

**Deutschsprachiger Studiengang**

# **VERWALTUNGSRECHT**

## **(MIT VERWALTUNGSPROZESSRECHT)**

---

Vorlesungsbegleitendes Skript

# Inhaltsübersicht

<i>Erster Teil: Allgemeines Verwaltungsrecht .....</i>	<b>3</b>
<i>Zweiter Teil: Verwaltungsprozessrecht .....</i>	<b>18</b>
<i>Dritter Teil: Polizeirecht .....</i>	<b>34</b>
<i>Vierter Teil: Baurecht .....</i>	<b>52</b>
<i>Fünfter Teil: Kommunalrecht .....</i>	<b>71</b>

## *Erster Teil: Allgemeines Verwaltungsrecht*

### **§ 1 Die Verwaltung und ihre Träger**

#### **I. Der Begriff der Verwaltung**

Unter der **Verwaltung** versteht man diejenige Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung, die also vollziehende Gewalt ist, ohne dabei spezifische Regierungstätigkeit auszuüben.

#### **II. Die unmittelbare Staatsverwaltung**

Die unmittelbare Staatsverwaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass der **Staat** seine **Verwaltungsaufgabe selbst erfüllt** und sich dazu eigener Behörden bedient. Das führt zu einer klaren Hierarchie mit (im Regelfall drei: Unter-, Mittel- und Oberbehörde bzw. untere, obere und oberste Behörde) Behördenstufen und uneingeschränkten Weisungsrechten „von oben nach unten“.

#### **III. Die mittelbare Staatsverwaltung**

Im Unterschied zur unmittelbaren erfüllt der Staat bei der mittelbaren Staatsverwaltung „seiner“ Aufgaben nicht selbst, sondern **bedient sich insoweit eigenständiger Rechtspersonen**. Der Grund dafür sind regelmäßig Praktikabilitäts- und Kostenerwägungen.

Träger der mittelbaren Staatsverwaltung sind regelmäßig **juristische Personen des öffentlichen Rechts** in Gestalt von Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen. Bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts handelt es sich um ein Rechtsgebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit, also um einen selbstständigen Träger von Rechten und Pflichten, dessen Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht liegen.

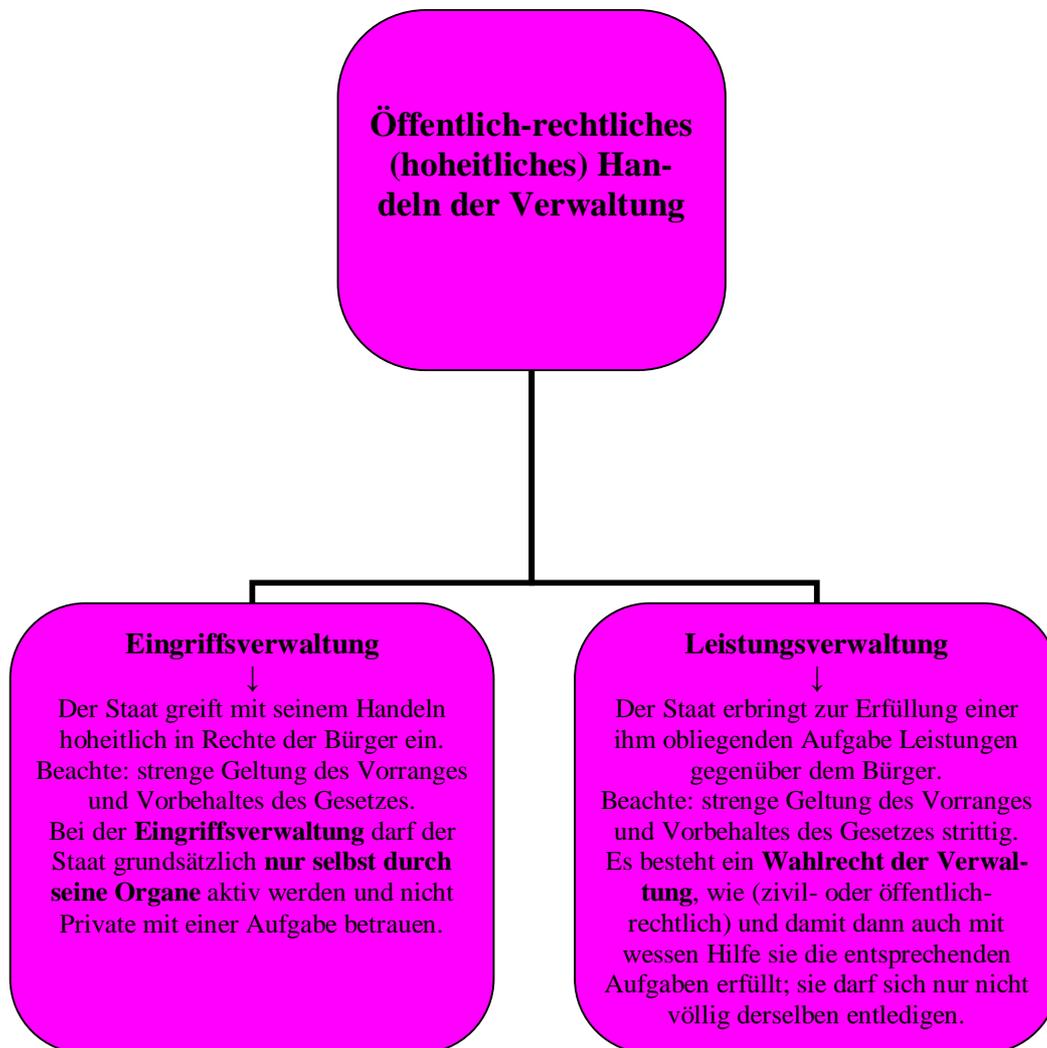
#### **IV. Der Beliehene**

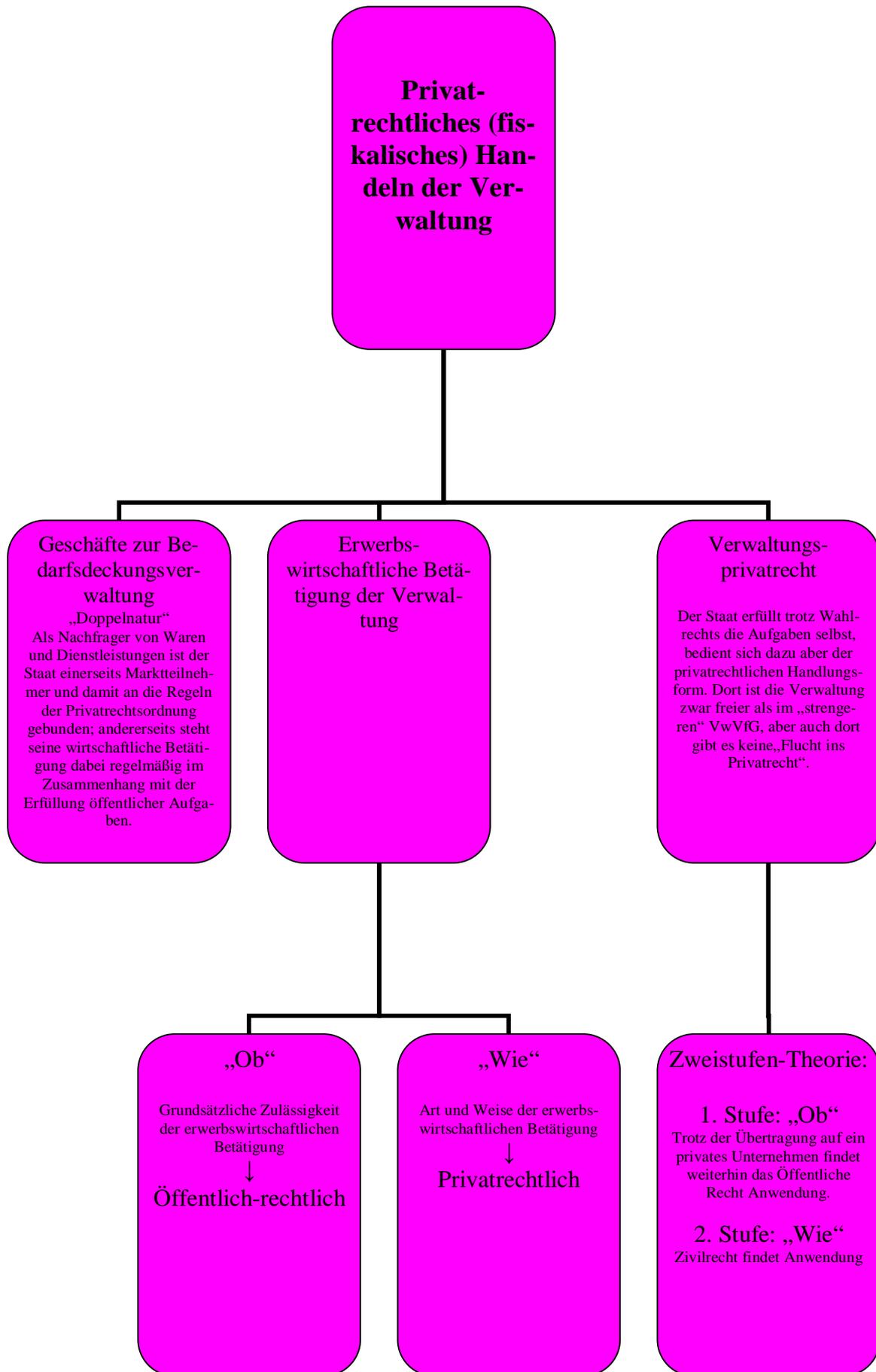
Der Beliehene ist stets eine (natürliche oder juristische) Privatperson, der Hoheitsaufgaben zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts übertragen wurden. Der Beliehene wird dabei jedoch im eigenen Namen tätig. Für die Beleihung ist ein **staatlicher Übertragungsakt** erforderlich.

#### **V. Der Verwaltungshelfer**

Die Abgrenzung des Verwaltungshelfers, der ebenfalls eine (regelmäßig natürliche) Privatperson ist, zum Beliehenen erfolgt danach, ob der Betreffende die ihm übertragene (Hilfs-)Tätigkeit im Rahmen der öffentlichen Verwaltung ohne – dann Verwaltungshelfer – oder mit **eigene(r) Entscheidungskompetenz „nach außen“** – dann Beliehener – ausübt.

## § 2 Die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung





### § 3 Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes

Die wichtigste Handlungsmöglichkeit der Verwaltung ist die per Verwaltungsakt.

Die einzelnen Merkmale des Verwaltungsaktes sind:

<b>hoheitliche Maßnahme</b>	<b>Jedes Verhalten mit Erklärungswert auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts</b>
<b>auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts</b>	Abgrenzung zum Privatrecht
<b>Behörde</b>	<b>Jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§ 1 Abs. 4 VwVfG).</b> <b>weiter, funktionaler Behördenbegriff</b> Abgrenzung zu Regierungstätigkeit, Rechtsprechung, Gesetzgebung Abgrenzung zum Handeln Privater
<b>Regelung</b>	<b>Jede einseitige Maßnahme einer Behörde, die auf das Setzen einer Rechtsfolge gerichtet ist. Dabei muss die Rechtsfolge bezweckt und nicht nur faktische Folge sein.</b> Abgrenzung zum Realakt Abgrenzung zu rein vorbereitenden Regelungen Abgrenzung zu wiederholenden Verfügungen
<b>Einzelfall</b>	<b>Es handelt sich um einen konkreten Sachverhalt und einen individuell bestimmten bzw. zumindest bestimmbaren Adressatenkreis.</b> Abgrenzung zur Rechtsnorm, die einen abstrakten Sachverhalt und einen generellen Adressatenkreis betrifft.
<b>Intendierte Außenwirkung</b>	<b>Die Wirkung der Maßnahme muss bewusst auf den Rechtskreis einer Person außerhalb der Verwaltung gerichtet sein.</b> Abgrenzung zum bloßen Behördeninternum

#### **A. Bestimmung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage**

- I. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage
- II. Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit höherrangigem Recht
- III. Verwaltungsaktsbefugnis

#### **B. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes**

- I. Zuständigkeit
- II. Verfahren
- III. Form

#### **C. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes**

- I. Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage – Tatbestandsvoraussetzungen
- II. Rechtsfolge: gebundene Entscheidung oder Ermessen  
→ Ermessensfehler? Insbesondere:
  1. Ermessenreduzierung aus kollidierendem Recht
  2. Ermessenreduzierung aus Grundrechten oder aus

Verhältnismäßigkeitsgründen, auch: Störerauswahl

3. Ermessenreduzierung bezüglich tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit
4. Ermessenreduzierung hinsichtlich der Bestimmtheit

## I. Ermächtigungs- oder Rechtsgrundlage

Die Verwaltung ist wie jede Staatsgewalt an Recht und Gesetz gebunden (→ Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Der **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** hat zwei Aspekte:

<b>Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG)</b>	
<b>Grundsatz des Vorranges des Gesetzes</b> Die Verwaltung ist an bestehende Gesetze gebunden, das heißt, es besteht insofern eine <b>Handlungs-</b> (sie muss handeln, wie oder wenn es die Gesetze vorschreiben) und eine <b>Unterlassungspflicht</b> (sie muss handeln, ohne gegen Gesetze zu verstoßen).	<b>Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes</b> Die Verwaltung benötigt grundsätzlich ausdrückliche formelle einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen, um handeln zu dürfen, wenn sie dabei in Rechte Dritter eingreift.

### 1. Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes bedarf die Verwaltung mithin für rechtsbeeinträchtigende Handlungen – hier konkret: für **belastende Verwaltungsakte** – einer Ermächtigungsgrundlage. Diese ist unter Beachtung der **Normenpyramide „von unten nach oben“** und in der **spezielleren vor der allgemeineren Regelung** zu suchen.

### 2. Die Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit höherrangigem Recht

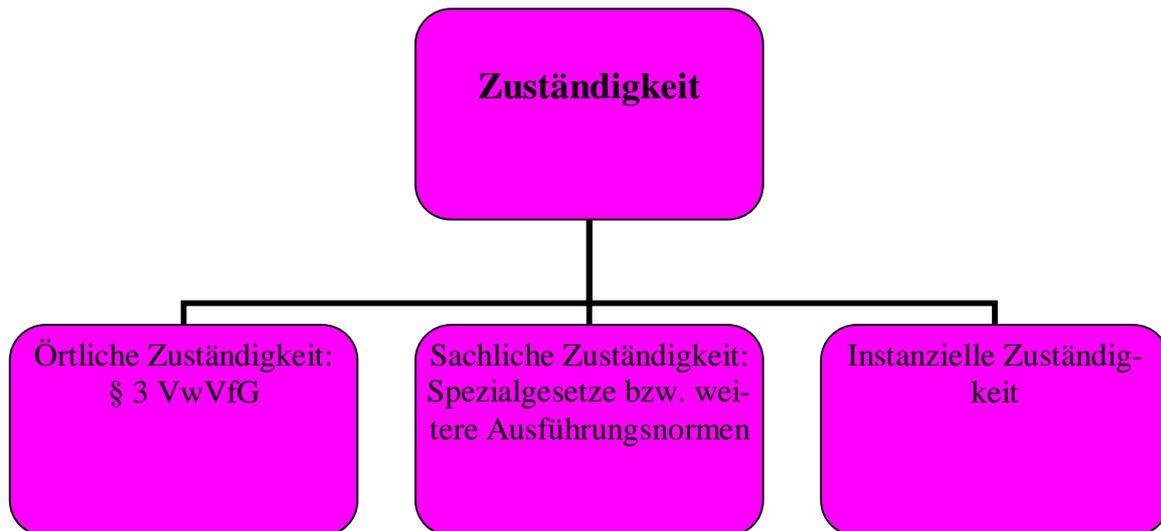
Wenn sie nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes erforderlich ist, muss die Ermächtigungsgrundlage in Gestalt eines formellen Gesetzes auch tauglich im Sinn von **verfassungsgemäß** sein. Das bedeutet, dass ihre formelle und materielle Vereinbarkeit mit der Bundes- bzw. Landesverfassung zu untersuchen ist.

### 3. Verwaltungsaktsbefugnis

Selbst wenn eine rechtliche Grundlage für ein staatliches Handeln erforderlich und im konkreten Fall auch vorhanden sowie wirksam ist, stellt sich gerade bei staatlichen „Forderungen“ noch die Frage, ob der Eingriff (z. B. die Geltendmachung eines Schadensersatzbegehrens) **in Gestalt eines Verwaltungsaktes** erfolgen durfte.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit



## 2. Verfahren

Hinsichtlich des Verfahrens sind die §§ 9–34 VwVfG, insbesondere die § 20 und § 28 VwVfG zu prüfen, bei deren Verletzung dann die §§ 44 Abs. 3 Nr. 2, 45 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2, Abs. 3, 46 VwVfG näher zu untersuchen sind.

## 3. Form

Die Form des Verwaltungshandelns bemisst sich insbesondere nach den §§ 37 Abs. 3, 39, 41 VwVfG. Dabei sind Verwaltungsakte grundsätzlich **formfrei** (→ § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG). Wird jedoch eine bestimmte Form gewählt, knüpfen sich daran weitere Anforderungen.

## 4. Heilung von Fehlern, § 45 VwVfG

Eine **Heilung** von Formalverstößen kommt **nach § 45 VwVfG** unter folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen in Betracht:

a) Keine Nichtigkeit

Der **Formverstoß** darf **nicht** zur **Nichtigkeit** des Verwaltungsaktes führen.

b) Vornahme der Heilung

Die fehlerhafte oder fehlende Handlung muss zur Heilung des Fehlers **wieder- bzw. nachgeholt** werden.

### Exkurs zu den Begrifflichkeiten:

- Die **Wirksamkeit** eines Verwaltungsaktes beginnt mit seiner **Bekanntgabe** gegenüber dem Empfänger (→ § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG; äußere Wirksamkeit). Hierbei ist es unerheblich, ob der Verwaltungsakt **rechtmäßig** ist oder nicht, denn auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt ist wirksam, bis er zurückgenommen, widerrufen oder aufgehoben wird bzw. sich erledigt hat (→ § 43 Abs. 2 VwVfG). Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes setzt weiterhin voraus, dass er **nicht nichtig** ist (innere Wirksamkeit). Sobald ein wirksamer Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist, tritt seine **Bestandskraft** ein. Eine **Durchbrechung** dieser Bestandskraft des Verwaltungsaktes erfolgt bei seiner Rücknahme oder seinem Widerruf.
- Die **Rechtmäßigkeit** eines Verwaltungsaktes ist demgegenüber nur zu bejahen, wenn er alle Anforderungen des geltenden Rechts erfüllt. Bei Verstößen gegen Rechtsnormen mit Außenwirkung ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, jedoch bleibt in bestimmten Fällen eine Heilung oder die Unbeachtlichkeit des Fehlers möglich.

- Die **Nichtigkeit** eines Verwaltungsaktes ist demgegenüber nur anzunehmen, wenn er an einem besonders schwer wiegenden Fehler leidet (→ § 44 Abs. 2, Abs. 1 VwVfG). Ein solcher eklatant rechtswidriger Verwaltungsakt ist dann nach § 43 Abs. 3 VwVfG nichtig und damit unwirksam. Er muss also nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden, weshalb ihn sein Adressat ignorieren und die Behörde ihn nicht zwangsweise durchsetzen kann. Um Rechtssicherheit zu erlangen, kann die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes jedoch von der Behörde (→ § 44 Abs. 5 VwVfG) oder vom Gericht auf eine entsprechende Klage – meist des Adressaten, gegebenenfalls aber auch eines berechtigten (weil scheinbar belasteten) Dritten – hin (→ § 43 Abs. 1 VwGO) festgestellt werden.
- Ein wirksamer Verwaltungsakt muss, damit er sofort Rechtsfolgen zeitigt, **vollziehbar** sein, was bei seiner Bestandskraft, aber auch schon davor in den Konstellationen des § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO der Fall ist. Im Übrigen wird die Vollziehbarkeit hingegen gemäß § 80 Abs. 1 VwGO durch Rechtsbehelfe **gehemmt**.

## 5. Unbeachtlichkeit von Fehlern, § 46 VwVfG

Liegt ein nicht nach § 45 VwVfG geheilter formeller Fehler vor, ist noch dessen mögliche **Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG** zu untersuchen.

Der **Tatbestand des § 46 VwVfG** setzt voraus, dass der betreffende Verwaltungsakt **nicht nichtig** ist und ein **Verstoß gegen Verfahrens-, Form- oder (örtliche) Zuständigkeitsvorschriften** vorliegt. Zu beachten ist ferner, dass § 46 VwVfG schon tatbestandlich gar **nicht** eingreift, wenn es um einen **Ermessensverwaltungsakt** geht.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes setzt voraus, dass die **Tatbestandsvoraussetzungen** seiner Ermächtigungsgrundlage ebenso erfüllt werden, wie die **Rechtsfolgen** zu ihr passen. Grafisch lassen sich die dabei auftretenden Probleme so darstellen:

<i>erst:</i> Rechtsanwendung	<i>dann:</i> gebundene Entscheidung als Rechtsfolge	<i>oder:</i> Ermessensausübung
1. „bestimmte“ Rechtsbegriffe 2. ausfüllungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe ↓ <u>volle gerichtliche Nachprüfbarkeit</u> (Art. 19 Abs. 4 GG; Gewaltenteilung und Gesetzmäßigkeitsprinzip) auch bei prognostischen Entscheidungen mit Einschätzungsprärogative  <u>Ausnahmen:</u> 1. Beurteilungsspielraum - Prüfungsentscheidungen und dienstliche Beurteilungen - pluralistisch zusammengesetzte Entscheidungsgremien	„hat“, „ist“, ...   <u>volle gerichtliche Nachprüfbarkeit</u>   keine Ausnahmen	„kann“, „darf“, „ist befugt“ <u>aber:</u> § 40 VwVfG → pflichtgemäßes (≠ freies) Ermessen ↓ <u>beschränkte gerichtliche Prüfung auf Ermessensfehler (§ 114 VwGO)</u> - Ermessensfehlgebrauch - Ermessensüberschreitung - Ermessensnichtgebrauch dabei sind z.B. auch Grundrechte als „Schranke“ zu berücksichtigen, ebenso die Verhältnismäßigkeit, usw. (siehe oben).  <u>Ausnahme:</u> Ermessensreduzierung auf Null/Eins

<p>2. untrennbare Koppelungsvorschriften</p> <p><u>Beachtenswert:</u> Unbestimmte Rechtsbegriffe gibt es auf Tatbestands- <u>und</u> Rechtsfolgenseite.</p>	<p><u>Beachtenswert:</u> Gegebenenfalls Anspruch auf Verwaltungshandeln</p>	<p><u>Beachtenswert:</u> 1. Unterscheiden Sie Entschließungs- („Ob“) und Auswahlermessen („Wie“). 2. Ermessen gibt es nur auf der Rechtsfolgenseite.</p>
---	---	--

#### § 4 Die Beseitigung von Verwaltungsakten durch die Behörde

Rücknahme, § 48 VwVfG		Widerruf, § 49 VwVfG	
Rechtswidriger Verwaltungsakt		Rechtmäßiger Verwaltungsakt	
Belastend	Begünstigend	Belastend	Begünstigend
Immer möglich, § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG	Nur möglich, wenn kein Vertrauensschutz besteht oder gegen finanziellen Ausgleich, § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2-4 VwVfG	Immer möglich, außer wenn der Verwaltungsakt genauso wieder erlassen werden müsste, § 49 Abs. 1 VwVfG	Nur möglich, wenn gesetzlich vorgesehen, bei Auflagenverstoß oder sonstigen schwerwiegenden Gründen, § 49 Abs.2, 3 VwVfG

**Merksatz:** Rechtmäßige Verwaltungsakte müssen wegen ihrer Bestandskraft und der damit verbundenen Bindung nach dem „strengeren“ § 49 VwVfG widerrufen werden. Dagegen können rechtswidrige Verwaltungsakte auch nach ihrer Bestandskraft mittels des „mildereren“ § 48 VwVfG zurückgenommen werden.

Des Weiteren besteht die Möglichkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG.

#### Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG

##### I. Zulässigkeit des Antrages

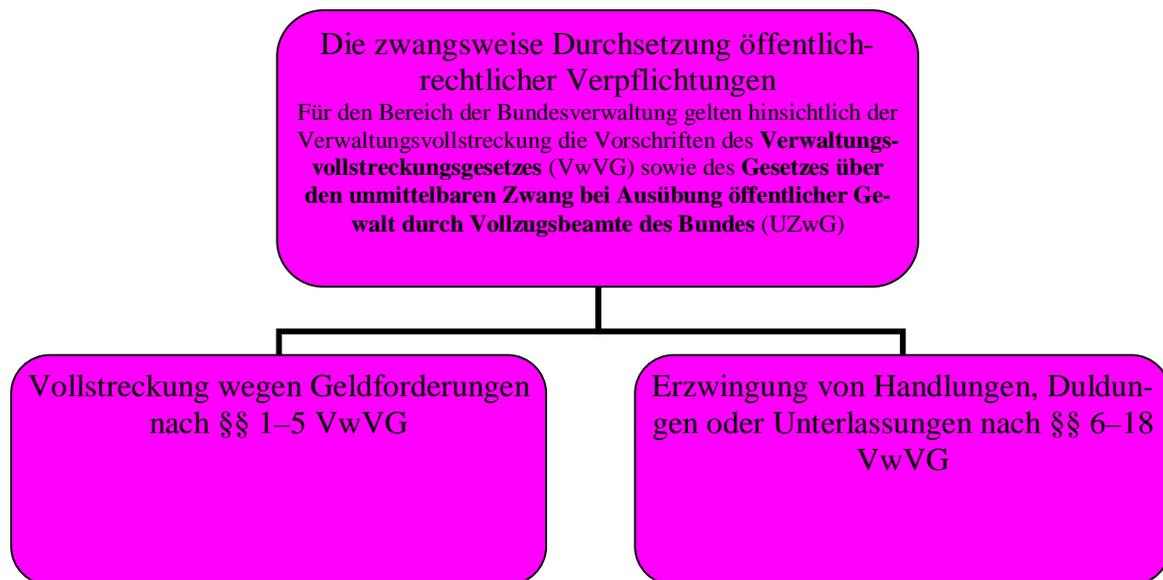
1. Unanfechtbarkeit des in Rede stehenden Verwaltungsaktes
2. Kein grobes Verschulden des Betroffenen hinsichtlich der Nichtgeltendmachung des Wiederaufgreifensgrundes (§ 51 Abs.2 VwVfG)
3. Dreimonatsfrist (§ 51 Abs. 3 VwVfG)

##### II. Begründetheit des Antrages

1. Nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG)
2. Vorliegen neuer Beweismittel (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG)
3. Wiederaufgreifensgründe entsprechend § 580 ZPO (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG)

Ein **Anspruch auf das Wiederaufgreifen** eines Verwaltungsverfahrens besteht nach § 51 VwVfG dann, wenn (**formell**) ein zulässiger Wiederaufgreifensantrag gestellt wurde und (**materiell**) ein Wiederaufgreifensgrund vorliegt.

## § 5 Die Vollstreckung eines Verwaltungsaktes



Rechtsschutz bei der Vollstreckung:

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 VwVG sind gegen die **Androhung** eines Zwangsmittels die Rechtsmittel gegeben, die gegen den Verwaltungsakt zulässig sind, dessen Durchsetzung erzwungen werden soll.

## § 6 Der öffentlich-rechtliche Vertrag

An folgenden Stellen kommt es bereits bei den Sachentscheidungsvoraussetzungen auf die **Einordnung eines Vertrages** als eines öffentlich-rechtlichen oder eben zivilrechtlichen an:

- ▶ **Verwaltungsrechtsweg**, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
- ▶ **Statthaftigkeit** der Klage

### I. Anspruch entstanden → wirksamer öffentlich-rechtlicher Vertrag

1. Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages
  - a. Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts
  - b. Vertragliche, das heißt zweiseitige Regelung
  - c. Art des öffentlich-rechtlichen Vertrages
2. Wirksamkeit des Vertrages: Mögliche „Fehlerquellen“ und ihre Folgen
  - a. Handlungsformverbot für den Vertrag nach § 54 S. 1 VwVfG
  - b. Formelle „Fehlerquellen“ des Vertrages
  - c. Materielle „Fehlerquellen“ des Vertrages

### II. Anspruch nicht inhaltlich verändert

### III. Anspruch nicht untergegangen

1. Erfüllung
2. Leistungsstörung
3. Kündigung

### IV. Anspruch durchsetzbar

## § 7 Schlichtes Verwaltungshandeln, Realakte

### I. Grundsatz

Realakte sind diejenigen Handlungen von Hoheitsträgern, die nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet und deshalb keine Verwaltungsakte mit der für diese charakteristischen „Regelung“ sind. Sie zielen vielmehr auf **tatsächliche Erfolge** und dürfen dabei nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen. Lediglich in den Fällen, in denen sie in Rechte des Bürgers eingreifen, bedürfen sie einer formell-gesetzlichen **Ermächtigungsgrundlage** (→ Vorbehalt des Gesetzes).

### II. Rechtsschutz gegen Realakte

#### Statthafte Klagearten:

- Klage auf **Vornahme** eines Realaktes → **allgemeine Leistungsklage** (wenn in Verbindung mit einem Verwaltungsakt → Verpflichtungsklage mit Annexantrag)
- Klage gegen einen **drohenden** rechtswidrigen Realakt → **Unterlassungsklage**
- Klage auf **Beseitigung rechtswidriger Zustände** wegen eines Realaktes → **allgemeine Leistungsklage** (wenn die Beseitigung in Verbindung mit einem Verwaltungsakt erfolgt → Verpflichtungsklage mit Annexantrag)

## § 8 Rechtsverordnung, Satzung und Plan

Im Unterschied zu §§ 8–14 geht es nunmehr nicht mehr um an bestimmte einzelne Personen gerichtete bzw. sie betreffende konkrete Maßnahmen der Verwaltung, sondern um **abstrakte**, das heißt um solche mit insbesondere einem **großen „Adressatenkreis“**.

### I. Die Rechtsverordnung

Bei einer Rechtsverordnung handelt es sich wie bei formellen Gesetzen um eine **abstrakt-generelle Norm**. Sie wird allerdings nicht vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassen, sondern von Organen der Verwaltung. Somit ist die Rechtsverordnung zwar ein materielles – gekennzeichnet durch das Aufstellen abstrakt-genereller Regeln –, jedoch eben kein formelles Gesetz.

### II. Die Satzung

Auch bei einer Satzung handelt es sich um eine **abstrakt-generelle Rechtsnorm**, durch die rechtlich selbstständige Einheiten der Verwaltung, also juristische Personen des öffentlichen Rechts, ihre inneren Angelegenheiten eigenständig regeln können. Mithin ist auch eine Satzung ein **materielles, aber kein formelles Gesetz**.

### III. Der Plan

Pläne sollen das künftige Verhalten des Staates und/oder der Bürger steuern und beeinflussen. Hierbei ist gerade die **Zukunftsorientierung** kennzeichnend. Es geht mithin noch nicht um eine Entscheidung bzw. Regelung in der Gegenwart. Der Plan ist keine rechtlich selbstständige Erscheinungsform, sondern kann in unterschiedlichen rechtlichen Handlungsformen umgesetzt werden.

## § 9 Erster Beispielfall: Vorsicht Schweinepest

### Sachverhalt

U betreibt ordnungsgemäß einen Handel mit Klautieren, indem er unter anderem Schweine aus dem Land R nach Deutschland einführt. Das Land R gehört nicht der Europäischen Union an und ist deshalb ein Drittland im Sinne des Binnenmarkt-Tierseuchenschutzgesetzes (BmTierSSchG). Die Einfuhr von Schweinen ist nach dem Binnenmarkt-Tierseuchenschutzgesetz grundsätzlich genehmigungsfrei möglich.

Im August dieses Jahres erhielt die Bundesministerin für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz Hinweise auf ein angebliches Auftreten der afrikanischen Schweinepest in R. Die Infektion der Tiere mit der Tierseuche lässt sich durch routinemäßige Kontrollen erst dann nachweisen, wenn die Krankheit beim Tier schon ausgebrochen ist. Die Krankheit ist auf Menschen nicht übertragbar. Um das mögliche Einschleppen der Schweinepest nach Deutschland und die Weiterverbreitung auf den inländischen Tierbestand zu verhindern, setzt die Bundesministerin die für die Überwachung der Einfuhren zuständigen Landesbehörden von dem Ausbruch der Tierseuche in Kenntnis und empfiehlt, die Einfuhr von Schweinen aus R zu unterbinden.

Die zuständige bayerische Landesbehörde hält sich auf Grund der Empfehlung der Bundesministerin für verpflichtet, die Einfuhr von Schweinen aus den entsprechenden Gebieten ohne weitere Verzögerung zu verbieten. Aus diesem Grund ruft die Landesbehörde U frühmorgens unmittelbar nach Eingang der Empfehlung an, teilt ihm den Sachverhalt mit und gibt ihm eine Frist bis zum Abend desselben Tages, sich hierzu zu äußern. Am anderen Morgen verbietet sie U per schriftlichen Bescheid, der ihm per Boten überbracht wird, die weitere Einfuhr von Schweinen aus R. Der Bescheid ist mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Zur Begründung des Einfuhrverbotes verweist die Landesbehörde auf die Empfehlung der Bundesministerin.

U möchte nun von Ihnen wissen, ob das Verbot der Einfuhr von Schweinen aus R rechtmäßig ist. Die von ihm importierten Tiere stammten ausschließlich aus Beständen, in denen bisher keine Schweinepest aufgetreten sei. Das generelle Einfuhrverbot treffe ihn außerdem unverhältnismäßig hart, da er einen Großteil seines Handels mit Schweinen aus R betreibe und sein Betrieb damit besonders stark von dem Einfuhrverbot betroffen sei.

Bearbeitervermerk: § 25 Abs. 3 BmTierSSchG lautet: „Die zuständige Behörde kann die Einfuhr von Tieren und Waren (...) untersagen, wenn ihr der Ausbruch einer Seuche in diesem Drittland vorher amtlich zur Kenntnis gebracht worden ist.“

## Lösung

Das Verbot der Einfuhr von Schweinen aus dem Land R ist rechtmäßig, wenn es auf eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage gestützt ist und formell und materiell rechtmäßig ist.

Anmerkung: Zunächst ist hier die Fragestellung zu ermitteln. Dabei fällt auf, dass der Fall keinen prozessualen Teil aufweist. Der materielle Aufbau orientiert sich an den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen und gilt so für die Prüfung jeder belastenden Verfügung (→ Eingriffs- im Unterschied zur Leistungsverwaltung, bei der es um die Erteilung begünstigender Verwaltungsakte geht).

### I. Ermächtigungsgrundlage des Verbotes

Nach dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes ist eine Ermächtigungsgrundlage unter anderem immer dann erforderlich, wenn das Handeln der Verwaltung einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt. Das Einfuhrverbot beschränkt U in seiner Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG oder zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Als insofern erforderliche Ermächtigungsgrundlage für das Verbot kommt § 25 Abs. 3 BmTierSSchG in Betracht, die ein Gesetz ist.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verbotes

Fraglich ist, ob das Einfuhrverbot in formeller Hinsicht rechtmäßig ist.

#### 1. Zuständigkeit der Behörde

Laut Sachverhalt hat die zuständige Landesbehörde gehandelt.

Anmerkung: Fehlt dieser Sachverhaltshinweis, ist angesichts von Art. 30, 83, 84 GG regelmäßig im Landesrecht nach einer Zuständigkeitsregelung zu suchen.

#### 2. Verfahren

a. Nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG ist eine **Anhörung** bei Verwaltungsakten, die in die Rechte eines Beteiligten eingreifen (= belastend), **erforderlich**. Das Einfuhrverbot stellt eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Außenwirkung und damit einen Verwaltungsakt im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG dar (kurz prüfen!). U wird hierdurch die weitere Einfuhr von Schweinen untersagt; das Verbot greift mithin in die Rechte des U ein (belastender Verwaltungsakt). Gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG musste die Landesbehörde U folglich die Gelegenheit geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern.

Anmerkung: Da hier eine bayerische Landesbehörde aktiv wurde (s. oben 1.), findet das BayVwVfG Anwendung; vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 VwVfG und Art. 1 Abs. 1 BayVwVfG.

b. Denkbar wäre es hier, angesichts der großen Gefahr eines Seuchenausbruches von einer **Entbehrlichkeit der Anhörung** im Eilfall nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG auszugehen.

c. Die Behörde hat U telefonisch den Sachverhalt mitgeteilt und ihm hierbei Gelegenheit gegeben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Problematisch könnte insofern allein sein, ob diese Gelegenheit eine **hinreichende Anhörung** war. Der Beteiligte muss nach Mitteilung der Tatsachen Gelegenheit zur Stellungnahme bekommen (um z.B. Überlegungen anzustellen oder einen Beistand einzuschalten). Dabei ist ihm eine angemessene Frist zu gewähren. Die hohe Gefahr der Einschleppung sowie der raschen Verbreitung der

Schweinepest und die daraus drohenden wirtschaftlichen Folgen lassen die Anhörungsfrist von wenigen Stunden (nach telefonischer Benachrichtigung) als angemessen erscheinen. U hatte demnach hinreichende Gelegenheit, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern und ist demnach ordnungsgemäß angehört worden.

Anmerkung: Unerheblich ist, ob U sich tatsächlich äußert.

### **3. Form**

Der zulässigerweise (vgl. Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG) **schriftlich** erlassene Verwaltungsakt müsste weiterhin gemäß Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG ordnungsgemäß **begründet** worden sein. Die Behörde hat zur Begründung des Verbotes auf die Empfehlung der Bundesministerin verwiesen. Fraglich ist, ob das ausreicht. Im Rahmen der formellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit genügt es (sozusagen formal), dass die Behörde diejenigen Tatsachen und rechtlichen Erwägungen angibt, die nach ihrer Ansicht den Verwaltungsakt rechtfertigen; vgl. Art. 39 Abs. 1 S. 2 BayVwVfG. Das hat die Behörde getan. Ob die Erwägungen tatsächlich sachlich zutreffen oder inhaltlich fehlerhaft sind, ist demgegenüber eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit. Der Verwaltungsakt ist folglich auch ordnungsgemäß begründet und damit formell rechtmäßig.

### **III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verbotes**

Fraglich ist, ob der Verbotsbescheid auch materiell rechtmäßig ist.

Anmerkung: Auch der folgende zweistufige Aufbau ist bei allen belastenden Verwaltungsakten gleich.

#### **1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

Nach § 25 Abs. 3 BmTierSSchG ist allein Voraussetzung für die Erteilung eines Einfuhrverbots, dass der zuständigen Behörde der Ausbruch einer Seuche in diesem Drittland amtlich zur Kenntnis gebracht worden ist. Die Bundesministerin hat die zuständige Landesbehörde von dem Ausbruch der Seuche in Kenntnis gesetzt. Dass insoweit vom „angeblichen Ausbrechen“ der Schweinepest in R die Rede ist, bleibt ohne Folgen, da der Seuchenausbruch jedenfalls „amtlich zur Kenntnis gebracht“ wurde; die Voraussetzung des § 25 Abs. 3 BmTierSSchG lag somit vor.

**2. Rechtsfolge** des § 25 Abs. 3 BmTierSSchG ist ein Ermessen der Behörde bezüglich ihres Tätigwerdens („kann“ statt „hat“ oder „ist zu“).

Anmerkung: Diese Rechtsfolge ist trotz des Zieles, Gefahren abzuwehren, gerade im Polizei- und Sicherheitsrecht wegen der nötigen Flexibilität typisch; vgl. nur Art. 5 Abs. 1 PAG.

Dieses Ermessen müsste die Behörde gemäß Art. 40 BayVwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt haben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten haben. Ein Ermessensfehler im Sinn des Art. 40 BayVwVfG (vgl. im Prozess auch noch § 114 VwGO) liegt vor, wenn die Behörde verkannt hat, dass ihr Ermessen zusteht (Ermessensausfall oder -nichtgebrauch), wenn sie sich nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensnorm hat leiten lassen und sachfremde Erwägungen anstellt (Ermessens Fehlgebrauch) oder wenn sie die sonstigen gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht eingehalten und eine „falsche Rechtsfolge ausgeworfen“ hat (Ermessensüberschreitung).

Das Ermessen unterteilt sich dabei in den Aspekt des „**Ob**“ (Entschließungs-) und des „**Wie**“ (Auswahlermessen).

a. **Entschließungsermessen:** Die Landesbehörde hält sich auf Grund der Empfehlung des Bundesministers für verpflichtet, die Einfuhr von Schweinen aus dem Land R zu untersagen. Sie verkennt folglich, dass ihr nach der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage insofern ein Ermessen zukommt. In einem solchen Fall liegt grundsätzlich ein Ermessensfehler in Form des Ermessensausfalles vor.

Ein Ermessensausfall könnte aber möglicherweise zu verneinen sein, wenn die Behörde ausnahmsweise von einer Ermessensausübung absehen konnte. Das wird angenommen, wenn der Behörde auf Grund einer so genannten **Ermessensreduzierung auf Null** doch kein Ermessensspielraum mehr zusteht. In diesem Fall ist die Behörde gehalten, die einzig zulässige Entscheidung zu treffen, weshalb vom Ergebnis her eine gebundene Entscheidung vorliegt. Eine Ermessensreduzierung auf Null wird unter anderem dann angenommen, wenn der Grad der Gefährdung oder die Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes keine andere Entscheidung zulassen. Das ist zu bejahen, wenn nur die getroffene Entscheidung rechtmäßig ist und alle alternativ in Betracht zu ziehenden Entscheidungen rechtsfehlerhaft wären. Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn keine Gründe ersichtlich sind, die gegen die getroffene Entscheidung sprechen oder diese zumindest ein so geringes Gewicht haben, dass eine Alternativentscheidung angesichts des Normzweckes offensichtlich fehlgewichtet wäre. Gegen ein zwingendes Einschreiten der Behörde spricht hier jedoch, dass ein Verbot die Berufsausübung der Betroffenen stark beschneidet und für sie möglicherweise existenzielle Bedeutung hat. Fraglich ist, ob diese Erwägung gegenüber dem Normzweck des § 25 Abs. 3 BmTierSSchG, die Verbreitung von Seuchen zu verhindern, so geringe Bedeutung hat, dass ein Nichttätigwerden offensichtlich fehlgewichtet wäre. Für das Ergreifen behördlicher (Abwehr-)Maßnahme in Gestalt etwa eines generellen Einfuhrverbotes spricht, dass bei Einschleppen der Schweinepest große Gefahren für den gesunden inländischen Tierbestand drohen. Andererseits liegen bisher aber nur Hinweise auf ein angebliches Auftreten der Tierseuche in dem Land R vor. Von daher lässt sich auch vertreten, dass eventuell noch eine bloße Vorsorge durch den Importeur U vorläufig noch ausreicht, wobei deren Effizienz allerdings etwas zweifelhaft erscheint. Letztlich sind hier damit beide Ergebnisse mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Je nachdem, ob eine Ermessensreduzierung auf ein generelles Einfuhrverbot angenommen wird oder nicht, ist das von der Behörde getroffene Einfuhrverbot folglich auf Grund des Ermessensausfalles ermessensfehlerhaft oder eben nicht.

b. Beim **Auswahlermessen** ist zu fragen, ob die „freie Wahl“ der eingesetzten Mittel durch die Behörde von ihr zutreffend wahrgenommen wurde. Als Grenze seines Ermessens (→ sonst liegt eine Ermessensüberschreitung vor; s. oben) ist der Staat aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG insoweit insbesondere gehalten, bei seinem Handeln die Grundrechte Dritter nicht über Gebühr zu beeinträchtigen und vor allem nicht gegen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu verstoßen.

Das Verbot gegenüber U, Schweine aus dem Land R einzuführen, könnte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Es ist verhältnismäßig, wenn es ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes der Maßnahme ist.

aa. Legitimer **Zweck des Einfuhrverbotes** ist es, das mögliche Einschleppen und die Verbreitung der Tierseuche in Deutschland zu verhindern.

bb. Das Verbot ist auch **geeignet** zur Förderung des Erreichens dieses Zieles.

cc. Fraglich ist, ob es auch **erforderlich** ist. Das ist nur dann der Fall, wenn keine milderen Maßnahmen getroffen werden können, die gleich geeignet sind. U macht geltend, dass er nur Schweine aus seuchenfreien Beständen importiert. Möglicherweise könnte die Behörde der

Gefahr daher auch dadurch begegnen, dass sie einen Nachweis, dass die Herkunftsbestände seuchenfrei sind, oder zusätzliche Gesundheitskontrollen der Tiere vor der Einfuhr an der Grenze verlangt. Solche Maßnahmen wären für U milder als ein generelles Einfuhrverbot. Fraglich ist aber, ob diese Maßnahmen auch gleich geeignet sind. Eine Kontrolle der Bestände vor Ort im Drittland scheidet aus, da die Landesbehörden insofern keine Hoheitsbefugnisse haben und zunächst bilaterale Vereinbarungen über Durchführung und Anerkennung der Kontrollen mit dem Staat R treffen müssten. Auch eine Kontrolle der Tiere an der Grenze erweist sich als nicht gleich geeignet, da die Krankheitssymptome unmittelbar nach der Infektion noch nicht ersichtlich sind. In Betracht kämen die schon angesprochenen Quarantäneauflagen. Solche Auflagen sind aber mit hohem Kontrollaufwand verbunden und bergen, da eine lückenlose und ständige Kontrolle nicht möglich ist, ein höheres Verbreitungsrisiko. Der Gefahr, dass die Tierseuche nicht nach Deutschland eingeführt wird, kann somit nicht auf gleich wirksame Weise wie durch ein generelles Verbot begegnet werden. Das Verbot ist mithin zur Bekämpfung der Seuche erforderlich.

dd. Das Verbot müsste schließlich auch **angemessen** sein. Das ist nur dann der Fall, wenn die durch das Verbot verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen. Das generelle Verbot trifft U besonders stark, da er einen Großteil seiner Schweine aus dem Staat R bezieht. Auf der anderen Seite drohen dem gesamten inländischen Handel und der Landwirtschaft große wirtschaftliche Nachteile, sollte die Schweinepest nach Deutschland eingeschleppt werden. Auch kann U sich um Importtiere aus anderen Staaten, die sicher frei von Schweinepest sind, bemühen. In Anbetracht der Nachteile für die gesamte Branche und der alternativen Beschaffungsmöglichkeiten für U erscheint es nicht unangemessen, U den Import von Schweinen aus dem Staat R zu untersagen. Das Verbot ist mithin verhältnismäßig.

Im Ergebnis leidet das Verbot der Einfuhr von Schweinen aus dem Staat R gegenüber U bei entsprechender Argumentation zum „Ob“ an einem Ermessensfehler und ist deshalb materiell rechtswidrig. Andernfalls kann es sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen und ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig.

## ***Zweiter Teil: Verwaltungsprozessrecht***

### **§ 10 Verfahrensgrundsätze**

#### **I. Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz)**

Nach der aus dem Zivilprozess bekannten Dispositionsmaxime kann der Kläger auch im Verwaltungsprozess **über den Streitgegenstand verfügen**. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird nicht von Amts wegen eröffnet, sondern kann nur durch die Erhebung einer Klage (§ 81 VwGO) oder das Stellen eines Antrages eingeleitet werden. Das Gericht ist an das Begehren des Klägers bzw. Antragstellers gebunden (§ 88 VwGO) und darf nicht darüber hinausgehen.

#### **II. Untersuchungsgrundsatz (Amtsermittlungsgrundsatz), § 86 Abs. 1 VwGO**

Das Gericht zur Erforschung des Sachverhaltes von Amts wegen (§ 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO) verpflichtet und dabei insoweit weder an das Vorbringen noch an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden ist. Der Untersuchungsgrundsatz wird überwiegend als **Ausprägung des in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Anspruches auf effektiven Rechtsschutz** gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt angesehen.

#### **III. Richterliche Aufklärungspflicht, §§ 86 Abs. 3, 104 VwGO**

Der Vorsitzende Richter hat nach § 86 Abs. 3 VwGO darauf hinzuwirken, dass von den Beteiligten die in dieser Norm genannten Prozesshandlungen vorgenommen werden. Den Vorsitzenden trifft bei der Prozessleitung eine **Fürsorgepflicht** sowie eine **Frage- und Erörterungspflicht** (→ § 104 VwGO) gegenüber den Beteiligten.

#### **IV. Rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO**

Das Gericht darf sein Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse stützen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten (→ § 108 Abs. 2 VwGO).

#### **V. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, §§ 101, 96 VwGO**

Obwohl der Grundsatz der **Mündlichkeit des Verfahrens** eine der für die Praxis und die Arbeitsweise der Gerichte sowie damit auch für die Qualität ihrer „Arbeit“ wichtigsten Maximen des Verwaltungsprozesses ausdrückt, besteht keine verfassungsrechtliche Festsetzung. Zulässige Einschränkungen des Mündlichkeitsgrundsatzes ergeben sich demzufolge aus § 101 Abs. 2, 3 VwGO.

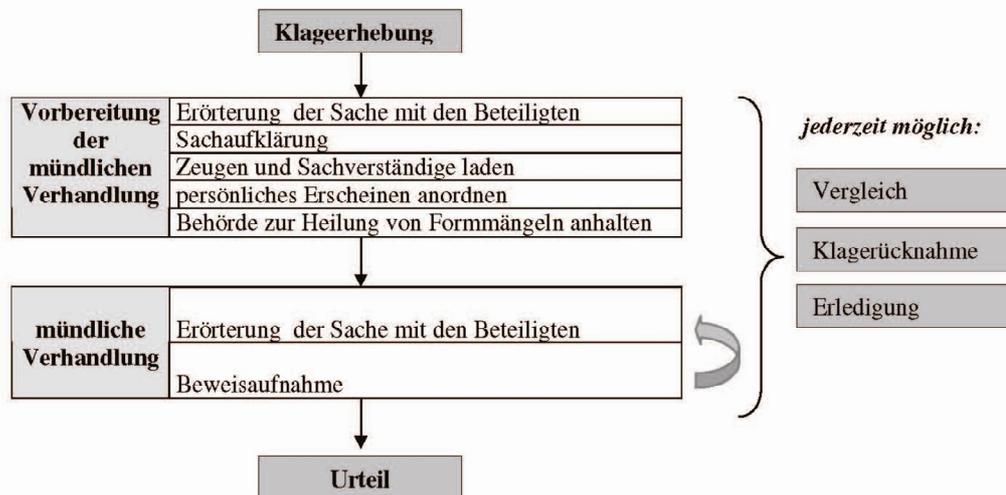
In engem systematischem Zusammenhang mit dieser Regelung steht § 96 VwGO. Durch die in dessen Abs. 1 S. 1 angeordnete **Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme** in der mündlichen Verhandlung wird sichergestellt, dass das zur Entscheidung berufene Gericht einen direkten Eindruck von dem Prozessstoff erhält und seine **Überzeugungsbildung auf Grund eigener Wahrnehmung** möglich ist. Einschränkungen dieser Verfahrensmaxime ergeben sich aus § 96 Abs. 2 VwGO.

#### **VI. Öffentlichkeit des Verfahrens, § 55 VwGO in Verbindung mit §§ 169, 171a ff. GVG**

Danach ist die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse zwar öffentlich; Ton- und Fernsehaufnahmen zum Zwe-

cke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhaltes sind indes unzulässig. Obwohl der Grundsatz der **Öffentlichkeit des Verfahrens** verfassungsrechtlich nicht abgesichert ist, stellt er ebenfalls **eines der wichtigsten Prinzipien des Prozessrechts** dar.

## § 11 Verfahrensablauf

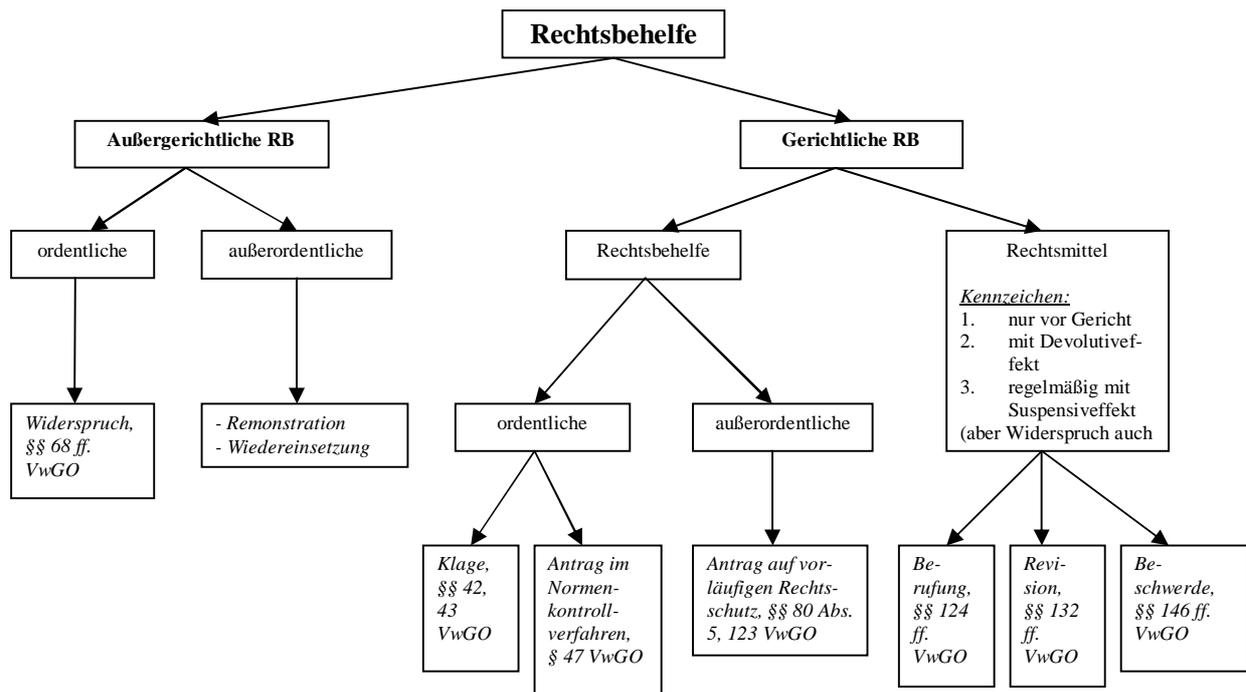


## § 12 Voraussetzungen für den Erfolg eines Rechtsbehelfes

Ein Rechtsbehelf hat Erfolg, wenn

- die **Sachentscheidungs Voraussetzungen (Zulässigkeit)** vorliegen (siehe § 13)
- und er **begründet** ist (siehe § 14).

Es gibt verschiedene Rechtsbehelfe:



## § 13 Sachentscheidungs Voraussetzungen

### Sachentscheidungs Voraussetzungen (Zulässigkeit) eines Rechtsbehelfes

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Aufdrängende Sonderzuweisung
2. Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO
  - a. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
  - b. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art
  - c. Keine abdrängende Sonderzuweisung

#### II. Zuständigkeit des Gerichts

1. Sachliche Zuständigkeit, §§ 45 ff. VwGO
2. Örtliche Zuständigkeit, § 52 VwGO

#### III. Statthaftigkeit des Rechtsbehelfes

1. Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO / Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO
  - *Begehren = Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes/ Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes*
2. Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (analog)
  - *Begehren = Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, der sich erledigt hat / Feststellung der Rechtswidrigkeit einer behördlichen Antragsablehnung oder behördlichen Untätigkeit, die sich erledigt hat*
3. Allgemeine Leistungsklage
  - *Begehren = Vornahme einer Handlung / Unterlassung (kein Verwaltungsakt)*
4. Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO
  - *Begehren = Beantwortung einer umstrittenen konkreten Rechtsfrage*
  - *Subsidiarität, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO*
5. Normenkontrollantrag, § 47 VwGO in Verbindung mit AGVwGO
  - *Angriffsgegenstand = Rechtsvorschriften im Sinn von § 47 Abs. 1 Nr. 1, 2 VwGO*
6. Normerlassklage (als Normenkontrollantrag analog § 47 VwGO; als Feststellungsklage nach § 43 VwGO; als allgemeine Leistungsklage)
  - *Begehren = Ergänzung oder Erlass von Rechtsvorschriften im Sinn von § 47 Abs. 1 Nr. 1, 2 VwGO*
7. Eilrechtsschutz, § 80 Abs. 5 VwGO
  - *Begehren = Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruches bzw. einer Klage; Hauptsache → Anfechtungsklage*
8. Eilrechtsschutz, § 123 VwGO
  - *Begehren = Sicherung des status quo / Erweiterung des Rechtskreises (Sicherungsanordnung / Regelungsanordnung)*
  - *Subsidiarität gegenüber §§ 80, 80a VwGO, siehe § 123 Abs. 5 VwGO*
9. Eilrechtsschutz, § 47 Abs. 6 VwGO
  - *Begehren = einstweilige Anordnung gegen eine Rechtsvorschrift im Sinn von § 47 Abs. 1 Nr. 1, 2 VwGO; Hauptsache → Normenkontrollantrag*

#### IV. Die Klagebefugnis

1. Anfechtungsklage / Verpflichtungsklage
  - Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO
  - *Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes und der Verletzung des Klägers in eigenen Rechten / Möglichkeit des Bestehens des Anspruchs auf den begehrten Verwaltungsakt*
2. Fortsetzungsfeststellungsklage
  - Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO
  - *Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des erledigten angefochtenen Verwaltungsaktes und Möglichkeit der Verletzung des Klägers in eigenen Rechten / Möglichkeit des „erledigten“ Anspruchs auf den begehrten Verwaltungsakt*
3. Allgemeine Leistungsklage
  - Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO
  - *Möglichkeit des Bestehens des Anspruchs*
4. Allgemeine Feststellungsklage
  - Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO (streitig)

#### 5. Normenkontrollantrag

→ Antragsbefugnis, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO

- *Natürliche oder juristische Personen* → *Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte*
- *Behörde* → *Möglichkeit der Rechtswidrigkeit der von der Behörde zu beachtenden Rechtsvorschrift*

#### 6. Eilrechtsschutz, § 80 Abs. 5 VwGO

→ Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO

- *Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des Vollzuges bzw. des Verwaltungsaktes und Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte*

#### 7. Eilrechtsschutz, § 123 VwGO

→ Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO

- *Möglichkeit eines Anordnungsanspruches und eines Anordnungsgrundes*

#### 8. Eilrechtsschutz, § 47 Abs. 6 VwGO

→ Antragsbefugnis analog § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO

- *Natürliche oder juristische Person* → *Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte*
- *Behörde* → *Möglichkeit der Rechtswidrigkeit der von der Behörde zu beachtenden Rechtsvorschrift*

### V. Das Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

#### 1. Anfechtungsklage / Verpflichtungsklage

- *keine Entbehrlichkeit nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO*
- *Ordnungsgemäße und erfolglose Durchführung des Vorverfahrens, § 68 Abs. 1 VwGO / § 68 Abs. 2, 1 VwGO*

#### 2. Fortsetzungsfeststellungsklage

- *Erledigung vor Klageerhebung und innerhalb der Widerspruchsfrist* → *Vorverfahren nicht erforderlich*
- *Erledigung vor Klageerhebung und Widerspruchsfrist abgelaufen* → *Vorverfahren erforderlich (dann wie IV.1.)*
- *Erledigung nach Klageerhebung* → *Vorverfahren erforderlich (dann wie IV.1.)*

### VI. Die Klagefrist

- *bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ein Monat ab Bekanntgabe / Zustellung des (Widerspruchs-)Bescheides, § 74 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 VwGO / § 74 Abs. 2 VwGO*
- *beim Normenkontrollantrag ein Jahr ab Inkrafttreten der Norm, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO*
- *§§ gelten nicht bei allgemeiner Leistungsklage, Feststellungsklage, Fortsetzungsfeststellungsklage*

### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit / Richtiger Klagegegner

#### 1. Richtiger Klagegegner

- *bei der Anfechtungs- und bei der Verpflichtungsklage § 78 VwGO; sonst dessen Rechtsgedanke*

#### 2. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

#### 3. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

### VIII. Rechtsschutzbedürfnis

1. *Besonderes Feststellungsinteresse gemäß bzw. analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (bei Fortsetzungsfeststellungsklagen)*
2. *Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis (vor allem beim Eilrechtsschutz)*

## I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Soweit der Verwaltungsrechtsweg nicht durch eine gesetzliche aufdrängende Sonderzuweisung eröffnet ist, bestimmt sich die Eröffnung nach der **Generalklausel** des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Damit ist

1. eine Abgrenzung der **öffentlich-rechtlichen Streitigkeit** von privatrechtlichen Streitigkeiten sowie
2. eine Abgrenzung zur **Verfassungsgerichtsbarkeit** vorzunehmen und
3. eine eventuelle **abdrängende Sonderzuweisung** zu prüfen.

## 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Der Streitgegenstand muss unmittelbar dem öffentlichen Recht entstammen. Es geht mithin um die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm(en).

► Der **Interessentheorie** zufolge ist zur Abgrenzung zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht maßgeblich, **in wessen Interesse** (öffentlich oder privat) ein **Rechtssatz besteht**.

► Nach der **Subordinations-/Subjektstheorie** sind all jene Vorschriften solche des öffentlichen Rechts, die ein Rechtsverhältnis regeln, in dem sich die Beteiligten in einem **Über- bzw. Unterordnungsverhältnis** begehen.

► Die **modifizierte Subjektstheorie oder Sonderrechtstheorie** sieht im öffentlichen Recht das Sonderrecht des Staates. Öffentlich-rechtlicher Natur ist ein Rechtssatz dann, wenn er ein Rechtsverhältnis regelt, bei dem zumindest **auf einer Seite ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt** in gerade dieser Funktion berechtigt oder verpflichtet wird. Kann dagegen auf beiden Seiten jedermann stehen, so ist die das Rechtsverhältnis regelnde Norm privatrechtlicher Natur.

## 2. Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

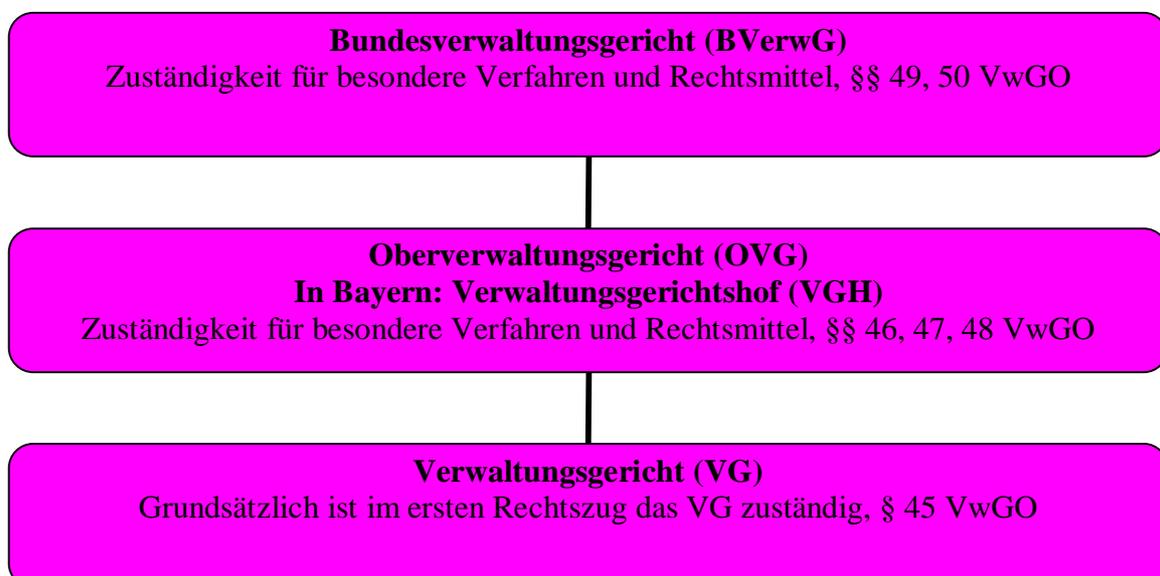
Die Abgrenzung zur Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art erfolgt anhand des **Grundsatzes der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit**.

**Definition:** Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit ist zu bejahen, wenn **unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte** (formeller Aspekt) **um Rechtsbeziehungen streiten, die ausschließlich dem Verfassungsrecht angehören** (materieller Aspekt). Außerdem darf es sich nicht um eine so genannte prinzipale Rechtssatzkontrolle des formellen Gesetzgebers handeln, womit die abstrakte sowie die konkrete Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 S. 1 GG gemeint sind.

## 3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Zuletzt ist zu prüfen, ob die an sich öffentlich-rechtliche und damit nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesene Streitigkeit nicht durch eine gesetzliche Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit abgedrängt wurde (z.B. an das BVerfG oder besondere Verwaltungsgerichte).

## II. Zuständigkeit des Gerichts



Der Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfolgt dreistufig: Es gibt das Verwaltungsgericht, das Oberverwaltungsgericht (in Bayern Verwaltungsgerichtshof, § 184 VwGO in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 AGVwGO) und das Bundesverwaltungsgericht. Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht sind Landesgerichte, während das Bundesverwaltungsgericht ein Bundesgericht ist.

Die **sachliche Zuständigkeit**, das heißt welche dieser drei Gerichtsebenen zuständig ist, ist in §§ 45 ff. VwGO geregelt.

Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach § 52 VwGO.

### III. Statthafte Klage- bzw. Antragsarten

Die Statthaftigkeit des Rechtsbehelfes richtet sich nach dem **Begehren** des Klägers bzw. Antragstellers (§§ 86 Abs. 3, 88 VwGO, gegebenenfalls Letzterer in Verbindung mit § 122 Abs. 1 VwGO) sowie nach dem **Klage- bzw. Antragsgegenstand**.

Klageart	Vorschrift	Ziel / Begehren
<b>Anfechtungsklage</b>	§ 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO	Aufhebung eines (regelmäßig belastenden) Verwaltungsaktes
<b>Verpflichtungsklage</b>	§ 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO	Erlass eines (regelmäßig begünstigenden) abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes
<b>Allgemeine Leistungsklage</b>	Keine unmittelbare Regelung in der VwGO aber: § 43 Abs. 2 VwGO	Tatsächliches Verwaltungshandeln
<b>Allgemeine Feststellungsklage</b>	§ 43 VwGO	Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Beachte: Subsidiarität gegenüber der Gestaltungs- oder Leistungsklage, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO
<b>Fortsetzungsfeststellungsklage</b>	(direkt bzw. analog) § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO	Beseitigung bzw. Erlass eines Verwaltungsaktes nach dessen Erledigung bzw. nach Erledigung des Erlassbegehrens
<b>Normenkontrollantrag</b>	§ 47 VwGO	Überprüfung von untergesetzlichen Rechtsnormen, das heißt Satzungen und Verordnungen
<b>Eilrechtsschutz</b>	§§ 80 Abs. 5, 80a VwGO	Antragssteller begehrt die Anordnung oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung → in der Hauptsache ist die Anfechtungsklage statthaft
<b>Eilrechtsschutz</b>	§ 123 VwGO	Antragsteller will <b>Störungen</b> seines Rechtskreises <b>abwehren (Sicherungsanordnung)</b> ,

		§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO) oder Antragsteller begehrt die (vorläufige) <b>Erweiterung seines Rechtskreises (Regelungsanordnung, § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO)</b> Beachte: kommt nur zur Anwendung, wenn die spezielleren §§ 80, 80a VwGO nicht einschlägig sind
<b>Eilrechtsschutz</b>	§ 47 Abs. 6 VwGO	Abwehr schwerer Nachteile, die von einer untergesetzlichen Norm ausgehen

Zentrales Element der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage ist der Begriff des **Verwaltungsaktes** (dazu schon oben in Teil 1).

#### IV. Klage- bzw. Antragsbefugnis

Um „**Popularklagen**“ auszuschließen, setzt die VwGO für alle Rechtsbehelfe eine Klage- bzw. Antragsbefugnis voraus. Dabei ist nach den einzelnen Rechtsbehelfen zu unterscheiden:

Klageart	Vorschrift	Befugnis
<b>Anfechtungsklage</b>	§ 42 Abs. 2 VwGO	Ein <b>belastender Verwaltungsakt</b> verletzt den <b>Adressaten</b> zumindest – wenn kein spezielleres Recht erkennbar ist – <b>möglicherweise</b> in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (Adressatentheorie). Ein <b>Dritter</b> ist hingegen nur klage- bzw. antragsbefugt, wenn er durch den ihn belastenden Verwaltungsakt <b>möglicherweise</b> in einem gerade auch ihn betreffenden Recht verletzt ist.
<b>Verpflichtungsklage</b>	§ 42 Abs. 2 VwGO	Ist gegeben, wenn <b>möglicherweise</b> ein <b>Anspruch</b> auf den Erlass des begehrten Verwaltungsaktes besteht.
<b>Allgemeine Leistungsklage</b>	§ 42 Abs. 2 VwGO analog	Ist gegeben, wenn <b>möglicherweise</b> ein <b>Anspruch</b> auf tatsächliches Verwaltungshandeln besteht.
<b>Allgemeine Feststellungsklage</b>	§§ 42 Abs. 2 analog, 43 Abs. 2 VwGO	Grundsätzlich ist bei der <b>allgemeinen Feststellungsklage</b> ein (einfaches) Feststellungsinteresse nach § 43

		Abs. 1 VwGO zu fordern. Bei einer <b>nachträglichen Feststellungsklage</b> bedarf es darüber hinaus eines qualifizierten Feststellungsinteresses. Bei einer <b>vorbeugenden Feststellungsklage</b> wird hingegen ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis verlangt.
<b>Fortsetzungsfeststellungsklage</b>	§§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog	<b>Klagebefugnis</b> i. S. des § 42 Abs. 2 VwGO <b>erforderlich</b> sowie ein zusätzliches <b>Fortsetzungsfeststellungsinteresse</b>
<b>Normenkontrollantrag</b>	§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO	<b>Natürliche und juristische Personen</b> sind beim Normenkontrollverfahren antragsbefugt, wenn sie durch die angegriffene Rechtsvorschrift, deren Anwendung oder Vollzug möglicherweise in ihren eigenen Rechten verletzt sind oder in absehbarer Zeit verletzt werden.
<b>Eilrechtsschutz</b>	§§ 80 Abs.5, 80a VwGO, § 42 Abs. 2 VwGO analog	Wegen der <b>Akzessorietät</b> zur Anfechtungsklage ist nur antragsbefugt, wer auch im Hauptsacheverfahren klagebefugt wäre. Deshalb ist bei § 80 Abs. 5 und des § 80a VwGO die Möglichkeit einer Verletzung des Antragstellers in eigenen Rechten analog § 42 Abs. 2 VwGO zu prüfen.
<b>Eilrechtsschutz</b>	§ 123 VwGO, § 42 Abs. 2 VwGO analog	Ein <b>Anordnungsanspruch</b> und ein <b>Anordnungsgrund</b> (Eilbedürftigkeit) müssen derart geltend gemacht werden, dass ihr Vorliegen zumindest als möglich erscheint.
<b>Eilrechtsschutz</b>	§ 47 Abs. 6 VwGO	Im Rahmen des besonderen Eilrechtsschutzes im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO hat der Antragsteller geltend zu machen, dass die einstweilige Anordnung möglicherweise <b>zur Abwehr schwerer Ge-</b>

		<b>fahren oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.</b>
--	--	--

## V. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Eine weitere grundsätzlich in jedem Hauptsacheverfahren einer Anfechtungs- oder Verpflichtungssituation zu beachtende Sachentscheidungsvoraussetzung ist die **ordnungsgemäße, aber erfolglose Durchführung eines Vorverfahrens (Widerspruchsverfahren)** nach §§ 68 ff. VwGO.

In den Fällen des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO besteht dieses Erfordernis allerdings nicht.

In Bayern entfällt das Vorverfahren, Art. 15 Abs. 2 AGVwGO.

## VI. Klage- bzw. Antragsfrist

Einmonatige **Klagefristen** bestehen für die Anfechtungs- (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO bzw. bei Wegfall des Vorverfahrens, § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO) und ebenso für die Verpflichtungsklage (§ 74 Abs. 2 VwGO), mangels zu schützender Bestandskraft eines Verwaltungsaktes hingegen nicht für die Leistungs- und die Feststellungsklage (zum Sonderfall der Nichtigkeitsfeststellungsklage bei einem Verwaltungsakt). **Antragsfristen** kennt die VwGO hingegen nur beim Normenkontrollantrag (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO: ein Jahr).

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit / Richtiger Klagegegner

Im **Verwaltungsprozess** ist an dieser Stelle zu prüfen, ob die Verfahrensbeteiligten im Sinn des § 63 VwGO **beteiligten- und prozessfähig** nach §§ 61 f. VwGO sind, das heißt, ob sie als solche selbst am Verfahren beteiligt sein (§ 61 VwGO) und wirksam Prozesshandlungen vornehmen können (§ 62 VwGO).

Bereits an dieser Stelle ist dabei das in § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage direkt, für die anderen Klagearten nach dessen Rechtsgedanken; nur § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO enthält insoweit eine Sonderregel für das Normenkontrollverfahren) zum Ausdruck kommende **Rechtsträgerprinzip** im Rahmen der §§ 61 f. VwGO zu beachten und zur Beurteilung der Partei- und Prozessfähigkeit auf „staatlicher Seite“ auf den Rechtsträger der jeweils handelnden Behörde zurückzugreifen.

Beachte: Nach dem sogenannten bayerischen Aufbau wird der richtige Klagegegner erst in der Begründetheit unter dem Punkt „Passivlegitimation“ geprüft.

## VIII. Allgemeines und besonderes Rechtsschutzbedürfnis

### 1. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Zunächst gilt generell und für **alle Rechtsbehelfe**, dass das **allgemeine Rechtsschutzbedürfnis** fehlt, wenn das Begehren des Klägers (usw.) anderweitig leichter und mit gleichem Erfolg zu erreichen oder der eingelegte Rechtsbehelf für ihn völlig sinnlos ist.

### 2. Besonderes Rechtsschutzbedürfnis

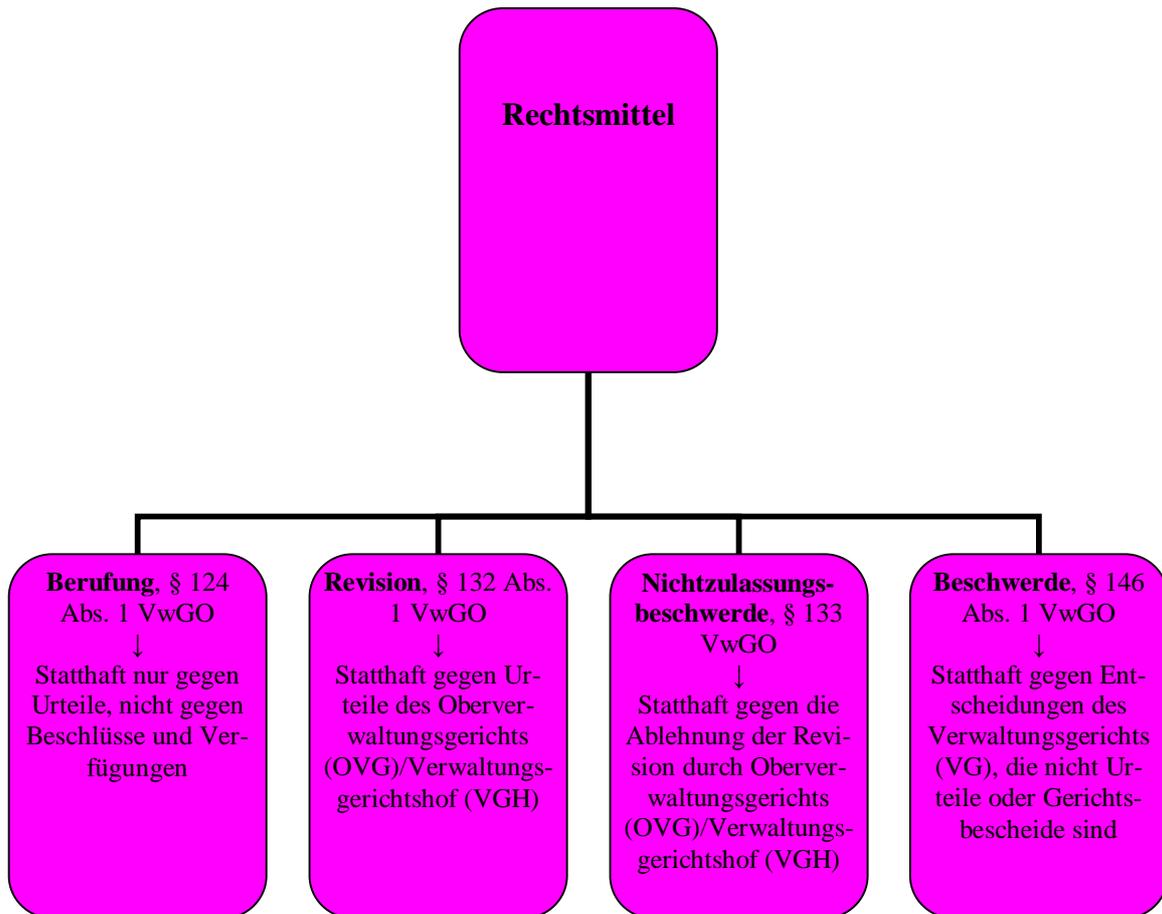
Als eine Sonderform des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses oder eben auch als „**besonderes Rechtsschutzbedürfnis**“ kann das für die **Fortsetzungsfeststellungsklage** erforderliche besondere Feststellungsinteresse gemäß bzw. analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO angesehen werden. Gleiches gilt für das besondere Rechtsschutzbedürfnis bei der **vorbeugenden Feststellungsklage**.

## § 14 Begründetheitsprüfung

Der Prüfungsablauf lässt sich den jeweiligen Obersätzen entnehmen:

Klageart	Obersatz
<b>Anfechtungsklage</b>	Die <b>Anfechtungsklage</b> ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt.
<b>Verpflichtungsklage</b>	Die <b>Verpflichtungsklage</b> ist gemäß § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO begründet, wenn die Ablehnung oder Unterlassung des vom Kläger begehrten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, ihn dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist.
<b>Allgemeine Leistungsklage</b>	Die Leistungsklage ist begründet, wenn dem Kläger der geltend gemachte <b>Anspruch</b> auf das begehrte behördliche Handeln (in Form eines Realaktes) <b>tatsächlich zusteht</b> .
<b>Allgemeine Feststellungsklage</b>	Die <b>allgemeine Feststellungsklage</b> ist begründet, wenn – je nach Klageantrag – das vom Kläger geltend gemachte Rechtsverhältnis tatsächlich besteht oder nicht besteht. Die <b>Nichtigkeitsfeststellungsklage</b> ist begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt tatsächlich nichtig ist.
<b>Fortsetzungsfeststellungsklage</b>	Die Fortsetzungsfeststellungsklage in Form der <b>Anfechtungsklage</b> ist bei ihrer Erledigung nach Klageerhebung gemäß, sonst analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO begründet, wenn der angefochtene (nun erledigte) Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt hat. In Gestalt der <b>Verpflichtungsklage</b> ist sie bei einer Erledigung nach Klageerhebung analog, sonst in doppelter Analogie zu § 113 Abs. 1 S. 4, Abs. 5 VwGO begründet, wenn die Ablehnung oder Unterlassung des vom Kläger begehrten Verwaltungsaktes rechtswidrig war und ihn dadurch in seinen Rechten verletzt hat.
<b>Normenkontrollantrag</b>	Der Normenkontrollantrag ist nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO begründet, wenn die angegriffene <b>Rechtsvorschrift tatsächlich rechtswidrig</b> und deswegen für <b>unwirksam zu erklären</b> ist.
<b>Eilrechtsschutz</b>	Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 bzw. § 80a VwGO ist begründet, wenn bei ihrem Vorhandensein die <b>Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit formell rechtswidrig</b> ist oder eine Interessenabwägung ergibt, dass das <b>Suspensivinteresse des Antragstellers das öffentliche Sofortvollzugsinteresse überwiegt</b> .
<b>Eilrechtsschutz</b>	Der Eilrechtsschutzantrag ist nach §§ 123 Abs. 3 VwGO, 920 Abs. 2, 294 ZPO begründet, wenn der Antragsteller einen <b>Anordnungsgrund</b> und einen <b>Anordnungsanspruch</b> für die begehrte einstweilige Regelung <b>glaubhaft gemacht</b> hat.
<b>Eilrechtsschutz</b>	Der Antrag auf Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO ist begründet, wenn die einstweilige Anordnung <b>tatsächlich zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten</b> ist.

## § 15 Rechtsmittel



## **§ 16 Zweiter Beispielsfall: Der Lappen ist weg**

### **Sachverhalt**

Anfang 2010 ging beim Straßenverkehrsamt der kreisfreien bayerischen Stadt S ein Schreiben einer Privatperson ein, in dem mitgeteilt wurde, A führe fortlaufend ein Kfz unsicher im Straßenverkehr; er habe mehrere Schlaganfälle erlitten und nehme ständig eine Vielzahl von Tabletten ein. Eine daraufhin veranlasste amtsärztliche Untersuchung des A ergab, dass A auf Grund eines Anfallsleidens nach einer Hirnverletzung zum Führen eines Kfz nicht geeignet ist. Mit Verfügung der Stadt S von April 2010 wurde A die Fahrerlaubnis entzogen. Daraufhin forderte A die Stadt S auf, ihm den Namen des Informanten mitzuteilen. A meint, der Informant habe sich einer falschen Verdächtigung gemäß § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht; er wolle ihn deshalb zur Rechenschaft ziehen. Die Stadt lehnte dieses Begehren mit Hinweis auf das berechnigte Interesse des Informanten an der Geheimhaltung seiner Identität Ende Juni 2010 ab. A erhob daraufhin Mitte Juli 2010 beim zuständigen Verwaltungsgericht (VG) Klage mit dem Antrag, die Stadt S zu verpflichten, ihm Auskunft darüber zu erteilen, wer ihn angeschwärzt habe.

Wie wird das VG entscheiden?

## Lösung

Das Verwaltungsgericht wird der Klage des A stattgeben, wenn ihre Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Klage

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1. Eine **aufdrängende Sonderzuweisung** ist hier nicht ersichtlich.

2. Nach der **Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO** ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und diese nicht einem anderen Gericht zugewiesen ist (→ abdrängende Sonderzuweisung).

a. **Öffentlich-rechtliche Streitigkeit:** Es kommt hier auf die streitentscheidenden Normen bzw. den Streitgegenstand an. Hier begehrt A von einer Behörde Auskunft über den Namen eines Informanten aus einer Verwaltungsakte. Diese Auskunft als solche ist zwar „neutral“; sie steht aber im Zusammenhang (Kontext) mit dem Verfahren zu der – nach der Subordinations- und Sonderrechtstheorie – öffentlich-rechtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis. Als Anspruchsgrundlage für dieses Auskunftsbegehren kommen daher allein öffentlich-rechtliche Normen in Betracht.

b. **Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art:** Weder A noch die Stadt S sind unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt und streiten auch nicht um Verfassungsrecht (Grundsatz der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit). Ferner geht es auch nicht um eine prinzipale Rechtsatzkontrolle des formellen Gesetzgebers (= abstrakte oder konkrete Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 GG).

c. Eine abdrängende Sonderzuweisung (etwa §§ 23 Abs. 1 EGGVG, 40 Abs. 2 S. 1 VwGO, Art. 34 S. 3, 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) ist nicht ersichtlich.

Zwischenergebnis: Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

Anmerkung: Als „II.“ kann nun im Hinblick auf § 17a GVG (s. oben) auch die Zuständigkeit des Gerichts geprüft werden, die sich in sachlich-instanzieller Hinsicht nach § 45 (abzugrenzen ist der von §§ 46 ff. VwGO für den VGH und §§ 49 f. VwGO für das BVerwG) und örtlich nach § 52 VwGO, Art. 1 AGVwGO beurteilt. Hier spricht der Sachverhalt allerdings vom „zuständigen Verwaltungsgericht“.

**II. Die statthafte Klageart** bemisst sich gemäß §§ 86 Abs. 3, 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. Hier will A die Auskunft erhalten.

1. Fraglich ist, ob dafür eine **Verpflichtungsklage** gemäß § 42 Abs. 1 Fall 2 VwGO statthaft ist. Die Verpflichtungsklage wäre hier die richtige Klageart, wenn es sich bei der Entscheidung über die Erteilung der Auskunft um einen Verwaltungsakt im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG handelt. Zweifel an der Verwaltungsaktqualität der Versagung der Auskunft bestehen vor allem, weil es sich hierbei um eine bloße Mitteilung der Behörde und nicht um eine Maßnahme mit dem Charakter einer Regelung im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG handeln könnte. Eine Regelungswirkung im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG liegt nur vor, wenn die Maßnahme der Behörde nach ihrem objektiven Sinngehalt auf eine unmittelbare, für den Betroffenen verbindliche Anordnung von Rechtsfolgen gerichtet ist. Hier hatte die Stadt jedoch

vor ihrer Entscheidung zu prüfen, ob die gewünschte Auskunft mit den gesetzlichen Aufgaben der Behörde vereinbar und zur Interessenwahrung des A erforderlich war. Die Versagung der Auskunft ist dann das nach außen sichtbare Ergebnis dieses behördeninternen Entscheidungsvorganges. Mit der Ablehnung wird das durch das Auskunftsbegehren entstandene Rechtsverhältnis verbindlich geregelt. Die Versagung der Auskunft ist mithin ein Verwaltungsakt.

2. Zu beachten ist nunmehr jedoch, dass die von A begehrte Verwaltungshandlung – die Auskunft – trotzdem mangels Regelung kein Verwaltungsakt ist. Eine Verpflichtungsklage ginge damit gleichsam ins Leere. Andererseits würde bei einer bloßen Leistungsklage auf Erlass des begehrten Realaktes „Auskunft“ der ablehnende Verwaltungsakt (oben 1.) bestandskräftig und damit dem Leistungsbegehren des A dauerhaft entgegenstehen, und auch eine bloße Anfechtungsklage brächte nicht den gewünschten Erfolg, da mit ihr allenfalls die Ablehnung „kassiert“ werden kann, deswegen die Stadt aber immer noch nicht sicher die Auskunft erteilt. Für einen vollumfänglichen Rechtsschutz muss A daher eine **Anfechtungsklage** gegen die Ablehnung seines Antrages erheben und sie mit dem **Annexantrag** auf Leistung der Auskunft verbinden (§§ 42 Abs. 1 Fall 1, 113 Abs. 4 VwGO; das ist dann eine objektive Klagehäufung, die aber, gemessen am Maßstab des § 44 VwGO zulässig ist; von daher kann nachfolgend auch von „Klagen“ gesprochen werden).

### **III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO (analog)**

A müsste klagebefugt sein, das heißt, er müsste geltend machen können, durch die Verweigerung der Auskunft in seinen Rechten verletzt zu sein (bzw. einen Anspruch auf sie zu haben). Hier ist A gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG Beteiligter des die Entziehung der Fahrerlaubnis betreffenden Verwaltungsverfahrens. Daher könnte ihm ein Recht auf Auskunft aus den Akten aus Art. 29 BayVwVfG zustehen. Durch deren Versagung ist A möglicherweise in diesem Recht verletzt.

**IV. Ein Vorverfahren** nach §§ 68 ff. VwGO ist hier gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO i. V. mit Art. 15 Abs. 2, 1 BayAGVwGO unstatthaft.

Anmerkung: Das gilt nicht für Verwaltungsakte von Bundesbehörden oder von Behörden der (meisten) anderen Bundesländer.

**V. Die Klagefrist** des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO für die Anfechtungsklage (für die Leistungsklage gibt es keine) wurde von A vorliegend gewahrt.

### **VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

1. A ist als natürliche Person beteiligten- und prozessfähig nach §§ 61 Nr. 1 Fall 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, 1, 104 ff. BGB.

2. Die Beteiligtenfähigkeit der **Stadt S** folgt aus § 61 Nr. 1 Fall 2 VwGO, Art. 1 S. 1 GO; ihre Prozessfähigkeit besteht über § 62 Abs. 3 VwGO nur bei einer Vertretung durch ihren Oberbürgermeister nach Art. 38 Abs. 1, 34 Abs. 1 S. 2 GO (S ist kreisfreie Stadt).

Zwischenergebnis: Für die Klage(n) des A liegen die Sachentscheidungsvoraussetzungen vor.

### **B. Begründetheit der Klage(n)**

Die Klage(n) ist (sind) begründet, wenn A den richtigen Beklagten gewählt hat, die Weigerung ihm die gewünschte Auskunft zu erteilen, rechtswidrig ist, insbesondere weil er einen entsprechenden Anspruch auf die Erteilung hat, und ihn dadurch in seinen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 VwGO

Anmerkung: Faktisch wird damit nur die Anfechtungsklage geprüft (der Leistungsantrag ist auch nur der Annex: Bei der Verpflichtungsklage ist die Sache im Prinzip genau umgekehrt (dort ist der „vorgeschaltete Annex“ aber auch schon automatisch in der Klage enthalten), denn die Aufhebung der ablehnenden Entscheidung erfolgt immer, wenn das Gericht zum Verwaltungsaktes verpflichtet).

**I. Richtiger Beklagter** ist laut § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Stadt S.

Anmerkung: An dieser Stelle ist zu prüfen, ob der Beklagte nach materiellem Recht passivlegitimiert (also der „richtige“ Beklagte) ist, während oben bei A. VI. nur untersucht wird, ob der formal Beklagte beteiligten- und prozessfähig ist.

## **II. Formelle Rechtmäßigkeit der Auskunftsversagung**

1. Die kreisfreie Stadt S müsste die für die Erteilung bzw. Verweigerung der begehrten Auskunft **zuständige Behörde** sein. Hier nimmt die kreisfreie Stadt S die Aufgaben der insoweit zuständigen Kreisverwaltungsbehörde wahr (Verbandskompetenz, Art. 9 Abs. 1 GO) und ist damit vorliegend selbst zuständig.

2. Bezüglich des **Verfahrens** müsste A angesichts des belastenden Charakters des ablehnenden Verwaltungsaktes an sich nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG vor dessen Erlass angehört werden, was hier jedoch nicht explizit erfolgt ist. Die Anhörung kann hier aber entweder in der Antragstellung selbst gesehen oder nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 3 BayVwVfG für entbehrlich erachtet, jedenfalls aber nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG noch nachgeholt werden.

3. Der Verwaltungsakt unterliegt hier keinen Vorgaben zu seiner **Form** (vgl. Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG).

Die Auskunftsversagung ist mithin formell rechtmäßig.

## **III. Materielle Rechtmäßigkeit der Auskunftsversagung**

Die Auskunftsversagung ist materiell rechtswidrig, wenn A einen Anspruch auf die von ihm begehrte Auskunft hatte (dann ist auch sein Annexantrag begründet).

Als Anspruchsgrundlage kommt Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG in Betracht.

1. Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG gewährt grundsätzlich nur **Verfahrensbeteiligten** ein Akteneinsichtsrecht. Wer Beteiligter eines Verwaltungsverfahrens ist, regelt Art. 13 BayVwVfG. Hier ist A gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG (s. schon oben bei der Klagebefugnis) an dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren zur Entziehung seiner Fahrerlaubnis beteiligt und damit grundsätzlich passivlegitimiert hinsichtlich des Anspruches aus Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG.

2. Grundsätzlich gewährt Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG nur ein Recht auf Akteneinsicht. Die Möglichkeit, **Auskunft** aus den Behördenakten zu erhalten, ist nicht ausdrücklich in dieser Norm geregelt. Wenn aber nach Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG ein Beteiligter Einsicht in die Behördenakten verlangen kann, dann muss ihm grundsätzlich auch – als eine geringere Leistung – ein Anspruch auf Auskunft aus den Akten auf Grund dieser Norm zustehen („argumentum a maiore ad minus“, Erst-Recht-Schluss). Hier begehrt A die Nennung des Namens des Informanten aus den Akten. Dieses Auskunftsbegehren ist auf Grund des Erst-Recht-Schlusses vom Anwendungsbereich des Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG umfasst.

3. Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch nicht **ausgeschlossen** ist. Zum einen ist Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG, da er einen rein verwaltungsverfahrensrechtlichen Anspruch gewährt, insbesondere vor dem Hintergrund der Art. 9 ff. BayVwVfG zu sehen. Dies bedeutet, dass möglicherweise nur ein Rechtsanspruch für Beteiligte eines laufenden (begonnenen und noch nicht beendeten) Verwaltungsverfahrens besteht. Hier ist das Verwaltungsverfahren jedoch beendet, denn die Fahrerlaubnis wurde bereits im April 2009 entzogen. Es besteht also kein Bezug des Auskunftsanspruches zum Verfahren der Entziehung der Fahrerlaubnis mehr. Zudem soll über den Anspruch auf Auskunft gerade und ausschließlich in einem neuen, eigenen Verwaltungsverfahren entschieden werden, dessen Gegenstand der begehrte Anspruch bildet. In diesem Verfahren steht Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG als Anspruchsgrundlage nach einer Auffassung bereits deswegen nicht zur Verfügung.

Diesem Ansatz könnte jedoch entgegengehalten werden, dass ausweislich Art. 29 Abs. 1 S. 2 BayVwVfG der Anspruch doch länger „fortbesteht“. Aber auch dann muss nach S. 1 der Vorschrift die begehrte Akteneinsicht bzw. Auskunft zur Verteidigung rechtlicher Interessen in diesem Verfahren erforderlich sein, was hier angesichts der anders ausgerichteten Ziele des A in jedem Fall zu verneinen ist.

Zwischenergebnis: Mangels Bezug zu dem (bereits abgeschlossenen) Verwaltungsverfahren der Entziehung seiner Fahrerlaubnis hat A keinen Auskunftsanspruch aus Art. 29 Abs. 1 BayVwVfG.

Gesamtergebnis: A hat keinen Anspruch auf die begehrte Auskunft aus den Behördenakten. Für seine Klage liegen mithin die Sachentscheidungsvoraussetzungen vor; sie ist aber unbegründet. Das Verwaltungsgericht wird die Klage deshalb abweisen.

## ***Dritter Teil: Polizeirecht***

### **§ 17 Allgemeines**

#### **I. Geschichte**

Der Begriff „Polizei“ stammt vom griechischen „politeia“, was die gesamte Staatsverwaltung umschrieb. Daraus wurde später das deutsche „Polizey“, worunter eine gute Ordnung des Gemeinwesens verstanden wurde. Anfangs sollte die Polizei also nicht nur Gefahren abwehren, sondern auch die Wohlfahrtspflege (Sorge für das Wohlergehen des Volkes) fördern.

Im Zuge der Aufklärung wandelte sich dieses Verständnis: Als eigentliche Aufgabe der Polizei wurde die Gefahrenabwehr angesehen. Dies wurde auch so im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794 (ALR) geregelt. Trotzdem übernahm die Polizei weiterhin Aufgaben, die nicht nur mit der Gefahrenabwehr zusammenhingen. Berühmt wurde der Streit um eine Polizeiverordnung, die es untersagte, in Kreuzberg (heute ein Stadtteil von Berlin) Gebäude zu errichten, die eine bestimmte Höhe überschritten. Man wollte damit die Sicht auf ein Siegesdenkmal sichern. Im „Kreuzberg-Urteil“ von 1882 wies das PrOVG darauf hin, dass die Verordnung gegen die oben erwähnte Vorschrift im ALR verstoße, da sie nicht der Gefahrenabwehr diene. Damit setzte das Gericht die Beschränkung der Befugnisse der Polizei auf die Gefahrenabwehr durch, was fortan den Maßstab bildete.

Bayern erließ 1861 und 1871 ein Polizeigesetz. Diesem lag das Verständnis der Aufgaben der Polizei als Gefahrenabwehr zu Grunde. Nach dem 2. Weltkrieg wurde als Reaktion auf den Missbrauch der Polizei durch das NS-Regime der Aufgabenbereich der Polizei verkleinert, um ihre „Macht“ zu reduzieren (□ vgl. unten III. zur Sicherheitsbehörde).

#### **II. Gefahrenbegriffe**

##### **▪ Gefahr**

Es ist nach den Umständen wahrscheinlich, dass ein Schaden eintreten wird.

##### **▪ Abstrakte Gefahr**

Man kann **allgemein** davon ausgehen, dass bestimmte Verhaltensweisen oder Zustände (→ abstrakt-generelle Betrachtung) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Eintritt eines Schadens führen.

**Bsp.:** Nach dem ersten Frost hat sich auf dem See eine nur dünne Eisschicht gebildet. Will jemand das Eis betreten, ist es allgemein wahrscheinlich, dass er einbrechen wird.

##### **▪ Konkrete Gefahr**

**Im Einzelfall** kann man davon ausgehen, dass bestimmte Verhaltensweisen oder Zustände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft zum Eintritt eines Schadens führen.

**Bsp.:** Eine Gruppe spielender Kinder betritt tatsächlich das dünne Eis. Es knackt bedenklich. Es ist wahrscheinlich, dass sie gleich einbrechen werden. Anders als im obigen Fall handelt es sich nicht um ein fiktives Szenario. Die Gefahr besteht hier nicht abstrakt, sondern konkret.

##### **▪ Anscheinsgefahr**

Aus der Sicht eines **besonnenen, gewissenhaften und sachkundigen** Beamten ist in einer Situation eine Gefahr gegeben. Hinterher stellt sich heraus, dass keine Gefahr vorlag (→ ex-post-Sicht). Hätte die Polizei in dieser Konstellation das Risiko einer fehlerhaften Einschät-

zung der Lage zu tragen, könnte das ihre Eingriffsbereitschaft einschränken. Das stünde im Widerspruch zu ihrer Aufgabe, Gefahren abzuwehren. Maßnahmen zur Abwehr einer Gefahr, die vor dem Eingriff (→ ex-ante-Sicht) tatsächlich gegeben scheint, sind deshalb rechtmäßig.

**Bsp.:** Fs Nachbar N ruft die Polizei: Aus Fs Wohnung kämen Schreie, es klänge, als würde eine Frau schwer misshandelt. Die Polizei kommt und befragt N. Sie horcht auch an Fs Tür und schließt daraus, dass dort tatsächlich ein handgreiflicher Streit vor sich geht. Als sie klingelt, öffnet F aber nicht. Da die Wohnung im 3. Stock des Hauses liegt, ist es nicht möglich, durchs Fenster zu sehen, um sich auf diese Weise einen Überblick der Lage zu verschaffen. Schließlich bricht die Polizei die Tür auf. Es stellt sich heraus, dass F schwerhörig ist und nur den Fernseher sehr laut gestellt hat. Das hatte die Polizei unmöglich wissen können. Sie ging besonnen, gewissenhaft und sachkundig vor. Das Aufbrechen der Tür war rechtmäßig, auch wenn, ex-post betrachtet, keine Gefahr vorlag.

#### ▪ **Putativgefahr oder Scheingefahr**

Die Polizei nimmt eine Gefahr an. Tatsächlich ist keine gegeben. Bei verständiger Würdigung der Sachlage hätte sie das auch erkannt. Maßnahmen zur Abwehr einer solchen Scheingefahr sind nicht rechtmäßig.

**Bsp.:** Polizist P sieht, wie Klaus K eine Waffe auf Marco M richtet. P stürzt sich von hinten auf K, um ihn festzunehmen. Überall standen aber Fernsehkameras und Schilder machten darauf aufmerksam, dass hier die Krimiserie „Tatort“ gedreht würde. Wäre P besonnen, gewissenhaft und sachkundig vorgegangen, hätte er erkannt, dass in Wirklichkeit keine Gefahr vorlag. Seine Maßnahme ist nicht rechtmäßig.

### **III. Abgrenzung des Polizeirechts vom Sicherheitsrecht**

Sowohl die Polizei als auch die Sicherheitsbehörden sollen Gefahren abwehren.

Die Polizei handelt im Eilfall, wenn also die Sicherheitsbehörden nicht schnell genug reagieren können (Art. 3 PAG). Genauer sind die Sicherheitsbehörden in Art. 6 LStVG bezeichnet: Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Inneren. Sie dürfen der Polizei Weisungen erteilen (Art. 9 Abs. 2 POG, Art. 10 S. 2 LStVG). Die Polizei steht also gleichsam eine Stufe unter den Sicherheitsbehörden. Das heißt aber nicht, dass die Polizei angesichts einer konkreten Gefahr die Sicherheitsbehörden erst um Erlaubnis bitten muss, handeln zu dürfen.

**Bsp.:** Die Gemeinde G erlässt eine Verordnung über das Halten von Kampfhunden (Art. 18 LStVG). Danach dürfen Kampfhunde nur an der Leine und mit Maulkorb in der Öffentlichkeit geführt werden = **Erllass einer Rechtsverordnung zur Abwehr einer abstrakten Gefahr.**

Polizist P, der in G tätig ist, sieht den Pitbull des Halters H ohne Leine und ohne Maulkorb angriffslustig auf ein Kleinkind zu rennen und erschießt den Hund = **Einzelmaßnahme im Eilfall zur Abwehr einer konkreten Gefahr.**

### **IV. Die verschiedenen Polizeibegriffe**

#### ▪ **Materieller oder funktioneller Polizeibegriff**

= alle Behörden, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht erhalten sollen (also sowohl Sicherheits- als auch Polizeibehörden, als auch weitere Fachbehörden).

#### ▪ **Formeller Polizeibegriff**

= alle Aufgaben der Polizei im institutionellen Sinne, also Gefahrenabwehr und Strafverfolgung.

▪ **Uneingeschränkt-institutioneller Polizeibegriff**

= alle Angehörigen der staatlichen Einrichtung „Polizei“, also Polizeivollzugs-, Polizeiverwaltungsbeamte und übrige Bedienstete der Polizei des Freistaats Bayern.

Dieser Begriff gilt für das Polizeiorganisationsgesetz, Art. 1 Abs. 1 POG.

▪ **Eingeschränkt-institutioneller Polizeibegriff**

= nur die uniformierte Vollzugspolizei.

Dieser Begriff gilt für das Polizeiaufgabengesetz, Art. 1 PAG.

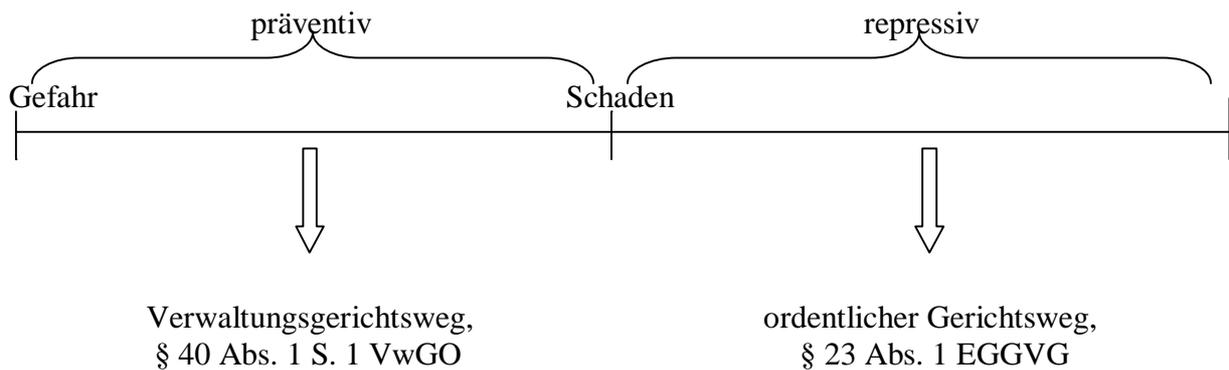
**V. Polizei als Behörde mit doppelter Funktion**

▪ **Präventiver Bereich**

- Gefahrenabwehr; hierauf konzentriert sich das Polizeiaufgabengesetz (PAG).
- Latein: prae = vor, venire = kommen → präventiv = zuvorkommend → die Polizei wird tätig, um dem Schadenseintritt zuvorzukommen.
- Gegen Maßnahmen der Polizei im präventiven Bereich steht der Verwaltungsgerichtsweg offen, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

▪ **Repressiver Bereich**

- Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.
- Latein: re = zurück, primere = drücken, drängen → repressiv = zurückdrängend → die Polizei wird tätig, um einen schon eingetretenen Schaden zurückzudrängen bzw. den Täter zu verfolgen.
- Gegen Maßnahmen im repressiven Bereich steht der ordentliche Gerichtsweg offen, § 23 Abs. 1 EGGVG.



**VI. Aufgaben der Polizei nach dem Polizeiaufgabengesetz (PAG)**

▪ **Gefahrenabwehr, Art. 2 Abs. 1 PAG**

Die Polizei soll Gefahren abwehren, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohen.

- Zur **öffentlichen Sicherheit** gehören:
  - Die objektive Rechtsordnung,

- die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates sowie sonstiger Träger von Hoheitsgewalt,
- die subjektiven Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen.

- **Zur öffentlichen Ordnung gehören:**

Alle Regeln, „deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches (= gutes) Zusammenleben angesehen wird“ (so die gängige Definition des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes);

→ kurz: alle aktuellen Regeln der Sitte und Moral (keine geschriebenen Rechtsnormen).

- **Schutz privater Rechte, Art. 2 Abs. 2 PAG**

Eigentlich ist es Aufgabe der Gerichte, private Rechte zu schützen. Der Bürger soll selbst entscheiden können, ob er seine Ansprüche, die sich aus dem Privatrecht (also Zivilrecht) ergeben, durchsetzen möchte. Ausnahmsweise kann in diesem Rahmen aber auch die Polizei präventiv tätig werden. Voraussetzungen dafür sind:

- Keine rechtzeitige Erlangung gerichtlichen Schutzes möglich;
- ohne polizeiliche Hilfe würde die Verwirklichung des betreffenden Rechts unmöglich oder wesentlich erschwert.

- **Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 1 PAG, der auch den Schutz von Individualrechtsgütern (Rechtsgüter, die dem Einzelnen zustehen) umfasst?**

Im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 PAGs muss ein öffentliches Interesse an der Sicherung des Individualrechtsguts bestehen.

- Ein solches öffentliches Interesse, besteht insbesondere, wenn ...
  - ✓ die Verletzung des Individualrechtsguts bestraft werden kann,
  - ✓ es um sehr wichtige Rechtsgüter geht (z. B. Menschenwürde),
  - ✓ es um Sachgüter geht, die im Interesse der Allgemeinheit erhaltens- und schutzwürdig sind (z. B. Busse privater Nahverkehrsunternehmen),
  - ✓ es um kollektive Rechtsgüter der Allgemeinheit geht (z. B. die öffentliche Wasserversorgung).

**Bsp. für ein Eingreifen nach Art. 2 Abs. 1 PAG:**

Erwin E führt Annette A in ein Restaurant aus. A macht sich so lange darüber lustig, wie E sein Besteck hält, bis E aus Wut seinen Rotwein über ihr weißes Kleid kippen will. Der zufällig anwesende Polizist P kann ihn gerade noch daran hindern. E hätte vorsätzlich das Kleid der A beschädigt. Das ist nach § 303 StGB strafbar. P hat also eine Aufgabe gemäß Art. 2 Abs. 1 PAG wahrgenommen.

**Bsp. für ein Eingreifen nach Art. 2 Abs. 2 PAG:**

E unterhält sich gut mit A. Sie ist aber so nervös, dass sie aus Versehen ihr Weinglas umstößt. Der Inhaber I des Restaurants will nun Schadensersatz für die beschädigte Tischdecke. Fahrlässige Sachbeschädigung ist nicht strafbar. A weigert sich aber, Schadensersatz zu leisten. I ruft die Polizei, damit sie die Identität der A feststelle. Ohne diese Daten wäre die Erhebung einer zivilgerichtlichen Klage für I sinnlos. Die Polizei nimmt hier eine (unterstützende) Aufgabe gemäß Art. 2 Abs. 2 PAG wahr. Eine direkte Durchsetzung des Schadensersatzanspruches durch die Polizei wäre dagegen nicht von Art. 2 Abs. 2 PAG gedeckt.

▪ **Vollzugshilfe, Art. 2 Abs. 3 PAG**

Wenn eine andere Behörde nicht über die nötigen Dienstkräfte verfügt oder aus anderen Gründen ihre Maßnahmen nicht selbst durchsetzen kann, kann sie die Polizei um Vollzugshilfe bitten (näher geregelt in Art. 50 bis 52 PAG).

▪ **Erfüllung weiterer, durch andere Rechtsvorschriften übertragener Aufgaben, Art. 2 Abs. 4 PAG**

z.B.: Ermittlungsbefugnisse bei der Strafverfolgung (§ 163 StPO), Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (§ 53 Abs. 1 OWiG).

**VII. Zuständigkeit, Art. 3 PAG**

Nicht immer, wenn es nach Art. 2 PAG Aufgabe der Polizei ist zu handeln, ist sie auch zuständig. Der Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 3 PAG verlangt dafür zusätzlich einen **Eilfall**: Es muss eine konkrete Gefahr gegeben sein, die durch eine andere für die Prävention zuständige (Fach-)Behörde nicht oder nicht rechtzeitig abgewehrt werden kann.

**VIII. Maßnahmeadressaten, Art. 7, 8, 10 PAG**

Die polizeilichen Maßnahmen sind gegen den richtigen Adressaten zu richten. Dieser wird Störer oder Verantwortlicher genannt. Er ist für die Gefahr verantwortlich, zu deren Beseitigung die Polizei die Maßnahme ergreift.

▲ Art. 7, 8, 10 PAG stellen nur die allgemeinen Regelungen der Verantwortlichkeit dar. Nennt eine Spezialnorm den Verantwortlichen/Störer selbst, darf auf diese generellen Normen nicht zurückgegriffen werden (Bsp.: Nach Art. 12 S. 2 PAG ist die in Art. 12 S. 1 PAG genannte Person die Verantwortliche/Störerin, gegen die sich die Maßnahme zu richten hat).

▪ **Verhaltensverantwortlicher/Handlungsstörer, Art. 7 PAG**

Nach Art. 7 Abs. 1 PAG ist richtiger Adressat der Maßnahme, wer die Gefahr verursacht hat. Die Gefahr kann auch durch ein Unterlassen verursacht worden sein, wenn der Betreffende zum Handeln verpflichtet war.

**Bsp.:** Hausmeister H ist dazu verpflichtet, den Schnee vor dem Haus wegzuräumen. Dadurch soll verhindert werden, dass Passanten ausrutschen und sich verletzen. Kommt H seiner Pflicht nicht nach, kann ihn die Polizei als Handlungsstörer dazu auffordern.

• **Unterfall des Zweckveranlassers**

Vom Zweckveranlasser selbst geht keine Gefahr aus. Er löst aber ein Verhalten anderer aus, das eine Gefahr darstellt. Gegen den Zweckveranlasser können Maßnahmen gerichtet werden, wenn er die Gefahr bewusst herbeigeführt hat oder sie zumindest billigend in Kauf genommen hat. Diese Konstruktion ist allerdings umstritten.

**Bsp.:** Eine Band gibt ein Konzert auf einem öffentlichen Platz. Die Fans geraten durch die Musik so in Rage, dass es zu Ausschreitungen kommt. Nimmt die Band das wenigstens billigend in Kauf, so können Maßnahmen auch gegen sie als Zweckveranlasserin gerichtet werden.

▪ **Zustandsverantwortlicher/Handlungsstörer, Art. 8 PAG**

Nach Art. 8 Abs. 1 PAG ist richtiger Adressat einer Maßnahme, wer Eigentümer einer Sache oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache ist, von der eine Gefahr ausgeht.

**Bsp.:** Ein alter Baum auf dem Grundstück des Eigentümers E droht auf die Straße zu stürzen. Die Polizei kann E anweisen, das zu verhindern.

▪ **Nichtverantwortlicher/Nichtstörer, Art. 10 PAG**

Unter den strengen Voraussetzungen des Art. 10 PAG können auch Maßnahmen gegen Personen gerichtet werden, die nicht nach Art. 7 und 8 PAG verantwortlich sind.

**Bsp.:** Aus dem Zoo ist ein Tiger entlaufen. Die Polizei weist den Tierarzt T an, sie bei der Suche zu unterstützen und sein Betäubungsmittelgewehr mitzunehmen.

**IX. Ermessen, Art. 4, 5 PAG**

Bei ihren Maßnahmen muss die Polizei den Ermessensgrundsatz berücksichtigen und ihr Ermessen fehlerfrei ausüben; s. Art. 5 PAG. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nur eine besondere Ausprägung des Ermessensprinzips. Er hat seinen Ursprung im Rechtsstaatsprinzip, das sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ableitet. Art. 4 PAG konkretisiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in einfachgesetzlicher Weise.

▪ **Ermessen, Art. 5 PAG**

● **Entschließungsermessen**

Es liegt schon im Ermessen der Polizei, **ob** sie überhaupt einschreitet = Opportunitätsprinzip.

**Bsp.:** Polizist P sieht, wie der schon betrunkene Obdachlose O wieder zur Flasche greift. Es besteht eine Gefahr für Os Gesundheit. Es ist jedoch Os Angelegenheit, ob er sich selbst schädigen möchte. Es liegt in Ps Ermessen, ob er O die Flasche wegnimmt.

In manchen Fällen steht der Polizei kein Ermessen mehr zu, ob sie eingreift. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das zu schützende Rechtsgut sehr gewichtig ist und die Gefahr akut ist (also der Schadenseintritt kurz bevorsteht) = Ermessensreduzierung auf Null.

**Bsp.:** Polizist P sieht, wie eine Schlägertruppe V zusammenschlägt. V liegt bereits am Boden und blutet. Wegen der Überzahl seiner Gegner hatte er von Anfang an keine Chance, sich erfolgreich zu wehren. Es besteht eine akute Gefahr für Vs Leben. Ps Entschließungsermessen ist auf Null reduziert; er muss eingreifen.

● **Auswahlermessen**

Auch bei der Wahl des konkreten Mittels und des richtigen Verantwortlichen („**Wie**“) kommt der Polizei Ermessen zu. Es muss die Wahl getroffen werden, die am wirksamsten der Gefahrenabwehr dient (□ Effektivität der Gefahrenabwehr).

**Bsp.:** Der Tanklasten des LKW-Fahrers L kippt auf das Grundstück des Eigentümers E. Es läuft Benzin auf das Grundstück. Es besteht eine Gefahr für die Sauberkeit des Grundwassers und damit die Gesundheit der Anwohner. Der Polizist P kann auswählen, ob er Maßnahmen gegen L als Handlungsverantwortlichen oder gegen E als Zustandsverantwortlichen erlässt.

● **Fehler bei der Ermessensausübung**

s. Allgemeines Verwaltungsrecht: Ermessennichtgebrauch, -fehlgebrauch, -überschreitung.

## ▪ **Verhältnismäßigkeit, Art. 4 PAG**

- **Geeignetheit** → Ist das Mittel zur Zweckerreichung förderlich bzw. nicht völlig untauglich?

- **Erforderlichkeit, Art. 4 Abs. 1 PAG**

→ Gibt es für den Adressaten eine weniger beeinträchtigende Maßnahme, welche die Gefahr in gleich effektiver Weise abwehrt?

**Bsp.:** Rudi R hält einen Rottweiler (zu den Kampfhunden gehörende Hunderasse). R ist kräftig gebaut. Wenn er seinen Hund an der Leine führt, kann er ihn auch zurückhalten, wenn dieser plötzlich losrennt. Es ist deshalb nicht erforderlich, R aufzuerlegen, den Rottweiler nur auf seinem Grundstück zu halten. Es genügt als milderer Mittel, zu verlangen, dass er dem Hund einen Maulkorb verpasst und ihn an der Leine führt, wenn er ihn in die Öffentlichkeit mitnimmt.

- **Angemessenheit, Art. 4 Abs. 2 PAG**

→ Führt die Maßnahme zu einem Nachteil, der außer Verhältnis zur erstrebten Gefahrenabwehr steht?

→ Grundsätzlich darf nicht zum Schutz geringwertigerer Rechtsgüter in höherwertige Rechtsgüter eingegriffen werden.

**Bsp.:** Ein Eingriff in das Leben eines Menschen zum Schutz von Eigentum ist nicht erlaubt.

- **Zeitliche Grenze, Art. 4 Abs. 3 PAG (Übermaßverbot)**

→ Wurde der Zweck der Maßnahme schon erreicht oder wird er nicht erreicht werden?

→ Wenn der Zweck schon erreicht wurde bzw. nicht erreicht werden wird, darf die Maßnahme nicht ergriffen werden bzw. muss sie beendet werden.

**Bsp.:** Der israelische Ministerpräsident M kommt für einen Staatsbesuch nach Deutschland. Er wohnt für diese Zeit im Berliner Luxushotel „Adlon“. Aus Angst um seine Sicherheit, zieht die Polizei einen „befriedeten Bannkreis“ um das Hotel. In diesem Bereich darf nicht demonstriert werden. Nach Ms Abreise besteht kein Grund mehr, diese Maßnahme aufrechtzuerhalten. Der Bannkreis muss aufgelöst werden.

## § 18 Befugnisnorm der Polizei (Erlaubnis, tätig werden zu dürfen)

Ist der Aufgabenbereich der Polizei eröffnet, ist sie nicht schon deshalb befugt zu handeln. Wegen des Gesetzesvorbehalts (→ kein belastendes staatliches Handeln ohne Gesetz) muss sich das polizeiliche Handeln auf eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm stützen. Diese sind in Art. 11 bis 48 PAG geregelt. In den Art. 53 bis 69 PAG finden sich dann Vollstreckungsbefugnisse (dazu unten).

### I. Standardmaßnahmen

Der Befugnis aus der Generalklausel gehen die speziellen Befugnisnormen der Polizei aus Art. 12 bis 48 PAG vor. Sie regeln Gefahrabwehrmaßnahmen, die in bestimmten Erscheinungsformen immer wiederkehren und sich daher standardisiert erfassen lassen.

Die Standardermächtigungen erlauben außerdem regelmäßig Eingriffe in besonders hochwertige Grundrechte und bedürfen daher einer genauen Regelung.

Beispiele:

### **1. Art. 13 PAG: Identitätsfeststellung**

Die Polizei hat die Möglichkeit, sich zu vergewissern, welche Personalien eine bestimmte Person hat. Das sind insbesondere Name, Vorname, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit, aber etwa nicht die Konfessionszugehörigkeit.

Eine solche Auskunft kann die Polizei nur unter den in Art. 13 Abs. 1 Nr. 1-6 bestimmten Umständen verlangen.

- Nr. 1 stellt auf das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ab. Das sind die gleichen Voraussetzungen wie bei der Generalklausel.
- Nr. 2 lit. a erlaubt die Feststellung bei Personen, die sich an einem Ort aufhalten, an dem wegen tatsächlicher Anhaltspunkte bestimmte Handlungen vorgekommen sind. Die Formulierung „auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte“ lässt eine abstrakte Gefahr genügen. Das ist eine Befugnisnorm für sogenannte Razzien, d.h. planmäßig durchgeführte Aktionen zur Identitätsprüfung eines größeren Personenkreises, vor allem um potentielle Straftaten zu vermeiden.
- Nr. 3 stellt auf den Aufenthalt von Personen in oder an einem besonders gefährdeten Objekt ab, soweit es Anhaltspunkte gibt, dass diese Personen dort Straftaten verüben wollen. Anhaltspunkte können z.B. Hinweise oder Analysedaten der Polizei sein. Hierbei genügt ebenfalls die abstrakte Gefahr für das Objekt bzw. sich darin und in unmittelbarer Nähe befindliche Personen.
- Nr. 4 erlaubt die Identitätsfeststellung von Personen, die eine polizeiliche Kontrollstelle passieren. Hauptanwendungsfall sind Kontrollstellen im Vorfeld von möglicherweise gewalttätigen Demonstrationen.
- Nr. 5 betrifft die so genannte Schleierfahndung. Die Polizei kann verdachtsunabhängig Grenzgebiete und Durchgangsstraßen kontrollieren. Durch das Schengen-Übereinkommen gibt es in Bayern und Deutschland keine Grenzkontrollen mehr, so dass diese Kontrolle an Bedeutung zugenommen hat. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Maßnahme ist jedoch umstritten. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat jedoch entschieden, dass die Schleierfahndung grundsätzlich zulässig ist. Aber er hat hinsichtlich der Durchsuchung mitgeführter Sachen die Rechte der Polizei insoweit eingeschränkt, als hierfür eine erhöhte abstrakte Gefahr gegeben sein muss.

Art. 13 Abs. 2 PAG nennt die zulässigen Mittel zur Feststellung. Die Polizei kann den Betroffenen befragen sowie die Aushändigung von Ausweispapieren verlangen. Die Polizei kann nach Art. 13 Abs. 2 S. 2 PAG die Person anhalten, d.h. sie am Weitergehen hindern.

Gemäß Art. 13 Abs. 2 S. 3 PAG kann der Betroffene auch festgehalten werden, d.h. ihm wird die körperliche Fortbewegungsfreiheit entzogen. Um das zu erreichen, ist als notwendige Zwischenmaßnahme auch die Mitnahme zur Wache als Begleitmaßnahme zulässig, wenn die Identität nicht vor Ort festgestellt werden kann. Nach Art. 13 Abs. 2 S. 4 PAG ist auch eine Durchsuchung der mitgeführten Sachen zulässig, die einen Hinweis auf die Identität geben können.

### **2. Art. 14 PAG: Erkennungsdienstliche Maßnahmen**

Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind nach Art. 14 Abs. 3 PAG insbesondere die Abnahme von Fingerabdrücken und die Aufnahme von Lichtbildern. Das ist nur in zwei Szenarien zulässig:

1. Eine Identitätsfeststellung ist auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich. Die Identitätsfeststellung müsste jedoch rechtmäßig sein, da sonst auch die erkennungsdienstliche Maßnahme rechtswidrig ist.
2. Die erkennungsdienstliche Maßnahme ist zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist, und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht.

Nach Art. 15 Abs. 1 Nr. 2 PAG ist eine Vorladung der Person zur Vornahme der erkennungsdienstlichen Maßnahmen möglich.

Der Betroffene hat einen Anspruch auf Vernichtung der erkennungsdienstlichen Unterlagen nach Art. 14 Abs. 2 PAG, wenn der Zweck nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 PAG erreicht wurde. Dieser Anspruch folgt aber auch bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, denn nach der Zweckerreichung müssen weiter wirkende Beeinträchtigungen beendet werden. Es dürfen also keine Anhaltspunkte mehr für eine zukünftige Verwendung der Unterlagen bestehen.

### **3. Art. 17 PAG: (Schutz-)Gewahrsam**

Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen. Das ist unter verschiedenen Umständen möglich:

- Nr. 1: Der Gewahrsam ist zum Schutz der Person für ihr Leib oder Leben erforderlich. Das gilt insbesondere, wenn sich eine Person selbst gefährdet. Beispiel: Volltrunkenheit, drohender Selbstmord.
- Nr. 2: Ein Gewahrsam ist unerlässlich, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Es handelt sich um einen Präventivgewahrsam.
- Nr. 3: Eine Ingewahrsamnahme ist auch zur Durchsetzung eines Platzverweises möglich. Grundsätzlich ist damit nur das Festhalten des Betroffenen in einer speziellen Gewahrsamseinrichtung (Zelle) erlaubt.

Zur Durchsetzung eines Platzverweises haben sich jedoch zwei Sonderformen entwickelt: der Verbringungs- und der Rückführungsgewahrsam. Bei dem Rückführungsgewahrsam bringt die Polizei die Personen in ihre Heimatstadt zurück. Bei dem Verbringungs-gewahrsam fährt die Polizei Personen an einen anderen Ort, wo sie nicht mehr stören können. Der Abtransport von Personen ohne Verbringung in eine Gewahrsamseinrichtung ist jedoch nicht mehr von Art. 17 PAG erfasst und somit rechtswidrig.

Nach Art. 17 Abs. 2 und 3 PAG kann der Gewahrsam überdies zum Schutz des Sorgerechts und des Strafvollzugs erfolgen.

Bei einer Freiheitsentziehung müssen weitere Voraussetzungen beachtet werden. Nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 PAG hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Ein Gewahrsam von mehr als drei Stunden ohne richterliche Entscheidung ist unzulässig, da er einen Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG darstellt. Das gilt jedoch nicht, wenn die richterliche Entscheidung nach Art. 18 Abs. 1 S. 2 PAG entbehrlich ist.

Weiterhin muss auch der Grund der Ingewahrsamnahme bekanntgegeben werden, Art. 19 Abs. 1 PAG; und zudem muss dem Betroffenen Gelegenheit zur Benachrichtigung von Angehörigen oder einer Vertrauensperson gegeben werden; Art. 19 Abs. 2 PAG.

Die Person in Gewahrsam ist nicht mit Strafgefangenen und auch nur mit Personen des eigenen Geschlechts unterzubringen; Art. 19 Abs. 3 PAG.

Die Dauer der Ingewahrsamnahme kann mit richterliche Anordnung bis zu 14 Tagen dauern, Art. 20 PAG. Ohne richterliche Anordnung darf niemand länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in Gewahrsam gehalten werden.

### **Beispiel:**

Der Südafrikaner S studiert in Berlin. Als er mit dem Zug nach Hamburg fahren möchte, wird er am Bahnhof von zwei Polizisten angehalten und nach seinen Personalien befragt. Die Polizisten kontrollieren regelmäßig am Bahnhof, weil dort Schwarzafrikaner Drogenhandel betreiben und es bereits zu Festnahmen gekommen ist. Sind die Maßnahmen der Polizei rechtmäßig?

## **Prüfung der Rechtmäßigkeit**

### **I. Identitätsfeststellung**

#### **1. Rechtsgrundlage**

- Die Polizisten haben von S verlangt, seine Identität preiszugeben. Für diese Verfügung müssen die Polizisten eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage haben, denn sie greifen in die Grundrechte von S ein. Dies folgt aus dem Vorbehalt des Gesetzes.
- Zunächst ist vorrangig zu prüfen, ob ein Spezialgesetz der Polizei dieses Recht einräumt.
- Da dies nicht der Fall ist, kommen die Standardmaßnahmen nach Art. 12 ff. PAG und die Generalklausel nach Art. 11 PAG in Betracht. Voraussetzung für deren Anwendbarkeit ist, dass die Polizei präventiv zur Gefahrenabwehr tätig wird.
- Hier kommt eine Ermächtigungsgrundlage nach Art. 13 Abs.1 Nr. 2a lit.aa PAG in Betracht.

#### **2. Formelle Rechtmäßigkeit**

- a) Zuständigkeit der Polizei
  - Normalerweise sind die Sicherheitsbehörden für die Gefahrenabwehr zuständig. Im Eilfall ist jedoch nach Art. 2 Abs.1, 3 PAG die Polizei zuständig. Ein Eilfall liegt vor, wenn die Sicherheitsbehörde die Gefahr nicht mehr rechtzeitig bekämpfen kann oder aufgrund ihrer sachlichen oder personellen Ausstattung dazu nicht in der Lage ist.
  - Die Polizei ist auch landesweit örtlich zuständig, Art. 3 Abs.1 POG.
- b) Form
  - Die Polizisten erlassen gegenüber S eine Regelung, dass er stehen bleiben soll. Es handelt sich somit um einen Verwaltungsakt.
  - Ein Verwaltungsakt kann nach Art. 37 Abs.2 BayVwVfG mündlich erlassen werden.
- c) Verfahren
  - Grundsätzlich ist der Betroffene vor dem Erlass eines Verwaltungsaktes anzuhören. Eine solche Anhörung ist jedoch nach Art. 28 Abs.2 Nr. 1 Bay VwVfG entbehrlich, da es sich um einen Eilfall handelt.

#### **3. Materielle Rechtmäßigkeit**

- Die Verfügung der Polizisten ist nur rechtmäßig, wenn sie vom Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfasst ist, S ein Störer ist und die Polizisten ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt haben.

- Gemäß Art. 13 Abs.1 Nr. 2a lit.aa PAG müsste sich S an einem Ort aufhalten, von dem aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben.
  - Tatsächliche Anhaltspunkte für Straftaten setzen keine rechtskräftigen Verurteilungen voraus. Es genügt, dass die Polizei Informationen hat, die auf einen Drogenhandel hinweisen.
  - S müsste sich an diesem Ort auch aufgehalten haben. „Aufenthalt“ setzt nach dem normalen Sprachgebrauch eine längere Verweildauer voraus. Das bloße Ein- und Aussteigen am Bahnhof reicht dafür nicht aus.

Ergebnis: Die Maßnahme war rechtswidrig.

## II. Anhalten

### 1. Rechtsgrundlage

- Die Polizisten haben S am Bahnhof angehalten. Anhalten meint ein kurzes Stoppen der Person. Auch für diesen Eingriff in die Grundrechte des S benötigen die Polizisten eine Ermächtigungsgrundlage.
- Hier kommt eine Ermächtigungsgrundlage nach Art. 13 Abs.1 Nr. 2a lit.aa, Abs.2 Fall 1 PAG in Betracht. Danach kann die Polizei insbesondere die Person anhalten.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Verfügung (s.o.)

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

- Die Verfügung der Polizisten ist nur rechtmäßig, wenn sie vom Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfasst ist, S ein Störer ist und die Polizisten ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt haben.
- Gemäß Art. 13 Abs.2 Fall 1 PAG ist das Anhalten „zur Feststellung der Identität“ gemäß Art. 13 Abs.2 S.1 PAG erlaubt. Es handelt sich um eine sog. Begleitmaßnahme. Diese Begleitmaßnahme ist nur dann rechtmäßig, wenn auch die Grundmaßnahme rechtmäßig ist (sog. Konnexität).
- Da die Identitätsfeststellung rechtswidrig ist, gilt dies auch für die Begleitmaßnahme des Anhaltens.

Ergebnis: Die Identitätsfeststellung des S war rechtswidrig. Das Anhalten war somit auch rechtswidrig.

## II. Generalklausel, Art. 11 PAG

Nach Art. 11 Abs. 1 PAG darf die Polizei handeln, wenn eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt und keine spezielle Befugnisnorm (Art. 12 bis 48 PAG) einschlägig ist. Zu den Begriffen „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ schon oben (→ Aufgaben der Polizei nach dem PAG). In der Praxis kommt Art. 11 PAG sehr häufig zur Anwendung.

## § 19 Dritter Beispielfall

### Sachverhalt

Im Nachbarhaus der Hilde H wird eine Party gefeiert. Die Musik und der allgemeine Lärm der Feiern sind sehr laut. H kann nicht schlafen. Sie bittet ihren Nachbarn N, die Musik leiser zu stellen. Zunächst tut er das auch. Eine halbe Stunde später ist die Musik aber so laut wie davor. H ruft die Polizei. Der Polizist P fordert N auf, die Party aufzulösen.

War die Anordnung des P rechtmäßig?

### Lösung

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Es gibt keine spezielle Befugnisnorm für die Anordnung zur Auflösung einer Party. P handelte daher auf Grundlage der Generalklausel, Art. 11 Abs. 1 PAG.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme muss formell rechtmäßig sein. Hierbei ist Ps Zuständigkeit, das Verfahren und die Form zu prüfen.

##### 1. Zuständigkeit

P muss zuständig gewesen sein.

##### a) Sachliche Zuständigkeit

Zunächst ist seine sachliche Zuständigkeit zu prüfen.

##### aa) Aufgabeneröffnung

Der Aufgabenbereich der Polizei muss eröffnet gewesen sein.

##### (1) Art. 2 Abs. 1 PAG

Die Polizei ist nach Art. 2 Abs. 1 PAG zuständig, wenn eine **abstrakte** Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt. Zur öffentlichen Sicherheit gehören die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen, die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates sowie sonstiger Träger von Hoheitsgewalt und die objektive Rechtsordnung.

Es kann allgemein davon ausgegangen werden, dass eine Party mit lauter Musik mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Beeinträchtigung der Gesundheit der Nachbarn führt, die auf Grund der Lautstärke nicht schlafen können. Damit ist eine **abstrakte** Gefahr für ein individuelles Rechtsgut gegeben.

Auf den wenig fassbaren Begriff der öffentlichen Ordnung kommt es dann nicht mehr an.

##### (2) Art. 2 Abs. 2 PAG

Nach Art. 2 Abs. 2 PAG ist die Polizei zum Schutz zivilrechtlicher Ansprüche zuständig, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeilichen Schutz die Durchsetzung des Anspruchs unmöglich oder wesentlich erschwert würde.

Als Nachbar einer Person, die eine laute Feier gibt, kann man einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB haben. Dabei ist es jedoch für den Betroffenen nutzlos, wenn er den Anspruch erst am nächsten Tag vor Gericht geltend machen kann. Sein Eigentum wird im dem Moment, in dem die Feier stattfindet, durch den Lärm beeinträchtigt. Es ist all-

gemein möglich, dass sein Anspruch ohne polizeiliches Einschreiten nicht oder viel schwieriger durchgesetzt werden kann.

Der polizeiliche Aufgabenbereich ist also insgesamt eröffnet.

### **bb) Subsidiaritätsgrundsatz, Art. 3 PAG**

In der Nacht kann auch keine andere zuständige Behörde zur Gefahrenabwehr erreicht werden.

P war mithin sachlich zuständig.

### **b) Örtliche Zuständigkeit, Art. 3 POG**

Die örtliche Zuständigkeit der Polizei richtet sich nach Art. 3 POG und ist hier gegeben.

P war demgemäß sachlich und örtlich zuständig.

## **2. Verfahren**

Die Anordnung, die Party aufzulösen, ist als ein belastender Verwaltungsakt anzusehen. N musste deshalb angehört werden; Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG. P hat die Maßnahme mündlich erlassen. In dieser Gesprächssituation hatte N auch die Gelegenheit, sich zu äußern. Außerdem war die Anhörung hier sogar wegen des Eilfalls (nur dann ist die Polizei zuständig, siehe oben) ohnehin entbehrlich; Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG.

### **3. Form, Art. 37 BayVwVfG**

Bei Verwaltungsakten ist keine bestimmte Form einzuhalten. Sie können auch mündlich ergehen; Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG.

Ps Anordnung, die Party aufzulösen, war damit formell rechtmäßig.

## **II. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Anordnung muss auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

Nach Art. 11 Abs. 1 PAG muss eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben sein. Das wird noch konkretisiert durch Art. 11 Abs. 2 PAG.

#### **a) Konkrete Gefahr für die Gesundheit der H**

Tatsächlich hält die laute Musik und der allgemeine Partylärm H vom Schlafen ab. Damit besteht eine konkrete Gefahr für Hs Gesundheit. Die Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 Nr. 3 PAG sind gegeben. Zugleich ist dieses Individualrechtsgut Teil der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Art. 11 Abs. 1 PAG.

#### **b) Tatsächlicher Anspruch der H nach § 1004, der sich ohne polizeiliche Hilfe nicht durchsetzen lässt**

Stellt man auf Art. 11 Abs. 2 PAG ab, ist weiterhin zu prüfen:

Zudem könnte sie einen Anspruch gemäß § 1004 BGB haben, zu dessen Durchsetzung sie die Unterstützung der Polizei benötigt. Sie ist nicht verpflichtet, Lärm zu erdulden, der sie vom Schlafen abhält. Sie hat daher einen Anspruch auf Beseitigung der Störung ihres Eigentums nach § 1004 BGB. Um diesen durchzusetzen, hat sie N gebeten, die Musik leiser zu stellen. Daran hielt sich N nicht sehr lange. H benötigt also die Hilfe der Polizei, um ihren Anspruch durchzusetzen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 1 und 2 PAG sind also gegeben.

## **2. Rechtsfolge**

P darf bei der Maßnahme, die nach dem Gesetz in seinem Ermessen steht, keine Ermessensfehler gemacht haben, sie muss insbesondere verhältnismäßig sein.

### **a) Ermessen, Art. 5 PAG**

P standen ein Entschließungs- und Auswahlermessen zu.

#### **aa) Entschließungsermessen**

P konnte nach freiem Ermessen entscheiden, ob er einschreiten will. Gerade da H offensichtlich nicht selbst für die Durchsetzung ihrer Rechte sorgen konnte, war es rechtmäßig, dass P sich für ein Tätigwerden entschied.

#### **bb) Auswahlermessen**

P konnte seine Anordnung gegenüber N oder den Partygästen treffen. N ist als (Mit-) Verursacher des Lärms Handlungsverantwortlicher im Sinne des Art. 7 PAG. Ihm gehört ferner die Wohnung. Somit steht es auch in seiner Macht, zu entscheiden, was in dieser passiert. Daher ist er auch Zustandsverantwortlicher nach Art. 8 PAG. Die Partygäste sind ebenfalls Handlungsverantwortliche. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass sie auf N hören werden, wenn er die Musik abschaltet und die Leute bittet, nach Hause zu gehen. Daher war es für die Gefahrenabwehr am effektivsten, die Anordnung gegenüber N zu treffen.

Ps Anordnung erging ermessensfehlerfrei.

### **b) Verhältnismäßigkeit, Art. 4 PAG**

Die Maßnahme ist außerdem verhältnismäßig, wenn sie für die Gefahrenabwehr geeignet, erforderlich und angemessen war.

#### **aa) Geeignetheit**

Wenn die Party aufgelöst wird, hört der Lärm auf. Dadurch kann H schlafen und ihr Beseitigungsanspruch wird durchgesetzt. Die Anordnung, die Feier aufzulösen, war also geeignet.

#### **bb) Erforderlichkeit**

Möglicherweise gab es aber für N mildere, gleich effektive Mittel. P hätte N zum Beispiel darum bitten können, die Musik leiser zu stellen und überhaupt darauf zu achten, dass seine Gäste nicht zu laut werden. Das hatte H aber schon getan. Der Erfolg war nur von kurzer Dauer. Die Anordnung, die Party zu beenden, war daher auch erforderlich.

#### **cc) Angemessenheit**

Um die Angemessenheit bewerten zu können, müssen die verschiedenen betroffenen Interessen miteinander abgewogen werden. Auf der einen Seite steht Hs Gesundheit und ihr zivilrechtlicher Anspruch auf Beseitigung/Unterlassung. Auf der anderen Seite steht Ns Recht, seine Wohnung – sein Eigentum – für Feiern zu nutzen. Gerade die Gesundheit ist ein sehr wichtiges Rechtsgut. Ns Interesse an lautstarken Partys wiegt das nicht auf. Ps Anordnung war somit auch angemessen.

Ps Maßnahme ist demzufolge auch verhältnismäßig und damit insgesamt materiell rechtmäßig.

## **Ergebnis**

Ps Maßnahme war rechtmäßig.

## § 20 Polizeirechtlicher Zwang

Die Durchsetzung polizeilicher Verfügungen wird in Art. 53 bis 69 PAG geregelt. Es handelt sich dabei grundsätzlich um ein **sogenanntes gestrecktes Verfahren**, das in einigen Fällen auch noch abgekürzt werden kann (s. unter IV.).

Folgende Punkte sind dabei wichtig:

### I. Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen, Art. 53 Abs. 1 PAG

Zunächst ist eine Grundverfügung der Polizei erforderlich, die auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist. Das kann z.B. die Verfügung sein, dass Gewahrsam angeordnet wird. Diese Grundverfügung muss dem Adressaten bekannt gegeben werden. Erst dann ist sie wirksam.

Die Grundverfügung muss auch vollstreckbar sein. Das bedeutet vor allem, dass sie sofort vollziehbar bzw. bestandskräftig sein muss und nicht rechtlich unmöglich sein darf.

Es kommt allerdings nicht darauf an, dass die Grundverfügung rechtmäßig ist. Um die Effektivität der Gefahrenabwehr zu gewährleisten, muss die Polizei schnell handeln können. Auf die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung kommt es daher in diesem Moment nicht an (keine Konnexität auf der Sekundärebene erforderlich). Dies gilt nicht, wenn die Polizei einen Kostenbescheid für die Vollstreckungsmaßnahme erhebt. Der Bürger ist zur Kostentragung nur verpflichtet, wenn die Grundmaßnahme und die Vollstreckungsmaßnahme rechtmäßig waren (sog. doppelte Konnexität).

### II. Ordnungsgemäßes Vollstreckungsverfahren

#### 1. Auswahl des Zwangsmittels

Die Polizei muss die Vollstreckung ordnungsgemäß durchführen. Das bedeutet, sie muss zunächst das richtige Zwangsmittel auswählen (Art. 54 Abs. 1 PAG). Es gibt drei Möglichkeiten: die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld und den unmittelbaren Zwang.

- Die Ersatzvornahme (Art. 55 PAG) erzwingt eine vertretbare Handlung. Das kann nur positives Tun sein, denn eine Duldung oder eine Unterlassung sind immer höchstpersönlich und damit unvertretbar. Die Polizei kann die Handlung selbst ausführen oder einen Dritten mit der Ausführung beauftragen.  
Beispiel: Fällen eines Baumes, der auf die Straße zu stürzen droht.
- Das Zwangsgeld (Art. 56 PAG) dient der Durchsetzung höchstpersönlicher oder vertretbarer Verpflichtungen. Der Betroffene soll durch die Beugung seines Willens zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden. Zahlt der Betroffene das Geld nicht, so kann er später auf Anordnung des Verwaltungsgerichts in Ersatzzwanghaft (Art. 57 PAG) genommen werden.
- Der unmittelbare Zwang (Art. 58 PAG) ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, Hilfsmittel oder Waffen (Art. 61 PAG). Der unmittelbare Zwang ist ultima ratio und kommt erst in Betracht, wenn die anderen Zwangsmittel keinen Erfolg versprechen.  
Beispiel: Wegtragen eines Demonstranten.

#### 2. Androhung

Die Anwendung eines Zwangsmittels muss dem Betroffenen vorher angekündigt werden. Es muss eine sogenannte Androhung stattfinden (Art. 54 Abs. 2 PAG). Damit wird dem Betroffenen deutlich gemacht, welche genauen Zwangsmaßnahmen auf ihn zukommen können.

Die Ersatzvornahme und das Zwangsgeld müssen grundsätzlich vorher schriftlich angedroht werden (Art. 59 PAG). Dazu gibt es Ausnahmen, z.B. wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels notwendig ist. Dem Betroffenen muss eine angemessene Frist zur Erfüllung der Verpflichtung zugestanden werden.

Bei unmittelbarem Zwang kann die Androhung (Art. 60, 64 PAG) auch mündlich ergehen. Für die Androhung eines Schusswaffengebrauchs kann auch ein Warnschuss abgegeben werden. Auf eine Androhung kann nur verzichtet werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben erforderlich ist. Bei Gebrauch von Schusswaffen gegen eine Menschenmenge muss die Androhung immer ergehen, damit sich Unbeteiligte noch entfernen können.

### 3. Anwendung

Weiterhin ist es erforderlich, dass die Polizei das Zwangsmittel entsprechend ihrer Androhung umsetzt. Es ist aber auch zulässig, ein mildereres Zwangsmittel stattdessen anzuwenden.

Für die Anwendung unmittelbaren Zwangs gelten besondere Vorschriften. Das gilt für die Fesselung von Personen (Art. 65 PAG), den Gebrauch von Schusswaffen allgemein gegen Personen (Art. 66, 67 PAG) und gegen Personen in einer Menschenmenge (Art. 66, 68 PAG).

### III. Ermessen

Schließlich hat die Polizei auch bei der Vollstreckung ein Ermessen, das sie ordnungsgemäß ausüben muss. Sie hat auch hier sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen.

- Das Entschließungsermessen betrifft das „Ob“ der Vollstreckung. Die Vollstreckung muss überhaupt erforderlich sein, das heißt, das Abwarten der freiwilligen Befolgung darf nicht ebenso effektiv sein. Ein Entschließungsermessen besteht allerdings nicht, wenn das von einem Weisungsberechtigten angeordnet wird (Art. 62 PAG).
- Das Auswahlermessen betrifft das „Wie“ der Vollstreckung. Die Polizei muss ihr Ermessen hinsichtlich der Auswahl des Zwangsmittels und seiner Anwendung richtig ausgeübt haben. Insbesondere muss das mildeste Zwangsmittel ausgewählt worden sein. Schließlich muss sich die Maßnahme gegen den richtigen Störer richten.

### IV. Andere Vollstreckungsmöglichkeiten

Neben dem gestreckten Verfahren gibt es noch zwei andere Vollstreckungsmöglichkeiten: den Sofortvollzug und die unmittelbare Ausführung.

- Der **Sofortvollzug** kommt zur Anwendung, wenn die Gefahrenabwehr sehr eilbedürftig ist und deshalb eine Grundverfügung nicht erlassen zu werden braucht.
- Bei der **unmittelbaren Ausführung** handelt die Polizei wegen Abwesenheit des Störers gleichsam mit dessen vermuteter Zustimmung, nicht mit Zwang.

## § 21 Vierter Beispielfall: Abgeschleppt

### Sachverhalt

A hat sein Auto direkt vor einer Feuerwehrausfahrt geparkt. Ein Nachbar sieht dies zufällig und ruft die Polizei. Da A nirgends zu finden ist, lassen die Polizisten einen Abschleppdienst kommen. War diese Maßnahme rechtmäßig?

### Lösung

#### Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

- Der Abschleppvorgang ist eine Vollstreckungsmaßnahme. Die besondere Schwierigkeit ist hierbei, dass der zu vollstreckende Verwaltungsakt nicht bekannt gegeben werden kann, da der Fahrer des abzuschleppenden Autos nicht da ist. Ein angeordnetes Wegfahrgebot muss daher als fiktive Grundverfügung unterstellt werden.
- Bei einer fiktiven Grundverfügung greift das gestreckte Vollstreckungsverfahren nicht ein. Vielmehr kommen hierbei der Sofortvollzug oder die unmittelbare Ausführung in Betracht. Es handelt sich nur dann um einen Sofortvollzug, wenn die Grundverfügung nur aufgrund der Eilbedürftigkeit erlassen wurde. In diesem Fall war jedoch der betroffene Autofahrer nicht anwesend, weshalb die Polizei ihn nicht zum Wegfahren auffordern konnte. Daher liegt eine unmittelbare Ausführung vor. Die Rechtsgrundlage ist somit Art. 9 Abs. 1 PAG.

##### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Zuständigkeit der Polizei
  - Die Zuständigkeit der Polizei ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 3 PAG.
- b) Verfahren
  - Eine Anhörung nach Art. 28 Abs.1 BayVwVfG ist nur bei Verwaltungsakten erforderlich. Bei der unmittelbaren Ausführung handelt es sich um einen Realakt. Eine Anhörung ist daher entbehrlich.
  - Die sofortige Benachrichtigung nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 PAG ist keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung.

##### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

- Die unmittelbare Ausführung ist materiell rechtmäßig, wenn es sich um eine vertretbare Handlung handelt, die Behörde nur mangels Adressaten keine entsprechende Anordnung trifft und die Grundverfügung selbst formell und materiell rechtmäßig ist.
  - (1) Maßnahme ist eine vertretbare Handlung
    - Eine vertretbare Handlung liegt vor, wenn die Maßnahme von einem Dritten durchgeführt werden kann. Hier handelt es sich um das Wegfahren eines Autos. Dies kann anstelle des Störers die Polizei oder der Abschleppdienst tun.
  - (2) Bekanntgabe der Grundverfügung fehlt wegen Abwesenheit des Adressaten
    - Das Wegfahrgebot ist dem A nur deshalb nicht bekannt gegeben worden, weil er nicht auffindbar war.
  - (3) Rechtmäßigkeit einer fiktiven Grundverfügung (Konnexität)
    - (a) Ermächtigungsgrundlage

- Die Polizei hätte ihr Wegfahrgebot mangels speziellerer Vorschriften auf die Generalklausel von Art. 11 Abs. 1 PAG gestützt.
- (b) Formelle Rechtmäßigkeit
1. Zuständigkeit der Polizei
    - Die Polizei ist gemäß Art. 11 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1, 3 PAG in diesem Eilfall zuständig.
  2. Verfahren
    - Eine Anhörung ist bei einer fiktiven Grundverfügung mangels eines Adressaten sinnlos und daher nicht erforderlich.
- (c) Materielle Rechtmäßigkeit
1. Tatbestand von Art. 11 Abs. 1 PAG
    - Art. 11 Abs. 1 PAG erfordert eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Zur öffentlichen Sicherheit gehört auch die objektive Rechtsordnung. Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 StVO ist das Parken vor einer Feuerwehrezufahrt nicht gestattet. Durch den Verstoß gegen die Vorschriften der StVO ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben.
  2. Störereigenschaft des A
    - A ist durch das Parken ein fiktiver Verhaltensstörer nach Art. 7 Abs. 1 PAG sowie ein Zustandsstörer als Halter des Autos nach Art. 8 Abs. 1 PAG.
  3. Ermessen der Polizei
    - Gemäß Art. 11 Abs. 1 PAG steht der Polizei Ermessen zu. Für eine fehlerhafte Ausübung des Ermessens gibt es keine Anhaltspunkte.

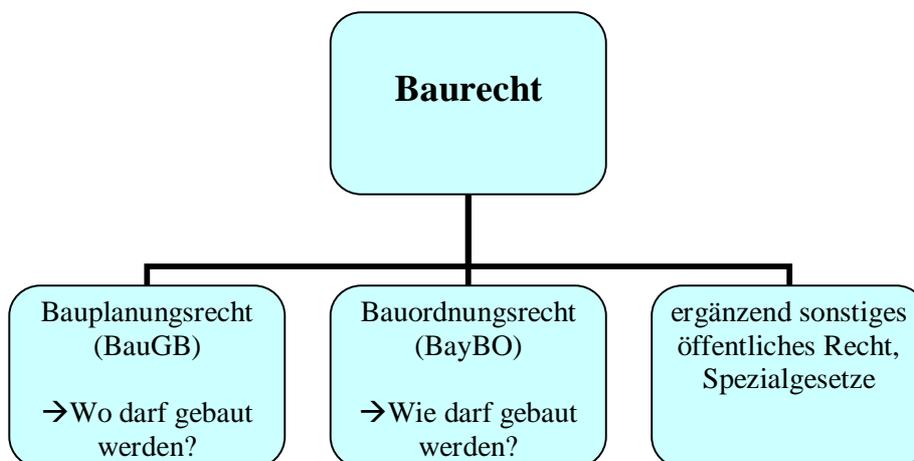
## Vierter Teil: Baurecht

### § 22 Bauplanungsrecht

#### I. Abgrenzung: Bauplanungsrecht ↔ Bauordnungsrecht

Das **Bauplanungsrecht** ist im Baugesetzbuch (BauGB) geregelt. Es befasst sich mit dem Recht der Ortsplanung durch die Gemeinden und der Zulässigkeit der Nutzung des Grundes und Bodens.

Das **Bauordnungsrecht** ist in Ländergesetzen geregelt (in Bayern: Bayerische Bauordnung (BayBO)). Es befasst sich mit dem einzelnen Bauwerk, das heißt den sicherheitsrechtlichen Anforderungen an bauliche Anlagen, und dem bauaufsichtlichen Verfahren.

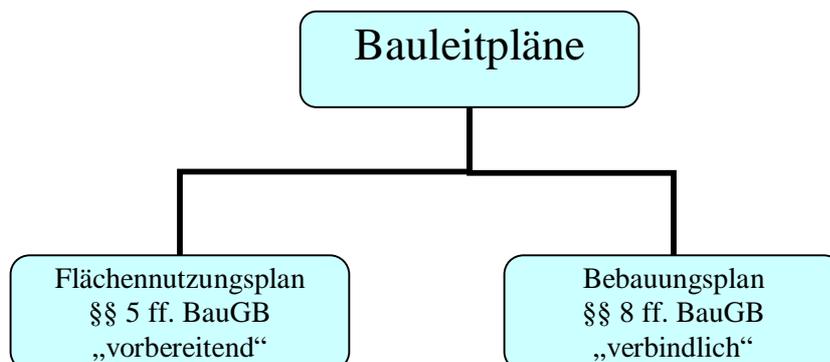


#### II. Flächennutzungsplan und Bebauungsplan

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB sind die Bauleitpläne von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen. Das ist Ausfluss der kommunalen Planungshoheit, die verfassungsrechtlich nach Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet ist.

Aus § 1 Abs. 2 BauGB ergibt sich ein zweistufiges System für die Bauleitplanung. Zu unterscheiden sind:

- der vorbereitende Bauleitplan (Flächennutzungsplan)
- der verbindliche Bauleitplan (Bebauungsplan)



## 1. Flächennutzungsplan

Die Gemeinde hat gemäß § 5 BauGB in einem Flächennutzungsplan die beabsichtigte Bodennutzung für das gesamte Gemeindegebiet darzustellen. Die verschiedenen Möglichkeiten der Darstellung ergeben sich aus § 5 Abs. 2 BauGB, wobei die Aufzählung keinesfalls abschließend ist. Der Flächennutzungsplan ist im Gegensatz zum Bebauungsplan wie gesehen ein nur vorbereitender Bauleitplan.

## 2. Bebauungsplan

Der Bebauungsplan wird auf der Grundlage des Flächennutzungsplanes entworfen und trifft verbindliche Festsetzungen für die Bebauung (§ 8 Abs.1 S. 1 BauGB). Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB sollen die einzelnen Bebauungspläne für die verschiedenen Teilräume des Gemeindegebietes aus einem schon vorhandenen, für den Gesamttraum erstellten Flächennutzungsplan entwickelt werden (**Entwicklungsgebot**). Der baulichen Entwicklung der Gemeinde soll eine in sich stimmige Konzeption zu Grunde liegen. Eine Abweichung von Festsetzungen im Bebauungsplan von denen im Flächennutzungsplan ist dabei im Einzelfall durchaus möglich.

Im so genannten **Parallelverfahren** gemäß § 8 Abs. 3 BauGB können Bebauungsplan und Flächennutzungsplan auch gleichzeitig aufgestellt, geändert oder ergänzt werden.

Eine Ausnahme zum Entwicklungsgebot stellt der vorzeitige Bebauungsplan gemäß § 8 Abs. 4 BauGB dar, wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein Bebauungsplan auch vor dem Flächennutzungsplan aufgestellt werden kann.

Der Bebauungsplan bezieht sich im Gegensatz zum Flächennutzungsplan meist nur auf Teile des Gemeindegebietes (§ 9 Abs. 7 BauGB). Die Festsetzungsmöglichkeiten sind abschließend in § 9 Abs. 1 BauGB aufgezählt. Man spricht hierbei vom „**numerus clausus**“ **der möglichen Festsetzungen**. Nähere Bestimmungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung von Grundstücken finden sich in der BauNVO (Baunutzungsverordnung), die § 9 BauGB ergänzt. Darüber hinaus sind **landesrechtliche Festsetzungen** über § 9 Abs. 4 BauGB in Verbindung mit Art. 81 BayBO zulässig.

## 3. Planungsverfahren



#### 4. Rechtsschutz gegen Bauleitpläne

##### a) Normenkontrollverfahren, § 47 VwGO

Tauglicher Prüfungsgegenstand nach § 47 Abs. 1 Nr. 1, 2 VwGO können stets nur so genannte untergesetzliche Normen sein. Der Bebauungsplan ergeht gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung und ist damit tauglicher Prüfungsgegenstand. Dem Flächennutzungsplan hingegen kommt keine Rechtsnormqualität zu. Er ist somit im Rahmen eines Normenkontrollantrages nicht überprüfbar. Prüfungsmaßstab ist das gesamte Recht.

##### b) Popularklage zum BayVerfGH, Art. 98 S. 4 BV

Prüfungsmaßstab ist dabei die Bayerische Verfassung, also grundsätzlich nicht das BauGB und die BayBO.

##### c) Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, Art. 93 I Nr. 4a GG

Voraussetzung ist, dass Festsetzungen des Bebauungsplanes den Einzelnen unmittelbar in seinen Rechten betreffen. Zu beachten ist jedoch die Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 BVerfGG, das heißt, dass zuvor ein Normenkontrollverfahren (→ a) durchlaufen werden musste.

### III. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens

#### 1. Anwendbarkeit der §§ 30–37 BauGB

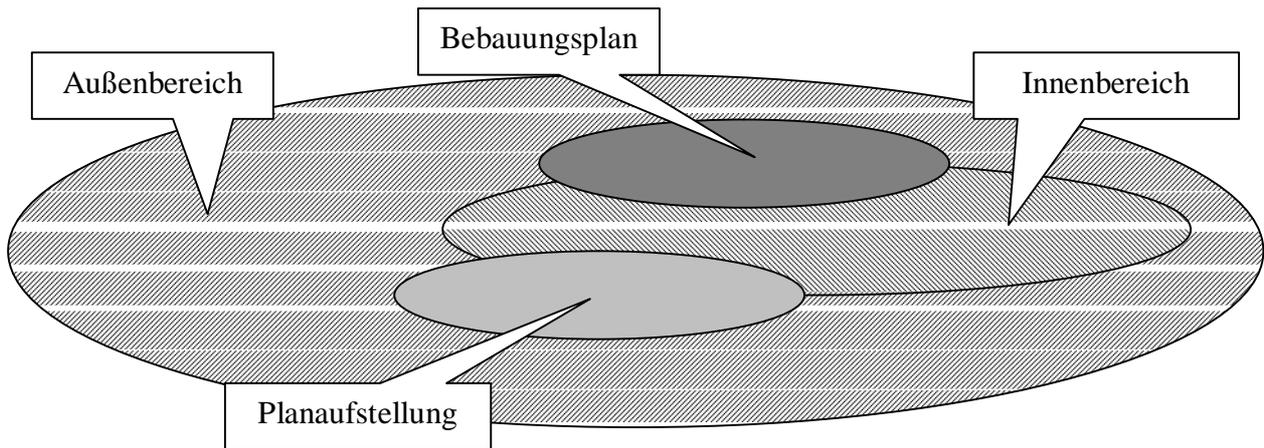
Für die Anwendbarkeit der §§ 30–37 BauGB müssen die Voraussetzungen des § 29 BauGB vorliegen. Dieser erfasst:

- die Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung von baulichen Anlagen
- Aufschüttungen, Abgrabungen, Ausschachtungen, Ablagerungen, Lagerstätten

Die Definition einer baulichen Anlage im Sinn von § 29 Abs. 1 BauGB ist weitgehend deckungsgleich mit der Begriffsbestimmung der baulichen Anlage aus Art. 2 Abs. 1 BayBO (siehe unten zum Bauordnungsrecht Punkt B.II.), die aber als landesgesetzliche Bestimmung des Bauordnungsrechts nicht unmittelbar zur Definition von Bundesrecht herangezogen werden darf. Die **bauliche Anlage** wird deshalb planungsrechtlich eigenständig definiert als **eine auf Dauer mit dem Erdboden verbundene künstliche Anlage, wobei sich die Dauer nach der Funktion bestimmt, die der Anlage von ihrem Eigentümer beigemessen wird.**

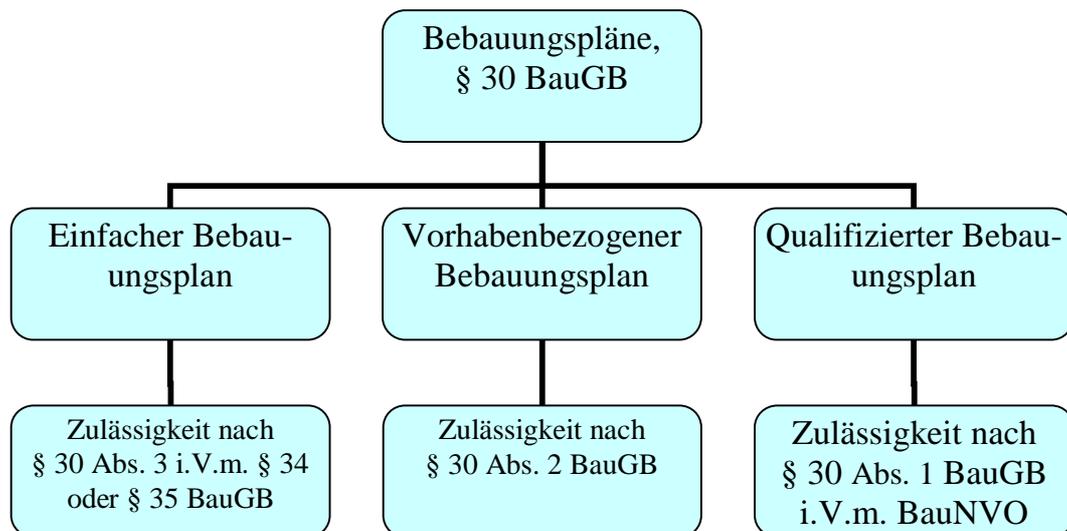
Des Weiteren erforderlich ist die planungsrechtliche oder bodenrechtliche Relevanz des Vorhabens, als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 29 Abs. 1 BauGB. Diese ist gegeben, wenn die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt werden können, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer die Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen. Bei der Neuerrichtung einer baulichen Anlage ist diese meistens gegeben.

Begriff des Vorhabens:



## 2. Fallkonstellationen

Liegt das Bauvorhaben im Bereich eines Bebauungsplanes, so ist für die Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen weiter zu differenzieren, was für ein Bebauungsplan vorliegt. In Betracht kommt ein einfacher Bebauungsplan, ein vorhabenbezogener Bebauungsplan und ein qualifizierter Bebauungsplan.



### a) Vorhaben im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 1 BauGB)

Einstiegsnorm in die Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit ist der § 30 Abs. 1 BauGB. Ein qualifizierter Bebauungsplan enthält (im Gegensatz zum einfachen Bebauungsplan) zumindest Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen (Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, § 23 BauNVO, § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB).

Ein Vorhaben ist gemäß § 30 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn:

- ein wirksamer qualifizierter Bebauungsplan besteht,
- das Vorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplanes entspricht und
- die Erschließung gesichert ist.

Der Bebauungsplan muss ordnungsgemäß zustande gekommen sein (→ Übereinstimmung mit formellem und materiellem Recht) und noch wirksam sein. Ist das nicht der Fall, so richtet sich die Zulässigkeit nach den §§ 34 oder 35 BauGB.

Innerhalb seines Geltungsbereiches ist der Bebauungsplan alleiniger Maßstab für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit. Das Vorhaben muss diesen Festsetzungen entsprechen, wovon jedoch § 31 BauGB Ausnahmen gewährt.

#### **b) Vorhaben im Bereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 2 BauGB)**

Liegt kein qualifizierter Bebauungsplan vor, so ist zu prüfen, ob ein vorhabenbezogener Bebauungsplan im Sinn des § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB vorliegt. Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich dann nach § 30 Abs. 2 BauGB.

Ein vorhabenbezogener Bebauungsplan muss nicht unbedingt die Voraussetzungen eines qualifizierten Bebauungsplanes erfüllen.

Ein Vorhaben ist gemäß § 30 Abs. 2 BauGB zulässig, wenn:

- es den Festsetzungen und sonstigen Inhalten des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes entspricht und
- die Erschließung gesichert ist.

#### **c) Vorhaben im Bereich eines einfachen Bebauungsplanes (§ 30 in Verbindung mit §§ 34, 35 BauGB) oder im unbeplanten Bereich (§§ 34, 35 BauGB)**

Enthält der Bebauungsplan, in dessen Geltungsbereich sich das Bauvorhaben befindet, keine Mindestfestsetzungen im Sinn des § 30 Abs. 1 BauGB, so liegt ein einfacher Bebauungsplan vor, die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich nach § 30 Abs. 3 BauGB. Je nach Lage des Grundstückes finden ergänzend die Bestimmungen der §§ 34, 35 BauGB Anwendung, nach denen sich auch im unbeplanten Bereich die Zulässigkeit richtet.

Es ist somit zu unterscheiden, ob das Vorhaben im Innenbereich gemäß § 34 BauGB oder im Außenbereich gemäß § 35 BauGB liegt:

##### **aa) Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich, § 34 BauGB**

Der unbeplante Innenbereich soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers grundsätzlich bebaubar sein.

Unter unbeplantem „**Innenbereich**“ (das Gesetz spricht von: „im Zusammenhang bebaute Ortsteile“, § 34 BauGB) versteht man **jede Bebauung im Gebiet einer Gemeinde, die – trotz vorhandener Baulücken – den Eindruck von Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit erweckt, nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist.**

Falls ein einfacher Bebauungsplan vorliegt, ist das Vorhaben bei Unvereinbarkeit mit diesem unzulässig.

Bei Vereinbarkeit mit dem einfachen Bebauungsplan müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 34 BauGB erfüllt sein. Dabei muss man zwischen § 34 Abs. 1 und § 34 Abs. 2 BauGB unterscheiden.

Nach § 34 Abs. 1 BauGB ist ein Vorhaben zulässig, wenn:

- es sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt,
- die Erschließung gesichert ist,
- die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse gewahrt bleiben, § 34 Abs. 1 S. 2 BauGB
- das Ortsbild nicht beeinträchtigt wird, § 34 Abs. 1 S. 2 BauGB,
- keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde zu erwarten sind, § 34 Abs. 3 BauGB und
- die Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erteilt hat.

Im Rahmen der Voraussetzung des „Einfügens in die nähere Umgebung“ ist das Gebot der Rücksichtnahme zu beachten und eine Interessenabwägung vorzunehmen. Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der BauNVO (z.B. Kleinsiedlungsgebiete, § 2 BauNVO; reine Wohngebiete, § 3 BauNVO), so spricht man von einem **homogenen Innenbereich**.

Nach § 34 Abs. 2 BauGB ist ein Vorhaben nach seiner Art nur zulässig, wenn:

- es nach der BauNVO in dem Gebiet zulässig wäre (einzelne Zulässigkeitsvoraussetzungen jeweils in Abs. 2 der Gebiete der BauNVO).
- Eine gesonderte Prüfung, ob sich das Bauvorhaben in die nähere Umgebung einfügt, findet bei § 34 Abs. 2 BauGB nicht statt.

**bb) Bauvorhaben im Außenbereich, § 35 BauGB**

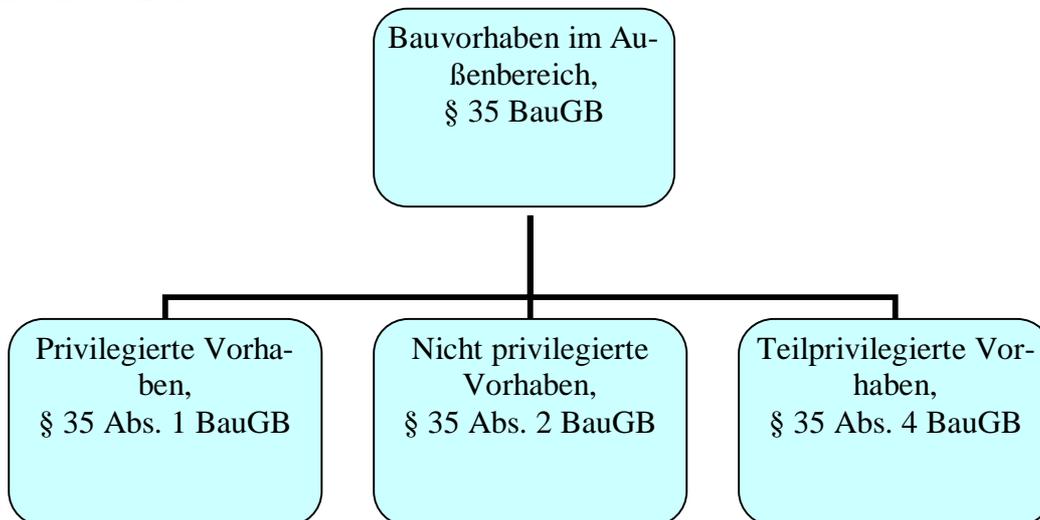
Der **Außenbereich** wird negativ definiert, wonach alles Außenbereich sein soll, **was nicht Innenbereich ist**.

Auch hier gilt: Falls ein einfacher Bebauungsplan vorliegt, ist das Vorhaben bei Unvereinbarkeit mit diesem unzulässig.

Bei Vereinbarkeit mit dem einfachen Bebauungsplan müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 35 BauGB erfüllt sein.

Nach dem Konzept des Gesetzgebers soll im Außenbereich grundsätzlich nicht gebaut werden. § 35 Abs. 3 BauGB enthält die sog. „**öffentlichen Belange**“, die wichtigsten Gründe, die gegen ein Vorhaben im Außenbereich sprechen können. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend („insbesondere“). Es gibt also darüber hinaus noch weitere ungeschriebene Belange.

Es ist zu differenzieren:



→ **Privilegierte Vorhaben** (abschließend!) sind aufgezählt in **§ 35 Abs. 1 BauGB**

Bei diesen Vorhaben hat der Gesetzgeber eine Ausnahme vom grundsätzlichen Bauverbot gemacht, da es bestimmte Vorhaben gibt, die ihrem Wesen nach in den Außenbereich gehören (z.B. ein Schweinemastbetrieb). Deshalb sind solche Vorhaben als privilegiert anzusehen.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit ist eine Abwägung zwischen den privaten Interessen des Bauwilligen und den öffentlichen Belangen vorzunehmen. Bei den privilegierten Vorhaben dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen, was bedeutet, dass sich in der Regel das Vorhaben gegen die berührten Belange durchsetzen wird.

Ein Vorhaben ist gemäß § 35 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn:

- einer der Fälle des § 35 I Nr. 1–7 BauGB vorliegt,
- öffentliche belange (insbesondere § 35 Abs. 3 BauGB) nicht **entgegenstehen**,
- die ausreichende Erschließung gesichert ist,
- in den Fällen des § 35 Abs. 1 Nr. 2–6 BauGB die Erklärung nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB abgegeben ist und
- die Gemeinde ihr gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliches Einvernehmen erteilt hat.

→ **Nicht-privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB**

Alle nicht nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben sind sonstige Vorhaben im Sinn des § 35 Abs. 2 BauGB.

Diese Vorhaben haben nicht so ein starkes „Durchsetzungsvermögen“ gegen öffentliche Belange wie die privilegierten Vorhaben und sollen nur im Einzelfall im Außenbereich zugelassen werden. Das nicht privilegierte Vorhaben ist daher gemäß § 35 Abs. 2 BauGB schon unzulässig, wenn öffentliche Belange **beeinträchtigt** sind. Eine Abwägung zwischen den berührten Belangen und dem Vorhaben, wie bei privilegierten Vorhaben, findet hier demzufolge nicht statt.

Ein Vorhaben ist gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zulässig, wenn:

- es im Außenbereich liegt,
- kein Fall des § 35 Abs. 1 BauGB gegeben ist,
- das Vorhaben öffentliche Belange (insbesondere § 35 Abs. 2 BauGB) nicht beeinträchtigt,
- die ausreichenden Erschließung gesichert ist und
- die Gemeinde ihr gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliches Einvernehmen erteilt hat.

→ **teilprivilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 4 BauGB**

Einzelne Vorhaben im Sinn des § 35 Abs. 2 BauGB werden gemäß § 35 Abs. 4 BauGB in ihrer Durchführung rechtlich dadurch begünstigt, dass ihnen bestimmte öffentliche Belange im Sinn des § 35 Abs. 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können. In allen diesen Fällen geht es um schon im Außenbereich zulässigerweise errichtete Anlagen. Es greift der Gedanke des **(aktiven) Bestandsschutzes**.

**d) Bauvorhaben während der Planaufstellung (§ 33 BauGB)**

§ 33 BauGB betrifft den Fall des Vorhabens in einem bislang unbeplanten Bereich, für den aber schon ein Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplanes nach § 2 Abs. 1 BauGB gefasst worden ist.

§ 33 BauGB enthält einen ausschließlich positiven Zulässigkeitstatbestand. Ein Vorhaben kann also nicht wegen § 33 BauGB unzulässig sein. § 33 BauGB kommt nur zur Anwendung, wenn das Vorhaben gemäß den §§ 30, 34, 35 BauGB unzulässig wäre.

## Prüfungsreihenfolge oder schematisches Beispiel für einen typischen Anwendungsfall des § 33 BauGB:

1. § 30 BauGB (-), weil bislang noch kein wirksamer Bebauungsplan existiert.



2. § 34 BauGB (-), weil das Vorhaben im Außenbereich liegt.



3. § 35 Abs. 1 BauGB (-), weil das Vorhaben kein privilegiertes Vorhaben ist und § 35 Abs. 2 BauGB vorliegt, weil öffentliche Belange beeinträchtigt sind



4. Vorhaben nun zwar nach §§ 30, 34, 35 BauGB unzulässig, aber möglicherweise nach § 33 BauGB zulässig.

Ein Bauvorhaben ist gemäß § 33 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn:

- Es nicht schon nach §§ 30, 34, 35 BauGB zulässig ist,
- ein Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplanes gefasst worden ist,
- die formelle Planreife nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB gegeben ist,
- anzunehmen ist, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen nicht entgegensteht (materielle Planreife),
- der Antragsteller diese Festsetzungen für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkennt,
- die Erschließung gesichert ist und
- die Gemeinde ihr gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliches Einvernehmen erteilt hat.

### e) Bestandsschutz

Auch wenn die Voraussetzungen der §§ 30, 34, 35, 33 BauGB nicht vorliegen und ein Vorhaben demnach eigentlich unzulässig ist, gibt es in ganz speziellen Fällen noch die Möglichkeit der Zulässigkeit unmittelbar aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. In diesen Fällen handelt es sich um Bauvorhaben, die nun nicht mehr zulässig sind, aber zu irgendeinem Zeitpunkt einmal rechtmäßig gewesen sind. Aus dem **Grundsatz des Bestandsschutzes** ergibt sich das Recht, diesen Zustand erhalten zu dürfen. Nicht verwechselt werden darf dieser Bestandsschutz mit dem aktiven Bestandsschutz aus § 35 Abs. 4 BauGB. Hier handelt es sich um Bestandsschutz mit bewahrender, abwehrender Funktion, um so genannten „**passiven Bestandsschutz**“. Hauptanwendungsfall ist die androhte Baubeseitigung.

## § 23 Bauordnungsrecht (BayBO)

### I. Ziele des Bauordnungsrechts

#### 1. Gefahrenabwehr (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BayBO)

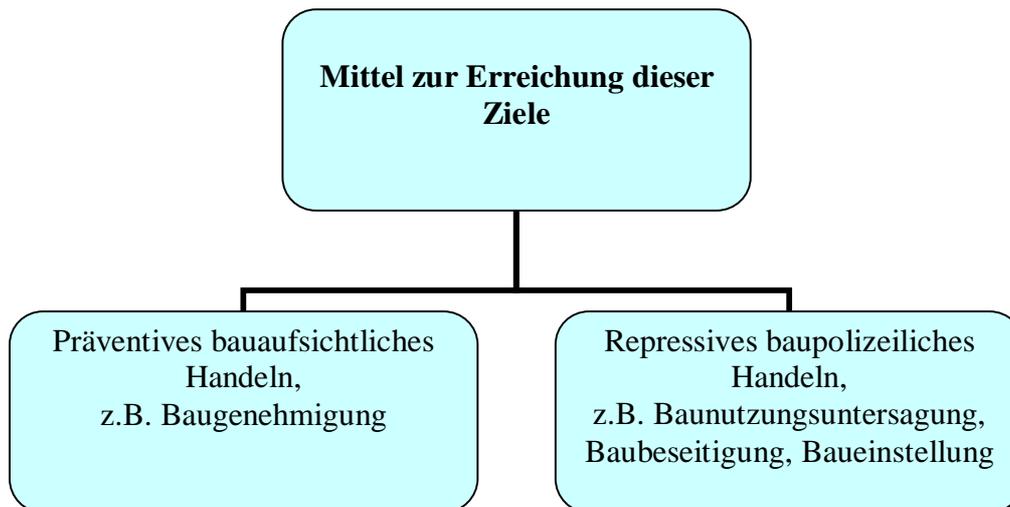
Das Bauordnungsrecht ist spezielles Sicherheitsrecht. Das zeigt sich vor allem in den bausicherheitsrechtlichen Befugnissen der Behörden. Sie können unter anderem die Baunutzung untersagen bzw. die Baubeseitigung verlangen.

#### 2. Baugestaltung (Art. 8 BayBO)

Die Ziele des Bauordnungsrechts gehen jedoch über die bloße Gefahrenabwehr hinaus. Es darf nicht zu einer Verunstaltung des Bauwerkes oder der Umgebung kommen; vgl. Art. 8 BayBO.

#### 3. Verhütung von Missständen (Art. 3 Abs. 1 S. 2 BayBO)

Bauliche Anlagen müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Missstände benutzbar sein (Art. 3 Abs. 1 S. 2 BayBO). Regelungen wie in Art. 7 Abs. 2 , 48, 46 BayBO tragen zu einem sozialen Miteinander und zur Förderung der Gesundheit der Menschen bei.



### II. Anwendungsbereich gemäß Art. 1 BayBO

Die BayBO gilt für bauliche Anlagen und Bauprodukte sowie Grundstücke und andere Anlagen, an die nach der BayBO Anforderungen gestellt werden (Art. 1 Abs. 1 BayBO).

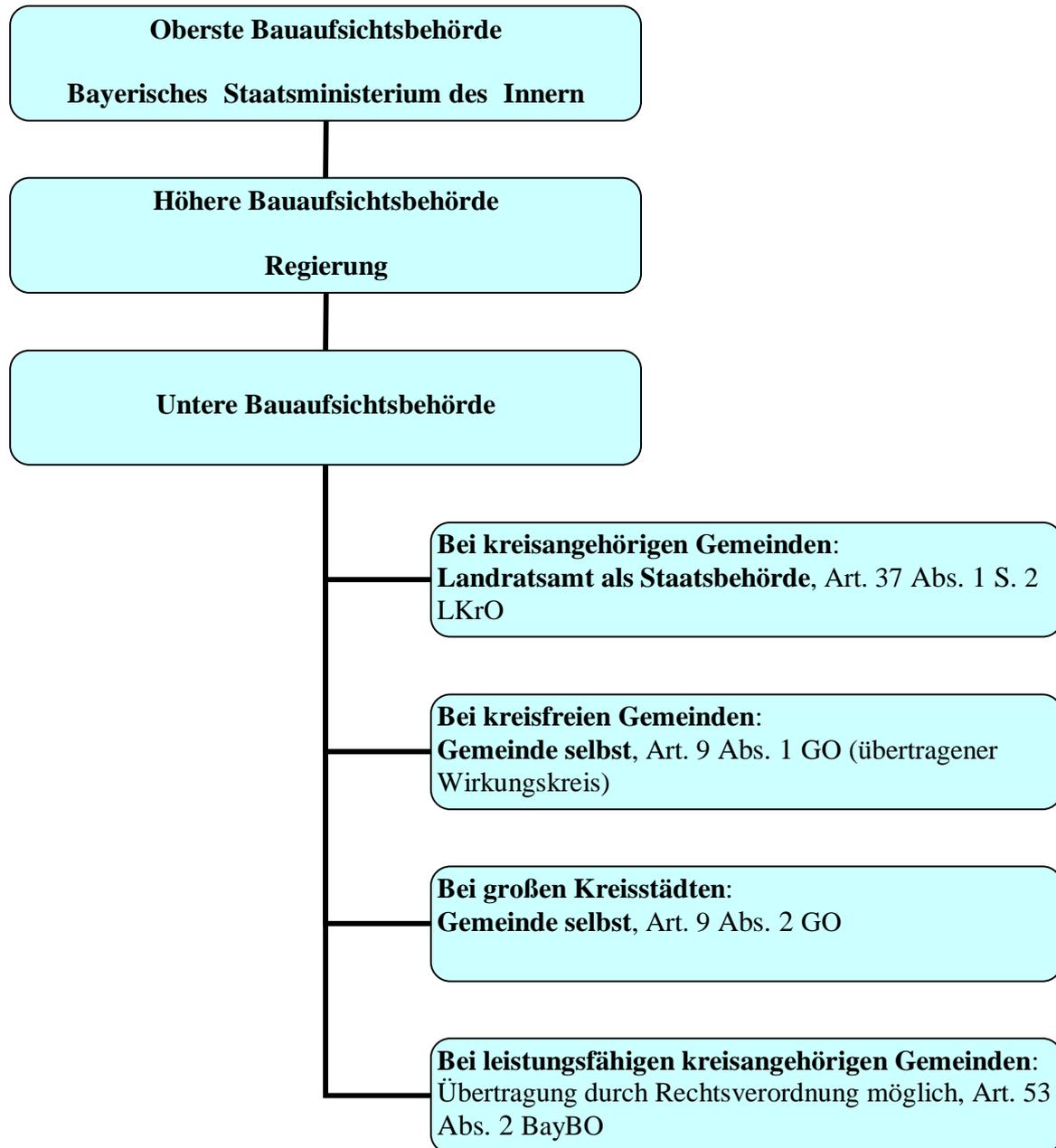
Der Begriff der **baulichen Anlage** wird in der BayBO etwas anders verstanden als im BauGB. Eine Definition findet sich in Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO: **Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.**

Eine Definition der **Bauprodukte** findet sich in Art. 2 Abs. 10 BayBO.

### III. Die Bauaufsichtsbehörden und die Rolle der Gemeinde im Baurecht

#### 1. Bauaufsichtsbehörden

Die sachliche Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörden ergibt sich aus Art. 53 Abs. 1 BayBO, die örtliche Zuständigkeit aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht, genauer: Art. 3 Bay-VwVfG.



#### 2. Die Rolle der Gemeinde im Baurecht

##### a) Planaufstellung

Gemäß §§ 2 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 BauGB stellen Gemeinden Bauleitpläne in eigener Verantwortung auf (**kommunale Planungshoheit** als Teil der kommunalen Selbstverwaltung auch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).

## **b) Eventuell Funktion als untere Bauaufsichtsbehörde**

Untere Bauaufsichtsbehörden sind grundsätzlich die Kreisverwaltungsbehörden gemäß Art. 53 Abs. 1 S. 1 BayBO. Nach Art. 37 Abs. 1 S. 2 LkrO ist dies das Landratsamt als Staatsbehörde, also nicht die Gemeinde.

Nach Art. 9 GO erfüllen jedoch kreisfreie Gemeinden im übertragenen Wirkungskreis alle Aufgaben, die sonst das Landratsamt als Staatsbehörde wahrnimmt, und große Kreisstädte erfüllen diese Aufgaben, soweit sie ihnen zugewiesen sind.

Gemäß Art. 53 Abs. 2 BayBO können durch Rechtsverordnung auch kreisangehörigen Gemeinden, die besonders leistungsfähig sind, die Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde zugewiesen werden.

Ist eine Gemeinde untere Bauaufsichtsbehörde, ist sie auch für die Erteilung einer Baugenehmigung zuständig.

## **c) Einvernehmenserteilung bei Baugenehmigung**

Das Einvernehmen der Gemeinde ist in § 36 BauGB geregelt.

Sinn des Einvernehmens ist es, die Mitwirkung der Gemeinde zu sichern, da diese die oben erwähnte **Planungshoheit** hat. Aus diesem Grund ist im Fall des § 30 BauGB, wenn also ein Bebauungsplan vorliegt, kein Einvernehmen erforderlich. Die Gemeinde hat in diesem Fall von ihrer Planungshoheit bereits durch Aufstellung eines Bebauungsplans Gebrauch gemacht. Durch die Einreichung des Bauantrags bei der Gemeinde gem. Art. 64 Abs. 1 S. 1 BayBO ist die Gemeinde frühzeitig über das Vorhaben informiert.

Sie legt den Bauantrag, wenn sie nicht selbst für die Genehmigung zuständig ist, mit einer Stellungnahme bei der Bauaufsichtsbehörde vor, Art. 64 Abs. 1 S. 2 BayBO.

Das **Einvernehmen** der Gemeinde darf nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen **verweigert** werden. Wird das Einvernehmen aus anderen Gründen verweigert, ist die Verweigerung rechtswidrig.

Das gemeindliche **Einvernehmen** kann gemäß Art. 67 Abs. 1 S. 1 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB **ersetzt** werden, wenn es rechtswidrig versagt wurde und ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung besteht.

Das Einvernehmen ist ein **Verwaltungsinternum**, kein Verwaltungsakt. Somit ist es nicht selbstständig angreifbar; der Bauherr muss direkt auf die Erteilung einer Baugenehmigung klagen (Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 2. Alt. VwGO).

## **d) Erlassen örtlicher Bauvorschriften gemäß Art. 81 BayBO**

Durch örtliche Bauvorschriften, welche die Gemeinde durch Satzung erlässt, kann sie z.B. die äußere Gestalt baulicher Anlagen regeln und so Einfluss auf das Ortsbild nehmen.

# **IV. Die Baugenehmigung**

## **1. Rechtsnatur**

Bei der Baugenehmigung handelt es sich um einen **Verwaltungsakt** im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG:

- Maßnahme einer Behörde,
- zur Regelung eines Einzelfalls,
- auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts,
- und unmittelbarer Rechtswirkung nach außen.

Die Baugenehmigung ist ein **mitwirkungsbedürftiger** Verwaltungsakt, das heißt, der Bürger muss einen Antrag stellen (Art. 64 Abs. 1 S. 1 BayBO).

Die Verwaltung ist **gebunden**, das heißt, der Bürger hat einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn er die in Art. 59 BayBO aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. Der Grund hierfür findet sich in Art. 14 GG (→ subjektiv-öffentliches Recht auf Baufreiheit).

Eine Baugenehmigung ist **sachbezogen**, das heißt, die Genehmigung bezieht sich auf ein bestimmtes Vorhaben, nicht auf eine bestimmte Person; vgl. Art. 54 Abs. 2 S. 3 BayBO. Eine Baugenehmigung wirkt deshalb auch für und gegen die Rechtsnachfolger und für Personen, die nach Genehmigungserteilung ein Besitzrecht erlangt haben.

## 2. Erforderlichkeit einer Baugenehmigung

### a) Grundsatz

Gemäß Art. 55 Abs. 1 BayBO existiert eine Genehmigungspflicht bei

- Errichtung und
- Änderung einer baulichen Anlage sowie bei einer
- Nutzungsänderung

### b) Ausnahmen

- Genehmigungsfreistellung gemäß Art. 58 BayBO
- Verfahrensfreie Vorhaben gemäß Art. 57 BayBO

Zulässigkeit von Bauvorhaben		
Art. 57 BayBO	Art. 58 BayBO	Art. 59, 60 BayBO
<p><b>Verfahrensfreie Vorhaben</b> = <b>nicht genehmigungspflichtig</b> ↓ <b>besonders einfache Vorhaben</b> ↓ Da keine Genehmigung erforderlich ist, prüft die Bauaufsichtsbehörde das Vorhaben nicht.</p>	<p><b>Genehmigungsfreistellung</b> ↓ <b>einfache Vorhaben im Bereich von qualifizierten Bebauungsplänen</b> ↓ Da keine Genehmigung erforderlich ist, prüft die Bauaufsichtsbehörde das Vorhaben nicht.</p>	<p><b>Genehmigungspflichtige Vorhaben</b> ↓ <b>Sonderbauten:</b> Art. 60 BayBO <b>alle sonstigen Vorhaben</b> Art. 59 BayBO ↓ Genehmigung ist erforderlich. Behörde prüft sonstige Vorhaben aber nur gemäß Art. 59 BayBO. ( → <i>Eingeschränkter Prüfungsmaßstab!</i>)</p>
<p>aber: <b>Art. 55 Abs. 2 BayBO</b> ↓ <b>Öffentlich-rechtliche Vorschriften sind zu beachten</b></p>	<p>aber: <b>Art. 55 Abs. 2 BayBO</b> ↓ <b>Öffentlich-rechtliche Vorschriften sind zu beachten</b></p>	<p>aber: <b>Art. 55 Abs. 2 BayBO</b> ↓ <b>Öffentlich-rechtliche Vorschriften sind zu beachten</b></p>

### c) Prüfungsmaßstab im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren, vgl. Art. 59 BayBO

- §§ 29–38 BauGB
- örtliche Bauvorschriften gemäß Art. 81 Abs. 1 BayBO
- Abweichungen im Sinn von Art. 63 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BayBO

#### **d) Sinn und Folgen von Verfahrensfreiheit, Genehmigungsfreistellung und vereinfachtem Baugenehmigungsverfahren**

Das Genehmigungserfordernis stellt im Baurecht ein präventives Verbot im Erlaubnisvorbehalt auf. Das heißt: Grundsätzlich ist Bauen verboten, der Bürger hat jedoch einen Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis, also der Baugenehmigung, wenn er alle dafür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt.

Dieses Prinzip liegt der BayBO zugrunde, auch wenn hiervon inzwischen weitreichende Ausnahmen gemacht werden (→ Genehmigungsfreistellung und verfahrensfreie Vorhaben). Auch der Prüfungsmaßstab der Behörde hat sich bei Prüfung der Voraussetzungen einer Baugenehmigung im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren stark verengt. Hierdurch sollen der Bürger stärker in die Verantwortung genommen und die Verwaltung entlastet werden.

##### Beachte:

*Verfahrensfreiheit, Genehmigungsfreistellung und vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren haben jedoch nicht zur Folge, dass sich der Bauherr nicht mehr an die Regeln der BayBO oder nur an die in Art. 59 BayBO aufgeführten Bestimmungen halten muss.*

*Art. 55 Abs. 2 BayBO bestimmt, dass weder die Genehmigungsfreiheit eines Vorhabens noch die Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an Anlagen gestellt werden, entbinden.*

*Außerdem bleiben die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt, d.h. dass eine bauliche Anlage, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht, z.B. beseitigt oder deren Nutzung untersagt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn diese Vorschriften nie durch eine Behörde geprüft wurden, weil das Vorhaben verfahrensfrei war oder von der Genehmigung freigestellt wurde.*

*Im vereinfachten Genehmigungsverfahren kann das auch zu folgender Situation führen: Die Behörde erteilt zunächst rechtmäßig eine Baugenehmigung, dann erfährt sie jedoch, dass das Vorhaben anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die sie wegen des beschränkten Prüfungsmaßstabes nicht überprüft hatte, widerspricht. Nun kann sie die Beseitigung der Anlage anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände herbeigeführt werden können.*

### **3. Prüfungsschema einer Baugenehmigung**

#### **A. Bauaufsichtliche Genehmigungsbedürftigkeit**

I. Art. 55 Abs. 1 BayBO

II. Keine Ausnahme gem. Art. 57, 58 BayBO

III. Kein vorrangiges Gestattungsverfahren, Art. 56 BayBO

#### **B. Formelle Genehmigungsvoraussetzungen**

I. Zuständige Behörde, Art. 53 Abs. 1 BayBO, Art. 3 BayVwVfG

II. Schriftlicher und ordnungsgemäßer Bauantrag, Art. 64 BayBO

III. Nachbarbeteiligung, Art. 66 BayBO

(Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung)

#### **C. Materielle Genehmigungsvoraussetzungen**

Im Vereinfachten Baugenehmigungsverfahren ist nur zu prüfen, was Art. 59 BayBO vorgibt, vor allem:

I. Übereinstimmung mit §§ 29–38 BauGB

\*\*\*Hier Verbindung des Bauordnungsrechts mit dem Bauplanungsrecht!\*\*\*

II. Übereinstimmung mit örtlichen Bauvorschriften gemäß

Art. 81 Abs. 1 BayBO (Diese stellt die Gemeinde durch Satzung auf.

So kann sie z.B. auch die äußere Gestalt von baulichen Anlagen regeln.)

#### 4. Wichtigste Klagearten im Bauordnungsrecht

##### a) Bauherr

- Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung
- Anfechtungsklage gegen baupolizeiliche Anordnung

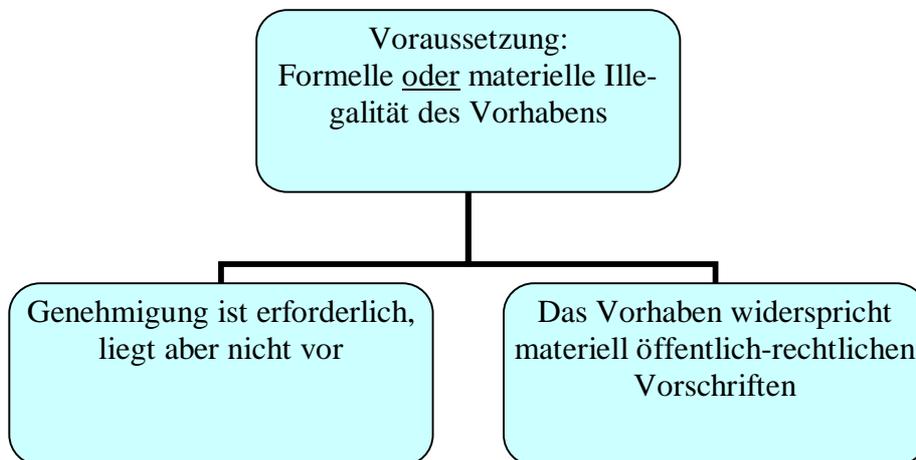
##### b) Nachbar

- Anfechtungsklage gegen Erteilung der Baugenehmigung für den Nachbarn
- Verpflichtungsklage auf baupolizeiliche Anordnung

#### V. Baupolizeiliche und bausicherheitsrechtliche Maßnahmen

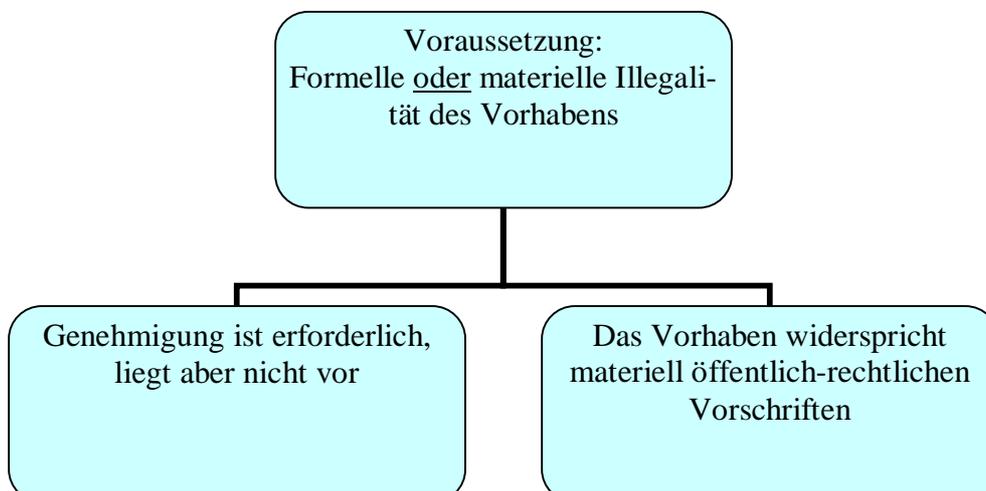
##### 1. Baueinstellung, Art. 75 Abs. 1 BayBO

Bereits begonnene Arbeiten an einem Bauvorhaben müssen eingestellt werden.



##### 2. Nutzungsuntersagung, Art. 76 S. 2 BayBO

Das bedeutet, dass die Anlage nicht mehr in einer bestimmten Weise genutzt werden darf. Bei der Nutzungsuntersagung handelt es sich um ein milderes Mittel gegenüber der Baubeseitigung.

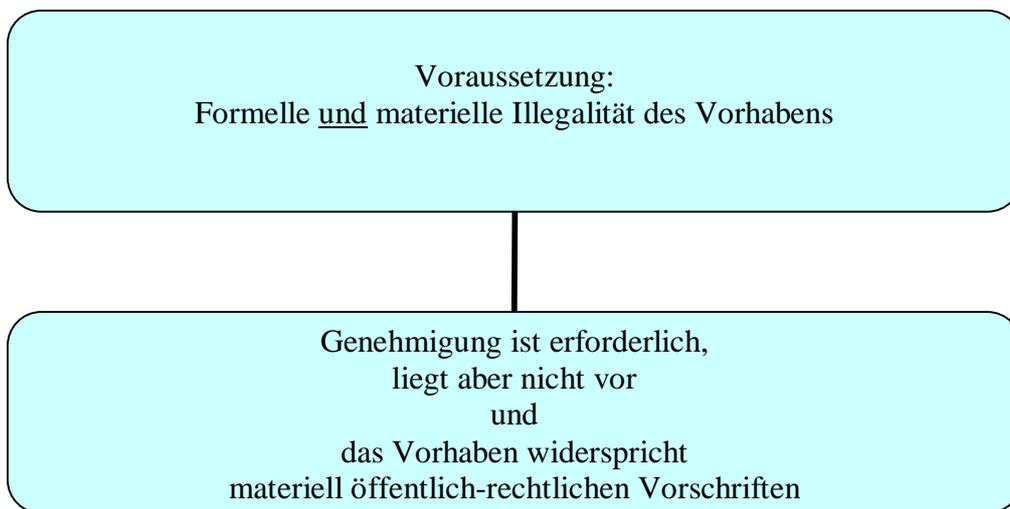


**Grundsatz:** Die formelle Illegalität reicht für eine Nutzungsuntersagung aus.

**Ausnahme:** Sie reicht nicht aus bei offensichtlicher Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens. (Ordnet die Bauaufsichtsbehörde dennoch die Nutzungsuntersagung an, liegt zumindest ein Ermessensfehler vor!)

### 3. Baubeseitigung, Art. 76 S. 1 BayBO

Die Anlage muss abgerissen werden.



### 4. Weitere Maßnahmen

- Verlangen, dass Bauantrag gestellt wird, Art. 76 S. 3 BayBO
- Versiegelung, Art. 75 Abs. 2 BayBO
- Verbringung von Gerätschaften etc. in amtlichen Gewahrsam, Art. 75 Abs. 2 BayBO.

### 5. Generalklausel gemäß Art. 54 Abs. 2 S. 2 BayBO

Die Bauaufsichtsbehörden können zudem weitere Maßnahmen treffen, sollten diese erforderlich sein.

Die Generalklausel ist gegenüber den speziellen Eingriffsbefugnissen subsidiär, d.h. nachrangig.

## **§ 24 Fünfter Beispielfall: Weg damit**

### **Sachverhalt**

Bei einem Sonntagsspaziergang entdeckt Bauinspektor Streng mitten in einem Waldstück in der Nähe der Gemeinde Aldersbach im Landkreis Passau ein stattliches, neu errichtetes Wochenendhaus. Das eingeschossige Haus hat eine Grundfläche von etwa 70 m<sup>2</sup> sowie eine Höhe von etwa 5 m und ist auch innen luxuriös (Kamin, edle Möbel) eingerichtet.

Inspektor Streng macht sich einige Notizen und Skizzen von dem Gebäude. Am nächsten Tag stellt er bei einer Einsicht in den Flächennutzungsplan der Gemeinde Aldersbach fest, dass für das Waldstück, in dem sich das Haus befindet, eine Fläche für den Naturschutz ausgewiesen ist. Zudem erfährt er von seinem Kollegen Huber, dass die Gemeinde Aldersbach in diesem Bereich keinen Bebauungsplan aufgestellt hat und dass für das Wochenendhaus bislang kein Bauantrag gestellt wurde.

Inspektor Streng überlegt nun, ob das Landratsamt Passau in rechtmäßiger Weise die Beseitigung des Wochenendhauses anordnen kann.

Zu welchem Ergebnis wird Inspektor Streng bei diesen Überlegungen kommen?

## Lösung

Rechtsgrundlage für eine Baubeseitigung ist Art. 76 S. 1 BayBO. Die Beseitigung ist insgesamt rechtmäßig, wenn sie formell und materiell rechtmäßig ist.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit

#### 1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Anordnung der Baubeseitigung ist gem. Art. 76 S. 1, 53 Abs. 1 S. 1 BayBO die untere Bauaufsichtsbehörde. Dies ist gemäß Art. 53 Abs. 1 S. 1 BayBO die Kreisverwaltungsbehörde, hier also für den Landkreis Passau das Landratsamt Passau.

#### 2. Verfahren

Die Baubeseitigung stellt einen Verwaltungsakt im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG dar, der in die Rechte des Grundstückseigentümers eingreift. Vor dem Erlass der Beseitigungsanordnung ist der Betroffene daher gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG anzuhören.

#### 3. Form

Eine besondere Form der Beseitigungsanordnung sieht das Gesetz nicht vor. Sie könnte daher gemäß Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG auch mündlich erlassen werden.

Die Baubeseitigungsanordnung ist somit formell rechtmäßig.

### II. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Beseitigungsanordnung ist auch materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des Art. 76 S. 1 BayBO erfüllt sind. Danach muss das Wochenendhaus im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein.

Fraglich ist, ob für eine Baubeseitigung die formelle Illegalität des Vorhabens genügt oder ob neben der formellen auch die materielle Illegalität erforderlich ist. Gemäß Art. 76 S. 1 BayBO darf die Anordnung nur ergehen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Bei einem nur formell illegalen Vorhaben kann die Behörde aber gemäß Art. 76 S. 3 BayBO die Stellung eines Bauantrages verlangen. Eine Beseitigungsanordnung darf dann nicht ergehen. Daher setzt die Baubeseitigungsanordnung bei genehmigungspflichtigen Vorhaben die **formelle** und die **materielle Illegalität** voraus.

#### 1. Formelle Illegalität

Das Vorhaben ist formell illegal, wenn es genehmigungspflichtig ist, aber keine Baugenehmigung erteilt wurde.

##### a) Genehmigungspflicht

aa) Gemäß Art. 55 Abs. 1 BayBO ist die Errichtung baulicher Anlagen grundsätzlich genehmigungspflichtig. Bauliche Anlagen sind gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO mit dem Erdboden

verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Das Wochenendhaus ist eine solche bauliche Anlage und daher grundsätzlich genehmigungspflichtig.

bb) Etwas anderes könnte sich aber aus Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 BayBO ergeben. Danach bedürfen einige Gebäude (vgl. Art. 2 Abs. 2 BayBO) keiner Baugenehmigung:

- Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 a) BayBO (-), da der Brutto-Rauminhalt größer als 75 m<sup>3</sup> ist und das Gebäude zudem im Außenbereich steht;

- Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 c) BayBO (-), da das Gebäude Feuerungsanlage besitzt und auch nicht einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient;

- Ebenso ist Art. 57 Abs. 2 Nr. 2 BayBO hier nicht erfüllt, da für das Gebiet, in dem sich das Haus befindet, kein Bebauungsplan besteht.

cc) Eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht kommt daher auch nicht im Hinblick auf Art. 58 Abs. 1, Abs. 2 BayBO in Betracht, da auch hierfür ein Bebauungsplan erforderlich wäre.

Folglich ist das Vorhaben hier gemäß Art. 55 Abs. 1 BayBO genehmigungspflichtig.

#### b) Fehlen einer Baugenehmigung

Mangels Bauantrages ist bisher für das Haus auch keine Baugenehmigung erteilt worden.

Das Vorhaben ist daher genehmigungspflichtig; es ist aber keine Baugenehmigung dafür erteilt worden. Somit ist das Vorhaben hier formell illegal.

## **2. Materielle Illegalität**

Das Vorhaben ist auch materiell illegal, wenn es im Sinn des Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht.

In Betracht kommt hier zunächst eine Verletzung von Bauplanungsrecht, insbesondere der §§ 29 ff. BauGB.

#### a) Bauliche Anlage im Sinn des § 29 Abs. 1 BauGB

Das Wochenendhaus müsste zunächst eine bauliche Anlage im Sinn des § 29 Abs. 1 BauGB sein. Das ist eine Anlage, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist und eine **bodenrechtliche Relevanz** besitzt. Letzteres ist der Fall, wenn durch die Anlage Belange berührt werden können, die nach § 1 Abs. 6 BauGB abwägungserheblich sind. Da sich das Haus in einem Waldgebiet befindet, können hier Belange des Umwelt- und Naturschutzes berührt werden, so dass die Anlage eine bodenrechtliche Relevanz besitzt und somit eine bauliche Anlage im Sinn des § 29 Abs. 1 BauGB ist.

#### b) Zulässigkeit des Vorhabens im Außenbereich, § 35 BauGB

Das Wochenendhaus könnte hier der Vorschrift des § 35 BauGB widersprechen. Dafür müsste es sich zunächst im Außenbereich befinden. Zum Außenbereich zählt alles, was nicht im Planbereich (§§ 30, 31 BauGB) oder im Innenbereich (§ 34 BauGB) liegt. Da sich das Haus

in einem Waldgebiet befindet und auch kein Bebauungsplan für das Gebiet besteht, befindet sich das Gebäude im Außenbereich gem. § 35 BauGB.

Fraglich ist, ob das Wochenendhaus ein sogenanntes **privilegiertes Vorhaben** im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB ist. In Betracht kommt hier § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, da das Wochenendhaus wegen seiner besonderen Zweckbestimmung als Erholungsort nur im Außenbereich ausgeführt werden soll. Zu beachten ist jedoch, dass nicht jedes Vorhaben, das sinnvoller Weise nur im Außenbereich errichtet werden *kann*, auch dort errichtet werden *soll*. Der Außenbereich soll vielmehr vor Bebauung möglichst geschützt werden (vgl. § 35 Abs. 2 BauGB). Wenn es darum geht, unter Ausschluss der Allgemeinheit Ruhe und Erholung nur für wenige Personen zu gewährleisten, sind die Voraussetzungen von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht erfüllt. Da das bei einem Wochenendhaus der Fall ist, ist hier kein privilegiertes Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB gegeben.

Es handelt sich hier daher um ein sonstiges Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB. Als solches ist es nur zulässig, wenn keine öffentlichen Belange beeinträchtigt werden. Als solche öffentlichen Belange kommen vorliegend in Betracht:

- § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB (+) der Flächennutzungsplan sieht für das Waldstück eine Fläche für den Naturschutz vor. Ein Wochenendhaus widerspricht dieser Festsetzung.
- § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB (+) das Wochenendhaus beeinträchtigt auch Belange des Naturschutzes.
- § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB (+) das Gebäude könnte zudem Vorbildcharakter haben und somit zur Entstehung einer Splittersiedlung führen.

Somit werden hier mehrere öffentliche Belange beeinträchtigt. Das könnte aber gemäß § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB irrelevant sein, wenn ein **teilprivilegiertes Vorhaben** gegeben ist.

Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1–6 BauGB werden hier aber nicht erfüllt. Daher ist das Wochenendhaus hier nicht gemäß § 35 Abs. 2 BauGB im Außenbereich zulässig und widerspricht daher dem Bauplanungsrecht.

#### c) Widerspruch zum Bauordnungsrecht

Ein Widerspruch des Wochenendhauses zu Bauordnungsrecht ist vorliegend nicht ersichtlich.

#### **Ergebnis**

Das Gebäude widerspricht hier § 35 Abs. 2 BauGB und ist daher materiell illegal.

Das Vorhaben ist mithin sowohl formell als auch materiell illegal. Damit ist der Tatbestand des Art. 76 S. 1 BayBO erfüllt. Rechtmäßige Zustände können hier auch nicht auf einem anderen Weg als durch die Beseitigung des Gebäudes erzielt werden.

Die Beseitigungsanordnung kann somit hier in rechtmäßiger Weise ergehen.

## ***Fünfter Teil: Kommunalrecht***

### **§ 25 Grundlagen**

Das bayerische Kommunalrecht kennt Gemeinden, Landkreise und Bezirke als „Akteure“. Insbesondere die ersten beiden fallen unter den Begriff „Kommunen“ → Kommunalrecht

#### **I. Gemeinden**

**1.** Gemeinden sind nach Art. 1 S. 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) juristische Personen des öffentlichen Rechts. Sie können also selbstständig handeln und verfügen über eigenes Vermögen.

**2.** Die GO bezeichnet sie in Art. 1 S. 2 GO als Grundlage des Staates und des demokratischen Lebens; letztlich also als Ausgangspunkt der demokratischen Ordnung.

Wegen der Wichtigkeit der Gemeinden für die demokratische Ordnung sind Gemeinden auch im Grundgesetz (GG) geschützt. Art. 28 Abs.2 1 GG garantiert allgemein

- dass es Gemeinden gibt und
- dass diese einen eigenen Verantwortungsbereich unabhängig vom Rest des Staates haben, insbesondere dass sie auf ihr Gebiet beschränkte, örtliche Fragen (als sogenannte eigene Angelegenheiten) selbstständig regeln können.

**3.** Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG enthält zudem das subjektive Recht jeder einzelnen Gemeinde Eingriffe in die so genannte Selbstverwaltung, also das Recht, die eigenen Angelegenheiten selbst zu regeln, abzuwehren. Das geschieht mit der Kommunalverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Art. 93 Abs.1 Nr. 4b GG.

Parallel sind diese Rechte der Gemeinden auch in Art. 11 Abs. 2 S. 2 der bayerischen Verfassung (BV) geschützt und mit eigenen verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfen versehen.

#### **II. Landkreise**

**1.** Das bayerische Kommunalrecht, wie auch das der meisten anderen deutschen Bundesländer, kennt außerdem Landkreise. Landkreise umfassen das Gebiet mehrerer Gemeinden. Sie sind ebenfalls juristische Personen des öffentlichen Rechts; vgl. Art. 1 S. 1 Landkreisordnung für den Freistaat Bayern (LKrO). Die Landkreise regeln Fragen überörtlicher Bedeutung, also solche, die über das Gebiet einer einzelnen Gemeinde hinausgehen, nicht aber über das Gebiet des Landkreises; vgl. noch einmal Art. 1 S. 1 LKrO. Auch die Landkreise werden im Grundgesetz geschützt, Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG. Dieser Schutz ist allerdings weniger stark als der der Gemeinden. Das Grundgesetz geht demnach davon aus, dass die Gemeinden für die demokratische Ordnung wichtiger sind als die übergeordneten Landkreise.

**2.** Die Übertragung der Regelung von überörtlichen Aufgaben auf die Landkreise dient auch dazu, die Gemeinden vor (finanzieller) Überforderung zu schützen. An Stelle jeder einzelnen Gemeinde soll der größere und (finanziell) besser ausgestattete Landkreis aufwändigere Aufgaben übernehmen.

**3.** Einschub: kreisangehörige und kreisfreie Gemeinden:

Allerdings gibt es größere Gemeinden, die genauso leistungsfähig sein können wie ein Landkreis. Sie dürfen Angelegenheiten, die sonst der Landkreis wahrnehmen würde, selbst regeln,

Art. 9 Abs. 1 GO. Man bezeichnet diese Gemeinden als **kreisfrei**, das heißt sie sind nicht Teil eines Landkreises.

Gemeinden, die Teil eines Landkreises sind, werden dagegen als **kreisangehörig** bezeichnet.

### III. Bezirke

Über den Landkreisen gibt es in Bayern noch die Bezirke. Diese umfassen das Gebiet mehrerer Landkreise und sind ebenfalls juristische Personen des öffentlichen Rechts. Sie nehmen die Angelegenheiten wahr, die über das Gebiet eines Landkreises hinausgehen; Art. 1 in der Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (BezO). Ihre Bedeutung ist jedoch verglichen mit der der Gemeinden und Landkreisen gering.

## § 26 Eigener und übertragener Wirkungskreis

Neben **eigenen Angelegenheiten** (Art. 7 GO, Art. 5 LKrO), also Fragen der örtlichen Gemeinschaft,

*Beispiele: der Bau von gemeindlichen Straßen oder Kindergärten; die Bauleitplanung; vgl. weiterhin Art. 57 GO, Art. 83 Abs. 1 BV*

nehmen sowohl Gemeinden als auch Landkreise staatliche Aufgaben wahr (Art. 8 GO, Art. 6 LKrO). Diese werden ihnen per Gesetz zugewiesen. Man bezeichnet diese Aufgaben als **übertragene Angelegenheiten**.

*Beispiele: der Vollzug des Gefahrenabwehrrechts nach dem LStVG durch die Gemeinden als Sicherheitsbehörden oder Melde- und Passsachen*

Wenn Gemeinden oder Landkreise übertragene Angelegenheiten wahrnehmen, handelt, obwohl es sich um staatliche Aufgaben handelt, jeweils der Landkreis oder die Gemeinde. Es wird daher nicht der Freistaat Bayern aktiv.

Das Landratsamt ist aber zudem Staatsbehörde, Art. 37 I 2 LKrO. In diesem Fall handelt es unmittelbar für den Freistaat Bayern. Dann agiert also nicht der Landkreis, sondern nur der Freistaat Bayern.

*Beispiel: Das Landratsamt als untere Bauaufsichtsbehörde (Art 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 Bayerische Bauordnung erteilt eine Baugenehmigung nach Art. 68 BayBO.*

## § 27 Organe

Die Gemeinde hat zwei Hauptorgane, Art. 29 GO:

- den Gemeinderat und
- den ersten Bürgermeister.

Daher ist, falls die Gemeinde für eine Angelegenheit zuständig ist, zu entscheiden, welches dieser beiden Organe zuständig ist. Die Frage nach der Zuständigkeit der Gemeinde (siehe oben II.) bezeichnet man als **Verbandskompetenz**, die Frage nach der Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde als **Organkompetenz**.

Die Organkompetenz bestimmt sich nach Art. 29, 37 GO. Danach ist grundsätzlich der Gemeinderat zuständig, wenn nicht der erste Bürgermeister eine explizite Aufgabenzuweisung aus Art. 37 GO hat.

### I. Der Gemeinderat

1. Der Gemeinderat wird von den Gemeindebürgern gewählt; Art. 17 GO. Die Anzahl seiner Mitglieder bestimmt sich nach der Größe einer Gemeinde; Art. 31 Abs 2 GO. Er hat die Auf-

gabe die Verwaltung zu überwachen, Art. 30 Abs. 3 GO. Weiterhin entscheidet der Gemeinderat über alle Angelegenheiten, die nicht dem ersten Bürgermeister zugewiesen sind; Art. 29 GO.

Gemäß Art. 29 GO ist der Gemeinderat dabei kein Parlament, auch wenn er teilweise ähnlich ausgestaltet ist, sondern ebenfalls Teil der Gemeindeverwaltung und damit der Exekutive.

## **2. Geschäftsgang Art. 45 ff. GO**

Der Gemeinderat entscheidet in Sitzungen; Art. 47 Abs. 1 GO, das heißt, grundsätzlich müssen sich alle Mitglieder des Gemeinderates an einem Ort versammeln. Diese Sitzungen sind vom ersten Bürgermeister vorzubereiten, der den Gemeinderat zudem unter Angabe der Tagesordnung laden muss; Art. 46 Abs. 2 GO. Der erste Bürgermeister leitet als Vorsitzender zudem die Gemeinderatssitzungen.

Der Gemeinderat ist nur beschlussfähig, wenn alle Mitglieder ordnungsgemäß geladen wurden und mindestens die Hälfte der Mitglieder anwesend ist; Art. 47 Abs. 2 GO.

Beschlüsse werden in offener Abstimmung gefasst, wobei es auf die Mehrheit der Abstimmenden ankommt; Art. 51 Abs. 1 GO. Dabei sind Enthaltungen nicht mitzuzählen. Wenn ein Gemeinderatsmitglied von einer Abstimmung persönlich betroffen ist, etwa weil sein Grundstück durch den Gemeinderatsbeschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplanes zu Bauland werden soll, darf es nicht mitstimmen; Art. 49 GO.

Die Sitzungen des Gemeinderats sind grundsätzlich öffentlich; Art. 52 GO.

**3.** Damit ein Beschluss des Gemeinderats Wirkungen nach außen entfalten kann, muss er vom ersten Bürgermeister vollzogen werden; Art. 36 S. 1 GO. Das geschieht häufig durch den Erlass eines Verwaltungsaktes im Sinn von Art. 35 BayVwVfG.

## **II. Der erste Bürgermeister**

**1.** Der erste Bürgermeister wird ebenfalls von den Gemeindebürgern direkt gewählt; Art. 17 GO. Er ist Beamter der Gemeinde; Art. 34 Abs. 1 S.1 1 GO. In kreisfreien Gemeinden wird er als Oberbürgermeister bezeichnet; Art. 34 Abs. 1 S. 2 GO. Zudem ist er „Chef“ der Gemeindeverwaltung, Art. 37 Abs. 4 GO.

Der erste Bürgermeister führt den Vorsitz im Gemeinderat; Art. 36 S. 1 GO, und hat dort auch Stimmrecht. Er ist jedoch nicht selbst Gemeinderatsmitglied; Art. 31 Abs. 1 GO. Er vollzieht die Beschlüsse des Gemeinderats; Art. 36 S. 1 GO.

**2.** Aus Art. 37 Abs. 1 GO stehen dem ersten Bürgermeister bestimmte Kompetenzen selbst zu. Die wichtigste davon ist die Kompetenz für die Besorgung laufender Angelegenheiten nach Art. 37 Abs.1 Nr. 1 GO. Sie ermöglicht es dem ersten Bürgermeister, das „Alltagsgeschäft“ der Gemeinde zu erledigen, ohne dafür den relativ umständlichen Weg über den Gemeinderat nehmen zu müssen. Das dient auch der Effizienz der Verwaltung. Je nach Größe der Gemeinde können allerdings unterschiedliche Dinge zum „Alltagsgeschäft“ der Gemeinde gehören, so dass sich keine klar fixierten absoluten Zuständigkeiten ergeben. Ein gutes Abgrenzungskriterium ist die Häufigkeit, mit der etwas in einer Gemeinde geschieht.

*Beispiel: In der Landeshauptstadt München mag die Veräußerung eines Grundstückes in Gemeindeigentum zum Bau eines Wohnhauses in die Zuständigkeit des Oberbürgermeisters nach Art. 37 Abs.1 Nr. 1 GO fallen, während in einer kleinen Gemeinde, die selten Grundstücke veräußert, der Gemeinderat zuständig sein kann.*

Soweit der erste Bürgermeister aus Art. 37 Abs.1 Nr. 1 GO zuständig ist, hat der Gemeinderat keine Kompetenz.

3. Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde zudem nach außen, Art. 38 Abs.1 GO, und zwar sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich.

## **§ 28 Bürgerbegehren/Bürgerentscheid**

### **I. Direkte und indirekte Demokratie**

1. Der Gemeinderat ist das Repräsentationsorgan der Bürger auf Gemeindeebene. Er ist damit ein Element der in Deutschland aus historischen Gründen vorherrschenden indirekten oder repräsentativen Demokratie. Das heißt, dass die Bürger ein Organ wählen, das nach der Wahl für sie über ihre Belange entscheidet. Auf Bundesebene ist das die beinahe ausschließliche Form der Bürgerbeteiligung.

2. Im Kommunalrecht sind dagegen auch direkt-demokratische Elemente vorgesehen. Die Bürger können dort also auch selbst über Fragen der örtlichen Gemeinschaft entscheiden. Sie können daher an Stelle des Gemeinderats beschließen. Die Verfahren dafür nennt man Bürgerbegehren und Bürgerentscheid; Art. 18a GO.

### **II. Ablauf und Wirkung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid**

1. Dabei ist das Bürgerbegehren die Vorstufe des Bürgerentscheides. Art. 18a Abs. 8, 9 GO. Dazu muss zunächst ein Begehren, also eine mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage, zusammen mit einer Begründung bei der Gemeinde eingereicht werden, Art. 18a Abs. 4 S. 1 GO. Dieses Begehren muss dann von einer bestimmten Anzahl von Bürgern unterschrieben werden, die also bezeugen müssen, dass sie Interesse an dieser Frage haben; Art. 18a Abs. 6 GO.

2. Anschließend muss der Gemeinderat über die Zulässigkeit des Begehrens entscheiden; Art. 18a Abs. 8 S. 1 GO. Falls er die Zulässigkeit verneint, kann auf die Zulassung geklagt werden; Art. 18a Abs. 8 S. 2 GO.

3. Falls das Bürgerbegehren danach zulässig ist, kommt es zu einem Bürgerentscheid; Art. 18a Abs. 10 GO. Dieser hat, falls er eine qualifizierte Mehrheit findet ( → Art. 18a Abs. 12 GO), die Wirkung eines Gemeinderatsbeschlusses; Art. 18a Abs. 12 S. 1 GO. Der Beschluss kann zudem durch den Gemeinderat im Regelfall erst ein Jahr nach dem Bürgerentscheid wieder geändert werden; Art. 18a Abs. 12 S. 2 GO. Die so getroffene Entscheidung ist also besonders geschützt.

4. Der Bürgerentscheid verleiht damit den Bürgern als solchen eine relativ starke Position, da sie selbstständig und direkt über Fragen der örtlichen Gemeinschaft entscheiden können. Allerdings ist ein Bürgerentscheid nur über Fragen des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde zulässig und auch dort bestehen Einschränkungen; 18a Abs. 1, 3 GO.

## **§ 29 Kommunalaufsicht**

Die Gemeinden und die Landkreise sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht völlig frei. Sie unterliegen als Träger mittelbarer Staatsverwaltung und damit Teil der parlamentarisch verantwortlichen Exekutive staatlicher Kontrolle in Form der Kommunalaufsicht. Dabei wird zwischen Rechtsaufsicht und Fachaufsicht unterschieden (Art. 109 GO, Art. 95 LKrO).

Im Bereich der eigenen Angelegenheiten (siehe oben II.) können die Gemeinden/Landkreise grundsätzlich frei entscheiden. Die Aufsicht überwacht hier nur die Rechtmäßigkeit ihres Handelns, das Gesetz spricht daher von der **Rechtsaufsicht** (Art. 109 Abs. 1 GO, Art. 95 Abs. 1 LKrO).

Im Bereich der übertragenen Angelegenheiten, also den eigentlichen Staatsaufgaben, prüft die Kommunalaufsicht hingegen auch die Zweckmäßigkeit des Handelns der Gemeinde oder des Landkreises. Das Gesetz spricht dann von der **Fachaufsicht** (Art. 109 Abs.2 GO, Art. 95 Abs.2 LKrO).

Die Aufsichtsbehörden können mit Hilfe verschiedener Instrumente durchsetzen, dass die Gemeinden/Landkreise ordnungsgemäß handeln beziehungsweise nicht ordnungsgemäße Handlungen korrigieren (Art. 111 ff. GO, Art. 97 ff. LKrO).

### **§ 30 Zugang zu öffentlichen Einrichtungen**

Gemäß Art. 21 Abs. 1 GO haben alle Gemeindeangehörigen (vgl. dazu Art 15 GO) das Recht zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen der Gemeinde. Das gilt nach Art. 21 Abs. 4 GO auch für juristische Personen. Ortsfremde, sogenannte Forensen, haben dagegen grundsätzlich keinen Anspruch auf Zugang zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde (zu möglichen Ausnahmen siehe unten). Das folgt im Umkehrschluss aus Art. 21 Abs. 3 GO.

#### **I. Definition der öffentlichen Einrichtung**

Jede Zusammenfassung von Personen und Sachmitteln, die im öffentlichen Interesse unterhalten wird und durch gemeindliche Widmung der allgemeinen Benutzung durch Gemeindeangehörige zugänglich gemacht wird, ist eine öffentliche Einrichtung.

*Beispiele: Volksfeste; Schwimmbäder; Einrichtungen der öffentlichen Versorgung, etwa die Wasserversorgung*

Nicht unter den Begriff der „öffentlichen Einrichtung“ fallen dagegen Gegenstände im Allgemeingebrauch, wie etwa Straßen. Ihre Benutzung steht, im Rahmen ihrer Widmung, vielmehr jedermann zu; vgl. Art. 21 Abs. 5 GO.

#### **II. Widmung**

Die Widmung einer Sache, das heißt die Bestimmung einer Sache zur öffentlichen Einrichtung, ist auf unterschiedliche Weise möglich, insbesondere durch Satzung und durch Verwaltungsakt im Sinn einer Allgemeinverfügung gemäß Art. 35 S. 2 BayVwVfG, aber auch durch konkludentes (das ist z.B. die ständige Nutzung) Verhalten seitens der Gemeinde.

#### **III. Zugangsberechtigung Ortsfremder**

Außer den bereits genannten ortsansässigen natürlichen und juristischen Personen können im Einzelfall auch Ortsfremde einen Anspruch auf Zugang zu der öffentlichen Einrichtung haben. Dieser kann sich ergeben aus:

- Art. 21 Abs. 3 GO
- der Selbstbindung der Verwaltung: Falls die Gemeinde die Einrichtung, etwa eine Halle, mehrmals Ortsfremden zur Verfügung gestellt hat, kann sie nicht ohne Grund

andere Ortsfremde anders behandeln und diesen den Zugang verwehren. Dies folgt aus Art. 3 Abs.1 GG, 118 BV und speziell für Parteien auch aus § 5 Abs. 1 PartG.

#### IV. Einschränkungen der Zugangsberechtigung

Der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen kann jedoch eingeschränkt sein und zwar durch

- **Widmung**, die bestimmte persönliche und sachliche Grenzen setzt, solange diese angemessen, also nicht willkürlich sind,
- **begrenzte Kapazitäten**: Falls etwa eine Halle bereits ausgebucht ist, besteht kein Anspruch auf Zulassung für den späteren Bewerber, oder
- im Extremfall aufgrund von **Sicherheitsproblemen**, etwa wenn die Polizei nicht in der Lage ist, die Sicherheit eines Parteitages zu gewährleisten, da nicht genügend Polizisten zum Schutz zur Verfügung stehen, oder wenn der Einrichtung durch die Veranstaltung konkret Schaden droht und dieser nur dadurch, dass der Zugang verwehrt wird, und nicht auch durch die Leistung von z.B. einer Kautionsleistung, abgewendet werden kann.

#### V. Organisationsform der öffentlichen Einrichtung und Art des Nutzungsverhältnisses

1. Die Gemeinde kann frei wählen, ob sie eine öffentliche Einrichtung, beispielsweise ein Schwimmbad, in Formen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts, also z.B. als GmbH, betreibt. Falls die Gemeinde die Einrichtung in Formen des Privatrechts betreibt, muss sie jedoch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Einfluss auf den privatrechtlichen Betreiber der Einrichtung ausüben können. Das ist z.B. der Fall, wenn eine GmbH der Gemeinde zu mehr als 50 % gehört, die Gemeinde also ihren Willen in der Gesellschaft durchsetzen kann. Falls das hingegen nicht (mehr) der Fall ist, etwa weil die Gemeinde zulässigerweise Anteile veräußert hat, liegt keine öffentliche Einrichtung (mehr) vor.

2. Da Art. 21 Abs. 1 GO nur die Gemeinde selbst verpflichtet, kann nicht direkt gegen den Betreiber der Einrichtung, also etwa eine GmbH, auf Zulassung geklagt werden. Der Anspruch auf Zulassung verwandelt sich daher in einen **Zulassungsverschaffungsanspruch** gegen die Gemeinde. Sie muss dann im Falle ihrer Verurteilung auf die GmbH einwirken, dass diese dem Bürger Zugang zur Einrichtung verschafft.

3. Das eigentliche Benutzungsverhältnis kommt in diesen Fällen mit dem privatrechtlichen Betreiber der Einrichtung zustande. Da dieser nur privatrechtlich handeln kann, entsteht ein privatrechtliches Nutzungsverhältnis, etwa ein Mietvertrag. Streitigkeiten aus dem Nutzungsverhältnis werden somit vor den ordentlichen Gerichten geklärt.

4. Falls die Gemeinde die Einrichtung selbst betreibt, kann sie hingegen wählen, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich, etwa durch Satzung, oder privatrechtlich gestaltet. Falls die Nutzung öffentlich-rechtlich geregelt wird, werden auch Streitigkeiten aus dem Nutzungsverhältnis vor den Verwaltungsgerichten geklärt.

#### VI. Zwei-Stufen-Theorie

Die sogenannte Zwei-Stufen-Theorie erklärt, warum eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, also vor dem Verwaltungsgericht ausgetragen wird, obwohl das eigentliche Ziel des Klägers der Abschluss eines privatrechtlichen Nutzungsverhältnisses, etwa ein Mietvertrag über die Halle einer gemeindlichen GmbH, sein kann.

Im Sinne dieser Theorie ist die Frage, ob der Bürger einen Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung hat, also das „**Ob**“ der Nutzung, die erste Stufe. Diese ist **stets öffentlich-rechtlich**, also vor den Verwaltungsgerichten zu klären, da sich der Anspruch, wie gesehen, immer gegen die Gemeinde richtet, da nur sie aus Art. 21 Abs. 1 GO verpflichtet ist. Erst auf der zweiten Stufe, dem „**Wie**“ der Nutzung, ist dann zu klären, ob sich das Nutzungsverhältnis nach **Öffentlichem Recht** oder nach **Privatrecht** richtet. Das hängt von der Form ab, in der die Gemeinde die öffentliche Einrichtung betreibt. Grundsätzlich kann sie frei wählen (siehe VI. 5.).

## **VII. Statthafte Klageart zur Durchsetzung des Anspruchs aus Art. 21 Abs.1 GO**

Die statthafte Klageart hängt davon ab, ob die Gemeinde den Betrieb der öffentlichen Einrichtung auf einen Betreiber in Form einer juristischen Person übertragen hat oder die Einrichtung selbst betreibt.

- 1.** Im ersten Fall besteht nur ein **Zulassungsverschaffungsanspruch**, also ein Anspruch auf einfaches Handeln der Gemeinde, richtige Klageart ist daher die **allgemeine Leistungsklage**.
- 2.** Im Fall, dass die Gemeinde selbst die Einrichtung betreibt, wäre die Zulassung ein **Verwaltungsakt** im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG. Statthafte Klageart wäre somit die **Verpflichtungsklage**.

## § 31 Sechster Beispielfall

### Sachverhalt

nach *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Auflage (2007), S. 240.

Der Ortsverband („der örtliche Teil“) der radikalen N-Partei will die Stadthalle von Passau (die so genannte Drei-Länder-Halle) für eine Parteiveranstaltung kurz vor den Kommunalwahlen nutzen. Die Drei-Länder-Halle steht im Eigentum der Stadt Passau und wird üblicherweise für Volksfeste, Versammlungen und auch Veranstaltungen anderer Parteien genutzt. Der Oberbürgermeister der Stadt Passau D lehnt es ab, dem Ortsverband die Halle zu überlassen, da der Stadt nicht zugemutet werden könne, die politische Arbeit gerade der N-Partei zu unterstützen. Die N-Partei steht im Verdacht, verfassungsfeindliche Ziele zu verfolgen (Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung).

1. Was kann der Ortsverband der N-Partei unternehmen, um die Stadthalle doch noch nutzen zu können?

Hinweis: Ein Widerspruchsverfahren ist seit 1.7.2007 in vielen Fällen entbehrlich (so auch hier).

2. Abwandlung: Was ist zu beachten, wenn die Drei-Länder-Halle nicht im Eigentum der Stadt Passau steht, sondern der P-GmbH gehört und durch diese betrieben wird? Die P-GmbH ist eine (private) Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche die Halle bewirtschaftet und Verträge mit den Mietern schließt. Die P-GmbH gehört zu 100 % der Stadt Passau. Kann der Ortsverband der N-Partei gegen die Stadt vorgehen?

## **Lösung**

### **A. Frage 1: Klage der Partei auf Zulassung zur Drei-Länder-Halle**

Die Klage der Partei hat Erfolg, wenn sie die nötigen Sachentscheidungsvoraussetzungen aufweist und begründet ist.

#### **I. Sachentscheidungsvoraussetzungen**

##### **1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Verwaltungsrechtsweg ist hier mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, wenn es sich bei der Klage der Partei um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und diese Streitigkeit nicht einem anderen Gericht per Gesetz zugewiesen ist.

##### a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit:

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, bestimmt sich an Hand der streitentscheidenden Normen. Sind diese öffentlich-rechtlich, so ist es auch die Streitigkeit.

Für die Entscheidung, nämlich die Frage, ob die N-Partei die Halle bekommt oder nicht, kommt es hier auf Art. 21 GO an. Das ist eine Norm des öffentlichen Rechts, denn sie verpflichtet ausschließlich Hoheitsträger, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist.

##### b) Nichtverfassungsrechtlicher Art:

Diese Streitigkeit müsste zudem nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Nach dem Grundsatz der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsorgane unmittelbar um Rechte aus der Verfassung streiten. Weder die Stadt P noch der Ortsverband der N-Partei sind Verfassungsorgane, so dass die Streitigkeit allein schon deshalb nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

Eine abdrängende Sonderzuweisung besteht hier ebenfalls nicht, so dass insgesamt der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

##### **2. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren; § 88 VwGO. Der Ortsverband der N-Partei begehrt die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung der Stadt P.

Die Zulassung wäre ein Verwaltungsakt im Sinn des Art. 35 S. 1 BayVwVfG. Diesen zu erlassen hat die Stadt P abgelehnt. Der Ortsverband der N-Partei begehrt mithin den Erlass eines Verwaltungsaktes. Statthafte Klageart ist daher die Verpflichtungsklage; § 42 Abs. 1 Fall 2 VwGO.

##### **3. Klagebefugnis § 42 Abs. 2 VwGO**

Der Ortsverband müsste nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein, das heißt, es müsste die Möglichkeit bestehen, dass er durch die Ablehnung der Zulassung in seinen Rechten verletzt ist. Das wäre der Fall, wenn der Ortsverband möglicherweise einen Anspruch auf Zulassung hat.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus Art. 21 GO (gegebenenfalls in Verbindung mit § 5 Abs. 1 PartG) ergeben. Eine Verletzung dieses Anspruches scheint hier nicht ausgeschlossen, so dass der Ortsverband klagebefugt ist.

#### **4. Widerspruchsverfahren, § 68 Abs. 2, 1 S. 1 VwGO**

Die an sich nach § 68 Abs. 2, 1 S. 1 VwGO nötige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens entfällt hier gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO, Art. 15 Abs.1, 2 AGVwGO.

#### **5. Klagefrist, § 74 Abs. 2, 1 S. 2 VwGO**

Die Klagefrist des § 74 Abs. 2, 1 S. 2 VwGO wurde eingehalten.

#### **6. Beteiligtenfähigkeit § 61 VwGO**

Aus historischen Gründen sind Parteien in Deutschland gewöhnlich nicht als eingetragene Vereine und damit juristische Personen des Privatrechts organisiert. Sie sind aber gemäß § 3 S. 1 PartG trotzdem nach § 61 Nr. 1 Fall. 2 VwGO beteiligtenfähig. Laut § 3 S. 2 PartG gilt das auch für ihre Untergliederungen.

Als juristische Person des öffentlichen Rechts ( → Art. 1 S. 1 GO) ist die Stadt Passau P gemäß § 61 Nr. 1 Fall 2 VwGO beteiligtenfähig.

#### **7. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO**

Sowohl juristische Personen als auch Vereinigungen sind nach § 62 Abs. 1 VwGO an sich prozessunfähig. Sie können aber gemäß § 62 Abs. 3 VwGO vertreten werden und sind dann prozessfähig.

Der Ortsverband der N-Partei wird durch den Vorsitzenden vertreten (→ § 11 Abs. 3 PartG).

Die Stadt P wird gemäß Art. 38 Abs. 1 GO durch ihren Oberbürgermeister; Art. 34 Abs. 1 S. 2 GO, vertreten.

#### **8. Zwischenergebnis**

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der Klage des Ortsverbandes der Partei liegen vor.

## **II. Begründetheit**

Die Klage des Ortsverbandes der N-Partei ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, die Ablehnung des Verwaltungsaktes rechtswidrig war und den Kläger hierdurch in eigenen Rechten verletzt hat; vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO.

#### **1. Passivlegitimation, § 78 VwGO**

Richtiger Beklagter ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der handelnden Behörde. Hier hat der Oberbürgermeister der Stadt P gehandelt. Richtiger Beklagter ist somit die Stadt P.

#### **2. Anspruch der N-Partei auf Zulassung zur Drei-Länder-Halle**

Die Partei müsste einen Anspruch auf Zulassung zur Stadthalle haben. Dieser könnte sich aus Art. 21 GO ergeben.

##### **a) Öffentliche Einrichtung**

Dazu müsste es sich bei der Stadthalle zunächst um eine öffentliche Einrichtung im Sinn von Art. 21 Abs. 1 GO handeln. Darunter versteht man jede Zusammenfassung von Personen und Sachmitteln, die im öffentlichen Interesse unterhalten wird und durch gemeindliche Widmung der allgemeinen Benutzung durch Gemeindeangehörige zugänglich gemacht wird.

Laut Sachverhalt wird die Drei-Länder-Halle für Volksfeste und Versammlungen genutzt und die Halle als Einrichtung dafür den Gemeindeangehörigen zugänglich gemacht. Von einer

Widmung ist daher, jedenfalls konkludent, auszugehen. Damit ist die Halle eine öffentliche Einrichtung.

#### b) Nutzungsberechtigte

Nutzungsberechtigt sind nach Art. 21 Abs. 1 GO alle Gemeindeangehörigen. Damit sind, wie Art. 21 Abs. 4 GO zeigt, zunächst nur natürliche Personen gemeint. Allerdings ist Art. 21 Abs. 1 GO gemäß Art. 21 Abs. 4 GO auch auf Vereinigungen anwendbar. Der Ortsverband der N-Partei ist eine Vereinigung; vgl. § 2 Abs. 1 PartG. Fraglich ist demnach noch, ob er im Sinne des Art. 21 Abs. 1 GO „gemeindeangehörig“ ist. Das bestimmt sich nach Art. 15 Abs. 1 S. 1 GO. Danach ist gemeindeangehörig, wer Einwohner ist. Der Ortsverband der N-Partei kann zwar als Vereinigung nirgends wohnen, er hat aber seinen Sitz in P. Da die Bestimmungen nur entsprechend anzuwenden sind, steht er damit einem Einwohner gleich. Der Ortsverband der N-Partei ist daher Gemeindeangehöriger im Sinn des Art. 21 Abs. 1, 4 GO und damit Nutzungsberechtigter der Drei-Länder-Halle.

#### c) Grenzen des Zulassungsanspruches

Somit steht dem Ortsverband der N-Partei an sich ein Anspruch auf Zulassung zur Halle aus Art. 21 Abs. 1, 4 GO zu. Dieser könnte jedoch aus verschiedenen Gründen eingeschränkt sein, so dass der Ortsverband doch keinen Anspruch auf Zulassung hat.

##### aa) Widmung

Ein Anspruch des Ortsverbandes auf Zulassung wäre beispielsweise ausgeschlossen, falls die Widmung durch die Stadt P Parteiveranstaltungen in der Drei-Länder-Halle ausschließt. Hier ist über die konkrete Widmung nicht bekannt. Die Stadt P hat die Halle aber laut Sachverhalt bereits häufiger anderen Parteien für Parteiveranstaltungen überlassen. Damit dürfte die Stadt schon die Widmung konkludent auch auf Parteiveranstaltungen ausgedehnt haben. Jedenfalls wegen Art. 21, 3 Abs. 1 GG, § 5 Abs. 1 PartG steht dem Ortsverband der N-Partei jedoch ein Anspruch auf Gleichbehandlung zu.

Eine eingeschränkte Widmung steht daher dem Anspruch des Ortsverbandes der N-Partei auf Zulassung in jedem Fall nicht entgegen.

##### bb) Sonstige Grenzen

Der Oberbürgermeister der Stadt P führt hier aus, es könne der Stadt nicht zugemutet werden, die politische Arbeit der N-Partei zu unterstützen, da diese im Verdacht stehe, verfassungsfeindliche Ziele zu verfolgen. Fraglich ist demnach, ob sich dieser Verdacht auf den Zulassungsanspruch des Ortsverbandes auswirkt.

Wie Art. 21 Abs. 2 GG, der ein Verbotsmonopol für politische Parteien beim Bundesverfassungsgericht schafft, zeigt, stehen Parteien in der Verfassung unter einem besonderen Schutz. Solange sie nicht vom Bundesverfassungsgericht verboten wurden, sind sie daher gleich zu behandeln und der Verdacht der Verfassungsfeindlichkeit darf für das Handeln der Verwaltung keine Rolle spielen.

Der Einwand des Oberbürgermeisters ist daher kein tauglicher Grund, den Ortsverband der N-Partei von der Nutzung der Halle auszuschließen.

Weitere Grenzen des Zulassungsanspruches sind nicht ersichtlich. Der Anspruch des Ortsverbandes der N-Partei aus Art. 21 Abs. 1, 4 GO besteht hier daher. Die Stadt P hätte sie also zulassen müssen.

### **3. Verletzung der N-Partei in eigenen Rechten**

Die N-Partei hat einen Anspruch auf Zulassung zur Stadthalle und ist deshalb durch die Ablehnung in eigenen Rechten – nämlich den diesbezüglichen – verletzt.

### **III. Ergebnis**

Die Klage des Ortsverbandes der N-Partei weist damit insgesamt die Sachentscheidungs-voraussetzungen auf und ist auch begründet. Sie wird daher Erfolg haben.

#### **B. Abwandlung:**

Hier ist zunächst fraglich, ob es sich überhaupt um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist. Das wäre nicht der Fall, wenn direkt die GmbH auf Abschluss eines privatrechtlichen Nutzungsverhältnisses zu verklagen wäre. Nach der Zwei-Stufen-Theorie ist jedoch die Frage des „Ob“ der Nutzung, um die es hier geht, stets öffentlich-rechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. Die Stadthalle wird allerdings von der GmbH betrieben, nicht von der Gemeinde selbst. Eine Verpflichtungsklage gegen die Gemeinde auf Zulassung zur Stadthalle scheidet somit aus, denn diese kann den Ortsverband nicht direkt zulassen. Jedoch gehört die P-GmbH zu 100 % der Stadt Passau, diese kann und muss daher auf die GmbH einwirken, um dem Ortsverband der N-Partei die Nutzung der Stadthalle zu gestatten. Statthafte Klageart ist die somit die allgemeine Leistungsklage, gerichtet auf die Einwirkung als Realakt. Der Kläger hat keinen Zulassungsanspruch gemäß Art. 21 Abs. 1, 4 GO, sondern einen Zulassungsverschaffungsanspruch. Der Ortsverband muss die Gemeinde verklagen, dass sie auf die GmbH einwirkt, ihn zur Einrichtung zuzulassen. Die weitere Prüfung erfolgt dann wie im Ausgangsfall.