im Schrifttum seit etwa 10 Jahren kontrovers diskutiert. Die Entscheidung des BVerfG kann als vorläufiger Schlusspunkt betrachtet werden und dürfte daher hohe Prüfungsrelevanz haben.

Ausgangspunkt ist die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 I, II GG.

- Vereinigung: Das gesamte Spektrum von Vereinen, Verbänden und Assoziationen aller Art, die sich durch einen freiwilligen Zusammenschluss und eine gewisse Stabilität auszeichnen (Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 Rn. 57).

Darüber hinaus schützt Art. 9 III GG die Koalitionsfreiheit.

- Koalition: Eine Vereinigung iSv Art. 9 I GG, deren Zweck in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht.
- Art. 9 III GG lässt sich die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfs entnehmen (ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 102).

Fall 8 – Hintergrund

Bei Beamten sind aber auch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 V GG zu beachten.

- Der Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, insbesondere unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind (BVerfG NVwZ 2018, 1121 Rn. 118).
- Das Streikverbot ist ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums (BVerwGE 149, 117 Rn. 31).

Schließlich muss Art. 11 EMRK berücksichtigt werden.

- EGMR NZA 2010, 1425 ff. und EGMR NZA 2010, 1423 ff.: Generelles Streikverbot für öffentlich Bedienstete in der Türkei ist mit Art. 11 EMRK unvereinbar.

Fall 8 – Lösung

Im Ausgangsfall kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass zwar der Schutzbereich von Art. 9 III GG auch für deutsche Beamte eröffnet ist (tendenziell anders noch BVerwGE 149, 117 Rn. 32: Schutzbereich nicht eröffnet wg. Art. 33 V GG), der Eingriff in Art. 9 III GG aber durch Art. 33 V GG gerechtfertigt (= verhältnismäßig) ist (BVerfG NVwZ 2018, 1121 Rn. 137 f., 156 ff.).

Abwägung zwischen Art. 9 III GG und Art. 33 V GG fällt zugunsten von Art. 33 V GG aus (BVerfG NVwZ 2018, 1121 Rn. 158).

- Funktionsfähigkeit des Staates
- Eingriff nicht unzumutbar schwer
- Alimentationspflicht des Staates kann gerichtlich überprüft werden
- Kein Rosinenpicken
- Streikrecht für bestimmte Beamtengruppen (Lehrer) löst Kettenreaktion aus

Fall 8 – Lösung

Einfluss der EMRK ändert daran im Ergebnis nichts (BVerfG NVwZ 2018, 1121 Rn. 163 ff., 176).

- EMRK ist als Auslegungshilfe im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen (völkerrechtsfreundliche Auslegung)
- Kein „Eingriff“ in Art. 11 I EMRK
- Abwägung zwischen Art. 11 I EMRK und Art. 33 V GG fällt „jedenfalls“ zugunsten von Art. 33 V GG aus

Entscheidung des BVerfG wurde durch EGMR NVwZ 2024, 221 bestätigt.

Fall 8 – Klausur

Der Umgang mit der EMRK bereit in der Klausurbearbeitung regelmäßig große Probleme. Die EMRK steht als völkerrechtlicher Vertrag nach Art. 59 II GG (nur) im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.

Die EMRK ist aber bei der Auslegung des einfachen Rechts und sogar des Verfassungsrechts zu berücksichtigen, da das Grundgesetz sich in Art. 1 II GG zu den Menschenrechten bekennt und dem Grundgesetz eine sog. Völkerrechtsfreundlichkeit immanent ist.

Drei Möglichkeiten: (1) Einfaches Gesetzesrecht konventionskonform auslegen; (2) bei Verfassungsrecht Reichweite und Grenzen des Schutzbereichs von Grundrechten im Lichte der EMRK auslegen; (3) EMRK im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigen

Empfehlung: In einem ersten Schritt sollte eine allein auf das nationale Recht beschränkte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden. Anschließend ist mit knappen Ausführungen zur Rechtsnatur der EMRK und ihrer Stellung in der deutschen Rechtsordnung neu anzusetzen. Sodann ist die einschlägige Vorschrift der EMRK unter (soweit bekannt) Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR heranzuziehen und zu prüfen, ob das zuvor nach nationalem Recht gefundene Ergebnis korrigiert werden kann.

Da das BVerfG jüngst einen „Eingriff“ in Art. 11 EMRK geprüft hat, ist es nicht grob falsch, Art. 11 EMRK wie ein kollidierendes Grundrecht (inkl. zweiter Verhältnismäßigkeitsprüfung) zu prüfen.

Im Überblick: APR (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG)

Schutzbereich

- Persönlich zunächst jede natürliche Person
 - P: nach Ansicht des BVerfG nicht bei Verstorbenen („Kohl-Protokolle“ BVerfG GRUR 2023, 360 = JuS 2023, 187)
 - P: juristische Person des Zivilrechts (+ BGH NJW 1986, 2951 [BMW]; - BVerfG NJW 1997, 1841; offen BVerfG NJW 2002, 3619)
- Sachlich: Schutz der Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand von besonderen Freiheitsrechten sind; Sicherung der Grundbedingungen dafür, dass der Einzelne seine Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren kann (BVerfG NJW 2020, 905; BVerwG NVwZ 2023, 1427)
- Häufig: Sphärentheorie („Spiegeleitheorie“), bestehend aus Intimsphäre (Tagebuch), Privatsphäre (Kommunikation) und Sozialsphäre (Ehrschutz, Recht am eigenen Bild, Wort, Namen)
- Darüber hinaus diverse besondere Ausprägungen: **Schutz der informationellen Selbstbestimmung** (BVerfG NJW 1984, 419 Volkszählung; NJW 2019, 827 automatisierte Kennzeichenerfassung; BVerfG NVwZ 2023, 159 namentliche Kennzeichnung von Polizisten) und **Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme; Zusammentreffen mit anderen Menschen** (BVerfG NJW 2022, 139 (Bundesnotbremse I)); **Resozialisierungsgebot** (BVerfG NVwZ 2023, 1320)

Eingriff

Rechtfertigung

- Voraussetzungen hängen mit beeinträchtigter Sphäre ab: nur in Privat- und Sozialsphäre besteht Möglichkeit der Rechtfertigung (VHM), wobei Maßstab in Privatsphäre strenger ist

Im Überblick: APR (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG)

Strafgesetzbuch

§ 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

BVerfG v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., (Examensklausur: JuS 2021, 1061)

APR in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben, welches Recht auf Selbsttötung und Freiheit, bei Dritten Hilfe zu suchen und in Anspruch zu nehmen, einschließt (Rn. 204 ff.) (= Freiheitsdimension)

Eingriff durch § 217 StGB kann nicht gerechtfertigt werden (Rn. 219 ff.)

VHM-Prüfung:

Legitimes Ziel ist der Schutz der Autonomie und des Lebens von Suizidwilligen (Rn. 227 ff.) (= Schutzdimension, Art. 1 I GG + Art. 2 II GG)

Hier großes P: Zusammenhang zwischen Sterbehilfe und Gefahr für Autonomie?

Strafbewehrtes Verbot ist geeignetes Instrument (Rn. 260 ff.)

Erforderlichkeit ist fraglich, kann aber dahinstehen (Rn. 263), da Regelung nicht angemessen (Rn. 264 ff.)

Zentrale Überlegung: Grenze des Schutzes der Autonomie wird überschritten, wenn freie Entscheidung **unmöglich** gemacht wird.

In eine ähnliche Richtung geht BVerfG v. 26.11.2024 – 1 BvL 1/24: **Krankenhausbehandlung bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen**

Im Überblick: APR (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG)

BVerfG v. 22.1.2020 – 1 BvR 556/19

Gründe:

1. Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Verfassungsbeschwerde als Vorsitzender einer Gewerkschaft gegen zivilgerichtliche Entscheidungen, die seine Klage auf Unterlassung der Verwendung seines Porträts zu Werbezwecken und auf Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr abgewiesen haben. Während die vom Beschwerdeführer vertretene Gewerkschaft mehrere mehrtägige flächendeckende Streiks bei der Deutschen Bahn AG durchführte, schaltete die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die eine Autovermietung betreibt, zunächst eine ganzseitige Werbeanzeige in der Süddeutschen Zeitung, die ein großformatiges Porträt des Beschwerdeführers nebst Namensangabe und der Berufsbezeichnung „Gewerkschaftsführer“ sowie darunter den Text „Unser Mitarbeiter des Monats“ – ergänzt um den Hinweis auf von der Beklagten bereitgestellte Mietwagen an Bahnhöfen – zeigte; bei einem späteren Streik schaltete sie eine weitgehend identische Anzeige mit dem Haupttext: „Schon wieder Mitarbeiter des Monats“.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), weil sie offensichtlich unbegründet ist.

Entgegen der Rüge des Beschwerdeführers haben die Fachgerichte den Schutzgehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers nicht verkannt. Mit der Formulierung, von einer Verletzung ideeller Interessen des Beschwerdeführers sei nicht auszugehen, will das Oberlandesgericht ersichtlich nicht aussagen, dass nur dessen kommerzielle Interessen im Raum stünden, sondern dass die Werbeanzeigen, wie es einen Satz zuvor betont, „über die satirisch-spöttische Anspielung“ hinaus gegenüber dem Beschwerdeführer „keinen herabsetzenden oder sonst für ihn negativen Inhalt“ haben. Dies hält sich ebenso im fachgerichtlichen Wertungsrahmen und lässt verfassungsrechtliche Fehler nicht erkennen wie die vor diesem Hintergrund vorgenommene Abwägung mit der Meinungsfreiheit der Beklagten, bei der das Oberlandesgericht maßgeblich darauf abgestellt hat, dass sich die Werbeanzeigen im zeitlichen Zusammenhang mit den Bahnstreiks mit einem gesellschaftsrelevanten Thema von großem öffentlichen Interesse auseinandersetzen und dabei in spöttischer, satirischer Weise auf die von der Gewerkschaft und dem Beschwerdeführer ersichtlich unbeabsichtigten Auswirkungen der Streiks aufmerksam machen.

Im Überblick: APR (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG)



OVG Schleswig: Videoaufsicht zur Vermeidung von Täuschungsversuchen bei Prüfungen

NJW 2021,
1407



Videoaufsicht zur Vermeidung von Täuschungsversuchen bei Prüfungen

GG Art. [2 I](#), [1 I](#), [3 I](#), [13](#); DS-GVO Art. [6](#), [7](#)

1. Dem Rechtsschutzsuchenden fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn er seine Rechtsstellung mit der begehrten gerichtlichen Entscheidung derzeit nicht verbessern kann.

2. Eine audio-visuelle Übertragung (Videoaufsicht) ist zur Vermeidung von Täuschungsversuchen bei Prüfungen geeignet.

OVG Schleswig, Beschluss vom 3.3.2021 – 3 MR 7/21

NJW-Übersicht

Unzulässigkeit des Antrags

Unbegründetheit des Antrags

Normenkontrollantrag in Hauptsache wahrscheinlich erfolglos

- Rechtsgrundlage von § 7 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen 2021
- Formelle Voraussetzungen gewahrt
- Materielle Voraussetzungen gewahrt
- Kein Verstoß gegen Art. 13 GG
- Kein Verstoß gegen Art. 2 I iVm Art 1 I GG
- Kein Verstoß gegen Art. 6 I UAbs. 1 DS-GVO

Folgenabwägung

Rn.

[4 ff.](#)

[15 ff.](#)

[20 ff.](#)

[21 ff.](#)

[23 ff.](#)

[27 ff.](#)

[31 ff.](#)

[37 ff.](#)

[58 ff.](#)

[61 ff.](#)

Verfassungsprozessrecht – Grobüberblick und Fragerunde

TEIL 1: GRUNDRECHTE

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. **Zuständigkeit des BVerfG**, Art. 94 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

II. **Beteiligtenfähigkeit**, § 90 I BVerfGG: „jedermann“ = Träger von Grundrechten (= grundrechtsfähig) = jede natürliche Person

P: Juristische Personen -> über Art. 19 III GG bei wesensmäßiger Anwendbarkeit

III. **Prozessfähigkeit**: Fähigkeit, Grundrechtsverletzung im eigenen Namen geltend zu machen

P: Minderjährige -> grundrechtsspezifische Einsichtsfähigkeit (h.M.) P: Juristische Personen -> Vertreter nötig

IV. **Beschwerdegegenstand**, § 90 I BVerfGG: „Akt der öffentlichen Gewalt“, Art. 1 III GG (Tun oder Unterlassen)

V. **Beschwerdebefugnis**, § 90 I BVerfGG: 1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

2. a) selbst b) unmittelbar c) gegenwärtig

P: Gesetze: Unmittelbarkeit (–), Vollzugsakt nötig, evtl. unzumutbar, vgl. § 90 II 2 BVerfGG (strafbewehrte Normen)

P: durch Zivilgerichte: Grundrechtsbindung, bzw. Grundrechtsgeltung unter Privaten

VI. **Rechtsschutzbedürfnis**

a) Rechtswegerschöpfung, § 90 II 1 BVerfGG b) Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, § 90 II 2 BVerfGG c) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

VII. **Form/Frist**, §§ 23, 93 I, III BVerfGG

P: Fristversäumnis, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, vgl. § 93 II BVerfGG

Vorbehalt des Gesetzes

TEIL 2: STAATSORGANISATIONSRECHT

Fall 9

Die Bundesregierung bezeichnet durch den Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit in einer Presseverlautbarung die »Transzendente Meditation« (TM) u.a. als Jugendsekte, deren Inhalte von nicht ausreichend qualifizierten Lehrern vermittelt würden und die zu psychischen Schäden bei Jugendlichen führen könnten. Die TM ist der Ansicht, dass die Bundesregierung nicht berechtigt sei, solche Äußerungen zu tätigen; denn die Bundesregierung greife in das Grundrecht aus Art. 4 I, II GG ein, wozu aber eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nötig sei, die jedoch fehle. Benötigt die Bundesregierung eine gesetzliche Grundlage, um die Äußerung tätigen zu dürfen (nach BVerwGE 82, 76 ff.; BVerfG [Kammer] NJW 1989, 3269 ff.; vgl. auch Fall 5)?

Fall 9 – Hintergrund

Fall 4 und das hiesige Problem hängen folgendermaßen zusammen: Macht jemand geltend, es werde durch Informations- bzw. Warntätigkeit der Regierung in seine Grundrechte eingegriffen und dieser Eingriff sei u.a. deshalb verfassungswidrig, weil es bereits an einer nötigen gesetzlichen Eingriffsgrundlage fehle, so ist zunächst problematisch, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt (siehe Fall 4). Ist dies nicht der Fall, kommt es auf das hiesige Problem nicht mehr an, denn dann gilt unstrittig der Gesetzesvorbehalt nicht. Liegt indes ein Grundrechtseingriff vor, so ist fraglich, ob nicht ausnahmsweise dennoch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage entbehrlich ist. Dies ist umstritten.

Fall 9 – Hintergrund

Gegen die Geltung des Gesetzesvorbehalts spricht, dass

- Sich die Ermächtigung der Regierung bereits aus den Art. 62 ff. GG ergibt, da die Regierung auf aktuelle, Streitige und die Öffentlichkeit erheblich berührende Fragen staatsleitend Einfluss nehmen darf.
- Mit der Ausdehnung des Eingriffsbegriffs nicht auch zwingend die Geltung des Gesetzesvorbehalts ausgedehnt werden muss.

Für die Geltung des Gesetzesvorbehalts spricht, dass

- Die Regierung Teil der Exekutive ist und insofern kein Sonderrecht gelten darf.
- Ähnliche Ermächtigungsgrundlagen auch im Polizeirecht existieren und dort mit den Generalklauseln Auffangtatbestände geschaffen wurden.
- Öffentlichkeitsarbeit nicht immer mit einem Grundrechtseingriff einhergeht, die Bundesregierung also auch weiterhin (ohne Eingriff) informieren kann.

Der Gesetzesvorbehalt gilt immer, wenn sich eine Maßnahme nach ihrer Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz für eine staatliche Maßnahme darstellt, die die Voraussetzungen des klassischen Eingriffsbegriffs erfüllen würde. In einem solchen Fall muss sichergestellt sein, dass der Vorbehalt des Gesetzes nicht durch Wahl eines funktionalen Äquivalents eines Eingriffs umgangen wird (BVerfGE 105, 279 [303]; ähnlich auch BVerwG NVwZ-RR 2015, 425 [426]).

Fall 9 – Lösung

Als Anhänger der Ansicht, die nicht vom Bestehen des Gesetzesvorbehalts ausgeht, ging das BVerwG von der Zulässigkeit der Warnung durch die Bundesregierung aus (BVerwGE 82, 76 [80 f.]). Für eine Umgehung (Ausnahmekonstellation) liegen keine Anzeichen vor. Nach der Gegenansicht ist, wenn man einen Grundrechtseingriff annimmt, eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

Fall 9 – Klausur

Häufig wendet sich der Betroffene gegen die Information bzw. Warnung der Bundesregierung, sodass nicht isoliert deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen ist. Die richtige Klageart ist in diesem Fall die allgemeine Leistungsklage, da die Information bzw. Warnung kein Verwaltungsakt ist. In der Begründetheit dieser Klage wären dann die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs zu prüfen. Sollen nicht nur zukünftige Äußerungen verhindert werden, sondern auch ein Widerruf der Äußerungen erreicht werden, so ist zusätzlich der Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen.

Im Überblick: Allgemeiner GVB

Herleitung: Art. 20 III GG (Rechtsstaatsprinzip), Freiheitsgrundrechte, Art. 20 I, II GG (Demokratieprinzip)

Ausgangspunkt: auch Gesetze im materiellen Sinne (RVO, Satzung) reichen aus

Wesentlichkeitstheorie: Parlament muss „wesentliche“ Grundentscheidungen selbst treffen = Parlamentsvorbehalt

- Wesentlich: vor allem, wenn grundrechtsrelevant
- Verknüpfung mit Bestimmtheitsgrundsatz: Je-Desto-Formel = Je grundrechtsintensiver eine staatliche Maßnahme, desto weitreichender ist Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts und damit die erforderliche Regelungsdichte (BVerfGE 58, 257 [274]).
- BVerwG NVwZ 2023, 1846 und OVG Saarlouis BeckRS 2022, 51575 (Gourmetrestaurant)

Im Überblick: Rückwirkung

Differenzierung: **Unechte** und **echte** Rückwirkung

Regelfall: Norm entfaltet Rechtswirkung ab Inkrafttreten und für Lebenssachverhalte in der Zukunft

- Beispiel: Einkommenssteuerreform im Jahr 2022 für Steuerjahr 2024 und folgende

Unecht: Norm greift rückwirkend auf bereits begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Lebenssachverhalte ein

- Beispiel: Einkommenssteuerreform im Jahr 2022 für Steuerjahr 2022 und folgende
- Grundsätzlich zulässig, weil Vertrauensschutz nicht/kaum auf Bestand günstiger Rechtslage gerichtet

Echt: Norm greift rückwirkend auf bereits begonnene und auch schon abgeschlossene Lebenssachverhalte ein

- Beispiel: Einkommenssteuerreform im Jahr 2022 für Steuerjahr 2021 und folgende
- Grundsätzlich unzulässig, weil Vertrauensschutz > Reforminteresse, aber: **Ausnahmen!**

Im Überblick: Rückwirkung

BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19 , NJW 2021, 1222

Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze. Es gilt nicht, soweit sich ausnahmsweise kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage nicht schutzwürdig war.

Falltypen sind Ausprägungen des Grundgedankens, dass allein zwingende Gründe des gemeinen Wohls oder ein nicht – oder nicht mehr – vorhandenes schutzbedürftiges Vertrauen des Einzelnen eine Durchbrechung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots zugunsten der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers rechtfertigen oder gar erfordern können.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen ist anerkanntermaßen gegeben, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung vertrauen durften, sondern mit deren Änderung rechnen mussten.

Vertrauensschutz kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste, oder wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden.

Dasselbe gilt, wenn im Laufe der Zeit (durch Entwicklungen in der Rechtsprechung) ein Zustand allgemeiner und erheblicher Rechtsunsicherheit eingetreten war und für eine Vielzahl Betroffener Unklarheit darüber herrschte, was rechtens sei.

Der Vertrauensschutz muss ferner zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern, wenn der Bürger sich nicht auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen durfte oder wenn durch die sachlich begründete rückwirkende Gesetzesänderung kein oder nur ganz unerheblicher Schaden verursacht wird (sog. Bagatellvorbehalt).

Parteien und Wahl

TEIL 2: STAATSORGANISATIONSGRECHT

Fall 10

Im August 2013 nahm der Bundespräsident an einer Gesprächsrunde vor mehreren hundert Berufsschülern in Berlin-Kreuzberg teil. Anlass war die bevorstehende Bundestagswahl. Aus dem Publikum wurde der Bundespräsident gefragt, ob er es gutheißen würde, dass in manchen Berliner Stadtteilen Wahlplakate der NPD abgerissen werden. Der Bundespräsident antwortete, es gäbe viele andere Möglichkeiten, sich »gegen Rechtsradikale zu verteidigen«. Dazu führte er näher aus: »Eine freie Gesellschaft kann den Irrtum nicht verbieten und kann auch nicht verbieten, dass irrige Meinungen geäußert werden. Die können wir bekämpfen. Und wir bekämpfen die. Und das beruhigt mich. Wir brauchen da auch nicht nur unsere staatlichen Instanzen – die brauchen wir auch manchmal –, aber wir brauchen da Bürger, die auf die Straße gehen, die den Spinnern ihre Grenzen aufweisen und die sagen ‚bis hierher und nicht weiter‘. Und dazu sind Sie alle aufgefordert«. Der Bundesverband der NPD sieht sich durch diese Äußerungen in seinem Recht auf Chancengleichheit bei Wahlen verletzt. Zu Recht (nach BVerfGE 136, 323 ff.)?

Fall 10 – Hintergrund

Die Informationen und Warnungen in den Fällen 4 und 9 betreffen meist eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, die außerhalb des Staatsapparats steht. Die Grenze der Äußerungsbefugnis markieren in diesen Fällen die Grundrechte (vgl. *Milker* JA 2017, 647 [649 f.]).

Politische Äußerungen betreffen meist politische Parteien, die um ihren Einfluss im Staatsgefüge kämpfen. Dies berührt den (primär) aus Art. 21 I 1 GG abzuleitenden Anspruch auf Chancengleichheit, der in Wahlkampfzeiten durch Art. 38 I GG oder Art. 28 I GG ergänzt wird (sehr ausführlich BVerfGE 138, 102 [109 ff.]).

Fall 10 – Hintergrund

Negative Werturteile staatlicher Stellen über politische Parteien sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung grundsätzlich zulässig. Diese werden allerdings unzulässig, wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruhen und damit den Anspruch der betroffenen politischen Partei auf gleiche Wettbewerbschancen willkürlich beeinträchtigen (BVerfGE 40, 287 [291 ff.]; 133, 100 [108]). Vor allem auf den Wahlkampf dürfen Staatsorgane nicht als solche parteiübergreifend zugunsten oder zulasten einer politischen Partei einwirken (BVerfGE 44, 125 [141 ff.]; 138, 102 [110 f.]).

Wann jenseits dieser Willkür-Schranke eine die Gleichheit der Wettbewerbschancen beeinträchtigende Wirkung vorliegt, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Je größer der Sachbezug einer Äußerung ist und je weniger auf Parteien oder die Wahl ausdrücklich hingewiesen wird, desto geringer ist die Neutralitätspflicht. Je näher Zeitpunkt und Ort einer Äußerung zur Wahl stehen, desto höher ist die Neutralitätspflicht (*Gusy NVwZ* 2015, 700 [703 f.]). Der anzulegende Maßstab ist unter Zugrundelegung der dem jeweiligen Staatsorgan durch die Verfassung zugewiesenen Rechte und Pflichten zu bestimmen (BVerfGE 138, 102 [112]).

Fall 10 – Hintergrund

Bundespräsident

- Repräsentations- und Integrationsfunktion; muss Gefahren für Verfassung benennen können.
- Eingeschränkte Neutralitätspflicht: Stellungnahmen müssen Gemeinwohlziel verpflichtet sein und dürfen nicht auf Ausgrenzung oder Begünstigung einer Partei um ihrer selbst willen angelegt sein (BVerfGE 136, 323 [335]; 138, 102 [112]).

(Bundes-)Regierung

- Staatsleitungsfunktion und Kompetenz zur Öffentlichkeitsarbeit (s. Fall 9), aber direkte Konkurrenz im politischen Meinungskampf; keine Wahlwerbung aus günstiger Position heraus.
- Strenge Bindung an Neutralitätspflicht: Inhaber eines Regierungsamtes darf nicht Möglichkeiten nutzen, die ihm aufgrund des Regierungsamtes zur Verfügung stehen und den politischen Wettbewerbern verschlossen sind (BVerfGE 138, 102 [118]; 140, 225 [227]).

(Ober-)Bürgermeister

- Kompetenz aus Art. 28 II 1 GG; Äußerungsbefugnis besteht aufgrund der politischen Funktion des Amtes (BVerfG NVwZ 2018, 433 [434]).
- Reichweite der Bindung an Neutralitätspflicht str., wohl ähnlicher Maßstab wie bei Regierung (OVG Münster NVwZ 2017, 1316 [1319]; s. zu ähnlich gelagertem Problem OVG Lüneburg NVwZ 2024, 1855; VGH Mannheim NVwZ 2025, 1634).

Fall 10 – Hintergrund

In der Vergangenheit kam es auch zu Äußerungen gegenüber PEGIDA (Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes) sowie ihren Ablegern.

Bei diesen soll die aus Art. 21 GG abgeleitete Neutralitätspflicht nicht – auch nicht entsprechend – gelten (so BVerwG NVwZ 2018, 433 [435]). Es bliebe nur der Rückgriff auf die Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 III GG) und das – im Vergleich zum Neutralitätsgebot weitaus weniger strenge – allgemeine Sachlichkeitsgebot (so BVerwG NVwZ 2018, 433 [435]; näher dazu BVerfGE 105, 252 [272]).

Nach anderer Ansicht haben auch politische Vereinigungen große Bedeutung für die politische Meinungsbildung. Zudem sei der Grundrechtsschutz nach Art. 5 I GG und Art. 8 I GG zu berücksichtigen. Auch Äußerungen gegenüber politischen Vereinigungen seien daher an der staatlichen Neutralitätspflicht zu messen (so *Spitzlei* JuS 2018, 856 [859]; *Wahnschaffe* NVwZ 2016, 1767 [1769 ff.]).

Fall 10 – Lösung

Im Beispielsfall hat das BVerfG in der Äußerung des Bundespräsidenten keine Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit gesehen. Der Bundespräsident habe sich gegen geschichtsvergessene rechtsradikale und fremdenfeindliche Überzeugungen gewandt und dazu aufgerufen, mit demokratischen Mitteln zu verhindern, dass sich diese Überzeugungen durchsetzen. Damit bewege er sich im Rahmen seiner Repräsentations- und Integrationsfunktion. Mit der Bezeichnung als »Spinner« sei keine unzulässige unsachliche Ausgrenzung verbunden. Die Zuspitzung sollte den Teilnehmern der Veranstaltung die Unbelehrbarkeit der Angesprochenen verdeutlichen und hervorheben, dass diese ihre Ideologie vergeblich durchzusetzen versuchten, wenn die Bürger ihnen »ihre Grenzen aufweisen«. Der Aufruf des Bundespräsidenten zu bürgerschaftlichem Engagement sei als Werbung für die dem Grundgesetz entsprechende Form der Auseinandersetzung mit solchen Ansichten zulässig (BVerfGE 136, 323 [336 ff.]).

Ebenfalls kein Verstoß bei BVerfGE 138, 102 (**Schwesig**), NdsStGH NVwZ 2021, 147 (**Weil**) und VerfGH RLP NVwZ 2025, 921 (**Dreyer**); Verstoß hingegen bei BVerfGE 148, 11 (**Wanka**); BVerfG NJW 2020, 2096 (**Seehofer**); BVerfG NVwZ 2022, 1113 (**Merkel**) (= JuS 2022, 789) und BVerwG NVwZ 2018, 433 (**Licht aus**).

Keine Bindung an Neutralitätsgebot, sondern lediglich Sachlichkeitsgebot bei Äußerung eines Senatsmitglieds in der Hamburger Bürgerschaft, HmbVerfG NVwZ 2025, 1677

Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots parteipolitischer Neutralität durch die Mitgliedschaft einer Kommune in der Allianz gegen Rechtsextremismus

Art. [3 I](#), [5 I](#), [21 I](#), [28 II](#) GG

Äußert sich eine Vereinigung, die mehrheitlich von Privaten, aber auch von Kommunen gebildet wird, in der Öffentlichkeit kritisch über eine bestimmte Partei, so hat der Kreisverband dieser Partei wegen einer Verletzung des Rechts auf politische Chancengleichheit einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gegen eine Kommune auf den Austritt aus der Vereinigung. (Leitsatz des Verfassers)

BayVGh, Urteil vom 14.11.2024 – 4 B 23.2005, NVwZ 2025, [611](#) = BeckRS 2024, [31652](#)

Professor Dr. Thomas Spitzlei, Universität Bayreuth

A. Sachverhalt (vereinfacht)

Die Stadt Nürnberg ist Mitglied in der „Allianz gegen Rechtsextremismus in der Metropolregion Nürnberg“, einem eingetragenen Verein, dem 165 Städte, Gemeinden und Landkreise sowie 322 zivilgesellschaftliche Organisationen und Institutionen angehören. Der Verein hatte sich vor und nach der Kommunalwahl in Pressemitteilungen kritisch zur AfD geäußert. Die AfD-Fraktion im Stadtrat von Nürnberg beantragte daraufhin bei dem Oberbürgermeister den Austritt der Stadt aus dem Verein. Da der Oberbürgermeister und die Rechtsaufsichtsbehörde dafür keine Veranlassung sahen, erhob die Stadtratsfraktion Klage gegen die Mitwirkung der Stadt an der Allianz.

Die Revision ist anhängig beim BVerwG!

Im Überblick: Wahlgleichheit

Nach Art. 38 I 1 GG werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Von diesen sog. Wahlgrundsätzen wirft der Grundsatz der Gleichheit der Wahl die meisten Fragestellungen auf.

Dauerbrenner ist in diesem Zusammenhang die **Sperrklausel** nach § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG. Häufig lassen sich Probleme an den Begriffen „Zählwertgleichheit“ oder „Erfolgswertgleichheit“ festmachen.

Achtung: Wahlrechtsreform 2023: **Grundmandatsklausel** nach § 6 III 1 Alt. 2 BWahlG aF ist **gestrichen worden!**

Exkurs: Wahlrechtsreform 2023

§ 1 II 1 BWahlG normiert nunmehr eine (reine?) **Verhältniswahl** (so jedenfalls Schönberger NVwZ 2023, 785). Damit wurde der nach dem bisherigen Wahlrecht maßgebliche Grundsatz der personalisierten Verhältniswahl (scheinbar) aufgegeben.

Die Wählerinnen und Wähler haben aber weiterhin eine Erst- und eine Zweitstimme, die Gesamtzahl der Sitze im Bundestag und die Verteilung auf die Parteien erfolgt jedoch ausschließlich nach dem Anteil der für die jeweiligen Parteien abgegebenen Zweitstimmen (§ 4 I BWahlG). Die Kandidaten, die in ihrem Wahlkreis die meisten Erststimmen erlangt haben, ziehen nicht mehr „automatisch“ in den Bundestag ein (wie dies zuvor § 5 BWahlG aF vorsah), sondern nur insoweit, als jeweils der den Kandidaten stellenden Partei auch Sitze entsprechend ihrem Zweitstimmenergebnis zustehen (Verfahren der Zweitstimmendeckung, § 6 I 4 BWahlG).

Ziel: Verkleinerung des Parlaments auf neue feste Größe von 630 Abgeordneten.

Problem: Durch Wegfall der Grundmandatsklausel „rettet“ eine Partei auch nicht das Erringen von drei Direktmandaten, wenn $< 5\%$ (Groß NVwZ 2023, 1282). Verfahren (u.a. Regierung Freistaat Bayern + CSU) vor dem BVerfG → **§ 4 II 2 Nr. 2 ist mit Art. 21 I, 38 I 1 GG unvereinbar**; Fortgeltung bis zu einer Neuregelung mit alter Grundmandatsklausel

BVerfG v. 30.7.2024 – 2 BvF 1/23, NVwZ 2024, 1323 (= JuS 2024, 899, JA 2024, 875)

Im Überblick: Wahlgleichheit

Besondere Beachtung verdienen ferner Sperrklauseln auf Landesebene (Landtags- und Kommunalwahlen, Gleichheit über Art. 28 I 2 GG) sowie europäischer Ebene (Wahl zum Europäischen Parlament, Gleichheit als allgemein gültiger Wahlgrundsatz).

Der Funktion und Struktur einer Vertretungskörperschaft kommt für die verfassungsrechtliche Bewertung jeweils entscheidendes Gewicht zu.

BVerfG: § 6 III 1 Alt. 1 BWahlG aF (= § 4 II 2 Nr. 2 BWahlG) ist verfassungskonform (zuletzt DÖV 2017, 1004). Anders erstmals auf kommunaler Ebene (Schleswig-Holstein) BVerfGE 120, 82 (115 ff.) und auf europäischer Ebene (5 %) BVerfGE 129, 300 (335 ff.) und (3 %) BVerfGE 135, 259 (291 ff.).

Sperrklauseln bei Kommunalwahlen werden unterschiedlich bewertet. Verfassungswidrigkeit (2,5 %) VerfGH NRW NVwZ 2018, 159 (165 ff.); (5 %) VerfGH Thür NVwZ-RR 2009, 1 (2 ff.).

Verfassungskonformität (5 %) VerfGH Bay BeckRS 2014, 57712. Differenzierend VerfG Hbg DVBl 2013, 304 (307 f.) und VerfG Hbg NVwZ 2016, 381 (383 ff.) – Verfassungskonformität nur bei Sperrklausel (3 %) in Landesverfassung.

Problem: § 13 BWahlG

BVerfG NJW 2019, 1201: § 13 Nr. 2, 3 BWahlG aF verstößt gegen Allgemeinheit der Wahl und Art. 3 III 2 GG

Differenzierungen hinsichtlich der aktiven oder passiven Wahlberechtigung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets „zwingende“ Gründe, die durch Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl sind.

Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht.

Auch Art. 3 III 2 GG verlangt zwingende Gründe bei Benachteiligung: Wenn einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlen, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind.

Problem: § 13 BWahlG

Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht und auf der Grundlage einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ungleichbehandlung muss zum Schutz eines anderen, mindestens gleichwertigen Verfassungsguts geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Legitimer Zweck: Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes

Geeignetheit: Nur, wenn Personengruppe betroffen bei der die Möglichkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess nicht in hinreichendem Umfang besteht

- Problem: Die Überprüfung der für eine selbstbestimmte Wahlentscheidung erforderlichen Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit ist nicht Gegenstand des Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers gemäß § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- Aber: Umfangreiche und tiefgehende Überprüfung sämtlicher Lebensbereiche vor Bestellung eines Betreuers. Prognose des Gesetzgebers daher nicht ganz fernliegend.
- Aber hier: Überschreitung der Grenzen zulässiger Typisierung, daher gleichheitswidrig
- Nicht bei allen Personen mit Betreuungsbedarf wird Betreuer bestellt (familiäre Betreuung). Umgekehrt trifft Prognose nicht bei jeder Person mit Betreuer zu. Ausmaß der Vorteile einer Typisierung (Praktikabilität) muss Nachteile (s.o.) aufwiegen. Hier aber weder zahlenmäßig noch qualitativ der Fall

Ganz ähnliche Erwägungen gelten für § 13 Nr. 3 BWahlG aF (Ausschluss von Personen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden)

Problem: Paritégesetze

§ 25 III Landeswahlgesetz Brandenburg

Frauen und Männer sollen gleichermaßen bei der Aufstellung der Landesliste berücksichtigt werden. Hierzu bestimmt die Landesversammlung 1. die Liste der Bewerbenden und ihre Reihenfolge für die für Frauen reservierten Listenplätze der Landesliste, 2. die Liste der Bewerbenden und ihre Reihenfolge für die für Männer reservierten Listenplätze der Landesliste und 3. aus welcher der beiden Listen der erste Listenplatz der Landesliste besetzt wird. Die **geschlechterparitätische Landesliste wird abwechselnd** unter Berücksichtigung der Entscheidung für den ersten Listenplatz und der von der Landesversammlung bestimmten Reihenfolge aus den beiden Listen gebildet. Ist bei der geschlechterparitätischen Bildung der Landesliste nur eine der beiden Listen erschöpft, so kann auf der Landesliste nur noch eine weitere Person aus der anderen Liste benannt werden. Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, können frei entscheiden, für welche der Listen sie sich um einen Listenplatz bewerben wollen. Die Sätze 3 bis 6 finden keine Anwendung auf Parteien, politischen Vereinigungen oder Listenvereinigungen, die satzungsgemäß nur ein Geschlecht aufnehmen und vertreten wollen.

Problem: Beeinträchtigung der Wahlgleichheit (Wahlvorschlagsrecht), der Parteienfreiheit und von Grundrechten

Mögliche Rechtfertigung: Art. 3 II 2 GG und Demokratieprinzip (Repräsentation von Frauen (annähernd) entsprechend ihrem Anteil an Bevölkerung)

- Im Demokratieprinzip wurzelt aber zentrales Problem: „Volk“ wird durch zwei geschlechtsspezifische Gruppen abgelöst.

Problem: Paritégesetze

Gleichstellung im Landtag

Thüringer Paritätsgesetz wackelt

FDP, CDU und AfD wollen das erst im Januar in Kraft getretene Gesetz wieder abschaffen. Auch bei schnellen Neuwahlen gäbe es ein Problem.



Abgeordnete im Plenarsaal während einer Aktuellen Stunde im Dezember Foto: Martin Schutt/dpa

BERLIN taz | Das Thüringer Paritätsgesetz steht auf der Kippe. Im Juli hatte das Land als zweites Bundesland nach Brandenburg beschlossen, die Listenplätze aller Parteien für Landtagswahlen künftig abwechselnd mit Frauen und Männern zu besetzen. Nun allerdings könnte ein Antrag der FDP-Fraktion von Ende Januar – noch vor der Wahl Thomas Kemmerichs – Folgen haben: Die Fraktion will das Gesetz rückgängig machen. „Wir haben ein echtes Problem“, sagte die Grünen-Abgeordnete Madeleine Henfling der taz. Denn beide Wege, die nun möglich sind, heißen entweder für das Gesetz oder das Bundesland Thüringen nichts Gutes.

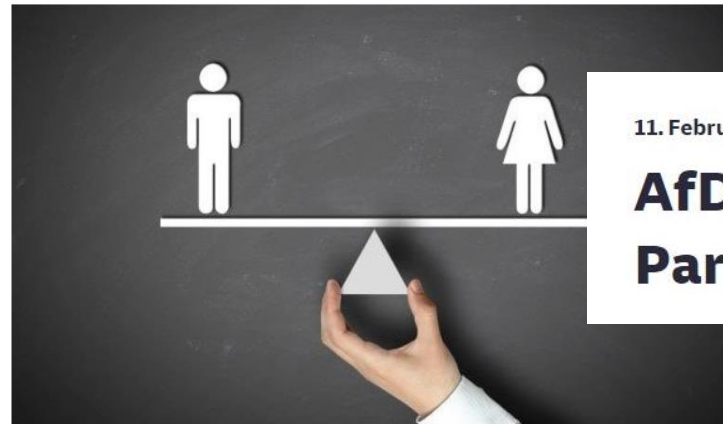
Falls sich der Landtag nicht vorher auflöst, steht Anfang März die Annullierung des Gesetzes auf der Tagesordnung. Seit der Wahl haben Union, AfD und FDP dort eine Mehrheit. AfD und Union stimmten bereits im Juli gegen das Gesetz von Rot-Rot-Grün, von beiden Fraktionen sind Klagen vor dem Landesverfassungsgericht anhängig. „Die FDP bringt ein Gesetz ein, von dem sie genau weiß,

| Brandenburger Paritätsgesetz

Schritt zur gleichberechtigten demokratischen Teilhabe

von Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski

15.02.2019



© christianchan-stock.adobe.com

11. Februar 2020, 16:14 Uhr Landtag - Erfurt

AfD-Klage gegen neues Thüringer Paritätsgesetz

Ende Januar verabschiedete Brandenburg das erste paritätische Wahlgesetz in Deutschland. In zehn weiteren EU-Staaten gibt es ähnliche Regelungen. Für Silke Laskowski beendet das Gesetz einen langjährigen Verfassungsverstoß.

Problem: Paritégesetze

ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, NVwZ 2020, 1266:

- Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl (aktiv wie passiv) und der Gleichheit der Wahl (bezogen auf Wahlvorschlagsrecht)
- Beeinträchtigung der Gründungs- und Betätigungsfreiheit, welche auch Organisations- und Programmfreiheit umfasst, und der Chancengleichheit politischer Parteien
- Maßstab für RF: (besonders) zwingende verfassungsrechtliche Gründe
- Demokratieprinzip: keine sog. Spiegelungstheorie im deutschen Verfassungsrecht; Volk ist gesamtes Volk
- Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung: nicht auf Integration des männlichen und weiblichen Geschlechts gerichtet, weil dies keine politischen Kräfte sind
- Gleichstellung, Art. 3 II 2 GG: fraglich, ob überhaupt „zwingender“ Belang. In Entscheidung unerheblich, weil in LV noch weiterreichende Regelung („verpflichtet, Gleichstellung zu fördern/sichern“), die jedoch nicht hinreichend gewichtig ist, um Beeinträchtigung zu rechtfertigen (dazu abweichende Meinungen in Sondervoten!)

Ganz ähnlich: VerfG Bbg, 23.10.2020, NJW 2020, 3579. Sehr kritisch auch BVerfG, 15.12.2020, NVwZ 2021, 469 (JuS 2021, 897); bestätigt in BVerfG, 6.12.2021, NVwZ 2022, 1788 (JuS 2022, 381). Klausuren: *Gröpl/Becker/Heck* JuS 2020, 961; *Neuffer* JURA 2022, 1353.

Problem: Wählbarkeit zum Bürgermeister

OVG Koblenz v. 25.8.2025 – 10 B 11032/25.OVG, NVwZ 2025, 1621

(bestätigt durch VerfGH RhPf v. 17.9.2025 – VGH B 27/25; VB unzulässig, BVerfG v. 16.9.2025 – 2 BvR 1399/25)

Zulassung zur OB-Wahl in Ludwigshafen

RhPfGemO §§ [5](#), [53](#), [54](#); GG Art. [19 IV](#), [28](#), [33](#); RhPfKWG §§ [23](#), [48](#), [50](#); RhPfVerf Art. [50](#), [76](#), [124](#), [125](#)

1. Bei Kommunalwahlen können Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen, grundsätzlich allein mit den in den Wahlvorschriften vorgesehenen Rechtsbehelfen im nachträglichen Wahlprüfungsverfahren angefochten werden; etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn bei summarischer Prüfung bereits vor der Wahl festgestellt werden kann, dass das Wahlverfahren an einem offensichtlichen Fehler leidet, der in einem Wahlprüfungsverfahren zur Erklärung der Ungültigkeit der Wahl führen wird.
2. Zur Verfassungsmäßigkeit von § [53 III](#) 1 RhPfGemO, wonach wählbar zum Bürgermeister nur ist, wer die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt.

Bundespräsident und Bundesregierung

TEIL 2: STAATSORGANISATIONSGRECHT

Fall 11

Der Bundestag beschließt mit Zustimmung des Bundesrates ein Haushaltskonsolidierungsgesetz, das u.a. zahlreiche Förderungsleistungen, Steuervergünstigungen und dergleichen für Ehepaare und Personen mit Kindern streicht. Dem Bundespräsidenten wird das Gesetz zur Ausfertigung vorgelegt. Er hat Zweifel, ob das Gesetz mit Art. 6 GG vereinbar ist. Er beabsichtigt, die Ausfertigung des Gesetzes zu verweigern. Ist er dazu berechtigt?

Fall 11 – Hintergrund

Für die Ausfertigung von Gesetzen ist nach Art. 82 I 1 GG der Bundespräsident zuständig. Ob und in welchem Umfang diesem ein Prüfungsrecht mit der Konsequenz der Möglichkeit, die Ausfertigung zu verweigern, zukommt, wird seit Jahrzehnten diskutiert.

Unumstritten ist, dass der Bundespräsident **kein politisches Prüfungsrecht** hat, da darin ein unzulässiger Eingriff in die politische Staatsleitung durch das Parlament und die Bundesregierung läge.

Fall 11 – Hintergrund

Nach fast einhelliger Auffassung besteht hingegen ein **formelles Prüfungsrecht**.

Dies bedeutet, dass der Bundespräsident ein Gesetz daraufhin überprüfen darf, ob die verfahrensmäßigen Vorraussetzungen für das Zustandekommen des Gesetzes vorliegen; diese umfassen die Art. 76–78 GG (sowie die – praktisch indes bisher bedeutungslosen – Art. 81 II 1, 115d II 3 GG) und die Zuständigkeitsnormen für den Bundesgesetzgeber der Art. 70–75 GG.

Argumente: Wortlaut von Art. 82 I 1 GG spricht von nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes »zustande gekommenen« Gesetzen und zielt daher auf das Verfahren ab; systematische Stellung von Art. 82 GG im VII. Abschnitt des Grundgesetzes über das Gesetzgebungsverfahren.

Fall 11 – Hintergrund

Bis heute umstritten ist, ob ein **materielles Prüfungsrecht** besteht, wobei drei Ansichten zu unterscheiden sind.

Umfassendes materielles Prüfungsrecht

- Amtseid nach Art. 56 S. 1 GG
- Bindung an Verfassung nach Art. 20 III GG und Art. 1 III GG
- Es gibt keine partielle Verfassungsbindung bei schwerwiegenden Fehlern

Beschränkung auf Evidenzkontrolle

- Keine Gleichstellung mit BVerfG, aber der Bindung an Verfassung Rechnung tragen

Kein materielles Prüfungsrecht

- Bewusst schwache Stellung im Grundgesetz (anders als in WRV)
- BVerfG gewährleistet lückenlose Kontrolle

Fall 11 – Lösung

Da sich der Bundespräsident im Beispielsfall nicht auf Fehler im Gesetzgebungsverfahren, sondern auf die fehlende (materielle) Vereinbarkeit mit Art. 6 GG beruft, ist entscheidend, ob ihm durch Art. 82 I GG auch ein materielles Prüfungsrecht eingeräumt wird. Nur, wenn man ein solches bejaht, handelt er im Beispielsfall rechtmäßig.

Fall 11 – Klausur

Das Problem wird regelmäßig mit einem Organstreitverfahren verknüpft sein. Da der Bundespräsident unstreitig Beteiligter sein kann, ergeben sich insofern allenfalls Probleme auf Seiten des Antragstellers (Bundestagfraktion, mehrere Abgeordnete, einzelner Abgeordneter).

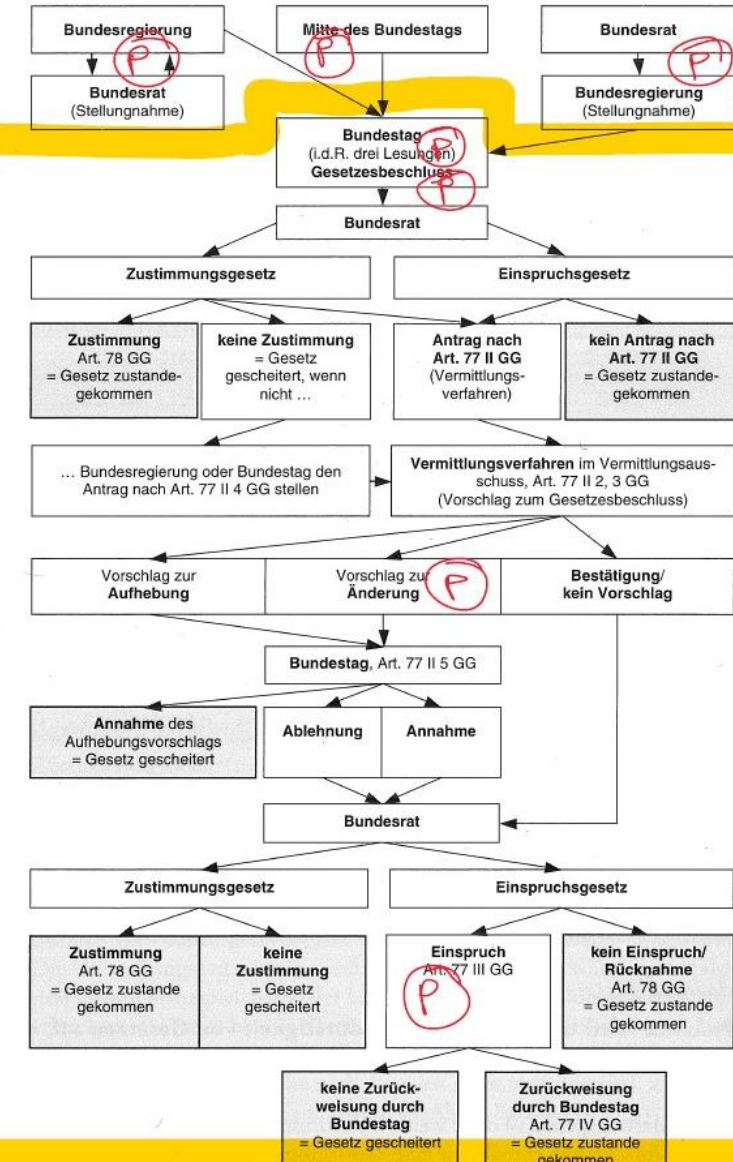
In der Begründetheit sollten die verschiedenen Ansichten in jedem Fall dargestellt werden. Hat der Bundespräsident nur eine formelle Prüfung vorgenommen, so erübrigt sich ein Streitentscheid. Hat er die Ausfertigung des Gesetzes hingegen unter Verweis auf dessen (evidente) materielle Verfassungswidrigkeit verweigert, so muss der Streit entschieden werden.

Gesetzgebungsverfahren

Zentrale Fragen zum Gesetzgebungsverfahren:

1. Liegt ein Fehler vor?
 1. Fehlerquelle: GG
 2. Fehlerquelle: GOBT
2. Was ist die Fehlerfolge?
 1. Möglichkeit: Unbeachtlichkeit
 2. Möglichkeit: Heilung
 3. Möglichkeit: formelle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes

Gröpl,
Staatsrecht



Fall 12

Der Flüchtlingszustrom nach Europa wird von der Bundesregierung in Zeiten sinkenden Wählerzuspruchs als eine der dringendsten Fragen überhaupt bewertet. Der Bundesinnenminister S hat einen „Masterplan-Asyl“ ausarbeiten lassen, den er demnächst der Öffentlichkeit präsentieren will. Die Bundeskanzlerin M trägt einen Punkt des Masterplans inhaltlich nicht mit und untersagt dem S unter Berufung auf ihre Richtlinienkompetenz insoweit eine Umsetzung. S hält dies für unzulässig, da – was zutrifft – eine innenpolitische Angelegenheit betroffen sei, die seiner Ressortzuständigkeit unterfalle. Wer hat Recht?

Fall 12 – Hintergrund

Die Frage hatte sich in so zugespitzter Form bis zum Jahr 2018 noch nie gestellt; das BVerfG war daher noch nie damit befasst. Höchstwahrscheinlich wird es auch nie zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen. Da die Frage aber interessante rechtliche Fragen bezüglich des Verhältnisses mehrerer Bestimmungen im Grundgesetz aufweist und die Problematik die mediale Berichterstattung über Wochen hinweg bestimmt hat, scheint eine Klausurrelevanz gegeben.

Die ausführlichste allgemeine Darstellung des Problems, auf der die folgenden Überlegungen maßgeblich beruhen, findet sich bei Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 65 GG.

Entscheidende Vorschriften sind die Art. 62 ff. GG („Die Bundesregierung“).

Fall 12 – Hintergrund

Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers = Art. 65 S. 1 GG

- Herausgehobene Stellung innerhalb der Regierung

Ressortverantwortung der Minister = Art. 65 S. 2 GG

- Sichert eigene Zuständigkeit

Auflösung des Konflikts wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich beantwortet, sodass verschiedene Lösungsansätze zu diskutieren sind. Das Grundgesetz muss dabei nach seinem Wortlaut und – vor allem – nach Systematik und Sinn und Zweck ausgelegt werden.

Fall 12 – Hintergrund

Verhältnis wie bei Norm (= Richtlinie) und Einzelakt (= Ressort)

- Verbieht sich, da auch die Minister im Fall von Rechtsverordnungen „Normen“ erlassen und so jede Einzelfallentscheidung durch den Bundeskanzler kategorisch ausgeschlossen wäre.

Selbstentscheidungsrecht des Bundeskanzlers, wann und in welchem Maße er sich auf Richtlinienkompetenz beruft

- Bundeskanzler trägt nach Art. 65 S. 1 GG die Verantwortung für die Politik der gesamten Regierung gegenüber dem Bundestag.
- Bundestag hat die Möglichkeit, dem Bundeskanzler das Misstrauen auszusprechen, Art. 67 GG.
- Bundeskanzler hat sogar die Möglichkeit, den Minister zu entlassen, Art. 64 I GG. Die Berufung auf die Richtlinienkompetenz ist ein deutlich milderer Mittel.

Grenze: Dem einzelnen Minister muss irgendeine Entscheidungsbefugnis von gewissem Gewicht verbleiben, damit er nicht reine Marionette des Kanzlers ist.

Fall 12 – Lösung

Nach hier vertretener Auffassung ist der Verantwortung der M gegenüber dem Bundestag Rechnung zu tragen und von einer sehr weiten Richtlinienkompetenz auszugehen, deren Reichweite im Wesentlichen von ihr selbst bestimmt wird. Dass die Flüchtlingspolitik ein Thema von großem gesellschaftlichem Interesse und politischer Tragweite ist, spricht zusätzlich dafür, dass sich S der Anweisung fügen muss.

Fall 12 – Klausur

In der Klausursituation wird das Problem regelmäßig in einem Organstreitverfahren verpackt sein. Dann stellt sich die Frage, ob – und bejahendenfalls über welche Vorschrift – der Minister beteiligtenfähig ist (Art. 94 I Nr. 1 GG iVm §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG). Insofern kann letztlich dahinstehen, ob er ein oberstes Bundesorgan ist oder als „anderer Beteiligter“ anzusehen ist, der (durch die GO-BR) mit eigenen Rechten ausgestattet ist.

Bundesstaatsprinzip

TEIL 2: STAATORGANISATIONSRECHT

Fall 13

Im Jahr 2015 erlebt Europa den größten Migrantenzustrom seit dem 2. Weltkrieg. Der der C-Partei angehörende Ministerpräsident S des Bundeslandes B sieht dem kritisch entgegen. B sei angesichts seiner Lage am Ende der „Balkan-Route“ besonders großen Herausforderungen ausgesetzt. Für das Ausmaß der Krise macht S die Bundesregierung verantwortlich. Die Bundeskanzlerin M äußerte am 31.8.2015 zuversichtlich: „Deutschland ist ein starkes Land. [...] Wir haben so vieles geschafft. Wir schaffen das!“. In der Nacht auf den 5.9.2015 fällt M dann die Entscheidung, Tausenden von Flüchtlingen, die seit mehreren Tagen in Ungarn festsäßen, die Weiterreise nach Deutschland zu ermöglichen. Die Aussage der Kanzlerin und die Grenzöffnung sendeten nach Ansicht von S das Signal aus, dass Deutschland bereit sei, ungeachtet etwaiger Kapazitätsgrenzen humanitären Schutz zu gewähren. S sieht die Bundesregierung in der Pflicht, an den Grenzen umfassende Kontrollen durchzuführen und illegal Einreisende zurückzuweisen. Der Aufforderung, die Politik zu ändern, erteilt M schriftlich eine Absage (Zugang: 1.2.2016). Als die Bundesregierung ihre Politik unverändert fortführt, überlegt S, wie er das Anliegen des Bundeslandes B vor dem BVerfG durchsetzen könnte. Viele Städte und Kommunen kämen an ihre Belastungsgrenze. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, vor allem in und im Umfeld von Flüchtlingsunterkünften, stelle eine immer größer werdende Herausforderung dar. Langfristig steht B laut S vor kaum zu bewältigenden Aufgaben bezüglich der gesellschaftlichen Integration der Flüchtlinge, insbesondere der Flüchtlingskinder in das Schulsystem. Sollte die jetzige Entwicklung ungehindert fortschreiten, sieht S das Bundesland B sogar in seiner Eigenstaatlichkeit bedroht. Aufgrund der finanziellen Belastungen könne das vom Grundgesetz geschützte Bild eines Sozialstaats alsbald nicht mehr gewährleistet werden. S ersucht Sie um juristische Auskunft und will die zentralen Fragen geklärt wissen, bevor er einen Gang nach Karlsruhe wagt.

Fall 13 – Eckpunkte Zulässigkeit

Statthaft kann nur Bund-Länder-Streit sein, da B im Organstreit nicht parteifähig

Problem: Was ist Streitgegenstand?

- „Wir schaffen das“ ist nicht rechtserheblich
- Entscheidung v. 4.9.15 begründet Zuständigkeit der Bundesregierung, damit rechtserheblich und tauglicher Streitgegenstand
- Zusätzlich: Unterlassen (fortdauernde Weigerung der Grenzsicherung); rechtserheblich wegen Verzicht auf Rechtsvollzug

Problem: Antragsbefugnis – welches subjektive Recht möglicherweise verletzt?

- Kein Verstoß gegen AsylG (kein Recht aus Art. 20 III GG!)
- Verstoß gegen Art. 30 und Art. 20 I GG (iVm Bundestreue)
 - Bundesstaatsprinzip schützt Eigenstaatlichkeit der Länder, Art. 30 GG weist ihnen Befugnisse und Aufgaben zu. Überforderung kann zu weitreichendem Verlust dieser Stellung führen und ist jedenfalls nicht von vorneherein offensichtlich ausgeschlossen

Problem: Sechs-Monats-Frist – differenzieren!

- Öffnung der Grenze am 4.9.15 – Fristende 4.3.16
- Unterlassen, maßgeblich ist Kenntnis: Zugang Schreiben am 1.2.16 – Fristende 1.8.16

Fall 13 – Eckpunkte Begründetheit

Verstoß gegen Art. 30 I GG (iVm Grundsatz der Bundestreue)

- Möglicher Eingriff nicht durch unzuständiges Vorgehen des Bundes, sondern durch Nichtausübung/Vernachlässigung der Kompetenz des Bundes.
- Schutzfunktion lässt sich Art. 30 GG nur schwer entnehmen.
- Rückgriff auf Grundsatz der Bundestreue?
 - Im GG nicht ausdrücklich geregelt, wird aus Bundesstaatsprinzip als allgemeiner Verfassungsgrundsatz abgeleitet und gebietet gegenseitige Rücksichtnahme zwischen Bund und Ländern bei Ausübung ihrer Kompetenzen.
 - Existenz bzw. Anwendbarkeit wird ganz überwiegend bejaht, als ungeschriebener Grundsatz aber nur subsidiär/akzessorisch anwendbar.
 - Führt zu Verfahrenspflichten (Beteiligung, Einbindung etc.) und Kompetenzschränken.
 - Vorliegend besteht Verbandskompetenz; weiterreichender Schutz über Bundestreue? (eher (-), aber auch (+) vertretbar); jedenfalls im Ergebnis davon unabhängig wohl keine Verletzung von Art. 30 I GG

Fall 13 – Eckpunkte Begründetheit

Verstoß gegen Art. 20 I GG (iVm Grundsatz der Bundestreue)

- Aus Art. 20 I GG wird Bundesstaatsprinzip und daraus Garantie der Eigenstaatlichkeit der Länder abgeleitet; eigene Staatsqualität; zusätzlicher Schutz über Art. 79 III GG, ergänzt durch Grundsatz der Bundestreue.
- Drei-Elemente-Lehre (Jellinek): Staat zeichnet sich dadurch aus, dass seine Organe innerhalb eines bestimmten Staatsgebietes die Staatsgewalt über ein bestimmtes Staatsvolk ausüben.
- Staatsvolk = alle Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit. Zuwanderung hat daher formal betrachtet keinerlei Auswirkungen, weil Flüchtlinge nicht (sofort) deutsche Staatsangehörigkeit erhalten. Auch faktisch machen Flüchtlinge nur sehr geringen prozentualen Anteil aus, (-)
- Staatsgebiet wird nicht verändert oder in Frage gestellt, (-)
- Staatsgewalt = Herrschaftsmacht über Staatsgebiet und dort befindliche Menschen (Territorial- und Personalhoheit). (Wohl) erst verletzt, wenn staatliches Gewaltmonopol überhaupt nicht mehr gewährleistet und Recht und Ordnung nicht mehr merklich geschützt, (-) (hier am ehesten aA vertretbar).
- Im Ergebnis keine Verletzung des Bundesstaatsprinzips.

Fall 13 – Eckpunkte Begründetheit

Aus Art. 20 I, 28 I 1 GG wird Sozialstaatsprinzip abgeleitet; Staat muss für soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit sorgen sowie Mindestvoraussetzungen für menschenwürdiges Dasein des Einzelnen gewährleisten.

- Inanspruchnahme finanzieller und personeller Mittel zur Bewältigung der Flüchtlingskrise ist durchaus beträchtlich. Sozialstaatsprinzip ist aber wenig konkretisierte Staatszielbestimmung, sodass erheblicher Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besteht.
- Leistungsansprüche lassen sich nur eingeschränkt ableiten, jedenfalls Beschränkung auf soziokulturelles Existenzminimum (iVm Art. 1 I GG). Beschränkung auf Finanzierbarkeit/Handlungsmöglichkeiten ist Sozialstaatsprinzip immanent.
- Tiefgreifende Gefährdung angesichts des Finanzvolumens des Sozialsystems nicht ersichtlich.
- Gewährung von Sozialleistungen steht zudem auch Flüchtlingen zu.
- Im Ergebnis auch keine Verletzung des Sozialstaatsprinzips.

Der Abgeordnete

TEIL 2: STAATSORGANISATIONSRECHT

Rechte des Abgeordneten

Art. 38 I 2 GG verbürgt das Recht auf das freie Mandat:

- Anwesenheitsrecht
- Rederecht
- Abstimmungsrecht
- Fragerecht
- Recht auf Ausstattung/Büro/Diät
- Kein Initiativrecht

Rechte konfliktieren insbesondere mit Ordnungsmaßnahmen in §§ 36 ff. GO-BT (im Überblick Gourdet NVwZ 2019, 1414)

„Dauerbrenner“: Nebeneinkünfte

Transparenzregister (Lobbyarbeit), Unterrichtung Hilfspaket Griechenland (BVerfG NVwZ-RR 2021, 697)

Rechte des Abgeordneten

BWVerfGH, 30.4.2021, NVwZ-
RR 2021, 652

S. zu einem ähnlichen Fall
(„Banalität des Bösen“)
LVerfG LSA NVwZ 2023, 1729

In der Sitzung des Landtags am 24.6.2020 fand anlässlich der Ausschreitungen in der Stuttgarter Innenstadt in der Nacht vom 20. auf den 21.6.2020 eine aktuelle Debatte zum Thema „Gewaltexzesse in Stuttgart – Solidarität mit unserer Polizei“ statt, in deren Verlauf auch der Ast. das Wort erhielt. Nachdem ihm die Landtagspräsidentin einen Ordnungsruf erteilt hatte, setzte er seine Rede mit den Worten fort:

„Verlassen Sie den Plenarsaal, begeben Sie sich umgehend auf die nahegelegene Königstraße und sammeln Sie die Scherben Ihrer Politik auf. Und nehmen Sie am besten Frau *Aras* gleich mit.“ Hierauf schloss die Landtagspräsidentin den Ast. aus der laufenden Sitzung aus. Der Ast. weigerte sich, den Sitzungssaal zu verlassen, und wurde schließlich von zwei Polizeibeamten hinausgetragen. Daraufhin schloss die Landtagspräsidentin den Ast. im Einvernehmen mit dem Präsidium für weitere fünf Sitzungstage von der Sitzung aus.

Hinsichtlich des Ausschlusses aus der laufenden Sitzung hat der *VerfGH* dem Ast. Recht gegeben. Hinsichtlich des Ausschlusses für fünf weitere Sitzungstage wurde der Antrag zurückgewiesen.

Die vollständige Entscheidung ist unter BeckRS 2021, [9156](#) abrufbar. Ebenfalls mit Datum vom 30.4.2021 erging ein Beschluss des *BWVerfGH* (1 GR 5/20, BeckRS 2021, [9167](#)), der einen (erfolglosen) Organstreit gegen einen Ordnungsruf wegen des Zwischenrufs „Sie sind ein Antisemit“ zum Gegenstand hat. Zur Zulässigkeit von parlamentarischen Ordnungsmaßnahmen s. den Aufsatz von *Gourdet*, NVwZ 2019, [1414](#) (zugleich Besprechung der zitierten Entscheidung *BWVerfGH*, NVwZ 2019, [1437](#)).

Rechte des Abgeordneten

BVerfG, 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, NVwZ 2022, 629 (s. auch Parallelentscheidung NVwZ 2022, 640)

***Organstreitverfahren zum Vorschlagsrecht bei Wahl eines Vizepräsidenten des Deutschen Bundestages**

GG Art. [38 I 2](#), [40 I 2](#), [II](#), [42 I 1](#), [93 I Nr.1](#); BVerfGG § [63](#); GO-BT §§ [2 I 2](#), [6](#), [8 I](#)

1. Der Schutzbereich von Art. [38 I 2](#) GG erstreckt sich auf sämtliche Gegenstände der parlamentarischen Willensbildung.
2. Einschränkungen der Mitwirkungsbefugnisse des Abgeordneten aus Art. [38 I 2](#) GG müssen dem Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen.
3. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments stellt ein gleichwertiges Rechtsgut von Verfassungsrang dar, das grundsätzlich geeignet ist, Einschränkungen der Beteiligungsmöglichkeiten der Abgeordneten zu rechtfertigen. Dabei obliegt die Konkretisierung des zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments Erforderlichen zunächst dem Parlament selbst.
4. Anwendung und Auslegung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages unterliegen nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Prüfung. Insoweit findet lediglich eine am Grundsatz der fairen und loyalen Anwendung der Geschäftsordnung orientierte Kontrolle evidenter Sachwidrigkeit statt.
5. Bei einer Beschränkung der Mitwirkungsbefugnisse des einzelnen Abgeordneten unter Rückgriff auf die Geschäftsordnungsautonomie ist eine verfassungsgerichtliche Kontrolle dahingehend geboten, ob den dabei zu beachtenden Rechtfertigungsanforderungen aus Art. [38 I 2](#) GG Rechnung getragen ist.

Ganz ähnlich: BVerfG, 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, NJW 2024, 3355 (= JA 2024, 1052; JuS 2025, 92) zu Wahl und Abwahl von Ausschussvorsitzenden im Bundestag

Verfassungsprozessrecht – Grobüberblick und Fragerunde

TEIL 2: STAATSORGANISATIONSRECHT

Im Überblick: Organstreitverfahren

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Parteifähigkeit

- P: Parteien, „Teile“ eines Organs (Fraktion, einzelne Abgeordnete?)
- Saubere Arbeit mit § 63 BVerfGG und Art. 94 I Nr. 1 GG

III. Streitgegenstand

- Genau zu benennende Maßnahme/Unterlassen mit Rechtscharakter

IV. Antragsbefugnis

- Eigene Rechtsverletzung (kontradiktorisches Verfahren)
- Besonderheit des § 64 BVerfGG (Prozessstandschaft)

V. Form + Frist

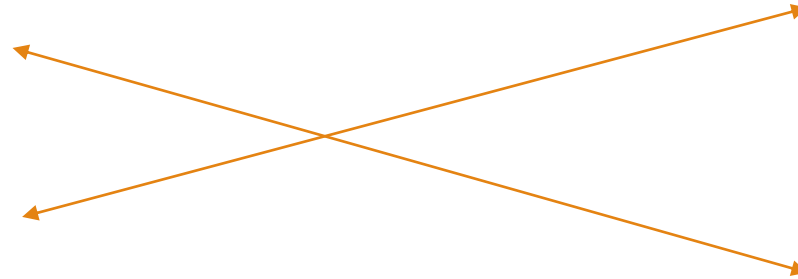
VI. Rechtsschutzbedürfnis

Im Überblick: Organstreitverfahren

Begründetheitsprüfung mit grds. zwei Aufbauvarianten, abhängig von dem Fokus der Prüfung

- 1. Schutzgut des Antragstellers
- 2. Beeinträchtigung
- 3. Rechtfertigung

Beispiel: Fragerecht des Abgeordneten



- 1. Befugnis des Antragsgegners
- 2. Voraussetzungen der Befugnis
- 3. Grenzen der Befugnis

Beispiel: Prüfungsrecht des Bundespräsidenten

Im Überblick: Abstrakte Normenkontrolle

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Antragsberechtigung

III. Antragsgegenstand

- Bundesrecht oder Landesrecht, auch untergesetzlich; Gesetzgebungsverfahren muss grundsätzlich abgeschlossen sein

IV. Antragsbefugnis

- Meinungsverschiedenheiten/Zweifel (Art. 94 I Nr. 2 GG) oder für nichtig halten (§ 76 I BVerfGG)?

V. Objektives Klarstellungsinteresse

VI. Form (keine Frist!)

Allgemeines Verwaltungsrecht

TEIL 3: ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT UND
VERWALTUNGSPROZESSRECHT

Überblick: Öffentlich-rechtl. Handlungsformen der Verwaltung

Verwaltungsakt	Rechtsverordnung, Satzung	Verwaltungsvorschrift/ Weisung	Realakt	Öffentlich-rechtlicher Vertrag
<ul style="list-style-type: none">• Maßnahme einer Behörde• auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts• für einen Einzelfall• mit unmittelbarer Regelungswirkung• nach außen	<ul style="list-style-type: none">• Maßnahme einer Behörde• auf dem Gebiet des öff. Rechts• abstrakt-generelle Regelung (für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen und Adressaten)• mit Außenwirkung	<ul style="list-style-type: none">• Maßnahme einer Behörde• auf dem Gebiet des öff. Rechts• abstrakt-generelle / konkret-individuelle Regelung• ohne Außenwirkung	<ul style="list-style-type: none">• Maßnahme einer Behörde• auf dem Gebiet des öff. Rechts• Einzelfall oder generell• rein tatsächlicher Art, ohne Regelungswirkung• mit Außenwirkung	<ul style="list-style-type: none">• Zweiseitige Maßnahme („Angebot“ und „Annahme“)• auf dem Gebiet des öff. Rechts• konkret-individuell• mit Regelungswirkung• mit Außenwirkung

Fall 14

Auf der A 8 Ost Richtung Salzburg befindet sich auf einem Abschnitt von mehr als 25 km Länge eine Streckenbeeinflussungsanlage (SBA), die bei einem Verkehrsaufkommen von mehr als 2700 PKW pro Stunde das Verkehrszeichen für LKW-Überholverbote automatisch anzeigt. Dies ist praktisch an jedem Wochentag tagsüber der Fall. Die Anlage wurde bereits im Jahr 2000 in Betrieb genommen. A hält diese Maßnahme für völlig überzogen und ignoriert das Überholverbot mit seinem LKW in der Folgezeit häufiger, wobei er die Strecke zum ersten Mal im Januar 2005 befährt. Ein Dreivierteljahr später wird er von einer Zivilstreife der Polizei bei einem Überholvorgang auf besagtem Streckenabschnitt erwischt und zur Zahlung einer erheblichen Geldbuße aufgefordert. A zahlt widerwillig, beschließt anschließend jedoch, nunmehr endgültig gegen die SBA vorgehen zu wollen. Kann A gegen das Überholverbot vorgehen und, falls ja, wie (nach BVerwGE 138, 21 ff.)?

Fall 14 – Hintergrund

Das Verkehrszeichen ist ein VA in Form der Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 VwVfG (BVerwGE 97, 323 [328])

Bekanntgabe also nach § 41 III, IV VwVfG?

Speziellere Vorschriften: §§ 39 I, 45 IV StVO

- Spezielle Form der öffentlichen Bekanntgabe durch Aufstellen

Bekanntgabe ist entscheidend für Widerspruchsfrist, § 70 I 1 VwGO

Wann beginnt die Widerspruchsfrist zu laufen?

Fall 14 – Hintergrund

Man muss zwischen innerer und äußerer Wirksamkeit unterscheiden – äußere Wirksamkeit bereits mit Aufstellen, innere Wirksamkeit erst dann, wenn sich Verkehrsteilnehmer dem Verkehrszeichen erstmals gegenüber sieht, sodass er es wahrnehmen konnte (BVerwGE 154, 365 [370]).

- Effektiver Rechtsschutz; Sichtbarkeitsgrundsatz; Vergleichbar zum Zivilrecht (Zugang einer Willenserklärung)

Es genügt allein die äußere Wirksamkeit – Fristbeginn mit Aufstellen.

- Rechtsschutz über Anspruch aus § 51 VwVfG; keine Sonderdogmatik für Verkehrszeichen; öffentliche Bekanntgabe und „Ringsumwirkung“ sind Merkmale einer Allgemeinverfügung

Fall 14 – Hintergrund

Folgt man dem BVerwG, so sind die Anforderungen an die innere Wirksamkeit zu konkretisieren.

Tatsächliche Kenntnissnahme ist nicht erforderlich. Zu verlangen ist jedoch, dass ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt mit einem raschen und beiläufigen Blick in der Lage sein muss, das Verkehrszeichen als solches und seinen Regelungsgehalt erkennen zu können (BVerwGE 154, 365 [370]).

- Zu verneinen, wenn das Verkehrszeichen nicht oder nur sehr schlecht sichtbar ist.
- Möglicherweise auch bei Vielzahl von gleichzeitig verwendeten Verkehrszeichen (BVerwGE 130, 383 [386 f.])

Fall 14 – Hintergrund

Geringere Anforderungen für Sichtbarkeit hingegen in ruhendem Verkehr

- Es genügt, wenn ein Verkehrszeichen durch einfache Umschau beim Aussteigen ohne Weiteres erkennbar ist. Zu einer weiterreichenden Nachschau ist ein Verkehrsteilnehmer nur gehalten, wenn hierfür nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein besonderer Anlass besteht (BVerwGE 154, 365 [372 f.]).

Verkehrsteilnehmer ist auch, wer sein Fahrzeug am Straßenrand abstellt und sich dann entfernt. Ein geparktes Kfz ist als Herrschaftsbereich des Halters gewissermaßen wie dessen Briefkasten zu bewerten, sodass ihm gegenüber ein mobiles Verkehrszeichen auch ohne seine Anwesenheit bekannt gegeben werden kann (BVerwGE 102, 316 [319]).

Beide Punkte haben große Relevanz für die sog. **Abschleppfälle**.

Fall 14 – Lösung

Nach Auffassung des BVerwG und eines Teils des Schrifttums begann die Jahresfrist nach § 58 II VwGO erst in dem Zeitpunkt, als sich A im Jahr 2005 erstmals dem Verkehrszeichen gegenüber sah. Ein Dreivierteljahr später kann er demnach noch fristgerecht Widerspruch erheben.

Nach der Gegenauffassung im Schrifttum ist das Aufstellen der Schilderanlage im Jahr 2000 maßgeblich für den Lauf der Jahresfrist, sodass diese schon im Januar 2005 abgelaufen war. Demnach bleibt nur der Weg über § 51 VwVfG.

Fall 14 – Klausur

Der Prüfungsort ist von der prozessualen Einkleidung des Problems abhängig. Wendet sich der Betroffene mit einer Klage gegen das Verkehrszeichen, so ist die Klagefrist genau zu beleuchten. Im Eilrechtsschutz nach § 80 V VwGO ist in der Begründetheit ebenfalls zunächst die Zulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfs und dort als Prüfungspunkt die Klagefrist zu erörtern. Häufig wendet sich der Betroffene aber gar nicht unmittelbar gegen das Verkehrszeichen, sondern gegen darauf gestützte Maßnahmen – etwa das kostenpflichtige Abschleppen seines Fahrzeugs. In diesen Fällen ist das Problem in Fragen des **Verwaltungsvollstreckungsrechts** eingebunden.

Überblick: Verwaltungsvollstreckung

Regelfall: gestrecktes Verfahren

I. Rechtsgrundlage

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme

1. Zuständigkeit
2. Verfahren: Anhörung entbehrlich, § 28 II Nr. 5 VwVfG
3. Form

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) **Wirksamer** Grundverwaltungsakt mit vollstreckungsfähigem Inhalt (auch, wenn noch nicht bestandskräftig, ist Rechtmäßigkeit unerheblich, BVerfG NVwZ 1999, 290)
 - b) Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes (= Bestandskraft oder keine aufsch. W. von RBH)
 - c) Keine rechtzeitige Erfüllung, rechtliche und tatsächliche Erfüllbarkeit
2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) Vorliegen eines erlaubten Zwangsmittels (Ersatzvornahme, Zwangsgeld oder unmittelbarer Zwang)
 - b) Ordnungsgemäße Androhung + ggf. Festsetzung
 - c) Erfüllung der Voraussetzungen und richtige Anwendung des Zwangsmittels
 - d) Ermessen und VHM

Überblick: Verwaltungsvollstreckung

Ausnahme: sofortiger Vollzug

I. Rechtsgrundlage

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme

1. Zuständigkeit
2. Verfahren: Anhörung entbehrlich, § 28 II Nr. 5 VwVfG
3. Form

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) **Kein** Grundverwaltungsakt nötig (Vorliegen aber auch nicht schädlich!)
 - b) Notwendigkeit des sofortigen Vollzugs (= besondere Eilbedürftigkeit/Abwehr einer drohenden Gefahr)
 - c) Handeln innerhalb der gesetzlichen Befugnisse → **Rechtmäßigkeit** einer **hypothetischen Grundverfügung**
2. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) Vorliegen eines erlaubten Zwangsmittels (Ersatzvornahme, Zwangsgeld oder unmittelbarer Zwang)
 - b) Erfüllung der Voraussetzungen und richtige Anwendung des Zwangsmittels
 - c) Ermessen und VHM

Überblick: Verwaltungsvollstreckung

- Wichtige Abgrenzung:
 - sofortiger Vollzug → Zwangsmaßnahme → Überwindung entgegenstehenden Willens (wenn Betroffener anwesend)
 - unmittelbare Ausführung → bei mutmaßlichem Einverständnis (wenn Betroffener abwesend)
- Wichtigste Konstellation: Abschleppen eines Fahrzeugs im Halteverbot
- S. aber auch OVG Saarlouis KommJur 2023, 340 und 354: Kosten der Ersatzvornahme für Beseitigung eines Befalls durch den Eichenprozessionsspinner

Bekanntgabe Allgemeinverfügung

Maske auf!

Ab 25. Januar 2021 gilt die erweiterte Maskenpflicht.
Zum Beispiel im ÖPNV, in Geschäften, Arztpraxen,
Krankenhäusern oder Pflegeeinrichtungen.
Erlaubt sind: OP- oder FFP2-Masken (KN95/N95).



www.saarbruecken.de/corona

SAAR
BRÜ
CKEN



Prüfungsschema RM eines VA

I. EGL

II. Formelle RM

1. Zuständigkeit a) Örtlich nach Fachrecht

Folge: § 44 II Nr. 3 VwVfG, aber auch **§ 46 VwVfG** (§ 44 III Nr. 1 VwVfG!)

b) Sachlich nach Fachrecht

Folge: § 44 I VwVfG bei absoluter Unzuständigkeit möglich

2. Verfahren – Vor allem: Anhörung nach § 28 VwVfG, möglicherweise entbehrlich nach § 28 II VwVfG

Folge: häufig **§ 45 VwVfG oder § 46 VwVfG**

3. Form – Grundsatz: Keine besondere Form, § 37 II VwVfG, anders nach § 37 III-V VwVfG; Begründung nach § 39 VwVfG, Ausnahme nach § 39 II VwVfG

Folge: § 44 II Nr. 1, 2 VwVfG und im Übrigen **§ 45 VwVfG** (beachte § 114 S. 2 VwGO) **oder § 46 VwVfG**

Prüfungsschema RM eines VA

III. Materielle RM

1. TBV

2. Allgemeine RM Anforderungen

a) Hinreichende Bestimmtheit, § 37 I VwVfG

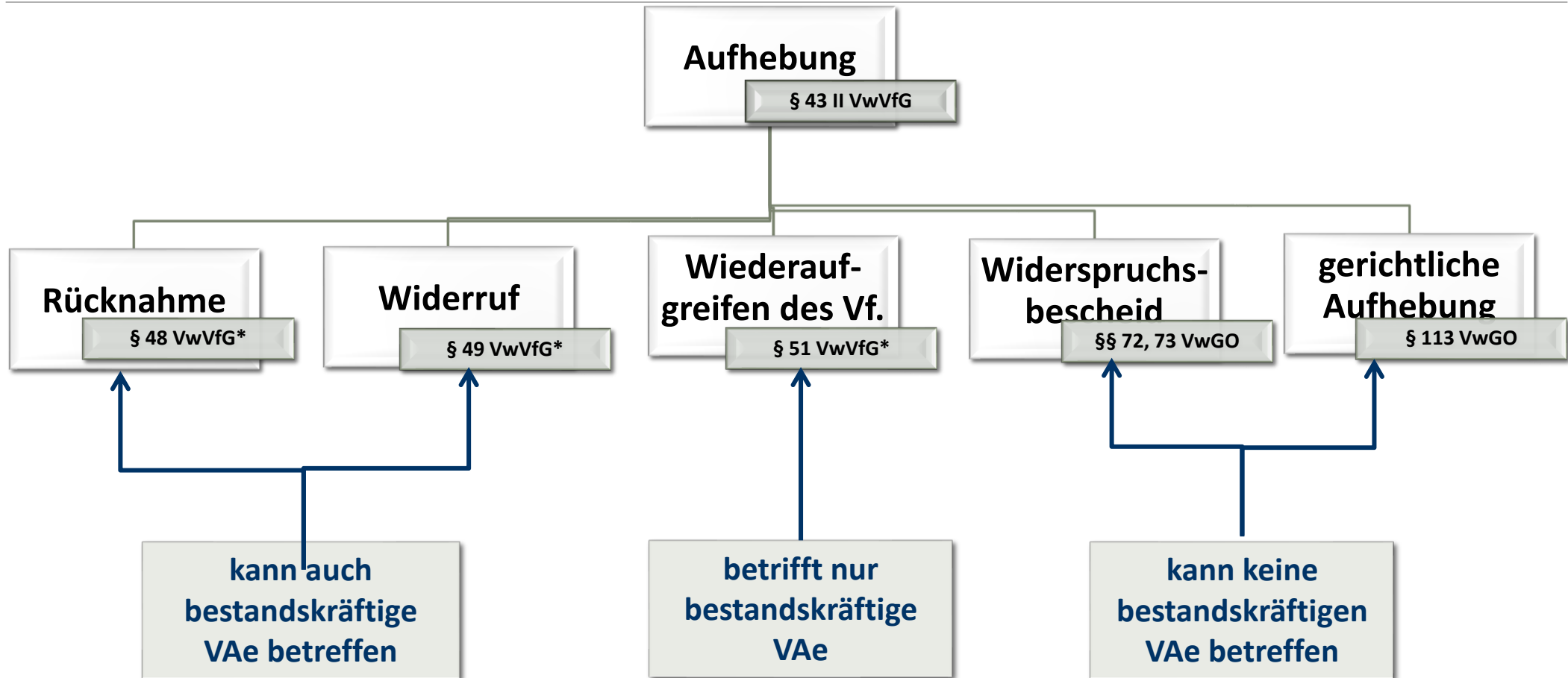
Folge: § 44 I, II Nr. 4 VwVfG

b) Möglichkeit

Folge: § 44 II Nr. 4 VwVfG bei tatsächlicher Unmöglichkeit, allenfalls § 44 II Nr. 5 VwVfG bei rechtlicher Unmöglichkeit

3. Ermessen + VHM

Überblick: Aufhebung von Verwaltungsakten



* = sind nur anwendbar, wenn keine lex specialis eingreift!

Systematik der §§ 48, 49 VwVfG

Rücknahme

- Rw + belastend -> § 48 I 1 VwVfG
- Rw + begünstigend -> § 48 I 2 VwVfG
- Geld- bzw. Sachleistung -> § 48 II, IV VwVfG
- Sonstige -> § 48 III VwVfG



Widerruf

- Rm + belastend -> § 49 I VwVfG
- Rm + begünstigend
 - Ex nunc -> § 49 II VwVfG
 - Ex tunc -> § 49 III VwVfG

Systematik der §§ 48, 49 VwVfG

Vorfrage: Existiert keine spezialgesetzliche Vorschrift?

1. Frage: RM oder RW?

Zeitpunkt: Erlass des VA bzw. WB (Argument: § 49 II 1 Nr. 3, 4 VwVfG)

- Konsequenz: Spätere Änderung der Rechtslage spielt keine Rolle
- Ausnahme 1: Rückwirkende Gesetzesänderung
- Ausnahme 2: DauerVA

Ein nichtiger VA ist unwirksam und daher kein tauglicher Gegenstand für §§ 48, 49 VwVfG (sehr str., alternativ: Rücknahme des bösen Scheins)

Systematik der §§ 48, 49 VwVfG

2. Frage: Begünstigend oder belastend?

Perspektive: Sicht des Betroffenen

Begünstigend = Begründung oder Bestätigung eines Rechts oder rechtlichen Vorteils, § 48 I 2 VwVfG; Belastend = Nachteilig für Betroffenen

P: Zahlungsbescheid über 100 Euro wird durch Bescheid über 200 Euro ersetzt

- 100 Euro waren objektiv „besser“, daher begünstigender VA? Rspr: Auch 100 Euro sind objektiv „schlecht“, daher **belastender VA**
- Anders nur, wenn Behörde erkennbar auf weitere Belastung verzichtet hat (dieser Verzicht ist dann trotz Belastung insgesamt positiv)

P: Subventionsbescheid über 100 Euro wird durch Bescheid über 200 Euro ersetzt

- 100 Euro waren zwar objektiv „gut“, aber eben nicht „gut genug“, daher **belastender VA**

P: VA mit Drittwirkung, bei dem die Begünstigung des einen die Belastung des anderen ist

- Baugenehmigung für A, Sichtbehinderung für N oder Abrissverfügung gegen A, freie Sicht für N
- Maßgeblich ist stets der Adressat (also nie der Dritte)

Im Überblick: § 48 I 1 VwVfG

Formelle RM

- Zuständigkeit: örtlich -> § 48 V VwVfG; sachlich -> Fachrecht
 - Wenn VA von unzuständiger Behörde kommt, ist gleichwohl „richtige“ Behörde zuständig
- Verfahren: § 28 VwVfG

Materielle RM

- TBV:
 - Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VA (ausführliche Prüfung!)
 - Belastender VA (Probleme s. vorherige Folie)
 - (keine Frist!)
- RF: freies Ermessen
 - Kein intendiertes Ermessen aufgrund der RW, da RW TBV ist
 - Ermessen bzgl. Ob und Wie (insb. Zeitpunkt) der Rücknahme
 - Achtung: Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 I GG), Gewicht der RW, Folgen für Betroffenen und Unionsrecht können zu Ermessensreduzierung (auf Null) führen

Im Überblick: § 48 I 2 VwVfG

Formelle RM

- Zuständigkeit: örtlich -> § 48 V VwVfG; sachlich -> Fachrecht
- Verfahren: § 28 VwVfG

Materielle RM

- TBV:
 - Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VA (ausführliche Prüfung!)
 - Begünstigender VA (Probleme s. vorherige Folie) -> Abs. 2-4
 - Abs. 2: Bestandsschutz (weil der Bestand des VA geschützt wird) bei Geld- oder teilbarer Sachleistung; Abs. 3: Vermögensschutz (weil nur Vermögensnachteil ausgeglichen werden kann) bei sonstigen VA
 - Abs. 4: Jahresfrist

Im Überblick: § 48 II VwVfG

Maßgeblich: Wenn Bürger auf Bestand der Leistung **in schutzwürdiger Weise vertraut** hat, dann keine Rücknahme

§ 48 II 3 VwVfG: nie schutzwürdiges Vertrauen

- Kausale Arglist, Drohung, Bestechung (Nr. 1), falsche Tatsachen von Relevanz für TBV oder RF (Nr. 2), Kenntnis oder Kennen müssen der RW(!) bei Parallelwertung in der Laiensphäre (Nr. 3)
- RF: § 48 II 4 VwVfG -> Rücknahme ex tunc

§ 48 II 2 VwVfG: im Regelfall schutzwürdiges Vertrauen

- Leistung verbraucht (ähnlich § 818 III BGB) oder nur schwer umkehrbare Vermögensdispositionen; falls Ja, dann (knappe) Einzelfallabwägung!

§ 48 II 1 VwVfG: im Einzelfall schutzwürdiges Vertrauen

- Offene Abwägung zwischen Rücknahmeinteresse der Behörde (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung!) und Bestandsinteresse des Betroffenen (Vertrauensschutz!)
- BVerwG NVwZ 2015, 1764 (1767): Freies Ermessen, Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit wirkt nicht ermessenslenkend

(!) § 50 VwVfG „zerstört“ Vertrauensschutz bei (erfolgreicher) Drittanfechtung

Im Überblick: § 48 III VwVfG

§ 48 III VwVfG normiert keine weitere Voraussetzungen der Rücknahme, sondern Vermögensausgleichspflicht; Voraussetzungen sind abschließend in Abs. 1 S. 1 normiert

Hoch umstritten ist, ob Vertrauensschutzbelange bei Ermessen nach § 48 I 1, 2 VwVfG zu berücksichtigen sind

1) Nein, die Systematik zeigt, dass Vertrauensschutz nur bei Abs. 2 der Rücknahme entgegenstehen kann, bei Abs. 3 aber nur für Entschädigung relevant ist (3. Senat BVerwG NVwZ-RR 2010, 801 [803])

2) Doch, da so zu verstehen, dass das Ermessen nicht von vorneherein durch Vertrauensschutz eingeschränkt ist; bei Ermessensentscheidung sind aber alle wesentlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen (5. Senat BVerwG NVwZ-RR 2012, 862 [864])

3) Berücksichtigung von Vertrauensschutzbelangen (und damit effektiv: Bestandsschutz) nur, wenn durch Rücknahme immaterieller Schaden entsteht, der von § 48 III VwVfG naturgemäß nicht erfasst wird

Fall 15

K, eine zugelassene Schulfruchtlieferantin, wendet sich gegen einen Bescheid der Behörde B vom 17. März 2014, mit dem ein Zuwendungsbescheid vom 14. September 2012 für eine Beihilfe in der Lieferperiode von Mai bis Juli 2012 teilweise zurückgenommen wird. Grundlage des Bescheids ist eine Vor-Ort-Kontrolle am 2. März 2013, bei der festgestellt wurde, dass die zur Auszahlung der Beihilfe beantragten Mengen nicht zu jedem Liefertermin geliefert worden sind. Am 6. Dezember 2013 sendete die B der K ein Anhörungsschreiben zu, welches die K am 19. Januar 2014 beantwortete. Die K behauptet in ihrer Klageschrift, dass die Jahresfrist nach § 48 IV 1 VwVfG am 17. März 2014 abgelaufen war, da die B bereits am 2. März 2013 Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Zuwendungsbescheids erlangt habe. Die B erwidert, dass sie nach dem Erlangen der Kenntnis am 2. März 2013 noch einige Zeit gebraucht habe, bis sie zu einer Entscheidung kommen konnte. Ist die Jahresfrist nach § 48 IV 1 VwVfG eingehalten worden (nach VGH München BeckRS 2015, 48760)?

Fall 15 – Hintergrund

Nach § 48 IV 1 VwVfG ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von den die Rücknahme rechtfertigenden Tatsachen zulässig. Dasselbe gilt für den Widerruf eines rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 49 II 2 VwVfG.

Dem Gesetz lässt sich jedoch nicht mit letzter Klarheit entnehmen, ab welchem Zeitpunkt die Jahresfrist zu laufen beginnt.

Fall 15 – Hintergrund

Bearbeitungsfrist: Ab dem Zeitpunkt der ersten Kenntnissnahme eines möglichen Rücknahme-/Widerrufsgrundes läuft die Jahresfrist.

- Wortlaut stellt auf „Tatsachen“, nicht „aller nötigen Tatsachen“ oder ähnliches ab; andernfalls willkürliches Hinauszögern durch Behörde.

Entscheidungsfrist: Ab dem Zeitpunkt der Kenntnis aller für die Entscheidung nötigen Tatsachen, auch für die Abwägung, läuft die Jahresfrist (BVerwGE 143, 230 [236 f.]).

- Auch bei komplexen Vorgängen muss immer ausreichend Zeit für Entscheidung sein; willkürlichem Hinauszögern steht das Rechtsstaatsprinzip entgegen.

Fall 15 – Hintergrund

Folgeproblem: Wer muss Kenntnis von den die Rücknahme/den Widerruf rechtfertigenden Tatsachen erlangen?

Der zuständige Amtswalter muss Kenntnis erlangen (BVerwGE 70, 356 [364]; 112, 360 [363 f.]).

Die Behörde ist als Einheit im Außenverhältnis anzusehen, jede Person ist ausreichend für das Kenntniserlangen (*Detterbeck* Rn. 713; *Maurer/Waldhoff* § 11 Rn. 44).

Zumindest die maßgebliche Organisationseinheit, also nicht zwingend der jeweils zuständige Sachbearbeiter, innerhalb einer Behörde muss Kenntnis erlangen (*Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs* § 48 Rn. 213).

Fall 15 – Lösung

Geht man von einer Bearbeitungsfrist aus, dann ist der Tag der Vor-Ort-Kontrolle am 2. März 2013 maßgeblich. Fristablauf daher am 2. März 2014 – Rücknahme am 17. März 2014 verfristet.

Geht man von einer Entscheidungsfrist aus, dann wird man auf das Datum der Anhörung am 19. Januar 2014 abstellen müssen. Fristablauf daher am 19. Januar 2015 – Rücknahme am 17. März 2014 also fristgerecht. So das Ergebnis des VGH München im Beispielsfall.

Fall 15 – Klausur

Ein Bescheid nach §§ 48, 49 VwVfG wird in der Klausur häufig garniert durch einen auf § 49a I, II VwVfG gestützten **Rückforderungsbescheid** sowie möglicherweise eine auf § 49a III VwVfG gestützte **Zinsforderung** (dazu OVG Saarlouis, 11.8.2023 – 1 A 106/22 (Corona-Hilfen)). Nach § 44 VwGO kann der Betroffene im Wege der objektiven Klagehäufung gegen alle Verwaltungsakte vorgehen.

Bevor man im Rahmen der Begründetheit zu den hier dargestellten Fristproblemen kommt, ist im Rahmen von §§ 48, 49 VwVfG die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts inzident zu prüfen. Die verschachtelte Prüfung ist typisch für Klausuren, denen die §§ 48, 49 VwVfG zugrunde liegen.

Im Überblick: § 49 I VwVfG

Formelle RM

- Zuständigkeit: örtlich -> § 49 V VwVfG; sachlich -> Fachrecht
 - Wenn VA von unzuständiger Behörde kommt, ist gleichwohl „richtige“ Behörde zuständig
- Verfahren: § 28 VwVfG

Materielle RM

- TBV:
 - Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA
 - Belastender VA
 - Kein Ausschluss, weil „erneut erlassen werden müsste“ oder „aus anderen Gründen unzulässig“
 - (keine Frist!)
- RF: freies Ermessen, aber Widerruf ist nur ex nunc möglich (s. Wortlaut)

Im Überblick: § 49 II VwVfG

Formelle RM

- Zuständigkeit: örtlich -> § 49 V VwVfG; sachlich -> Fachrecht
 - Wenn VA von unzuständiger Behörde kommt, ist gleichwohl „richtige“ Behörde zuständig
- Verfahren: § 28 VwVfG

Materielle RM

- TBV:
 - Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA
 - P: Nach wohl h.M. ist Widerruf bei RW im Wege eines Erst-recht-Schlusses möglich, da Voraussetzungen bei RM strenger sind als bei RW (a.A.: Gesetzgeber unterscheidet in §§ 48, 49 VwVfG zwischen RM und RW)
 - Begünstigender VA
 - Widerrufsgrund nach § 49 II 1 Nr. 1-5 VwVfG
 - Frist nach § 49 II 2 iVm § 48 IV VwVfG
- RF: freies Ermessen, aber Widerruf ist nur ex nunc möglich (s. Wortlaut)

Im Überblick: § 49 III VwVfG

Formelle RM

- Zuständigkeit: örtlich -> § 49 V VwVfG; sachlich -> Fachrecht
 - Wenn VA von unzuständiger Behörde kommt, ist gleichwohl „richtige“ Behörde zuständig
- Verfahren: § 28 VwVfG

Materielle RM

- TBV:
 - Rechtmäßigkeit des aufzuhebenden VA
 - P: Nach wohl h.M. ist Widerruf bei RW im Wege eines Erst-recht-Schlusses möglich, da Voraussetzungen bei RM strenger sind als bei RW (a.A.: Gesetzgeber unterscheidet in §§ 48, 49 VwVfG zwischen RM und RW)
 - Begünstigender VA, Geldleistung oder teilbare Sachleistung
 - Widerrufsgrund nach § 49 III 1 Nr. 1-2 VwVfG
 - Frist nach § 49 III 2 iVm § 48 IV VwVfG
- RF: Nach Rspr. liegt durch Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit intendiertes Ermessen vor; Widerruf ist ausnahmsweise auch ex tunc möglich (s. Wortlaut)

Im Überblick: § 50 VwVfG (iVm §§ 48, 49 VwVfG)

Bei Drittanfechtung kann kein schutzwürdiges Vertrauen auf Unanfechtbarkeit entstehen, daher erleichterte Rücknahme/Widerruf (Achtung: § 50 VwVfG ist keine EGL!)

Voraussetzungen:

1. Begünstigender VA
2. Anfechtung durch Dritten (nicht nur Möglichkeit, vgl. Wortlaut)
3. Rücknahme oder Widerruf soll während des Verfahrens erfolgen
4. Erfolg des Wi/der AK im Ergebnis (also: Belastung wird beseitigt)
5. Zulässigkeit des Wi/der AK
6. Begründetheit des Wi/der AK?
 - Sehr umstritten: 1) Begründetheit ist unerheblich (Verweis auf § 49 VwVfG) 2) Wi/AK darf nicht offensichtlich unbegründet sein (Gedanke des § 80 V VwGO) 3) Wi/AK muss auch begründet sein (nur so zumutbar für Betroffenen)
 - P: Bei voller Prüfung läuft Verweis auf § 49 VwVfG leer. Beschränkung auf Offensichtlichkeit trägt dem Rechnung und sorgt für Interessenausgleich, aber Prüfmaßstab ist in VwGO nur für vorläufige Entscheidung vorgesehen.
 - Klausur: „Kann dahin stehen, wenn auch strengste Anforderungen erfüllt sind...“ -> voll durchprüfen

Im Überblick: § 50 VwVfG (iVm §§ 48, 49 VwVfG)

Rechtsfolge:

§§ 48 I 2, II-IV; 49 II-IV, VI VwVfG gelten nicht

(!) Es geht hier immer noch um eine Maßnahme nach §§ 48, 49 VwVfG, daher jetzt zu § 48 I 1 VwVfG oder (unwahrscheinlich) § 49 I VwVfG wechseln:

Ermessen unter besonderer Berücksichtigung des (schutzwürdigen) Vertrauens des Betroffenen (nur regelhafte Betrachtung nach § 48 II-IV VwVfG ist ausgeschlossen)

Folgeproblem: Amtshaftungsanspruch des Betroffenen bei Rücknahme/Widerruf, § 254 BGB?

Im Überblick: Zulässigkeit des Widerspruchs

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO analog

II. Statthaftigkeit, § 68 I 1 VwGO (AK) oder § 68 II VwGO (VK)

- Nicht: § 68 I 2 Nr. 1 + 2 VwGO (oberste Bundes-/Landesbehörde und erstmalige Beschwerde = Drei-Personen-Verhältnis)

III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog

- Besonderheit bei Ermessen und voller Kontrolle durch Wi-Behörde (nicht: Selbstverwaltung) genügt Beeinträchtigung in eigenen Rechten + Möglichkeit der Zweckwidrigkeit

IV. Form + Frist, § 70 I VwGO

- Schriftlich, elektronisch (§ 3a II VwVfG) oder zur Niederschrift
- Bei Ausgangsbehörde (= V.) (Fristwahrung auch bei WB Behörde)
- Monatsfrist, es sei denn RBH fehlt/fehlerhaft, dann nach § 70 II iVm § 58 II VwGO ein Jahr (Möglichkeit der Wiedereinsetzung nach § 70 II iVm § 60 VwGO)
- Ohne Bekanntgabe str., hM: Verwirkung als Grenze
 - Verwirkung: Vertrauensgrundlage: orientiert an § 58 II VwGO ein Jahr ab sicherer Kenntnis/Kennen müssen + Vertrauenstatbestand: Vertrauen darauf, dass kein Widerspruch mehr eingelegt wird + Unzumutbare Nachteile durch späte Einlegung des Widerspruchs. Speziell im BauR soll nach Treu und Glauben nur die Jahresfrist maßgeblich sein, vgl. BVerwG NJW 2019, 383 (384)

(V. Zuständige Behörde)

VI. Beteiligtenfähigkeit, § 11 VwVfG (entspricht im Wesentlichen § 61 VwGO) + Handlungsfähigkeit, § 12 VwVfG (entspricht im Wesentlichen § 62 VwGO)

VII. Widerspruchsinteresse

Im Überblick: Begründetheit des Widerspruchs

Anfechtungssituation:

Der Widerspruch ist begründet, wenn der angefochtene VA rw ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wird, § 68 I 1 VwGO iVm § 113 I 1 VwGO analog

Verpflichtungssituation:

Der Widerspruch ist begründet, wenn die Ablehnung des VA rw ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wird, § 68 II VwGO iVm § 113 V VwGO analog

Bei Ermessens-VA zusätzlich:

... wenn der angefochtene VA/die Ablehnung des VA unzweckmäßig war und den Widerspruchsführer in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt, § 68 I 1, II VwGO

Maßgeblich: Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde (Änderungen seit Erlass des VA sind zu berücksichtigen)

Fall 16

A ist Eigentümerin eines Grundstücks, das in einem ehemaligen Weinberggebiet liegt und als Wiese sowie für den Obstbau genutzt wird. Bei einer Baukontrolle stellt das zuständige Landratsamt L fest, dass auf dem Grundstück ein massives unterkellertes Gebäude errichtet worden ist, welches erhebliche sicherheitsrelevante Mängel aufweist. Da sich die A weigert, eine Änderung am Gebäude vorzunehmen, ordnet die L den Abbruch eines Gebäudeteils an und untersagt die Nutzung des Erdgeschossraums. Den dagegen von A erhobenen Widerspruch will das Regierungspräsidium R zurückweisen und – über die Entscheidung der A hinausgehend – den vollständigen Abbruch des Gebäudes anordnen. Ist dies zulässig (vereinfacht nach BVerwGE 51, 310 ff.)?

Fall 16 – Hintergrund

Angesprochen ist das Problem der reformatio in peius (rip).

Stellt die Widerspruchsbehörde fest, dass ein VA rechtswidrig ist, weil er dem Widerspruchsführer zu viel gewährt, so bescheidet sie den Widerspruch negativ. Bei der rip geht sie noch weiter und ändert den angefochtenen VA zulasten des Widerspruchsführers ab.

Rip = quantitative Mehrbelastung; anders beim grundsätzlich unzulässigen Selbsteintritt, bei dem die Behörde den Streitgegenstand verlässt und somit nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ eine Änderung vornimmt.

Zulässigkeit der rip ist umstritten. In den §§ 48-51 VwVfG wird nur die Ausgangsbehörde zur Aufhebung ermächtigt; in der VwGO fehlt es an einer Regelung für die Widerspruchsbehörde.

Zu unterscheiden sind **drei Fragen**: Ist die rip überhaupt zulässig? Was ist – bejahendenfalls – die Rechtsgrundlage der rip? Ist die Widerspruchsbehörde zuständig für eine rip?

Fall 16 – Hintergrund. Frage 1

Die rip ist unzulässig

- Grundsatz ne ultra petita; Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG; Vertrauensschutz des Betroffenen

Die rip ist zulässig (BVerwG NVwZ-RR 1997, 26; OVG Koblenz NVwZ-RR 2004, 723)

- § 68 VwGO spricht von umfassender Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle; Verbot der rip in Berufung, Revision und Beschwerde gesetzlich angeordnet – nicht jedoch im Widerspruchsverfahren; § 79 II 1 VwGO; § 73 I VwGO; Art. 20 III GG; Vertrauensschutz erst mit Bestandskraft, diese wird aber durch Betroffenen selbst verhindert

Fall 16 – Hintergrund. Frage 2

Ermächtigungsgrundlage der Widerspruchsbehörde für die rip

- (Logischerweise) keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage in der VwGO
- Die §§ 68 ff. VwGO sind (allein) keine taugliche Ermächtigungsgrundlage (BVerwGE 51, 310 [313])
- Teilweise wird auf die §§ 48, 49 VwVfG (analog) abgestellt
- Teilweise wird auf die Ermächtigungsgrundlage des Ausgangsbescheids abgestellt
- Teilweise werden die §§ 48, 49 VwVfG und die Ermächtigungsgrundlage des Ausgangsbescheids kombiniert

Unabhängig von der Ermächtigungsgrundlage sollte im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der rip in jedem Fall eine Interessenabwägung stattfinden (vgl. § 48 I 2, II, III VwVfG).

Fall 16 – Hintergrund. Frage 3

Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde bzgl. negativer Bescheidung des Widerspruchs und bzgl. der rip

- Wenn Ausgangsbehörde = Widerspruchsbehörde
- Wenn Zuständigkeit der Ausgangsbehörde = Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde
- Wenn Widerspruchsbehörde gegenüber Ausgangsbehörde weisungsbefugt ist
 - Nicht gegeben bei Angelegenheiten der Selbstverwaltung
 - Problem: weisungsfreie Rechtsausschüsse (betrifft auch das Saarland!)
 - OVG Koblenz NVwZ-RR 2004, 723: Rechtsausschuss steht außerhalb der normalen Behördenstruktur und ist daher nicht zuständig für rip
 - Keine Entscheidung des OVG Saarlouis

Fall 16 – Lösung

Im Beispielsfall, der zugleich die Leitentscheidung des BVerwG zur rip darstellt, ergibt sich somit Folgendes: Hätte die L nur die Nutzung des Erdgeschossraums untersagt, dann wäre in der anschließenden Abrissverfügung durch die R eine qualitative Änderung zu sehen gewesen. Nicht nur „wie viel?“, sondern „wie überhaupt?“ wäre abweichend vom Bescheid der L entschieden worden. Da die L aber selbst einen zumindest teilweisen Abriss des Gebäudes verfügt hatte, stellt der Abriss des ganzen Gebäudes eine Intensivierung des Ausgangsbescheids dar. Es handelt sich daher um eine rip. Das BVerwG hat sich nach einer knappen Abwägung der widerstreitenden Interessen für die generelle Zulässigkeit der rip ausgesprochen (BVerwGE 51, 310 [314f.]).

Fall 16 – Klausur

Im Umgang mit der rip zählt – noch mehr als sonst – ein problemorientierter Aufbau und eine saubere Begründung des eigenen Ergebnisses. Zum Ausdruck kommen muss der Zielkonflikt hinter der rip. Im Rahmen der Argumentation sollte der Anbindung an allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrenrechts hohes Gewicht zukommen. Dass die rip gesetzlich nicht normiert ist, verleitet zu einem – nicht gewünschten – Besinnungsaufsatz ohne gesetzliche Anknüpfung.

Fall 16 – Klausur

Prozessual ist § 79 II VwGO bei der Bestimmung der statthaftern Klageart zu beachten. Der Kläger hat ein Wahlrecht, ob er den WB isoliert anfechten will (Verböserung = „zusätzliche selbständige Beschwer“) oder (wie sonst immer) den Ausgangs-VA in Gestalt des WB. Bei isolierter Anfechtung ist Klagegegner der Rechtsträger der WB Behörde. In der Begründetheit ist § 115 VwGO zu beachten, der auf § 113 I 1 VwGO verweist.

Fall 17

A war Eigentümer eines Grundstücks auf dem Gebiet der DDR. Als er in die BRD flüchtete, wurde er enteignet und das Grundstück wurde zum Volkseigentum erklärt. Kurze Zeit nach der Wiedervereinigung verlangt A die Rückübertragung des Grundstücks, da die Enteignung klar rechtswidrig gewesen sei, was zutrifft. Bei der Behörde kommt man zu dem Ergebnis, dass dem A aufgrund der rechtswidrigen Enteignung eine Entschädigung, aber nicht die Rückübertragung zustehe. Man bescheidet sein Verlangen daher negativ und fügt eine Rechtsbehelfsbelehrung bei, wonach der A innerhalb eines Monats Widerspruch einlegen könne. A ärgert sich über diese Entscheidung, legt aber erst nach mehreren Monaten Widerspruch ein, da es nach so vielen Jahren nun auf wenige Monate nicht ankomme. Die Widerspruchsbehörde entschließt sich, trotz der Verfristung einen negativen Widerspruchsbescheid zu erlassen, um dem A nochmals ausführlich die rechtliche Situation erklären zu können. Ist dieses Vorgehen rechtlich zulässig (nach VG Meinungen, Urteil vom 28. Oktober 1996 – 5 K 776/95.Me –, juris)?

Fall 17 – Hintergrund

Die Widerspruchsfrist von einem Monat (§ 70 I VwGO) wurde nicht eingehalten. Bei unverschuldetem Fristversäumnis ordnet § 70 II VwGO die entsprechende Anwendung von § 60 I-IV VwGO an (= Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Hier hingegen offensichtlich schuldhafte Fristversäumnis.

Ob die Widerspruchsbehörde in einem solchen Fall über einen verfristeten und damit unzulässigen Widerspruch noch in der Sache entscheiden darf und damit aus einem „eigentlich“ bestandskräftigen VA ein vor dem VG wieder anfechtbarer VA werden kann, ist umstritten.

Fall 17 – Hintergrund

Über einen verfristeten Widerspruch darf noch in der Sache entschieden werden (BVerwG NVwZ-RR 1989, 85 [86]).

- Verwaltung hat Sachherrschaft im Verwaltungsverfahren; Verwaltung könnte über §§ 48, 49 VwVfG auch zurücknehmen/widerrufen; Widerspruchsfrist dient dem Schutz der Behörde.

Über einen verfristeten Widerspruch darf in der Sache nicht mehr entschieden werden.

- Bestandskraft kann nur nach §§ 48, 49 VwVfG beseitigt werden; keine gesetzliche Grundlage; Wiederaufnahme nach § 60 I-IV VwGO ist abschließend zu verstehen und erfasst nur unverschuldete Fristversäumnis; Widerspruchsfrist dient auch der Entlastung der Gerichte.

Fall 17 – Lösung

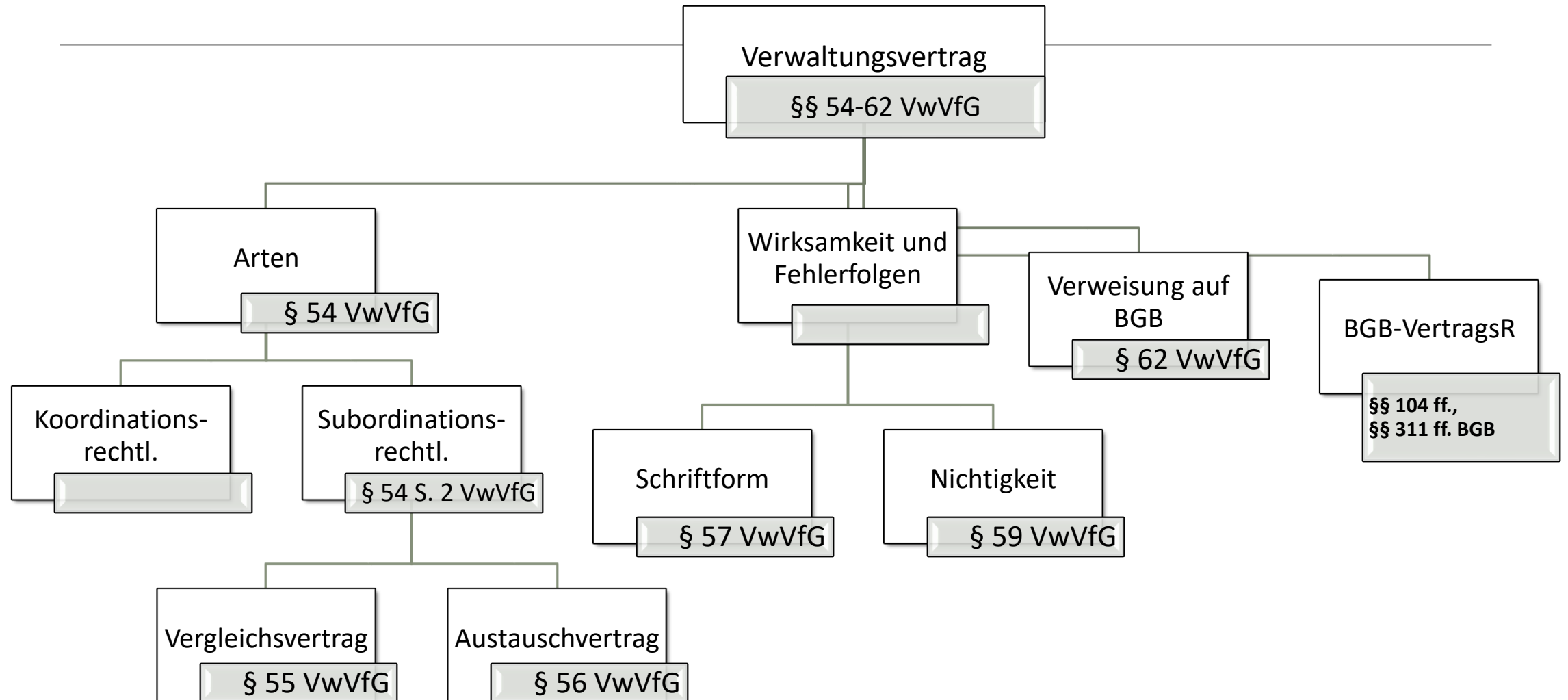
Geht man davon aus, dass die Behörde die Sachherrschaft über das Vorverfahren innehat und die Widerspruchsfrist vor allem ihrem eigenen Schutz dient, dann ist von einer Entscheidungsbefugnis der Behörde auszugehen. Dieser – gerade in der Rechtsprechung vertretenen – Ansicht ist auch das VG Meiningen in seiner dem Beispielfall zugrundeliegenden Entscheidung gefolgt. Nach der Gegenansicht ist eine Entscheidungsbefugnis abzulehnen.

Fall 17 – Klausur

In der Klausur kann sich das Problem aus verschiedenen Perspektiven stellen, die zu unterschiedlichen prozessualen Einkleidungen führen: Aus Sicht der Widerspruchsbehörde sind die Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs zu bewerten. In der Rolle des Verwaltungsgerichts sind regelmäßig die Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage zu prüfen; die Zulässigkeit der Klage hängt von der ordnungsgemäßen – also auch: fristgerechten – Durchführung eines Vorverfahrens ab.

Manchmal liegt nur scheinbar eine Verfristung vor, weil die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft war und die Jahresfrist nach § 58 II VwGO läuft. In diesem Fall stellt sich das Problem gar nicht.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag



Im Überblick: §§ 54 ff. VwVfG

Koordinationsrechtlicher Vertrag

- Verwaltungsträger paktieren miteinander oder Verwaltung mit Bürger auf Ebene der Gleichordnung

Subordinationsrechtlicher Vertrag, § 54 S. 2 VwVfG

- Über- und Unterordnung zwischen Verwaltung und Bürger

Vergleichsvertrag, § 55 VwVfG

- Spezialfall von § 54 S. 2 VwVfG

Austauschvertrag, § 56 VwVfG

- Spezialfall von § 54 S. 2 VwVfG
- *Hinkender Austauschvertrag*: Nur eine Leistungspflicht im Vertrag vereinbart, aber Gegenleistung wird als Bedingung oder Geschäftsgrundlage vorausgesetzt; daher untrennbarer Zusammenhang zwischen beiden Leistungspflichten

Im Überblick: Fehler und ihre Folgen

Grundsatz: Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes gelten auch bei Vertragsform („soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“, § 54 S. 1 VwVfG)

Wenn ein Fehler Folgen nach sich zieht, dann Nichtigkeit (grundlegend anders beim VA), nur geringe Modifikation über § 60 VwVfG

Schriftformerfordernis in § 57 VwVfG

- **Nichtigkeit** nach §§ 59 I, 62 S. 2 VwVfG iVm § 125 BGB

Fehlende Zustimmung eines Dritten nach § 58 I VwVfG

- **Unwirksamkeit** bis zur Zustimmung, § 58 I VwVfG

Fehlende Mitwirkung einer anderen Behörde nach § 58 II VwVfG

- **Unwirksamkeit** bis zur Mitwirkung, § 58 II VwVfG

BGB-Fehler, die zur zivilrechtlichen Nichtigkeit führen: §§ 105, 108, 116 ff., 119 ff., 142, 134 (Handlungsformverbote), 138, 164 ff BGB

- **Nichtigkeit** nach § 59 I VwVfG

Teilnichtigkeit hat Gesamtnichtigkeit zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, dass Vertrag auch ohne nichtigen Teil geschlossen worden wäre, § 59 III VwVfG

Im Überblick: Fehler und ihre Folgen

Spezielle Nichtigkeitsgründe in § 59 II VwVfG nur für § 54 S. 2 VwVfG

Nr. 1 -> § 44 VwVfG

Nr. 2 -> RW eines VA nicht nur wg. Verfahrens- oder Formfehler, der keinen Einfluss auf Ergebnis hatte (ratio: keine Umgehung gesetzlicher Vorschriften durch kollusives Zusammenwirken)

Nr. 3 -> Fehlen der Voraussetzungen des § 55 VwVfG + RW eines VA nicht nur wg. Verfahrens- oder Formfehler, der keinen Einfluss auf Ergebnis hatte

Nr. 4 -> Verstoß gegen § 56 VwVfG

- Fehlende Zweckvereinbarung und/oder dient nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, § 56 I 1 VwVfG
- Unangemessenheit der Gegenleistung, § 56 I 2 VwVfG
- Verstoß gegen Koppelungsverbot, weil kein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung, § 56 I 2 VwVfG
- Gegenleistung könnte nicht Inhalt einer NBS nach § 36 VwVfG sein + Bürger hat Anspruch auf Leistung, § 56 II VwVfG

Bei Nichtigkeit ist regelmäßig **Rückabwicklung** nötig: M.M.: Keine Regelungslücke im VwVfG, da Abwicklung nach § 62 S. 2 VwVfG iVm §§ 812 ff. BGB. H.M.: Abwicklung über öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch

Prüfungsschema für öffentlich-rechtliche Verträge

1. Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

- Vertrag vs. mitwirkungsbedürftiger VA
- Öffentlich-rechtlich vs. privatrechtlich

2. Formelle RM

- Zuständigkeit der Behörde
- Verfahrensvorschriften, soweit vorhanden (§ 58 VwVfG)
- Schriftform nach § 57 VwVfG

3. Materielle RM

- Zulässigkeit der Handlungsform
- Wirksamkeit -> keine Nichtigkeit nach § 59 VwVfG

Verwaltungsprozessrecht

TEIL 3: ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT UND
VERWALTUNGSPROZESSRECHT

Im Überblick: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

§ 40 I 1 VwGO: öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

Öffentlich-rechtliche Streitigkeit: Wenn die streitentscheidende Norm eine solche des Öffentlichen Rechts ist, wovon nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie auszugehen ist, wenn die Norm einen Hoheitsträger in seiner Funktion als Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.

- Angabe der streitentscheidenden Norm (= EGL oder AGL, mit der Prüfung der Begründetheit beginnt!)

Nicht verfassungsrechtlicher Art: Verfassungsrechtliche Streitigkeit setzt nach **früherer h. M. sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit** voraus (= zwei Verfassungsorgane streiten über spezifisch verfassungsrechtliche Frage); nach **neuer Rechtsprechung des BVerwG** ist entscheidend, ob „**das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist**“ = „**verfassungsrechtlicher Kernbereich**“ muss betroffen sein (**BVerwG NVwZ 2025, 1276 (1277) zu Büroausstattung von Bundeskanzler aD Gerhard Schröder und BVerwG NVwZ 2025, 856 (858) zu Rechtsschutz gegen schlichten Parlamentsbeschluss**)

Fall 18

A, Betreiber einer Diskothek, schuldet den Steuerbehörden und den Sozialversicherungsträgern gegenwärtig 250.000 Euro. Die zuständige Behörde B untersagt ihm daher die Ausübung seines Gewerbes nach § 35 I 1 GewO. Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Die B geht richtigerweise davon aus, dass diese Voraussetzungen aufgrund der erheblichen Schulden des A vorliegen. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhebt A eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht. Noch vor der mündlichen Verhandlung erbt A wider Erwarten 500.000 Euro, sodass er seine Schulden bedienen kann. A geht davon aus, dass das Verwaltungsgericht die Untersagung nun aufheben wird. Die B wendet ein, dass im Zeitpunkt ihrer Entscheidung die Zuverlässigkeit nicht vorgelegen habe und ihre Untersagung daher rechtmäßig sei. Wie wird das Gericht entscheiden (nach BVerwGE 65, 1 ff.)?

Fall 18 – Hintergrund

Anders als im Zivilprozess, wo immer auf die letzte mündliche Verhandlung des Gerichts abzustellen ist, zählt die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess zu den besonders schwierigen Problemen.

Zum einen dient der Verwaltungsprozess der Überprüfung der behördlichen Entscheidung, was dafür spricht, den Zeitpunkt der letzten Behördenhandlung als maßgeblich zu erachten; zum anderen dient er der Wahrung der Rechte des Bürgers, was den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als maßgeblich nahelegt (*Polzin JuS 2004, 211 [211]*).

Fall 18 – Hintergrund

Prozessual kann nur der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich sein, da das Gericht stets die aktuelle Sach- und Rechtslage bewerten muss.

Das eigentliche Problem ist das der materiellrechtlichen Bewertung: Wie wirken sich materiellrechtliche Änderungen der Sach- und Rechtslage auf die gerichtliche Entscheidung aus?

Die Antwort ist im jeweils einschlägigen materiellen Recht zu suchen (BVerwGE 130, 113 [115]).

Fall 18 – Hintergrund

Grundsatz: Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. War eine Entscheidung zum damaligen Zeitpunkt rechtmäßig und ist mittlerweile eine Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten, so begründet dies in der Regel nicht die Rechtswidrigkeit des VA und daher auch keinen Anspruch auf Aufhebung im Rahmen einer Anfechtungsklage. Dies ergibt sich aus § 49 II 1 Nr. 3, 4 VwVfG und § 51 I Nr. 1 VwVfG.

Ausnahme: Wenn ein VA durch eine Änderung der Sach- oder Rechtslage durch die Behörde aufzuheben ist und damit nachträglich rechtswidrig geworden ist. Dies kann vor allem bei Dauer-VA der Fall sein. Änderung der Sach- oder Rechtslage ist dann beachtlich und als maßgeblich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der gerichtlichen Entscheidung anzusehen.

Weitere Ausnahme: Wenn ein VA noch gar nicht vollzogen ist und nach Vollstreckung sogleich zurückgenommen werden müsste. Wichtigstes Beispiel: Bauaufsichtliche Beseitigungsanordnung (BVerwG NVwZ 2014, 454 [455]).

Fall 18 – Lösung

Die Gewerbeuntersagung entfaltet Dauerwirkung. VA mit Dauerwirkung können aufgrund einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage rechtswidrig werden, da sie sich ständig aktualisieren.

Hier greift aber eine Ausnahme: Der Gesetzgeber hat in § 35 VI GewO verbindlich entschieden, dass ein Wiedergestattungsanspruch erst dann bestehen soll, wenn zuvor ein Antrag des Betroffenen gestellt wurde und ein Jahr seit der Gewerbeuntersagung verstrichen ist (BVerwGE 65, 1 [2 f.]). Diese zusätzlichen Erfordernisse schließen aus, dass Änderungen der Sach- oder Rechtslage während des Anfechtungsprozesses zu berücksichtigen sind (BVerwGE 65, 1 [2 f.]). Maßgeblich ist daher der Zeitpunkt der Behördenentscheidung.

Fall 18 – Exkurs

Verpflichtungsklage: Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz, da gem. § 113 V VwGO die Voraussetzungen des Anspruchs auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen müssen (BVerwGE 74, 115 [118]; 78, 243 [244]).

Allgemeine Leistungsklage: Ebenfalls Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz (*Hufen* Verwaltungsprozessrecht, § 24 Rn. 14). Wichtige Ausnahme: Prüfungsentscheidungen, bei denen eine bestimmte Qualifikation nachgewiesen werden muss (*Polzin* JuS 2004, 211 [213]).

Allgemeine Feststellungsklage: Abhängig vom (gegenwärtigen, vergangenen oder zukünftigen) Rechtsverhältnis (*Gärditz/Orth* Jura 2013, 1100 [1108]).

Nichtigkeitsfeststellungsklage: Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, da ein nichtiger Verwaltungsakt auch durch spätere Änderungen der Sach- oder Rechtslage nicht wirksam werden kann (*Hufen* Verwaltungsprozessrecht, § 24 Rn. 16).

Fortsetzungsfeststellungsklage: Zeitpunkt richtet sich nach der zuvor einschlägigen Klageart (*Polzin* JuS 2004, 211 [214]).

Fall 18 – Klausur

Das Problem wird nur relevant, wenn sich im Lauf der Zeit die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände geändert haben. Dann sollten zumindest kurz die prozessuale und die materiellrechtliche Bewertung und die maßgeblichen Grundsätze erläutert werden. Ein besonderes Augenmerk ist auf Verwaltungsakte mit Dauerwirkung zu legen. In den Prüfungsaufbau lässt sich der Problemkreis an zwei verschiedenen Stellen integrieren: Zum einen kann im Rahmen der Begründetheitsprüfung gleich zu Beginn der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit – vor die Klammer gezogen – der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt erörtert werden. Noch eleganter dürfte es sein, das Problem im Zusammenhang mit dem (ersten) Tatbestandsmerkmal darzustellen, bei dem es entscheidungserheblich ist.

Fall 19

A plant den Bau einer Holzverbrennungsanlage und beantragt bei der B die dazu nötige Baugenehmigung. Bei der näheren Begutachtung der Gegend rund um das Baugrundstück des A fällt der B auf, dass nur wenige Meter entfernt eine Gaspipeline verläuft. Dem A wird daraufhin die Baugenehmigung erteilt, zugleich aber angeordnet, dass er die Gaspipeline aus brandschutzrechtlichen Gründen mit einem feuerfesten Material umgeben muss. A scheut die hohen Kosten für eine solche Ummantelung, freut sich aber andererseits über die Erteilung der Genehmigung. Er würde daher gerne den Bau der Holzverbrennungsanlage vorantreiben, ohne die Ummantelung vornehmen zu müssen. Hat A die Möglichkeit, isoliert gegen die Pflicht der Anbringung einer Ummantelung vorzugehen (nach BVerwG NVwZ 1984, 366 f.)?

Fall 19 – Hintergrund

Zentrale Vorschrift für Nebenbestimmungen ist § 36 VwVfG, wo die Befristung (Nr. 1), die Bedingung (Nr. 2), der Widerrufsvorbehalt (Nr. 3), die Auflage (Nr. 4) und der Auflagenvorbehalt (Nr. 5) (nicht abschließend) als Nebenbestimmungen legal definiert werden.

§ 36 I und II VwVfG differenzieren zwischen einem VA, auf den ein Anspruch besteht, und einem VA, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht.

Innerhalb der Gruppe der Nebenbestimmungen wird eine Unterscheidung dahingehend vorgenommen, dass die Befristung, die Bedingung und der Widerrufsvorbehalt unselbständige Teile eines Verwaltungsakts ohne eigene VA-Qualität sind, während Auflage und Auflagenvorbehalt eine eigene Sachregelung enthalten und aus diesem Grund selbst VA sind (*Voßkuhle/Kaiser JuS 2012, 699 [700]*).

Wann eine bzw. welche Nebenbestimmung isoliert angefochten werden kann, ist umstritten.

Fall 19 – Hintergrund

Nur bei gebundener Entscheidung, nicht bei Ermessensentscheidung (früher etwa *Schenke* JuS 1983, 182 [185]).

- Nur so wird verhindert, dass durch isolierte Anfechtung am Ende ein VA in der Welt ist, den die Behörde niemals erlassen hätte und auch nicht hätte erlassen müssen.

Nur bei Auflage und Auflagenvorbehalt, nicht bei Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt (BVerwGE 29, 261 [265]).

- Nebenbestimmungen, die selbst VA sind, können auch wie ein solcher angefochten werden; Differenzierung ist im Gesetz angelegt und klar sowie leicht nachvollziehbar.

Immer bei formeller Teilbarkeit; wenn der Haupt-VA ohne Nebenbestimmung nicht vollkommen sinnlos wird, also eine Teilbarkeit offensichtlich unmöglich ist (BVerwGE 60, 269 [271]).

- § 36 VwVfG verlangt nicht nach einer Differenzierung innerhalb der Nebenbestimmungen; § 113 I 1 VwGO ermöglicht die teilweise Aufhebung eines VA und differenziert – ebenso wenig wie § 88 VwGO – zwischen einer Ermessens- und einer gebundenen Entscheidung.

Fall 19 – Lösung

Die Landesbauordnungen räumen einen gebundenen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung ein, sodass nach der ersten Ansicht die isolierte Anfechtung möglich ist. Zu demselben Ergebnis kommt die zweite Ansicht, die nach der Art der Nebenbestimmung differenziert und die Statthaftigkeit einer isolierten Anfechtungsklage in den Fällen der Auflage bejaht. Da die Erteilung einer Baugenehmigung auch ohne belastende Auflagen möglich ist, kommt auch die dritte Ansicht zu diesem Ergebnis. Das BVerwG ist daher im vorliegenden Fall von einer statthaften Anfechtungsklage ausgegangen. Die Begründetheit verneint das Gericht, da bei isolierter Anfechtung der Auflage die Baugenehmigung rechtswidrig, weil nicht brandschutzkonform, wäre (BVerwG NVwZ 1984, 366 [367]).

Fall 19 – Klausur

Zu beleuchten ist das Problem im Rahmen der Prüfung der statthaften Klageart nach § 88 VwGO. Ein Streitentscheid ist nur erforderlich, soweit die widerstreitenden Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Folgt man der Ansicht des BVerwG und großer Teile im Schrifttum, so darf in der Begründetheit nicht vergessen werden, die materielle Teilbarkeit zu prüfen.

Wann diese zu bejahen ist, ist im Detail umstritten:

BVerwG NVwZ 2021, 163 (8. Senat): Rest-VA muss rechtmäßig sein.

BVerwG NVwZ 2022, 1798 (4. Senat): Rest-VA muss nur grds. ohne NBS zulässig sein (keine inzidente Voll-Prüfung der RM des Rest-VA). Anfrage an 8. Senat.

BVerwG NVwZ 2022, 1801 (8. Senat): Aufgabe der Rechtsprechung.

Im Überblick: Prüfmaßstab bei Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff

Differenzieren: Ermessen auf Rechtsfolgenseite und unbestimmter Rechtsbegriff auf Tatbestandsseite.

Regelfall: kein Beurteilungsspielraum der Exekutive. Mit Art. 19 IV GG ist es nicht vereinbar, dass eine andere Gewalt der rechtsprechenden Gewalt eine Bindung hinsichtlich dessen auferlegt, was im Einzelfall rechtens ist (BVerfGE 61, 82 [111]; 129, 1 [21 f.]).

Ausnahme: Wenn einer Ermächtigungsgrundlage entnommen werden kann, dass der Gesetzgeber der Verwaltung in einem bestimmten Bereich die letztverantwortliche Entscheidung zuweisen wollte (BVerfGE 129, 1 [22]).

- Normative Ermächtigungslehre (vgl. *Maurer/Waldhoff* § 7 Rn. 34)
- In einem solchen Fall kommt die Rechtsprechung bei der Überprüfung an die Grenzen ihrer Funktionsfähigkeit (vgl. BVerfGE 84, 34 [50]; 129, 1 [23, 31]).
- Rechtsprechung und Schrifttum haben insofern Fallgruppen entwickelt.

Im Überblick: Prüfmaßstab bei Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff

Prüfungsentscheidungen und prüfungsähnliche Entscheidungen

- Fehlende Rekonstruierbarkeit und Expertenwissen der Prüfer

Prognose- und Risikoentscheidungen

- Streitig, vor allem im Umwelt- und Wirtschaftsrecht aufgrund Unwägbarkeiten

Beamtenrechtliche Eignungs- und Leistungsbeurteilungen

- Langjährige Zusammenarbeit und Erfahrung

Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie Ausschüsse

- Besondere Expertise auf dem jeweiligen Fachgebiet vergleichbar einem Sachverständigen
- Achtung: BVerwG NJW 2020, 785: nicht mehr bei Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien

Entscheidungen von politischer Bedeutung

- Ausfluss des Demokratieprinzips

Im Überblick: Prüfmaßstab bei Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff

Nimmt man einen Beurteilungsspielraum an, dann beschränkt sich die gerichtliche Prüfung darauf, ob ein vorgeschriebenes Verfahren eingehalten worden ist, ob die Sachverhaltsermittlung und -feststellung zutreffend und vollständig war, ob das Gesetz richtig ausgelegt worden ist und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet worden sind, und ob auch sonst nicht sachwidrige Erwägungen die Entscheidung beeinflusst haben (BVerwGE 99, 74 [77]).

Prüfungsumfang war bis zum Jahr 2017 auch in § 4a II Nr. 1-4 UmwRG normiert

Im Überblick: Prüfmaßstab bei Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff

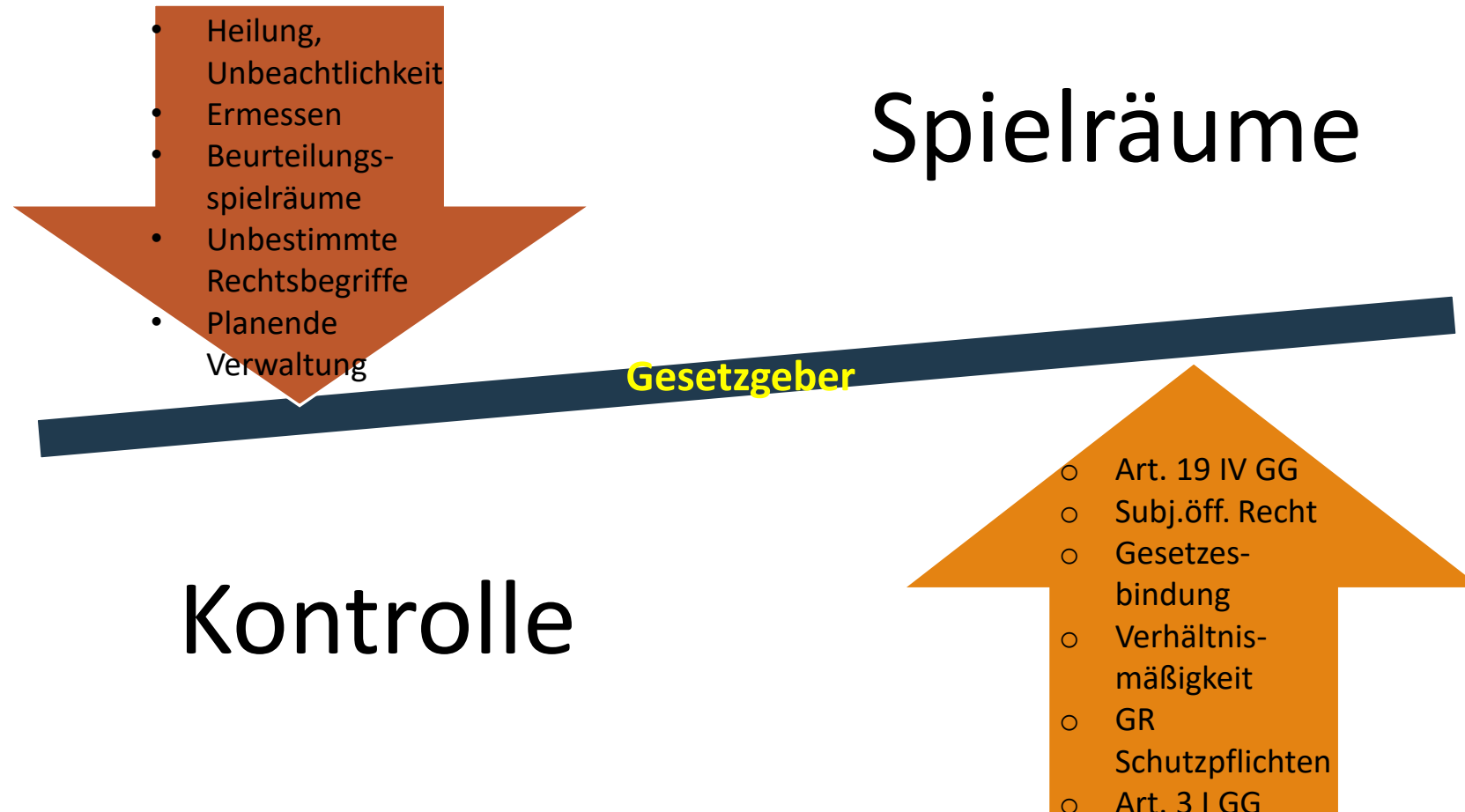
Verknüpfung von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff äußert sich vor allem in sog. Kopplungsvorschriften, bei denen beide Elemente verwendet werden.

Weiterhin ist es häufig nur eine Frage der Gesetzestechnik, ob Entscheidungsspielräume auf Tatbestandsebene (unbestimmter Rechtsbegriff) oder Rechtsfolgende (Ermessen) eingeräumt werden.

Die Grundsätze der richterlichen Überprüfung sind bei einem Beurteilungsspielraum die gleichen wie beim Ermessen.

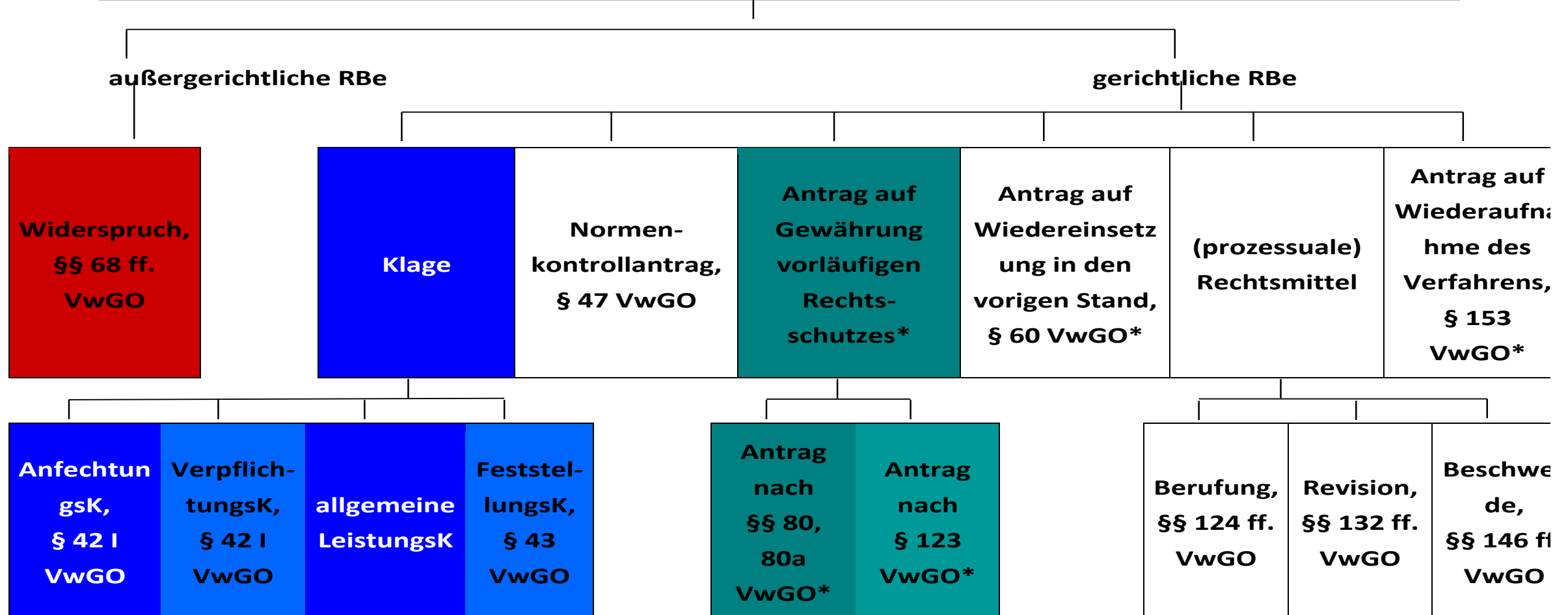
Entsprechend der Terminologie der Ermessensfehlerlehre kann von einem Beurteilungsausfall, einer Beurteilungsüberschreitung und einem Beurteilungsfehlgebrauch gesprochen werden (*Kment/Vorwalter* JuS 2015, 193 [199]).

Verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte



Überblick

Die förmlichen Rechtsbehelfe der VwGO (nicht vollzählig)



* = außerordentliche Rechtsbehelfe

Im Überblick: Grobaufbau FFK, § 113 I 4 VwGO (A)

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO
2. Statthaftigkeit, § 88 VwGO
 - VA erledigt sich (§ 43 II VwGO) „vorher“, d.h. nach Erhebung der AK, aber vor Entscheidung des Gerichts -> § 113 I 4 VwGO
 - VA erledigt sich noch vor Erhebung der AK -> § 113 I 4 VwGO analog (**str.**)
 - VA erledigt sich nach Erhebung der VK -> § 113 I 4 VwGO analog (**str.**)
 - VA erledigt sich noch vor Erhebung der VK -> § 113 I 4 VwGO doppelt analog (**str.**)
3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO (direkt/analog)
4. Vorverfahren, § 68 VwGO (im Detail vieles **str.**)
5. Klagefrist, § 74 I VwGO (ebenfalls **str.**)
6. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO (im Detail **str.**)

Im Überblick: Grobaufbau FFK, § 113 I 4 VwGO (B)

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO
2. Statthaftigkeit, § 88 VwGO
 - VA erledigt sich (§ 43 II VwVfG) „vorher“, d.h. nach Erhebung der AK, aber vor Entscheidung des Gerichts - > § 113 I 4 VwGO
 - VA erledigt sich noch vor Erhebung der AK -> § 113 I 4 VwGO analog (**str.**)
 - VA erledigt sich nach Erhebung der VK -> § 113 I 4 VwGO analog (**str.**)
 - VA erledigt sich noch vor Erhebung der VK -> § 113 I 4 VwGO doppelt analog (**str.**)
3. Zulässigkeit der ursprünglichen AK/VK
 - Klagebefugnis, § 42 II VwGO (direkt/analog)
 - Vorverfahren, § 68 VwGO (im Detail vieles **str.**)
 - Klagefrist, § 74 I VwGO (ebenfalls **str.**)
4. Umstellung des Klageantrags, § 173 S. 1 VwGO iVm § 264 Nr. 2 ZPO
5. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO (im Detail **str.**)

(2.) Statthaftigkeit der FFK

Keine vertieften Ausführungen im „Normalfall“ der Erledigung nach Erhebung der AK und vor Entscheidung

- Angefochtener VA (hier P: Analogie bei Verpflichtungssituation?)
- Erledigung nach § 43 II VwVfG nach Klageerhebung (hier P: Analogie bei Erledigung vor Klageerhebung?)
- Umstellung auf FFK aus Gründen effektiven Rechtsschutzes

Bei Erledigung vor Klageerhebung muss Analogie zu § 113 I 4 VwGO begründet werden

- Planwidrige Regelungslücke: keine andere Klageart einschlägig? **P: FK** (Rechtsverhältnis = fehlende Berechtigung zum Erlass des erledigten VA)? BVerwGE 109, 203: „Zweifel“ an Rückgriff auf § 113 I 4 VwGO. Rspr. lässt Frage häufig offen (nicht empfehlenswert in Klausur).
 - Argumente pro Regelungslücke: Zeitpunkt der Erledigung hängt häufig vom Zufall ab; klare Trennung von VA-bezogenen Klagearten und allg FK/LK; spezielle Voraussetzungen bei VA-bezogenen Klagen; für Erledigungskonstellationen existiert mit § 113 I 4 VwGO spezielle Klageart, Rückgriff auf FK kann daher nicht gewollt sein
- Vergleichbare Interessenlage: Zufall kann nicht entscheidend für Art des Rechtsschutzes sein; auch bei Erledigung vor Klageerhebung kann berechtigtes Interesse an Feststellung der RW bestehen

Bei VK muss ebenfalls (ggf. doppelte bei Erledigung vor Klageerhebung) analoge Anwendung begründet werden

- Einfache Analogie (AK -> VK) ist unter Verweis auf Prozessfrüchte zu begründen („es kann keinen Unterschied machen, ob AK oder VK“, ganz hM)
- Doppelte Analogie muss zusätzlich unter Verweis auf „Zufalls-Argumente“ gestützt werden

Keine Analogie im Eilrechtsschutz (VGH München NVwZ-RR 2016, 887) und keine Analogie im Fall der „Erledigung“ eines Realakts im Rahmen der allg LK (-> 43 I VwGO, OVG Münster NWVBl 2013, 492)

(3.) Zulässigkeit AK/VK

Einleitung: FFK ist ihrem Wesen nach eine umgestellte AK/VK.

Bei **Erledigung nach Klageerhebung**, § 113 I 4 VwGO (analog): Da aus einer unzulässigen AK/VK keine zulässige FFK werden darf, muss die ursprünglich erhobene AK/VK zulässig gewesen sein (daher unstreitig: Prüfung von Klagebefugnis, Vorverfahren und Klagefrist).

Bei **Erledigung vor Klageerhebung**, § 113 I 4 VwGO (doppelt) analog, gibt es hingegen keine „ursprünglich erhobene AK/VK“, daher: Ob und in welchem Ausmaß die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer (hypothetischen) AK/VK auch im Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegen müssen, wird unterschiedlich beurteilt.

(3.1) Zulässigkeit AK/VK – Klagebefugnis

Erforderlichkeit ist auch bei Klageerhebung vor Klageerhebung gegeben (unstr.)

Umstritten ist lediglich, ob § 42 II VwGO direkt oder analog Anwendung findet

- Da hier quasi inzident die Zulässigkeit einer AK/VK geprüft wird, direkte Anwendung
- Da Klagebefugnis nur noch auf einen ursprünglichen und mittlerweile erledigten VA gestützt wird und § 42 II VwGO dies nicht vorsieht, analoge Anwendung (wohl hM)
- Kann in Klausur dahinstehen (nur kurz ansprechen)

(3.2) Zulässigkeit AK/VK – Vorverfahren

Problem stellt sich vor allem bei Erledigung vor Klageerhebung, kann sich aber auch bei Erledigung nach Klageerhebung stellen, wenn Klage bereits vor Durchführung des Vorverfahrens erhoben worden ist

Bei Erledigung **nach Ablauf der Widerspruchsfrist** muss Vorverfahren durchgeführt worden sein, da sonst aus unzulässiger AK/VK eine zulässige FFK werden würde

Bei Erledigung **vor Ablauf der Widerspruchsfrist** str.

- hM: kein Vorverfahren mehr nötig, da Funktion (Selbstkontrolle der Verwaltung, Entlastung Gerichte, Rechtsschutz Bürger) nicht mehr erreicht werden kann; Wi-Behörde könnte VA auch gar nicht mehr aufheben; Feststellung durch Behörde hat geringeres Gewicht als Klärung durch VG und wird Interesse des Bürgers daher nicht gerecht; § 113 I 4 VwGO sieht Vorverfahren auch nicht vor (OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 557)
- mM: Vorverfahren nötig, da Funktion noch erreicht werden kann und FFK prozessual verlängerte AK/VK ist (*Schenke VerwProzR* Rn. 666; *Martini VerwR* S. 85)

(3.3) Zulässigkeit AK/VK – Klagefrist

Bei Erledigung nach Klageerhebung muss die erhobene AK/VK fristgerecht erhoben worden sein

Bei Erledigung vor Klageerhebung ist zu differenzieren:

- Bis zum Eintritt der Erledigung läuft Klagefrist, d.h.: Wäre AK/VK im Zeitpunkt der Erledigung bereits verfristet gewesen, so ist auch die FFK verfristet (aus unzulässiger AK/VK kann keine zulässige FFK werden)
- Ob Klagefrist nach Erledigung weiter läuft, ist umstritten:
 - Früher hM: Da FFK ihrem Wesen nach erledigte AK ist, muss auch Frist der AK gelten. Daher Monatsfrist ab Bekanntgabe des VA, aber rglm. **Jahresfrist** nach § 58 II VwGO, da RBL fehlerhaft (kein Hinweis auf FFK)
 - Heute hM: Frist ist in § 113 I 4 VwGO nicht vorgesehen + keine Notwendigkeit einer Frist, da Rechtssicherheit bei Erledigung in Hintergrund tritt; Schutz vor überlanger Hinauszögerung durch Verwirkung (-> § 58 II VwGO, **ein Jahr**)

Fall 20

Am 1. Mai 2008 wurden zwei Polizisten auf lautes Geschrei und ein dumpfes Poltern aus der Wohnung der K aufmerksam. In der Wohnung hielten sich neben der K auch deren zwei minderjährigen Söhne auf. Die Polizisten baten um Zutritt zu der Wohnung, um vor allem nach den Kindern sehen zu können. Die K gewährte daraufhin Eintritt. In der Wohnung kam es zu einer verbalen Auseinandersetzung zwischen der K und den Polizisten. Die K ist der Ansicht, dass die Polizisten in ihrer Vorgehensweise rechtswidrig gehandelt haben. Sie begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit vor den Verwaltungsgerichten. Sie wolle zu einem späteren Zeitpunkt Schmerzensgeld geltend machen, da sie selbst und ihre Kinder durch den Einsatz gedemütigt worden seien. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Polizisten wiederkommen könnten. Zudem sieht sie sich in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG verletzt. Schließlich soll die Rechtswidrigkeit des polizeilichen Vorgehens klargestellt werden, damit ihr Ruf keinen Schaden nehme. Kurze Zeit nach dem Vorfall zieht die K aus der Wohnung aus und ihre Kinder werden volljährig. Hat die K ein berechtigtes Feststellungsinteresse (nach VGH München BeckRS 2015, 48009)?

Fall 20 – Hintergrund

Schließlich muss „der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung“ nach § 113 I 4 VwGO haben.

Damit ist das Erfordernis eines besonderen **Fortsetzungsfeststellungsinteresses** angesprochen.

Insofern sind einige Fallgruppen anerkannt, bei deren Vorliegen ein Rückgriff auf die allgemeine Formel, wonach „jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art“ (BVerwGE 109, 203 [209]) ausreicht, entbehrlich wird.

Fall 20 – Hintergrund

Präjudizialität/Präjudizinteresse (BVerwGE 81, 226 [227 f.])

- Alle Bestrebungen des Klägers, die Früchte aus dem Verwaltungsprozess trotz Erledigung ziehen zu können.
- Vor allem zur Vorbereitung einer späteren Schadensersatzklage (insb. Amtshaftungsanspruch, s. § 839 III BGB).
- Voraussetzung ist, dass ein solcher Prozess mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und nicht offensichtlich aussichtslos erscheint.
- Fallgruppe kommt denklogisch nur in Betracht, wenn Erledigung nach Klageerhebung eingetreten ist

Fall 20 – Hintergrund

Wiederholungsgefahr (BVerwGE 146, 303 [306 f.])

- Eine gerichtliche Entscheidung legt zugleich häufig die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Verwaltung für die Zukunft fest.
- Voraussetzung ist, dass eine Wiederholungsgefahr hinreichend konkret ist und dass sich gerade der entscheidungserhebliche Sachverhalt unter vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Umständen wiederholt.
- Ausgeschlossen, wenn die Behörde verbindlich erklärt, an ihrer Rechtsausfassung nicht mehr festzuhalten.

Fall 20 – Hintergrund

Rehabilitations-/Genugtuungsinteresse (BVerwGE 146, 303 [309])

- Falls das erledigte Verwaltungshandeln diskriminierende Wirkung hatte.
- Stets der Fall, wenn der grundrechtliche Ehrschutz aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG beeinträchtigt wurde.
- Vor allem bei öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen denkbar. Beispiele sind publikumswirksame Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen der Geschäftsräume zu Hauptgeschäftszeiten und allgemein rufschädigende Maßnahmen. Wenn nicht in der Öffentlichkeit, so muss die Maßnahme geeignet sein, zumindest im sozialen Umfeld das Ansehen herabzusetzen.

Fall 20 – Hintergrund

Tiefgreifender Grundrechtseingriff (BVerwGE 146, 303 [310])

- Muss seit der o. g. Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2013 als **umstritten** bezeichnet werden.
- Schon lange wird unterschiedlich beurteilt, ob jeder Grundrechtseingriff ausreicht oder ein tiefgreifender Grundrechtseingriff erforderlich ist. Vorzugswürdig ist letzteres: Da jeder belastende Verwaltungsakt in Grundrechte (vor allem Art. 2 I GG) eingreift, würde die Aufweichung der Anforderungen an dieser Stelle die Prüfung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses obsolet machen.
- Der Grundrechtseingriff muss beim Betroffenen in jedem Fall noch fortwirken.
- Nach Auffassung des BVerwG reicht ein tiefgreifender Grundrechtseingriff **allein nicht** aus – die Maßnahme muss sich **zudem** typischerweise kurzfristig erledigen. Das Schrifttum lehnt die Beschränkung unter Verweis auf das grundrechtliche Kompensationsgebot ab (Hufen Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 52; Lindner NVwZ 2014, 180 [182 ff.]; a. A. Unterreitmeier NVwZ 2015, 25 [28 f.]).

Fall 20 – Hintergrund

Typischerweise kurzfristige Erledigung? (BVerwGE 146, 303 [310 f.] unter Verweis auf BVerfGE 110, 77 [86])

- Wird im Schrifttum schon längere Zeit als Fallgruppe vertreten, da die typischerweise kurzfristige Erledigung ohne Zulassung der FFK mit Art. 19 IV GG kaum vereinbar wäre.
- Ein (tiefgreifender) Grundrechtseingriff wird in dieser Fallgruppe gerade nicht gefordert.
- Der 8. Senat des BVerwG hat sich dem im Jahr 2013 (s.o.) und 2021 (BVerwGE 171, 242 Rn. 11) angeschlossen. Hauptanwendungsfälle wären polizeiliche Maßnahmen wie die Auflösung einer Versammlung, die Überprüfung der Identität und die Durchsuchung der Wohnung.
- Der 6. Senat des BVerwG hat am 29.11.2023 eine Anfrage an den 8. Senat gem. § 11 III 1, 3 VwGO gestellt, weil er von dieser Rechtsprechung abweichen wollte (BeckRS 2023, 40430).
- Der 8. Senat des BVerwG hat daraufhin am 29.1.2024 seine Rechtsprechung aufgegeben (NVwZ 2024, 1025)

→ Erfordernis von typischerweise kurzfristiger Erledigung genügt nicht (zusätzlich ist tiefgreifender Grundrechtseingriff nötig) (s. im Anschluss BVerwG (6. Senat) v. 24.4.2024 NVwZ 2024, 1027); zum Ganzen Spitzlei/Sperl JA 2025, 311

Fall 20 – Lösung

K stützt ihr Fortsetzungsfeststellungsinteresse auf alle speziellen Fallgruppen. Dementsprechend sind diese zu prüfen.

Vorbereitung eines Amtshaftungsanspruchs (-), weil Erledigung vor Klageerhebung

Wiederholungsgefahr (-), weil sie ausgezogen ist und die Kinder volljährig sind

Rehabilitationsinteresse (-), weil Geschehen in Wohnung stattfand und keine Öffentlichkeitswirksamkeit gegeben war

Tiefgreifender Grundrechtseingriff (-), weil K selbst die Tür geöffnet hat und Polizisten nur kurzzeitig in Wohnung waren

Typischerweise kurzfristige Erledigung kann hingegen bejaht werden, sodass nach Auffassung des BVerwG ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen wäre. Der VGH München hat diese Fallgruppe nicht herangezogen und folglich das Fortsetzungsfeststellungsinteresse verneint (vgl. VGH München BeckRS 2015, 48009 Rn. 16).

Fall 20 – Klausur

In der Klausur sollten nach einer knappen Erläuterung des Feststellungsinteresses im Allgemeinen die verschiedenen speziellen Fallgruppen genannt und, soweit ernsthaft in Betracht kommend, erörtert werden. Da die Fortsetzungsfeststellungsklage sehr häufig in Verbindung mit sich kurzfristig erledigenden polizeilichen Maßnahmen geprüft werden muss, ist auch die Kenntnis der fünften Fallgruppe, bzw. ihrer Verbindung zur vierten Fallgruppe des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs sehr nützlich. Sollten alle übrigen Fallgruppen nicht einschlägig sein, muss unter Heranziehung der fünften Fallgruppe und unter Verweis auf Art. 19 IV GG ein mögliches Fortsetzungsfeststellungsinteresse beleuchtet werden.

Im Überblick: Vorläufiger Rechtsschutz

Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes: Sicherung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG

- Effektiv = rechtzeitig
- Mit Vollzug/Erledigung werden rglm. vollendete Tatsachen geschaffen; nachträgliche Feststellung der RW (-> FFK) kompensiert das nicht

§ 123 V VwGO: § 123 VwGO nur, wenn nicht §§ 80, 80a VwGO

- Faustformel: §§ 80, 80a VwGO bei AK in Hauptsache; § 123 VwGO bei VK, FK, allg LK in Hauptsache
- Zentraler inhaltlicher Unterschied: Bei §§ 80, 80a VwGO dreht sich Streit um **aufschiebende Wirkung nach § 80 I, II VwGO**; bei § 123 VwGO um einstweilige Anordnung

Im Überblick: *Spitzlei* JURA 2019, 600-606

Antrag nach § 80 V 1 VwGO – Zulässigkeit

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Hauptsache (keine Besonderheiten), § 80 V 1 VwGO

Statthaftigkeit: Abgrenzung von § 80 V VwGO und § 123 VwGO über § 123 V VwGO

Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

(kein Vorverfahren und keine Frist)

Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Antragsgegner, § 78 VwGO analog

Zuständiges Gericht: Gericht der Hauptsache, § 80 V 1 VwGO

Rechtsschutzbedürfnis

- **P:** Vorheriger Antrag an Behörde? § 80 IV VwGO gibt Behörde Möglichkeit, Vollziehung nach § 80 II VwGO selbst auszusetzen. Aber: § 80 VI 1 VwGO verlangt vorherigen Antrag nur bei öffentlichen Abgaben und Kosten (selbst dann Ausnahmen nach § 80 VI 2 Nr. 1, 2 VwGO)
- **P:** Rechtsbehelf in Hauptsache vor Antrag nach § 80 V 1 VwGO nötig? hM (-) unter Verweis auf § 80 V 2 VwGO („vor Erhebung“) und Art. 19 IV GG; aA (+), da sonst keine aufsch W eines Rechtsbehelfs angeordnet/wiederhergestellt werden könne. Jedenfalls: Rechtsbehelf in Hauptsache darf nicht evident unzulässig (insb.: verfristet) sein, da sonst über § 80 V 1 VwGO gewährt werden würde, was in Hauptsache nicht mehr gewährt werden darf

Antrag nach § 80 V 1 VwGO – Begründetheit

(Ausnahme!) Erläuterung des Prüfungsmaßstabs, da § 80 V VwGO insofern keine Vorgaben macht: Interessenabwägung (Suspensivinteresse des Ast gegen Vollzugsinteresse der Allgemeinheit), die sich an summarischer Prüfung (bezogen auf Tatsachenfeststellung!, anders: (schwerwiegende) Beeinträchtigung von Grundrechten) der Erfolgsaussichten des RBH in Hauptsache ausrichtet

Nur bei Antrag auf Wdh der aufsch W ist sodann (formelle) RM der Vollziehungsanordnung zu prüfen

- **Anhörung** nach § 28 VwVfG (analog) erforderlich? Ganz hM: nein, da kein VA, sondern Nebenentscheidung zum VA – aber mglw. anders, wenn Ao der sof Vz nicht zusammen mit VA, sondern nachträglich erfolgt (VGH BW VBIBW 2018, 467)
- Prüfung von **§ 80 III VwGO**: 1) Begründungsmangel? 2) Falls ja str.: Heilung durch Nachholen? hM nein, da mit Schutzzweck der Norm unvereinbar (aA ja, weil sonst rgm. erneut AO der sof Vz mit Begründung erfolgt) 3) Rechtsfolge der formellen RW der Ao der sof Vz ebenfalls str.: Aufhebung der Ao der sof Vz, da Behörde so neue Ao der sof Vz erlassen kann und Verfahren nach § 80 VII VwGO verhindert wird (Rspr.); nach aA hingegen Wdh der aufsch W, da isolierte Aufhebung der Ao der sof Vz in VwGO nicht vorgesehen ist (beides gleichermaßen vertretbar)

Prüfung der formellen und materiellen RM des VA (Schwerpunkt!)

Interessenabwägung (rglm. knapp)

- Differenzieren: Bei Antrag auf Ao aufsch W (§ 80 II 1 Nr. 1-3 VwGO) besteht bei RM des VA rgm. kein schutzwürdiges Vollzugsinteresse, bei RW des VA umgekehrt kein Suspensivinteresse
- Bei Antrag auf Wdh aufsch W (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO) kann hingegen nicht von RM des VA automatisch auf Vollzugsinteresse geschlossen werden, da besonderes Vollzugsinteresse hinzutreten muss (Regel-Ausnahme-Verhältnis)

§ 80 V 1 VwGO analog

In Fällen des sog. faktischen Vollzugs ist § 80 V 1 VwGO analog statthafte Antragsart

- Behörde verkennt aufsch W und kündigt Vollstreckung an

Antrag gerichtet auf Feststellung des Bestehens aufsch W (Streit dreht sich um den Eintritt aufsch W, daher keine Feststellungsklage in Hauptsache und § 123 V VwGO einschlägig)

§ 80 V 3 VwGO

Ist sof vz VA im Zeitpunkt der Entscheidung über Antrag nach § 80 V 1 VwGO bereits vollzogen, so kann Gericht als Annex zur Aussetzungsanordnung über § 80 V 3 VwGO auch Rückgängigmachung des Vollzugs anordnen

- Bsp.: Von Polizei beschlagnahmtes Auto befindet sich bereits in Verwahrung - § 80 V 3 VwGO ist dann gerichtet auf Rückgabe des Autos

§ 80 V 3 VwGO sichert prozessual den FBA ab

- FBA muss daher in Begründetheit geprüft werden!

Auch § 80 V 3 VwGO ist auf Fälle der faktischen Vollziehung analog anzuwenden

Anträge über § 80a III VwGO

Zulässigkeitsproblem durch Verweis in § 80a III 2 VwGO auf § 80 V-VIII VwGO, also auch auf § 80 VI 1 VwGO (vorheriger Antrag bei Behörde in Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO erforderlich)

- MM: **Rechtsfolgenverweis**, weil im Wortlaut keine Einschränkung und Anwendungsbereich sonst gegen Null geht (OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 69)
- HM: **Rechtsgrundverweis**, da Gesetzgeber angesichts der Tragweite eines Rechtsfolgenverweises diesen explizit normiert hätte und unterschiedliche Ausgestaltung bei VA mit/ohne Drittwirkung nicht gerechtfertigt ist (OVG Koblenz NVwZ 1993, 591; OVG Hamburg NVwZ-RR 2017, 906)
- Also: Vorheriger Antrag nach § 80 VI 1 VwGO nur bei öffentlichen Abgaben und Kosten

In Begründetheit sind die (gleichrangigen) Interessen des Adressaten und des Dritten abzuwägen (vgl. § 80 II 1 Nr. 4 Alt. 2 VwGO „oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten“) (näher BVerfG NVwZ 2009, 240)

Antrag nach § 123 VwGO – Zulässigkeit

Statthaftigkeit:

- §§ 80, 80a VwGO sind über § 123 V VwGO und die Nennung der statthaften Klageart in Hauptsache als nicht einschlägig abzulehnen
- Sicherungsanordnung (Sicherung status quo) nach § 123 I 1 VwGO und Regelungsanordnung (Erweiterung des Rechtskreises) nach § 123 I 2 VwGO nennen und voneinander abgrenzen. Eindeutige Zuordnung kann aufgrund unbestimmter gesetzlicher Vorschriften und mangels Relevanz für weitere Prüfung jedenfalls im Zweifelsfall ausdrücklich offen gelassen werden.

Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO analog):

- Anordnungsanspruch (= materieller Anspruch) und Anordnungsgrund (= Eilbedürftigkeit) müssen mglw. bestehen

Zuständigkeit des Gerichts nach § 123 II VwGO

Rechtsschutzbedürfnis:

- Bei VK/allg LK in Hauptsache ist vorherige Antragstellung bei Behörde zu verlangen, es sei denn unzumutbare Nachteile durch Verzögerung oder Antrag ohnehin völlig aussichtslos, weil Behörde zu erkennen gegeben hat, dass sie dem Begehren nicht (rechtzeitig) nachkommen wird (jüngst BVerwG, 22.11.2021, 6 VR 4.21).

Sonst Prüfung wie bei Hauptsacherechtsbehelf

Antrag nach § 123 VwGO – Begründetheit

Anordnungsanspruch (= materieller Anspruch) und Anordnungsgrund (= Eilbedürftigkeit) müssen glaubhaft gemacht (§ 123 III VwGO iVm §§ 920 II, 294 ZPO) werden

- Klausur: volle Prüfung

1) Anordnungsanspruch = Prüfung wie in Hauptsache

2) Anordnungsgrund = besondere Eilbedürftigkeit aufgrund drohender Nachteile durch Zeitablauf

3) Grundsatz: Keine Vorwegnahme der Hauptsache

- Kein starrer Grundsatz, maßgeblich ist Reversibilität der Entscheidung – also, ob diese samt ihrer Folgen durch spätere Hauptsachentscheidung noch rückgängig gemacht werden könnte
- Zudem: Vorwegnahme der Hauptsache ist zulässig in grundgesetzlich gebotenen Ausnahmefällen (schwerwiegende und unumkehrbare Grundrechtseingriffe, Rechtsschutz in Hauptsache käme zu spät; vgl. BVerfG NJW 2023, 148)

Im Überblick: Zulässigkeit der allgemeinen LK, §§ 43 II, 111 VwGO

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO
2. Statthaftigkeit, § 88 VwGO
 - Leistungsvornahmeklage oder Unterlassungsklage gerichtet auf/gegen schlicht hoheitliches Handeln
 - Realakte (keine Regelung) -> Auszahlung, Information/Warnung
 - Ör WE ohne VA Charakter -> v.a. gerichtet auf Abschluss eines ör V
 - Handlungen ohne Außenwirkung -> Umsetzung eines Beamten
3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog
 - Im Schrifttum str., aber st. Rspr. (Vermeidung von Popularklagen auch hier), kein Streitentscheid, wenn Klagebefugnis (+)
4. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61-63 VwGO

Im Überblick: Zulässigkeit der FK, § 43 I VwGO

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO
2. Statthaftigkeit, § 88 VwGO
 - Gerichtet auf Feststellung des Bestehens (positive FK) oder Nichtbestehens (negative FK) eines Rechtsverhältnisses
 - „Die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund der Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebenden rechtlichen Beziehungen zwischen einer Person und einer anderen Person oder einer Sache.“
 - „konkret“ = keine Klärung abstrakter Rechtsfragen; „Person und anderer Person/Sache“ = Beteiligten; „rechtliche Beziehung“ = nicht bloß tatsächliche Beziehung; „öffentlich-rechtliche Norm“ = rglm. eine EGL/AGL; Rechtsverhältnis muss nicht gegenwärtig sein, kann auch vergangen oder zukünftig sein; Voraussetzung ist aber stets hinreichende Konkretisierung
3. Subsidiarität der FK, § 43 II 1 VwGO
 - Durchbrechung in § 43 II 2 VwGO (nur Nichtigkeits-FK) und durch Rspr im Verhältnis zur allg LK („Ehrenmann-Theorie“ + kein Unterlaufen von §§ 68 ff. + 74 VwGO)
4. Feststellungsinteresse, § 43 I VwGO
 - Jedes anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher, ideeller oder persönlicher Natur + Interesse an baldiger Feststellung (s. Wortlaut § 43 I VwGO)
5. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog
 - Nach der Rspr immer zu verlangen (Vermeidung Popularklage), nach hL keine planwidrige Regelungslücke (kann dahinstehen, falls Klagebefugnis bejaht werden kann)
6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61-63 VwGO

Im Überblick: NK nach § 47 VwGO

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

„im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“, § 47 I VwGO

Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+), nicht verfassungsrechtlicher Art (+, weil keine NK nach Art. 100 I GG)

2. Statthaftigkeit, § 88 VwGO

AK und VK (-), weil abstrakt generelle Regelung

§ 47 I VwGO (+), entweder gegen B-Plan (Nr. 1) oder gegen andere Rechtsvorschrift unter formellem Landesgesetz (Nr. 2 -> § 18 AGVwGO) (Satzung und RVO)

3. Antragsbefugnis

§ 47 II 1 Alt. 1 VwGO (Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung) oder § 47 II 1 Alt. 2 VwGO (bei privilegiertem Antragsteller: Möglichkeit der Verwicklung in Rechtsstreitigkeit, bei der Wirksamkeit der Norm maßgeblich ist + objektives Klarstellungsinteresse)

Wichtig: Auch möglich, wenn Norm mittlerweile außer Kraft getreten ist: BVerwG, 28.7.2025 – 3 BN 11.24, BeckRS 2025, 21525

4. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

§ 47 II 1 VwGO iVm allg. Regeln für Antragsteller und § 47 II 2 VwGO iVm allg. Regeln für Antragsgegner

5. Jahresfrist, § 47 II VwGO

Verwaltungsprozessrecht – Fragerunde

TEIL 3: ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT UND
VERWALTUNGSPROZESSRECHT

Polizei- und Sicherheitsrecht

TEIL 4: VERWALTUNGSRECHT BT

Im Überblick: Zuständigkeit

Polizeiverwaltungsbehörden, §§ 75 ff. SPolG

- Landespolizeibehörde = Ministerium; Kreispolizeibehörde = Landrat/Oberbürgermeister; Ortspolizeibehörde = Bürgermeister

Vollzugspolizei, § 82 SPolG

- Keine Untergliederung, „Landespolizei“

Sachlich zuständig ist grds. Polizeiverwaltungsbehörde, und zwar örtliche, § 80 I, II SPolG

- Örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Bezirk, § 81 SPolG

Subsidiäre Zuständigkeit der Vollzugspolizei bei Gefahrenabwehr, § 85 II SPolG

- Örtliche Zuständigkeit im gesamten Landesgebiet (aber: §§ 3, 4 BPolG)

Im Überblick: Prüfung der Generalklausel

[Gedankliche Vorprüfung: Kein Spezialgesetz (insb. VersG) und keine Standardbefugnis einschlägig]

1. Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit
 - Definition: Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger von Hoheitsgewalt
2. Wenn 1. (-): Betroffenheit der öffentlichen Ordnung
3. Gefahr für Schutzgut unter 1. bzw. 2.
4. Verantwortlichkeit (=„Störer“)
5. Rechtsfolge: Ermessen und Verhältnismäßigkeit
 - Entschließungs- und Auswahlermessen (Ob und Wie)

Fall 21

Die K betreibt ein „Wettkampfstudio“ (sog. Laserdrome) in einer 500 m² großen Halle. Innerhalb der Halle befindet sich ein weitläufiges Labyrinth, welches dem Spiel „Mann gegen Mann“ dient. Die Spieler werden mit maschinenpistolenähnlichen Laserzielgeräten und Stoffwesten, an denen im Brust- und Rückenbereich jeweils ein Sensorempfänger befestigt ist, ausgerüstet. Die „Schüsse“ werden als Laserstrahl optisch dargestellt. Ein Treffer dieses Strahls auf dem Sensor eines anderen Mitspielers löst ein akustisches und optisches Signal aus. Für jeden Treffer erhält ein Spieler Punkte, getroffene Spieler werden mit Punktabzügen belastet. Ziel des Spiels ist es, innerhalb von 15 Minuten eine möglichst hohe Punktzahl zu erhalten. Als die zuständige Polizeibehörde B davon erfährt, untersagt sie der K, in deren Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen, die ein spielerisches Töten zum Gegenstand haben. Zur Begründung führt die B aus, es läge eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vor, da simulierte Tötungshandlungen gegen die grundlegenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstießen. Ist dem so (nach BVerwGE 115, 189 ff.)?

Fall 21 – Hintergrund

Der Begriff der öffentlichen Ordnung findet sich neben § 15 I VersG und § 118 I OwiG in der polizeirechtlichen Generalklausel des § 8 I SPolG.

Grundlegend ist die folgende Definition durch das Preußische Oberverwaltungsgericht aus dem Jahr 1933: „Der Begriff der öffentlichen Ordnung umfasst die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“ (PrOVGE 91, 139 [140]).

Ob auf das Schutzgut auch heutzutage noch zurückgegriffen werden darf und – bejahendenfalls – welchen Inhalt das Schutzgut hat, wird unterschiedlich beurteilt.

Fall 21 – Hintergrund

Konkretisierung über die Grundrechte, vor allem die Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG – der Anschein oder die Gefahr einer Verletzung genügen (BVerfGE 7, 198 [206]).

Konkretisierung über ungeschriebene moralische Wertungen und Sozialnormen (in Abgrenzung zu Rechtsnormen) (BVerfGE 111, 147 [154 ff.]).

- Wirksamer Schutz der Bürger unterhalb der Gesetzesschwelle; auch die §§ 138, 242 BGB knüpfen an gesellschaftliche Anschauungen an

Schutzgut hat keine Bedeutung mehr und kann inhaltlich nicht weiter konkretisiert werden.

- Enorme Dichte und Fülle gesetzlicher Regelungen; etwaige Lücken muss Gesetzgeber schließen; kein Recht nach Mehrheiten und ideologischen Vorstellungen

Fall 21 – Lösung

Da niemand verletzt wird, liegt keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor. Lehnt man einen Rückgriff auf die öffentliche Ordnung ab, so ist das Vorgehen der B rechtswidrig.

Geht man von einer Konkretisierung über Sozialnormen aus, so fragt sich, ob die simulierte Tötung von Menschen und die damit einhergehende Belohnung in Form von Punkten gegen die moralischen und sittlichen Vorstellungen der Gesellschaft verstoßen. Stellt man auf die weite Verbreitung und grundsätzliche Akzeptanz von Tötungsszenen in Film und Fernsehen ab, so lässt sich eine Gefahr für die öffentliche Ordnung gut vertretbar verneinen.

Das BVerwG ist der Ansicht, das „spielerische Töten“ verletze zwar niemanden, stehe aber in Widerspruch zum Grundgesetz, welches der Menschenwürde und dem Leben des Menschen die höchste Stellung überhaupt einräume. Indem die Tötung eines Menschen durch den Spielablauf verharmlost und die Spielteilnehmer zu der simulierten Tötung eines Menschen motiviert würden, bestehe ein grundlegender Widerspruch zu der Entscheidung des Grundgesetzes, dem Leben eine herausgehobene Stellung einzuräumen. Das Rechtsgut des Lebens und die menschliche Persönlichkeit würden banalisiert und trivialisiert (BVerwGE 115, 189 [198 ff.]).

Fall 21 – Klausur

In der Klausur ist es wichtig, der Subsidiarität des Schutzguts der öffentlichen Ordnung Rechnung zu tragen. Zunächst sind – zumindest gedanklich – Eingriffsgrundlagen in Spezialgesetzen anzuprüfen. Anschließend ist an die polizeirechtlichen Standardmaßnahmen zu denken. Schließlich ist auf die polizeirechtliche Generalklausel zurückzugreifen und in einem ersten Schritt das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit zu prüfen. Abschließend ist das Schutzgut der öffentlichen Ordnung zu beleuchten. Nach der sauberen Definition kann auf die große Unbestimmtheit des Begriffs und die unterschiedlichen Konsequenzen, die daraus gezogen werden, hingewiesen werden. Sodann sind die drei Ansichten auf den konkreten Fall anzuwenden. Ein Streitentscheid ist nur soweit erforderlich durchzuführen.

Im Überblick: Begriff der Gefahr

Konkrete Gefahr: Eine im Einzelfall bestehende tatsächliche Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden an einem Schutzgut führt

- Prognoseentscheidung; Maßstab: objektiver und durchschnittlich verständiger, sachkundiger Beamter + ex ante
- Keine Gewissheit aber hinreichende Wahrscheinlichkeit; möglicher Schaden nicht ganz unerheblich; zeitlicher Rahmen abhängig von Schutzgut

Gegenwärtige Gefahr: Schädigendes Ereignis hat bereits begonnen oder steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor

- Zweifache Qualifizierung: Wahrscheinlichkeit + Zeitraum

Erhebliche Gefahr: Drohender Schaden für bedeutsames Rechtsgut

- Qualifizierung bezüglich Schutzgut; Kombination mit gegenwärtiger Gefahr möglich

Dringende Gefahr: Hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit eines Schadens für wichtiges Rechtsgut

- Qualifizierung bezüglich Schutzgut; str., ob auch zeitliche Komponente hinzutritt (unmittelbar bevorstehen)

Gemeine Gefahr: Sachlage, bei der unbestimmte Zahl von Personen oder zahlreiche Sachwerte von (jedenfalls) insgesamt hohem Wert gefährdet sind

- Qualifizierung bezüglich Schutzgut

Im Überblick: Begriff der Gefahr

Abstrakte Gefahr: Eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Fall ihres Eintritts eine konkrete Gefahr begründen würde

- „Gefahr einer konkreten Gefahr“
- Typisierte Gefahren-Sachverhalte
- Bedeutsam für GefahrenabwehrVO

Gefahrenverdacht: Keine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadens an Schutzgut, aber Anhaltspunkte

- Ordnungskräfte erkennen Fehlen der Voraussetzungen für „eigentliche“ Maßnahme
- Berechtigt zu sog. Gefahrerforschungsmaßnahme, die auf jeweils einschlägige EGL für „eigentliche“ Maßnahme zu stützen ist

Im Überblick: Begriff der Gefahr

ANSCHEINSGEFAHR

Ordnungshüter bejaht und objektiver Dritter verneint Vorliegen einer Gefahr

- Somit Irrtum über tatsächliche Umstände (Unterschied zum Gefahrenverdacht)

Keine fahrlässige Verursachung des Irrtums

- Maßstab wiederum: Verständiger, sachkundiger und besonnener Amtswalter der Behörde

Rechtsfolge: Im Ergebnis liegt Gefahr vor

- Gleichstellung von Anscheinsgefahr und konkreter Gefahr auf Primärebene aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr
- Weitere Prüfung nach subjektiver Fehlvorstellung (also insb. Verantwortlichkeit und Ermessen/VHM)
- Möglichkeit eines Interessenausgleichs auf Sekundärebene. Entscheidend: Vertretenmüssen des Anscheins

SCHEINGEFAHR/PUTATIVGEFAHR

Ordnungshüter bejaht und objektiver Dritter verneint Vorliegen einer Gefahr

- Somit Irrtum über tatsächliche Umstände

Fahrlässige Verursachung des Irrtums

- Aufklärungszeit, Aufklärungsmöglichkeiten und Vorkenntnisse entscheidend

Rechtsfolge: Im Ergebnis keine Gefahr

- Mangels Gefahr Rechtswidrigkeit der Maßnahme
- Auf Sekundärebene scheidet Kostentragung von vorneherein aus
- Im Gegenteil: Entschädigung nach § 68 I 2 SPOIG denkbar

Fall 22

Im Nordseebad Borkum veranstaltet die Gemeindekapelle G regelmäßig Instrumentalkonzerte. Zu den Klassikern gehört dabei eine bestimmte Marschmusik, zu der zahlreiche Badegäste das sog. „Borkum-Lied“ mitsingen. Dieses Lied besingt in drei Strophen die Schönheit der Insel; die letzte Strophe schließt aber wie folgt: „An Borkums Strand nur Deutschtum gilt, nur deutsch ist das Panier; Wir halten rein den Ehrenschild Germanias für und für; Doch wer dir naht mit platten Füßen, mit Nasen krumm und Haaren kraus, der soll nicht deinen Strand genießen, der muss hinaus! Der muss hinaus! Hinaus!“. Das Borkum-Lied wird gelegentlich auch angestimmt, ohne dass die G die dazu passende Melodie spielt. Die zuständige Polizeibehörde P geht richtigerweise von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus, weil das Singen des Borkum-Lieds den Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB erfüllt. Anstatt den stets ca. 1000 Anwesenden das Singen zu verbieten, hält man es für zweckmäßiger, der G das Spielen der Marschmusik zu untersagen. Die G intonierte das verpönte Lied zwar nicht selbst, aber schließlich würde man die Anwesenden geradezu herausfordern, dies zu tun. Kann die P die G in Anspruch nehmen (nach PrOVGE 80, 176 ff.)?

Fall 22 – Hintergrund

Mit dem Problem ist die polizeirechtliche Verhaltensverantwortlichkeit angesprochen. Nach § 4 I SPolG kann der „Verursacher“ einer Gefahr in Anspruch genommen werden.

(1) Rechtliche Kausalität nach der csqn-Formel

- Kausal ist jedes Handeln, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass zugleich die Gefahr entfällt.
- Notwendige aber nicht hinreichende Bedingung

(2) Korrektiv nötig, um Uferlosigkeit zu verhindern

Fall 22 – Hintergrund

Korrektiv über die Lehre der unmittelbaren Verursachung

- Störer ist, wer die Gefahr unmittelbar verursacht hat (BVerwG NVwZ 2008, 684).
- Kein äußerlich formales Verständnis; ermitteln, wer die eigentliche und wesentliche Ursache für die Entstehung der Gefahr gesetzt hat (OVG Münster NVwZ 1997, 804).
- Ergänzung über Rechts- und Pflichtwidrigkeitslehre: Störer ist, wer gegen eine Rechtsnorm verstößt, zu deren Schutzzweck zumindest auch die öffentliche Sicherheit zählt (*Poscher/Rusteberg* JuS 2011, 1082 [1083]).
- Ohne Ge- oder Verbotsnorm ist zu prüfen, ob ein Verhalten durch einen Rechtstitel gedeckt ist oder der Betroffene von Grundrechten Gebrauch macht (BVerwGE 125, 325 [336]; *Lisken/Denninger/Denninger* PolR-HdB D Rn. 82 ff.).
- Verkürzt bedeutet dies: Polizeipflichtigkeit besteht bei Verhaltensweisen, die bei wertender Betrachtung im Widerspruch zu den Erfordernissen stehen, die durch die Rechtsordnung für ein störungsfreies Gemeinschaftsleben aufgestellt werden (*Lisken/Denninger/Denninger* PolR-HdB D Rn. 81).

Fall 22 – Hintergrund

Sonderfall: Figur des Zweckveranlassers

- Richtigerweise keine Ausnahme von der Lehre der unmittelbaren Verursachung, sondern ein Spezialfall (wertende Betrachtung!).
- Eine Person, die gerade nicht „unmittelbar“, verstanden als das letzte Glied einer Kausalkette, eine Gefahr verursacht, deren Inanspruchnahme aber aufgrund einer Beeinflussung von anderen Personen trotzdem zweckmäßig scheint (*Schoch* JURA 2009, 360 [361]).
- Voraussetzung: Zwischen der Veranlassung der Gefahr und dem gefahrbegründenden Verhalten Dritter besteht ein so enger innerer Zusammenhang, dass sich der Veranlasser diese Gefahr zurechnen lassen muss.
- Der innere Zusammenhang kann subjektiv (Absicht, Dritte zu veranlassen) oder objektiv (Verhalten generell geeignet, Dritte zu veranlassen) oder in Kombination beider Elemente bestimmt werden.

Fall 22 – Hintergrund

Sonderfall: Figur des Zweckveranlassers

- Figur ist nicht unumstritten und wird teilweise als Unterstellung aus praktischen Gründen abgelehnt (*Kingreen/Poscher* in *Pieroth/Schlink/Kniesel* POR § 9 Rn. 29 ff.; *Wobst/Ackermann* JA 2013, 916 [917 f.]).
- Der Kritik kann durch zurückhaltende Heranziehung der Figur des Zweckveranlassers Rechnung getragen werden. Insbesondere bei grundrechtlich geschütztem Verhalten ist die Figur kaum anwendbar. Die Einstufung als Zweckveranlasser schließt nicht den Rückgriff auf andere Störer aus – Störerauswahl erforderlich.

Fall 22 – Lösung

Das Singen des Borkum-Liedes erfüllt den Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB, sodass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Hinblick auf die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung gegeben ist. Doch geht diese Gefahr von den Badegästen, nicht von der G aus. Die G hat lediglich die Melodie des Liedes gespielt und selbst keine volksverhetzenden Äußerungen getätigt (PrOVGE 80, 176 [189]). Es ist vielmehr das Singen Dritter, das eine Gefahr darstellt. Aus diesem Grund sind grundsätzlich auch diese als Verursacher der Gefahr in Anspruch zu nehmen (PrOVGE 80, 176 [190]).

Etwas anderes könnte nur bei Heranziehung der Figur des Zweckveranlassers gelten. Das setzt voraus, dass zwischen der Veranlassung und dem Verhalten Dritter ein so enger Zusammenhang besteht, dass sich der Veranlasser die Gefahr zurechnen lassen muss. Ein solch enger Zusammenhang liegt aber nicht vor, da die Badegäste das Borkum-Lied zT auch ohne das Spielen der Melodie anstimmen (PrOVGE 80, 176 [191]). Jedenfalls muss vorliegend auch dem starken Grundrechtsschutz aus Art. 5 III GG Rechnung getragen werden. Eine Inanspruchnahme als Zweckveranlasser scheidet daher aus.

Fall 22 – Klausur

Ist die umstrittene Figur des Zweckveranlassers in der Klausur (möglicherweise) einschlägig, sind vertiefte Ausführungen erforderlich. Hohes Gewicht sollte auf die dogmatische Herleitung aus der Theorie der unmittelbaren Verursachung gelegt werden. Ergibt sich nur nach dieser Figur eine Verhaltensverantwortlichkeit, so ist ihre Zulässigkeit zu diskutieren.

Hohe Klausurrelevanz haben Konstellationen, in denen das Verhalten des vermeintlichen Zweckveranlassers grundrechtlich geschützt ist. Besondere Relevanz hat insofern Art. 8 I GG. Häufig provozieren Versammlungen von (rechten) Minderheiten gewalttätige (und damit nicht von Art. 8 I GG geschützte) Gegendemonstrationen. In diesen Fällen darf der Grundrechtsschutz nicht durch die Anwendung der Figur des Zweckveranlassers unterlaufen werden. Der Eingriff ist daher gegen die unfriedlichen Verhaltensverantwortlichen als Störer oder – unter hohen Voraussetzungen – gegen die Versammlungsteilnehmer als Nichtstörer zu richten.

Im Überblick: Probleme im Zusammenhang mit Verantwortlichkeit

Verantwortlichkeit von Hoheitsträgern?

- Materielle und formelle Polizeipflicht, bei hoheitlichen Tätigkeiten grds. (-) (anders bei Eilbedürftigkeit?)

„Polizei gegen Obdachlosigkeit“

- § 68 SGB XII, Vermieter als Nichtverantwortlicher

Anscheinsverantwortlichkeit

- Gefahr besteht (auch Anscheinsgefahr möglich), aber irrtümlich (+ nicht fahrlässig!) falscher Verantwortlicher in Anspruch genommen

Rechtsnachfolge in Verantwortlichkeit?

- Differenzieren: abstrakt/konkret und Verhaltens-/Zustandsverantwortlichkeit

Im Überblick: Rechtsfolgende Seite der Generalklausel

Entschließungsermessen: Ob des Eingreifens

Auswahlermessen: Wie des Eingreifens

- Bzgl. in Anspruch genommenem Verantwortlichem
- Bzgl. ergriffener Maßnahme

Ermessen und VHM sind in §§ 2, 3 SPOIG angelegt

- Bzgl. originärer Ermessensfehler sollte auf § 40 VwVfG verwiesen werden
- Rückgriff auf Art. 20 III GG zur Herleitung des VHM Prinzips nicht zwingend erforderlich, da einfachgesetzlich normiert

Fall 23

Der in der Nachbarschaft bekannte Sexualstraftäter S wird immer wieder beim Fußballspielen mit Kindern gesehen. Man informiert die Polizei darüber. Diese beobachtet den S kurze Zeit später beim Fußballspielen mit vier Kindern im Alter von acht bis elf Jahren. S verhält sich normal. Gleichwohl adressiert man an den S einen mit „Gefährderansprache“ überschriebenen Brief, indem man ihn darauf hinweist, dass es „sehr ungewöhnlich“ sei, dass ein fast vierzigjähriger Mann regelmäßig mit Kindern Fußball spiele, dass andere das auch so sehen würden und diese daher die Polizei informiert hätten. Es sei für sich genommen nicht strafbar, mit Kindern Fußball zu spielen, aber man habe ihn genau im Auge. S will gegen das Schreiben gerichtlich vorgehen. Zulässigkeit einer Klage (nach OVG Münster, Beschl. v. 22.8.2016 – 5 A 2532/14 – juris)?

Fall 23 – Hintergrund

Rechtsnatur und Voraussetzungen einer Gefährderansprache werden seit mehreren Jahren verstärkt diskutiert.

Mangels Regelungswirkung liegt kein VA vor, sodass eine Anfechtungsklage nicht statthaft wäre.

Diskutiert wird einerseits, ob eine allgemeine Feststellungsklage (oder eine allgemeine Leistungsklage) statthaft ist.

Eng damit verknüpft ist die Frage, ob mit einer Gefährderansprache ein Grundrechtseingriff verknüpft ist und diese daher auf eine Eingriffsgrundlage gestützt werden muss und – bejahendenfalls –, ob eine solche Eingriffsgrundlage existiert.

Fall 23 – Hintergrund

Im Detail ist vieles umstritten. Als weitgehend geklärt kann Folgendes gelten:

- Nicht mit jeder Gefährderansprache ist Eingriff verbunden. Entscheidend ist, ob mit der Formulierung eine Freiheitsverkürzung verbunden ist (jedenfalls Art. 2 I GG betroffen), oder nicht (ausführlich VGH Mannheim, Urt. v. 7.12.2017 – 1 S 2526/16 – juris).
- Ohne Eingriff bedarf es keiner Ermächtigungsgrundlage und (wohl) mangels statthafter Klageart/Klagebefugnis auch nicht des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes.
- Bei Freiheitsverkürzung bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage. Mangels spezieller Ermächtigungsgrundlage kommt nur die Generalklausel in Betracht. Ob diese eine Gefährderansprache deckt, wird unterschiedlich beurteilt, meist aber bejaht (so auch VG Saarland, Beschl. v. 6.3.2014 – 6 K 1102/13 – juris).
- Da eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist, liegt ein Rechtsverhältnis iSv § 43 I VwGO vor (die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm (!) ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache). Die Feststellungsklage ist neben einer allgemeinen Leistungsklage statthaft (§ 43 II VwGO gilt nicht).
- Bei Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog) zwingend auf Möglichkeitstheorie abstellen

Fall 23 – Lösung

Nach Auffassung des OVG Münster war die Klage des S im Ausgangsfall unzulässig. Mangels Vorliegens eines VA ist die Anfechtungsklage nicht statthaft. Für eine Feststellungsklage fehlt es am Vorliegen eines Rechtsverhältnisses: Da in der Gefährderansprache kein bestimmtes Handeln/Unterlassen angeraten bzw. Maßnahmen seitens der Polizei in Aussicht gestellt wurden, liegt kein Eingriff in die Entschließungsfreiheit des S vor. Eine allgemeine Leistungsklage wird nicht geprüft. Insofern dürfte es aber konsequenterweise an der Klagebefugnis fehlen.

Anders, wenn die beabsichtigte Wirkung einer Gefährderansprache ist, dass der Betroffene vernünftigerweise keinen anderen Entschluss mehr treffen kann, als der Empfehlung Folge zu leisten. Wenn also der mit der Ansprache verbundene Einschüchterungs- und Abschreckungseffekt dazu genutzt werden soll, auf die Entschließungsfreiheit einzuwirken (so bei VGH Mannheim, Urt. v. 7.12.2017 – 1 S 2526/16 – juris).

Fall 23 – Klausur

Die Probleme der Gefährderansprache stellen sich bereits in der Zulässigkeitsprüfung. Bei der Prüfung der statthaften Klageart sollte immer mit einer Anfechtungsklage begonnen werden und sodann das Vorliegen eines VA intensiv geprüft und im Ergebnis abgelehnt werden. Sodann sind die Feststellungsklage und/oder die allgemeine Leistungsklage zu prüfen. Sämtliche Probleme sind unter dem Punkt „Rechtsverhältnis“ (bei der Feststellungsklage) und in der Klagebefugnis anzusprechen.

Fall 24

Am 23.10.2010 kam es am Nachmittag zu einer Schussabgabe aus einem fahrenden Pkw (BMW 3er) auf ein Döner-Restaurant in Saarbrücken. Die Polizeibeamten T und H entdeckten das mutmaßliche Tatfahrzeug auf dem Gelände einer Tankstelle. Personen befanden sich nicht in dem Fahrzeug. Im Verkaufsraum unterhielt sich der O mit einem Angestellten der Tankstelle. Als er gerade Geld aus seiner Hosentasche nehmen wollte, betraten T und H den Verkaufsraum und riefen „Hände aus den Taschen und Hände hoch“. Die Beamten legten dem O die Hände auf den Rücken, drückten ihn zum Boden und fesselten ihn. Die anschließende Durchsuchung des O ergab, dass er nicht die von ihnen gesuchte Person war. Sie lösten die Handfesseln und verließen das Gelände der Tankstelle. Bei O wurde später eine schmerzhafteste Schulterluxation festgestellt. Zudem bildeten sich Hämatome an den Knien und den Handgelenken. O – privat krankenversichert – entstanden Kosten (Selbstbehalt) von 300 Euro. Er begehrt Ersatz dieser Kosten und Schmerzensgeld. Zu Recht (nach BGH NJW 2017, 3384 ff.; OLG Frankfurt BeckRS 2017, 102200)?

Fall 24 – Hintergrund

Sammeln möglicher Anspruchsgrundlagen

- Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch
- Anspruchsgrundlagen mit Bezug zu Art. 14 GG (Enteignung, ausgleichspflichtige IuSb, enteignender und enteignungsgleicher Eingriff)
- Amtshaftungsanspruch
- Polizeirechtliche Entschädigungsansprüche
- Aufopferungsanspruch und aufopferungsgleicher Anspruch

Probleme bereitet das Verhältnis der verschiedenen Anspruchsgrundlagen zueinander – damit eng verknüpft ist die Vorgehensweise in der Klausurlösung

Fall 24 – Hintergrund

Ansprüche aus dem SPolG:

- § 68 I 1 SPolG – Nichtverantwortlicher (= Aufopferung)
 - Entsprechende Anwendung bei Anscheinsverantwortlichem nach hM (Arg: Steht Nichtverantwortlichem näher als Verantwortlichem); alternativ entsprechende Anwendung von § 68 I 2 POG, da nur auf Primärebene rechtmäßig
- § 68 I 2 SPolG – Rechtswidrige Maßnahme (= Aufopferungsgleich)
 - P: Rechtswidrige Inanspruchnahme des Nichtverantwortlichen
- § 68 II SPolG – Polizeihelfer
- § 70 I, II SPolG – Hinterbliebene
- Ersetzt werden materielle und – bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder bei Freiheitsentziehung – immaterielle Schäden, § 69 II SPolG

Fall 24 – Hintergrund

Aufopferungsanspruch (ieS)

- Verletzung eines nicht vermögenswerten Rechts (Art. 2 II GG, diskutiert wird auch APR, Art. 14 GG wird über enteignenden/enteignungsgleichen Eingriff erfasst)
- Durch einen hoheitlichen Eingriff
- Rechtmäßigkeit (bei Rechtswidrigkeit: aufopferungsgleich)
- Unmittelbarkeit des Eingriffs (Zurechnung)
- Sonderopfer (kein allgemeines Lebensrisiko)
- Rechtsfolge: Ersatz von materiellen Schäden – auch immaterielle Schäden?

Fall 24 – Hintergrund

Gegen den Ersatz immaterieller Schäden spricht, dass der Ersatz immaterieller Schäden dem historisch gewachsenen Verständnis sowie dem gesetzgeberischen Willen nach auf den Bereich der Entschädigung für Unrecht beschränkt ist.

Ob daran (noch) festzuhalten ist, wird zunehmend bezweifelt:

- Neufassung des § 253 II BGB im Jahr 2002; Schmerzensgeld nicht länger auf Deliktsrecht beschränkt. Wertung muss auf das öffentliche Recht übertragen werden.
- Nach heutigen Gerechtigkeitsvorstellungen soll bei Eingriffen in Art. 2 II GG auch der immaterielle Schaden ersetzt werden.
- Der Ausdehnung des Aufopferungsanspruchs auf rechtswidrige Ansprüche ist auch auf Rechtsfolgende Rechnung zu tragen.

Fall 24 – Lösung

Die Körperverletzung und Gesundheitsschädigung ist auf das Handeln von T und H zurückzuführen und diesen auch zurechenbar. Das Handeln war auch rechtmäßig, da von § 163b I StPO gedeckt. Das allgemeine Lebensrisiko ist deutlich überschritten worden, ein Sonderopfer liegt vor.

Das VG Wiesbaden und das OLG Frankfurt haben dem O Ersatz der materiellen Schäden, nicht jedoch der immateriellen Schäden zugesprochen. Das OLG Frankfurt hatte dies im Jahr 2013 noch anders gesehen (NVwZ-RR 2014, 142 [143]). Der BGH hat in der dem Beispielsfall zugrundeliegenden Entscheidung seine ständige, über 60 Jahre bestehende Rechtsprechung (NJW 1956, 629), aufgegeben und Schmerzensgeld zugesprochen (NJW 2017, 3384 [3385 f.]).

Fall 24 – Klausur

Werden im Sachverhalt Fragen Rund um das Themenfeld staatlicher Ersatzleistungen aufgeworfen, so können die zahlreichen möglichen Ansprüche anhand der folgenden Punkte strukturiert werden:

- Rechtmäßiges oder rechtswidriges Handeln?
- Schuldhaftes Handeln?
- Beeinträchtigtes Schutzgut?
- Hierarchie der Ansprüche

Straßenrecht

TEIL 4: VERWALTUNGSRECHT BT

Fall 25

A verteilt die Zeitschriften „Denk mit und handle“ und „Freie Christen, Christusstaat“ regelmäßig kostenlos in der Fußgängerzone der Stadt S. Die Zeitschriften enthalten Aufsätze über religiöse Probleme und Gottes Antworten auf diese. Er schlendert dazu mit einer Tasche voller Zeitschriften durch die Fußgängerzone und hält diese Passanten entgegen, wenn er Blickkontakt aufbauen konnte und die Passanten nicht abgeneigt zu sein scheinen. Von Seiten der S untersagt man dem A diese Tätigkeit. Es handele sich um eine Sondernutzung der Fußgängerzone, die der Erlaubnis bedürfe. A erwidert, er bedränge niemanden und zudem hebe er sich durch sein Umherschlendern nicht wesentlich von den übrigen Passanten ab. Daher handele er im Rahmen des Gemeingebrauchs und bedürfe keiner Erlaubnis. Falls doch, dann wäre ihm aber jedenfalls eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, da sein Verhalten niemanden störe und zudem grundrechtlich geschützt sei. Handelt es sich um eine Sondernutzung und wäre diese bejahendenfalls genehmigungsfähig (nach VGH München NVwZ-RR 1997, 258 f.)?

Fall 25 – Hintergrund

Sondernutzung ist alles, was nicht mehr vom Gemeingebrauch gedeckt ist (§ 18 I 1 StrG). Ausgangspunkt ist der durch die Widmung und das Straßengesetz definierte rechtliche Inhalt des Gemeingebrauchs (1), etwaige gesetzliche Erweiterungen des Gemeingebrauchs (2) und Ausübungsbeschränkungen aufgrund der äußeren Beschaffenheit einer Straße und Vorschriften des Straßenverkehrsrechts im konkreten Fall (3).

Von zentraler Bedeutung ist dabei der Verkehrszweck: Öffentliche Straßen dienen primär der Fortbewegung im Sinne einer Ortsveränderung (BVerwGE 84, 71 [73]; vgl. § 14 I 1 StrG).

Bei innerörtlichen Straßen, vor allem Fußgängerzonen, treten jedoch auch kommunikative Zwecke hinzu (BVerfG NVwZ 2007, 1306 [1307]).

Fall 25 – Hintergrund

Besondere Bedeutung für die Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung kommt den Grundrechten zu.

- Verteilen politischer Werbung oder Presseerzeugnissen als Anwendungsfall der Art. 21, 38 I GG und der Meinungs- bzw. Pressefreiheit nach Art. 5 I GG (vgl. BVerfG NVwZ 2007, 1306 ff.)
- Aufstellen eines zerstörten russischen Panzers vor Botschaft als Meinungsäußerung (VG Berlin NVwZ 2023, 366)
- Religiöse oder weltanschauliche Betätigungen als Anwendungsfall der Glaubens- und Religionsfreiheit nach Art. 4 I, II GG (vgl. VGH München NVwZ-RR 1997, 258 f.)
- Wirtschaftliche und damit von Art. 12 I GG geschützte Tätigkeiten (vgl. *Scheidler* GewArch 2012, 285 [286])
- Künstlerische Tätigkeiten als Anwendungsfall der Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG (vgl. BVerwGE 84, 71 ff.)

Man kann zwar auch bei grundrechtlich geschützten Tätigkeiten von einer Sondernutzung ausgehen, muss dem Grundrechtsschutz aber auf Rechtsfolgende Rechnung tragen (BVerwGE 84, 71 [75 ff.]).

Fall 25 – Hintergrund

Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ist eine Ermessensentscheidung (OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 281).

Ausnahmsweise kann eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen, wenn schrankenlos gewährleistete Grundrechte im Raum stehen und keine Beeinträchtigung des Verkehrs ausgelöst wird (BVerwGE 84, 71 [78]).

Ferner ist Ermessensreduzierung auf Null aus Art. 3 I GG iVm bisheriger Verwaltungspraxis denkbar (OVG Saarlouis BeckRS 2023, 27971)

In allen anderen Fällen: Ermessen nach Sinn und Zweck der Erlaubnispflicht; also in erster Linie verkehrsbezogene Erwägungen.

Fall 25 – Hintergrund

Sind darüber hinaus auch verkehrsfremde Kriterien zu berücksichtigen?

Von besonderer Relevanz sind ästhetische Erwägungen, Belange des Umweltschutzes, städtebauliche/straßengestalterische sowie allgemein-polizeiliche Erwägungen.

Weisen diese verkehrsfremden Kriterien im Einzelfall einen spezifischen straßenrechtlichen Bezug auf, dann sind sie regelmäßig zu berücksichtigen (VG Düsseldorf NVwZ 2001, 1191 [1192]).

Ob darüber hinaus verkehrsfremden Belangen im Rahmen der Ermessensausübung Rechnung zu tragen ist, hängt maßgeblich von der genauen Formulierung der einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen ab. Im Saarland ist § 18 StrG nur auf das Straßenrecht zugeschnitten, sodass andere Belange ohne spezifischen straßenrechtlichen Bezug nicht berücksichtigt werden dürfen.

Fall 25 – Lösung

Verkehr ist gerade in Fußgängerzonen auch kommunikativer Verkehr. A verfolgt erkennbar kommunikative Zwecke: Er möchte die Botschaften seiner Zeitungen verbreiten. Da dies zudem kostenlos erfolgt und er nicht etwa auf den Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements drängt, wird diese kommunikative Motivation auch nicht durch gewerbliche Motive überlagert (VGH München NVwZ-RR 1997, 258 [259]). Berücksichtigt man zudem, dass eine Störung des Verkehrs nicht vorliegt, so sprechen gute Gründe dafür, von einem Gemeingebrauch auszugehen (VGH München NVwZ-RR 1997, 258 [259]). Geht man von einer Sondernutzung aus, so wäre aufgrund der vernachlässigbar geringen Verkehrsstörung und des stark ausgeprägten Grundrechtsschutzes von einer Ermessensreduzierung auf null auszugehen, sodass A einen gebundenen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis hätte.

Fall 25 – Klausur

Begehrt der Kläger in der Klausur die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis, so ist die Verpflichtungsklage die statthafte Klageart. Im Rahmen der Begründetheit sind Gemeingebrauch und Sondernutzung abzugrenzen. Liegt eine Sondernutzung vor, ist im Ergebnis von einer Ermessensentscheidung auf Seiten der Behörde auszugehen. Den Schwerpunkt markieren Überlegungen zu den Kriterien, die im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden dürfen bzw. müssen (im Saarland nur spezifisch straßenrechtliche Belange).

Aktuelles Problem: Shared Mobility-Dienste

OVG Münster NJW 2020, 3797; OVG
Münster NZV 2024, 288; OVG
Magdeburg BeckRS 2025, 23799:
Sondernutzung

OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023,
184: Gemeingebrauch

Näher: Kaufmann NVwZ 2021, 745;
Koschmieder/Huß NZV 2021, 407; Linke
NZV 2021, 347

Berlin: Neuregelung in § 11a StrG

S. zum Gehwegparken: BVerwG NVwZ
2024, 1838



Waffenrecht

TEIL 4: VERWALTUNGSRECHT BT

Im Überblick: Waffenrecht

Umgang mit Waffen ist aufgrund des Gefahrenpotentials speziellem Regelungsregime unterworfen und steht unter Erlaubnisvorbehalt

Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis nach § 4 I Nr. 1-5 WaffG

- 18. Lebensjahr vollendet
- Zuverlässigkeit (§ 5 WaffG) und persönliche Eignung (§ 6 WaffG)
- Sachkunde (§ 7 WaffG)
- Bedürfnis (§ 8 WaffG)
- Haftpflichtversicherung

Probleme können sich bei Zuverlässigkeit und persönlicher Eignung ergeben

- Zuverlässigkeit: Er müsste anders und kann das auch (Anknüpfung an Verhalten)
- Persönliche Eignung: Er müsste anders, kann aber nicht (Anknüpfung an Person)

Rücknahme und Widerruf nicht nach §§ 48, 49 VwVfG, sondern § 45 WaffG

Im Überblick: Zuverlässigkeit nach § 5 WaffG

Unbestimmter Rechtsbegriff mit Negativumschreibung, d. h. Vermutung der Zuverlässigkeit jeder Person, wenn nicht § 5 I, II WaffG einschlägig

§ 5 I WaffG = absolute Unzuverlässigkeit, unwiderlegbar

§ 5 II WaffG = Regelunzuverlässigkeit, durch atypische Umstände zu widerlegen

§ 5 WaffG wirft zahlreiche Fragen auf und beschäftigt die Rechtsprechung aktuell vor allem mit Fällen der Zugehörigkeit zu einem Kollektiv, die möglicherweise die Unzuverlässigkeit begründet

VGH München KommJur 2025, 352 (Reichsbürger); VGH München BeckRS 2025, 22530 (Junge Alternative)

Kommunalrecht

TEIL 4: VERWALTUNGSRECHT BT

Im Überblick: Kommunalrechtliche Probleme

Klage auf Zugang zu kommunaler Einrichtung

Kommunalverfassungsverstreit

Kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Kommunale Verfassungsbeschwerde

Klage einer Kommune gegen Maßnahmen der Rechts- oder Fachaufsicht

Abstrakte oder inzidente Normenkontrolle gegen kommunale Satzung

Streitigkeiten im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Betätigung einer Kommune

Schnittmenge mit bauplanungsrechtlichen Problemen

Fall 26

Der A betreibt ein in München niedergelassenes Schaustellergewerbe und begehrt schon seit Jahren erfolglos die Zulassung zum Oktoberfest. Das Oktoberfest ist nicht nach § 69 GewO festgesetzt. Als sich der A erneut bewirbt, will die Stadtverwaltung B ihm erneut eine Absage erteilen. Die Anzahl der Interessenten übersteigt die Anzahl der Stellplätze auf dem Gelände um ein Vielfaches. Die B wählt in erster Linie jedes Jahr dieselben Schausteller aus, da sich diese bewährt hätten. Zudem wolle man den Stammbesuchern Jahr für Jahr ein vergleichbares Erlebnis bieten und deren positive Erfahrungen aus den Vorjahren nicht durch unbekannte und möglicherweise weniger ansprechende Fahrgeschäfte trüben. Gleichwohl halte man jedes Jahr einen Anteil von 10-20 % der Stellplätze für Neubewerber frei. Bei diesen würden die Plätze nach einem Losverfahren vergeben. Der A ist der Überzeugung, dass diese Vorgehensweise ungerecht ist, schließlich habe er nach der Gemeindeordnung einen gebundenen Anspruch auf Zulassung. Ist das Procedere der B rechtmäßig (nach VGH München NVwZ 1982, 120 ff.)?

Fall 26 – Hintergrund

Kommunale Einrichtung: Eine Zusammenfassung personeller Kräfte und sächlicher Mittel (geringe Anforderungen), die von der Gemeinde zu Zwecken der Daseinsvorsorge durch Widmung bereitgestellt und unterhalten wird, zum Zwecke der bestimmungsgemäßen Nutzung (jedenfalls) durch die Einwohner (so *Burgi KommunalR* § 16 Rn. 5).

§ 19 I KSVG räumt einen Anspruch auf Benutzung ein, ist aber auf die vorhandene Kapazität beschränkt (vgl. OVG Bautzen NVwZ-RR 1999, 500 [500]). Der Anspruch auf Zulassung wandelt sich bei Kapazitätserschöpfung zu einem Anspruch auf gerechte Teilhabe (vgl. BayVGH NVwZ-RR 2003, 771 [771]).

Fall 26 – Hintergrund

Die Grenze des Benutzungsanspruchs markiert der Widmungszweck.

Die Widmung ist ein rechtlich nicht formalisierter Rechtsakt, durch den die Zweckbestimmung der Einrichtung festgelegt und ihre Benutzung durch die Allgemeinheit geregelt wird (*Ehlers JURA 2012, 849 [850 f.]*).

Die Widmung kann ausdrücklich (beispielsweise in einer Satzung, vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 148 [149]), aber auch konkludent oder stillschweigend (beispielsweise durch faktische Indienststellung, vgl. VG Wiesbaden NVwZ-RR 1994, 40 [41 f.]) vorgenommen werden.

Eine gefestigte Überlassungspraxis, die über den Widmungszweck hinausgeht, kann zu einem Anspruch auf Zulassung entsprechend der Überlassungspraxis führen (VG Bayreuth BeckRS 2017, 122596; VGH München NJW 1989, 2491 [2491]).

Fall 26 – Hintergrund

Gerechte Verteilungskriterien sind grundsätzlich:

- „Bekannt und bewährt“ (materiell)
 - Differenzierung nach Bewährungsgrad ist vernünftig und sachlich einleuchtend; angemessener Anteil muss nach anderem Kriterium vergeben werden (Öffnung für neue Bewerber)
 - Problem mit Dienstleistungsrichtlinie, besser daher: **Attraktivität**
- Priorität und Losverfahren (formell)
 - Alle haben ex-ante dieselbe Chance, individuelle Merkmale werden ausgeblendet
 - Warum? Praktikabilität!
- Rotation (formell)
 - Über längeren Zeitraum erhält jeder in regelmäßigem Abstand eine Zulassung

Unzulässig sind: „Alt vor neu“ und „neu vor alt“

Im Überblick: Spitzlei JA 2020, 372

Fall 26 – Lösung

B hat sich für das Prinzip „bekannt und bewährt“ entschieden. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Gerade bei einer traditionellen Veranstaltung wie dem Oktoberfest ist es sachgerecht, auf traditionelle und bekannte Schausteller zu bauen. Zudem ist die enorme Größe des Volksfestes zu berücksichtigen, sodass es auch nachvollziehbar ist, Schausteller zu bevorzugen, deren Fahrgeschäfte sich in der Vergangenheit als verkehrssicher und zuverlässig erwiesen haben. Neubewerber erhalten über das Losverfahren eine Zulassungschance. Da die Behörde in den oben genannten Grenzen ein großes Ermessen hinsichtlich der Vergabekriterien und ihrer Kombination hat, kann sich der A nicht darauf berufen, dass ein anderes Verfahren oder ein anderer Verteilungsschlüssel sachgerechter wäre. Das Verfahren genügt dem Anspruch des A auf gerechte Teilhabe. Die Vorgehensweise der B ist daher als rechtmäßig zu bewerten (VGH München NVwZ 1982, 120 [121 f.]).

Fall 26 – Klausur

Prozessual ist bei § 40 I VwGO regelmäßig Zweistufentheorie heranzuziehen

Vor allem aber Frage nach Anforderungen an Kläger, insb. Notwendigkeit von Kombination von AK und VK (sehr lesenswert: *Lindner GewArch* 2016, 135 ff.)

Einfache Konstellationen: Negativer Konkurrentenverdrängungsstreit (A + B zugelassen, A will Konkurrenz ausschalten) = isolierte Dritt-AK und Konkurrentengleichstellungsklage (nur B zugelassen, aber noch Platz für A vorhanden) = isolierte VK

Schwierige Konstellationen: Positiver Konkurrentenverdrängungsstreit (nur B zugelassen und kein Platz für A vorhanden) = ?

- Jedenfalls VK auf eigene Zulassung, zusätzlich auch Dritt-AK?
- Grundproblem: VK kann nicht zu Erfolg führen, da Kapazität erschöpft und zusätzlich Platz frei werden muss; bei Rücknahme über § 48 VwVfG droht kompliziertes Hin und Her (AK gegen § 48 VwVfG mit aufsch. Wirkung, ggf. Eilrechtsschutz über § 80 V VwGO oder §§ 80 V, 80a III VwGO).
- Ausweg: Kombination von VK und Dritt-AK, aber hier Grenze der Zumutbarkeit
 - Quantitativ: Grober Richtwert von (knapp) 20 Konkurrenten (§ 93a I VwGO)
 - Qualitativ: Unvollständige Dokumentation der Auswahlentscheidung in Akten, daher kaum nachvollziehbar und auch nicht anfechtbar = Mängel gehen prozessual zu Lasten der Behörde

Fall 26 – Exkurs

Besteht die (uneingeschränkte) Möglichkeit, eine öffentliche Einrichtung wieder abzuwickeln oder ist diese (grundsätzlich) weiterzubetreiben?

BVerwG NVwZ 2009, 1305 („**Weihnachtsmarktentscheidung**“): Art. 28 II 1 GG gewährt der Gemeinde die Möglichkeit, alle ihr anvertrauten Aufgaben selbst in die Hand zu nehmen. Eine Abgabe jeglicher Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeit widerspricht dieser anvertrauten Möglichkeit. Diese Überlegungen betreffen gerade öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Hintergrund wie einen jahrzehntelang betriebenen Weihnachtsmarkt, da diese Einrichtungen die örtliche Gemeinschaft in besonderer Weise prägen, indem sie vor allem auch der gesellschaftlichen Kommunikation dienen. Zudem schützt der Betrieb als öffentliche Einrichtung sozial schwächere Gemeindeglieder vor einem erhöhten Preisniveau infolge einer Privatisierung.

Schrifttum: Scharfe Kritik, da Art. 28 II 1 GG ein Recht, aber keine Pflicht begründet. Führt zu Selbstbindung und beschränkt künftige Stadträte finanziell.

BVerwG NVwZ 2024, 1572 (= JA 2025, 350) („**Düsseldorfer Großmarkt**“): Aufgabe der Rechtsprechung infolge einer Auslegung von Art. 28 II 1 GG, der keine Pflicht begründet.

Im Überblick: Der Kommunalverfassungsstreit

Differenzieren: Bundesverfassungsorganstreit nach Art. 94 I Nr. 1 GG, Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 94 I Nr. 4b GG

Eine gerichtliche Streitigkeit zwischen Organen, Organvertretern oder Organteilen kommunaler Gebietskörperschaften wegen einer möglichen Verletzung der ihnen als kommunales Verfassungsorgan bzw. Organteil kraft Gesetzes, Rechtsverordnung, Satzung oder schlichten Gemeinderatsbeschlusses zustehenden (mitgliedschaftsrechtlichen) Einzelrechte oder Gruppenrechte im Innenrechtsverhältnis.

Streit zwischen mehreren Organen der Gemeinde (bspw. Bürgermeister gegen Gemeinderat): Interorganstreit; Streit innerhalb eines Organs der Gemeinde (bspw. Ratsmitglied gegen Gemeinderat): Intraorganstreit

Auch innerhalb der Gemeinde und ihrer Organe liegt ein rechtlich geordneter Raum vor und die aus verschiedenen, teils gegenläufigen Interessen entstehenden Streitigkeiten müssen einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein (Impermeabilitätstheorie wird heute nicht mehr vertreten). Die Klagearten der VwGO sind aber auf Außenrechtsstreitigkeiten zugeschnitten. Welche Klageart einschlägig ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Im Überblick: Der Kommunalverfassungsstreit

Klageart sui generis

- Ansicht wurde vor allem durch das OVG Münster (OVGE 27, 258 [260]) geprägt und mittlerweile aufgegeben (NVwZ 1983, 485 [486]). Die Klagearten der VwGO haben abschließenden Charakter, sodass es keiner ungeschriebenen Klageart sui generis bedarf.

Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

- Merkmal „außen“ auslegen; erfasst werden sollen Konstellationen, bei denen subjektive Rechtsverletzung im Raum steht.

Allgemeine Gestaltungsklage

- Soll wie die Anfechtungsklage kassatorische Wirkung haben; Ergänzung bei fehlender Außenwirkung

Allgemeine Leistungs- oder Feststellungsklage (hM)

- Innenrechtsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis iSv § 43 I VwGO
- Keine Konstruktion einer Klage nötig (allgemeine Gestaltungsklage) und keine Ausnahme vom Erfordernis eines Verwaltungsakts (Anfechtungs- und Verpflichtungsklage)

Im Überblick: Der Kommunalverfassungsstreit

Weitere Probleme:

- Klagebefugnis nach § 42 II VwGO (analog). Die mögliche Verletzung eines subjektiven Rechts kann nur bei organschaftlichen Rechten, nicht hingegen bei allgemeinen Rechtmäßigkeitserwägungen geltend gemacht werden. Umstritten ist, ob sich Ratsmitglieder auf Grundrechte (insbesondere Meinungsfreiheit) berufen können.
- Feststellungsinteresse (bei Feststellungsklage)
- Beteiligtenfähigkeit: Nach hM § 61 Nr. 2 VwGO (analog) ([sonstige] Vereinigung, der ein Recht zustehen kann bzw. deren Teil) und nicht § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO (natürliche Person) oder § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO (juristische Person bzw. deren Teil). Prozessfähigkeit: § 62 III VwGO (analog).
- Beklagter: Abweichend vom Rechtsträgerprinzip das Organ bzw. der Funktionsträger, dem gegenüber die beanspruchte Innenrechtsposition bestehen soll.

Im Überblick: Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung

Art. 28 II 1 GG + Art. 117 I-III SVerf: kein Grundrecht, sondern institutionelle Garantie

Rechtssubjektgarantie = Keine Abschaffung des Gemeindewesens; Auflösung oder Zusammenschluss von Gemeinden nur aus Gründen des Gemeinwohls

Rechtsinstitutionsgarantie = Gewährleistung des Rechts, **alle** Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze **in eigener Verantwortung** zu regeln

- Allzuständigkeit für „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben [...], die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“ (BVerfGE 79, 127 [151 f.])
- Eigenverantwortlichkeit = Freiheit von Zweckmäßigkeitvorgaben anderer Hoheitsträger und Fähigkeit zu Entscheidungen nach eigenen politischen Vorstellungen
 - Wichtigste Ausprägung sind „Gemeindehoheiten“: Personalhoheit, Organisationshoheit, Rechtsetzungshoheit/Satzungshoheit, Finanzhoheit

Schutz der Gemeindeverbände über Art. 28 II 2 GG, aber keine Zusicherung eines Aufgabenbereichs (alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) wie in Art. 28 II 1 GG. Schutz der Gemeinden auch ggü. Gemeindeverbänden

Im Überblick: Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung

Für Rechtfertigung bei Eingriff in Rechtsinstitutionsgarantie Differenzierung bei Beeinträchtigungen: Kernbereich oder Randbereich betroffen?

- Kernbereich = Ein Wesensgehalt, der der Gemeinde nicht entzogen werden kann, ohne dass ihre Struktur und ihr Typus verändert wird (BVerfGE 83, 363 [381])
 - Jede Beeinträchtigung unzulässig; keine Abwägung (daher für Klausuren uninteressant)
- Randbereich = Alles andere. Beeinträchtigungen in Form der Hochzonung (Aufgab~~e~~nentzug „nach oben“, also auf höhere Verwaltungseinheit) und der Aufgabenübertragung mit finanzieller oder organisatorischer Belastung/Überforderung
 - Beeinträchtigung muss gerechtfertigt sein. Gesetzesvorbehalt „im Rahmen der Gesetze“
 - Prüfung wie bei VHM (ob = VHM und so zu bezeichnen ist str.): Muss aus Gründen des Gemeinwohls erfolgen, geeignet und erforderlich sein und die für die Beeinträchtigung sprechenden Erwägungen müssen gegenüber dem verfassungsrechtlichen Verteilungsprinzip des Art. 28 II GG überwiegen (vgl. BVerfGE 79, 127 [154])
 - Landesgesetzgeber und -verwaltung haben Art. 28 II GG und Art. 117 SVerf zu beachten; Bundesgesetzgeber nur Art. 28 II GG

Im Überblick: Zwangsweise Fusion von Gemeinden

Hauptanwendungsfall der Beeinträchtigung der Rechtssubjektgarantie

- Hohe praktische Relevanz in RLP, im Saarland immer wieder diskutiert

Prüfungsschema für Rechtfertigung nach Herleitung und Inhalt der Rechtssubjektgarantie sowie Beeinträchtigung = Zwangsfusion:

- Formell: Entscheidung über Fusion/Auflösung setzt umfassende Würdigung der Interessenlage voraus; Anhörung unbedingt erforderlich. Kenntniserlangung aller relevanten Informationen + Gemeinde nicht bloßes Objekt staatlichen Handelns
- Materiell: Gründe des Gemeinwohls (unbestimmter Rechtsbegriff mit politischem Spielraum des Gesetzgebers, eingeschränkte Überprüfung = Beurteilungsspielraum!) – dreistufiges Prüfprogramm (VerfGH RLP NVwZ-RR 2015, 761 – Maikammer)
 1. Würdigung der generellen Überlegungen zur Fusionierung von Gemeinden
 2. Überprüfung der vom Gesetzgeber festgelegten Leitlinien
 3. Verfassungsrechtliche Bewertung der konkreten einzelnen Zwangsfusionierung

Im Überblick: Fehlerfolgen bei Gemeinderatsbeschlüssen

Zahlreiche denkbare Verstöße gegen KSVG, vor allem im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung der Sitzung des Gemeinderates (Ladung, Tagesordnung, Befangenheit, Öffentlichkeit etc.).

KSVG regelt nur zahlreiche Fehlerquellen, aber nicht die Rechtsfolgen eines Fehlers

- VA: §§ 43 ff. VwVfG (Aufhebbarkeit als Regelfehlerfolge)
- Ö-r. Vertrag: § 59 VwVfG (nur ausnahmsweise Nichtigkeit, sonst voll wirksam)
- Gemeinderatsbeschluss: nur Spezialregelung in § 27 VI KSVG bei Befangenheit (→ unwirksam)

Möglichkeiten:

- Analoge/entsprechende/sinngemäße Anwendung von § 44 VwVfG (5. Senat BVerwG NZA-RR 2016, 166)
- Lösung nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen: Art. 20 III, 28 II GG (8. Senat BVerwG, 27.9.2021, 8 C 31.20, BeckRS 2021, 38441)
- Lösung über Widerspruchsrecht des Bürgermeisters (§ 60 KSVG)

Im Überblick: Fehlerfolgen bei Gemeinderatsbeschlüssen

Analoge/entsprechende/sinngemäße Anwendung von § 44 VwVfG

- VA und Gemeinderatsbeschluss sind ganz unterschiedliche Handlungsformen, insbesondere hat Ratsbeschluss keine Außenwirkung! Daher keine vergleichbare Interessenlage
- Zudem: § 44 II, III VwVfG „passen nicht“ auf Gemeinderatsbeschlüsse

Lösung nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen: Art. 20 I, II, III, 28 II GG

- Abwägung von Gesetzmäßigkeitsgrundsatz (→ Unwirksamkeit) und Belangen der Rechtssicherheit (→ Wirksamkeit) unter Berücksichtigung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (→ Wirksamkeit!) und des Demokratieprinzips (→ Wirksamkeit!)
- Ratsmitglieder sind rglm. juristische Laien, KSVG ist kompliziert, Handlungsfähigkeit des Rates sichern

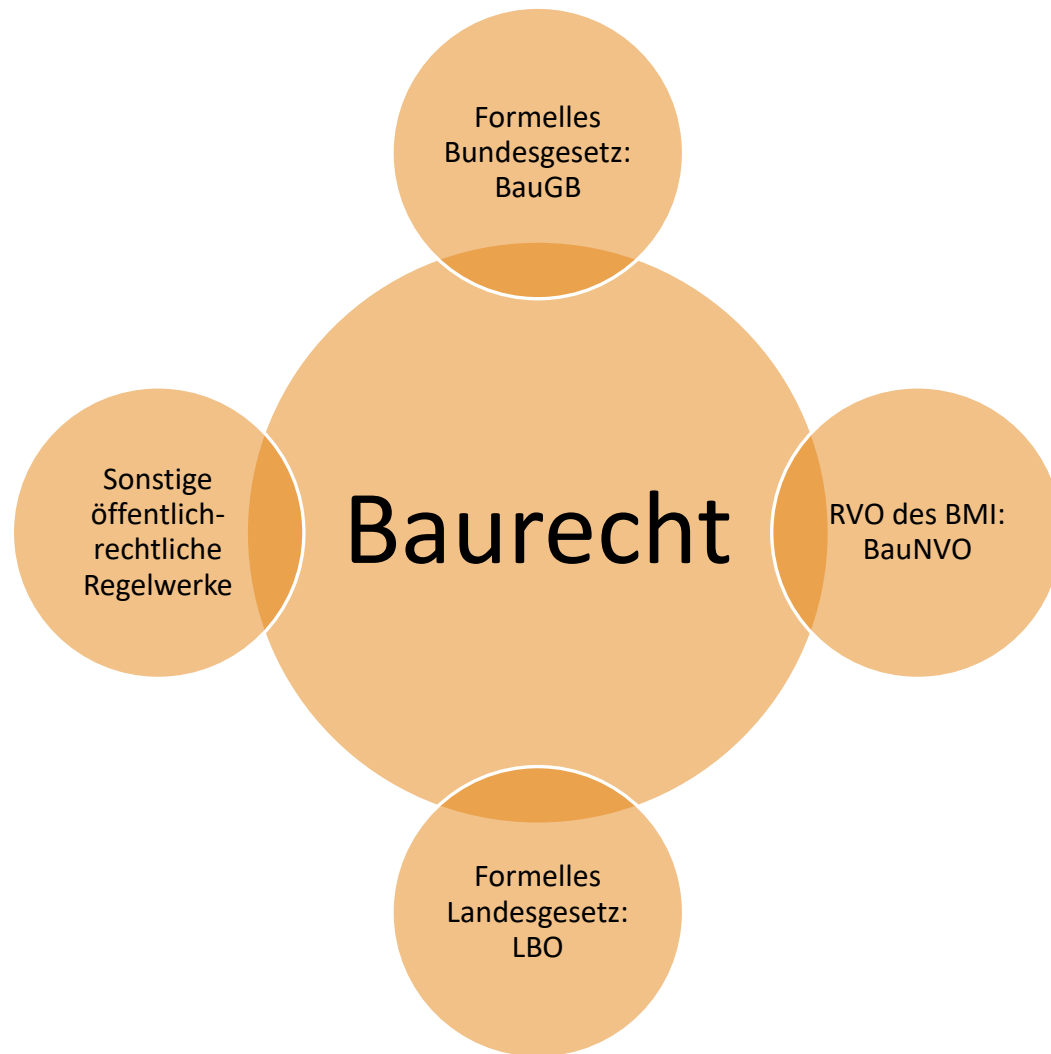
Vorzugswürdig: Kein Rückgriff auf Verfassungsrecht nötig, da Lösung über Widerspruchsrecht des Bürgermeisters (§ 60 KSVG)

- Bürgermeister muss rechtswidrigen Beschlüssen (mit aufsch. Wirkung) widersprechen. Dann muss auch rechtswidriger Beschluss wirksam sein (sonst macht Widerspruchsrecht keinen Sinn). Konsequenz: Ratsbeschlüsse sind IMMER wirksam (Ausnahme: § 27 VI KSVG), Fehlerkorrektur durch Widerspruch

Klausur: Spitzlei JA 2023, 575 ff.

Baurecht

TEIL 4: VERWALTUNGSRECHT BT

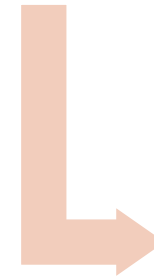


Präventiv:
Anspruch auf
Genehmigung

Repressiv:
Nutzungsuntersa-
gung und
Beseitigung

- Normiert in der LBO (sobald Behörde beteiligt: Einstieg immer über LBO)

- Setzen voraus, dass Baurecht (+/-) und sonst. öff. Recht (+/-)



1. Bauplanungsrecht = BauGB + ggf. BauNVO
2. Bauordnungsrecht = LBO
3. Sonst. öffentl. Recht = BImSchG, BNatSchG, WHG etc.

Das Verfahren als Schlüssel der LBO

1. Variante: Präventives Tätigwerden

Grundsätzliche Genehmigungsbedürftigkeit nach § 60 I LBO

- Prüfung: baurechtliche und sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, § 60 I LBO + § 65 LBO, + Einvernehmen, vgl. § 72 LBO

Ausnahme: Verfahrensfrei nach § 61 LBO

- Prüfung: baurechtliche und sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, § 60 II LBO

Ausnahme: Genehmigungsfreistellung nach § 63 LBO

- Prüfung: Vorhaben im Geltungsbereich von § 12 oder § 30 BauGB entspricht Vorgaben des B-Plans und Erschließung gesichert (Ausnahme: Abweichung nach § 68 LBO oder Gemeinde will Verfahren)

Einschränkung: Vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 64 LBO

- Prüfung: BauGB, §§ 7, 8, 50, 85 LBO und sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften

Modifizierung: Bauvorbescheid nach § 76 LBO (Klärung einzelner Fragen) und Teilbaugenehmigung nach § 75 LBO (Genehmigung von Teilen)



Das Verfahren als Schlüssel der LBO

2. Variante: Repressives Tätigwerden



Baueinstellung nach § 81 I LBO

- Prüfung: Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Versiegelung + Sicherstellung nach § 81 II LBO

- Prüfung: Fortsetzung der Bauarbeiten trotz § 80 I LBO



Anordnung der teilweisen/vollständigen Beseitigung nach § 82 I LBO

- Prüfung: Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften



Untersagung der Benutzung nach § 82 II LBO

- Prüfung: Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Baurechtliche Generalklausel in § 57 II LBO (+ Wohnung betreten nach § 57 VII LBO)

Aufhebung + Widerruf einer Baugenehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG (§ 50 VwVfG bei Beteiligung des Nachbarn beachten!)

Fall 27

Der A betreibt einen Zimmereibetrieb und möchte expandieren. Er beabsichtigt den Bau einer Lagerhalle. Die dazu erforderliche Baugenehmigung wird ihm von der zuständigen Bauaufsichtsbehörde B erteilt. Während der Errichtung der Lagerhalle zeichnet sich jedoch ab, dass A keinen zusätzlichen Lagerplatz benötigen wird. Daher modifiziert er das Bauvorhaben und optimiert die Halle für die Durchführung von Sägearbeiten, die er anschließend darin auch durchführt. Als die B davon Kenntnis erlangt, untersagt sie ihm die Nutzung der Halle. Man habe lediglich den Bau einer Lagerhalle, nicht hingegen einer Produktionshalle genehmigt. A wendet ein, sein Bauvorhaben sei durchaus auch als Produktionshalle genehmigungsfähig, was zutrifft. Die Nutzungsuntersagung sei reine Schikane und koste ihn viel Geld, da er die Halle nun nicht wie beabsichtigt nutzen könne. Die B erwidert richtigerweise, die materielle Legalität des Vorhabens sei nicht offenkundig, sondern könne erst das Ergebnis einer baurechtlichen Prüfung sein. Gerade darin liege der Sinn und Zweck des Genehmigungsverfahrens. Nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhebt A Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht. Wird das Verwaltungsgericht die Nutzungsuntersagung aufheben (nach OVG Koblenz BauR 1997, 103)?

Fall 27 – Hintergrund

Zur Wiederherstellung baurechtmäßiger Zustände während und nach der Errichtung von baulichen Anlagen sind den Bauaufsichtsbehörden Spezialbefugnisse an die Hand gegeben, die mit den Standardmaßnahmen im Polizeirecht vergleichbar sind. Man unterscheidet nach aufsteigender Intensität zwischen der Baueinstellungsverfügung, der Nutzungsuntersagung und der Beseitigungsanordnung, §§ 81, 82 LBO.

Fall 27 – Hintergrund

Differenzieren: formelle und materielle Illegalität

Formelle Illegalität liegt vor, wenn ein Vorhaben ohne die erforderliche Genehmigung oder Zustimmung errichtet wird oder errichtet worden ist (sog. Schwarzbau) oder wenn eine Genehmigung eingeholt worden ist, das Vorhaben davon jedoch abweicht (*Erbguth/Schubert* ÖffBauR § 13 Rn. 51).

Materielle Illegalität liegt vor, wenn ein Vorhaben den Vorschriften des materiellen öffentlichen Rechts widerspricht (*Lindner* JuS 2014, 118 [119]).

Relevante Konstellationen: Ein Vorhaben ist formell illegal aber materiell legal, formell legal aber materiell illegal oder formell und materiell illegal.

Aufgrund der unterschiedlichen Intensität der drei Spezialbefugnisse einerseits und der verschiedenen Konstellationen der Illegalität andererseits stellt sich die Frage, in welcher Situation die Bauaufsichtsbehörde sich welchen Instruments bedienen darf. Im Kern geht es darum, inwiefern die Bauaufsichtsbehörde bei einer bloß formellen Baurechtswidrigkeit zum Eingreifen ermächtigt ist.

Fall 27 – Hintergrund

Die Baueinstellungsverfügung bezweckt die frühzeitige Untersagung der Ausführung eines illegalen Vorhabens. Damit dient sie der Verhinderung vollendeter, rechtswidriger Zustände und trägt der Erfahrung Rechnung, dass fertiggestellte Vorhaben häufig kaum oder nur mit erheblichem Aufwand beseitigt werden können (*Schoch* JURA 2005, 178 [179]).

Voraussetzung: Vorhaben wird im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet.

- (Allein) formelle Illegalität oder (falls genehmigungsfrei) materielle Illegalität genügen.
- Aufgrund der Sicherungsfunktion genügen bereits ernste Zweifel.

Fall 27 – Hintergrund

Die Beseitigungsanordnung dient der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände, wenn eine Anlage baurechtswidrig errichtet worden ist und rechtmäßige Zustände auf andere Weise nicht hergestellt werden können.

Voraussetzung: sowohl formelle als auch materielle Illegalität (schärfstes Schwert der Bauaufsichtsbehörde; Art. 14 I GG und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellen hohe Anforderungen)

Ausnahme: formelle Illegalität reicht aus, wenn mit der Beseitigungsanordnung kein nennenswerter Eingriff in die Sachsubstanz verbunden ist (OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 607 [608]). Beispiele: ortsfest aufgestellte Wohnwagen, Werbetafeln, Warenautomaten, Verkaufsstände und Beleuchtungsanlagen

Fall 27 – Hintergrund

Die Nutzungsuntersagung dient der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände, wenn eine bauliche Anlage nicht im Einklang mit geltenden Recht genutzt wird. Der Widerspruch zu den Anforderungen des öffentlichen Baurechts muss also gerade in der Art und Weise der Nutzung eines Bauwerks liegen. Die Voraussetzungen sind **umstritten**.

Fall 27 – Hintergrund

Formelle Illegalität genügt (Ausnahme: materielle Legalität ist offensichtlich – Ermessensreduzierung auf Null) (OVG Koblenz NVwZ-RR 2011, 635 [636]; OVG Saarlouis BeckRS 2023, 14712)

- Gesetzeswidriger Zustand, Art. 20 III GG verlangt Einschreiten; effektive Durchsetzung des Systems des präventiven Bau- und Nutzungsverbots; keine Benachteiligung des gesetzestreuen Bürgers; kein Eingriff in die Sachsubstanz; möglicherweise erhebliche finanzielle Nachteile sind hinzunehmen – illegale Vermögensvorteile sind nicht zu schützen

Formelle und materielle Illegalität erforderlich (OVG Berlin NVwZ-RR 2001, 229 [230])

- Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung werden in einem Zug genannt; Intensität ist jeweils vergleichbar

Fall 27 – Lösung

Die Nutzung als Produktionshalle ist von der Baugenehmigung nicht erfasst. Die Nutzung ist daher formell illegal. Da die Nutzung durch A aber genehmigungsfähig ist, liegt keine zusätzliche materielle Illegalität vor. Die Bauaufsichtsbehörde hat eine Nutzungsuntersagung erlassen. Lässt man allein das Vorliegen formeller Illegalität genügen und berücksichtigt das Fehlen materieller Legalität lediglich im Rahmen der Ermessensausübung, ist die Nutzungsuntersagung rechtmäßig. Da erst eine intensive Prüfung der baurechtlichen Zulässigkeit ergibt, dass materielle Legalität vorliegt, ist nicht von einem Ermessensfehler auszugehen (OVG Koblenz BauR 1997, 103 [103]). Nach der Gegenansicht muss neben formeller Illegalität stets auch materielle Illegalität vorliegen. Da letztere aber nicht vorliegt, ist die Nutzungsuntersagung nach dieser Ansicht rechtswidrig und die Anfechtungsklage insofern begründet.

Fall 27 – Klausur

Es empfiehlt sich folgende Vorgehensweise: Nach Nennung der Ermächtigungsgrundlage sind formelle und materielle Illegalität zu unterscheiden und kurz zu erläutern. Bei der Nutzungsuntersagung kann der Streitstand dabei bereits kurz angerissen werden. Sodann ist zunächst die formelle und anschließend die materielle Illegalität zu prüfen. Bei der Nutzungsuntersagung ist ein anschließender Streitentscheid nur nötig, wenn es nur an der materiellen Illegalität fehlt. Ergibt die Prüfung einer Beseitigungsanordnung, dass keine materielle Illegalität vorliegt, so ist zu hinterfragen, ob dies ausnahmsweise nicht erforderlich ist. Liegen die Voraussetzungen einer Eingriffsgrundlage vor, so ist das Ermessen auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen.

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Baueinstellungsverfügung, Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung haben aufschiebende Wirkung (§ 80 I 1 VwGO). § 212a I BauGB erfasst nur Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zulassung eines Vorhabens. Das ist von Bedeutung für die §§ 80, 80a VwGO.

Prüfungsschema materielle Rechtmäßigkeit Beseitigungsverfügung

Bauliche Anlage/andere Anlage iSv § 2 I LBO

Verstoß **der Anlage** gegen Baurecht

- Formell: Bauen ohne Baugenehmigung?
- Materiell: Verstoß gegen Bauplanungsrecht (BauGB + BauNVO) und/oder Bauordnungsrecht?
 - Ausnahmsweise genügt formelle Illegalität!

Verstoß der Anlage gegen sonstiges öffentliches Recht

Verantwortlicher nach § 52 LBO

Ermessen + VHM Prüfung

- Auswahlermessen bzgl. Verantwortlichem
- Auswahlermessen („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“)
- Gleichheitssatz?
- Verwirkung?
- VHM

Prüfungsschema materielle Rechtmäßigkeit Nutzungsuntersagung

Bauliche Anlage/andere Anlage iSv § 2 I LBO

Verstoß **der Nutzung** gegen Baurecht

- Formell: Bauen ohne Baugenehmigung?
- Materiell: Verstoß gegen Bauplanungsrecht (BauGB + BauNVO) und/oder Bauordnungsrecht?
 - Streit: Genügt allein formelle Illegalität?

Verstoß der Nutzung gegen sonstiges öffentliches Recht

Verantwortlicher nach § 52 LBO

Ermessen + VHM Prüfung

- Auswahlermessen bzgl. Verantwortlichem
- Gleichheitssatz?
- Verwirkung?
- VHM

Beseitigungsanordnung ggü. Schottergarten

OVG Lüneburg: Bauaufsichtliches Einschreiten gegen Steinbeete (Schottergarten)

NVwZ 2023, 274 ▶

Bauaufsichtliches Einschreiten gegen Steinbeete (Schottergarten)

NdsBauO §§ [9 II](#), [79 I](#)

1. Für die Beurteilung, ob eine Grünfläche iSd § [9 II](#) NdsBauO vorliegt, ist stets eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich. Dabei ist auf das Gesamtbild abzustellen; eine mathematisch-schematische Betrachtung verbietet sich.
2. Grünflächen werden durch naturbelassene oder angelegte, mit Pflanzen bewachsene Flächen geprägt („grüner Charakter“). Dies schließt Steinelemente nicht aus, wenn sie sich dem Bewuchs dienend zu- und unterordnen.
3. Dass die nicht überbauten Flächen eines Baugrundstücks nur überwiegend Grünflächen sein müssen, ist § [9 II](#) NdsBauO nicht zu entnehmen. Ein solches Verständnis widerspricht dem Wortlaut und der Intention des Gesetzgebers, die Versteinerung der Stadt auf das notwendige Ausmaß zu beschränken.

OVG Lüneburg Beschl. v. 17.1.2023 – 1 LA 20/22

Im Saarland: § 10 I 1 LBO: Die nicht überbauten Flächen der bebauten Grundstücke sind wasseraufnahmefähig zu belassen oder herzustellen und zu **begrünen** oder mit einheimischen, standortgerechten Bäumen und Gehölzen zu bepflanzen.

Problem: **Drittschützende Wirkung** der Vorschrift?

Im Überblick: Bestandsschutz

(Ursprünglich) im Einklang mit materiellem Baurecht errichtete Anlage genießt Bestandsschutz, auch wenn sie nach Änderung der Rechtslage nicht mehr genehmigungsfähig wäre

Passiver Bestandsschutz, unmittelbar auf Art. 14 I 1 GG zurückgehend: Schutz des Erhalts einer ursprünglich legalen baulichen Anlage

- Wörtlich zu nehmen: „Bestands“schutz = nur Erhalt, also vor allem Reparaturen; kein Ersatzbau + kein Anspruch auf formale Legalisierung durch Genehmigung
- Größte Bedeutung daher gegen bauordnungsrechtliche Beseitigungsanordnung

Aktiver Bestandsschutz, nur in Grenzen des einfachen Rechts, welches Art. 14 I 1 GG abschließend konkretisiert: Anspruch auf Erweiterung, Ersatzbau und Nutzungsänderung daher nur im Rahmen von BauGB und LBO

Im Überblick: Zulässigkeit von Vorhaben

KERNFRAGEN

Wo liegt das Grundstück, das bebaut/geändert werden soll?

- Nicht: Was ist in Nachbarschaft?

Gibt es einen (wirksamen) B-Plan oder sieht es zumindest so aus, als gäbe es einen?

- Wenn ja: Qualifizierter B-Plan?
- Wenn nein: B-Plan gerade in Aufstellung begriffen?
- Wenn auch nein: Innen- oder Außenbereich?

MÖGLICHE KONSTELLATIONEN

Qualifizierter B-Plan -> § 30 I BauGB

Vorhabenbezogener B-Plan -> § 30 II BauGB

Einfacher B-Plan -> § 30 III BauGB

Während B-Plan Aufstellung -> § 33 BauGB

Unbeplanter Innenbereich -> § 34 I BauGB

Faktischer B-Plan -> § 34 II BauGB

Außenbereich -> § 35 BauGB

Prüfung der Zulässigkeit bei § 30 I BauGB

Vorhaben ist zulässig, wenn es Festsetzungen des B-Plans nicht widerspricht und Erschließung gesichert ist

1. Vorliegen eines qualifizierten B-Plans, wenn Festsetzungen zu Art und Maß der baulichen Nutzung (§ 9 I Nr. 1 BauGB), überbaubare Grundstücksfläche (§ 9 I Nr. 2 BauGB), örtliche Verkehrsflächen (§ 9 I Nr. 11 BauGB)
2. Prüfung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit B-Plan
 - § 9a BauGB -> BauNVO.
 - **Art** der baulichen Nutzung: § 1 III 2 BauNVO: Durch Festsetzung der in § 1 II Nr. 1-11 BauNVO genannten Gebiete werden die §§ 2-14 BauNVO Bestandteil des B-Plans
 - **Maß** der baulichen Nutzung: §§ 16 ff. BauNVO
 - Überbaubare Grundstücksfläche: § 23 BauNVO



Prüfung der Art der baulichen Nutzung bei § 30 I BauGB

1. Vereinbarkeit mit Regelbebauung?

- Typenprüfung (1. Stufe): Jeweils Absatz 2 in §§ 2-9 BauNVO
- Einzelfallprüfung (2. Stufe): Rücksichtnahmegebot, § 15 I BauNVO
 - § 15 I 1 BauNVO: Aufrechterhaltung des Gebietstypus (vgl. jeweils Absatz 1 in §§ 2-9 BauNVO, örtliche Situation + Planungswille der Gemeinde)
 - § 15 I 2 BauNVO: Vermeidung von Belästigungen und Störungen durch Vorhaben für Gebiet oder durch Gebiet für Vorhaben

2. + 3. Schritt
nur, wenn 1.
Schritt (-)

2. Vereinbarkeit mit Ausnahmebebauung? (§ 31 I BauGB) (Einzelfallgerechtigkeit!)

- Typenprüfung (1. Stufe): Jeweils Absatz 3 in §§ 2-9 BauNVO
- Einzelfallprüfung (2. Stufe): Rücksichtnahmegebot, § 15 I BauNVO
- RF, wenn TBV (+): Ermessen – Rspr. nimmt aber meist Ermessensreduzierung auf null an

3. Dispens/Befreiung? (§ 31 II BauGB) (absolut atypischer Sonderfall)

- Wahrung der Grundzüge der Planung, Befreiungsgrund nach § 31 II Nr. 1-3 BauGB + umfassende Abwägung (Interessen der Nachbarn) ergibt Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen
- Beteiligung der Gemeinde nach § 36 BauGB nötig, da Planung hier durchbrochen wird!
- RF, wenn TBV (+): Ermessen – Rspr. nimmt aber wiederum teils Ermessensreduzierung auf null an



Allgemeines Wohngebiet, Haustierhaltung, Minischwein

BauGB § 30, § 31 Abs 2 Nr. 2 und 3; BauNVO § 4 Abs 1, Abs. 3 Nr. 6 Fassung 1977, BauNVO § 4 Abs 3 Nr 6 Fassung 1977: § 14 Abs 1 Satz 1 und 2; LBauO § 81 Satz 1, 2. Alternative

Zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der Haltung von Minischweinen (Minipigs) in einem Allgemeinen Wohngebiet (§ 4 BauNVO).

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 5.2.2025 – 8 A 11067/24.OVG

Zum Sachverhalt:

Die Kläger wenden sich gegen eine von dem Beklagten mit jeweils gleichlautenden Bescheiden verfügte bauordnungsrechtliche Nutzungsuntersagung und eine jeweils damit verbundene Zwangsgeldandrohung betreffend die Haltung von Minischweinen (Minipigs).

Das VG hat die nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens erhobene Klage abgewiesen. Es führte zur Begründung aus, die Nutzungsuntersagung sei materiell rechtmäßig. Sie sei bei vernünftiger Auslegung so zu verstehen, dass den Klägern die Nutzung der auf ihrem Grundstück vorhandenen baulichen Anlagen und sonstigen Einrichtungen zur Tierhaltung (konkret einer Hütte samt Freigehege) insoweit untersagt werde, als sie dort zwei Minischweine hielten. Diese Nutzung erweise sich als materiell baurechtswidrig, weil sie gegen Bauplanungsrecht verstoße. Das Grundstück liege in einem durch Bebauungsplan ausgewiesenen allgemeinen Wohngebiet (§ 4 Abs. 1 BauNVO). Nach § 14 Abs. 1 BauNVO dürfe die Tierhaltung lediglich ein Annex zur Hauptnutzung – hier der Wohnnutzung – sein. Die legale Kleintierhaltung finde in allgemeinen Wohngebieten ihre Grenze dort, wo die Schwelle der „Wohnakzessorietät“ überschritten werde.

Esel, Ziegen und Schweine seien unabhängig von ihrer Einstufung als Groß- oder Kleintiere typischerweise nicht in den durch Wohnnutzung geprägten Baugebieten zu erwarten. Von Schweinen, die sich ganzjährig rund um die Uhr hauptsächlich im Freien aufhielten, gingen ungefilterte Gerüche und Geräusche aus, die unmittelbar die Umgebung belasteten. Ob die Haltung der Schweine durch die Kläger tatsächlich zu einer Belästigung der Nachbarn durch Gerüche führe, sei insoweit unerheblich. Die Haltung der beiden 70 kg schweren Minischweine der Kläger in deren Garten liege daher nicht mehr im Rahmen einer typischerweise der Wohnnutzung dienenden Freizeitbetätigung. Es handle es sich auch nicht um einen besonders gelagerten Einzelfall, in dem die im Wohngebiet unübliche Schweinehaltung der Eigenart des Wohngebiets aufgrund besonderer Umstände nicht widerspreche. Vorliegend grenze die Haltung der beiden Schweine der Kläger nicht direkt an Weideflächen im Außenbereich an. Das Grundstück der Kläger liege vielmehr zentral im Ort; es sei umschlossen von weiteren mit Wohnhäusern bebauten Grundstücken. Das Grundstück der Kläger sei daher nicht geeignet für eine nachbarverträglich ausgestaltete Schweinehaltung. Die Nutzungsuntersagung sei auch nicht ermessensfehlerhaft. Die Androhung eines Zwangsgeldes sei ebenfalls rechtmäßig.

Der Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

Typenprüfung vs. Einzelfallprüfung

Urteil vom 09.11.2021 – BVerwG 4 C 5.20

ECLI:DE:BVerwG:2021:091121U4C5.20.0

EN



Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines sog. Wohnungsbordells im Mischgebiet

Leitsätze:

1. An der Beurteilung prostitutiver Betriebe auf der Grundlage der eingeschränkten Typisierungslehre haben weder das Prostitutionsgesetz noch das Prostituiertenschutzgesetz etwas geändert.
2. Das Störpotenzial eines sog. Wohnungsbordells im Mischgebiet nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1962 lässt sich nicht typisierend erfassen. Es bedarf vielmehr einer Einzelfallprüfung.

S. auch OVG Magdeburg NVwZ 2024, 274;
OVG Magdeburg NVwZ 2023, 1021

Prüfung der Zulässigkeit bei § 33 BauGB

Nur einschlägig, wenn Vorhaben nach §§ 30 I, 31, 34 und 35 BauGB unzulässig wäre, aber ein im Aufstellungsverfahren befindlicher B-Plan zur Zulässigkeit führt

§ 33 BauGB „funktioniert“ nur in diese eine Richtung als positiver Zulassungstatbestand, nicht umgekehrt zur Verhinderung künftiger Widersprüche vor Inkrafttreten eines B-Plans

- Dazu: Veränderungssperre und Rückstellung nach §§ 14, 15 BauGB als Instrumente für Sicherung der Bauleitplanung

Voraussetzungen:

- Aufstellungsbeschluss des Gemeinderats
- Formelle Planreife = nach Durchführung der formellen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung
- Materielle Planreife = kein Widerspruch zu künftigen Planfestsetzungen
- Schriftliche Anerkennung des künftigen Plans als verbindlich
- Gesicherte Erschließung

Innen- oder Außenbereich? Der unbeplante Innenbereich iSv § 34 BauGB

Kein Plan nach § 30 I, II BauGB (bei § 30 III BauGB fungiert § 34 BauGB als Lückenfüller)

Kein Außenbereich, sondern „im Zusammenhang bebauter Ortsteil“

- Ortsteil = „Jeder Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischer Siedlungsstruktur ist“ (BVerwG NVwZ 2015, 1767). „Eigenständiges städtebauliches Gewicht“ ist erforderlich, sonst Splittersiedlung
- Bebauungszusammenhang = Aufeinanderfolgende Bebauung vermittelt den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit. Baulücken sind unschädlich, solange sie von untergeordneter Bebauung sind und daher Zusammengehörigkeit nicht in Frage stellen

Festlegung über Satzung nach § 34 IV BauGB

- Abgrenzungssatzung mit rein deklaratorischer Natur
- Festlegungssatzung = bebaute Fläche im Außenbereich wird zum Innenbereich erklärt (konstitutiv). Voraussetzung: Baufläche im Flächennutzungsplan (Sicherung eines Minimums an städtebaulicher Konsistenz)
- Einbeziehungssatzung = Fläche im Außenbereich wird zu angrenzendem Innenbereich gezogen, weil Prägung des Außenbereichs durch Flächen im Innenbereich

Prüfung der Zulässigkeit bei § 34 BauGB

§ 34 II BAUGB: UNBEPLANTER INNENBEREICH
= GEBIET ISD BAUNVO

Prüfung analog §§ 30 I, 31 BauGB (bspw. bei nichtigem B-Plan häufig der Fall)

Also: 1. Typenprüfung und Einzelfallprüfung der Regelbebauung und 2. Typenprüfung und Einzelfallprüfung der Ausnahmebebauung sowie 3. Dispens

+ Einvernehmen nach § 36 BauGB

Zur Prüfung eines faktischen Kerngebiets BVerwG v. 20.5.2025 – 4 C 2.24, BeckRS 2025, 21302 Rn. 12 ff.

§ 34 I BAUGB: WENN NICHT § 34 II BAUGB

Einfügen in Eigenart der näheren Umgebung

Nähere Umgebung: wertende Betrachtung – Auswirkungen des Vorhabens und Einwirkungen auf Vorhaben?

Eigenart: Orientierung an §§ 2 ff. BauNVO

Einfügen: Hält sich Vorhaben in Eigenart der näheren Umgebung? Ja = Einfügen (+); Nein = trotzdem städtebaulich vertretbar + keine Spannungen, die Gesamtplanung erfordern, + Rücksichtnahmegebot

Wenn kein Einfügen: Abweichung nach § 34 IIIa BauGB?

Immer zu prüfen: Wohn- und Arbeitsverhältnisse + Ortsbild

+ Einvernehmen nach § 36 BauGB

Prüfung der Zulässigkeit bei § 35 BauGB

PRIVILEGIERTES VORHABEN, § 35 I BAUGB

Vorhaben, die nach Willen des Gesetzgebers in Außenbereich gehören. Vor allem: Landwirtschaft, § 201 BauGB

Kein „Entgegenstehen“ öffentlicher Belange (§ 35 III 1 BauGB)

- Widerspruch führt zu Abwägung

Gebundene Entscheidung

Einvernehmen nach § 36 BauGB

NICHT PRIVILEGIERTES VORHABEN, § 35 II BAUGB

Alle Vorhaben, die nicht unter § 35 I BauGB fallen

Keine „Beeinträchtigung“ öffentlicher Belange (§ 35 III 1 BauGB)

- Widerspruch führt grds. zur Unzulässigkeit
- Teilprivilegierung und Satzungsprivilegierung nach § 35 IV, VI BauGB

Ermessensentscheidung

- Nach Rspr. aber Anspruch wg. Art. 14 I GG und Ausdifferenzierung im Gesetz

Einvernehmen nach § 36 BauGB

Fall 28

A ist Eigentümer eines Grundstücks, welches mit einem zweistöckigen Einfamilienhaus und einer Doppelgarage bebaut ist. Der B erhält eine Baugenehmigung zur Errichtung eines dreistöckigen Einfamilienhauses und fünf Garagen auf dem Nachbargrundstück. Beide Grundstücke befinden sich im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans, der den Bereich als reines Wohngebiet festsetzt und keine besonderen Festsetzungen für Garagen enthält. A ist von dem Vorhaben des B wenig begeistert und erhebt nach erfolglosem Widerspruch Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht. Er führt zutreffend an, dass das geplante Einfamilienhaus die im Bebauungsplan vorgeschriebene maximal zulässige Geschossanzahl nach § 16 II Nr. 3 BauNVO übersteige. Außerdem bestehe überhaupt kein Bedarf für die Errichtung von fünf Garagen und § 12 II BauNVO schreibe vor, dass nur bei Bedarf Garagen errichtet werden dürften, was ebenfalls zutrifft. A fühlt sich durch das Vorhaben des B in seinen eigenen Rechten verletzt. B wendet ein, es könne dahinstehen, ob der A im Recht sei oder nicht, schließlich habe er die erforderliche Baugenehmigung von der Bauaufsichtsbehörde erhalten. Den A gehe sein Bauvorhaben nichts an. Kann A vor Gericht gegen das baurechtswidrige Vorhaben des B vorgehen (nach BVerwGE 94, 151 ff.; BVerwG NVwZ 1996, 170 f.)?

Fall 28 – Hintergrund

In Drittrechtsschutzkonstellationen ist besonderes Augenmerk auf die Antrags- bzw. Klagebefugnis zu legen.

Die Klagebefugnis kann verneint werden, wenn der Kläger die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts bzw. seiner Ablehnung oder Unterlassung nicht plausibel machen kann, wenn das behauptete Recht überhaupt nicht besteht und wenn nicht hinreichend substantiiert dargelegt werden kann, dass der Kläger in seinen eigenen Rechten betroffen ist (NK-VwGO/*Sodan* VwGO § 42 Rn. 379).

Probleme ergeben sich, falls der Kläger in Rechtsbeziehungen zwischen Behörde und Dritten eingreifen will. Da nicht jeder durch eine Norm begründeten Pflicht zwingend subjektive Rechte entsprechen, muss in diesen Fällen positiv festgestellt werden, dass ein subjektives Recht des Klägers betroffen ist (BVerwG NVwZ 1987, 409 [409]). Dazu ist die sog. Schutznormtheorie entwickelt worden.

Fall 28 – Hintergrund

Nach der Schutznormtheorie ist die Betroffenheit einer eigenen Rechtsposition zu bejahen, wenn eine Norm nicht nur allgemeinen, sondern auch den individuellen Interessen des Klägers dient (BVerwGE 98, 118 [120 f.]). Wann dies der Fall ist, muss unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung mit den juristischen Methoden der Auslegung ermittelt werden (BVerwG NVwZ 1987, 409).

Entscheidend ist, dass das individuell geschützte private Interesse, die Art seiner Verletzung und der Kreis der unmittelbar geschützten Personen hinreichend deutlich klargestellt und abgegrenzt wird (BVerwG NVwZ 1987, 409 [409]). Anhaltspunkte im einfachen Recht sind beispielsweise die Einräumung von Antragsrechten, die besondere Erwähnung von Interessen eines zu berücksichtigenden Personenkreises und das Streben nach einem Ausgleich von gegenläufigen Interessen von Personen, die in einer besonderen Beziehung, einer sog. rechtlichen Schicksalsgemeinschaft, stehen.

Bei der Suche nach einem subjektiven Recht ist der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts vor den Grundrechten zu beachten (*Ramsauer* JuS 2012, 769 [72 f.]). Gleichwohl sind die Grundrechte zu berücksichtigen, wobei die sog. norminterne und die sog. normexterne Wirkung zu unterscheiden sind.

Fall 28 – Hintergrund

Wichtigster Anwendungsfall der Schutznormtheorie ist das Baurecht, wo der „Nachbar“ als klagebefugter Dritter in Betracht kommt.

Der Begriff des Nachbarn ist gesetzlich nicht definiert. Erfasst sind aufgrund der Grundstücksbezogenheit baurechtlicher Regelungen jedenfalls der Grundstückseigentümer und die Inhaber eigentumsähnlicher Rechtspositionen, wenn eine räumliche Nähe des Grundstücks besteht.

Diese räumliche Nähe lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt davon ab, inwieweit die nachbarschützende Vorschrift den Kreis der Berechtigten zieht (*Kaplonek/Mittag* JA 2006, 664 [665]).

Fall 28 – Hintergrund

Innerhalb der nachbarschützenden Normen kann zwischen einer generellen und einer partiellen drittschützenden Wirkung unterschieden werden.

Generell drittschützende Normen schützen generell abstrakt alle von ihnen betroffene Dritte. Partiiell drittschützende Normen entfalten demgegenüber nur einen mittelbaren Schutz, indem sie im Einzelfall den nachbarlichen Interessenausgleich ermöglichen oder verlangen (*Finkelburg/Ortloff/Otto* ÖffBauR § 17 Rn. 34).

Diese Unterscheidung hat zur Folge, dass die Klagebefugnis bei einer generell drittschützenden Norm bereits durch die mögliche Verletzung der Norm bejaht werden kann, bei einer partiell drittschützenden Norm hingegen zusätzlich eine tatsächliche Beeinträchtigung des Nachbarn erforderlich ist (BVerwGE 94, 151 [161]).

Fall 28 – Hintergrund

Bauordnungsrechtliche Normen mit generell drittschützender Wirkung sind nachbar- und umgebungsbezogene Verunstaltungsverbote, Vorschriften über Grenzabstände, Vorschriften über Brandschutz und spezifische baurechtliche Vorschriften zum Schutz vor Immissionen, wenn sie gerade den Nachbarn als potentiellen Kläger begünstigen (*Stollmann/Beaucamp* ÖffBauR § 21 Rn. 33).

Nicht nachbarschützend sind hingegen alle das Haus selbst, seine **Sicherheit** und Gestaltung betreffenden Normen wie Sicherheitsnormen für die Bewohner, Bestimmungen zur Grundfläche, zur Geschosshöhe und -flächenzahl (Maß der baulichen Nutzung gem. §§ 16 ff. BauNVO) sowie Bestimmungen zum **Wärmeschutz** (BVerwG NVwZ 1996, 170 [171]; *Hufen* VerwProzR § 14 Rn. 74). Etwas anderes gilt nur in Ausnahmefällen, in denen die zulässigen Grenzwerte ganz erheblich überschritten werden und daher aus dem Gebot der Rücksichtnahme ein partieller Nachbarschutz abzuleiten ist. Zum Vergleich: Drittschützende Festsetzung einer **Lärmschutzwand** im BPlan (OVG Saarlouis KommJur 2024, 265)

Formelle Illegalität kann durch den Nachbarn grds. nicht gerügt werden (BVerwG NVwZ 2023, 167).

Fall 28 – Hintergrund

Bauplanungsrechtliche Normen dienen grundsätzlich der Bodenordnung und städteplanerischen Gestaltung, also dem öffentlichen Interesse, und haben daher keine drittschützende Wirkung. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch wichtige Ausnahmen.

Hauptanwendungsfall des generellen bauplanungsrechtlichen Nachbarschutzes sind die Festsetzungen eines Bebauungsplans gem. § 30 I BauGB über die **Art der baulichen Nutzung** (§§ 2–14 BauNVO), die die Betroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbinden (BVerwGE 94, 151 [155] = NJW 1994, 1546). Zwar hat § 30 I BauGB selbst keine drittschützende Wirkung, doch ergibt sich diese aus den Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung aus der Baunutzungsverordnung (*Muckel* JuS 2000, 132 [133]). Diese Vorschriften begründen generellen Drittschutz in Form eines sog. **Gebietserhaltungsanspruchs** (BVerwG BauR 2000, 1029 [1029]).

Zusätzlich existiert (subsidiär) ein **Gebietsprägungserhaltungsanspruch** nach § 15 I 1 BauNVO, der verletzt ist, wenn ein Vorhaben, das im konkreten Baugebiet hinsichtlich der Nutzungsart an sich entweder allgemein oder ausnahmsweise zulässig ist, sich gleichwohl als gebietsunverträglich erweist, weil es der allgemeinen Zweckbestimmung des maßgeblichen Baugebietstyps widerspricht (näher *Fricke/Menges* NVwZ 2024, 200 [201 f.])

Fall 28 – Hintergrund

Eine besondere Stellung innerhalb der Vorschriften der Baunutzungsverordnung nimmt dabei die Regelung in § 15 I 2 BauNVO ein, die eine unzumutbare Belästigung der Umgebung untersagt. Diese Norm stellt eine besondere Ausprägung des **Rücksichtnahmegebots** dar. Auch wenn ein Vorhaben an sich zulässig ist, kann § 15 I 2 BauNVO ihm entgegenstehen.

Erforderlich ist eine **Einzelfallbetrachtung** nach den oben genannten Kriterien zur Prüfung anhand des Rücksichtnahmegebots. Die Vorschrift kann im Wege eines Erst-recht-Schlusses auf Vorhaben angewendet werden, die Festsetzungen eines Bebauungsplans widersprechen (*Schoch JURA 2004, 317 [320]*).

Da bei § 15 I 2 BauNVO in jedem Einzelfall überprüft werden muss, wer zum Kreis der individuell und qualifiziert betroffenen Grundstückseigentümer gehört, handelt es sich um eine partiell drittschützende Norm (*Voßkuhle/Kaufhold JuS 2010, 497 [499]*).

Fall 28 – Hintergrund

Aufgrund der in § 34 II BauGB vorgesehenen Gleichstellung geplanter und faktischer Baugebiete im Sinne der Baunutzungsverordnung hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung gilt bei faktischen Baugebieten nichts anderes als bei einem geplanten Baugebiet (BVerwGE 94, 151 [156]). Insofern gilt das zu § 30 I BauGB in Verbindung mit den Vorschriften der Baunutzungsverordnung Gesagte. Relativierungen sind allenfalls bezüglich der räumlichen Erstreckung des Drittrechtsschutzes denkbar.

- Prüfung, ob faktisches Baugebiet vorliegt: Abstellen auf Regelbebauung im jeweiligen Absatz 2 der BauNVO. Abstellen auf Ausnahmen nach Absatz 3 nicht generell ausgeschlossen, aber Grundzüge der Planung dürfen nicht berührt werden.

Im Gegensatz dazu hat § 34 I BauGB im nicht beplanten Innenbereich nur partiell drittschützende Wirkung. Die Vorschrift dient vor allem der Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung, also Interessen der Allgemeinheit (*Muckel* JuS 2000, 132 [133]). Im Merkmal des „Einfügens“ ist jedoch das Gebot der Rücksichtnahme enthalten, welches partiellen Drittschutz vermittelt (BVerwGE 67, 334 [337]). Ein Vorhaben fügt sich ein, wenn es weder selbst noch infolge einer nicht auszuschließenden Vorbildwirkung geeignet ist, bodenrechtlich beachtliche Spannungen zu begründen oder vorhandene Spannungen zu erhöhen (BVerwGE 55, 369 [370 f., 381 f.]).

- Rückgriff auf § 34 I BauGB immer, wenn § 34 II BauGB nicht einschlägig ist.

Fall 28 – Hintergrund

Im Außenbereich **kann** sich ein Nachbarschutz ebenfalls aus dem Gebot der Rücksichtnahme ergeben, welches in das Tatbestandsmerkmal „öffentliche Belange“ in § 35 III BauGB hineininterpretiert wird (BVerwGE 52, 122 [125 f.])

Erfasst werden vor allem Konstellationen, in denen privilegierte Vorhaben nach § 35 I BauGB durch sonstige Vorhaben „bedrängt“ werden, beispielsweise im (klausurträchtigen) Fall der heranrückenden Wohnbebauung (*Erbguth/Mann/Schubert* VerwR BT Rn. 1341).

Davon abgesehen ist bei der Einstufung als drittschützend jedoch Zurückhaltung geboten, da die Vorschrift erkennbar auf Belange der Allgemeinheit (insbesondere das Freihalten des Außenbereichs von Bebauung) ausgelegt ist (OVG Saarlouis BeckRS 2023, 24391). Etwas anderes gilt nur für den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkung in § 35 III 1 Nr. 3 BauGB, welcher auf § 3 BImSchG verweist und daher unzweifelhaft drittschützende Wirkung hat (BVerwGE 52, 122 [125 ff.]).

Fall 28 – Lösung

Fraglich ist, ob A in eigenen Rechten verletzt sein kann.

§ 12 II BauNVO ist eine Regelung über die Art der baulichen Nutzung, der generell drittschützende Wirkung zukommt (BVerwGE 94, 151 [157 f.]). A ist insofern also klagebefugt.

Dies gilt jedoch nicht für die mögliche Verletzung von § 16 II Nr. 3 BauNVO. Diese Norm betrifft das **Maß der baulichen Nutzung**. Der entscheidende Unterschied zu § 12 II BauNVO liegt darin, dass die Planbetroffenen durch die Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung nicht in gleicher Weise zu einer Schicksalsgemeinschaft verbunden werden. Während eine baugebietsfremde Nutzungsart regelmäßig zu einer schleichenden Verfremdung des Gebiets führt, die anschließend nur schwer zu korrigieren ist, beschränkt sich eine Abweichung vom Maß der baulichen Nutzung regelmäßig nur auf das jeweilige Grundstück (BVerwG NVwZ 1996, 170 [171]). A kann seine Klage daher nicht auf eine Verletzung von § 16 II Nr. 3 BauNVO stützen.

Achtung: **Wannsee-Entscheidung** des BVerwG (NVwZ 2018, 1808): Auch Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung dienen dem Nachbarschutz, wenn sie wechselseitige Beschränkungen oder Begünstigungen für die einbezogenen Grundstücke zur Folge haben (unabhängig vom Willen des Plangebers). Näher dazu *Fricke/Menges* NVwZ 2024, 200.

Fall 28 – Klausur

Die drittschützende Norm ist im Rahmen der Antrags- bzw. Klagebefugnis unter Begründung ihrer drittschützenden Wirkung genau zu benennen. Werden mehrere Verstöße gerügt, so ist jeweils eine drittschützende Norm zu suchen. Es ist durchaus möglich, dass einige Rügen bereits als unzulässig ausscheiden. Es ist auch vertretbar, in der Zulässigkeit nur eine (in jedem Fall) drittschützende Vorschrift zu nennen und die Problematik ansonsten in der Begründetheit zu erörtern. In jedem Fall darf das Vorbringen eines Dritten in der Sache nur geprüft werden, wenn zuvor eine drittschützende Norm als solche ausgemacht werden konnte.

Im Überblick: Rechtmäßigkeit eines B-Plans

Formelle Rechtmäßigkeit (volle Nachprüfbarkeit)

- Planaufstellungsbeschluss + Bekanntgabe des Beschlusses, § 2 I BauGB
- Ermittlung + Bewertung des Abwägungsmaterials, § 2 III BauGB
- Umweltprüfung + Umweltbericht, § 2 IV, § 2a BauGB
- Behördenbeteiligung, § 4 I, II, § 4a BauGB
- Öffentlichkeitsbeteiligung, § 3 I, II, § 4a BauGB
- Satzungsbeschluss, § 10 I BauGB
 - (modifizierte) kommunalrechtliche Mitwirkungsverbote
- Genehmigung des Plans, § 10 II BauGB
- Ausfertigung, Verkündung und Veröffentlichung, § 10 III, § 10a BauGB

Bei Fehler: Grundsatz der Planerhaltung, § 214 I, § 215 I BauGB

- Regel: Fehler ist unbeachtlich. Ausnahme: Fehler in § 214 I Nr. 1-4 BauGB genannt. Rückausnahme 1: Ablauf der Jahresfrist bei Fehlern nach § 214 I Nr. 1-3 BauGB, § 215 I Nr. 1 BauGB. Rückausnahme 2: Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB

Im Überblick: Rechtmäßigkeit eines B-Plans

Materielle Rechtmäßigkeit

- Planerforderlichkeit, § 1 III BauGB (eingeschränkt überprüfbar)
- Planabstimmung (voll überprüfbar)
 - Ziele der Raumordnung, § 1 IV BauGB
 - Interkommunal, § 2 II BauGB
 - Entwicklungsgebot, § 8 II 1 BauGB
 - Planinhalt, § 9 BauGB
- Abwägungsgebot, § 1 VII BauGB (eingeschränkt überprüfbar)
 - Ermittlung von Abwägungsfehlern unter Berücksichtigung der Planungsziele nach § 1 V BauGB

Bei Fehler: Grundsatz der Planerhaltung, § 214 II, 215 I BauGB

- Regel: Fehler ist beachtlich. Ausnahme 1: Unbeachtlich nach § 214 II Nr. 1-4 BauGB. Ausnahme 2: Beachtlich nach § 214 II BauGB, aber Jahresfrist abgelaufen, § 215 I Nr. 2 BauGB. Ausnahme 3: Abwägungsfehler nach § 214 III 2 BauGB – nur erheblich, wenn offensichtlich + Einfluss auf Abwägungsergebnis. Ausnahme 4: Beachtlich nach § 214 III 2 BauGB, aber Jahresfrist abgelaufen, § 215 I Nr. 3 BauGB. Ausnahme 5: Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB

Im Überblick: Bestand eines B-Plans

Regelungswirkung eines B-Plans nur für die Dauer seiner Gültigkeit

Gültigkeit AB in Kraft treten, soweit wirksam (= rechtmäßig)

Gültigkeit BIS

- Planänderung = Modifizierung bestimmter Festsetzungen
- Planergänzung = Hinzufügen weiterer Festsetzungen
- Planaufhebung = Ganz oder teilweise außer Kraft setzen durch Beschluss
- Planüberschreibung = Neuer B-Plan verdrängt den alten (lex posterior-Grundsatz)
- **Funktionslosigkeit** = 1. Tatsächliche Verhältnisse schließen Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit aus und 2. Dies ist so offensichtlich, dass kein schutzwürdiges Vertrauen in Fortgeltung der Festsetzung besteht (BVerwG NVwZ-RR 1997, 513; BVerwG NVwZ 2024, 1419; OVG Saarlouis BeckRS 2025, 15511)

Baunebenrecht: Zweckentfremdungsverbot

Sehr aktuelle Problematik

Spezielle Zweckentfremdungsverbotsgesetze in Berlin, Hamburg, Bayern, Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Thüringen (im Saarland: Entwürfe im Jahr 2019)

Zweckentfremdung = Nutzung von Wohnraum zu anderen als Wohnzwecken (vor allem: Vermietung als Ferienwohnung, Leerstand)

Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt

Konkretisierung in Satzung (Flächenländer) oder RVO (Stadtstaaten)

Zahlreiche Probleme: Eingriff in Art. 14 + 12 GG, Vorbehalt des Gesetzes (Wesentlichkeitsvorbehalt), VHM-Prinzip, Verhältnis zwischen LBO + ZwVbG

Näher: Spitzlei JURA 2020, 333; Discher/Adler NVwZ 2021, 1520; VGH München NVwZ-RR 2022, 614; VGH München NJW 2024, 3738

Klausur: Thess/Illal JURA 2022, 625

Vielen Dank für Ihr Durchhaltevermögen und
vor allem:

Viel Erfolg bei den Klausuren!