

Crash-Kurs Öffentliches Recht Universität des Saarlandes

Dr. Thomas Spitzlei
Akademischer Rat
Professur für Öffentliches Recht, Sozialrecht und
Verwaltungswissenschaft (Prof. Dr. Timo Hebel), Universität Trier
August 2018
Kontakt: spitzlei@uni-trier.de



Fahrplan

- Teil 1: Grundrechte
- Teil 2: Staatsorganisationsrecht
- Teil 3: Verwaltungsrecht (VwVfG + VwGO)
- Teil 4: Verwaltungsrecht (BT)





Vorgehensweise

- 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**, 4. Aufl. 2018 (erscheint 10/2018) entnommen

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

3



Teil 1: Grundrechte

ALLGEMEINE GRUNDRECHTSLEHRE

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

4



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 war zuvor, als der Dienstapparat installiert wurde, davon in Kenntnis gesetzt worden und 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 er auf Grundlage der erfolgten Gesprächsregistrierung ergangen sei und diese sie in Art. 10 GG verletze. B meint, dieser Hinweis gehe schon deshalb ins Leere, da A im Hinblick auf Art. 10 GG wirksam ihren Grundrechtsverzicht erklärt habe. Hat B Recht (nach VG Bremen NJW 1978, 66 f.; OVG Bremen NJW 1980, 606 f.; vgl. auch BVerwG NJW 1982, 840)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

5

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)

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

6



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

7



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

8



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; es müsse Sache der Kirche bleiben, die Anforderungen, welche sie um der Erfüllung ihres christlichen Auftrags willen an ihr Personal stellen wolle, selbst festzulegen. Ist für B nach Art. 19 III GG der Schutzbereich von Art. 4 GG eröffnet (nach BVerfGE 70, 138 ff.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

9



Fall 2 – Hintergrund

- „Juristische Person“ 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?)

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

10



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. 93 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.



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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

17



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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

18



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 Privatrechtssubjektiven, 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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

21



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

22



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 zu subsumiert werden; sind davon mehrere erfüllt, spricht vieles dafür, einen Eingriff ohne weitere ausgiebige theoretische Diskussion anzunehmen.



Teil 1: Grundrechte

AUSGEWÄHLTE GRUNDRECHTE



Im Überblick: Gleichheitsgrundrechte

- Aufbau und Prüfung von Art. 3 I GG
 - Bedeutung von Art. 3 I GG in der Klausur
 - Staatsrecht und Verwaltungsrecht
- Problem: Gleichheit im Unrecht?
- Bedeutung von Art. 3 II GG
- Verhältnis von Art. 3 I GG zu Art. 33 II GG

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

27

Fall 5



A tritt seit geraumer Zeit entweder gänzlich nackt oder lediglich mit vereinzelt, 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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

28



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

29



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

30



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

31



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 allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie der Glaubens- und Religionsfreiheit anderer Grundrechtsträger (vgl. *Hufen* in: HdBGR, § 101 Rn. 103-107, 111-114).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

32



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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

33



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, Bekennens 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).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

34



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 Bekleidungs Vorschriften (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.).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

35

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 hier die Ermächtigungsgrundlage: § 16a I iVm § 1 S. 2 TSchG
 - Seit OVG Münster, Urteil vom 20.05.2016 – 20 A 488/15 – juris (RÜ 2016, 530 mAnm *Wüstenbecker*; ablehnend *Ogorek*, NVwZ 2016, 1433) klausurrelevant auch im Pflichtfachbereich. Revision ist beim BVerwG anhängig.
- 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

36



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!

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

37

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)
- Negative Tatbestandsmerkmale
 - Insbesondere Unfriedlichkeit von Teilen der Versammlung
- Schutz des Versammlungsortes
 - BVerfGE 128, 226 (Fraport)

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

38



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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

39

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.; ausführlich dazu etwa *Maurer/Waldhoff* § 27 Rn. 26 ff.).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

40



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 (näher dazu *Ossenbühl/Cornils* Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 212 ff.).
- 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 hoch umstritten.



Fall 7 – Hintergrund

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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

43



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 führe, 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

44



Fall 7 – Klausur

Die Abgrenzung von Enteignung und luSb 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 luSb 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.

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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

49



Fall 8 – Lösung

- Einfluss der EMRK ändert daran 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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

50



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

51



Teil 1: Grundrechte

VERFASSUNGSPROZESSRECHT – GROBÜBERBLICK UND FRAGERUNDE

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

52



Teil 2: Staatsorganisationsrecht

VORBEHALT DES GESETZES

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

53

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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

54



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

55

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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

56



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.



Teil 2: Staatsorganisationsrecht

PARTEIEN UND WAHL

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

59

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 irrationale 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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

60



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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

61

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 parteiergreifend 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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

62



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

63



Fall 10 – Hintergrund

- In der jüngeren 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 *Wahnschaffe* NVwZ 2016, 1767 [1769 ff.]; *Barczak* NVwZ 2015, 1014 [1019]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

64



Fall 10 – Lösung

Im Beispielfall 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); Verstoß hingegen bei BVerfG NVwZ 2018, 928 (Wanka) und BVerwG NVwZ 2018, 433 (Licht aus).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

65

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 sind in diesem Zusammenhang die Sperrklausel nach § 6 III 1 Alt. 1 BWahlG und die Grundmandatsklausel nach § 6 III 1 Alt. 2 BWahlG.
- Häufig lassen sich Probleme an den Begriffen „Zählwertgleichheit“ oder „Erfolgswertgleichheit“ festmachen.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

66



Im Überblick: Wahlgleichheit

- Besondere Beachtung verdienen 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 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.



Teil 2: Staatsorganisationsrecht

BUNDESPRÄSIDENT UND BUNDESREGIERUNG



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?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

69



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

70



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 Voraussetzungen 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

71



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

72



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.



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?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

75



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“).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

76



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

77



Fall 12 – Hintergrund

- Verhältnis wie bei Norm (= Richtlinie) und Einzelakt (= Ressort)
 - Verbietet 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

78



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. 93 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.



Teil 2: Staatorganisationsrecht

BUNDESSTAATSPRINZIP

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

81

Fall 13



Im Jahr 2015 erlebt Europa den größten Migrantenstrom 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 festsaßen, 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

82



Fall 13 – Eckpunkte Zulässigkeit

- Statthaft kann nur Bund-Länder-Streit sein, da B im Organstreit nicht parteifähig
- Problem: Was ist Streitgegenstand?
 - „Wir schaffen das“ 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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

83



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

84



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

85



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

86



Teil 2: Staatsorganisationsrecht

VERFASSUNGSPROZESSRECHT – GROBÜBERBLICK UND FRAGERUNDE

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

87



Im Überblick: Organstreitverfahren

- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Parteifähigkeit
 - P: Parteien, „Teile“ eines Organs (Fraktion, einzelne Abgeordnete?)
- III. Streitgegenstand
 - Genau zu benennende Maßnahme/Unterlassen mit Rechtscharakter
- IV. Antragsbefugnis
 - Eigene Rechtsverletzung (kontradiktorisches Verfahren)
- V. Form + Frist
- VI. Rechtsschutzbedürfnis

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

88

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 oder für nichtig halten?
- V. Objektives Klarstellungsinteresse
- VI. Form (keine Frist!)

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

89



Teil 3: Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

90



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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

91



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?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

92



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

93



Fall 14 – Hintergrund

- Folgt man dem BVerwG, so sind die Anforderungen an die innere Wirksamkeit zu konkretisieren.
- Tatsächliche Kenntnisnahme 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.])

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

94



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

95



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

96



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

97

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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

98



Fall 15 – Hintergrund

- Nach § 48 IV 1 VwVfG ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme 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 Kenntnisnahme 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. Nach § 44 VwGO kann der Betroffene im Wege der objektiven Klagenhäufung 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

103

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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

104



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?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

105



Fall 16 – Hintergrund

- 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 Zweckmäßigkeitkontrolle; 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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

106



Fall 16 – Hintergrund

- **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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

107

Fall 16 – Hintergrund



- **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).**

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

108



Fall 16 – Lösung

Im Beispielfall, 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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

109



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

110



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 von der nunmehr örtlich und sachlich zuständigen Behörde 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 zwar 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 Meiningen, Urteil vom 28. Oktober 1996 – 5 K 776/95.Me –, juris)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

111

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 schuldhaftes 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

112



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

115



Teil 3: Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

VERWALTUNGSPROZESSRECHT

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

116



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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

117



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 (*Hufen* Verwaltungsprozessrecht, § 24 Rn. 7).
- 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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

118



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

119

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 (Sodan/Ziekow/Wolff VwGO, § 113 Rn. 97).
- 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 (Sodan/Ziekow/Wolff VwGO, § 113 Rn. 116 f.).
- 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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

120



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 Wiedergestaltungsanspruch 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 Problembereich 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

123

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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

124



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

125



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

126



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

127



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. Diese ist nur gegeben, wenn der „Rest-VA“ materiell rechtmäßig ist.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

128

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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

129

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
- Entscheidungen von politischer Bedeutung
 - Ausfluss des Demokratieprinzips

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

130

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]).
- Vgl. auch § 4a II Nr. 1-4 UmwRG

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

131

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 (*Maurer/Waldhoff* § 7 Rn. 48 ff.).
- Weiterhin ist es häufig nur eine Frage der Gesetzestechnik, ob Entscheidungsspielräume auf Tatbestandsebene (unbestimmter Rechtsbegriff) oder Rechtsfolgenseite (Ermessen) eingeräumt werden (*Schenke* Rn. 752 f.).
- Die Grundsätze der richterlichen Überprüfung sind bei einem Beurteilungsspielraum die gleichen wie beim Ermessen (*Kopp/Schenke/W.-R. Schenke* § 114 Rn. 28c; *Kopp/Ramsauer/Ramsauer* § 40 Rn. 116).
- Entsprechend der Terminologie der Ermessensfehlerlehre kann von einem Beurteilungsausfall, einer Beurteilungsüberschreitung und einem Beurteilungsfehlgebrauch gesprochen werden (*Kment/Vorwalter* JuS 2015, 193 [199]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

132

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



- Bei der FFK müssen viele Probleme beherrscht werden. § 113 I 4 VwGO erfasst nach h. M. in analoger Anwendung auch die Verpflichtungsklage und in (ggf. doppelt) analoger Anwendung auch den Fall der Erledigung vor Klageerhebung (BVerwGE 81, 226 [227]). Eng damit verknüpft sind einige Folgeprobleme, die sich auf die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der verschiedenen Zulässigkeitsvoraussetzungen beziehen (dies betrifft vor allem das Widerspruchsverfahren und die Klagefrist, siehe dazu etwa *Rozek JuS* 1995, 697 ff.).
- Davon abgesehen 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 53, 134 [137]; 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 denkllogisch nur in Betracht, wenn Erledigung nach Klageerhebung eingetreten ist

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

135



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

136



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.
 - Das BVerwG hat sich dem im Jahr 2013 angeschlossen.
 - Hauptanwendungsfälle sind polizeiliche Maßnahmen wie die Auflösung einer Versammlung, die Überprüfung der Identität und die Durchsuchung der Wohnung.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

139



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).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

140



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

141



Teil 3: Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

VERWALTUNGSPROZESSRECHT – GROBÜBERBLICK UND FRAGERUNDE

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

142



Teil 4: Verwaltungsrecht BT

POLIZEI- UND ORDNUNGSRECHT

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

143

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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

144



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

145



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

146



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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

147

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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

148

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 Deutschum 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 intoniere 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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

149

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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

150



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).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

151

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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

152



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

153



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

154



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

155



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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

156



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

157

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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

158



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 keine 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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

161



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

162



Fall 24 – Hintergrund

- Ansprüche aus dem SPoIG:
 - § 68 I 1 SPoIG – Nichtstörer
 - § 68 I 2 SPoIG – Rechtswidrige Maßnahme
 - § 68 II SPoIG – Polizeihelfer
 - § 70 I, II SPoIG – Hinterbliebene
 - Ersetzt werden materielle und – bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder bei Freiheitsentziehung – immaterielle Schäden, § 69 II SPoIG



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 Rechtsfolgenseite Rechnung zu tragen.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

165



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 Beispielfall zugrundeliegenden Entscheidung seine ständige, über 60 Jahre bestehende Rechtsprechung (NJW 1956, 629), aufgegeben und Schmerzensgeld zugesprochen (NJW 2017, 3384 [3385 f.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

166



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?
 - Beeinträchtigt Schutzgut?
 - Hierarchie der Ansprüche



Teil 4: Verwaltungsrecht BT

STRAßENRECHT



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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

169

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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

170



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.)
 - 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 Rechtsfolgenseite Rechnung tragen (BVerwGE 84, 71 [75 ff.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

171



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

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

172



Fall 25 – Hintergrund

- Sind darüber hinaus auch verkehrsfremde Kriterien zu berücksichtigen?
- Von besonderer Relevanz sind ästhetische Erwägungen, Belange des Umweltschutzes, städtebauliche/straßengestalterische sowie allgemeinpolizeiliche 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).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

175



Teil 4: Verwaltungsrecht BT

KOMMUNALRECHT

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

176

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 Stammesbesuchern 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 habe leider seit mehreren Jahren kein Glück gehabt. 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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

177

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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

178



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

179



Fall 26 – Hintergrund

- Gerechte Verteilungskriterien sind:
 - „Bekannt und bewährt“
 - Differenzierung nach Bewährungsgrad ist vernünftig und sachlich einleuchtend; angemessener Anteil muss nach anderem Kriterium vergeben werden (Öffnung für neue Bewerber)
 - Priorität
 - Alle haben ex-ante die gleiche Chance, individuelle Merkmale werden ausgeblendet
 - Losverfahren
 - Selbe Funktion wie Vergabe nach Priorität
 - Rotation
 - Über längeren Zeitraum erhält jeder in regelmäßigem Abstand eine Zulassung
- Unzulässig sind: „Alt vor neu“ und „neu vor alt“

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

180



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

- In Klausuren muss beleuchtet werden, ob eine Festsetzung nach § 69 GewO vorliegt. Nur wenn dem nicht so ist, können die kommunalrechtlichen Bestimmungen herangezogen werden.
- Häufig begehrt ein abgelehnter Bewerber eine kurzfristige gerichtliche Entscheidung im Wege des Eilrechtsschutzes. Dann stellt sich die nicht einheitlich zu beantwortende Frage, ob neben dem Verpflichtungsbegehren gerichtet auf die eigene Zulassung auch die Drittanfechtung der Zulassung eines oder mehrerer zugelassener Bewerber verfolgt werden muss (s. zu den verschiedenen Konstellationen *Lindner GewArch* 2016, 135 ff.).

Im Überblick: Der Kommunalverfassungsstreit



- Differenzieren: Bundesverfassungsorganstreit nach Art. 93 I Nr. 1 GG, Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

183

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)

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

184

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.



Teil 4: Verwaltungsrecht BT

BAURECHT

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)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

187

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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

188



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

189



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

190



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])
 - 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 Streitscheid 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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

195

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.)?

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

196



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]*).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

199



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

200



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.



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]).



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]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

203

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.
- 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.]).

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

204



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. 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 (BVerwGE NVwZ 1996, 170 [171]). A kann seine Klage daher nicht auf eine Verletzung von § 16 II Nr. 3 BauNVO stützen.



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.

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

207



Teil 4: Verwaltungsrecht BT

VERWALTUNGSPROZESSRECHT BEI DRITTRECHTSSCHUTZ – GROBÜBERBLICK UND FRAGERUNDE

Dr. Thomas Spitzlei Akademischer Rat Universität Trier

208



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit
und vor allem:
Viel Erfolg bei den Klausuren!**