DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

66. Jahrgang
Oktober 2015
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2015010

10/2015

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Thomas Rottenwallner
Der Rechtsstaat

Holger Weidemann
Das Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung im Straßenrecht des Landes Rheinland-Pfalz

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitungen

Günter Haurand/Jürgen Vahle
Die abgebrochene Abschleppmaßnahme

Udo Kunze
Leistungsanspruch aus einem städtebaulichen Vertrag

Rechtsprechung

(Kampf-)Hundesteuer mit „erdrosselnder“ Wirkung

Mitwirkungsrechte einer Fraktion im Kreistag

Schulordnungsmaßnahme wegen Facebook-Eintrag

Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

UNSERE ERFAHRUNG – IHR ERFOLG

Komplexe Zusammenhänge des Zivilrechts – verständlich vermittelt!

Pluspunkte für Sie:

- Aufbau und Inhalt des Buches richten sich nach den Stoffverteilungsplänen der Fachhochschulen für öffentliche Verwaltung sowie der kommunalen Studieninstitute.
- Es werden Fragestellungen behandelt, die das Gesamtverständnis des Bürgerlichen Rechts angehen. Aber auch die speziell erforderlichen Kenntnisse des BGB für die öffentliche Verwaltung werden vermittelt; besonderes Augenmerk liegt daher auf dem Vertrags-, Familien-, Erbrecht.
- Zusätzliche Bereiche für die universitäre Juristenausbildung werden in Grundzügen dargestellt.

DVP-Schriftenreihe:
Grundriss
2. überarbeitete und aktualisierte Auflage,
Rechtsstand 2014,
556 Seiten, Broschur,
ISBN 978-3-7869-0938-5,
€ 29,90

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80 -320 | Fax 040/70 70 80 -324 | vertrieb@dvp-digital.de

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
66. Jahrgang 10/2015

Über Politiker und die Medien

Das Image von Politikerinnen und Politikern ist schlecht; auf Berufs-Prestigeskalen rangieren sie weit hinten, im Umfeld von TV-Moderatoren, Bankangestellten und Versicherungsvertretern. Viele Leute halten Politiker für unfähig, korrupt, machtgeil, skrupellos und verlogen. Die öffentlichen Medien verstärken den Eindruck, indem sie genüsslich über (vermeintliche) Fehler, Dummheiten und Schwächen von Politikern berichten. Politiker müssen sich, wollen sie nicht irgendwo anecken, stets politisch korrekt verhalten. Nicht nur die Medien, sondern auch private Organisationen achten penibel genau auf die Einhaltung höchster ethischer Standards. Die Deutsche Umwelthilfe e. V. (DUH) beispielsweise hat eine „Klima-Ampel" veröffentlicht, darin werden die Dienstwagen der „Länderchefs" unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit bewertet. Nur einer, der (ehemalige) Bürgermeister von Bremen *Jens Böhrnsen* findet mit seinem Mercedes E 250 Blue Tec Gnade in den Augen der DUH. Durchgefallen sind beispielsweise die nordrhein-westfälische Ministerpräsidentin *Hannelore Kraft* (Audi A 8L 4.0 TESI)) und *Horst Seehofer* (Audi A8L 4.2 TDI). Die DUH hat ihnen, wie foulenden Fußballspielern, eine „rote Karte" gezeigt. Die Ampel-Liste hat viele Leute aufgeregt („Protzkarren"). In etlichen Internet-Kommentaren wird den Regierungschefs und ihren Parteien pauschal das nötige Umweltbewusstsein abgesprochen.

Das Internet ist für viele ein willkommenes Forum, um mal richtig Dampf abzulassen. Politiker bieten sich als Angriffsziele geradezu an. Sogar *Angela Merkel* hat es im Juli 2015 erwischt. Die Kanzlerin hatte zu einem weinenden Mädchen aus Palästina Folgendes gesagt: „Das ist manchmal auch hart, Politik. Wenn du jetzt vor mir stehst, du bist ja ein unheimlich sympathischer Mensch. Aber du weißt auch, in den palästinensischen Flüchtlingslagern im Libanon gibt es noch Tausende und Tausende und wenn wir jetzt sagen: Ihr könnt alle kommen, und ihr könnt alle aus Afrika kommen, das können wir auch nicht schaffen." Außerdem hat die Kanzlerin das Kind gestreichelt. Es sei dahingestellt, ob diese Sätze und die Geste psychologisch glücklich waren. Sie sind jedenfalls kein Beleg für Kaltherzigkeit, Ausländerfeindlichkeit und Menschenverachtung. Genau dies wird aber in einem „Shitstorm" geäußert. Ein gewisser Tobias beispielsweise empfiehlt *Merkel,* sich eine Katze zum Streicheln anzuschaffen. Andere bezeichnen das Verhalten der Kanzlerin als „widerlich", „eiskalt", „abscheulich".
Das „Flüchtlingsmädchen" (wie die Presse die Schülerin bezeichnet) hat übrigens die Bundeskanzlerin verteidigt: „Sie hat zugehört". Der Internet-Mob kann oder will das nicht, und eine differenzierte Argumentation ist nicht seine Sache. Anderenfalls hätte er begriffen, dass die Bundeskanzlerin nicht wie ein guter König aus dem Märchenbuch zugunsten einzelner „Untertanen" eingreifen kann.

Nicht nur auf Bundes-und Landesebene werden die Federn gewetzt. Ruppig geht es auch in manchen Gemeinden zu. „Wutbürger" aus verschiedenen Lagern beschimpfen Kommunalpolitiker und schrecken manchmal nicht vor Gewalt zurück (DER SPIEGEL 12/2015, Seite 48).
Das Privatleben von Politikern ist längst kein Tabu mehr. Das musste vor einiger Zeit der ehemalige Bundespräsident *Christian Wulff* erfahren. In einem medialen Overkill wurden vergleichsweise Lappalien (ein sehr günstiger Kredit für ein Wohnhaus, Urlaube bei Freunden aus Hannover) zu einer Staatskrise aufgeblasen. Über die Ehefrau des Präsidenten wurden üble Spekulationen im Internet verbreitet. Der Bundespräsident hat sich hierüber in einem Interview beklagt. Er hat gesagt, er fürchte, dass diese Vorgänge Leute abschreckten, in die Politik zu gehen. Ich glaube, dass *Wulff* recht hat. Die Wirklichkeit hat seine Ansicht in letzter Zeit mehrfach bestätigt.

Der Bewerber um ein politisches Amt, muss ein allseits kompatibler Mensch ohne Schwächen sein. Wer gelegentlich unter Depressionen leidet, stark raucht und trinkt sowie Seitensprüngen nicht abgeneigt ist, lässt besser die Finger davon lassen.
Winston Churchill und *Willy Brandt* hätten vermutlich heute keine Chance mehr, in ein politisches Spitzenamt aufzusteigen. Gerade qualifizierte Leute dürften sich sehr gut überlegen, ob sie ein Angebot aus der Politik annehmen. Daran mag die Demokratie nicht zugrunde gehen, ein Menetekel ist es aber allemal.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im Oktober 2015/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Thomas Rottenwallner

Der Rechtsstaat 399

Das Rechtsstaatsprinzip ist nach Aussage des BVerfG eines der elementarsten, ja sogar das beherrschende Prinzip des Grundgesetzes. Genauere Aussagen zum Inhalt dieses Prinzips enthält das Grundgesetz allerdings nicht; es wird lediglich in den Artikeln 16, 23 und 28 als Maßstab für eine mögliche Auslieferung deutscher Staatsbürger an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof, für eine europäische Einigung und für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern erwähnt.

Zugleich mit einer gewissen Unsicherheit über den Inhalt des Prinzips kommt auch Kritik an seinen (möglichen) Zielen auf. Der vorliegende Beitrag befasst sich deshalb mit dem Begriff des Rechtsstaats, den möglichen Grundlagen, Definitionsversuchen, Bedrohungen und Herausforderungen. Angesprochen werden insbesondere

- der Begriff des Rechts,
- der Begriff des Staates,
- das Verhältnis der Begriffe zueinander,
- die Begriffsgeschichte des Rechtsstaates,
- die Definitionsversuche im Schrifttum,
- verfassungstheoretische Begriffsprägungen und Kontroversen,
- mögliche Inhalte des Rechtsstaatsprinzips im Grundgesetz,
- Rechtsstaat und Verfassungswandel,
- Gefährdungen des Rechtsstaats.

Dabei können viele Aspekte nur kurz angerissen werden, die aber durch Hinweise auf weiterführende Literatur weiter vertieft werden können. In seinem Ausblick plädiert der Verfasser nachvollziehbar sowohl für eine breitere theoretische Grundlage des Rechtsstaatsprinzips, als auch für eine zumindest grundsätzliche verfassungsgesetzliche Klarstellung des Kerngehalts der Rechtsstaatlichkeit.

Holger Weidemann

Das Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung im Straßenrecht des Landes Rheinland-Pfalz 412

Manche Projekte und Vorhaben berühren eine Mehrzahl von rechtlicher Interessen. Um unter allen relevanten Aspekten Genehmigungen und Zulassungen zu bekommen, müsste der Vorhabenträger versuchen, in sehr unterschiedlichen Verfahren mit verschiedenen Fachbehörden jeweils positive – inhaltlich aufeinander abgestimmte – Entscheidungen zu bekommen.

Der Gesetzgeber hat in manchen Rechtsgebieten versucht, durch Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung Verfahrensabläufe zu konzentrieren und (behördliche) Ansprechpartner zu reduzieren. Dieses Prinzip wird am Beispiel des Straßenrechts des Landes Rheinland-Pfalz hier dargestellt, lässt sich aber auch auf andere Rechtsgebiete mit vergleichbaren Regelungen (bundesrechtlich vgl. z.B. § 75 VwVfG, § 13 BImSchG) übertragen.

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ 414

In dieser Ausgabe des Glossars zu Begriffen der Verwaltungssprache werden die Themen „Entwicklungsphasen in Kommunen“, „Interkommunale Zusammenarbeit“ und „Rechnungslegung“ kurz angesprochen.

Fallbearbeitungen

Günter Haurand/ Jürgen Vahle

Die abgebrochene Abschleppmaßnahme 417

Bei dieser Klausur im Polizei- und Vollstreckungsrecht geht es insbesondere um die Frage, welche Kostenfolgen sich ergeben, wenn die Vollstreckungsmaßnahme zwar eingeleitet, nicht aber ausgeführt wurde, weil ein Pflichtiger die Gefahr vorher beseitigt hat.
Einzugehen war in diesem Rahmen auf die formelle und materielle Rechtmäßigkeit eines Leistungsbescheids der Kreispolizeibehörde sowie auf die Zulässigkeit einer Klage gegen diesen Bescheid.

Udo Kunze

Leistungsanspruch aus einem städtebaulichen Vertrag 426

Bei dieser Aufgabe mit einem Schwerpunkt im Verwaltungsvertragsrecht ist ein möglicher Anspruch einer Stadt auf Zahlung von Planungskosten gegenüber einem Investor zu prüfen, der mit der Stadt einen städtebaulichen Vertrag gem. § 11 I 1 BauGB geschlossen hat.
In diesem Rahmen wird auch sehr ausführlich auf die Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sowie die sich daraus ergebenden Ansprüche eingegangen. So soll anhand dieses Falles das (in der Ausbildung oftmals eher nur am Rande behandelte) Verwaltungsvertragsrecht umfassender dargestellt und vermittelt werden.

Rechtsprechung

(Kampf-)Hundesteuer mit „erdrosselnder“ Wirkung
(BVerwG, Urteil vom 15.10.2014 – 9 C 8/13) 432

Mitwirkungsrechte einer Fraktion im Kreistag
(OVG Münster, Urteil vom 25.03.2014 – 15 A 1651/12) 434

Schulordnungsmaßnahme wegen Facebook-Eintrag
(OVG Münster, Beschluss vom 17.09.2014 – 19 B 985/14) 437

Schrifttum

439

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Verlag C.H. BECK oHG. Wir bitten um freundliche Beachtung!

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Haufe-Lexware GmbH & Co. KG. Wir bitten um freundliche Beachtung!

Thomas Rottenwallner*

Der Rechtsstaat

– (Super-)Phantombegriff oder tragendes Strukturprinzip des modernen Verfassungsstaates ? –

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein „Rechtsstaat", ohne dass dies im Grundgesetz ausdrücklich geregelt wurde. In Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG ist lediglich davon die Rede, dass „die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen" muss. Eine Regelung, die bestimmt, dass es sich bei der Bundesrepublik Deutschland um einen Rechtsstaat handelt[1] und aus der sich ergibt, was hierunter eigentlich zu verstehen ist, fehlt in der Verfassung. Dennoch spricht das BVerfG vom „Rechtsstaatsprinzip" als einem der „elementarsten Prinzipien"[2], ja sogar dem „beherrschenden Prinzip"[3] des Grundgesetzes.[4] Es gibt scheinbar einen gebräuchlichen Begriff des Rechtsstaates. Dennoch hat sich an dem von Fritz Stier-Somló noch unter den rechtlichen Bedingungen des Spätkonstitutionalismus gewonnenen Befund, dass es in der Wissenschaft keinen) anerkannten Begriff des Rechtsstaates geben würde[5], bis heute nichts geändert. Der Begriff sieht sich deshalb massiver Kritik ausgesetzt. Dietrich Jesch diagnostizierte in den 1960er Jahren, dass es sich beim Rechtsstaat lediglich um eine „Leerformel" bzw. eine „Begriffshülse" handeln würde.[6] In den 1970er Jahren sprach Günter Püttner sogar von einer „Zauberkiste".[7] Zurückhaltender, aber nicht weniger schwerwiegend ist die von Horst Dreier geübte Kritik. Er erblickt im Rechtsstaatsprinzip eine „beliebig abrufbare Vokabel für wünschenswerte politische Zustände", die „als eine Art Generalnenner für Beschränkungen staatlicher Gewalt, Menschenrechte und demokratische Selbstorganisation … dienen" könne.[8] Eine Vielzahl von Autoren beklagt sich über eine Inflation unterschiedlicher Rechtsstaatsbegriffe und die gravierende Unsicherheit über die Begriffsinhalte.[9] Teils wird in der Unklarheit des Begriffs sogar Absicht vermutet. Der neo-marxistische Philosoph Ernst Bloch meinte, dass „trotz der relativen Rechtssicherheit *in prosperity* ein Rechtsstaat für arm und reich zugleich doch ein Verkleidungsstück … ist, dazu tauglich, dem interessierten Formalismus auch noch den Anschein einer besonderen Objektivität zu verleihen, den der Unparteiischkeit und ihrer Gerechtigkeit".[10] Selbst wenn man keine politischen Absichten verfolgt, fordert der Rechtsstaat wesensmäßig zu Kritik heraus. Katharina Sobota charakterisiert ihn folgendermaßen: „Er ist der große Verzögerer, Ernüchterer, Enttäuscher. Statt despotischen Plaisiers waltet das Gesetz mit gleichbleibender Kühle; Behörden erledigen, was sonst durch gewaltsame, herrliche Selbsthilfe erzwungen wurde oder als religiöse Pflicht mit angenehmen Gefühlen, wie Solidarität und Befriedigung von Eitelkeit, ausgelebt werden konnte."[11] Solcher Kritik muss auf den Grund gegangen werden.

I. Begriff des Rechtsstaates

Der Begriff Rechtsstaat basiert auf einem Kompositum aus den Begriffen Recht und Staat, die jedermann geläufig, aber dennoch – wenn es um die genaue Bedeutung geht – häufig ziemlich unklar sind. Dem Verwender dieser Begriffe geht es in mancherlei Hinsicht wie Augustinus bei der Frage nach der Bedeutung des Begriffs der Zeit: „Wenn mich niemand fragt, dann weiß ich es; sobald ich aber gefragt werde, kann ich es nicht erklären".[12] Es handelt sich gewissermaßen um zwei Phantombegriffe mit unklarem Inhalt, aber hohem Gebrauchswert. In Kombination miteinander kann deshalb sogar von einem (Super-) Phantombegriff gesprochen werden.

1. Begriff des Rechts

Der Begriff Recht bezieht sich auf die Rechtsordnung, also die Gesamtheit der Gesetze und die Gerechtigkeit. Das Wort kann auf das althochdeutsche *reht* (8. Jahrhundert) zurückgeführt werden, das zunächst für etwas Angeordnetes, Angemessenes oder Ordentliches gestanden hat. Die Frage *„Was ist Recht?"* bringt den Befragten in arge Verlegenheit. Denn seit jeher herrscht über die richtige Antwort ein unversöhnlicher Streit.[13] Während die Vertreter des *naturrechtlichen* Lagers geltend machen, dass das Recht (letztlich) auf dem höchsten göttlichen (*lex divina*), der Natur immanenten Gesetz (*lex naturae*) oder der rechten Vernunft beruht, sind die Vertreter des *rechtspositivistischen* Lagers der Ansicht, dass das Recht durch die Meinung und Konvention der Menschen konstituiert wird, es also nur ein gesetztes Recht gibt.[14] Bei diesem Streit wird der Unterschied zwischen Gerechtigkeit (*ius*) und Gesetz (*lex*) virulent. Die Vertreter der Naturrechtslehre folgen einem „Recht-vor-Gesetz-Denken", etwa wenn Thomas von Aquin unter Berufung auf Augustinus („*Ein* ungerechtes Gesetz ist gar kein Gesetz") sagte: „Deswegen besitzt ein Gesetz so viel an Geltungskraft, als es an der Gerechtigkeit teilhat." [15] Der Rechtspositivismus lehnt

---

* *Thomas Rottenwallner* ist Sachgebietsleiter im Amt für Finanzen der Stadt Landshut. Er vertritt in diesem Aufsatz ausschließlich seine persönliche Meinung.

1 Vgl. hierzu etwa Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Bayerischen Verfassung: „Bayern ist ein Rechtsstaat".

2 BVerfGE 20, 323, 331.

3 BVerfGE 42, 263, 305.

4 Vgl. hierzu *Leipholz/Rinck,* GG, Stand: April 2015, Art. 20 Rn. 626 ff.

5 *Stier-Somlo,* Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, VerwArch 19 (1911), 43 (56).

6 *Jesch*, Gesetz und Verwaltung – Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsbegriffs, 1961, S. 66.

7 *Püttner*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), 200 (203).

8 *Dreier*, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie der Philosophie, Bd. 3, 2010, S. 2265 re. Sp.

9 *Kunig,* Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 17ff. m. w. N.

10 *Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde (1961) 1985, S. 158.

11 *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 9.

12 *Augustinus,* Confessiones, XI, 14, 17.

13 *Kant,* Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, 1797, Akademie-Ausgabe, Bd. 6, S. 203 (206): *„Diese Frage (was Recht ist) möchte wohl den Rechtsgelehrten … ebenso in Verlegenheit versetzen, als die berufene Aufforderung: Was ist Wahrheit? den Logiker."*

14 *Cicero*, De res publica, III 13: *Ius enim de quo quaerimus civile est aliquod, naturale nullum, nam si esset, ut calida et frigida et amara et dulcia, sic essent iusta et iniusta eadem omnibus* (Das Recht, wonach wir fragen, existiert als staatlich gesetztes; natürliches Recht existiert nicht. Denn wenn es existieren würde, dann wäre, was recht und unrecht ist, für alle dasselbe wie Warmes und Kaltes, Bitteres und Süßes auch).

15 *Thomas von Aquin,* Summa theologica I/II quest. 95 art. 2

diese Sichtweise kategorisch ab. Hans Kelsen ist der Ansicht, dass das Recht „als nichts anderes erkannt werden kann, denn als eine Zwangsordnung, über deren Moral- und Gerechtigkeitswert damit nichts ausgesagt ist."[16] Kelsen sagt zum Geltungsgrund des Rechts: „Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und seine Augen nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen".[17]

2. Begriff des Staates

Der Begriff Staat hat im Vergleich zum Recht eine ziemlich kurze Begriffsgeschichte. Das Wort leitet sich aus dem lateinischen *status* (Zustand) ab und wurde im hier gemeinten Sinn erstmals in der frühen Neuzeit verwendet. Niccolò Machiavelli sprach in seinem 1513 verfassten und posthum 1532 erschienenen Werk *Il Principe* davon, dass „alle Staaten … die Gewalt über Menschen besessen haben und besitzen, … Republiken oder Fürstentümer (waren oder sind)".[18] Erst seit dem 16. Jahrhundert wird die Bezeichnung Staat (auch *stato, estado, état*) anstelle von „Reich" (*imperium, civitas* und *regnum)* gebräuchlich, ohne dass damit freilich schon die heutige Vorstellung vom Staat verbunden gewesen wäre. Das Staatsdenken hat damit aber seinen Lauf genommen.

a) Verfassungsstaat

Der Verfassungsstaat ist Ergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung.[19] Die ideengeschichtlichen und staatstheoretischen Grundlagen erlangten zuerst in Nordamerika durch die *Virginia Bill of Rights* und die Unabhängigkeitserklärung (*The Unanimous Declaration of The Thirteen United States of America,* beide 1776), später die Verfassung der Vereinigten Staaten (*Constitution*) von 1787 und schließlich in Europa im Zuge der Französischen Revolution durch die *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789 sowie die Verfassungen von 1791 und – mit Einschränkungen – von 1793 Wirksamkeit. Der Staat sollte von nun an um des Menschen willen da sein, nicht der Mensch um des Staates willen. Aus diesem Grundgedanken wurden zuerst die Demokratie, die Gewaltenteilung und die Grundrechte gefolgert, sodann die Ideale der Rechts- und Sozialstaatlichkeit.[20] Der moderne Verfassungsstaat verfügt über eine schriftliche Verfassung, die eine erhöhte formelle Gesetzeskraft (erschwerte Abänderbarkeit) besitzt und in materieller Hinsicht herrschaftsbegründende und -beschränkende Funktionen erfüllt.

b) Staat als juristische Person

Der Staat ist kein Wesen aus „Fleisch und Blut", das über einen eigenen freien Willen verfügt. Im Jahr 1837 vertrat der Göttinger Staatsrechtslehrer Wilhelm Eduard Albrecht erstmals die Auffassung, dass der Staat als juristische Person zu begreifen sei, die Träger von Rechten und Pflichten sein könne (*Fiktionstheorie*).[21] Die von Friedrich Carl von Savigny zuvor auf dem Gebiet des Zivilrechts entwickelte Lehre von der juristischen Person[22] wurde damit auf das öffentliche Recht ausgedehnt. Hierdurch ist es möglich geworden, den (staats-)rechtlichen Beziehungen, die bis dahin als Rechtsverhältnis zwischen Monarch und Untertanen gedeutet wurden, einen neuen Bezugspunkt zu geben.[23] Noch bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel fand sich die Wirklichkeit des Staates in der Person des Monarchen.[24] Mit der Vorstellung, der Staat sei eine juristische Person löste sich der Staat vom Körper des Monarchen[25]; dieser wurde zum obersten Organ des Staates. Der Ansatz ist freilich nicht unwidersprochen geblieben. Otto von Gierke bestritt, dass eine Fiktion zur Erklärung des Staates als Rechtsperson notwendig sei. Auch einem überindividuellen Wesen (wie dem Staat) könne Willensfähigkeit zukommen, da die in ihm versammelten Menschen zur gemeinsamen Willensbildung fähig seien und diese Fähigkeit in die Tat umsetzen würden. Der Staat müsse deshalb als reale Verbandsperson gedacht werden (*Verbandstheorie*).

Herrschend ist heute die Fiktionstheorie[26], wobei überwiegend anerkannt wird, dass sich auch aus der Verbandstheorie wichtige ergänzende Gesichtspunkte ergeben. Der Staat ist im Übrigen nicht *die* juristische Person des öffentlichen Rechts, sondern besteht aus einer Vielzahl einzelner juristischer Personen, die als Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bezeichnet werden.[27]

c) Zurechnungstheorie

Nach Auffassung von Hans Kelsen ist der Staat als juristische Person ein rechtstechnischer Behelf, um Rechte und Pflichten einer Gemeinschaft zu ordnen und zurechnen zu können (*Zurechnungstheorie*). Es ginge nicht um die Erzeugung einer Rechtsperson *per se* bzw. die Begründung eines solchen Status um seiner selbst willen, sondern darum, dass die Gemeinschaftsmitglieder festlegen, welche einzelnen Kompetenzen, Rechte und Pflichten den von ihnen eingesetzten Amtsträgern zuerkannt und zugerechnet werden sollen und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Der Staat wird damit vor allem als Bündel von Rechtsbeziehungen gesehen.[28] Entscheidend ist dabei die Vorstellung, dass der Staat, um überhaupt handeln zu können, über Organe verfügt. Walter Jellinek meinte: „(D)enkt man die Organe weg, so bleibt nicht etwa noch der Staat als Träger seiner Organe, sondern ein juristisches Nichts übrig."[29] Im Staat-Bürger-Verhältnis sind die Organe Zurechnungszwischensubjekt und der Staat Zurechnungsendsubjekt.[30] Die Aufgaben der Organe werden von natürlichen Personen wahrgenommen (Organwalter), deren Handeln der Beschränkung und Kontrolle bedarf.[31]

16 *Kelsen,* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 320.
17 *Kelsen*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 54.
18 *Machiavelli*, Il Principe, 1532, neu herausgegeben von P. Rippel, 2003, S. 8: „*Tutti gli stati, tutti e'domini che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono e republiche o principati.*"
19 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 20 Rn. 5.
20 *Seiler,* Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, 2005, S. 60 f.
21 *Albrecht,* Rezension zu Romeo Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, in: Göttingische Gelehrte Anzeigen, 1837, S. 1489, 1492 f., 1496 f.
22 *Von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II, 1840, §§ 60 ff.
23 *Gierke,* Genossenschaftstheorie, 1887; *ders.*, Das Wesen menschlicher Verbände, 1902.
24 *Hegel,* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 279.
25 *Jaguttis*, Gesteuerte Freiheit, 2014, S. 60.
26 Kritisch hierzu *Böckenförde,* in: Menger (Hrsg.), FS f. Wolff, 1973, S. 269 ff. (279 ff.); *Giesen*, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), FS f. Hamm, 2008, S. 108 f.
27 *Krebs,* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 36 ff.
28 *Kelsen* (Fn. 16), S. 178 ff.
29 *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1950, S. 61.
30 *Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. 2, S. 225 ff.
31 *Thiele*, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen, 2008, S. 131 ff.; *Rottenwallner,* Der verwaltungsrechtliche Organstreit, VerwArch 105 (2014), 212 (220 ff.).

3. Verhältnis der Begriffe zueinander

Durch die Fuge „s" sind die beiden Worte Recht und Staat additiv miteinander verbunden, ohne dass damit etwas über ihr Verhältnis zueinander ausgesagt wird. Dies bedarf erst einer näheren Betrachtung[32]:

- Eine Abhängigkeit des Staates vom Recht ist gegeben, wenn man – wie Augustinus – der Frage nachgeht, was der Staat eigentlich anderes als eine große Räuberbande ist und die Antwort darin sieht, dass der Staat nach der Gerechtigkeit strebt, die Räuberbande dagegen nicht.[33] Was die Gerechtigkeit in Bezug auf den Staat im Einzelnen fordert, bleibt dabei ebenso unklar wie ihr Verhältnis zum Recht.[34] Für Augustinus gibt es die vollendete Gerechtigkeit nur bei Gott.[35]
- Zu einem Abhängigkeitsverhältnis des Rechts vom Staat gelangt man auch dann, wenn man – wie Hans Kelsen – der Ansicht ist, dass das Recht lediglich eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens ist.[36] Dabei wird vertreten, dass jeder beliebige Inhalt Recht sein kann[37] und der Zweck des Staates einzig darin besteht, es im Wege der Gesetzgebung hervorzubringen und nötigenfalls (mit Zwang) durchzusetzen.
- Dem wird von anderer Seite widersprochen. Eugen Ehrlich meinte, die Ordnung der menschlichen Gesellschaft würde darauf beruhen, dass „Rechtspflichten im Allgemeinen erfüllt werden, nicht darauf, dass sie klagbar" seien.[38] Damit kommt zum Ausdruck, dass das Recht (zumindest teilweise) unabhängig vom Staat existieren soll, es bleibt aber offen, was anerkannt wird und worauf die Anerkennung eigentlich beruht. Die Geschichte lehrt, dass schon allerhand anerkannt worden ist, was mit den grundlegenden Anforderungen materieller Gerechtigkeit gewiss nicht zu vereinbaren war.
- Die heute wohl überwiegende Meinung geht davon aus, dass Recht und Staat untrennbar miteinander verbunden sind. Dennoch müsse – so das BVerfG – wegen der in Art. 20 Abs. 3 GG vorgeschriebenen Bindung an Gesetz und Recht das Bewusstsein aufrechterhalten werden, dass sich Gesetz und Recht „zwar faktisch im Allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken".[39] Das förmliche Gesetz ist „mit dem Rang und dem Prädikat einer demokratischen Mehrheitsentscheidung"[40] ausgestattet und deshalb in aller Regel Ausdruck materieller Gerechtigkeit.[41] Ein verfassungsrechtlich relevanter Verstoß gegen die Gerechtigkeit liegt aber vor, wenn das rechtsethische Minimum verletzt ist[42], so wie es etwa in der *Radbruchschen Formel* zum Ausdruck kommt: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang genießt, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat …: wo Gerechtigkeit nicht einmal angestrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung des positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur."[43] Das BVerfG hat sich in diesem Sinn von der „Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus" distanziert und die Bedeutung des überpositiven Rechts anerkannt.[44]

II. Begriffsgeschichte des Rechtsstaates

Der Begriff des Rechtsstaates ist im 19. Jahrhundert als sprachliche Reaktion auf politische Umwälzungen entstanden, die infolge jahrhundertelanger philosophischer, staatstheoretischer und verfassungsrechtlicher Entwicklungen eingetreten sind.[45] Treffend hat Otto Mayer bemerkt, dass „das Wort aufgekommen (ist), nachdem die Sache bereits im Gange war."[46] Die früheste Begriffsverwendung findet sich wohl bei Ludwig Harscher von Alemendingen, der ihn in seinem im Jahr 1800 erschienenen Beitrag „Grundzüge zu einer neuen Theorie über die Verletzung des guten Namens und der Ehre" erstmals im juristischen Schrifttum verwendet haben dürfte.[47] Mit der Begriffsverwendung waren jedoch unterschiedliche Vorstellungen verbunden, was bereits in den frühen Beiträgen, insbesondere denen von Adam Müller[48], Johann Christoph von Aretin, Carl von Rotteck[49], Robert von Mohl[50], Friedrich Julius Stahl[51], Carl Theodor Welcker[52], Otto Bähr[53] und Rudolf von Gneist[54], deutlich zum Ausdruck kommt. Die Etappen der Begriffsgeschichte[55] lassen sich folgendermaßen beschreiben:

- **Liberaler Rechtsstaat**

Der Liberalismus setzte den freien und selbstverantwortlichen Menschen voraus, dessen Grundverständnis vor allem aus den Idealen der Aufklärung hervorgegangen ist (Hugo Grotius, John Locke, Montes-

32 Zur Notwendigkeit einer solchen Betrachtung vgl. schon *Nawiasky,* Staatslehre, 1956, S. 1.
33 *Augustinus,* De civitate dei, IV, 4, 1: *„Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna."*
34 Vgl. hierzu *Sonnenberger,* Recht und Gerechtigkeit, JURA 2000, 561.
35 *Augustinus* (Fn. 33), II, 21 a. E.
36 *Kelsen* (Fn. 16), ebd.
37 *Kelsen* (Fn. 16), S. 201
38 *Ehrlich,* Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 17.
39 BVerfGE 34, 269 (286 f.).
40 *Ipsen*, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952), 75.
41 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 631.
42 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 50.
43 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 353.
44 BVerfGE 3, 225 (232), 23, 98 (106); vgl. hierzu auch *Grzezick*, in: Maunz/ Dürig (Hrsg.), GG, Stand: Dezember 2014, Art. 20 Rn. 19. *Anter*, in: Van Ooyen/ Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 484 f.; – Zurückhaltend kritisch dagegen *Gärditz,* in: Friauf/ Höfling (Hrsg.), GG, Stand: 2015, Art. 20 (6. Teil) Rn. 67 ff., auch *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 2. Bd., 6. Aufl. 2010 Art. 20 Rn. 267.
45 Die Grundidee des Rechtsstaates lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen, vgl. *Aristoteles*, Politik, 3. Buch, Kap. 10. Siehe hierzu *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2010, § 10 Rn. 2; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, (Fn. 19), Art. 20 Rn. 11; *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 11.
46 *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 61.
47 Grolmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung, Gießen und Darmstadt 1800, Bd. II, 63 ff.; vgl. zu dieser begriffsgeschichtlichen Nachweisführung *Stolleis*, Das Auge des Gesetzes, 2. Aufl. 2004, S. 75 f. Endnote 6. Im Jahr 1798 hatte *Johann Wilhelm Placidus* (Literatur der Staatslehre – Ein Versuch) bereits in einem unspezifischen Sinn von „Rechts-Staatslehre" gesprochen.
48 *Müller*, Elemente der Staatskunst, 1809, Bd. I, S. 40, 232 f., 277.
49 *Von Aretin/Von Rotteck,* Das Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 1824, S. 163.
50 *Von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1832 ff.
51 *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 3. Aufl. 1856.
52 *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1813.
53 *Bähr*, Der Rechtsstaat, 1864.
54 *Von Gneist*, Der Rechtsstaat, 1872.
55 Ausführlich zur Begriffsgeschichte *Böckenförde,* Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 143 ff.; *Schreckenberger,* in: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, ARSP Beiheft Nr. 65, 1996, S. 71 ff.; *Pieroth,* Historische Etappen des Rechtsstaates in Deutschland, JURA 2011, 729 ff.

quieu, Jean-Jacques Rousseau).[56] Robert von Mohl war der Ansicht: „Ein Rechtsstaat kann … keinen anderen Zweck haben, als den: das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, dass jedes Mitglied desselben in der möglich freien und allseitigen Uebung und Benützung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde".[57] Der Rechtsstaat sollte ursprünglich die Aufgabe haben, die Hindernisse für eine allseitige Entfaltung bürgerlicher Freiheit zu beseitigen, namentlich durch parlamentarische Gesetze und durch Gewährleistung von Grundrechten mit Hilfe von Gerichten und öffentlicher Verwaltung.[58]

- **Konservativer Rechtsstaat**

In der Folgezeit wurde der Rechtsstaat zunehmend auf formale Kriterien reduziert. Friedrich Julius Stahl, war der Ansicht, dass der Rechtsstaat „überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter desselben zu verwirklichen" bedeute.[59] Dem Rechtsstaatsprinzip sollte insbesondere durch den Gesetzesvorbehalt genüge getan werden.[60] Der Staat des „wohlgeordneten Verwaltungsrechts" im Sinne Otto Mayers[61] war ein Obrigkeitsstaat, also ein Staat mit stark betonter Autorität gegenüber den gehorsamspflichtigen Untertanen.[62] Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts hat Julius Ofner den Versuch unternommen, Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat miteinander zu verbinden: „Die Demokratie verlangt grundsätzlich den Sozialstaat, einen Organismus, der dem Rechtsstaat ähnelt, sicher aber nicht wie dieser darauf beschränkt, das Mein und Dein zu erhalten, während er dessen Bildung dem Spiel der Gewalt und des Zufalls überlässt, sondern die gerechte, auf Gleichheit Aller fussende Verteilung von Vorteilen und Lasten in ihrer Gesamtheit zum Gegenstand seiner Fürsorge nimmt."[63] Verfassungsrechtliche Wirksamkeit erlangte dieser Gedanke nicht.

- **Republikanischer Rechtsstaat**

Der Staat der Weimarer Reichsverfassung hat das konservative Rechtsstaatsverständnis im Wesentlichen beibehalten[64], in Art. 7, 9, 151 und 155 bis 157 und 159 bis 165 WRV aber umfangreiche sozialrechtliche Regelungen aufgenommen, ohne dass diese allzu große praktische Bedeutung erlangt hätten. Erst gegen Ende der Weimarer Zeit wurde von Hermann Heller im „sozialen Rechtsstaat" ein Ausweg aus dem Dilemma zwischen einem zu bloßem Formalismus erstarrten Rechtsstaat und der heraufziehenden Diktatur erkannt.[65] Zum einen drohe die politische Einheit des Staates bei zu großer „sozialer Disparität" auseinanderzubrechen[66], zum anderen sei der Fortschritt zum sozialen Rechtsstaat „logische Konsequenz aus dem naturrechtlichen Freiheits- und Gerechtigkeitsideal".[67] Praktische Relevanz erlangte dies nicht mehr.

- **Totalitärer Rechtsstaat**

Der Nationalsozialismus hat das bisherige Rechtsstaatsverständnis pervertiert, sich aber dennoch weiterhin der Institutionen, der Handlungsformen und der Methoden des Rechts bedient. Unter dem Begriff „nationalsozialistischer deutscher Rechtsstaat" wurden (Staats- und Kriegs-)Verbrechen der schlimmsten Art als Recht deklariert.[68] Rechtsstaatliche Kerngehalte wie Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Gesetzesgebundenheit und richterliche Unabhängigkeit spielten keine Rolle mehr.[69] Eine Demontage des Rechtsstaates ließ sich auch in der DDR beobachten.[70]

- **Sozialer Rechtsstaat**

Während die Verfassung des Deutschen Kaiserreiches von 1871 und die Weimarer Reichsverfassung von 1919 den Begriff des Rechtsstaates nicht ausdrücklich erwähnt haben, ist dieser nunmehr in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG enthalten. Dort ist von einem „demokratischen, republikanischen und sozialen Rechtsstaat" die Rede. Die dem Begriff beigefügten drei Adjektive stellen lediglich eine Verweisung auf andere Staatsstrukturprinzipien dar, ohne dass sich hieraus sogleich etwas für das nähere Verständnis des Rechtsstaatsbegriffes ergibt.[71] Wesentlich erscheint das heutige Verständnis des „sozialen Rechtsstaats"[72], der die Staatsgewalten in der Verfassung nicht nur formellen, sondern zugleich materiellen Bindungen unterwirft und ein System von Sicherungen gegen den Missbrauch staatlicher Macht vorsieht (wehrhafter Rechtsstaat). Die Annahme, die Bundesrepublik Deutschland sei ein sozialer Rechtsstaat, bedeutet nach dem Selbstverständnis des Grundgesetzes nicht, dass ein entsprechender Zustand fraglos erreicht ist, sondern von allen Teilstaatsgewalten verwirklicht werden muss. Die Verfassungswirklichkeit wird von einer approximativen Zielerreichung bestimmt.

Der Rechtsstaat hat als typisch deutsche Begriffsbildung erst in den letzten Jahrzehnten auf andere europäische Staaten terminologisch „abzufärben" begonnen (état de droit; stato di dritto; estado di derecho).[73]

III. Definitionsversuche im Schrifttum

Immanuel Kant scheint bereits vor der Etablierung des Begriffs des Rechtsstaates eine gewisse Vorstellung von dessen Wesen besessen zu haben, als er vom Staat als einer „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" gesprochen hat.[74] In Anlehnung an ein rein positivistisches Rechtsverständnis meint Karl Doehring „in einem abstrakten Sinn könnte man jeden Staat, dessen Gemeinschaftsleben durch positives Recht geregelt ist, als ‚Rechtsstaat' bezeichnen".[75] Die Bedingungen der Verfassungsstaatlichkeit aufnehmend

56 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 4; *Pieroth* (Fn. 55), 729 (731).
57 *Von Mohl* (Fn. 50), Bd. 1, 2. Aufl. 1844, § 2, S. 8.
58 *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 4.
59 *Stahl* (Fn. 51), S. 137 f.
60 *Grzezick,* in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 5, 14; *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 44), Art. 20 Rn. 232; *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 13; Gärditz, in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 GG (6. Teil) Rn. 14; *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 5 f.
61 *Mayer* (Fn. 46), S. 58.
62 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Bd. 1, 1987, S. 302; vgl. auch *Schmidt-De Caluwe*, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S. 23.
63 *Ofner,* Studien sozialer Jurisprudenz, 1894, S. 76.
64 *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 8.
65 *Heller,* Rechtsstaat oder Diktatur, 1930, S. 9, 23 f., 26.
66 *Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: Müller (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 2. Aufl. 1992, S. 421 (430).
67 *Heller*, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart (1926), in: Müller (Fn. 66), Bd. 1, 2. Aufl. 1992, S. 267 (380).
68 *Schmitt*, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, 10; *ders.,* Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 717; *ders.,* Was bedeutet der Rechtsstaat?, ZgesStW 95 (1935), 189; vgl. auch *Koellreutter*, Der nationale Rechtsstaat, DJZ 1933, Sp. 517 ff.
69 *Grzezick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 15.
70 *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 20 Rn. 236; *Roellecke,* in: Umbach/Clemens (Hrsg), GG, 2002, Art. 20 Rn. 52; *Kloepfer* (Rn. 45), § 10 Rn. 10 f.
71 *Kunig* (Fn. 9), S. 68 ff.
72 *Pieroth* (Fn. 55), S. 733.
73 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 10; *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 1.
74 *Kant* (Fn. 13), S. 313; vgl. *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 44), Art. 20 Rn. 232.
75 *Doehring*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, 3. Aufl. 1984, D I.

meint Klaus Stern Rechtsstaatlichkeit bedeute, „Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit".[76] Mehr noch zu einer Abgrenzung geeignet ist die von Hartmut Maurer vorgeschlagene Definition, der zufolge der Rechtsstaat „ein Staat ist, in dem nicht nur die Beziehungen zwischen den Bürgern, sondern auch das Verhältnis zwischen dem Staat und den Bürgern und der innerstaatliche Bereich rechtlich geregelt sind. Kennzeichnend für den Rechtsstaat ist also, dass (auch) die Ausübung der Staatsgewalt rechtlich gebunden ist, im Gegensatz zum Machtstaat oder Polizeistaat, in dem entweder keine oder keine ausreichenden rechtlichen Regelungen bestehen oder die bestehenden Regelungen von den Machthabern bewusst und ständig ignoriert werden. Die rechtliche Regelung des Staat-Bürger-Verhältnisses macht aus dem Untertanenverhältnis ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. Der Staatsbürger wird als Person und damit als Rechtssubjekt anerkannt."[77] Ernst-Wolfgang Böckenförde meint, dass der Begriff des Rechtsstaates nicht abschließend definiert werden könne, sondern offen für das Einströmen sich wandelnder staats- und verfassungstheoretischer Vorstellungen sei.[78]

IV. Verfassungstheoretische Begriffsprägungen

Der Begriff des Rechtsstaates weist mehrere Prägungen auf, die in verfassungstheoretischer Hinsicht von Interesse sind.

1. Ungeschriebenes Verfassungsrecht

Obwohl Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG die Rechtsstaatlichkeit nur in Bezug auf die Länder gebietet, besteht weitgehende Einigkeit, dass diese auch für den Bund Geltung beansprucht. Soweit sich dies nicht aus dem Wortlaut dieser Rechtsvorschrift implizit ergibt („… im Sinne dieses Grundgesetzes …"), handelt es sich bei der gebotenen Rechtsstaatlichkeit um ungeschriebenes, aus Art. 20 GG abgeleitetes Verfassungsrecht.[79]

2. Deskriptive oder präskriptive Begriffsinhalte

Fraglich ist, ob der Begriff des Rechtsstaates lediglich *deskriptiver* Natur ist, also angibt, dass der Staat aufgrund spezieller Regelungen in der Verfassung (z. B. zur Gewaltenteilung und zur Gesetzesbindung) bestimmte Merkmale aufweist, derentwillen er als solcher zu bezeichnen ist[80], oder ob der Begriff *präskriptiver* Natur ist und insofern – unabhängig von speziellen Regelungen in der Verfassung – bestimmte Verhaltenserwartungen gegenüber dem Staat begründet.

3. Rechtsstaat als Staatsstrukturprinzip

Die verfassungsrechtlich gebotene Rechtsstaatlichkeit entspricht einem *Rechtsprinzip*. Während Regeln konditional nach dem Wenn-Dann-Schema programmiert sind, erfolgt die Programmierung von Prinzipien anhand des finalen Zweck-Mittel-Schemas. D. h., es sind lediglich bestimmte Ziele zu beachten, die möglichst optimal verwirklicht werden sollen.[81] Die Weite des Anwendungsbereiches lässt auch die Rede von einem „universellen Prinzip" zu[82], aber auch von einem allgemeinen „Optimierungsgebot".[83] Wegen seiner herausragenden Stellung ist das Rechtsstaatsprinzip neben der Republik, der Demokratie, der Bundesstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit ein *Staatsstrukturprinzip*[84], das den Charakter und Sinn der Verfassung auf elementare Weise (mit-)bestimmt.

Damit ist nichts über den normativen Charakter der einzelnen ausdrücklich unter das Rechtsstaatsprinzip fallenden oder aus ihm ableitbaren Normen gesagt. Bei diesen kann es sich um Regeln (Ge- und Verbote), aber auch um (Unter-)Rechtsprinzipien handeln. Teilweise ist der jeweilige Charakter umstritten. Beispielsweise wird zur Verhältnismäßigkeit überwiegend vertreten, dass es sich um ein Prinzip handele, das gewissermaßen synonym für ein rationalisiertes und inhaltlich konkretisiertes Abwägungserfordernis stehe.[85] Dem wird von anderen widersprochen. Nach deren Ansicht stellt die Verhältnismäßigkeit eine „Metanorm mit Regelungscharakter" dar, weil sie selbst nicht der Abwägung unterliegt.[86] Anders sei es dagegen mit dem Bestandsschutz, der mit anderen Belangen abgewogen werden könne.[87]

4. Rechtsmethodische Funktion

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben sich zwei Direktiven für die Auslegung von Rechtsvorschriften: Zum einen muss die Verfassung bei der Auslegung beachtet werden (*verfassungsorientierte Auslegung*) und zum anderen kommt von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen *nur* das mit der Verfassung vereinbare Ergebnis zum Tragen (*verfassungskonforme Auslegung*).[88] Das Interesse an der Rechtssicherheit und das Vorhandensein einer demokratisch legitimierten Gesetzgebung sprechen dafür, dass ein Gesetz in der Regel mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Nur im Zweifel bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung.[89] Ihr geht es grundsätzlich um die Normerhaltung (*favor legis*).[90] Eine vollständige Normverwerfung kommt nur als *ultima ratio* in Betracht.

V. Verfassungstheoretische Kontroversen um den Rechtsstaat unter der Geltung des Grundgesetzes

Die Weite und Offenheit des Rechtsstaatsprinzips birgt Spielräume für verfassungstheoretische Diskussionen. Unter der Geltung des Grundgesetzes haben im Wesentlichen drei bedeutende Kontroversen stattgefunden.

76 *Stern,* (Fn. 41), § 20 III 3 b.
77 *Maurer,* Staatsrecht, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 5.
78 *Böckenförde* (Fn. 55), S. 143 f.
79 *Sachs,* in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 75. – Zum ungeschriebenen Verfassungsrecht; *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 29;; vgl. auch *Grzezick,* in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 32 ff.; *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 39. – Kritisch *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 20 Rn. 227.
80 Vgl. hierzu *Grzezick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 43; *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 44), Art. 20 Rn. 229.
81 *Pfefferl,* Die Dichotomie konditionaler und finaler Normen, 2014, S. 40 ff.; *Luhmann,* Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 36 ff.
82 *Knauff*, Der Rechtsstaat – Grundlagen, Ausprägungen, Entwicklungen und Gefährdungen, VR 2012, 195; *Pieroth* (Fn. 55), S. 729.
83 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 43.
84 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 41.
85 *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verhaltenslenkung, 2009, S. 209; *Hanau,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 95; *Aulehner,* Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 423 f.
86 *Yi*, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit, 1998, S. 106 f.
87 *Riechelmann,* Rechtssicherheit als Freiheitsschutz, 2009, S. 97 f.
88 BVerfGE 2, 266 (282); 12, 61; 31, 132; 32, 383; 36, 271; *Lüdemann,* Die vefassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27 (28 f.).
89 BVerfGE 68, 337 (344); 85, 329 (333 f.); *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 118 ff.; *Lüdemann* (Fn. 88), S. 29.
90 BVerfGE 86, 288 (320); 90, 263 (275); 110, 226 (267).

1. Rechtsstaat vs. Sozialstaat

Die erste Kontroverse handelte in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland vom Verhältnis des Rechtsstaates zum Sozialstaat.

- **Spannungsverhältnis zwischen Rechts- und Sozialstaat**

Der Rechtsstaat würde nach seinem klassischen Verständnis dazu dienen, staatliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers zu verhindern oder zu unterbinden. Der Sozialstaatsgedanke habe eine entgegengesetzte Zielrichtung. Er sei primär auf Teilhabe gerichtet. Ernst Forsthoff hat gesagt: „Die Teilhabe als Recht und Anspruch meint einen leistenden, zuteilenden, verteilenden, teilenden Staat, der den Einzelnen nicht seiner gesellschaftlichen Situation überlässt, sondern ihm durch Gewährungen zu Hilfe kommt."[91] Es sollen sich also zwei grundverschiedene Wirkweisen des modernen Staates gegenüberstehen, eine *negative*, die nur Schutzfunktionen übernimmt und die bürgerliche Freiheitssphäre garantiert, und eine *positive*, die durch konkrete Leistungen dem Bürger seine Existenz zu erleichtern sucht. Forsthoff folgert daraus, dass es sich beim Rechtsstaat und beim Sozialstaat um Gegensätze handelt.[92]

- **Rechts- und Sozialstaat als Einheit („sozialer Rechtsstaat")**

Der Sozialstaat habe nach Ansicht von Wolfgang Abendroth nicht nur die Funktion durch gelegentliche Staatsintervention eine als „feststehend und gerecht anerkannte Gesellschaftsordnung zu balancieren". Die Sozialstaatsklausel „stellt grundsätzlich diese Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung selbst zur Disposition der demokratischen Willensbildung des Volkes."[93] Gemäßigter machte Konrad Hesse geltend, dass der Gedanke des sozialen Rechtsstaates in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG für die Länder ausdrücklich normiert sei und für den Bund vorausgesetzt würde („…im Sinne dieses Grundgesetztes …"). Da der soziale Rechtsstaat eine Einheit bezeichne, dürfe „er nicht in einen ‚Rechtsstaat' und in einen ‚Sozialstaat' zerlegt werden, deren Verhältnis … als Antinomie erscheint."[94] Betroffen hiervon wäre vor allem die Eigenart moderner Verwaltung, die über „den überkommenen Rahmen der Eingriffsverwaltung hinausgewachsen und weithin zur Leistungsverwaltung geworden" sei. Sie habe „nunmehr Aufgaben umfassender planender Gestaltung, Fürsorge und Vorsorge wahrzunehmen, hinter denen die herkömmlichen punktuellen ‚Eingriffe' an Bedeutung weit zurücktreten, weshalb sich auch die vorzugsweise an Befehl und Verbot orientierenden Formen des ‚klassischen' Verwaltungsrechts vielfach als unzureichend erweisen, die veränderte Wirklichkeit rechtlich zu bewältigen."[95]

Eine Mittelposition hat Ernst Rudolf Huber eingenommen: „Es gibt keinen Primat des Sozialstaats, wie er von denen verfochten wird, die sich zu der These ‚Sozialrecht geht vor Individualrecht' bekennen. Es gibt aber auch keinen Primat des Rechtsstaats, wie er von denen verfochten wird, die vergessen, dass in unserer Zeit gerade personale Freiheit nur noch unter Voraussetzung eines staatlich garantierten Mindestmaßes sozialer Sicherheit möglich ist."[96]

91 *Forsthoff,* Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 38; vgl. auch *ders.,* Begriff und Norm des sozialen Rechtsstaaates, VVDStRL 12 (1954), 8 ff.
92 *Forsthoff* (Fn. 91), S. 39.
93 *Abendroth*, in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 114 (127).
94 *Hesse*, in: ders./Reicke/Scheuner (Hrsg.), FS f. Smend, 1962, S. 78.
95 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, § 6 Rn. 211.
96 *Huber,* in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 618.

Diese Ansicht erscheint vorzugswürdig. Der Staat kann sich nicht mehr nur auf die Gefahrenabwehr beschränken, sondern muss daneben auch sozialgestaltend tätig werden.[97] Selbst die Funktion der Gefahrenabwehr beschränkt sich nach heutigem Verständnis nicht mehr nur auf den Anspruch des Bürgers vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates verschont zu bleiben, sondern vermittelt unter bestimmten Voraussetzungen sogar einen Anspruch auf den Schutz vor Eingriffen Dritter, vor Übergriffen auswärtiger Mächte und vor Naturgewalten.[98]

2. Formeller vs. materieller Rechtsstaat

Die zweite Kontroverse setzt sich mit dem Umfang der rechtsstaatlichen Verbürgungen auseinander.

- **Erfordernisse des materiellen Rechtsstaates**

Konrad Hesse hat im Anschluss an den Satz von Otto Bachof, der Rechtstaat sei „der auf Verwirklichung der Gerechtigkeit zielende Staat"[99], Anfang der 1960er Jahre deutlich gemacht, dass der Rechtsstaat nicht nur ein formeller, sondern auch ein materieller zu sein habe.[100] Als Elemente des formellen Rechtsstaates gelten – im Anschluss an die Tradition des 19. Jahrhunderts – vor allem die Gewaltenteilung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das Willkürverbot und der Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte. Die materiellen Elemente des Rechtsstaates stehen dagegen in enger Verbindung zur Verwirklichung der Idee materieller Gerechtigkeit durch Wahrung der grundrechtlichen Freiheit und Gleichheit sowie der Verhältnismäßigkeit.[101] Dieter Grimm betont hierbei die in der Weimarer Republik und während des Nationalsozialismus gemachten Erfahrungen: „Der formale Rechtsstaat, der die Exekutive ans Gesetz band, ohne dieses selbst anderen als formellen Bedingungen zu unterwerfen, war machtlos gegenüber Unrecht in Gesetzesform gewesen. Der materielle Rechtsstaat traf daher auch Sicherungsvorkehrungen gegen die Legislative. Seine Materialität besteht im Einbau eines Qualitätsmaßstabes in den Gesetzesbegriff."[102]

- **Grenzen des materiellen Rechtsstaates**

Die Kritiker wenden hiergegen ein, dass die Gefahr des Ausspielens der Elemente des materiellen Rechtsstaates gegen die formelle Seite des Rechts bestünde, obwohl die Akzeptanz und das Vertrauen in diese formellen Regeln Grundvoraussetzungen des demokratischen Verfassungsstaates seien.[103] Der Rechtsstaat dürfe nicht zu einer allgemeinen „Wohlfühl-Klausel" geraten, die sich mit beliebigen „weiteren Nettigkeiten" auffüllen lässt, um damit zu einer grenzenlosen „Passepartout-Bestimmung" zu geraten.[104] Diese Kritik überzeugt nicht. Das Grundgesetz sieht eine über die formellen Elemente hinausgehende Bindung an materielle Elemente ausdrücklich vor (Gerechtigkeitsstaat). Wichtig erscheint hier ein anderer Kritikpunkt.

97 *Maurer* (Fn. 77), § 8 Rn. 8.
98 *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 121.
99 *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 37 (39).
100 *Hesse*, in: Forsthoff (Fn. 93), S. 595; vgl. hierzu *Grzezick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 41.
101 *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 12 ff.; *Knauff* (Fn. 82), S. 188 (189 f.), vgl. hierzu bereits *Nawiasky* (Fn. 32), S. 130 f.
102 *Grimm*, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, 704 (704).
103 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 47; *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 3 ff.
104 *Bethge/von Coelln*, Grundriss Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2011, S. 52.

Abgesehen davon, dass eine klare Abgrenzung von formellen und materiellen Elementen nicht immer randscharf gelingt, hat die Differenzierung kaum praktische, sondern allenfalls (rechts-)historische Bedeutung.[105]

3. Integrales vs. summatives Verständnis

Bei der dritten – noch nicht abgeschlossenen – Kontroverse geht es schließlich um die Frage, ob das Rechtsstaatsprinzip einen über die im Grundgesetz enthaltenen ausdrücklichen Regelungen hinausgehenden Inhalt besitzt.

- **Integratives Verständnis**

Das BVerfG und ein großer Teil der Lehre sind der Ansicht, dass dem Begriff des Rechtsstaates ein integrales Verständnis zugrunde zu legen sei. Danach würde der Rechtsstaatsgedanke nicht in Einzelbestimmungen des Grundgesetzes, sondern darüber hinaus einen eigenständigen Inhalt besitzen. Dies erschließe sich „aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes".[106] Über die im Grundgesetz enthaltenen Regelungen hinaus lassen sich auf diese Weise aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip weitere Einzelelemente ableiten.[107] An dieser Stelle sollen nur einige wichtige Beispiele genannt werden:

- Vorbehalt des Gesetzes[108]
- Verhältnismäßigkeitsprinzip[109]
- Bestimmtheitsgebot[110]
- Vertrauensschutz[111]
- Rückwirkungsgebot[112]
- Justizgewährleistung[113]
- Verfahrensanforderungen (Fairness)[114]

- **Summatives Verständnis**

Dieser Sichtweise wird von einem Teil der Lehre widersprochen. Insbesondere Philip Kunig meint, dass es sich beim Rechtsstaatsbegriff lediglich um ein begriffliches Dach bzw. einen Schleusenbegriff für ein Bündel fundamentaler Prinzipien handeln würde. Ein Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip sei entbehrlich, weil sich alle rechtsstaatlich relevanten Fragen anhand der Einzelregelungen des Grundgesetzes lösen ließen.[115] Friedrich E. Schnapp nimmt sogar an, dass bei einer anderen Sichtweise das Rechtsstaatsprinzip denaturiert und mit beliebigen Inhalten angereichert werden könnte.[116] Peter Unruh hält ein allgemeines Rechtsstaatsprinzip schlechterdings für „überflüssig".[117]

Eine vermittelnde Ansicht bescheinigt den Vertretern des summativen Verständnisses zwar beachtliche Argumente, meint aber, dass sich mit ihnen nicht allen auftretenden Fragen „beikommen" ließe. Das Rechtsstaatsprinzip bestehe nach Meinung von Eberhard Schmidt-Aßmann aus „zwei Schichten". Es wirke „deklaratorisch als Kurzform, wo spezielle Gewährleistungen bestehen, konstitutiv aber dort, wo es um den Ausdruck gerade des Allgemeinen und des Systematischen" gehe.[118] Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben, wobei das Konstitutive nicht im Belieben des Rechtsanwenders stehen darf, sondern sich in bestimmten Geboten und Prinzipien äußern muss, die sich aus der „Reservefunktion" des Rechtssstaatsprinzips[119] gewinnen lassen. Mit der Ableitung und der Ausformung einzelner Elemente ist eine enorme Argumentationslast verbunden.[120]

VI. Weitere begriffliche Annäherungen an den Rechtsstaat

Eine begriffliche Annäherung kann mit Hilfe der Unterscheidung von Rechtswesens- und Rechtsinhaltsbegriff erfolgen.[121] Während der Rechtswesensbegriff einem zeitlosen, vom konkreten (historischen) Kontext abgelösten semantischen (Begriffs-)Kern nachgeht, wird der Rechtsinhaltsbegriff durch die in einem Gesetz positivierten Bedeutungsgehalte bzw. die Prinzipien formeller und materieller Gerechtigkeit bestimmt.

1. Rechtswesensbegriff

Der Begriff des Rechtsstaats bezieht sich zunächst auf einen Staat, der als Produkt der frühen Neuzeit historisch älter ist als der mit ihm notwendig verbundene Verfassungsstaat.[122] Unabhängig von einer bestimmten Verfassungsordnung, aber unter den Bedingungen des modernen Verfassungsstaates besteht das Wesen des Rechtsstaates darin,

- das Primat des Rechts und seiner Unparteilichkeit zu gewährleisten[123],
- die politische Einheit des Staates durch die legitimierende Wirkung des Rechts zu festigen[124],
- Funktionen und Kompetenzen zu schaffen, die Voraussetzung für das Tätigwerden des Staates sind[125],
- die Kontinuität des staatlichen Handelns zu sichern[126] und
- zur Rationalisierung des staatlichen Lebens beizutragen, indem der staatlichen Ordnung Maß und Form gegeben werden.[127]

Im Wesentlichen wird dem durch die horizontale *Gewaltenteilung* (Legislative, Exekutive, Judikative), die *Gesetzesbindung* (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes), die Erfordernisse der *Rechtssicherheit*

105 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 48.
106 BVerfGE 2, 280, 403.
107 *Sachs,* in: ders. (Fn. 79), Art. 20 Rn. 78; *Kloepfer (*Fn. 45), § 10 Rn. 21; *Wolff,* Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000, S. 247 ff..
108 BVerfGE 58, 257 (274); 40, 237 (248); 49, 89 (126); 20, 150 (157).
109 BVerfGE 120, 274 (318 ff.); 80, 109 (120); 76, 256 (359); 69, 1 (35); 61, 126 (134); 53, 152 (158); 17, 108 (117); 16, 194 (203).
110 BVerfGE 120, 378 (407 ff.); 113, 348 (375); 110, 33 (55); 49, 168 (181).
111 BVerfGE 110, 33 (53 ff.); 60, 253 (266 ff.); 57, 250 (262).
112 BVerfGE 109, 133 (167 ff.); 105, 17 (36 ff.); 101, 239 (262); 95, 96 (130 f.); 45, 142 (167 ff.); 18, 429 (439).
113 BVerfGE 54, 277 (292 ff.)
114 BVerfGE 78, 123 (126); 57, 250 (275 f.); 25, 131 (145); *Hofmann,* in: Schmidt-Bleibtreu/ders./Henneke (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 59.
115 *Kunig* (Fn. 9), S. 457 ff.
116 *Schnapp*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 32.
117 *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 472.
118 *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 8 f.
119 Vgl. hierzu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 45.
120 *Grzezick,* in: Maunz/Dürig (Fn. 44), Art. 20 Rn. 46.
121 *Somló*, Juristische Grundlehren, 1917, § 10, S. 26 (27), *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 18 f.; *Merkl,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 290 ff.
122 *Schmitt Glaeser,* Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2010, S. 272.
123 *Schmitt Glaeser* (Fn. 122), S. 272 f.
124 Dieses Merkmal ist nach Meinung von *Roellecke* (in: Clemens/ Umbach Fn. 70], Art. 20 Rn. 59) dagegen unerheblich, weil sie nichts über die Rolle des Rechts im Staat aussagt. Dies verkennt jedoch, dass die Grundrechte auf einer objektiven Wertordnung beruhen, die eine Art „Basiskonsens" darstellen.
125 *Goerlich*, „Formenmissbrauch" und Kompetenzverständnis, 1986, S. 57 ff.
126 *Leisner,* Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 148 ff.
127 *Hesse* (Fn. 95), § 6 Rn. 186 ff.

(Bestandskraft, Vertrauensschutz, Rückwirkungsverbot)[128] sowie der Gewährleistung der *Grundrechte* und der *materiellen Gerechtigkeit* Rechnung getragen.

Keine Essentiale des Rechtsstaates sind dagegen beispielsweise der Satz *in dubio pro libertate*[129] und das Vorhandensein eines Verfassungsgerichts.[130]

2. Rechtsinhaltsbegriff

Untersucht werden soll hier ausschließlich der Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes, nicht die in den Verfassungen anderer Staaten enthaltenen Rechtsstaatsbegriffe oder gar ihre Äquivalente in anderen Rechtskreisen (etwa das im angloamerikanischen Recht herrschende Konzept der *rule of law*[131]).

Bindungsadressaten des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips sind der Bund und die Länder.[132] Gegenstand dieses Prinzips ist jedwede Staatstätigkeit, nicht nur – wie Otto Mayer gedacht hat – das „wohlgeordnete Verwaltungsrecht".[133] Gebunden sind also Legislative, Exekutive und Judikative.[134]

Ein integrales Rechtsstaatsverständnis kann nur soweit Geltung beanspruchen, als die einzelnen Prinzipien in stetiger Wechselwirkung miteinander stehen und als Leitlinien der Rechtsordnung insgesamt eine Einheit bilden[135]. Es sollte dennoch eine das Gewaltenteilungsprinzip aufgreifende Differenzierung nach den durch die einzelnen Elemente der Rechtsstaatlichkeit gebundenen Staatsgewalten erfolgen.[136]

a) **Gesetzgebung**

Die Gesetzgebung dient im sozialen Rechtsstaat nicht nur der Freiheitssicherung, sondern der politischen Gestaltung des Zusammenlebens der Menschen. Wesentliche Prinzipien sind:

- **Vorrang der Verfassung**

Die Verfassung bildet den Maßstab für alles staatliche Handeln, auch das des Gesetzgebers.[137] Der Gesetzgeber ist an die „verfassungsmäßige Ordnung" gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG), also an „die Gesamtheit der im Grundgesetz enthaltenen Normen".[138] Die Verfassung ist in materieller Hinsicht „der grundlegende, auf bestimmte Sinnprinzipien ausgerichtete Strukturplan".[139] Sie hat Vorrang gegenüber jedem einfachen Parlamentsgesetz (*lex superior derogat legi inferiori*).[140] In der Folge ist widersprechendes Gesetzesrecht nichtig, zumindest aber vernichtbar.[141]

Ob es darüber hinaus einen *Vorbehalt der Verfassung* zu beachten gilt, ist in der Verfassungslehre noch nicht abschließend geklärt. Ein solcher Vorbehalt würde verlangen, dass staatliche Organe, auch der einfache Gesetzgeber, wenn sie in Ausübung der Staatsgewalt handeln wollen, einer Ermächtigung in der Verfassung bedürfen.[142] Die Rolle eines originär allzuständigen Staatsorgans sei allein dem (Staats-) Volk im Rahmen seiner verfassungsgebenden Gewalt vorbehalten.[143] Tatsächlich lässt sich für einen Vorbehalt der Verfassung aus dem Grundgesetz nichts entnehmen, da dieses grundsätzlich von einer sachlich unbeschränkten Regelungskompetenz des Gesetzgebers ausgeht.[144]

- **Parlamentsvorbehalt**

Bestimmte Regelungen und Entscheidungen, die für den Staat und seiner Bürger wesentliche Angelegenheiten betreffen, sind ausschließlich (delegationsfeindlich[145]) dem Parlament vorbehalten.[146] Der zugrunde liegende Rechtsgedanke wurzelt nicht nur in der Demokratie, sondern wegen der Teilhabe und Transparenz auch im Rechtsstaatsprinzip. Es soll ein Verfahren gewährleistet sein, „das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der politischen Opposition gewährleistet und … den Betroffenen … Gelegenheit bietet, ihre Auffassung auszubilden und zu vertreten."[147]

- **Vorbehalt des Gesetzes**

Soll ein Eingriff in die Rechte der Bürger ermöglicht werden, bedarf es hierzu stets eines förmlichen Gesetzes.[148] Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz[149] ist enger gefasst als der Parlamentsvorbehalt.

- **Wesentlichkeitslehre**

Wesentliche Entscheidungen über die Voraussetzungen, Umstände und Folgen von Eingriffen in die Rechte der Bürger müssten vom Gesetzgeber getroffen werden, wobei sich die Anforderungen an die Regelungstiefe und -dichte danach beurteilen, wie intensiv der Eingriff in die Grundrechte ist. Je intensiver der Eingriff ist, desto genauer und differenzierter muss die gesetzliche Regelung sein.[150] Ansonsten ist diese Lehre nicht in der Lage zu bestimmen, was wesentlich ist. Nur evident wesentliche Begriffe sind unproblematisch; jenseits davon lassen sich konkrete Kriterien nur schwerlich finden.[151]

128 *Badura,* in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), FS f. Redeker, 1993, S. 116: „… die Berechenbarkeit des Rechts, auch des Verfassungsrechts, ist ein Lebensgesetz des Rechtsstaates."
129 *Roellecke*, in: Clemens/Umbach (Fn. 70), Art. 20 Rn. 63; vgl. aber *Leipholz/Rinck* (Fn. 4), Art. 20 Rn. 685.
130 *Roellecke,* in: Clemens/Umbach (Fn. 70), Art. 20 Rn. 65.
131 *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 20 Rn. 244.
132 *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 GG (6. Teil) Rn. 49.
133 *Mayer* (Fn. 46), S. 58.
134 *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 75 ff.; *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 34 ff.
135 *Isensee*, in: *ders./Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 145 ff.
136 Von *Zacher* (Freiheitliche Demokratie, 1969, S. 57 ff.) wurde eine Dreiteilung in materielle, institutionelle und prozessuale Elemente für notwendig vorgeschlagen.
137 *Sachs*, in: ders. (Fn. 79), Art. 20 Rn. 95; *Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 112; ausführlich zum Vorrang der Verfassung *Starck,* Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 33 ff.
138 *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 20 Rn. 250.
139 *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S. 119 (263).
140 *Sommermann,* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 44), Art. 20 Rn. 253.
141 *Heusch,* in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 36 Rn. 37 ff.
142 Skeptisch gegenüber der Annahme eines allgemeinen Vorbehalts der Verfassung *Kingreen,* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 40 (45).
143 *Pitzen,* Der Vorbehalt der Verfassung, 2013, S. 272.
144 *Pitzen* (Fn. 143), ebd.
145 BVerfGE 95, 267 (307); *Hofmann,* in: Schmidt-Bleibtreu/ders./ Henneke (Fn. 114), Art. 20 Rn. 69.
146 *Gröpl,* Staatsrecht I, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 296; *Voßkuhle/Kaufhold*, Das Rechtsstaatsprinzip, JuS 2010, S. 116 (117).
147 BVerfGE 95, 267 (307 f.).
148 *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 111 ff.; *Voßkuhle/Kaufhold* (Fn. 146), S. 117.
149 *Maurer* (Fn. 77), § 8 Rn. 20.
150 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 86, 288 (311); *Maurer* (Fn. 77), § 8 Rn. 21 f.; *Kloepfer* (Fn. 45), § 10 Rn. 121; *Voßkuhle/Kaufhold* (Fn. 146), S. 117.
151 *Bickenbach,* Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 225.

• **Einzelne rechtsstaatliche Elemente**
Im Einzelnen hat der Gesetzgeber die Elemente des Rechtsstaatsprinzips zu beachten, insbesondere die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG)[152], das Verbot von Einzelfallgesetzen (Art. 19 Abs. 1), die Rechtssetzungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)[153], das Bestimmtheitsgebot[154], die Verhältnismäßigkeit (Übermaß- bzw. Untermaßverbot)[155], die Einheit der Rechtsordnung[156] und die Folgerichtigkeit[157] sowie das Rückwirkungsverbot und – *last but not least* – die Gerechtigkeit (als rechtsethisches Minimum, Art. 20 Abs. 3 GG).[158]

b) **Vollziehende Gewalt**
Die öffentliche Verwaltung hat im sozialen Rechtsstaat weitreichende Bindungen zu beachten.

• **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**
Bei möglichen Eingriffen in die Rechtssphäre der Bürger gelten die Grundsätze des Vorrangs des Gesetzes (Kein Handeln gegen das Gesetz[159]) und des Vorbehalts des Gesetzes (Kein Handeln ohne Gesetz[160]). Wie weit der Gesetzesvorbehalt im Einzelnen reicht, ist umstritten.[161] Ein Totalvorbehalt, der für jegliches Verwaltungshandeln eine Rechtsgrundlage verlangt, wird abzulehnen sein.[162]

• **Formelle Elemente**
Die Betroffenen haben vor einer belastenden Entscheidung Anspruch, gehört zu werden.[163] Belastende Entscheidungen sind zu begründen.[164]

• **Materielle Elemente**
Es besteht eine Bindung an die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) ist zu beachten. Hieraus kann sich eine umfangreiche Selbstbindung der Verwaltung ergeben.[165] Die Entscheidungen müssen mit dem Bestimmtheitsgebot in Einklang stehen, also hinreichend klar, eindeutig und zweifelsfrei sein.[166] Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass Eingriffe geeignet, erforderlich und angemessen sind.[167] Besondere Bedeutung kommt dem Vertrauensschutz zu.[168] Schließlich ist auch hier die Gerechtigkeit (als rechtsethisches Minimum) zu beachten.

c) **Rechtsprechung**
Schließlich verwirklicht sich der Rechtsstaat maßgeblich in der Funktion der Rechtsprechung. Diese wird durch spezifische Verfassungsgarantien hervorgehoben und akzentuiert.[169]

• **Effektiver Rechtsschutz**
Der effektive Rechtsschutz gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt – verstanden als Individualrechtsschutz – ist in Art. 19 Abs. 4 GG als Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung verbürgt. Es handelt sich hierbei um das justizielle Hauptgrundrecht.[170] Geschützt ist allerdings nicht mehr als der Zugang zu *einer* gerichtlichen Instanz.[171]

• **Justizgewährleistung**
Darüber hinaus gibt es eine Reihe weiterer Elemente der Justizgewährleistung, die rechtsstaatlich gesichert und darauf gerichtet sind, wirksamen Rechtsschutz zu garantieren.[172] Dazu gehören neben der rechtlichen auch die tatsächliche Prüfung einer Streitsache, die endgültige Entscheidung in angemessener Zeit, in gewissen Fällen auch vorbeugender Rechtsschutz, insbesondere wenn anders ein behaupteter Anspruch nicht gesichert werden kann, ggf. auch die Vollstreckung eines Anspruchs.[173]

• **Rechtsprechungsmonopol**
Die Regelung in Art. 92 GG konkretisiert den Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) und begründet ein Rechtsprechungsmonopol zugunsten der Richter.

• **Unabhängigkeit der Richter**
Die richterliche Unabhängigkeit wird in Art. 97 Abs. 1 GG in sachlicher und in Art. 97 Abs. 2 GG auch in persönlicher Hinsicht als Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) gewährleistet.[174] Gegenstand der Bindung der Richter an das Gesetz ist die Rechtsanwendung und nicht von spezifischen Bindungen freigestellte Sozialgestaltung.[175]

• **Verbot von Ausnahmegerichten**
Durch Art. 102 Abs. 1 Satz 1 GG sind Ausnahmegerichte, die zur Entscheidung konkreter bzw. individuell bestimmter Fälle gebildet werden, verboten[176]. Solche Gerichte bilden den „konträren Gegenbegriff zum gesetzlichen Richter", dem niemand entzogen werden darf (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).[177]

• **Besondere Elemente**
Besondere Elemente enthält das GG insbesondere für den Bereich der Strafjustiz, etwa die Grundsätze *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG), *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) und für die Freiheitsbeschränkung (Art. 104 GG). Allgemein bedeutend ist vor allem das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)[178] und die Beachtung der Gerechtigkeit (als rechtsethisches Minimum).

152 BVerfGE 108, 379 (311).
153 BVerfGE 98, 365 (385); 84, 239; 49, 343 (362); 17, 319 (330); 1, 14 (52).
154 BVerfGE 108, 186 (235); 49, 343 (362); 34, 348 (367); 13, 153 (160).
155 BVerfGE 67, 157 (175); 30, 292 (316).
156 BVerfGE 83, 130 (139); 81, 278 (292 ff.), 32, 98 (107 f.); 30, 173 (193).
157 BVerfGE 121, 317.
158 BVerfGE 84, 90 (121); 70, 297 (308); 52, 131 (144 f.).
159 *Maurer,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 6 Rn. 2.
160 *Maurer* (Fn. 159), § 6 Rn. 2, 3ff.
161 *Maurer* (Fn. 159), § 6 Rn. 10 ff., 19.
162 *Riedehoff,* Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 54 f.
163 *Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und im europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 45 ff.
164 *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 172.
165 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 27), § 104 Rn. 53 ff.
166 *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, § 7 Rn. 666 ff.
167 *Maurer* (Fn. 159), § 10 Rn. 17.
168 *Rottenwallner,* Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht – Versuch einer Systematisierung, DVP 2015, 135.
169 *Degenhart,* in: Isensee/Kirchhof (Fn. 27), § 114 Rn. 1 ff.
170 BVerfGE 84, 34 ff.; 96, 27 ff.;101, 106 ff.
171 *Papier,* in: Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 43.
172 *Papier,* in: Isensee/Kirchhof (Fn. 171), § 176 Rn. 1 ff.
173 *Schmitt Glaeser* (Fn. 122), S. 300.
174 *Pieroth,* in: Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 97 Rn. 1.
175 *Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung, JZ 1988, 62 (71 f.).
176 *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Fn. 174), Art. 101 Rn. 8.
177 *Horn,* in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 132 Rn. 13.
178 Die Regelung bezieht sich nur auf das gerichtliche Verfahren. Im Verwaltungsverfahren resultiert der Anspruch aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden fairen Verfahren (BVerfGE 101, 405, s. a. E 113, 161) und ist in § 28 VwVfG einfachgesetzlich konkretisiert.

VII. Verletzung des Rechtsstaatsprinzips

Der Bürger kann eine Rechtsverletzung nicht allgemein auf das Rechtsstaatsprinzip stützen, sondern nur auf ein einzelnes hierunter fallendes Element, gleich ob es im Grundgesetz ausdrücklich normiert ist oder im Wege der Zusammenschau einzelner Normen abgeleitet wurde (…). Der Rechtsstaat als solcher verbürgt keinerlei subjektive öffentliche Rechte.[179]

VIII. Herausforderungen des Rechtsstaates im modernen Verfassungsstaat

1. Prinzip wider die Obstruktion der Verfassung

Eine Verfassung ist nur ein „Blatt Papier", das gleichgültig wird, wenn sie ihre voraussetzungsreiche innere Kraft verloren hat und den tatsächlichen Mehrheitsverhältnissen widerspricht.[180] Rudolf Smend hat angenommen, dass die Verfassung von einem Plebiszit lebt, das sich täglich wiederholt.[181] Die Verfassung enthält nach Hans Nawiasky „keine zwangsgarantierte Vorschrift für ein äußeres Verhalten".[182] Das Rechtsstaatsprinzip macht deutlich, was auf dem Spiel steht, wenn in Phasen sich ändernder politischer Mehrheiten oder gar existenzieller Bedrohung des Gemeinwesens die Versuchung groß ist, die Entwicklung zu einem „Doppelstaat" zuzulassen oder gar voranzutreiben, den Ernst Fraenkel als einen Staat beschrieben hat, in dem sich neben dem „Normenstaat", der durch die Existenz positiver Normen und die Berechenbarkeit des staatlichen Handelns gekennzeichnet ist[183], ein „Maßnahmestaat" entwickelt, dessen Handeln nicht an subjektiven Rechten, sondern ausschließlich an der situativ-politischen Zweckmäßigkeit ausgerichtet ist, so dass über kurz oder lang ein politisches Terrorsystem „unbeschränkter Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt" wird[184], möglich wird. Der Rechtsstaat lässt sich den sozialen Tatsachen entgegenhalten, die die Verfassungswirklichkeit bestimmen wollen und danach trachten, einen „Ausnahmezustand" zu rechtfertigen. Der italienische Philosoph Giorgio Agamben beschreibt den Ausnahmezustand als einen Zustand, „in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat), und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren ‚Kraft' gewinnen."[185]

2. Rechtsstaat und expliziter Verfassungswandel

Der explizite Verfassungswandel besteht in einer ausdrücklichen Änderung des Wortlauts der Verfassung.[186] Ein solcher kann erforderlich werden, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem Zeitpunkt der Verfassungsgebung grundlegend geändert haben. Es kann sein, dass ein Tatbestand erstmalig, anders oder nicht mehr geregelt werden soll.[187] Eine Verfassungsänderung wurde in früheren Zeiten im Wege der einfachen Gesetzgebung jederzeit für zulässig gehalten. Georg Jellinek hat 1906 jedweden Verfassungswandel aus Gründen der rechtschaffenden Notwendigkeit (*necessitas*) für zulässig gehalten, weil die Verfassung gegenüber dem Gesetz keinen Geltungsvorrang beanspruchen könne.[188] Gerhard Anschütz sagte noch 1933 unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung: „Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben".[189] Das Rechtsstaatsprinzip unterfällt nicht ausdrücklich der *Ewigkeitsklausel* in Art. 79 Abs. 3 GG.[190] Art. 20 GG, dessen Grundsätze diese für unabänderbar erklärt, normiert nur einige, allerdings zentrale Elemente des Rechtsstaatsprinzips, nämlich den Grundsatz der Gewaltenteilung (Abs. 2) sowie den Grundsatz der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Abs. 3). Ob nur diese ausdrücklich genannten Elemente des Rechtsstaatsprinzips unabänderbar sind oder das Rechtsstaatsprinzip im Ganzen, ist umstritten. Das BVerfG ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber durch Art.79 Abs. 3 GG nicht gehindert werden dürfe, auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren. So gehöre etwa der aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare Grundsatz, dass dem Bürger ein möglichst umfassender Gerichtsschutz zur Verfügung stehen müsse, nicht zu den in Art. 20 GG „niedergelegten Grundsätzen". Art. 19 Abs. 4 GG, der eine Rechtsweggarantie enthalte, sei deshalb durch Art. 79 Abs. 3 GG einer Einschränkung und Modifizierung nicht entzogen.[191] Dennoch muss eine strikte Trennung zwischen den in Art. 20 GG ausdrücklich genannten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips und den aus ihm abgeleiteten Einzelprinzipien zweifelhaft erscheinen, zumal sie vom BVerfG selbst nicht konsequent durchgehalten wird, wenn es das Rechtsstaatsprinzip vorbehaltlos Art. 20 Abs. 3 GG zuordnet.[192] In den Anwendungsbereich von Art. 79 Abs. 3 GG können sämtliche Elemente des Rechtsstaatsprinzips einbezogen werden, wenn nur das absolute Minimum als verfassungsänderungsfest geschützt angesehen wird.

3. Rechtsstaat und impliziter Verfassungswandel

Schließlich kann ein impliziter Verfassungswandel stattfinden, weil sich die Interpretation des Inhalts von Verfassungsbestimmungen ändert.[193] Georg Jellinek hat gesagt: „Was einer Zeit als verfassungswidrig erscheint, stellt sich der folgenden Epoche als verfassungsmäßig dar und so erleidet die Verfassung durch Wandlung ihrer Interpretation selbst eine Wandlung".[194] Hiervon kann auch das Rechtsstaat-

179 BayVerfGH, Entscheidung v. 12.1.2005 – Vf. 3-VIII-03 = BayVBl. 2005, 361, 362. Für ein subjektives öffentliches Recht aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG sprechen sich *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 29 und *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/ders./Hopfauf* (Fn. 114), Art. 20 Rn. 57, aus. – Im Einzelnen zu den Folgen von Verstößen vgl. *Gärditz,* in: Friauf/Höfling (Fn. 44), Art. 20 (6. Teil) Rn. 91 ff.

180 *Lassalle,* Über Verfassungswesen, 4. Aufl. 1872, S. 24 ff.; vgl. hierzu auch *Hesse* (Fn. 95), Rn. 692; *Roellecke*, in: Deppenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 13 Rn. 72.

181 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 17 ff.; vgl. auch *Jerusalem,* Die Zersetzung im Rechtsdenken, 1968, S. 129.

182 *Nawiasky,* Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, S. 35.

183 *Fraenkel*, Der Doppelstaat, 2. Auflage, 2001, S. 141–149

184 *Fraenkel* (Fn. 183), S. 21, 26 ff., 136 ff.

185 *Agamben*, Ausnahmezustand, 2004, S. 49.

186 Der Begriff des Verfassungswandels wurde von *Paul Laband* in die deutsche Rechtssprache eingeführt vgl. *Laband,* Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung", 1895.

187 *Badura,* in: Isensee/Kirchhof (Fn. 142), § 265 Rn. 13.

188 *Jellinek,* Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 9, 12, 26 ff..

189 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 76 Anm. 1.

190 *Kunig* (Fn. 9), S. 77.

191 BVerfGE 44, 308 (318 f.).

192 BVerfGE 35, 41 (47).

193 *v. d. Heydte*, Stiller Verfassungswandel, ARSP 39 (1950/51), 461; *Lerche*, in: Spanner/ders./Zacher (Hrsg.), FS für Maunz, 1971, S. 285; *Vorländer*, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, PVS-Sonderheft, 2006, 235; *Adamovich*, Entstehung von Verfassungen, 2004, S. 20 f.; *Voigt*, Explaining Constitutional Change: A Positive Economics Approach, 1999; *Hönnige*, in: ders./Kneip/Lorenz (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, 2011, S. 249; *Lorenz,* Verfassungsänderungen in etablierten Demokratien, 2011, S. 249.

194 *Jellinek* (Fn. 188), S. 9, 21, 26 f.

sprinzip bzw. der Inhalt einzelner Elemente dieses Prinzips betroffen sein. Problematisch ist dabei die mangelnde Resistenz gegen eine „inhaltliche Umprägung".[195]

4. Gefährdungen des Rechtsstaates

Der Rechtsstaat ist vielfältigen Gefährdungen ausgesetzt. Zahlreiche Momente können zu einer „Erosion des Rechtsstaates"[196] führen, so dass er seine Funktionen im Dienste einer gerechten, beständigen und durchsetzungsfähigen Rechtsordnung nicht mehr erfüllen kann. Dem lässt sich mit Hilfe einer „Gefährdungssystematik" näher nachgehen, die sich im hier zur Verfügung stehenden Rahmen allerdings nur skizzenhaft entwerfen lässt.

a) Selbstgefährdungen des Rechtsstaates

Strukturelle Prozesse können auf der Ebene des Rechts und des Staates zu einer Selbstgefährdung des Rechtsstaates führen.

aa) Gefährdungen aus der Sphäre des Rechts

Bei den Gefährdungen des Rechtsstaates, die ihre Wurzeln in der Sphäre des Rechts selbst haben, sind zwei gegenstrebige (Fehl-) Entwicklungen möglich. Zum einen kann sich der Rechtsstaat zum „totalen Rechtsstaat"[197] entwickeln, der – weil er alles regeln und kontrollieren will – seine eigentliche Aufgabe verfehlt. Und zum anderen kann eine Entwicklung zum „defizitären Rechtsstaat" stattfinden, der der Vielzahl seiner Aufgaben nicht mehr gewachsen ist und letztlich an der mangelnden Steuerungsfähigkeit des Rechts scheitert.

- **Verrechtlichung des sozialen Lebens**

Manche sehen eine Gefährdung des Rechtsstaates durch die zunehmende Reglementierung aller Bereiche des sozialen Lebens („Gesetzesflut"). Hierin wären zusehends freiheitsbeschränkende Tendenzen zu erkennen, die der Rechtsstaat gerade verhindern soll.[198] Im Streben nach staatlich regulierender Vorsorge gegen Risiken aller Art kann ein „paternalistischer Drang nach Perfektion" zu weit getrieben werden.[199]

- **Hypertrophie subjektiver öffentlicher Rechte**

In die andere Richtung geht die Befürchtung, der Rechtsstaat könne durch eine Hypertrophie subjektiver öffentlicher Rechte gefährdet werden. Fritz Werner hat schon in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland formuliert, dass das, was ehemals als „Schicksal" ein Problem von Philosophie und Theologie gewesen sei, heute zum „einklagbaren Rechtsverlust" geworden" wäre.[200] Der Staat sehe sich verpflichtet, die Ungleichheit der Schicksalsbetroffenheit zu nivellieren.[201]

- **Unklarheit über die Rechte des Staates**

Auch der Staat verfügt über eigene Rechte. Die frühere Auffassung, subjektive Rechte des Staates seien ausgeschlossen[202], kann im modernen Verfassungsstaat keinen Bestand mehr haben. Die Rechte des Staates dürfen – wie Hartmut Bauer festgestellt hat – nicht unberücksichtigt bleiben.[203] Die Semantik der „Rechte" des Staates ist jedoch in vielerlei Hinsicht unklar geblieben. Dem dürfte – anders als Arno Scherzberg meint[204] – mehr als nur ein „terminologischer Streit" zugrunde liegen.

- **Regelungsschwäche**

In qualitativen Mängeln der Gesetzgebung kann eine Gefahr für den Rechtsstaat liegen. Wegen einer zu geringen Regelungsdichte und -tiefe, zu großer Auslegungsbedürftigkeit sowie zu weiten Konkretisierungsspielräumen verfehlen viele Gesetze ihren eigentlichen Regelungszweck. Hierzu können auch mangelnde Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle beitragen.[205] Teilweise sind in den Gesetzen selbst die Ursachen für (strukturelle) Vollzugsdefizite angelegt.[206]

- **Rechtsopportunismus**

Der Gesetzgeber neigt immer häufiger zu einer symbolischen Gesetzgebung, bei der er lediglich so tut, als träfe er eine Regelung. Er demonstriert damit Aktivität ohne in Wirklichkeit etwas zu bewegen. Die Gesetzgebung solle lediglich zeigen, dass sie in der Lage ist, für die „gute Sache" etwas zu tun.[207] Es ist der Gesetzgeber, der die Verantwortung für das Gesetz trägt[208]; an ihn richten sich alle Rechtsforderungen der Bürger, die justiziablen, die verbindlichen, aber nicht einklagbaren Maßstäbe der objektiven Wertordnung der Verfassung und die rechtlichen Klugheitsregeln, die von der praktischen Erfahrung an ihn herangetragen werden[209]. Wird dies in der Praxis verkannt, ist der Rechtsstaat gefährdet.

- **Rechtsutilitarismus**

Zusehends wird das Recht nur noch an seiner jeweiligen Nützlichkeit gemessen. Gefahren für den Rechtsstaat bestehen hier auf formeller und materieller Ebene. Das Recht steht heute unter enormen Veränderungsdruck, der beispielsweise bei technischen Großvorhaben auf eine Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren hinausläuft. Die Prüfungsintensität und die Möglichkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung werden hierdurch eingeschränkt.[210] Unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), ist ein Denken, das Menschen nur nach ihrer Nützlichkeit und Leistungsfähigkeit beurteilt. Solche Fragen kommen vor allem in der Biomedizin und in der Gentechnik zum Tragen.

195 *Kunig* (Fn. 9), S. 13.
196 *Hetzer*, Rechtsstaat oder Ausnahmezustand, 2008, S. 113 ff.
197 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 57 m. w. N.
198 *Katz,* Staatsrecht, 18. Aufl. 2010, § 10 Rn. 168; vgl. hierzu auch *Braun,* Verfall des Rechtsstaates?, 2014.
199 *Bettermann,* Der totale Rechtsstaat, 1986, S. 12 ff.; vgl. auch *Papier*, Rechtsstaat im Risiko, DVBl. 2010, 801 (807).
200 *Werner,* Das Problem des Richterstaates, 1960, S. 22 f.
201 *Werner* (Fn. 200), S. 23.
202 *Mayer* (Fn. 46), S. 107 f.
203 *Bauer*, Subjektive öffentliche Rechte des Staates – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, DVBl. 1986, 208 (217 ff.). Vgl. hierzu aus neuerer Zeit auch *Groß,* Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, DV 43 (2010), 349.
204 *Scherzberg*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 12 Rn. 27. – Vgl. ausführlich hierzu *Guckelberger*, Die Verjährung im öffentlichen Recht, 2004, S. 177 ff.
205 *Knauff* (Fn. 82), S. 193; *Ennuschat,* Wege zu einer besseren Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, DVBl. 2004, 986.
206 *Werth*, in: Von Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 1, 2009, S. 411 ff.
207 *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, 1999, S. 33.
208 *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61, 2002, 129 ff.; *Lepsius*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Bertschi, Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123, 179.
209 *Kirchhof,* Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, DVBl. 2011, 1068; *ders.,* Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 614 ff.
210 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 59.

• **Gefährliche Gedankenexperimente der Dogmatik**
Schließlich könnten bestimmte „Gedankenexperimente" der Dogmatik und ihre Auswüchse zu einer Gefährdung des Rechtsstaates führen. Dies lässt sich am Beispiel der Diskussion um die sogenannte „Rettungsfolter" verdeutlichen.[211] Nichts zu halten ist von Ansichten, wonach Auslegung und Rechtsfortbildung bei konkretisierungsbedürftigen Gesetzen – wie Christian Bumke meint[212] – ein *„großartiges Experimentierfeld rechtlicher Ordnungs- und Wissensbildung"* seien. Stattdessen wird sich der Gesetzgeber vor Augen halten müssen, was eigentlich auf dem Spiel steht. Es geht nicht um ein Experiment unter Laborbedingungen, das irgendeinen Forscherdrang befriedigt, sondern um die ernstzunehmenden Belange der Bürger, die unter rechtsstaatlichen Bedingungen leben wollen.

bb) **Gefährdungen aus der Sphäre des Staates**
Auch in der Sphäre des Staates – seinem Grundverständnis, seinen Institutionen und seinen Handlungsformen – lassen sich Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit lokalisieren.

• **Infragestellung des Gewaltmonopols**
Im Rechtsstaat besteht eine umfassende Friedenspflicht des Bürgers. Zur Ausübung von physischem und unwiderstehlichem Zwang ist grundsätzlich nur der Staat berechtigt (Gewaltmonopol).[213] Dafür schuldet er den Bürgern Sicherheit und Rechtsschutz. Die dies infrage stellenden Entwicklungen – etwa die Diskussion um die Privatisierung des Strafvollzugs[214] – können unter Umständen zu einer Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit führen.[215]

• **Privatisierung von Staatsaufgaben**
Der Staat trägt lediglich für bestimmte öffentliche Kernaufgaben die Erfüllungsverantwortung. Bei anderen öffentlichen Aufgaben kann er sich auf eine „Gewährleistungsverantwortung" beschränken und von den Möglichkeiten der (Aufgaben-)Privatisierung Gebrauch machen.[216] Hiermit ist die Besorgnis schwindender Gesetzesbindung, demokratischer Kontrolle und rechtsstaatlicher Verantwortung verbunden.[217]

• **Informelles Verwaltungshandeln**
Die öffentliche Verwaltung bedient sich beim Vollzug der Gesetze zusehends informeller Handlungsformen (*Agreements*), die im Hinblick auf Akzeptanz und Flexibilität vorzugswürdig erscheinen.[218] Dabei besteht die Gefahr, dass der Formungsauftrag des Rechtsstaates vernachlässigt wird und stattdessen die Phänomene des Klientelismus und der Korruption zum Tragen kommen.[219]

• **Akzeptanz des Staatshandelns**
Die Akzeptanz des Staatshandelns stellt nicht nur ein Mode- oder Kultwort[220], sondern eine metajuristische Direktive dar[221], die ein bedeutendes Gemeinwohlziel zum Inhalt hat, wobei freilich bloßer Unwille im Sinne einer Stimmung der Unzufriedenheit mit irgendeiner bestehenden oder neu geschaffenen Lage nicht genügt, wohl aber ein Defizit an Akzeptanz erheblich ist, das sich auf objektivierbare gewichtige Gründe zurückführen lässt.[222] Die in diesem Sinn verstandene Akzeptanz spielt die Rolle eines rechtsstaatlichen und demokratischen Optimierungsgebotes.[223] Es geht darum, für bestimmte Maßnahmen und Entscheidungen bei einer identifizierbaren Personengruppe ausdrücklich oder stillschweigend Zustimmung zu finden (*Akzeptanz*) bzw. unter angebbaren Bedingungen aussichtsreich auf deren Einverständnis hoffen zu dürfen (*Akzeptabilität*).[224] Dies wird nicht nur bei technischen Großvorhaben („*Stuttgart 21*") viel zu wenig berücksichtigt.[225]

• **Juridifizierung von Gesetzgebung der Politik**
Von den Gerichten werden weite Auslegungsspielräume und Regelungslücken genutzt, um sich gewissermaßen als „Ersatzgesetzgeber" zu betätigen. Viele Rechtsgebiete sind bereits in einer mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz schwer zu vereinbarenden Weise richterrechtlich ausgeformt.[226] Manche sind der Ansicht, die zunehmende Juridifizierung der Gesetzgebung und der Politik durch die Gerichte (auch BVerfG[227]) hätte eine Gefährdung des Rechtsstaates zur Folge.

b) **Fremdgefährdung des Rechtsstaates**
Die Gefährdung des Rechtsstaates findet selbstverständlich nicht nur im „Innenraum" des Rechts und des Staates statt, sondern hat auch weitreichende externe Ursachen.

• **Globalisierung und Europäisierung des Rechts**
Die zunehmende Globalisierung und Europäisierung des Rechts kann eine Verdrängung bzw. einen Rückzug des nationalen Rechtsstaates bewirken. Die Europäische Union bekennt sich zur Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 und 6 EU), was Befremden hervorruft, weil nur ein Staat Rechtsstaat sein kann, nicht hingegen ein supranationales Gebilde, in dem teilweise unterschiedliche Vorstellungen über den Begriffsinhalt herrschen.[228] Das unionsrechtliche Grundrecht auf eine „gute Verwaltung" (Art. 41 GRC) kann dem nur teilweise entgegenwirken.

211 *Brugger*, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 3 (1996), 67ff.; *ders.,* Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165 ff.
212 *Bumke,* Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: *ders.,* Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012 , S. 44.
213 *Starck,* in: Isensee/Kirchhof (Fn. 142), § 271 Rn. 69; *Papier*, in: Isensee/ Kirchhof (Fn. 171), § 176 Rn. 1.
214 *Rüppel,* Privatisierung des Strafvollzugs, 2010, S. 18 ff.
215 *Haack*, Verlust der Staatlichkeit, 2007, S. 134 ff.
216 *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 152 ff.
217 *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 63 f.; *Bauer*, Publizierung: Begriff – Befund – Perspektiven, JZ 2014, 1017.
218 *Remmert*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 204), § 37 Rn. 5 ff.
219 *Folke Schuppert,* Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit, 2011; *Kautz*, Absprachen im Verwaltungsrecht, 2002; *Bohne,* Der informale Rechtsstaat, 1981.
220 *Czybulka,* Akzeptanz als staatsrechtliche Kategorie, DV 1993, S. 27.
221 *Pitschas,* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 42 Rn. 203, 212.
222 Vgl. BVerfGE 86, 90 (111).
223 *Pitschas,* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 221), § 42 Rn. 203, 212; vgl. auch *Seibert-Fohr,* Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, VerwArch 104 (2013), 311.
224 *Lucke*, Akzeptanz. Legitimität in der ‚Abstimmungsgesellschaft', 1995, S. 104.
225 *Knemeyer*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung nicht nur bei Großvorhaben, sondern z. B. auch bei Straßenerneuerung, BayVBl. 2013, 485; *Rottenwallner*, Erschließungsbeitragsrecht und Recht der Bauleitplanung – Teil 2, KommPrBy 2013, 182
226 *Rüthers,* Geleugneter Richterstaat und vernebelte Rechtsmacht, NJW 2005, 2759; *ders.,* Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365; *Klein,* Gesetzgebung ohne Parlament, 2004, S. 20.
227 *Böckenförde,* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 61 ff.; *Knies,* in: Burmeister/Nierhaus/Püttner/Sachs/Siekmann/Tettinger (Hrsg.), FS f. Stern, 1997, S. 1155 ff.
228 *Träbert*, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedsstaaten, 2009, S. 244 f.

- **Erosion des Rechtsbewusstseins**

Viele meinen, bei den Bürgern eine schleichende Erosion des Rechtsbewusstseins beobachten zu können, die sich vor allem in der Abnahme der Bereitschaft, das Recht für sich selbst als Verpflichtung anzuerkennen, äußern würde.[229] Zumindest unterliegt das kollektive und individuelle Rechtsbewusstsein – wie Thomas Württenberger ausführlich dargelegt hat – erheblichen Schwankungen, die vom jeweils herrschenden Zeitgeist beeinflusst werden.[230]

- **Neuartige Bedrohungen der Freiheit**

Seit den Ereignissen am 11. September 2001 in New York und ihren internationalen Folgen sieht sich der Rechtsstaat auch in Deutschland neuartigen Bedrohungen ausgesetzt, die einen Balanceakt zwischen Freiheit und Sicherheit erfordern.[231]

IX. Ausblick

Obwohl sich der Rechtsstaat seit dem Bestehen der Bundesrepublik Deutschland gut bewährt hat, würde es nicht schaden, wenn die Rechtsstaatlichkeit in ihrem Kerngehalt ausdrücklich und verfassungsänderungsfest in das Grundgesetz aufgenommen würde. Dabei wäre zugleich die „Reservefunktion" des Rechtsstaatsprinzips klarzustellen. Gegenüber anderen in der verfassungspolitischen Diskussion befindlichen Ergänzungswünschen, die sich allenfalls als Staatszielbestimmung einfügen ließen, ginge es hier um ein Staatsstrukturprinzip von allergrößter Bedeutung. Das Fehlen einer Regelung im Grundgesetz hat zur Folge, dass sich in der Dogmatik des Verfassungsrechts Theorie und Praxis auf einer ziemlich unsicheren Basis begegnen. Die Dogmatik beschränkt sich meist auf die Systematisierung und Ausdifferenzierung der in Einzelfällen ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.[232] Es gibt eine Rechtstheorie, eine Staatstheorie, eine Verfassungstheorie und sogar eine Theorie der Grundrechte. Der Begriff des Rechtsstaats ist aber nur am Rande Gegenstand dieser Theorien. Eine eigenständige Theorie des Rechtsstaates fehlt. Das Theoriedefizit scheint auf einer gewissen Resignation zu beruhen. Jeder Versuch, den Begriffsinhalt näher zu definieren, sei wegen der notwendigen Abstraktionshöhe und der bestehenden inhaltlichen Zweifel zum Scheitern verurteilt. Letztlich würde alles auf ein Akzeptieren des vorgefundenen Sprachzustands hinauslaufen.[233] Wie dem auch sei. Der bestehende Mangel an verfassungsgesetzlicher Klarheit kann auf theoretischer Ebene bisher nicht hinreichend aufgefangen werden. Paul Kirchhof meint: „Die Verfassung sagt, was ist und was so bleiben soll. Sie wirkt in die Zukunft, braucht eine Theorie, die über diese Verfassung hinausdenkt und eine Dogmatik, die die Verfassung in die Zukunft weiterdenkt."[234] Nach Meinung des Verfassers sollte es eine rechtliche *Theorie mittlerer Reichweite* (*middle range theory*)[235] geben, die hinter einer Universaltheorie (*grand theory*) zurückbleiben darf, aber deutlich über bloße Arbeitshypothesen hinausgehen müsste, um in der Lage zu sein, zwischen Theorie und Praxis zu vermitteln und einen tiefergehenden Verständnis- und Ergebnisrahmen verfügbar zu machen. Es geht dabei nicht um die Errichtung eines in sich geschlossenen, keinen Widerspruch duldenden Lehrgebäudes, sondern eine Theorie, die im Grundkonsens über das Ziel des Rechtsstaates Differenzen anerkennt und Pluralität gelten lässt. Eine solche, sich aus verschiedenen Quellen der staats-, rechts- und verwaltungswissenschaftlichen Grundlagenfächer speisende Theorie müsste sich insbesondere mit folgenden Punkten vertieft auseinandersetzen:

- Bedingungen der Möglichkeit von Recht und Staat und ihres Verhältnisses zueinander
- Geltungsgrund der Rechtsstaatlichkeit im normenhierarchischen Rechtssystem (einschließlich der Beziehung zu einer „Grundnorm")
- Verhältnis des Rechtsstaates zu anderen Staatsstrukturprinzipien (Republik, Demokratie, Bundestaat, Sozialstaat)
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die horizontale und vertikale Gewaltenteilung
- Verhältnis des Rechtsstaates zur objektiven Wertordnung der Verfassung
- Kriterien für die Orientierung des Rechtsstaates am Gemeinwohl und an der materiellen Gerechtigkeit (rechtsethisches Minimum)
- Modalitäten des Ausgleichs zwischen den Belangen der *Freiheit* und der *Gleichheit* einerseits und der *Sicherheit* und des *Friedens* andererseits
- Modalitäten des Ausgleichs sozialer Ungleichgewichte und daraus resultierender Spannungen (insbesondere hinsichtlich der Chancengleichheit)
- Methoden und Kriterien für die Ableitung von einzelnen Elementen aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip
- Rechtsstaatliche Konkretisierung der vom Gesetzgeber zu beachtenden Wesentlichkeitslehre
- Wirklichkeitsbezug des Rechtsstaates („Natur der Sache")
- Rechtsstaatliche Rationalitätsanforderungen (Kontinuität, Folgerichtigkeit)
- Berechtigte und Verpflichtete aus dem Rechtsstaatsprinzip (unter Einschluss der „Rechte des Staates")
- Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten (insbesondere Schutznormlehre)
- Rechtsstaatliche Anforderungen in Bezug auf die Staatsaufgaben, das staatliche Gewaltmonopol, die (Aufgaben-)Privatisierung und die Gewährleistungsverwaltung
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Handlungsformen des Staates (Handlungsformenlehre) unter besonderer Berücksichtigung des Informalen
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Effizienz und Effektivität des Staatshandelns
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Verfügbarkeit von Informationen über das Staatshandeln und der Erkenntnisse über das Handeln Dritter (Transparanz)
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Partizipation der Bürger und das Verfahren
- Bedingungen für die Akzeptanz des Handelns des Staates
- Rechtsstaatliches System der Kontrolle des Staatshandelns, insbesondere in Gestalt der Eigenkontrolle (Staatsaufsicht, Rechnungsprüfung) und der Fremdkontrolle (effektiver Rechtsschutz durch die Gerichte)

229 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 19), Art. 20 Rn. 60.
230 *Württenberger,* Zeitgeist und Recht, 1991, S. 90 ff.
231 *Isensee,* in: ders./Kirchhof (Fn. 142), § 254 Rn. 81; *Schwarz* (Hrsg.), 10 Jahre 11. September – Die Rechtsordnung im Zeitalter des Ungewissen, 2012; *Katz* (Fn. 198), § 10 Rn. 168; *Schmitt Glaeser* (Fn. 122), S. 286 f.
232 *Kirchhof,* in: Isensee/ders. (Fn. 142), § 273 Rn. 60: „Das Gericht antwortet auf einen Antrag, entwickelt keine Theorie."
233 *Kunig* (Fn. 9), S. 5.
234 *Kirchhof,* in: Isensee/ders. (Fn. 142), § 273 Rn. 87.
235 Von derartigen Theorien ist vor allem in den Sozialwissenschaften die Rede, vgl. *Merton*, Soziologische Theorie und soziale Struktur, 1995 (im amerikanischen Original unter dem Titel *Social Theory and Social Structure* 1949 erschienen).

- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Eröffnung des Kontrollzugangs (Individualklagebefugnisse, Verbandsklagebefugnisse und prokurative Rechte) sowie den Kontrollumfang (Verletztenklage und objektives Beanstandungsverfahren)
- Bedeutung des Rechtsstaates für die juristische Methodenlehre (insbesondere die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung)
- Voraussetzungen für inter- und transdisziplinäre Diskurse zur Rechtsstaatlichkeit (Rechtssoziologie, Rechtspolitologie)
- Weiterentwicklung des Rechtsstaatsprinzips (insbesondere im Hinblick auf den *good governance* – Ansatz und das (Grund-)Recht auf eine „gute Verwaltung" in Art. 41 GRC)
- Rechtsvergleichende Analysen des Rechtsstaatsprinzips

Ohne breite theoretische Grundlage gerät die Tatsache leicht aus dem Blickfeld, dass der Rechtsstaat zahlreichen inneren und äußeren Gefahren ausgesetzt ist, die einer systematischen Erforschung mit dem Ziel der richtigen Bewertung – vor allem in materieller Hinsicht – bedürfen, um ins Bewusstsein zu rufen, was Horst Sendler schon vor längerer Zeit angemahnt hat: „Wachsamkeit ist am Platze, damit wir nicht aus erneuter Hybris die Zukunft unseres Rechtsstaates verspielen".[236]

236 *Sendler*, Der Rechtsstaat im Bewusstsein sein Bürger, NJW 1989, 1761, 1771 f.

Holger Weidemann*

Das Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung im Straßenrecht des Landes Rheinland-Pfalz

1. Vorbemerkungen

Soll über die Mosel eine neue Brücke gebaut werden, bedarf es der behördlichen Zulassung zu diesem Großprojekt. Eine Vielzahl unterschiedlicher rechtlicher Interessen berührt dieses Projekt. Neben planungsrechtlichen Aspekten sind beispielsweise der Naturschutz, die Wasserwirtschaft und das Bauordnungsrecht betroffen, um nur einige ausgewählte Bereiche zu nennen. Für eine derartig komplexe Maßnahme wären nun mehrere behördliche Erlaubnisse und Zulassungen erforderlich. Der Vorhabenträger müsste versuchen, in sehr unterschiedlichen Verfahren mit verschiedenen Fachbehörden jeweils positive – inhaltlich aufeinander abgestimmte – Entscheidungen zu bekommen. Aber auch bei weniger komplexen Sachverhalten kann es geboten sein, Genehmigungen verschiedener Behörden einzuholen. So begründet das Aufstellen von Tischen und Stühlen auf einem gewidmeten öffentlichen Gehweg in der Innenstadt der kreisangehörigen Stadt Mendig eine Sondernutzung, die erlaubnispflichtig wäre.[1] Zugleich ist es aber auch nach der Straßenverkehrsordnung verboten[2], Hindernisse auf die Straße zu bringen, wenn dadurch der Verkehr erschwert oder aber gefährdet würde. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Straßenverkehrsbehörde aber eine Ausnahme von diesem Verbot erteilen.[3] Der Gesetzgeber hat nun, aus unterschiedlichen Interessen heraus versucht, durch Rückgriff auf das **Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung**, Verfahrensabläufe zu konzentrieren und (behördliche) Ansprechpartner zu reduzieren.

2. Die Entbehrlichkeit der Sondernutzungserlaubnis

2.1 Allgemein

Wird die Straße über den Gemeingebrauch[4] hinaus benutzt, und wird dadurch der Gemeingebrauch beeinträchtigt, so ist regelmäßig die **Sondernutzungserlaubnis** der Straßenbaubehörde erforderlich (§§ 41 Abs. 1, 45 Landestraßengesetz [LStrG]). Damit wird der Anwendungsbereich des § 41 LStrG grundsätzlich durch die Reichweite des Gemeingebrauchs bestimmt.[5] Ist nun jedoch nach den Vorschriften des **Straßenverkehrsrechts** eine **Erlaubnis für die übermäßige Straßenbenutzung** oder eine **Ausnahmegenehmigung** erforderlich, bedarf es nach § 41 Abs. 7 Satz 1 LStrG keiner Sondernutzungserlaubnis nach § 41 Abs. 1 LStrG. Diese Vorschrift dient der **Verfahrenskonzentration**.[6] Der Gesetzgeber wollte durch die Begründung der Allzuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde vermeiden, dass sich der Bürger wegen ein und desselben einheitlichen Lebenssachverhalts mit (mindestens) zwei Verwaltungsentscheidungen unterschiedlicher Behörden konfrontiert sieht.[7] Diese Begründung der Verfahrenskonzentration beruht auf einer autonomen Entscheidung des Landesgesetzgebers, wenn er in den Fällen der Konkurrenz von straßenverkehrsrechtlicher und straßenrechtlicher Erlaubnispflicht die straßenrechtliche Genehmigungspflicht zumindest in formeller Hinsicht zurücktreten lässt. Diese Vorschrift begründet keinen Verstoß gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes, da in materieller Hinsicht die straßenrechtlichen Belange durch § 41 Abs. 7 Sätze 2 und 3 LStrG gewahrt bleiben.[8] Die Straßenverkehrsbehörde hat nach § 41 Abs. 7 Satz 2 LStrG die sonst für die Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde vor ihrer Entscheidung zu hören. Die von dieser geforderten Bedingungen, Auflagen und Sondernutzungsgebühren sind dem Antragsteller in der Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung aufzuerlegen (§ 41 Abs. 7 Satz 3 LStrG). Die **Konzentrationswirkung** tritt unabhängig davon ein, ob eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung oder Ausnahmegenehmigung bereits erteilt oder auch nur beantragt worden ist, weil die objektiv erfor-

* Prof. *Holger Weidemann* ist Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen.

1 § 41 Abs. 1 LStrG
2 § 32 Abs. 1 StVO
3 § 46 Abs. 1 Nr. 8 StVO
4 Zum Begriff siehe § 34 LStrG
5 *Bitterwolf-de Boer* in: Bitterwolf-de Boer/Probstfeld/Kaminski/Schwarz/Witte Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz (LStrG)-Kommentar, § 41 Ziff. 1.1
6 Vgl. *VGH Mannheim* NVwZ-RR 1995, S. 120
7 *Bitterwolf-de Boer,* Fn. 5, § 41 Ziff. 7.1
8 Vgl. *BVerwG* Nds.VBl. 2015 S. 188 [S. 191]; das *BVerwG* setzt sich in dieser Entscheidung zwar mit § 19 NStrG auseinander; diese Norm weist aber eine vergleichbare Struktur zum LStrG Rheinland-Pfalz auf. Damit ist diese Entscheidung auch auf das hiesige Landesrecht übertragbar.

derliche straßenverkehrsrechtliche Gestattung genügt, damit die Einholung der gesonderten straßenrechtlichen Erlaubnis entfällt.[9] Die Konzentrationswirkung steht auch nicht zur Disposition der beteiligten Behörden.

Die **Konzentrationswirkung begründet** allein die **sachliche Zuständigkeit** der dann zuständigen **Straßenverkehrsbehörde**.[10] Die straßenverkehrsrechtliche Gestattung, die die Sondernutzungserlaubnis ersetzt, ist als sog. mehrstufiger Verwaltungsakt einzustufen. Im Außenverhältnis ist allein die Genehmigungsbehörde zuständig und damit auch verantwortlich.[11] Die straßenverkehrsrechtlich zuständige Genehmigungsbehörde hat eine eigene Prüfungs- und Entscheidungskompetenz, die sich auch auf die aufzunehmenden Nebenbestimmungen erstreckt.[12] Die zu beteiligende Straßenbaubehörde kann weder die Erlaubnis verhindern, noch kann sie Nebenbestimmungen selbstständig anordnen.[13]

2.2 Sondernutzungsgebühren

Nach § 47 Abs. 1 LStrG kann für die **Sondernutzung an Straßen** eine **Gebühr** erhoben werden. Die Sondernutzungsgebühr stellt eine Benutzungsgebühr da.[14] Die Gebühr ist die Gegenleistung dafür, dass die Benutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus erfolgt und damit gleichzeitig eine Beeinträchtigung der gemeingebräuchlichen Nutzungsmöglichkeiten der anderen Verkehrsteilnehmer in Kauf genommen wird. Des Weiteren soll sie den wirtschaftlichen Vorteil, der durch die Sondernutzung entsteht, abschöpfen (§ 47 Abs. 5 LStrG).[15] Die Erhebung der Sondernutzungsgebühr knüpft ausschließlich an die tatsächliche Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums durch eine Sondernutzung an.[16] Sofern die **Konzentrationswirkung zum Tragen** kommt, ist es der **Straßenbaubehörde verwehrt**, selbst **Sondernutzungsgebühren festzusetzen**. Neben dem Verzicht auf die Sondernutzungserlaubnis ordnet § 41 Abs. 7 LStrG eine Verlagerung der sachlichen Zuständigkeit für die Erhebung der dem Nutzer gleichwohl aufzuerlegenden Sondernutzungsgebühr an. Von der Straßenbaubehörde geht die Zuständigkeit für die Gebührenerhebung auf die Behörde über, die für die Erteilung der straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung zuständig ist; mit anderen Worten: auf die Straßenverkehrsbehörde.[17] Selbst dann, wenn trotz Konzentrationswirkung, die Straßenbaubehörde eine Sondernutzungserlaubnis erteilt hat und diese bestandskräftig geworden ist, verbleibt es bei dem durch § 41 Abs. 7 S. 3 LStrG angeordneten Übergang der Zuständigkeit auf die Straßenverkehrsbehörde.[18]

2.3 Unerlaubte Sondernutzung

Wird eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt oder kommt der Erlaubnisnehmer seinen Verpflichtungen nicht nach, so kann die **Straßenbaubehörde** die **erforderlichen Maßnahmen** zur Beendigung der Benutzung oder zur Erfüllung der Auflagen anordnen (§ 41 Abs. 8 Satz 1 LStrG). Fraglich könnte aber sein, ob § 41 Abs. 8 LStrG auch dann als Grundlage für eine behördliche Anordnung herangezogen werden kann, wenn zwar eine Sondernutzung im Sinne des § 41 Abs. 1 LStrG vorliegt, aber eine Sondernutzungserlaubnis der Straßenbaubehörde entbehrlich ist, weil die Konzentrationswirkung (§ 41 Abs. 7 LStrG) greift. Die Konzentrationswirkung dient der Vereinfachung und Überschaubarkeit der Verwaltungstätigkeit und erleichtert dem Antragsteller die Durchsetzung seiner Rechte. Nicht beabsichtigt war es vom Gesetzgeber dagegen, die Straßenbaubehörde aller unmittelbaren Handlungsmöglichkeiten zu berauben. In der Eingriffssituation besteht gerade keine Notwendigkeit zur Verfahrenskonzentration. Die zuständige Behörde kann eigenständig die notwendigen Anordnungen treffen. Für den betroffenen Bürger gibt es keine Unübersichtlichkeit der behördlichen Entscheidungsstrukturen. Auch der Aufbau des Gesetzes spricht dafür, der Straßenbaubehörde eine umfassende Handlungsoption zu belassen. Die Bestimmungen über die Konzentrationswirkung stehen unmittelbar nach den Vorschriften über das Erfordernis einer Sondernutzungserlaubnis und nicht nach der Eingriffsbefugnis. Die Gesetzesthematik ist damit ein weiteres Indiz für die Gestaltung der straßenrechtlichen Eingriffsbefugnis. Die Konzentrationswirkung lässt damit die straßenrechtliche Eingriffsberechtigung der Straßenbaubehörde wegen unerlaubter Sondernutzung unberührt. Tatbestandliche Voraussetzung des § 41 Abs. 8 S. 1 LStrG ist u. a. die Nutzung der Straße *ohne die erforderliche* Erlaubnis. Abzustellen ist hier aber allein auf die abstrakte Notwendigkeit der Sondernutzungserlaubnis.[19] Nicht ausgeschlossen ist es, dass andere Behörden aufgrund eigener Ermächtigungsgrundlagen u.U. ebenfalls tätig werden können.[20]

3. Planfeststellungsbeschluss, Plangenehmigung und die Konzentrationswirkung

Landes- und Kreisstraßen sowie überörtliche, insbesondere touristischem Verkehr dienende selbstständige Geh- und Radwege dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn zuvor ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt und der Plan festgestellt ist (§ 5 Abs. 1 LStrG[21]). **Ziel der Planfeststellung** ist die umfassende Problembewältigung. So sollen alle von dem Vorhaben betroffenen öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abgewogen und widerstrebende Interessen ausgeglichen werden, ohne dass es weiterer öffentlicher Verfahren oder Zustimmungen weiterer

9 Vgl. nur BVerwGE 94, 234 [236 f.]; *VGH Kassel* NVwZ-RR 1992, S. 3 [4]; *Bitterfeld-de Boer,* Fn. 5, § 41 Ziff. 7.1.; *Sauthoff* in: Müller/Schulz FStrG-Kommentar, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 68

10 So auch *BVerwG* Nds.VBl. 2015, S. 188 ff.; ferner *OVG Rheinland-Pfalz* KStZ 1988, S. 210

11 *Bitterfeld-de Boer,* Fn. 5, § 41 Ziff. 7.3; ferner *Grupp* in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 27

12 Ebenda m.N.

13 *Sauthoff,* Fn. 9, § 8 Rdnr. 69

14 Vgl. nur BVerwGE 56, 63 [70]; *HessVGH* KStG 1991, S. 75; *VG Leipzig* NVwZ 2000, S. 271

15 *BayVGH* NVwZ 2000, S. 390; *OVG LSA* NVwZ 1999, S. 512

16 *BVerwG* DÖV 1971, S. 103; *OVG Lüneburg* NVwZ-RR 1998, S. 728

17 Vgl. *BVerwG* Nds.VBl. 2015, S. 188 f.

18 ebenda

19 Ausdrücklich *VGH Kassel* NVwZ RR 1992, S. 3 [4], die im Hinblick auf § 8 Abs. 7 a FStrG getroffene Entscheidung ist auf die vergleichbare Konstellation des NStrG zu übertragen; siehe ferner *OVG Münster,* Beschluss vom 01.10.1996, Az: 23 A 4553/95 mit ausf. Begr.; *OVG Münster,* NVwZ RR 1997, 6f; *OVG Lüneburg,* NST-N 1994, S. 295 ff. u. Nds. VBl. 1996, S. 59 ff; *Wendrich,* Nds. Straßengesetz., § 22 Rdnr. 1, ferner *Sauthoff,* Straßen und Anlieger § 16 Rdnr. 748; *Bitterwolf-de Boer,* Fn. 5, Ziff. 8; grundlegende *Weidemann,* NdsVBl. 2013. S. 215 ff.

20 Siehe Übersicht bei *Bitterwolf-de Boer,* Fn. 5, Ziff. 8.3;

21 Zur Möglichkeit, anstelle eines Planfeststellungsbeschlusses eine Plangenehmigung zu erteilen, siehe § 5 Abs. 3 LStrG; zudem können Bebauungspläne nach § 9 BauGB die Planfeststellung ersetzen (§ 5 Abs. 2 LStrG). Unter bestimmten Voraussetzungen kann zudem die oberste Landesstraßenbehörde für weitere Straßen ein Planfeststellungsverfahren anordnen (vgl. § 5 Abs. 5 LStrG).

Behörden bedarf.[22] Mit dem Planfeststellungsbeschluss werden damit alle öffentlich-rechtlichen Hindernisse für das Vorhaben beseitigt. Für notwendige Planfeststellungsverfahren im Sinne des § 5 Abs. 1 LStrG findet neben den speziellen Vorschriften des LStrG (§§ 5 bis 7) § 1 Abs. 1 Landesverwaltungsverfahrensgesetz (LVwVfG) und die §§ 72 ff. VwVfG Anwendung. Kennzeichen[23] des von der Planfeststellungsbehörde – nach erfolgreich durchgeführtem Planfeststellungsverfahren – ergangenen Planfeststellungsbeschlusses sind die

- Gestaltungswirkung
- Ausschlusswirkung und
- Konzentrationswirkung.

Die **Konzentrationswirkung** des **Planfeststellungsbeschlusses** ergibt sich aus den §§ 1 Abs. 1 LVwVfG und 75 Abs. 1 Satz 1 2. HS VwVfG. Damit sind neben der Planfeststellung andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen und Zustimmungen nicht erforderlich.[24] Über den unmittelbaren Wortlaut des VwVfG hinaus werden auch etwaige nach Fachgesetzen geforderte Ausnahmen und Befreiungen ersetzt.[25] Die Konzentrationswirkung begründet zunächst eine **Zuständigkeitskonzentration**. Damit einher geht der Verlust der Zuständigkeit der weiteren Fachbehörden für die Durchführung der anderen Verfahren. Dieser Zuständigkeitsverlust wird kompensiert durch umfassende Beteiligungsrechte (vgl. nur § 1 Abs. 1 LVwVfG, § 73 Abs. 2 VwVfG). Ferner begründet die Konzentrationswirkung eine **Verfahrenskonzentration**. Sofern ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen ist, werden fachgesetzlich vorgesehene Verfahren verdrängt.[26] Zur Frage der Reichweite der Konzentrationswirkung hat sich zunehmend der Ansatz der **formellen Konzentrationswirkung** durchgesetzt. Danach handelt es sich zwar um ein einheitliches Verfahren, und spezialgesetzliche Verfahrensbesonderheiten bleiben außer Betracht, die **materiell-rechtlichen Anforderungen** der Spezialgesetze müssen aber berücksichtigt werden.[27]

Die **Plangenehmigung** hat nach § 1 Abs. 1 LVwVfG, § 74 Abs. 6 Satz 2 VwVfG grundsätzlich alle Rechtswirkungen einen Planfeststellungsbeschlusses. Damit kommt hier auch die **Konzentrationswirkung** des § 1 Abs. 1 LVwVfG, 75 Abs. 1 Satz 1 H 2. HS VwVfG zum Tragen.[28]
Die Konzentrationswirkung ermöglicht es, divergierende Interessen in einem einheitlichen Verfahren auszubalancieren. Ohne diese Konzentrationswirkung würde das Straßenbauvorhaben von einer Mehrzahl unterschiedlicher behördlicher Entscheidungen abhängen. Für den Bürger ergibt sich zudem der Vorteil, dass es nur die Verantwortlichkeit einer Behörde gibt. Dies kann zudem zu Erleichterungen in einem möglichen Verwaltungsstreitverfahren führen.

4. Schlussbetrachtung

Das Rechtsinstitut der Konzentrationswirkung ist gut geeignet, komplexe Verfahren, die den Zuständigkeitsbereich unterschiedlicher Fachbehörden berühren, zu bündeln. Gerade im Straßenrecht drängen sich die beiden vorgestellten Verfahren geradezu für eine Verfahrenskonzentration auf. Zutreffend hat der Gesetzgeber festgelegt, dass dort, wo eine gesetzlich begründete Konzentrationswirkung greift, zugleich die sachliche Zuständigkeit der verantwortlichen Behörde abschließend neu justiert wurde. Für die betroffenen Fachbehörden (z.B. Straßenbauverwaltung) verbleibt kein Raum, um gegenüber dem Bürger, in bestimmten Genehmigungsverfahren, noch abschließende verbindliche Entscheidungen zu treffen. Die Konzentrationswirkung dient der Verfahrensökonomie, der Verfahrensbeschleunigung, den Rechtschutzinteressen der Bürger aber auch den Behörden, die so Konflikte, die aus unterschiedlichen, selbstständigen Verfahren herrühren könnten, zu vermeiden. Zu berücksichtigen ist zudem, dass dieses Rechtsinstitut auch anderen Rechtsgebieten nicht fremd[29] ist und auch dort seine besondere Leistungsfähigkeit entfalten kann.

22 *Probstfeld/Witte* in Bitterwolf u.a., Fn. 5, § 5 Ziff. 1.2
23 Ebenda; hiernach bewirkt die **Gestaltungswirkung**, dass alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen den Trägern der Straßenbaulast und den durch den Plan abschließend Betroffenen abschließend geregelt werden. Nach Unanfechtbarkeit sind Ansprüche auf Unterlassung des Vorhabens, auf Beseitigung oder Änderung der Anlage ausgeschlossen (**Ausschlusswirkung**).
24 Eine Ausnahme ergibt sich aber aus § 19 WHG; siehe dazu BVerwGE 123, 241; *Schink* in: Knack/Hennecke, VwVfG-Kommentar, 10. Aufl., § 75 Rdnr. 24
25 *Masing/Schiller* in Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG-Kommentar, 4. Aufl., § 75 Rdnr. 4 m.N.
26 Ebenda; zur Verfahrenskonzentration siehe auch BVerwGE 82, 17
27 Vgl. nur Dürr in Kodal, Straßenrecht, § 36 Rdnr. 19.4 m.N. zum Streitstand; Schink, Fn. 24, § 75 Rdnr. 20; Masting/Schiller, Fn.. 25, § 75 Rdnr. 5
28 Vgl. nur *Masing/Schiller,* Fn.25, § 74 Rdnr. 160; *Schink,* Fn. 24, § 75 Rdnr. 23
29 Siehe nur § 13 BImSchG

Peter Eichhorn*

ABC – Glossar – XYZ

Der Verwaltungssprache ergeht es wie anderen Fachsprachen: sie unterliegt einem ständigen Wandel. Neue Fragestellungen, Gegenstände, Sachverhalte, Methoden, Erfahrungen und Erkenntnisse bringen neue Begriffe hervor oder nutzen vorhandene Begriffe. Alte Fachausdrücke verschwinden. Die neuen oder mit verändertem Inhalt verwendeten Begriffe entstehen in Deutschland oder entstammen europarechtlichen Vorgaben. Sie gehen in die Gesetzgebung und in das Verwaltungshandeln ein und machen auch nicht vor angelsächsischen Termini halt. Das hier und in den folgenden Heften abgedruckte Glossar will dem Leser aktuelle und bedeutsame neue Wortprägungen erklären.

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn,* Emeritus der Universität Mannheim, ehem. Präsident der SRH Hochschule Berlin.

Entwicklungsphasen in Kommunen

Für die Kommunalpolitik (des Weiteren für die Landes- und Bundespolitik) spielt der Rhythmus von Wahlen eine maßgebliche Rolle. Mandatsträger und Kandidaten sind mit ihren Entscheidungen, Programmen, Festlegungen, Absprachen und Versprechen gewöhnlich auf die Wahltermine fixiert. Dieser maximal vier- bis fünfjährige Zeitraum vernachlässigt Denken, Planen und Handeln auf weite Sicht. Darauf

kommt es aber an, um die administrativen und infrastrukturellen Voraussetzungen für urbanes Kommunizieren, Befördern, Kaufen, Wohnen und Erholen nachhaltig zu schaffen. Gestützt auf Informationen und Analysen (z.B. Bevölkerungsprognosen, andere Statistiken, Erhebungen, Zählungen, Berichte, Gutachten und Schrifttum) der Verwaltung und von dritter Seite gilt es die gegenwärtige und zukünftige Lage der Gemeinden oder des Gemeindeverbandes festzustellen. Für aktuell zu fassende Beschlüsse des Gemeinderats, Stadtrats oder Kreistags mit ihren oft weitreichenden Wirkungen ist deshalb wichtig zu wissen, in welcher Entwicklungsphase sich die Kommune befindet.

Wächst unsere Gemeinde oder stagniert oder schrumpft sie? Worauf beruhen die sich ändernden oder konstanten Einwohnerzahlen? Wie verschieben sich Altersaufbau, Einkommensverhältnisse, Sozialschichten, Wirtschaftsstruktur, Verkehrsaufkommen, Flächennutzung und Bebauung? Aus den Antworten leiten sich Einschätzungen und Entscheidungen ab. Angenommen eine Stadt wächst und prosperiert wie z.B. Dresden, Frankfurt, Köln, Leipzig, München und Stuttgart. Dann wird man Maßnahmen ergreifen müssen, um entweder quantitatives Wachstum mit erhöhter Lebensqualität zu verknüpfen oder die rasant steigenden Mieten, Verbraucher- und Baulandpreise zu begrenzen. Die zur Verfügung stehenden kommunalpolitischen Instrumente erstrecken sich hauptsächlich auf das Bauplanungsrecht, Mietpreisbremsen (mittels ortsüblicher Vergleichsmiete und Kappungsgrenze), das Recht zur Schaffung und Unterhaltung von Einrichtungen wie Schulen, Krankenhäuser, Straßen, Versorgung mit Energie und Wasser, Verkehrsleistungen und auf die Finanzhoheit, also das Recht, den Finanzbedarf durch Steuern, Gebühren und Beiträge zu decken. Daneben können kulturelle, sportliche und touristische Angebote mehr oder weniger gefördert werden.

Der gegenteilige Fall ist eine stagnierende oder sogar schrumpfende Gemeinde. Sie leidet durch Entvölkerung und alternde Einwohner, ungünstige wirtschaftliche Entwicklung und sinkende Steuerkraft. Die Gründe mögen in der Umsiedlung oder Insolvenz eines Großunternehmens, im übermäßigen Erstarken von benachbarten Städten oder in der Auflösung eines Bundeswehrstandortes mit Schließung von Kasernen und Wegzug zahlreicher Soldatenfamilien liegen. Beispiele finden sich im Ruhrgebiet, in ländlichen Regionen in Niedersachsen und im Hinterland von Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt. Dann ist mit Blick auf die ferne Zukunft sowohl mit dem Rückbau der Infrastruktur samt Schulen, Leitungsnetzen und anderen Einrichtungen als auch mit der Ansiedlung von Gewerbebetrieben, Freiberuflern und Zuwanderern zu beginnen. Soweit die Region über Naturschönheiten verfügt, kann der (sanfte) Tourismus angekurbelt werden.

Im Laufe der Jahrzehnte können in einzelnen Kommunen und Regionen Entwicklungsphasen wechseln. Auf einen Aufwärtstrend folgt eine Phase des Niedergangs und danach eventuell wieder durch eigenes Tun und/oder durch vorteilhafte Rahmenbedingungen ein Aufbruch. Solche Wechsellagen erlebt z.B. das mitteldeutsche Chemiedreieck zwischen Halle, Merseburg und Bitterfeld-Wolfen. Nach dem Zusammenbruch der DDR und der Stilllegung dieses alten Industriezentrums wurden die Betriebe insolvent und zogen die Leute fort. Zurück blieb Brachland mit desolaten kommunalen Haushalten. In der Stadt Bitterfeld-Wolfen startete man einen Neuanfang mit der Ansiedlung von hunderten Unternehmen. Langsam entwickelt sich dort wieder kommunales Leben.

Gute Kommunalpolitik besteht darin, den Scheitelpunkt einer Expansions- und Ausreifungsphase und den Tiefpunkt einer Stagnations- und Rückbildungsphase frühzeitig zu erkennen und beizeiten gegensteuernde Entscheidungen und Maßnahmen zu treffen.

Interkommunale Zusammenarbeit

Die Kooperation zwischen Kommunen ist in der Vergangenheit vornehmlich unter (kommunal)verfassungsrechtlicher Perspektive erörtert und praktiziert worden. Ein Prototyp ist der Zweckverband, eine durch Landesgesetz errichtete Körperschaft öffentlichen Rechts für lokale Aufgaben, die aus Gründen politischer, administrativer, technischer und wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit von Städten, Gemeinden und Kreisen gemeinschaftlich bzw. überörtlich und zwar freiwillig oder erzwungen wahrgenommen werden. In Deutschland bestehen mehrere Tausend Zweckverbände unter anderem für Wasserversorgung, Nahverkehr, Feuerwehren, Krankenhäuser, Sparkassen, Abfallbeseitigung. Trotz Gemeindefusionen, Einkreisungen und Kreisfusionen in mehreren Bundesländern und der damit verbundenen steigenden Einwohnerzahl, vergrößerten Flächen und kommunalen Aufgabenbündelung erweisen sich die interkommunalen Zweckverbände nach wie vor als unentbehrlich.

Ein zweites Paradebeispiel bilden die sog. Höheren Kommunalverbände. Sie wurden und werden ebenfalls vom jeweiligen Land als körperschaftliche Rechtsform errichtet, wenn die Verwaltungskraft eines Landkreises oder einer kreisfreien Stadt für die Aufgabenerfüllung nicht ausreicht. Sie heißen Bezirk, Bezirksverband, Kommunalverband, Landesverband, Landeswohlfahrtsverband, Landschaft oder Landschaftsverband und erfüllen Aufgaben des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, auch landschaftlich-kulturelle Aufgaben, und verwalten z.B. in Nordrhein-Westfalen in Auftragsverwaltung Bundesstraßen und Bundesautobahnen.

Im Fokus interkommunaler Zusammenarbeit sollten mehr als bisher Effizienzaspekte stehen. Eine wichtige Frage ist, wie sich die Leistungsfähigkeit von Kommunalverwaltungen und kommunaler Wirtschaft durch Kooperation mit benachbarten Gemeinden respektive in der Region verbessern lässt. Gewiss gibt es ein weit gefächertes Instrumentarium, das auch vielerorts angewendet wird, etwa die Gründung von Gesellschaften in Formen des Privatrechts (AG und GmbH, bei denen die Kommunen Gesellschafter sind) für gemeinsame kommunale Aufgaben insbesondere in Stadt-Umland-Bereichen (z.B. in der Energieversorgung und Abwasserreinigung). Oder man wählt für das kommunale Zusammenwirken entweder die Rechtsform einer nicht-rechtsfähigen Körperschaft, genannt kommunale Arbeitsgemeinschaft, oder schließt eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Abgesehen von diesen formalen Optionen interessieren primär die Vorteile der Kooperation gegenüber einem alleinigen Verwaltungshandeln.

Eine interkommunale Zusammenarbeit hat im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Sie darf erstens die kommunale Selbstverwaltung nicht ausklammern, d.h. die hoheitlichen Rechte und Pflichten müssen gewährleistet bleiben; zweitens ist den Bürgern der Nutzen der Kooperation nachzuweisen. Aus Betriebgrößen- und Verbundvorteilen, insbesondere als Folge von Zentralisierung, Standardisierung und Vernetzung, können Synergieeffekte resultieren mit weniger Bürokratie, geringeren Verwaltungskosten (z.B. durch Auslastungsvorteile), besser qualifiziertem Personal (z.B. wegen des Spezialwissens) und schneller erstellten Dienstleistungen (z.B. infolge Automatisierung und Computerisierung).

Solange Kommunen nicht so groß sind, dass sie die kommunalen Aufgaben ihrer Ebene allein wahrnehmen können, bedarf es der interkommunalen Zusammenarbeit sowohl in Ballungsgebieten und Metropolregionen als auch im flachen Land. Man sollte umfassend prüfen, welche Aufgaben einzelner Kommunen gewissermaßen vor

die Klammer zur gemeinschaftlichen Erledigung gezogen werden können. Es drängen sich geradezu Teilaufgaben in der Personalverwaltung, Steuerverwaltung und Vollstreckung an. Fündig dürfte man vor allem bei rein verwaltungsinterner Aufgabenerfüllung werden. Gleichwohl ist der Koordinationsbedarf nicht zu unterschätzen. Bei Aufgaben mit Publikumsverkehr kommen die räumlichen Entfernungen zum Servicezentrum mit Zeitaufwand und Kosten für die Bürger hinzu.

Rechnungslegung

Nach Ablauf des Haushaltsjahres werden beim Bund, bei den Ländern und Gemeinden die Bücher bzw. Konten abgeschlossen und Rechnung über den Haushalt (mit Einnahmen und Ausgaben) und über Vermögen und Schulden gelegt. Die Jahrhunderte alte Trennung in ein Einnahmen-Ausgaben-Journal, ein Güter- bzw. Vermögensbuch und ein Buch, das Verbindlichkeiten und Forderungen verzeichnete, ist in den heutigen Verwaltungen längst einer integrierten Buchführung mit dem Abschluss einer verbundenen Haushalts- und Vermögensrechnung gewichen. Dieser sog. kameralistische Jahresabschluss basiert auf Zahlungsströmen und dem Kassenwirksamkeitsprinzip.
Damit werden finanzwirtschaftliche Vorgänge erfasst, nicht aber der Periodenerfolg ermittelt. Er bildet die Differenz zwischen den auf das Haushaltsjahr entfallenden und zugerechneten Einnahmen (genannt Erträge) und Ausgaben (genannt Aufwendungen). Analog verhält es sich mit den Bestandsgrößen Vermögen und Schulden am Jahresende (i.d.R. am 31. Dezember). Sie sind in ihrem Wert fortzuschreiben. Dem dienen zum Beispiel Zu- und Abschreibungen von Gebäuden, Fahrzeugen, Mobiliar usw., ebenso Forderungen für erbrachte Leistungen und Rückstellungen für künftige Verpflichtungen. Die kaufmännische Doppelbuchführung (Doppik) erfasst jeden Geschäftsvorfall in zeitlicher und sachlicher Ordnung zweimal auf Konto und Gegenkonto mit Soll- und Habenaufzeichnung, mit anderen Worten: Mittelherkunft und Mittelverwendung bzw. den Wertzugang und Wertabgang bei Finanz- und Sachmitteln. Die Doppik trennt die Erfolgsrechnung für einen Zeitraum (sog. Gewinn- und Verlustrechnung) von der Bestandsrechnung zu einem Zeitpunkt (sog. Bilanz). In der doppischen Rechnungslegung werden die beiden Rechnungen zusammengeführt und der Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag als positiver bzw. negativer Saldo der Erfolgsrechnung in die Bilanz als Bilanzgewinn und Rücklage bzw. als Bilanzverlust eingestellt. Bei entsprechender Reduktion des Rechnungsstoffes erkennt der Leser mit einem Blick sowohl die Bestandsänderungen als auch die Erfolgsquellen.
Aus guten Gründen führen seit Jahren immer mehr Länder eine Art staatliche Doppik ein. Ausgehend vom Verständnis der öffentlichen Verwaltungen als Dienstleistungsbetriebe vollzogen in Deutschland zunächst die Kommunen, inzwischen auch einige Bundesländer – allen voran Hamburg, Hessen und Bremen – die Umstellung von der Kameralistik auf die Doppik. Geschätzt wird an ihr nicht nur die transparente Abbildung der Geschäftsvorfälle mit ihren Wirkungen auf die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage, sondern auch die stärkere Ressourcen- und Resultatsorientierung.
Ziel- bzw. Zwecksetzung, Gliederung und Bewertung der Rechnungslegung und darüber hinaus des gesamten Haushalts- und Rechnungswesens (genauer: der Haushaltsplanung einerseits, der Buchführung, des Abschlusses der Bücher und der Rechnungslegung andererseits) sind nicht unumstritten. Sie bedürfen einer festzulegenden Konzeption und einer Standardisierung, die nationalen und internationalen Maßstäben genügt. Belastet wird die einheitliche Entwicklung in Deutschland durch die unterschiedlichen Reformansätze des Haushaltsrechts in den einzelnen Bundesländern mit Folgen für ihre eigenen Verwaltungen und für die kommunalen Gebietskörperschaften. Die ursprünglich vorgesehene Anpassung an die Regelungen des Handelsgesetzbuches (HGB) ist passé. Das dort in erster Linie geltende Gläubigerschutzprinzip hatte bei der Bewertung privatwirtschaftlicher Geschäftsvorfälle und Rechnungslegung seine Berechtigung. Es wurde und wird aber ersetzt durch die international betonte Ausrichtung auf den „Fair Value" im Sinne der zutreffenden Darstellung der wirtschaftlichen Lage. Im Vordergrund steht der tatsächliche Wert für den Anteilseigner („Shareholder Value"). Man laborierte zunächst mit den für die Privatwirtschaft entworfenen IAS (International Accounting Standards) und den weiter entwickelten IFRS (International Financial Reporting Standards). Inzwischen findet man unter dominierender angelsächsischer Rechnungslegungstradition zunehmend Gefallen an den von den IFRS abgeleiteten und auf die öffentliche Rechnungslegung zugeschnittenen IPSAS (International Public Sector Accounting Standards). Aber selbst sie und ihre europäische Variante, die EPSAS (European Public Sector Accounting Standards), betonen als Rechnungszweck die Bereitstellung von Informationen für Parlamente, Wähler und Kapitalgeber. Es fehlt in Verwaltungspraxis und Wissenschaft (Ausnahme: Mitglieder und Mitarbeiter des Hessischen Rechnungshofs) eine tief schürfende Auseinandersetzung darüber, worauf es bei einer öffentlichen Rechnungslegung ankommt und nach welchen Grundsätzen sie zu erstellen ist.
Im Unterschied zur privatwirtschaftlichen Rechnungslegung über erreichte Formalziele (u.a. Eigen- und Fremdkapitalrentabilität, kurzfristige und strukturelle Deckungsgrade, Betriebsergebnis, Cash Flow und Wertschöpfung) erwartet man vom doppischen Jahresabschluss einer öffentlichen Verwaltung auch eine Rechenschaftslegung über zumindest finanziell abbildbare Sachziele. Inwieweit ist es im Haushaltsjahr gelungen, die Steuerkraft und das Gebühren- und Beitragsaufkommen zu stabilisieren, die Verschuldung abzubauen, das aufgabenbezogene Vermögen zu erhalten, örtliche Wirtschaft, Beschäftigung und Einkommen zu fördern und für künftige Generationen nachhaltige Entwicklungen einzuleiten (letzteres durch Nachweise wie die Nutzung regenerativer Energien, die Beschränkung von Schadstoffen, die Verringerung technischer Risiken und der sparsame Verbrauch von Ressourcen)? Hier müssten Prinzipien (z.B. Periodisierung, Einzelbewertung, ewige Stetigkeit der Verwaltungstätigkeit, ökonomische Perspektive) und Maßstäbe erarbeitet und Standards vorgegeben werden, um Vergleiche ziehen und Verbesserungen anreizen zu können.
Eine öffentliche Rechnungs- und Rechenschaftslegung über die betriebs- und volkswirtschaftliche Lage einer Gebietskörperschaft sollte außerdem so erfolgen, dass deren Kernverwaltungen (also die Ministerien, Ober-, Mittel- und Ortsbehörden, Dezernate, Fachbereiche Ämter, Schulen, Regiebetriebe) und die ausgegliederten Unternehmen (§ 26 BHO/LHO-Betriebe, Eigenbetriebe, Körperschaften und Anstalten öffentlichen Rechts, GmbHs und AGs) in einen konsolidierten Gesamtabschluss münden. Ein Novum wäre allerdings die finanzielle Darstellung der Sachziele und ihre Konsolidierung.
Neben der möglichen Konsolidierung weist das externe doppische Rechnungswesen einen weiteren Vorteil auf. Es lässt sich systemimmanent mit internen Kostenrechnungen verbinden. Das hilft Entscheidungen zu fundieren und kommt auch den von Rechnungshöfen, Prüfungsverbänden, Rechnungsprüfungsämtern oder Wirtschaftsprüfern zu prüfenden Jahresabschlüssen für die Kontrolle durch Parlamente oder Gemeindevertretungen und Bürgerschaft zugute.

Günter Haurand/Jürgen Vahle*

Die abgebrochene Abschleppmaßnahme
– Klausur im Polizei- und Vollstreckungsrecht –

Vorbemerkung:

Die Klausur behandelt ein sowohl praxis- als auch ausbildungsrelevantes Thema: die Kostenerhebung nach dem Abschleppen eines falsch geparkten Kfz. Die Lösung beruht auf dem nordrhein-westfälischen Recht. In den anderen Bundesländern ist die Rechtslage jedoch vergleichbar, so dass die Lösung dort nicht anders ausfallen dürfte.

Sachverhalt

Polizeipräsidium Beilfeld
Az.: XYZ 6. 1. 2015

mit Zustellungsurkunde

Herrn
Walter Weber
Welle 9
12345 Beilfeld

Leistungsbescheid

Sehr geehrter Herr Weber,

das Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen BE-IL 33 war am 2. 12. 2014 um 18. 32 Uhr auf dem Weihnachtsmarkt Beilfeld in der durch Zeichen 242.1 StVO gesperrten Fußgängerzone in der Niederstraße abgestellt.

Da sich kein Verfügungsberechtigter in der Nähe des Fahrzeuges befand, ist das Abschleppunternehmen Hans Holländer durch Herrn PHK Krummbiegel (Bezirksdienst) beauftragt worden, das Fahrzeug im Wege der Ersatzvornahme zu entfernen (§§ 50, 52 Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen – PolG NRW). Zeitgleich mit dem Eintreffen des Abschleppwagens kamen Sie zu dem Fahrzeug zurück. Nach Feststellung Ihrer Personalien haben Sie das Fahrzeug aus der Fußgängerzone entfernt.

Als Fahrzeugführer sind Sie für das Falschparken verantwortlich (§ 4 Abs. 1 PolG NRW).
Bei der Durchführung der Ersatzvornahme sind Kosten in Höhe von 55,60 € angefallen.
Darüber hinaus erhebe ich ein Verwaltungsgebühr von 50,00 €.

Nach dem – auch für polizeiliche Abschleppmaßnahmen – maßgeblichen § 15 der Ausführungsverordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz Nordrhein-Westfalen kann die Gebühr bis zu 150 € betragen. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass Sie das Fahrzeug letztlich selbst entfernt haben, bin ich von dem üblichen Mittelbetrag von 75,00 € zu Ihren Gunsten abgewichen.

Ich bitte Sie, den Gesamtbetrag von

105,60 €

bis spätestens zwei Wochen nach Bekanntgabe dieses Bescheides zu überweisen. *(folgt Angabe der Bankverbindung)*

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage beim Verwaltungsgericht Beilfeld erheben.

* Regierungsdirektor *G. Haurand* und Prof. Dr. *J. Vahle* lehren an einer Fachhochschule in Nordrhein-Westfalen.

Hinweis:
Sofern dieser Bescheid aus Ihrer Sicht fehlerhaft ist, bitte ich Sie, sich zur Vermeidung unnötiger Kosten vor Erhebung einer Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe dieses Bescheides zunächst mit mir in Verbindung zu setzen. In vielen Fällen können so etwaige Unstimmigkeiten bereits im Vorfeld einer Klage behoben werden. Die **Klagefrist** von einem Monat wird durch einen solchen außergerichtlichen Einigungsversuch jedoch **nicht verlängert**.

Kleine-Macke
(Amtsrätin)

Rechtsanwälte Dr. Nerf & Seeger
Winkelgasse 13
12345 Beilfeld 27. 1. 2015

An das
Polizeipräsidium Beilfeld
Postfach

Sehr geehrte Damen und Herren,

gegen den Leistungsbescheid vom 6. 1. 2015 (Az. XYZ)– Herrn Weber am 8. 1. 2015 zugestellt – erhebe ich namens meines Mandanten Einwendungen und beantrage, den Bescheid außergerichtlich aufzuheben.

Die Klagefrist habe ich mir notiert.

Begründung:
Mein Mandant ist zuerst einmal überrascht, dass er neben einem Verwarnungsgeld wegen Falschparkens auch noch ohne jede Anhörung mit Kosten für eine nicht erfolgte Ersatzvornahme überzogen werden soll. Der Leistungsbescheid ist aus mehreren Gründen nicht haltbar.

Die Niederstraße, auf der mein Mandant geparkt hat, ist eine breite Fußgängerzone.

Da mein Mandant äußerst rechts an der Häuserzeile geparkt hat, ist kein Fußgänger konkret behindert worden. Der seitliche Abstand zu einem der auf dem Weihnachtsmarkt befindlichen Stände bzw. Verkaufswagen betrug mindestens einen Meter, so dass Fußgänger bequem passieren konnten.

Es ist weiterhin erstaunlich, dass sich die Polizei um Falschparker kümmert, was Sache des Ordnungsamtes ist. Ihr Mitarbeiter hat daher seine Kompetenz überschritten.

Es hätte im Übrigen vollkommen genügt, wegen der angeblichen Ordnungswidrigkeit ein Verwarnungsgeld zu erheben, wie es ja auch geschehen ist.

Das Abschleppen war reine Schikane. Die Tatsache, dass keine konkrete Störung vom Fahrzeug meines Mandanten ausging, wird dadurch belegt, dass zahlreiche fahrbare Verkaufswagen auf dem Weihnachtsmarkt herumstanden, gegen die nicht eingeschritten wurde, ja die möglicherweise sogar mit behördlicher Billigung dort aufgestellt wurden.

Im Übrigen kann mein Mandant schon deshalb nicht herangezogen werden, weil die Ersatzvornahme gerade nicht vorgenommen wurde: Das Abschleppfahrzeug fuhr unverrichteter Dinge wieder ab. Kosten für eine „versuchte“ Ersatzvornahme können aber grundsätzlich nicht geltend gemacht werden.

Schließlich ist es rechtswidrig, gerade meinen Mandanten statt den Halter des Wagens heranzuziehen: Mein Mandant ist als Fahrer beim evangelischen Kreiskirchenamt bzw. beim Ev. Kirchenkreis Beilfeld angestellt. Halter des Fahrzeuges ist der Kirchenkreis. Mein Mandant war im Auftrag des Kirchenamtes unterwegs, um geschäftliche Unterlagen bei diversen Ladengeschäften in der Innenstadt abzuholen und abzuliefern. Ich verweise insoweit auf das als Anlage beigefügte Schreiben des Kirchenamtes.

Hochachtungsvoll

Nerf
Rechtsanwalt

Anlagen:

Vollmacht von Herrn Walter Weber *(vom Abdruck wurde abgesehen)*

Evangelisches Kirchenamt des
Kirchenkreises Beilfeld

– Körperschaft des öffentlichen Rechts – 20. Januar 2015

Bescheinigung zur Vorlage beim Polizeipräsidium Beilfeld

Hiermit wird bescheinigt, dass unser Fahrer Walter Weber im Auftrag des Kirchenamts am 2. Dezember 2014 geschäftliche Unterlagen in der Beilfelder Innenstadt ausliefern bzw. abholen musste. Die Vorgänge waren teilweise sehr „eilig" bzw. fristgebunden.

Wir bitten, von der Kostenerhebung wegen eines Abschleppversuchs zu Lasten von Herrn Weber, der uns als äußerst korrekter und stets zuverlässiger Mitarbeiter bekannt ist, Abstand zu nehmen.

Angesichts der begrenzten finanziellen Mittel der Kirche sind wir außerstande, die Kosten für Herrn Weber zu übernehmen. Herr Weber erhält rd. 1.800 Euro brutto im Monat.

Rita Rinkler
Stellv. Verwaltungsleiterin

Polizeipräsidium Beilfeld
Az. XYZ 2. 2. 2015

Herrn
Rechtsanwalt Dr. Nerf
Winckelgasse 13
12345 Beilfeld

Ihr Schreiben vom 27. 1. 2015

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

auch nach Ihrem Vortrag sehe ich keine Veranlassung, von meinem Leistungsbescheid Abstand zu nehmen.

Bei der Niederstraße handelt es sich bekanntlich um eine als Fußgängerzone ausgestaltete Fläche, die von allen Seiten mit den entsprechenden Zeichen der StVO gekennzeichnet ist.

Durch Zusatzschild wird Lieferanten- und Anliegerverkehr wochentags von 10.00 bis 13.00 Uhr zugelassen. Bei den in Ihrer Eingabe genannten Verkaufswagen handelt es sich um Teilnehmer des Beilfelder Weihnachtsmarktes, denen von der Stadt eine Sondernutzungserlaubnis erteilt wurde.

Meine Beamten sind angewiesen, den Weihnachtsmarkt immer von Fahrzeugen zu räumen, wenn wegen einer Veranstaltung auf dem Markt Rettungswagen keine ungehinderte Zufahrt von jeder Seite des Marktes haben. Hierüber ist mit dem Ordnungsamt der Stadt Beilfeld Einvernehmen erzielt worden. Außendienstmitarbeiter der Stadt waren im Zeitpunkt der Maßnahme weder anwesend noch in kurzer Zeit erreichbar. Mein Bezirksbeamter hat deshalb den Abschleppvorgang in eigener Zuständigkeit eingeleitet.

Die Rettungswege waren versperrt, da der seitliche Abstand zwischen dem an der Häuserzeile geparkten Fahrzeug Ihres Mandanten und einem Verkaufswagen weniger als 1,5 m betrug. Der Abschleppwagen traf etwa 15 bis 20 Minuten nach Anforderung ein. Die Kosten berechnen sich aus den Anfahrtskosten für eine Leerfahrt nach dem mit dem Unternehmen Holländer vereinbarten Rahmenvertrag.

Der Kirchenkreis wurde – abgesehen von den rechtlichen Schwierigkeiten einer Inanspruchnahme – bereits deshalb nicht in Anspruch genommen, weil Ihr Mandant den vorrangigen, schuldhaften Beitrag zur Entstehung der Gefahr geleistet hat. Demgegenüber trifft den Kirchenkreis eine Verantwortlichkeit lediglich als Halter des Fahrzeuges, mit dem der Verkehrsverstoß begangen wurde.

Kleine-Macke
(Amtsrätin)

Aufgaben

I. Prüfen Sie gutachtlich die Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 6. 1. 2015.

II. Rechtsanwalt (RA) Dr. Nerf (N) hat am 10. 2. 2015 Klage beim Verwaltungsgericht Beilfeld erhoben. Die Klageschrift wurde durch eine Mitarbeiterin von N (Frau Karin Köster – K) abgeliefert.

Das Polizeipräsidium Beilfeld rügt im Verfahren die Versäumung der Klagefrist. N widerspricht: Die Antwort der Behörde auf seinen Schriftsatz vom 27. 1. 2015 sei erst am 3. 2. 2015 bei ihm eingegangen. Aufgrund der Hinhalte-Taktik der Behörde habe er keine hinreichende Zeit für die Vorbereitung der Klageschrift gehabt. Im Übrigen sei seine Bürokraft, K, eine gewissenhafte Mitarbeiterin und habe stets penibel aufgrund seiner Büroanweisung die Fristenkontrolle ausgeübt. Entsprechend seinen Weisungen habe sie vorgehabt, die Klageschrift bereits am Montag, dem 9. 2. 2015, zum VG zu bringen. Auf dem Weg dorthin habe sie per SMS erfahren, dass ihre schwangere Tochter vor dem erwarteten Geburtszeitpunkt ins Krankenhaus gebracht worden sei. K sei dadurch so in Unruhe geraten, dass sie einen Umweg zum Krankenhaus gemacht und die Akte Weber „vergessen" habe. N bittet das Gericht am 17. 2. 2015, eine etwaige Fristversäumnis nicht seinem Mandanten zur Last zu legen.

Die Angaben von N werden von K durch eine eidesstattliche Versicherung bestätigt. Das Polizeipräsidium ist jedoch der Meinung, eine Geburt sei heutzutage ein so normaler Vorgang, dass dieser Verlauf weder den Kläger noch seinen Rechtsanwalt entlasten könne. Der Kläger müsse sich das Verschulden des Anwaltsbüros zurechnen lassen.

Prüfen Sie gutachtlich die Zulässigkeit der Klage.

III. Entwerfen Sie eine Klageerwiderung (nur Kopf und Antrag).

Bearbeitungshinweise:

a) Die Stadt Beilfeld ist eine kreisfreie Stadt in NRW.

b) Das Land NRW wird in verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten in Polizeiangelegenheiten durch die Kreispolizeibehörden vertreten.

c) Das VG Beilfeld ist örtlich zuständig.

Anlage: Auszug aus der Zivilprozessordnung (ZPO)

§ 85 Wirkung der Prozessvollmacht

(1) Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen tatsächlichen Erklärungen, insoweit sie nicht von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.
(2) Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich.

§ 222 Fristberechnung

(1) Für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
(2) Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages.
(3) Bei der Berechnung einer Frist, die nach Stunden bestimmt ist, werden Sonntage, allgemeine Feiertage und Sonnabende nicht mitgerechnet.

Lösungshinweise

Erster Teil: Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 6. 1. 2015

A. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Die **Zuständigkeit** des PP Beilfeld zum Erlass des Leistungsbescheids gegen Herrn Weber (W) ergibt sich aus § 20 Abs. 2 VO VwVG NRW i. V. mit den §§ 77 Abs. 1 VwVG NRW, 52 Abs. 1 PolG NRW. Dort wird zwar nicht ausdrücklich die Befugnis der Behörde geregelt, die Kosten einer Vollstreckungsmaßnahme durch Verwaltungsakt geltend zu machen. Es besteht jedoch ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Vollstreckungshandlung selbst, so dass die Zuständigkeit für die Vollstreckung zugleich auch die Zuständigkeit zur Regelung der Kosten begründet. Das Fahrzeug ist nicht zwangsweise entfernt worden, sondern vom Pflichtigen selbst weggefahren worden.[1] Die **Ersatzvornahme** in Form der Fremdvornahme durch einen sog. Verwaltungshelfer (hier den Abschleppunternehmer) beginnt mit dem **Auftrag** an den Helfer und endet mit dem Abbruch der Vollstreckung (S. § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VO VwVG NRW: „Beauftragte").

II. Für den Leistungsbescheid ergibt sich kein **Schriftformerfordernis** aus § 20 Abs. 1 Satz 1 OBG NRW, weil diese Norm nur Verwaltungsakte der Ordnungsbehörden, nicht solche der Polizeibehörden erfasst. Außerdem handelt es sich nicht um eine Ordnungsverfügung i.S.d. Vorschrift, denn der Bescheid ergeht nicht (mehr) zum Zwecke de Gefahrenabwehr, sondern regelt die Pflicht zur Kostentragung nach Einleitung einer behördlichen Vollstreckungsmaßnahme zur Gefahrenbeseitigung. § 6 Abs. 1 Nr. 1 VwVG NRW sieht allerdings den Leistungsbescheid als Voraussetzung für die Beitreibung von Geldfor-

1 Diese Frage kann auch im Rahmen der Anwendung des Zwangsmittels (s.u. B, I) angesprochen werden.

derungen vor. Aus dem Begriff „Bescheid" lässt sich ableiten, dass der Leistungsbescheid der Schriftform bedarf. Die sich aus § 37 Abs. 3 Satz 1 VwVfG NRW ergebenden Anforderungen wurden hier beachtet.

III. Nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW ist bei eingreifenden Verwaltungsakten eine vorherige **Anhörung** erforderlich. Die Regelung der Zahlungspflicht des W greift zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG ein. W wurde gleichwohl vor Erlass des Leistungsbescheides keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. In Betracht kommt jedoch ein Verzicht auf die Anhörung aus einem der in § 28 Abs. 2 VwVfG NRW normierten Gründe. Die Alternative der Nr. 1 (Gefahr im Verzug) ist nicht einschlägig, da der Erlass des Leistungsbescheides – anders als die Abschleppmaßnahme – nicht eilbedürftig war, weil es nicht (mehr) um die kurzfristige Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit ging. Diesen Gedanken kann man auch bei der Auslegung der Alternative Nr. 5 (Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung) berücksichtigen. Der Zweck dieser Ausnahmeregelung besteht u.a. darin, Verzögerungen zu vermeiden und den Effekt einer Vollstreckung nicht durch vorherige Ankündigung zu reduzieren. Dieser Gesichtspunkt ist bei Anforderung der Kosten indessen nicht mehr relevant. Deshalb kann man auch diese Ausnahme von der Anhörungspflicht nicht heranziehen.[2] Es liegt daher ein **Anhörungsmangel** vor.

***Hinweis**: Sofern man bei § 28 Abs. 2 VwVfG zu einem anderen Ergebnis kommt, stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf eine Anhörung im Bescheid mitgeteilt und begründet werden muss. Die Entscheidung, von einer Anhörung abzusehen, ist eine verfahrensleitende Entscheidung, die selbst keinen Verwaltungsakt darstellt und demzufolge auch nicht einer gesonderten Mitteilungspflicht und dem Begründungszwang nach § 39 Abs. 1 VwVfG NRW unterliegt. Die Behörden sind jedoch verpflichtet, im Falle eines Absehens von der Anhörung im abschließenden VA (hier also im Bescheid vom 6. 1. 2015) auf die Frage einzugehen, weshalb der Betroffene vorher nicht gehört worden ist. Aus der Begründung müssen sich diejenigen Erwägungen ergeben, auf denen die Ermessensentscheidung beruht, auf eine Anhörung zu verzichten.[3]*

Dieser Verfahrensfehler ist jedoch durch Nachholung der Anhörung **geheilt** worden (§ 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG NRW). Mit Schriftsatz v. 27. 1. 2014 hatte der Beteiligte bzw. sein Anwalt Gelegenheit, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Wenn man hingegen einen zulässigen Verzicht auf die Anhörung annahm, diesen aber für unzureichend mitgeteilt und begründet hält, so führt auch hier die Nachholung zu einer Heilung. Dies kann man mit einem Erst-recht-Schluss begründen: Wenn schon der völlige Verzicht auf eine an sich nötige Anhörung geheilt werden kann, so muss dies erst recht gelten, wenn die Anhörung sogar verzichtbar war.

***Hinweis**: § 46 VwVfG kommt hingegen hier nicht zur Anwendung. Nach dieser Norm kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Bei der Erhebung von Kosten (Gebühren und Auslagen) auf Grundlage von § 77 Abs. 1 VwVG NRW wird der Behörde kein Ermessensspielraum eröffnet. Es handelt sich demnach um eine gebundene Entscheidung mit der Folge, dass die Behörde die Kostenerstattung grundsätzlich verlangen muss.[4] Allerdings kann sich diese Bindung nur auf das „Ob" eines Erstattungsanspruchs beziehen. Sofern mehrere polizeirechtlich Verantwortliche als „Pflichtige" i.S.v. § 77 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW in Betracht kommen, bedarf es nach Vollzug der vorläufig adressatneutralen Zwangsmaßnahme einer Auswahlentscheidung zwischen diesen Personen, die im Ermessen der Behörde steht.[5] Zumindest zu dem Zeitpunkt, als die Abschleppmaßnahme eingeleitet wurde, war der antwortliche Fahrzeugführer der Behörde noch unbekannt, so dass keine Maßnahme gegen einen bestimmten Verantwortlichen erfolgte.[6] In diesem Falle sollte die Bestimmung des Verantwortlichen eigentlich im Rahmen der Kostenentscheidung (sog. Sekundärebene) erfolgen, weshalb zu diesem Zeitpunkt auch eine Anhörung als Ermittlungsmaßnahme regelmäßig erforderlich ist. Man kann allerdings auch die Auffassung vertreten, dass durch die Überlassung des Fahrzeugs an W die noch nicht beendete Vollstreckungsmaßnahme nachträglich gegen ihn gerichtet wurde, so dass eine Bindung sowohl des „Ob", als auch hinsichtlich der Person vorliegt und damit auch § 46 VwVfG anwendbar ist.*

IV. Wenn man von einer grundsätzlichen Verantwortlichkeit auch des ev. Kirchenkreises als Halter des Fahrzeugs ausgeht (vgl. dazu B II.), dann ist der Bescheid insoweit unzureichend begründet, als **keine Erwägungen zur Auswahlentscheidung** zwischen mehreren Verantwortlichen mitgeteilt werden. Ansonsten müsste zumindest mitgeteilt werden, wieso der ev. Kirchenkreis nicht für Vollstreckungskosten verantwortlich sein kann. Dieser Verstoß gegen § 39 Abs. 1 VwVfG ist gem. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG NRW heilbar. Die Heilung ist allerdings noch durch das Schreiben vom 2. 2. 2015 erfolgt, da auf diese Frage dort eingegangen wurde. Ob die (nachgeschobene) Begründung inhaltlich richtig ist (S. z. B. die Möglichkeit der Verantwortlichkeit des Kirchenkreises gem. § 4 Abs. 3 PolG NRW: Geschäftsherr des W), ist unerheblich, weil § 39 VwVfG NRW nur die formelle Seite eines Verwaltungsakts betrifft.

Zwischenergebnis: Der Bescheid ist – ggf. nach Heilung – formell rechtmäßig.

B. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ermächtigungsgrundlage für den Leistungsbescheid findet sich in den §§ 20 Abs. 2 Nr. 7, 15 Abs. 1 lfd. Nr. 7 VO VwVG NRW i. V. mit § 77 Abs. 1 VwVG NRW und 52 Abs. 1 PolG NRW. Die Zahlungspflicht setzt – als ungeschriebene Voraussetzung – eine rechtmäßige Zwangsmaßnahme voraus.[7]

2 So etwa auch *VG Düsseldorf*, Urteil vom 25. Mai 2004 – 17 K 5043/03 –, juris, Rn. 28; vgl. auch *VG Düsseldorf*, Urteil vom 16. Juni 2014 – 14 K 8019/13 –, juris, Rn. 20, wonach die im Rahmen eine Bußgeldverfahrens gem. § 55 OWiG durchgeführte Anhörung nicht die Anhörung zum Kostenbescheid ersetzen kann.

3 *Ritgen* in Knack / Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), 10. Auflage 2014, § 28 Rn. 74 m.w.N.; offen gelassen von *OVG Münster*, Beschluss vom 17. September 2014 – 7 A 798/13 –, juris, Rn. 7 f. für einen Fall des § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW.

4 Vgl. *VG Düsseldorf*, Urteil vom 16. Juni 2014 – 14 K 8019/13 –, juris, Rn. 16.

5 Vgl. *Haurand*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 6. Aufl. 2014, S. 69 ff.

6 Vgl. dazu auch *Haurand*, a.a.O., S. 71.

7 *Tegtmeyer/Vahle*, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 11. Aufl. 2014, § 52 RN 12. Auf die Frage, ob das Abschleppen als Ersatzvornahme, als Sicherstellung, als Kombination aus beidem oder anders einzustufen ist, muss an dieser Stelle nicht eingegangen werden (vgl. dazu *Haurand*, a.a.O., S. 120 ff.), weil der Sachverhalt von einer Ersatzvornahme ausgeht.

I. Rechtmäßige Ersatzvornahme

1. Befugnis zur Zwangsanwendung

a) § 50 Abs. 1 PolG NRW – sog. gestrecktes Verfahren

Als Grundlage für eine rechtmäßige Zwangsmaßnahme kommt § 50 Abs. 1 PolG NRW in Betracht.

aa) Grundverwaltungakt

Dies setzt einen vollsteckbaren (befehlenden) Grundverwaltungakt voraus. Hier kommt das Verkehrszeichen 242.1 aus der Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO (Beginn eines Fußgängerbereichs) in Betracht.

Zeichen 242.1

Dieses Verkehrszeichen regelt in Form einer **Allgemeinverfügung** (§ 35 Satz 2 VwVfG NRW) zunächst nur, dass anderer als Fußgängerverkehr die Fußgängerzone nicht benutzen darf. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG*[8] enthalten derartige Verbotsschilder jedoch zugleich auch die als sog. **Wegfahrgebot** bezeichnete Regelung, dass ein verbotswidrig geparktes Fahrzeug unverzüglich zu entfernen sei.

bb) Vollstreckbarkeit

Der Verwaltungsakt ist vollstreckbar, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

(1) **Unanfechtbarkeit** ist hier nicht feststellbar. Das Verkehrszeichen wird gem. § 43 VwVfG gegenüber demjenigen, für den es bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt **wirksam**, in dem es ihm bekannt gegeben wird. Die **Bekanntgabe** erfolgt nach den bundesrechtlichen (Spezial-)Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung durch Aufstellen des Verkehrsschildes (vgl. insbesondere § 39 Abs. 1 und § 45 Abs. 4 StVO). Sind Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon "mit einem raschen und beiläufigen Blick" erfassen kann, äußern sie ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht.

Hinweis: Damit ist nicht gesagt, dass auch die Anfechtungsfrist gegenüber jedermann bereits mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens in Gang gesetzt wird. Diese Frist wird vielmehr erst dann ausgelöst, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer erstmals der Regelung des Verkehrszeichens gegenübersieht. Jedes andere Verständnis geriete in Konflikt mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, die es verbietet, den Rechtsschutz in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Liefe die Anfechtungsfrist für jedermann schon mit dem Aufstellen des Verkehrsschildes, könnte ein Verkehrsteilnehmer, der erstmals mehr als ein Jahr später mit dem Verkehrszeichen konfrontiert wird, keinen Rechtsschutz erlangen; denn bis zu diesem Zeitpunkt war er an der Einlegung eines Rechtsbehelfs mangels individueller Betroffenheit (§ 42 Abs. 2 VwGO) gehindert, danach würde ihm der Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist entgegengehalten. Dieses Rechtsschutzdefizit wird auch durch die Möglichkeit, ein Wiederaufgreifen des Verfahrens zu beantragen, nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise ausgeglichen, dies schon wegen der besonderen Voraussetzungen, die § 51 VwVfG an einen solchen Rechtsbehelf stellt.[9]

(2) Analog § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO haben **Rechtsmittel gegen Verkehrszeichen jedoch keine aufschiebende Wirkung**. Die für Polizeivollzugsbeamte geltende Regelung ist auf Verkehrszeichen wegen ihrer Funktionsgleichheit entsprechend anwendbar.[10] Somit ist der Grundverwaltungsakt – das Wegfahrgebot – vollziehbar.
(Grund-)Verwaltungsakte werden jedoch nur von der **erlassenden Behörde vollzogen** (§ 56 Abs. 1 VwVG NRW in analoger Anwendung). Dies gilt auch im Verhältnis zur Polizei, die selbst im Falle ihrer Eilkompetenz (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 PolG NRW) zwar für eine andere Behörde, aber auf eigener Rechtsgrundlage tätig wird.[11] Die Polizei kann somit nicht das im Verkehrszeichen enthaltene Wegfahrverbot vollstrecken, weil es sich um eine Anordnung der **Straßenverkehrsbehörde** gem. § 44 StVO handelt.[12]
Ein Vorgehen im gestreckten Verfahren ist daher für die Polizei hier mangels eines Grundverwaltungsakts ausgeschlossen.

b) § 50 Abs. 2 PolG NRW – sog. Sofortvollzug

Voraussetzung für eine rechtmäßige Vollstreckung im Sofortvollzug ist, dass die Maßnahme zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Polizei hierbei im Rahmen ihrer Befugnisse handelt.

aa) Handeln im Rahmen der Befugnisse – fiktiver Verwaltungsakt

Die Polizei hat im Rahmen ihrer Befugnisse gehandelt, wenn sie auch berechtigt gewesen wäre, einen **entsprechenden Grundverwaltungsakt** zu erlassen.

(1) In formeller Hinsicht kommt es allein, darauf an, dass die Behörde zum Erlass eines solchen Verwaltungsakts zuständig ist. § 44 Abs. 2 Satz 1 StVO begründet die Zuständigkeit der Polizei zur Verkehrsregelung durch Zeichen und Weisungen. Dies begründet insbesondere die Zuständigkeit zur Regelung von konkreten Verkehrssituationen durch Verwaltungsakt, in Abgrenzung/Ergänzung zur Zuständig-

8 Vgl. *Haurand*, a.a.O., S. 120 f. m.w.N.; zum Verhältnis zwischen Straßen- und Straßenverkehrsrecht bei Fußgängerzonen vgl. *Webser*, DVP 2014, S. 97, Fn. 22 m.w.N.

9 *BVerwG*, Urteil vom 23. September 2010 – 3 C 37/09 –, BVerwGE 138, 21-35, juris, Rn. 15 f.

10 So bereits *BVerwG*, NJW 1978 S. 656

11 *Haurand*, a.a.O., S. 32 m.w.N.

12 So auch *Webser*, a.a.O., S. 98.

keit der Straßenverkehrsbehörden zur Regelung des Straßenverkehrs durch Verkehrszeichen als Allgemeinverfügungen. Die Zuständigkeit des Oberbürgermeisters von Beilfeld als örtliche Ordnungsbehörde zur Überwachung des ruhenden Straßenverkehrs aus § 48 Abs. 2 Satz 1 OBG NRW wird „unbeschadet der Zuständigkeit der Polizeibehörden" begründet und verdrängt somit nicht die Zuständigkeit der Polizei nach der StVO. Auch wenn man eine (vorrangige) Zuständigkeit der örtlichen Ordnungsbehörde auf dieser Grundlage[13] oder aus §§ 1, 3, 4 und 5 OBG begründet, so liegt hier mangels kurzfristiger Erreichbarkeit der Behörde eine (Eil)Zuständigkeit der Polizei gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 PolG NRW vor. Wäre W als Fahrzeugführer somit anwesend und ansprechbar gewesen, so wäre die Polizei auch zuständig gewesen, ihn mittels eines Verwaltungsakts zur Entfernung des Fahrzeugs aufzufordern. Daran ändert auch die bereits vorhandene Wegfahr-Verfügung im Verkehrszeichen nichts[14], weil dieser Titel nicht mit der nötigen Zeitnähe durch die Straßenverkehrsbehörde vollstreckt werden konnte. Ein vorhandener Grundverwaltungsakt steht weder einem Wechsel in den Sofortvollzug durch die erlassende Behörde, noch einer polizeilichen Eilmaßnahme entgegen, sofern dies notwendig ist (s. u. bb).

(2) Als **Ermächtigungsgrundlage** für diese Aufforderung kommt § 8 Abs. 1 PolG NRW in Betracht; auch § 36 Abs. 1 Satz 1 StVO kann herangezogen werden. § 8 Abs. 1 PolG NRW setzt eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraus; eine Weisung nach § 36 Abs. 1 Satz 1 StVO ist möglich, wenn es um Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs als Schutzgüter des Straßenverkehrsrechts geht. Eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** ist u.a. gegeben, wenn **Rechtsnormen** verletzt werden. Das Parken in einer durch Zeichen 242.1 ausgewiesenen Fußgängerzone verstößt gegen das Benutzungsverbot für anderen als Fußgängerverkehr und somit gegen § 41 Abs. 1 i.V. mit Anlage 2 StVO. Die StVO ist als Rechtsverordnung ein Gesetz im materiellen Sinne und gehört daher zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit.[15]
Des Weiteren liegt auch eine Gefahr für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs vor, weil die Beachtung der Verkehrszeichen Bestandteil der Sicherheit des Verkehrs ist. Auch die Leichtigkeit des Verkehrs war betroffen, da Rettungswagen diese Stelle nicht mehr passieren konnten. Dass dies für Fußgänger noch möglich war, ist somit nicht maßgeblich.

bb) Gegenwärtige Gefahr und Notwendigkeit des Sofortvollzugs

Eine **gegenwärtige Gefahr** liegt vor, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder wenn diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit bevorsteht.[16]
Die bereits im Rahmen des hypothetischen Verwaltungsakts geprüfte Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist in diesem Sinne auch gegenwärtig, weil der Verstoß gegen die StVO andauert und auch die Störung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs andauert, solange das Fahrzeug dort steht.

Da weder eine Vollstreckung des Wegfahrgebots durch die Straßenverkehrsbehörde noch eine Aufforderung des (abwesenden) Fahrzeugführer eine schnelle Gefahrenabwehr gewährleisten können, ist eine **Maßnahme im Sofortvollzug auch notwendig**. Insbesondere war es nicht nötig, erst in der Umgebung nach dem Fahrzeugführer zu suchen, um ihn im gestreckten Verfahren zum Wegfahren des Fahrzeugs aufzufordern. Auch eine Ermittlung des Fahrzeughalters (mit Hilfe des Kennzeichens) und dessen Aufforderung zur Entfernung des Fahrzeugs versprach nicht eine gleich schnelle, sichere Beseitigung der Störung. Bei einer – bezogen auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Verstoßes – zeitnahen Abschleppmaßnahme ist eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (nur) dann in Betracht zu ziehen, wenn der Führer des Fahrzeugs ohne Schwierigkeiten und ohne Verzögerung festgestellt und zur Beseitigung des verbotswidrigen Parkens veranlasst werden kann.[17]

2. Anwendung des Zwangsmittels

Auch die Anwendung des Zwangsmittels muss rechtmäßig sein, insbesondere unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit und des Ermessens.
Die Vollstreckungsmaßnahme war **geeignet**, da auf diese Weise das den Rettungsweg blockierende Fahrzeug beseitigt werden konnte. Sie war auch **erforderlich**, weil ein milderes Mittel nicht einen gleichwertigen Erfolg versprach. Die Maßnahme ist auch sofort abgebrochen worden, als der Fahrzeugführer zurückkam und bereit war, das Fahrzeug selbst zu entfernen. Eine weitergehende Zwangsmaßnahme hätte dem Grundsatz widersprochen, dass das Ziel aller Zwangsmaßnahmen nicht (nur) die Durchsetzung der Regelung des zugrundeliegenden Verwaltungsakts ist, sondern auch (und vorrangig) dessen Befolgung durch den Pflichtigen. Deshalb muss die Zwangsanwendung beendet, wenn sein Ziel erreicht ist. Dieses Prinzip gilt auch bei Maßnahmen im Sofortvollzug.[18] Alle bis zu diesem Zeitpunkt eingeleiteten Maßnahmen (hier: Auftrag an das Abschleppunternehmen) sind aber grundsätzlich geeignet und erforderlich.
Letztlich war die Zwangsmaßnahme auch **angemessen**, da wegen des Versperrens der freien Zufahrt für Rettungsfahrzeuge eine besondere Intensität der Störung vorlag. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ist es zwar unverhältnismäßig, einen bloßen Verstoß etwa gegen das Verbot des Gehweg-Parkens oder allein die Vorbildwirkung des fehlerhaften Verhaltens, also ausschließlich generalpräventive Erwägungen, zum Anlass für Abschleppmaßnahmen zu nehmen; andererseits ist es aber nicht zweifelhaft, dass verbotswidrig abgestellte Fahrzeuge regelmäßig abgeschleppt werden dürfen, wenn sie andere Verkehrsteilnehmer behindern. Dies gilt etwa beim Verstellen des gesamten Bürgersteigs oder einem Hineinragen des Fahrzeugs in die Fahrbahn, bei Funktionsbeeinträchtigungen einer Fußgängerzone oder beim verbotswidrigen Parken auf einem Schwerbehinderten-Parkplatz, in Feuerwehranfahrzonen oder auch bei einem Abschleppen zur Verhinderung von Straftaten.[19]
Auch **Ermessensfehler** bei der Entscheidung, das Fahrzeug abschleppen zu lassen, sind nicht erkennbar. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor, weil das Aufstellen der Verkaufswagen im Fußgängerbereich genehmigt worden

13 Vgl. Nr. 48.23 Satz 1 VV OBG NRW: „Die Überwachungszuständigkeit für den ruhenden Straßenverkehr umfasst auch die Befugnis zum Abschleppen bzw. Versetzen eines Kraftfahrzeugs aus Gründen der Gefahrenabwehr."
14 A.A. anscheinend *Wehser*, a.a.O., S. 99.
15 *Haurand*, a.a.O., S. 37.
16 Vgl. Nr. 19.11 VV OBG NRW.
17 *BVerwG*, Urteil vom 09. April 2014 – 3 C 5/13 –, BVerwGE 149, 254-265, juris, Rn. 16.
18 Vgl. dazu bereits A, I zur Existenz einer Zwangsmaßnahme.
19 *BVerwG*, a.a.O., Rn. 12.

war. Die Sachverhalte sind deshalb – entgegen der Ansicht des Klägers – nicht vergleichbar.

Zwischenergebnis: Die Ersatzvornahme ist rechtmäßig.

II. Inanspruchnahme des richtigen Adressaten

Der Leistungsbescheid muss sich an eine „pflichtige", also verantwortliche Person richten. Diese kann bereits in einem Grundverwaltungsakt bestimmt werden, so dass ich dann auch die anschließende Zwangsmaßnahme nur noch an sie wenden kann. Falls man das Wegfahrgebot als Grundverwaltungsakt ansähe, könnte sich die Zwangsmaßnahme nur an W richten, da nur er als Fahrzeugführer Adressat dieser Regelung war und von ihr Kenntnis nehmen konnte. Wie ausgeführt, kann eine Maßnahme der Polizei aber nicht an dieses Gebot anknüpfen und es vollziehen. Die Polizei handelt hier im Sofortvollzug, der sich zunächst gegen keinen konkreten Adressaten richtet; die Maßnahme ist daher **adressatneutral**. Eine Auswahl als Störer erfolgte auch nicht in dem Augenblick, als W zum Fahrzeug zurückkam, denn zu diesem Zeitpunkt wurde die Zwangsmaßnahme abgebrochen, um einem Pflichtigen Gelegenheit zu geben, die Gefahr für die öffentliche Sicherheit selbst zu beseitigen. Erst im Rahmen der Kostenentscheidung wird auf der sog. Sekundärebene nunmehr geprüft, wem die Kosten auferlegt werden. Neben W als Verhaltensstörer gem. § 4 Abs. 1 PolG NRW – durch das rechtswidrige Abstellen des Fahrzeugs in der Fußgängerzone – kommt auch der Kirchenkreis als Störer in Frage. Als Grundlage kann man § 4 Abs. 3 PolG NRW heranziehen, wonach bei Verursachung einer Gefahr durch einen Verrichtungsgehilfen auch der Geschäftsherr als Verantwortlicher Adressat von Maßnahmen sein kann. Entscheidend ist, dass die Gefahr bei Ausführung der Verrichtung verursacht wurde, und dass der Geschäftsherr Weisungen zur Ausführung der Verrichtung erteilen kann und erteilt hat. Beim Fahrer eines Kurierdienstes ist dies regelmäßig der Fall.[20] Hinzu kommt eine Verantwortlichkeit des ev. Kirchenkreises als Halter des Fahrzeugs (§ 5 Abs. 2 Satz 1 PolG NRW). Auf Verschulden kommt es in beiden Fällen nicht an; auch eine Entlastung des Geschäftsherrn durch eine sorgfältige Auswahl und Leitung des Verrichtungsgehilfen entsprechend den Grundsätzen aus § 831 BGB (dem § 4 Abs. 3 PolG NRW nachgebildet ist) kommt nicht in Betracht, weil Verschulden im Rahmen der Verantwortlichkeit zur Gefahrenabwehr keine Voraussetzung ist.[21]
Bei mehreren Pflichtigen besteht ein **Auswahlermessen** der Behörde. Dieses unterscheidet sich von der Störerauswahl im Rahmen der Gefahrenabwehr, weil das Ziel zu diesem Zeitpunkt nicht mehr die effektive Gefahrenabwehr, sondern die möglichst gerechte Zuweisung der Kostenlast ist.[22] In diesem Rahmen kann auch das Verschulden des Handelnden berücksichtigt werden, bei höheren Beträgen aber z.B. auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.
Fraglich ist hier zunächst, ob der Kirchenkreis überhaupt für Kosten einer Vollstreckungsmaßnahme herangezogen werden kann. Da die evangelische Kirche in Deutschland eine **Körperschaft des öffentlichen Rechts** ist (Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 Abs. 5 WRV), kann man analog § 76 VwVG NRW Zwangsmittel und damit auch eine Kostentragungspflicht für diese bereits für unzulässig halten. Nach dieser Auffassung scheidet die Inanspruchnahme des Kirchenkreises von vornherein aus. Die Anwendung dieser Norm auf die Kirchen ist allerdings streitig.[23]
Es erscheint vertretbar, im Ra**hmen des Straßenverkehrs** keine Vorrechte von Behördenfahrzeugen anzunehmen, soweit sie nicht ausdrücklich auf die Regelung über Sonderrechte gem. § 35 StVO gestützt werden. Dafür spricht auch die Tatsache, dass außer bei besonderen Einsatzfahrzeugen die Zugehörigkeit zum Fuhrpark einer Behörde oder ähnlichen Organisationen zumeist nicht erkennbar ist, so dass eine Abschleppmaßnahme auch gegen Behördenbedienstete und damit mittelbar auch gegen Hoheitsträger erfolgen kann.[24]
Sofern man eine Kostenpflicht des Kirchenkreises nicht generell ausschließt, darf die Auswahl des W keine Ermessenfehler aufweisen. Die Inanspruchnahme des W ist sachgerecht, weil ihn als **Verhaltensstörer** ein Verschulden an der Verursachung der Gefahr trifft. Der Verstoß gegen die StVO war ihm nicht durch den Kirchenkreis als Geschäftsherrn aufgetragen worden, so dass diesen auch kein Mitverschulden trifft. Anders als bei der Störerauswahl auf der Primärebene, die vorrangig vom Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr geleitet wird, kann auf der Sekundärebene auch das Verschulden herangezogen werden, um eine gerechte Kostenverteilung zu gewährleisten.[25]
Im Ergebnis ist daher nach beiden Auffassungen die Heranziehung des W zu den Abschleppkosten als rechtmäßig einzustufen.

III. Zur Höhe der Kosten

Der Pflichtige hat zum einen die **Auslagen** zu ersetzen (§ 20 Abs. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW), d.h. hier die von einem Beauftragten (hier: Fa. Holländer) in Rechnung gestellten Kosten. Darüber hinaus können für das Abschleppen eines zugelassenen Fahrzeuges **Verwaltungsgebühren** erhoben werden (§ 15 Abs. 1 lfd. Nr. 7 VO VwVG NRW). Unerheblich ist, dass es letztlich nicht zum Abschleppen gekommen ist, weil die Gebührenschuld bereits mit dem Beginn der Zwangsanwendung entsteht (§ 15 Abs. 2). Das ist hier die Beauftragung der Firma Holländer.

Ergebnis: Der Leistungsbescheid ist rechtmäßig.

Zweiter Teil: Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und auch keine Zuweisung zu einem anderen Gerichtszweig erfolgt ist. Da die s**treitentscheidenden Normen** (VwVG NRW, VO VwVG NRW, PolG NRW, StVO) dem öffentlichen Recht zugehören, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegt nur vor, wenn der

20 Vgl. *Tegtmeyer/Vahle,* Polizeigesetz NRW, 11. Aufl. 2014, § 4 Rn. 20.
21 *Tegtmeyer/Vahle* , a.a.O.
22 Vgl. *Haurand*, a.a.O., S. 96, 172.
23 Gegen einen Vollstreckungsschutz *App/Wettlaufer,* Praxishandbuch Vollstreckungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 39 Rn. 7 m.w.N., dafür *Hofmann* in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage 2014, Art. 140 Rn. 19, zu § 17 VwVG des Bundes, dem § 76 VwVG NRW entspricht. Vgl. auch *Sadler,* VwVG, 7. Aufl. 2009, Rn. 28 zu Eilmaßnahmen bei Gefahrverursachung durch andere Behörden; *Wilhelm*, DVP 2012 S. 143, 144 zur Differenzierung zwischen der Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts und der Befugnis zu Zwangsmaßnahmen.
24 Vgl. *App/Wettlaufer,* a.a.O., Rn. 4.
25 *Haurand*, a.a.O., S. 171 f.

unmittelbare Kern der Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art ist, d.h. dass sowohl die Streitsubjekte als auch der Streitgegenstand dem Verfassungsrecht zugeordnet werden müssen (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).[26]
Das ist hier nicht der Fall. Sonderzuweisungen sind nicht erkennbar.

II. Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Dieser strebt die Aufhebung des Leistungsbescheides vom 6. 1. 2015 an, also die Aufhebung eines Verwaltungsaktes. Dafür steht die **Anfechtungsklage** (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO) zur Verfügung.

II. Vorverfahren

Ein Vorverfahgem. § 68 VwGO ist **nicht erforderlich**, weil das Land NRW bis auf wenige Ausnahmen das Vorverfahren abgeschafft hat (§ 110 Abs. 1 Satz 1 JustizG NRW).

III. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis des W setzt voraus, dass er geltend machen kann, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO). Als **Adressat** eines eingreifenden Verwaltungsaktes (Eingriff durch Regelung einer Zahlungspflicht) kann W dies geltend machen.[27]

IV. Rechtzeitige Klageerhebung

Die Anfechtungsklage muss innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden (§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Die Frist hat sich auch nicht gem. § 58 Abs. 2 VwGO verlängert, denn die **Rechtsbehelfsbelehrung** ist – trotz ihrer knappen Angaben – **ordnungsgemäß** erfolgt. Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung nur dann, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Mindestangaben nicht enthält oder wenn diesen Angaben ein unzutreffender oder irreführender Zusatz beigefügt ist, der sich generell eignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren. Insbesondere gehört die Belehrung über die **Form** der Klage (§81 Abs. 1 VwGO: schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle) nicht zum gem. § 58 Abs. 1 VwGO zwingenden Inhalt der Belehrung.[28]
Auch die Belehrung über den **Fristbeginn** durch „Bekanntgabe" statt des Hinweises auf die (tatsächlich erfolgte) Zustellung macht die Belehrung nicht unrichtig. Die „Bekanntgabe", die den Fristenlauf auslöst, besteht gerade in der Zustellung. Einer genaueren Bezeichnung des die Klagefrist in Lauf setzenden Ereignisses bedarf es in einem solchen Falle ebenso wenig, wie bei einer Zustellung mittels eingeschriebenen Briefes (§ 4 LZG NRW) auf die mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post eintretende Zustellungsfiktion hingewiesen werden muss. Die Belehrung, die Klagefrist beginne mit Bekanntgabe (statt Zustellung) Bescheides zu laufen, kann keinen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Klageerhebung erschweren, wenn der Bescheid dem Adressaten – wie es hier geschehen ist – im Wege der Zustellung mit Postzustellungsurkunde bekanntgegeben worden ist. Denn bei dieser Zustellungsart ist die Zustellung auch aus der Sicht des Empfängers stets zugleich die Bekanntgabe. Daran kann ein Zustellungsempfänger bei vernünftiger Überlegung nicht zweifeln.[29]
Der Leistungsbescheid wurde W am 8. 1. 2015 zugestellt. Auf diesen Zeitpunkt ist für die Fristberechnung abzustellen. Daran ändert auch das Schreiben des Polizeipräsidiums Beilfeld vom 2. 2. 2015 nichts. Darin werden lediglich – entsprechend dem Hinweis im Bescheid vom 6. 1. 2015 – Erläuterungen nachgeschoben. Eine nachträglich gelieferte Begründung ist nicht einem erneuten Bescheid („Zweitbescheid") gleichzustellen, der ggf. den Lauf einer neuen Frist auslösen würde.
Die Berechnung der Frist erfolgt gem. §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO nach den Vorschriften des BGB. Es handelt sich um eine Frist, die durch ein Ereignis ausgelöst wird (die Zustellung des Leistungsbescheides), also um einen Fall des § 187 Abs. 1 BGB. Dazu regelt § 188 Abs. 2 1. Alt. BGB, dass die Frist mit dem Tage endet, welcher durch seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, hier also am 8. 2. 2015. Weil dieser Tag ein Sonntag ist, endet die Frist gem. § 222 Abs. 2 ZPO mit Ablauf des **nächsten Werktages**, also am 9. 2. 2015, 24.00 Uhr. Die Klageerhebung am 10. 2. 2015 war somit verspätet.
Hier könnte jedoch ein Anspruch auf **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gem. § 60 VwGO bestehen. Nach dieser Vorschrift ist auf Antrag Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Ein (persönliches) Verschulden des W ist nicht erkennbar. In Betracht kommt jedoch eine Zurechnung des Vertreter-Verschuldens (§ 173 VwGO i. V. mit § 85 ZPO). Auch dem Rechtsanwalt fällt ein eigenes Verschulden nicht zur Last. Allenfalls das Verhalten der K könnte einen Sorgfaltsmangel darstellen. K ist jedoch nicht Bevollmächtigte des W sondern, „nur" Mitarbeiterin des Anwalts. Ein evtl. Verschulden der K wird W mithin nicht zugerechnet. Somit ist W Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Ergebnis: Die Klage ist zulässig.

Dritter Teil: Klageerwiderung:

Polizeipräsidium Beilfeld

An das
Verwaltungsgericht Beilfeld

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn Walter Weber ./. Land Nordrhein-Westfalen[30]

Az.: …….

wird beantragt werden,

die Klage abzuweisen.

I. A.
Unterschrift

26 *Kugele*, VwGO, § 40 Rn. 30.
27 Vgl. *Vahle*, DVP 2012 S. 134, 138.
28 *BVerwGE* 57, 188, 190; a.A. *Kopp*, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 58 Rn. 10.
29 *BVerwG*, Urteil vom 27. April 1990 – 8 C 70/88 –, juris, Rn. 18.
30 Vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Udo Kunze*

Leistungsanspruch aus einem städtebaulichen Vertrag

Schwerpunkt: Verwaltungsvertragsrecht

Sachverhalt[1]

Zwischen der kreisfreien Stadt O und dem Investor I wurde ein städtebaulicher Vertrag gem. § 11 I 1 BauGB geschlossen, und zwar mit folgendem auszugsweise wiedergegebenen Inhalt:

„§ 1 Gegenstand des Vertrages

(1) Grundlage dieses Vertrages ist der Entwurf des Bebauungsplanes „Einkaufszentrum" der Stadt O nach dem Planungsstand vom heutigen Tag.
(2) Die Vertragsparteien sind an einem umgehenden Inkrafttreten des vorgenannten Bebauungsplanes interessiert. Den Parteien ist bekannt, dass zu keinem Zeitpunkt durch die Stadt bestimmte Festsetzungen des Bebauungsplanes oder überhaupt das Zustandekommen dieses Bebauungsplanes vertraglich zugesichert werden können.
(3) Dieser Vertrag begründet keinen Anspruch auf den Erlass einer Satzung nach § 10 BauGB.

§ 2 Verwirklichung der Planung

(1) Der Investor verpflichtet sich zur Erstellung:
– eines Einzelhandelsbetriebes mit Parkplätzen,
– von externen Ausgleichsflächen,
– sämtlicher Lärmschutzmaßnahmen, wie sie sich aus dem Bebauungsplan ergeben,
– sämtlicher Erschließungsmaßnahmen nach den als Anlage beigefügten Plänen, die Bestandteil dieses Vertrages werden.
(2) Der Investor trägt die nachfolgenden Planungs- und Gutachterkosten in Verbindung mit dem Bebauungsplan und der anschließenden Umsetzung dieser Planung bis max. 60.000,00 €.
(3) Der Investor verpflichtet sich, die Kosten jeweils unverzüglich nach Vorlage entsprechender Zahlungsaufforderungen unter Vorlage der Belege zu bezahlen.

§ 11 Haftung/Freistellung

(1) Sollte der Bebauungsplan ganz oder teilweise unwirksam sein oder sollte der Stadt im Zusammenhang mit dem Bebauungsplan eine Amtspflichtverletzung unterlaufen sein, ist jede Haftung ausgeschlossen, es sei denn, die Stadt hat vorsätzlich gehandelt."

Von Seiten der Stadt wurde der Vertrag vom Leiter des Fachbereichs Städtebau unterzeichnet.

Der Bebauungsplan konnte aus naturschutzrechtlichen Gründen nicht in Kraft treten. Damit war die beabsichtigte Schaffung des Planungsrechts als Voraussetzung für die Errichtung eines Einkaufszentrums gescheitert.

Der Investor wurde aufgefordert, die zugesicherten und nachgewiesenen Planungs- und Gutachterkosten, die bis dahin entstanden waren, in Höhe von 60.000,00 € zu erstatten.

<u>**Aufgabe:**</u> Fertigen Sie ein Gutachten zum Anspruch der Stadt O auf Zahlung der Planungskosten gegenüber dem Investor!

Prüfschema für einen Leistungsanspruch aus einem Verwaltungsvertrag[2] (VwV) nach dem VwVfG (BGB stets i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG)

A) Bestimmung des Arbeitsziels

1. Wer will (erstes Rechtssubjekt)
2. von wem (zweites Rechtssubjekt)
3. was? (konkreter Anspruch/Rechtsfolge)

B) VwV als wirksame Rechts- bzw. Anspruchsgrundlage

1. Anwendungsbereich des VwVfG
- **1. § 1 I VwVfG i.V.m. NVwVfG**
  - 1.1 öffentlich-rechtliche (öf-r)
  - 1.2 Verwaltungstätigkeit
  - 1.3 einer Behörde (§ 1 IV VwVfG)
- **2. § 2 VwVfG: Ausnahmen**
  - 2.1 AO
  - 2.2 StPO/OWiG
  - 2.3 SGB
  - 2.4 Leistungs-, Eignungs- und ähnliche Prüfungen
  - 2.5 weitere Ausnahmen s. § 2 VwVfG

2. rechtswirksames Zustandekommen des Vertrages
- 2.1 empfangsbedürftige, übereinstimmende (korrespondierende) Willenserklärung (§§ 145 ff. BGB)
  - 2.1.1 Angebot
  - 2.1.2 Annahme
  - 2.1.3 gegebenenfalls Auslegung zur Abgrenzung zum
    - 2.1.3.1 mitwirkungsbedürftigen VA

* *Udo Kunze* ist Städt. Direktor, Leiter des Fachbereichs Integration, Soziales und Bürgerengagement der Stadt Osnabrück, nebenamtl. Fachlehrer beim Nds. Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V., Lehrbeauftragter der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Nds. sowie der Hochschule Osnabrück.

1 Komprimierter Sachverhalt in Anlehnung an das Urteil des VG Neustadt v. 20. Febr. 2014 – 4 K 697/13 NW

2 Der hier verwendete Begriff des VwV ist der exaktere gegenüber dem des öf-r Vertrages, weil europa-, staats- und kirchenrechtliche Verträge ebenfalls öf-r Verträge sind, jedoch nicht unter den Anwendungsbereich des VwVfG fallen (*Maurer,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., § 14 Rn 7)

2.1.3.2 zur Zusicherung/Zusage (§38 VwVfG)
2.1.3.3 zum informellen Verwaltungshandeln, also ohne Rechtsbindungswille

3. Zulässigkeit des VwV (§ 54 S. 1 VwVfG)
3.1 Rechtsverhältnis
3.1.1 konkreter Sachverhalt
3.1.2. zur Anwendung kommende Rechtsnormen
3.1.3 Rechtsbeziehungen durch Rechte und Pflichten
3.2 öffentliches Recht
3.2.1 Regelungsgegenstand des Vertrages
3.2.2 Zweck des Vertrages
3.3 Rechtsverhältnis wird
3.3.1. begründet
3.3.2 geändert oder
3.3.3 aufgehoben

4. formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen
4.1 Zuständigkeit der handelnden Behörde (§59 II Nr. 1 i.V.m. § 44 VwVfG)
4.1.1 sachliche
4.1.2 örtliche
4.2 Schriftform (§ 57 VwVfG)
4.2.1 Grundsatz der Urkundeneinheit mit Unterzeichnung durch alle Vertragspartner
4.2.2 Übermittlung mit Unterschrift durch Telefax ausreichend
4.2.3 in elektronischer Form (§3a VwVfG)
4.2.4 ausnahmsweise Vertragserklärungen durch Schriftwechsel ausreichend, wenn Erklärungsbewusstsein und Bindungswille erkennbar sind
4.2.5 bei Formmangel: Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben
4.3 Zustimmung zu Beteiligender (§58 VwVfG)
4.3.1 eines Dritten, in dessen Rechts eingegriffen wird
4.3.2 einer Behörde, die nach einer Rechtsvorschrift zu beteiligen ist
4.4 Handlungsfähigkeit (§ 12 VwVfG) und Vertretungsmacht
4.4.1 der Verwaltung (§ 12 I Nr. 4 VwVfG)
4.4.1.1 Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 86 IV NKomVG)
4.4.1.2 außerhalb von Geschäften der laufenden Verwaltung (§86 II NKomVG)
4.4.2 des privaten Vertragspartners (§ 12 I Nr. 1 bis 3 VwVfG)
4.4.2.1 Vertretung und Vollmacht (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 164 ff. BGB
4.4.2.2 Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 177 ff. BGB

5. kein Vertragsformverbot
5.1 durch Spezialgesetze
5.2 als Austauschverträge in der gebundenen Entscheidung nur, wenn Gegenstand des Vertrages Inhalt einer Nebenbestimmung sein darf

6. materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen
6.1 spezialgesetzlich geregelte Vertragsinhalte – keine Nichtigkeit gem. § 59 II Nr. 1 oder § 59 I VwVfG
6.2 keine Nichtigkeitsgründe für subordinationsrechtliche VwV (§ 59 II VwVfG)
6.3 keine Nichtigkeitsgründe in Anwendung des BGB (§ 59 I VwVfG)
6.3.1 § 134 BGB Verstoß gegen gesetzliches Verbot bei qualifizierter Rechtsverletzung
6.3.2 § 138 BGB Sittenwidrigkeit
6.3.3. § 116 BGB geheimer Vorbehalt
6.3.4 § 117 BGB Scheingeschäft
6.3.5 § 118 BGB mangelnde Ernstlichkeit
6.3.6 §§ 119 ff. BGB Anfechtung
6.3.6.1 Inhaltsirrtum (§ 119 I 1. Fall BGB)
6.3.6.2 Erklärungsirrtum (§ 119 I 2. Fall BGB)
6.3.6.3 Eigenschaftsirrtum (§ 119 II BGB)
6.3.6.4 Übermittlungsirrtum (§ 120 BGB)
6.3.6.5 arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB)
6.4 § 158 I BGB aufschiebende Bedingung
6.4.1 führt zur schwebenden Unwirksamkeit bis zum Eintritt des Ereignisses
6.4.2 führt zur Rechtsunwirksamkeit, wenn das Ereignis nicht mehr eintreten kann

C) Anspruch entstanden (Anspruchsgrundlage)

1. vertragliche Leistungsansprüche
1.1 Primärleistungspflichten
1.1.1 Erfüllungsansprüche aus dem Vertrag unmittelbar aus § 241 I BGB
1.1.2 Erfüllungsansprüche z.B. aus §§ 433, 535, 611, 631 BGB
1.1.3 Nacherfüllungsansprüche aus §§ 437 Nr. 1, 634 Nr. 1 BGB
1.2 Sekundärleistungsansprüche auf Grund von Pflichtverletzungen
1.2.1 Pflichtverletzung vor Vertragsabschluss (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB)
1.2.2 Pflichtverletzung aus dem Schuldverhältnis (§ 280 I BGB)
1.2.3 leistungsbezogene Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, 282, 241 II BGB)
1.2.4 anfängliche Unmöglichkeit (§§ 311a II, 275 IV BGB)
1.2.5 nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 280 I, II, 283, 275 IV BGB)
1.2.6 Schuldnerverzug (§§ 280 I, 281 I 1 BGB)
1.2.7 Gewährleistung (§§ 437 Nr. 3, 1. Alt., 536a, 634 Nr. 4, 1. Alt. BGB)

2. gesetzliche Ansprüche
2.1 des Eigentümers auf Herausgabe der Sache (§ 985 BGB)
2.2 auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 823 I, II BGB)
2.3 auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB iVm Art. 34 GG)

D) Anspruch untergegangen

1. Erfüllung (§ 362 BGB)

2. Aufrechnung (§ 389 BGB)
3. Erlassvertrag (§ 397 BGB)
4. Abtretung (§ 398 BGB)
5. Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 275, 281 IV, 282 BGB)
   5.1 bei anfänglicher Unmöglichkeit (§§ 311a, 245 IV BGB)
   5.2 bei nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 I, II, 283, 275 IV BGB)
   5.3 bei grob unverhältnismäßigem Aufwand (§ 275 II BGB)
   5.4 bei Unzumutbarkeit höchstpersönlicher Leistungen (§ 275 III BGB)
   5.5 bei Leistungsverzögerung (§ 281 BGB)
   5.6 bei Schutzpflichtverletzungen (§ 282 BGB)
6. Rücktrittsrecht (§ 346 BGB)
7. auflösende Bedingung (§ 158 II BGB)
8. Ausübung des Widerrufsvorbehalts
9. durch Anpassungsverlangen (§ 60 I 1 Alt.1 VwVfG)
   9.1 Anpassungsvertrag
   9.2 einseitige Verzichtserklärung
10. durch Kündigung (§ 60 I 1 Alt. 2 sowie S. 2 VwVfG)

E) Anspruch auf Rückgewähr bei erbrachter Leistung

öf-r Erstattungsanspruch (teilweise analoge Anwendung §§ 812 ff. BGB)

F) Anspruch durchsetzbar (rechtshemmende Gründe)

1. keine Einreden
   1.1 Verjährung (§ 214 BGB)
   1.2 Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB)
   1.3 Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB)
2. kein Entgegenstehen von Treu und Glauben (§ 242 BGB)

G) Ergebnis

1. Anspruch begründet/teilbegründet/unbegründet
2. Entscheidungsvorschlag
   2.1 Leistungsklage
   2.2 Zurückweisung des Anspruchs durch Schriftsatz
   2.3 Klageerwiderung zur bereits eingereichten Leistungsklage
   2.4 sofortige Vollstreckung bei Unterwerfung gem. § 61 VwVfG

Vorbemerkungen zum Gutachten

In Abweichung von der ansonsten üblichen Abfassung eines Gutachtens soll nachfolgend nicht nur auf die problemrelevanten Prüfelemente eingegangen werden, sondern umfassender auf alle fallbezogenen Fragestellungen, die sich aus dem Geltungsbereich des Verwaltungsvertragsrechts ergeben könnten. Die Erwartungen an die nachfolgende Lösung sind also auf das Erstellen einer Haus- oder Seminararbeit ausgerichtet, die ausgehend von einer „Klausurlösung" die Gliederung anhand von Kommentaren verfeinert und umfassender das Thema wissenschaftlich abhandelt.[3] Damit wird zugleich das didaktische Konzept dieses Beitrages verfolgt, in die Tiefe des komplexen und zum Teil noch strittigen Rechtsgebietes themenzentriert einzudringen. Wissenszuwachs und bleibender Lernerfolg sollen durch einen Ankerfall gesichert werden, an dem sich Struktur und Methodik praxisorientiert festmachen lassen.

Noch darüber hinausgehende ergänzende Hinweise zur Vermittlung der wissenschaftlichen Arbeitsweise werden zur Kennzeichnung, dass diese außerhalb des Gutachtens stehen, *kursiv* dargestellt. Neben dem Prüfschema wird die Vier-Schritt-Methode zum Subsumtionsvorgang ebenso beachtlich sein, wie die Beschreibung einer oft vernachlässigten Rechtsnormanalyse und damit einhergehend der Aufbau eines Rechtssatzes einschließlich Normsystematik. Wer dies verinnerlicht, hat das Rüstzeug für einen qualifizierten Rechtsanwender.

Gutachten

Die Stadt O hat gegenüber dem Investor einen Anspruch auf Erstattung der Planungskosten, wenn eine Anspruchsgrundlage vorhanden, der Anspruch entstanden und nicht untergegangen ist.

Dieser Obersatz als Prämisse stellt die Eingangshypothese auf, nach der die Voraussetzungen beschrieben werden, die erfüllt sein müssen, um die Fallfrage am Ende des Gutachtens zu beantworten. Der erste Schritt ist der „wenn-dann-Satz" als Ausgangspunkt einer Lösung.

Ein Arbeitsziel im Sinne „wer will was von wem" muss hier nicht erst aus dem Sachverhalt herausgearbeitet werden, weil die Aufgabenstellung dieses klar definiert. Das wäre anders, wenn die Aufgabe lauten würde: Fertigen Sie ein Rechtsgutachten! Dann müsste diese Anspruchssituation aus dem Sachverhalt erst entwickelt werden.

Der Obersatz ist aus guten Gründen (noch) sehr allgemein gehalten, weil sich die Konkretisierung erst im Laufe des Gutachtens ergibt. Eine gleich zu Beginn ins Detail gehende Prämisse würde zu „kopflastig" sein und den Blick für eine überschaubare Struktur versperren.
Daraus leitet sich die Verpflichtung ab, eine weitere Hypothese (Annahme) voranzustellen:

Anspruchs- bzw. Rechtsgrundlage könnte der zwischen O und I abgeschlossene Vertrag sein, wenn dieser rechtswirksam zustande gekommen ist. [4] Das VG Neustadt[5] spricht sogar von einer „ausreichenden Ermächtigungsgrundlage für den Zahlungsanspruch".

Der logische Aufbau eines Gutachtens erfordert die Fähigkeit des Rechtsanwenders, aus der vorangestellten Hypothese eine weiterführende Fallfrage zu entwickeln, die dann wiederum als Vermutung formuliert wird. Die Frage wird sein: Unter welchen Voraussetzungen kommt ein Vertrag rechtswirksam zustande? Gewendet in eine neue Hypothese lautet diese:

Die Rechtswirksamkeit wird dann festzustellen sein, wenn der Vertrag nicht gegen geltendes Recht verstößt. Dies beurteilt sich nach dem Rechtsgebiet, dem der Vertrag zuzuordnen ist. Handelt es sich um einen VwV, sind die Vorschriften des VwVfG einzuhalten. Gegenstand und Zweck des Vertrages müssen öf-r Normen unterliegen.[6] Dies wiederum bestimmt sich in Anwendung der Sonderrechtsthe-

3 *Putzke,* Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 4. Aufl., Rn 17, 30

4 Ein gültiger Verpflichtungsvertrag ist Rechtsgrund für Erfüllungshandlungen, so *Bonk/Neumann in*: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 54 Rn 115

5 s. Fn 1, Rn 61

6 *Bonk/Neumann,* aaO, Rn 431

orie nach der ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltung zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben.[7]
Der zwischen der Stadt und dem Investor abgeschlossene Vertrag hat Regelungen des Planungsrechts zum Inhalt und die stützen sich auf die Bestimmungen des BauGB. Allein zuständig für die städtebauliche Planung sind die Gemeinden (§ 1 III BauGB), sodass der Vertrag öf-r Natur ist. Demnach beurteilt sich die Rechtmäßigkeit des Vertrages nach den Vorschriften des VwVfG, und zwar den §§ 54 ff..

Die Ausnahmen nach § 2 VwVfG sind nicht zu erwähnen, weil der Sachverhalt dafür nichts hergibt.

Am wirksamen Zustandekommen des Vertrages bestehen keine Zweifel.

Allein hinsichtlich der Vertretungsmacht des Leiters des Fachbereichs Städtebau bedarf es einer näheren Prüfung:

Ob der Leiter des Fachbereiches Städtebau den Vertrag unterzeichnen durfte, ist zweifelhaft. Die Handlungsfähigkeit der Behörde bei Abschluss eines VwV bestimmt sich nach § 62 iVm § 12 I Nr. 4 VwVfG. Leiter der Behörde Stadt O ist gem. § 86 I 2 NKomVG der Hauptverwaltungsbeamte, also gem. § 7 II Nr. 2 NKomVG der Oberbürgermeister, der die Stadt in allen Rechtsgeschäften vertritt.
Der Vertrag als Verpflichtungserklärung hätte vom Oberbürgermeister unterzeichnet werden müssen (§ 86 II NKomVG), es sei denn, es wäre ein Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 86 IV NKomVG). Gegenstand des Vertrages ist der Entwurf eines Bebauungsplanes, der gem. § 10 I BauGB als Satzung zu beschließen ist. Über Satzungen beschließt aber ausschließlich der Rat der Stadt (§ 54 I Nr. 5 iVm § 7 II Nr. 1 NKomVG). Demnach hätte vor Abschluss des Vertrages der Rat dem durch Beschluss zustimmen müssen. Anschließend hätte der Vertrag durch den Oberbürgermeister unterzeichnet werden müssen.
Der offensichtlich fehlende Ratsbeschluss ist ein Mangel bei der inneren Willensbildung, der sich im Außenverhältnis nicht auswirkt, also die Rechtswirksamkeit des Vertrages nicht berührt.[8]

Die fehlende Unterzeichnung durch den Oberbürgermeister ist ein Mangel in der Vertretungsmacht, der bis zur Nachholung der Unterschrift zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führt, also nicht zur Nichtigkeit.[9]

Die Zulässigkeit des Abschlusses eines städtebaulichen Vertrages ergibt sich aus § 11 BauGB.
Die Frage nach einem Vertragsformverbot stellt sich also nicht.
Getreu dem Grundsatz, dass das spezielle Gesetz dem allgemeinen Gesetz vorgeht, ist zunächst zu prüfen, ob der VwV ein städtebaulicher Vertrag i.S.d § 11 BauGB ist.

Die Erstellung eines Einzelhandelsbetriebes ist eine städtebauliche Maßnahme, zu der zur Vorbereitung die Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes zählt. Die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen kann auf Kosten des Vertragspartners erfolgen, so wie in § 2 (2) des Vertrages vereinbart (§ 11 I 2 Nr. 1 BauGB).

Die in § 2 (1) zweiter Spiegelpunkt des Vertrages übernommene Verpflichtung, externe Ausgleichsflächen herzustellen, dient der Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, da es sich um den naturschutzrechtlichen Ausgleich i.S.d. § 1a III BauGB handelt (§ 11 I 2 Nr. 2 BauGB).
Die vertraglich vereinbarten Lärmschutz- und Erschließungsmaßnahmen zählen zu den Infrastruktur- und Folgekosten i.S.d. § 11 I 2 Nr. 3 BauGB.[10]

Um die Wirksamkeit des VwV zu prüfen, ist es nun erforderlich, insgesamt den Regelungsgehalt des Vertrages an den spezialgesetzlichen Vorschriften des § 11 BauGB zu messen. Nur auf die Planungskosten abzustellen, wäre nicht ausreichend.

Zu den materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen zum Abschluss eines städtebaulichen Vertrages gehört die Prüfung der Kausalität, der Angemessenheit und des Koppelungsverbotes gem. § 11 II BauGB.
Zwischen dem Vorhaben (hier: Errichtung eines Einzelhandelsbetriebes) und den Kosten für das Vorhaben muss ein direkter Kausalitätszusammenhang bestehen.[11] Zweifel daran sind in diesem Fall nicht erkennbar.
Die Angemessenheit stellt tendenziell auf ein Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis ab.[12] Auch hier besteht keine Veranlassung anzunehmen, dass dem Investor Kosten als Leistungen auferlegt werden sollen, die im Verhältnis zum Vorteil, der im Satzungsbeschluss über den Bebauungsplan liegt, unangemessen sein könnte.
Gegen das Koppelungsverbot wird nicht verstoßen, weil der Investor keinen Anspruch auf Aufstellung eines für sein Vorhaben erforderlichen Bebauungsplanes hat (§ 1 III 2 HS 1 BauGB).

Der VwV wurde auch schriftlich abgeschlossen (§ 11 III BauGB), sodass sich der Anspruch insoweit auf einen rechtswirksamen Vertrag stützt.

Um die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen abschließend feststellen zu können, bedarf es aber noch der Beantwortung der Frage, um was für einen VwV es sich i.S.d. § 54 VwVfG handelt, denn an den Abschluss eines subordinationsrechtlichen Vertrages knüpft der Gesetzgeber besondere, dem Schutz des Vertragspartners dienende Voraussetzungen, die bei Missachtung zur Nichtigkeit führen können (§ 59 II Nr. 4 VwVfG) und für ein Anpassungsverlangen gem. § 60 I Alt. 1 VwVfG kann die Art des VwV bedeutsam sein.

Bei der zu beachtenden Regelungshierarchie[13] *ist folgende Reihenfolge einzuhalten:*
- *spezialgesetzliche Vorschriften*
- *§§ 54 ff. VwVfG*
- *entsprechend für VwV anwendbare Vorschriften des VwVfG*
- *entsprechend für VwV anwendbare Vorschriften des BGB (§ 62 VwVfG).*

Deshalb ist es rechtsanwendungstechnisch zwingend, in der Reihenfolge sorgfältig durchzuprüfen, um zu einem rechtsfehlerfreien Ergebnis zu gelangen.

7 *Maurer,* aaO, § 3 Rn 13
8 *OVG Lüneburg,* Beschl. v. 14. Nov. 2014, 13 ME 187/14, Rn 7 m.w.N.
9 *Kopp/Ramsauer,* VwVfG, 14. Aufl., § 57 Rn 12a
10 *Birk,* Städtebauliche Verträge, 5. Aufl., Rn 10
11 ebenda, Rn 616
12 ebenda, Rn 617
13 *Birk,* aaO, Fn 10, Rn 28

Die Art des VwV beurteilt sich nach § 54 VwVfG, der aber keinen numerus clausus[14] der Vertragstypen enthält.[15] Durch den in § 62 S. 2 VwVfG aufgenommenen Verweis auf die anwendbaren Vorschriften des BGB besteht weitgehend Vertragsautonomie[16], also Abschluss- und Gestaltungsfreiheit. Der Gesetzgeber hat in § 54 S. 2 VwVfG lediglich die Möglichkeit eingeräumt, anstatt einen VA zu erlassen, einen VwV abzuschließen und knüpft daran für die beiden aufgeführten Vertragstypen des Vergleichs- und Austauschvertrages besondere Vorschriften zum Schutz der privaten Vertragspartner. Diese subordinationsrechtlichen VwV sind als solche nur dann einzustufen, wenn die Voraussetzungen des § 54 S. 2 VwVfG erfüllt werden.

Nach enger Auslegung des Wortlautes der Norm könnte der Abschluss eines VwV dieser Art nur dann in Frage kommen, wenn die Verw. befugt ist, die vom Bürger vertraglich zu erbringende Leistung durch VA mit demselben Inhalt festzusetzen. Das würde hier bedeuten, eine Ermächtigungsgrundlage haben zu müssen, um dem Investor die Planungskosten für das Bebauungsplanverfahren auferlegen zu können. Da es die nicht gibt, wäre bei dieser Auffassung der VwV kein subordinationsrechtlicher Vertrag.

Nach Ansicht des BVerwG[17] bezeichnet die Norm mit der Bezugnahme auf den Erlass eines VA nur den typischen Anwendungsbereich des subordinationsrechtlichen Vertrages, nämlich „den Abschluss eines Vertrages in einem Rechtsbereich, in dem sich Bürger und Behörde allgemein wie bei dem Erlass eines VA in einem Über- und Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen". Das Wort „sonst" würde deshalb nicht bedeuten, dass die Behörde befugt sein muss, denselben Inhalt des VwV durch VA festzusetzen. Die Rechtsprechung geht deshalb von einer extensiven Auslegung des § 54 S. 2 VwVfG aus und hält es für ausreichend, wenn die Verw. befugt ist, in dem konkreten Rechtsbereich, der Vertragsgegenstand ist, einen VA zu erlassen.[18] Daraus wird nun erweiternd abgeleitet, § 54 S. 2 VwVfG gelte für alle VwV zwischen einer Privatperson und einer Behörde in Ausübung öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit.[19] Das würde jedoch bedeuten, alle Verträge mit öf-r Vertragsgegenstand wären subordinationsrechtliche Verträge. Eine solche Auslegung ist aber zu weitgehend, weil sie über den Wortlaut des § 54 S. 2 VwVfG hinausgeht. Die systematische, historische und teleologische Auslegung stößt an eine Grenze, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das nicht mehr vom Wortlaut und dem maximal möglichen Wortsinn gedeckt wird.[20]

Die extensive Auslegung durch das BVerwG[21] nach dem Wortsinn deckt sich mit der historischen Auslegung, denn es war Auffassung des Gesetzgebers, der über Konsens der Vertragspartner eine Lösungsmöglichkeit sah, für die der Erlass eines VA versagen müsste.[22] Nicht mehr vom Wortlaut gedeckt wird hingegen die Auslegung, es reiche aus, wenn die Verw. in dem konkreten Rechtsbereich überhaupt VA erlassen darf, denn die ist prinzipiell in jedem öf-rechtl. Rechtsgebiet möglich. Der subordinationsrechtliche VwV ersetzt (substituiert) aber den Erlass eines sonst möglichen VA , was durch das Wort „anstatt" in § 54 S. 2 VwVfG sehr deutlich wird. Wenn also in dem Rechtsgebiet des VwV zwar VA grundsätzlich erlassen werden können, der Vertragsgegenstand aber gerade nicht einen VA ersetzt (wenn auch nicht notwendig inhaltsgleich), sondern etwas anderes regelt, dann handelt es sich um einen koordinationsrechtlichen VwV.

Die Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm führt zum selben Ergebnis, denn der subordinationsrechtliche Vertrag dient dazu, Schutzvorschriften zugunsten des privaten Vertragspartners durch §§ 55, 56 und 59 II VwVfG zur Geltung zu bringen. Wenn aber der Vertragspartner nicht geschützt werden muss, weil die Verw. nicht ermächtigt ist, anstelle des VwV einen VA zu erlassen, die Behörde also eben nicht übergeordnet ist, dann handelt es sich um einen koordinationsrechtlichen VwV auf der Ebene der Gleichordnung beider Vertragspartner.[23]

Vertragsgegenstand ist hier das beabsichtigte Bauvorhaben des Investors, für das eine Baugenehmigung erforderlich ist, also der Erlass einen VA. Dieser Vertrag ersetzt aber nicht die Baugenehmigung, sondern regelt erst die Voraussetzungen im Vorfeld eines Bebauungsplanverfahrens. Zwar gehören beide Regelungsinhalte zum Rechtsgebiet des Baurechts, maßgeblich ist hingegen allein die Beantwortung der Frage, ob der Vertragsinhalt so oder ähnlich durch den Erlass eines VA ersetzt werden könnte. Dies ist für den städtebaulichen Vertrag, wie er hier abgeschlossen wurde, nicht der Fall. Stadt und Investor stehen sich hinsichtlich des städtebaulichen Vorhabens und der Abstimmung der vorbereitenden Maßnahmen koordiniernd und kooperativ gegenüber.[24]

Aus alledem leitet sich zunächst nur die Erkenntnis ab, dass die §§ 56, 59 II VwVfG nicht zur Anwendung kommen, weil diese speziell nur für subordinationsrechtliche VwV gelten. Wer allerdings durch den Einsatz seiner kreativen rechten Gehirnhälfte die Kunst beherrscht, aus der Logik der vorausgegangenen Ergebnisse die folgerichtige Frage abzuleiten, kommt systematisch und zielsicher dem Gesamtergebnis näher. Wichtig ist, den „roten Faden" dabei nicht zu verlieren! Also erinnern wir uns: Es geht immer noch um die Frage, um welchen Vertragstyp es sich im beschriebenen Sachverhalt handelt. Die Einteilung in sub- und koordinationsrechtliche VwV differenziert nach der Über- oder Unterordnung der Vertragsparteien innerhalb des jeweiligen Rechtsverhältnisses und führt nur beim subordinationsrechtlichen VwV zum Austauschvertrag. Wir wissen aber auch, dass § 54 S. 1 VwVfG keine bestimmten Vertragstypen vorschreibt. Selbst das BGB, das im 8. Abschnitt des 2. Buches für einzelne Schuldverhältnisse, also für bestimmte Vertragstypen Regelungen enthält, zählt diese nicht abschließend auf, sondern geht aufgrund der Gestaltungsfreiheit davon aus, dass es weitere typische Schuldverhältnisse und auch atypische Verträge gibt.[25] Also stellt sich doch die folgerichtige Frage, ob es auch kooperationsrechtliche Austauschverträge gibt und geben darf.

Aus der Handlungsformfreiheit der Verw. leitet sich die Berechtigung ab, auch kooperationsrechtliche Austauschverträge abzuschließen.[26] Austauschverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass

14 lt. Duden: zahlenmäßig beschränkte Zulassung
15 *Kopp/Ramsauer,* aaO, Fn 9, § 54, Rn 2
16 *Brüning/Bosesky* in: Mann/Sennekamp/ Uechtritz (Hrsg), 1. Auf., § 54, Rn 95
17 Urteil v. 16. Mai 2000 – 4 C 4/99 –, Rn 18
18 *Fehling,* Hk-VerwR, 3. Aufl., § 54, Rn 58 mit Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 20. März 2003 – 2 C 23/02-
19 *Bonk/Neumann,* aaO, Fn 4, § 54, Rn 61
20 *Beaucamp/Treder,* Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Aufl., Rn 179
21 Fn 17
22 ebenda, mit Hinweis auf BTDrucks 7/910 v. 18.Juli 1073, S. 79 f.
23 *Ziekow,* Gutachten zum Verwaltungskooperationsrecht, Juni 2001, S. 130, der von einer „funktionalen Äquivalenz des Vertragsschlusses mit dem Erlass einer einseitig-hoheitlichen Regelung" spricht
24 *Birk,* aaO, Fn 10, Rn 21
25 *Weidenkaff* in: Palandt, 72. Aufl., Überbl. v. § 433, Rn 1
26 *Becker,* in Hauck/Noftz, SGB X, K § 55, Rn 12 m.w.N

sie auf beiderseitige Leistungen der Vertragsparteien gerichtet sind, also eine synallagmatische (gegenseitige) Verknüpfung enthalten. Es sind gegenseitige Verträge, durch die der eine Vertragspartner eine Leistung verspricht, weil er vom anderen eine Gegenleistung erhält.[27] Diese kausalen Rechtsgeschäfte enthalten die Vereinbarung über den Rechtsgrund in sich.[28]

In dem VwV zwischen der Stadt und dem Investor verspricht der Private zwar die Errichtung eines Einzelhandelsbetriebes und weiterer Leistungen, die Stadt jedoch schließt die Verpflichtung auf Erlass einer Bebauungsplansatzung ausdrücklich aus. Die Gegenleistung des Investors steht zwar in einer Abhängigkeit zur Leistung der Stadt, allerdings hat der Vertragspartner keinen vertraglichen Anspruch auf diese Leistung, wenngleich dadurch eine Handlungserwartung, dass der Bebauungsplan als Satzung beschlossen werden wird, geschaffen worden ist. Nur wenn dies geschehen ist, muss der Investor die Gegenleistung erbringen. Daraus folgert, dass die Leistung der Stadt Bedingung für die Gegenleistung ist. Erst mit dem Eintritt der Bedingung, also des in der Zukunft liegenden Ereignisses, tritt die Rechtswirkung des Vertrages ein (aufschiebende Bedingung gem. § 158 I BGB). Diese Art der VwV werden unvollständige oder „hinkende" Austauschverträge genannt.[29] Die Schaffung von Planungsrecht ist demnach Bedingung des ansonsten gegenseitigen Vertrages und nicht Geschäftsgrundlage, weil sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben müssen und dies eben nicht der Fall ist (§ 313 I 1 BGB).[30] Beiden Vertragsparteien war von vornherein klar, dass ein Satzungsbeschluss nicht sicher ist und daran hat sich auch nach Vertragsabschluss nichts verändert.

Der Austauschvertrag gem. § 56 I VwVfG erfasst nicht nur den echten gegenseitigen Vertrag, sondern auch den hinkenden,[31] obwohl das BVerwG[32] dies offen gelassen hat, indem ausgeführt wird, § 56 I VwVfG finde „zumindest entsprechende Anwendung". Für den kooperationsrechtlichen hinkenden Austauschvertrag jedenfalls finden die für subordinationsrechtliche VwV geltenden Vorschriften analog Anwendung.[33] Wenngleich § 11 BauGB als lex specialis Vorrang gegenüber der Anwendung des § 56 VwVfG hat, so gelten also nach Auffassung von Rechtsprechung und Literatur die Regelungen über den (echten und hinkenden) Austauschvertrag gem. § 56 VwVfG ergänzend zu § 11 BauGB.

Diese Ausführungen mögen als zu langatmig und weitschweifend empfunden werden, sie sind für eine exakte und in die Tiefe gehende logisch aufgebaute Argumentationskette aus meiner Sicht unverzichtbar, auch für einen allgemeinen Wissenstransfer für andere Gutachten. Der Weg zum Ergebnis mag in besonders gelagerten Fällen wie hier verzweigt und lang sein, eine Zusammenfassung im Entscheidungsstil erhellt aber dann die wesentlichen Aspekte. Dies mag für den Interessierten die Anregung sein, eine solche zu erstellen!

Ein aufschiebend bedingter Austauschvertrag beseitigt den Schwebezustand, wenn die Bedingung endgültig ausfällt, also feststeht, dass das Ereignis nicht mehr eintreten kann, sodass damit auch das Rechtsgeschäft endgültig wirkungslos wird.[34]

Die Aufstellung des Bebauungsplanes war gescheitert und folglich kann das Ereignis nicht mehr eintreten, an das die Bedingung geknüpft war. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass die vertraglich vereinbarten Gegenleistungen, die der Investor erbringen sollte, keine Ansprüche der Stadt auslösen, denn der VwV entfaltet insoweit keine Rechtswirkungen mehr. Die synallagmatische Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung führt zwangsläufig zu diesem Ergebnis. Die Gegenleistungen bestanden für den Fall der Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes in der Errichtung eines Einkaufzentrums und in der Übernahme der Folgekosten. Dass diese nicht zu erbringen sind, liegt auf der Hand, denn der Investor wird keine Baugenehmigung erhalten.

Die Verpflichtung zur Erstattung der 60.000 € Planungskosten betrifft aber ausschließlich die Leistungen während des Bebauungsplanverfahrens und liegen zeitlich und inhaltlich vor dem ablehnenden Satzungsbeschluss. Daraus könnte folgen, dass diese Planungsleistungen der Stadt und die Gegenleistung der Erstattung durch den Investor unabhängig von der Bedingung zu erbringen waren. Dies steht zwar nicht ausdrücklich im Vertrag, kann sich aber aus der Vertragsauslegung ergeben.[35]

Aus dem Wortlaut des § 2 III des Vertrages ergibt sich nicht eindeutig, ob sich die Kostenübernahmeverpflichtung nur darauf bezieht, dass der Bebauungsplan durch Satzungsbeschluss verabschiedet wird, um anschließend umgesetzt werden zu können, oder ob die Verpflichtung zur Kostenerstattung unabhängig vom Ausgang des Planungsverfahrens bestehen soll. Durch die Formulierung „in Verbindung mit dem Bebauungsplan" könnte angenommen werden, der Erlass des Bebauungsplanes sei Voraussetzung (Bedingung) der Erstattungspflicht. Ebenso ist jedoch die Interpretation zulässig, es seien nur die Planungskosten gemeint, die mit dem Bebauungsplanverfahren im Zusammenhang stehen. Auch die Formulierung „der anschließenden Umsetzung" lässt entweder den Schluss zu, der Bebauungsplan sei Bedingung oder stellt nur den Bezug der Planungskosten zu speziell diesem Bebauungsplanverfahren und der nachfolgenden Realisierung her.
Dieser Vertragsteil bedarf also der Auslegung, um den Geschäftswillen der Vertragspartner zu ermitteln. Dafür sind die zivilrechtlichen Grundsätze der §§ 133, 157 BGB i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG heranzuziehen.[36] Maßgebend ist danach der objektive Erklärungswert der vertraglichen Regelung aus Sicht des Empfängerhorizonts, also wie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Erklärung bei Anwendung entsprechender Sorgfalt verstehen durfte.[37] Dabei sind auch die Begleitumstände ebenso einzubeziehen, wie die Interessenlage und der verfolgte Zweck der Erklärung.[38]

Nach dem Sinngehalt des § 2 III des Vertrages sollte die Kostentragungspflicht des I unabhängig vom Ausgang des Planverfahrens bestehen, da eben dieser nicht zugesagt werden konnte, wie sich ein-

27 *Grüneberg* in: Palandt, aaO, Fn 25,Einf. v. § 320, Rn 5
28 *Ellenberger* in: Palandt, aaO, Fn 25, Überbl. v. § 104, Rn 20
29 BVerwG, Urteil v. 16. Mai 2000 -4 C 4/99- Rn 24
30 *Birk,* aaO, Fn 10, Rn 72 ff.
31 *Stelkens, U.,* „Hinkende" Verwaltungsverträge – Wirkungen und Rechtsnatur, DÖV 2009, S. 850ff., 856
32 Fn 29
33 *Becker,* aaO, Fn 26
34 *Ellenberger* in: Palandt, aaO, Fn 25, § 158, Rn 3
35 *Birk,* aaO, Fn 10, Rn 73
36 Urteil s. Fn 1, Rn 71 m.H.a. BVerwG, Urtl. v. 19. Januar 1990 – 4 C 21/89 –
37 ebenda
38 *Ellenberger* in: Palandt, aaO, Fn 25, § 133 Rn 15, 18

deutig aus § 1 II, III des Vertrages ergibt. Auch der umfängliche Haftungsausschluss, der in § 11 des Vertrages vereinbart wurde, macht deutlich, dass die Stadt einen positiven Ausgang des Planverfahrens für die Kostenerstattungspflicht nicht zur Bedingung machen wollte. Die Aufwendungen für das Bebauungsplanverfahren entstanden ja gerade vor dem entscheidenden Satzungsbeschluss, dessen Inhalt ungewiss war. Bei Vertragsabschluss war dem I bekannt und klar, dass ein positiver Satzungsbeschluss keineswegs sicher war, wenngleich beide Vertragspartner darauf hofften, wie aus den Formulierungen abgeleitet werden kann. Das Risiko des Scheiterns der Schaffung von Planungsrecht trug der I, denn eine vertragliche Risikoübernahme durch die Stadt hätte ausdrücklich vereinbart werden müssen.[39]
Der Anspruch könnte untergegangen sein, wenn der I einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages geltend machen kann, weil sich die Verhältnisse, die für die Festsetzungen des Vertragsinhalts maßgebend waren, wesentlich geändert haben (§ 60 I Alt. 1 VwVfG). Die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und die darauf gestützten Vertragsinhalte hatten den Entwurf eines Bebauungsplanes zum Gegenstand, verbunden mit der Hoffnung, dass dieser als Satzung beschlossen wird und dann als Rechtsgrundlage für die Erteilung der Baugenehmigung für das Einkaufszentrum dient. Weil das Bebauungsplanverfahren ohne Satzungsbeschluss beendet wurde, haben sich die maßgeblichen Verhältnisse aber nicht geändert. Am Ende des Planungsprozesses wurde zwar die Ungewissheit beseitigt, Vertragsinhalt war aber von Anfang an allein die Fortsetzung des bereits im Entwurf vorliegenden Bebauungsplanes, und zwar unabhängig vom Ausgang des Planungsprozesses. Der positive Ausgang des Verfahrens war eben nicht Geschäftsgrundlage des Vertrages. Dies gilt es zu unterscheiden.[40]

Der Investor kann auch nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 I 1 BGB) geltend machen, denn die Stadt hat die Planungsaufwendungen nachweislich gehabt, also ihre vertraglichen Leistungen erbracht, sodass I die Gegenleistungen ebenfalls zu erbringen hat.

Ergebnis

Die Stadt hat einen vertraglichen Anspruch auf Erstattung der Planungskosten und kann diesen mit einer Leistungsklage geltend machen, falls der Investor sich weigert, die Kosten zu erstatten. Der Vertrag bedarf aber noch der Unterzeichnung durch den Oberbürgermeister.

39 *Birk,* aaO, Fn 10, Rn 762

40 *Bonk/Neumann,* aaO, Fn 4, § 60, Rn 10

Rechtsprechung

(Kampf-)Hundesteuer mit „erdrosselnder" Wirkung

(BVerwG, Urt. v. 15. 10. 2014 – 9 C 8/13)

1. Eine Gemeinde darf für sog. Kampfhunde einen Steuersatz festsetzen, der über den Steuersatz für nicht gefährliche Hunde hinausgeht.

2. Eine Kampfhundesteuer, die einem faktischen Verbot der Haltung solcher Hunde gleichkommt („erdrosselnde Wirkung"), kann nicht auf die Steuerkompetenz der Gemeinde für örtliche Aufwandsteuern gestützt werden.

3. Ein Steuersatz von je 2 000 € für Kampfhunde (das 26-fache des Hundesteuersatzes für „normale" Hunde) ist unzulässig, denn eine Steuer in dieser Höhe ist ist ersichtlich darauf angelegt, die Haltung von jeder Art von Kampfhunden praktisch unmöglich zu machen; sie hat deshalb „erdrosselnde Wirkung".

Anmerkung

I. Zum Sachverhalt

Die Beklagte (B) ist eine bayerische Gemeinde mit ca. 2 500 Einwohnern. Ihre am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Hundesteuersatzung (im Folgenden: HStS) besteuert das Halten eines über vier Monate alten Hundes im Gemeindegebiet. Der Steuersatz beträgt für den ersten Hund 75 €, für den zweiten und jeden weiteren Hund 160 € sowie für sog. Kampfhunde je 2 000 € jährlich. Kampfhunde sind nach § 5 Abs. 2 HStS alle in § 1 der Bayerischen Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit vom 10. Juli 1992 in der jeweils geltenden Fassung (im Folgenden: KampfhundeVO) genannten Rassen und Gruppen von Hunden sowie deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Hunden. In § 1 Abs. 2 KampfhundeVO wird u.a. der Rottweiler genannt. Die Kläger (K) hielten seit April 2011 im Gemeindegebiet der B eine Rottweilerhündin, für die sie über ein sog. Negativzeugnis nach § 1 Abs. 2 KampfhundeVO verfügten. Dieses Zeugnis wird erteilt, wenn der Halter durch Vorlage eines Gutachtens nachgewiesen hat, dass sein Tier nicht die Merkmale eines gesteigert aggressiven und gefährlichen Kampfhundes aufweist. Mit Bescheid vom 28. April 2011 setzte B gegenüber den K die erhöhte Hundesteuer nach § 5 Abs. 2 HStS für das Kalenderjahr 2011 fest. Nach erfolglosem Widerspruch haben die K Klage erhoben. Das VG hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat der VGH den Bescheid insoweit aufgehoben als darin ein Betrag von mehr als 75 € festgesetzt. B hat Revision gegen diese Entscheidung eingelegt.

II. Zur Rechtslage

Der Senat sieht die **Rechtsgrundlage** für die von B erhobene Hundesteuer in Art. 105 Abs. 2a GG i. V. mit Art. 3 Abs. 1 KAG Bayern. Die Hundesteuer sei eine **traditionelle örtliche Aufwandsteuer**, denn das Halten eines Hundes gehe über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinaus und erfordere einen – wenn auch unter Umständen nicht sehr erheblichen – zusätzlichen Vermögensaufwand.

1. Eine Steuerregelung dürfe auch **Lenkungswirkungen** mitverfolgen (BVerfG, Urteil vom 27. Juni 1991 – 2 BvR 1493/89 – BVerfGE 84, 239 <274>; Beschluss vom 22. Juni 1995 – 2 BvL 37/91 – BVerfGE 93, 121 <147>), möge die Lenkung Haupt- oder Nebenzweck sein (vgl. BVerfG, Urteile v. 10. 12. 1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274 <299> und v. 7. 5. 1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 – BVerfGE 98, 106 <118>).

a) Hiervon ausgehend sei ein **erhöhter Steuersatz** für gelistete Hunde, die abstrakt als gefährlich angesehen werden – **sog. Kampfhunde** – zulässig, denn die Gemeinde dürfe bei ihrer Hundesteuererhebung neben fiskalischen Zwecken auch den Lenkungszweck verfolgen, als gefährlich eingestufte Hunde aus ihrem Gemeindegebiet zurückzudrängen. Gerade die unwiderlegliche Vermutung der Gefährlichkeit sei in besonderer Weise geeignet, das mit der erhöhten Steuer bezweckte Lenkungsziel zu erreichen. Müssten nämlich in bestimmten Einzelfällen Ausnahmen von der höheren Besteuerung gewährt werden, so würde das dem steuerlichen Lenkungszweck, den Bestand an potentiell gefährlicheren Hunden möglichst gering zu halten, zuwiderlaufen. Da aus der nur potentiellen Gefährlichkeit bei Hinzutreten anderer Faktoren jederzeit eine akute Gefährlichkeit erwachsen könne, sei es sachgerecht, bereits an das **abstrakte Gefahrenpotential** anzuknüpfen (Urteil v. 19. 1. 2000 – BVerwG 11 C 8.99 – BVerwGE 110, 265 <272 ff.>; Beschluss v. 28. 6. 2005 – BVerwG 10 B 22.05 – Buchholz 401.65 Hundesteuer Nr. 9 S. 22 f.).

b) Die Satzung müsse auch nicht auf eine höhere Besteuerung derjenigen Hunde verzichten, für die ein **sog. Negativzeugnis** vorliege.

Das Negativzeugnis nach § 1 Abs. 2 KampfhundeVO lasse **nur** die sicherheitsrechtliche **Erlaubnispflicht** entfallen, die nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Landesstraf- und Verordnungsgesetz – LStVG) in Bayern für das Halten von Kampfhunden besteht. Dies ändere aber nichts daran, dass es sich um Hunde handele, bei denen von einer abstrakten Gefährlichkeit auszugehen sei. Ordnungsrechtliche Erlaubnisvorbehalte für das Halten gefährlicher Hunde, die den Nachweis der Zuverlässigkeit und Sachkunde des Halters sowie einen positiven Wesenstest des Hundes voraussetzen, ließen die erhöhte Besteuerung von Hunden, deren abstrakte Gefährlichkeit nach Maßgabe einer Rasseliste vermutet wird, in ihrer Rechtmäßigkeit unberührt. Denn ein rechtfertigender sachlicher Grund für den Erlass einer Lenkungssteuer mit dem Ziel der Minimierung einer als gefährlich vermuteten Hundepopulation bestehe auch dann, wenn nach dem einschlägigen Gefahrenabwehrrecht nur Hunde gehalten werden dürfen, die den Wesenstest bestanden haben und deren Halter zuverlässig und sachkundig seien. Gefahrenabwehrrechtliche Regelungen dieser Art nähmen der Hundesteuer nicht ihre Lenkungseignung. Denn der mit der erhöhten Steuer verfolgte Lenkungszweck, die Population von Hunden, die als potentiell gefährlich eingeschätzten Rassen angehören, im Gemeindegebiet generell zurückzudrängen, ziele von vornherein auf einen deutlich größeren Kreis von Fällen – nämlich die potentiellen Halter solcher Hunde – als die ordnungsrechtliche Pflicht zur Eignungsprüfung und zum Wesenstest es tun. Letztere beträfen nämlich nur die Halter, die sich ungeachtet der erhöhten Besteuerung zur Anschaffung eines nach Maßgabe der Rasseliste als gefährlich vermuteten Hundes entschlossen hätten.

2. Allerdings bewertet das BVerwG den **konkreten Steuersatz** als rechswidrig. Eine Steuer in dieser Höhe handele dem ihr begrifflich zukommenden Zweck, Steuereinnahmen zu erzielen, geradezu zuwider, denn sie sei ersichtlich darauf angelegt, die Haltung von jeder Art von Kampfhunden praktisch unmöglich zu machen („**erdrosselnde Wirkung**“).

a) Die „**Erdrosselungsgrenze**“ stelle die **äußerste Schranke der Besteuerung** dar. Sie sei dann erreicht, wenn die – grundsätzlich zulässige – steuerliche Lenkung nach Gewicht und Auswirkung einer verbindlichen Verhaltensregel nahekomme, die Finanzierungsfunktion der Steuer also durch eine Verwaltungsfunktion mit **Verbotscharakter** verdrängt werde. In diesem Fall biete die Besteuerungskompetenz keine ausreichende Rechtsgrundlage. Abzustellen sei hinsichtlich der Verbotswirkung einer örtlichen Aufwandsteuer nicht auf den individuellen Steuerpflichtigen – hier die K –, sondern auf den **durchschnittlichen Steuerpflichtigen** im Gemeindegebiet. Ob der Aufwand im Einzelfall die Leistungsfähigkeit überschreite, sei für die Steuerpflicht unerheblich (so ausdrücklich BVerfG, Beschlüsse v. 6. 12. 1983 – 2 BvR 1275/79 – BVerfGE 65, 325 <348> und v. 11. 10. 2005 – 1 BvR 1232/00, 1 BvR 2627/03 – BVerfGE 114, 316 <334>). Entgegen der Auffassung der B und des VG könne es dabei nicht darauf ankommen, ob durch die für Kampfhunde festgesetzte Steuerhöhe ein Verbot der (allgemeinen) Hundehaltung bewirkt wird, was hier bei einem Steuersatz von 75 € für den ersten Hund und 160 € für den zweiten und jeden weiteren Hund unstreitig nicht der Fall sei. Vielmehr müsse das **konkret besteuerte Verhalten** in den Blick genommen werden, hier also das Halten eines Kampfhundes. Denn erst dann, wenn das verfolgte Lenkungsziel dazu führe, dass gerade das besonders hoch besteuerte Verhalten faktisch nicht mehr ausgeübt werden könne, bietee allein die Besteuerungskompetenz keine ausreichende Rechtsgrundlage.

b) Ein gewichtiges **Indiz für die erdrosselnde Wirkung** stelle der Umstand dar, dass sich der auf 2 000 € festgesetzte Steuersatz für einen Kampfhund auf das 26-fache des Hundesteuersatzes für einen Nichtkampfhund belaufe.

Zwar dürfe die Gemeinde – wie oben ausgeführt – für Kampfhunde zu Lenkungszwecken einen Steuersatz festsetzen, der über den Steuersatz für nicht gefährliche Hunde hinausgehe. Es spreche jedoch viel dafür, dass die Erdrosselungsgrenze dann überschritten werde, wenn die Gemeinde – wie hier – einen ohnehin nicht ganz niedrigen Regelsteuersatz von 75 € derart vervielfache, dass sich eine nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten im **bundesdurchschnittlichen Vergleich völlig aus dem Rahmen fallende Steuerhöhe** ergebe. Schon dem Steuersatz für Nichtkampfhunde könne nämlich ein gewisser Orientierungsmaßstab entnommen werden, der selbst unter Berücksichtigung des weiten Gestaltungsspielraums des Satzungsgebers Anhaltspunkte für den Verlauf der rechtlichen Grenzen des erhöhten Steuersatzes für gefährliche Hunde gebe. Denn bereits der Steuersatz für normale Hunde bringe die angenommene Aufwandsbereitschaft innerhalb der örtlichen Gemeinschaft für Zwecke der Hundehaltung generalisierend zum Ausdruck und zeige auf, welche abgabenrechtliche Belastung zur Eindämmung der Hundehaltung allgemein für notwendig und ausreichend erachtet werde. Unter Berücksichtigung dessen dürfe der Steuersatz für gefährliche Hunde zum einen das Ausmaß widerspiegeln, in dem der vermutete objektive Aufwand für das Halten derartiger Hunde den allgemeinen Hundehaltungsaufwand übersteige.

Zum anderen dürfe der Satzungsgeber das rechtspolitische Ziel verfolgen, gerade die Haltung gefährlicher Hunde verstärkt einzudämmen, müsse dabei allerdings darauf achten, dass der steuerrechtlich legitime Lenkungszweck **nicht in eine Verhinderungsfunktion** umschlage (vgl. auch OVG Koblenz, Urteil v. 14. 6. 2005 – 6 C 10308/05 – juris Rn. 31). Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts,

dass die hier in Rede stehende Relation zwischen dem Regelsteuersatz und dem besonderen Steuersatz für Kampfhunde eine faktische Verhinderungswirkung für das Halten derartiger Hunde deutlich indiziere, sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Des Weiteren – und entscheidend – habe der VGH darauf abgestellt, dass die festgesetzte Jahressteuer für einen Kampfhund den **durchschnittlichen sonstigen Aufwand** für das Halten eines solchen Hundes übersteige. Auch insoweit sei ein Bundesrechtsverstoß nicht feststellbar, wenngleich dem VGH nicht in allen Begründungselementen gefolgt werden könne.

aa) Ausgangspunkt der Überlegungen, auf den durchschnittlichen Haltungsaufwand abzustellen, sei der Charakter der Hundesteuer als Aufwandsteuer. Maßstab für deren Bemessung sei die in der Vermögensaufwendung zum Ausdruck kommende **Leistungsfähigkeit**. An deren Erfassung müsse sich die tatbestandliche Ausgestaltung der Steuer orientieren (BVerfG, Urteil v. 4. 2. 2009 – 1 BvL 8/05 – BVerfGE 123, 1 <20>; vgl. auch Englisch, in: Festschrift Kirchhof, 2013, S. 2087: Orientierung „an der Höhe der entsprechenden Konsumaufwendungen"), hier also an dem Aufwand für das Halten eines Kampfhundes. Stehe die festgesetzte Steuer außer Verhältnis zu dem besteuerten Aufwand, werde sich nach allgemeiner Lebenserfahrung ein durchschnittlicher Steuerpflichtiger den Aufwand nicht mehr leisten, hier also von der Anschaffung bzw. Haltung eines Kampfhundes Abstand nehmen. Hiervon sei nach Auffassung des Senats jedenfalls dann auszugehen, wenn die Steuer – wie hier – den Aufwand deutlich übersteigt.

bb) Die **durchschnittlichen Kosten für die Haltung eines Kampfhundes** werden – so der Senat – maßgeblich durch die laufenden Unterhaltskosten (insbesondere Futter, Versicherung, Zubehör, Impfkosten, sonstige Tierarztkosten usw.) bestimmt. Daneben seien aber auch einmalig anfallende Kosten wie etwa Anschaffungs- und Bestattungs- bzw. Tierkörperbeseitigungskosten sowie besondere Kosten im Zusammenhang mit der Kampfhundeeigenschaft (insbesondere Kosten für den Wesenstest, die Gebühr für das Negativzeugnis sowie ggf. Kosten für sicherheitsrechtliche Auflagen wie Maulkorb oder Zwinger) einzubeziehen. Für die vom VGH vorgenommene Ausklammerung solcher Einmal- und Mehrkosten fehle eine tragfähige Begründung. Ebenso sei nicht einleuchtend, dass der VGH nur solche Kosten erfassen wolle, die im Gemeindegebiet entstehen. Zwar komme es – wie oben ausgeführt – hinsichtlich der Verbotswirkung auf den durchschnittlichen Steuerpflichtigen im Gemeindegebiet an; ob dessen Aufwendungen allerdings im Gemeindegebiet selbst entstehen oder andernorts sei unerheblich. Dass es sich um eine örtliche Aufwandsteuer handelt, ergibt sich daraus, dass sie an das Halten eines Hundes in einem Haushalt anknüpft, der in der steuererhebenden Gemeinde geführt werde.

cc) Nach den tatsächlichen Feststellungen des VGH, die nicht erfolgreich mit Revisionsgründen angegriffen worden sind (s.o.), so dass sie das Revisionsgericht binden (§ 137 Abs. 2 VwGO), beliefen sich die durchschnittlichen Haltungskosten für einen normalen Hund auf **ca. 900 € bis 1.000 € jährlich**.

Zwar sei dieser Betrag zu niedrig angesetzt, weil auch einmalig anfallende allgemeine Kosten für die Hundehaltung sowie besondere Kosten für die Kampfhundehaltung einbezogen werden müssen. Den vom VGH zu Unrecht ausgeklammerten Kosten komme allerdings im Vergleich zu den durchschnittlichen laufenden Hundehaltungskosten kein so entscheidendes Gewicht zu, dass sich hierdurch etwas an dem Größenverhältnis ändern könnte. Denn die Einmal- und Sonderkosten müssen auf die durchschnittliche Lebenserwartung eines Kampfhundes – bezogen auf die in § 1 Abs. 1 und 2 KampfhundeVO genannten Rassen etwa 10 bis 12 Jahre – umgerechnet werden. Trotz des sich dann ergebenden Erhöhungsbetrages übersteige die Jahreshundesteuer in Höhe von 2 000 € immer noch deutlich den sonstigen durchschnittlichen Haltungsaufwand für einen Kampfhund.

d) Weitere Kriterien zur Ermittlung der Erdrosselungsgrenze sind nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden Fall unerheblich.

Zwar könnten **Bestandszahlen vor und nach einer Steuererhebung oder Steuererhöhung grundsätzlich ein wichtiges Indiz** dafür sein, ob eine noch zulässige Lenkung oder schon eine unzulässige Erdrosselung vorliege (vgl. etwa BVerfG, Beschluss v. 15. 1. 2014 – 1 BvR 1656/09 – NVwZ 2014, 1084 Rn. 51 und BVerwG, Beschluss v. 15. 5. 2014 – BVerwG 9 B 57.13 – NVwZ-RR 2014, 657 Rn. 9 <jeweils zur Zweitwohnungsteuer>; BVerwG, Urteile v. 13. 4. 2005 – BVerwG 10 C 5.04 – BVerwGE 123, 218 <235 f.> und v. 10. 12. 2009 – BVerwG 9 C 12.08 – BVerwGE 135, 367 Rn. 45 = Buchholz 401.68 Vergnügungssteuer Nr. 47 <jeweils zur Spielgerätesteuer> sowie OVG Koblenz, Urteil v. 14. 5. 2013 – 6 C 11221/12 – juris Rn. 26 <zur Hundesteuer>). Bezogen auf die Kampfhundesteuer setze dies aber größere Hundebestandszahlen in der jeweiligen Gemeinde voraus, an denen es regelmäßig fehlen dürfte. Es komme hinzu, dass selbst dann, wenn Bestandszahlen vorliegen, deren Aussagekraft dadurch begrenzt sei, dass diesen ein **uneinheitlicher Kampfhundebegriff** zugrunde liege. So würden etwa Hunde mit Negativzeugnis oder kastrierte Hunde teilweise nicht (mehr) als Kampfhunde geführt (vgl. Deutscher Städtetag, Ergebnisse der Hundesteuer-Umfrage 2010 des Deutschen Städtetags, November 2011, S. 9). Schließlich lasse sich ein Kausalitätszusammenhang zwischen Steuererhebung bzw. -erhöhung und Rückgang der Bestandszahlen gerade bei Kampfhunden auch deshalb nur schwer feststellen, weil hier – anders als etwa bei den oben erwähnten Zweitwohnungen oder Glücksspielgeräten – weitere Faktoren hinzukommen, die für einen Bestandsrückgang ursächlich geworden sein dürften, etwa die soziale Ächtung von Kampfhunden in der Gesellschaft sowie die restriktive Gesetzgebung (vgl. nur Gesetz zur Beschränkung des Verbringens oder der Einfuhr gefährlicher Hunde in das Inland vom 12. April 2001 – Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetz, BGBl I 2001, 530). J.V.

Mitwirkungsrechte einer Fraktion im Kreistag

(OVG Münster, Urteil vom 25. 3. 2014 – 15 A 1651/12)

1. Die Pflicht des Landrats zur Vorbereitung von Kreistagsbeschlüssen besteht nur gegenüber dem Kreistag, so dass Fraktionen oder Kreistagsmitglieder daraus keine organschaftlichen Rechte herleiten können.

2. Auf eine Verletzung der die ausschließliche Zuständigkeit des Kreistages regelnden Bestimmungen können sich Kreistagsfraktionen mangels einer wehrfähigen Innenrechtsposition nicht berufen.

3. Auf eine Verletzung der Sitzungsöffentlichkeit kann sich eine Fraktion nur berufen, wenn sie sich selbst organtreu verhält. Der Grundsatz der Organtreue verlangt die rechtzeitige Rüge des für rechtswidrig gehaltenen Verhaltens gegenüber dem Organ.

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Im Landkreis K. in NRW liegt der Flughafen W.. Der Landkreis K. gewährt der Flughafenbetreiberin – der Flughafen W.-GmbH – zur Verbesserung der Infrastruktur des Flughafens W. ein Darlehen über 25 Mio €.
Der Geschäftsführer der Flughafen W.-GmbH unterrichtet den Landrat des Kreises K. darüber, dass die neue Luftverkehrssteuer auf das Passagiervolumen und die wirtschaftliche Situation des Flughafens erhebliche negative Auswirkungen habe. Man sehe sich daher nicht in der Lage, den – in der Zwischenzeit – fälligen Zinszahlungen nachzukommen. Man biete jedoch dem Landkreis K. an, Anteile an der Flughafen W.-GmbH zu erwerben.
Vor diesem Hintergrund schlägt der Landrat des Landkreises K. in einer im Einzelnen näher begründeten Verwaltungsvorlage für den nicht-öffentlichen Teil der nächsten ordentlichen Sitzung des Kreistages unter TOP 3 vor,

> *„der Landkreis K. übernimmt X-Geschäftsanteile an der Flughafen W.-GmbH. Die Vertreter des Landkreises K. werden ermächtigt, evtl. notwendige Erklärungen in den jeweiligen Aufsichtsratssitzungen und Gesellschafterversammlungen der Flughafen W.-GmbH zuzustimmen. Der Landrat wird ermächtigt, alle zur Umsetzung des Beschlusses notwendigen Schritte vorzunehmen. "*

In der Folgezeit tritt die Fraktion A im Kreistag des Landkreises K. an den Landrat des Landkreises K. heran und bittet um weitere Informationen zu und im Zusammenhang mit dem Flughafen W.. Die Verwaltungsvorlage lasse viele Fragen offen. Auf der Grundlage der Verwaltungsvorlage könne eine – der Bedeutung der Angelegenheit – angemessene und sachgerechte Entscheidung nicht getroffen werden. Die Verwaltungsvorlage sei nicht geeignet, sich ein fundiertes Bild über die finanzielle Situation des Flughafens W. zu machen.

Im nicht-öffentlichen Teil der Sitzung des Kreistages des Landkreises K. weist der Vorsitzende der A-Fraktion als Vorsitzender der A-Fraktion nach Eröffnung des TOP 3 darauf hin, dass – aus seiner Sicht – bereits erhebliche Bedenken bestehen, *„ob in dieser Sache noch die Nicht-Öffentlichkeit der Angelegenheit gewahrt werden kann."* Die wirtschaftliche Situation der Flughafen W.-GmbH werde bereits seit langer Zeit in der Presse ausführlich diskutiert. Die Auswirkungen des Beschlussvorschlages der Verwaltung blieben *„zudem im Dunklen"*. Im Übrigen verweist er auf die bereits im Vorfeld gegenüber dem Landrat des Landkreises K. geäußerten Bedenken, in der Sache zu entscheiden.
Die Mehrheit der Mitglieder des Kreistages des Landkreises K. beschließt dennoch nach ausführlicher und intensiver Diskussion die Verwaltungsvorlage.
Die A-Fraktion ist damit nicht einverstanden. Sie erhebt gegen den Kreistag des Landkreises K. und den Landrat des Landkreises K. vor dem Verwaltungsgericht Klage mit den Anträgen, festzustellen,

- gegenüber dem Kreistag des Landkreises K., dass *„der Beschluss des Kreistages des Landkreises K. zu TOP 3 des nicht-öffentlichen Teils der Sitzung vom … rechtswidrig ist"*;
- gegenüber dem Landrat des Landkreises K., dass *„der Landrat des Landkreises K. den Anspruch der A-Fraktion im Kreistag des Landkreises K. zu TOP 3 des nicht-öffentlichen Teils der Sitzung vom … auf angemessene und ausreichende Information verletzt hat"*.

II. Zur Rechtslage[1]

Die Klage gegen den Landrat des Landkreises K. (LR) ist zulässig, aber unbegründet; die Klage gegen den Kreistag des Landkreises K. (Kreistag) ist bereits unzulässig.[2]

1. Klage gegen den LR

(1) Der A-Fraktion stehen als Klägerin im Rahmen des hier angestrengten Kommunalverfassungsstreitverfahrens[3] die – für die nach § 43 VwGO erhobene Feststellungsklage – erforderliche Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO und das Feststellungsinteresse gem. § 43 Abs. 1 VwGO zur Seite. Es ist nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass der A-Fraktion ein von ihr geltend gemachtes subjektives wehrfähiges Recht auf ausreichende Information durch den LR zusteht.

(2) Die Klage ist jedoch unbegründet. Es kann nicht festgestellt werden, dass der beklagte LR mit der Verwaltungsvorlage zu TOP 3 den Anspruch der Klägerin auf angemessene Unterrichtung verletzt hat.

(a) Die Klägerin als A-Fraktion kann ihr Klagebegehren nicht auf die Vorschrfit des § 42 lit. c) KrONRW /§ 131 Abs. 1 iVm § 54 Abs. 1 Ziff. 1 BbgKVerf stützen.

Nach dieser Vorschrift obliegt dem LR *„die Vorbereitung und Durchführung der Beschlüsse des Kreistages"*. Diese Pflicht besteht nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm nur gegenüber dem Kreistag, nicht jedoch gegenüber dem einzelnen Kreistags-Mitglied noch gegenüber einer Fraktion des Kreistags. Die einzelnen Organteile sind voneinander unabhängig in ihrer Willensbildung. Daran ist auch unter Würdigung des Urteils des OVG Rheinland- Pfalz vom 1. Juni 2010[4] festzuhalten. Im Gegensatz zur Kommunalverfassung Rheinland-Pfalz steht der Wortlaut der Regelungen in NRW/Bbg dem vom OVG Rheinland-Pfalz bejahten *„ungeschriebenen Anspruch einer Fraktion auf angemessene Unterrichtung durch den LR"* entgegen. Einen *„ungeschriebenen Anspruch"* auf Information gegen den Wortlaut des Gesetzes der KrO NRW/BbgKVerf kann es nicht geben.

(b) Darüber hinaus scheidet auch eine analoge Anwendung des § 42 lit. c) KrO NRW/§ 131 Abs. 1 iVm § 54 Abs. 1 Ziff. 1 BbgKVerf aus. Die interne Meinungsbildung im Kreistag ist unproblematisch gewährleistet; auch ohne einen eigenen originären Informationanspruch einer Fraktion. Denn die für die Meinungsbildung notwendigen Unterlagen und Auskünfte stehen den Fraktionen über die – in ihnen zusammengeschlossenen – einzelnen Mandatsträger zur Verfügung und können von diesen geltend gemacht werden.

1 Es wird neben der KrONRW zugleich auf die vergleichbaren Vorschriften der BbgKVerf verwiesen.
2 Vgl. OVG NRW – Urteil vom 25. März 2014 zum Az. 15 A 1651/12, nrw.rechtsprechung.de.
3 *Günther/Beckmann,* Kommunallexikon, Stichwort „Kommunalverfassungsstreitverfahren"; *Hofmann/Beckmann,* Praktische Fälle aus dem Kommunalrecht, 10. Aufl., 3., 11. und 14. Fall.
4 Vgl. Urteil vom 1. Juni 2010 zum Az. 2 A 11318/09, juris.de.

(c) Das Klagebegehren lässt sich auch nicht mit Erfolg auf eine Verletzung der Vorschriften des § 26 Abs. 2 und/oder 4 KrO NRW/§ 131 Abs. 1 iVm §§ 29 Abs. 1 und 54 Abs. 2 BbgKVerf stützen. Nach dieser Vorschrift ist der LR verpflichtet, jedem Kreistagsmitglied auf Verlangen Auskunft und/oder Akteneinsicht zu gewähren. Dieses Recht steht – wie eindeutig festgelegt – nur dem einzelnen Kreistagsmitglied zu; nicht einer Fraktion. Entsprechendes gilt für die Unterrichtung über alle wichtigen Angelegenheiten. Der Kreistag mag eines seiner Mitglieder beauftragen. Anspruchsinhaber jedenfalls ist auch hier nur der Kreistag, nicht eine Fraktion.

(d) Schließlich ist die von der Klägerin begehrte Feststellung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegeben. Eine solche Pflichtverletzung liegt hier nicht vor. Zwar ist es die Pflicht des LR, den Fraktionen bei der Vorbereitung ihrer Sitzungen in einem angemessenen Rahmen behilflich zu sein. Hilfen, die der LR einer Fraktion zukommen lässt, müssen allen Fraktionen zukommen. Selbst wenn der LR im vorliegenden Falle die eine oder andere Antwort auf die zahlreichen Fragen der A-Fraktion schuldig geblieben ist, verstößt er damit nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Fraktionen kann daraus nicht hergeleitet werden; zumal die Klägerin selbst nicht davon ausging, dass alle Fragen vom LR beantwortet werden *(wird vom OVG NRW weiter ausgeführt)*.

Für den von der Klägerin geltend gemachten Aspekt, die von der A-Fraktion gerügten Mängel seien auch von einem – ihr angehörenden – Kreistagsmitglied geltend gemacht worden, gibt der Sachverhalt nichts her. Ein Eingehen darauf erübrigt sich daher. Dies gilt um so mehr, als nicht ein Mitglied des Kreistages klagt, sondern die A-Fraktion.

(3) Ergebnis: Die Klage der A-Fraktion gegen den LR ist daher unbegründet.

2. Klage gegen den Kreistag

Die Klage der A-Fraktion gegen den Kreistag ist bereits unzulässig. Der Klägerin steht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ein Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des vom Kreistag gefassten Beschlusses nicht zu.

(1) Die Klägerin kann sich als Fraktion schon nicht darauf berufen, dass die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit der §§ 53 ff. KrONRW/§ 131 Abs. 1 iVm §§ 63 ff. BbgKVerf nicht eingehalten seien. Die Einhaltung/Kontrolle dieser Grundsätze steht erkennbar nicht den Fraktionen als wehrfähige Rechtsposition zur Seite.

(2) Auch kann die Klägerin sich nicht auf § 42 lit. c) und/oder § 26 Abs. 2 und 4 KrONRW und/§ 131 Abs. 1 iVm §§ 29 Abs. 1 und 54 Abs. 2 BbgKVerf berufen. Anspruchsverpflichteter ist nicht der Kreistag, sondern allenfalls der LR; im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

(3) Wenn im Vortrag der Klägerin die Rüge liegen sollte, der Kreistag habe mit seinem Beschluss seine Kompetenzen nicht wahrgenommen, soweit er den LR beauftragt hat, die notwendigen weiteren Schritte einzuleiten/wahrzunehmen, kann dies nicht überzeugen. Zum einen hat der LR die Beschlüsse des Kreistages umzusetzen; zum andern können nur einzelne Mitglieder eines Kreistages dieses Recht zur Wahrnehmung der Organzuständigkeiten – gegenüber dem Kreistag – einfordern. Denn nur das einzelne Kreistagsmitglied hat das subjektive wehrfähige Recht, an den – in die Zuständigkeit des Kreistages fallenden – Beschlüssen mitzuwirken. Dieses Recht steht nicht den Fraktion zu. Fraktionen sind diesbezüglich in der KrO NRW/BbgKVerf wehrfähige subjektive Rechte nicht eingeräumt. Anders gewendet: Nur das einzelne Kreistagsmitglied kann sich auf eine (evtl. ausschließliche) Zuständigkeit des Kreistages berufen; nicht jedoch eine Fraktion.

(4) Eine zu berücksichtigende Rechtsverletzung der Klägerin resultiert auch nicht aus dem Umstand, dass der Beschluss des Kreistages in nicht-öffentlicher Sitzung verabschiedet wurde. Auf ein solches subjektives wehrfähiges Recht kann sich die Klägerin im Ergebnis ebenfalls nicht berufen. Zwar steht ihr dem Grunde nach aus § 40 Abs. 2 S. 1 KrONRW/§131 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 2 S. 2 BbgKVerf ein eigenes Recht auf Wahrung der Sitzungsöffentlichkeit zu. Denn sie kann *„ihre Auffassung öffentlich darstellen"*. Daraus folgt ein eigenes subjektives Organrecht der Fraktionen.

Dieses Recht wäre verletzt, wenn eine bestimmte – nicht geheimhaltungsbürftige – Angelegenheit zu Unrecht im nicht-öffentlichen Teil einer Sitzung verhandelt würde. Dies kann allerdings dahinstehen. Der Klägerin fehlt schon das Rechtsschutzbedürfnis, einen derartigen Mangel geltend zu machen. Denn ihre Klage verletzt den Grundsatz der Organtreue.[5] Dieser Grundsatz der Organtreue verlangt insbesondere die rechtzeitige Rüge des beabsichtigten, für rechtswidrig gehaltenen Verfahrens gegenüber dem möglicherweise verpflichteten Organ. Unterbleibt diese rechtzeitige Rüge, so kann die vermeintliche Rechtswidrigkeit später nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden. So liegt es hier. Denn durch die unterlassene Rüge ist dem Organ die Möglichkeit genommen, die Einwände zu überprüfen und ggf. für Abhilfe zu sorgen.[6] An einer solche Rüge der fehlenden Sitzungsöffentlichkeit fehlt es vorliegend bzw. an einem Antrag auf eine andere Behandlung des TOP 3. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist eine solche Rüge nicht erhoben bzw. ein solcher Antrag nicht gestellt worden. Der Redebeitrag des Fraktionsvorsitzenden der A-Fraktion spricht zwar die Problematik der Öffentlichkeit/Nicht-Öffentlichkeit an; eine Rüge und/oder einen Antrag enthält dieser Beitrag jedoch nicht. Seine Äußerung berührt nur das Problem, *„ob in dieser Sache noch die Nicht-Öffentlichkeit der Angelegenheit gewahrt werden kann"*. Die Behandlung des TOP 3 im nicht-öffentlichen Teil wurde damit in keiner Weise in Frage gestellt. Die Klägerin hat es damit versäumt, ihr Organrecht wahrzunehmen; mit dem Ergebnis, dass ihr Verstoß gegen den Grundsatz der Organtreue sie hindert, dies nachträglich zu rügen.

(5) Die Voraussetzungen für eine Entscheidungssperre für den Rat aus den in der Entscheidung des OVG NRW in seinem Beschluss vom 27. Mai 2007 zum Az. 15 B 634/07[7] genannten Gründen besteht vorliegend nicht. Deshalb kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen der Kreistag verpflichtet gewesen wäre, sozusagen von Amts wegen von einer Beschlussfassung abzusehen.

(6) Ergebnis: Die Klage der A-Fraktion gegen den Kreistag ist daher unzulässig.

5 Vgl. dazu *OVG NRW* in Fn 2; *Beckmann,* Kommunalrechtsklausur, 2013.
6 An dieser Stelle soll nicht verkannt werden, dass dies ein stumpfes Schwert sein kann bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen in den Vertretungen.
7 In nrw.rechtsprechung.de.

Anmerkung

Die Entscheidungsgründe des OVG NRW knüpfen an an die Unterscheidung in „Einzelrechte" – „Gruppenrechte" – „Rechte zur gesamten Hand der Gemeindevertretung/des Kreistag". Nur bei Beachtung dieser Grundsätze und einem an der Rechtsprechung orientierten Procedere vor und in den Sitzungen können die organschaftlichen Rechte der Mitglieder/die Gruppenrechte erfolgreich wahrgenommen werden. Hier gilt es, dafür Sorge zu tragen, dass nicht nur das Einzelrecht von dem einzelnen betroffenen Mitglied, sondern auch das Gruppenrecht von der Gruppe während der Sitzung klar und deutlich, aber sodann auch im Klageverfahren von beiden Beteiligten eingefordert werden.[8]

E.B./P.M.

Schulordnungsmaßnahme wegen Facebook-Eintrag

(OVG Münster, Beschl. v. 17. 9. 2014 – 19 B 985/14)

1. Eine Schule darf eine Ordnungsmaßnahme gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW grundsätzlich auf generalpräventive Gründe stützen.

2. Ein generalpräventives Bedürfnis besteht in aller Regel, wenn ein Schüler ein kompromittierendes Foto oder Video von einem Lehrer mit bedingtem Vorsatz oder gar der erkennbaren Absicht in ein soziales Netzwerk einstellt, dessen Ansehen vor der Schulöffentlichkeit und gegebenenfalls auch außerhalb der Schule herabzuwürdigen.

(Nichtamtl. Leitsätze)

A. Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Antragsteller (A) ist Schüler der Gesamtschule C. Er stellte heimlich Videoaufnahmen von seiner Klassenlehrerin Frau I. im Unterricht auf seine Facebook-Seite. Diese Aufnahmen zeigten die Lehrerin in einer Konfrontationssituation mit einem anderen Mitschüler und waren geeignet, Frau I. zu kompromittieren. In der Anhörung durch die Schulleiterin am 24. März 2014 gab A zu, er wisse aus den zahlreichen Informationen im Unterricht über den Umgang mit sozialen Netzwerken, dass sein Verhalten sowohl gegen alle schulischen Regeln verstoße als auch strafrechtliche Folgen habe, „er aber die Situation witzig gefunden habe und ihm das egal gewesen sei". Frau I. bat er nicht um Entschuldigung für sein Fehlverhalten ihr gegenüber. Aufgrund seines Verhaltens wurde A durch Bescheid der Schulleiterin in eine Parallelklasse überwiesen. Darüber hinaus wurde A vorübergehend vom Unterricht ausgeschlossen; diese Maßnahme ist bestandskräftig geworden. Gegen den Überweisungsbescheid hat A um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ersucht. Das VG hat den Antrag abgelehnt. Auch die Beschwerde gegen den Beschluss des VG hatte keinen Erfolg.

8 Vgl. dazu auch VG Düsseldorf-Beschluss vom 14. Dez. 2005 zum Az. 1 L 2304/05 zum dem von der Mehrheit der Gemeindevertretung beschlossenen Verkauf weiterer Stadtwerkeanteile, in nrw.rechtsprechung.de; siehe auch OVG NRW-Beschluss vom 25. Mai 2007, Fn. 7,: „Ein solcher Vertagungsantrag ist nicht gestellt worden. Die Antragsteller waren jedoch gehalten, ihre Rechte rechtzeitig und unmissverständlich durch einen förmlichen Antrag zu wahren"(Entscheidungsgründe Rdnr. 17).

II. Zur Rechtslage

Die Beschwerde wird gem. § 146 Abs. 1 und 4 VwGO als zwar zulässig, aber unbegründet abgewiesen. In diesem Rahmen prüft der Senat zum einen die Zulässigkeit des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO, zweitens in materieller Hinsicht die von A vorgetragenen Argumente.

1. Zulässigkeit des Aussetzungsantrages

Der Aussetzungsantrag des A gegen seine Überweisung in eine parallele Klasse ist **statthaft**. Eine Überweisung in eine parallele Klasse nach § 53 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SchulG NRW – ein Verwaltungsakt i S.. des § 35 VwVfG NRW – ist nach Satz 2 i. V. mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar, ohne dass die Schule in ihrem Bescheid eine Vollziehungsanordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO treffen muss.

2. Begründetheit

Eine Aussetzung der Vollziehung kommt in den Fällen des § 53 Abs. 3 Satz 2 SchulG NRW nur in Betracht, wenn im konkreten Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die gemessen am Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG ausnahmsweise eine solche Entscheidung rechtfertigen. Solche besonderen Umstände liegen nach Ansicht des OVG hier nicht vor. Insbesondere habe A solche Umstände auch in seiner Beschwerdebegründung nicht aufgezeigt. Ohne Erfolg bleibe sowohl sein Einwand, die streitige Schulordnungsmaßnahme widerspreche dem Zweck des § 53 Abs. 3 SchulG NRW, als auch seine Rüge, das VG habe ihre Verhältnismäßigkeit zu Unrecht bejaht.

a) Entgegen der Auffassung des A stehe die angefochtene Überweisung in eine parallele Klasse mit dem **Zweck** des § 53 SchulG NRW im Einklang. Ordnungsmaßnahmen dienen gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW der geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule sowie dem Schutz von Personen und Sachen. Diese beiden Teilzwecke qualifizieren die Ordnungsmaßnahmen als **ausschließlich zukunftsgerichtete pädagogische Maßnahmen** (Prävention). Sie dienen dazu, den betroffenen Schüler selbst von einer Wiederholung seines Fehlverhaltens abzuhalten, ihn in seinem künftigen Verhalten zur Erfüllung seiner schulischen Pflichten anzuhalten und bei ihm Einsicht und Besserung zu bewirken (**Spezialprävention**) und/oder Mitschüler davon abzuhalten, ähnliche Ordnungsverstöße zu begehen, um Störungen des Schulbetriebs künftig zu unterbinden (**Generalprävention**). Es steht grundsätzlich im Ermessen der Schule, ob sie eine Schulordnungsmaßnahme jeweils ausschließlich auf spezial- oder generalpräventive Gründe stützt und ob sie, wenn sie beide Gesichtspunkte heranzieht, diese kumulativ oder alternativ zugrunde legt. Insbesondere entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die Schule eine Ordnungsmaßnahme grundsätzlich auf generalpräventive Gründe stützen darf. Solche Gründe sind von den in § 53 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW allgemein formulierten Zielen mit umfasst, eine geordnete Unterrichts- und Erziehungsarbeit „der Schule" und den Schutz von Personen und Sachen zu gewährleisten.

Die vorliegend angefochtene Überweisung in eine parallele Klasse habe die Schulleiterin der Gesamtschule C. **kumulativ sowohl auf spezial- als auch auf generalpräventive Gründe** gestützt. Zutreffend habe die Schulleiterin zunächst ein spezialpräventives Bedürfnis ge-

sehen. A lasse eine konsequente Einsicht in sein Fehlverhalten bis heute vermissen (…). Auch das generalpräventive Bedürfnis für die Überweisung des A in eine parallele Klasse habe die Schulleiterin zu Recht bejaht und dieses Bedürfnis auch mit dem ihm zukommenden Gewicht in ihre pädagogische Ermessensentscheidung eingestellt. Ein solches Bedürfnis bestehe in aller Regel, wenn ein Schüler ein kompromittierendes Foto oder Video von einem Lehrer mit bedingtem Vorsatz oder gar der erkennbaren Absicht in ein soziales Netzwerk einstelle, dessen Ansehen vor der Schulöffentlichkeit und gegebenenfalls auch außerhalb der Schule herabzuwürdigen. Dieses generalpräventive Bedürfnis habe im vorliegenden Fall besonderes Gewicht, weil weite Kreise der Gesamtschule C. das Handyvideo auf der Facebook-Seite des A auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hätten. Auch in diesem Zusammenhang bagatellisiere A sein Fehlverhalten (…).

Vor diesem Hintergrund liege der Einwand des A neben der Sache, es stehe fest, „dass die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebes nicht infrage gestanden" habe. Hierauf komme es nicht an. Eine Überweisung in eine Parallelklasse setze nicht voraus, dass das Fehlverhalten des Schülers die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebes in Frage stelle. Nur die Schulentlassung oder deren Androhung nach § 53 Abs. 3 Nrn. 4 oder 5 SchulG NRW setzen nach dessen Absatz 4 Satz 1 voraus, dass der Schüler durch schweres oder wiederholtes Fehlverhalten die Erfüllung der Aufgaben der Schule oder die Rechte anderer ernstlich gefährdet oder verletzt hat. Eine Überweisung in eine parallele Klasse oder Lerngruppe nach § 53 Abs. 3 Nr. 2 SchulG NRW dürfe die Schule hingegen auch unterhalb dieser Schwelle ergreifen, nämlich schon dann, wenn das Fehlverhalten des Schülers i. S. des § 53 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW die geordnete Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule beeinträchtige. Der in diesem Sinn verstandene „Schulfrieden" sei entgegen der Auffassung des A nicht bereits dadurch wiederhergestellt, dass seine Eltern seine Facebook-Seite vor Ergehen der Ordnungsmaßnahme deaktiviert hätten. Das generalpräventive Bedürfnis habe vielmehr fortbestanden, wie auch die über Tage hinweg andauernden unangemessenen Bemerkungen von Schülern verschiedener Jahrgangsstufen gegenüber Frau I. belegen.

b) Ohne Erfolg blieb auch der weitere Einwand des A in der Beschwerdebegründung, die Schulleitung habe die Prüfung im Rahmen der **Verhältnismäßigkeit** unterlassen, ob die unbefristete Überweisung in eine Parallelklasse überhaupt erforderlich war und ob nicht der vorübergehende Unterrichtsausschluss oder eine befristete Überweisung ausgereicht hätte. Dieser Vorwurf ist nach Ansicht des OVG unzutreffend. Entgegen seiner Behauptung habe die Schulleiterin vielmehr im Rahmen ihrer **Ermessensausübung** durchaus das Gewicht seines Pflichtverstoßes einerseits und andererseits die daraus resultierenden Folgen für die Lehrerin sowie für die Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule berücksichtigt. Die **Pflichtverletzung** des A sei in **mehrfacher Hinsicht schwerwiegend**, weil er verbotswidrig im Unterricht eine Videoaufnahme von seiner Klassenlehrerin gemacht habe, indem er die Situation der lauten und heftigen Maßregelung des Mitschülers, also bewusst und direkt konträr gegen das schulische Verbot und dessen Durchsetzung, aufgezeichnet und dadurch die Zurechtweisung durch die Klassenlehrerin der Lächerlichkeit preisgegeben habe. Darüber hinaus habe er durch die Veröffentlichung des Videos auf seiner Facebook- Seite das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen schwer verletzt.

Angesichts der Schwere des Pflichtverstoßes entspreche die angefochtene Überweisung in eine parallele Klasse gerade auch in der Kombination mit dem bestandskräftigen Unterrichtsausschluss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 53 Abs. 1 Satz 3 SchulG NRW. Insbesondere sei die Überweisung in eine parallele Klasse neben dem bestandskräftigen Unterrichtsausschluss erforderlich. Dieser sei für die interessierte Schulöffentlichkeit heute allenfalls noch aus der Erinnerung heraus wahrnehmbar, während der Klassenwechsel des A langfristig bei Schülern, Lehrern und Eltern das Bewusstsein dafür schärfe, dass die Gesamtschule C. gegen unerlaubte kompromittierende Facebook-Veröffentlichungen konsequent einschreite und damit dem Persönlichkeitsrecht Betroffener Priorität einräume. Der Klassenwechsel sei auch im engeren Sinne verhältnismäßig (angemessen). Die Schulleiterin habe überzeugend ausgeführt, dass sich A gut in die neue Klasse integriert habe und sichtbare Nachteile in seinem Lern- und Leistungsverhalten ausgeblieben seien. Die Einwände des A hiergegen erschöpften sich im Wesentlichen in dem Hinweis auf den Wegfall von Gruppenarbeiten und Referaten sowie gemeinsamen Ausflügen mit seinen früheren Klassenkameraden. Diese habe er als Folgen seines Fehlverhaltens hinzunehmen.

B. Ergänzender Hinweis:

Die modernen Kommunikationsformen via Facebook etc. haben Einzug in den Schulalltag gefunden. Es bleibt nicht aus, dass Schüler zuweilen „über die Stränge schlagen" und Mitschüler und Lehrer auf diesem Wege bloßstellen. Mit einer Schulentlassung wegen eines Facebook-Eintrages befasst sich beispielsweise das *VG Augsburg* in einem Urteil vom 5. 2. 2013 (Au 3 K 12.969). Die Schulen versuchen, derartigen Störungen des Schulfriedens durch Handyverbote und Ordnungsmaßnahmen entgegenzuwirken. Damit wird der Zweck der Generalprävention verfolgt.
Allerdings vertreten *Rux/Niehues (*Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rdn. 446) die Ansicht, es sei generell unzulässig, generalpräventive Erwägungen in die Entscheidung über Schulordnungsmaßnahmen einfließen zu lassen. Der Senat widerspricht dieser – von ihm auch zitierten – Meinung. Die Auffassung verwechsele Ursache und Wirkung, wenn sie von der unzutreffenden Prämisse ausgehe, mit einer zumindest auch generalpräventiv begründeten Ordnungsmaßnahme mache die Schule den einzelnen Schüler „ohne eigenes Zutun für das Verhalten Dritter verantwortlich". Diese Prämisse gehe jedenfalls für Nordrhein-Westfalen am geltenden Recht vorbei. Denn nach § 53 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW setze jede Ordnungsmaßnahme gegen einen Schüler tatbestandlich voraus, dass dieser Schüler eine Pflichtverletzung zu verantworten habe. Diese Pflichtverletzung müsse ihm zudem, wie Satz 5 zeige, individuell zurechenbar sein. Beide Bestimmungen schließen es für Nordrhein-Westfalen schon vor der Stufe der Ermessensausübung zwingend aus, dass die Schule einen Schüler mit einer Schulordnungsmaßnahme für ein Fehlverhalten Dritter verantwortlich macht. Habe der Schüler hingegen, wie hier, eine ihm individuell zurechenbare Pflichtverletzung zu verantworten, dürfe die Schule gegen ihn eine Ordnungsmaßnahme auch mit dem Ziel der Einwirkung auf andere Schüler ergreifen. Diese Überlegungen sind grundsätzlich und auch in concreto überzeugend. Jedoch bedürfen Maßnahmen, die nur aus generalpräventiven Überlegungen ergriffen werden, einer intensiven Prüfung anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit. J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

E.B.	=	Prof. Dr. Edmund Beckmann
P.M.	=	Justitiar Peter Matschke
J.V.	=	Prof. Dr. Jürgen Vahle

Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 2015, 1.146 Seiten, geb., € 89,00, ISBN 978-3-406-66519-6, C. H. Beck

An guten Erläuterungsbüchern zum WEG besteht kein Mangel. Insofern stellt sich bei jeder Neuerscheinung die Frage nach dem „Mehrwert" im Vergleich zu den bereits vorhandenen Werken. Diese Nagelprobe hat der „Beck'sche Kurzkommentar" glänzend bestanden. Die Autoren, als Notar und Honorarprofessor (Hügel) und Richter am Kammergericht (Elzer) tätig, haben ein überzeugendes Werk vorgelegt. Um mit dem Äußeren anzufangen: Das (hinreichend große) Druckbild und der Verzicht auf allzu häufige „Abk." bieten einen hohen Lesekomfort. Schlüsselbegriffe sind durch Fettdruck hervorgehoben. Der Aufbau des Werkes ist einheitlich gestaltet, so dass man sich schnell zurechtfindet. Auf den Gesetzestext folgen Literaturhinweise, an die sich eine – auf die Randnummer Bezug nehmende – Übersicht anschließt. In der Kommentierung werden eingangs Sinn und Zweck der Norm dargestellt; soweit erforderlich finden sich Hinweise auf prozessrechtlich relevante Vorschriften. Die Sprache des Kommentars ist eingängig und ohne pseudowissenschaftlichen Ballast; die Verfasser kommen schnell und schnörkellos auf den „Punkt". Der Rezensent hat den Kommentar stichprobenweise geprüft und ist stets fündig geworden. Ein einziges Monitum betrifft die Unterbringung der Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur im Fließtext. Der Lesbarkeit täte es besser, wenn sie in die Fußnoten verbannt würden.

Fazit: Ein kompakter, äußerst informativer und gut verständlicher Kommentar, dem weitere Auflagen zu wünschen sind.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, 1.328 Seiten, geb., 99,00 €, ISBN 978-3-8293-1091-8, Kommunal- und Schulverlag

Die Besonderheit des Kommentars wird bereits durch den Zusatz „und E-Government" deutlich. Mit Blick auf die wachsende Bedeutung der elektronischen Informations- und Kommunikationstechniken werden bei jeder Vorschrift die „Bezüge zum E-Government" hergestellt,nicht nur bei den Normen, die sich explizit darauf beziehen (z. B. § 3a). Das wirkt allerdings öfters aufgesetzt, wenn z. B. in der Kommentierung zu § 48 allein auf § 3a verwiesen und darauf hingewiesen wird, dass ansonsten die „allgemeinen Grundsätze" anwendbar seien (Rn. 15).
Sehr nützlich und positiv zu bewerten ist es demgegenüber, dass andere einschlägige Gesetze kommentiert werden, etwa das De-Mail-Gesetz. Damit bietet der Kommentar Informationen, die man ansonsten aus Spezialwerken gewinnen müsste. Auch die neuen Regelungen zur elektronischen Beantragung von Führungszeugnissen sowie die Bezüge zum „Open Government" und zum Geodatenwesen werden angesprochen.
Stichproben haben gezeigt, dass der Kommentar zuverlässig über die Auslegung und Anwendung des VwVfG informiert. Erfreulicherweise werden Schwächen des Gesetzes nicht unterschlagen. Die Kritik am Gesetz bzw. Gesetzgeber ist sachlich, aber hinreichend deutlich (s. z. B. § 40 Rn. 23). In äußerlicher Hinsicht gibt es nichts zu bemängeln: Übersichten zu den Erläuterungen und die optische Hervorhebung von Schlüsselbegriffen ermöglichen eine schnelle Orientierung.

Fazit: Ein solider und empfehlenswerter Kommentar, der sich offensichtlich auf dem hart umkämpften Markt behauptet hat.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Jarass, BImSchG, 11. Aufl. 2015, 1.048 Seiten, in Leinen, € 139,00, ISBN 978-3-406-68192-9, C. H. Beck

Das Bundesimmissionsschutzgesetz gehört zu den Kernmaterien des Umweltrechts, zumal das Gesetz durch derzeit zahlreiche Verordnungen und zwei grundlegende Verwaltungsvorschriften (TA Lärm, TA Luft) mit praktisch gesetzesvertretender Wirkung ergänzt wird. Mit der vorliegenden Auflage wird die Kommentierung auf den Gesetzesstand Januar 2015 gebracht. Einzuarbeiten waren insbesondere diverse Gesetzesänderungen – §§ 37a bis e und § 37f (neu) sowie die §§ 48, 62 und 67 – und geänderte Immissionsschutzverordnungen. Die Kommentierung etlicher Vorschriften (z.B. die §§ 3 und 4) wurde überarbeitet.
Des Weiteren hat der Autor mit der gewohnten Gründlichkeit neue Entscheidungen und Fachliteratur in die Darstellung eingearbeitet.

Fazit: Der Kommentar wird auch weiterhin ein unentbehrlicher Ratgeber für alle sein, die sich mit dem komplexen Thema Immissionsschutz zu befassen haben.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl. 2013, 852 Seiten, Leinen, € 138,00, ISBN 978-3-4522-7631-5, Heymanns

Das Handbuch – nunmehr auch als e-Book verfügbar – überzeugt auch in der jetzigen Auflage. Es hat durch den Absturz eines Flugzeugs über den Alpen eine tragische Aktualität erfahren. Die Autoren haben das bewährte Konzept zu Recht beibehalten. Den Schwerpunkt des Werkes bilden die „Regelungsgegenstände des Luftverkehrsrechts": Luftraum, Flugsicherung, Verkehrsregeln, Geräte und Personal, Flugplätze, Luftfahrtunternehmen, Luftverkehr und die Luftfahrtversicherung. Mit akribischer Gründlichkeit werden alle wesentlichen Rechtsfragen und tatsächlichen Probleme aufbereitet, so dass kaum eine Frage offen bleiben dürfte. Der Lesekomfort des Buches ist durch die Einführung von Randnummern gesteigert worden. Sehr erfreulich ist, dass der Preis trotz gewachsenen Umfanges merklich gesenkt worden ist.

Fazit: Ein Handbuch, das die Thematik erschöpfend und zugleich gut verständlich darstellt.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, 2.053 Seiten, in Leinen, € 135,00, ISBN 978-3-406-64393-4, C. H. Beck

Ca. sechs Jahre sind seit der Vorauflage verstrichen, so dass eine Neubearbeitung des Handbuchs erforderlich geworden ist. Das Bau- und Fachplanungsrecht ist seitdem mehrfach novelliert worden. Zu nennen sind unter anderem das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in den Städten und Gemeinden, das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung von Städten und Gemeinden und zur weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts, das Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen und das Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren.
Darüber hinaus waren selbstverständlich aktuelle Rechtsprechung und Literatur einzuarbeiten.
Nach wie vor zeichnet allein Stüer – dank seiner beruflichen Ausrichtung als Fachanwalt hervorragend mit der komplexen Materie vertraut – als Autor für das umfangreiche Werk verantwortlich.
Der Leser wird zunächst mit den rechtlichen Grundlagen der Planung – Instrumente, Verfahrensweisen, formelle/materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen – vertraut gemacht. Den zweiten inhaltlichen Schwerpunkt bilden die Baugenehmigung sowie die (planungsrechtliche) Zulässigkeit von Bauvorhaben. Auf besonderes Interesse dürfte bei einschlägig tätigen Anwälten das mehr als 100 Seiten umfassende Kapitel über den Rechtsschutz stoßen.
An Detailreichtum ist das Werk kaum zu überbieten. Trotz der inhaltlichen Fülle bleibt die Darstellung jedoch sehr gut verständlich. Schaubilder tragen zur Veranschaulichung des Stoffes bei. Leitbegriffe sind – leserfreundlich- im Fettdruck hervorgehoben.

Fazit: Dank der aktuellen Auflage bleibt das Handbuch eine (fast) unerschöpfliche Informationsquelle auf dem immer komplexer werdenden Gebiet des Bauplanungsrechts.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

Herausgeber:

Dr. ***Hans Bernhard Beus***, Staatssekretär a. D. • Dr. ***Yvonne Dorf***, Ltd. Regierungsdirektorin, Fachbereichsleiterin Allgemeine Innere Verwaltung an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl • Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. ***Peter Eichhorn***, Ehrenpräsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M. • ***Patricia Florack***, Ltd. Kreisrechtsdirektorin, Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln • Dr. ***Holger Franke***, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • ***Ernst Halle***, Ltd.Verwaltungsdirektor, Studienleiter der Verwaltungsakademie Schleswig-Holstein, Bordesholm • ***Johannes Heinrichs***, Ltd. Regierungsdirektor, Leiter des Instituts für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Hilden • Prof. Dr. ***Ulrike Hermann***, Hochschule Osnabrück • Dr. ***Marita Heydecke***, Leiterin des Fachbereichs Weiterbildung bei der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg, Oranienburg • Prof. Dr. ***Michael Jesser***, Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Bildungszentrums Braunschweig des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover • ***Horst Knechtel***, Schulleiter und Verbandsgeschäftsführer des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt und Bürgermeister der Stadt Darmstadt a.D. • Dr. ***Margrit Kölbach***, Studienleiterin der Verwaltungsseminare Darmstadt und Frankfurt a. M. • Prof. Dr. ***Michael Koop***, Präsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover • ***Klaus-Jochen Lehmann***, Ltd. Direktor a. D., Vorstandsvorsitzender der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Westfalen-Mitte • ***Reinhard Mokros***, Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen • ***Gabriele Reichel***, Studienleiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt, Magdeburg • ***Cornelia Rogall-Grothe***, Staatssekretärin a. D. • Prof. Dr. ***Josef Konrad Rogosch***, Präsident der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz • Prof. Dr. ***Utz Schliesky***, Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages und Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • ***Christiane Schoppmeier-Pauli***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin der Abteilung Münster der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW • Dr. ***Sabine Seidel***, Direktorin des Studieninstituts Ruhr für kommunale Verwaltung, Dortmund • ***Jörg Siekmeier***, Ltd. Verbandsverwaltungsdirektor, Leiter des Kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald • ***Reiner Stein***, Regierungsdirektor, Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • Prof. Dr. ***Udo Steiner***, Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. • Prof. Dr. ***Jürgen Stember***, Dekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt • ***Christiane Wallnig***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin des Studieninstituts des Landes Niedersachsen, Bad Münder • Prof. ***Holger Weidemann***, Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Bildungszentrums Oldenburg des Niedersächsischen Studieninstituts, Hannover • ***Klaus Weisbrod***, Leiter der Zentralen Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz und Direktor der Hochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz, Mayen • ***Ralf Uwe Wenzel***, Senatsrat, Referatsleiter beim Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen • Prof. Dr. ***Iris Wiesner***, Vizepräsidentin der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen

Impressum

Redaktion:

Chefredakteur
Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,
Tel. und Fax (057 41) 52 68
E-Mail: FINKE.LK@t-online.de

Regierungsdirektor Günter Haurand
Burgwiese 7, 33602 Bielefeld
E-Mail: haurand@web.de

Prof. Dr. Jürgen Vahle
Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,
E-Mail: jvahle@web.de

Prof. Holger Weidemann
Südstraße 16, 28857 Syke
Tel. (05 11) 1 60 94 09
E-Mail: holger.weidemann@nds-sti.de

Verlag: Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Ballindamm 17, 20095 Hamburg
Tel. (0 40) 70 70 80-3 06, Telefax (0 40) 70 70 80-3 24
E-Mail: vertrieb@dvp-digital.de
www.dvp-digital.de
ISSN 0945-1196

Anzeigen: L.A.CH. SCHULZ
Gesellschaft für Anzeigen, Werbung und Verlag mbH
Mattentwiete 5, 20457 Hamburg
Michael Witte Tel.: (040) 36 98 04-0
info@lachschulz.de
www.lachschulz.de
Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 29 gültig. Anzeigenschluss jeweils am 15. des Vormonats.

Auslieferung: Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart
Tel. 0711/6672-0, Fax 0711/66 72 19 74
koehler-mittler@svk.de

Druck und Bindung:
DZA Druckerei zu Altenburg, Altenburg

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 89,90 € einschl. 7 % Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 8,90 €. Bestellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg.

Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

3. – 4. Dezember 2015
STATION Berlin

MODERNER STAAT

19. Fachmesse und Kongress
Strategie und Best Practices für IT, Personal und Finanzen

Neue Infrastrukturen braucht das Land.

Thema u. a.: Open Government

Welchen Nutzen haben unterschiedliche, gesellschaftliche Gruppen sowie öffentliche Verwaltungen von einem offeneren und transparenteren Verwaltungshandeln? Was ändert sich für Politik, Verwaltung sowie Bürger und wo liegen die Grenzen von Offenheit, Zusammenarbeit und Teilhabe?

www.moderner-staat.com

Organised by

EXXPOEVENT
MESSE | KONGRESS | EVENT

DStGB
Deutscher Städte- und Gemeindebund

zeppelin universität
zwischen Wirtschaft Kultur Politik

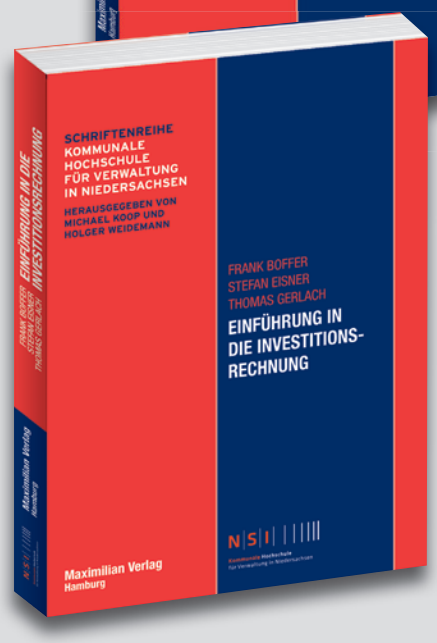
MEHR WISSEN. NEUE TITEL

DIE SCHRIFTENREIHE KOMMUNALE HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNG IN NIEDERSACHSEN

Peter Bittorf/Sabine Drape/Helmut Globisch/ Birgit Moldenhauer/Elke Scheske/Holger Weidemann: Bescheidtechnik

Dieses Buch soll die künftigen Verwaltungsmitarbeiter auf die Prüfungen und die spätere Praxis vorbereiten. Ausbildung und Studium vermitteln zwar Fertigkeiten zur praktischen Anwendung des erlernten Wissens, die Berufspraxis erschöpft sich jedoch nicht ausschließlich darin, verfahrens- und materiell-rechtliche Fragen zu beleuchten. Damit sich die zukünftigen Verwaltungsmitarbeiter nach ihrer Ausbildung oder ihrem Studium nicht unvorbereitet unbekannten Aufgaben stellen müssen, sehen alle Studien- und Lehrgangsangebote Übungseinheiten zur Bescheidtechnik vor. Häufig fehlt es an geeigneten Anschauungs- und Übungsmaterialien. Die vorliegenden Mustertexte schließen diese Lücke und sind ideal für die Prüfungsvorbereitung geeignet.

Band 8, 120 Seiten, ISBN 978-3-7869-0904-0, 14,95 €



3., überarbeitete Auflage

Frank Boffer/Stefan Eisner/Thomas Gerlach: Einführung in die Investitionsrechnung

Grundlage für die kommunale Investitionsentscheidung ist die Investitions- und Finanzierungsrechnung. Auch komplexe Entscheidungen können mit ihrer Hilfe wirtschaftlich sinnvoll getroffen werden. Das Buch beinhaltet die klassischen Verfahren der Investitionsrechnung mit Anwendungsbezug auf Investitionsentscheidungen in der Kommunalverwaltung. Das umfangreiche Übungsmaterial ermöglicht einen hohen Praxisbezug, ohne dabei wissenschaftlich theoretische Aspekte zu vernachlässigen. Zielgruppen sind sowohl Studierende als auch interessierte Praktiker.

Band 7, 300 Seiten, ISBN 978-3-7869-0905-7, 29,90 €

Jan Seybold/Wolfgang Neumann/Frank Weidner: Niedersächsisches Kommunalrecht

Dieses Werk ist ein Lehrbuch zum niedersächsischen Kommunalrecht auf der Basis des neu geschaffenen Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG). Es richtet sich hauptsächlich an Auszubildende und an Studierende.
Der Leser hat mit diesem Werk die Möglichkeit, Wissen in diesem Bereich zu erarbeiten, zu festigen und die Materie zu rekapitulieren. Auch Praktiker sind mit diesem Werk gut beraten, um sich kommunale Themen zu erarbeiten oder bekannte Themen auf der Basis des neuen NKomVG zu vertiefen.

Band 3, 256 Seiten, ISBN 978-3-7869-0903-3, 29,90 €

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80 -320 | Fax 040/70 70 80 -324 | vertrieb@dvp-digital.de