

NomosFormulare

Eiding | Hofmann-Hoeppel [Hrsg.]

# Verwaltungsrecht

Schriftsatzmuster und Erläuterungen

Materielles Recht | Verfahrensrecht

3. Auflage



Nomos

# NomosFormulare

Prof. Dr. Lutz Eiding

Dr. iur. utr. Jochen Hofmann-Hoepfel [Hrsg.]

# Verwaltungsrecht

Schriftsatzmuster und Erläuterungen  
Materielles Recht | Verfahrensrecht

3. Auflage

RA **Dr. Eberhard Baden**, FAVerwR, FABauArchR, Bonn | RA **Dr. Jochen Bernhard**, Stuttgart, Lehrbeauftragter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg | RA **Prof. Dr. Lutz Eiding**, FAVerwR, Honorarprofessor für öffentliches Recht, Hanau | RA **Dr. David Elshorst**, FAVerwR, Frankfurt/Main | RAin **Dr. Beatrice Fabry**, FAinVergabeR, Stuttgart | RA **Dr. Martin Faußner**, FAVerwR, Lehrbeauftragter für öffentliches Baurecht, Hanau | RA **Dr. Till Fischer**, FABauArchR, Mannheim, Fachdozent | RA **Prof. Dr. Roland Fritz**, M.A., Zertifizierter Mediator, Frankfurt/Main | RA **Dr. Andreas Geiger**, München, Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München | RA **Prof. (Yeditepe Univ. Istanbul) Dr. Rolf Gutmann**, FAVerwR, FAMigR, Stuttgart | **Matthias Heck**, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Hanau | **Prof. Dr. Christian Heitsch**, Senior Lecturer in Law, Brunel University, London | RA **Dr. Jürgen Herrlein**, FASrR, FAMietWEGR, Frankfurt/Main | **Dr. iur. utr. Jochen Hofmann-Hoepfel**, Höchberg | RA **Dr. Hans Wolfram Kessler**, FAVerwR, Leipzig | **Dr. Michael Luber**, LL.M. Eur, Ministerialdirigent, Bayerische Staatskanzlei, München | **Dr. Saskia Lukasch**, Regierungsdirektorin, Berlin, Bundesministerium für Bildung und Forschung | RA **Dr. Stefan Meßmer**, Stuttgart, Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen, Ludwigsburg | RA **Dr. Martin Ott**, Stuttgart | RAin **Ursula Philipp-Gerlach**, FAinVerwR, Frankfurt/Main | **Dr. René Pörtl**, Oberbürgermeister der Stadt Schwetzingen | **Prof. Dr. Ralf Roßkopf**, Vizepräsident für Internationales, German Jordanian University | RAin **Verena Rösner**, Dipl.-Verwaltungswirtin (FH), Stuttgart | RA **Dr. Matthias Schröder**, Stuttgart | RA **Dr. Frank-Florian Seifert**, FAVerwR, Lehrbeauftragter Technische Universität Berlin, Lehrbeauftragter Berliner Hochschule für Technik, Berlin | **Dr. Anna Seulen**, Regierungsdirektorin, Bonn, Bundesministerium für Bildung und Forschung | RA **Frank Wieland**, FAVerwR, Bonn | RAin **Manuela Wieland**, FAinVerwR, FAinArbR, Bonn



**Nomos**

Die Formulierungsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

**Hinweis zur Onlinenutzung**

Das Zugangsrecht zu diesem Werk ist eine zeitlich begrenzte Serviceleistung des Verlages, die automatisch mit Erscheinen der nächsten Auflage endet.

**Zitiervorschlag:** FormB-VerwR/*Bearbeiter* § 1 Rn. 1

**Die Deutsche Bibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7200-1

3. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort

Nachdem bereits die Erstauflage dieses Formularbuchs zum Verwaltungsrecht 2013 erfreuliche Beachtung erfuhr und als das „Werk des ersten Zugriffs“ bezeichnet worden war, so dass bereits 2017 aufgrund des großen Zuspruchs eine 2. Auflage nachfolgen konnte, widmet sich auch die vorliegende 3. Auflage den eingetretenen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie den seitens der Corona-Pandemie im März 2020 zu beobachtenden gesellschaftlichen und rechtspolitischen Tendenzen. Sichtbares Zeichen hierfür ist nicht nur das durch den Mitherausgeber Hofmann-Hoepfel neu verfasste Kapitel zum Infektions- und Katastrophenschutzrecht (§ 66); insbesondere im Versammlungsrecht (§ 63) hat die Pandemie in einer Fülle von (regelmäßig einseitigen) Verfahren vor den Instanzgerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie dem Bundesverfassungsgericht ihren Niederschlag gefunden. Nach wie vor von rechtspolitisch aktueller Relevanz sind im Versammlungsrecht die Herausforderungen, die sich durch Veranstaltungen an bestimmten Gedenktagen oder herausgehobenen Orten, neuartige Demonstrationsformen (sogenannte „Spaziergänge“) oder die Fertigung von Übersichtsaufnahmen durch Video-Drohnen ergeben. Im öffentlichen Vereinsrecht (§ 64) war nach wie vor – angesichts anhaltender antisemitischer wie sonstiger rechtsradikaler Tendenzen – die Problematik der Nachfolgeorganisationen verbotener Vereine und des Verbots sogenannter „Widerstandsbewegungen“ zu thematisieren.

Aufgrund des erfreulicherweise großen Zuspruchs des Werkes wurde das Konzept der Erstauflage 2013 beibehalten. Die ausführlichen Mustertexte verbinden durchgängig materielles und Verfahrensrecht, stellen damit ein Spiegelbild der Anforderungen der Praxis an eine erfolgreiche und effiziente Mandatsbearbeitung dar. Die den Mustertexten vorangestellten Erläuterungen beziehen sich nicht nur auf zugrunde gelegte Sachverhalte, sondern erklären nachvollziehbar das nähere rechtliche Umfeld. Aufgezeigt werden auch die Rechtsprechungsunterschiede zwischen den einzelnen Oberverwaltungsgerichten der Länder. Ergänzende Praxishinweise machen auf die im jeweiligen Rechtsgebiet immanenten Besonderheiten – auch taktischer Natur – aufmerksam.

Die vorliegende 3. Auflage liefert damit einen lösungsorientierten Zugang zu praxisrelevanten Streitfragen in 66 Spezialgebieten des Verfahrens- und materiellen Verwaltungsrechts. Die Themenbreite geht wiederum weit über den Kanon der Fachanwaltschaft Verwaltungsrecht hinaus. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen auf dem Stand von Ende 2021, teilweise sogar Februar 2022.

Innerhalb eines Zeitraums von ca. 4 Jahren, in welchem seit der Erstauflage jeweils die Folgeauflagen dieses Formularbuchs erschienen sind, erfolgen erfahrungsgemäß in fast allen Teilbereichen des besonderen Verwaltungsrechts gesetzgeberische Aktivitäten, die Eingang in die Fachliteratur finden. Zu nennen sind etwa die Digitalisierung von Verwaltungsverfahren, u.a. im Plansicherstellungsgesetz vom 20.5.2020, das auf Verfahren in zahlreichen Fachgesetzen anzuwenden ist, die Implementierung des Datenschutzrechts und der Informationsrechte im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung, „geboostert“ durch die gesellschaftlichen Entwicklungen aus Anlass der Corona-Pandemie, die Novellierung des KrWG vom 23.10.2020 zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der EU mit der Weiterentwicklung des Grundsatzes der Abfallvermeidung und der Stärkung des Recyclings, das Baulandmobilisierungsgesetz 2021, sowie die Klimaschutzgesetzgebung, wie das Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12.12.2019 und das Kohleausstiegsgesetz vom 8.8.2020. Auch wenn Klimaschutz bisher nur in Grenzen justiziabel ist, zeigt der BVerfG-Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, dass künftig der Gesetzgeber und die Vollzugsbehörden stärker gefordert sind. Geboten war die Ein- und Verarbeitung einer über nahezu 5 Jahre angewachsenen gewaltigen Materialfülle – geschuldet etwa der Neuausrichtung aufgrund gesetzgeberischer Aktivitäten im Recht der Bauleitplanung (§ 21), im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht (§ 48), oder aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Hochschulzulassungsrecht (§ 57). Die Herausgeber waren dabei trotz der Aufnahme des neuen Kapitels Infektions- und Katastrophenschutzrecht (§ 66) bestrebt, den Gesamtumfang nicht ausufern zu lassen.

## Vorwort

---

Unser Dank als Herausgeber gilt zunächst allen, die an der vorliegenden Neuauflage mitgewirkt haben, zuvörderst den Autoren für ihre hervorragende Arbeit. Dank gilt insbesondere Herrn Kollegen Pörtl, der nach dem Ausscheiden von Herrn Ruder dessen Kapitel zum Polizei- und Ordnungsrecht (§ 63 aF, nunmehr § 62 nF) und von Frau Kollegin Wiesinger kurzfristig deren Kapitel zum Datenschutzrecht (§ 66 aF, nunmehr § 65) übernahm.

Besonderer Dank gilt Frau Kollegin Frickinger für ihre ausgezeichnete lektoratsseitige Unterstützung und ihr Verständnis für corona-bedingte Verzögerungen im Rahmen der Überarbeitung einzelner Kapitel.

Herausgeber und Autoren wünschen sich, dass die 3. Auflage ebenso gut angenommen werden möge, wie die Vorauflagen und in der Praxis den Anwendern die erwartete Hilfestellung nicht zuletzt wegen der enthaltenen Muster bieten kann, welche erstmals online gestellt sind.

Anregungen und Hinweise aus der Leserschaft nehmen die Herausgeber nach wie vor gerne auf.

Hanau, im März 2022  
*Lutz Eiding*

Höchberg, im März 2022  
*Jochen Hofmann-Hoeppel*

---

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	5
Autorenverzeichnis .....	11
Abkürzungsverzeichnis .....	15
Allgemeines Literaturverzeichnis .....	27
<b>Abschnitt 1: Akteneinsicht und Informationszugang .....</b>	<b>29</b>
§ 1 Akteneinsichtsrecht in Verwaltungsverfahren des VwVfG ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) ....	29
§ 2 Informationszugang nach IFG ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	61
§ 3 Informationszugang nach VIG ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	110
§ 4 Informationszugang nach UIG ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	148
<b>Abschnitt 2: Verwaltungsverfahren, Mediation .....</b>	<b>194</b>
§ 5 Widerspruchsverfahren ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	194
§ 6 Außergerichtlicher vorläufiger Rechtsschutz ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	237
§ 7 Gebühren und Auslagen in Verwaltungssachen ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	255
§ 8 Mediation ( <i>Fritz</i> ) .....	309
<b>Abschnitt 3: Verwaltungsprozess und Vollstreckung .....</b>	<b>337</b>
§ 9 Klageverfahren ( <i>Heitsch</i> ) .....	337
§ 10 Berufung ( <i>Heitsch</i> ) .....	410
§ 11 Revision und Anhörungsrüge ( <i>Heitsch</i> ) .....	435
§ 12 Vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz gem. §§ 80 Abs. 5–8, 80a VwGO ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	466
§ 13 Einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	502
§ 14 Normenkontrollverfahren ( <i>Heitsch</i> ) .....	539
§ 15 Vollstreckung aus rechtlichen Titeln ( <i>Herrlein</i> ) .....	554
<b>Abschnitt 4: Verfassungsprozessrechtliche Rechtsbehelfe .....</b>	<b>567</b>
§ 16 Verfassungsbeschwerde nach Bundes- und Landesrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	567
§ 17 Rechtsschutz vor den Europäischen Gerichten ( <i>Gutmann</i> ) .....	633

Inhaltsübersicht

---

<b>Abschnitt 5: Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistung</b> .....	658
§ 18 Amtshaftungsrecht ( <i>Luber</i> ) .....	658
§ 19 Rechtsschutz im Enteignungsverfahren ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	678
§ 20 Planungsschadensrecht und Folgenbeseitigungsanspruch ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	691
<b>Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht</b> .....	708
§ 21 Bauplanungsrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	708
§ 22 Städtebauliche Verträge ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	813
§ 23 Umlegungsrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	838
§ 24 Bauordnungsrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	862
§ 25 Baunachbarrecht ( <i>Elschorst/Heck</i> ) .....	942
§ 26 Denkmalschutzrecht ( <i>Fischer</i> ) .....	990
<b>Abschnitt 7: Fachplanungsrecht</b> .....	1004
§ 27 Raumordnungs- und Landesplanungsrecht ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	1004
§ 28 Planfeststellungsrecht ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	1026
§ 29 Straßenplanungsrecht ( <i>Geiger</i> ) .....	1055
§ 30 Eisenbahnplanungsrecht ( <i>Geiger</i> ) .....	1077
§ 31 Straßenbahnplanungsrecht ( <i>Geiger</i> ) .....	1106
§ 32 Luftverkehrsrecht ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	1133
<b>Abschnitt 8: Kommunal- und Kommunalabgabenrecht</b> .....	1159
§ 33 Kommunalrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	1159
§ 34 Erschließungsbeitragsrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	1192
§ 35 Straßenausbaubeitragsrecht ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	1233
§ 36 Anschlussbeitragsrecht ( <i>Eiding/Faußner</i> ) .....	1257
<b>Abschnitt 9: Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, Compliance</b> .....	1273
§ 37 Kommunale wirtschaftliche Betätigung und Lauterkeitsrecht ( <i>Schröder</i> ) .....	1273
§ 38 Kommunale Unternehmen ( <i>Fabry</i> ) .....	1322
§ 39 Compliance ( <i>Bernhard</i> ) .....	1341

---

<b>Abschnitt 10: Wirtschaftsverwaltungsrecht</b> .....	1361
§ 40 Gewerberecht ( <i>Seifert</i> ) .....	1361
§ 41 Handwerksrecht ( <i>Seifert</i> ) .....	1370
§ 42 Gaststättenrecht ( <i>Seifert</i> ) .....	1378
§ 43 Nationales Subventionsrecht ( <i>Rösner/Bernhard</i> ) .....	1389
§ 44 Europäisches Beihilfenrecht ( <i>Meßmer/Bernhard</i> ) .....	1414
§ 45 Vergaberecht ( <i>Fabry/Ott</i> ) .....	1448
<b>Abschnitt 11: Umweltrecht</b> .....	1480
§ 46 Immissionsschutzrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	1480
§ 47 Naturschutzrecht ( <i>Philipp-Gerlach</i> ) .....	1716
§ 48 Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	1734
§ 49 Bodenschutzrecht ( <i>Eiding/Heck</i> ) .....	1823
§ 50 Gewässerschutzrecht ( <i>Seifert</i> ) .....	1855
§ 51 Bergrecht ( <i>Kessler/Lukasch</i> ) .....	1912
<b>Abschnitt 12: Öffentliches Dienstrecht</b> .....	1938
§ 52 Beamtenrecht ( <i>F. Wieland/Seulen</i> ) .....	1938
§ 53 Personalvertretungsrecht ( <i>Baden</i> ) .....	1985
§ 54 Beamtenversorgungsrecht ( <i>Baden</i> ) .....	2015
§ 55 Disziplinarrecht ( <i>Baden/F. Wieland</i> ) .....	2044
<b>Abschnitt 13: Schul-, Ausbildungs- und Prüfungsrecht</b> .....	2079
§ 56 Schulrecht ( <i>M. Wieland</i> ) .....	2079
§ 57 Hochschulzulassungsrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	2118
§ 58 Prüfungsrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	2190
<b>Abschnitt 14: Aufenthalts-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht</b> .....	2238
§ 59 Aufenthaltsrecht ( <i>Roßkopf</i> ) .....	2238
§ 60 Asyl- und Asylbewerberleistungsrecht ( <i>Roßkopf</i> ) .....	2289
§ 61 Staatsangehörigkeitsrecht ( <i>Roßkopf</i> ) .....	2332



**Inhaltsübersicht**

---

<b>Abschnitt 15: Polizei- und Sicherheitsrecht, Datenschutzrecht, Katastrophen- und Infektionsschutzrecht .....</b>	<b>2352</b>
§ 62 Polizei- und Ordnungsrecht ( <i>Pörtl/Ruder</i> ) .....	2352
§ 63 Versammlungsrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	2397
§ 64 Öffentliches Vereinsrecht ( <i>Hofmann-Hoepfel</i> ) .....	2457
§ 65 Datenschutzrecht ( <i>Pörtl</i> ) .....	2492
§ 66 Katastrophen- und Infektionsschutzrecht ( <i>Hoffmann-Hoepfel</i> ) .....	2513
Stichwortverzeichnis .....	2585

## Autorenverzeichnis

*Dr. Eberhard Baden*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Bonn

§ 53 Personalvertretungsrecht; § 54 Beamtenversorgungsrecht; § 55 Disziplinarrecht  
(zs. mit *Frank Wieland*)

*Dr. Jochen Bernhard*, Rechtsanwalt, Stuttgart, Lehrbeauftragter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

§ 39 Compliance; § 43 Nationales Subventionsrecht (zs. mit *Verena Rösner*); § 44 Europäisches Beihilfenrecht (zs. mit *Dr. Stefan Meßmer*)

*Prof. Dr. Lutz Eiding*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Honorarprofessor für öffentliches Recht, Hanau

§ 19 Rechtsschutz im Enteignungsverfahren (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 20 Planungsschadensrecht und Folgenbeseitigungsanspruch (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 21 Bauplanungsrecht (zs. mit *Matthias Heck*); § 22 Städtebauliche Verträge (zs. mit *Matthias Heck*); § 23 Umlegungsrecht (zs. mit *Matthias Heck*); § 24 Bauordnungsrecht (zs. mit *Matthias Heck*); § 27 Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 28 Planfeststellungsrecht; § 32 Luftverkehrsrecht (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 33 Kommunalrecht (zs. mit *Matthias Heck*); § 34 Erschließungsbeitragsrecht (zs. mit *Matthias Heck*); § 35 Straßenausbaubeitragsrecht (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 36 Anschlussbeitragsrecht (zs. mit *Dr. Martin Faußner*); § 49 Bodenschutzrecht (zs. mit *Matthias Heck*)

*Dr. David Elshorst*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Frankfurt/Main

§ 25 Baunachbarrecht (zs. mit *Matthias Heck*)

*Dr. Beatrice Fabry*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Vergaberecht, Stuttgart

§ 38 Kommunale Unternehmen; § 45 Vergaberecht (zs. mit *Dr. Martin Ott*)

*Dr. Martin Faußner*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Lehrbeauftragter für öffentliches Baurecht, Hanau

§ 19 Rechtsschutz im Enteignungsverfahren (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 20 Planungsschadensrecht und Folgenbeseitigungsanspruch (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 27 Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 28 Planfeststellungsrecht; § 32 Luftverkehrsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 35 Straßenausbaubeitragsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 36 Anschlussbeitragsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*)

*Dr. Till Fischer*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mannheim, Fachdozent an der Hochschule Darmstadt, der Denkmalakademie der Deutschen Stiftung für Denkmalschutz, der Hochschule Zittau-Görlitz sowie am Europäischen Institut für Postgraduale Bildung (EIPOS)

§ 26 Denkmalschutzrecht

*Prof. Dr. Roland Fritz*, M.A., Rechtsanwalt und Zertifizierter Mediator, Frankfurt/Main

§ 8 Mediation

## Autorenverzeichnis

---

*Dr. Andreas Geiger*, Rechtsanwalt, München, Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München

§ 29 Straßenplanungsrecht; § 30 Eisenbahnplanungsrecht; § 31 Straßenbahnplanungsrecht

*Prof. (Yeditepe Univ. Istanbul) Dr. Rolf Gutmann*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Fachanwalt für Migrationsrecht, Stuttgart

§ 17 Rechtsschutz vor den Europäischen Gerichten

*Matthias Heck*, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Hanau

§ 21 Bauplanungsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 22 Städtebauliche Verträge (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 23 Umlegungsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 24 Bauordnungsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 25 Baunachbarrecht (zs. mit *Dr. David Elshorst*); § 33 Kommunalrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 34 Erschließungsbeitragsrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*); § 49 Bodenschutzrecht (zs. mit *Prof. Dr. Lutz Eiding*)

*Prof. Dr. Christian Heitsch*, Senior Lecturer in Law, Brunel University, London

§ 9 Klageverfahren; § 10 Berufung; § 11 Revision und Anhörungsrüge; § 14 Normenkontrollverfahren

*Dr. Jürgen Herrlein*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Frankfurt/Main

§ 15 Vollstreckung aus rechtlichen Titeln

*Dr. iur. utr. Jochen Hofmann-Hoepfel*, Höchberg

§ 1 Akteneinsichtsrecht in Verwaltungsverfahren des VwVfG; § 2 Informationszugang nach IFG; § 3 Informationszugang nach VIG; § 4 Informationszugang nach UIG; § 5 Widerspruchsverfahren; § 6 Außergerichtlicher vorläufiger Rechtsschutz; § 7 Gebühren und Auslagen in Verwaltungssachen; § 12 Vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz gem. §§ 80 Abs. 5–8, 80a VwGO; § 13 Einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO; § 16 Verfassungsbeschwerde nach Bundes- und Landesrecht; § 46 Immissionsschutzrecht; § 48 Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht; § 57 Hochschulzulassungsrecht; § 58 Prüfungsrecht; § 63 Versammlungsrecht; § 64 Öffentliches Vereinsrecht; § 66 Katastrophen- und Infektionsschutzrecht

*Dr. Hans Wolfram Kessler*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Leipzig

§ 51 Bergrecht (zs. mit *Dr. Saskia Lukasch*)

*Dr. Michael Luber*, LL.M. Eur, Ministerialdirigent, Bayerische Staatskanzlei, München

§ 18 Amtshaftungsrecht

*Dr. Saskia Lukasch*, Regierungsdirektorin, Berlin, Referentin im Bundesministerium für Bildung und Forschung

§ 51 Bergrecht (zs. mit *Dr. Hans Wolfram Kessler*)

*Dr. Stefan Meßmer*, Rechtsanwalt, Stuttgart, Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen, Ludwigsburg

§ 44 Europäisches Beihilfenrecht (zs. mit *Dr. Jochen Bernhard*)

*Dr. Martin Ott*, Rechtsanwalt, Stuttgart

§ 45 Vergaberecht (zs. mit *Dr. Beatrice Fabry*)

*Ursula Philipp-Gerlach*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Frankfurt/Main

§ 47 Naturschutzrecht

*Dr. René Pörtl*, Oberbürgermeister der Stadt Schwetzingen

§ 62 Polizei- und Ordnungsrecht; § 65 Datenschutzrecht)

*Prof. Dr. Ralf Roßkopf*, Vizepräsident für Internationales, German Jordanian University

§ 59 Aufenthaltsrecht; § 60 Asyl- und Asylbewerberleistungsrecht; § 61 Staatsangehörigkeitsrecht

*Verena Rösner*, Rechtsanwältin, Dipl.-Verwaltungswirtin (FH), Stuttgart

§ 43 Nationales Subventionsrecht (zs. mit *Dr. Jochen Bernhard*)

*Dr. Matthias Schröder*, Rechtsanwalt, Stuttgart

§ 37 Kommunale wirtschaftliche Betätigung und Lauterkeitsrecht

*Dr. Frank-Florian Seifert*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Lehrbeauftragter Technische Universität Berlin, Lehrbeauftragter Berliner Hochschule für Technik, Berlin

§ 40 Gewerberecht; § 41 Handwerksrecht; § 42 Gaststättenrecht; § 50 Gewässerschutzrecht

*Dr. Anna Seulen*, Regierungsdirektorin, Bonn, Referentin im Bundesministerium für Bildung und Forschung

§ 52 Beamtenrecht (zs. mit *Frank Wieland*)

*Frank Wieland*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Bonn

§ 52 Beamtenrecht (zs. mit *Dr. Anna Seulen*); § 55 Disziplinarrecht (zs. mit *Dr. Eberhard Baden*)

*Manuela Wieland*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bonn

§ 56 Schulrecht

## Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### § 21 Bauplanungsrecht

**Literatur:** *Birk*, Bauplanungsrecht in der Praxis – Handbuch für Planungs- und Genehmigungsverfahren und zur Überprüfung von Bebauungsplänen, 6. Aufl. 2015 (zit.: Birk BauplanungsR); *Brügelmann*, Baugesetzbuch, Kommentar, Loseblatt; *Jäde/Dirnberger*, BauGB/BauNVO, Kommentar, 9. Aufl. 2018 (zit.: JD); *Kuschmerus*, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl. 2010; *Schulte Beerbühl*, Öffentliches Baunachbarrecht, 2017; *Spannowsky/Uechtritz*, BeckOK-BauGB, 53. Edition 2021 (zit.: BeckOK-BauGB); *Zenke*, Der Bebauungsplan in der Praxis, 2018.

<p><b>A. Entwürfe von Bauleitplänen – Einwendungen im Planaufstellungsverfahren</b> ..... 1</p> <p><b>I. Bebauungsplanentwurf</b> ..... 1</p> <p>    1. Einwendungen iR der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung ..... 1</p> <p>        a) Stellungnahme eines planbetroffenen Eigentümers ..... 1</p> <p>        b) Einbeziehung in das Plangebiet ..... 2</p> <p>        c) Künftige Festsetzungen ..... 5</p> <p>    2. Einwendungen iR der Öffentlichkeitsbeteiligung (Offenlage) ..... 7</p> <p>        a) Vollständigkeit der ausgelegten Unterlagen ..... 7</p> <p>        b) Geltendmachung eigener Belange und Betroffenheit ..... 9</p> <p><b>II. Flächennutzungsplanentwurf</b> ..... 13</p> <p><b>B. Bauleitpläne</b> ..... 15</p> <p><b>I. Bebauungsplan</b> ..... 15</p> <p>    1. Rechtsmittel: Normenkontrollklage, § 47 VwGO ..... 15</p> <p>        a) Gegenstand der Normenkontrolle .. 15</p> <p>        b) Normenkontrollklage gegen einen Bebauungsplan; Folgen eines fehlerhaften Bebauungsplans ..... 16</p> <p>        c) Fristgerechte Antragstellung ..... 23</p> <p>        d) Antragsbefugnis ..... 27</p> <p>        e) Rechtsschutzbedürfnis ..... 33</p> <p>        f) Kostentragung ..... 35</p> <p>        g) Beweisausforschungsanträge ..... 39</p> <p>    2. Einstweiliger Rechtsschutz gegen einen Bebauungsplan, § 47 Abs. 6 VwGO .... 41</p> <p>        a) Zulässigkeit ..... 41</p> <p>        b) Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO ..... 43</p> <p>    3. Verfahrensmängel ..... 47</p> <p>        a) Fehlerhafte Bekanntmachung bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und Mängel bei der Offenlage ..... 47</p> <p>            aa) Typische Fehlerquellen im Überblick ..... 47</p> <p>            bb) (Vermeintlicher) Verstoß gegen die Auslegungsfrist .... 50</p> <p>            cc) Fehlende Eignung zur Erfüllung der Anstoßfunktion ..... 53</p> <p>            dd) Abweichung zwischen der gem. § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB ins Internet eingestellten Veröffentlichung von Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB ..... 55a</p>	<p>        ee) Verstoß gegen die Vollständigkeit der Unterlagen bei der Offenlage ..... 56</p> <p>        ff) Unzumutbare Erschwerung der Möglichkeit zur Einsichtnahme iR der Auslegung ..... 59</p> <p>    b) Mitwirkung ausgeschlossener Personen an der Beschlussfassung ..... 63</p> <p>    c) Änderungen nach Beschlussfassung, aber vor Bekanntmachung ..... 66</p> <p>    d) Unterlassene oder fehlerhafte Bekanntmachung ..... 68</p> <p>    e) Ausfertigungsmangel, insbes. Bekanntmachung ohne vorherige Ausfertigung ..... 70</p> <p>    4. Materieellrechtliche Fehlerquellen bei der Aufstellung von Bauleitplänen ..... 73</p> <p>        a) Erforderlichkeit der Festsetzungen, § 1 Abs. 3 BauGB ..... 73</p> <p>            aa) Rüge fehlender Erforderlichkeit – Grundsatz ..... 73</p> <p>            bb) Fehlende Erforderlichkeit – fehlende Eignung der Planung zur Zielerreichung ..... 75</p> <p>            cc) Fehlende Erforderlichkeit – dauernde rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der Planrealisierung ..... 77</p> <p>            dd) Fehlende Erforderlichkeit – Verhinderungsplanung/ Negativplanung ..... 80</p> <p>            ee) Fehlende Erforderlichkeit – Gefälligkeitsplanung ..... 82</p> <p>        b) Übergeordnete Planungen und zwingend einzuhaltende Vorschriften ..... 85</p> <p>        c) Optimierungsgebot ..... 94</p> <p>        d) Abwägung ..... 99</p> <p>        e) Prognosemängel ..... 104</p> <p>        f) Bestimmtheit der Festsetzungen eines Bebauungsplans ..... 106</p> <p>        g) Fehlerbeachtlichkeit ..... 109</p> <p><b>II. Flächennutzungsplan</b> ..... 116</p> <p>    1. Rechtsnatur ..... 116</p> <p>    2. Statthaftigkeit einer Normenkontrolle ..... 117</p> <p><b>C. Plansichernde Maßnahmen</b> ..... 119</p> <p><b>I. Veränderungssperre, § 14 BauGB</b> ..... 119</p> <p>    1. Rechtsmittel: Normenkontrollklage, § 47 VwGO ..... 119</p> <p>    2. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags ..... 120</p> <p>    3. Erforderlichkeit einer Veränderungssperre ..... 121</p>
---	---

4. Prozessuale Konsequenzen .....	123	<b>D. Baugenehmigung – Planungsrechtliche Zulässigkeit</b> .....	163
a) Inkrafttreten der Veränderungssperre vor Ergehen des Widerspruchsbescheids .....	123	<b>I. Baugenehmigung im qualifiziert beplanten Bereich, § 30 Abs. 1 BauGB</b> .....	163
b) Inkrafttreten der Veränderungssperre während der Anhängigkeit eines verwaltungsgerichtlichen (Verpflichtungs-)Klageverfahrens ...	124	1. Richtige Klageart .....	163
c) Maßgebliche Sach- und Rechtslage	127	2. Gegenstand der Klage .....	164
d) Kostenfolge bei Erledigung infolge im Verlauf des Klageverfahrens eingetretener Rechtsänderung .....	129	a) Regelfall: Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids	164
<b>II. Vorgehen gegen vorläufige Zurückstellung, § 15 Abs. 1 BauGB</b> .....	131	b) Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids .....	166
1. Anfechtung eines Zurückstellungsbescheids, § 15 BauGB .....	131	3. Plankonforme Vorhaben .....	169
a) Verhältnis von Baugenehmigungsverfahren und Zurückstellungsverfahren .....	132	4. Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans, § 31 Abs. 2 BauGB ...	171
b) Zulässigkeit des Klagebegehrens ...	133	a) Befreiung bei genehmigungsbedürftigen Vorhaben .....	171
c) Ohne Bedeutung: Abwägungsrelevanz .....	134	b) Isolierte Befreiungsentscheidung ...	174
d) Einstweiliger Rechtsschutz .....	135	5. Inzidente Normenkontrolle eines Bebauungsplans im Baugenehmigungsprozess .....	176
e) Anfechtungswiderspruch des Bauwerbers gegen eine Zurückstellungsentscheidung .....	137	a) Verfahrensrechtliche Anknüpfung ..	176
2. Rechtsschutz der Gemeinde gegen die versagte Zurückstellung, § 15 BauGB ..	138	b) Wirkungen der Entscheidung .....	177
a) Rechtsbehelfsalternativen .....	138	c) Nutzungsausschlüsse, horizontale Gliederungsmöglichkeiten, § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO .....	178
b) Bedeutung und Anwendungsbereich .....	140	<b>II. Baugenehmigung im einfach beplanten Bereich, § 30 Abs. 3 BauGB</b> .....	181
c) „Konkurrenz“ zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens .....	142	1. Begriff „einfacher Bebauungsplan“ ...	181
<b>III. Vorgehen gegen einen Bescheid, mit dem die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausübt, § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB</b> .....	144	2. Zulässigkeitsmaßstab eines Vorhabens	182
1. Anfechtung eines Bescheids, mit dem die Gemeinde ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausübt .....	144	3. Anwendungsbereiche einfacher Bebauungspläne .....	183
a) Rechtsnatur des Ausübungsbescheids .....	144	4. Plankonformität und Einfügen .....	185
b) Widerspruchs-/Klagebefugnis des Käufers .....	145	<b>III. Baugenehmigung im unbeplanten Innenbereich, § 34 Abs. 1 BauGB</b> .....	188
c) Ermessen .....	146	1. Abgrenzung zwischen Innenbereich iSv § 34 BauGB und Außenbereich iSv § 35 BauGB .....	188
d) Bedeutung der Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB (Angabe des Verwendungszwecks)	147	a) Lage noch innerhalb des Bebauungszusammenhangs .....	188
e) Rechtsfolgen kommunalrechtlicher Fehler .....	150	aa) Grundsatz: Ende des Bebauungszusammenhangs am letzten Baukörper .....	188
f) Abwendung des Vorkaufsrechts ...	152	bb) Ausnahme: Einbeziehung von Grundstücksteilen jenseits des letzten Baukörpers; Erstreckung bis zu bestehenden „natürlichen Grenzen“ ..	191
2. Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde .....	154	b) Baulücke .....	194
a) Klagegegenstand .....	154	2. „Einfügen“ iSd § 34 BauGB .....	197
b) Ausübungsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB .....	155	a) Nähere Umgebung und Bebauungsrahmen .....	197
c) Durchsetzbarkeit des Vorkaufsrechts .....	157	b) Einfügen nach der Art der baulichen Nutzung .....	199
3. Grundbuchsperre: Ausstellung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB .....	158	c) Einfügen nach dem Maß der baulichen Nutzung .....	203
a) Antrag auf Ausstellung eines Negativattests .....	158	<b>IV. Baugenehmigung im Außenbereich, § 35 Abs. 2 BauGB</b> .....	205
b) Verzögerung bei der Ausstellung eines Negativattests durch die Gemeinde .....	161	<b>V. Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende – bauplanungsrechtliche Zulässigkeit</b> .....	208
		1. Sonderregelungen durch die BauGB-Novellen 2014 und 2015, Verlängerung der Geltungsdauer durch das Baulandmobilisierungsgesetz .....	208
		2. Unterkünfte für Flüchtlinge/Asylbegehrende: Begriff und Erscheinungsformen (Differenzierungsmerkmale) .....	210

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

3.	Zulässigkeit von Vorhaben in Abhängigkeit von der bauplanungsrechtlichen Ausgangslage, §§ 30–35 BauGB	213	c)	Sonstiges	225
a)	Allgemeines	213	aa)	Ansprechen der kommunalen Entscheidungsträger	225
b)	Zulässigkeit im beplanten Innenbereich (§ 30 BauGB) und in faktischen Baugebieten iSd § 34 Abs. 2 BauGB, insbes. Sondertatbestände für die Erteilung von Abweichungen und Befreiungen	215	bb)	Wahrnehmung von Beteiligungsrechten	226
c)	Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich	218	cc)	Grenzen gemeindlicher (Negativ-)Planung	227
d)	Zulässigkeit im Außenbereich	219	E.	Verzögerungen im Baugenehmigungsverfahren	228
4.	Handlungsoptionen der Baunachbarn im Vorfeld der Erteilung von Baugenehmigungen	220	I.	Untätigkeitsklage wegen Nichtbescheidung eines Bauantrags oder Hinauszögerns der Widerspruchsentscheidung	228
a)	Beteiligung am Verwaltungsverfahren zur Genehmigungserteilung	220	1.	Gegenstand der Untätigkeitsklage	228
b)	Vorgehen bei Vorhaben, die ohne vorherige Durchführung eines Genehmigungsverfahrens begonnen werden	223	2.	Zulässigkeit und Begründetheit der Untätigkeitsklage	231
			II.	Amtshaftung im Fall verzögerter Behandlung eines Bauantrags	236

### A. Entwürfe von Bauleitplänen – Einwendungen im Planaufstellungsverfahren

#### I. Bebauungsplanentwurf

##### 1. Einwendungen iR der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung

###### a) Stellungnahme eines planbetroffenen Eigentümers

- 1 Aus Sicht des Einwenders geht es bereits bei der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung darum, seine Interessen und Belange zu verdeutlichen. In diesem Stadium der Planung stehen die (flurstücksgenauen) Grenzen des Plangebiets noch nicht fest, so dass noch nicht im Detail gesagt werden kann, welche Grundstücke in das Plangebiet einbezogen sind oder eben nicht mehr.

**Hinweis:** Selbst wenn es im weiteren Verlauf keine nachteiligen Folgen hat (zB im Sinne einer formellen oder materiellen Präklusion), sollte ein Eigentümer, der von einer Planung betroffen sein kann, seine **Bedenken möglichst früh und umfassend formulieren**. Es stärkt zum einen die Glaubwürdigkeit der geltend gemachten Belange eines Eigentümers, wenn er sie bereits zeitig in das Verfahren einbringt. Zum anderen können berechtigte eigene Nutzungsinteressen bereits in einem frühen Planentwurf berücksichtigt werden. In der Praxis ist dies häufig einfacher zu erreichen, als in einem fortgeschrittenen Planungsstadium noch Änderungen zu bewirken. Denn das Interessengeflecht verdichtet sich mit zunehmendem Planungsfortschritt.

###### b) Einbeziehung in das Plangebiet

- 2 Will der Eigentümer die Einbeziehung seines Grundstücks erreichen oder möchte er verhindern, dass sein Grundstück in das Plangebiet einbezogen wird, sollte er dies bereits iR der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung kundtun. Auf diese Weise kann die Gemeinde sich hieraus ergebende Konsequenzen frühzeitig in den Planentwurf einarbeiten, falls sie der Anregung folgt.
- 3 Für ein künftiges Normenkontrollverfahren ist zu berücksichtigen, dass die Nichteinbeziehung eines Grundstücks in das Plangebiet nicht stets eine **Antragsbefugnis** begründet. Denn in diesem Fall ist nicht „automatisch“ ein abwägungsbeachtlicher Belang betroffen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BVerwG U. v. 30.4.2004 – 4 CN 1.03, NVwZ 2004, 1120 m. weiteren Rspr.-Beispielen.

► **Muster: Stellungnahme iR der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung – Einbeziehung in das Plangebiet**

4  
277

An die Gemeinde ■■■

– Planungsamt –

Bebauungsplan ■■■, Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung

Grundstück Flst. Nr. ■■■

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir Frau ■■■ vertreten. Diese ist Eigentümerin des Grundstücks Flst. Nr. ■■■ in ■■■. Vollmacht wird nachgereicht.

Am ■■■ hat der Gemeinderat den Beschluss zur Aufstellung des Bebauungsplans ■■■ bekannt gemacht und die allgemeinen Ziele erläutert. Der vorgesehene Bebauungsplan dient der Ausweisung eines neuen Wohngebiets in Ortsrandlage und erweitert den Siedlungsbereich in den bisherigen Außenbereich hinein. Ausweislich der groben Beschreibung der Plangrenzen ist bisher ungewiss, ob das og Grundstück unserer Mandantin in das Plangebiet einbezogen wird oder nicht.

Unsere Mandantin wünscht die Einbeziehung ihres Grundstücks in das Plangebiet. Dieses liegt mit weiteren Grundstücken in Ortsrandlage. Es ist mit einem Wohnhaus und einem Betriebsgebäude bebaut, das einen (nicht störenden) Gewerbebetrieb beherbergt. Zumindest Teilflächen des Grundstücks sind bisher dem unbeplanten Innenbereich zuzurechnen.

Die Festlegung der Grenzen eines Plangebiets unterliegt auch im Fall der Nichteinbeziehung von Grundstücken den sich aus § 1 Abs. 3 und 7 BauGB ergebenden rechtlichen Schranken.<sup>2</sup>

Die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen unserer Mandantin, insbes. der Schutz des bestehenden Gewerbebetriebes, gebietet die Einbeziehung ihres Grundstücks in das Plangebiet.

(Rechtsanwalt) ◀

**c) Künftige Festsetzungen**

Im Bebauungsplanentwurf sind die künftigen Bebauungsmöglichkeiten nach Art und Maß der baulichen Nutzung **grundstücksgenau** festgelegt. Der jeweilige Grundstückseigentümer kann daher iR der Offenlage im Detail erkennen, welche Nutzungen künftig zulässig sind bzw. ob und inwieweit sein Grundstück Beschränkungen unterliegt. Finden sich im Entwurf „seine“ Vorstellungen nicht wieder, die er zB bereits anlässlich der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung gegenüber der Gemeinde vorgetragen hat, muss er diese bei der Offenlage „förmlich“ in das Verfahren einbringen. In der Regel werden erst iR der Auslegung gem. § 3 Abs. 2 BauGB alle Detailregelungen offenbar, zB Baufenster, Straßenflächen, Grünflächen, von Bebauung (aus unterschiedlichen Gründen) freizuhaltende Flächen. 5

2 Aus Gründen der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung oder zur Bewältigung planungsbedingter Probleme kann es geboten sein, den Geltungsbereich des Plans auf Flächen auszudehnen, an deren Überplanung die Gemeinde gegenwärtig nicht interessiert ist, vgl. BVerwG B. v. 20.11.1995 – 4 NB 23.94, NVwZ 1996, 888.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

6  
278

### ► **Muster: Stellungnahme iR der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung – Wünsche des Eigentümers zu den künftigen Festsetzungen**

An die Stadt ...

– Amt für Bauen, Naturschutz und Infrastruktur –

Bebauungsplan ..., Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung

Grundstück Flst. Nr. ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir die Fa. ... vertreten. Diese ist Eigentümerin des Grundstücks Flst. Nr. ... in ... . Vollmacht wird anwaltlich versichert und in Kürze nachgereicht.

Am ... hat der Gemeinderat den Beschluss zur Aufstellung des Bebauungsplans ... bekannt gemacht und die allgemeinen Ziele erläutert. Der vorgesehene Bebauungsplan dient der Ausweisung eines Gewerbegebiets (Erweiterung). Das bisher im Außenbereich liegende Grundstück unserer Mandantin wird im Plangebiet liegen und schließt an das bestehende Betriebsgelände des Behälterbaubetriebs an. Es war bisher als „Vorratsfläche“ für eine etwaige Betriebserweiterung vorgesehen. Eine solche betriebliche Erweiterung ist in den kommenden Jahren, dh mittelfristig, vorgesehen.

Um den Anforderungen gerecht zu werden, welche die Betriebserweiterung stellt, sollten Baufenster und Zufahrt, wie in beigefügter Planskizze dargestellt, festgesetzt werden.

Gerne würde unsere Mandantin ihre betrieblichen Erweiterungspläne mit Ihnen besprechen und dabei auch Genaueres zu den Planungsabsichten der Stadt erfahren. Ziel soll es sein, die privaten Planungen unserer Mandantin und die städtische Bauleitplanung möglichst aufeinander abzustimmen, damit unnötige Interessenkonflikte vermieden werden.

Wir werden daher in Kürze auf Sie zukommen, um einen Gesprächstermin abzustimmen.

(Rechtsanwalt) ◀

## **2. Einwendungen iR der Öffentlichkeitsbeteiligung (Offenlage)**

### **a) Vollständigkeit der ausgelegten Unterlagen**

- 7 Gem. § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind die Entwürfe der **Bauleitpläne, deren Begründung und die wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen auszulegen**. Vordringliches Anliegen der Auslegung ist es, die Planbetroffenen zu informieren und ihnen den Planungsinhalt und dessen städtebauliche Motivation in den Grundzügen zu verdeutlichen. Die Planbetroffenen sollen entscheiden können, ob sie – zur Durchsetzung eigener Interessen – eine Stellungnahme oder Anregungen abgeben wollen (sog. **Anstoßfunktion**). Die ortsübliche Bekanntmachung muss aus diesem Grund Angaben dazu enthalten, welche **Arten umweltbezogener Informationen** verfügbar sind, § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB. Der Gemeinde steht dabei kein Spielraum zu, in der Bekanntmachung teilweise solche Umweltinformationen wegzulassen, die sie für unwesentlich hält.<sup>3</sup> Eine umfassende Darstellung und Erläuterung der Motivation der einzelnen Festsetzungen müssen sich aus den ausgelegten Unterlagen aber nicht ergeben. Sich bereits abzeichnende Konflikte der Planung müssen allerdings aufgearbeitet sein, dh, der Planbetroffene wird erwarten können, dass aufklärungsbedürftige Punkte – evtl. durch gutachterliche Untersuchungen – genauer beleuchtet wurden und deren Ergebnisse (in Form von Gutachten) ebenfalls Bestandteil der ausgelegten Unterlagen sind.

3 BVerwG U. v. 11.9.2014 – 4 CN 1.14, NVwZ 2015, 232; U. v. 29.9.2015 – 4 CN 1.15, NVwZ 2016, 84.

► **Muster: Rüge unvollständiger Unterlagen bei der Offenlage**

Ausdrücklich gerügt wird, dass die Bekanntmachung und die Auslegung des Planentwurfs ihre Anstoßfunktion verfehlen. Die ausgelegten Unterlagen sind nicht geeignet, das Konfliktpotential, welches die Planung hervorruft, auch nur annähernd abschätzen zu können. ...

Dies gilt insbes. für die Lärmproblematik. Die Kritik bezieht sich dabei auf den Gesichtspunkt des Verkehrslärms, namentlich die Auswirkungen der Verkehrszunahme auf angrenzende Wohngebiete. Dort liegt, in geringer Entfernung zum Plangebiet, das Wohngrundstück der Einwender. ...

Auf der Grundlage der ausgelegten Unterlagen wird eine ordnungsgemäße Abwägung nicht möglich sein. Denn die in die Abwägung einzustellenden Belange wurden weder fachgerecht noch methodisch einwandfrei ermittelt. Darüber hinaus bestehen Erkenntnisdefizite in Bezug auf ...

(Rechtsanwalt) ◀

8  
279

**b) Geltendmachung eigener Belange und Betroffenheit**

Nicht fristgerecht abgegebene Stellungnahmen können bei der Beschlussfassung über den Bauleitplan unberücksichtigt bleiben, § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BauGB. Dies bedeutet, dass die Gemeinde nicht bereits dadurch einen Abwägungsfehler begeht, dass sie auch berechnete Eigentümerbelange nicht berücksichtigt, die sie nicht kennen musste. Die Präklusionsregelung ist durch § 4a Abs. 6 BauGB allerdings beschränkt. Die umfassende Geltendmachung der eigenen (Rechts-)Betroffenheit ist geboten. Dies setzt voraus, dass die Einwendungen deren Urheber erkennen lassen, andernfalls es im Normenkontrollverfahren am Rechtsschutzbedürfnis fehlen kann.<sup>4</sup>

**Hinweis:** Die vormals in § 47 Abs. 2a VwGO enthaltene Präklusionsregelung ist durch die Änderung der VwGO entfallen.<sup>5</sup>

► **Muster: Einwendungsschriftsatz gegen Bebauungsplanentwurf**

An die Stadt ...

Entwurf des Bebauungsplans ..., Öffentliche Auslegung

**Stellungnahme zum Planentwurf (Einwendungen)**

Im Verfahren zur Aufstellung des Bebauungsplans ... der Stadt ...

zeigen wir unter Vollmachtsvorlage (Anlage 1) die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Eheleute ... an.

Gem. § 3 Abs. 2 BauGB geben wir namens unserer Mandanten iR der Öffentlichkeitsbeteiligung zum Bebauungsplanentwurf folgende Einwendungen bzw. Anregungen (Anträge) beinhaltende

**Stellungnahme**

ab:

**A. Sachverhalt**

I. Grundeigentum/Betroffenheit der Einwender

Die Eheleute ... sind (Mit-)Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. ... in ... Sie bewohnen eine Eigentumswohnung im ... OG des dort bestehenden Dreifamilienhauses.

Das Grundstück liegt nicht im Geltungsbereich des Bebauungsplans. Es grenzt aber unmittelbar nördlich an das Plangebiet an.

10  
280

4 BVerwG U. v. 29.9.2015 – 4 CN 2.15, NVwZ-RR 2016, 3; zu Übergangsfällen, wenn der NK-Antrag noch vor Außerkräfttreten des § 47 Abs. 2a VwGO gestellt wurde: BVerwG U. v. 25.6.2020 – 4 CN 3.19, NVwZ 2020, 1442.  
5 Art. 5 des Gesetzes vom 29.5.2017 (BGBl. I 1298).

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Die Realisierung der Planung hat Auswirkungen auf das Wohngrundstück der Einwender. Dies gilt insbes. in Bezug auf die Gesichtspunkte des Lärmschutzes und des Schutzes vor Luftschadstoffen. Die planbedingte Mehrbelastung erreicht die Schwelle schädlicher Umwelteinwirkungen. ■■■

### II. Planungen der Stadt

1. Gegenstand der Planung ist der Bau einer neuen Straßenverbindung zwischen der Landesstraße L ■■■ und der Landesstraße L ■■■, der neuen sog. M-Querspange.

Daneben werden gemischte Wohn- und Gewerbeflächen im bisher als landwirtschaftliche Nutzfläche dargestellten Bereich ausgewiesen.

2. Der Bebauungsplanentwurf liegt mit Begründung und Umweltbericht seit ■■■ aus.

### B. Einwendungen und Anregungen (Anträge)

#### I. Anträge

Die Einwender stellen folgende

#### Anträge

1. Die Planung in der gegenwärtigen Form wird nicht weiterverfolgt.

2. Hilfsweise: Die vorgesehenen Festsetzungen ■■■ werden geändert. ■■■

#### II. Begründung

1. Die Planung ist nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB.

Zwar sind die geltend gemachten Planungsziele grds. geeignet, eine städtebaulich ausreichende Motivation zu liefern. Gemessen an den Planungszielen, auf die sich die Plangeberin beruft, fehlt es der konkreten Planung jedoch an einer ausreichenden Rechtfertigung.

Die Ausweisung des Gewerbegebiets ist nicht städtebaulich motiviert. Sie erfolgt nur, um den finanziellen Aufwand der Straßenbaumaßnahme „zu rechtfertigen“. ■■■ Dies stellt aber keine städtebaulich legitime Zielsetzung dar.

2. Den Planungen stehen die Belange der Einwender entgegen, vor zusätzlichem Lärm und Luftschadstoffen infolge der Straßenplanung und der Planung der neuen Baugebiete verschont zu werden.

Die Stadt hat erkennbar berücksichtigungsbedürftige private und öffentliche Belange seither nicht in ihre Überlegungen mit einbezogen. In Rede stehen die privaten Interessen der Einwender, ■■■

3. Zusammenfassung

■■■

Die Planung ist daher in ihren Grundzügen abzulehnen und das Verfahren abzubrechen.

(Rechtsanwalt) ◀

- 11 In diesem Stadium des Verfahrens hat regelmäßig noch keine abschließende Abwägung aller Belange stattgefunden. Mit zunehmendem Fortschritt der Planung sollte diese aber auf einem immer umfassenderen Informationsstand basieren. Hat ein **Planbetroffener** sich gegenüber der Gemeinde zur Planung geäußert, **kann er erwarten, dass diese sich mit seinem Vorbringen auseinandergesetzt hat**. Trägt er zu zentralen Punkten der Planung hinreichend gewichtige Argumente vor, liegt es nahe, dass in der (Fortschreibung der) Planbegründung Erläuterungen zu diesem Aspekt enthalten sind, auch wenn nicht explizit auf seinen Vortrag Bezug genommen wird. Selbstredend darf nicht erwartet werden und ist es auch nicht erforderlich, dass jedwedes Vorbringen eines Betroffenen Eingang in die Planbegründung findet. Eine einwendungs-/personenbezogene Auseinandersetzung mit sachgerechten Argumenten und mit den geltend gemachten Belangen des Einwenders sollte sich (später) im gemeindlichen „Abwägungsprotokoll“ wiederfinden.

► **Muster: Rüge der unzureichenden Einstellung von Belangen des Einwenders in die bisherige Planung**

12  
281

Wie die Einsichtnahme in die ausgelegten Unterlagen gezeigt hat, liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Ermittlung und zutreffenden Bewertung der abwägungsbeachtlichen Belange nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 BauGB vor. Diese Vorschrift normiert ein Gebot, das selbstständig vor die inhaltlichen Anforderungen an die verhältnismäßige Gewichtung und den gerechten Ausgleich der konkurrierenden Belange gem. § 1 Abs. 7 BauGB tritt.

Der Verstoß zeigt sich daran, dass ...

zB Interesse der Planbetroffenen an der Beibehaltung des bisherigen bauplanungsrechtlichen Zustandes;<sup>6</sup>

Interesse des Einwenders, von Festsetzungen des BPL. ohne sachgerechten Grund nicht stärker belastet zu werden, als die Eigentümer vergleichbarer Nachbargrundstücke (Gebot der Lastengleichheit);<sup>7</sup>

...

Damit ist offenkundig, dass die Gemeinde mit der Planung schützenswerte Positionen des Einwenders nicht hinreichend berücksichtigt hat.

(Rechtsanwalt) ◀

## II. Flächennutzungsplanentwurf

Einwendungen können auch auf der Ebene der Flächennutzungsplanung geltend gemacht werden. Dies bietet sich namentlich dort an, wo Bebauungsplan und Flächennutzungsplan – wie in der Praxis öfter anzutreffen – zeitgleich („parallel“, vgl. § 8 Abs. 3 S. 1 BauGB) geändert werden.

13

► **Muster: Einwendungen gegen Flächennutzungsplan im Planaufstellungsverfahren**

14  
282

Im Verfahren zur Aufstellung des Flächennutzungsplans

„Flächennutzungsplan ...“ der Gemeinde ...

zeigen wir unter Vollmachtovorlage (Anlage 1) die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des ... an und geben gem. § 3 BauGB zum „Entwurf Fortschreibung des Flächennutzungs- und Landschaftsplans der Gemeinde ...“ folgende Einwendungen bzw. Anregungen (Anträge) beinhaltende

### Stellungnahme

ab:

#### A. Sachverhalt

##### I. Grundeigentum des Einwenders

Von der Aufstellung des „Flächennutzungsplans ...“ (nachfolgend: Flächennutzungsplan) der Gemeinde ... ist das im Eigentum des Einwenders stehende Grundstück, bestehend aus Flst. Nr. 1 und Flst. Nr. 2, in ... betroffen (Flurkarte, Anlage 2; Grundbuchauszug, Anlage 3).

Dort befindet sich das Betriebsgelände der Fa. ... des Einwenders mit seinen og Grundstücken. Flst. Nr. 1 ist bebaut mit der Betriebshalle, das unbefestigte Flst. Nr. 2 wird (derzeit) nicht genutzt.

##### II. Planung der Gemeinde

###### 1. Darstellung von „Wohnbauflächen“ und „Grünfläche“

Nach dem Erläuterungsbericht zum Flächennutzungsplan beabsichtigt die Gemeinde im Bereich ..., der bisher den Ortsrand bildet, die Ausweisung von Wohnbauflächen und einer Grünfläche.

6 OVG NRW U. v. 24.6.2019 – 10 D 38/17.NE, BeckRS 2019, 13323.

7 OVG LSA U. v. 4.12.2019 – 2 K 23/18, BeckRS 2019, 35876.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

Das gewerblich genutzte Grundstück Flst. Nr. 1 des Einwenders soll als „Wohnbaufläche“, das Flst. Nr. 2 soll als „Grünfläche“ gem. § 5 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 4 BauGB ausgewiesen werden.

### 2. Einwendungen

Der Einwender wendet sich gegen die Ausweisung des Grundstücks Flst. Nr. 1 als „Wohnbaufläche“ und des Grundstücks Flst. Nr. 2 als „Grünfläche“.

### **B. Einwendungen bzw. Anregungen (Anträge)**

#### I. Antrag

Der Einwender stellt den

#### **Antrag**

1. Die Grundstücke Flst. Nr. 1 und Flst. Nr. 2 werden im Flächennutzungsplan nach der besonderen Art ihrer baulichen Nutzung (Baugebiet) als Gewerbefläche ausgewiesen.

2. Hilfsweise: Das Betriebsgrundstück bestehend aus Flst. Nr. 1 und 2 des Einwendungsführers wird im Flächennutzungsplan zumindest nach der allgemeinen Art seiner baulichen Nutzung (Baufläche) als gemischte Baufläche (M) ausgewiesen, um den Betrieb des Einwenders als Gewerbe auf dem genannten Grundeigentum zu sichern (einschließlich Erweiterungsmöglichkeit), § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB iVm § 1 Abs. 1 Nr. 2 BauNVO.

#### II. Begründung

1. Die Gemeinde plant, das 1 ha große Grundstück Flst. Nr. 2 des Einwenders als „Grünfläche“ gem. § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauGB auszuweisen. Es soll den Übergang zu einer sich anschließenden Streuobstwiese bilden, die dort seit Jahren besteht und zu einem benachbarten landwirtschaftlichen Betrieb gehört. Dieses Grundstück ist nach Maßgabe des § 34 BauGB zumindest teilweise bebaubar.

Das Grundstück Flst. Nr. 1, das bisher als gemischte Baufläche im Flächennutzungsplan dargestellt ist, soll künftig die Darstellung als Wohnbaufläche iSd § 1 Abs. 1 Nr. 1 BauNVO aufweisen.

Die Darstellung als Wohnbaufläche steht im Widerspruch zur ausgeübten gewerblichen Nutzung. Der Einwender führt dort seinen Gewerbebetrieb, der erhalten und sogar erweitert werden soll.

Es ist im Weiteren nicht erkennbar, inwieweit der vorgesehenen „Grünfläche“ unmittelbar städtebauliche Bedeutung zukommen soll.

2. Der Flächennutzungsplan muss als vorbereitender Bauleitplan den Anforderungen des § 1 Abs. 5 S. 1 BauGB genügen. Demnach hat er die dort beschriebenen Aufgaben zu erfüllen.

Insbes. sind bei Aufstellung eines Flächennutzungsplans als vorbereitendem Bauleitplan gem. § 1 Abs. 6 Nr. 8 Buchst. a BauGB u.a. die Belange der Wirtschaft, auch ihrer mittelständischen Struktur, zu berücksichtigen.

3. Die Planung läuft der Zielsetzung des § 1 Abs. 6 Nr. 8 Buchst. a BauGB entgegen. Das Interesse des Eigentümers ist auf den Erhalt seines Betriebes auf dem Flst. Nr. 1 und die Beibehaltung der Bebaubarkeit des Grundstücks Flst. Nr. 2 als potenzieller Erweiterungsfläche für seinen Gewerbebetrieb gerichtet.

4. Der Einwender erwartet daher die Berücksichtigung seiner Einwendungen und Anregungen unter Stattgabe der gestellten Anträge.

Gem. § 3 Abs. 2 S. 4 BauGB hat der Einwender einen Anspruch darauf, dass diese in seinem Namen abgegebene Stellungnahme geprüft und das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt wird. Einer entsprechenden Mitteilung sehen wir entgegen.

(Rechtsanwalt) ◀

## B. Bauleitpläne

### I. Bebauungsplan

#### 1. Rechtsmittel: Normenkontrollklage, § 47 VwGO

##### a) Gegenstand der Normenkontrolle

Satzungen des BauGB, insbes. Bebauungspläne (partiell auch der Flächennutzungsplan, obgleich dieser nicht als Satzung beschlossen wird), unterliegen der gerichtlichen Normenkontrolle. Das Normenkontrollverfahren ist ein objektiv-rechtliches Prüfungsverfahren. Kann ein Antragsteller geltend machen, durch Festsetzungen des Bebauungsplans in eigenen Rechten verletzt zu sein, muss das Normenkontrollgericht die Wirksamkeit des Bebauungsplans grds. umfassend prüfen. Der gegen einen Bebauungsplan (insgesamt) gerichtete Normenkontrollantrag darf daher grds. nicht deshalb als teilweise unzulässig verworfen werden, weil der Bebauungsplan nur für teilunwirksam (vormals: teilnichtig) zu erklären ist. Er darf, wenn das Grundstück des Antragstellers in einem abtrennbaren Teilbereich des Bebauungsplans liegt, der unwirksam ist, nicht mit nachteiliger Kostenfolge als teilweise unbegründet zurückgewiesen werden.<sup>8</sup> Denn die Erklärung einer Rechtsvorschrift für unwirksam nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO setzt eine Verletzung eigener Rechte des Antragstellers nicht voraus. Das Verfahren der Normenkontrolle nach § 47 VwGO dient nicht nur dem subjektiven Rechtsschutz, es stellt zugleich ein Verfahren der objektiven Rechtskontrolle dar.<sup>9</sup>

##### b) Normenkontrollklage gegen einen Bebauungsplan; Folgen eines fehlerhaften Bebauungsplans

Der Bebauungsplan wird als **Satzung** beschlossen, § 10 Abs. 1 BauGB. Er unterliegt daher – als Rechtsnorm – der **prinzipalen Normenkontrolle**. Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens können nur bereits in Kraft getretene Normen sein, nicht zB Bebauungsplanentwürfe.

##### Prüfungsreihenfolge: Normenkontrollklage gegen einen Bebauungsplan

- Zulässigkeit
- Begründetheit
  - Formelle Fehler
    - Ordnungsgemäße Bekanntmachung (zB Angaben gem. § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB zu den Arten umweltbezogener Informationen, Planaufstellung/Offenlage)<sup>10</sup>
    - Wahl des „richtigen“ Planaufstellungsverfahrens (Regelverfahren gem. §§ 3 ff. BauGB, vereinfachtes Verfahren gem. § 13 BauGB oder beschleunigtes Verfahren gem. § 13a Abs. 2 BauGB für Bebauungsplan der Innenentwicklung)<sup>11</sup>
    - Ordnungsgemäße Öffentlichkeitsbeteiligung, Beteiligung der Träger öffentlicher Belange (ua Frist, Auslegung der erforderlichen Unterlagen gem. § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB)
    - Ordnungsgemäße Beschlussfassungen (ua Kommunalrecht)
    - Ordnungsgemäße Ausfertigung
    - Ordnungsgemäße Verkündung/Bekanntmachung der Norm
  - Materielle Fehler
    - Erforderlichkeit der Planung (§ 1 Abs. 3 BauGB)
    - Einhaltung zwingender Regelungen (zB Anpassungsgebot, § 1 Abs. 4 BauGB)
    - Berücksichtigung der Planungsgrundsätze/Optimierungsgebote
    - Ordnungsgemäße Abwägung (Ermittlung, Einstellung, Gewichtung, gerechter Ausgleich aller abwägungsbeachtlichen Belange) (§ 1 Abs. 7 BauGB)<sup>12</sup>

8 BVerwG U. v. 3.4.2008 – 4 CN 3.07, NVwZ 2008, 902.

9 BVerwG U. v. 9.4.2008 – 4 CN 1.07, NVwZ 2008, 899; B. v. 21.3.2019 – 4 BN 11.19, BeckRS 2019, 9302.

10 OVG NRW U. v. 30.9.2014 – 2 D 87/13.NE BRS 82 Nr. 38; BVerwG U. v. 11.9.2014 – 4 CN 3.14, NVwZ 2015, 301; Dusch BauR 2015, 433; Schindler/Benner NVwZ 2015, 644.

11 Zu Bebauungsplänen der Innenentwicklung und solchen, die im vereinfachten Verfahren aufgestellt werden: Schröder ZfBR 2010, 332 und 422; insbes. zu Umwelt und Naturschutz in diesen Verfahren: Krautzberger UPR 2011, 62; Zusammenfassung der aktuellen Rspr.: Spannowsky UPR 2011, 241.

12 Zur Abwägung: Kersten, Die Abwägung im Bauplanungsrecht, Jura 2013, 478.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

- 18 Liegt ein Fehler vor, hat dies nicht stets die Unwirksamkeit eines Bauleitplans zur Folge. Es ist vielmehr entsprechend der Vorgaben des § 214 BauGB zu differenzieren. Demnach gibt es **unbeachtliche Fehler und beachtliche Fehler**, die nach § 215 BauGB mit Ablauf der dort genannten Fristen unbeachtlich werden können, sofern sie nicht zuvor gerügt worden sind. Zur Fehlerbeachtlichkeit ausf. → Rn. 109 ff.
- 19 § 214 Abs. 4 BauGB bietet die Möglichkeit zur **Fehlerheilung in einem ergänzenden Verfahren**. Sofern während eines Normenkontrollverfahrens der Fehler durch ein ergänzendes Verfahren behoben und der Bebauungsplan in Kraft gesetzt wird, bleibt der inhaltlich unveränderte Bebauungsplan Gegenstand des Verfahrens.<sup>13</sup> Wird ein Bebauungsplan nach Behebung eines Ausfertigungsmangels im ergänzenden Verfahren gem. § 214 Abs. 4 BauGB erneut bekannt gemacht, dann löst diese Bekanntmachung die Antragsfrist nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO erneut aus.<sup>14</sup>
- 20 Der **Grundsatz der Planerhaltung** bietet weitgehende „Korrekturmöglichkeiten“ durch die schrittweise Wiederholung fehlerhafter und nachfolgender Verfahrensschritte (→ Rn. 109 ff.). Weitere Mängel, die nicht unbeachtlich sind und auch nicht werden, bleiben stets beachtlich (absolut beachtliche Mängel).
- 21 **Hinweis:** Wesentlich für die Beantwortung der Frage, welche Heilungsvorschriften anzuwenden sind, ist, dass zuvor anhand der „Verfahrensdaten“ geklärt werden muss, welche Fassung des BauGB maßgeblich ist.<sup>15</sup> Dabei sind die Überleitungsregelungen heranzuziehen, insbes. § 233 Abs. 2 BauGB.

### 22 ► **Muster: Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan**

283

An den VGH .../das OVG ...

#### **Normenkontrollantrag**

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Gemeinde ..., vertreten durch den Bürgermeister ...

– Antragsgegnerin –

wegen: Bebauungsplan ... der Gemeinde ...

zeigen wir die rechtliche Vertretung des Antragstellers an; Vollmacht ist beigelegt, Anlage K 1.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass der Bebauungsplan ... der Gemeinde ... hinsichtlich ... unwirksam ist.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

13 Grenzen der Anwendung des ergänzenden Verfahrens nach Änderung der Planung: BVerwG B. v. 8.3.2010 – 4 BN 42.09, NVwZ 2010, 777; B. v. 29.12.2000 – 4 BN 47.00, BRS 63 Nr. 60; vgl. hierzu *Wenger* VBIBW 2015, 234.

14 BVerwG U. v. 18.8.2015 – 4 CN 10.14, BauR 2015, 1981.

15 Vgl. *Kuchler* BauR 2007, 835 (836 ff.); zu Rechtsschutzfragen nach den Regelungen des EAGBau: *Erbguth* DVBl 2004, 802; zu den Besonderheiten und (Folge-)Änderungen im Zuge des BauGB 2007: *Spannowsky* NuR 2007, 521 (526); *Battis/Krautzberger/Löhr* NVwZ 2007, 121 (127 f.); *Birk* BauplanungsR. Rn. 34 ff.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

I. Streitgegenstand

Das Grundstück ... des Antragstellers liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans ... der Gemeinde ...

II. Grundeigentum/rechtliche Betroffenheit des Antragstellers

...

III. Planaufstellungsverfahren

Der Beschluss zur Aufstellung des Bebauungsplans ... wurde in der Sitzung des Gemeinderats am ... gefasst. Der Aufstellungsbeschluss wurde durch Veröffentlichung in (...) am (...) ortsüblich bekannt gemacht (... Beschreibung der weiteren Verfahrensschritte: Auslegung gem. § 3 Abs. 2 BauGB, Satzungsbeschluss, ortsübliche Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses).

IV. Einwendungen des Antragstellers im Planaufstellungsverfahren

Der Antragsteller hat mit Schreiben vom ..., Anlage K 2, Einwendungen gegen den Bebauungsplan geltend gemacht und dabei vorgetragen, dass ....

V. Festsetzungen des Bebauungsplans

Der angegriffene Bebauungsplan enthält für das Grundstück des Antragstellers folgende Festsetzungen: ...

**B. Rechtliche Würdigung**

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Der Antragsteller wendet sich gegen einen gemeindlichen Bebauungsplan, der gem. § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung erlassen wurde. Der Antrag ist somit statthaft, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

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

Der Antragsteller ist Eigentümer eines im Geltungsbereich des angegriffenen Bebauungsplans gelegenen Grundstücks. Der Bebauungsplan enthält für das Grundstück die Festsetzung ... . Damit wird die Planungs- und Verfügungsbefugnis des Antragstellers beschränkt, die wesentliches Element des Grundeigentums iSd Art. 14 GG ist. Wie regelmäßig, so ist auch hier die Antragsbefugnis zu bejahen, wenn sich der Eigentümer eines im Plangebiet gelegenen Grundstücks gegen eine bauplanerische Festsetzung wendet, die unmittelbar dieses Grundstück betrifft, indem sie Inhalt und Umfang des Grundeigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG bestimmt.<sup>16</sup>

Der Antragsteller hat darüber hinaus auch ein Recht auf Abwägung der eigenen Belange iR der Abwägungsentscheidung nach § 1 Abs. 7 BauGB, welches dem Privaten ein subjektives Recht darauf gibt, dass seine Belange in der Abwägung ihrem Gewicht entsprechend geprüft und behandelt werden.

3. Rechtsschutzbedürfnis, § 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 VwGO

Mit der antragsgemäßen Entscheidung verbessert sich die Rechtsposition des Antragstellers insoweit, als damit die belastenden Festsetzungen, gegen die er sich wendet, keine Wirkungen mehr entfalten. Solange – wie derzeit noch – die angefochtene Norm fortbesteht, schränkt sie die Rechte des Antragstellers unzulässig ein.

<sup>16</sup> BVerwG U. v. 10.3.1998 – 4 CN 6.97, NVwZ 1998, 732; VGH BW U. v. 9.12.2014 – 3 S 1227/12, BRS 82 Nr. 19; OVG NRW B. v. 17.1.2014 – 2 B 1367/13.NE BRS 82 Nr. 35.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

### 4. Antragsfrist, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO

Der Bebauungsplan ist am ■■■ bekannt gemacht worden und in Kraft getreten. Dieser Normenkontrollantrag ist daher noch innerhalb der Jahresfrist gestellt worden.

Bedenken gegen die Zulässigkeit, die sich aus anderen, hier nicht genannten Gesichtspunkten ergeben könnten, sind nicht ersichtlich. Der Normenkontrollantrag ist daher zulässig.

### II. Begründetheit

#### 1. Verfahrensfehler

■■■

#### 2. Fehlende Planrechtfertigung/mangelnde Erforderlichkeit iSd § 1 Abs. 3 BauGB

Was „erforderlich“ iSd § 1 Abs. 3 BauGB ist, bestimmt sich maßgeblich nach der planerischen Konzeption der Gemeinde. Ob, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt eine Planung betrieben wird, liegt grds. im weiten Planungsermessen der Gemeinde (BVerwG B. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99, NVwZ 1999, 1338). An § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB scheitert eine Planung (erst) dann, wenn sie von keiner erkennbaren städtebaulichen Konzeption getragen ist. Eine Schranke stellt das Merkmal der Erforderlichkeit daher nur bei groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriffen dar oder wenn erkennbar sachwidrige Argumente ausschlaggebend für die Planung sind. Gemessen an diesem Maßstab begegnet die streitgegenständliche Planung durchgreifenden rechtlichen Bedenken. ■■■

[zu den Varianten s. Muster: Fehlende Erforderlichkeit iSv § 1 Abs. 3 BauGB, → Rn. 81 ff.]

#### 3. Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften

[s. Muster: Verstoß gegen Ziele der Raumordnung, → Rn. 88 ff.]

#### 4. Mangelnde Bestimmtheit

[s. Muster: Mangelnde Bestimmtheit, → Rn. 106 ff.]

#### 5. Abwägungsfehlerhaftigkeit des Bebauungsplans

§ 2 Abs. 3 und § 1 Abs. 7 BauGB verpflichten die Gemeinde, die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange vollständig zu ermitteln und sie gerecht gegeneinander und untereinander abzuwägen. Das Abwägungsgebot wird verletzt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat, wenn in sie nicht die Belange eingestellt worden sind, die nach Lage der Dinge berücksichtigt werden mussten, wenn die Bedeutung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange verkannt worden ist oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belangen in einer Weise vorgenommen worden ist, die nicht in einem angemessenen Verhältnis zu deren objektivem Gewicht steht (BVerwG U. v. 12.12.1969 – IV C 105.66, DÖV 1970, 277; U. v. 14.2.1975 – IV C 21.74, NJW 1975, 1373).<sup>17</sup>

##### a) Abwägungsfehler iE

[s. hierzu iE die Muster → Rn. 100–105]

##### b) Offensichtlichkeit, Ergebnisrelevanz

Mängel sind nur dann beachtlich, wenn sie offensichtlich und – im Sinne einer konkreten Betrachtung – auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.<sup>18</sup>

Die dargestellten Mängel im Abwägungsvorgang sind offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen (§ 214 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB).

---

17 Ausf. Darstellung und beispielhafte Prüfung möglicher Abwägungsfehler zB OVG Bln-Bbg U. v. 18.12.2007 – 2 A 3.07, BauR 2008, 1089; NdsOVG U. v. 4.12.2014 – 1 KN 106/12, BRS 82 Nr. 52.

18 ZB BVerwG B. v. 20.1.1995 – 4 NB 43.93, NVwZ 1995, 692; U. v. 9.4.2008 – 4 CN 1.07, NVwZ 2008, 899.

Offensichtlich ist ein Mangel, wenn er sich beispielsweise aus den Materialien des Planaufstellungsverfahrens – zB aus der Entwurfs- oder der Planbegründung oder aus Sitzungsniederschriften der Beschlussgremien – ergibt und die „äußere Seite“ der Abwägung betrifft, dh auf objektiv fassbaren Sachumständen beruht. Das ist insbes. dann der Fall, wenn sich der Planungsträger von einem unzutreffend angenommenen Belang hat leiten lassen und andere Belange, die das Abwägungsergebnis rechtfertigen könnten, weder im Planverfahren angesprochen noch sonst ersichtlich sind.<sup>19</sup> So liegt der Fall hier. ■■■

### c) Fehlerbeachtlichkeit

[s. Muster: Fehlerbeachtlichkeit, → Rn. 115]

### 6. Fehlerfolgen

Gem. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO wird eine Satzung, die wegen Rechtsfehlern ungültig ist, für unwirksam erklärt. Bis zur Fehlerbehebung unwirksam sind auch solche Bebauungspläne, die an einem Mangel leiden, der in einem ergänzenden Verfahren behoben werden kann.

■■■

Die geltend gemachten Fehler in der Abwägung betreffen den Kern der Abwägungsentscheidung und damit das Abwägungsergebnis. Sie können in einem ergänzenden Verfahren gem. § 214 Abs. 4 BauGB nicht behoben werden, weil sie die Grundzüge der Planung berühren.<sup>20</sup>

### III. Zusammenfassung

■■■

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Fristgerechte Antragstellung

Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO ist ein Normenkontrollantrag **innerhalb eines Jahres** nach Bekanntmachung zu stellen. Die Frist berechnet sich nach den Vorschriften des BGB bzw. der ZPO (§ 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 iVm § 187 Abs. 1 BGB, § 222 Abs. 2 ZPO).

Str. ist, ob bei Versäumung der Antragsfrist eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** möglich ist. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Frist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO als Ausschlussfrist zu charakterisieren wäre.<sup>21</sup>

Die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO wird durch die erneute Bekanntmachung eines Bebauungsplans erneut in Gang gesetzt.<sup>22</sup> Beim ergänzenden Verfahren (§ 214 Abs. 4 BauGB) setzt die Gemeinde das von ihr ursprünglich durchgeführte Verfahren an der Stelle fort, an der ihr der zu korrigierende Fehler unterlaufen ist. Die bis dahin erfolgten (fehlerfreien) Verfahrensschritte bleiben unberührt. Sind hierauf bezogene Rügemöglichkeiten gem. § 215 Abs. 1 BauGB bereits durch Zeitablauf unbeachtlich geworden, werden die Rügemöglichkeiten durch die erneute Bekanntmachung des Bebauungsplans nicht mehr eröffnet. Fehler, die gar nicht unter die in § 215 Abs. 1 BauGB geregelten Mängel fallen, können daher nach erneuter Antragsfrist gerügt werden.<sup>23</sup> Dies betrifft insbes. die sog. **Ewigkeitsmängel** (→ Rn. 113).

19 OVG MV U. v. 15.4.1999 – 3 K 36/97, NVwZ 2000, 826.

20 BVerwG B. v. 20.6.2001 – 4 BN 21.01, NVwZ 2002, 83; NdsOVG U. v. 5.3.2018 – 12 KN 41/17, BRS 86 Nr. 35 zu den behebbaren und nicht behebbaren Mängeln: JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 214 Rn. 43 f.

21 So zB Kopp/Schenke VwGO § 47 Rn. 83 mwN; OVG Bln-Bbg B. v. 22.11.2012 – OVG 2 A 8.10, NVwZ-RR 2013, 294; offen gelassen: VGH BW B. v. 6.8.1999 – 8 S 1715/99, NVwZ-RR 2001, 201; vgl. hierzu Schrödter/Rieger BauGB § 10 Rn. 87.

22 BVerwG U. v. 18.8.2015 – 4 CN 10.14, BauR 2015, 1981; OVG Bln-Bbg U. v. 11.12.2019 – OVG 2 A 6.16.

23 Auch wenn die Neubekanntmachung sich als ein Akt darstellt, der einer Vorschrift (erstmalig) Geltung verschafft, besteht diesbzgl. die Möglichkeit zur Rüge; BVerwG U. v. 21.1.2004 – 8 CN 1.02, NVwZ 2004, 620; OVG NRW U. v. 2.3.2007 – 7 D 53/06, NE BauR 2007, 1016.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Zu den Ewigkeitsmängeln gehören:<sup>24</sup>

- Verstoß gegen das Erforderlichkeitsgebot (§ 1 Abs. 3 S. 1 BauGB),
- Verstoß gegen das Anpassungsgebot (§ 1 Abs. 4 BauGB),
- Festsetzungen, die einer Rechtsgrundlage entbehren (Abweichung vom abschließenden Festsetzungskatalog gem. § 9 Abs. 1, Abs. 1a BauGB),
- Verstoß gegen den Grundsatz der (Norm-)Bestimmtheit,
- Mängel im Abwägungsergebnis.

26

### ► **Muster: Einhaltung der Antragsfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO**

284

Der Antrag ist innerhalb der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO gestellt. Der streitgegenständliche Bebauungsplan ist am ... bekannt gemacht worden und am ... in Kraft getreten. Die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO endet daher mit Ablauf des ... ◀

### **d) Antragsbefugnis**

- 27 Der „Einstieg“ in das Normenkontrollverfahren setzt voraus, dass der Normenkontrollantrag zulässig ist. Die praktisch bedeutsamste Hürde stellt dabei die sog. Antragsbefugnis dar. Der Antragsteller muss die **Möglichkeit darlegen, durch den Bebauungsplan in seinen Rechten verletzt** zu werden, wie sich aus § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO ergibt.

28

### ► **Muster: Antragsbefugnis, wenn das Grundstück des Antragstellers innerhalb des Plangebiets liegt**

285

Nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO ist im Normenkontrollverfahren jede natürliche oder juristische Person antragsbefugt, die geltend macht, durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Für die Antragsbefugnis iSd § 47 Abs. 2 VwGO reicht es dabei aus, wenn der Antragsteller hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass er durch Festsetzungen des Bebauungsplans in einem eigenen Recht verletzt wird.

Bei den Regelungen eines Bebauungsplans handelt es sich um Inhalts- und Schrankenbestimmungen iSd Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Beschränkungen, die sich hieraus für die Nutzung des Grundeigentums ergeben, braucht der Eigentümer nur hinzunehmen, wenn der nach § 10 BauGB als Satzung erlassene Plan rechtmäßig ist. Wer von den Festsetzungen eines Bebauungsplans als Eigentümer unmittelbar betroffen ist, ist daher schon aus diesem Grund regelmäßig antragsbefugt.

Der gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO statthafte sowie unter Einhaltung der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO gestellte Normenkontrollantrag ist gemessen an den genannten Maßstäben zulässig. Die Antragsbefugnis des Antragstellers folgt aus der Lage seines Grundstücks Flst. Nr. ... im Geltungsbe- reich des streitgegenständlichen Bebauungsplans und den sich im Falle dessen Gültigkeit hieraus für ihn als Eigentümer ergebenden negativen Rechtsfolgen. ◀

- 29 Die Frage der Antragsbefugnis stellt sich insbes., wenn der Eigentümer eines nicht im Plangebiet liegenden Grundstücks einen (benachbarten) Bebauungsplan angreift. Die Antragsbefugnis kann sich dann aus dem subjektiven Recht auf gerechte Abwägung der eigenen Belange aus § 1 Abs. 7 BauGB ergeben.<sup>25</sup>

30

### ► **Muster: Antragsbefugnis, wenn das Grundstück des Antragstellers außerhalb des Plangebiets liegt**

286

Der Antragsteller ist Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. ... in ... Die Straße, an der das genannte Wohngrundstück liegt, erschließt zugleich die neuen Baugebiete im Bebauungsplan ... Über die

24 Hierzu *Berkemann*, Ewigkeitsfehler im Bebauungsplan – eine Typologie jM 2015, 470.

25 BVerwG B. v. 21.12.2017 – 4 BN 12.17, BRS 85 Nr. 183.

Straße wird der gesamte Ziel- und Quellverkehr abgewickelt. Daher ist mit einem drastisch erhöhten Verkehrsaufkommen zu rechnen.

Der Antragsteller ist dem gesamten planinduzierten Zu- und Abgangsverkehr ausgesetzt, der über die Erschließungsstraße abgewickelt wird. Er hat daher bereits in der Offenlage Einwendungen erhoben und eine andere (zusätzliche) Anbindung der neuen Baugebiete an das Straßennetz der Gemeinde angeregt, andernfalls er sich unzumutbaren Lärm- und Abgasbelastungen ausgesetzt sieht.<sup>26</sup> ◀

**Weitere Beispiele: Antragsbefugnis des Eigentümers eines außerhalb des Plangebiets liegenden benachbarten Grundstücks** 31

- Der Eigentümer eines unmittelbar an das Plangebiet angrenzenden landwirtschaftlich genutzten Grundstücks (Tierhaltungsbetrieb) ist antragsbefugt, soweit die Möglichkeit von Nutzungskonflikten nicht von der Hand zu weisen ist. Zu den abwägungserheblichen Belangen ist gehört auch das Interesse eines emittierenden landwirtschaftlichen Betriebes, dass in seiner unmittelbaren Nähe keine Wohnbebauung entsteht, bei deren Verwirklichung mit immissionsschutzrechtlichen Anordnungen gerechnet werden muss.<sup>27</sup> Erweiterungsabsichten eines landwirtschaftlichen Betriebes können die Antragsbefugnis daher nur dann begründen, wenn sie hinreichend konkret sind.<sup>28</sup>
- Das Interesse, von einer Verschlechterung der lokalen klimaökologischen Funktionsabläufe verschont zu bleiben, kann ein abwägungsbeachtlicher Belang sein.<sup>29</sup>
- Die Antragsbefugnis ist zu bejahen, wenn bei Verwirklichung der Planfestsetzungen, dh der industriellen Nutzung eines Betriebsgrundstücks durch die Erweiterung eines Heizkraftwerks, eine Verschlechterung der Immissionssituation in Bezug auf Luftschadstoffe zu erwarten ist.<sup>30</sup>
- Standortzuweisungen in einem Flächennutzungsplan (zB für eine Biogasanlage oder eine Windkraftanlage im Außenbereich), die einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan vorbereiten sollen, können die Antragsbefugnis rechtfertigen. Denn Standortzuweisungen können die konkrete Aussicht auf einen Nutzungsvorteil begründen, der in der Bebauungsplanung als privater Belang des Grundeigentümers abwägungserheblich ist.<sup>31</sup>
- Ausreichend kann sein, dass die Unwirksamkeit eines Bebauungsplans das Gewicht eines Abwägungspostens bei einer bereits absehbaren Planung verändert, die im engen konzeptionellen Zusammenhang mit dem angegriffenen Bebauungsplan steht.<sup>32</sup>

**Nicht abwägungserheblich** sind dagegen geringwertige oder bereits vorbelastete Belange sowie solche, auf deren Fortbestand kein schutzwürdiges Vertrauen besteht, oder solche, die für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Plan nicht erkennbar waren.<sup>33</sup> Sie sind daher nicht geeignet, die Antragsbefugnis zu begründen (zB neues Wohngebiet, das an im Außenbereich liegende Wiesengrundstücke eines Landwirts angrenzt; die Tatsache, dass an wenigen Tagen

26 Das Interesse, vor deutlich erhöhtem zusätzlichem Verkehr verschont zu bleiben, kann ein für die Abwägung erheblicher privater Belang sein (BVerwG U. v. 26.2.1999 – 4 CN 6.98, NVwZ 2000, 197; zB Verkehrsimmissionen von einer Erschließungsstraße für die Erweiterung eines reinen Wohngebiets um bis zu 32 Wohnungen; dagegen verneint, wenn nur eine geringe Lärmpegelerhöhung von 0,3 dB(A) zu erwarten ist: OVG NRW B. v. 20.1.2020 – 7 B 961/19.NE, BauR 2020, 977); zur Abwägungsbeachtlichkeit von Lärmbelastungen: BVerwG B. v. 17.2.2010 – 4 BN 59.09, BauR 2010, 1180.

27 HessVGH U. v. 17.9.2002 – 4 N 2842/98, NVwZ-RR 2003, 417; U. v. 15.10.2004 – 3 N 127/03, RdL 2005, 91; VGH BW U. v. 16.10.2018 – 8 S 2368/16, BauR 2019, 236.

28 OVG NRW U. v. 22.5.2000 – 10a D 139.98.NE BauR 2001, 84; SchlHOVG U. v. 10.5.2007 – 1 KN 9/05, NordÖR 2008, 47.

29 HessVGH U. v. 27.2.2019 – 4 C 1840/17.N, BauR 2019, 962.

30 HessVGH U. v. 5.7.2007 – 4 N 867/06, NuR 2008, 258; zum Immissionsschutz in der Bauleitplanung: Schink UPR 2011, 41.

31 BVerwG B. v. 7.3.2007 – 4 BN 1.07, NVwZ 2007, 825.

32 BVerwG B. v. 29.9.2015 – 4 BN 25.15, NVwZ-RR 2016, 86 – betreffend die Wirksamkeit eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans für ein Fachmarktzentrum bei absehbarer Absicht, Lebensmitteleinzelhandel auf einem in der Nähe befindlichen, aber außerhalb des Plangebiets liegenden Grundstücks auszuschließen. Der Antragsteller ist Miteigentümer dieses benachbarten Grundstücks, das derzeit von einem Lebensmittelmarkt genutzt wird.

33 BVerwG B. v. 9.1.2018 – 4 BN 33.17, BRS 86 Nr. 192; B. v. 10.12.2018 – 4 BN 27.18, BRS 86 Nr. 200; HessVGH U. v. 6.4.2017 – 4 C 969/16.N, BRS 85 Nr. 192.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

im Jahr Geruchsimmissionen durch Gülleausbringung auftreten, sind in ländlich strukturierten Bereichen nicht unüblich und nicht abwägungsrelevant).<sup>34</sup> Ebenfalls nicht abwägungsbeachtlich ist die Veränderung des Verkehrswertes eines Grundstückes, die durch planerische Festsetzungen eines Bebauungsplans für außerhalb des Plangebiets liegende Grundstücke eintritt.<sup>35</sup>

### e) Rechtsschutzbedürfnis

- 33 Einem Antragsteller **fehlt** das **Rechtsschutzbedürfnis** für seinen Antrag, wenn er durch die von ihm angestrebte Unwirksamkeitserklärung des Bebauungsplans **seine Rechtsstellung nicht verbessern** kann. Daher fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis des Baunachbarn, wenn – im Fall der Unwirksamkeitserklärung des von ihm bekämpften Bebauungsplans – ein Vorhaben bei Aufhebung des Bebauungsplans etwa nach § 34 BauGB zugelassen werden müsste.<sup>36</sup> Gleiches gilt, wenn eine Baugenehmigung bestandskräftig und das Vorhaben bereits vollständig errichtet ist.<sup>37</sup>

### 34 ► **Muster: Rechtsschutzbedürfnis des Bauwerbers und Normenkontrollantragstellers**

287

Der angegriffene Bebauungsplan schränkt die Bebaubarkeit des Grundstückes des Antragstellers ein. Im Fall der Unwirksamkeitserklärung des Bebauungsplans beurteilt sich das Vorhaben des Antragstellers nach § 34 Abs. 1 BauGB und wäre bauplanungsrechtlich zulässig. Die Durchsetzung des Genehmigungsanspruchs wäre jedenfalls nicht offenkundig ohne Aussicht auf Erfolg. ■■■ Daher ist das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers zu bejahen. ◀

### f) Kostentragung

- 35 Grundlage der gerichtlichen Kostenentscheidung ist § 154 VwGO. Unterliegt der Antragsteller, hat er idR die Verfahrenskosten zu tragen einschließlich der Kosten der Beigeladenen, sofern diese einen Antrag gestellt haben. Aus der Pflicht zur Kostentragung auch für die Beigeladenen resultiert in der Praxis ein erhebliches und (zunächst) nur **schwer kalkulierbares Kostenrisiko** für denjenigen, der einen Normenkontrollantrag stellt. Eigentümer von Grundstücken innerhalb des Plangebiets sind potenziell Beizuladende, so dass bei einer Vielzahl von Grundstücken das Prozesskostenrisiko entsprechend wächst.
- 36 Der **Beigeladene** trägt allein durch seine Beteiligung am Verfahren noch kein Kostenrisiko; er kann ein solches sicher vermeiden, wenn er keinen Antrag stellt, § 154 Abs. 3 VwGO. Allerdings sind ihm die Kosten nicht stets aufzuerlegen, wenn er auf Seiten der unterlegenen Partei einen (erfolglosen) Antrag gestellt hat.<sup>38</sup> Andererseits kann er auch trotz Erfolges „auf seinen Kosten sitzen bleiben“.<sup>39</sup>
- 37 **Beispiel:** Ein Plannachbar bekämpft einen Bebauungsplan, dessen zentraler Gegenstand die Schaffung der planerischen Voraussetzungen für ein Großprojekt eines – im Normenkontrollverfahren beizuladenden – Investors ist, auch zB durch vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Der Investor (und Grundstückseigentümer) tritt auf Seiten der Gemeinde dem Normenkontrollantrag entgegen.

34 BayVGh B. v. 17.6.2003 – 26 N 02.3164.

35 HessVGh U. v. 7.4.2014 – 3 C 914/13.N BRS 82 Nr. 61.

36 BVerwG B. v. 4.6.2008 – 4 BN 13.08, BauR 2008, 2031; Schrödter/Rieger BauGB § 10 Rn. 91.

37 BVerwG B. v. 29.9.2015 – 4 BN 25.15, NVwZ-RR 2016, 86; B. v. 22.4.2021 – 4 BN 59.20, BeckRS 2021, 12256.

38 BayVGh U. v. 7.3.2002 – 1 N 01.2851, NVwZ 2003, 236 m. Darstellung des Meinungsstands.

39 BayVGh U. v. 6.5.2003 – 1 N 01.2796, allerdings in einem Fall, in dem der Beigeladene den Antragsteller unterstützt hat; OVG NRW B. v. 19.12.2012 – 2 D 117/12.NE, BeckRS 2013, 45276.

► **Muster: Antrag des Beigeladenen im Normenkontrollverfahren, der auf Seiten der Gemeinde den Bebauungsplan verteidigt, einschließlich Begründung des Antrags, dass dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen sind**

38  
288

An den VGH .../das OVG ...

**Normenkontrollantrag**

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Gemeinde ..., vertreten durch den Bürgermeister ...

– Antragsgegnerin –

wegen: Normenkontrolle des Bebauungsplans ...

Az. ...

treten wir namens des Beigeladenen ... dem Normenkontrollantrag entgegen und **beantragen**:

1. Der Normenkontrollantrag wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen trägt der Antragsteller.

...

Die Kosten des Verfahrens sind gem. § 154 Abs. 1, 3 VwGO dem Antragsteller aufzuerlegen. Es entspricht vorliegend der Billigkeit, dass der Antragsteller auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen trägt (§ 162 Abs. 3 VwGO), weil dieser – im Fall der Zurückweisung des Normenkontrollantrags – einen eigenen erfolgreichen Antrag gestellt hat, § 154 Abs. 3 VwGO. Zwar ist es in Normenkontrollverfahren gegen einen Bebauungsplan idR auch dann nicht gerechtfertigt, die außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, wenn dieser den Bebauungsplan durch eigene Antragstellung erfolgreich verteidigt.<sup>40</sup> Dieser Grundsatz gilt aber dann nicht, wenn die Satzung nur ein einzelnes Grundstück erfasst. Denn in einem solchen Fall entspricht die Interessenlage etwa derjenigen bei einer baurechtlichen Nachbarklage. Bei einer solchen werden die außergerichtlichen Kosten des beigeladenen Bauherrn regelmäßig für erstattungsfähig erklärt, sofern er durch einen eigenen Antrag ein Kostenrisiko eingegangen ist.

Vorliegend wurden der Bebauungsplan allein wegen der Begünstigung des „Vorhabengrundstücks“ und die dortige Ausweisung eines Einkaufszentrums durch Normenkontrolle angegriffen. In einem solchen Fall ist die Interessenlage mit derjenigen im Baunachbarstreit vergleichbar. Es entspricht daher hier der Billigkeit, dem im Verfahren unterlegenen Antragsteller die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen.

(Rechtsanwalt) ◀

**g) Beweisausforschungsanträge**

Ist ein Beweisantrag unsubstantiiert, muss das Gericht diesem nicht nachgehen, sondern kann ihn als unzulässig ablehnen. Auch einem Beweisantrag, mit dem Behauptungen aufgestellt werden, für die es an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlt und für deren Wahrheitsgehalt nicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, muss das Gericht nicht nachgehen.

39

40 So jedenfalls der BayVGH U. v. 7.3.2002 – 1 N 01.2851, NVwZ 2003, 236.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### 40 ▶ **Muster: (Planbegünstigter) Beigeladener tritt auf Seiten der Gemeinde einem Normenkontrollantrag und einem iR der Antragschrift gestellten Beweisantrag entgegen**

289

Dem Beweisantrag des Antragstellers ist nicht zu folgen. Bei dem vom Antragsteller iR der Antragsbegründung gestellten Beweisantrag handelt es sich um einen sog. Ausforschungsbeweisantrag.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst zwar auch die Pflicht, Beweisanträge der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und ihnen nachzugehen, soweit der Parteivortrag nicht bereits aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt gelassen werden kann (vgl. BVerwG U. v. 18.5.1995 – 4 C 20.94, NVwZ 1996, 379). Wenn Beweisanträge unsubstantiiert sind und sie allein dazu dienen, Behauptungen und Vermutungen zu stützen, die ersichtlich ohne jede tatsächliche Grundlage erhoben werden, muss diesen nicht nachgegangen werden.<sup>41</sup> So liegt der Fall hier.

Denn vorliegend fehlt jeder Anhaltspunkt für die Richtigkeit der Behauptung des Antragstellers. Die unter formalem Beweisantritt aufgestellte Behauptung, der Bebauungsplan führe unter Berücksichtigung ■■■ zulasten des Antragstellers zu einer unzumutbaren Lärmbelastung, ist nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar. Der Beweisantrag ist daher so unbestimmt, dass erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen liefern und die Behauptung stützen könnte. Nach dem Vortrag des Antragstellers dagegen besteht keine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich seine Behauptung als zutreffend erweisen könnte.<sup>42</sup> Daher stellt der Beweisantrag des Antragstellers, ein weiteres Lärmgutachten einzuholen, einen reinen unzulässigen Beweisausforschungsantrag dar. ◀

## 2. Einstweiliger Rechtsschutz gegen einen Bebauungsplan, § 47 Abs. 6 VwGO

### a) Zulässigkeit

- 41 Im Grundsatz gelten für die Zulässigkeit eines Antrags auf einstweilige Anordnung dieselben Anforderungen wie für das Hauptsacheverfahren. Darzulegen ist ferner, dass nicht auf andere Weise effektiver Rechtsschutz erlangt werden kann.
- 42 Das **Rechtsschutzinteresse** für einen Eilantrag gem. § 47 Abs. 6 VwGO entfällt, sobald die umstr. Planung im Wesentlichen durch Genehmigungen umgesetzt ist (zB Festsetzungen eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans durch Erteilung von bau-/immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen).<sup>43</sup>

### b) Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO

- 43 In der Praxis sind Anträge gem. § 47 Abs. 6 VwGO **nur selten erfolgreich**, denn idR kann das Eintreten eines schweren Nachteils vom Antragsteller nicht hinreichend dargelegt werden.
- 44 **Beispiele – Erfolgreiche Anträge auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO:**
  - Außervollzugsetzung eines Bebauungsplans wegen nach summarischer Prüfung festgestellter erheblicher Mängel des Bebauungsplans zulasten des Antragstellers, die im Hauptsacheverfahren mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem Erfolg der Normenkontrolle führen werden (Verstoß gegen § 1 Abs. 3 BauGB, „maßgeschneiderte“ Planung zugunsten eines Dritten unter Treffen von Festsetzungen, welche zur Erreichung des Planungsziels ungeeignet sind).<sup>44</sup>
  - Außervollzugsetzung wegen eines offensichtlichen Abwägungsfehlers. Der Satzungsgeber hatte lediglich die Folgen der Planung für *ein* Grundstück, nicht aber für weitere Grundstücke im Blick (Nachverdichtung).<sup>45</sup>

41 BVerwG B. v. 29.3.1995 – 11 B 21.95, Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 266; U. v. 1.9.1999 – 11 A 2.98, NVwZ 2000, 68.

42 BVerwG B. v. 5.10.1990 – 4 B 249.89, NVwZ-RR 1991, 118.

43 BayVG B. v. 28.2.2008 – 1 NE 07.2946 und 1 NE 07.2981 m. umfangr. Rspr.-Nachw., BeckRS 2008, 27619.

44 BayVG B. v. 6.10.2008 – 1 NE 08.826, BeckRS 2008, 28473.

45 BayVG B. v. 2.4.2008 – 1 NE 08.25, BeckRS 2008, 27780.



**Prüfungsreihenfolge: Verfahren auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO**

45

- Zulässigkeit des Antrags nach § 47 Abs. 6 VwGO (entsprechend der Zulässigkeit des Normenkontrollantrags; → Rn. 23, 27, 33).
- Offensichtliche Unbegründetheit des Antrags?
- Ist der Antrag nicht offenkundig unbegründet: Vollzugsfolgenabschätzung; schwerer Nachteil oder Außervollzugsetzung aus anderem wichtigen Grund.

► **Muster: Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO**

46

An den VGH .../das OVG ...

290

**Antrag**

auf einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Gemeinde ..., vertreten durch den Bürgermeister ...

– Antragsgegnerin –

wegen: Vorläufiger Rechtsschutz gegen den Bebauungsplan ... der Gemeinde ...

zeigen wir an, dass wir den Antragsteller vertreten; Vertretungsanzeige ist beigelegt, Anlage 1.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird **beantragt**:

Der Bebauungsplan ... wird bis zur Entscheidung des Gerichts über den Normenkontrollantrag des Antragstellers vom ... außer Vollzug gesetzt.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

I. Streitgegenstand ist der Bebauungsplan ... der Gemeinde ..., der am ... in Kraft getreten ist.

Gegen diesen Bebauungsplan hat der Antragsteller am ... einen Normenkontrollantrag gestellt, der unter dem Az. ... beim angerufenen Gericht anhängig ist.

II. Hinsichtlich der weiteren Sachverhaltsdarstellung verweisen wir vollinhaltlich auf den Normenkontrollantrag. In dessen Begründung vom ..., Anlage 2, ist der Sachverhalt, insbes. der Planinhalt und das Planaufstellungsverfahren, ausführlich geschildert.

**B. Rechtliche Würdigung**

I. Zulässigkeit

Der Antrag auf einstweilige Anordnung ist zulässig. Der Antragsteller ist Eigentümer landwirtschaftlich genutzter Flächen im Außenbereich. Mit dem angefochtenen Bebauungsplan hat die Gemeinde Wohngebiete ausgewiesen. Hierdurch rückt die Wohnbebauung näher an sein Betriebsgrundstück heran. Das Interesse des Antragstellers, mögliche Einschränkungen seines landwirtschaftlichen Betriebes durch heranrückende Wohnbebauung zu verhindern, ist ein iR des Verfahrens zur Aufstellung des Bebauungsplans zu berücksichtigender abwägungserheblicher privater Belang. Der Antragsteller ist daher antragsbefugt iSd § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

Es besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsteller kann seine Rechtsposition durch einen Erfolg des Antrags insoweit verbessern, als er dann nicht um Individualrechtsschutz gegen jedes etwaige Bauvorhaben auf der Grundlage des angefochtenen Bebauungsplans nachsuchen muss. Denn



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

ihm ist nicht zuzumuten, gegen jedes einzelne im Bebauungsplangebiet entstehende Einzelbauvorhaben im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen.

### II. Begründetheit

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO ist zur Abwehr schwerer Nachteile für den Antragsteller und aus sonstigem wichtigen Grund iSd § 47 Abs. 6 S. 1 Alt. 1 VwGO dringend geboten.

1. Vorliegend ist bereits bei summarischer Prüfung offenkundig, dass der angefochtene Bebauungsplan an einem schweren, zu seiner Unwirksamkeit führenden Verstoß gegen das Abwägungsgebot leidet, § 1 Abs. 7 BauGB. Bereits im Eilverfahren lässt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit der Erfolg des Rechtsmittels in der Hauptsache absehen. Daher sind die Erfolgsaussichten in die Entscheidung nach § 47 Abs. 6 VwGO einzubeziehen. Die Außervollzugsetzung des Bebauungsplans ist geboten, weil ein sonstiger wichtiger Grund iSd § 47 Abs. 6 S. 1 Alt. 2 VwGO gegeben ist.

Die Antragsgegnerin hat nicht alle abwägungsrelevanten Aspekte ermittelt. ■■■

Die Antragsgegnerin hat ferner die widerstreitenden Interessen nicht sachgerecht, dh entsprechend ihrem tatsächlichen Gewicht, in die Abwägung eingestellt. ■■■ Insbes. hat sie sich über die Stellungnahmen der Landwirtschaftsbehörde und der Immissionsschutzbehörde, die wegen der durch die Planung hervorgerufenen Nutzungskonflikte Bedenken erhoben haben, hinweggesetzt. Gründe, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen, sind weder aus der Planbegründung noch aus dem Ratsprotokoll der Gemeinderatssitzung über die beschlussmäßige Behandlung der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange und der Öffentlichkeit ersichtlich. Eine sachgerechte Auseinandersetzung mit den von den Fachbehörden als problematisch erachteten Immissionen aus dem Tierhaltungsbetrieb des Antragstellers hat erkennbar nicht stattgefunden. Insbes. ■■■

2. Bei der Vollzugsfolgenabwägung sind alle in Frage kommenden Belange und widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Mit der Realisierung des Bebauungsplans würden faktische Verhältnisse geschaffen, durch die dem Betrieb des Antragstellers Einschränkungen drohen. Bei dieser Ausgangslage überwiegt sein Interesse am Erhalt des derzeitigen Zustands das Interesse der Antragsgegnerin und der durch den Bebauungsplan begünstigten Grundstückseigentümer an der Umsetzung der streitgegenständlichen Planung. Dem Antrag ist somit stattzugeben, weil der Antragsteller andernfalls schwerwiegende Nachteile zu befürchten hätte.

3. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten des Antragstellers ist dringend geboten, weil die Realisierung von Bauvorhaben nach Maßgabe des Bebauungsplans unmittelbar bevorsteht. ■■■ Dem Antragsteller ist bekannt, dass über die Gemeinde bereits einige Baugesuche eingereicht wurden, die zT gar keiner bauaufsichtlichen Genehmigung bedürfen und im Kennznisgabe-/Genehmigungsfreistellungsverfahren behandelt werden.

(Rechtsanwalt) ◀

### 3. Verfahrensmängel

#### a) Fehlerhafte Bekanntmachung bei der Öffentlichkeitsbeteiligung und Mängel bei der Offenlage

##### aa) Typische Fehlerquellen im Überblick

Die Bekanntmachung der Bauleitplanentwürfe muss enthalten:

47

- den Ort und die Dauer der Auslegung;
- Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind (§ 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB);<sup>46</sup>
- den Hinweis darauf, dass während der Auslegungsfrist Stellungnahmen abgegeben werden können;
- den Hinweis darauf, dass nicht fristgerecht abgegebene Stellungnahmen bei der Beschlussfassung über den Bauleitplan unberücksichtigt bleiben können, sofern die Gemeinde deren Inhalt nicht kannte und nicht hätte kennen müssen und deren Inhalt für die Rechtmäßigkeit des Bauleitplans nicht von Bedeutung ist (§ 4a Abs. 6 BauGB).

Demgegenüber darf die öffentliche Bekanntmachung keine Zusätze oder Einschränkungen enthalten, die geeignet sein könnten, auch nur einzelne an der Bauleitplanung interessierte Bürger von Stellungnahmen zu der Planung abzuhalten. Die Formulierung, dass Stellungnahmen bei der Gemeinde (nur) schriftlich oder während der Dienststunden zur Niederschrift vorgebracht werden können, ist geeignet, einzelne Bürger von einer Beteiligung im Aufstellungsverfahren abzuhalten. Denn eine Stellungnahme kann auch per E-Mail abgegeben werden. Eine Bekanntmachung unter Verwendung einer Einschränkung ist daher fehlerhaft.<sup>47</sup>

47a

Die ordnungsgemäße Bekanntmachung setzt ferner voraus, dass die **Anstoßfunktion** erfüllt ist, dh die Bezeichnung des Bebauungsplanentwurfs so gewählt wird, dass der räumliche Geltungsbereich hinreichend deutlich wird (→ Rn. 53 ff.).

48

Fehlerquellen können sein:

49

- Zeitpunkt der Bekanntmachung (ausreichende Frist, vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB);
- tatsächliche räumliche Umstände der Auslegung (Zugänglichkeit, Möglichkeit ungehinderter Einsichtnahme) (→ Rn. 59);
- Gegenstand der Auslegung (dh der Umfang der ausgelegten Unterlagen);
- unzureichende Angaben in der Bekanntmachung darüber, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind (→ Rn. 47);
- tatsächliche Dauer der Auslegung während des Auslegungszeitraums (→ Rn. 60);
- Zusätze in der Bekanntmachung, die geeignet sind, einzelne Bürger von der Beteiligung eines Aufstellungsverfahrens abzuhalten;<sup>48</sup> Abweichung zwischen der nach § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB in das Internet eingestellten Veröffentlichung vom Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB (→ Rn. 55a).

Veranlasst durch die Corona-Pandemie sind bzw. waren Rathäuser – mehr oder weniger – für den Publikumsverkehr nur mit Einschränkungen zugänglich. Dies hat Einfluss auf die Öffentlichkeitsbeteiligung in den Verfahren zur Aufstellung von Bauleitplänen und anderen BauGB-Satzungen. Der Gesetzgeber hat hierauf mit dem Erlass des Plansicherstellungsgesetzes<sup>49</sup> reagiert, dessen Anwendungsbereich gem. § 1 Nr. 4 PlanSiG auch Verfahren nach dem BauGB unterliegen. Modifikationen betreffen insbes. die Offenlage von Planunterlagen und die Möglichkeiten zur Abgabe von Stellungnahmen.<sup>50</sup> Teilweise haben die Länder durch Erlasse Hand-

49a

46 BVerwG U. v. 11.9.2014 – 4 CN 1.14, NVwZ 2015, 232; U. v. 29.9.2015 – 4 CN 1.15, NVwZ 2016, 84; U. v. 6.6.2019 – 4 CN 7.18, NVwZ 2019, 1613; BVerwG U. v. 20.1.2021 – 4 CN 7.19, NVwZ 2021, 732; *Schindler/Benner* NVwZ 2015, 644.

47 OVG NRW U. v. 14.3.2019 – 2 D 71/17.NE, BauR 2019, 1418; entgegen der früheren Rspr. des BVerwG B. v. 28.1.1997 – 4 NB 39.96, BRS 59 Nr. 15.

48 BVerwG B. v. 27.5.2013 – 4 BN 28.13, BRS 81 Nr. 73; OVG NRW U. v. 14.3.2019 – 2 D 71/17.NE, BauR 2019, 1418.

49 PlanSiG, in Kraft getreten am 29.5.2020.

50 Vgl. *Fischer/Heyn*, Bauleitplanverfahren nach dem PlanSiG, NVwZ 2020, 910; zur Thematik auch: Teichmann/Dombert, Die Auswirkungen der Corona-Krise auf Bebauungsplan- und Baugenehmigungsverfahren, BauR 2020, 927.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

reichungen zur Handhabung von Öffentlichkeitsbeteiligungen während der Corona-Pandemie gegeben.<sup>51</sup>

### bb) (Vermeintlicher) Verstoß gegen die Auslegungsfrist

- 50 Streitpunkt und Anlass zur Rüge formeller Fehler können die iR der Offenlage einzuhaltenden Fristen sein. Fristen bestehen hinsichtlich der Dauer der Auslegung (Monatsfrist, mindestens 30 Tage, § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB) und der dieser vorausgehenden Bekanntmachung der Auslegung (Wochenfrist, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB). Ausreichend ist es, wenn die Dauer der Offenlegung, wie sie Gegenstand der Bekanntmachung war, so bemessen ist, dass die Mindestfristen des § 3 Abs. 2 S. 1 und 2 BauGB für die Bekanntmachung und Auslegung des Entwurfs insgesamt eingehalten werden.<sup>52</sup>
- 51 **Typische Fallkonstellation:** Wegen einer fehlerhaften Fristberechnung beginnt die Auslegung bereits vor Ablauf der Wochenfrist des § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB, dh, die Bekanntmachung erfolgte „zu spät“ bzw. die Offenlage begann „zu früh“.

### 52 ► Muster: Erwidering der Gemeinde als Antragsgegnerin betreffend einen behaupteten Verstoß gegen die Auslegungsfrist

291

Die Auslegungsfrist gem. § 2 Abs. 3 S. 1 BauGB beträgt einen Monat mindestens jedoch 30 Tage. Die Offenlage ist gem. § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB mindestens eine Woche vorher ortsüblich bekannt zu machen. Die Bekanntmachung erfolgte hier durch ■■■ am ■■■. Die Auslegung erfolgte dementsprechend in der Zeit von ■■■ bis ■■■, sie dauerte einen Monat und zwei Tage.

Es trifft daher zwar zu – wie der Antragsteller vorträgt –, dass die Bekanntmachungsfrist um einen Tag verkürzt ist, weil die Wochenfrist des § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB erst am Tage nach der Bekanntmachung beginnt. Zwar stellt die Monatsfrist eine Ablaufsfrist iSd § 187 Abs. 2 S. 1 BGB dar, mit der Folge, dass der erste Tag der Auslegungsdauer mitgerechnet wird. Demgegenüber ist die Wochenfrist der (vorherigen) Bekanntmachung eine Ereignisfrist, so dass der erste Tag bei der Fristberechnung nicht zur Frist zählt. Für die Frage, ob der Bebauungsplan wegen einer etwaigen Nichteinhaltung der Auslegungsfrist formell fehlerhaft ist, kommt es aber darauf an, ob die Frist und damit der gesetzliche Anspruch auf Einsicht in die Planungsunterlagen iR der Auslegung iErg durch eine formell fehlerhafte Bekanntmachung verkürzt wird oder nicht.

Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Offenlage sind unter dem Aspekt der Auslegungs- und Bekanntmachungsfristen daher gewahrt, wenn die Fristen des § 3 Abs. 2 S. 1 und 2 BauGB insgesamt eingehalten werden, sofern sich die längere Auslegung auch bereits aus der Bekanntmachung ergibt.<sup>53</sup> So liegt der Fall hier, denn in der Bekanntmachung ist die um zwei Tage „verlängerte“ Auslegungsfrist genannt worden. Die Antragsgegnerin hat sich auch an den in der Bekanntmachung aufgeführten, die Mindestfrist um zwei Tage überschreitenden Zeitraum der Auslegungsdauer gehalten. Somit liegt der geltend gemachte Verfahrensfehler nicht vor. ◀

### cc) Fehlende Eignung zur Erfüllung der Anstoßfunktion

- 53 Die Bekanntmachung muss den Eigentümer eines im oder in der Nähe des Plangebiets liegenden Grundstücks (oder einen sonstigen potenziell Planbetroffenen) in die Lage versetzen, zu erkennen, dass er von einer Planung betroffen sein kann. Dies gilt mit Blick auf den räumlichen Gegenstand der Planung, aber auch in Bezug auf deren wesentlichen Inhalt. Die

51 ZB Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen (HMWEVL): „Beteiligungsverfahren in der Bauleitplanung im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – Hinweise zur öffentlichen Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB“ vom 2.4.2020, abzurufen über die Internetseiten des HMWEVL.

52 BVerwG B. v. 23.7.2003 – 4 BN 36.03, NVwZ 2003, 1391; zur Fristberechnung: NdsOVG U. v. 4.11.2015 – 1 KN 199/13, BeckRS 2016, 40492; Fällt der erste Tag der öffentlichen Auslegung auf einen Feiertag, ist dieser bei der Fristberechnung nicht mitzuzählen.

53 BVerwG B. v. 27.3.2003 – 4 BN 36.03, NVwZ 2003, 1391.

Bekanntmachung muss das Interesse des potenziell Betroffenen wecken und soll ihm bewusst machen, dass er – um seine Interessen zu wahren – Anregungen und Bedenken vortragen kann (**Anstoßfunktion**).<sup>54</sup> Lässt die Auslegungsbekanntmachung deutlich auf einen bestimmten Planinhalt schließen, muss dieser zutreffend beschrieben sein.<sup>55</sup>

**Typische Fallkonstellation:** Die Bekanntmachung umschreibt nicht den wesentlichen Inhalt der Planung. Diese ist insoweit ungenügend und kann daher ihre Anstoßfunktion nicht erfüllen.<sup>56</sup> Der (spätere) Bebauungsplan leidet dann an einem formellen Mangel.

► **Muster: Rüge formeller Fehler – Ordnungsgemäße Bekanntmachung der Offenlage**

In der Bekanntmachung sind der räumliche Geltungsbereich und das Anliegen der Planung nur unzureichend beschrieben. ■■ Daher hat die Bekanntmachung ihr Ziel der Anstoßwirkung verfehlt. Denn aus ihr wird nicht hinreichend deutlich, was Gegenstand der Planung ist. Insbes. konnte der interessierte Bürger nicht erkennen, welcher Bereich des Gemeindegebiets überplant werden sollte. Wegen dieses Mangels konnte dem Antragsteller aus der Bekanntmachung auch nicht klar werden, dass sein Grundstück Flst. Nr. ■■ betroffen sein kann.

Aufgabe der nach § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB vorgeschriebenen ortsüblichen Bekanntmachung des Ortes und der Dauer der Auslegung der Entwürfe der Bauleitpläne ist es, dem an der beabsichtigten Bauleitplanung interessierten Bürger sein Interesse an Information und Beteiligung durch Abgabe einer Stellungnahme bewusst zu machen. Die Offenlage soll interessierte Bürger dazu ermuntern, sich am Ort der Auslegung des Planentwurfs zu den angegebenen Zeiten über die gemeindlichen Planungsabsichten zu informieren und ggf. mit Anregungen und Bedenken zur Planung beizutragen. Daher muss aus der Bekanntmachung deutlich werden, welches Planungsvorhaben die Gemeinde betreiben will. Dazu gehört es, dass der Bürger in die Lage versetzt wird, das Planungsvorhaben einem bestimmten Raum zuzuordnen (BVerwG U. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, NVwZ 2003, 733). Wie gezeigt, war eine solche Zuordnung anhand des Bekanntmachungstextes nicht möglich. ◀

**dd) Abweichung zwischen der gem. § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB ins Internet eingestellten Veröffentlichung vom Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB**

Gem. § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB sind der Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB und die nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB auszulegenden Unterlagen zusätzlich in das Internet einzustellen.

Der Inhalt der Bekanntmachung und deren ins Internet eingestellte Fassung müssen übereinstimmen. Weichen diese voneinander ab (zB es werden unterschiedliche Daten für das Ende der Öffentlichkeitsbeteiligung genannt), liegt hierin ein beachtlicher Verfahrensfehler iSd § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB.<sup>57</sup>

Ein gem. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2e) BauGB unbeachtlicher Mangel liegt vor, wenn der Inhalt der Bekanntmachung zwar ins Internet eingestellt, aber nicht über das Landesportal zugänglich ist.<sup>58</sup>

**ee) Verstoß gegen die Vollständigkeit der Unterlagen bei der Offenlage**

§ 3 Abs. 2 S. 1 BauGB enthält Vorgaben, zT abstrakt gefasst, **welche Unterlagen iR der Öffentlichkeitsbeteiligung auszulegen sind** („wesentliche ... umweltbezogene Stellungnahmen“). Ob hierunter auch gutachtliche Stellungnahmen (zB Lärmgutachten, Verkehrsprognose) fallen,

54 BVerwG B. v. 17.9.2008 – 4 BN 22.08, BauR 2009, 75; OVG NRW U. v. 6.5.2014 – 2 D 14/13.NE NuR 2015, 337; vgl. auch BayVG U. v. 11.4.2000 – 22 N 99.2159, UPR 2001, 108 zur fehlerhaften Bekanntmachung im Verfahren zur Aufstellung einer Wasserschutzgebietsverordnung.

55 NdsOVG U. v. 13.10.2015 – 1 KN 66/14, BauR 2016, 214.

56 ZB Fehlen des Lagehinweises auf eine vom Plangebiet räumlich abgesteckte Ausgleichsfläche: VGH BW U. v. 24.2.2021 – 5 S 2159/18, BeckRS 2021, 4681.

57 OVG NRW U. v. 25.6.2019 – 10 D 88/16.NE, BeckRS 2019, 14316.

58 OVG RhPF U. v. 5.5.2021 – 8 C 10697/20, BeckRS 2021, 13085.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, etwa inwieweit ausgelegte behördliche Stellungnahmen, die Planbegründung oder sogar der Bebauungsplan selbst hierauf Bezug nehmen.<sup>59</sup>

- 57 **Beispiel:** iR des Planaufstellungsverfahrens wurden von der Gemeinde (oder privaten Dritten) Gutachten zur Untersuchung einzelner abwägungsrelevanter Aspekte eingeholt (zB Lärmgutachten auf der Basis eines vorher erstellten Verkehrsgutachtens, Geruchsimmissionsprognose). Hierzu haben die Träger öffentlicher Belange fachtechnische Beurteilungen abgegeben. Solche Unterlagen sind iR der Offenlage mit auszulegen. Fehlen mehr als nur einzelne dieser Unterlagen bei der Beteiligung der Öffentlichkeit, ist die Offenlage mangelhaft.

58 ► **Muster: Rüge formeller Fehler – Unvollständige Offenlage**

293

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind die Entwürfe der Bauleitpläne mit der Begründung und den nach Einschätzung der Gemeinde wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen für die Dauer eines Monats, mindestens jedoch für die Dauer von 30 Tagen öffentlich auszulegen. Nach § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB sind Ort und Dauer der Auslegung sowie Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, mindestens eine Woche vorher ortsüblich bekannt zu machen. Entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin ist die Verletzung des § 3 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB nicht unbeachtlich. Dies ist nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Alt. 2 BauGB (ausnahmsweise) dann der Fall, wenn (nur) einzelne Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, gefehlt haben. Dagegen liegt ein beachtlicher Fehler vor, wenn die Angaben vollständig fehlen oder sofern – wie hier – von den Arten der verfügbaren Umweltinformationen die überwiegende Zahl nicht angegeben wurde (EZBK/Stock BauGB § 214 Rn. 48, 50; JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 214 Rn. 10).

Vorliegend wurden keine fachtechnischen Stellungnahmen (zB der Immissionsschutzbehörde) ausgelegt. Damit fehlten bei der Offenlage wesentliche umweltbezogene Informationen mit der Folge, dass die Auslegung gem. § 3 Abs. 2 BauGB an einem formellen Mangel leidet. ◀

### ff) Unzumutbare Erschwernis der Möglichkeit zur Einsichtnahme iR der Auslegung

- 59 Anforderungen ergeben sich in Bezug auf die genaue Bezeichnung der Stelle, an der die Unterlagen ausgelegt sind (**Dienstraum**), die Zugänglichkeit sowie die Zeiten, während der die ausgelegten Unterlagen zugänglich sind (**Tage und Uhrzeiten**). Die Rspr. in den Ländern ist von einiger Heterogenität geprägt, so dass verallgemeinernde Aussagen, was (noch) zulässig oder (bereits) verfahrensfehlerhaft ist, schwer zu treffen sind.<sup>60</sup>

**Hinweis:** Bei der Prüfung, ob die öffentlichen Bekanntmachungen iR des Bebauungsplan-Aufstellungsverfahrens den normativen Anforderungen genügen, ist stets die **Hauptsatzung der planenden Gemeinde** mitheranzuziehen. Denn aus solchen kommunalrechtlichen Vorschriften können sich weitergehende Anforderungen gegenüber den formellen Anforderungen des BauGB ergeben.

- 60 **Beispiele – Anforderungen an die Einsichtsmöglichkeit iR der Auslegung:**

■ In der Bekanntmachung ist die Bezeichnung des Dienstraumes idR nicht erforderlich, in dem die Planunterlagen ausgelegt sind.<sup>61</sup> Ein solches Erfordernis kann sich aber bspw. aus der Hauptsatzung der planenden Gemeinde ergeben, in welcher die örtlichen Modalitäten, wie eine ortsübliche Bekanntmachung zu erfolgen hat, definiert sind.

59 Vgl. HessVGH U. v. 20.3.2014 – 4 C 448/12.N, ZfBR 2014, 780; Entwässerungskonzept: NdsOVG U. v. 30.6.2021 – 1 KN 54/19, BeckRS 2021, 19470.

60 Grundlegend hierzu BVerwG U. v. 4.7.1980 – 4 C 25.78, BRS 36 Nr. 22.

61 BVerwG U. v. 29.1.2009 – 4 C 16.07, NVwZ 2009, 1103 – anders als die Vorinstanz VGH BW U. v. 31.7.2007 – 5 S 2103/06, BRS 71 Nr. 28.

- Gem. § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB ist es ausgeschlossen, in der Hauptsatzung einer Gemeinde zu bestimmen, Bekanntmachungen nach § 3 Abs. 2 BauGB hätten ausschließlich über die Homepage der planenden Gemeinde im Internet zu geschehen.<sup>62</sup>
- Die Einsichtsmöglichkeit an vier Werktagen jeweils an Vormittagen und Nachmittagen (für jeweils zwei Stunden) sowie am Freitagvormittag reicht für die Auslegung der Entwürfe der Bauleitpläne iR der Bürgerbeteiligung und das Bereithalten des Bebauungsplans aus.<sup>63</sup> Ebenso ausreichend ist die Auslegung für die Dauer eines Monats während der Dienststunden Montag bis Freitag von 8.00 bis 12.00 Uhr, Montag bis Mittwoch von 14.00 bis 15.00 Uhr und Donnerstag von 14.00 bis 18.00 Uhr.<sup>64</sup> Die Auslegung eines Bebauungsplans nebst Begründung für 18 Stunden pro Woche – ohne Berücksichtigung der Interessen Berufstätiger, etwa durch längere Einsichtszeiten an einem Wochentag – stellt die Untergrenze dessen dar, was iR von § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB noch als zumutbar angesehen werden kann.<sup>65</sup>
- Ausnahmsweise ist die Auslegung ausreichend an 12 Stunden/Woche bei nur ehrenamtlich beschäftigten Gemeindemitarbeitern in einer Kleingemeinde,<sup>66</sup> ebenso bei nur 9 Stunden in ehrenamtlich verwalteten Gemeinden.<sup>67</sup>
- Ausreichend ist es, wenn der Bebauungsplanentwurf und die mit ihm ausgelegten Unterlagen vollständig, sichtbar, griffbereit und als zusammengehörig erkennbar in dem dafür vorgesehenen Dienstzimmer ausliegen und dort ohne weitere Bemühungen oder Zwischenschritte eigenständig und ungestört eingesehen werden können. Dies gilt auch, wenn zuvor ein Sekretariatsraum durchquert werden muss.<sup>68</sup>
- Unschädlich ist es, wenn in die Auslegungszeit ein Feiertag oder wenige Feiertage fallen.<sup>69</sup>

**Typische Fallkonstellation:** Der Antragsteller rügt, dass die ausgelegten Planunterlagen nur unter (unzumutbaren) Erschwernissen eingesehen werden konnten.

61

#### ► **Muster: Rüge formeller Fehler – Möglichkeit zur Einsichtnahme in den Diensträumen**

Die öffentliche Auslegung entsprach nicht den sich aus § 3 Abs. 2 BauGB ergebenden Anforderungen. Zweck der öffentlichen Auslegung ist es, die Bürger von der beabsichtigten Planung zu informieren. Es soll ihnen dadurch die Möglichkeit eröffnet werden, sich am Planungsverfahren zu beteiligen und etwa Anregungen oder Bedenken vorzutragen.

Dieser Vorschrift ist nur dann genügt, wenn jeder Interessierte ohne Weiteres, dh ohne noch Fragen und Bitten an die Bediensteten der Gemeinde stellen zu müssen, in die Unterlagen Einblick nehmen kann. Der Begriff „Auslegung“ umfasst mehr als (nur) das Recht zur Einsichtnahme. Ein bloßes Bereithalten der Unterlagen ist somit nicht ausreichend, um den gesetzlichen Vorgaben des § 3 Abs. 2 BauGB gerecht zu werden.

Vorliegend waren die Unterlagen in einem Nebenraum des Dienstzimmers auf einem Aktentisch zur Einsichtnahme bereitgehalten worden. Teilweise (zB Lärmgutachten) waren die Unterlagen in Ordnern abgelegt, die in einem ebenfalls in diesem Raum stehenden (offenen) Aktenschrank aufbewahrt waren. Der Antragsteller musste, um in den Nebenraum zu gelangen, das Dienstzimmer durchschreiten. Es war für ihn beim Betreten des Dienstzimmers nicht ersichtlich, dass er sich in den Nebenraum begeben darf, um die ausgelegten Planunterlagen einzusehen. Die natürliche, sich aufdrängende Reaktion nach dem Eintritt in das Dienstzimmer musste es bei dieser Art der „Auslegung“ sein, sich bei dem Bediensteten der Antragsgegnerin nach den Planunterlagen zu erkundigen.

62 NdsOVG B. v. 4.5.2012 – 1 MN 218/11, BRS 79 Nr. 55.

63 HessVGH U. v. 5.7.1989 – 4 N 589.89, NVwZ-RR 1990, 291.

64 HessVGH U. v. 28.5.2001 – 9 N 1626/96, BauR 2002, 1134.

65 HessVGH U. v. 28.2.2013 – 3 C 297/12.N BRS 81 Nr. 29.

66 BayVGH B. v. 23.7.1981 – 16 XV 76, BRS 38 Nr. 21.

67 NdsOVG B. v. 7.11.1996 – 1 K 2470/96.

68 VGH BW U. v. 1.3.2007 – 3 S 129/06, NVwZ-RR 2007, 455.

69 BVerwG U. v. 13.9.1985 – 4 C 64.80, NVwZ 1986, 740 (Auslegung im Planfeststellungsverfahren); NdsOVG B. v. 29.1.2009 – 1 MN 229/08, BauR 2009, 697.

62

294



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Angesichts der geschilderten Art des Bereithaltens war für den Antragsteller auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, welche Unterlagen Gegenstand der Offenlage waren. Dies gilt insbes. in Bezug auf die (Lärm-/Verkehrs-)Gutachten, die neben weiteren, nicht zu den Bebauungsplanunterlagen gehörenden Akten „abseits“ des Aktentisches, auf dem der Bebauungsplanentwurf auslag, aufbewahrt wurden. Auf deren Vorhandensein wurde vom Bediensteten der Gemeinde zwar hingewiesen; ohne diesen Hinweis hätte sich dem Antragsteller aber nicht erschlossen, dass auch diese Unterlagen Bestandteil der Offenlage sind.

In der Gesamtschau der Umstände der „Auslegung“ wurden die Unterlagen nur bereitgehalten, ohne dass der Interessierte, dh der Antragsteller, in die Lage versetzt war, sich Kenntnis über die einschlägigen Planungsunterlagen zu verschaffen. Die konkrete Art und Weise der Offenlage ermöglichte keine hindernislose Möglichkeit, die gewünschten Informationen über die Planung zu erlangen, und widersprach somit den gesetzlichen Anforderungen. Der Bebauungsplan ist daher unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften erlassen worden und leidet insoweit an einem formellen Fehler.<sup>70</sup> ◀

### b) Mitwirkung ausgeschlossener Personen an der Beschlussfassung

- 63 Ein Verstoß gegen kommunalrechtliche Befangenheitsvorschriften kommt unter mehreren Blickwinkeln in Betracht. **Befangenheit** kann sich aus einem etwaigen individuellen Sonderinteresse eines Ratsmitglieds an der Entscheidung des Gemeinderats über den Bebauungsplan ergeben. In Betracht kommt die Rüge, dass ein befangenes Ratsmitglied nicht die Sitzung verlasen, sondern an der Beschlussfassung mitgewirkt hat. Denkbar ist auch, dass ein Ratsmitglied wegen vermeintlicher Befangenheit zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Die kommunalrechtlichen Erfordernisse an die Beschlussfassung ergeben sich aus dem jeweiligen Landesrecht. Dies gilt auch für die Möglichkeiten der Heilung etwaiger Verstöße oder deren Unbeachtlichkeit bei nicht fristgerechten oder nicht den Anforderungen entsprechenden Befangenheitsrügen.<sup>71</sup>
- 64 IE kommt es für die Beurteilung der Frage der Rechtmäßigkeit und der Fehlerfolgen **maßgeblich nicht auf die Vorschriften des BauGB, sondern auf die landesrechtlichen Vorschriften des Kommunalrechts** an, die hier nicht im Detail dargestellt werden können. Diese Regelungen enthalten ihrerseits Heilungs-/Unbeachtlichkeitsregelungen, so dass etwaige Verstöße folgenlos bleiben (oder werden) können.<sup>72</sup> Nachfolgendes Muster orientiert sich an den Vorgaben der Gemeindeordnung Baden-Württemberg (vgl. § 18 BWGemO).

#### 65 ▶ **Muster: Mitwirkung ausgeschlossener Personen**

295

Der Gemeinderat, Herr ■■■, war befangen iSd Vorschriften der Gemeindeordnung und durfte an der Entscheidung über den Bebauungsplan als Satzung nicht beteiligt sein. Dies hat die Rechtswidrigkeit des Beschlusses und damit die Unwirksamkeit der Satzung zur Folge. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ergibt sich aus den kommunalrechtlichen Vorschriften. ■■■

Mit dem Bebauungsplan wird die planungsrechtliche Grundlage dafür geschaffen, die Parkplatzsituation und die Umgebungslärmsituation wesentlich zu verbessern. Dies wirkt sich auf das Wohngrundstück des befangenen Gemeinderats ■■■ deutlich positiv aus. Dies spiegelt sich in der Erlangung einer gehobenen Wohnqualität und auch in einem spürbaren Wertzuwachs seines Wohngrundstücks wider.

Nach den Vorschriften der Gemeindeordnung darf ein ehrenamtlich tätiger Bürger weder beratend noch entscheidend mitwirken, sofern die Entscheidung u.a. ihm selbst einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Das Merkmal der Unmittelbarkeit erfordert keine direkte Kausalität zwischen der Entscheidung und dem Vorteil oder Nachteil. Vielmehr bringt dieses Tatbestandsmerkmal

70 SächsOVG U. v. 27.9.1999 – 1 S 694/98, SächsVbl. 2000, 115; VGH BW U. v. 2.5.2005 – 8 S 582/04, BRS 69 Nr. 53; JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 3 Rn. 21; BKL/Battis BauGB § 3 Rn. 15; EZBK/Battis BauGB § 3 Rn. 15.

71 ZB OVG NRW U. v. 24.2.1995 – 10a NE 40/90, NVwZ-RR 1996, 220; VGH BW U. v. 22.7.1997 – 5 S 3391/94, NVwZ-RR 1998, 325; OVG RhPf U. v. 23.4.1998 – 1 C 10789/97, NVwZ-RR 2000, 103; HessVGH B. v. 22.4.2003 – 9 NG 561/03, BRS 66 Nr. 67; NdsOVG B. v. 20.4.2007 – 1 MN 204/06, BeckRS 2007, 23177.

72 Zur Rechtslage in Hessen: HessVGH U. v. 5.5.2003 – 9 N 640/00, NuR 2004, 47.

(nur) zum Ausdruck, dass bereits Besorgnis der Befangenheit anzunehmen ist, sofern ein individuelles Sonderinteresse besteht. Denn es ist Zweck der Befangenheitsvorschriften, die auf einem Ausgleich öffentlicher und privater Interessen beruhenden Entscheidungen des Gemeinderats von individuellen Sonderinteressen freizuhalten und damit zugleich das Vertrauen der Bürger in eine am Wohl der Allgemeinheit orientierte und unvoreingenommene Kommunalverwaltung zu stärken. Es soll bereits der „böse Schein“ einer Interessenkollision vermieden werden.

Als kollidierende Interessen kommen insbes. wirtschaftliche oder ideelle Vorteile bzw. Nachteile in Betracht. Voraussetzung für ihre Erheblichkeit unter dem Gesichtspunkt der Befangenheit ist deren Individualisierbarkeit. Die Entscheidung der Angelegenheit muss einen unmittelbar auf die Person des Gemeinderatsmitglieds bezogenen besonderen und über den allgemeinen Nutzen oder die allgemeinen Belastungen hinausgehenden Vorteil oder Nachteil bringen können.

Der (Sonder-)Vorteil oder Nachteil tritt im konkreten Fall aufgrund der Entscheidung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein. Denn die Gemeinde wird das geänderte Verkehrskonzept, das Bestandteil der Planung ist, in eigener Regie umsetzen. Das Sonderinteresse des befangenen Gemeinderatsmitglieds ist auch nicht von lediglich untergeordneter Bedeutung, so dass es nicht vernachlässigt werden kann.<sup>73</sup> ◀

### c) Änderungen nach Beschlussfassung, aber vor Bekanntmachung

Nach Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommene Änderungen des Entwurfs eines Bebauungsplans, die inhaltlich in den Bereich der planerischen Willensbildung des Gemeinderats eingreifen, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit eines sog. **Beitrittsbeschlusses**. Dies gilt auch für Änderungen, die von der Genehmigungsbehörde als „rein klarstellend und redaktionell“ bezeichnet wurden.

66

#### ► Muster: Änderungen am Bebauungsplan nach der Fassung des Satzungsbeschlusses, aber vor der Bekanntmachung

67

296

Der Gemeinderat hat den Bebauungsplan in seiner Sitzung am ■■■ als Satzung beschlossen. Gegenstand waren textliche und zeichnerische Festsetzungen über die überbaubare Grundstücksfläche entsprechend § 23 BauNVO und die Lage der Verkehrsflächen. Nach der Beschlussfassung wurde – offenbar auf Intervention des Investors des Einzelhandelszentrums, das im westlichen Teil des Plangebiets vorgesehen ist – nochmals eine Änderung der überbaubaren Grundstücksflächen vorgenommen. Auslöser hierfür war, dass die Anlieferzone und die Parkplätze anders situiert werden sollen, als im Entwurf vorgesehen, wie er Gegenstand des Satzungsbeschlusses war. Die Änderungen wirken sich u.a. auf die Immissionssituation des Grundstücks des Antragstellers aus. Die Änderungen sind keinesfalls als nur klarstellende Änderungen redaktioneller Art aufzufassen, sie bedürfen vielmehr einer Legitimation durch einen neuen Satzungsbeschluss.<sup>74</sup>

Wegen der inhaltlichen Planänderungen bedurfte es des Weiteren einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung, dh der Wiederholung der entsprechenden (auch nachfolgenden) Verfahrensschritte. ■■■

Da die Bekanntmachung des Bebauungsplans ohne Beitrittsbeschluss erfolgte und verfahrensfehlerhaft entgegen § 4 a Abs. 3 BauGB keine erneute Auslegung erfolgte, ist der Bebauungsplan unwirksam. ◀

73 In Anlehnung an die Rechtslage in BW, zB VGH BW U. v. 5.12.1991 – 5 S 976/91, NVwZ-RR 1993, 97; U. v. 25.4.2007 – 5 S 2243/05, NuR 2007, 685; zur Rechtslage in NRW: OVG NRW U. v. 12.3.2003 – 7a D 20/02.NE, NVwZ-RR 2003, 667.

74 Zu Änderungen wegen „Auflagen“ der Genehmigungsbehörde zB BVerwG B. v. 14.8.1989 – 4 NB 24.88, NVwZ-RR 1990, 122; JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 10 Rn. 25 ff. zum Erfordernis eines sog. Beitrittsbeschlusses.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### d) Unterlassene oder fehlerhafte Bekanntmachung<sup>75</sup>

- 68 Die ordnungsgemäße **Bekanntmachung ist Voraussetzung der Wirksamkeit** eines Bebauungsplans<sup>76</sup>. Eine Rechtsnorm, dh auch eine Satzung, muss – um Geltung beanspruchen zu können – der Öffentlichkeit in einer Art und Weise zugänglich gemacht werden, die es den Betroffenen ermöglicht, zuverlässig Kenntnis von ihrem Inhalt zu nehmen. Verweisen die textlichen Festsetzungen auf DIN-Normen, muss in der Bekanntmachung ein Hinweis enthalten sein, wo diese einsehbar sind.

69  
297

### ► **Muster: Rüge ungenügender Bekanntmachung des (Satzungs-)Beschlusses über den Bebauungsplan**

1. Der in der Sitzung des Stadtrates am ... gefasste Beschluss über den Bebauungsplan wurde am ... bekannt gemacht. Der Geltungsbereich des Bebauungsplans war mit dem Gebietsnamen ... schlagwortartig bezeichnet und mit einer (gemeindeinternen) Nummerierung versehen. Der Bekanntmachung war ein Übersichtslageplan beigelegt. Der Übersichtslageplan war indessen „vertauscht“ und bildete nicht das Plangebiet ab. Die Verwechslung beruhte darauf, dass der gleiche Gebietsname ... im Stadtgebiet in unterschiedlichen Ortsteilen – also insgesamt mehrfach – verwendet wird.
2. Der Satzungsbeschluss über den Bebauungsplan ist nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden.

Es ist daher festzuhalten, dass die Bekanntmachung ihrer Wegweiserfunktion nicht gerecht werden kann. Demzufolge ist der Bebauungsplan nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht iSd § 10 Abs. 3 S. 1 BauGB. Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit des Bebauungsplans. ◀

### e) Ausfertigungsmangel, insbes. Bekanntmachung ohne vorherige Ausfertigung

- 70 Welche (formellen) Anforderungen an die Ausfertigung zu stellen sind und welche Folgen **Ausfertigungsmängel** haben, ergibt sich aus dem jeweiligen **Landesrecht**.<sup>77</sup> IE gibt es differenzierte Rspr. der Oberverwaltungsgerichte zur Thematik.<sup>78</sup> Teilweise wird angenommen, dass eine Ausfertigung auch durch Unterschrift des hierfür zuständigen Gemeindeorgans auf dem Deckblatt des Gemeinderatsprotokolls ausreichen kann.<sup>79</sup> Übereinstimmung besteht allerdings darin, dass die **Reihenfolge zwischen Ausfertigung und Bekanntmachung** nicht beliebig ist. Die Ausfertigung muss *vor* der Bekanntmachung erfolgen.<sup>80</sup>
- Diese Anforderungen gelten auch bei „Dringlichkeitsentscheidungen“, die der Bürgermeister – unter Abweichung von den satzungsgemäßen Zuständigkeitsregelungen – trifft.<sup>81</sup>
- 71 **Beispiel:** Die Reihenfolge Satzungsbeschluss – Ausfertigung – Bekanntmachung wird nicht eingehalten. Die Ausfertigung des Bebauungsplans erfolgte erst nach der Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses. Es wurden darüber hinaus nicht alle Bestandteile der Satzung gesondert ausgefertigt.<sup>82</sup> IR einer Inzidentprüfung trägt der Kläger (Bauantragsteller) im Verpflichtungsklageverfahren um die Erteilung einer Baugenehmigung vor, dass die Ausfertigung fehlerhaft erfolgt ist.

75 BayVGh U. v. 8.2.2022 – 1 N 20.1687, BeckRS 2022, 1952.

76 Zu den Anforderungen an die ortsübliche Bekanntmachung und Ausfertigung: *Scheidler* BauR 2018, 1812.

77 BVerwG U. v. 29.10.2020 – 4 CN 9.19, NVwZ 2021, 331; OVG NRW U. v. 1.7.2021 – 10 D 92/19.NE, BeckRS 2021, 19353; OVG Bln-Bbg U. v. 3.2.2022 – OVG 2 A 24.18, BeckRS 2022, 1711.

78 Wer muss wo unterschreiben? BayVGh U. v. 10.10.2018 – 2 N 16.1285, BeckRS 2018, 25006; VGh BW U. v. 9.9.2020 – 5 S 2132/17, BauR 2021, 505; OVG NRW U. v. 8.4.2021 – 2 D 96/18.NE, BeckRS 2021, 17758; weitere Beispiele: JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 10 Rn. 51 ff.

79 So zur Lage in BW, wo es (ebenfalls) keine spezifischen Regelungen zur Ausfertigung gibt: VGh BW U. v. 24.9.1999 – 5 S 823/97, BWGZ 2000, 77.

80 BVerwG B. v. 27.1.1999 – 4 B 129.98, NVwZ 1999, 878; OVG NRW U. v. 26.2.2015 – 2 D 1/13.NE BauR 2015, 1776.

81 ZB gem. § 61 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GemO-NW: OVG NRW B. v. 23.6.2020 – 2 B 581/20, BeckRS 2020,15879.

82 Hierzu SächsOVG U. v. 11.7.2013 – 1 C 11/12, BauR 2014, 809; *Ziegler* DÖV 2020, 1026.

► **Muster: Rüge eines Ausfertigungsmangels**

1. Der Bebauungsplan wurde am 2.9.2020 als Satzung beschlossen. Der Beschluss des Bebauungsplans wurde am 16.9.2020 bekannt gemacht. Ausweislich des Ausfertigungsvermerks auf dem zeichnerischen Teil der Planurkunde erfolgte die Ausfertigung durch den Bürgermeister aber am 7.10.2020, dh die Ausfertigung erfolgte erst nach der Bekanntmachung des Bebauungsplans. Bestandteil des Bebauungsplans sind auch die textlichen Festsetzungen und der Grünordnungsplan. Aus den Verfahrensvermerken geht nicht hervor, dass der textliche Teil ausgefertigt worden ist. Dort fehlt vielmehr der Ausfertigungsvermerk des Bürgermeisters. Gleiches gilt für den Grünordnungsplan, der Bestandteil des Satzungsbeschlusses war; in diesem fehlt ebenfalls ein Ausfertigungsvermerk.

2. Der angegriffene Bebauungsplan weist in zweifacher Hinsicht Ausfertigungsmängel auf. Zum einen ist die Reihenfolge zwischen Ausfertigung und Bekanntmachung nicht eingehalten. Zum anderen erfasst die Ausfertigung nicht alle Bestandteile der Satzung, sie ist daher unvollständig und der Bebauungsplan aus diesem Grund formell fehlerhaft zustande gekommen.

Ein Bebauungsplan ist vor seiner Bekanntmachung (§ 10 Abs. 3 S. 1 BauGB) durch den Bürgermeister oder seinen Vertreter auszufertigen. Das Erfordernis der Ausfertigung folgt aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankerten Rechtsstaatsprinzip (BVerwG B. v. 27.10.1998 – 4 BN 46.98). Durch die Ausfertigung wird bestätigt und sichergestellt, dass der Inhalt des als Satzung beschlossenen Bebauungsplans mit dem Willen des Gemeinderats übereinstimmt. Deshalb muss die Satzung vor ihrer Bekanntmachung ausgefertigt sein. Diese Reihenfolge von Ausfertigung und Bekanntmachung ist zwingend,<sup>83</sup> hier aber nicht eingehalten.

Die Ausfertigung ist aus einem weiteren Grund fehlerhaft. Besteht eine Satzung aus mehreren Teilen und sind diese „körperlich“ nicht untrennbar miteinander verbunden, müssen grds. alle Teile gesondert ausgefertigt werden. Die Ausfertigung allein des Satzungsbeschlusses genügt nur dann, wenn durch eindeutige Angaben oder auf andere Weise jeder Zweifel an der Zugehörigkeit des Plans oder weiterer Bestandteile zur Satzung ausgeschlossen wird. Daran fehlt es aber – wie gezeigt – hinsichtlich des streitgegenständlichen Bebauungsplans. Denn es gibt keine inhaltliche Verknüpfung dergestalt, dass die zugehörigen Bestandteile durch eine Art „gedanklicher Schnur“ mit der – hier auch iÜ mangelhaften – ausgefertigten Satzung derart verknüpft sind, dass ihre Identifizierung ohne Weiteres möglich ist.<sup>84</sup>

3. Die Bekanntmachung eines nicht ausgefertigten Bebauungsplans ist ein beachtlicher Mangel, der zwar in einem ergänzenden Verfahren geheilt werden kann. Bis zur Behebung des Mangels ist der Bebauungsplan aber unwirksam.

Daher ist das beantragte Vorhaben nicht am Maßstab des § 30 BauGB zu messen, sondern anhand des § 34 BauGB zu beurteilen. Demnach ist das Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig. ■■■ Da andere im Baugenehmigungsverfahren zu prüfende Vorschriften nicht entgegenstehen, hat der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung. ◀

**4. Materielle rechtliche Fehlerquellen bei der Aufstellung von Bauleitplänen**

**a) Erforderlichkeit der Festsetzungen, § 1 Abs. 3 BauGB**

**aa) Rüge fehlender Erforderlichkeit – Grundsatz**

Der Gemeinde wird durch § 1 Abs. 3 BauGB ein **weiter Planungsspielraum** eingeräumt, weshalb der Einwand einer Verletzung des Gebots der Erforderlichkeit in der Praxis eher selten

83 BVerwG B. v. 27.1.1999 – 4 B 129.98, NVwZ 1999, 878.

84 OVG RhPf U. v. 15.5.2007 – 8 C 10751/06, LKRZ 2007, 262; VGH BW U. v. 25.4.2007 – 5 S 2243/05, NuR 2007, 685; SächsOVG U. v. 13.3.2008 – 1 D 6/07, UPR 2009, 34; BVerwG B. v. 21.6.2018 – 4 BN 34.17, BRS 86 Nr. 24; HessVGH U. v. 28.10.2019 – 4 C 2447/17.N, BauR 2020, 580; Schenk VBIBW 1999, 161.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

greift. Hervorzuheben sind folgende Fallkonstellationen<sup>85</sup> der mangelnden Geeignetheit planerischer Festsetzungen zur Zielerreichung (→ Rn. 76), dauerhafte rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der Planrealisierung (→ Rn. 77 ff.), Fälle einer unzulässigen Verhinderungsplanung/Negativplanung (→ Rn. 81) und – selten auftretend – Fälle einer unzulässigen „Gefälligkeitsplanung“ (→ Rn. 82 ff.). Eine Planung ist jedenfalls dann noch von § 1 Abs. 3 BauGB gedeckt, sofern ihr eine ausreichende städtebauliche Motivation zugrunde liegt.

### 74 ▶ Muster: Fehlende Erforderlichkeit – Grundsatz: Weitreichender Planungsspielraum der Gemeinde

Nach § 1 Abs. 3 BauGB haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB räumt der Gemeinde sowohl hinsichtlich des „Ob“ und „Wann“ als auch des „Wie“ der Planung ein weites Planungsermessen ein.

Erforderlichkeit iSd § 1 Abs. 3 BauGB bedeutet demnach nicht, dass die Planung unumgänglich sein muss. Ausreichend ist es vielmehr, wenn die Planung nach dem jeweiligen Planungskonzept, das seinerseits den Anforderungen des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB genügen muss, vernünftigerweise geboten ist.

Gemessen an diesen Maßstäben erweist sich die Planung hier jedoch als nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB, da ... [zu den verschiedenen Sachverhaltsvarianten s. Muster → Rn. 74–84]. ◀

### bb) Fehlende Erforderlichkeit – fehlende Eignung der Planung zur Zielerreichung

- 75 Ein Bebauungsplan ist nicht erforderlich iSv § 1 Abs. 3 BauGB, wenn die getroffenen Festsetzungen zur Erreichung der angestrebten Ziele nicht geeignet sind oder wenn der Zielsetzung als solcher keine tragfähigen Überlegungen zugrunde liegen, weil es dann an der geforderten städtebaulichen Rechtfertigung fehlt.<sup>86</sup>

**Beispiele:** In einem Mischgebiet werden Einschränkungen der Nutzung für Einzelhandelsbetriebe getroffen unter Festsetzung einer Ausnahmeregelung über die Zulässigkeit solcher Betriebe, die „flächenintensive Verkaufs- und Lagerfläche benötigen“. Ziel der Planung waren der Schutz der Innenstadtentwicklung und die Ermöglichung der Ansiedlung von Gewerbebetrieben, die der Schaffung von Arbeitsplätzen im produzierenden Gewerbe bzw. im „produktionsorientierten Dienstleistungssektor“ dienen sollten. Die in Rede stehende Mischgebietsausweisung betraf nur einen Teilbereich des insgesamt nur 6 ha großen Geltungsbereichs des Bebauungsplans. Die Festsetzung ist zur Zielerreichung ungeeignet und daher die Planung nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB. Mischgebiete sind zum einen idR nicht zur Unterbringung arbeitsplatzintensiver produzierender bzw. „produktionsorientierter“ Betriebe vorgesehen, so dass insoweit Zweifel an der Geeignetheit der Festsetzung bestehen.<sup>87</sup> Hat eine Gemeinde das Gewollte nicht geplant, bzw. das Geplante nicht gewollt, ist eine solche Planung nicht erforderlich. Es liegt ein sog. „Etikettenschwindel“ vor.<sup>88</sup>

### 76 ▶ Muster: Fehlende Erforderlichkeit – fehlende Eignung der Planung zur Zielerreichung

Ein Bebauungsplan verstößt dann gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB, wenn seine Festsetzungen (§ 9 Abs. 1 BauGB) nicht geeignet sind, den mit ihnen verfolgten Zweck zu erreichen.

85 Vgl. Schrödter/Schrödter/Wahlhäuser BauGB § 1 Rn. 40 ff.; bei mangelnder Eignung zur Zielerreichung verhilft auch eine „im Grunde“ ausreichende städtebauliche Motivation einer solchermaßen fehlerhaften Planung nicht dazu, die Erforderlichkeit iSd § 1 Abs. 3 BauGB zu begründen.

86 Nicht erforderlicher Einzelhandelsausschluss: VGH BW U. v. 18.12.2014 – 5 S 584/13, BRS 82 Nr. 158; Widersprüchlichkeit der städtebaulichen Konzeption: BayVGh U. v. 9.6.2021 – 15 N 20.1412, BeckRS 2021, 16271.

87 OVG NRW U. v. 14.5.2004 – 10a D 2/02.NE, NVwZ-RR 2005, 7.

88 HessVGh U. v. 24.11.2020 – 3 C 2071/18.N, BauR 2021, 788; Ausweisung eines Mischgebiets, wenn tatsächlich nahezu ausschließlich Gewerbebetriebe angesiedelt werden sollen; BayVGh U. v. 9.6.2021 – 15 N 20.1412, BeckRS 2021, 16271; OVG Bln-Bbg B. v. 25.1.2022 – OVG 10 S 17/21, BeckRS 2022, 899.

Hier soll mit der Planung/Festsetzung erreicht werden, dass ... Die konkrete Planung/Festsetzung bewirkt aber, dass ... Mithin kann durch die Planung/Festsetzung das angestrebte Ziel nicht erreicht werden. Die in Rede stehende Festsetzung/Planung ist daher im Rechtssinne nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB. ◀

### cc) Fehlende Erforderlichkeit – dauernde rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der Planrealisierung

**Beispiel – rechtliches Hindernis der Planrealisierung:** Aufgrund zwingend entgegenstehender Vorschriften kann es einer geplanten Sportanlage an deren Realisierbarkeit fehlen, die aus einem Sportplatz mit Stehtribüne und Laufbahn (Stadion) sowie vier Tennisplätzen und zwei Sportheimen besteht: Der Sportanlage sind 38 Kfz-Stellplätze zugeordnet. Das Wohngrundstück des Antragstellers liegt nördlich des Sportgeländes etwa 55 m von den Tennisplätzen entfernt an einem ansteigenden Hang etwa 11 m höher als diese. Die Gemeinde darf keinen Bebauungsplan aufstellen, der aus Rechtsgründen nicht vollzugsfähig ist, zB weil für seine Verwirklichung erforderliche Genehmigungen wegen Verletzung zwingenden Rechts, hier wegen Nichteinhaltung der für Sportanlagen geltenden immissionsschutzrechtlichen Anforderungen, nicht erteilt werden dürften. Allerdings kann von einer Vollzugsunfähigkeit eines Bebauungsplans nur ausgegangen werden, wenn dessen Realisierung zwangsläufig an rechtlichen Hindernissen scheitern müsste. Dies ist zu verneinen, wenn zB durch Auflagen im Baugenehmigungsverfahren oder durch angemessene Beschränkungen des Sportbetriebes Hindernisse überwindbar sind. **Nimmt ein Bebauungsplan (gerade noch) die Hürde der Erforderlichkeit, kann er sich dennoch als abwägungsfehlerhaft erweisen.** Dies ist auf einer weiteren Prüfungsstufe zu untersuchen.<sup>89</sup>

**Beispiel – tatsächliches Hindernis an der Planrealisierung:** Ein tatsächliches Hindernis bei der Planrealisierung besteht, wenn sich eine Planung in angemessenem Planungshorizont nicht umsetzen lässt. Dies ist in folgenden Fällen anzunehmen: 78

- Ein planfeststellungsersetzender Bebauungsplan, der die Trasse einer Landesstraße festsetzt, ist nicht erforderlich iSv § 1 Abs. 3 BauGB, wenn die Verwirklichung des Vorhabens innerhalb eines Zeitraums von etwa zehn Jahren nach Inkrafttreten des Plans ausgeschlossen erscheint.<sup>90</sup>
- Kann im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses auf Dauer nicht mit der Realisierung eines BPl. gerechnet werden, bestehen nicht nur Zweifel an der Erforderlichkeit, sondern es kann hierin auch ein Abwägungsmangel liegen.<sup>91</sup>
- Ein zeitlicher Prognosehorizont von mindestens 20 Jahren entzieht der Planung eines Gewerbegebiets regelmäßig eine realistische Grundlage und macht ihre Verwirklichung unabsehbar.<sup>92</sup> Eine solche Planung ist nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB.

### ► Muster: Fehlende Erforderlichkeit – dauernde rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der Planrealisierung

... Nicht erforderlich ist ein Bebauungsplan dann, wenn seiner Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Weg stehen. Dies gilt nicht nur für den Anlass des Bebauungsplans, sondern auch für den Inhalt, und zwar für jede seiner Festsetzungen.<sup>93</sup> Ein solcher Bebauungsplan ist nicht vollzugsfähig und kann seiner Aufgabe, die städtebauliche Entwicklung zu steuern, nicht gerecht werden.

79

301

<sup>89</sup> BVerwG U. v. 20.8.1999 – 4 CN 4.98, NVwZ 2000, 550; zum mangelnden Umsetzungswillen eines Eigentümers vgl. VGH BW U. v. 6.2.2014 – 3 S 207/13, BRS 82 Nr. 31.

<sup>90</sup> BVerwG U. v. 18.3.2004 – 4 CN 4.03, NVwZ 2004, 856.

<sup>91</sup> BayVGH U. v. 24.6.2020 – 15 N 19.442, Beck RS 2020, 14607.

<sup>92</sup> BayVGH U. v. 3.3.2003 – 15 N 02.593, BauR 2003, 1691.

<sup>93</sup> BVerwG U. v. 30.1.2003 – 4 CN 14.01, NVwZ 2003, 742; VGH BW U. v. 10.6.2021 – 8 S 949/19, BeckRS 2021, 22114.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Für die voraussehbaren Bedürfnisse der Gemeinde iSv § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB wird im Allgemeinen ein zeitlicher Prognosehorizont von 10–15 Jahren zugrunde gelegt.<sup>94</sup> Diese für einen Flächennutzungsplan zugrunde gelegte Zeitspanne kann auf einen Bebauungsplan übertragen werden, wenn es um die Frage der Möglichkeit der Realisierung in noch angemessenem Zeithorizont geht.<sup>95</sup>

Vorliegend ist die Antragstellerin Eigentümerin der weitaus überwiegenden Grundstücke im Plangebiet. Sie hat keine planentsprechenden Nutzungsabsichten. Die Gemeinde ist nicht in der Lage, sich das Eigentum an den Grundstücken im Plangebiet zu verschaffen und beabsichtigt dies auch nicht. Im Ergebnis hat die Planung somit keine Aussicht auf Realisierung.<sup>96</sup> ◀

### dd) Fehlende Erforderlichkeit – Verhinderungsplanung/Negativplanung

- 80 Ein Bebauungsplan ist nicht bereits deshalb als „**Verhinderungsplanung**“ zu charakterisieren, wenn die Planung aus Anlass eines konkreten Bau-/Vorhabenswunsches in Gang gesetzt wird und diese dem Vorhaben dann entgegensteht. Die Praxis zeigt, dass nicht selten ein städtebaulich unerwünschtes Vorhaben gemeindliche Planungsbemühungen initiiert, deren Ergebnis es ist, dass das Vorhaben planungsrechtlich nicht (mehr) zulässig ist bzw. sein soll.<sup>97</sup>

### 81 ▶ **Muster: Fehlende Erforderlichkeit – Verhinderungsplanung/Negativplanung**

81

302

— Verfolgt eine Gemeinde mit ihrer Planung allein das Ziel, von ihr nicht gewünschte bauliche Nutzungen zu verhindern oder Flächen des Plangebiets (auf unabsehbare Zeit) „zu reservieren“,<sup>98</sup> ohne eine eigene planerische Konzeption zu haben, liegt eine unzulässige „Verhinderungsplanung“ vor.

Ein Bebauungsplan ist nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB, wenn ihm keine (positive) Konzeption zugrunde liegt und sich sein Interesse stattdessen lediglich darin erschöpft, ein bestimmtes Vorhaben eines Dritten zu verhindern.

Die Planungsziele sind in der Begründung des Bebauungsplans beschrieben. Demnach sollen Anlass und Zielsetzung der Planung — sein. Damit ist aber keine positive Planungskonzeption verbunden; deren Fehlen macht den Bebauungsplan unwirksam. — ◀

### ee) Fehlende Erforderlichkeit – Gefälligkeitsplanung

- 82 Eine Gefälligkeitsplanung liegt nicht bereits deswegen vor, weil sie vor allem – und evtl. aus einem konkreten Bauwunsch heraus – im Interesse eines Einzelnen oder mehrerer Eigentümer oder Investoren liegt und er/sie die Planung initiiert(en) oder sogar die Planungskosten trägt/tragen. Entscheidend ist, ob zugleich auch städtebauliche Interessen verfolgt werden.<sup>99</sup> Fehlt es hieran, liegt eine **unzulässige Gefälligkeitsplanung** vor.
- 83 **Beispiel – Gefälligkeitsplanung zugunsten eines Einzelnen:**<sup>100</sup> Ein Bebauungsplan enthält die Ausweisung eines Sondergebiets „Möbeleinzelhandel“, um allein den Bauwünschen eines Möbelhauses entgegenzukommen. Die von der planenden Gemeinde angegebenen Gründe des Immissionsschutzes waren nur vorgeschoben, denn Untersuchungen zur Immissionssituation hatten zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.<sup>101</sup>

94 BKL/Löhr BauGB § 5 Rn. 1; EZBK/Söfker BauGB § 5 Rn. 13a.

95 EZBK/Söfker/Runkel BauGB § 1 Rn. 32 b.

96 Vgl. hierzu auch Muster „Anfechtungswiderspruch gegen einen Zurückstellungsbescheid“ (→ Rn. 137).

97 Ausweisung einer Fläche zur Naherholung (vermeintlich), mit tatsächlich jedoch vorrangiger Absicht der Verhinderung eines Vorhabens zum Kiesabbau: OVG RhPf U. v. 7.3.2013 – 1 C 10456/12, BRS 81 Nr. 38.

98 VGH BW U. v. 18.9.1998 – 8 S 1279/98, VBIBW 1999, 136.

99 OVG NRW U. v. 29.3.2010 – 7 D 96/09.NE, u.a. BauR 2010, 1730.

100 Weitere Beispiele einer unzulässigen Gefälligkeitsplanung: BayVGH U. v. 27.12.2006 – 26 N 01.2749, BeckRS 2009, 40672 (Bebauungsplan zur „Legalisierung“ zuvor rechtswidrig ausgeführten Bauvorhabens); B. v. 10.6.2020 – 1 NE 20.259, BeckRS 2020, 14557.

101 NdsOVG U. v. 6.12.1989 – 6 K 16/89, u.a. NVwZ 1990, 576.

► **Muster: Fehlende Erforderlichkeit – Gefälligkeitsplanung**

84  
303

■ Eine Gefälligkeitsplanung liegt dann vor, wenn sie allein auf dem Bauwunsch eines Eigentümers beruht und ihr nicht zugleich auch eine legitime städtebauliche Zielsetzung zugrunde liegt. Eine solche Planung erschöpft sich unzulässigerweise darin, private Interessen zu befriedigen.

Vorliegend sind die geltend gemachten „städtebaulichen Gründe“ nur vorgeschoben, um dem Bebauungsplan zu einer „Rechtfertigung“ zu verhelfen. In Wahrheit dient die Planung aber nur dazu, die Bebauungswünsche des Eigentümers/Investors ■ durchzusetzen, planerisch abzusichern und vermeintlich „zu legalisieren“. Dies ergibt sich aus Folgendem: ■■

Es liegt somit eine unzulässige Gefälligkeitsplanung vor. Der Bebauungsplan ist folglich unwirksam. ◀

**Hinweis:** Es wird häufig schwierig sein zu belegen, dass geltend gemachte städtebauliche Gründe nur vorgeschoben sind. Regelmäßig wird eine detaillierte Auswertung der Planaufstellungsunterlagen notwendig sein, um nach Widersprüchen oder Brüchen in der Argumentation zu suchen:

- Auswertung der Entwicklung der Planbegründung im Aufstellungsverfahren;
- Einsichtnahme in das „Abwägungsprotokoll“ und die Ratsprotokolle, in denen die Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange und der privaten „Einwendungen“, die iR der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgetragen wurden, dokumentiert sind;
- Einsichtnahme in die Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange, Auswertung zB von Lärm-/Verkehrsgutachten.

Es geht darum, ob sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass eine auf den ersten Blick plausibel klingende städtebauliche Rechtfertigung im konkreten Fall eben gerade nicht trägt.

**b) Übergeordnete Planungen und zwingend einzuhaltende Vorschriften**

Gem. § 1 Abs. 4 BauGB sind Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen.<sup>102</sup> Ist dies nicht möglich, dh steht die Planungsabsicht der Gemeinde nicht im Einklang mit bestehenden übergeordneten Planungen der Landes-/Raumplanung, kommt ein sog. Zielabweichungsverfahren in Betracht. 85

Bindungen können sich auch aus sonstigen Fachplanungen (für Trassen von Straßen oder Schienenwegen), Vorschriften des Immissionsschutzrechts oder untergesetzlichen Rechtsnormen ergeben (zB einer Landschaftsschutzgebietsverordnung). 86

**Beispiele – Verstoß gegen raumordnerische Vorgaben:** Im Bebauungsplan erfolgt die Festlegung von Standorten für Windenergieanlagen außerhalb des durch den Raumordnungsplan (Regionalplan) zugewiesenen Eignungsraums (sog. Windkraftvorrangflächen), ohne dass der Tatbestand der im Plan enthaltenen Ausnahmeregelung erfüllt war.<sup>103</sup> Ein BPl. setzt ein großflächiges Wohngebiet in einem Bereich fest, für den der Regionalplan das Ziel Erhaltung der landwirtschaftlichen Nutzung formuliert hat.<sup>104</sup> 87

► **Muster: Verstoß gegen Ziele der Raumordnung**

88  
304

Gem. § 1 Abs. 4 BauGB sind Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung anzupassen. Der Regionalplan ■■ enthält in Ziffer ■■ die Vorgabe, dass ■■.

Diese Vorgabe stellt ein Ziel der Raumordnung dar. Ziele der Raumordnung sind gem. der in § 3 Nr. 2 ROG enthaltenen Legaldefinition verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimm-

102 BVerwG B. v. 15.10.2020 – 4 BN 8.20, BeckRS 2020, 29950; Zu Regelungsmöglichkeiten und -grenzen in Raumordnungsplänen: *Reidt* DVBl 2011, 789; Verstoß gegen Ziel der Raumordnung zum Hochwasserschutz: NdsOVG B. v. 20.3.2014 – 1 MN 7/14, BRS 82 Nr. 17.

103 OVG MV U. v. 21.1.2008 – 3 K 30/06, NordÖR 2008, 397.

104 OVG NRW U. v. 27.1.2021 – 7 D 90/18.NE, BauR 2021, 793.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

ten oder bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogene textliche oder zeichnerische Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes.

Die genannte Regelung, die im Regionalplan (allgemein: Raumordnungsplan) ausdrücklich als „Ziel“ bezeichnet ist, erfüllt die Merkmale einer Zielfestlegung im genannten Sinn:

- Der Regelung kommt Verbindlichkeit zu. ■■■
- Sie ist räumlich und sachlich hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar. ■■■
- Die Regelung hat den Charakter einer vom Landesplanungsträger abschließend abgewogenen Vorgabe. ■■■
- Die textliche (oder zeichnerische) Festlegung im Raumordnungsplan dient der Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes. ■■■

Die Festsetzung ■■■ des Bebauungsplans widerspricht diesen Festlegungen. ■■■ Ein erforderliches Zielabweichungsverfahren wurde nicht durchgeführt. Der Bebauungsplan ist daher nicht mit den übergeordneten Zielen der Raumplanung vereinbar und verstößt somit gegen § 1 Abs. 4 BauGB. ◀

- 89 Eine Zielabweichung vom Raumordnungsplan liegt nicht vor, wenn ein Zielabweichungsverfahren durchgeführt wurde und in diesem die Zulässigkeit eines Vorhabens (unter raumordnerischen Aspekten), dh die **Raumverträglichkeit**, festgestellt worden ist. Ergeht der Abweichungsbescheid vor der letzten mündlichen Gerichtsverhandlung, reicht dies auch im Fall eines nachträglich durchgeführten Zielabweichungsverfahrens für die Annahme der Vereinbarkeit mit den Zielen der Raumordnung aus.<sup>105</sup>
- 90 Wird ein entgegenstehendes Ziel der Raumordnung nach Beschlussfassung (aber vor Bekanntmachung) eines Bebauungsplans rechtswirksam, darf der Bebauungsplan nicht mehr bekannt gemacht werden.<sup>106</sup>
- 91 Ein **Bebauungsplan, der einem Ziel der Regionalplanung widerspricht, verletzt das Anpassungsgebot** des § 1 Abs. 4 BauGB auch dann, wenn er aus den Darstellungen eines Flächennutzungsplans entwickelt worden ist.<sup>107</sup>
- 92 Im Weiteren ist zu beachten, dass „**Ziele**“ der Raumordnung (vgl. Legaldefinition in § 3 Nr. 2 ROG) von bloßen „**Grundsätzen**“ der Raumordnung (§ 3 Nr. 3 ROG) abzugrenzen sind. Letztere sind lediglich „zu berücksichtigen“ (§ 4 Abs. 2 ROG), während Ziele der Raumordnung verbindliche Vorgaben darstellen,<sup>108</sup> die (zwingend) „zu beachten“ sind (§ 4 Abs. 1 S. 1 ROG). Nachfolgendes Muster greift den Fall auf, dass der Bauherr eine Festsetzung im Bauleitplan angreift, die (vermeintlich) in Anpassung an ein Ziel der Raumordnung getroffen wurde und die ihm bei der Realisierung eines Vorhabens hinderlich ist.

### 93 ► **Muster: Fehlerhafte Annahme über das Vorliegen eines Ziels der Raumordnung**

305

■■■ Strikte Beachtungspflichten ergeben sich nur hinsichtlich von Zielen der Raumordnung, nicht aber von Grundsätzen.

Vorliegend ist die Gemeinde ■■■ hinsichtlich ■■■ zu Unrecht davon ausgegangen, es liege ein Ziel der Raumordnung vor.

Zwar enthält der Regionalplan ■■■ unter Ziffer ■■■ die Vorgabe ■■■. Diese ist als „Ziel“ der Raumordnung bezeichnet. Nach ihrem Inhalt und dessen materieller Bedeutung – und allein darauf kommt

105 HessVGH U. v. 8.11.2007 – 3 N 3067/06, UPR 2008, 117.

106 BVerwG B. v. 14.5.2007 – 4 BN 8.07, NVwZ 2007, 953.

107 BVerwG U. v. 30.1.2003 – 4 CN 14.01, NVwZ 2003, 742.

108 Beispiel einer Festlegung der Standortbereiche für die Gewinnung von Rohstoffen, die – trotz anders lautender zeichnerischer Festsetzung – nicht als Ziel der Raumordnung zu verstehen war: OVG Saarl. U. v. 29.5.2008 – 2 C 153/07, LKRZ 2008, 316.

es an, nicht auf die Bezeichnung – liegt lediglich ein Grundsatz der Raumordnung vor, der zwar zu berücksichtigen, aber nicht strikt zu beachten ist.

Daher hat sich die Gemeinde iR ihrer Abwägung zu Unrecht an das „Ziel“ gebunden gefühlt. Diese vermeintliche Bindung war auch der Grund dafür, dass den entgegenstehenden Festsetzungswünschen des Eigentümers ■■■, welche dieser iR der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgetragen hat, nicht Rechnung getragen wurde. So jedenfalls ergibt es sich aus dem Protokoll der Ratssitzung vom ■■■, in der beschließend über die Anregungen des Antragstellers entschieden worden ist. Da die Gemeinde insoweit bei der Abwägung eine Bindung angenommen hat, die tatsächlich nicht bestand, ist der Bebauungsplan abwägungsfehlerhaft. ◀

### c) Optimierungsgebot

Die Bedeutung des Optimierungsgebots liegt darin, dass bestimmten, in ihm liegenden Zielvorgaben für die Abwägung ein besonderes Gewicht beizumessen ist und insoweit die planerische Gestaltungsfreiheit (relativ) eingeschränkt ist. Das Optimierungsgebot erfordert eine bestimmte Art und Weise der Realisierung von Belangen in der planerischen Abwägung und geht über das bloße Berücksichtigungsgebot hinaus. **Optimierung bedeutet best- und größtmögliche Zielerreichung.** Diese Zielvorgabe kann dabei im Konflikt mit anderen Zielen zumindest teilweise zurücktreten.<sup>109</sup>

#### ► Muster: Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz

Der Bebauungsplan setzt – für das bisher weitgehend unbebaute Gebiet – ein allgemeines Wohngebiet (WA iSd § 4 BauNVO) in unmittelbarer Nähe zu einem Gewerbegebiet fest. Hierin liegt ein Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz.

Eine Gemeinde muss die vorhandene Lärmbelastung als gewichtigen Belang in ihre Abwägung einstellen (§ 1 Abs. 7 BauGB), wenn sie – wie hier – ein bislang weitgehend unbebautes Gebiet neu mit einer Wohnbebauung überplanen will. iR ihrer Abwägung, insbes. bei der Neuplanung von Wohngebieten, hat sie auch die Abwägungsdirektive des § 50 BImSchG zu berücksichtigen. Demnach sind bei raumbedeutsamen Planungen die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen so weit wie möglich vermieden werden.<sup>110</sup>

Vorliegend stehen sich Nutzungen gegenüber, die unverträglich sind. Dies mag zwar auch unter Berücksichtigung des Trennungsgebots nicht stets ausgeschlossen sein. Maßgebend ist vielmehr, ob die Gemeinde die Schutzwürdigkeit der Wohnbebauung ausreichend berücksichtigt hat. Vorliegend ist entscheidend, dass die Gemeinde die Schutzbedürftigkeit der Wohnnutzung nicht angemessen gewürdigt und die Konfliktlage durch planerische Festsetzungen nicht gelöst oder zumindest entschärft hat – im Gegenteil. Die Gemeinde hat es versäumt, durch planerische Festsetzungen dafür zu sorgen, dass schädliche Umwelteinwirkungen iSd § 3 Abs. 1 BImSchG nicht hervorgerufen werden können. Hierzu war sie unmittelbar aus § 50 BImSchG und aus dem Gebot sachgerechter Konfliktbewältigung verpflichtet (BVerwG B. v. 7.7.2004 – 4 BN 16.04, BRS 67 Nr. 33). ■■■ Der Bebauungsplan ist deshalb unwirksam. ◀

**Beispiel – Mangelnde Konfliktbewältigung (Konflikt zwischen neuem Baugebiet und bestehenden Verkehrswegen):** Weist ein Bebauungsplan ein neues Wohngebiet (WA) aus, das durch vorhandene Verkehrswege Lärmbelastungen ausgesetzt wird, die an den Gebietsrändern deutlich

95  
306

109 Optimierungsgebot in Gemengelage: HessVGH U. v. 13.1.2011 – 3 A 1987/09, HGZ 2011, 274; ungeeignete (Lärm-)Konfliktbewältigung durch festgesetzte Lärmschutzwand bei einem Nebeneinander von einem reinen Wohngebiet und einem nicht großflächigen Nahversorgungs-Einkaufsmarkt: VGH BW U. v. 24.1.2013 – 5 S 913/11, BRS 81 Nr. 22.

110 Zusammenfassung der Rspr. des BVerwG zur Wirkung des § 50 Abs. 1 BImSchG auf die Abwägung: *Grüner UPR* 2011, 50; zum Abstandsgebot iSe Berücksichtigungsgebots mit Blick auf die Seveso-II und -III-RL: *Uechtritz/Farsbotter BauR* 2015, 1919; *Uechtritz/Farsbotter BauR* 2016, 48 m. zahlr. Nachw.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

über den Orientierungswerten der DIN 18005 liegen, ist es nicht von vornherein abwägungsfehlerhaft, auf aktiven Schallschutz durch Lärmschutzwälle oder -wände zu verzichten. Je nach den Umständen des Einzelfalles, zB in dicht besiedelten Räumen, kann es abwägungsfehlerfrei sein, eine Minderung der Immissionen durch eine Kombination von passivem Schallschutz, Stellung und Gestaltung von Gebäuden sowie Anordnung der Wohn- und Schlafräume zu erreichen.<sup>111</sup>

97

### ► **Muster: Mangelnde Konfliktbewältigung**

307

Das Gebot der Konfliktbewältigung als Ausprägung des Abwägungsgebots umfasst, dass ein Bebauungsplan grds. die von ihm geschaffenen Konflikte zu lösen hat, indem die von der Planung berührten Belange zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden (BVerwG B. v. 14.7.1994 – 4 NB 25.94, NVwZ-RR 1995, 130; OVG Bln-Bbg U. v. 12.1.2021 – OVG 10 A 10.13, BeckRS 2021, 6882). Diesen Anforderungen genügt der Bebauungsplan hinsichtlich ■■■ (zB verkehrsbedingter Immissionen) nicht, da ■■■. Somit ist der Bebauungsplan unwirksam. ◀

98

### ► **Muster: Lärmschutz bei Straßenplanung durch Bebauungsplan<sup>112</sup>**

308

Das dreistufige Lärmschutzkonzept des Bundesimmissionsschutzgesetzes ist vom Satzungsgeber in die Straßenplanung durch Bebauungsplan wie folgt zu integrieren:

In die gerechte Abwägung der öffentlichen und privaten Belange ist § 50 BImSchG als Optimierungsgebot einzustellen, dh, auf der ersten Stufe ist vorrangig eine Straßenplanung anzustreben, durch die ein Lärmkonflikt überhaupt vermieden wird. Dies hat die Plangeberin hier missachtet, denn ■■■.

Können die Probleme des Verkehrslärms nicht durch Beachtung des § 50 BImSchG bewältigt werden, so hat die plaufstellende Gemeinde – auf der zweiten Stufe – § 41 BImSchG als striktes Gebot zu beachten. Die Gemeinde durfte hier nicht von vornherein auf Maßnahmen des aktiven Schallschutzes verzichten und die Eigentümer auf Maßnahmen des passiven Schallschutzes verweisen. Es kann hier keine Rede davon sein, dass aktive Lärmschutzmaßnahmen unangemessen kostenaufwändig wären.

■■■

Reichen die durch § 41 BImSchG grds. geforderten Maßnahmen des aktiven Lärmschutzes nicht aus, so kann die Gemeinde Vorkehrungen, die dem passiven Schallschutz dienen, in den Bebauungsplan, der eine öffentliche Straße festsetzt, aufnehmen. Hierfür sieht § 42 BImSchG eine Entschädigungsregelung vor (dritte Stufe).

Zu Unrecht hat die Gemeinde diese Systematik im Bebauungsplan nicht berücksichtigt und sich damit „beruhigt“, die einschlägigen Immissionsrichtwerte seien nur um 1,5 dB(A) überschritten, was vom menschlichen Ohr nicht wahrgenommen werden könne.

Letztlich bleibt vorliegend die durch die Straßenplanung geschaffene Konfliktlage im Bebauungsplan unbewältigt. Der Planungsträger hat das gesetzlich vorgegebene Lärmschutzkonzept des § 41 BImSchG verfehlt. ◀

### **d) Abwägung**

- 99 Die planende Gemeinde hat einerseits umfassende Pflichten, die abwägungsrelevanten Aspekte zu ermitteln (§ 1 Abs. 7 BauGB), dh das Abwägungsmaterial zusammenzustellen. Andererseits hat sie keine Ermittlungspflicht „ins Blaue hinein“. Dies bedeutet, dass sie nicht in die Abwägung einzustellen braucht, was sie nicht wusste und nicht wissen musste.<sup>113</sup>

111 BVerwG U. v. 22.3.2007 – 4 CN 2/06, NVwZ 2007, 831; zum Grundsatz der Konfliktbewältigung: *Fricke*, Der Konflikttransfer in der Bebauungsplanung, UPR 2014, 97.

112 Vgl. hierzu HessVGH U. v. 12.7.2004 – 9 N 3140/02, NVwZ-RR 2005, 769; U. v. 21.3.2005 – 9 N 1630/01, BRS 69 Nr. 41.

113 BVerwG B. v. 10.7.2006 – 4 BN 19.06, BRS 70 Nr. 47; BayVGH U. v. 11.3.2020 – 15 N 19.667, BeckRS 2020, 9516.

**Hinweis:** Hat es ein Betroffener unterlassen, seine Betroffenheit im Zuge der Bürgerbeteiligung vorzutragen, dann ist seine Betroffenheit nur abwägungsbeachtlich, wenn sich der Planungsbehörde die Tatsache dieser Betroffenheit aufdrängen musste. Der zweistufigen Öffentlichkeitsbeteiligung kommt daher – auch in prozessualer Hinsicht – erhebliche Bedeutung zu. Bei der anwaltlichen Beratung sollte dem Mandanten klargemacht werden, dass bereits im Planaufstellungsverfahren „Fehler“ gemacht werden können, die im weiteren Verfahren nicht mehr korrigiert werden können. Auf die **Formulierung der Einwendungen** ist daher **größtmögliche Sorgfalt** zu verwenden (→ Rn. 1 und 7 ff.), um einerseits die Gemeinde „auf Stichwort“ zu umfassenden Ermittlungen zu veranlassen und andererseits die eigenen Rechte und Betroffenheiten zu benennen und diesen das ihnen zukommende Gewicht zu verleihen.

► **Muster: Abwägungsfehler bei der Ermittlung von Belangen (zB Ermittlungsausfall/Ermittlungsdefizit)**

100  
309

Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Abwägung ist, dass die Belange nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 BauGB<sup>114</sup> ermittelt und in die Abwägung eingestellt worden sind. Daher sind Art und Ausmaß des Berührtseins des Belangs durch die betreffende Bauleitplanung sowie das Gewicht des jeweiligen Belangs im Verhältnis zu seiner Betroffenheit zu ermitteln und zu bewerten. Daran fehlt es hier. ■■■

Daher ist festzuhalten, dass die von dem Antragsteller dargelegten Belange im Verfahren nicht entsprechend den Vorgaben des § 2 Abs. 3 BauGB hinreichend ermittelt wurden. Daher konnte eine sachgerechte Abwägung iSv § 1 Abs. 7 BauGB auf dieser Grundlage gar nicht mehr stattfinden.<sup>115</sup> ◀

► **Muster: Abwägungsfehler bei der Einstellung von Belangen (Ausfall/Defizit/Fehleinstellung)**

101  
310

Ein Abwägungsdefizit liegt vor, wenn in die Abwägung nicht alle Belange eingestellt wurden, die nach Lage der Dinge in die Abwägung eingestellt werden mussten. Das sind alle öffentlichen und privaten Belange, von denen bei der Entscheidung über den Plan mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar ist, dass sie als nicht geringwertige und auch schutzwürdige Interessen bestimmter Personen von dem Plan in mehr als geringfügiger Weise betroffen werden.<sup>116</sup>

Ausgehend von diesem Maßstab hätte die Antragsgegnerin das Interesse des Eigentümers am umfassenden Erhalt der bisher gegebenen Nutzungsmöglichkeiten seines Grundstücks als abwägungsrelevanten Aspekt in die Abwägung mit einbeziehen müssen. Sie hat zwar gesehen, dass die Festsetzung ■■■ die Eigentümerbelange berührt. Zu Unrecht hat sie aber diese Beeinträchtigung als nur geringwertig erachtet und als nicht abwägungsrelevant bei ihrer Abwägungsentscheidung unberücksichtigt gelassen. ◀

► **Muster: Abwägungsfehler bei der Gewichtung eingestellter Belange**

102  
311

Die Bewertung nach § 2 Abs. 3 BauGB bedeutet vor dem Hintergrund einer noch vorzunehmenden Abwägungsentscheidung die Feststellung des jeweiligen Gewichts der abwägungserheblichen Belange. Hier hat die Antragsgegnerin die Bedeutung der Eigentümerbelange des Antragstellers verkannt und nicht mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt.

114 NdsOVG U. v. 13.10.2015 – 1 KN 66/14, BauR 2016, 214; VGH BW U. v. 17.2.2021 – 3 S 2249/20, BeckRS 2021, 4048; BayVGH B. v. 24.1.2022 – 1 NE 21.2072, BeckRS 2022, 1953.

115 EZBK/Söfker/Runkel BauGB § 1 Rn. 179; zB ungenügende, nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 3 BauGB genügende Ermittlung von Immissionen und Verschattungswirkungen, die von einer Planung ausgehen: HessVGH U. v. 23.4.2015 – 4 C 567/13.N NVwZ-RR 2015, 850; dies gilt insbes. bei Überplanung eines vorhandenen Baubestands und etwaigen Vorbelastungen: OVG Bln-Bbg U. v. 25.5.2012 – OVG 2 A 18.10; NdsOVG U. v. 24.6.2015 – 1 KN 138/13, BeckRS 2015, 48110; fehlende Ermittlung planbedingter Immissionszusatzbelastung: OVG Brem U. v. 13.2.2019 – 1 D 19/18, BauR 2019, 1107.

116 BVerwG B. v. 10.7.2020 – 4 BN 52.19, BauR 2020, 1767; BayVGH U. v. 28.7.2020 – 9 N 16.2497, BeckRS 2020, 20691.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Die Antragsgegnerin ging davon aus, dass das Grundstück des Antragstellers, für das nun eine Grünfläche festgesetzt wurde, bisher nicht bebaubar war. Sie hat dabei zu Unrecht die Außenbereichseigenschaft unterstellt, weil sie sich allein an den Grundstücksgrenzen orientiert hat. Nach den Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen Innenbereich und Außenbereich endet der Bebauungszusammenhang regelmäßig an der letzten Bebauung. Ein Grundstück kann daher – unabhängig von den grundbuchmäßigen Grenzen – auch teilweise noch dem Innenbereich zuzurechnen sein. So liegt der Fall hier, dh, entgegen der Annahme der Antragsgegnerin ist das Grundstück des Antragstellers mit einer Fläche von ca. 2/3 noch bebaubar iSd § 34 BauGB. Dies macht den Bebauungsplan unwirksam. ◀

103

### ► **Muster: Abwägungsfehler bei der Entscheidung (Disproportionalität)**

312

Der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belangen ist in einer Weise vorgenommen worden, die zu ihrer objektiven Gewichtigkeit in keinem angemessenen Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).

Die Antragsgegnerin ist bei der Festsetzung der Erschließungsstraße rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, zugunsten der Grundstücke ■■■, deren Erschließung die Straße dienen soll, bestehe eine Verdichtung der Erschließungslast im Sinne einer gemeindlichen Erschließungspflicht. Das ist aber nicht der Fall. Daher kommt diesem Gesichtspunkt weniger hohe Bedeutung zu, als dem Interesse des Antragstellers, vor weiterem erheblichen Verkehrslärm auf der an seinem Grundstück vorbeiführenden Straße verschont zu werden. ◀

### e) **Prognosemängel**

104 **Typische Fallkonstellation:** IR des Bebauungsplan-Aufstellungsverfahrens wird ein Lärmgutachten eingeholt, das basierend auf einer Verkehrsprognose den künftig zu erwartenden Lärmzuwachs eines neuen Verkehrsweges oder einer vorhaben-/planinduzierten Zunahme des Fahrzeugverkehrs untersucht.

105

### ► **Muster: Rüge fehlerhafter Prognose**

313

Im Verfahren ist durch das Normenkontrollgericht zu prüfen, ob die Verkehrsprognose mit den zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung verfügbaren Erkenntnismitteln unter Beachtung aller maßgeblichen Umstände sachgerecht erarbeitet worden ist. Geprüft wird demnach, ob die Prognose auf einer geeigneten fachspezifischen Methode beruht, ob der der Prognose zugrunde liegende Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde und ob das Ergebnis einleuchtend sowie in sich schlüssig begründet worden ist. Es ist dagegen nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, das Ergebnis einer auf diese Weise sachgerecht erarbeiteten Prognose darauf zu überprüfen, ob die prognostizierte Entwicklung mit Sicherheit bzw. größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Ebenso spielt es keine Rolle, ob die Prognose durch die spätere tatsächliche Entwicklung mehr oder weniger bestätigt oder widerlegt wird. Die gerichtliche Kontrolldichte ist somit – im genannten Umfang – begrenzt, insbes. stellt das Gericht keine eigene Prognose oder Beurteilung aufgrund aktualisierter Daten an.<sup>117</sup>

Gemessen an diesen Maßstäben liegt hier ein Prognosefehler vor. Zwar hat die Antragsgegnerin erkannt, dass planbedingt mit einem erhöhten Verkehrsaufkommen zu rechnen ist. Sie hat daher im Planaufstellungsverfahren ein Lärmgutachten ■■■ erstellen lassen. Dieses kommt zu dem Ergebnis, dass unter Berücksichtigung lärmindernder Maßnahmen in den angrenzenden Gebieten folgende Werte eingehalten werden können: ■■■

117 StRSpr des BVerwG U. v. 8.7.1998 – 11 A 53.97, UPR 1998, 457; B. v. 15.3.2013 – 9 B 30.12, BeckRS 2013, 49824; Beispiele: OVG NRW U. v. 13.3.2008 – 7 D 34/07.NE, NWVBl. 2008, 467; U. v. 6.2.2014 – 2 D 104/12.NE BRS 82 Nr. 34.

Grundlage dieses Lärmgutachtens, mit dem insbes. die verkehrsbedingte Lärmzunahme untersucht worden ist, war das Verkehrsgutachten vom ... Diese Verkehrsprognose ist jedoch für die Lärmbeurteilung ungeeignet. Denn im Regelfall ist von einem Prognosezeitraum von mindestens 10 bis 20 Jahren auszugehen (BayVGh U. v. 12.4.2002 – 20 A 01.40016 ua, ZUR 2002, 359; U. v. 9.2.2004 – 25 N 96.2982, BRS 67 Nr. 23). Dies zu Grunde gelegt ist festzuhalten, dass das Verkehrsgutachten nur einen Zeitraum von sieben Jahren beleuchtet und daher keinen ausreichenden Prognosehorizont mehr bietet. Damit kann auch das Lärmgutachten, das auf der „veralteten“ Verkehrsprognose aufbaut, nicht mehr Grundlage einer sachgerechten Abwägungsentscheidung sein. ◀

#### f) Bestimmtheit der Festsetzungen eines Bebauungsplans

Der Bebauungsplan hat Rechtsnormcharakter und muss daher den allgemeinen Anforderungen genügen, die an Normen zu stellen sind. Hierzu gehört, dass seine Festsetzungen hinreichend bestimmt sind, weil er sonst nicht geeignet wäre, verbindliche Vorgaben (für die Bebauung) zu liefern. Das Bestimmtheitsgebot folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Werden in den Festsetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, ist darauf zu achten, dass sich ihr Inhalt unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und des erkennbaren Willens des Normgebers erschließen lässt.<sup>118</sup> Fehlerquelle kann etwa sein, dass zeichnerische und textliche Festsetzungen nicht übereinstimmen und diese daher nicht mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sind.

106

#### Beispiele – Bestimmtheit der Festsetzungen eines Bebauungsplans:

107

- Unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit sind problematisch zB **Einzelhandelsausschlüsse** zum Schutz zentrenrelevanter Nutzungen, wenn ihnen nicht eine abschließende Aufzählung zentrenrelevanter Sortimente beigefügt ist oder auf eine in der Gemeinde vorhandene Liste zentrenrelevanter Sortimente verwiesen werden kann. Denn im Fall einer nicht abschließenden Festsetzung im Bebauungsplan ist für den Planbetroffenen nicht erkennbar, welche Nutzungen zulässig sind und welche nicht.<sup>119</sup>
- Die Festsetzung einer **Grünfläche** kann fehlerhaft sein, wenn der Bebauungsplan nicht festgelegt hat, ob eine öffentliche oder eine private Grünfläche festgesetzt ist.<sup>120</sup> Die Festsetzung einer privaten Grünfläche gem. § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB mit der Zweckbestimmung „Weihnachtsbaumkultur“, deren Grundlage § 9 Abs. 1 Nr. 18 Buchst. b BauGB wäre, ist zu unbestimmt.<sup>121</sup>
- Mangelnde Bestimmtheit einer Festsetzung von Maßnahmen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 20 Alt. 2 BauGB.<sup>122</sup>
- Regelmäßig zu unbestimmt ist ein Bebauungsplan, dessen **räumlicher Geltungsbereich** sich nicht eindeutig bestimmen lässt.<sup>123</sup>
- Ebenso genügt eine Festsetzung nicht dem Grundsatz der Bestimmtheit, wenn die Plandarstellung nicht **flurstücksgenau** ist, in der Rechtsnorm aber auch grundstücksbezogene Regelungen enthalten sind.<sup>124</sup>
- Zu unbestimmt ist der Verweis auf Unterlagen des Planaufstellungsverfahrens, die tatsächlich nicht vorhanden oder nicht eindeutig identifizierbar sind.<sup>125</sup>
- Erheblich problembehaftet ist, zB hinsichtlich der Lärmproblematik, in Festsetzungen eines Bebauungsplans der **(pauschale) Verweis auf Lärmgutachten** und dortige Empfehlungen

118 BVerwG B. v. 24.1.1995 – 4 NB 3.95, NVwZ-RR 1995, 311; zur Zulässigkeit und den Voraussetzungen der Verweisung auf DIN-Normen: BVerwG B. v. 29.7.2010 – 4 BN 21.10, NVwZ 2010, 1567; *Worch* ZfBR 2021, 134.

119 ZB OVG NRW U. v. 9.10.2003 – 10a D 76/01.NE, NVwZ-RR 2004, 171.

120 ZB OVG NRW U. v. 17.1.1994 – 11 A 2396/90, BRS 56 Nr. 24.

121 Annahme der Widersprüchlichkeit: zB HessVGh U. v. 25.11.2004 – 4 N 1795/01, BauR 2005, 905.

122 OVG Saarl U. v. 26.2.2013 – 2 C 424/11, BeckRS 2013, 49491.

123 BayVGh B. v. 24.7.2007 – 1 N 06.2083, BeckRS 2010, 45295.

124 HessVGh U. v. 7.10.2004 – 4 N 3101/00, NuR 2005, 791 zu einer LSG-VO.

125 Bestandsplan für naturschutzrechtliche Maßnahmen, zB BayVGh U. v. 12.3.2007 – 26 N 06.843, BeckRS 2010, 29397.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

oder gutachterliche Vorschläge.<sup>126</sup> Denn Gutachten haben nicht die Funktion, konkrete Regelungen oder Festsetzungen in Bebauungsplänen zu treffen; sie sind daher regelmäßig bauplanungsrechtlich nicht hinreichend eindeutig formuliert. Solche Verweise stellen ein Einfallstor für Angriffe gegen den Bebauungsplan dar und bedürfen bei ihrer Verwendung besonderer Sorgfalt.

108

314

### ► **Muster: Mangelnde Bestimmtheit der Festsetzungen eines Bebauungsplans**

Ein Bebauungsplan muss als Rechtsnorm den sich aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grundsätzen der Bestimmtheit und Normenklarheit entsprechen.<sup>127</sup> Wie konkret eine Regelung gefasst sein muss, um diesen Anforderungen zu entsprechen, hängt entscheidend von der Art der Festsetzung, von den Planungszielen und von den Umständen des Einzelfalles ab. Dem Grundsatz der Bestimmtheit genügt eine Norm auch dann, wenn ihr Inhalt mit hinreichender Deutlichkeit bestimmbar ist. Bei einer auslegungsbedürftigen Norm genügt es, wenn ihr Inhalt mit den anerkannten Auslegungsmethoden zweifelsfrei ermittelt werden kann. Ausschlaggebend ist der objektive Wille des Normgebers, soweit er zumindest andeutungsweise im Normtext seinen Niederschlag gefunden hat. Die Planbegründung ist eine bedeutende Erkenntnisquelle, wenn es darum geht, den Norminhalt zu ermitteln.<sup>128</sup> Die Gemeinde hat beim Erlass eines Bebauungsplans die Wahl zwischen zeichnerischer Festsetzung und textlicher Beschreibung oder der Kombination beider Elemente.<sup>129</sup>

Diesen Anforderungen genügt der Bebauungsplan nicht **---** (zB Auseinanderfallen von textlicher Beschreibung und zeichnerischer Festsetzung, Fehlen eindeutiger Gebietsgrenzen). ◀

### **g) Fehlerbeachtlichkeit**

- 109 § 214 BauGB regelt abschließend, welche Verstöße gegen Form- und Verfahrensvorschriften beachtlich sind. Die Verletzung nicht genannter Form- und Verfahrensvorschriften ist demnach von vornherein **unbeachtlich** (zB Regelungen über die frühzeitige Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung). Die einzelnen Absätze des § 214 BauGB enthalten darüber hinaus ihrerseits wiederum Einschränkungen der Beachtlichkeit von Fehlern (sog. interne Unbeachtlichkeitsregelung).<sup>130</sup>
- 110 Zu den **beachtlichen Fehlern** gehören insbes. die Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung, § 3 Abs. 2 BauGB, § 4 Abs. 2 BauGB, §§ 4a und 13 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BauGB bei der Aufstellung oder Änderung/Ergänzung von Bauleitplänen.
- 111 Selbst wenn ein nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 BauGB beachtlicher Verstoß gegen die Vorschriften des BauGB vorliegt, kann dieser **durch Zeitablauf „geheilt“** werden. Nach § 215 BauGB besteht jedenfalls für die meisten der in § 214 BauGB genannten Verstöße eine Frist zur Geltendmachung (**Heilung durch Fristablauf**). Wurde danach der Verstoß nicht innerhalb der Jahresfrist gerügt, gilt er als geheilt.<sup>131</sup> Unbeachtlich durch Zeitablauf werden auch die in § 214 Abs. 2a BauGB genannten Fehler, welche im Verfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen der Innenentwicklung iSd § 13a BauGB aufgetreten sind, § 215 Abs. 1 S. 2 BauGB.
- 112 Das Unbeachtlichwerden setzt dabei stets voraus, dass gem. § 215 Abs. 2 BauGB ein **Hinweis auf die befristete Geltendmachung** von Verletzungen erfolgt ist. Andernfalls kann der Fehler unbefristet geltend gemacht werden. Die Rüge nach § 215 BauGB erfordert es, den die Verletzung begründenden Sachverhalt substantiiert darzulegen. Denn das Gericht ist nicht gehalten,

126 BayVGh U. v. 26.7.2005 – 14 N 03.993; OVG Bln-Bbg U. v. 10.9.2009 – OVG 2 A 2.06, BauR 2010, 120.

127 BVerwG B. v. 6.3.2002 – 4 BN 7.02, NVwZ 2002, 1385; BayVGh U. v. 18.12.2020 – 15 N 20.391, BeckRS 2020, 38221.

128 BVerwG B. v. 14.12.1995 – 4 N 2.95, NVwZ-RR 1996, 429; VGh BW U. v. 28.10.2014 – 5 S 1970/12, BRS 82 Nr. 16.

129 BVerwG B. v. 4.1.1994 – 4 BN 30.93, NVwZ 1994, 684.

130 Zur Fehlerbeachtlichkeit und der Systematik des § 214 BauGB: Schrödter/Kukk BauGB § 214 Rn. 8 ff.; Scheidler UPR 2018, 496.

131 Es bleibt dann nur die Prüfung sog. Ewigkeitsmängel: OVG NRW U. v. 24.2.2022 – 7 D 44/20.NE, BeckRS 2022, 3431.

das Planaufstellungsverfahren von sich aus umfassend auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Die in § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB genannten Form- und Verfahrensfehler stellen **absolut beachtliche Fehler** dar, dh, sie werden nie unbeachtlich, sondern können nur durch nachträgliche Fehlerbehebung „beseitigt“ werden (sog. **Ewigkeitsmängel**). 113

§ 214 Abs. 2 BauGB enthält Unbeachtlichkeitsregelungen hinsichtlich **materiellrechtlicher Fehler**. § 214 Abs. 2 BauGB bezieht sich auf Fehler, die das Entwicklungsgebot betreffen, während § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB Fehler im Zusammenhang mit dem Abwägungsgebot erfasst.<sup>132</sup> Soweit materiellrechtliche Fehler in den Unbeachtlichkeitsvorschriften nicht genannt sind, sind sie stets beachtlich. Fehler in der Abwägung, die unter § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB fallen, können nicht als Abwägungsfehler geltend gemacht werden (§ 214 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB). IÜ sind **Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind**.<sup>133</sup> Offensichtlich sind Fehler dann, wenn sie bei Auswertung der Unterlagen über die Planaufstellung zu Tage treten können.<sup>134</sup> 114

#### ► **Muster: Fehlerbeachtlichkeit**

Für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit kommt es entscheidend darauf an, welche Fassung des BauGB der Planaufstellung zugrunde liegt.<sup>135</sup> ■■■ Nach § 233 Abs. 1 BauGB werden Verfahren, die vor einer Gesetzesänderung förmlich eingeleitet worden sind, nach den bisher geltenden Rechtsvorschriften abgeschlossen, soweit das BauGB nichts anderes bestimmt. Ist mit gesetzlich vorgeschriebenen einzelnen Verfahrensschritten noch nicht begonnen worden, können diese nach dem BauGB in der aktuellen Fassung durchgeführt werden. Demnach gilt vorliegend ■■■.

Die Frage der möglichen Planerhaltung beurteilt sich dagegen gem. § 233 Abs. 2 BauGB nach den §§ 214, 215 BauGB in der jeweils neuesten Fassung.

Hinsichtlich der in Rede stehen Verstöße gegen ■■■ ergibt sich somit Folgendes: ■■■ ◀

115

315

## II. Flächennutzungsplan

### 1. Rechtsnatur

Darstellungen eines Flächennutzungsplans haben aus sich heraus mangels seiner Rechtsnormqualität **keine unmittelbaren rechtlichen Bindungswirkungen gegenüber (privaten) Dritten**.<sup>136</sup> 116  
Mit der Vorschrift des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hat der Gesetzgeber allerdings bestimmten Darstellungen des Flächennutzungsplans einen Grad rechtlicher Verbindlichkeit beigemessen, der die Funktion des Flächennutzungsplans als bloßes Instrument vorbereitender Bauleitplanung überschreitet.

### 2. Statthaftigkeit einer Normenkontrolle

Entgegen früherer Auffassung ist ein Flächennutzungsplan nicht schlechthin jeder Normenkontrolle entzogen. Zwar besitzt er **idR keine Rechtsnormqualität**. Soweit mit ihm aber **iR des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Standortentscheidungen** (zB Ausweisung von Windkraftkonzentrationszonen<sup>137</sup> oder Konzentrationsflächen für Biogasanlagen)<sup>138</sup> getroffen werden, kann auch ein Flächennutzungsplan ausnahmsweise Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog sein. Gegenstand ist dabei allein die in den Darstellungen des 117

132 Zu Abwägungsfehlern und Planerhaltung: *Quaas/Kukk* BauR 2004, 1541; *Stelkens* UPR 2005, 81.

133 BVerwG B. v. 9.10.2003 – 4 BN 47.03, BRS 66 Nr. 65.

134 OVG NRW U. v. 12.11.2004 – 10a D 38/02.NE, NVwZ-RR 2005, 309.

135 Vgl. hierzu ausf. *Birk* BauplanungsR, 5. Aufl. 2007, S. 37 ff., 250 ff.

136 BVerwG B. v. 20.7.1990 – 4 N 3.88, NVwZ 1991, 262; U. v. 18.8.2005 – 4 C 13.04, NVwZ 2006, 87.

137 Vgl. *Stüer*, Windenergieanlagen BVerwG-Rechtsprechungsbericht 1995–2014, ZfBR 2014, 647; BVerwG U. v. 29.10.2020 – 4 CN 2.19, NVwZ 2021, 421.

138 BayVGH U. v. 14.5.2013 – 15 N 10.2482, NVwZ 2013, 1428; BVerwG U. v. 31.1.2013 – 4 CN 1.12, NVwZ 2013, 1011; *Frey* NVwZ 2013, 1184.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

FNp zum Ausdruck kommende Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB die **Ausschlusswirkung** des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen.<sup>139</sup>

118

### ► Muster: Normenkontrollklage gegen einen Flächennutzungsplan

316

An den VGH .../das OVG ...

#### Normenkontrollantrag

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Gemeinde ..., vertreten durch den Bürgermeister ...

– Antragsgegnerin –

wegen: Flächennutzungsplan, Teilplan „Konzentrationszone für Windenergienutzung“ ... der Gemeinde ...

zeigen wir an, dass wir den Antragsteller vertreten; Vertretungsanzeige ist beigefügt, Anlage K 1.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird beantragt:

1. Die 3. Änderung des Flächennutzungsplans der Gemeinde ... – Teilflächennutzungsplan „Konzentrationszone für Windenergienutzung“ – vom ... wird für unwirksam erklärt.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

#### **Begründung:**

##### **A. Sachverhalt**

###### I. Streitgegenstand

Gegenstand der Normenkontrollklage ist die Darstellung einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen im Teilplan ... des geänderten Flächennutzungsplans.

###### II. Grundeigentum/rechtliche Betroffenheit des Antragstellers

Der Antragsteller ist ein Unternehmen, das auf dem Gebiet der Energieerzeugung tätig ist und das vor allem auf die Nutzung „alternativer“ Energieformen setzt. ...

###### III. Planaufstellungsverfahren

Der Beschluss zur Änderung des Flächennutzungsplans wurde in der Sitzung des Gemeinderats am ... gefasst. Der Aufstellungsbeschluss wurde am ... ortsüblich bekannt gemacht.

Die Planbegründung enthält folgende Ausführungen: ...

##### **B. Rechtliche Würdigung**

###### I. Zulässigkeit

###### 1. Statthaftigkeit, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Der Normenkontrollantrag ist statthaft. Gemeinden besitzen mit dem Darstellungsprivileg im Flächennutzungsplan für privilegierte Außenbereichsvorhaben ein Planungsinstrument, mit dem sie verbindliche Standortplanung betreiben können. Im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erfüllt der Flächennutzungsplan somit eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion.

<sup>139</sup> BVerwG U. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, NVwZ 2019, 491.



Der angegriffene Flächennutzungsplan, der Darstellungen über eine Konzentrationszone für die Windenergienutzung enthält und damit gleichzeitig einen Ausschluss solcher Vorhaben an anderer Stelle im Plangebiet umfasst, unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 VwGO (BVerwG U. v. 24.1.2008 – 4 CN 2.07, NVwZ 2008, 559).

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

Der Antragsteller ist Eigentümer mehrerer Grundstücke im Gemeindegebiet, die außerhalb der vorgesehenen Konzentrationszone liegen. Er hat ein Recht darauf, dass seine Belange in der Abwägung ihrem Gewicht entsprechend geprüft und behandelt werden (→ Rn. 27 ff.).

## II. Begründetheit

1. Die Ausweisung einer Konzentrationszone an bestimmter Stelle muss auf der Grundlage einer Prüfung erfolgen, ob die übrigen Gemeindegebietsteile als Standort ausscheiden. Der Ausschluss privilegierter Vorhaben in (überwiegenden) Teilbereichen des Gemeindegebiets lässt sich nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Ebenso wie die positive (Standort-)Aussage muss sich auch der Ausschluss an anderer Stelle aus den konkreten örtlichen Gegebenheiten nachvollziehbar herleiten lassen. Der Plan muss also auf einem schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept basieren. Daran fehlt es hier, denn ■■■.

2. Mit der Darstellung im geänderten Flächennutzungsplan hat die Gemeinde iErg erreicht, dass das Bauvorhaben der Antragstellerin, einen Windpark außerhalb der dargestellten Konzentrationszone zu errichten, nicht mehr zulässig ist.

Die Planung hat den Charakter einer bloßen Verhinderungsplanung, die gem. § 1 Abs. 3 BauGB nicht zulässig ist. Denn ein positiver städtebaulicher Planungsgedanke steht hinter der angefochtenen Planung nicht. ■■■

Ausweislich eines Gutachtens ■■■ ist die im Flächennutzungsplan enthaltene Konzentrationszone für die Nutzung der Windenergie eher ungünstig. ■■■ Hinzu kommt, dass Belange des Natur- und Landschaftsschutzes in weitaus größerem Maß betroffen sind, als es bei einer Flächendarstellung an anderer Stelle im Gemeindegebiet der Fall wäre, etwa im Bereich der von der Antragstellerin vorgesehenen Flächen. Denn dort unterliegen die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes bereits einer Vorbelastung ■■■, die deren Schutzwürdigkeit mindert.

■■■

3. Aus alledem folgt, dass die Planung gegen das Gebot der Erforderlichkeit gem. § 1 Abs. 3 BauGB verstößt und die Abwägung in Bezug auf die Darstellung der Konzentrationszone für Windenergie mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Abwägung nicht vereinbar ist. Dies hat die Unwirksamkeit der Darstellung im Flächennutzungsplan zur Folge.

(Rechtsanwalt) ◀

## C. Plansichernde Maßnahmen

### I. Veränderungssperre, § 14 BauGB

#### 1. Rechtsmittel: Normenkontrollklage, § 47 VwGO

Die Veränderungssperre wird als **Satzung** beschlossen, § 16 Abs. 1 BauGB. Gegen sie kann daher mit dem Rechtsmittel der **Normenkontrollklage** nach § 47 VwGO vor dem OVG/VGH vorgegangen werden.

**Hinweis:** In der Praxis häufiger anzutreffen ist aber die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Veränderungssperre durch das Verwaltungsgericht. Denn sie wird nicht selten erst aus Anlass eines konkreten Baugesuchs erlassen. Es ist also bereits ein konkretes Baugesuch

119



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Gegenstand eines (baurechtlichen) Zulassungsverfahrens, zu dessen Durchsetzung der Bauherr **Verpflichtungsklage** zum Verwaltungsgericht erhebt.

### 2. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

- 120 Insoweit kann auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Normenkontrollklage gegen einen Bebauungsplan verwiesen werden (→ Rn. 23).<sup>140</sup>

### 3. Erforderlichkeit einer Veränderungssperre

- 121 Einer Veränderungssperre bedarf es nicht, wenn die Gemeinde für den in Rede stehenden Teilbereich des Gemeindegebiets noch keinerlei konkrete Planungsabsichten hat. In einem solchen Fall liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre nicht vor.<sup>141</sup>

122 ► **Muster: Fehlende Erforderlichkeit einer Veränderungssperre**

317

1. In der Sitzung vom ■■■ hat der Gemeinderat den Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst, der den Bereich ■■■ betrifft. Anlass des Planaufstellungsbeschlusses war die der Gemeinde bekannt gewordene Absicht des Antragstellers, seinen im voraussichtlichen Plangebiet bestehenden Gewerbebetrieb zu erweitern. Der Gewerbebetrieb des Antragstellers ist der Gemeinde insoweit „im Weg“, als sich aus seinem Bestehen Konfliktpotential für eine künftige Wohnnutzung im Umfeld ergeben kann. Welche Nutzungsarten im Plangebiet ausgewiesen werden sollen, steht bisher nicht fest. Die „Planspiele“ der Gemeinde reichen von Nutzungsarten ■■■ bis ■■■. In derselben Sitzung wurde zur Sicherung der Planung eine Veränderungssperre beschlossen. Beide Beschlüsse wurden am ■■■ bekannt gemacht.

2. Der Erlass der Veränderungssperre widerspricht materiellem Recht. Die Voraussetzungen für ihren Erlass liegen nicht vor.

Eine Veränderungssperre darf erst erlassen werden, wenn die Planung, die sie sichern soll, ein Mindestmaß dessen erkennen lässt, was Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans sein soll (stRspr, zB BVerwG B. v. 25.11.2003 – 4 BN 60.03, NVwZ 2004, 477).

Dies folgt aus dem Sinn einer Veränderungssperre, die der Sicherung einer konkreten Planung dienen soll. Besteht eine solche Planung gar nicht, kann auch kein Sicherheitsbedürfnis gegeben sein. Auch mit Blick auf die nachteiligen Wirkungen der Veränderungssperre zulasten der Eigentümer der betroffenen Grundstücke wären solche Belastungen im Lichte des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG unzumutbar (BVerwG B. v. 5.2.1990 – 4 B 191.89, NVwZ 1990, 558).

Vorliegend fehlt es an einer hinreichend konkreten gemeindlichen Planungskonzeption. Die Gemeinde will sich vielmehr die Alternative zwischen mehreren unterschiedlichen Baugebietsarten offen halten. Es ist auch sonst nicht erkennbar, was nach Art und Maß der baulichen Nutzung in einem künftigen Bebauungsplangebiet realisiert werden soll. Die erlassene Veränderungssperre ist daher unwirksam. ◀

### 4. Prozessuale Konsequenzen

#### a) Inkrafttreten der Veränderungssperre vor Ergehen des Widerspruchsbescheids

- 123 Wird eine Veränderungssperre erlassen, während ein Baugesuch in der bauaufsichtlichen Bearbeitung ist, ändert sich die maßgebliche Rechtslage. Im **Widerspruchsbescheid** ist eine **zuvor**

140 Normenkontrolle bei Veränderungssperren: *Jäde* ZfBR 2011, 115; BVerwG B. v. 18.6.2012 – 4 BN 37/11, BRS 79 Nr. 60; auch einfache BPL, etwa die Spartenbpl. Gem. § 9 Abs. 2a–2d BauGB können durch Veränderungssperre gesichert werden, SaarlOVG U. v. 27.1.2022 – 2 C 113/21, BeckRS 2022, 1211.

141 VGH BW U. v. 5.12.2019 – 8 S 909/18, BauR 2020, 613; OVG NRW B. v. 23.6.2020 – 2 B 581/20, BeckRS 2020,15879; BayVGH B. v. 9.11.2021 – 1 NE 21.2266, BeckRS 2021, 34473; B. v. 14.1.2022 – 1 NE 21.1156, BeckRS2022, 951.

erlassene **Veränderungssperre** zu berücksichtigen. Ist sie rechtmäßig erlassen worden, hat der Bauwerber vorerst keinen Anspruch mehr auf Realisierung seines Bauvorhabens. Auch sonstige Ansprüche sind ausgeschlossen.

**Hinweis:** Wird die Klage erst nach Eintritt des erledigenden Ereignisses (dem Erlass einer wirksamen Veränderungssperre) erhoben, begründet allein der Hinweis auf eine beabsichtigte Entschädigungsklage das notwendige Feststellungsinteresse nicht. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch kann dann – ohne verwaltungsgerichtliche Klärung von Vorfragen – sogleich vor dem Zivilgericht geltend gemacht werden.<sup>142</sup> Das für die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse kann dann nicht mehr mit einem beabsichtigten zivilen Schadensersatzprozess begründet werden.

#### b) Inkrafttreten der Veränderungssperre während der Anhängigkeit eines verwaltungsgerichtlichen (Verpflichtungs-)Klageverfahrens

Wird eine **Veränderungssperre** während eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erlassen, ist auch diese **zulasten des Bauherrn** zu berücksichtigen. Es besteht im Fall einer rechtmäßig erlassenen Veränderungssperre, sofern auch die Voraussetzungen einer Ausnahme gem. § 14 Abs. 2 BauGB nicht vorliegen, kein Anspruch auf Baugenehmigung (mehr). 124

Der Bauwerber hat dann allerdings die Möglichkeit, seinen Verpflichtungsantrag im Klageverfahren umzustellen (**Fortsetzungsfeststellungsantrag**). Der Antrag ist dann auf die Feststellung gerichtet, dass jedenfalls bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung bestanden hat. 125

**Hinweis:** Bestehen begründete Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderungssperre oder die Aussicht, dass das Vorhaben über die Ausnahmeregelung des § 14 Abs. 2 BauGB trotz unterstellter Wirksamkeit genehmigungsfähig ist, bietet es sich an, den zuvor gestellten Verpflichtungsantrag durch einen **Hilfsantrag** zu ergänzen. Dieser umfasst den Antrag auf Feststellung, dass der Kläger bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hatte. Der **Fortsetzungsfeststellungsantrag** kann – noch in der mündlichen Verhandlung<sup>143</sup> – auch als Hilfsantrag in Ergänzung des bisherigen Klagantrags gestellt werden.<sup>144</sup>

#### ► **Muster: Klagebegründung und Stellung der Anträge einschließlich Fortsetzungsfeststellungsantrag im Fall der Änderung der Rechtslage nach Ergehen des Widerspruchsbescheids und nach fristwahrender Klageeinreichung**

An das Verwaltungsgericht ■■■

In dem Verwaltungsstreitverfahren

■■■

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. ■■■

Namens und im Auftrag des Klägers stellen wir den

#### **Antrag**

1. Der ablehnende Bescheid vom ■■■ wird aufgehoben. Der Beklagte wird verpflichtet, die beantragte Baugenehmigung zu erteilen.
2. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der Beklagte bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre vom ■■■ verpflichtet war, die beantragte Baugenehmigung zu erteilen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Widerspruchsverfahren wird für notwendig erklärt.

<sup>142</sup> BVerwG U. v. 20.1.1989 – 8 C 30.87, NJW 1989, 2486.

<sup>143</sup> OVG NRW U. v. 17.1.2006 – 10 A 3413/03, NVwZ-RR 2006, 592.

<sup>144</sup> VGH BW U. v. 3.11.2003 – 3 S 439/03, BRS 66 Nr. 80.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

### **Begründung:**

Nachstehend begründen wir die mit Schriftsatz vom ■■■ erhobene Klage.

I. Der Kläger begehrt eine Baugenehmigung zur Errichtung ■■■ auf dem Baugrundstück ■■■.

Das Vorhabengrundstück Flst. Nr. ■■■ liegt im unbeplanten Innenbereich der Gemeinde ■■■ und beurteilte sich im Zeitpunkt der ablehnenden Behördenentscheidung bauplanungsrechtlich nach § 34 Abs. 1 BauGB.

Nach Klageeinreichung hat die beigeladene Gemeinde einen Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst, dessen Geltungsbereich auch das Vorhabengrundstück umfassen soll. Gleichzeitig hat die Beigeladene ■■■ eine Veränderungssperre erlassen.

II. Die Versagung der Baugenehmigung ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Die Baugenehmigung ist gem. § 74 Abs. 1 S. 1 HBO zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind.

1. Zwar hätte sich mit dem wirksamen Erlass der Veränderungssperre die Rechtslage verändert, was im Klageverfahren zulasten des Bauantragstellers zu berücksichtigen wäre. Vorliegend leidet die Veränderungssperre aber zum einen an zu ihrer Unwirksamkeit führenden Mängeln. Zum anderen hätte der Kläger, die Wirksamkeit der Veränderungssperre unterstellt, wegen Ermessensreduzierung auf Null einen Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme gem. § 14 Abs. 2 BauGB.

2. Die Veränderungssperre leidet an formellen und materiellen Mängeln, die zu ihrer Unwirksamkeit führen. ■■■

3. Selbst wenn die Veränderungssperre Geltung beanspruchen könnte, muss die beantragte Baugenehmigung erteilt werden. Denn der Kläger hat gem. § 14 Abs. 2 BauGB einen Anspruch auf Erteilung einer Ausnahme von der Veränderungssperre.

Gem. § 14 Abs. 2 BauGB kann von der Veränderungssperre eine Ausnahme zugelassen werden, wenn überwiegende öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Die Veränderungssperre kann einem Vorhaben nicht entgegengehalten werden, wenn – ebenfalls mit Blick auf den Sicherungszweck – festzustellen ist, dass das Vorhaben der künftigen Planung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht entgegenstehen wird. So liegt der Fall hier. ■■■

Liegen, wie gezeigt, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 2 BauGB vor, liegt die Erteilung einer Ausnahme im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. Sofern keine sachgerechten Gründe dem Vorhaben entgegengehalten werden können, kann die Erteilung der Ausnahme nicht ohne Ermessensfehler versagt werden. Solche gegen eine Ausnahme sprechenden Gründe hat die Bauaufsichtsbehörde nicht vorgetragen, sie sind auch nicht ersichtlich. Daher ist das Entscheidungsermessen auf Null reduziert. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Ausnahme gem. § 14 Abs. 2 BauGB. Folge für das Baugenehmigungsverfahren ist, dass dem Vorhaben planungsrechtliche Gründe, insbes. die Veränderungssperre, nicht entgegengehalten werden können, weshalb der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung hat.

4. Hilfsantrag

a) Der Hilfsantrag ist zulässig. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig, wenn die ursprüngliche Verpflichtungsklage zulässig war, ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, ein klärungsfähiges Rechtsverhältnis besteht und ein Feststellungsinteresse vorliegt (BVerwG U. v. 27.3.1998 – 4 C 14.96, NVwZ 1998, 1295).

Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage in Form der Verpflichtungsklage in analoger Anwendung zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft, weil sich die Klage (erst) nach Klageerhebung durch den Erlass der Veränderungssperre erledigt hat. Der Eintritt einer Veränderungssperre wird nach stRspr

einer „Erledigung“ gleichgestellt (BVerwG B. v. 2.10.1998 – 4 B 72.98, NVwZ 1999, 523; B. v. 21.10.2004 – 4 B 76.04, BRS 67 Nr. 124).

Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse iSd § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO an der begehrten Feststellung. Denn er beabsichtigt, einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung oder einen Entschädigungsanspruch vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

Ein solcher Anspruch ist auch nicht von vornherein aussichtslos. Bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage ist von einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit eines beabsichtigten zivilgerichtlichen Amtshaftungsprozesses nur dann auszugehen, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht (BVerwG U. v. 29.4.1992 – 4 C 29.90, NVwZ 1992, 1092; zum Maßstab dabei: BVerwG U. v. 19.9.2002 – 4 C 13.01, NVwZ 2003, 478). Es kommen hier ein Anspruch aus Art. 34 GG, § 839 BGB und Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht, die nicht offenkundig aussichtslos sind.

Damit ist ein ausreichendes berechtigtes Interesse dargetan, so dass die (hilfsweise geführte) Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig ist.

b) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Denn der Kläger hatte vor Erlass der Veränderungssperre einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. ■■■

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Maßgebliche Sach- und Rechtslage

Der Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids wird im Wege einer **Verpflichtungsklage** geltend gemacht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der **Zeitpunkt der (letzten) mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht**. Eine Änderung der Sach- und Rechtslage nach Ergehen der Behördenentscheidungen ist im Klageverfahren zu berücksichtigen. Die Pflicht zur Berücksichtigung von Änderungen gilt auch noch im Berufungszulassungsverfahren.<sup>145</sup> Jedoch können idR nur diejenigen neuen Tatsachen und Rechtsänderungen berücksichtigt werden, die innerhalb der Darlegungsfrist des § 124a Abs. 4 S. 4 VwGO geltend gemacht werden. Ist erst nach Ablauf dieser Frist eine Sach- oder Rechtsänderung eingetreten, kann der Kläger nicht mit Blick auf diese Änderung erstmals neue Zulassungsgründe geltend machen.<sup>146</sup> Eine Veränderungssperre, mit der sich die bauplanungsrechtlichen Grundlagen ändern, ist daher zu berücksichtigen, auch wenn der Bauantragsteller den Genehmigungsantrag vor Erlass der Veränderungssperre gestellt hat. Dies gilt auch dann, wenn ein zunächst zulässiges Vorhaben unter Anwendung des geänderten Rechts nun unzulässig ist. Denn erst, wenn eine Genehmigung schon erteilt ist, setzt sich diese gegen eine später erlassene Veränderungssperre durch.

IR der **Fortsetzungsfeststellungsklage** kommt es auf die Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses** an.<sup>147</sup>

### d) Kostenfolge bei Erledigung infolge im Verlauf des Klageverfahrens eingetretener Rechtsänderung

Hat der Kläger nach Eintritt einer Rechtsänderung im Verlauf des Klageverfahrens keinen Anspruch mehr auf Erteilung der begehrten Genehmigung, ist das Verpflichtungsbegehren abzulehnen. Er kann bspw. auch dann, wenn ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu verneinen wäre, auf den Erlass einer Veränderungssperre nur dadurch reagieren, dass er den **Eintritt der Erledigung geltend macht**. Hatte er bis dahin einen Genehmigungsanspruch, kann er damit zumindest die negativen Kostenfolgen abwenden, § 162 Abs. 2 S. 1 VwGO.

145 BVerwG B. v. 15.12.2003 – 7 AV 2.03, NVwZ 2004, 744.

146 OVG NRW U. v. 15.1.2018 – 2 A 2747/15, BauR 2018, 976; BayVG B. v. 21.1.2020, BeckRS 2020, 1201.

147 BVerwG B. v. 7.5.1996 – 4 B 55.96, BeckRS 1996, 12550.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

130  
319

### ► **Muster: Erledigungserklärung mit Antrag auf Kostengrundentscheidung zugunsten des Klägers**

An das Verwaltungsgericht ■■■

In dem Verwaltungsstreitverfahren

■■■

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. ■■■

erklären wir namens des Klägers die mit Schriftsatz vom ■■■ erhobene Klage für erledigt und beantragen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

#### **Begründung:**

##### **I. Sachverhalt**

Der Kläger beehrte eine Baugenehmigung zur Errichtung ■■■ auf dem Baugrundstück ■■■. Das Vorhaben beurteilte sich – im Zeitpunkt der Bauantragstellung und der Behördenentscheidungen – nach § 30 BauGB iVm den Festsetzungen des Bebauungsplans ■■■, in Kraft getreten am ■■■.

Nach Klageeinreichung hat die beigeladene Gemeinde einen Aufstellungsbeschluss zur Änderung des Bebauungsplans gefasst und eine Veränderungssperre erlassen. Die am ■■■ wirksam gewordene Veränderungssperre steht dem Vorhaben jetzt entgegen. Das Vorhaben ist nach der Veränderungssperre bauplanungsrechtlich unzulässig geworden.

##### **II. Rechtliche Würdigung**

1. Im Erlass der wirksamen Veränderungssperre liegt eine Änderung der Rechtslage, sie ist als erledigendes Ereignis aufzufassen. Die Erledigung führt zum Ende der Rechtshängigkeit, das Verwaltungsgericht stellt das Verfahren ein. Dabei hat die Einstellung nur noch deklaratorische Bedeutung. Es ist dem Kläger nicht zuzumuten, auf die Rechtsänderung, nach der er sein Verpflichtungsbegehren nicht mehr durchsetzen kann, mit einer Klagerücknahme zu reagieren.
2. Die Kostenfolge ergibt sich aus § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO. Der Kläger ist von Kosten freizustellen, weil sein Klagebegehren ohne die Rechtsänderung erfolgreich gewesen wäre. Die Kosten sind daher dem Beklagten aufzuerlegen.

(Rechtsanwalt) ◀

##### **II. Vorgehen gegen vorläufige Zurückstellung, § 15 Abs. 1 BauGB**

###### **1. Anfechtung eines Zurückstellungsbescheids, § 15 BauGB**

- 131 Die Zurückstellung gem. § 15 BauGB ist neben der Veränderungssperre nach § 14 BauGB ein zweites wichtiges Instrument zur Sicherung gemeindlicher Planungen.

###### **a) Verhältnis von Baugenehmigungsverfahren und Zurückstellungsverfahren**

- 132 Das Verfahren um den Zurückstellungsbescheid und das Verfahren auf Erteilung der Baugenehmigung mit seiner abschließenden Entscheidung (Versagung oder Genehmigung) sind **zwei eigenständige Verfahren**. Die Aufhebung der Zurückstellung bewirkt lediglich, dass eine Sachentscheidung über den Bauantrag ergeht. Ist allerdings im Vorfeld – nach Einreichen des Baugesuchs, aber vor Entscheidung über die Zurückstellung – bereits klar, dass ein Vorhaben nicht genehmigungsfähig ist (zB weil es auch auf der Basis des aktuellen Planungsrechts unzulässig ist), darf ein Zurückstellungsbescheid nicht ergehen, sondern es ist das Baugesuch abzulehnen.

**b) Zulässigkeit des Klagebegehrens**

Statthafte Klageart im Fall des Vorgehens gegen einen Zurückstellungsbescheid ist die **Anfechtungsklage**.<sup>148</sup> Die Zurückstellung ist als Verwaltungsakt iSv § 35 VwVfG zu qualifizieren, der eine eigenständige Beschwer des Adressaten enthält. 133

**c) Ohne Bedeutung: Abwägungsrelevanz**

Nicht Gegenstand der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Zurückstellung nach § 15 BauGB oder einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB ist der Gesichtspunkt der Abwägung. Denn es ist klar, dass in diesem frühen Stadium der Aufstellung von Bauleitplänen, in dem die Details der Planung noch gar nicht bekannt sind, nicht feststeht, welche Belange durch die konkrete Planung (dann) betroffen sein können. Die (später) abwägungsrelevanten Belange können daher nicht der Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit plansichernder Maßnahmen iSd §§ 14 und 15 BauGB sein. 134

**d) Einstweiliger Rechtsschutz**

Für das Eilverfahren gelten keine Besonderheiten. Der Widerspruch des Bauherrn gegen den Zurückstellungsbescheid entfaltet aufschiebende Wirkung. Ordnet die Baurechtsbehörde die sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheids an, steht dem durch den Bescheid belasteten Bauherrn als statthaftes Rechtsmittel ein **Antrag nach §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO** zur Verfügung mit dem Ziel der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Zurückstellungsbescheid.<sup>149</sup> 135

Im Weiteren kommt es darauf an, ob man der Auffassung folgt oder nicht,<sup>150</sup> dass dem Bauwerber allein mit einem Erfolg im Verfahren um den Zurückstellungsbescheid noch nicht gedient ist; es fehlt dann am Rechtsschutzbedürfnis des Antrags nach §§ 80 a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO. Denn das auf die Erteilung der Baugenehmigung gerichtete Begehren muss dann im Wege einer einstweilen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO weiterverfolgt werden. Die **praktischen Aussichten** – auch jenseits der Thematik der Rückstellung – eine „**vorläufige Baugenehmigung**“ im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu **erstreiten, tendieren gegen Null**, weil die Gerichte hierin regelmäßig eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache sehen. 136

**e) Anfechtungswiderspruch des Bauwerbers gegen eine Zurückstellungsentscheidung****► Muster: Anfechtungswiderspruch gegen einen Zurückstellungsbescheid**

An das Landratsamt ■■■

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Bauvorhaben: ■■■ des ■■■

Vorhabengrundstück ■■■

Zurückstellungsbescheid vom ■■■, Az. ■■■

Namens und im Auftrag der ■■■ erheben wir

**Widerspruch**

gegen den Zurückstellungsbescheid vom ■■■ und stellen folgende

**Anträge**

1. Auf den Widerspruch wird der Zurückstellungsbescheid aufgehoben.
2. Entsprechend dem Bauantrag vom ■■■ wird die Baugenehmigung erteilt.

148 Str, teilweise wird eine Verpflichtungsklage als „richtige“ Klageart angesehen, so zB VGH BW B. v. 9.8.2002 – 3 S 1517/02, NVwZ-RR 2003, 333; Darstellung des Meinungsstands auch: EZBK/Stock BauGB § 15 Rn. 101; Schrödter/Rieger BauGB § 15 Rn. 29; JD/Széchényi, BauGB/BauNVO, BauGB § 15 Rn. 25.

149 OVG NRW B. v. 4.10.2019 – 7 B 1156/19, BeckRS 2019, 25221.

150 Zum Meinungsstreit: BeckOK-BauGB/Hormann § 15 Rn. 55 f.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

3. Die Kosten des Vorverfahrens trägt der Widerspruchsgegner.
4. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

### **Begründung:**

#### **I. Sachverhalt**

Das Vorhabengrundstück der Widerspruchsführerin liegt im unbeplanten Innenbereich. Der Flächennutzungsplan enthält für diesen Bereich die Darstellung einer gemischten Baufläche. Sie führt dort einen Stahlbaubetrieb.

Am 5.9.2016 hat die Widerspruchsführerin für einen Teilbereich des Betriebsgeländes, der mit einem bisher iR des eigenen Betriebs genutzten Lagergebäude bebaut ist, einen Antrag auf Nutzungsänderung gestellt. Gegenstand des Bauvorhabens sind Umbaumaßnahmen an diesem Gebäude und die Änderung der Nutzung zu einer Produktionshalle.

Der Gemeinderat hatte bereits in der Sitzung am 10.6.2015 erstmals einen Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst, der ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde. Planungsziel war seinerzeit die Errichtung einer Wohnbebauung im überwiegenden Teil des 2,5 ha großen Plangebiets, dessen größter Teil vom Betrieb der Widerspruchsführerin genutzt wird. Nachdem die ursprüngliche Planung nach Bedenken iR der Anhörung Träger öffentlicher Belange (Hochwasserschutz) fallengelassen wurde, hat in der Zeit vom 8.10. bis 16.11.2018 eine erneute Offenlage gem. § 3 Abs. 2 BauGB stattgefunden.

Deren Gegenstand war eine geänderte Planung, nach der für den weitaus überwiegenden Teil des Plangebiets eine private Grünfläche festgesetzt werden soll. Aus Gründen des vorbeugenden Hochwasserschutzes und aus klimatologischen Gründen zur Verbesserung des Kaltluftabflusses aus dem Stadtzentrum soll eine private Grünanlage ausgewiesen werden, die zT als Überschwemmungsgebiet bzw. als Retentionsraum für Hochwasser zur Verfügung stehen soll. Die Eignung für diese Zwecke ist durch Gutachten untermauert.

IR der Öffentlichkeitsbeteiligung hat die Widerspruchsführerin ihre Ablehnung der Planung vorgebracht, weil der Betrieb am Standort auf Dauer fortgeführt wird.

In der Folge haben bis heute erkennbar keine weiteren Schritte zur Fortsetzung des Planaufstellungsverfahrens stattgefunden.

Auf Antrag der Gemeinde hat das Bauaufsichtsamt mit der angefochtenen Entscheidung die Entscheidung über den Bauantrag gem. § 15 Abs. 1 BauGB zurückgestellt.

#### **II. Rechtliche Würdigung**

1. Der Zurückstellungsbescheid ist rechtswidrig und verletzt die Widerspruchsführerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog. Der Zurückstellungsbescheid ist daher aufzuheben und eine Sachentscheidung über den Bauantrag zu treffen. Da dem Vorhaben keine im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entgegenstehen, hat die Widerspruchsführerin einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.

2. Voraussetzung für die Zurückstellung eines Baugesuchs gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB ist, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre vorliegen. Daran fehlt es hier.

Eine Veränderungssperre darf erst erlassen werden (mithin eine Zurückstellung gem. § 15 BauGB getroffen werden), wenn die Planung, die sie sichern soll, ein Mindestmaß dessen erkennen lässt, was Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans sein soll. Sie ist dagegen unzulässig, wenn sich der Inhalt der beabsichtigten Planung noch in keiner Weise absehen lässt. Selbstverständlich können dabei nur zulässige und realisierbare Planungsziele plansichernde Maßnahmen rechtfertigen. Lässt



sich eine Planung aufgrund der gesetzlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten nicht verwirklichen, kann diese daher nicht zulässigerweise „gesichert“ werden.<sup>151</sup>

Vorliegend fehlt es an hinreichend konkreten Planungszielen. Das ursprüngliche Planungskonzept der Wohnbebauung, das dem Planaufstellungsbeschluss zugrunde lag, wurde offenkundig aufgegeben. Es kann daher nicht Grundlage plansichernder Maßnahmen sein. Denn zwischenzeitlich hat die Gemeinde eine neue Planung vorgestellt, die aber – soweit ersichtlich – ebenfalls nicht weiterverfolgt wird. Denn seit der Offenlage ist kein Fortgang des Verfahrens erkennbar.

Hinzu kommt, dass die Ausweisung einer privaten Grünfläche auf den Grundstücken der Widerspruchsführerin zur Erreichung der Planungsziele offenkundig ungeeignet ist. Die mit der Planung verfolgten Ziele des Hochwasser- und Klimaschutzes stehen im Widerspruch zur tatsächlichen Nutzung. Die derzeitige bestandsgeschützte Nutzung wird in überschaubarem Zeithorizont nicht aufgegeben. Frühere Umsiedlungspläne des Unternehmens haben sich zerschlagen, so dass der Betriebsstandort auf unabsehbare Zeit erhalten bleibt. Die Planung ist daher nicht städtebaulich erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB. Denn Festsetzungen eines Bebauungsplans, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen in absehbarer Zeit nicht realisiert werden können, sind kein geeignetes Mittel, um die mit ihnen verfolgte städtebauliche Konzeption umzusetzen.<sup>152</sup>

Es ist daher augenfällig, dass eine Planungsentscheidung, wie sie der Planungskonzeption zugrunde liegt, nicht abwägungsgerecht sein könnte.

3. Die Gebühren und Auslagen eines im Widerspruchsverfahren beauftragten Rechtsanwalts sind nach § 80 Abs. 2 S. 3 HVwVfG notwendige Aufwendungen, wenn die Zuziehung eines Bevollmächtigten notwendig ist. Notwendig idS ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts nach den Vorgaben der Rspr. zu § 162 Abs. 2 S. 2 VwGO bzw. § 80 Abs. 2 HVwVfG dann, wenn sie vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei zum Zeitpunkt der Bestellung für erforderlich gehalten werden durfte und es dem Beteiligten nach seiner Vorbildung, Erfahrung und seinen sonstigen persönlichen Umständen nicht zumutbar war, das Verfahren selbst zu führen. Eine „notwendige“ Zuziehung ist nicht nur in schwierigen und umfangreichen Verfahren zu bejahen, sondern entspricht der Regel, da der Bürger nur in Ausnahmefällen in der Lage ist, selbst seine Rechte gegenüber der Verwaltung ausreichend zu wahren.<sup>153</sup>

Die Widerspruchsführerin ist mangels eigener Rechtskunde im vorliegenden baurechtlichen Fall nicht in der Lage, das Vorverfahren entsprechend selbst zu führen, so dass die Zuziehung eines Rechtsanwalts vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei für erforderlich gehalten werden durfte.

(Rechtsanwalt) ◀

## 2. Rechtsschutz der Gemeinde gegen die versagte Zurückstellung, § 15 BauGB

### a) Rechtsbehelfsalternativen

Folgt die Bauaufsichtsbehörde einem gemeindlichen Antrag auf Zurückstellung eines Baugesuchs nicht, kann sie den Antrag durch isolierten Bescheid, der gegenüber der Gemeinde ergeht, ablehnen; gegen diesen besteht die Möglichkeit des **Verpflichtungsrechtsbehelfs**. Entscheidet die Bauaufsichtsbehörde hingegen über den Bauantrag, indem sie die Baugenehmigung erteilt, liegt darin zugleich die Ablehnung des Zurückstellungsantrags.<sup>154</sup> In diesem Fall erlangt die Gemeinde Rechtsschutz durch die **Anfechtung der Baugenehmigung**.

138

151 BVerwG U. v. 19.2.2004 – 4 CN 13.03, NVwZ 2004, 984.

152 BVerwG B. v. 8.9.1999 – 4 BN 14.99, BRS 62 Nr. 2 mwN.

153 Kopp/Schenke VwGO § 162 Rn. 18.

154 Zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens gegenüber der Gemeinde: EZBK/Stock BauGB § 15 Rn. 104.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

- 139 Erteilt die Bauaufsichtsbehörde trotz Zurückstellungsantrags die Baugenehmigung, kann es erforderlich sein, das **verweigerte Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen**, § 36 Abs. 3 S. 3 BauGB. Hiergegen steht der Gemeinde ein Anfechtungsrechtsbehelf zur Verfügung.<sup>155</sup>

### b) Bedeutung und Anwendungsbereich

- 140 Im Regelfall wird sich die Bauaufsichtsbehörde mit der Gemeinde über das Vorgehen abstimmen, wenn ihr etwaige Planungsabsichten bekannt sind. Praktische Bedeutung wird die Frage eines Vorgehens im Widerspruch zu den „Wünschen“ der Gemeinde nur dann haben, wenn sich die Gemeinde über Gebühr Zeit lässt, Maßnahmen zu treffen, um die Voraussetzungen der §§ 14, 15 BauGB zu schaffen. Ebenso erscheint dies denkbar, wenn die Bauaufsichtsbehörde versucht – aus welchen Gründen auch immer –, ein Baugenehmigungsverfahren in besonders kurzer Zeit abzuschließen. Bedeutung in diesem Kontext hat die Rspr. des BGH<sup>156</sup> zur Amtshaftung, wonach Ersatzansprüche gegenüber der Bauaufsichtsbehörde drohen, wenn diese das Verfahren sachwidrig verzögert, um der Gemeinde noch die Möglichkeit einzuräumen, plansichernde Maßnahmen zu treffen.

Ist von einer Gemeinde zulässigerweise ein Antrag gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB auf Zurückstellung gestellt worden, ist eine trotz Zurückstellungsanspruchs der Gemeinde ergangene positive Entscheidung (zB über eine Bauvoranfrage) rechtswidrig und kann von der Gemeinde mit dem Argument der **Verletzung ihrer Planungshoheit (Art. 28 GG)** angegriffen werden. Ebenfalls kommt die Rücknahme eines (ggf. auch fiktiven) Genehmigungsbescheids in Betracht.<sup>157</sup>

**141** ► **Muster: Anfechtungsklage der Gemeinde gegen eine Baugenehmigung, mit der zugleich**  
**321** **ablehnend über den Zurückstellungsantrag entschieden wurde**

An das Verwaltungsgericht ■■■

#### Klage

In der Verwaltungsrechtssache

Gemeinde ■■■, vertreten durch den Bürgermeister ■■■

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ■■■

gegen

Landratsamt ■■■, Untere Bauaufsichtsbehörde

– Beklagter –

wegen: Erteilung der Baugenehmigung

zeigen wir an, dass wir die Interessen der Klägerin vertreten. Vollmacht wird anwaltlich versichert.

Namens und im Auftrag der Klägerin erheben wir Klage und stellen folgende

#### Anträge

1. Die Baugenehmigung vom ■■■ [ggf. in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom ■■■] wird aufgehoben.
2. Auf den Antrag der Klägerin vom ■■■ wird der Beklagte verpflichtet, die Entscheidung über das Baugesuch gem. § 15 BauGB zurückzustellen.

155 Zum Verfahren, zur VA-Eigenschaft und zum Verhältnis zwischen bundesrechtlichen und landesrechtlichen Ersetzungsregelungen JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 36 Rn. 95 ff.

156 BGH U. v. 12.7.2001 – III ZR 282/00, NVwZ 2002, 124 zur Frage einer Amtspflichtverletzung durch Verzögerung der Bescheidung einer Bauvoranfrage über die angemessene Bearbeitungszeit hinaus bis zum Wirksamwerden eines dem Vorhaben entgegenstehenden Planaufstellungsbeschlusses.

157 HessVGH B. v. 14.1.2014 – 4 A 2084/12.Z BRS 82 Nr. 175.

**Begründung:**

**I. Sachverhalt**

Gegenstand der angefochtenen Baugenehmigung ist die Errichtung eines Einzelhandelsbetriebes mit zentrenrelevanter Nutzung im Geltungsbereich des Bebauungsplans ... Hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung enthält der Bebauungsplan für das Baugrundstück die Festsetzung eines Gewerbegebietes iSd § 8 BauNVO.

Bereits im Jahr 2017 hat die Gemeinde den Beschluss zur Änderung des Bebauungsplans gefasst, der am 11.7.2017 ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist. Ausweislich der Begründung des Planaufstellungsbeschlusses, wie sie auch Gegenstand der Bekanntmachung war, ist Planungsziel der Ausschluss zentrenrelevanter Einzelhandelsbetriebe im Plangebiet.

IR der Beteiligung im Genehmigungsverfahren durch die Bauaufsichtsbehörde hat die Klägerin am ... Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs gestellt. Die Bauaufsichtsbehörde hat dennoch die Baugenehmigung erteilt und damit (konkulent) den Zurückstellungsantrag zurückgewiesen.

**II. Rechtliche Würdigung**

Die Baugenehmigung ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO. Sie hat einen Anspruch darauf, dass das Bauvorhaben gem. § 15 Abs. 1 BauGB zurückgestellt wird, § 113 Abs. 5 VwGO.

1. Das Vorhaben läuft den Planungszielen, die Gegenstand der beabsichtigten Änderung des Bebauungsplans sind, entgegen. Denn die Klägerin verfolgt das Ziel, im Plangebiet die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben mit zentrenrelevanter Nutzung auszuschließen.

Unstreitig ist, dass der Ausschluss solcher (Einzel-)Handelsbetriebe gem. § 1 Abs. 5, 9 BauNVO zulässigerweise Gegenstand eines Bebauungsplanänderungsverfahrens sein kann. Die Planung ist auch erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB. Bedenken hiergegen sind im bisherigen Verfahren weder vom Beklagten noch dem beizuladenden Bauherrn vorgetragen worden.

2. Entgegen der Auffassung des Beklagten sind die Planungsabsicht und deren Zielsetzung auch hinreichend konkret. Die Bauaufsichtsbehörde hat zu Unrecht unterstellt, es bestehe seitens der Klägerin kein Interesse mehr an einer Fortführung der Planung bzw. die Planungsabsichten seien nicht hinreichend konkretisiert.

Verfahrensverzögerungen sind dadurch entstanden, dass mehrere Einzelhandelsgutachten in Auftrag gegeben wurden, die insbes. der Klärung der Frage gedient haben, welche Sortimente im Gebiet der Klägerin Zentrenrelevanz besitzen und ob bzw. inwieweit zum Schutz der Innenstadt und der zentralen Versorgungsbereiche Nutzungsausschlüsse u.a. in angrenzenden Gewerbegebieten erforderlich sind.

3. Mit der Zulassung des Bauvorhabens wird die kommunale Planungshoheit der Gemeinde verletzt, Art. 28 GG. Daher ist antragsgemäß die Baugenehmigung aufzuheben und das Baugesuch gem. § 15 BauGB zurückzustellen.

(Rechtsanwalt) ◀

**c) „Konkurrenz“ zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens**

**Typische Fallkonstellation:** Die Gemeinde hat der Bauaufsichtsbehörde auf deren Ersuchen um Entscheidung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB mitgeteilt, dass das Einvernehmen versagt wird. Gleichzeitig hat die Gemeinde gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB gegenüber der Bauaufsichtsbehörde die Zurückstellung des Baugesuchs beantragt.

142

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

143  
322

### ► **Muster: Argumentation der Gemeinde gegen die Ersetzung des Einvernehmens durch die Bauaufsichtsbehörde**

Die Ersetzung des Einvernehmens iR der Erteilung der Baugenehmigung unter (konkludenter) Ablehnung des gemeindlichen Zurückstellungsantrags ist rechtswidrig.

Die Planungshoheit der Gemeinden (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) wird im Baugenehmigungsverfahren dadurch geschützt, dass die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens nach den §§ 31, 33–35 BauGB nur im Einvernehmen mit der Gemeinde bejaht werden darf, § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB. Ein fehlendes Einvernehmen darf die Baugenehmigungsbehörde nur ersetzen, wenn es zu Unrecht verweigert wurde, weil das Vorhaben planungsrechtlich nach den §§ 30 ff. BauGB zulässig ist.

Die Gemeinde hat iR der Stellungnahme gem. § 36 Abs. 2 BauGB das Einvernehmen verweigert, weil ... Nachdem die Bauaufsichtsbehörde Bedenken gegen diese Auffassung geäußert hat, hat die Gemeinde zur Sicherung ihrer Planungsabsicht den Zurückstellungsantrag gestellt.

Wenn die Bauaufsichtsbehörde meint, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für Maßnahmen nach § 15 BauGB nicht vorliegen, hätte sie die Gemeinde – vor Genehmigungserteilung – hierzu anhören und ihr zumindest Gelegenheit geben müssen, diese Voraussetzungen noch zu schaffen.

Der Bauaufsichtsbehörde war bewusst, dass das Baugrundstück in einem Bereich liegt, für den ein Planaufstellungsbeschluss vorliegt. Durch den Zurückstellungsantrag nach § 15 BauGB war ihr auch bekannt, dass die Gemeinde plansichernde Maßnahmen beabsichtigt. Ziel der Zurückstellung sollte gerade sein, die Planung unbeeinträchtigt weiterzuführen und zu verhindern, dass in der Zwischenzeit Verhältnisse geschaffen werden, welche die Umsetzung der künftigen Planung erschweren.

Es obliegt der Gemeinde iR ihrer Planungshoheit, die städtebauliche Entwicklung in ihrem Gemeindegebiet zu steuern. Sie hat dabei ein weites Planungsermessen. Es ist der Gemeinde in Ansehung der Planungsabsichten, denen das Vorhaben zuwiderläuft, nicht zuzumuten, das Bauvorhaben realisieren zu lassen. ◀

### **III. Vorgehen gegen einen Bescheid, mit dem die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausübt, § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB**

#### **1. Anfechtung eines Bescheids, mit dem die Gemeinde ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausübt**

##### **a) Rechtsnatur des Ausübungsbescheids**

- 144 Gem. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB wird das gemeindliche Vorkaufsrecht durch Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG ausgeübt. Es handelt sich um einen **Verwaltungsakt mit privatrechtsgestaltender Wirkung**.<sup>158</sup>

##### **b) Widerspruchs-/Klagebefugnis des Käufers**

- 145 Für die Widerspruchs-/Klagebefugnis ist es unerheblich, dass der Erwerber nicht Adressat des Bescheids ist, mit dem das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Es liegt auf der Hand, dass auch der Käufer durch die Ausübung des Vorkaufsrechts in seinen Rechten verletzt sein kann. Denn durch die Ausübungserklärung der Gemeinde ist die Erfüllung des Kaufvertrages zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ausgeschlossen. Daher ist auch der **Erwerber regelmäßig klagebefugt** iSd § 42 Abs. 2 VwGO.<sup>159</sup> Dem Erwerber gegenüber ist ein Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts deshalb bekannt zu geben.<sup>160</sup>

158 Schrödter/Schrödter BauGB § 28 Rn. 58.

159 ZB VGH BW U. v. 12.9.1997 – 5 S 2498/95, NuR 1998, 430; BVerwG B. v. 15.2.2000 – 4 B 10.00, NVwZ 2000, 1044.

160 Vgl. EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 26, 29.

**c) Ermessen**

Die Ausübung des Vorkaufsrechts steht im Ermessen der Gemeinde. Sie muss gem. § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB durch das **Wohl der Allgemeinheit** gerechtfertigt sein.<sup>161</sup> Ob diese Voraussetzung vorliegt, unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Prüfung. Es kommt bei der Rechtmäßigkeitsprüfung nur auf die konkreten Erwägungen an, die im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts von der Gemeinde tatsächlich zugrunde gelegt wurden. Das Verwaltungsgericht darf bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung des gemeindlichen Vorkaufs nur die konkreten Erwägungen, die im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts angestellt wurden, zugrunde legen.<sup>162</sup> Daher sind dem **Nachschieben** eines bisher nicht angegebenen Verwendungszwecks enge Grenzen gesetzt.

**d) Bedeutung der Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB (Angabe des Verwendungszwecks)**

Das BVerwG hat offen gelassen, ob § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift hat oder ob die **unvollständige oder gar völlig fehlende Angabe des Verwendungszwecks** den Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsfehlerhaft macht.<sup>163</sup> Nach der Rspr. des HessVGH macht die fehlende oder unvollständige Angabe des Verwendungszwecks iSd § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB die Ausübung des Vorkaufsrechts für sich genommen nicht rechtsfehlerhaft.<sup>164</sup>

Die Angabe des **Verwendungszwecks hat auch Bedeutung für die Möglichkeit der Abwendung des Vorkaufs** gem. § 27 Abs. 1 BauGB durch die Bereitschaft des Erwerbers, das Grundstück entsprechend den vorhandenen baurechtlichen Festsetzungen bzw. den zukünftigen Festsetzungen zu nutzen oder bauliche Missstände zu beseitigen, vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 BauGB. Dabei dürfte diesem Aspekt für die verschiedenen Anwendungsfälle des Vorkaufsrechts unterschiedliche Relevanz zukommen. Dem Nachschieben eines bisher nicht angegebenen Verwendungszwecks sind jedenfalls enge Grenzen gesetzt.

**► Muster: Unzureichende Angabe des Verwendungszwecks bei Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts**

Der angefochtene Bescheid ist nur unzureichend begründet. Insbes. ist ihm – entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB – nicht zu entnehmen, zu welchem Verwendungszweck das Grundstück benötigt und daher das Vorkaufsrecht ausgeübt wird.

Die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „nachgeschobene“ Begründung ist zur Rechtfertigung der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht geeignet. Das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages ausgeübt werden, § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB. Die Fristbindung schließt es aus, dass im weiteren Verfahren (neue/andere) Verwendungszwecke durch die Gemeinde geltend gemacht werden können. Allein die im angefochtenen Bescheid angegebenen Gründe sind maßgebend. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung sind somit nur die konkreten Erwägungen zugrunde zu legen, die im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts angestellt wurden.<sup>165</sup> Ein „Nachschieben“ von Verwendungszwecken kommt nicht in Betracht.

Die Benennung des Verwendungszwecks ist keine bloße Ordnungsvorschrift, deren Verstoß folgenlos bliebe. Denn die Angabe des Verwendungszwecks hat wesentliche Bedeutung für die gem. § 27 Abs. 1 BauGB eingeräumte Möglichkeit der Abwendung des Vorkaufsrechts. Der Kläger (Erwerber) ist bereit,

161 BVerwG B. v. 25.1.2010 – 4 B 53.09, NVwZ 2010, 593; HessVGH U. v. 24.11.2020 – 3 A 828/20, BeckRS 2020, 35850.

162 BVerwG B. v. 26.4.1993 – 4 B 31.93, NVwZ 1994, 282; vgl. auch EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 23; zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermessensausübung: OVG LSA B. v. 11.3.2010 – 2 L 110/08, UPR 2011, 157; BayVGH B. v. 22.1.2016 – 9 ZB 15.2027, NVwZ-RR 2016, 491.

163 BVerwG B. v. 15.2.1990 – 4 B 245.89, BRS 50 Nr. 107; bloße Ordnungsvorschrift: HessVGH U. v. 17.2.2011 – 4 A 2397/10, NVwZ-RR 2011, 492; JD/Spieß BauGB/BauNVO BauGB § 24 Rn. 25.

164 HessVGH B. v. 17.2.2011 – 4 A 2397/10.Z, NVwZ-RR 2011, 492.

165 BVerwG B. v. 26.4.1993 – 4 B 31.93, NVwZ 1994, 282.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

das Grundstück entsprechend den vorhandenen baurechtlichen Festsetzungen bzw. den zukünftigen Festsetzungen zu nutzen und die baulichen Missstände oder Mängel zu beseitigen (vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 BauGB).

Die Angabe des Verwendungszwecks ist ferner relevant für eine etwaige Anfechtung des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts. Denn die Ausübung des Vorkaufsrechts setzt voraus, dass dies durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Beurteilung, ob das Wohl der Allgemeinheit die Ausübung des Vorkaufsrechts iSd § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB rechtfertigt, setzt die Kenntnis der für diese Maßnahme sprechenden Gesichtspunkte, also die Angabe des Verwendungszwecks, voraus. Diese Frage unterliegt in vollem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung. Grundlage der gerichtlichen Prüfung des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts sind nur die im Bescheid hierzu gemachten Angaben, welche wegen unzureichender Begründung den Ausübungsbescheid irreparabel rechtswidrig machen. ◀

### e) Rechtsfolgen kommunalrechtlicher Fehler

- 150 Ob ein Verstoß gegen kommunalrechtliche (Form-)Vorschriften zur Nichtigkeit des gemeindlichen Rechtshandelns oder nur zur schwebenden Unwirksamkeit – mit der Möglichkeit, diese durch eine nachträgliche Zustimmung zu beseitigen – führt, wird in den Ländern nicht einheitlich beurteilt.<sup>166</sup> Nach Auffassung des BGH geht es bei Mängeln der genannten Art nicht um formelle, sondern um **materielle Vorschriften** über die Beschränkung der Vertretungsmacht, die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen.<sup>167</sup>

#### 151 ▶ **Muster: Rüge der kommunalrechtlichen (Un-)Zuständigkeit des Bürgermeisters**

324 Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist bereits deswegen rechtswidrig, weil der Bürgermeister der Gemeinde kommunalrechtlich unzuständig war, eine solche Entscheidung zu treffen.

Das Vorkaufsrecht wird durch Verwaltungsakt ausgeübt, § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt gem. § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB iVm § 464 Abs. 2 BGB der Kaufvertrag zwischen der Gemeinde und dem Verkäufer zustande, ohne dass es weiterer Erklärungen bedarf. Folge ist, dass die vertraglichen Pflichten, insbes. die Pflicht zur Kaufpreiszahlung, fortbestehen. Wegen dieser Begründung von Pflichten durch den Bescheid, mit dem das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, ist dieser als kommunalrechtliche Verpflichtungserklärung zu charakterisieren.<sup>168</sup> Daher unterliegt der Vertrag den (Form-)Vorschriften des Kommunalrechts, insbes. in Bezug auf die sich aus den kommunalrechtlichen und gemeindeinternen Regelungen ergebenden Zuständigkeiten der Gemeindeorgane.

Zuständig war nach den gemeindeinternen Zuständigkeitsregelungen der beschließende Ausschuss ..., nicht aber der Bürgermeister.

Der Bescheid ist daher bereits aus diesem Grund rechtsfehlerhaft und somit aufzuheben.<sup>169</sup> ◀

### f) Abwendung des Vorkaufsrechts

- 152 Zwar ist die **Abwendung des Vorkaufsrechts ein eigenständiges Rechtsinstitut neben der Anfechtung des Ausübungsbescheids**. Eine wirksame Abwendung macht den Verwaltungsakt rechtswidrig, weil das Wohl der Allgemeinheit die Ausübung (nachträglich) nicht mehr recht-

166 Schwebende Unwirksamkeit: zB HessVGH U. v. 15.2.1996 – 5 UE 2836/95, NVwZ 1997, 618. Dagegen für den Fall, dass die verpflichtende Erklärung öffentlich-rechtlicher Natur ist, Nichtigkeit annehmend: OVG RhPf U. v. 17.12.1997 – 8 A 12998/96, NVwZ 1998, 65. Zur Kompetenz der Länder für den Erlass kommunalrechtlicher Formvorschriften und deren Bedeutung *Ludwig/Lange* NVwZ 1999, 136.

167 BGH U. v. 10.5.2001 – III ZR 111/99, NJW 2001, 2626.

168 OVG NRW U. v. 19.4.2010 – 7 A 1041/08, BRS 76 Nr. 117; OVG RhPf U. v. 17.12.1997 – 8 A 12998/96, NVwZ 1998, 65.

169 Zur Rechtswidrigkeit bei Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit von Sitzungen des Gemeinderats: VGH BW U. v. 23.6.2015 – 8 S 1386/14, VBilBW 2016, 34.

fertigt.<sup>170</sup> Insbes. dann, wenn zB Sanierungsziele noch nicht näher konkretisiert sind, setzt eine sachgerechte Ausübung des Abwendungsrechts die Kenntnis des von der Gemeinde beabsichtigten Verwendungszwecks voraus.

► **Muster: Widerspruch gegen einen Bescheid, mit dem die Kommune ein gesetzliches Vorkaufsrecht gem. § 24 BauGB ausübt**

153  
325

An die Stadt ...

Grundstück Flst. Nr. ..., ... [Anschrift]

Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts vom ..., Az. ...

**Widerspruch**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen an, dass wir ... vertreten. Vollmacht ist beigelegt. Namens und im Auftrag unseres Mandanten erheben wir Widerspruch gegen den Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts vom ..., Az. ..., und stellen den

**Antrag**

Der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts vom ..., Az. ..., wird aufgehoben.

**Begründung:**

**I. Sachverhalt**

1. Das streitgegenständliche Grundstück liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans und auch nicht innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils, mithin im Außenbereich der Gemeinde. Das Grundstück liegt in einem Bereich, für den die Gemeinde eine Änderung des Flächennutzungsplans beschlossen hat. Der Beschluss hierüber ist am ... öffentlich bekannt gemacht worden. Der in Rede stehende Bereich soll die Darstellung als Wohnbaufläche erhalten.

2. Mit notariellem Kaufvertrag vom ... hat der Widerspruchsführer das og Grundstück zum Preis von ... EUR erworben. Das Notariat übersandte der Widerspruchsgegnerin den Kaufvertrag mit Schreiben vom ...

3. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Widerspruchsgegnerin gegenüber dem Verkäufer das Vorkaufsrecht zum genannten Kaufpreis ausgeübt. Sie hat vorgetragen, dass gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BauGB ein gesetzliches Vorkaufsrecht bestehe. Im Flächennutzungsplanentwurf sei das Außenbereichsgrundstück des Veräußerers als Wohnbaufläche iSd § 1 Abs. 1 Nr. 1 BauNVO dargestellt. Die Ausübung des Vorkaufsrechts sei gem. § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB im Interesse des Wohls der Allgemeinheit gerechtfertigt, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, S. 2 BauGB seien erfüllt.

**II. Rechtliche Würdigung**

Rechtsgrundlage für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB. Demnach hat die Gemeinde beim Kauf von Grundstücken im Geltungsbereich eines Flächennutzungsplans, soweit es sich um unbebaute Flächen im Außenbereich handelt, für die nach dem Flächennutzungsplan eine Nutzung als Wohnbaufläche oder Wohngebiet dargestellt ist, ein Vorkaufsrecht, sofern das Wohl der Allgemeinheit die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtfertigt.

1. Der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist rechtswidrig, weil entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB der Verwendungszweck nicht ausdrücklich angegeben war. Der Bescheid beschränkt sich stattdessen auf die Darlegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, S. 3 BauGB.

170 EZBK/Stock BauGB § 27 Rn. 31.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Gegen die Auffassung, die fehlende oder unvollständige Angabe des Verwendungszwecks mache die Ausübung des Vorkaufsrechts für sich genommen nicht rechtsfehlerhaft, spricht bereits der Wortlaut der Norm, die eindeutig eine Verpflichtung der Gemeinde zur Zweckbenennung festlegt. § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB ist nicht eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung für den Bescheid ohne Konsequenzen bliebe. Sinn und Zweck der Regelung stehen vielmehr einer Charakterisierung als reine Ordnungsvorschrift entgegen. Ob die Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt ist, kann nur anhand der Kenntnis des konkreten Verwendungszwecks beurteilt werden. Daher ist die Angabe des Verwendungszwecks von entscheidender Bedeutung für die Möglichkeit der Anfechtung des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts.<sup>171</sup> Die ausdrückliche Normierung in § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB zeigt, dass eine spezifische Begründung über das allgemeine Begründungserfordernis nach § 39 LVwVfG hinaus geboten ist.

Daraus folgt, dass das Fehlen der Angabe über den Verwendungszweck die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids bedingt.

2. Weitere Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts ergeben sich aus § 24 Abs. 3 BauGB. Diese liegen hier entgegen der Auffassung der Widerspruchsgegnerin nicht vor.

Bisher existiert für den streitgegenständlichen Bereich nur ein Flächennutzungsplanentwurf. Der bisherige Flächennutzungsplan enthält die Darstellung als Fläche für die Landwirtschaft, dies entspricht auch der übergeordneten (Regional-)Planung. Es ist derzeit nicht absehbar, dass der Flächennutzungsplan entsprechend der Entwurfsfassung „verabschiedet“ werden kann, dh ob ein Flächennutzungsplan des Inhalts „Wohnbaufläche“ wirksam werden wird. Da der Flächennutzungsplanentwurf nicht einmal mit den Zielen der Raumordnung abgestimmt ist, fehlt es bereits aus diesem Grund an der Planreife.

3. Ein solcher Flächennutzungsplanentwurf rechtfertigt nicht die Ausübung eines Vorkaufsrechts, es fehlt insoweit an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 3 BauGB. Der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist deshalb aufzuheben.

(Rechtsanwalt) ◀

### 2. Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde

#### a) Klagegegenstand

- 154 Gibt die Widerspruchsbehörde einem Widerspruch (des Verkäufers oder Erwerbers) gegen einen von der Gemeinde erlassenen Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts statt, enthält der Widerspruchsbescheid gegenüber der Gemeinde erstmalig eine Beschwer. **Gegenstand der Klage** ist dann der **Widerspruchsbescheid**, mit dem ihr Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgehoben wurde.

#### b) Ausübungsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB

- 155 Die **Zweimonatsfrist** des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB stellt eine **Ausschlussfrist** dar. Für die fristgerechte Ausübung des Vorkaufsrechts ist die Bekanntgabe des Bescheids gegenüber dem Veräußerer maßgebend.<sup>172</sup> Erst wenn die Informationen über den Kaufvertrag beim Vorkaufsberechtigten vorliegen, beginnt die Ausübungsfrist zu laufen. Die Mitteilung muss aber inhaltlich vollständig sein. In welcher Form diese Mitteilung erfolgt, ist gesetzlich nicht geregelt. Daher können die entsprechenden Informationen über den Vertragsschluss auch mündlich mitgeteilt werden.<sup>173</sup>

171 Vgl. EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 23.

172 EZBK/Stock BauGB § 28 Rn. 24, 26; JD/Spieß BauGB/BauNVO BauGB § 28 Rn. 15.

173 BGH B. v. 30.6.1994 – III ZR 109/93, NVwZ 1995, 101: Eine formularmäßige Vorkaufsanfrage des Notars, der einen Kaufvertrag über ein Grundstück in einem Sanierungsgebiet beurkundet, setzt die Zweimonatsfrist nicht in Gang.



**Hinweis:** Die Frist nach § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB beginnt nicht zu laufen, solange der Kaufvertrag noch schwebend unwirksam ist, EZBK/*Stock* BauGB § 28 Rn. 27). Ein wirksamer Kaufvertrag liegt (erst) vor, wenn alle schuldrechtlich erforderlichen oder notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen (zB die nach § 144 Abs. 2 BauGB erforderliche sanierungsrechtliche Genehmigung und die nach § 1 Abs. 1 S. 1 iVm § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 der Grundstücksverkehrsordnung erforderliche Genehmigung) zu diesem Zeitpunkt erteilt sind.<sup>174</sup>

► **Muster: Klage einer Gemeinde gegen einen Widerspruchsbescheid, mit dem ihr Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgehoben wurde**

156  
326

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Gemeinde ■■■

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ■■■

gegen

■■■

– Beklagter –

beigeladen: ■■■ [Verkäufer und Erwerber]

begründen wir die mit Schreiben vom ■■■ erhobene Klage gegen den Widerspruchsbescheid vom ■■■, Az. ■■■, mit der ein Bescheid der Klägerin über die Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Verkäufer aufgehoben worden ist.

**I. Sachverhalt**

Mit Bescheid vom ■■■ hat die Klägerin gegenüber dem Verkäufer das Vorkaufsrecht gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauGB betreffend des im Sanierungsgebiet ■■■ gelegenen Grundstücks ■■■ ausgeübt. Der Verkäufer hat mit dem Erwerber einen Kaufvertrag über das Grundstück geschlossen und den notariell beurkundeten Vertrag am ■■■ bei der Gemeinde vorgelegt. Der Vertrag bedurfte zu seiner Wirksamkeit einer ■■■ [zB sanierungsrechtlichen] Genehmigung.

Das Vorliegen der Genehmigung hat der Verkäufer der Gemeinde erst mit Schreiben vom ■■■ mitgeteilt.

Auf den Widerspruch des Verkäufers vom ■■■ gegen den og Bescheid hat die Widerspruchsbehörde diesen aufgehoben. Die Widerspruchsbehörde hat unterstellt, die Frist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB sei bei Erlass des Ausübungsbescheids bereits abgelaufen gewesen. Offen gelassen hat sie dabei, ob auch die Abwendungserklärung der Ausübung des Vorkaufsrechts entgegengehalten werden kann.

**II. Rechtliche Würdigung**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauGB steht der Gemeinde beim Verkauf von Grundstücken in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet ein Vorkaufsrecht zu.

1. Dessen Ausübung erfolgte (noch) rechtzeitig. Der Fristlauf beginnt innerhalb von zwei Monaten ab Mitteilung des Kaufvertrages, § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB. Maßgeblich für den Fristbeginn ist die ordnungsgemäße Mitteilung des rechtswirksamen Kaufvertrages einschließlich hierfür erforderlicher Genehmigungen. Der Verkäufer ist verpflichtet, alle für die Entstehung des Vorkaufsrechts relevanten Tatsachen des Vertragsabschlusses mitzuteilen.

Entgegen der Auffassung der Widerspruchsbehörde und der Beigeladenen begann der Fristlauf nicht bereits am ■■■, sondern erst mit Vorlage der Sanierungsgenehmigung am ■■■. Zwar hatte der Beige-

174 SächsOVG U. v. 14.11.2019 – 1A 1281/17, BeckRS 2019, 35346; OVG Bln-Bbg B. v. 3.3.2020 – OVG 10 N 41.17, BeckRS 2020, 4423.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

ladene bereits mit Schreiben vom ■■■ die Stadt über den Abschluss des Kaufvertrages informiert. Auch führten Veräußerer und Erwerber danach weiteren Schriftwechsel mit der Stadt, aber erst mit Schreiben des Verkäufers vom ■■■ wurde der Stadt das Vorliegen der für die Wirksamkeit des Vertrages erforderlichen Genehmigung mitgeteilt. Ab diesem Tage lagen die Voraussetzungen für den Beginn des Fristlaufs vor.

Demnach erging der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB.

2. Der Ausübung des Vorkaufsrechts steht die Abwendungserklärung des Erwerbers nach § 27 Abs. 1 S. 1 BauGB nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer die Ausübung des Vorkaufsrechts abwenden, wenn die Verwendung des Grundstücks nach den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme bestimmt oder mit ausreichender Sicherheit bestimmbar ist, der Käufer in der Lage ist, das Grundstück binnen angemessener Frist dementsprechend zu nutzen, und er sich vor Ablauf der Frist nach § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB hierzu verpflichtet.

Ein Ausschluss des Vorkaufsrechts kommt jedenfalls deswegen nicht in Betracht, weil der Käufer nicht in der Lage ist, das Grundstück entsprechend den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme zu nutzen. Denn beabsichtigt ist danach eine Nutzung für öffentliche Zwecke in kommunaler Trägerschaft (vgl. EZBK/Stock BauGB § 27 Rn. 11).

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Durchsetzbarkeit des Vorkaufsrechts

#### 157 Prüfungsreihenfolge: Durchsetzbarkeit des Vorkaufsrechts

- Erfolgte die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB?
- Sind die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 BauGB (gesetzliches Vorkaufsrecht) oder des § 25 BauGB (besonderes Vorkaufsrecht) erfüllt?
- Sind die speziellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 3 BauGB, insbes. das Allgemeinwohlerfordernis, gegeben und besteht ein städtebaulicher Bezug<sup>175</sup> bei Ausübung des Vorkaufsrechts? Liegt ein Verstoß gegen das Verbot allgemeiner „Bodenbevorratung“ vor?<sup>176</sup>
- Erfolgte die Ausübung ermessensgerecht?
- Ist das Vorkaufsrecht nach § 26 BauGB ausgeschlossen?
- Wurde das Vorkaufsrecht gem. § 27 Abs. 1 S. 1 BauGB wirksam abgewendet?

### 3. Grundbuchsperrre: Ausstellung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB

#### a) Antrag auf Ausstellung eines Negativattests

- 158 Wollen Grundstücksverkäufer und Erwerber alsbald nach Vertragsschluss sicherstellen, dass die Gemeinde auf der Grundlage eines Vorkaufrechts nicht „eingreift“ und sich das Eigentum an einem Grundstück verschafft, kann auf Antrag eines Beteiligten gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB ein **Negativattest** ausgestellt werden. Es ist auf die **Abgabe einer gemeindlichen Erklärung** gerichtet, dass **kein Vorkaufsrecht besteht** oder ein **bestehendes Vorkaufsrecht nicht ausgeübt** wird. In der Regel ist auch die Fälligkeit des Kaufpreises von der vorherigen Vorlage eines Negativattests abhängig, so dass die Vertragsparteien auch aus diesem Grund Interesse an der alsbaldigen Klärung der Frage des Vorkaufsrechts haben.
- 159 Kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Vorkaufsrecht besteht, wird das Grundbuchamt vor der Eintragung die Vorlage eines Negativattests verlangen, §§ 20, 29 Abs. 1 S. 2 GBO.

175 Speziell zu § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BauGB: HessVGH U. v. 10.6.2020 – 3 A 905/19, BeckRS 2020, 15315.

176 BayVGH B. v. 24.4.2020 – 15 ZB 19.1987, BeckRS 2020, 9537.

► **Muster: Antrag auf Abgabe eines Negativattests, § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB**

An das Bürgermeisteramt ...

Verkauf des Grundstücks Flst. Nr. ... in ... (Straße, Anschrift)

**Antrag auf Ausstellung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen die Vertretung der rechtlichen Interessen des ... (Mandant) an. Vollmacht ist als Anlage A 1 beigefügt. Unser Mandant hat mit Kaufvertrag vom ..., (Anlage A 2), das og Grundstück veräußert.

Namens des Verkäufers stellen wir den

**Antrag**

auf Erteilung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB.

**Begründung:**

Um den Eigentumswechsel im Grundbuch eintragen zu lassen, benötigt der Antragsteller die Bestätigung, dass ein Vorkaufsrecht nicht besteht bzw. ein etwa bestehendes Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird.

Um baldmögliche Erledigung wird gebeten. Vorab bitten wir unter Datumsangabe um Bestätigung, dass mit diesem Schreiben die vollständige Mitteilung gem. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB erfolgt ist, andernfalls um Benennung der Unterlagen und Dokumente, die aus Ihrer Sicht noch benötigt werden.

(Rechtsanwalt)

Anlagen

A 1 – Vollmacht

A 2 – Kaufvertrag

A ... [sonstige Unterlagen, die die Wirksamkeit des Kaufvertrages belegen] ◀

**b) Verzögerung bei der Ausstellung eines Negativattests durch die Gemeinde**

Nach Ablauf der Zweimonatsfrist ist die Gemeinde verpflichtet, ein Negativattest auszustellen. Kommt die Gemeinde dem nicht nach, kann – ggf. unter den Voraussetzungen des § 75 VwGO – **Verpflichtungsklage** erhoben werden.

**Hinweis:** Findet auf den Antrag auf Erteilung eines Negativattests Schriftwechsel zwischen der Gemeinde und dem Antragsteller statt, ist zu prüfen, ob das Schreiben der Gemeinde eine Ablehnung des Antrags beinhaltet, die mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Dies gilt insbes. dann, wenn etwaige Schreiben der Gemeinde nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sind.

► **Muster: Verpflichtungsklage auf Abgabe eines Negativattests**

An das Verwaltungsgericht ...

In der Verwaltungsstreitsache

des Herrn ...

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

die Gemeinde ..., vertreten durch den Bürgermeister ...

– Beklagte –

160  
327

162  
328

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

wegen: Ausstellung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB  
erheben wir namens des Klägers

### Klage

und stellen den

### Antrag

Die Beklagte wird verpflichtet, auf den Antrag vom ■■■ ein Negativattest des Inhalts zu erteilen, dass ein gemeindliches Vorkaufsrecht nicht besteht.

### Begründung:

#### I. Sachverhalt

Mit Antrag vom ■■■ hat der Notar ■■■ im Auftrag des Klägers, der Verkäufer des Grundstücks ■■■ ist, unter Übersendung einer Kopie des notariellen Kaufvertrages um Ausstellung eines Negativattests gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB bei der Beklagten gebeten. Mit Schreiben des Klägers vom ■■■ hat dieser „formell“ den Antrag gestellt, ein Negativattest auszustellen und gleichzeitig – unter Mitteilung des Kaufvertrages – um Bestätigung gebeten, dass die Voraussetzungen für den Fristlauf des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB aus Sicht der Beklagten vorliegen. Hierauf hat sich die Beklagte nicht geäußert. Die Beklagte hat auch in der Folge nach Ablauf der Ausübungsfrist am ■■■ – seit mehr als drei Monaten – nicht über den Antrag entschieden.

#### II. Rechtliche Würdigung

1. Die Klage ist gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO zulässig. Es besteht die Möglichkeit einer Verletzung der Rechte des Klägers in seiner Eigenschaft als Grundstücksverkäufer, denn bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen hat er einen Anspruch auf Erteilung des Negativattests. Der Kläger ist daher klagebefugt.

Gem. § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO bedurfte es keines vorangegangenen Vorverfahrens, weil die Beklagte über den Antrag auf Ausstellung eines Negativattests nicht innerhalb der Dreimonatsfrist des § 75 VwGO entschieden hat. Ein sachgerechter Grund für eine verzögerte Entscheidung ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

2. Vorliegend besaß die Beklagte gem. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB ein Vorkaufsrecht an dem Grundstück ■■■ binnen zwei Monate nach Zugang des Kaufvertrages.

Die Beklagte ist nach § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB verpflichtet, auf Antrag eines Beteiligten unverzüglich ein Zeugnis darüber auszustellen, ob ein Vorkaufsrecht besteht, ggf. ob es ausgeübt wird. Wird – wie hier – ein bestehendes Vorkaufsrecht nicht fristgerecht ausgeübt und kann es wegen Fristablaufs nicht mehr ausgeübt werden, hat der Kläger einen Anspruch auf Erteilung des Negativattests.

Das Vorkaufsrecht konnte durch die Beklagte gem. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB nur innerhalb von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrages durch Verwaltungsakt gegenüber dem Kläger ausgeübt werden. Diese Frist wurde mit Übersendung des Kaufvertrages und Mitteilung entsprechend § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB durch den Notar im Auftrag des Klägers am ■■■ in Gang gesetzt. Die Frist endete deshalb am ■■■. Innerhalb dieser Frist hat die Beklagte das ihr zustehende Vorkaufsrecht nicht gegenüber dem Kläger ausgeübt. Nach Ablauf der Ausschlussfrist kann die Beklagte ihr Vorkaufsrecht nicht mehr wirksam geltend machen.

3. Es gibt daher keinen Grund, die Erteilung des Negativattests abzulehnen oder zeitlich weiter hinauszuzögern. Nach Ablauf der Ausübungsfrist war die Beklagte gem. § 28 Abs. 1 S. 3 BauGB verpflichtet, unverzüglich ein Negativattest auszustellen. „Unverzüglich“ bedeutet ohne schuldhaftes Zögern. Jedenfalls ist die Beklagte in Verzug, weil sie mehr als drei Monate nach Ablauf der Aus-

übungsfrist ohne vorgetragenen oder erkennbaren Grund bisher das begehrte Negativattest nicht erteilt hat.

(Rechtsanwalt) ◀

## D. Baugenehmigung – Planungsrechtliche Zulässigkeit

### I. Baugenehmigung im qualifiziert beplanten Bereich, § 30 Abs. 1 BauGB

#### 1. Richtige Klageart

Die Erteilung einer Baugenehmigung wird durch eine **Verpflichtungsklage** erstritten. Der Anspruch des Verwaltungsgerichts kann eine Verpflichtung zur Genehmigungserteilung oder zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts beinhalten. 163

#### 2. Gegenstand der Klage

##### a) Regelfall: Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids

In der Regel ist Gegenstand der Klage des Bauherrn der ablehnende Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids. Im Fall der Versagung der Baugenehmigung, § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, wird das Verwaltungsverfahren erst mit der Widerspruchsentscheidung abgeschlossen. **Ausgangsbescheid und Widerspruchsentscheidung bilden rechtlich eine Einheit.** Erst der Widerspruchsbescheid gibt dem Ausgangsverwaltungsakt seine endgültige, für den Verwaltungsprozess maßgebliche Gestalt. 164

##### ► **Muster: Klageerhebung und Antragstellung einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung**

165  
329

An das Verwaltungsgericht ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Fa. Hausbau ... GmbH

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Landratsamt ..., vertreten durch ...

– Beklagter –

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. noch nicht bekannt

erheben wir namens und im Auftrag der Klägerin

#### **Klage**

und stellen folgende

#### **Anträge**

1. Der Beklagte wird unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids vom ... in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom ... verpflichtet, entsprechend dem Antrag der Klägerin vom ... eine Baugenehmigung zu erteilen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

#### **Begründung:**

... ◀

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### b) Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids

- 166 Wird auf einen Nachbarwiderspruch die Baugenehmigung durch Widerspruchsbescheid aufgehoben, ist Gegenstand eines etwaigen Rechtsmittels des Bauherrn allein der Widerspruchsbescheid, der mit Anfechtungsklage angegriffen wird; denn mit dessen Entfall lebt die Baugenehmigung wieder auf. Gleiches gilt, wenn die Ausgangsbehörde auf den Widerspruch eines Dritten eine Abhilfeentscheidung trifft und die zuvor erteilte Baugenehmigung (teilweise) aufhebt, § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.<sup>177</sup> In beiden Fällen bedarf es nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO keines erneuten Vorverfahrens mehr, sondern es ist unmittelbar (Anfechtungs-)Klage zu erheben.
- 167 Im Widerspruchsverfahren erfolgt eine umfassende Rechts- und Zweckmäßigkeitsskontrolle der Ausgangsentscheidung. Zweckmäßigkeitssgesichtspunkte spielen bei der gebundenen Entscheidung über die Baugenehmigung idR allenfalls eine untergeordnete Rolle (denkbar bei isoliert anfechtbaren Nebenbestimmungen), denn wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, hat der Bauherr einen Anspruch auf Genehmigungserteilung (Stichwort: Baufreiheit).

168

330

### ► Muster: Anfechtungsklage gegen die Ablehnung eines Baugesuchs – isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids, mit dem auf Nachbarwiderspruch eine von der unteren Verwaltungsbehörde erteilte Baugenehmigung aufgehoben wurde

An das Verwaltungsgericht ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Herr ...

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

den Landkreis ..., vertreten durch den Kreisausschuss

– Beklagter –

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. noch nicht bekannt

erheben wir namens und im Auftrag des Klägers

#### Klage

und stellen folgende

#### Anträge

1. Der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums ... vom ... wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

#### Begründung:

##### I. Sachverhalt

Der Kläger begehrt eine Baugenehmigung zur Errichtung ... auf dem Baugrundstück ... Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des seit ... rechtsverbindlichen Bebauungsplans ..., der auf der BauNVO 2017 beruht.

Mit Entscheidung der unteren Bauaufsichtsbehörde vom ..., Az. ..., wurde für das Vorhaben die Baugenehmigung erteilt.

Gegen die Baugenehmigung hat der Nachbar ..., Eigentümer des Grundstücks ..., Widerspruch erhoben und vorgetragen, ...

<sup>177</sup> Kopp/Schenke VwGO § 79 Rn. 7; VGH BW B. v. 19.9.2000 – 5 S 1843/00, NVwZ-RR 2001, 543; OVG RhPf U. v. 20.6.2013 – 1 A 11166/12, NVwZ 2013, 1627.

Auf den Widerspruch hat die Widerspruchsbehörde mit dem angefochtenen Bescheid die Baugenehmigung aufgehoben.

## II. Rechtliche Würdigung

Die Aufhebung der Baugenehmigung ist rechtswidrig. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, weil im Verfahren zu prüfende Vorschriften dem Vorhaben nicht entgegenstehen.

1. Das Vorhaben ist objektiv-rechtlich rechtmäßig, dh in jeder Hinsicht baurechtskonform. ...
2. Hinzu kommt, dass der Nachbar die Aufhebung der Baugenehmigung schon deswegen nicht beanspruchen konnte, weil er im Hinblick auf die geltend gemachten (vermeintlichen) Rechtsverstöße jedenfalls nicht in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist. ...

(Rechtsanwalt) ◀

## 3. Plankonforme Vorhaben

Zulässigkeitsmaßstab bilden die Festsetzungen des Bebauungsplans unter Einschluss der „planmäßig“ vorgesehenen Ausnahmen (§ 31 Abs. 1 BauGB). Vorhaben, die in jeder Hinsicht dem Bebauungsplan entsprechen, sind – unter weiteren Voraussetzungen – nach den bauordnungsrechtlichen Regelungen der Länder **von der Genehmigung freigestellt** und müssen idR nur ein Anzeige-/Kenntnisgabeverfahren durchlaufen, das der jeweiligen Gemeinde – innerhalb einer Monatsfrist<sup>178</sup> – die Möglichkeit bietet, die Durchführung eines Genehmigungsverfahrens zu verlangen oder eine vorläufige Zurückstellung gem. § 15 Abs. 1 S. 2 BauGB zu initiieren.

### ► Muster: Begleitschreiben zu einer Anzeige eines genehmigungsfreigestellten Vorhabens

1. An die Gemeinde ...
2. An das Landratsamt ...

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Bauvorhaben ...

Baugrundstück ...

Bauherrin ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei erhalten Sie einen Plansatz des Vorhabens „Errichtung eines zweigeschossigen Wohnhauses“ meiner Mandantin auf dem und Baugrundstück.

Das Vorhabengrundstück liegt im Geltungsbereich des qualifizierten Bebauungsplans ..., dessen Festsetzungen es in jeder Hinsicht entspricht. Befreiungen gem. § 31 Abs. 2 BauGB sind nicht erforderlich. Ebenso bedarf es keiner Abweichung/Ausnahme nach bauordnungsrechtlichen Regelungen. Die Erschließung ist gesichert, es wird mit dem Vorhaben lediglich eine Baulücke ausgefüllt.

Namens meiner Mandantin beantrage ich, dass bereits vor Ablauf der Monatsfrist (vorzeitig) mit dem Bau begonnen werden darf. Die Gemeinde bitte ich, eine entsprechende Erklärung abzugeben.

(Rechtsanwalt) ◀

## 4. Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans, § 31 Abs. 2 BauGB

### a) Befreiung bei genehmigungsbedürftigen Vorhaben

Soweit ein Vorhaben nicht in jeder Hinsicht mit den Festsetzungen des Bebauungsplans harmonisiert, besteht die Möglichkeit einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB. Befreiungen sind zwar „gesonderte“ Entscheidungen (die Bauvorschriften sehen entsprechende Formblätter

169

170

331

178 Vgl. zB § 64 Abs. 3 S. 4 HBO.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

für einen Befreiungsantrag vor), die aber vom Bauherrn **nicht isoliert angefochten** werden können. Bedarf ein Vorhaben einer Befreiung und erteilt die Bauaufsichtsbehörde eine solche nicht, lehnt sie den Bauantrag insgesamt – wegen planungsrechtlicher Unzulässigkeit – ab. Streitgegenstand ist in einem solchen Fall die Versagung der Baugenehmigung insgesamt. Im Klageverfahren ist dann in besonderem Maße zu begründen, warum die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung – abweichend von der Einschätzung der Bauaufsichtsbehörde im Genehmigungsverfahren – eben doch vorliegen.

- 172 **Typische Fallkonstellation:** Die Bauaufsichtsbehörde versagt die Baugenehmigung für ein Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans aus planungsrechtlichen Gründen, weil das Vorhaben nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht (hier: hinsichtlich der GRZ) und nach ihrer Auffassung die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB nicht vorliegen.

173  
332 ► **Muster: Begründung eines Verpflichtungswiderspruchs des Bauwerbers gegen die Versagung einer Baugenehmigung einschließlich Versagung einer Befreiung**

An [Widerspruchsbehörde] ...

Bauvorhaben: ... des ..., Vorhabengrundstück ...

Widerspruch vom ... gegen die Versagung der Baugenehmigung

Widerspruchsverfahren, Az. ...

Nachfolgend begründen wir namens und im Auftrag des Widerspruchsführers den mit Schreiben vom ... eingelegten Widerspruch gegen den versagenden Bescheid des Landratsamts ... vom ..., mit dem der Bauantrag vom ... abgelehnt worden ist.

### I. Sachverhalt

1. Das Baugrundstück des Widerspruchsführers liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans ..., der u.a. die Festsetzung einer Grundflächenzahl (GRZ = 0,25) enthält. Der Bebauungsplan, mit dem ein bisher nach § 34 BauGB zu beurteilender, weitgehend bebauter Bereich überplant wurde, ist seit ... rechtskräftig. Der maßgebliche Bereich im Plangebiet ist gekennzeichnet durch eine nahezu ausschließliche Wohnbebauung mit stark aufgelockerter Einzelhausbebauung und großflächigen Gartenanteilen.

2. Gegenstand des Bauantrags ist ein Erweiterungsbau an das bestehende Einfamilienwohnhaus des Widerspruchsführers. Das Vorhaben überschreitet die Festsetzung der GRZ von 0,25, weil die tatsächliche GRZ unter Berücksichtigung der verfahrensgegenständlichen Wohnhauserweiterung 0,31 beträgt. Daher hat der Widerspruchsführer mit den Bauvorlagen einen Befreiungsantrag gem. § 31 Abs. 2 BauGB gestellt.

3. Auf umliegenden Grundstücken sind mehrfach Wohngebäude vorhanden, die eine vergleichbare Überschreitung der GRZ aufweisen. IE betrifft dies die Grundstücke ... Die dortige Bebauung erreicht jeweils folgende GRZ: ...

4. Mit Entscheidung vom ... hat die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag abgelehnt und ausgeführt, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung lägen nicht vor. Es sei keine atypische Grundstückssituation ersichtlich. Außerdem würden die Grundzüge der Planung berührt, so dass auch dies gegen die Erteilung einer Befreiung spreche. Hinzu komme, dass die Gemeinde das Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BauGB versagt habe.

### II. Rechtliche Würdigung

1. Der ablehnende Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten. Die Entscheidung des Landratsamts vom ... ist daher aufzuheben und antragsgemäß eine Baugenehmigung zu erteilen. Da dem Vorhaben unter Berücksichtigung der Möglichkeit zur Erteilung einer



Befreiung keine im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entgegenstehen, hat der Widerspruchsführer einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.

2. Unstreitig ist, dass das Vorhaben allein die festgesetzte GRZ überschreitet, iÜ aber alle im Verfahren zu prüfenden Vorschriften eingehalten sind.

Hinsichtlich der GRZ liegen – entgegen der Annahme des Landratsamts – die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung vor.

a) Die Grundzüge der Planung werden durch die Zulassung der Überschreitung der GRZ (von 0,25 auf 0,31) nicht berührt. Ausweislich der Begründung des Bebauungsplans war es wesentliches Anliegen der Planung, die aufgelockerte Einzelhausbebauung zu sichern und einer ausufernden Bebauung der Grundstücke entgegenzuwirken. Auf diese Weise soll der Charakter der bestehenden Bebauung bewahrt werden, die dort ein besonders hochwertiges Wohnen mit hohem Freiflächenanteil ermöglicht.

Vorliegend ist in Erinnerung zu rufen, dass in unmittelbarer Umgebung des Grundstücks des Widerspruchsführers weitere Wohngebäude vorhanden sind, die eine GRZ bis zu 0,32 aufweisen. ■■■ Das Vorhaben des Widerspruchsführers hält sich in diesem Rahmen, vor Erlass des Bebauungsplans hätte er ohne Weiteres auf der Grundlage des § 34 BauGB eine Baugenehmigung erhalten. Ausgehend von der Zielsetzung des Bebauungsplans, die vorhandene Gebiets- und Bebauungsstruktur beizubehalten, ist festzustellen, dass die Erteilung der Befreiung diesem Ziel nicht zuwiderläuft.<sup>179</sup>

b) Die von der Bauaufsichtsbehörde „vermisste“ Atypik ist nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung der Erteilung einer Befreiung. Dieses früher geforderte Merkmal für die Erteilung einer Befreiung ist durch die Änderung des BauGB und die Neufassung des Befreiungstatbestands des § 31 Abs. 2 BauGB entfallen (vgl. *Hoffmann* BauR 1999, 445; *Herrmann* NVwZ 2004, 309).<sup>180</sup> Die Befreiung führt auch nicht dazu, dass sie in einer Vielzahl der Fälle im Plangebiet in Betracht käme und daher eine an sich erforderliche BPL-Änderung ersetzt.<sup>181</sup>

c) Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB liegen vor, insbes. ist die Befreiung städtebaulich vertretbar. ■■■

d) Liegen – wie gezeigt – die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB vor, steht die Erteilung einer Befreiung im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde.

Die Erteilung der Befreiung kann vorliegend nicht ermessensfehlerfrei versagt werden, denn es ist kein städtebaulicher Grund ersichtlich, der die Ablehnung der Befreiung rechtfertigen würde. Stehen dem Vorhaben keine städtebaulichen Gründe entgegen, ist für eine ablehnende Ermessensentscheidung kein Raum (vgl. VGH BW U. v. 19.11.2003 – 5 S 2726/02, BauR 2004, 1909; HessVGH U. v. 6.12.2004 – 9 UE 2582/03, BauR 2005, 983).<sup>182</sup>

3. Die Versagung des Einvernehmens kann dem Vorhaben nicht entgegengehalten werden. Denn die Gemeinde hat die Versagung nicht mit städtebaulich relevanten Argumenten begründet (vgl. § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB). ■■■ Daher ist gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen zu ersetzen.<sup>183</sup> ■■■

179 In einer solchen Fallgestaltung wird es sich iR der evtl. folgenden verwaltungsgerichtlichen Klage anbieten, (inzident) die Bebauungsplan-Festsetzung der GRZ anzugreifen. Denn – ausgehend von der Zielsetzung der Erhaltung der Gebietsstruktur – stellt sich die Frage, ob die Festsetzung einer GRZ von 0,25 dem Planungswillen entspricht und zur Zielerreichung geeignet und erforderlich ist.

180 BayVGH B. v. 11.4.2017 – 1 ZB 14.2723, BeckRS 2017, 108382. Zum Meinungsstand: JD/*Spieß* BauGB/BauNVO BauGB § 31 Rn. 12 ff.

181 In einem solchen Fall wäre die Grenze zum Erfordernis einer BPL-Änderung überschritten, vgl. zB OVG NRW B. v. 4.6.2020 – 2 B 417/20, BeckRS 2020, 13711.

182 Vgl. JD/*Spieß* BauGB/BauNVO BauGB § 31 Rn. 26.

183 Zum gemeindlichen Einvernehmen und der BGH-Rspr. zur Amtshaftung in diesem Zusammenhang: *Jäde* UPR 2011, 125.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

4. Nach alledem ist der Versagungsbescheid aufzuheben und die Baugenehmigung nebst Befreiung von der GFZ antragsgemäß zu erteilen.

(Rechtsanwalt) ◀

### b) Isolierte Befreiungsentscheidung

- 174 **Typische Fallkonstellation:** Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans wird ein nach bauordnungsrechtlichen Vorschriften **genehmigungsfreies Vorhaben** errichtet. Das Vorhaben widerspricht jedoch den Festsetzungen des Bebauungsplans. Damit das Vorhaben den bauplanungsrechtlichen Anforderungen genügt, die auch von genehmigungsfreien Vorhaben einzuhalten sind, bedarf es einer **isolierten Befreiung** von den entgegenstehenden Festsetzungen des Bebauungsplans.

175 ▶ **Muster: Isolierte Befreiungsentscheidung gem. § 31 Abs. 2 BauGB**

333 An das Verwaltungsgericht ■■■

In dem Verwaltungsstreitverfahren

■■■

wegen: Versagung einer (isolierten) Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB

Az. ■■■

begründen wir namens des Klägers die mit Schriftsatz vom ■■■ erhobene Klage.

### I. Sachverhalt

Der Kläger begehrt eine Befreiung von den Festsetzungen zur überbaubaren Grundstücksfläche des Bebauungsplans ■■■ für die Errichtung eines Carports auf dem Baugrundstück ■■■.

Das Grundstück des Klägers liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der og Festsetzungen enthält. Bei einer Baukontrolle hat die Bauaufsichtsbehörde festgestellt, dass der Kläger auf seinem Grundstück einen weiteren (bisher nicht genehmigten) Carport errichtet hat, und ihn aufgefordert, einen Antrag auf Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB einzureichen. Nachdem der Kläger diesen gestellt hatte, hat die Bauaufsichtsbehörde in der Folge den Antrag mit dem angefochtenen Bescheid abgelehnt und den Erlass einer Beseitigungsverfügung angekündigt.

### II. Rechtliche Würdigung

Die Versagung der Befreiung ist rechtswidrig. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Befreiung, weil die Voraussetzungen für ihre Erteilung vorliegen und das Entscheidungsermessen der Bauaufsichtsbehörde auf Null reduziert ist.

1. Das Vorhaben ist gem. ■■■ baugenehmigungsfrei. Da das Vorhaben dennoch den materiell-rechtlichen Anforderungen genügen muss,<sup>184</sup> sind auch die Festsetzungen des Bebauungsplans einzuhalten. Das Vorhaben widerspricht den Festsetzungen über die überbaubaren Grundstücksflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, § 23 Abs. 3 BauNVO, Nr. ■■■ der Festsetzungen des Bebauungsplans) und über die vorgesehenen Flächen für Garagen (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, Nr. ■■■ der textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans). Es bedarf daher einer isolierten Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB.

2. Die grundsätzliche Funktion der Befreiung besteht darin, in vom Satzungsgeber nicht vorhergesehenen (Sonder-)Fällen von der Anwendung einer Bebauungsplan-Festsetzung zu befreien (BKL/Reidt BauGB § 31 Rn. 24). Zwar stellt das gemeindliche Planungskonzept, die Vorgartenflächen auch von Garagen und Stellplätzen freizuhalten, eine städtebaulich grds. legitime Zielsetzung dar (zB BayVGH U. v. 20.12.2004 – 25 B 98.1862, NVwZ-RR 2005, 785). Hiervon kann aber unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB abgewichen werden, welche hier vorliegen.

184 ZB § 62 Abs. 2 HBO.

Das Vorhaben berührt die Grundzüge der Planung nicht. Unter welchen Voraussetzungen die Grundzüge der Planung berührt werden, lässt sich nicht allgemeingültig formulieren; maßgeblich ist die jeweilige Planungssituation (BVerwG B. v. 5.3.1999 – 4 B 5.99, NVwZ 1999, 1110; B. v. 30.3.2005 – 9 B 3.05). Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Abweichungen, die die Planungskonzeption im Wesentlichen unangetastet lassen, berühren die Grundzüge nicht. So liegt der Fall hier.

Zwei Seiten des Grundstücks bilden zugleich die Grenzen des Bebauungsplangebiets. Aufgrund dessen ist das Grundstück des Klägers atypisch zugeschnitten, denn die im Bebauungsplan vorgesehenen Flächen für Garagen und Stellplätze sind – im Verhältnis zum „eigentlichen“ Baufenster – anderes situiert als auf allen anderen Grundstücken des Plangebiets. Bereits die atypische Grundstückssituation schließt aus, dass die Grundzüge der Planung berührt werden. Denn andere Grundstückseigentümer können sich nicht auf dieses „Vorbild“ berufen.

Auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB sind erfüllt. Im Streitgegenständlichen Fall liegen die Voraussetzungen der Tatbestandsalternative des § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB vor. Wegen der atypischen Situation wären die Bebauungsmöglichkeiten – hinsichtlich Garage und Stellplätzen – gegenüber den anderen Grundstücken des Plangebiets ungerechtfertigt eingeschränkt.

3. Liegen – wie gezeigt – die Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung vor, steht die Entscheidung hierüber im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. Das Entscheidungsermessen ist vorliegend ausnahmsweise auf Null reduziert, dh, die Erteilung der Befreiung kann nicht ohne Ermessensfehler versagt werden.

Die Beklagte hat im Verfahren kein sachgerechtes Argument vorgetragen, das iR der zu treffenden Ermessensentscheidung gegen die Erteilung der Befreiung sprechen könnte. Ein solches ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte hat lediglich – zu Unrecht – das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen verneint, weshalb sie zur Erteilung der Befreiung antragsgemäß zu verurteilen ist.

(Rechtsanwalt) ◀

## 5. Inzidente Normenkontrolle eines Bebauungsplans im Baugenehmigungsprozess

### a) Verfahrensrechtliche Anknüpfung

Die inzidente Überprüfung eines Bebauungsplans ist keine prinzipale „Normenkontrolle“ im eigentlichen Sinne. Es wird lediglich anlässlich der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung die dieser zugrunde liegende Satzungsnorm auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft. 176

**Hinweis:** iR der Inzidentkontrolle sind die Vorgaben/Fristen des § 215 BauGB ebenfalls zu beachten, so dass keine „Vollprüfung“ aller formellen und materiellen Verstöße des BPl. erfolgt.<sup>185</sup>

### b) Wirkungen der Entscheidung

Das Ergebnis der Prüfung führt nicht etwa zur Aufhebung/Unwirksamkeit der Norm mit Wirkung für die Allgemeinheit, denn die **verwaltungsgerichtliche Entscheidung wirkt nur „inter partes“**, dh zwischen den Prozessbeteiligten. Andere Bauherren können sich daher nicht auf die in einem anderen Klageverfahren festgestellte Unwirksamkeit berufen. Die Gemeinde wird allerdings auf Dauer kaum eine als rechtswidrig erkannte Norm guten Gewissens aufrecht halten können. Die Gemeinde sollte versuchen, den Fehler über die Korrekturmöglichkeiten bzw. die Planerhaltungsvorschriften gem. §§ 214 f. BauGB zu „heilen“. 177

185 SächsOVG B. v. 11.6.2010 – 1 A 737/08, BeckRS 2010, 50553.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### c) Nutzungsausschlüsse, horizontale Gliederungsmöglichkeiten, § 1 Abs. 5 und 9 BauNVO

178 § 1 Abs. 5 BauNVO erlaubt den Ausschluss bestimmter Arten von Nutzungen, die nach den §§ 2, 4–9, 13 und 13a BauNVO allgemein zulässig sind. Demnach ist es möglich, einzelne der in einer Baugebietsvorschrift der BauNVO zusammengefassten Nutzungen (vollständig) auszuschließen, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleibt. Unter „bestimmte Arten“ sind nicht nur die in den einzelnen Paragraphen der §§ 2, 4–9 und 13 BauNVO aufgeführten Arten von Nutzungen zu verstehen. Eine Feingliederung ermöglicht zB § 1 Abs. 9 BauNVO.<sup>186</sup> Demnach können bestimmte Unterarten von zulässigen Nutzungen Gegenstand differenzierter Festsetzungen des Bebauungsplans sein.

### 179 Beispiele – Nutzungsausschlüsse und Gliederung von Baugebieten:

- Eine Festsetzung, wonach Einzelhandelsbetriebe mit Waren für den täglichen Bedarf (Sortiment: Nahrungs- und Genussmittel, Gebrauchskosmetik, Hausrat und Zeitschriften), soweit es sich um SB-Läden handelt, ausgeschlossen sind, kann in einem Kerngebiet zulässig sein.<sup>187</sup>
- Nicht iSd § 1 Abs. 3 BauGB erforderlicher Ausschluss von Gewerbebetrieben in einem GE iSd § 8 BauNVO.<sup>188</sup>
- Einzelhandel mit innenstadtrelevanten Sortimenten kann eine gem. § 1 Abs. 9 BauNVO **typisierbare Nutzungsunterart** sein.<sup>189</sup> § 1 Abs. 9 BauNVO kann ferner Grundlage einer Festsetzung sein, die in einem Gewerbegebiet ein Verbot von Einzelhandelsbetrieben mit innenstadtrelevanten Sortimenten, die teils nach Branchen, teils nach Warengruppen bestimmt sind, beinhaltet.<sup>190</sup>
- Lässt ein Bebauungsplan im Gewerbegebiet (GE iSd § 8 BauNVO) ausnahmsweise bestimmte Einzelhandelsbetriebe mit nicht mehr als insgesamt 200 m<sup>2</sup> Verkaufs- und Ausstellungsfläche zu, kann dies auf der Grundlage des § 1 Abs. 9 BauNVO zulässig sein.<sup>191</sup>
- Ein Bebauungsplan kann dann einen auf § 1 Abs. 9 BauNVO gestützten generellen Ausschluss sonstiger Einzelhandelsbetriebe mit einer Geschossfläche von mehr als 400 m<sup>2</sup> enthalten, wenn dadurch unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der Gemeinde ein **bestimmter Anlagentyp** zutreffend gekennzeichnet wird.<sup>192</sup>
- Betriebe, bei denen die Verkaufs- oder Geschossfläche eine bestimmte Größe überschreitet, sind nicht schon allein deshalb auch „bestimmte Arten“ iSv § 1 Abs. 9 BauNVO. Die Begrenzung der höchstzulässigen Verkaufs- oder Geschossfläche trägt die Umschreibung eines bestimmten Anlagentyps jedoch nicht in sich selbst. Vielmehr muss die Gemeinde darlegen, warum Betriebe unter bzw. über den von ihr festgelegten Größen generell und jedenfalls unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse einem bestimmten Anlagentyp entsprechen.<sup>193</sup>

186 BVerwG B. v. 5.6.2014 – 4 BN 8.14, BeckRS 2014, 52752. Die Vorschrift des § 1 Abs. 9 BauNVO eröffnet keine Befugnis der Gemeinde, neue Nutzungsarten zu „erfinden“, BVerwG B. v. 27.7.1998 – 4 BN 31.98, NVwZ-RR 1999, 9.

187 *Stürer* DVBl 2004, 83, 85 unter Hinweis auf HessVGH U. v. 4.12.2003 – 3 N 2463/01, BRS 66 Nr. 40.

188 BVerwG U. v. 10.9.2015 – 4 CN 8.14, ZfBR 2016, 44.

189 OVG RhPf U. v. 24.8.2000 – 1 C 11457/99, NVwZ-RR 2001, 221; OVG NRW U. v. 12.2.2014 – 2 D 13/14.NE, BRS 82 Nr. 12.

190 HessVGH U. v. 19.9.2002 – 3 N 78/00, BauR 2003, 501.

191 BVerwG U. v. 30.6.1989 – 4 C 16.88, UPR 1989, 436; zu den Grenzen bei der Festsetzung eingeschränkter GE: VGH BW U. v. 26.5.2020 – 8 S 1081/19, BeckRS 2020, 13736.

192 „Nachbarschaftsladen“: HessVGH U. v. 22.3.2001 – 4 UE 4867/96, ESVGH 51, 174, bestätigt in der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde: BVerwG B. v. 17.7.2001 – 4 B 55.01, BRS 64 Nr. 29.

193 BVerwG B. v. 17.7.2001 – 4 B 55.01, BRS 64 Nr. 29 mwN; der Begriff „großflächiger Einzelhandelsbetrieb“ beschreibt einen Anlagentyp iSd § 1 Abs. 9 BauNVO, BVerwG B. v. 7.5.2020 – 4 BN 44.19, ZfBR 2020, 675.

► **Muster: Verpflichtungsklage auf Erteilung eines Bauvorbescheids mit (inzidentem) Angriff auf einen Bebauungsplan**

180  
334

An das Verwaltungsgericht ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Herr ...

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

das Landratsamt ..., vertreten durch ...

– Beklagter –

wegen: Versagung einer Bebauungsgenehmigung (Vorbescheid)

Az. ...

begründen wir die mit Schriftsatz vom ... erhobene Klage und stellen folgende

**Anträge**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger entsprechend dem Antrag vom ... einen Bauvorbescheid zu erteilen. Die ablehnenden Bescheide vom ... (Grundverfügung, ggf. Widerspruchsbescheid) werden aufgehoben.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

**Begründung:**

**I. Sachverhalt**

Der Kläger erstrebt die Erteilung einer Bebauungsgenehmigung für die Errichtung eines Einzelhandelsbetriebes ... mit einer Verkaufsfläche von 798 m<sup>2</sup> auf seinem Grundstück ... Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des qualifizierten Bebauungsplans ..., der am ... bekannt gemacht worden ist. Mit der Bauvoranfrage soll die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens vorab geklärt werden.

Der Bebauungsplan setzt als Art der baulichen Nutzung ein Gewerbegebiet (GE iSd § 8 BauNVO) fest. Gem. § 1 Abs. 5, 9 BauNVO enthält der Bebauungsplan einen Einzelhandelsausschluss. Dabei hat die Gemeinde zunächst alle Einzelhandelsbetriebe ausgeschlossen und in einer abschließenden (Positiv-)Aufzählung genannt, welche Einzelhandelsbetriebe (Branchen, Sortimente) dennoch zulässig sind. Demnach sind u.a. auch Lebensmitteleinzelhandelsbetriebe bis 200 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche zulässig. Zur Begründung des Einzelhandelsausschlusses hat die Gemeinde auf das Ziel verwiesen, die wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung mit Gütern des täglichen Bedarfs sicherzustellen. Dem liefe es zuwider, wenn in Gewerbegebieten in peripherer Lage Einzelhandelsbetriebe mit zentrenrelevanten Sortimenten – wie der des Klägers – zugelassen würden.

**II. Rechtliche Würdigung**

1. Die Klage ist zulässig. Als Eigentümer eines Grundstücks, der auf diesem einen Einzelhandelsmarkt errichten will und auf dessen Antrag die Behörden die Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids abgelehnt haben, ist regelmäßig klagebefugt. Denn die Versagung steht im Widerspruch zur Baufreiheit und kann einen Eingriff in die Eigentümerrechte darstellen.

Die Klage wurde form- und fristgerecht erhoben.

Sonstige, die Zulässigkeit in Frage stellende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

2. Die Versagung des Bauvorbescheids ist rechtswidrig. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Bebauungsgenehmigung, weil im Verfahren zu prüfende Vorschriften dem Vorhaben nicht entgegenstehen.

Die Bauaufsichtsbehörde hat ausgehend vom Bebauungsplan **---** und dem darin enthaltenen Einzelhandelsausschluss, der dem Vorhaben entgegensteht, die Erteilung des Bauvorbescheids abgelehnt. Die Erteilung einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB komme nicht in Betracht, weil sie die Grundzüge der Planung berühre und die Abweichung städtebaulich nicht vertretbar sei.

Der Einzelhandelsausschluss kann dem Vorhaben aber nicht entgegengehalten werden, denn die Festsetzungen über den Einzelhandelsausschluss gem. § 1 Abs. 5, 9 BauNVO sind rechtsfehlerhaft und damit unwirksam.

a) Der Einzelhandelsausschluss ist bereits deswegen unwirksam, weil Planungswille der Gemeinde und Bebauungsplanfestsetzung auseinanderfallen. Angestrebtes Ziel ist die Sicherstellung der wohnortnahen Versorgung der Bevölkerung mit Gütern des täglichen Bedarfs. Die konkret getroffene Festsetzung geht aber weit darüber hinaus, indem auch Einzelhandelsbetriebe ausgeschlossen werden, die gar keine zentrenrelevanten Sortimente führen.

b) Die konkret getroffene Festsetzung verstößt – weil im Hinblick auf das Ziel zu weitgehend – auch gegen das Gebot der Erforderlichkeit, § 1 Abs. 3 BauGB.

c) Die pauschale Zulassung von Betrieben mit einer Verkaufsfläche bis 200 m<sup>2</sup> ist erkennbar sachwidrig. Zwar ist es grds. zulässig, Betriebstypen über die Größe der Verkaufsfläche zu definieren. Voraussetzung ist aber, dass in der konkret gegebenen Situation (innerhalb der Gemeinde) gerade mit dieser Größe ein **bestimmter Betriebstyp** umschrieben wird. Vorliegend hat die Gemeinde „brachenübergreifend“ eine Größe von 200 m<sup>2</sup> zugrunde gelegt. Bereits diese Pauschalierung ist handgreifliches Indiz dafür, dass eine konkrete Einzelfallbetrachtung vorliegend unterblieben ist.

d) Aus den genannten Gründen erweist sich die Planung als abwägungsfehlerhaft.

Die Gemeinde hat es bereits unterlassen, die konkrete Situation im Gemeindegebiet zu untersuchen und zu erheben, welche Betriebe hinsichtlich der einzelnen Branchen überhaupt vorhanden sind. Es ist somit ausgehend vom Kenntnisstand der Gemeinde gar nicht möglich, eine Feststellung darüber zu treffen, ob ein bestimmter Betriebstyp über die Betriebsgröße (VK-Fläche) definiert werden kann. Es ist daher auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund hinsichtlich Lebensmitteleinzelhandelsbetrieben eine Differenzierung zwischen Betrieben mit einer Verkaufsfläche von mehr bzw. weniger als 200 m<sup>2</sup> sachlich gerechtfertigt ist.

Weil es die Gemeinde unterlassen hat, diesen für die Planung wesentlichen Punkt aufzuklären, besteht insoweit ein Ermittlungsdefizit. Der Bebauungsplan leidet daher an einem Abwägungsfehler.

3. Erweist sich damit der Einzelhandelsausschluss als insgesamt unwirksam, beurteilt sich das Vorhaben gem. § 30 Abs. 1 BauGB iVm § 8 BauNVO. Demnach ist der streitgegenständliche Einzelhandelsbetrieb im Gewerbegebiet allgemein zulässig, denn im Gewerbegebiet sind Gewerbebetriebe aller Art zulässig. Der Einzelhandelsbetrieb bleibt auch unter der Grenze zur Großflächigkeit<sup>194</sup> und hat keine Wirkungen entsprechend § 11 Abs. 3 BauNVO. Das heißt, in Rede steht kein großflächiger Betrieb, der nur in einem Kern- oder einem dafür festgesetzten Sondergebiet zulässig wäre (§ 11 Abs. 3 S. 1 BauNVO).

Nach alledem ist das Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids.

(Rechtsanwalt) ◀

<sup>194</sup> BVerwG U. v. 24.11.2005 – 4 C 10.04, NVwZ 2006, 452 (Großflächigkeit ab 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche).

## II. Baugenehmigung im einfach beplanten Bereich, § 30 Abs. 3 BauGB

### 1. Begriff „einfacher Bebauungsplan“

Ein „einfacher“ Bebauungsplan iSd § 30 Abs. 3 BauGB ist ein solcher **Bebauungsplan, der nicht den Anforderungen eines qualifizierten Bebauungsplans entspricht**, dh hinsichtlich seiner Regelungsdichte hinter den Vorgaben des § 30 Abs. 1 BauGB zurückbleibt. Er enthält nur partiell Festsetzungen zu den „Grundparametern“, die in § 30 Abs. 1 BauGB genannt sind, dh zu Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise, der überbaubaren Grundstücksflächen und den örtlichen Verkehrsflächen. 181

### 2. Zulässigkeitsmaßstab eines Vorhabens

Auch im Bereich eines einfachen Bebauungsplans bildet zunächst der **Bebauungsplan – dort, wo er Regelungen trifft – den Maßstab der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit**. Ergänzend ist allerdings auf § 34 BauGB zurückzugreifen, nämlich soweit der Bebauungsplan keine Festsetzungen enthält. Ein einfacher Bebauungsplan schließt die Anwendbarkeit der §§ 34 und 35 BauGB somit nicht aus (vgl. § 30 Abs. 3 BauGB). Er geht jedoch, soweit seine Festsetzungen reichen, den §§ 34 und 35 BauGB vor. Soweit also der einfache Bebauungsplan Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die Bauweise oder die überbaubare Grundstücksfläche enthält, trifft er insoweit eine abschließende Regelung; hinsichtlich der weiteren Merkmale bilden die §§ 34 und 35 BauGB den Maßstab für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit. 182

### 3. Anwendungsbereiche einfacher Bebauungspläne

Als „einfache Bebauungspläne“ iSd § 30 Abs. 3 BauGB gelten die vor allem im süddeutschen Raum verbreiteten **Baulinien- und Baufluchtenpläne**, die mit Inkrafttreten des BBauG übergeleitet wurden. Neuplanungen sind idR keine einfachen Bebauungspläne. Insbes. wenn es um die Überplanung bisher unbebauter Gebiete geht, ist dieses Planungsinstrument ungeeignet, weil es zur städtebaulichen Steuerung nicht ausreichend ist. Dagegen kommt es in Betracht, wenn Gebiete beplant werden, die bereits weitgehend bebaut sind, etwa zur Verhinderung einer Nachverdichtung oder mit dem Ziel des Ausschlusses bestimmter Arten von Nutzungen, die bei Anwendung des § 34 Abs. 1 BauGB „an sich“ zulässig sind (typisch: **Festsetzung eines Kurgebiets**).<sup>195</sup> 183

§ 9 Abs. 2a,<sup>196</sup> Abs. 2b,<sup>197</sup> Abs. 2c<sup>198</sup> und Abs. 2d<sup>199</sup> BauGB bietet weitere Anwendungsmöglichkeiten des einfachen Bebauungsplans im unbeplanten Innenbereich.<sup>200</sup> Zur Steuerung deren Zulässigkeit können bestimmte Arten der Nutzung zugelassen oder ausgeschlossen werden. 184

### 4. Plankonformität und Einfügen

Bei Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist zunächst der Regelungsgehalt des Bebauungsplans zu ermitteln. Soweit der Bebauungsplan Festsetzungen enthält, ist er alleiniger Maßstab der Zulässigkeit. 185

Es liegt im Wesen des einfachen Bebauungsplans gem. § 30 Abs. 3 BauGB, dass er das bauplanungsrechtliche Zulässigkeitsprogramm nur partiell regelt. Daher ist im Anwendungsbereich eines einfachen Bebauungsplans der bauplanungsrechtliche Charakter des Gebiets (Innenbereich oder Außenbereich) stets ebenfalls von Bedeutung im Genehmigungsverfahren. 186

195 Kraft-Zörcher LKV 2003, 456.

196 Steuerung von Einzelhandelsnutzungen zur Erhaltung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche.

197 Steuerung von Vergnügungsstätten.

198 Festsetzungen zur Zulässigkeit von Nutzungen in der Nachbarschaft von Störfallanlagen.

199 Bebauungsplan zur Wohnraumversorgung, ins BauGB aufgenommen durch das Baulandmobilisierungsgesetz vom 14.6.2021 (BGBl. I 1802).

200 Scheidler VerwArch 2014. BPl. gem. § 9 Abs. 2b BauGB zur Steuerung der Ansiedlung von Vergnügungsstätten; vgl. VGH BW U. v. 12.3.2020 – 8 S 1542/18, BauR 2020, 1145.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

187  
335

### ► **Muster: Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans gem. § 30 Abs. 3 BauGB**

An das Verwaltungsgericht ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Frau ...

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

das Landratsamt ..., vertreten durch ...

– Beklagter –

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. ...

begründen wir die mit Schriftsatz vom ... erhobene Klage und stellen folgende

#### **Anträge**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin entsprechend dem Antrag vom ... eine Baugenehmigung zu erteilen. Der ablehnende Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums ... vom ..., Az. ..., wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

#### **Begründung:**

##### **I. Sachverhalt**

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung eines Zweifamilienhauses auf dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück ... Das vorgesehene Gebäude soll im rückwärtigen Grundstücksbereich errichtet werden.

Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans ..., der am ... bekannt gemacht worden ist. Der Regelungsgehalt des Bebauungsplans beschränkt sich darauf, in seinem Geltungsbereich, der markiert wird durch das Straßengeviert ..., die überbaubaren Grundstücksflächen festzusetzen. Das Plangebiet ist seit vielen Jahren mit Ein- und Zweifamilienhäusern bebaut; „freie“, dh unbebaute Grundstücke sind im Plangebiet nur vereinzelt vorhanden.

Zielsetzung der Planung war es ausweislich der Bebauungsplanbegründung, den bisher weitgehend unbebauten Innenbereich des Quartiers von Bebauung freizuhalten, dh auf diese Weise eine Nachverdichtung zu verhindern.

##### **II. Rechtliche Würdigung**

1. Die Klage ist zulässig. Als Bauherrin, deren Antrag auf Baugenehmigung abgelehnt wird, ist die Klägerin klagebefugt. Denn die Versagung der Baugenehmigung kann einen Eingriff in die Eigentümerrechte darstellen. Die Klage wurde form- und fristgerecht erhoben. Weitere Gesichtspunkte, welche die Zulässigkeit der Klage in Frage stellen könnten, sind nicht ersichtlich.
2. Die Versagung der Baugenehmigung ist rechtswidrig. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, weil im Verfahren zu prüfende Vorschriften dem Vorhaben nicht entgegenstehen.
  - a) Maßstab des Vorhabens in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ist § 30 Abs. 3 BauGB, soweit es um die überbaubare Fläche, dh die Situierung des Vorhabens auf dem Grundstück, geht. IÜ bildet § 34 Abs. 1 BauGB den Zulässigkeitsmaßstab.

aa) Der Bebauungsplan kann dem Vorhaben nicht entgegengehalten werden, denn der Bebauungsplan ist rechtsfehlerhaft.

Der Bebauungsplan ist nicht erforderlich iSd § 1 Abs. 3 BauGB, denn er stellt eine bloße Verhinderungsplanung dar. Er wurde erst erlassen, nachdem die Gemeinde auf Proteste der Nachbarschaft hin von den Bebauungsabsichten der Klägerin erfahren hatte. ■■■

Der Bebauungsplan verstößt gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Lastengleichheit. Denn der Klägerin wird die Freihaltung des rückwärtigen Grundstücksbereichs aufgegeben, während im Quartier bereits mehrfach eine Bebauung „in zweiter Reihe“ vorhanden ist. ■■■

Die Planung ist zur Zielsetzung und -erreicherung nicht geeignet. Denn wäre das Ziel tatsächlich gewesen, eine Nachverdichtung auszuschließen, wäre es notwendig gewesen, auch Regelungen zur Begrenzung des Maßes der baulichen Nutzung zu treffen. ■■■

bb) Unterstellt man – abweichend von der hier vertretenen Auffassung – die Wirksamkeit des Bebauungsplans, hat die Klägerin einen Anspruch auf Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB von den Festsetzungen der überbaubaren Fläche.

Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB liegen vor. ■■■<sup>201</sup>

cc) Ausgehend von der Unwirksamkeit des Bebauungsplans richtet sich die Zulässigkeit auch in Bezug auf die überbaubare Grundstücksfläche nach § 34 Abs. 1 BauGB.

Insoweit ist festzuhalten, dass in dem Quartier, welches die nähere Umgebung bildet, mehrfach in vergleichbarem Umfang, wie es das Vorhaben vorsieht, eine Bebauung im rückwärtigen Grundstücksteil vorhanden ist. Das Vorhaben fügt sich somit in Bezug auf die Grundstücksfläche, die überbaut wird, iSd § 34 BauGB ein.

b) Für die weiteren Parameter, dh der Art und dem Maß der baulichen Nutzung und der Bauweise, enthält der Bebauungsplan keine Festsetzungen. Insoweit bestimmt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 1 BauGB.

Das Vorhaben entspricht diesbezüglich der Umgebungsbebauung und fügt sich in die Eigenart der näheren Umgebung ein. Dies dürfte unstreitig sein.

c) Kann – wie gezeigt – der Bebauungsplan dem Vorhaben nicht entgegengehalten werden, entspricht das Vorhaben den Maßgaben des § 34 Abs. 1 BauGB und ist bauplanungsrechtlich zulässig.

d) Im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren sind bauordnungsrechtliche Fragen nicht zu prüfen und können dem Vorhaben von vornherein nicht entgegengehalten werden.

### III. Ergebnis

Aus den genannten Gründen durfte die Baugenehmigung nicht versagt werden. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Aufhebung des Zurückweisungsbescheids und Erteilung der Baugenehmigung.

(Rechtsanwalt) ◀

### III. Baugenehmigung im unbeplanten Innenbereich, § 34 Abs. 1 BauGB

#### 1. Abgrenzung zwischen Innenbereich iSv § 34 BauGB und Außenbereich iSv § 35 BauGB

##### a) Lage noch innerhalb des Bebauungszusammenhangs

##### aa) Grundsatz: Ende des Bebauungszusammenhangs am letzten Baukörper

In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich bedeutsam für Grundstücke am Ortsrand, die nicht mit ihrer gesamten Fläche dem Innenbereich zuzurechnen sind.

188

<sup>201</sup> Bei der vorliegenden Fallgestaltung kommt die Erteilung einer Befreiung nicht in Betracht, weil diese offenkundig gegen die Grundzüge der Planung verstößt. Der Vollständigkeit halber ist dieser Prüfungspunkt in das Muster aufgenommen worden.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Bauplanungsrechtlich kann eine solche „Teilung“ eines grundbuch-/katastermäßig unter einer einheitlichen Flurstücknummer geführten Grundstücks geboten sein. Denn für die Abgrenzung kommt es nicht auf die Grundstücksgrenzen, sondern auf die **vorhandene Bebauung** an, die prägend ist.

- 189 **Typische Fallkonstellation:** Die Bauaufsichtsbehörde rechnet das Baugrundstück nicht mehr einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil zu, sondern geht insgesamt von dessen Außenbereichslage aus. Gemessen am Maßstab des § 35 Abs. 2 BauGB ist das Vorhaben dann meist bauplanungsrechtlich unzulässig.

190  
336 ▶ **Muster: Verpflichtungswiderspruch gegen die Ablehnung eines Baugesuchs im „Grenzbe-  
reich“ zwischen Innen- und Außenbereich**

An das Landratsamt ■■■

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Baugrundstück ■■■

Bauvorhaben ■■■

Widerspruchsverfahren, Az. ■■■

Sehr geehrte Damen und Herren,

namens unserer Mandantschaft begründen wir den mit Schreiben vom ■■■ eingelegten Widerspruch gegen den Bescheid der unteren Bauaufsichtsbehörde vom ■■■.

### A. Sachverhalt

Der Widerspruchsführer hat am ■■■ einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung eingereicht. Das Vorhaben beinhaltet ■■■.

Das Baugrundstück liegt in Ortsrandlage der Gemeinde ■■■ an der Gemarkungsgrenze zur Gemeinde ■■■.

Der Bauantrag wurde abgelehnt, weil das Baugrundstück nach Auffassung der Bauaufsichtsbehörde im Außenbereich liege und sich seine Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB als „sonstiges Vorhaben“ beurteile.

### B. Rechtliche Würdigung

#### I. Zulässigkeit

Der Widerspruch ist zulässig, insbes. form- und fristgerecht erhoben worden. Als Bauherr und Adressat der ablehnenden Entscheidung ist der Widerspruchsführer widerspruchsbefugt.

#### II. Begründetheit

Der Widerspruch ist auch begründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten. Der Widerspruchsführer hat einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung, § 113 Abs. 5 VwGO analog.

1. Maßstab bei der bauplanungsrechtlichen Beurteilung ist – anders als die Bauaufsichtsbehörde ihrer ablehnenden Entscheidung zugrunde gelegt hat – § 34 Abs. 1 BauGB. Denn das Grundstück liegt innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils.

Die vom Bauaufsichtsamt vorgenommene bauplanungsrechtliche Einordnung widerspricht den Grundsätzen der Rspr. des BVerwG zur Abgrenzung zwischen Außenbereich und Innenbereich. Die Bauaufsichtsbehörde unterstellt zu Unrecht eine Außenbereichslage des Baugrundstücks, wie sich aus folgenden Ausführungen ergibt.

a) Definition „Ortsteil“

Ortsteil ist jeder Bebauungskomplex, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist. Vorliegend geht es nicht darum, ob die Bebauung auf den Flst. Nr. ... einen (eigenen) Ortsteil bildet, sondern ob die Bebauung dieser Grundstücke noch der unstreitig einen Ortsteil bildenden bzw. einem Ortsteil zugehörigen Bebauung der Grundstücke beiderseits der Hauptstraße und der angrenzenden Talstraße zuzurechnen ist. Dies ist zu bejahen.

b) Definition „Bebauungszusammenhang“

Ein Bebauungszusammenhang iSd § 34 Abs. 1 BauGB ist gegeben, wenn eine aufeinanderfolgende Bebauung vorhanden ist, die trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit bzw. Zusammengehörigkeit vermittelt (BVerwG U. v. 30.6.2015 – 4 C 5.14, NVwZ 2015, 1767). Baumreihen oder Hecken, selbst wenn sie optisch markant in Erscheinung treten und/oder ihr Bestand dauerhaft gesichert ist, sind von vornherein nicht geeignet, den Eindruck der Geschlossenheit und Zugehörigkeit einer Fläche zum Bebauungszusammenhang zu erzeugen.<sup>202</sup>

Dabei bleibt das Vorhabengrundstück für die Feststellung des Bebauungszusammenhanges grds. unberücksichtigt, wenn es – aus anderen Gründen – nicht bereits Teil des Bebauungszusammenhanges ist. Ebenso kommt es nicht auf katastermäßige Grundstücksgrenzen<sup>203</sup> an oder darauf, ob das in Rede stehende Grundstück an die Gemarkungsgrenze der Nachbargemeinde angrenzt.<sup>204</sup> Denn diese Merkmale sind nach außen nicht wahrnehmbar. Soweit es um den Bebauungszusammenhang als Bestandteil des Begriffs des im Zusammenhang bebauten Ortsteils iSd § 34 Abs. 1 BauGB geht, ist auf die äußerlich wahrnehmbaren Verhältnisse abzustellen (BVerwG U. v. 3.12.1998 – 4 C 7.98, NVwZ 1999, 527). Es geht entscheidend darum, ob Bauvorhaben, die einander benachbart sind, einen Bebauungszusammenhang bilden, oder ob trotz ihrer räumlichen Nähe der Bebauungszusammenhang durch eine mit dem Auge wahrnehmbare Grenze unterbrochen wird (BVerwG U. v. 12.12.1990 – 4 C 40.87, NVwZ 1991, 879; BayVGH U. v. 17.5.2019 – 1 B 17.2077, BeckRS 2019, 13734). Zu den maßgeblichen örtlichen Gegebenheiten gehören u.a. die topografischen Verhältnisse wie etwa Geländehindernisse, Erhebungen oder Einschnitte (zB Dämme, Böschungen, Gräben, Flüsse) oder künstliche Grenzen (zB Straßen).

Ausgehend von diesem Beurteilungsmaßstab gehört das Baugrundstück zum Bebauungszusammenhang und liegt im unbeplanten Innenbereich der Gemeinde ...

2. Gemessen am Maßstab des § 34 Abs. 1 BauGB ist das Vorhaben zulässig. ...

(Rechtsanwalt) ◀

**bb) Ausnahme: Einbeziehung von Grundstücksteilen jenseits des letzten Baukörpers; Erstreckung bis zu bestehenden „natürlichen Grenzen“**

Nach der Rspr. des BVerwG kann die Berücksichtigung äußerlich erkennbarer Umstände dazu führen, dass der Bebauungszusammenhang im Einzelfall nicht am letzten Baukörper endet, sondern dass ihm noch ein oder auch mehrere unbebaute Grundstücke bis zu einer sich aus der örtlichen Situation ergebenden natürlichen Grenze zuzuordnen sind.<sup>205</sup> Daher kann auch eine – sonst nicht zu berücksichtigende **untergeordnete Bebauung** (zB Lagerschuppen im rückwärtigen Bereich eines Wohngrundstücks) – als Fortsetzung des Bebauungszusammenhanges aufgefasst werden. Auch die Nutzung von Teilflächen eines Grundstücks, die am letzten

191

202 BVerwG B. v. 8.10.2015 – 4 B 28.15, ZfBR 2016, 67.

203 BVerwG B. v. 11.6.1992 – 4 B 88.92, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 151; JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 34 Rn. 13.

204 BVerwG B. v. 15.5.1997 – 4 B 74.97, NVwZ-RR 1998, 156.

205 BVerwG U. v. 12.12.1990 – 4 C 40.87, NVwZ 1991, 879; vgl. BayVGH B. v. 8.2.2022 – 15 ZB 21.2602; Schrödter/Rieger BauGB § 34 Rn. 17.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Baukörper anschließen und als Hof, Garten oder Erholungsraum genutzt werden, also „**bauplanungsakzessorisch**“ sind, können dem Bebauungszusammenhang zugerechnet werden.<sup>206</sup>

- 192 **Typische Fallkonstellation:** Das Verwaltungsgericht hat iR seiner erstinstanzlichen Entscheidung über eine Verpflichtungsklage des Bauwerbers die Frage der Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich nach Aktenlage getroffen und keine Augenscheinnahme vorgenommen. Einen Beweisantrag des Klägers (Durchführung eines Ortstermins) hat das Verwaltungsgericht in der mündlichen Verhandlung abgelehnt.

193  
337

► **Muster: Antrag auf Zulassung der Berufung wegen eines Verfahrensmangels: Ablehnung eines Beweisantrags, Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht, Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör- Streitpunkt: Abgrenzung Innen-/Außenbereich**

An den VGH .../das OVG ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Herr ...

– Kläger und (Zulassungs-)Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

Untere Bauaufsichtsbehörde ..., vertreten durch ...

– Beklagte –

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. ...

begründen wir namens des Klägers und Antragstellers den am ... gestellten Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts ... vom ..., Az. ..., zugestellt am ....

Die Berufung ist zuzulassen, weil ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (hierzu B. I.).

Die Berufung ist weiterhin zuzulassen, weil die Entscheidung an Verfahrensmängeln leidet und auf diesen beruhen kann, § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO (hierzu B. II.).

### **A. Angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts**

Das Verwaltungsgericht hat die Klage auf Erteilung der vom Kläger und Antragsteller begehrten Baugenehmigung abgewiesen. Der Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht war, dass das Baugrundstück im Außenbereich liege.

Diese Auffassung des Verwaltungsgerichts beruht auf der Auswertung eines Lageplans, einer Luftbildaufnahme und zwei von der Beklagten vorgelegten Fotografien. Eine Ortsbesichtigung hat nicht stattgefunden.

Einen in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag des Klägers zur Durchführung eines Augenscheininterims hat das Verwaltungsgericht abgelehnt. Die genannten Unterlagen seien zur Beurteilung der Außenbereichseigenschaft des Baugrundstücks ausreichend.

Ausgehend von der Außenbereichslage ist das VG zu dem (unzutreffenden) Ergebnis gelangt, das Vorhaben sei als „sonstiges Vorhaben“ iSd § 35 Abs. 2 BauGB bauplanungsrechtlich unzulässig.

206 BVerwG U. v. 17.6.1993 – 4 C 17.91, NVwZ 1994, 294; JD/Spieß, BauGB/BauNVO, BauGB § 34 Rn. 19.

## B. Zulassungsgründe im Einzelnen

### I. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit liegen vor, wenn aufgrund der Darlegungen im Zulassungsverfahren nach summarischer Prüfung der Erfolg der Berufung wahrscheinlicher ist als der Misserfolg und wenn die geltend gemachten Gesichtspunkte mit hinreichendem Gewicht gegen die Richtigkeit des Urteils sprechen bzw. schon dann, wenn einzelne tragende Tatsachenfeststellungen mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden.<sup>207</sup>

Das Verwaltungsgericht geht von unzutreffenden Annahmen in tatsächlicher Hinsicht aus, soweit es eine Außenbereichslage unterstellt. Das Verwaltungsgericht hat dabei die Umgebung nicht aus eigener Anschauung beurteilt, sondern sich damit begnügt, von der Beklagten vorgelegte Unterlagen auszuwerten. Diese geben aber in Bezug auf die Bebauung und die Abgrenzung des Außenbereichs vom unbeplanten Innenbereich keinen hinreichenden Aufschluss.

Das Baugrundstück liegt – entgegen der Auffassung der Beklagten und des Verwaltungsgerichts – innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils. Die planungsrechtliche Beurteilung hat daher am Maßstab des § 34 BauGB zu erfolgen. Dies ergibt sich – auf der Grundlage der lokalen Gegebenheiten – aus folgenden Überlegungen: ■■■

Misst man das Vorhaben am Maßstab des § 34 Abs. 1 BauGB ist es bauplanungsrechtlich zulässig. Das angefochtene Urteil des VG erweist sich daher iErg als unrichtig.

### II. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und Aufklärungsgrüge, Verfahrensmangel gem. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO

Die Berufung ist auch wegen eines Verfahrensmangels (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) zuzulassen.

1. Das angefochtene Urteil verletzt den Kläger in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Diese Verfassungsbestimmung gewährt ihm das Recht, sich zu den entscheidungserheblichen Fragen vor Erlass der Entscheidung zu äußern.

Das Verwaltungsgericht hat durch die Ablehnung des in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrags (Beweiserhebung durch Inaugenscheinnahme) die ihm nach § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO obliegende Amtsaufklärungspflicht verletzt. Die Durchführung eines Augenscheinsterns war nicht aufgrund der wenigen Lichtbilder, Lagepläne und einer Luftbildaufnahme entbehrlich. Denn diese ergeben nur ein verzerrtes Bild der tatsächlichen Gegebenheiten. Die Lagepläne geben schon nicht den aktuellen Baubestand wieder. Die Fotografien und die Luftbildaufnahme ermöglichen weder einen perspektivischen Blick, noch wird aus den (flächigen) Bildern der räumliche Eindruck deutlich. In diesem Einzelfall liegt im Verzicht auf die Durchführung einer Ortsbesichtigung eine Verletzung von § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Unter anderem wegen der Gefahr dieser (optisch) verzerrten Perspektive entspricht es auch dem Regelfall, dass die Frage, ob ein Baugrundstück am Bebauungszusammenhang „teilnimmt“, auf der Grundlage einer Ortsbesichtigung geklärt wird. Das bedeutet zwar nicht, dass über die Frage der Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Innen- oder Außenbereich verfahrensfehlerfrei stets nur auf der Grundlage eines Augenscheins entschieden werden darf (BVerwG B. v. 14.11.1991 – 4 C 1.91, NVwZ-RR 1992, 227). Geben die dem Gericht vorliegenden Unterlagen aber kein zutreffendes Bild der tatsächlichen Gegebenheiten, bedarf es einer Beweiserhebung durch Ortseinsicht.

2. Die Entscheidung beruht offenkundig auf dem Verfahrensmangel. Denn bei Durchführung einer Inaugenscheinnahme, wie vom Kläger beantragt, hätte das Verwaltungsgericht unschwer erkannt, dass die dem Verwaltungsgericht vorliegenden Unterlagen ein nur verzerrtes Bild ergeben und dass

<sup>207</sup> Vgl. BVerfG B. v. 23.6.2000 – 1 BvR 830/00, NVwZ 2000, 1163.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

das Baugrundstück dem Bebauungszusammenhang zuzurechnen ist, sich das Vorhaben mithin nach § 34 BauGB beurteilt. Gemessen am Maßstab des § 34 BauGB ist das Vorhaben planungsrechtlich zulässig.

Die Entscheidung leidet somit an den vorgenannten Verfahrensmängeln und kann auf diesen beruhen, so dass die Berufung auch gem. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO zuzulassen ist.

### C. Ergebnis

Nach alledem ist die Berufung zuzulassen, weil ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen und die Entscheidung des Verwaltungsgerichts an Verfahrensmängeln leidet, auf denen die Entscheidung beruhen kann.

(Rechtsanwalt) ◀

### b) Baulücke

- 194 Baulücken sind Flächen, in denen eine Bebauung im Gegensatz zu den umliegenden Bereichen (noch) nicht stattgefunden hat. In der Praxis stellt sich bei größeren unbeplanten und unbebauten Bereichen häufig die Frage, ob (noch) eine Baulücke vorliegt, mit der Folge der Beurteilung nach § 34 BauGB, oder ob die in Rede stehende Fläche dem Außenbereich zuzurechnen ist, weil sie den **Bebauungszusammenhang unterbricht** (zB auch „Außenbereich im Innenbereich“).<sup>208</sup> Je größer ein unbebauter Bereich ist, desto eher spricht dies gegen das Vorliegen einer Baulücke. Als Faustformel gelten zwei bis drei Baugrundstücke noch als Innenbereichslage iSd § 34 Abs. 1 BauGB.<sup>209</sup> Diese setzt voraus, dass das Baugrundstück durch die den Rahmen für die Umgebungsbebauung bildende Bebauung geprägt wird. Hierzu ist es erforderlich, dass die Umgebungsbebauung das Grundstück in einer Art und Weise prägt, dass die bereits vorhandene Bebauung die Grenzen der Bebauung zu setzen vermag. Daran fehlt es, wenn eine Fläche wegen ihrer Größe einer von der Umgebung gerade unabhängigen geordneten städtebaulichen Entwicklung und Beplanung fähig ist.<sup>210</sup>
- 195 **Typische Fallkonstellation:** Das Baugrundstück bildet mit einem oder mehreren unbebauten Nachbargrundstücken eine Baulücke. Es stellt sich dann die Frage, ob die Baulücke den Bebauungszusammenhang iSd § 34 Abs. 1 BauGB unterbricht oder eben (noch) nicht.

196

338

► **Muster: Verpflichtungswiderspruch gegen die Ablehnung eines Bauvorbescheids wegen vermeintlicher Lage des Baugrundstücks im Außenbereich (Baulücke, die den Bebauungszusammenhang unterbricht)**

An das Landratsamt ...

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Baugrundstück ...

Bauvorhaben ...

Widerspruchsverfahren, Az. ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

namens unserer Mandantschaft begründen wir den mit Schreiben vom ... eingelegten Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid der unteren Bauaufsichtsbehörde vom ....

208 Vgl. zu dieser „Figur“: BVerwG B. v. 15.9.2005 – 4 BN 37.05, BRS 69 Nr. 95; HessVGH U. v. 25.4.2019 – 3 Z 2745/16.Z, BeckRS 2019, 54378.

209 Es entspricht jedenfalls der Erfahrung, dass die wachsende Größe einer unbebauten Fläche ein Indiz gegen einen Bebauungszusammenhang darstellt, BVerwG B. v. 30.8.2019 – 4 B 8.19, BauR 2019, 1887 mwN.

210 Zu ehem. Kasernenareal: VGH BW U. v. 10.7.2006 – 3 S 2309/05, NVwZ-RR 2007, 233; weitere Beispiele: OVG NRW U. v. 21.12.2010 – 2 D 64/08.NE, BRS 76 Nr. 38; VGH BW U. v. 29.10.2013 – 3 S 198/12, BRS 81 Nr. 43; BVerwG U. v. 23.11.2016 – 4 CN 2.16, NVwZ 2017, 412.



## A. Sachverhalt

Der Widerspruchsführer hat am ■■■ einen Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheids zur Klärung der Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eingereicht. Das Vorhaben umfasst ■■■.

Das Baugrundstück liegt innerhalb des unbeplanten Innenbereichs und bildet eine Baulücke, dh, zwischen der nördlich und südlich sich anschließenden Bebauung liegen in einer Ausdehnung von ca. 150 m drei unbebaute Grundstücke.

Der Bauvorbescheid wurde abgelehnt, weil die Baulücke, zu der das Baugrundstück gehört, den Bebauungszusammenhang unterbreche und sich die Zulässigkeit des Vorhabens daher nach § 35 Abs. 2 BauGB als sonstiges Außenbereichsvorhaben beurteile.

## B. Rechtliche Würdigung

### I. Zulässigkeit

Der Widerspruch ist zulässig, insbes. form- und fristgerecht erhoben worden. Als Bauherr und Adressat der ablehnenden Entscheidung ist der Widerspruchsführer widerspruchsbefugt.

### II. Begründetheit

Der Widerspruch ist auch begründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten. Der Widerspruchsführer hat einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens, § 113 Abs. 5 VwGO analog.

1. Maßstab der bauplanungsrechtlichen Beurteilung ist – anders als die Bauaufsichtsbehörde ihrer ablehnenden Entscheidung zugrunde gelegt hat – § 34 Abs. 1 BauGB. Denn das Grundstück liegt innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils.

Ob eine aufeinander folgende Bebauung trotz vorhandener Lücken noch den Eindruck der Geschlossenheit bzw. Zusammengehörigkeit vermittelt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche selbst diesem Zusammenhang angehört, ist nicht nach geographisch-mathematischen Maßstäben zu entscheiden, vielmehr bedarf es einer umfassenden Wertung und Bewertung der konkreten örtlichen Gegebenheiten.<sup>211</sup> Nicht jede Baulücke unterbricht daher den Bebauungszusammenhang.<sup>212</sup>

2. Diesen Maßstab zugrunde gelegt, unterbricht vorliegend die Baulücke von 155 m den Bebauungszusammenhang nicht. Dabei sind insbes. die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Vorliegend bestehen in dem dörflich geprägten Bereich große Grundstücke mit in erheblichem Umfang unbebauten Bereichen. Diese sehr aufgelockerte Bebauung prägt die Grundstücksverhältnisse. Daher kann bei einer Baulücke in einer Ausdehnung von nur 155 m keine Unterbrechung des Bebauungszusammenhangs angenommen werden. Entgegen der unzutreffenden Auffassung der Bauaufsichtsbehörde liegt das Grundstück daher innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils iSd § 34 Abs. 1 BauGB.

3. Gemessen am Maßstab des § 34 Abs. 1 BauGB ist das Vorhaben zulässig. ■■■

(Rechtsanwalt) ◀

211 BVerwG U. v. 1.4.1997 – 4 B 11.97, NVwZ 1997, 899; B. v. 2.3.2000 – 4 B 15.00, BRS 63 Nr. 99.

212 Das Vorliegen einer „Baulücke“ ist umso unwahrscheinlicher, je größer die unbebaute Fläche ist. Rechtsprechungsbeispiele bei EZBK/Söfker BauGB § 34 Rn. 23; der pauschalen Annahme iS einer „Faustformel“, wonach eine unbebaute Fläche von 2–4 „Bauplätzen“ eine bebaubare Baulücke darstellt, steht das Erfordernis einer Einzelfallwürdigung entgegen: BVerwG B. v. 30.8.2019 – 4 B 8.19, BeckRS 2019, 22318; BayVGH B. v. 5.3.2021 – 1 ZB 18.1530, BeckRS 2021, 4333. Regelmäßig unterbricht ein bebautes Grundstück den Bebauungszusammenhang nicht, es sei denn, die Bebauung hat im Verhältnis zur Größe des Grundstücks eine völlig untergeordnete Bedeutung, BVerwG B. v. 10.7.2000 – 4 B 39.00, NVwZ 2001, 70.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### 2. „Einfügen“ iSd § 34 BauGB

#### a) Nähere Umgebung und Bebauungsrahmen

- 197 Ausgangspunkt für die Frage der Beurteilung des Einfügens iSv § 34 BauGB ist die zutreffende Ermittlung der „näheren Umgebung“<sup>213</sup> und des in diesem Bereich bestehenden Bebauungsrahmens. Denn die Zulässigkeit eines Vorhabens leitet sich aus der in der näheren Umgebung vorhandenen Bebauung ab.
- 198 Prüfungsreihenfolge: „Sich-Einfügen“ iSv § 34 BauGB
- Bestimmung der (näheren) Umgebung
    - Möglichkeit der Auswirkungen des Vorhabens auf die Umgebung
    - Prägung des Baugrundstücks durch die Umgebung
  - Ermittlung des Rahmens (der Umgebung)
    - Aussonderung von Fremdkörpern<sup>214</sup> und nicht prägender Bebauung
    - Bestimmung der prägenden Bebauung und damit des Bebauungsrahmens<sup>215</sup>
    - Prüfung, ob sich das Vorhaben in diesem Rahmen hält
      - Ja, dann fügt es sich idR ein
      - Nein, dann fügt es sich idR nicht ein
      - Ausnahmen (Korrektiv)
        - Nichteinfügen trotz Einhaltung des Rahmens bei Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot
        - Sich-Einfügen trotz Überschreitung des Rahmens, wenn das Vorhaben weder städtebauliche Spannungen erzeugt noch vorhandene städtebauliche Spannungen verstärkt

#### b) Einfügen nach der Art der baulichen Nutzung

- 199 Grds. ist Maßstab der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit in Bezug auf die **Art der baulichen Nutzung** das Einfügen iSd § 34 Abs. 1 BauGB. Ausnahmsweise aber beurteilt sich die Zulässigkeit eines Vorhabens nach seiner Art der baulichen Nutzung nicht nach dem „Einfügen“, sondern gem. § 34 Abs. 2 BauGB anhand der jeweiligen Baugebietsregelung der BauNVO, sofern die Eigenart der näheren Umgebung einem der **BauNVO-Baugebiete** entspricht. Dabei stehen die Möglichkeiten zur Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen entsprechend § 31 Abs. 1 und 2 BauGB zur Verfügung.
- 200 Geht es im Anwendungsbereich des § 34 BauGB um die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in Bezug auf die Art der baulichen Nutzung, ist in einem ersten Schritt zu klären, ob sich der **Zulässigkeitsmaßstab nach § 34 Abs. 1 BauGB oder nach § 34 Abs. 2 BauGB** iVm den Regelungen der BauNVO bestimmt. Bei Vorliegen einer sog. **Gemengelage** greift § 34 Abs. 1 BauGB und eröffnet häufig einen weiterreichenden Beurteilungsspielraum (nicht zu verwechseln mit Ermessensspielraum).
- 201 **Typische Fallkonstellation:** Besteht in einem unbeplanten Innenbereich in Bezug auf die Art der baulichen Nutzung eine heterogene Bebauung (Gemengelage), richtet sich die bauplanungsrechtliche Beurteilung auch hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nach § 34 Abs. 1 BauGB. Je eher sich die Bebauung in der „näheren Umgebung“ an ein BauNVO-Baugebiet anlehnt, desto eher gewinnt die Prüfung an Bedeutung, ob das Vorhaben anhand § 34 Abs. 2 BauGB iVm der BauNVO zu messen ist.

213 Zu den Kriterien für die Abgrenzung der näheren Umgebung: BVerwG B. v. 16.7.2018 – 4 B 51.17, NVwZ 2018, 1651; OVG NRW B. v. 2.2.2022 – 10 A 2841/20, BeckRS 2022, 1256.

214 VGH BW U. v. 10.3.2010 – 3 S 2627/08, BRS 76 Nr. 88; BayVGH U. v. 20.12.2012 – 2 B 12.1977, BRS 79 Nr. 160.

215 Hierzu: BVerwG U. v. 8.12.2016 – 4 C 7.15, NVwZ 2017, 717; B. v. 5.4.2017 – 4 B 46.16, BRS 85 Nr. 86.

► **Muster: Verpflichtungswiderspruch gegen die Ablehnung eines Bauantrags – Einfügen nach der Art der baulichen Nutzung, Berücksichtigung eines „Altbestands“**

202  
339

An das Verwaltungsgericht ■■■

In dem Verwaltungsstreitverfahren

■■■

wegen: Versagung einer Baugenehmigung

Az. ■■■

begründen wir namens des Klägers die mit Schriftsatz vom ■■■ erhobene Klage.

**I. Sachverhalt**

Der Kläger begehrt eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Gebäudes mit gewerblicher Nutzung in Form ■■■ auf dem Baugrundstück ■■■. Das Grundstück liegt im unbeplanten Innenbereich. Dies ist unstrittig.

Die Ablehnung des Bauantrags basiert auf der Einschätzung der Bauaufsichtsbehörde, der in Rede stehende Bereich sei ein sog. faktisches Allgemeines Wohngebiet (WA) gem. § 34 Abs. 2 BauGB iVm § 4 BauNVO. Gemessen am Maßstab des § 4 BauNVO sei das Vorhaben unzulässig. Tatsächlich handelt es sich vorliegend um eine sog. Gemengelage.

**II. Rechtliche Würdigung**

Die Versagung der Baugenehmigung ist rechtswidrig. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, weil im Verfahren zu prüfende – planungsrechtliche – Vorschriften dem Vorhaben nicht entgegenstehen.

1. Zu Unrecht misst die Bauaufsichtsbehörde das Vorhaben hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung am Maßstab des § 4 BauNVO. Denn es liegt kein „faktisches Baugebiet“ iSd § 34 Abs. 2 BauGB, sondern eine Gemengelage vor. ■■■

2. Die Bauaufsichtsbehörde kommt auch deswegen zu einer unzutreffenden Einschätzung des Gebietscharakters, weil sie nicht berücksichtigt hat, dass die aufgegebenen – nicht WA-konformen – Nutzungen auf den angrenzenden Grundstücken bei der Ermittlung des Bebauungsrahmens der näheren Umgebung mit in die Betrachtung einzustellen sind.

Bei der Frage, ob sich eine Bebauung in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, kann uU auch der vorhandene Altbestand als noch prägend zu berücksichtigen sein. Eine tatsächlich beendete bauliche Nutzung verliert ihre den Gebietscharakter mitbestimmende Kraft erst dann, wenn sie endgültig aufgegeben worden ist und nach der Verkehrsanschauung mit ihrer Wiederaufnahme nicht mehr zu rechnen ist (vgl. BVerwG U. v. 27.8.1998 – 4 C 5.98, NVwZ 1999, 523; HessVGH U. v. 13.9.2002 – 4 UE 981/99, NVwZ-RR 2003, 259). Wie diese Zeitspanne zu bemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht anhand abstrakter Maßstäbe beurteilen.

Vorliegend hat die vor 15 Monaten aufgegebene, ehemals gewerbliche Nutzung auf den Nachbargrundstücken (noch) nicht ihre das Baugrundstück prägende Wirkung verloren. Die Werkshallen sind – zumindest teilweise – noch vorhanden. Werbetransparente, die aktuell vor Ort aufgehängt sind, belegen, dass der Eigentümer die Fortsetzung der bisherigen Gewerbenutzung anstrebt. ■■■

3. Ist somit vom Vorliegen einer Gemengelage auszugehen, richtet sich die bauplanungsrechtliche Beurteilung nach § 34 Abs. 1 BauGB, nicht aber nach § 34 Abs. 2 BauGB.

Nach der Art der baulichen Nutzung fügt sich das Vorhaben in die nicht nur durch Wohnnutzung, sondern auch gewerblich geprägte nähere Umgebung ohne Weiteres ein.

Das Vorhaben stellt sich nicht als rücksichtslos in Bezug auf die ebenfalls vorhandenen Wohnnutzungen dar. Denn diese sind zum einen durch die bestehenden gewerblichen Nutzungen vorbelastet.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Zum anderen waren sie bereits bisher – auch durch die (zeitweise) aufgegebenen Nutzungen – einem erhöhten Immissionsniveau ausgesetzt. Sie haben daher allenfalls Anspruch auf Einhaltung eines Schutzniveaus, wie es etwa für ein Mischgebiet gilt. In Bezug auf die Lärmbelastung, die vom Vorhabengrundstück ausgeht, werden die Mischgebietswerte eingehalten, wie sich aus dem vom Kläger im Baugenehmigungsvorhaben vorgelegten Lärmgutachten **---** ergibt.

Im Ergebnis fügt sich das Vorhaben daher nach der Art seiner baulichen Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung ein, § 34 BauGB. Der Kläger hat somit einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung.

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Einfügen nach dem Maß der baulichen Nutzung

- 203 Dem abstrakten Maß der baulichen Nutzung (GFZ und GRZ) kommt für die Auslegung des Begriffs des Einfügens keine rechtliche Bedeutung zu. Entscheidend sind die nach außen optisch wahrnehmbaren Umstände, anhand derer sich die vorhandenen Gebäude in der näheren Umgebung in Beziehung zueinander setzen lassen, insbes. die Größe der geplanten Bebauung nach Grundfläche, Geschosszahl und Höhe.<sup>216</sup> **Maßgebend** ist somit die **Gebäudekubatur**. Eine Kombination der in der maßstabsbildenden Umgebung bei einzelnen Gebäuden separat jeweils größten vorzufindenden Faktoren wie Grundfläche, Geschosszahl und Höhe verbietet sich („Rosintheorie“). Denn dadurch entstünden Baulichkeiten, die in ihren Dimensionen in der näheren Umgebung vorbildlos wären.<sup>217</sup>

**Hinweis:** In der Praxis erweist es sich als hilfreich, bereits im Vorfeld einer Planung die Umgebungsbebauung mit Blick auf die og rechtlichen Maßstäbe einer Prüfung zu unterziehen und das Ergebnis in tabellarischer Form aufzubereiten. Der Planer kann auf diese Weise ermitteln, welchen „Randbedingungen“ seine Planung genügen muss. Im späteren Rechtsstreit geht es darum darzulegen, dass ein Vorhaben den aus der Umgebung abgeleiteten Rahmen einhält. Dies ist am besten unter Vorlage einer möglichst detaillierten Bestandserhebung inkl. Fotodokumentation zu leisten.

204

340

### ► Muster: Verpflichtungswiderspruch gegen die Ablehnung einer Bauvoranfrage – Einfügen nach dem Maß der baulichen Nutzung

An das Landratsamt **---**

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Baugrundstück **---**

Bauvorhaben **---**

Widerspruchsverfahren, Az. **---**

Sehr geehrte Damen und Herren,

namens und in Vollmacht unserer Mandantschaft begründen wir den mit Schreiben vom **---** eingelegten Widerspruch gegen den Bescheid des Bauaufsichtsamts vom **---** und stellen folgende

#### Anträge

1. Der Bescheid des Bauaufsichtsamts vom **---**, Az. **---**, wird aufgehoben. Auf die Bauvoranfrage vom **---** wird der Bauvorbescheid erteilt.
2. Die Kosten des Widerspruchsverfahrens trägt die Widerspruchsgegnerin.
3. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

216 BVerwG U. v. 23.3.1994 – 4 C 18.92, NVwZ 1994, 1006; OVG NRW U. v. 19.4.2012 – 10 A 1035/10, BRS 79 Nr. 105; HmbOVG U. v. 28.2.2013 – 2 Bf 17/11, BRS 81 Nr. 158.

217 BVerwG U. v. 8.12.2016 – 4 C 7.15, NVwZ 2017, 717; BayVG B. v. 12.10.2017 – 15 ZB 17.985, BeckRS 2017, 131787.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

Der Widerspruchsführer hat mit Datum vom ■■■ einen Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheids beim Bauaufsichtsamt eingereicht, der ausweislich der Eingangsbestätigung dort am ■■■ eingegangen ist.

Das Vorhaben umfasst die Errichtung eines dreigeschossigen Wohngebäudes (6 Wohneinheiten) mit Flachdach und 9 Stellplätzen. Gegenstand der Bauvoranfrage ist die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens (Bebauungsgenehmigung) einschließlich der Frage der Erschließung.

Ausweislich der Begründung des angefochtenen Bescheids wurde der Bauvorbescheid versagt, weil sich das Vorhaben hinsichtlich der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, wegen der von der städtebaulichen Ordnung abweichenden Größenordnung von Grund- und Geschossfläche sowie der Höhe des Gebäudes nicht in die Eigenart der vorhandenen Bebauung einfüge iSv § 34 BauGB.

Das Vorhaben rufe bodenrechtliche Spannungen hervor, deren Bewältigung ein Planungsbedürfnis nach sich zöge. Zusätzliche Spannungen ergäben sich durch die negative Vorbildwirkung des Vorhabens.

**B. Rechtliche Würdigung**

I. Zulässigkeit

Der Widerspruch ist zulässig, insbes. form- und fristgerecht erhoben worden. Als Bauherr und Adressat der ablehnenden Entscheidung ist der Widerspruchsführer widerspruchsbefugt.

II. Begründetheit

Der Widerspruch ist auch begründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Widerspruchsführer in seinen Rechten. Der Widerspruchsführer hat einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Bauvorbescheids über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens, § 113 Abs. 5 VwGO analog.

Gem. §§ 76 Abs. 2, 74 Abs. 1 HBO ist der Bauvorbescheid zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Verfahren zu prüfen sind. Die Prüfung beschränkt sich dabei auf die Gesichtspunkte, die Gegenstand der Bauvoranfrage sind.

1. Bauplanungsrechtliche Beurteilung

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens beurteilt sich nach § 34 BauGB. Dies ist unstreitig, so dass es keiner vertieften Auseinandersetzung mit dieser Frage bedarf. Nach § 34 Abs. 1 BauGB ist ein Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, die Erschließung gesichert ist, die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse gewahrt bleiben und das Ortsbild nicht beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

2. Ermittlung der näheren Umgebung

Zur näheren Umgebung gehören nicht nur die unmittelbar an das Baugrundstück angrenzenden Grundstücke.<sup>218</sup> Der als nähere Umgebung den Beurteilungsmaßstab für das Einfügen bildende Bereich reicht so weit, wie sich die Ausführung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens auf seine Umgebung auswirken kann und wie die Umgebung ihrerseits den bodenrechtlichen Charakter des Baugrundstücks prägt oder beeinflusst.<sup>219</sup> Prägend auf das Baugrundstück kann nicht nur die

218 Zur Abgrenzung kann ergänzend die Rspr. zur Differenzierung zwischen Innen- und Außenbereich herangezogen werden, BVerwG B. v. 20.8.1998 – 4 B 79.98, NVwZ-RR 1999, 105.

219 BVerwG U. v. 26.5.1978 – IV C 9.77, NJW 1978, 2564; B. v. 13.5.2014 – 4 B 38.13, NVwZ 2014, 1246.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Bebauung wirken, die gerade in seiner unmittelbaren Nachbarschaft überwiegt, sondern auch diejenige der weiteren Umgebung.

Im vorliegenden Fall gehören zur näheren Umgebung die Grundstücke ■■■.

### 3. Ermittlung des Rahmens innerhalb der näheren Umgebung

Die Ermittlung des für die Beurteilung maßgebenden Rahmens erfolgt zweistufig. Zunächst wird die tatsächlich vorhandene Bebauung in den Blick genommen. Dann wird das Wesentliche, dh die prägende Bebauung, herausgearbeitet. Zu berücksichtigen sind alle städtebaulich bedeutsamen baulichen und sonstigen Nutzungen. Die nicht prägende Bebauung oder sog. Fremdkörper bleiben dabei außer Betracht. An das „Vorhandene“ ist allerdings auch dann anzuknüpfen, wenn die tatsächliche Bebauung „städtebaulich unerwünscht“ ist (BVerwG U. v. 15.2.1990 – 4 C 23.86, NVwZ 1990, 755).

### 4. Einhaltung des Bebauungsrahmens im konkreten Fall

Ausgehend von der Bebauungssituation, wie sie die Widerspruchsgegnerin in der angefochtenen Entscheidung charakterisiert (überbaubare Grundstücksfläche, Grund- und Geschossfläche, Geschosszahl, Höhe), unterstellt sie rechtsfehlerhaft, das Vorhaben stehe hierzu im Widerspruch.

#### a) Grundstücksfläche, die überbaut werden soll

Mit dem Begriff „Grundstücksfläche, die überbaut werden soll“, ist die konkrete Größe der Grundfläche der baulichen Anlage und ihre räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung gemeint.<sup>220</sup> Berücksichtigungsfähig sind Baulinien, Baugrenzen und die Bebauungstiefe. Ob sich ein Vorhaben im Hinblick auf seinen Standort in seine Umgebung einfügt, hängt nicht von den Grenzen des Baugrundstücks ab, denn auf die Grundstücksgrenzen kommt es im Bauplanungsrecht grds. nicht an (BVerwG B. v. 28.9.1988 – 4 B 175.88, NVwZ 1989, 354; VGH BW U. v. 29.9.2021 – 5 S 1031/20, BeckRS 2021, 30691). Das Bauvorhaben fügt sich insoweit in die Eigenart der näheren Umgebung ein. ■■■

Das Vorhaben reicht nicht weiter in den rückwärtigen Grundstücksbereich hinein, als das unmittelbar angrenzende Gebäude auf dem Nachbargrundstück. Das Vorhaben fügt sich somit auch hinsichtlich der Bebauungstiefe ein.

#### b) Anzahl der Vollgeschosse, Geschossfläche und Gebäudehöhe

Das geplante Gebäude wird dreigeschossig ausgeführt. Demgegenüber weisen die Gebäude in der Umgebung max. zwei Geschosse auf.

Das Vorhaben weist zwar ein (Voll-)Geschoss mehr auf als die Umgebungsbebauung. Es bleibt aber dennoch in Bezug auf die absolute Gebäudehöhe hinter der Umgebungsbebauung zurück. Die Geschossigkeit gehört bei Einhaltung der Höhe der Umgebungsbebauung nur eingeschränkt zu den nach außen wahrnehmbaren Merkmalen. Insoweit ist festzuhalten, dass die umgebenden Gebäude mehrfach ausgebaute Dachgeschosse aufweisen (keine Vollgeschosse iSd Landesbauordnung).

Die Traufhöhe kann als oberer Bezugspunkt für die Festsetzung der Gebäudehöhe herangezogen werden (vgl. § 18 Abs. 1 BauNVO). Zugleich kommt allerdings auch der Firsthöhe Bedeutung als oberer Bezugspunkt zu. Deshalb schließt etwa die Überschreitung der Traufhöhe – bei gleichzeitigem Einhalten der Firsthöhe – ein Einfügen nach dem Maß der baulichen Nutzung nicht aus. Das Vorhaben weist eine Höhe von ca. 9 m auf und bleibt damit unter den Gebäudehöhen benachbarter Gebäude. Auch insoweit hält sich das Vorhaben iR der Umgebungsbebauung.

### 5. Hilfsweise: Einfügen trotz Rahmenüberschreitung

Das Vorhaben hält sich, wie gezeigt, in jeder Hinsicht iR der Umgebungsbebauung. Es wäre aber auch dann zulässig, wenn man der – unzutreffenden – Auffassung der Bauaufsichtsbehörde folgen

<sup>220</sup> BVerwG B. v. 13.5.2014 – 4 B 38.13, NVwZ 2014, 1246.

würde und annähme, das Vorhaben überschreite den Rahmen der Bebauung der maßgebenden näheren Umgebung.

Denn eine Überschreitung des Rahmens ist (ausnahmsweise) zulässig, wenn das Vorhaben keine bodenrechtlich beachtlichen Spannungen begründet oder schon vorhandene Spannungen nicht erhöht. Diese Grundsätze gelten nicht nur für eine Überschreitung des vorgegebenen Rahmens hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung, sondern auch für eine Überschreitung hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung. Auch ein von seinem Bauvolumen her den gesetzten Rahmen überschreitendes Vorhaben kann noch in eine harmonische Beziehung zur vorhandenen Bebauung treten (vgl. auch BVerwG U. v. 17.6.1993 – 4 C 17.91, NVwZ 1994, 294). So ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine Überschreitung (der Maße) des Vorhandenen um 25 % oder mehr noch hingenommen werden kann (BVerwG B. v. 29.4.1997 – 4 B 67.97, NVwZ-RR 1998, 94). Daher kann selbst bei erheblicher Erweiterung eines bisher bereits hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung die Obergrenze des Umgebungsrahmens darstellenden Gebäudes gleichwohl das Merkmal des „Einfügens“ iSd § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB erfüllt sein.<sup>221</sup> So liegt der Fall hier. Weder ist das Vorhaben selbst geeignet, bodenrechtlich relevante ausgleichsbedürftige Spannungen zu begründen bzw. vorhandene Spannungen zu erhöhen, noch sind solche Konsequenzen infolge einer etwaigen Vorbildwirkung des Vorhabens zu erwarten.

Die Behauptung der Bauaufsichtsbehörde, das Vorhaben entfalte negative Vorbildwirkung, trifft nicht zu. Die Frage, ob eine negative Entwicklung zu befürchten ist, dh einem Vorhaben negative Vorbildwirkung zukommt, kann nur unter Berücksichtigung der Eigenart der näheren Umgebung und der konkreten Umstände, die Spannungen hervorrufen können, beantwortet werden. Die abstrakte oder nur entfernt gegebene Möglichkeit, dass ein Vorhaben Konflikte im Hinblick auf die Nutzung benachbarter Grundstücke auslöst, schließt die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 34 Abs. 1 BauGB nicht aus.<sup>222</sup> ■■■

### III. Kosten des Vorverfahrens

Im Widerspruchsbescheid ist gem. § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO, § 80 Abs. 3 S. 2 LVwVfG eine Kostenentscheidung zu treffen, die bei erfolgreichem Abschluss des Widerspruchsverfahrens zu einem Anspruch des Widerspruchsführers auf Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendigen Aufwendungen führt, § 80 Abs. 1 S. 1 LVwVfG. Dies gilt gem. § 80 Abs. 1 S. 2 LVwVfG selbst dann, wenn der Widerspruch nach Auffassung der Widerspruchsbehörde nur deshalb keinen Erfolg hat, weil die Verletzung einer Verfahrens- oder Formvorschrift nach § 45 LVwVfG unbeachtlich ist. Die Kosten des Bevollmächtigten im Vorverfahren sind deshalb zu erstatten.

(Rechtsanwalt) ◀

### IV. Baugenehmigung im Außenbereich, § 35 Abs. 2 BauGB

Der Außenbereich soll grds. von Bebauung frei bleiben. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Bebauung ihrem Wesen nach gerade in den Außenbereich gehört.<sup>223</sup> Die sog. **privilegierten Vorhaben**, die nach Ansicht des Gesetzgebers bevorzugt im Außenbereich angesiedelt werden sollen, sind in § 35 Abs. 1 BauGB enumerativ aufgezählt. Die grundsätzliche Entscheidung für die Freihaltung des Außenbereichs beinhaltet, dass nach § 35 Abs. 2 BauGB **sonstige Vorhaben** (dh nicht privilegierte Vorhaben) nur im Einzelfall<sup>224</sup> zugelassen werden können. Voraussetzung

205

221 VGH BW U. v. 6.5.1997 – 5 S 2394/96, NVwZ-RR 1998, 715 (dort: Verdoppelung der Grundfläche und Vergrößerung der Geschossfläche um zwei Drittel).

222 BVerwG B. v. 28.11.1989 – 4 B 43.89, NVwZ-RR 1990, 294.

223 Vgl. BVerwG U. v. 25.10.1967 – IV C 86.66, BVerwGE 28, 148; U. v. 6.12.1967 – IV C 94.66, BVerwGE 28, 268; B. v. 9.10.1991 – 4 B 176.91, BauR 1992, 52; BKl/Krautzberger BauGB § 35 Rn. 1.

224 BVerwG B. v. 19.9.1995 – 4 B 208.95, NVwZ-RR 1996, 373; Schrödter/Rieger BauGB § 35 Rn. 88.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

ist, dass ihre Erschließung gesichert ist<sup>225</sup> und durch sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden.<sup>226</sup>

**206 Typische Fallkonstellation:** Streitgegenstand bei Außenbereichsvorhaben ist häufig die Frage, ob ein sog. privilegiertes Vorhaben iSd § 35 Abs. 1 BauGB vorliegt, oder ob die Begünstigungsregelung des § 35 Abs. 4 BauGB in Anspruch genommen werden kann, um die ungünstige Einstufung als sonstiges Vorhaben iSd § 35 Abs. 2 BauGB zu vermeiden.

**207 ▶ Muster: Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung im Außenbereich**

341

An das Verwaltungsgericht ...

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Herr ...

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

– Kläger –

gegen

den Landkreis ..., vertreten durch den Kreisausschuss

– Beklagter –

wegen: Versagung einer Baugenehmigung (Nutzungsänderung)

Az. ...

begründen wir die mit Schriftsatz vom ... erhobene Klage und stellen namens des Klägers folgende

### Anträge

1. Der ablehnende Bescheid des Landkreises ... vom ... in Gestalt des Widerspruchsbescheids ... vom ..., Az. ..., wird aufgehoben. Der Beklagte wird verpflichtet, entsprechend dem Bauantrag vom ... die Baugenehmigung zu erteilen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

### Begründung:

#### I. Sachverhalt

Auf dem im Außenbereich gelegenen Grundstück ..., das im Eigentum des Klägers steht, wurde bisher ein landwirtschaftlicher Betrieb (Gemüseanbau, Vollerwerbsbetrieb) unterhalten. In diesem Rahmen wurde eine Fläche von 40 ha bewirtschaftet. Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes waren die Eltern des Klägers.

Seit 2014 wurde der Betrieb umstrukturiert infolge der schlechten Ertragslage im landwirtschaftlichen Gemüseanbau und des altersbedingten Rückzugs der Eltern aus dem Betrieb. In diesem Rahmen wurden die bewirtschafteten Flächen auf 3 ha verringert.

Es wird daher künftig nur noch ein Teil der auf dem Betriebsgelände genehmigt bestehenden Betriebsgebäude für landwirtschaftliche Zwecke genutzt. Die nicht mehr für den landwirtschaftlichen Betrieb benötigten Gebäude sollen einer anderen Nutzung zugeführt werden.

Gegenstand des streitgegenständlichen Baugesuchs ist die Umnutzung einer bisherigen Maschinenhalle in eine gewerblich genutzte Produktionshalle (Elektronikbauteile) für den Betrieb des Klägers (an anderer Stelle im Gemeindegebiet). Der Kläger, der auf dem Baugrundstück wohnt, führt den Landwirtschaftsbetrieb im Nebenerwerb fort.

<sup>225</sup> Vgl. BVerwG U. v. 13.2.1976 – IV C 53.74, BauR 1976, 185; BVerwG U. v. 31.10.1990 – 4 C 45.89, UPR 1991, 269.

<sup>226</sup> Hierzu BVerwG U. v. 25.10.1967 – IV C 86.66, BVerwGE 28, 148 (151); faktisch führt jede Beeinträchtigung eines noch so geringfügigen öffentlichen Belanges zur Unzulässigkeit des Vorhabens, BVerwG B. v. 21.2.1994 – 4 B 33.94, DÖV 1994, 565.

## II. Rechtliche Würdigung

Die eine Baugenehmigung versagenden Bescheide sind aufzuheben, denn der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung. Deren Versagung ist rechtswidrig und verletzt ihn in seinen Rechten.

1. Die Nutzungsänderung (Gewerbe statt Landwirtschaft) beurteilt sich bauplanungsrechtlich nach § 35 Abs. 2 BauGB, denn die künftige (gewerbliche) Nutzung der vormalig zum Zwecke der Landwirtschaft genutzten Betriebsräume dient nicht mehr dem bestehenden landwirtschaftlichen Betrieb. Gem. § 35 Abs. 2 BauGB kann ein sonstiges Vorhaben, also ein solches, das nicht privilegiert gem. § 35 Abs. 1 BauGB ist, im Einzelfall zugelassen werden, wenn seine Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist.

2. Allerdings kann bei Vorliegen der Voraussetzungen der Begünstigungsregel des § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB einem Vorhaben nicht entgegengehalten werden, dass es den Darstellungen des Flächennutzungsplans oder eines Landschaftsplans widerspricht, die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt oder die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lässt.

3. Der Kläger strebt die Genehmigung der (erstmaligen) Änderung der Nutzung eines Gebäudes iSv § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB an, das im Jahr 1993 genehmigt und errichtet wurde. Die in § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. a–d BauGB und in § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. f. und g BauGB genannten Merkmale sind vorliegend unstreitig erfüllt.

4. Streitig ist allein, ob das in § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. e BauGB genannte „Tatbestandsmerkmal“ erfüllt ist, dh das Gebäude auch in räumlich funktionalem Zusammenhang mit der Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes steht. Der Beklagte verneint dies zu Unrecht. Er geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass bei Anwendung des Begünstigungstatbestands nach wie vor eine landwirtschaftliche Hofstelle (fort-)bestehen muss, die den betrieblichen Mittelpunkt des gesamten landwirtschaftlichen Betriebes bildet.

Die Auffassung des Beklagten ist unzutreffend und findet im Gesetz keine Stütze. Bei Anwendung der Begünstigungsregelung des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB wird gerade nicht vorausgesetzt, dass weiterhin ein privilegierter Betrieb fortbesteht. Denn es ist Sinn und Zweck der Begünstigungsregel, den eventuell auch sukzessiven Übergang von privilegierten Nutzungen zu nicht privilegierten Nutzungen zu ermöglichen, damit legal (iR privilegierter Vorhaben) errichtete Gebäude nicht einem völligen Wertverlust (auf Null) ausgesetzt sind. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB begünstigt die Änderung der bisherigen Nutzung eines Gebäudes iSd Abs. 1 Nr. 1 der Vorschrift, sofern der landwirtschaftliche Betrieb ganz oder teilweise aufgegeben worden ist.<sup>227</sup> Es geht um den Übergang landwirtschaftlicher Nutzungen bis hin zur vollständigen Betriebsaufgabe, um den Strukturwandel in der Landwirtschaft zu unterstützen.<sup>228</sup> Hinzu kommt, dass auf dem Baugrundstück die Hofstelle des bestehenden Nebenerwerbsbetriebes noch immer besteht. „Hofstelle“ setzt nicht einen Vollerwerbsbetrieb voraus, auch bei Nebenerwerbsbetrieben kann von einer Hofstelle gesprochen werden. Der Begriff der Hofstelle setzt nämlich nicht voraus, dass alle Gebäude landwirtschaftlichen Zwecken dienen.

5. Das Vorhaben widerspricht zT den Darstellungen des Flächennutzungsplans, dort ist eine landwirtschaftliche Nutzfläche ausgewiesen. Die gewerbliche Nutzung entspricht der Darstellung des Flächennutzungsplans nicht. Insoweit ist der in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB genannte Belang beeinträchtigt. Nach der Begünstigungsregelung des § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB, die hier – wie gezeigt – greift, kann dies dem Vorhaben aber nicht entgegengehalten werden.

227 BayVGH U. v. 28.9.2001 – 1 B 00.2504, NVwZ-RR 2002, 713.

228 BT-Drs. 13/6392, 59; vgl. auch EZBK/Söfker BauGB § 35 Rn. 131, 137.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

Die Entstehung einer Splittersiedlung oder deren Verfestigung ist nicht zu befürchten. Eine zusätzliche Belastung des Außenbereichs ist ausgeschlossen, weil sich die Maßnahmen auf eine Hofstelle beschränken, die bereits vorhanden war, und lediglich auf bereits vorhandene Bausubstanz zurückgegriffen wird.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass andere öffentliche Belange beeinträchtigt werden. Insbesondere haben die Fachbehörden (Gewerbeaufsichtsamt und Immissionsschutzbehörde) keine Bedenken gegen das Vorhaben erhoben. Das Vorhaben ist deshalb außenbereichsverträglich.

6. Die Erschließung ist gesichert. Die Mindestanforderungen, die an die Sicherung einer ausreichenden Erschließung zu stellen sind, bestimmen sich nach dem jeweiligen Vorhaben. Hinsichtlich der Vorhaben, die einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen, folgt dies schon aus ihrer gesetzlichen Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, die nicht über zu hohe Mindestanforderungen an die Erschließung wieder zunichte gemacht werden darf. An die Sicherung der Erschließung eines im Außenbereich gelegenen landwirtschaftlichen Betriebes sind dementsprechend nur geringe Anforderungen zu stellen (BVerwG U. v. 30.8.1985 – 4 C 48.81, NVwZ 1986, 38). Die künftige Nutzung stellt keine weitergehenden Anforderungen. Zur Lieferung der Rohwaren und zum Abtransport der Produkte fährt arbeitstäglich jeweils nur ein Lieferwagen einmal an und ab.

### III. Zusammenfassung

Das Vorhaben kann entgegen der Auffassung des Beklagten die Begünstigungsregel des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB in Anspruch nehmen. Gemessen am Maßstab des § 35 Abs. 2, 4 BauGB ist das Vorhaben als „sonstiges Vorhaben“ bauplanungsrechtlich zulässig.

Dem Vorhaben stehen auch sonst keine im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen. Somit ist die Baugenehmigung zu erteilen.

(Rechtsanwalt) ◀

## V. Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende – bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

### 1. Sonderregelungen durch die BauGB-Novellen 2014 und 2015, Verlängerung der Geltungsdauer durch das Baulandmobilisierungsgesetz

- 208 Erhebliche Praxisrelevanz hatten seit dem sprunghaften Anstieg der Flüchtlings-/Asylbewerberzahlen ab 2013 Fragestellungen um die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbegehrende,<sup>229</sup> deren Einrichtung (Errichtung oder Nutzungsänderung) der Gesetzgeber durch die BauGB-Novellen von 2014<sup>230</sup> und 2015<sup>231</sup> sehr weitgehend privilegiert hat.<sup>232</sup> Die Geltungsdauer der Sonderregelungen des § 246 Abs. 8 bis 16 BauGB ist durch das am 23.6.2021 in Kraft getretene Baulandmobilisierungsgesetz bis zum Ablauf des 31.12.2024 verlängert worden.
- 209 Dementsprechend gering sind die Aussichten, sich gegen die Einrichtung solcher Unterkünfte in der Nachbarschaft erfolgreich zur Wehr setzen zu können. Dies zeigt sich an der Vielzahl der Rechtsmittel der Nachbarschaft abweisender Verwaltungsgerichtsentscheidungen, der nur eine geringe Zahl erfolgreicher Nachbarrechtsmittel gegenübersteht.<sup>233</sup> Dabei entsteht allerdings der Eindruck, dass die Behörden zuweilen die ohnehin sehr weitreichenden Zulassungsstatbestände über Gebühr auszudehnen versuchen, dem Motto folgend „Not kennt kein Gebot“.<sup>234</sup>

229 Hierzu *Bienek/Reidt* BauR 2015, 422; *Scheidler* BauR 2016, 29.

230 Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen v. 20.11.2014 (BGBl. I 1748).

231 Art. 6 des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes v. 20.10.2015 (BGBl. I 1722 [1731]).

232 *Krautzberger/Stüer*, Flüchtlingsunterbringung: Die BauGB-Novellen 2014 und 2015, DVBl 2015, 1545 und 2703.

233 VG Hamburg B. v. 28.10.2015 – 7 E 5333/15 und hierzu *Durner* DVBl 2015, 1605; VG Hamburg B. v. 15.12.2015 – 7 E 6128/15, NVwZ 2016, 483; B. v. 12.2.2016 – 7 E 6816/15, NVwZ 2016, 474.

234 Krit. zu Recht hierzu *Durner* DVBl 2015, 1605 und *Hornmann* NVwZ 2016, 436.

## 2. Unterkünfte für Flüchtlinge/Asylbegehrende: Begriff und Erscheinungsformen (Differenzierungsmerkmale)

Bauplanungsrechtlich kann es von Bedeutung sein, ob es um die Einrichtung von 210

- Wohnungen,
- Gemeinschaftsunterkünften (vgl. § 53 Abs. 2 AsylG) oder
- (Erst-)Aufnahmeeinrichtungen (vgl. § 47 AsylG)

zur Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden geht. Letztgenannte dienen der Erstaufnahme und Registrierung vor der Weiterverteilung, während dann die Unterbringung bis zur Entscheidung des BAMF idR in Gemeinschaftsunterkünften erfolgt. Häufig fehlt es (zunächst) am Merkmal des „Wohnens“, weil eine fremdbestimmte Unterbringung erfolgt. Dennoch kann die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden eine Wohnnutzung iSd Bauplanungsrechts darstellen.<sup>235</sup>

Weiterhin ist zu differenzieren zwischen der 211

- Nutzungsänderung einer zulässigerweise errichteten bestehenden baulichen Anlage oder
- deren (Neu-)Errichtung.

Schließlich kann unterschieden werden zwischen 212

- baulichen Anlagen (Gebäude) und
- mobilen Unterkünften („Wohncontainer“).

## 3. Zulässigkeit von Vorhaben in Abhängigkeit von der bauplanungsrechtlichen Ausgangslage, §§ 30–35 BauGB

### a) Allgemeines

Die Grundsätze zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit in den vorstehend unter D. I.–IV. 213 (→ Rn. 163–207) beschriebenen Ausgangskonstellationen gelten gleichermaßen bei Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbegehrende, jedoch mit weitreichenden Sonderregelungen zu deren privilegierter Zulassung.

Mögliche Argumente gegen die Zulässigkeit von Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbegehrende: 214

- Gebietsbewahrungsanspruch des Nachbarn im selben Baugebiet bei rechtswidriger Befreiungserteilung;<sup>236</sup>
- Rücksichtnahmegebot/Lärm: zu erwartende Geräuschmissionen als typische, grds. hinzunehmende Wohngeräusche; andersartiger Lebensrhythmus der unterzubringenden Asylbewerber ist bauplanungsrechtlich nicht von Bedeutung;<sup>237</sup>
- besser geeignete Alternativstandorte: für sich genommen nicht ausreichend (keine Verletzung eigener Nachbarrechte);<sup>238</sup>
- Wertminderung: Abwehrensanspruch nur, wenn die Wertminderung die Folge einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks des Nachbarn ist;<sup>239</sup>
- kein Milieuschutz: Unterkünfte neben Einfamilienhaus-/Villenbebauung zulässig.<sup>240</sup>

235 HessVGH B. v. 18.9.2015 – 3 B 1518/15, NVwZ 2016, 8. Der HessVGH B. v. 3.3.2016 – 4 B 403.16, DÖV 2016, 618 vertritt die Auffassung, dass eine auf § 53 Abs. 2 AsylG basierende Nutzung einer Wohnung (Zuweisung) der Annahme des Wohnens nicht zwingend entgegensteht.

236 VG Hamburg B. v. 15.12.2015 – 7 E 6128/15, NVwZ 2016, 483.

237 BayVGH B. v. 27.2.2015 – 15 ZB 13.2384, BeckRS 2015, 43035.

238 OVG NRW B. v. 27.8.1992 – 10 B 3439.92, NVwZ 1993, 279; allerdings berücksichtigungsfähig iR der Ermessensabwägungen bei der Erteilung einer Befreiung zB gem. § 246 Abs. 10 BauGB; OVG NRW B. v. 23.2.2015 – 7 B 1343/14, BauR 2015, 797; *Schulte Beerbühl*, Öffentliches Baunachbarrecht, Rn. 467.

239 BVerwG U. v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, NVwZ 1997, 384; VG Düsseldorf B. v. 2.2.2015 – 9 L 25/15, BeckRS 2015, 42329; *Schulte Beerbühl*, Öffentliches Baunachbarrecht, Rn. 471.

240 VG Düsseldorf B. v. 2.2.2015 – 9 L 25/15, BeckRS 2015, 42329, unter Hinweis auf BVerwG U. v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, NVwZ 1997, 384; VGH BW U. v. 11.5.1990 – 8 S 220/90, NVwZ 1990, 1202; BayVGH B. v. 9.12.2015 – 15 CS 15.1935, ZfBR 2016, 169.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### b) Zulässigkeit im beplanten Innenbereich (§ 30 BauGB) und in faktischen Baugebieten iSd § 34 Abs. 2 BauGB, insbes. Sondertatbestände für die Erteilung von Abweichungen und Befreiungen

- 215 In allen Baugebieten gem. §§ 2–11 BauNVO können Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende als **Ausnahme** oder im Wege von **Befreiungen** zugelassen werden. Dabei sind vorgenannte Differenzierungsmerkmale (→ Rn. 210–212) von wesentlicher Bedeutung für die Beantwortung der Frage, „was geht und was nicht“ Unzulässig ist eine Asylbewerberunterkunft allerdings dann, wenn die Bewohner voraussichtlich gesundheitsgefährdenden Immissionen ausgesetzt sind.<sup>241</sup>
- 216 **Typische Fallkonstellation:** In einem durch einen Bebauungsplan ausgewiesenen Gewerbegebiet sollen ein vormals gewerblich genutztes Grundstück und die dort vorhandenen Betriebsgebäude künftig dazu genutzt werden, Flüchtlinge und Asylbegehrende in einer Gemeinschaftsunterkunft unterzubringen. Die Eigentümer der umliegenden Gewerbegrundstücke wenden sich gegen diese Nutzung.

217

342

### ► **Muster: Formloser Schriftsatz an die Bauaufsichtsbehörde im Namen eines Baunachbarn, der sich iR des Genehmigungsverfahrens gegen die Errichtung einer Unterkunft für Asylbewerber wendet**

An das Landratsamt ■■■

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Bauvorhaben: Einrichtung einer Unterkunft für Asylbegehrende/Flüchtlinge (Nutzungsänderung)

Baugrundstück: ■■■

Bauherr: ■■■

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen an, ■■■ anwaltlich zu vertreten. Vollmachten sind beigelegt, vgl. Anlagen. Unsere Mandanten sind jeweils „Baunachbar“, weil die in deren Eigentum stehenden gewerblich genutzten Grundstücke (einschließlich Betriebsinhaberwohnhaus) unmittelbar angrenzend oder in geringer Entfernung zum Baugrundstück liegen (vgl. Flurkarte, Anlage).

Namens der Baunachbarn machen wir geltend, dass das Bauvorhaben am Standort bauplanungsrechtlich unzulässig ist. Denn das Vorhaben widerspricht hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung den Festsetzungen des Bebauungsplans ■■■ der Gemeinde ■■■. Es kann weder über eine Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB noch über eine Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB oder § 246 Abs. 10 BauGB zugelassen werden. IE:

#### **A. Sachverhalt**

##### I. Bauplanungsrechtliche Ausgangslage

Das Vorhaben liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans ■■■ der Gemeinde ■■■.

##### II. Festsetzungen des Bebauungsplans in Bezug auf die Art der baulichen Nutzung

In Bezug auf die Art der baulichen Nutzung iSd § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB enthält der Bebauungsplan folgende Festsetzungen:

„Ziffer 1: Das Baugebiet ist festgesetzt als Gewerbegebiet (GE) gem. § 8 BauNVO.

Ziffer 2: Im Gewerbegebiet sind nach § 8 Abs. 3 BauNVO ausnahmsweise zulässig: Wohnungen für Aufsicht- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind.“

241 VGH BW U. v. 23.6.2020 – 3 S 2781/18, BeckRS 2020, 16951.

### III. Bauvorhaben

Gegenstand des Bauvorhabens ist die Nutzungsänderung einer bestehenden, vormals gewerblich genutzten Halle sowie von Büro- und Verwaltungs-/Sozialräumen in Räume zur Nutzung als Unterkunft für Asylbegehrende. Vorgesehen ist die Einrichtung von 45 Zwei- bis Vierbettzimmern in dem bestehenden ehemaligen Betriebsgebäude sowie eines Gemeinschaftsraumes, einer Küche und von Sanitäreinrichtungen. Ein **Antrag auf Befreiung** wurde seitens des Bauherrn **nicht** gestellt.

## B. Rechtliche Beurteilung

### I. Bauplanungsrechtlicher Beurteilungsmaßstab

Maßstab der bauplanungsrechtlichen Beurteilung des Vorhabens bildet § 30 Abs. 1 BauGB iVm den Festsetzungen des qualifizierten Bebauungsplans ■■■ der Gemeinde ■■■. Der Bebauungsplan setzt für den in Rede stehenden Bereich ein Gewerbegebiet (GE iSd § 8 Abs. 1 BauNVO) fest.

### II. Bauplanungsrechtliche Charakterisierung des Vorhabens – Anlage für soziale Zwecke

Unterkünfte für Asylbegehrende werden von der Rspr. und Lit. idR nicht als Wohnnutzungen, sondern als Anlagen für soziale Zwecke aufgefasst (*Bischopink* BauNVO § 8 Rn. 137 ff.; *EZBK/Blechschildt* BauGB § 246 Rn. 68).<sup>242</sup>

### III. Bauvorhaben Bauplanungsrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens

Ausgehend von dem zugrunde zu legenden bauplanungsrechtlichen Maßstab (hierzu I.) ist das Vorhaben, das als Anlage für soziale Zwecke zu charakterisieren ist (hierzu II.), bauplanungsrechtlich unzulässig. Es kann auch nicht im Wege einer Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB oder im Wege einer Befreiung gem. § 246 Abs. 10 BauGB bzw. § 31 Abs. 2 BauGB zugelassen werden.

#### 1. Keine ausnahmsweise Zulässigkeit gem. § 31 Abs. 1 BauGB

Die Erteilung einer Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil eine solche im Bebauungsplan nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Gemäß den Festsetzungen des Bebauungsplans ■■■ sind ausnahmsweise zulässig nämlich nur iSd § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind.

Weitere Ausnahmemöglichkeiten sind im Bebauungsplan dagegen nicht vorgesehen. Ausgehend von der vom Plangeber gewählten Regelungssystematik, die ausnahmsweise zulässigen Anlagen ausdrücklich zu benennen, folgt, dass alle anderen nicht genannten Anlagen ausgeschlossen sind. Sie können daher nicht im Wege einer Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB zugelassen werden.

#### 2. Keine Möglichkeit zur Befreiungserteilung gem. § 31 Abs. 2 BauGB oder gem. § 246 Abs. 10 BauGB

Das Vorhaben kann auch nicht im Wege einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB oder gem. § 246 Abs. 10 BauGB zugelassen werden.

Nach der gesetzlichen Regelung des **§ 246 Abs. 10 BauGB** kann bis zum 31.12.2024 in Gewerbegebieten zwar für Aufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünfte oder sonstige Unterkünfte für Flüchtlinge oder Asylbegehrende von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings ausweislich des Wortlauts dieser Vorschrift, dass an dem Standort **Anlagen für soziale Zwecke als Ausnahme** zugelassen werden können oder allgemein zulässig sind und die Abweichung unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit öffentlichen Belangen vereinbar ist (§ 246 Abs. 10 S. 1 BauGB). Daran fehlt es vorliegend. Anlagen für soziale Zwecke können im Gel-

<sup>242</sup> Zur Abgrenzung von „Wohnen“ und einer bloßen „Unterbringung“ ohne Eigengestaltung der Haushaltsführung: VGH BW B. v. 11.5.2015 – 3 S 2420/14, NVwZ-RR 2015, 731; B. v. 6.10.2015 – 3 S 1695/15, NVwZ 2015, 1781; HessVGH B. v. 18.9.2015 – 3 B 1518/15, NVwZ 2016, 88.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

tungsbereich des Bebauungsplans ■■■ und in dem dort festgesetzten Gewerbegebiet iSd § 8 BauNVO nicht im Wege einer Ausnahme zugelassen werden. Steht – wie hier – fest, dass in einem Gewerbegebiet Anlagen für soziale Zwecke ausgeschlossen sind, kommt eine auf § 246 Abs. 10 BauGB gestützte Befreiung bereits tatbestandlich nicht in Betracht.

**§ 246 Abs. 10 BauGB** ist für die dort iE aufgeführten Einrichtungen in Gewerbegebieten als **lex specialis zu § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB** anzusehen. Der Gesetzgeber wollte in Ergänzung zu § 31 Abs. 2 BauGB einen befristeten Privilegierungstatbestand für derartige Unterkünfte in Gewerbegebieten schaffen. Für eine Befreiung kann daher nicht auf § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB oder die weiteren in § 246 BauGB genannten Spezialregelungen betreffend Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende zurückgegriffen werden, weil die speziellere der allgemeinen Norm vorgeht, dh § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB nicht anwendbar ist (BayVGh B. v. 5.3.2015 – 1 ZB 14.2373, BayVBl. 2015, 413).

3. Im Übrigen: „Rücksichtslosigkeit“ zulasten der Nachbarschaft

Nach alledem kann offen bleiben, weil es hierauf nicht mehr entscheidungserheblich ankommt, ob das Vorhaben gegen das Gebot der Rücksichtnahme verstößt (§ 15 Abs. 1 BauNVO), wofür Überwiegendes spricht. Auch wenn solche Unterkünfte für Asylbegehrende nicht als Wohnnutzung iSd BauNVO zu charakterisieren sind, liegt es auf der Hand, dass eine solche wohnähnliche Nutzung mit gewerbegebietstypischen Nutzungen und deren Störpotential nicht uneingeschränkt miteinander vereinbar ist, sondern vielmehr Nutzungskonflikte zu erwarten sind. ■■■

### C. Weiteres Vorgehen

Wir erwarten, dass eine Baugenehmigung Ihrerseits nicht erteilt wird. Andernfalls bitten wir um förmliche Zustellung eines etwaigen Genehmigungsbescheids und kündigen für diesen Fall bereits Rechtsmitteleinlegung an.

Über den Fortgang des Verfahrens und das seitens der Bauaufsichtsbehörde beabsichtigte weitere Vorgehen geben Sie uns bitte bis zum ■■■ Nachricht.

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich

- 218 Gem. § 246 Abs. 8 BauGB gilt bis zum 31.12.2024 § 34 Abs. 3a S. 1 BauGB entsprechend für die Nutzungsänderung zulässigerweise errichteter baulicher Anlagen in bauliche Anlagen, die der Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden dienen, und für deren Erweiterung, Änderung oder Erneuerung. Es kann also vom Erfordernis des „Einfügens“ im Einzelfall abgewichen werden.

### d) Zulässigkeit im Außenbereich

- 219 Sonderregelungen enthält § 246 Abs. 9 und 13 BauGB für Außenbereichsflächen innerhalb des Siedlungsbereichs bzw. dort näher bestimmte Vorhaben, die jeweils in den Genuss der Begünstigungsregelung des § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB kommen.

## 4. Handlungsoptionen der Baunachbarn im Vorfeld der Erteilung von Baugenehmigungen

### a) Beteiligung am Verwaltungsverfahren zur Genehmigungserteilung

- 220 Baunachbarn können – sofern nicht kraft Gesetzes am Verfahren beteiligt – entsprechend § 13 Abs. 2 VwVfG **Antrag auf Hinzuziehung** stellen. Dies bietet sich an, um Informationen zum Vorhaben zu erlangen, namentlich wenn die Bauaufsichtsbehörde „Geheimniskrämerei“ betreiben will und die Akteneinsicht in Bauvorlagen verweigert.
- 221 **Typische Fallkonstellation:** Durch Presseberichte und die Aufnahme von Umbauarbeiten wird bekannt, dass ein lange leerstehendes ehemaliges gewerblich genutztes Gebäude zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden genutzt werden soll. Der Bauherr will – gedeckt



durch die Bauaufsichtsbehörde und die Standortgemeinde – vollendete Tatsachen schaffen, beginnt vor Genehmigungserteilung mit den Umbaumaßnahmen und bereitet die Aufnahme der geänderten Nutzung vor.

► **Muster: Antrag des Baunachbarn auf Akteneinsicht und Hinzuziehung zum (Genehmigungs-)Verfahren**

222

343

An die Bauaufsichtsbehörde ■■■

Vorhaben: ■■■

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen an, die rechtlichen Interessen des ■■■ anwaltlich zu vertreten. Eine auf unsere Kanzlei lautende Vollmacht fügen wir diesem Schreiben als Anlage bei.

Künftigen Schriftverkehr bitten wir ausschließlich über unsere Kanzlei vorzunehmen, § 14 Abs. 3 S. 1 (L)VwVfG.

Namens und im Auftrag des ■■■ beantragen wir

**Akteneinsicht**

in folgende Akten:

- Bauakte betr. den Nutzungsänderungsantrag zur Einrichtung einer Unterkunft für Flüchtlinge bzw. Asylbegehrende auf dem Grundstück ■■■, insbes. die Verfahrensakte, einschließlich der Stellungnahmen der beteiligten Behörden und Dienststellen,
- „Baualtakten“ betr. das Vorhabengrundstück,
- einschlägiger Bebauungsplan ■■■ einschließlich Begründung des Bebauungsplans, den die Bauaufsichtsbehörde ihrer Beurteilung zugrunde legt.

IR der Akteneinsicht gehen wir davon aus, Kopien und/oder Fotografien aus der vorgenannten Akte anfertigen zu dürfen. Kostenerstattung wird anwaltlich zugesichert.

Für den Fall, dass Sie unseren Mandanten nicht als Verfahrensbeteiligten iSd §§ 13, 29 (L)VwVfG ansehen, beantragen wir hiermit zugleich dessen

**Hinzuziehung zum Verfahren gem. § 13 Abs. 2 S. 1 (L)VwVfG**

**Begründung:**

Herr ■■■ ist „Baunachbar“ iSd BauO (→ § 24 Rn. 102; → § 25 Rn. 11). Er führt seinen Gewerbebetrieb im durch den Bebauungsplan ■■■ ausgewiesenen Industriegebiet (GI iSd § 9 BauNVO). Das Vorhabengrundstück befindet sich ebenfalls im ausgewiesenen Industriegebiet in unmittelbarer Nähe zum Betriebsgrundstück. Es liegt aufgrund der räumlichen Nähe auf der Hand, dass von dem Vorhaben die nachbarlichen Interessen unseres Mandanten beeinträchtigt werden können. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass dem Betrieb mit Blick auf die Unterbringung von Asylbewerbern betriebliche Einschränkungen (Betriebszeitregelungen) drohen. Hinzu kommt, dass unser Mandant einen Anspruch auf Wahrung des Gebietscharakters hat, dem das geplante Vorhaben zuwiderläuft.

Damit wir uns ein Bild vom Vorhaben machen können, ist die Akteneinsicht in die oben genannten Akten zur Rechtswahrung erforderlich. Als Verfahrensbeteiligter, ggf. nach Hinzuziehung zum Verfahren wie beantragt, hat ■■■ gem. § 29 Abs. 1 (L)VwVfG einen unmittelbaren Akteneinsichtsanspruch.

Sollten Sie in Erwägung ziehen, die Akteneinsicht zu verweigern, dh den Akteneinsichtsantrag abzulehnen, wovon ich einstweilen nicht ausgehe, erwarten wir hierüber unverzüglich den Erlass eines rechtsmittelfähigen Bescheids.

(Rechtsanwalt) ◀

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

### b) Vorgehen bei Vorhaben, die ohne vorherige Durchführung eines Genehmigungsverfahrens begonnen werden

223 **Typische Fallkonstellation:** In einem durch Bebauungsplan ausgewiesenen Industriegebiet (GI iSd § 9 BauNVO) beginnt der Bauherr mit Umbauarbeiten an einem leerstehenden ehemals gewerblich genutzten Gebäude (Produktionshalle mit Bürotrakt und Sozialgebäude), um dort in erheblicher Zahl Flüchtlinge oder Asylbegehrende unterzubringen (Gemeinschaftsunterkunft für mehrere hundert Personen). Eine Baugenehmigung wurde bisher noch nicht beantragt. Standortgemeinde und Bauaufsichtsbehörde haben bereits ihre Unterstützung des Vorhabens signalisiert.

224

344

### ► **Muster: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO, wenn die Bauaufsichtsbehörde ein Einschreiten gegen die (bislang ungenehmigte) Errichtung einer Unterkunft für Flüchtlinge/Asylbewerber verweigert**

An das Verwaltungsgericht ...

#### **Antrag**

#### **gem. § 123 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

- Unterlassung der weiteren Bauausführung und Nutzungsaufnahme sowie
- bauaufsichtliches Einschreiten

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

... (Untere Bauaufsichtsbehörde)

– Antragsgegner –

wegen: Nutzungsänderung, Antrag auf Einschreiten und Unterlassung

Vorläufiger Streitwert: 5.000 EUR

Aktenzeichen: noch nicht bekannt

zeigen wir die Bevollmächtigung durch den Antragsteller ... an (Vollmacht, Anlage AE 1) und stellen namens des Antragstellers folgende

#### **Anträge:**

1. Der Antragsgegner (untere Bauaufsichtsbehörde ...) wird verpflichtet, gegen die formell und materiell rechtswidrige Einrichtung einer Unterkunft für Flüchtlinge und Asylbegehrende und die unmittelbar bevorstehende Aufnahme der Nutzung auf dem Vorhabengrundstück ... durch eine Baueinstellungsverfügung und eine Nutzungsuntersagungsverfügung vorzugehen, solange eine Hauptsacheentscheidung über den Antrag auf Einschreiten vom ... noch nicht getroffen ist.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

Darüber hinaus stellen wir

#### **Antrag gem. § 100 Abs. 1 VwGO auf Akteneinsicht**

in die Verfahrensakten der Bauaufsichtsbehörde, insbes. etwaige Verfahren betr. einen Genehmigungsantrag. Wir bitten darum, die Akteneinsicht durch Einsichtnahme auf der Geschäftsstelle des Gerichts zu gewähren und uns Hinweis zu erteilen, sobald diese bei Gericht eingegangen sind.

## A. Sachverhalt

### I. Vorhaben und Vorhabengrundstück

**Glaubhaftmachung:** Konvolut Fotografien vom Vorhabengrundstück, Anlage ■■■

Einstweilen keine Informationen liegen darüber vor,

- wie viele Personen in der Notunterkunft untergebracht werden sollen,
- auf welchen Zeitraum die Unterbringung angelegt, ggf. befristet ist.

### II. Grundstück des Antragstellers sowie befürchtete Rechtsbeeinträchtigung

Der Antragsteller ist Eigentümer des Grundstücks ■■■ (Adresse, Flst. Nr.) in ■■■. Er führt auf diesem Grundstück seinen Gewerbebetrieb ■■■.

**Glaubhaftmachung:** Im Bestreitensfall: Grundbuchauszug

### III. Bauplanungsrechtliche Ausgangslage

Sowohl das Vorhabengrundstück als auch die Grundstücke des Antragstellers liegen im Geltungsbe-  
reich des Bebauungsplans ■■■ der Gemeinde ■■■.

Vorhabengrundstück und Betriebsgrundstück des Antragstellers liegen in demselben Baugebiet. Nach  
der Art der baulichen Nutzung sind die Grundstücke als „Industriegebiet“ (GI iSd § 9 BauNVO) ausge-  
wiesen.

**Glaubhaftmachung:** Bebauungsplan ■■■

### IV. Antrag auf Einschreiten bzw. Unterlassen

Mit Schriftsatz der Kanzlei ■■■ vom ■■■ wurde gegenüber dem Antragsgegner beantragt, die Bauarbei-  
ten einzustellen bzw. die bevorstehende Nutzung zu untersagen.

**Glaubhaftmachung:** Schriftsatz der Kanzlei ■■■

## B. Rechtliche Würdigung

### I. Zulässigkeit des Eilantrags

#### 1. Statthaftigkeit

Der Antrag ist zulässig. In der Hauptsache geht es um ein Verpflichtungsbegehren des Antragstellers.  
Der Antrag ist somit statthaft. Begehrt wird eine Regelungsanordnung iSd § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Insbes. kann der Antragsteller (noch) keinen Rechtsschutz gem. § 80a Abs. 3, 5 VwGO erlangen, weil  
es an einer anfechtbaren Behördenentscheidung fehlt. Effektiven Rechtsschutz kann der Antragstel-  
ler daher nur im gerichtlichen Eilverfahren gem. § 123 VwGO erlangen.

#### 2. Rechtsschutzbedürfnis

Der Antragsteller hat ein Rechtsschutzbedürfnis. Er hat am ■■■ einen förmlichen Antrag auf Ein-  
schreiten beim Antragsgegner gestellt Die Bauarbeiten nehmen aber weiterhin ihren Fortgang (vgl.  
Fotodokumentation).

#### 3. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

In der Regel darf im Anordnungsverfahren die Hauptsache nicht vorweggenommen werden, weil das  
Anordnungsverfahren nur zur vorläufigen Sicherung der Ansprüche des Antragstellers dient, nicht  
dagegen zu deren Befriedigung. Das Gericht trifft daher, dem Wesen und Zweck der einstweiligen  
Anordnung entsprechend, nur vorläufige Regelungen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die zu erwar-  
tenden Nachteile für den Antragsteller im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4  
GG unzumutbar wären, insbes. weil eine Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise zu spät  
kommen würde (*Finkelnburg/Dombert/Külpmann* VorlRS Rn. 206 ff. mwN; *Kopp/Schenke* VwGO § 123  
Rn. 14).

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

So liegt der Fall hier, denn die Voraussetzungen für eine zumindest vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache liegen vor. IÜ ist durch die Antragstellung das Rechtsschutzbegehren begrenzt auf den Zeitraum, solange eine Hauptsacheentscheidung noch nicht getroffen bzw. ein (anfechtbarer) Zustimmungsbescheid noch nicht ergangen ist.

Ist die Einrichtung hergestellt und wird die Nutzung aufgenommen, sind damit auf unabsehbare Zeit vollendete Tatsachen geschaffen. In Anbetracht der aktuell anhaltend hohen Zahlen an Flüchtlingen und Asylbegehrenden einerseits und den jetzt schon bestehenden Schwierigkeiten andererseits, für diesen Personenkreis in ausreichender Zahl Unterkünfte zur Verfügung zu stellen, ist nicht zu erwarten, dass der Bedarf an solchen Unterkünften in absehbarer Zeit geringer wird. Ebenso wäre die Annahme lebensfremd, im Falle einer Nutzungsaufnahme würde diese kurzfristig beendet, falls das Rechtsmittel des Antragstellers in der Hauptsache erfolgreich wäre. Dabei muss insbes. berücksichtigt werden, dass der Antragsgegner sich schon jetzt nicht baurechtskonform verhält und sich nicht darum schert, ob ein präventives Bau- und Nutzungsverbot besteht oder nicht. Der Antragsgegner verhält sich nicht anders als ein vorsätzlicher Schwarzbauer, mag man ihm auch zugutehalten, dass der Gesetzgeber mit den BauGB-Novellen 2014 und 2015, insbes. durch Art. 6 des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 20.10.2015 (BGBl. I 1722 [1731]), das öffentliche Interesse an der Unterbringung von Flüchtlingen/Asylbegehrenden nochmals hervorgehoben hat, ohne jedoch damit zum Schwarzbau aufzufordern.

Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache steht dem Eilantrag gem. § 123 Abs. 1 VwGO daher nicht entgegen.

### II. Begründetheit des Eilantrags

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts eines Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung ist, dass der Antragsteller das von ihm behauptete strittige Recht (den Anordnungsanspruch) und die drohende Gefahr der Beeinträchtigung (den Anordnungsgrund) glaubhaft macht, § 123 Abs. 3 VwGO iVm § 920 Abs. 2 ZPO. Maßgebend sind dabei die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

#### 1. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund liegt vor, wenn eine vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint (*Finckelburg/Dombert/Külpmann VorlRS Rn. 162*).

Diesbezüglich verweist der Antragsteller auf ...

Sind die Bauarbeiten abgeschlossen und wird die Nutzung als Notunterkunft für Flüchtlinge/Asylbegehrende aufgenommen, sind damit auf unabsehbare Zeit vollendete Tatsachen geschaffen. Im ausgewiesenen Industriegebiet ist dann eine grds. gebietsunverträgliche wohnähnliche Nutzung etabliert, die nicht nur die aktuelle Nutzung der Grundstücke des Antragstellers etwa iSd verstärkten Rücksichtnahmepflichten beeinträchtigt, sondern die darüber hinausgehend hinsichtlich künftiger Industriegebietstypischer Nutzungen auf den Grundstücken des Antragstellers limitierend wirkt.

Dem Antragsteller kann das Abwarten des Ausgangs des Hauptsacheverfahrens nach alledem nicht zugemutet werden, da sonst vollendete Tatsachen entstanden sind.

#### 2. Anordnungsanspruch

Für das Vorhabengrundstück setzt der Bebauungsplan ein Industriegebiet (GI iSd § 9 BauNVO) fest. Ausgehend von den v.g. Festsetzungen des Bebauungsplans ... ist die Notunterkunft für Flüchtlinge/

Asylbegehrende, die bauplanungsrechtlich als „**Anlage für soziale Zwecke**“ zu charakterisieren ist, weder allgemein noch ausnahmsweise gem. § 31 Abs. 1 BauGB zulässig.

Das Vorhaben kann auch nicht im Wege einer **Befreiung** zugelassen werden. ■■■

Der Nachbar hat in einem Plangebiet durch die Gebietsfestsetzung der BauNVO einen Schutzanspruch auf die Bewahrung der Gebietsart. Der Abwehrensanspruch des Nachbarn wird grds. bereits durch die Zulassung eines mit der Gebietsart unvereinbaren Vorhabens ausgelöst, weil hierbei das nachbarliche Austauschverhältnis gestört und eine Verfremdung des Gebiets eingeleitet wird. Dieser Schutzanspruch geht weiter als der Schutz des Rücksichtnahmegebots, der (auch) voraussetzt, dass der Nachbar in unzumutbarer Weise konkret in schutzwürdigen Interessen betroffen wird. Auf die Bewahrung der Gebietsart hat der Nachbar dagegen auch dann einen Anspruch, wenn das baugebietswidrige Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu einer tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beeinträchtigung führt (BVerwG B. v. 2.2.2000 – 4 B 87.99, NVwZ 2000, 679).

Daher ist das private Interesse des Antragstellers an der Beibehaltung des Gebietscharakters höher zu bewerten als das öffentliche Interesse, an diesem Standort eine Flüchtlingsunterkunft zu errichten. Die Voraussetzungen für eine Erteilung der Befreiung gem. § 246 Abs. 12 S. 1 Nr. 2 BauGB liegen demnach nicht vor.

Der **Gebietsgewährleistungsanspruch** gibt den Eigentümern von Grundstücken, die in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Baugebiet liegen, das Recht, sich gegen ein hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung unzulässiges Vorhaben zur Wehr zu setzen. Dieser Grundsatz beruht auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses: Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Nutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grds. auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen. Der Nachbar hat auf die Bewahrung der Gebietsart einen Schutzanspruch, der über das Rücksichtnahmegebot hinausgeht. Er kann sich auch dann gegen die Zulassung einer gebietswidrigen Nutzung wenden, wenn er durch diese selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt wird (BVerwG U. v. 16.9.1993 – 4 C 28.91, BauR 1994, 223; B. v. 18.12.2007 – 4 B 55.07, NVwZ 2008, 427).

In Bezug auf die Möglichkeit zur Erteilung einer Befreiung besteht ein **nachbarlicher Abwehrensanspruch** dann, wenn die Voraussetzungen für eine Befreiungserteilung (objektiv) nicht gegeben sind. So liegt der Fall hier. ■■■

Es kann danach nicht ausgeschlossen werden, dass zum Schutz dieser vorhabengegenständlichen Nutzung Beschränkungen zulasten des Antragstellers geboten sind.

■■■

### 3. Ermessensreduzierung auf Null

Wie dargelegt, wird der Antragsteller in seinen nachbarschützenden Rechten verletzt. Die Bauordnung räumt der Bauaufsichtsbehörde ein sog. **intendiertes Ermessen** zum Einschreiten ein. Bei Vorliegen der Voraussetzungen zum Einschreiten sind idR die von der Befugnisnorm vorgesehenen Rechtsfolgen anzuordnen. Nur in atypischen Ausnahmefällen, also bei Vorliegen besonderer Umstände, darf von der vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge abgesehen werden. Für das Vorliegen einer solchen Atypik ist vorliegend nichts ersichtlich. Insbes. kann hier nicht erneut das besondere öffentliche Interesse an der Unterbringung von Flüchtlingen ins Feld geführt werden, denn dieser Aspekt ist durch die vom Gesetzgeber bewusst weit gestalteten bauplanungsrechtlichen „Sonderregelungen“ bereits „verbraucht“. Der Antragsteller hat daher einen Anspruch auf Einschreiten gegen den Antragsgegner.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

### III. Streitwert

Im Verfahren gem. § 123 VwGO bestimmt sich der Streitwert gem. § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG nach Maßgabe des § 52 Abs. 1, 2 GKG. Da der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwertes keine genügenden Anhaltspunkte bietet, ist der Ansatz des Auffangstreitwertes iHv 5.000 EUR sachgerecht.

(Rechtsanwalt) ◀

### c) Sonstiges

#### aa) Ansprechen der kommunalen Entscheidungsträger

- 225 Besteht auch Konsens darüber, dass Flüchtlinge und Asylbegehrende angemessen untergebracht werden müssen in Erfüllung der den Kreisen und Gemeinden zugewiesenen Quoten, sind die möglichen Standorte innerhalb der Gemeinden oft umstritten. Auf die Standortauswahl kann daher uU durch nachdrückliche **Meinungskundgabe** gegenüber der Standortgemeinde bzw. den politischen Entscheidungsträgern Einfluss genommen werden.

#### bb) Wahrnehmung von Beteiligungsrechten

- 226 Soll die entsprechende Nutzung durch ein Bebauungsplan-Aufstellungsverfahren vorbereitet werden, können die vom BauGB eingeräumten Beteiligungsrechte (§ 3 Abs. 1, 2 BauGB; → Rn. 1, 9) wahrgenommen werden.

#### cc) Grenzen gemeindlicher (Negativ-)Planung

- 227 Soweit Gemeinden aus Anlass eines Bauantrags zur Errichtung einer Asylbewerberunterkunft Bauleitplanung betreiben, u.a. mit dem Ziel und der Folge, dass dieses konkrete Vorhaben dann unzulässig würde, stellt sich die Frage, ob hierin eine unzulässige Verhinderungsplanung liegt (→ Rn. 80 f.).<sup>243</sup>

## E. Verzögerungen im Baugenehmigungsverfahren

### I. Untätigkeitsklage wegen Nichtbescheidung eines Bauantrags oder Hinauszögerns der Widerspruchsentscheidung

#### 1. Gegenstand der Untätigkeitsklage

- 228 Eine Untätigkeitsklage bietet die Möglichkeit, abweichend vom Regelfall der vorherigen Durchführung eines Vorverfahrens den Klageweg zu beschreiten. § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO normiert, dass vor der Klageerhebung ein Vorverfahren durchzuführen ist, sofern nicht einer der in § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO genannten Ausnahmefälle vorliegt. Entscheidet die Behörde über einen Widerspruch oder einen Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung ohne zureichenden Grund **nicht innerhalb von idR drei Monaten**, kann der Betroffene **Untätigkeitsklage** erheben.

**Hinweis:** In der Praxis bewährt hat sich bspw., die Untätigkeitsklage mit Einreichungsdatum anzudrohen oder der Behörde die einreichungsfertige Klage unter Fristsetzung zur Bescheidung vorab zuzusenden.

- 229 Die Untätigkeitsklage ist idR auf die Verpflichtung der Behörde gerichtet, den begehrten Verwaltungsakt (die Baugenehmigung) zu erlassen. Da Baugenehmigungen gebundene Entscheidungen sind, ist die sonst (zB bei Ermessensentscheidungen) gegebene Möglichkeit, (nur) die Verpflichtung zum Erlass des Widerspruchsbescheids (oder der behördlichen Entscheidung über einen Antrag) anzustreben, in der baurechtlichen Konstellation um die Erteilung einer (Bau-)Genehmigung in der Praxis ohne Bedeutung.

---

243 Zu einem solchen Fall: BayVGh U. v. 16.11.2015 – 2 N 14.181, BeckRS 2015, 56151.

Die Möglichkeit zur Erhebung einer Untätigkeitsklage steht dem Bauherrn auch zu, wenn die ihm erteilte Baugenehmigung von einem Dritten angefochten wurde.<sup>244</sup> 230

**2. Zulässigkeit und Begründetheit der Untätigkeitsklage**

Für die Untätigkeitsklage gelten die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verpflichtungsklage. Hinzu kommt, dass die Untätigkeitsklage erst dann zulässig ist, wenn die Behörde ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist entschieden hat. Die regelmäßige „Sperrfrist“ beträgt **drei Monate** (vgl. § 75 Abs. 1 S. 1 VwGO). 231

Wegen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Baufreiheit besteht regelmäßig keine Berechtigung der Baugenehmigungsbehörde, über Baugesuche nicht oder erst zu einem (ungewissen) späteren Zeitpunkt zu entscheiden. Die bauordnungsrechtlichen Vorschriften über die Erteilung einer Baugenehmigung gewähren dem Bauantragsteller einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung (oder eines Bauvorbescheids), wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. 232

Die Klage ist begründet, wenn der Kläger (zB der Bauherr) einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts (zB der Baugenehmigung) hat. 233

**Typische Fallkonstellation:** Der Bauwerber stellt einen Bauantrag. Die Bauaufsichtsbehörde hat Bedenken hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit und befürchtet Nachbarwidersprüche. Andererseits ist sie unsicher, ob nicht doch die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Sie verzögert daher eine Entscheidung über den Bauantrag. 234

Eine vergleichbare Situation besteht, wenn der Bauwerber gegen die ablehnende Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde Widerspruch erhebt, dh das Verwaltungsverfahren durch Untätigkeit der Widerspruchsbehörde offen gehalten wird. Solche Verzögerungen gehen bei komplexen Vorhaben häufig einher mit Verhandlungen zwischen Behörde und Bauherr über die konkrete Vorhabensgestaltung und Änderungen der Bauvorlagen, um die Genehmigungsfähigkeit zu erreichen.

► **Muster: Untätigkeitsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung**

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Frau ■■■

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ■■■

gegen

■■■ (Untere Bauaufsichtsbehörde)

– Beklagte –

wegen: Baurecht, Versagung einer Baugenehmigung

zeigen wir an, dass wir die Klägerin anwaltlich vertreten. Vollmacht ist in der Anlage beigefügt (Anlage K 1).

Namens und im Auftrag der Klägerin erheben wir

**Untätigkeitsklage**

und beantragen:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, auf den Antrag vom ■■■ eine Baugenehmigung zu erteilen. Der ablehnende Bescheid der Beklagten vom ■■■, Az. ■■■, wird aufgehoben (Anlage K 2).
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

235  
345

244 VGH BW U. v. 9.2.1993 – 5 S 1650/92, BRS 55 Nr. 193; U. v. 10.11.1993 – 3 S 1120/92, NVwZ 1995, 280.



## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

---

3. Die Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

### **Begründung:**

Nachfolgend begründen wir die Klage und nehmen dabei Bezug auf die Widerspruchsbegründung im Schriftsatz vom ■■■, die wir zum Gegenstand auch dieses Klageverfahrens machen (Anlage K 3). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verweisen wir nachfolgend jeweils auf die dort gemachten Ausführungen.

### **I. Sachverhalt**

1. Baugrundstück, Vorhaben ■■■
2. Verwaltungsverfahren

Mit Entscheidung vom ■■■, zugestellt am ■■■, hat die Beklagte das am ■■■ eingereichte Baugesuch abgelehnt.

Mit Schreiben vom ■■■ hat die Klägerin form- und fristgerecht – zunächst nur fristwährend – Widerspruch gegen die Ablehnung der og Entscheidungen eingelegt.

**Beweis:** Widerspruchsschreiben vom ■■■, Anlage K 4

Der Widerspruch wurde mit Schriftsatz vom ■■■ an die Beklagte ausführlich begründet.

**Beweis:** Schriftsatz vom ■■■, Anlage K 5

In der Folgezeit hat die Klägerin mehrfach Versuche unternommen, die Sach- und Rechtslage mit der Beklagten zu erörtern. Ein solches Gespräch kam aber nicht zustande. Mit Schreiben vom ■■■ hat sich die Klägerin deshalb über den Stand des Widerspruchsverfahrens erkundigt und um Erlass einer Entscheidung innerhalb von drei Wochen gebeten.

Nachdem seit diesem Schreiben nunmehr erneut sechs Wochen verstrichen sind, ohne dass eine Entscheidung über den Widerspruch getroffen wurde oder zumindest Gründe der Verfahrensverzögerung genannt wurden, erhebt die Klägerin nunmehr Untätigkeitsklage.

### **II. Rechtliche Würdigung**

1. Zulässigkeit der Klage

Abweichend von § 68 VwGO ist eine Klage ohne Durchführung eines Vorverfahrens zulässig, wenn ohne zureichenden Grund nicht innerhalb angemessener Frist über einen Antrag entschieden worden ist, § 75 S. 1 VwGO. Die Voraussetzungen für eine Untätigkeitsklage sind erfüllt.

Mit Schreiben vom ■■■, Anlage K 4, hat die Klägerin die Ablehnung des Baugesuchs mit Widerspruch angefochten.

Ein Widerspruchsbescheid ist bisher nicht ergangen. Seit Einlegung des Widerspruchs sind inzwischen mehr als acht Monate vergangen. Die Wartefrist des § 75 S. 2 VwGO ist somit längst abgelaufen.

Ein zureichender oder sachgerechter Grund, aus dem noch keine Widerspruchsentscheidung ergangen ist, ist nicht erkennbar und auch nicht vorgetragen. Die Beklagte geht offenkundig einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Klägerin aus dem Weg, wie der skizzierte Verlauf des Verfahrens zeigt.

Daher sieht sich die Klägerin nunmehr veranlasst, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, wie es die VwGO für solche Fälle vorsieht.

2. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, weil dem Vorhaben im Genehmigungsverfahren zu prüfende öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen und die Klägerin daher einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung hat.

■■■

### 3. Kosten, Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren

Die Zuziehung eines Rechtsanwalts im Verfahren war notwendig. „Notwendig“ ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts nach den Vorgaben der Rspr. zu § 162 Abs. 2 S. 2 VwGO bzw. § 80 Abs. 2 LVwVfG dann, wenn sie vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei zum Zeitpunkt der Bestellung für erforderlich gehalten werden durfte und es dem Beteiligten nach seiner Vorbildung, Erfahrung und seinen sonstigen persönlichen Umständen nicht zumutbar war, das Verfahren selbst zu führen. Eine „notwendige Zuziehung“ ist nicht nur in schwierigen und umfangreichen Verfahren zu bejahen, sondern entspricht der Regel, da der Bürger nur in Ausnahmefällen in der Lage ist, selbst seine Rechte gegenüber der Verwaltung ausreichend zu wahren (vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 162 Rn. 18). Die Kosten der Rechtsverfolgung, dh die Kosten (Gebühren und Auslagen) eines notwendig im genannten Sinne hinzugezogenen Rechtsanwalts, sind erstattungsfähig.

Der Kläger war mangels eigener Rechtskunde nicht in der Lage, das (Vor-)Verfahren entsprechend selbst zu führen, so dass eine Zuziehung eines Rechtsanwalts vom Standpunkt einer verständigen, nicht rechtskundigen Partei für erforderlich gehalten werden durfte.

(Rechtsanwalt) ◀

## II. Amtshaftung im Fall verzögerter Behandlung eines Bauantrags

Sofern ein Vorhaben den im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entspricht, hat der Bauherr einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Er hat ebenfalls einen Anspruch darauf, dass über seinen Antrag in angemessener Frist entschieden wird. 236

Wird eine Baugenehmigung rechtswidrig versagt, auf deren Erteilung der Bauantragsteller einen Anspruch hat, wird dadurch in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Baufreiheit, die aus dem Grundeigentum abzuleiten ist, unzulässig eingegriffen. Die verzögerte Bearbeitung eines Baugesuchs kann ebenso einen enteignungsähnlichen Eingriff darstellen, wie die rechtswidrige förmliche Ablehnung eines Bauvorbescheids.<sup>245</sup> Reicht der Bauwerber nicht unmittelbar nach Ablauf der Dreimonatsfrist Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO ein, führt dies nicht stets zum Ausschluss eines Amtshaftungsanspruchs;<sup>246</sup> das **Absehen von einer Untätigkeitsklage kann aber dazu führen, dass die Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs nicht gegeben sind.**<sup>247</sup> Führt die Verzögerung bei Erteilung der Baugenehmigung dazu, dass die Gemeinde zwischenzeitlich (zB durch Erlass einer Veränderungssperre) die planungsrechtlichen Grundlagen ändert, kann sich hieraus ein Amtshaftungsanspruch ergeben.<sup>248</sup> Auch im Fall des rechtswidrig versagten Einvernehmens durch die Gemeinde richtet sich der Amtshaftungsanspruch jedenfalls dann, wenn die Genehmigungsbehörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB iVm landesrechtlichen Regelungen ersetzen kann, gegen die Bauaufsichtsbehörde, nicht gegen die Gemeinde.<sup>249</sup> 237

245 BGH U. v. 12.7.2001 – III ZR 282/00, BauR 2001, 1884.

246 BGH U. v. 15.2.1990 – III ZR 87/88, BRS 53 Nr. 47.

247 BGH B. v. 19.3.2008 – III ZR 49/07, BauR 2008, 1287.

248 BGH U. v. 30.11.2006 – III ZR 352/04, NVwZ 2007, 485; *Rohlfing* BauR 2006, 947.

249 BGH U. v. 25.10.2012 – III ZR 29/12, NVwZ 2013, 167 – und hierzu: *Singbartl/Wehowsky* NVwZ 2013, 1525; *Trenml/Luber* UPR 2013, 81.

## 21 Abschnitt 6: Öffentliches Baurecht

238

346

### ► **Muster: Androhung von Untätigkeitsklage und Amtshaftungsansprüchen gegenüber der Bauaufsichtsbehörde wegen verzögerter Behandlung eines Bauantrags**

An die Stadt ...

– Untere Bauaufsichtsbehörde –

Bauvorhaben ...

Baugrundstück ...

Bauherr ...

Az. ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen die Vertretung der rechtlichen Interessen des Bauherrn an. Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert. Eine schriftliche Vollmacht reichen wir in den nächsten Tagen nach.

Unser Mandant hat vor knapp drei Monaten ein Baugesuch eingereicht. In Abstimmung mit der Bauaufsichtsbehörde vor Einreichung des Baugesuchs hat er nach mehrmaliger Planänderung ein nach Auffassung der Bauaufsichtsbehörde genehmigungsfähiges Baugesuch eingereicht. Dennoch ist bisher die Baugenehmigung nicht erteilt worden.

Trotz mehrfacher Nachfragen unseres Mandanten konnte ihm kein plausibles Argument genannt werden, aus welchen Gründen sich die Genehmigungserteilung verzögert.

Nunmehr hat unser Mandant durch Presseberichterstattung erfahren, dass die Gemeinde ... beabsichtigt, für den in Rede stehenden Bereich einen Bebauungsplan aufzustellen und eine Veränderungssperre zu erlassen.

Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass unser Mandant uns bereits beauftragt hat, Amtshaftungsansprüche geltend zu machen, wenn sein Vorhaben infolge der Änderung der bauplanungsrechtlichen Grundlagen nicht mehr genehmigt wird. Unserem Mandanten sind bisher Planungskosten von ca. 50.000 EUR entstanden. Diese wurden zu einem großen Teil aufgewendet, um in enger Abstimmung mit den Behörden ein Baugesuch auszuarbeiten, das – auf der Grundlage geltenden Planungsrechts – materiell rechtmäßig und damit genehmigungsfähig ist. Ein sachgerechter Grund, die Genehmigungserteilung hinauszuzögern, wie dies offensichtlich geschieht, ist nicht ersichtlich.

Ihnen dürfte bekannt sein, dass sich die Bauaufsichtsbehörde schadensersatzpflichtig macht, wenn sie amtspflichtwidrig die Erteilung einer Baugenehmigung verzögert. Denn die (grundlose) Verzögerung der Entscheidung über einen Bauantrag oder eine Bauvoranfrage erfüllt den Tatbestand einer Amtspflichtverletzung (OLG Dresden U. v. 27.4.2018 – 1 U 1701/16, MDR 2018, 1119).

Wir erwarten daher innerhalb der nächsten 14 Tage die Erteilung der Baugenehmigung oder einen rechtsmittelfähigen Bescheid über das Baugesuch. Andernfalls werden wir – nach Ablauf der Wartezeit des § 75 VwGO – Untätigkeitsklage erheben und Sie dürfen in der Folge einer Amtshaftungsklage nach Art. 34 GG iVm § 839 BGB entgegensehen.

(Rechtsanwalt) ◀

**§ 63 Versammlungsrecht**

**Literatur:** *Arbeitskreis Versammlungsrecht* (Hrsg.), Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), Gesetzestext mit Begründungen, vorgelegt von Hong, Enders, Hoffmann-Riem, Kniessel, Poscher, Schulze-Fielitz, Kommentar, 2011; *Attendorn/Schnell*, Die Untersagung von Parolen zum Schutz der öffentlichen Ordnung bei rechtsextremistischen Aufzügen, NVwZ 2020, 1224 ff.; *Baudewin*, Öffentliche Ordnung im Versammlungsrecht, 3. Aufl. 2020; *Braun/Keller*, Versammlungen in Zeiten der Corona-Pandemie, Kommunalpraxis spezial 2021, 54 ff.; *Brenneisen*, Polizeirechtsfestigkeit der Presse- und Versammlungsfreiheit, DVBl 2021, 931 ff.; *Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins*, Versammlungsrecht, 5. Aufl. 2020 (zit.: Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins VersammlungsR); *Dietel/Gintzell/Kniessel*, Versammlungsgesetze, Kommentar, 18. Aufl. 2019; *Dürig-Friedl/Enders*, Versammlungsrecht. Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder, 2016; *Elzermann*, Sächsisches Versammlungsgesetz, 2016; *Gärditz*, Unbedingte Neutralität? Zur Zulässigkeit amtlicher Aufrufe zu Gegendemonstrationen durch kommunale Wahlbeamte, NWVbl. 2015, 165; *Hettich*, Versammlungsrecht in der kommunalen Praxis – Grundlagen, Eingriffsnormen, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2018; *Hofmann-Hoepfel* (Hrsg.), Entscheidungssammlung zum Infektionsschutzrecht (EzIfSchR), 2021 – <https://woltersklower-online.de>; *Kempny*, Rechtfertigungslast für unterschiedliche (Versammlungs-)Gesetze der Länder?, NVwZ 2012, 191; *Koll*, Liberales Versammlungsrecht. Zum Stellenwert der Freiheit in den Versammlungsgesetzen, Diss., 2015; *Kretschmer*, Ein Blick in das Versammlungsstrafrecht, NStZ 2015, 504; *Kugelmann*, Art, Ort und Ausgestaltung der Versammlung gem. Art. 8 GG in Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, 2015, S. 53 ff.; *Kutscha*, Der Streit um die Versammlungsfreiheit von „Corona-Leugnern“, Vorgänge 2020, 113 ff.; *Ladewig*, Protest als kollektive künstlerische Performance – Herausforderung der Grundrechtsdogmatik durch „Aktionskunst“, Der Staat 54 (2015), 97; *Lange*, Zweckveranlassung. Ein Beitrag zur Zurechnung des Verhaltens Dritter im öffentlichen Recht, Diss., 2014; *Mehde*, Rechtliche Impulse durch das Niedersächsische Versammlungsgesetz, NdsVbl. 2020, 1 ff.; *Möllers*, Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zum Demonstrationsrecht zwischen „Staatsraison“, „Rechtsprechungstradition“, „Liberalismus“ und „Zeitgeist“ in Roggan/Busch (Hrsg.), Das Recht in guter Verfassung?, FS Kutscha, 2013, S. 173 ff.; *Muckel*, Rechtswidrigkeit der Anfertigung von Übersichtsmaßnahmen durch die Polizei bei einer Versammlung, JA 2015, 878; *Neskovic/Ulrich*, Übersichtsaufnahmen von Versammlungen, NVwZ 2014, 335; *Papier*, Aktuelle Probleme des Versammlungsrechts, in: Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e. V. (Hrsg.), 18. Deutscher Verwaltungsgerichtstag Hamburg 2016, 2017, S. 119 ff.; *Peters/Janz*, Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2021; *Pieroth/Schlink/Kniessel/Kingreen*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Aufl. 2016; *Ridder/Breitbach/Deiseroth*, Versammlungsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2020; *Schäfer*, Neues vom Strukturwandel der Öffentlichkeit, Der Staat 51 (2012), 251; *Scheidler*, Bayerisches Versammlungsgesetz, Textausgabe mit Einführung, 2. Aufl. 2011; *Schenke*, Der Schutzbereich des Art. 8 GG in Mensch und Recht, FS Riedel, 2013, S. 473 ff.; *Scheu*, Freiheitsperspektiven Drittbetroffener im Versammlungsrecht, Diss., 2014; *Smets*, Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge?, NVwZ 2016, 35; *Steinberg*, Versammlungsfreiheit und das Leitbild des öffentlichen Forums in Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, 2015, S. 117 ff.; *Steinforth*, Die Gefährdangersprache im Kontext versammlungsspezifischer Vorfeldmaßnahmen, Diss., 2015; *Stelkens*, Gemeingebrauch, Sondernutzung und „Hausrecht“ auf Friedhöfen, WiVerw 2015, 45; *Steven*, Kein Ende in Sicht – Zum Streit um die Grundrechte auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit in Roggan/Busch (Hrsg.), Das Recht in guter Verfassung?, FS Kutscha, 2013, S. 183 ff.; *Teichgräber*, Die Kooperationspflicht des Veranstalters bei Versammlungen. Quellen, praktische Handhabung und Regelungsbedürfnis, diss. iur. 2020; *Ulrich*, Niedersächsisches Versammlungsgesetz, 2. Aufl. 2018; *Ulrich*, Ein neues Versammlungsgesetz in Berlin, DVBl 2021, 1060; *Ulrich*, Das Versammlungsfreiheitsgesetz Schleswig-Holsteins im Kontext europäischer Versammlungsgesetze, NVwZ 2016, 501; *Ulrich/von Coelln/Heusch*, Handbuch Versammlungsrecht, 1. Aufl. 2021; *Völkemann*, Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, 893 ff.; *Wächtler/Heinhold/Merk*, Bayerisches Versammlungsgesetz, 2011; *Weber*, Gutachten zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen im Verfassungs- und Rechtsausschuss des Sächsischen Landtags vom 20.5.2015, VR 2015, 404; *Wefelmeier*, Niedersächsisches Versammlungsgesetz, 2012.

A. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 8 GG (iVm Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) seit dem Brokdorf-Beschluss 1985 .....	1	II. Staatliche Kooperations- und Koordinationspflichten .....	4
I. Art. 8 Abs. 1 GG als Abwehr- und politisches Teilhaberecht (status negativus/status activus) .....	1	III. Die Verschränkung der Anwendungsbereiche von Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG .....	5
		B. Versammlungsgesetze der Bundesländer nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I .....	8

**63** Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

C. Tatbestandselemente und Wirkungen des Art. 8 Abs. 1 GG .....	9	(1) Bayern .....	51
I. Versammlung, Ansammlung, „Gemischte Veranstaltungen“ .....	9	(2) Berlin .....	52
1. Versammlung, Ansammlung .....	9	(3) Niedersachsen .....	53
2. „Gemischte Veranstaltungen“ .....	10	(4) Sachsen .....	54
a) Merkmale .....	10	(5) Sachsen-Anhalt .....	56
b) Abgrenzung zur reinen Vergnügungsveranstaltung .....	12	(6) Schleswig-Holstein .....	59
II. Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG .....	14	c) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, § 15 Abs. 1 VersG .....	60
1. Versammlungen im öffentlichen Straßenraum .....	14	d) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung, § 15 Abs. 1 VersG .....	61
2. Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs .....	17	3. Versammlungsverbot .....	63
3. Protest-Camps; Probeklockaden/Blockadetraining; Verhinderungsblokkaden .....	25	a) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit .....	63
4. Anreise zur Demonstration/Vorgang des Sich-Versammelns .....	26	b) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung .....	71
III. Friedlichkeitsgebot .....	27	4. Auflösung verbotener Versammlungen, § 15 Abs. 3 VersG .....	73
1. Die Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit von „Sitzblockaden“ .....	27	a) Die vier Auflösungsalternativen des § 15 Abs. 3 VersG .....	73
2. Zur Notwendigkeit der „Harmonisierung“ von Straf- und Versammlungsrecht .....	31	b) Entfernungsgebot, § 13 Abs. 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG .....	76
3. Waffenverbot .....	32	D. Konsequenzen der „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts .....	78
a) Waffen iSv § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WaffG iVm § 2 Abs. 3 S. 1 und 2 VersG .....	32	I. Grundsatz der „Polizeifestigkeit“ .....	78
b) Schutzwaffen, § 17a VersG .....	35	II. Optische Dokumentation von Versammlungen .....	80
4. Vermummungsverbot, § 17a Abs. 2 Nr. 1, 2 VersG .....	36	1. Offene Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen, § 19a iVm § 12a VersG ...	80
IV. Instrumente des Versammlungsrechts als Beschränkungen iSv Art. 8 Abs. 2 GG (iVm Art. 5 Abs. 2 GG) .....	37	2. Verdeckte optische Dokumentation (Video-Drohnen, Übersichtsaufnahmen) .....	85
1. Anmeldegebot gem. § 14 Abs. 1 VersG und seine Konsequenzen .....	37	III. Gefahrenabwehrende „Begleitung“ von Versammlungen („Einkesselung“) .....	92
2. Auflagenerteilung gem. § 15 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VersG .....	44	1. Problemaufriss .....	92
a) Verfassungsrechtlicher Vorrang der Auflagenerteilung vor Versammlungsverbot .....	44	2. Kontrollmaßnahmen im Vorfeld .....	94
b) Vorrang der Befugnissnormen des § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG .....	48	3. Maßnahmen während einer stattfindenden Versammlung .....	95
aa) Nutzung einer Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung (§ 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG) als Versammlungsort bei Besorgnis der Beeinträchtigung der Würde der Opfer (§ 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VersG) .....	48	4. Maßnahmen nach einer für aufgelöst erklärten Versammlung .....	98
bb) Landesrechtliche Bestimmung „anderer Orte“ (§ 15 Abs. 2 S. 4 VersG) bzw. bestimmter Tage .....	50	E. Konsequenzen staatlicher Schutzpflichten .....	99
		F. Besonderheiten verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes .....	106
		I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz .....	106
		1. Verfahren gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO .....	106
		2. Verfahren gem. § 123 Abs. 1 VwGO ...	109
		3. Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog .....	110
		II. Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz .....	116
		G. Verfolgung versammlungsspezifischer Straftaten, Ahndung versammlungsspezifischer Ordnungswidrigkeiten .....	119

## A. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 8 GG (iVm Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) seit dem Brokdorf-Beschluss 1985

### I. Art. 8 Abs. 1 GG als Abwehr- und politisches Teilhaberecht (status negativus/status activus)

Durch den Brokdorf-Beschluss des BVerfG<sup>1</sup> wurde nicht nur der Beschluss des NdsOVG vom 28.2.1981 mit der Begründung aufgehoben, dieses habe die erstinstanzlichen Entscheidungen nach der damals geltenden Rechtslage (§ 80 Abs. 6 S. 2 VwGO aF) nicht zum Nachteil der Beschwerdeführer ändern dürfen,<sup>2</sup> sondern gleichzeitig das Versammlungsrecht insgesamt „auf neue Füße“ gestellt.

Die Versammlungs- bzw. Demonstrationsfreiheit wurde durch den o.g. Beschluss in Art. 8 Abs. 1 GG verortet und als „**unentbehrliches Funktionselement eines demokratischen Gemeinwesens**“ und als Grundentscheidung zugleich begriffen, „die in ihrer Bedeutung über den Schutz gegen staatliche Eingriffe in die ungehinderte Persönlichkeitsentfaltung hinausreicht“.<sup>3</sup> Diese grundsätzliche Bedeutung wird aus der „Eigenart des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen“ abgeleitet, der „ständiger geistiger Auseinandersetzung, gegenseitiger Kontrolle und Kritik“ bedürfe. Da dem am Willensbildungsprozess in unterschiedlichem Maße beteiligten Bürger „neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im Allgemeinen nur eine kollektive Einflussnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen“ verbleibe, stelle diese ein „**Stück ursprünglich ungebändigter unmittelbarer Demokratie**“ dar, das geeignet sei, dem politischen Betrieb „vor Erschlaffung in geschäftiger Routine zu bewahren“. Damit ist unverkennbar, dass bei dieser Bewertung die Auffassung des damaligen Senatsmitglieds *Konrad Hesse* eine entscheidende Rolle spielte, die dieser in seinem Lehrbuch<sup>4</sup> zugrunde gelegt hatte.

Art. 8 Abs. 1 GG wurde aber darüber hinaus nicht nur als **politisches Teilhaberecht** (status constituens bzw. status activus), sondern gleichzeitig auch als **Abwehrrecht** (status negativus) begriffen, dh als „Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung sowie als grundsätzliche Freiheit von staatlichem Zwang, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder aber ihr fernzubleiben“.<sup>5</sup>

### II. Staatliche Kooperations- und Koordinationspflichten

Der 1971 in der wissenschaftlichen Lit. erstmals<sup>6</sup> iVm dem Verfahrensgedanken des Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG entwickelte **status activus processualis**, entstanden als dem materiellrechtlichen Gehalt korrespondierende verfahrensrechtliche Komponente, die die materiellrechtliche „schützt und stärkt“,<sup>7</sup> fand als **verfahrensrechtlicher Teilhabestatus** im Brokdorf-Beschluss seinen Niederschlag in der Feststellung eines „wesentlich verfahrens- und organisationsrechtlichen“ Gehalts von Art. 8 Abs. 1 GG, aus dem das BVerfG die Verpflichtung der staatlichen Behörden ableitete, „nach dem Vorbild friedlich verlaufender Großdemonstrationen versammlungsfreundlich zu verfahren und nicht ohne zureichenden Grund hinter bewährten Erfahrungen zurückzubleiben“.<sup>8</sup> Diese mit den Begriffen „**Kooperation und Koordination**“<sup>9</sup> als verfahrens- und organisationsrechtliche Funktion von Art. 8 Abs. 1 GG umschriebene Verpflichtung staatlicher Behörden – rechtzeitige Bearbeitung und Kontaktaufnahme, keine

1 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 = BayVBl. 1985, 589 (623 ff.) = DÖV 1985, 778 mAnm *Schneider* = DVBl 1985, 1006 = Jus 1986, 644 ff. mAnm *Weber* = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898.

2 NdsOVG B. v. 28.2.1981 – B 26/81 – zu § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO idF vor dem ÄndG v. 20.12.1982 (BGBl. I 1834), wonach Beschlüsse gem. § 80 Abs. 5 VwGO unanfechtbar waren, soweit gestellten Anträgen entsprochen wurde.

3 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BayVBl. 1985, 589.

4 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 1984, S. 157.

5 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BayVBl. 1985, 589.

6 Vgl. *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43, 86 ff.

7 *Häberle*, Auf dem Weg zum allgemeinen Verwaltungsrecht (1977) mit Nachtrag: Die Aktualität des status activus processualis (1978) in *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft (= Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 353), 1978, S. 677.

8 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BayVBl. 1985, 589 (593).

9 Vgl. Art. 14 BayVersG, § 14 Abs. 5 SächsVersG, § 3 Abs. 4, 5 VersFG SH.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Verzögerung der Bekanntgabe etwaiger versammlungsbeschränkender Maßnahmen ohne zureichende Gründe<sup>10</sup> - stützt damit den materiellrechtlichen Gehalt: (1) Art. 8 Abs. 1 GG ist zunächst klassisches Abwehrrecht; (2) im Sinne der „funktional-demokratischen“ Öffnung der Kommunikationsgrundrechte ist er politisches Teilhaberecht (status activus); (3) im Sinne der Effektivierung von Grundrechten durch „Organisations- und Verfahrensgestaltung“ verbürgt er Beteiligungsrechte als status activus processualis. Den Verpflichtungen der Versammlungsbehörde korrespondiert auf Veranstalterseite die Obliegenheit zur Kooperation, so dass zu den grds. möglichen und zumutbaren Angaben auch die Information zur erwarteten Teilnehmerzahl und die Behebung etwaiger Unklarheiten gehören.<sup>11</sup>

### III. Die Verschränkung der Anwendungsbereiche von Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

- 5 Die im Brokdorf-Beschluss erfolgte Definition der Versammlungsfreiheit als „**Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe**“ hat die Verschränkung der Anwendungsbereiche von Art. 8 Abs. 1 GG einerseits, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG andererseits zur Folge; aus dieser folgt gleichzeitig die Anwendung der für Art. 5 Abs. 1 GG im sog. Lüth-Urteil des BVerfG<sup>12</sup> aufgestellten Grundsätze über Anwendung und Auslegung der das Grundrecht jeweils einschränkenden „allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) bzw. „Gesetze oder aufgrund eines Gesetzes“ (Art. 8 Abs. 2 GG) wie folgt:
  - Die in § 14 Abs. 1 VersG<sup>13</sup> statuierte **Anmeldepflicht** für Versammlungen unter freiem Himmel greift für sog. **Spontandemonstrationen** nicht ein mit der Folge, dass eine Verletzung der Anmeldepflicht nicht „schematisch“ zur Auflösung oder zum Verbot führen dürfen.
  - **Verbot** (gem. § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VersG) wie **Auflösung** (gem. § 15 Abs. 3 VersG) setzen als **ultima ratio** voraus, dass das mildere Mittel der Auflagenerteilung erschöpft ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit); darüber hinaus werden die für Verbote oder Auflösungen erforderlichen Eingriffsvoraussetzungen – strenger als im allgemeinen Polizeirecht – durch die Notwendigkeit einer „unmittelbaren Gefährdung“ der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung eingengt.
- 6 Da die Versammlungsfreiheit einerseits Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Bestandteilen ebenso wie die Äußerung der Forderung erlaubt, tragende Bestandteile der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu ändern,<sup>14</sup> andererseits das Grundrecht der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG als Rechtsposition zum Schutz von Minderheiten nicht unter den Vorbehalt gestellt werden darf, dass die geäußerten Meinungsinhalte den herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen entsprechen,<sup>15</sup> dürfen Meinungsäußerungen, die iR von Art. 5 Abs. 1 GG nicht unterbunden werden können, auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die Art. 8 Abs. 1 GG beschränken.<sup>16</sup> Anti-islamische Demonstrationen vor Moscheen mit der Folge, dass Gläubige kurzfristig von deren Besuch zu Gebetszwecken abgehalten werden,<sup>17</sup> unterfallen daher dem Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 iVm Art. 5 Abs. 1 GG ebenso wie dies für das Zeigen von „Mohammed-Karikaturen“ gilt.<sup>18</sup>
- 7 Äußerte Grenze ist die Strafrechtsordnung, so dass die Kollision mit der durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierten **Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit** zu beachten ist. So recht-

10 Vgl. ThürOVG B. v. 5.10.2018 – 3 EO 649/18; B. v. 12.4.2002 – 3 EO 261/02; instruktiv VG Gelsenkirchen U. v. 26.1.2021 – 14 K 4872/16 (Gebot zeitnaher Entscheidung ungeachtet gesetzlich nicht vorgesehener konkreter Frist, keine Rechtfertigung verzögerter Entscheidung durch allgemeine Arbeitsüberlastung, Ausfälle infolge von Urlaub oder Erkrankung von Mitarbeitern).

11 BayVGH B. v. 10.4.2021 – 10 CS 21.1023 („Fahrzeug-Korso für die Gesundheit“ mit max. 250 Fahrzeugen).

12 BVerfG U. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257 = BayVBl. 1958, 109.

13 Mangels amtl. Gesetzesabkürzung wird im Folgenden das Versammlungsgesetz mit „VersG“ abgekürzt.

14 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 19.12.2007 – 1 BvR 2793/04, NVwZ 2008, 671; B. v. 24.5.2005 – 1 BvR 1072/1, BVerfGE 113, 63.

15 HessVGH B. v. 5.9.2013 – 2 B 1903/13 (1. Instanz: VG Frankfurt a. M. B. v. 4.9.2013 – 5 L 3277/13.F – Islamischer Friedenskongress).

16 VG Gelsenkirchen B. v. 24.4.2014 – 14 L 641/14.

17 VG Düsseldorf B. v. 23.2.2015 – 18 L 586/15; B. v. 9.3.2015 – 18 L 808/15.

18 OVG Bln-Bbg B. v. 18.8.2012 – 1 S 117/12, NJW 2012, 3116 (1. Instanz: VG Berlin B. v. 16.8.2011 – 1 L 217/12; VG Aachen B. v. 8.5.2012 – 6 L 220/12, KirchE 59, 360; VG Düsseldorf B. v. 24.10.2012 – 18 L 1828/12.



fertigt eine Versammlung in unmittelbarer Nähe eines islamischen Gebetsraums unter dem Motto „Überfremdung stoppen – keine Moschee in ...“ deren Verbot nicht.<sup>19</sup> Hingegen ist die im Zuge einer Versammlung beabsichtigte Kundgabe der Forderung nach Schließung einer bestehenden Moschee verbotsfähig<sup>20</sup> wie eine Verlegung des Ortes der Auftaktkundgebung zum Schutze ungestörter Religionsausübung gerechtfertigt ist.<sup>21</sup>

## B. Versammlungsgesetze der Bundesländer nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I

Nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I zum 1.9.2006<sup>22</sup> folgte bekanntlich eine Überführung der Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht vom Bund auf die Länder. Hiervon haben neben dem Freistaat Bayern<sup>23</sup> als erstem Bundesland die Länder Niedersachsen,<sup>24</sup> Sachsen,<sup>25</sup> Sachsen-Anhalt<sup>26</sup> und Schleswig-Holstein<sup>27</sup> Gebrauch gemacht. In den übrigen Bundesländern gilt das VersG des Bundes<sup>28</sup> gem. Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG (zunächst) fort. Berlin hatte – in Ersetzung von § 19a VersG – eine Teilregelung für die Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen getroffen<sup>29</sup> (→ Rn. 81 ff.); am 28.2.2021 trat das neue VersFG<sup>30</sup> in Kraft. Der Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalens<sup>31</sup> ist aufgrund verschärfter Videoüberwachung, strafbewehrten Vermummungs- und sog. Militanzverbots heftig umstr.<sup>32</sup>

## C. Tatbestandselemente und Wirkungen des Art. 8 Abs. 1 GG

### I. Versammlung, Ansammlung, „Gemischte Veranstaltungen“

#### 1. Versammlung, Ansammlung

Da die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit durch Art. 8 Abs. 1 GG das ungehinderte Zusammenkommen mit anderen Menschen zum Zwecke der gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung iSd kollektiven Aussage schützen will, wird eine Versammlung im Rechtssinne dadurch charakterisiert, dass eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtete-

19 VG Meiningen B. v. 24.7.2012 – 2 E 355/12 Me ThürVBl. 2013, 92.

20 VG Gießen B. v. 2.10.2012 – 4 L 2312/12.GI.

21 SächsOVG B. v. 7.3.2016 – 3 B 76/16 (1. Instanz: VG Leipzig B. v. 5.3.2016 – 1 L 155/16); B. v. 20.2.2015 – 3 B 115/15 (1. Instanz: VG Leipzig B. v. 20.2.2015 – 1 L 135/15); B. v. 6.2.2015 – 3 B 105/15 (1. Instanz: VG Leipzig B. v. 6.2.2015 – 1 L 100/15).

22 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.9.2006 (BGBl. I 2034); vgl. hierzu allg. *Degenhardt* NVwZ 2006, 1209; *Mayen* DRiZ 2007, 51; *Papier* NJW 2007, 2145; *Rengeling* DVBl 2006, 1537.

23 Bayer. Versammlungsgesetz v. 22.7.2008 (GVBl. 2008, 421), zul. geänd. d. § 4 G v. 23.7.2021 (GVBl. 2021, 418); vgl. hierzu BVerfG B. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, BVerfGE 122, 342.

24 Nds. Versammlungsgesetz v. 7.10.2010, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Versammlungsrechts v. 7.10.2010 (NdsGVBl. 2010, 465), zul. geänd. d. Art. 2 G v. 20.5.2019 (NdsGVBl. 2019, 88).

25 Gesetz über Versammlungen und Aufzüge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Versammlungsgesetz – SächsVersG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes über das Sächsische Versammlungsgesetz und zur Änderung des Polizeigesetzes des Freistaates Sachsen v. 25.1.2012 (GVBl. 2012, 54), zul. geänd. d. Art. 7 G v. 11.5.2019 (GVBl. 2019, 358); die Vorläuferregelung – Gesetz über Versammlungen und Aufzüge im Freistaat Sachsen v. 20.1.2010 (GVBl. 2010, 2) – war für verfassungswidrig erklärt worden; vgl. hierzu SächsVerfGH U. v. 19.4.2011 – Vf. 74-II-10, NVwZ 2011, 936 sowie *Scheidler*, Wie man Gesetze nicht macht – zur Nichtigkeit des Sächsischen Versammlungsgesetzes, NVwZ 2011, 924.

26 Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über Versammlungen und Aufzüge (Landesversammlungsgesetz – VersammLG LSA) v. 3.12.2009 (GVBl. 2009, 558).

27 Versammlungsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (VersFG SH) v. 18.6.2015 (GVOBl. 2015, 135), zul. geänd. d. Art. 18 LVO v. 16.1.2019 (GVOBl. 2019, 30); vgl. *Ulrich* NVwZ 2016, 501 ff.

28 Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) iDF der Bek. v. 15.11.1978 (BGBl. I 1789), zul. geänd. d. Art. 6 G v. 30.11.2020 (BGBl. I 2600).

29 Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen (VersAufn/AufzG) v. 23.4.2013 (GVBl. 2013, 103).

30 Gesetz über die Versammlungsfreiheit im Land Berlin (Versammlungsfreiheitsgesetz Berlin – VersFG BE) v. 23.2.2021 (GVBl. 2021, 180).

31 LT-Drs. 17/12423 v. 21.1.2021; Gesetzentwurf der SPD-Fraktion LT-Drs. 17/11673 v. 3.11.2020.

32 Vgl. Deutschlandradio, 30.6.2021: „Warum das geplante Versammlungsgesetz in NRW so umstritten ist“.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

ten Erörterung oder Kundgebung gegeben ist.<sup>33</sup> Dies unterscheidet die Versammlung von der bloßen **Ansammlung**. Für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 GG reicht es wegen seines Bezugs auf den Prozess öffentlicher Meinungsbildung daher nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vorausgesetzt wird vielmehr, dass die Zusammenkunft auf die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung mit dem Ziel gerichtet ist, auf die Öffentlichkeit entsprechend einzuwirken. Dabei entspricht der Versammlungsbegriff des VersG – wie der Versammlungsgesetze der Bundesländer – demjenigen des Grundgesetzes.<sup>34</sup> Der Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG endet nach hM dort, wo es um die Verhinderung einer Versammlung geht; wer eine Versammlung in der Absicht aufsucht, sie durch seine Einwirkung zu verhindern, kann sich daher auf das Grundrecht nicht berufen, wobei dies auch gilt, wenn er seinerseits im Verein mit anderen auftritt.<sup>35</sup>

### 2. „Gemischte Veranstaltungen“

#### a) Merkmale

- 10 Einerseits sind durch das Versammlungsrecht geschützte Versammlungen nicht auf Zusammenkünfte „traditioneller Art“ beschränkt, sondern umfassen vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens. **Volksfeste** und **Vergnügungsveranstaltungen** fallen allerdings ebenso wenig unter den Versammlungsbegriff wie Veranstaltungen, die der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen (→ Rn. 12 f.) oder die als eine auf Unterhaltung ausgerichtete öffentliche „**Massenparty**“ gedacht sind, ohne Rücksicht darauf, ob der dort vorherrschende Musiktyp ein Lebensgefühl sog. Subkulturen ausdrückt oder aber dem Massengeschmack entspricht.<sup>36</sup> Andererseits erstreckt sich der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auch auf solche Veranstaltungen, die ihre kommunikativen Zwecke unter Einsatz von Musik und Tanz verwirklichen; vorausgesetzt ist allerdings die **Zielsetzung, auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken**. Enthält eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zugerechnet werden können, ist entscheidend, ob diese „**gemischte**“ **Veranstaltung** ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist. Der hohe Rang der Versammlungsfreiheit bewirkt bei verbleibenden Zweifeln, dass eine Veranstaltung als Versammlung im Rechtssinne zu qualifizieren ist.<sup>37</sup>

#### 11 ► **Muster: Rechtswidrigkeit der Auflösung eines Skinhead-Konzerts wegen unzutreffender Verneinung der Versammlungsqualität**

818

An das Verwaltungsgericht ...

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ...

– Kläger –

Prozessbevollmächtigter: Unterfertigter

gegen

Land ...

– Beklagter –

33 BVerfG B. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20; B. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u.a. BVerfGE 104, 92 (104); B. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 25/01 und 30/01, NJW 2001, 2459; VG BW U. v. 25.4.2007 – 1 S 2828/06, VBl. BW 2008, 60; U. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, DÖV 2010, 866 = DVBl 2010, 1254.

34 BVerwG U. v. 16.5.2007 – 6 C 23/06; VG Berlin B. v. 24.7.2015 – 1 L 241/15.

35 Vgl. BayVGH B. v. 11.6.2021 – 10 CE 21.1343; VG Würzburg B. v. 15.4.2021 – W 9 E 21.524 (Störung einer Versammlung der Initiative „Eltern-stehen-auf-Würzburg“).

36 BVerfG B. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01 und 30/01, DÖV 2001, 907; BVerwG U. v. 16.5.2007 – 6 C 23/06, DÖV 2007, 883; VG Berlin U. v. 11.12.2012 – 1 K 354/11 („Hanfparade 2011“); VG Düsseldorf U. v. 4.4.2012 – 18 K 4955/11; vgl. hierzu *Scheidler*, Behördliches Vorgehen gegen Skinhead-Konzerte in Bayern, NVwZ 2013, 1449.

37 OVG NRW B. v. 7.5.2021 – 15 B 840/21; B. v. 11.12.2020 – 15 B 1971/20.

wegen: Versammlungsrechts

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Kläger anwaltlich vertrete.

Namens und auftrags des Klägers erhebe ich hiermit

### Klage

mit dem Antrag, zu erkennen:

1. Die durch den Beklagten verfügte Auflösung des am ... durchgeführten Skinhead-Konzerts war rechtswidrig.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

### Begründung:

#### A. Sachverhalt

In den Abendstunden des ... fand in ... in einem Kellerraum auf dem Fabrikgelände der ehemaligen Firma ... in der ...-Straße ein Skinhead-Konzert mit der zur rechten Skinhead-Szene gehörenden Musikband ... statt. Das Konzert war nicht öffentlich angekündigt, sondern einem ausgewählten Kreis von Interessenten über Mobiltelefon und per E-Mail mitgeteilt worden. Trotz der konspirativen Vorbereitung hatten die Polizeibehörden des Beklagten von der Veranstaltung Kenntnis erhalten mit der Folge, dass der verantwortliche Einsatzleiter der Polizeidirektion ... den Leiter des Sachgebietes „Einsatz“ des Polizeipräsidiums mit der Konsequenz informierte, dass dieser mündlich unter Hinweis auf Gefahr im Verzuge die Auflösung der Veranstaltung als erforderliche Maßnahme zur Gefahrenabwehr sowie die Erteilung von Platzverweisen nach den Maßgaben des Polizeigesetzes verfügte. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass es sich nicht um eine Versammlung im Rechtssinne mit der Folge handle, dass diese dem Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG sowie dem Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes nicht unterfalle, so dass die Veranstaltung im Hinblick auf feuerpolizeiliche und baurechtliche Sicherheitsbedenken einerseits, hinsichtlich der Besorgnis der Begehung von Straftaten nach den §§ 86, 86a StGB andererseits zu verhindern sei. Dies wurde dem Kläger als Verantwortlichen der Veranstaltung durch Vertreter der Polizeidirektion gegen 22.00 Uhr im Veranstaltungsraum mitgeteilt und Platzverweise ausgesprochen.

#### B. Zulässigkeit und Begründetheit der Klage

##### I. Zulässigkeit<sup>38</sup>

...

##### II. Begründetheit

Die zulässige Klage ist auch begründet, da die am ... getroffenen polizeilichen Maßnahmen rechtswidrig waren und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird, so dass infolge Erledigung der Hauptsache die Feststellung auszusprechen ist, dass die getroffenen polizeilichen Maßnahmen rechtswidrig waren. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Die Rechtswidrigkeit der getroffenen polizeilichen Maßnahmen folgt bereits daraus, dass die für ihre Begründung gegebene Behauptung, es handle sich nicht um eine Versammlung im Rechtssinne, unzutreffend war.
  - a) Enthält eine Veranstaltung sowohl Elemente, die auf Teilhabe an öffentlicher Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zugerechnet werden können, ist entscheidend, ob eine solche „gemischte“ Veranstaltung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung ist. Bleiben insoweit Zweifel, so bewirkt der hohe Rang der Versammlungsfreiheit, dass die Veranstaltung

38 Zur Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog als statthafte Klageart und zu deren Zulässigkeitsvoraussetzungen → Rn. 104 ff.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

wie eine Versammlung zu behandeln ist. Die Beurteilung, ob eine „gemischte“ Versammlung ihrem Gesamtgepräge nach eine Versammlung darstellt, ist im Wege einer Gesamtschau aller relevanten tatsächlichen Umstände vorzunehmen. Zunächst sind alle diejenigen Modalitäten der geplanten Veranstaltung zu erfassen, die auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung abzielen; abzustellen ist dabei in erster Linie auf einen Außenstehenden, der sich zum Zeitpunkt der Veranstaltung an ihrem Ort befindet. Skinhead-Konzerte sind idR dadurch geprägt, dass mit der Musik zugleich eine politische Botschaft vermittelt wird, da die Texte einerseits das Selbstverständnis und Lebensgefühl der idR rechtsextremistischen Skinhead-Szene thematisieren, andererseits die Musik wichtiges Propagandamedium ist, über das die rechtsextremistischen Inhalte transportiert werden sollen.

b) Der szeneeigenen Musik und damit auch den Konzerten kommt ein hoher identitätsstiftender Stellenwert zu, da diese Konzerte der Rekrutierung neuer Anhänger und deren ideologischen Festigung dienen. Den in einem zweiten Schritt der Gesamtschau zu prüfenden, nicht auf die Meinungsbildung abzielenden Modalitäten der Veranstaltung – wie etwa Tanz, Musik, Unterhaltung – kommt in diesem Zusammenhang nur sekundäre Bedeutung zu, da sie in einem funktionalen Zusammenhang zu dem im Vordergrund stehenden Zweck der Veranstaltung stehen, einerseits Selbstverständnis und Lebensgefühl zu dokumentieren, andererseits mehr Anhänger zu rekrutieren.<sup>39</sup>

2. Ungeachtet der Tatsache, dass die Veranstaltung vom ... auf Befragen durch den Kläger als „Party“ anlässlich seines Geburtstages deklariert worden war, handelte es sich daher um eine Versammlung im Rechtssinne, die auch öffentlichen Charakter hatte, da sich die Öffentlichkeit danach bestimmt, ob die Versammlung einen abgeschlossenen oder aber einen individuellen, nicht abgegrenzten Personenkreis umfasst.<sup>40</sup> Im Wesentlichen ist Voraussetzung hierfür, dass jeder, der von einer solchen Zusammenkunft Kenntnis erhält, die Möglichkeit der Teilnahme hat. Dies war vorliegend der Fall. Der Teilnehmerkreis der Veranstaltung war zwar von vorneherein weder nach bestimmten Kriterien festgelegt noch begrenzt worden sowie Zeit und Ort der Veranstaltung waren nicht öffentlich bekannt gegeben, sondern ausschließlich per E-Mail und SMS einem Kreis bekannter Gleichgesinnter mitgeteilt worden. Dies bedeutet jedoch nicht eine abschließende Beschränkung des Teilnehmerkreises, da der Veranstalter es auch nicht mehr in der Hand hatte, zu bestimmen, wer von der Veranstaltung erfuhr und an ihr teilnahm.

3. Handelte es sich somit bei der Veranstaltung um eine öffentliche Versammlung, so kam zur Bekämpfung versammlungsspezifischer Gefahren ausschließlich das Instrumentarium des Versammlungsgesetzes in Betracht, das mit seinen spezialgesetzlichen Ermächtigungen Vorrang vor dem Polizeirecht hat. Für ein Verbot öffentlicher Versammlungen in geschlossenen Räumen sowie für verbotsersetzende Minusmaßnahmen im Sinne beschränkender Verfügungen war somit § 15 VersG spezielle und abschließende Regelung mit der Folge, dass nur für nicht versammlungsspezifische Gefahren auf Ermächtigungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts bzw. des Ordnungsrechts zurückgegriffen werden konnte (→ Rn. 75).

(Rechtsanwalt) ◀

### b) Abgrenzung zur reinen Vergnügungsveranstaltung

- 12 Treten hingegen die versammlungsrechtlichen Elemente im Vergleich zu den „Vergnügungsveranstaltungen“ kennzeichnenden Aspekten deutlich zurück, so scheidet eine Anwendung des Versammlungsrechts mit der Folge aus, dass es sich auch nicht um eine „gemischte Veranstaltung“, sondern um eine – **reine – Vergnügungsveranstaltung** handelt, die den Maßgaben des

39 Vgl. VGH BW U. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, DÖV 2010, 866 = DVBl 2010, 1254; OVG NRW B. v. 25.3.2015 – 15 B 359/15; VG Gelsenkirchen B. v. 17.3.2015 – 14 L 543/15.

40 BVerwG U. v. 23.3.1999 – 1 C 12/97, NVwZ 1999, 942; U. v. 16.5.2007 – 6 C 23/06, DÖV 2007, 883; VGH BW U. v. 26.1.1998 – 1 S 3280/96, NVwZ 1998, 761; ThürOVG B. v. 29.8.1997 – 2 EO 1038/97, NVwZ-RR 1998, 497.

Sicherheits- bzw. Besonderen Ordnungsrechts insbes. dann unterliegt, wenn es bei Tanzveranstaltungen um die „bloße Zurschaustellung eines bestimmten Lebensgefühls“ geht.<sup>41</sup>

► **Muster: Sicherheitsrechtliche Verbotsvorfügung einer reinen Vergnügungsveranstaltung**

13  
819

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ■■■

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigter: Unterfertiger

gegen

Verwaltungsgemeinschaft ■■■

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigter: RA ■■■

wegen: Untersagung einer Veranstaltung

hier: Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Antragsteller anwaltlich ver-  
trete.

Namens und auftrags des Antragstellers stelle ich hiermit den **Antrag**:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom ■■■ gegen den Bescheid der Verwaltungsgemeinschaft ■■■ vom ■■■ wird wiederhergestellt.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

Die Antragsgegnerin untersagte durch Bescheid vom ■■■ die durch den Antragsteller angezeigte Veranstaltung „4. Nationaler Frankentag“ am ■■■ in ■■■. Zur Begründung wurde ausgeführt, die gem. Art. 6 BayLStVG iVm Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG, Art. 4 Abs. 1 S. 1 VGemO sachlich zuständige Antragsgegnerin könne eine Veranstaltung gem. Art. 19 Abs. 4 BayLStVG bzw. Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 BayVersG verbieten, wenn nur so sichergestellt werden könne, dass Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verhütet, erhebliche Nachteile oder Belästigungen vermieden würden oder die Natur erheblich beeinträchtigt werde.

Einige der durch den Antragsteller vorgelegten Liedtexte erfüllten den Straftatbestand des § 130 StGB und seien durch die StA ■■■ bereits als indiziert mitgeteilt worden; es sei zu befürchten, dass im Laufe des Auftritts der Bands weitere, noch nicht vorgelegte Texte zur Aufführung gelangten, die den Straftatbestand der Volksverhetzung erfüllten. Direkt hinter dem Veranstaltungsgelände sei das durch die zuständigen Naturschutzbehörden ausgewiesene Biotop mit der Nr. ■■■ belegen; selbst wenn durch Auflagen der Schutz dieses Biotops verfügt werden könne, könne bei einer derart großen Veranstaltung nicht sichergestellt werden, dass eine erhebliche Störung des Biotops ausgeschlossen werde. Darüber hinaus entstehe durch den Auftritt der geplanten Live-Bands eine erhebliche Lärmbelästigung für die Nachbarschaft, die auch nicht durch immissionsschutzrechtliche Auflagen verhindert werden könne. Schließlich sei die Erschließung des Veranstaltungsgeländes nicht gesichert, da

41 Vgl. für das Verbot von Tanzveranstaltungen am Karfreitag: BVerfG B. v. 6.4.2012 – 1 BvQ 12/12, KirchE 59, 284; VG Gießen U. v. 25.10.2012 – 4 K 987/12.GI. Für das auf Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Art. 19 Abs. 4 BayLStVG gestützte Verbot einer Halloween-Party an Allerheiligen: BayVGH U. v. 18.4.2013 – 10 B 11.1530; VG München U. v. 17.3.2010 – M 18 K 08.567.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

dieses nur über einen 200 m langen, nur äußerst schwer zu befahrenden Grünstreifen erfolgen könne.

**Glaubhaftmachung:** Bescheid der Antragsgegnerin vom ...

### B. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO

#### I. Zulässigkeit

...

#### II. Begründetheit

Der zulässige Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist auch begründet, da die Verbotsverfügung der Antragsgegnerin rechtswidrig ist. Zum einen lag keine Versammlung im Rechtssinne vor, so dass Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BayVerslG als Befugnisgrundlagen nicht in Betracht kamen; zum anderen handelte die Antragsgegnerin als nicht zuständige Sicherheitsbehörde iSv Art. 6 BayLStVG; zum Dritten lagen die Voraussetzungen für den Untersagungstatbestand gem. Art. 19 Abs. 5 BayLStVG nicht vor.

1. Die durch den Antragsteller am ... „angezeigte“ Veranstaltung ist eine „Vergnügung“ iSd BayLStVG, nicht jedoch eine Versammlung im Rechtssinne. Den Schwerpunkt bilden Musikdarbietungen; darüber hinaus sollen mehrere Grills betrieben werden und zum Ausschank u.a. Bier, Radler sowie nichtalkoholische Getränke kommen. Die Veranstaltung sieht ein Kinderprogramm für den Nachmittag vor (Trampolin und andere Kinderspielgeräte), wobei der Antragsteller damit rechnete, dass Besucher vornehmlich wegen des zeitlich vorgerückten Kinderprogramms erscheinen und den Veranstaltungsort bis zum Abend wieder verlassen haben werden. Die versammlungsrechtlichen Elemente (Redner, politische Liedtexte) treten demgegenüber zurück. Es werden keinerlei Kundgebungs-mittel (Lautsprecher, Rednerbeiträge, Grußworte, Transparente, Flugblätter, Fahnen) verwendet. Da es sich demzufolge nicht um eine Versammlung im Rechtssinne handelte, kam ein Verbot gem. Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 BayVerslG nicht in Betracht.

2. ...

Damit ist dem gestellten Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO stattzugeben.<sup>42</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

#### II. Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG

##### 1. Versammlungen im öffentlichen Straßenraum

- 14 Die Nutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze zu Versammlungszwecken steht grds. unter dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG, es sei denn, aus dem Widmungszweck ergibt sich eindeutig, dass eine Inanspruchnahme für Versammlungszwecke nicht in Betracht kommt. Dies wird für **Bundesautobahnen**<sup>43</sup> (§ 1 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 FStrG; nur für den Schnellverkehr mit Kfz bestimmt) und **Anlagen des Verwaltungsgebrauchs** zu gelten haben, die keine öffentlichen

42 Vgl. VG Würzburg B. v. 9.8.2011 – W 5 S 11.608.

43 BVerfG (I. Kammer des 1. Senats) B. v. 7.12.2020 – 1 BvR 2719/20, NVwZ 2021, 143 (keine Abseilaktion von Brücke über BAB 5 zur Anbringung von Transparenten entspr. HessVGH B. v. 4.12.2020 – 2 B 3007/20); HessVGH B. v. 4.6.2021 – 2 B 1193/21 (Nutzung einer Fahrtrichtung der BAB A 7 von AS 92 bis 93 und der BAB A 66 von AS 55 bis AS 54 für Fahrraddemonstration zum Thema „Klimagerechte Fairkehrswende Jetzt! Autobahnbau Stopt!“ gegen VG Kassel B. v. 2.6.2021 – 6 L 1050/21.KS); NdsOVG B. v. 4.6.2021 – 11 ME 126/21 (Verbot einer Fahrraddemonstration auf BAB A 33 bei Anordnung einer Alternativroute über autobahnnahe Straßennetz); HessVGH B. v. 14.6.2013 – 2 B 1359/13, wodurch die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entgegen dem Beschluss des VG Gießen v. 12.6.2013 (4 L 1133/13.GI) insoweit wiederhergestellt wurde, als die zeitweise Sperrung einer als Bundesfernstraße gewidmeten Stadt-autobahn durch eine Versammlung als rechtmäßig erachtet wurde; VG Gießen B. v. 7.8.2013 – 4 L 1460/13.GI DÖV 2013, 992; vgl. hierzu *Muckel*, Untersagung einer Versammlung auf der Bundesfernstraße, JA 2014, 317 f.

Einrichtungen iSd Kommunalgesetze der Länder darstellen.<sup>44</sup> Damit ist gleichzeitig klargestellt, dass die mit der Benutzung von Straßen, Wegen und Plätzen zu Versammlungszwecken zwangsläufig einhergehenden Behinderungen des Straßenverkehrs verfassungsrechtlich hinzunehmen und insbes. keine Handhabe für ein Versammlungsverbot sind, noch weniger, um davon auszugehen, es handle sich bei angemeldeten Versammlungen nicht um solche iSv Art. 8 Abs. 1 GG mit der Folge, dass der Schutzbereich des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit nicht eröffnet sei.<sup>45</sup> Vorkehrungen, um Vorsorge gegen eine „Verdrängung“ des fließenden Verkehrs zu treffen, können iR der **Auflagenerteilung** gem. § 15 Abs. 1 VersG erfolgen. Eine Heranziehung zu straßen- und wegerechtlicher Anmeldungs-, Erlaubnis- bzw. Gebührenpflichten kommt ebenso wenig in Betracht wie straßen- und wegerechtlich motivierte Beschränkungen.

Art. 8 Abs. 1 GG zwingt daher zur **Hinnahme – auch erheblicher – Beeinträchtigungen der Leichtigkeit des Verkehrs**, so dass Auffassungen, das Recht auf straßenrechtlichen Gemeingebrauch habe Vorrang vor dem Versammlungsrecht, bereits verfassungsrechtlich keinen Bestand haben können.<sup>46</sup>

► **Muster: Behinderungen des Straßenverkehrs sowie Kulturdarbietungen kein Indiz für Nichtvorliegen einer Versammlung**

16  
820

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ■■■

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigter: Unterfertigter

gegen

Land ■■■, Polizeipräsidium ■■■

– Antragsgegner –

wegen: Versammlungsrechts

hier: Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Antragsteller anwaltlich veretrete.

Namens und auftrags des Antragstellers stelle ich hiermit den **Antrag**:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom ■■■ gegen den Bescheid des Polizeipräsidiums vom ■■■ wird wiederhergestellt.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

Der für sofort vollziehbar erklärte Bescheid vom ■■■ stellt fest, dass es sich bei der vom Antragsteller geplanten und angezeigten Veranstaltung am ■■■ unter dem Motto „Für den Erhalt der Kastanienallee/Unterschriftensammlung für das Bürgerbegehren Kastanienallee“ nicht um eine Versammlung unter freiem Himmel iSv Art. 8 Abs. 1 GG mit der Folge handle, dass der Schutzbereich des Grund-

44 Bejahend: BVerwG B. v. 8.1.2021 – 6 B 48/20, BayVBl 2021, 460 = KommJur 2021, 149 = NWVBl 2021, 239 = SächsVBl 2021,168 (Kirmesgelände), wodurch der gegenläufige Beschluss des OVG NRW v. 2.7.2020 (15 A 2100/18) aufgehoben wurde; OVG NRW B. v. 26.3.2021 – 15 B 469/21 (Ehrenmal); VG Düsseldorf B. v. 27.11.2020 – 18 L 2369/20 (Mensa einer Gesamtschule); verneinend: VG Gelsenkirchen B. v. 12.8.2021 – 14 L 1054/21 (Kinderspielplatz).

45 Vgl. SächsOVG B. v. 24.10.2020 – 3 B 338/20 (Fahrradkorso mit 30 Teilnehmern); VG Dresden B. v. 2.6.2021 – 6 L 399/21 (Befahren von Pop-Up-Radwegen unter Mitführung von Bannern, Plakaten, Flyern und Verwendung von Sprühkreide).

46 Vgl. Hofmann(-Hoepfel) BayVBl. 1987, 129 (134 f. mwN); Mager/Sokol, Gemeingebrauch im Recht der öffentlichen Sachen, Jura 2012, 913 ff.; Scheidler, Verkehrsbehinderungen durch Versammlungen, NZV 2015, 166.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

rechts auf Versammlungsfreiheit nicht eröffnet, eine erlaubnisfreie Durchführung somit nicht möglich sei, da die Aktion den Gemeingebrauch öffentlichen Straßengrundes übersteige und darüber hinaus eine Baustellenzufahrt für geraume Zeit blockiert werde.

**Glaubhaftmachung:** Bescheid des Polizeipräsidiums vom ■■■

### B. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO

#### I. Zulässigkeit

■■■

#### II. Begründetheit

Der zulässige Antrag ist auch begründet, da sich bei summarischer Überprüfung des Erfolgs der gegen den Bescheid vom ■■■ form- und fristgemäß angebrachten Klage der angegriffene Bescheid als rechtswidrig erweist, so dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollziehungsinteresse überwiegt. Nach anerkannter hM kann an der Vollziehbarkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsakts bereits per se kein anzuerkennendes öffentliches Interesse bestehen.

1. Der streitgegenständliche Bescheid ist bereits deshalb rechtswidrig, weil es für die getroffene Feststellung, es handle sich nicht um eine Versammlung iSv Art. 8 Abs. 1 GG, an einer entsprechenden Befugnisgrundlage fehlt. Daran ist entgegen der Auffassung des OVG Bln-Bbg<sup>47</sup> festzuhalten, weil das BVerfG in der hierauf bzgl. Revisionsentscheidung es nicht von vorneherein für ausgeschlossen erachtet hat, es könne an einer solchen Befugnisgrundlage fehlen.<sup>48</sup>

2. Darüber hinaus ist der Bescheid deshalb rechtswidrig, weil die auf § 15 Abs. 1 VerStG gestützte Feststellung von einer zu engen Auslegung des Versammlungsbegriffs ausgeht. Der durch den Antragsgegner unternommene Versuch, durch Gegenüberstellung von Wort- und Musikbeiträgen zu dem Ergebnis zu kommen, es handle sich zum einen um eine „gemischte“ Veranstaltung iSd Judikatur des BVerfG, bei der zum anderen die Beiträge überwogen, die nicht auf eine Einwirkung auf die Öffentlichkeit abzielten, geht fehl.

Der Antragsgegner hat die mit der streitigen Veranstaltung beabsichtigte Einwirkung und Ausstrahlung auf die öffentliche Meinung zum Thema der Veranstaltung „Für den Erhalt der Kastanienallee/Unterschriftensammlung für das Bürgerbegehren“ mit dem angegebenen Zusatz der Initiative „Stoppt K 21“ klar erkennbaren Ziel, die geplanten Umbauarbeiten in der Kastanienallee durch massiven Bürgerprozess zu verhindern, nicht hinreichend berücksichtigt. Das deutlich an „Stuttgart 21“ anknüpfende Kürzel „K 21“ macht den Willen des Antragstellers deutlich, mit der angemeldeten Veranstaltung eine ebenso große Protestwelle auslösen zu wollen wie in Stuttgart. Weiteres Indiz für den Charakter als Versammlung ist der vom Anmelder gewählte räumliche Bezug der Veranstaltung, da diese genau in dem von den geplanten Umbaumaßnahmen betroffenen Abschnitt der Kastanienallee zwischen S-Straße und K-Straße stattfinden soll. Darüber hinaus sind für die Veranstaltung mehrere Reden geplant. Dass dabei Redner unterschiedlichster Initiativen zu Wort kommen sollen, bedeutet entgegen der Annahme des Antragsgegners nicht, dass diese nur zu den Themen der von ihnen vertretenen Initiativen, nicht aber zum Umbau der Kastanienallee ihre Meinung kundtun werden. Der Wechsel von 15-minütigen Rede- und 30-minütigen Kulturbeiträgen im Zeitraum von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr belegt, dass die Meinungskundgabe während der gesamten Veranstaltung eine wichtige Rolle spielt. Eine andere Bewertung wäre nur dann angezeigt gewesen, wenn einer kurzen Rede ausschließlich Musikdarbietungen folgen sollten, was nach dem geplanten Ablauf nicht

47 OVG Bln-Bbg U. v. 2.5.2006 – 1 B 04/05.

48 BVerfG U. v. 16.5.2007 – 6 C 23/06, DÖV 2007, 883.

der Fall ist. Auch der Auftritt von Musikgruppen während einer Veranstaltung nimmt dieser nicht deren Charakter als Versammlung.<sup>49</sup>

3. Die Auffassung, der Qualifizierung als Versammlung im Rechtssinne stehe die mit der Durchführung der Versammlung verbundene Blockade einer Baustellenzufahrt entgegen, trägt ebenfalls nicht, da im Vordergrund dieser Blockade der öffentliche Protest mit der Absicht steht, Aufmerksamkeit für den Erhalt der Kastanienallee zu erzielen und damit auf die Meinungsbildung der Bürgerinnen und Bürger einzuwirken. Es handelt sich somit um eine demonstrative Blockade, die dem Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG unterfällt.<sup>50</sup>

4. Von Rechts wegen schlichtweg unerheblich für die Frage, ob die Veranstaltung als Versammlung im Rechtssinne zu bewerten ist, sind die durch den Antragsgegner geltend gemachten Bedenken bzgl. der Behinderung des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des öffentlichen Straßenverkehrs. Zur Vermeidung evtl. die öffentliche Ordnung gefährdender Verkehrssituationen bei Einstellung des Straßenbahnverkehrs sowie hinsichtlich nicht auszuschließender Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit bzgl. des Rechtsguts „Sicherheit des Verkehrs“ steht es der Versammlungsbehörde frei, ggf. durch Auflagen gem. § 15 Abs. 1 VersG diesen Beeinträchtigungen vorzubeugen.

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.<sup>51</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

## 2. Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs

Verbürgt die Versammlungsfreiheit – in Gestalt eines Abwehrrechts des Bürgers iSe Selbstbestimmungsrechts über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung<sup>52</sup> – damit die Durchführung von Versammlungen dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist, namentlich im öffentlichen Straßenraum, so gilt dies des Weiteren für Stätten **außerhalb des öffentlichen Straßenraums**, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist. Solche Orte sind zunächst solche, die der Öffentlichkeit allgemein geöffnet und damit zugänglich sind wie **Einkaufszentren, Ladenpassagen oder sonstige Begegnungsstätten**.<sup>53</sup>

Die Frage, ob ein außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, wird nach der Rspr. des BVerfG unter Anknüpfung an die Rspr. des Supreme Court of Canada wie des Supreme Court of the United States<sup>54</sup> nach dem **Leitbild des öffentlichen Forums** beurteilt.

Demzufolge fällt das Begehren, im Bereich von **Flughäfen** Versammlungen durchzuführen, nicht aus dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 Abs. 1 GG heraus, da Flughäfen in wesentlichen Bereichen als Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet sind. Zwar gilt dies nicht für den gesamten Flughafenbereich; eine Berufung auf die Versammlungsfreiheit für die Sicherheitsbereiche, die nicht allgemein zugänglich sind, ist daher ebenso ausgeschlossen wie für jene Bereiche, die nur bestimmten Funktionen (zB Gepäckausgabe) die-

49 BVerfG B. v. 8.2.2011 – 1 BvR 1946/06, NVwZ-RR 2011, 405.

50 VG Stuttgart U. v. 12.6.2014 – 5 K 808/11, BauR 2015, 307 – „Stuttgart 21“.

51 BVerfG U. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, DÖV 2011, 325 = DVBl 2011, 416 = JZ 2011, 568 mAnm Enders, S. 577 = NJW 2011, 1201; VG Berlin B. v. 11.5.2011 – 1 L 148/11; vgl. aber OVG NRW B. v. 3.9.2021 – 15 B 1445/21; VG Aachen B. v. 1.9.2021 – 6 L 503/21 (Untersagung der Nutzung des Streckenabschnitts der BAB 46 zwischen Düsseldorf und Neuss als Route für Fahrradaufzug zum Thema Energie- und Verkehrswende).

52 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 (343).

53 Vgl. § 20 VersFG BE sowie BVerfG U. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, DÖV 2011, 325 = DVBl 2011, 416 = JZ 2011, 568 mAnm Enders, S. 577 = NJW 2011, 1201; HessVGH B. v. 30.5.2013 – 2 B 1287/13; VG Berlin B. v. 11.5.2011 – 1 L 148/11; VG Frankfurt a. M. B. v. 29.5.2013 – 5 L 2248/13.F; BGH U. v. 26.6.2015 – V ZR 227/14, DÖV 2015, 936 = NVwZ 2015, 1622; LG Cottbus U. v. 1.10.2014 – 1 S 164/13; vgl. hierzu v. *Aleman/Scheffczyk*, Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen, JA 2013, 407 ff.; *Krüger*, Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen DÖV 2012, 837; *Muckel* JA 2016, 75 ff.; *Schäfer* Der Staat 51 (2012), 251 ff.; *Wendt*, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, 606.

54 Committee for the Commonwealth of Canada vs. Canada, 1991, 1 S C.R. 139; International Society for Krishna Consciousness vs. Lee, 505 U.S. 672 ff. (1992).

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

nen. Ungeachtet dessen umfassen Flughäfen auch große Bereiche, die als Ort des Flanierens und des Gesprächs, als Wege zum Einkaufen und zu Gastronomiebetrieben ausgestaltet sind und hierfür einen allgemeinen Verkehr eröffnen.

- 20 Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ist daher auch für Flughäfen oder andere Einrichtungen dann eröffnet, wenn es sich um **privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen** handelt, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, wie zB gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Betreiber solcher Einrichtungen, da auch diese der unmittelbaren Grundrechtsbindung unterworfen sind, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn sie **von der öffentlichen Hand „beherrscht“** werden, dh die öffentliche Hand mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum hat.<sup>55</sup> In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG auch durch zivilrechtliche Vorschriften ausgefüllt werden kann, wenn die öffentliche Hand in privatrechtlichen Formen handelt. Diese zivilrechtlichen Vorschriften – § 903 S. 1 BGB – vermögen jedoch regelmäßig nicht, Eingriffsbefugnisse staatlicher Behörden gegenüber Versammlungen zu erweitern oder aber zu begründen. Für Flughäfen ist anerkannt, dass aufgrund der spezifischen Gefährdungslage Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flugbetriebs Einschränkungen der Versammlungsfreiheit rechtfertigen können, die auch auf das **Hausrecht** gestützt werden können. Sowohl Versammlungs- als auch Meinungskundgabefreiheit werden jedoch durch auf Dauer ausgesprochene Verbote, Flughäfen ohne Erlaubnis der Betreibergesellschaft für Meinungskundgaben und Versammlungen zu nutzen, in rechtswidriger Weise verletzt.
- 21 Für **Bahnhöfe** sind insbes. nach der Rspr. des VG Stuttgart die spezifische Bedeutung eines Hauptbahnhofs als zentraler Verkehrsknotenpunkt sowie die daraus resultierende Gefährdungslage für Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Verkehrsbetriebs zu beachten. Grds. kommt jedoch ein (Haupt-/Kopf-)Bahnhof<sup>56</sup> ebenso als Versammlungsort in Betracht wie (überdachte) **Stadien**<sup>57</sup> und **Friedhöfe**.<sup>58</sup>
- 22 Die zivilrechtliche Eigentümerstellung bedeutet also kein rechtliches Hindernis für die Durchführung einer öffentlichen Versammlung, sofern das Objekt für den Publikumsverkehr offensteht und einen Raum des Flanierens, des Verweilens und der Begegnung schafft, der dem Leitbild des öffentlichen Forums (iSd FraPort-Entscheidung des BVerfG) entspricht.
- 23 Da Art. 8 Abs. 1 GG seine Wirkung bereits im Vorfeld einer Versammlung entfaltet, umfasst er daher auch Organisationsakte wie die Planung und das Versenden von Einladungen oder **Versammlungsaufrufe über das Internet**.<sup>59</sup> Private können daher im Wege der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechtspositionen – ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat in die Pflicht genommen werden. Die im Wege der Amtshilfe hinzugezogene Polizei – etwa zur Durchsetzung eines vom Eigentümer erteilten Hausverbots – hat daher nicht nur dessen zivil- oder öffentlich-rechtliche Qualität zu prüfen, sondern insbes. die Sperrwirkung von Art. 8 Abs. 1 GG zu beachten<sup>60</sup> (iÜ → Rn. 75 ff.).

55 Vgl. hierzu *Ehlers*, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, E 108 ff.

56 VG Stuttgart B. v. 20.11.2014 – 5 K 5117/14 (verneinend); B. v. 2.3.2012 – 5 K 691/12, NVwZ-RR 2012, 887 (zweifelnd); vgl. *Buchholtz*, Hausarbeit öffentliches Recht – Bahnhofsdemo mit Hindernissen ZJS 2014, 65.

57 Vgl. OLG Bamberg B. v. 24.11.2015 – 3 Ss OWi 1176/15.

58 BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 20.6.2014 – 1 BvR 980/13, BayVBl. 2015, 304 = DVBl 2014, 1188, wodurch die durch Urt. des AG Dresden v. 9.11.2012 (219 OWi 205 Js 43628) erfolgte Verurteilung zu einer Geldbuße wegen Entrollens eines Transparents anlässlich der auf einem Friedhof stattfindenden öffentlichen Gedenkveranstaltung mangels nicht hinreichender Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 GG aufgehoben wurde mit der Folge der Gegenstandslosigkeit des Beschlusses des OLG Dresden v. 25.2.2013 (Ss 72/13 (Z)); vgl. hierzu *Barthel*, Grabnutzungsrechte und sonstige Nutzungsrechte an Friedhöfen, WiVerw 2016, 22 ff.; *Stelkens*, Gemeingebrauch, Sondernutzung und „Hausrecht“ auf Friedhöfen, WiVerw 2015, 45.

59 BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 20.7.2015 – 1 BvQ 25/15; B. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, BayVBl. 2016, 195 = NVwZ 2016, 56, wodurch die das Hausverbot einer GmbH & Co. KG als Eigentümerin des Nibelungen-Platzes in Passau bestätigenden Beschlüsse des AG Passau v. 13.7.2015 (17 C 1163/15) und v. 17.7.2015 (13 C 1219/15) sowie des LG Passau v. 16.7.2015 (2 T 127/15) aufgehoben wurden (sog. „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“); vgl. hierzu *Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“, DÖV 2016, 55 ff.; *Smets*, Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge?, NVwZ 2016, 35 ff.

60 VG Frankfurt/Oder U. v. 25.11.2015 – 6 K 830/13.

Demgegenüber kann an Orten, die in tatsächlicher Hinsicht ausschließlich oder ganz überwiegend nur einer bestimmten Funktion dienen und sich im **Privateigentum** befinden, kein Zutritt zum Zweck einer öffentlichen Versammlung begehrt werden.<sup>61</sup> Insoweit besteht gegen den Willen des Grundstückseigentümers bzw. Nutzungsberechtigten kein Recht zur Versammlung auf fremden Grundstücken.<sup>62</sup> Eine Versammlung von Menschen, die gegen den Willen des Grundstückseigentümers oder Nutzungsberechtigten auf einem nicht der Öffentlichkeit allgemein zugänglichen Privatgrundstück stattfindet, ist daher keine dem Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG unterfallende Versammlung im Rechtssinne.<sup>63</sup>

### 3. Protest-Camps; Probekblockaden/Blockadetraining; Verhinderungsblockaden

Bestimmte Modalitäten von Versammlungen und Aufzügen werden hinsichtlich der Frage, ob sie dem Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG unterfallen, unterschiedlich beurteilt: 25

- sog. **Protest-Camps**<sup>64</sup> – zB in Form von **Zeltlagern** – stellen Versammlungen im Rechtssinne dar; kontroverse Rspr. liegt bzgl. der Frage vor, ob Zelte, Pavillons und sonstige bauliche Anlagen dem Schutzbereich unterfallen;<sup>65</sup> das Vorhalten von Sitzgelegenheiten,<sup>66</sup> Infoständen,<sup>67</sup> Imbiss- und Verpflegungsständen<sup>68</sup> ist von Art. 8 Abs. 1 GG idR nicht umfasst, jedoch im Zweifel Aufbau und Nutzung von Schlafsäcken, Isomatten und Einrichtungen zum Schutz vor Witterungseinflüssen.<sup>69</sup> Bei **Mahnwachen** sind auch zeitweilige Ruhepausen der Teilnehmer durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützt;
- sog. **Probekblockaden** oder **Blockadetrainings**<sup>70</sup> sind – ihre Gewaltlosigkeit vorausgesetzt – ebenfalls unter Art. 8 Abs. 1 GG zu subsumieren;

61 BVerfG U. v. 22.2.2011 – 2 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (1204) (Rn. 65 ff.).

62 So bereits die ältere Rspr., vgl. BVerfG U. v. 29.10.1992 – 7 C 34/91, NJW 1993, 699; BayObLG U. v. 29.9.1993 – 4 StRR 92/94, NJW 1995, 299 (271). Aus jüngerer Vergangenheit vgl. NdsOVG B. v. 26.2.2004 – 11 LA 239/03, NVwZ-RR 2004, 575; OLG Schleswig U. v. 25.2.2011 – 1 U 39/10, NVwZ-RR 2011, 523 f.

63 VG Frankfurt/Oder U. v. 14.3.2012 – 6 K 396/09 (Errichtung von Baumplattformen/Anbringung von Transparenten gegen Inanspruchnahme eines Geländes im Eigentum eines ausländischen Energieversorgungsunternehmens gem. bergrechtlichem Planfeststellungsbeschluss); vgl. demgegenüber SchlHOVG U. v. 14.2.2006 – 4 LB 10/05, NordÖR 2006, 166 (Geltung von Art. 8 Abs. 1 GG für Blockadeaktionen von Gleisanlagen der DB AG).

64 BVerfG (I. Kammer des 1. Senats) B. v. 21.9.2020 – 1 BvR 2146/20; („Protestcamp „Autokorrektur“ gegen die A 49 – für eine Verkehrswende in Schweinsberg. Gegen Räumung und Rodung des Herrenwaldes und des Dannenröder Waldes und gegen die Kriminalisierung von wildem Campieren“); OVG NRW B. v. 11.10.2013 – 7 B 858/13; VG Aachen B. v. 3.7.2013 – 5 L 193/13 (Protest-Camp gegen Braunkohlentagebau); OVG LSA B. v. 2.2.2022 – 3 M 207/21; VG Magdeburg B. v. 23.11.2021 – 3 B 321/21 MD (Untersagung der Nutzung von Baumhäusern wegen Zweifeln an deren Standsicherheit); NdsOVG U. v. 2.12.2021 – 11 LB 231/20; VG Lüneburg U. v. 24.2.2020 – 5 A 367/17 (Verbot des Erkletterns von Bäumen zur Überspannung einer Straße mit Bannern).

65 **Bejahend** bei funktionaler oder symbolischer Bedeutung für das Versammlungsthema: BVerfG (I. Kammer des 1. Senats) B. v. 21.9.2020 – 1 BvR 2146/20; HessVGH B. v. 11.9.2020 – 2 B 2254/20, EzlFSchR, Nr. 1470.49 (Aufstellen von Zelten zum Zweck der „dauerhaften Unterbringung (zB als Schlafmöglichkeit) oder der Regeneration“, Aufstellung und Betreiben von „auf gewisse Dauer angelegte(n) Versorgungseinrichtungen“); OVG Brem B. 4.5.2021 – 1 B 215/21 (Übernachtungsinfrastruktur und Übernachten vor Bremer Rathaus); HmbOVG B. v. 5.7.2017 – 4 Bs 148/17; OVG NRW B. v. 16.6.2020 – 15 A 3138/18; OVG LSA B. v. 2.7.2021 – 2 M 78/21; OVG SaarL B. v. 26.3.2021 – 2 B 84/21; VG Oldenburg B. v. 12.7.2021 – 7 B 2319/21; B. v. 8.7.2021 – 7 B 2527/21; BayVGH B. v. 2.7.2012 – 10 CS 12.1419, BayVBl. 2012, 756 = DÖV 2012, 981 (1. Instanz: VG Würzburg B. v. 19.6.2012 – W 5 S 12.494); OVG Bln-Bbg B. v. 16.8.2012 – 1 S 108/12 (1. Instanz: VG Berlin B. v. 4.8.2012 – 1 L 195/12); **verneinend**: BayVGH B. v. 20.4.2012 – 10 CS 12.845 (1. Instanz: VG Würzburg B. v. 19.4.2012 – W 5 S 12.326); B. v. 12.4.2012 – 10 CS 12.767 (1. Instanz: VG Würzburg B. v. 11.4.2012 – W 5 S 12.307) – jeweils bzgl. Aufstellung eines „Mannschaftszelts“ zum Nächtigen iR eines Hungerstreiks von Asylbewerbern; VG Aachen U. v. 21.5.2015 – 5 K 1344/13; VG Köln B. v. 21.8.2013 – 20 L 1195/13; VG Würzburg B. v. 15.5.2012 – W 5 S 12.397 – jeweils bei ausschließlicher Nutzung zu logistischen Zwecken.

66 VG Berlin B. v. 28.9.2012 – 1 L 254/12.

67 VG Berlin B. v. 10.5.2012 – 1 L 102/12.

68 VG Berlin B. v. 29.8.2014 – 1 L 245/14; B. v. 9.8.2012 – 1 L 188/12; VG Köln B. v. 1.3.2012 – 18 L 260/12.

69 VG Berlin B. v. 2.11.2012 – 1 L 299/12 (offen gelassen).

70 OVG NRW U. v. 18.9.2012 – 5 A 1701/11, DÖV 2013, 80 = NVwZ-RR 2013, 38; vgl. hierzu *Ruffert JuS* 2013, 575.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- Veranstaltungen mit dem Zweck oder jedenfalls dem Ergebnis der Blockade von Innenstadtbereichen<sup>71</sup> oder sog. **Verhinderungsblockaden**<sup>72</sup> – zu unterscheiden von **Gegendemonstrationen** – stellen eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Art. 8 Abs. 1 GG dar und sind daher dem Grundsatz nach verbotsfähig.

### 4. Anreise zur Demonstration/Vorgang des Sich-Versammelns

- 26 War längere Zeit umstr., ob und inwieweit die Anreise zu einer – angemeldeten und nicht verbotenen – Demonstration bereits dem Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG unterfalle,<sup>73</sup> so ist seit dem Brokdorf-Beschluss des BVerfG aus dem Jahre 1985 (→ Rn. 1 ff.) geklärt, dass die **Anreise** zu einer Demonstration bzw. die Phase des Sich-Versammelns Art. 8 Abs. 1 GG unterfällt.<sup>74</sup> Allerdings kann nach einer im Vordringen begriffenen Rspr. ungeachtet der sog. „Polizeifestigkeit“ des Art. 8 Abs. 1 GG (→ Rn. 78) die polizeiliche Generalklausel grds. bei Vorfeldmaßnahmen (→ Rn. 94) herangezogen werden, soweit damit nicht in den „Kernbereich“ der Versammlungsfreiheit eingegriffen wird, sondern die polizeilichen Maßnahmen deren Schutz dienen, um etwa durch Identitätsfeststellungen an einer eingerichteten Kontrollstelle Waffen und gefährliche Gegenstände sowie Störer und potentielle Straftäter aufzuspüren; erforderlich soll – lediglich – eine „notwendige Gefahr“ sein, dh wenn es auf Grund einer Vielzahl von Aktionen in vergangenen Jahre zu Massenprotesten unter Verübung von Straftaten gekommen sei.<sup>75</sup> Dass auch Nichtstörer hiervon betroffen werden, sei unerheblich, da eine konkrete Gefahr nicht erforderlich sei, da Sinn und Zweck einer solchen Vorfeldkontrolle darin bestehe, Störer oder Straftäter aufzuspüren.<sup>76</sup> Solange eine solche Maßnahme den Zugang zu einer Versammlung nicht versperre, sei sie auch dann zulässig und stelle keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG dar, wenn sie zu einer zeitlichen Verzögerung des Zugangs zur Versammlung führe.<sup>77</sup>

## III. Friedlichkeitsgebot

### 1. Die Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit von „Sitzblockaden“

- 27 Das durch Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistete Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln, besteht u.a. nur dann, wenn Sich-Versammeln und eigentliche Versammlung „friedlich“ verlaufen. Weder eine feindliche Positionierung der Teilnehmer gegenüber Staat und Polizei noch die zu erwartende erhebliche Zahl von Teilnehmern aus der linksautonomen Szene sind tragfähige Gesichtspunkte für die **Prognose einer drohenden Gewalttätigkeit** einer Versammlung.<sup>78</sup> Auch aus den politischen Zielen der Partei „Die Rechte“ oder anderer neonazisti-

71 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 16.5.2012 – 1 BvQ 17/12; HessVGH B. v. 16.5.2012 – 8 B 1150/12 (1. Instanz: VG Frankfurt/M. B. v. 14.5.2012 – 5 L 1655/12.F); B. v. 16.5.2012 – 8 B 1156/12 (1. Instanz: VG Frankfurt/M. B. v. 14.5.2012 – 5 L 1684/12.F, 5 L 1683/12.F); VG Frankfurt/M. B. v. 6.8.2012 – 5 L 2558/12.F (Blockupy-Camp vor Europäischer Zentralbank).

72 VGH BW U. v. 18.11.2021 – 1 S 803/19; VG Sigmaringen U. v. 13.2.2019 – 1 K 4335/17 (Auflösung einer Blockadeversammlung anlässlich des AfD-Parteitag 2016); AG Dresden U. v. 7.4.2014 – 217 Cs 205 Js 7534/12; die hiergegen erhobene Sprungrevision wurde durch das OLG Dresden (B. v. 29.9.2014 – 3 OLG 23 Ss 404/14) als unbegründet verworfen; die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde blieb wegen Nichterfüllung der Anforderungen an die Begründung gem. § 27 Abs. 1, § 28 SächsVerfGHG ohne Erfolg (VerfGH Sachsen B. v. 28.9.2015 – Vf. 98-IV-14); VG Dresden B. v. 1.2.2013 – 6 L 35/13.

73 *Gintzel/Dietel/Kniessel* Die Polizei 1985, 335 (339); zweifelnd von Münch GG Art. 8 Rn. 14a; *Drosdzol* JuS 1983, 409 (412).

74 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 = BayVBl. 1985, 589 (591).

75 VG Aachen U. v. 24.2.2021 – 6 K 2725/19 (Einrichtung einer polizeilichen Kontrollstelle am Bahnhof Düren zur Identitätsfeststellung gem. § 12 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW anlässlich einer geplanten Versammlung des Aktionsbündnisses „Ende Gelände“ im Rheinischen Braunkohlerevier).

76 Vgl. BayVGH B. v. 2.7.2020 – 10 ZB 20.821.

77 VG Aachen B. v. 24.2.2021 – 6 K 2725/19, Rn. 40 ff unter Bezugnahme auf BVerfG B. v. 11.6.1991 – 1 BvR 772/90, Rn. 16; B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, Rn. 70; BayVGH B. v. 23.1.2013 – 10 C 12.2061, Rn. 14; VG Köln U. v. 7.12.2006 – 20 K 5272/04, Rn. 21; VG Würzburg B. v. 11.7.2013 – W 5 K 11.372, Rn. 25.

78 BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 13.4.2015 – 1 BvR 3279/14, mit dem die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschl. des OVG Brem v. 31.10.2014 (1 A 110/11) und das Urt. des VG Bremen v. 22.3.2011 (5 K 1008/09) nicht zur Entscheidung angenommen wurde.



scher Gruppierungen und deren Radikalisierung sowie Missachtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung kann nicht der Schluss gezogen werden, Art. 8 Abs. 1 GG komme nicht zum Zuge.<sup>79</sup>

Ungeachtet der Entscheidung des BVerfG vom 11.11.1986<sup>80</sup> über die Verfassungsmäßigkeit der Erstreckung der Gewaltalternative des § 240 StGB auf „Sitzdemonstrationen“ als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sowie zur Beurteilung einer Sitzdemonstration als „verwerflich“ iSv § 240 Abs. 2 StGB ist lediglich klargestellt, dass § 240 StGB nicht gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot verstößt, die Pönalisierung der Teilnahme an Sitzdemonstrationen verfassungsgemäß ist und die Bejahung des Tatbestandsmerkmals „Gewalt“ iSv § 240 Abs. 1 StGB die „Verwerflichkeit“ iSv § 240 Abs. 2 StGB nicht indiziert. Infolge Stimmgleichheit (§ 15 Abs. 3 S. 2 BVerfGG) konnte nicht festgestellt werden, ob die Beurteilung einer Sitzdemonstration als „verwerflich“ iSd § 240 Abs. 2 StGB mit der Verfassung vereinbar ist. Nach wie vor ist daher eine **Einzelfallbewertung** geboten, die sich insbes. nach den für das Verwerflichkeitsurteil wesentlichen Umständen – **Umfang, Intensität, Dauer, Auswirkungen der Sitzdemonstration** bzw. „Straßenblockade“ – im Hinblick auf die Gewichtigkeit von Eingriffen in die individuellen Rechtspositionen dritter Personen zu orientieren hat, die von den Tätern zu „Objekten“ ihrer Selbstdarstellung via Versammlung gemacht werden, da Art. 8 Abs. 1 GG iVm Art. 5 Abs. 1 GG **Behinderungen und Nötigungen Dritter** nur als **sozialadäquate Nebenwirkungen** von Versammlungen und Aufzügen rechtfertigen. Zwangseinwirkungen, die darüber hinausgehen und allein darauf abzielen, durch gewaltsame Eingriffe in Rechte Dritter gesteigertes Aufsehen in der Öffentlichkeit zu erregen, sind demnach durch Art. 8 Abs. 1 iVm Art. 5 Abs. 1 GG nicht gedeckt.<sup>81</sup>

Durch die Rspr. des BVerfG<sup>82</sup> ist schließlich klargestellt, dass sich auch im Falle der Nötigung mit Gewalt aus Art. 8 Abs. 1 GG ein Recht zur Selbstbestimmung der Teilnehmer einer auf öffentliche Meinungsbildung gerichteten Versammlung hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Versammlung ergibt, so dass für eine Begrenzung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG allein der **verfassungsrechtliche Begriff der Unfriedlichkeit**, nicht jedoch der strafrechtliche Gewaltbegriff maßgebend ist. Damit können die durch eine Versammlung verursachten Behinderungen des Straßenverkehrs bei Einsatz von Gewalt als Nötigungsmittel verwerflich iSd § 240 Abs. 2 StGB sein; rein psychische Einwirkungen scheiden allerdings aus.

Für die Frage der „Verwerflichkeit“ ist schließlich ausschlaggebend, ob und inwieweit das Verhalten zu einer **Gefährdung anderer** führt; lediglich eintretende Behinderungen des Straßenverkehrs sind jedenfalls nicht ausreichend, wobei die strafgerichtliche Rspr. nach dem Geringfügigkeitsprinzip **kurzfristige Straßenblockaden** als zwar tatbestandsmäßig iSd § 240 Abs. 1 StGB, nicht jedoch als „verwerflich“ iSv § 240 Abs. 2 StGB erachtet.<sup>83</sup>

## 2. Zur Notwendigkeit der „Harmonisierung“ von Straf- und Versammlungsrecht

Vor dem Hintergrund der Rspr. des BVerfG sind ältere fachinstanzliche Entscheidungen nicht mehr haltbar, wenn es etwa um die rechtliche Beurteilung von – zeitweise in Form von Sitzblockaden – stattfindende Versammlungen im Hinblick auf die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 GG oder aber um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit erfolgter Verbotsverfügungen geht.<sup>84</sup> Sitzblockaden sind als Versammlungen iSv Art. 8 Abs. 1 GG zu behandeln, solange und soweit sich Teilnehmer auf „**passive Resistenz**“ beschränken, so dass gleichzeitig das verfassungsrechtliche Tatbestandsmerkmal „**friedlich**“ erfüllt ist. Verbot und Auflösung von Behinderungen des Straßenverkehrs nicht lediglich als sozialadäquate Nebenfolge, sondern als

79 OVG NRW B. v. 25.3.2015 – 15 B 358/15 (1. Instanz: VG Gelsenkirchen B. v. 17.3.2015 – 14 L 474/15); B. v. 25.3.2015 – 15 B 359/15 (1. Instanz: VG Gelsenkirchen B. v. 17.3.2015 – 14 L 543/15).

80 BVerfG U. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83 u.a. BVerfGE 74, 206 = NJW 1987, 43.

81 *Fischer StGB* § 240 Rn. 46 ff. mwN.

82 BVerfG B. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93, 1 BvR 433/96, BVerfGE 104, 92 = NJW 2002, 1031.

83 Vgl. die Nachw. bei *Fischer StGB* § 240 Rn. 47.

84 Vgl. etwa LG Verden U. v. 19.9.1990 – 8 O 182/87, 183/87, 185/87, zit. und dargestellt bei *Hofmann-Hoepfel DÖV* 1992, 867 (872 f.).

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

„Hauptzweck“ in Anspruch nehmende Versammlungen können somit ausschließlich über Art. 8 Abs. 2 GG iVm § 15 Abs. 2 VersG erfolgen mit der Konsequenz, dass der iR von § 240 StGB beachtliche Rechtfertigungsgrund erst mit der erfolgten Auflösungsverfügung iSv § 15 Abs. 3 VersG entfällt. Damit stellt sich in strafrechtlicher Hinsicht die Sitzblockade iSd sog. „erweiterten“ Gewaltbegriffs<sup>85</sup> als Gewaltanwendung dar, die Rechtswidrigkeit im strafrechtlichen Sinne und damit die Möglichkeit der strafrechtlichen Sanktionierung sind jedoch bis zum Zeitpunkt des Ergehens einer Auflösungsverfügung gem. § 15 Abs. 3 VersG ausgeschlossen. Rechtswidrigkeit iSd **Verwaltungsakzessorietät** ist im Falle versammlungsrechtlicher Rechtswidrigkeit gegeben, so dass Straftatbestände gem. §§ 258, 258a StGB gegen Polizeivollzugsbeamte bzw. gem. § 357 StGB bei all jenen Konstellationen nicht relevant sind, in denen nach Auflösung einer Sitzblockade gem. § 15 Abs. 3 VersG Strafverfolgungsmaßnahmen nicht ergriffen werden, die sich auf das Verhalten von Teilnehmern der für aufgelöst erklärten Sitzblockade beziehen.

### 3. Waffenverbot

#### a) Waffen iSv § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WaffG iVm § 2 Abs. 3 S. 1 und 2 VersG

- 32 Die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG setzt weiterhin voraus, dass es sich um ein Sich-Versammeln bzw. eine Versammlung „ohne Waffen“ handelt. Zur begrifflichen Auslegung sind die in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WaffG<sup>86</sup> enthaltenen Legaldefinitionen insbes. hinsichtlich der Schusswaffen „gleichgestellten Gegenstände“ (iSv Ziff. 1.2 der Anlage zu § 1 Abs. 4 WaffG) sowie der „tragbaren Gegenstände“ iSv
- § 1 Abs. 2 Nr. 2a iVm Ziff. 1, UAbschn. 2 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG,
  - § 1 Abs. 2 Nr. 2b iVm Ziff. 2, UAbschn. 2 der Anlage 2 zu § 1 Abs. 4 WaffG
- heranzuziehen. Zu den als Waffen eingestuften „tragbaren Gegenständen“ zählen u.a. **Reizstoffsprüngeräte** (Ziff. 1.2.2, UAbschn. 2 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG) sowie **Präzisions-schleudern** (Ziff. 1.3, UAbschn. 2 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG).
- 33 In Konkretisierung des Waffenverbots des Art. 8 Abs. 1 GG bestimmt § 2 Abs. 3 VersG das Verbot,
- bei öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich zu führen, ohne dazu behördlich ermächtigt zu sein (§ 2 Abs. 3 S. 1 VersG);
  - ohne behördliche Ermächtigung Waffen oder die in § 2 Abs. 3 S. 1 VersG genannten Gegenstände auf dem Weg zu öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen mit sich zu führen, zu derartigen Veranstaltungen hinzuschaffen oder sie zur Verwendung bei derartigen Veranstaltungen bereitzuhalten oder zu verteilen (§ 2 Abs. 3 S. 2 VersG).
- 34 Die durch die Rspr. der Instanzgerichte vorgenommene Erweiterung des Waffenbegriffs – im untechnischen Sinne – mit der Folge, dass iR der Versammlungsanreise mitgeführte Gegenstände wie **Wagenheber, Kreuzschlüssel, Feuerlöscher, Warndreieck, Gepäckspinne, Abschleppseil** oder **Werkzeugkasten** auch dann als „Waffen“ qualifiziert werden, wenn der Sachinhaber eine solche Zweck- und Willensbestimmung verneint, ist im Hinblick auf iR der Versammlungsanreise getroffene – und auf allgemeines Polizeirecht gestützte – Maßnahmen bedenklich.<sup>87</sup>

85 Zur historischen Entwicklung des Gewaltbegriffs sowie zur Ausdifferenzierung von vis absoluta und vis compulsiva in der strafrechtlichen Dogmatik vgl. *Hofmann(-Hoepfel)*, Anmerkungen zur begriffsgeschichtlichen Entwicklung des Gewaltbegriffs in A. Schöpf, Aggression und Gewalt. Anthropologisch-sozialwissenschaftliche Beiträge (= Studien zur Anthropologie, Bd. 9), 1985, S. 259 ff.

86 Waffengesetz (WaffG) v. 11.10.2002 (BGBl. I 3970, 4592; 2003 I 1957), zul. geänd. d. Art. 228 VO v. 19.6.2020 (BGBl. I 1328).

87 Vgl. hierzu VG Würzburg NJW 1980, 2541; OVG NRW NVwZ 1982, 46; VG Berlin NVwZ 1982, 268.



**b) Schutzwaffen, § 17a VersG**

Bereits § 17a Abs. 1 VersG aF<sup>88</sup> statuierte das Verbot, bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen. Hierbei handelt es sich – wie der Blick in § 17a Abs. 3 S. 2 VersG und dessen Verweis auf Veranstaltungen iSv § 17 VersG zeigt – um ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wobei bereits vor der Einführung von § 17a VersG anerkannt war, dass für den Einzelfall das Verbot der Mitführung von Schutzwaffen iSd § 17a Abs. 1 VersG bereits durch Auflage der zuständigen Behörde gem. § 15 Abs. 1 VersG angeordnet werden konnte.<sup>89</sup>

**4. Vermummungsverbot, § 17a Abs. 2 Nr. 1, 2 VersG**

Ebenfalls als generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (§ 17a Abs. 3 S. 2 VersG) ausgestaltet sind die Verbotstatbestände des § 17a Abs. 2 Nr. 1 und 2 VersG. Ein Verstoß hiergegen ist gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1a VersG eine Ordnungswidrigkeit, deren Tatbestandsmäßigkeit sowohl in der Phase des Sich-Versammelns als auch bei „laufender“ Versammlung eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit darstellt und daher – zumindest – eine Auflagenerteilung gem. § 15 Abs. 1 VersG rechtfertigt.

**IV. Instrumente des Versammlungsrechts als Beschränkungen iSv Art. 8 Abs. 2 GG (iVm Art. 5 Abs. 2 GG)****1. Anmeldegebot gem. § 14 Abs. 1 VersG und seine Konsequenzen**

In Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts gem. Art. 8 Abs. 2 GG (iVm Art. 5 Abs. 2 GG) bestimmt § 14 Abs. 1 VersG eine **Anmeldepflicht von 48 Stunden** für die bestehende Absicht, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, wobei der Gegenstand der Versammlung oder des Aufzugs sowie die für die Leitung verantwortliche Person (§ 14 Abs. 2 VersG; → Rn. 41 f.) anzugeben sind.

Nach der Rspr. des BVerfG greift diese Anmeldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel nicht für sog. **Spontandemonstrationen**, dh eine Verletzung der Anmeldepflicht führt nicht automatisch zur Befugnis, die Spontandemonstration aufzulösen bzw. ein Verbot auszusprechen. Die Versammlungsgesetze der Bundesländer Bayern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein berücksichtigen dies dadurch, dass bei

- **Spontanversammlungen** die Anmeldepflicht gänzlich entfällt (Art. 13 Abs. 4 BayVersG, § 12 Abs. 7 VersFG BE, § 14 Abs. 4 SächsVersG, § 12 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. VersG LSA, § 11 Abs. 6 VersFG SH),
- **Eilversammlungen** die Anzeigepflicht spätestens mit der Bekanntgabe einsetzt (Art. 13 Abs. 3 BayVersG, § 12 Abs. 6 VersFG BE, § 11 Abs. 5 VersFG SH) bzw. die Anzeige „unverzüglich“ zu erfolgen hat (§ 14 Abs. 3 S. 2 SächsVersG); nur gem. § 12 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. VersG LSA besteht auch hier keine Anzeigepflicht.

**Hinweis:** Für die polizeiliche Praxis bringt dies im Einzelfall schwierige Abgrenzungsprobleme vor allem dann mit sich, wenn es sich um „verabredete“ **Spontandemonstrationen** handelt.

Mit der Anmeldepflicht ist gem. § 14 Abs. 2 VersG die Maßgabe verbunden, anzugeben, welche Person für die Leitung der Versammlung oder des Aufzugs verantwortlich sein soll.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> IdF des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Versammlungsgesetzes v. 18.7.1985 (BGBl. I 1511).

<sup>89</sup> Vgl. VG Berlin NVwZ 1982, 268; VG Minden U. v. 3.5.1983 – 4 K 120/82, NVwZ 1984, 331; BayVGH BayVBl. 1983, 455; BVerwG U. v. 8.9.1981 – 1 C 88.77, BayVBl. 1982, 183 = NJW 1982, 1008.

<sup>90</sup> § 14 VersG, § 14 Abs. 1, 2 SächsVersG und § 12 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VersG LSA beschränken sich auf die Angabe des Gegenstandes sowie der für die Leitung verantwortlichen Person. Gem. § 12 Abs. 2 VersFG BE, § 11 Abs. 2 VersFG SH unterliegen der Anzeigepflicht geplanter Ablauf nach Ort, Zeit und Thema, Streckenverlauf, Name und Anschrift der anzeigenden Person und des Leiters. Gem. Art. 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–5 BayVersG sind Ort, Zeitpunkt des beabsichtigten Be-

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Diese **verantwortliche Person** entspricht der Funktion des „Leiters“ einer öffentlichen Veranstaltung in geschlossenen Räumen (§ 7 Abs. 1 iVm § 18 Abs. 1 VersG). Umstr. ist in diesem Zusammenhang der **Pflichtenkreis**, der dem Verantwortlichen einer Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs im Wege der beschränkenden Verfügung, dh einer Auflage iSv § 15 Abs. 1 VersG, auferlegt werden kann.

- 41 Der **Versammlungsleiter** ist kein „Hilfspolizist“, so dass ihm per Auflage keine Aufgaben übertragen werden können, die in den Zuständigkeitsbereich der Polizei fallen. Der Versammlungsleiter ist insbes. nicht verpflichtet, jede von ihm festgestellte, mit Strafe bedrohte Handlung zu unterbinden, mit der Polizei intensiv zusammenzuarbeiten und ihr jegliche Unterstützung zu gewähren, da das VersG – wie die Versammlungsgesetze der Länder – dem Versammlungsleiter entsprechend der durch Art. 8 Abs. 1 GG garantierten grundsätzlichen Befugnis, über Ort, Zeitpunkt, Dauer und Art der Veranstaltung selbst zu entscheiden,<sup>91</sup> ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht einräumt, wie er für den friedlichen Verlauf der Veranstaltung sorgen will. Dieses **Selbstbestimmungsrecht** gilt zwar nicht uneingeschränkt und ist insbes. dann nicht geschützt, soweit dadurch Rechtsgüter anderer beeinträchtigt werden. Unabhängig davon, dass der Versammlungsleiter Ansprechpartner der Polizei bei der Durchführung der Versammlung ist<sup>92</sup> und gegen die Begehung strafbarer Handlungen, die ein Verbrechen oder ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen darstellen, einzuschreiten hat, ermangelt es nachstehend aufgeführter **Auflagen gegenüber dem Versammlungsleiter**,<sup>93</sup>
- sich zu einem bestimmten Zeitpunkt persönlich beim Einsatzleiter der Polizei vor Ort zu melden,
  - diesem während der gesamten Dauer der Veranstaltung als Ansprechpartner zur Verfügung zu stehen,
  - das Handy frei und eingeschaltet zu lassen und die Handy-Nummer dem Einsatzleiter zu benennen,
  - sich Versammlungsteilnehmern als Versammlungsleiter vorzustellen, Auflagen bekanntzugeben und auf mögliche Bußgelder bei Verstößen hinzuweisen,
  - sicherzustellen, dass Rechtsverstöße weder begonnen noch vollendet werden,
  - intensiv mit der Polizei zusammenzuarbeiten und ihr jegliche Unterstützung zu gewähren,
  - die Polizei bei durch den Versammlungsleiter nicht zu unterbindenden Ausschreitungen um Unterstützung zu ersuchen,
  - die Versammlung für beendet zu erklären, wenn trotz polizeilichen Einschreitens die Friedlichkeit nicht wiederhergestellt werden kann,
  - den Einsatz der Polizei nicht zu behindern und deren Weisungen unbedingt Folge zu leisten, der gesetzlichen Grundlage, so dass diese **rechtswidrig** sind.
- 42 Bzgl. der Auflage gem. § 15 Abs. 1 VersG, eine bestimmte Zahl von Ordnern einzusetzen<sup>94</sup> oder aber einen Leiter des Ordnungsdienstes zu bestellen oder zu benennen,<sup>95</sup> ist zu beachten, dass dies auf der Grundlage einer hinreichenden Gefahrenprognose zu erfolgen hat, da die Möglichkeit, sich bei Durchführung der Rechte gem. § 8 iVm § 18 Abs. 1 VersG der Hilfe einer angemessenen Zahl ehrenamtlicher Ordner zu bedienen (§ 9 Abs. 1 S. 1 iVm § 18 Abs. 1 VersG), ein Recht des Versammlungsleiters ist, jedoch keine gesetzliche Verpflichtung.<sup>96</sup> Lediglich bei Aufzügen über eine gewisse Dauer und längere Streckenführung kann eine größere Ordnerzahl per Auflage behördlich gefordert werden.<sup>97</sup>

ginn und Endes, Thema, Veranstalter und Leiter mit persönlichen Daten iSv Art. 10 Abs. 3 S. 1 BayVersG, Streckenverlauf sowie wesentliche Änderungen (Art. 13 Abs. 2 S. 2 BayVersG) anzugeben.

91 BVerfG B. v. 27.1.2006 – 1 BvQ 4/06, NVwZ 2006, 586; B. v. 26.3.2001 – 1 BvQ 15/01.

92 BVerfG B. v. 24.11.2006 – 1 BvQ 35/06, BVerfGK 9, 447 f.

93 VG Bayreuth U. v. 31.7.2012 – B 1 K 12.138 (Rn. 75 ff.).

94 VG Meiningen U. v. 13.3.2012 – 2 K 348/11.Me.

95 VG Bayreuth U. v. 31.7.2012 – B 1 K 12.138 (Rn. 103 ff.).

96 VGH BW B. v. 30.6.2011 – 1 S 2901/10.

97 BVerfG B. v. 14.7.2000 – 1 BvR 1245/00; BayVG B. v. 23.10.2008 – 10 ZB 07.2665.

► **Muster: Rechtswidrigkeit einer Auflage über die Erfassungs- und Meldepflichten des Versammlungsleiters**

43  
821

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ■■■

– Kläger –

Prozessbevollmächtigter: Unterfertiger

gegen

Land ■■■, vertr. d. d. Regierungspräsidium ■■■

– Beklagter –

wegen: Versammlungsrechts

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Kläger anwaltlich vertrete.

Namens und auftrags des Klägers erhebe ich hiermit

**Klage**

mit dem Antrag, zu erkennen:

1. Es wird festgestellt, dass die im Bescheid des Regierungspräsidiums ■■■ vom ■■■ verfügte Auflage Nr. 4 rechtswidrig war.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

I. Durch Anschreiben vom ■■■ meldete der Kläger „im Auftrag und namens des Anti-Nato-Bündnisses ■■■“ beim Regierungspräsidium ■■■ – zentrale Versammlungsbehörde – eine Kundgebung mit etwa 200 bis 300 Teilnehmern für den ■■■ in der Zeit von 15.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf dem ■■■-Platz in ■■■ an. IR mehrerer Kooperationsgespräche wurden über die für die Versammlung seitens des Regierungspräsidiums geplanten Auflagen gesprochen, wobei die Einzelheiten dieser Gespräche zwischen dem Kläger und den Vertretern des Regierungspräsidiums streitig sind.

II. Mit Verfügung vom ■■■ erteilte das Regierungspräsidium dem Kläger als Versammlungsleiter u.a. folgende Auflagen:

„4. Ordner

Durch den Versammlungsleiter sind je 50 Teilnehmer ein Ordner einzusetzen, mindestens jedoch sechs. Der Versammlungsleiter ist verpflichtet, die Personalien (Name, Vorname und Wohnort) der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen, die ebenfalls auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen ist. Kommt es zu Verstößen gegen versammlungsrechtliche oder strafrechtliche Bestimmungen oder zu Ausschreitungen einzelner unfriedlicher Teilnehmer und können diese Verstöße bzw. Ausschreitungen durch Weisungen des Versammlungsleiters oder der Ordner nicht unterbunden werden, so hat der Versammlungsleiter bzw. die Ordner unverzüglich die Polizei zu informieren.“

**Beweis:** Bescheid des Regierungspräsidiums ■■■ vom ■■■

III. Die Versammlung fand am ■■■ ohne Zwischenfälle statt, wobei die in Auflage Nr. 4 angeordnete Vorlage der Namensliste der Ordner deshalb nicht erfolgte, weil sie durch das Regierungspräsidium nicht angefordert wurde.

## B. Zulässigkeit und Begründetheit der Klage

### I. Zulässigkeit<sup>98</sup>

---

### II. Begründetheit

Die zulässige Klage ist auch begründet, da die als Auflage Nr. 4 des Bescheids vom --- getroffenen Anordnungen rechtswidrig waren und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, so dass ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit besteht. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Bzgl. der Anordnung der Verpflichtung des Klägers, die Personalien der einzusetzenden Ordner listenmäßig zu erfassen und dies auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen, kam als Befugnisgrundlage lediglich § 15 Abs. 1 VersG in Betracht, da § 9 Abs. 2 S. 1 VersG über die Verpflichtung des Leiters einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen, die Zahl der von ihm zur Durchführung seiner Aufgaben gem. § 8 VersG bestellten Ordner der Polizei auf Aufforderung mitzuteilen, für Versammlungen unter freiem Himmel gem. § 18 Abs. 1 VersG gerade nicht entsprechend anwendbar ist.

a) Für die Anordnung des Einsatzes von Ordnern ist zunächst anerkannt, dass unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG eine entsprechende Anordnung ergehen kann, um eine möglichst störungsfreie Durchführung der Versammlung zu gewährleisten, wobei die Systematik der Regelungen des VersG sowie der mit Verfassungsgarantie ausgestaltete Normzweck der Ermöglichung von Kommunikation in der Öffentlichkeit dem anerkanntermaßen nicht entgegenstehen.<sup>99</sup> Auch ist nach hM davon auszugehen, dass die Bestimmungen des VersG, wonach jede öffentliche Versammlung einen Leiter haben muss (§ 7 Abs. 1 iVm § 18 Abs. 1 VersG), der den Ablauf der Versammlung bestimmt, während der Versammlung für Ordnung zu sorgen hat (§ 8 S. 1 und 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG) und sich bei Durchführung seiner Rechte der Hilfe einer angemessenen Zahl ehrenamtlicher Ordner bedienen kann (§ 9 Abs. 1 S. 1 iVm § 18 Abs. 1 VersG), nicht als abschließende Regelung dahin zu verstehen, dass ein Rückgriff auf die allgemeine Befugnisnorm des § 15 Abs. 1 VersG ausgeschlossen wäre. Weder die Tatsache, dass das VersG lediglich diesbzgl. Rechte, nicht jedoch Pflichten des Versammlungsleiters bestimmt, sowie die weitere Tatsache, dass durch § 9 Abs. 1 S. 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG detaillierte personelle Anforderungen an die Ordner gestellt werden (Waffenlosigkeit, Volljährigkeit, Ehrenamtlichkeit und neutrale Kennzeichnung), rechtfertigen die Annahme einer solchen Sperrwirkung.<sup>100</sup>

b) Nämliches gilt dem Grundsatz nach für die in Auflage Nr. 4 normierte Verpflichtung, die Personalien der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen, da die mit dem Vollzug des Versammlungsrechts betrauten Behörden aus gegebenem Erlass die Zuverlässigkeit der einzuordnenden Ordner insbes. daraufhin überprüfen dürfen, ob die betreffende Person Gewähr dafür bietet, dass sie ihre Aufgaben als Ordner ordnungsgemäß ausübt und bei der Abwehr von unmittelbaren Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die aus der Versammlung drohen, mitwirken wird.<sup>101</sup>

98 Zur Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog als statthafte Klageart und zu deren Zulässigkeitsvoraussetzungen → Rn. 104 ff.

99 Vgl. OVG NRW B. v. 9.2.2001 – 5 B 180/01, NJW 2001, 1441; BayVGH B. v. 23.10.2008 – 10 ZB 07.2665; OVG RhPf U. v. 10.2.2010 – 7 A 11095/09; VG Freiburg U. v. 17.5.2010 – 3 K 464/09; Dietel/Gintzel/Kniesel VerslG § 15 Rn. 36 ff., 48, § 18 Rn. 24; Ott/Wächtler/Heinhold VerslG § 18 Rn. 5.

100 OVG RhPf U. v. 10.2.2010 – 7 A 11095/09; VG BW U. v. 30.6.2011 – 1 S 2901/10.

101 BVerfG B. v. 1.5.2001 – 1 BvQ 21/01, NVwZ 2001, 907; OVG NRW B. v. 9.2.2001 – 5 B 180/01, NVwZ 2001, 706; SächsOVG B. v. 4.4.2002 – 3 BS 103/02; BayVGH B. v. 12.9.1980 – 21 CE/CS 80 A.1618, NJW 1981, 2428; VG Freiburg U. v. 17.5.2010 – 3 K 464/09; VG Würzburg U. v. 12.3.2009 – W 5 K 08.1758; aA VG Gießen B. v. 30.7.2009 – 10 L 1583/09, NVwZ-RR 2010, 18; vgl. Hoffmann-Riem NVwZ 2002, 257 (263); offen gelassen durch OVG RhPf U. v. 10.2.2010 – 7 A 11095/09; vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel VerslG § 18 Rn. 24 (bejahend); Steinmeier/Ridder/Breitbach VerslG § 18 Rn. 11 ff. (verneinend); Ott/Wächtler/Heinhold VerslG § 18 Rn. 5 (offen gelassen).

2. Dessen ungeachtet ergibt die nähere Prüfung, dass die Voraussetzungen für eine entsprechende Auflage gem. § 15 VersG deshalb nicht gegeben waren, weil es an einer „unmittelbaren“ Gefahr ermangelte. Die ausweislich der Begründung für die Auflage Nr. 4 herangezogenen Umstände sind nicht geeignet, eine von der Versammlung selbst ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit nahe zu legen, die den Erlass einer gegenüber der Versammlung belastenden Auflage hätte rechtfertigen können. Nichts ist dafür dargelegt, was darauf schließen ließe, dass in dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom ... mit der Teilnahme gewaltbereiter Demonstrationsteilnehmer gerechnet werden musste. Vielmehr sprachen alle erkennbaren Tatsachen für einen friedlichen Verlauf. Noch weniger wurden beklagtenseits hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass von den durch den Kläger eingesetzten Ordnern eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohen könnte.

3. Auch § 18 Abs. 2 S. 1 VersG scheidet als Befugnisgrundlage aus, wonach die Verwendung von Ordnern polizeilicher Genehmigung bedarf. Ist es dem Leiter einer Versammlung daher grds. freigestellt, Ordner einzusetzen oder nicht, so lässt sich aus der Verpflichtung, die Vorgaben des § 9 Abs. 1 VersG zu beachten, nicht ableiten, der Versammlungsleiter habe Namen, Vornamen und Anschrift der einzusetzenden Ordner bekannt zu geben. Soweit in der Rspr. aus der nach § 18 Abs. 2 S. 1 VersG erforderlichen Genehmigung gefolgert wird, dass diese insbes. dann versagt werden könne, wenn ungeeignete bzw. persönlich unzuverlässige Personen als Ordner eingesetzt werden sollen,<sup>102</sup> so ist darauf hinzuweisen, dass bzgl. dieser Konstellation immer gleichzeitig auch die Voraussetzungen für beschränkende Auflagen gem. § 15 Abs. 1 VersG gegeben waren. Für eine anlassunabhängige Überprüfung von Ordnern bietet § 18 Abs. 2 VersG hingegen keine Rechtsgrundlage.<sup>103</sup>

4. Auch die in Auflage Nr. 4 enthaltene Verpflichtung, wonach Versammlungsleiter bzw. Ordner unverzüglich die Polizei für den Fall zu informieren haben, dass es zu Verstößen gegen versammlungs- oder strafrechtliche Bestimmungen oder zu Ausschreitungen einzelner unfriedlicher Teilnehmer komme, ist rechtswidrig.

a) Die Anordnung ist bereits nicht hinreichend bestimmt iSv § 37 Abs. 1 VwVfG, da für den Adressaten nicht hinreichend klar ist, welche Verstöße gegen versammlungs- oder strafrechtliche Bestimmungen eine Meldepflicht für Leiter oder Ordner auslösen. Insbes. wird nicht erkennbar, ob auch nicht versammlungsrechtlich relevante strafrechtliche Verstöße zu einer Meldung verpflichten. Wann es iÜ zu Verstößen gegen versammlungs- oder strafrechtliche Bestimmungen kommt, die durch Weisungen des Versammlungsleiters oder der Ordner unterbunden werden können, ist darüber hinaus von im Einzelfall schwierigen Bewertungen in meist unübersichtlichen und emotionsgeladenen Situationen abhängig. Da ein Verstoß gegen vollziehbare Auflagen gem. § 15 Abs. 1 bzw. 2 VersG staatliche Sanktionen auslösen kann (§ 25 Nr. 2, § 29 Abs. 1 Nr. 3 VersG), muss die durch eine beschränkende Verfügung begründete Rechtspflicht zur Information der Polizei ohne Weiteres auch von juristischen Laien erkannt werden, da sich ansonsten mit der Leitung einer Versammlung das Risiko verbinden würde, wegen Fehlern und Fehleinschätzungen mit einer Geldbuße oder gar einer Strafe belegt zu werden, was mit nicht hinnehmbaren Einschüchterungseffekten verbunden wäre.<sup>104</sup>

b) Darüber hinaus ermangelt es der getroffenen Anordnung an einer verfügbaren Rechtsgrundlage. § 15 Abs. 1 VersG scheidet aus, weil nach den zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen mit versammlungs- bzw. strafrechtlichen Verstößen der Teilnehmer der Versammlung nicht zu rechnen war, somit eine „unmittelbare“ Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht gegeben war. Auch § 17a Abs. 4 VersG scheidet als Befugnisgrundlage aus, da die Anordnung, die Polizei

102 SächsOVG U. v. 4.6.2009 – 3 B 59/06; B. v. 4.4.2002 – 3 BS 103/02, SächsVBl. 2002, 216; U. v. 19.11.2001 – 3 BS 257/01; VG Würzburg U. v. 12.3.2009 – W 5 K 08.1758.

103 VGH BW B. v. 30.6.2011 – 1 S 2901/10.

104 BVerfG B. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, BVerfGE 122, 342.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

über versammlungs- bzw. strafrechtliche Verstöße zu informieren, weit über eine Information hinsichtlich der durch § 17a Abs. 4 VersG begründeten Verbote hinausgeht.

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.<sup>105</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

### 2. Auflagenerteilung gem. § 15 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VersG

#### a) Verfassungsrechtlicher Vorrang der Auflagenerteilung vor Versammlungsverbot

44 Ungeachtet der Tatsache, dass

- der Wortlaut von § 15 Abs. 1 VersG durch die Reihung – „verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen“ – zunächst nahelegen würde, dass Versammlungsverbot und Auflagenerteilung in keinem bestimmten Rangverhältnis stehen oder aber aufgrund der zunächst erfolgenden Nennung des Versammlungsverbots dieses Vorrang genießen würde vor der Auflagenerteilung,
- § 15 Abs. 1 VersG als allgemeingehaltene Befugnisgrundlage mit dem Erfordernis der „unmittelbaren“ Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu qualifizieren ist,
- die Tatbestände des § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 VersG durch die Verwendung des Partikels „insbesondere“ eine beispielhafte Aufzählung bilden, insoweit also nicht abschließend sind mit der Folge, dass bei nicht gegebenen Tatbeständen des § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VersG sowohl hinsichtlich des Verbots als auch der Auflagenerteilung auf § 15 Abs. 1 VersG zurückgegriffen werden kann,

ergibt sich aus den Vorgaben der Rspr. des BVerfG der **grundsätzliche Vorrang der Auflagenerteilung** – mit der Folge der Ermöglichung der Durchführung einer angemeldeten Versammlung – vor der Verhängung eines Versammlungsverbots.

45 Demnach hat von Verfassungen wegen der im **Ermessen** („kann“) der zuständigen Behörde stehenden Befugnis, eine Versammlung zu verbieten, im Grunde eine **zweifache Prüfung** vorzugehen:

- Zum einen muss der verfassungsrechtlich gebotene Vorrang der Auflagenerteilung vor einem Versammlungsverbot beachtet werden,
- zum anderen ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine „unmittelbare“ Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung iSd § 15 Abs. 1 VersG für den Fall gegeben sind, dass keiner der Tatbestände des § 15 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VersG einschlägig ist.

46 Ein Versammlungsverbot steht daher unter dem Vorbehalt der strikten **Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**.

#### 47 ▶ **Muster: Rechtswidrigkeit eines Versammlungsverbots bei Möglichkeit der Abwendung einer Kollision mit Rechtsgütern Dritter durch Auflagen (Alternativroute)**

822

An das Verwaltungsgericht ...

In der Verwaltungsstreitsache

A ...

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigter: Unterfertigter

<sup>105</sup> VGH BW U. v. 30.6.2011 – 1 S 2901/10; vgl. SächsOVG U. v. 2.2.2016 – 3 A 181/14 (1. Instanz: VG Chemnitz U. v. 6.11.2012 – 4 K 172/12), das die Verpflichtung von Ordnern, auf Verlangen zur Identitätsfeststellung einen gültigen Personalausweis vorzuzeigen, für rechtmäßig, die Verpflichtung des Versammlungsleiters, Ordner in Anwesenheit des polizeilichen Einsatzleiters in ihre Aufgaben einzuweisen und über ihre Rechte und Pflichten zu belehren, für rechtswidrig erachtete.

gegen  
Stadt ■■■

– Antragsgegnerin –

wegen: Versammlungsrechts

hier: Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Antragsteller anwaltlich ver-  
trete.

Namens und auftrags des Antragstellers **beantrage** ich, zu erkennen:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen das durch die Antragsgegnerin durch Bescheid vom  
■■■ ausgesprochene Versammlungsverbot wird wiederhergestellt.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Antragsgegnerin.

### **Begründung:**

#### **A. Sachverhalt**

I. Mit einem am ■■■ bei der Antragsgegnerin eingegangenen Schreiben vom ■■■ zeigte der Antrag-  
steller bei der Antragsgegnerin an, am ■■■ (Sonnabend) in der Zeit von 12.00 Uhr bis 20.00  
Uhr einen Demonstrationaufzug unter dem Motto „Tag der deutschen Zukunft – ein Signal gegen  
Überfremdung – gemeinsam für eine deutsche Zukunft“ durchzuführen. Der Aufzug soll mit einer  
Auftaktkundgebung von ca. 45 Minuten auf dem Vorplatz des Hauptbahnhofs beginnen und anschlie-  
ßend den Verlauf über die A-Straße, B-Platz, C-Straße, D-Straße, E-Straße mit Zwischenkundgebung  
(Live-Musik, ca. 90 Minuten) auf dem S-Platz, des Weiteren zurückführend über die vorbezeichne-  
ten Straßenzüge mit einer am Vorplatz des Hauptbahnhofs stattfindenden Abschlusskundgebung  
(ca. 45 Minuten und Verabschiedung der Teilnehmer) nehmen. Ausgegangen wurde von ca. 700  
Teilnehmern.

**Glaubhaftmachung:** Anschreiben Antragsteller vom ■■■

II. Einige Tage später zeigte Herr C für die Fraktion der Partei „Die Linke“ die Durchführung  
einer versammlungsrechtlichen Veranstaltung mit Aufzug und Kundgebungen am gleichen Tage ab  
8.00 Uhr unter dem Motto „Kein Fußbreit den Nazis!“ unter Angabe des Versammlungsverlaufs wie  
folgt an: Beginn der Veranstaltung auf dem Bahnhofsvorplatz, des Weiteren über A-Straße, B-Platz,  
C-Straße, sodann zurückführend auf der vorbezeichneten Route zum Bahnhofsvorplatz. Zu rechnen  
sei mit ca. 2.000 Teilnehmern.

Durch Anschreiben vom ■■■ zeigte Herr D für den Deutschen Gewerkschaftsbund ebenfalls für den  
gleichen Tag die Durchführung einer Demonstration mit Kundgebung und Aufzug zum Thema „Demo-  
kratie und Zivilcourage“ an, stattfindend in der Zeit von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, beginnend mit  
einer Auftakt- und Abschlusskundgebung jeweils auf dem Bahnhofsvorplatz.

**Glaubhaftmachung:** Anschreiben Herr C für die Partei „Die Linke“ vom ■■■

Anschreiben Herr D für den Deutschen Gewerkschaftsbund vom ■■■

III. Mit einem an die Antragsgegnerin gerichteten Anschreiben vom ■■■ nahm die Polizeidirektion  
■■■ eine Gefährdungseinschätzung zu den am gleichen Tage geplanten Veranstaltungen dahin gehend  
vor, dass unter Berücksichtigung eines ebenfalls am gleichen Tage von 11.00 Uhr bis 19.00 Uhr  
stattfindenden Kulturfestes als größtem multikulturellen Fest in der Stadt ■■■ die Durchführung der  
Aufzüge und die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen das Kulturfest „faktisch einschließen“ und  
für potenzielle Teilnehmer nahezu unerreichbar machen werde. Darüber hinaus seien hier erhebliche  
Auswirkungen auf den innerstädtischen Bereich der Stadt ■■■ zu erwarten. Aus polizeilicher Sicht  
sei davon auszugehen, dass sich vergleichbare, iE beschriebene Protest- und Blockadeaktionen wie



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

beim Aufzug der NPD im Jahre 2005 zutragen würden, wobei für das Jahr 2011 mit höherem Protestpotenzial zu rechnen sei und deshalb der polizeiliche Kräfteinsatz nochmals erhöht werden müsse.

**Glaubhaftmachung:** Anschreiben der Polizeidirektion ... an die Stadt ... vom ...

IV. IR des am ... stattfindenden Kooperationsgesprächs wies der Antragsteller darauf hin, er habe die sich für das Kulturfest am gleichen Tage ergebenden Beeinträchtigungen nicht in Rechnung gestellt und sei bereit, bis zum ... eine alternative Aufzugsroute anzubieten, was durch E-Mail des Antragstellers vom ... gegenüber der Antragsgegnerin erfolgte. Nachdem die Polizeidirektion ... in ihrer Stellungnahme vom ... bzgl. der alternativen Streckenführung wiederum zu dem Ergebnis gelangte, auch diese komme aus polizeilicher Sicht nicht in Betracht, weil Start- und Zielpunkt weiterhin der Hauptbahnhof seien, die Streckenführung darüber hinaus den Kernbereich der Innenstadt tangiere und die Sicherungsmaßnahmen mit den Auswirkungen auf die Innenstadt wegen des zu erwartenden Protestpotenzials im Wesentlichen unverändert blieben, untersagte die Antragsgegnerin durch sofort vollziehbar erklärten Bescheid vom ... den seitens des Antragstellers angemeldeten Aufzug sowie jede Form einer Ersatzveranstaltung insbes. auf der per E-Mail vom ... dargestellten Alternativroute.

**Glaubhaftmachung:** E-Mail des Antragstellers vom ...  
Stellungnahme der Polizeidirektion ... vom ...  
Bescheid der Antragsgegnerin vom ...

V. Gegen den am ... beim Antragsteller zugestellten Bescheid der Antragsgegnerin vom ... wurde durch den Unterfertigten vom ... form- und fristgerecht Klage zum Verwaltungsgericht erhoben, über die noch nicht entschieden ist.

### B. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO

#### I. Zulässigkeit

...

#### II. Begründetheit

Der zulässige Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist auch begründet, da sich bei der gebotenen überschlüssigen Prüfung des Erfolgs des Rechtsmittels in der Hauptsache ergibt, dass das Versammlungsverbot durch Bescheid der Antragsgegnerin vom ... voraussichtlich rechtswidrig ist mit der Folge, dass an der sofortigen Vollziehbarkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein wie immer geartetes rechtliches Interesse bestehen kann. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Die als Rechtsgrundlage für die angefochtene Verbotsverfügung in § 8 Abs. 2 S. 1 NdsVersG genannten Voraussetzungen, wonach die zuständige Behörde eine Versammlung verbieten oder auflösen kann, wenn ihre Durchführung der öffentlichen Sicherheit unmittelbar gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann, liegen nicht vor.

a) Das der zuständigen Behörde durch § 8 Abs. 2 S. 1 NdsVersG eingeräumte Entschließungsermessen ist unter Zugrundelegung der verfassungsrechtlichen Rspr. grundrechtlich gebunden mit der Folge, dass die Versammlungsfreiheit nur dann zurückzutreten hat, wenn eine Abwägung unter Berücksichtigung der Bedeutung dieses Freiheitsrechts ergibt, dass dies zum Schutz anderer, mindestens gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist. Darüber hinaus setzt die behördliche Eingriffsbefugnis eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bei Durchführung der Versammlung in der durch den Antragsteller beantragten Form voraus. Hierfür muss eine konkrete Sachlage gegeben sein, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Rechtsgüter führt. Außerdem müssen zum Zeitpunkt des Erlasses der Verbotsverfügung erkennbare Umstände dafür vorliegen, dass eine Gefährdung der

öffentlichen Sicherheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dies setzt nachweisbare Tatsachen als Gefahrenprognose voraus; bloße Vermutungen reichen nicht.<sup>106</sup>

b) Zum einen liegen keine gesicherten polizeilichen Erkenntnisse darüber vor, dass der Antragsteller oder sein Anhang anlässlich der Versammlung Gewalttätigkeiten beabsichtigen oder billigen werden bzw. mit notwendiger Wahrscheinlichkeit aus der Versammlung heraus Gewalt gegen Menschen und Sachen zu erwarten ist, welche in Form von Körperverletzungen und Sachbeschädigungen Verstöße gegen die geltenden Strafgesetze und iÜ Verletzungen mindestens gleichwertiger Rechtsgüter Dritter darstellen würden. Zum anderen sind keine erkennbaren Hinweise darauf ersichtlich, dass der Antragsteller als Veranstalter gegen bestimmte Straftaten, wie zB die der Volksverhetzung (§ 130 StGB), nicht einschreiten oder diese billigen werde. Unter Zugrundelegung des Veranstaltungsmottos „Tag der deutschen Zukunft – ein Signal gegen Überfremdung – gemeinsam für eine deutsche Zukunft“ lässt sich jedenfalls ein Verstoß gegen Strafbestimmungen und damit gegen die öffentliche Sicherheit nicht begründen, dies ungeachtet der Tatsache, dass das Motto eine ausländerfeindliche Grundrichtung dokumentiert und daher der für die freiheitlich demokratische Grundordnung grundlegenden Erwartung der Toleranz gegenüber Ausländern widerstreitet. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass das StGB nicht bereits ausländerfeindliche Äußerungen als solche unter Strafe stellt.<sup>107</sup>

c) Folgt daraus daher zunächst, dass von der angezeigten Versammlung des Antragstellers selbst keine Störung der öffentlichen Sicherheit ausgehen wird, die ein vollständiges Verbot rechtfertigen könnte, so ergibt sich im Hinblick auf eine Störung der öffentlichen Sicherheit durch Beeinträchtigung von Rechtspositionen Dritter, dass diesen durch eine räumliche und zeitliche Beschränkung der Versammlung hinreichend Rechnung getragen werden kann. Dabei wird davon ausgegangen, dass bei der Durchführung des durch den Antragsteller angezeigten Demonstrationaufzugs – sowohl hinsichtlich der ursprünglich beantragten als auch der durch den Antragsteller angebotenen Alternativroute – mit hoher Wahrscheinlichkeit die Beeinträchtigung von Rechtspositionen Dritter zu erwarten ist, die gleichwertig zu der verfassungsrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit des Antragstellers aus Art. 8 Abs. 1 GG stehen. Die bei dieser Konstellation gebotene Abwägung miteinander kollidierender Rechtsgüter führt jedoch dazu, dass ein Totalverbot der Versammlung unverhältnismäßig und damit rechtswidrig wäre, da den Beeinträchtigungen ohne gravierende Einschränkung der Versammlungsfreiheit des Antragstellers begegnet werden kann. Dabei ist mit der Rspr. davon auszugehen, dass der Versammlung des Antragstellers nicht allein aufgrund der formalen Anknüpfung an den Zeitpunkt seiner Anmeldung Vorrang vor der Durchführung des Kulturfestes einzuräumen wäre, da die grundsätzliche Anerkennung einer zeitlichen Priorität für den „Erstanmelder“ dem Anliegen, die Ausübung der Versammlungsfreiheit grds. allen Grundrechtsträgern zu ermöglichen, widerstritte. Zudem könnte eine Ausrichtung allein am Prioritätsgrundsatz dazu führen, dass Versammlungen an bestimmten Tagen und Orten frühzeitig, ggf. auf Jahre hinaus „auf Vorrat“, gemeldet und damit anderen potenziellen Veranstaltern die Durchführung von Versammlungen unmöglich gemacht würde.<sup>108</sup>

2. Selbst wenn man mit der Antragsgegnerin davon ausgehen würde, dass eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auch bei Durchführung der Versammlung auf der durch den Antragsteller vorgeschlagenen Alternativroute zu besorgen wäre, ergäbe sich, dass das durch die Antrags-

106 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 (363); B. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01, NJW 2001, 1409; B. v. 1.5.2001 – 1 BvQ 22/01, NJW 2001, 2076; 29.3.2002 – 1 BvQ 9/02, NVwZ 2002, 983; B. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, BVerfGK 17, 303 (307 f.); B. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, DÖV 2013, 318 = NVwZ 2013, 570; SchHOVG B. v. 29.3.2012 – 4 MB 22/12, NordÖR 2012, 421; VG Bayreuth B. v. 23.4.2012 – B 1 S 12.351; VG Frankfurt/M. B. v. 4.9.2013 – 5 L 3277/13.F; VG Gelsenkirchen B. v. 17.9.2015 – 14 L 1939/15; VG Koblenz B. v. 6.8.2012 – 5 L 708/12.KO LKRZ 2012, 519; VG Münster B. v. 1.3.2012 – 1 L 88/12, NWVBl. 2012, 327; VG Schleswig B. v. 27.3.2012 – 3 B 39/12, NordÖR 2012, 418.

107 BVerfG B. v. 7.4.2001 – 1 BvQ 17/01, 18/01, NJW 2001, 2072; B. v. 4.2.2010 – 1 BvR 369/04 u.a. NJW 2010, 2193.

108 BVerfG B. v. 6.5.2005 – 1 BvR 961/05, NVwZ 2005, 1055.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

gegnerin erlassene vollständige Versammlungsverbot mit Rücksicht auf die hohe Bedeutung des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG unverhältnismäßig ist, da den durch die Antragsgegnerin zugrunde gelegten Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch die Beschränkung der Versammlung auf eine stationäre Kundgebung sowie durch eine Reihe anderer Auflagen erheblich verringert werden könnte, so dass durch das „Totalverbot“ der Versammlung der in der Rspr. insbes. des BVerfG hervorgehobene Grundsatz des Vorrangs der Auflagenerteilung vor einem Versammlungsverbot verletzt ist.

Insbes. ist höchstrichterlich anerkannt, dass Änderungen der angemeldeten Versammlungsrouten desto eher zulässig sind, je schwerwiegender die berechtigten Interessen Dritter sind. In einem solchen Falle ist das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über Ort und Zeitdauer der Veranstaltung eingeschränkt,<sup>109</sup> da dem Veranstalter das Bestimmungsrecht darüber, wie gewichtig die Rechtsgüter in die Abwägung einzubringen sind und eine bestehende Interessenkollision rechtlich bewältigt werden kann, dann nicht zusteht, wenn die Ausübung des Versammlungsrechts zur Kollision mit Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit führt. Bietet der Veranstalter aber von sich aus – unter grundsätzlicher Anerkennung der mit der ursprünglichen Versammlungsrouten verbundenen Kollision mit Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit – eine Alternativroute an und lässt sich durch entsprechende Auflagenerteilung sowohl eine Kollision mit Rechtsgütern Dritter als auch eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung abwenden, so ist ein Versammlungsverbot rechts- und verfassungswidrig.

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.<sup>110</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

### b) Vorrang der Befugnisnormen des § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG

#### aa) Nutzung einer Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung (§ 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG) als Versammlungsort bei Besorgnis der Beeinträchtigung der Würde der Opfer (§ 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VersG)

- 48 Gem. § 15 Abs. 2 S. 1 iVm S. 2 und 3 VersG kann eine Versammlung oder ein Aufzug „insbesondere“ verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn die Versammlung oder der Aufzug an einem Ort stattfindet, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert (S. 1 Nr. 1) und nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung oder den Aufzug die Würde der Opfer beeinträchtigt wird (S. 1 Nr. 2).
- 49 Gem. § 15 Abs. 2 S. 2 VersG ist das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin ein Ort iSd § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG, dessen Abgrenzung sich aus der Anlage zum VersG ergibt (§ 15 Abs. 2 S. 3 VersG).

109 BVerfG B. v. 2.12.2005 – 1 BvQ 35/05; B. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01, NJW 2001, 1409. Zu den Anforderungen an die zeitliche Verlegung: BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 27.1.2012 – 1 BvQ 4/12, KommJur 2012, 354 = NVwZ 2012, 749; BVerwG U. v. 26.2.2014 – 6 C 1/13; OVG RhPf U. v. 6.12.2012 – 7 A 10821/12, DÖV 2013, 358 = DVBl 2013, 390 (1. Instanz: VG Trier U. v. 31.7.2012 – 1 K 180/12.TR); B. v. 27.1.2012 – 7 B 10102/12, DÖV 2012, 405 (1. Instanz: VG Trier B. v. 27.1.2012 – 1 L 79/12.TR). Bzgl. der Zuweisung eines anderen Versammlungsortes: BayVGh B. v. 26.10.2015 – 10 CS 15.2339 (1. Instanz: VG München B. v. 26.10.2015 – M 7 S 15.4716); OVG NRW B. v. 24.10.2015 – 15 B 1226/15 (1. Instanz: VG Köln B. v. 23.10.2015 – 20 L 2600/15); VG Berlin B. v. 2.10.2015 – 1 L 332/15; VG Frankfurt/M. B. v. 18.6.2015 – 5 L 2325/15.F; VG Trier U. v. 20.1.2015 – 1 K 1811/14.TR; B. v. 3.9.2014 – 1 L 1611/14.TR (Verlegung einer NPD-Kundgebung anlässlich Besuchs des Bundespräsidenten). Zu den Anforderungen an eine Verkürzung bzw. Änderung der Aufzugsroute: BayVGh B. v. 6.6.2015 – 10 CS 15.1210 (1. Instanz: VG München B. v. 5.6.2015 – M 7 S 15.2222 – Sternmarsch anlässlich G7-Gipfels in Elmau); HessVGh B. v. 29.5.2013 – 2 B 1274/13 (1. Instanz: VG Frankfurt/M. B. v. 28.5.2013 – 5 L 2209/13.F – Aufzug in der Nähe der Europäischen Zentralbank); OVG MV B. v. 9.11.2012 – 3 M 173/12 (1. Instanz: VG Greifswald B. v. 7.11.2012 – 6 B 1610/12 – Demonstration in der Nähe einer Asylbewerberunterkunft am 9.11.); OVG NRW B. v. 11.6.2013 – 5 B 446/13 (1. Instanz: VG Aachen B. v. 5.4.2013 – 6 L 131/13); SächsOVG B. v. 7.3.2016 – 3 B 76/16 (1. Instanz: VG Leipzig B. v. 5.3.2016 – 1 L 155/16); VG Bayreuth B. v. 30.4.2012 – B 1 S 12.389; VG Köln B. v. 30.4.2012 – 20 L 557/12.

110 NdsOVG B. v. 1.6.2011 – 11 ME 164/11.

**bb) Landesrechtliche Bestimmung „anderer Orte“ (§ 15 Abs. 2 S. 4 VersG) bzw. bestimmter Tage**

Von der in § 15 Abs. 2 S. 4 VersG eröffneten Ermächtigung, durch Landesgesetz „andere Orte“ nach § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG und deren Abgrenzung zu bestimmen, haben das Land Berlin, der Freistaat Sachsen sowie Sachsen-Anhalt Gebrauch gemacht; die Versammlungsgesetze Berlins, Sachsen-Anhalts und Schleswig-Holsteins definieren darüber hinaus bestimmte Tage, an denen Beschränkungen bzw. Verbote von Versammlungen in Betracht kommen; die Regelungen der Versammlungsgesetze Bayerns und Niedersachsens entsprechen im Wesentlichen § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG, erstrecken aber Beschränkungs- oder Verbotsbefugnis auch auf Tage mit einem an die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft erinnernden Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft:

**(1) Bayern**

Die Befugnis gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a, b und 2 BayVerslGist durch die Verwendung des Partikels „oder“ tatbestandlich weiter als § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG gefasst, stellt sich aber im Wesentlichen als „Anreicherung“ des Befugnistatbestands nach § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VersG dar.

**(2) Berlin**

Gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VersFG BE kann eine Versammlung verboten, beschränkt oder nach deren Beginn aufgelöst werden, wenn sie an einem in der in Abs. 2 Nr. 1–4 der Anlage genannten Tag<sup>111</sup> oder an einem der in Abs. 1 Nr. 1–23 der Anlage genannten Orte<sup>112</sup> stattfindet, dem ein an die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt und nach der zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die unmittelbare Gefahr besteht, dass durch die Versammlung die Würde der Opfer beeinträchtigt wird.

**(3) Niedersachsen**

Auch § 8 Abs. 4 Nr. 1, 2 NVersG enthält im Vergleich zu § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG eine tatbestandliche Erweiterung der Beschränkungs- bzw. Verbotsbefugnis dadurch, dass hierfür alternativ eröffnet sind die Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung oder Verharmlosung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft „auch durch das Gedenken an führende Repräsentanten des Nationalsozialismus“ und dadurch eintretender unmittelbarer Gefährdung des öffentlichen Friedens in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise

**(4) Sachsen**

§ 15 Abs. 2 SächsVerslG des am 26.1.2010 in Kraft getretenen, durch den SächsVerfGH bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten für unvereinbar und nichtig<sup>113</sup> erkannten Sächsischen Versammlungsgesetzes aF gab der zuständigen Behörde die Befugnis, eine Versammlung zu verbieten

111 27. Januar (Holocaust-Gedenktage), 8. Mai (Tag der Befreiung), 9. Mai (Tag des Sieges über den Faschismus), 9. November (Gedenken an die Reichspogromnacht 1938).

112 Denkmal für die ermordeten Juden Europas, Neue Wache – Zentrale Gedenkstätte der Bundesrepublik Deutschland für die Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft, Unter den Linden, Bebelplatz mit dem Denkmal zur Erinnerung an die Bücherverbrennung am 10. Mai 1933, Gedenkstätte Plötzensee, Hüttigpfad, Internationales Dokumentations- und Begegnungszentrum „Topographie des Terrors“, Stresemann-/Niederkirchnerstraße, Gedenk- und Bildungsstätte „Haus der Wannseekonferenz“, Am Großen Wannsee, Mahmal „Gleis 17“, Bahnhof Grunewald, Jüdisches Altersheim in der Großen Hamburger Straße, Jüdische Friedhöfe in der Heerstraße, der Schönhauser Allee, in Weißensee, Herbert-Baum-Straße, Jüdisches Museum Berlin, Lindenstraße, Gedenkstätte auf dem Vorplatz des Gemeindehauses der Jüdischen Gemeinde zu Berlin, Fasanenstraße, Gedenkstätte auf dem Parkfriedhof Marzahn für die Opfer des Sinti- und Roma-Sammellagers, Wiesenburger Weg, Gedenkstätte „Köpenicker Blutwoche, Puchanstraße, Gedenkstätte am Ort des ehemaligen Zwangsarbeiterlagers in Schöneweide, Britzer Straße, Museum „Blindenwerkstatt Otto Weidt“ mit Gedenkstätte „Stille Helden“, Rosenthaler Straße, Deutsch-Russisches Museum Karlshorst, Zwieseler Straße, Denkmal für die im Nationalsozialismus ermordeten Homosexuellen, Ebertstraße, Denkmal für die im Nationalsozialismus ermordeten Sinti und Roma Europas, Simsonweg, Mahmal Spiegelwand, Hermann-Ehlers-Platz, Gedenkstätte Zwangslager, Otto-Rosenberg-Platz, Berlin-Marzahn, Güterbahnhof Moabit, Ellen-Epstein-Straße, Gedenk- und Informationsort für die Opfer der nationalsozialistischen „Euthanasie“-Morde, Tiergartenstraße, Gedenkort SA-Gefängnis Papestraße, Werner-Voß-Damm.

113 SächsVerfGH U. v. 19.4.2011 – Vf. 74-II-10, NVwZ 2011, 936; vgl. Scheidler NVwZ 2011, 924.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

oder von Auflagen abhängig zu machen, wenn sie an einem „Ort von historisch herausragender Bedeutung“ stattfindet, der an die Opfer der nationalsozialistischen oder der kommunistischen Gewaltherrschaft, an Widerstandskämpfer oder Opfer eines Krieges erinnert. Hinzutreten müsse die Besorgnis, dass dadurch die Würde der Opfer beeinträchtigt werde. Als „Orte von historisch herausragender Bedeutung“ idS bezeichnete § 15 Abs. 2 S. 3 SächsVerslG das Völkerschlachtdenkmal in Leipzig, die Frauenkirche mit dem Neumarkt in Dresden sowie für den 13. und 14. Februar<sup>114</sup> darüber hinaus die nördliche Altstadt sowie die südliche innere Neustadt in Dresden; die lagemäßige Abgrenzung wurde durch eine Anlage zum SächsVerslG vorgenommen; § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a–c, Nr. 2 Buchst. a–c, S. 2 und 3 SächsVerslG 2012 haben diese Tatbestände beibehalten.

55 Ungeachtet der Tatsache, dass sich die **Nichtigerklärung des SächsVerslG** ausschließlich der Tatsache verdankte, dass die Gesetzesvorlage nicht den Anforderungen des Art. 70 Abs. 1 SächsVerf entsprach, weil der Gesetzentwurf den Wortlaut des zu verabschiedenden wie verabschiedeten Gesetzes nicht authentisch wiedergab, dokumentieren die Auseinandersetzungen über Anwendungsbereich und Grenzen des § 15 Abs. 2 SächsVerslG exemplarisch die Probleme der landesrechtlichen Umsetzung des § 15 Abs. 2 S. 4 VersG:

- Ging die Gesetzesbegründung davon aus,<sup>115</sup> dass die Aufzählung der „Orte von historisch herausragender Bedeutung“ in § 15 Abs. 2 S. 3 SächsVerslG nicht abschließend mit der Folge sei, dass die Versammlungsbehörden auch berechtigt seien, aufgrund eigenständiger Feststellung auch an „anderen Orten“ § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SächsVerslG anzuwenden, so wurde – zu Recht – in der wissenschaftlichen Lit. die gegenteilige Auffassung vertreten, wonach es im Gesetz selbst keinen Hinweis darauf gebe, dass die Festlegung der „Orte von historisch herausragender Bedeutung“ nicht abschließend sei, wofür nicht zuletzt die Anlage zu § 15 Abs. 2 SächsVerslG mit der genauen Umschreibung der Örtlichkeiten spreche.<sup>116</sup>
- Nicht von der Hand zu weisen waren und sind darüber hinaus Bedenken dahin gehend, ob die durch § 15 Abs. 2 S. 1 und 2 SächsVerslG erfolgte Gleichstellung nationalsozialistischer und kommunistischer Gewaltherrschaft zulässig ist, zumal § 130 Abs. 4 StGB diese nicht vornimmt und durch das BVerfG<sup>117</sup> gebilligt wurde.
- Schließlich bestanden und bestehen Zweifel daran, ob an einigen der in § 15 Abs. 2 S. 3 SächsVerslG genannten Orten – insbes. am Völkerschlachtdenkmal – ein Bezug zu einer konkreten individuellen und damit persönlichen Ehr- und Würdeschutzvorstellung besteht.<sup>118</sup>

### (5) Sachsen-Anhalt

- 56 § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a–d, Nr. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 iVm § 14 Abs. 2 S. 1, § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 iVm § 14 Abs. 2 S. 2 VersG LSA enthält – wie das VersFG BE – einen umfangreichen Katalog von Orten oder Tagen, an denen Versammlungen unter freiem Himmel oder Aufzüge von bestimmten Beschränkungen abhängig gemacht oder verboten werden können.
- 57 Als relevante Orte iSv § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a–d VersG LSA werden gem. § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–9 VersG LSA bezeichnet und gem. § 14 Abs. 1 S. 2 VersG LSA in den Anlagen 1a–9 kartographisch dargestellt: die KZ-Gedenkstätte Lichtenburg Prettin, die Gedenkstätte für Opfer der „NS-Euthanasie“ Bernburg, die Gedenkstätten Langenstein-Zwieberge, „Roter Ochse“ in Halle/Saale, das Mahnmal in Dolle für ermordete Häftlinge des KZ Mittelbau-Dora, die

114 Bombardement Dresdens durch 773 Flugzeuge der britischen RAF in der Nacht vom 13. auf den 14.2.1945 sowie durch 311 Bomber der US-Streitkräfte am 14.2.1945.

115 LT-Drs. 5/286, 15.

116 Vgl. *Weber*, Sächsisches Versammlungsrecht, 2010; *Robrecht* SächsVBl. 2010, 129.

117 BVerfG B. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47; vgl. hierzu *Scheidler* NWVBl. 2010, 131 (134); BayVGHBayVBl. 2008, 109 (111).

118 Vgl. *Weber*, Sächsisches Versammlungsrecht, 2010, S. 167; *Scheidler* NVwZ 2011, 924 (926). Zur Rechtmäßigkeit der Verlegung einer am Mahnmal zur Erinnerung an die in der NS-Zeit ermordeten Juden geplanten Versammlung mit der Begründung einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Ordnung, obwohl dieser Versammlungsort nicht zu dem gem. § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 4 VersG bestimmten Orten gehört, vgl. OVG Saar B. v. 3.8.2015 – 1 B 143/15, KommJur 2015, 476 = LKRZ 2015, 412 = NVwZ-RR 2015, 892, bestätigt durch BVerfG B. v. 3.8.2015 – 1 BvQ 26/15.

Mahn- und Gedenkstätten Feldscheune Isenschnibbe Gardelegen und Veckenstedter Weg Wer-nigerode sowie die Gedenkstätten Moritzplatz Magdeburg und Deutsche Teilung Marienborn.

Erinnerungstage an die Schrecken der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft iSv § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 sind gem. § 14 Abs. 2 S. 1 VersG LSA der 27. und 30. Januar, der 8. Mai, der 20. Juli, 1. September und 9. November;<sup>119</sup> der 20. April wird gem. § 14 Abs. 2 S. 2 VersG LSA als Tag iSv § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VersG LSA bezeichnet, der unter der nationalsozialisti-schen Gewaltherrschaft besonders begrungen wurde.

#### (6) Schleswig-Holstein

§ 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 VersFG SH stimmt mit § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG überein, erfordert aber darüber hinausgehend das Bestehen der unmittelbaren Gefahr, dass durch die Versamm-lung die nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft gebilligt, verherrlicht und ge-rechtfertigt und dadurch der öffentliche Friede gestört wird (§ 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 VersFG SH). Als Tag iSv § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 VersFG SH werden in § 13 Abs. 4 S. 2 VersFG SH der 27. Januar und der 9. November bestimmt.

#### c) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, § 15 Abs. 1 VersG

Entscheidendes Kriterium für die Erteilung von Auflagen und – unter Beachtung des grund-sätzlichen Vorrangs der Auflagenerteilung (→ Rn. 44 ff.) – für die Verhängung eines Versamm-lungsverbots ist das in § 15 Abs. 1 VersG in Bezug genommene Tatbestandsmerkmal der „un-mittelbaren“ Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung).<sup>120</sup> Die diesbzgl. Annah-me setzt voraus, dass der **Schadenseintritt** für Individualrechtsgüter oder aber Rechtsgüter der Allgemeinheit bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs **mit hoher Wahr-scheinlichkeit zu erwarten** ist. Erforderlich ist jeweils eine auf die konkrete Versammlung bezogene **Gefahrenprognose**, die auf erkennbaren Umständen beruhen muss, also auf Tatsachen, Sach-verhalten und sonstigen Erkenntnissen.<sup>121</sup> Insbes. bei durch rechtsextreme Veranstalter ange-meldeten Demonstrationen ist eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dann gegeben, wenn es bei Durchführung eines beabsichtigten Aufzugs mit hoher Wahr-scheinlichkeit zu einem **Aufeinandertreffen „Rechts/Links“** und in deren Folge zur Verwirklichung von Straftaten in Gestalt von Körperverletzungsdelikten und Sachbeschädigungen, also insbes. zu Gefährdungen von Leib und Leben anderer, kommen würde. Auch hier gebietet der hohe ver-fassungsrechtliche Rang des Art. 8 Abs. 1 GG die Prüfung, ob eine Auflagenerteilung – etwa im Hinblick auf das Gebot einer sog. **stationären Kundgebung** – geeignet ist, die auf der Grundlage einer behördlichen/polizeilichen Gefahrenprognose zu besorgenden unmittelbaren Gefährdungen auszuschließen. Nämliches gilt für während der **Corona-Pandemie** erlassene in-fektionsschutzrechtliche Versammlungsverbote (→ Rn. 63 ff.) mit der Begründung potentiell konflikträchtiger Gegendemonstrationen sowie damit einhergehender Infektionsgefahren für Teilnehmer, Gegendemonstranten und Polizeivollzugsbeamte.<sup>122</sup> Bestehen aufgrund der Anmel-dung mehrerer Versammlungen Flächenkonflikte, ist es Aufgabe der Behörde, diese durch den Erlass von Auflagenbescheiden zu lösen.<sup>123</sup>

119 In der Rspr. sind als Tage, denen ein an die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, anerkannt: 27. Januar (Holocaust-Gedenktag), 30. Januar (Tag der sog. Machtergreifung), 20. April (Geburstag Hitlers), 9. November (Reichspogromnacht); vgl. SchlHOVG B. v. 29.3.2012 – 4 MB 22/12; VG Karlsruhe B. v. 20.2.2012 – 2 K 378/12. Nicht anerkannt hingegen sind Tage der Bombardierung deutscher Städte durch Alliierte; vgl. VG Würzburg B. v. 13.3.2015 – W 5 S 15.205 (für den 16. März als Tag der Bombardierung Würzburgs).

120 Nach der Rspr. von OVG Bln-Bbg (B. v. 23.1.2021 – OVG 1 S 9/21) und VG Berlin kann zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Sicherheit“ gem. § 14 Abs. 1 VersFG BE auf die Rspr. und Lit. zu § 15 Abs. 1 VersG zurückgegriffen werden; vgl. VG Berlin B. v. 30.7.2021 – 1 L 379/21; B. v. 21.4.2021 – 1 L 236/21 (Verbot angemeldeter Versammlungen der „Querdenker-Bewegung“ mit 22.500 bzw. 1.000 Teilnehmern).

121 Vgl. VG Gelsenkirchen U. v. 18.5.2010 – 14 K 2054/09.

122 Vgl. VGH BW B. v. 23.5.2020 – 1 S 1586/20, EzIfSchR, Nr. 1470.35 (gegen VG Stuttgart B. v. 22.5.2020 – 5 K 2478/20, EzIfSchR, Nr. 1470.34); VG Kassel B. v. 18.6.2021 – 6 L 1138/21.KS.

123 SächsOVG B. v. 13.2.2021 – 6 B 39/21.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

### d) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung, § 15 Abs. 1 VersG

- 61 Unter **öffentlicher Ordnung** ist die **Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln** zu verstehen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird. Beschränkungen der Versammlungsfreiheit zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung sind daher nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn diese nicht aus dem Inhalt von Äußerungen, sondern aus der Art und Weise der Durchführung der Versammlung folgen.<sup>124</sup> Auch für diese Konstellation ist der grundsätzliche Vorrang der Auflagenerteilung (→ 45 ff.) – ggf. hinsichtlich der Beschränkung auf eine „stationäre Kundgebung“ – vor der Verhängung eines Versammlungsverbots zu beachten. Darüber hinaus verbietet sich auch eine Auflagenerteilung mit der Begründung, es seien – ohne Berücksichtigung der mit der Veranstaltung verbundenen Begleitumstände – Verstöße gegen Strafgesetze oder gegen die öffentliche Ordnung zu besorgen. § 15 Abs. 1 VersG bedarf aus verfassungsrechtlichen Gründen einer einschränkenden Auslegung dahin gehend, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung als Grundlage beschränkender Verfügungen ausscheidet, soweit diese im Inhalt von Äußerungen gesehen wird.<sup>125</sup>

### 62 ► **Muster: Rechtswidrigkeit einer auf die Gefährdung der öffentlichen Ordnung gestützten**

#### 823 **Auflage (Kreuzigungsszene)**

An das Verwaltungsgericht ...

In der Verwaltungsstreitsache

Verein „Schützt die Tiere“ eV, vertr. d. d. 1. Vorsitzenden ...

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigter: Unterfertigt

gegen

Stadt ...

– Antragsgegnerin –

wegen: Versammlungsrechts

hier: Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Antragsteller anwaltlich verrete.

Namens und auftrags des Antragstellers stelle ich hiermit den **Antrag**:

1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom ... gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom ... wird wiederhergestellt.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

#### **Begründung:**

##### **A. Sachverhalt**

I. Der Antragsteller, ein eingetragener Verein, der sich nach seiner Vereinssatzung vom ... den Schutz der Rechte aller Tiere zur Aufgabe gemacht hat, zeigte per Telefax vom ... bei der Antragsgegnerin für den Gründonnerstag in der Zeit von 11.00 Uhr bis 12.30 Uhr eine Kundgebung nach dem Versammlungsgesetz zum Thema „Tierschutz und vegetarische Ernährung“ an. Als Versammlungsort wurde der durch starken Publikumsverkehr frequentierte Teil des Dom-Platzes bezeichnet.

124 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; B. v. 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, NJW 2004, 2814; B. v. 19.12.2007 – 1 BvR 2793/04, NVwZ 2008, 671.

125 VG Frankfurt a. M. B. v. 26.4.2013 – 5 L 1978/13.F.



Beabsichtigt war die symbolhafte Darstellung einer Kreuzigungsszene durch Personen mit Tiermasken (Hase, Lamm und Kalb) durch drei Teilnehmer der Versammlung, wobei zwei weitere Personen Handzettel verteilen sollten.

**Glaubhaftmachung:** Telefax des Antragstellers vom ...

II. Nachdem die Antragsgegnerin per Telefax vom ... die form- und fristgerechte Anmeldung der Versammlung bestätigt und den Antragsteller aufgefordert hatte, weitere Einzelheiten der geplanten Versammlung mitzuteilen, kam der 1. Vorsitzende des Antragstellers diesem Begehren durch E-Mail vom ... folgenden Inhalts nach:

„3 freiwillige Unterstützer von P ... werden nebeneinander stehen. Jeder trägt eine Stange auf den Schultern, so dass sie ihre Arme nach rechts und links ausstrecken können. Es handelt sich dabei nicht um Kreuze, sondern lediglich um eine Holzstange. Dadurch, dass die Personen nebeneinander stehen, soll die Anmutung einer Kreuzigungsszene entstehen. 3 Personen tragen Tiermasken (Hase, Lamm und Kalb) und sind mit biblisch anmutenden, braun gefärbten Leinentüchern halb bekleidet. Weitere Freiwillige (2 bis 3 Personen) verteilen „Veggie Starter Kits“ an Passanten, wobei es sich hierbei um kostenlose Broschüren mit leckeren pflanzlichen Rezepten handelt.“

**Glaubhaftmachung:** E-Mail des Antragstellers vom ...

III. Nach der durch die Antragsgegnerin per E-Mail vom ... erfolgten Anhörung des Antragstellers bzgl. des durch die Antragsgegnerin beabsichtigten Verbots der für die Kundgebung angekündigten „kreuzigungsartigen Darstellung“ erließ die Antragsgegnerin durch Bescheid vom ... u.a. folgende Auflage:

„Jegliche Darstellungen der Versammlungsteilnehmer bei der o.g. Versammlung, die eine Kreuzigungsszene oder die Anmutung einer solchen darstellen, ist verboten. Insbes. das Aufstellen von Kreuzen oder das Tragen von Stangen auf den Schultern der Versammlungsteilnehmer wird untersagt. Des Weiteren werden jegliche grob anstößige Darstellungen untersagt.“

**Glaubhaftmachung:** E-Mail der Antragsgegnerin vom ...

Bescheid der Antragsgegnerin vom ...

Zur Begründung wurde im o.g. Bescheid vom ... ausgeführt, die Darstellung einer Kreuzigungsszene durch halbnackte Versammlungsteilnehmer, die nur mit braun gefärbten Leinentüchern bekleidet seien und Tiermasken tragen, erfülle die Tatbestandsvoraussetzungen sowohl des § 166 StGB als auch des § 118 OWiG, so dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit iSv § 15 Abs. 1 VersG zu bejahen sei.

Insbes. die unmittelbare Nähe zum Dom sowie der Zeitpunkt der Veranstaltung in der Karwoche seien geeignet, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Des Weiteren sei davon auszugehen, dass eine deutliche Mehrheit der Passanten die Darstellung einer Kreuzigungsszene oder die Anmutung einer solchen als Störung der gem. § 15 Abs. 1 VersG geschützten öffentlichen Ordnung empfänden, da gegen herrschende soziale und ethische Wertvorstellungen verstoßen werde.

**Glaubhaftmachung:** Bescheid der Antragsgegnerin vom ...

IV. Mit Anschreiben vom ... wurde gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom ... form- und fristgerecht Klage mit der Begründung erhoben, der Bescheid verstoße gegen Art. 8 Abs. 1 GG iVm Art. 5 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 20a GG, da die Versammlung durch die erteilte Auflage in ihrem Kerngehalt verboten werde. IÜ habe die Antragsgegnerin sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen, da weltliche Interessen mit religiösen vermischt worden seien. Über den Widerspruch ist bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht entschieden.

**Glaubhaftmachung:** Klageeinlegungs- und -begründungsschriftsatz des Unterfertigten vom ...

## **B. Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO**

### **I. Zulässigkeit**

---

### **II. Begründetheit**

Der zulässige Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom --- gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist auch begründet, da sich iR der gebotenen Überprüfung des Erfolgs des Rechtsmittels in der Hauptsache ergibt, dass der Bescheid vom --- rechtswidrig ist, so dass an der sofortigen Vollziehbarkeit eines rechtswidrigen Bescheids kein wie immer geartetes rechtliches Interesse besteht.

1. Gemäß der vorzunehmenden Prüfung, ob die Veranstaltung des Antragstellers einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit oder aber Ordnung iSd § 15 Abs. 1 VersG darstellen würde, ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln, welchen Aussagegehalt die Veranstaltung haben soll. Diese setzt sich aus zwei Elementen zusammen: der Information des interessierten Publikums durch die Verteilung der „Veggie-Starter-Kits“ zum einen, der durch den Antragsteller bezeichneten Darstellung der „Anmutung einer Kreuzigungsszene“ zum anderen. Bzgl. Letzterer ergibt sich, dass dadurch, dass die Darsteller Tiermasken tragen sollen, ein Bezug zu dem satzungsmäßigen Vereinszweck, dem „Schutz der Rechte aller Tiere“, hergestellt wird.

2. Indes liegt der seitens der Antragsgegnerin angenommene Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit iSv § 15 Abs. 1 VersG durch die Verletzung von Strafgesetzen oder Ordnungswidrigkeitstatbeständen nicht vor.

a) Gem. § 166 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bestraft, wer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, wozu gem. § 11 Abs. 3 StGB auch Abbildungen und andere Darstellungen gehören, den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Ein tatbestandsmäßiges „Beschimpfen“ ist bei einer bössartigen, verhöhnenden Darstellung von Einrichtungen und Gebräuchen gegeben mit der Folge, dass ein bloßes Verspotten oder Lächerlich-Machen dann nicht ausreicht, wenn diesen der aggressive Charakter abgeht.<sup>126</sup> Dadurch, dass der Antragsteller durch die von ihm geplante Darstellung einen Bezug zum Kreuz, dem spezifischen Glaubenssymbol des Christentums, herstellt, ist jedoch weder eine Verhöhnung noch ein „Beschimpfen“ der mit dem Kreuz symbolisierten Glaubensvorstellungen des Christentums zu sehen.

b) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann sich diese auch nicht auf die Rspr. des OLG Nürnberg<sup>127</sup> berufen, wonach die Darstellung des an ein Kreuz genagelten Schweins auf einem T-Shirt im Internet ein „Beschimpfen“ iSv § 166 StGB darstellen könne. Der rechtlich relevante Unterschied ist darin belegen, dass diese Abbildung aufgrund des dortigen Gesamtzusammenhangs nur als beschimpfender Angriff auf ein religiöses Bekenntnis gewertet werden konnte.

c) Auch scheidet eine Strafbarkeit gem. § 166 Abs. 2 StGB aus, wonach „ebenso“ bestraft wird, wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (iSd § 11 Abs. 3 StGB) eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung, ihre Einrichtungen oder Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Nach hM stellt § 166 Abs. 2 StGB nicht jegliche Kritik an einer im Inland bestehenden Kirche oder anderen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung unter Strafe. Zudem wäre eine Meinungsäußerung nur dann geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören, wenn sie ihrem Inhalt nach erkennbar

<sup>126</sup> Vgl. *Fischer StGB* § 166 Rn. 12 mwN.

<sup>127</sup> OLG Nürnberg B. v. 23.6.1998 – Ws 1603/97, NStZ-RR 1999, 238.

auf rechtsgutgefährdende Handlungen angelegt wäre, dh den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markierte.<sup>128</sup> Dies ist im streitgegenständlichen Falle nicht erkennbar.

3. Des Weiteren geht die Antragsgegnerin zu Unrecht davon aus, die Veranstaltung des Klägers stelle eine tatbestandliche Verwirklichung von § 118 OWiG (Belästigung der Allgemeinheit) dar. IdS handelt nur derjenige ordnungswidrig, der eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Des Weiteren erfordert der Tatbestand einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Handlung und der Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit sowie der Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung.<sup>129</sup> Da jedoch bereits eine Verletzung der öffentlichen Ordnung nicht gegeben ist, kann offen bleiben, ob die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 118 OWiG erfüllt sind.

4. Unter den Begriff der öffentlichen Ordnung wurde lange Zeit die von der Verkehrssitte geprägte Gemeinschaftsordnung, die allgemeine Verkehrssitte oder der Zustand des von der Verkehrssitte geregelten Zusammenlebens von Menschen in der staatlichen Gemeinschaft subsumiert.<sup>130</sup> Der Begriff hat insoweit einen Bedeutungswandel erfahren, als hierunter nunmehr die Gesamtheit der sozialen Normen über das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit zu verstehen ist, deren Beachtung nach mehrheitlicher Anschauung eine unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen und menschlichen Zusammenlebens ist, wobei die grundrechtlichen Wertmaßstäbe als die sozialen Normen prägend zu berücksichtigen sind.<sup>131</sup>

Dies bedeutet, dass die Grundrechte des Antragstellers sowohl aus Art. 5 Abs. 1 als auch aus Art. 8 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sind. Hinzutritt, dass nach der Rspr. des BVerfG das Recht der freien Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 GG, soweit es den Inhalt der Meinung betrifft, allein durch die Strafgesetze beschränkt ist, so dass eine weitere Einschränkung durch Rückgriff auf die öffentliche Ordnung nicht zulässig ist. Diese kann, insbes. wenn die Meinung iR einer Versammlung gem. Art. 8 Abs. 1 GG geäußert wird, nur dann eine weitere Beschränkung erlauben, wenn dies die Umstände, unter denen die Meinung zum Ausdruck gebracht wird, erfordern. Solche Umstände liegen indes weder vor noch sind sie seitens der Antragsgegnerin glaubhaft gemacht.

5. Da Art. 8 Abs. 1 GG die Versammlungsfreiheit zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen, schützt, der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG demnach betroffen ist, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst oder aber die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird, andererseits die in Art. 5 Abs. 2 GG einerseits, Art. 8 Abs. 2 GG andererseits enthaltenen Schranken auf die jeweiligen Schutzbereiche der betroffenen Grundrechtsnorm bezogen sind, kann der Inhalt einer Meinungsäußerung, der iR des Art. 5 Abs. 2 GG nicht unterbunden werden darf, auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 Abs. 1 GG beschränken.<sup>132</sup>

6. Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch das in einer Meinungskundgabe liegende Verhalten des Antragstellers, das nicht gegen Strafgesetze verstößt, käme daher nur in Betracht, wenn die äußeren Umstände der Meinungsäußerung den Rahmen verließen, den das BVerfG in seiner Rspr. aufgezeigt hat. Dies ist jedoch nicht der Fall, da die durch den Antragsteller beabsichtigte „Anmutung einer Kreuzigungsszene“ durch die darin liegende Anknüpfung an die Passion Christi eine

128 BayVGh U. v. 8.3.2010 – 10 B 09.1102, DÖV 2010, 616.

129 Vgl. Göbler OWiG § 118 Rn. 14 mwN.

130 Vgl. Göbler OWiG § 118 Rn. 10 mwN.

131 Vgl. Senge in Karlsruher Kommentar zum OWiG § 118 Rn. 18.

132 BVerfG B. v. 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241 (246); BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 5.9.2003 – 1 BvQ 32/03, NVwZ 2004, 19; B. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93, 1 BvR 433/96, BVerfGE 104, 92 (104).

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Meinung über das Ausmaß des Leidens der Tiere auch durch eine bildhafte Darstellung zum Ausdruck bringen und kundtun will; sie enthält jedoch keine Begleitumstände, durch die zentrale christliche Glaubensvorstellungen verächtlich gemacht oder in den Schmutz gezogen würden. Dass die durch den Antragsteller vertretene Meinung sowie die Art und Weise ihrer Präsentation in der Öffentlichkeit möglicherweise von einer Vielzahl von Personen nicht gebilligt oder gar verurteilt wird, führt jedoch nicht zur Bejahung der Gefährdung der öffentlichen Ordnung.<sup>133</sup>

7. Der Bescheid vom ■■■ ist auch insoweit rechtswidrig, als dem Antragsteller „jegliche grob anstößige Darstellungen“ untersagt werden. Dabei kann zunächst offen bleiben, ob diese Auflage hinreichend bestimmt iSd § 37 VwVfG war. Mit dieser Formulierung wird ersichtlich an den Tatbestand des § 118 OWiG angeknüpft, dh an das Tatbestandsmerkmal „grob ungehörige Handlung“; diese erfasst auch solche, die keine Ordnungswidrigkeit darstellen und somit keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit. Seitens der Antragsgegnerin wird verkannt, dass zur Erfüllung des Tatbestands des § 118 OWiG weitere Voraussetzungen hinzutreten müssen, damit eine Ordnungswidrigkeit verwirklicht ist.

8. Die vorbezeichnete Auflage kann auch nicht auf § 15 Abs. 1 VersG gestützt werden, soweit danach Auflagen zum Schutz der öffentlichen Ordnung eröffnet werden, da nicht jede „grob ungehörige Handlung“ einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung darstellt.

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.

(Rechtsanwalt) ◀

### 3. Versammlungsverbot

#### a) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

- 63 Ergibt die von der zuständigen Behörde auf der Grundlage einer hinreichenden Tatsachenbasis zu erstellende Gefahrenprognose tatsächliche Anhaltspunkte, die bei verständiger Würdigung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und damit für einen Gefahren Eintritt rechtfertigt, und lässt sich der derart gestützte Gefahren Eintritt nicht durch eine Erteilung von Auflagen verhindern, so kommt als **ultima ratio** das Versammlungsverbot in Betracht. Sieht sich die Polizei nachgewiesenermaßen – etwa bei Erforderlichkeit einer großen Zahl von Einsatzkräften – kräftetechnisch außer Stande, geplante Aufzüge wechselseitig zu sichern, zB durch Einrichtung weiträumiger Korridore zwischen Demonstration und Gegendemonstration,<sup>134</sup> so kommt einer Auflage, die als Aufzug angemeldete Versammlung auf eine stationäre Kundgebung zu beschränken,<sup>135</sup> ebenso Vorrang vor einem Verbot zu wie der Bestimmung eines Ersatztermins und/oder eines Ersatzortes.<sup>136</sup> Diese Maßgaben haben seit der **Corona-Pandemie** erhöhte Bedeutung gewonnen, wenn es geht um

- **Teilnehmerbeschränkungen** durch Allgemeinverfügungen iSv § 35 S. 2 VwVfG<sup>137</sup> bzw. durch Ordnungsverfügung iSv § 35 S. 1 VwVfG auf der Grundlage einer landesrechtlichen Infektionsschutzverordnung iVm § 28 Abs. 1 S. 1, 2 iVm § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG,<sup>138</sup>
- **Erteilung von Ausnahmegenehmigungen** zur Durchführung von Aufzügen,<sup>139</sup>

133 VG Sigmaringen U. v. 19.1.2011 – 1 K 1561/10.

134 BayVGh B. v. 28.11.2014 – 10 ZB 13/13, BayVBl. 2015, 529 (1. Instanz: VG München U. v. 7.11.2012 – 7 K 10.5853).

135 VG Braunschweig U. v. 26.9.2012 – 5 A 96/11; VG Leipzig B. v. 15.2.2015 – 1 L 120/15.

136 VG Augsburg B. v. 30.7.2012 – Au 1 S 12.992; VG Braunschweig B. v. 10.5.2013 – 5 B 79/13.

137 Vgl. VG Ansbach B. v. 26.4.2021 – AN 4 S 21.00728 (Beschränkung der Teilnehmerzahl von nicht ausschließlich ortsfest stattfindenden Versammlungen auf 200 gem. § 25 Abs. 1 S. 1 der 12. BayfSMV).

138 Vgl. OVG NRW B. v. 4.12.2020 – 15 B 1909/20 (rechtswidrige Beschränkung der Teilnehmerzahl einer Versammlung unter dem Motto „Abrüstung statt Aufrüstung“ auf 100 Personen bei Versammlungsfläche von mindestens 1.500 qm).

139 Vgl. BayVGh B. v. 29.5.2020 – 10 CE 20.1291, EzlFSchR, Nr. 1470.38 (Rechtmäßigkeit versagter Ausnahmegenehmigung für Versammlung mit 10.000 Teilnehmern auf Theresienwiese); B. v. 30.4.2020 – 10 CS 20.999, EzlFSchR, Nr. 1470.18 (Anspruch auf Ausnahmegenehmigung bei „infektionsschutzrechtlicher Vertretbarkeit“); B. v. 9.4.2020 – 20 CE 20.755, EzlFSchR, Nr. 1470.6 (Rechtswidrigkeit versagter Ausnahmegenehmigung wegen ausschließlicher Bezugnahme auf Verhalten Dritter, nicht der Versammlungsteilnehmer); OVG Bln-Bbg B. v. 30.4.2020 – OVG 11 S 36/20,

- **Anordnung ortsfester (stationärer) Kundgebung**<sup>140</sup> statt beantragten Aufzugs als sich fortbewegende Versammlung,
- **Anordnung der Verlegung der Versammlungsrouten**.<sup>141</sup>

Der in § 15 Abs. 1 VersG in Bezug genommene unbestimmte Rechtsbegriff der **öffentlichen Sicherheit** ist mit jenem des allgemeinen Polizeirechts inhaltsgleich und umfasst die **Individualrechtsgüter Dritter**, die **Integrität der Rechtsordnung**, die **Bestands- und Funktionsfähigkeit des Staates** und seiner Einrichtungen sowie die **tragenden Prinzipien seiner verfassungsmäßigen Ordnung**.<sup>142</sup> Dabei ist idR eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dann anzunehmen, wenn durch die geplante Versammlung strafbare Verletzungen dieser Rechtsgüter drohen. Durch das Kriterium der „**Unmittelbarkeit**“ ist – darüber hinausgehend – gefordert, dass der **Schadenseintritt** bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzugs mit **hoher Wahrscheinlichkeit** zu erwarten sein muss, begründet auf eine die konkrete Versammlung bezogene Gefahrenprognose, diese wiederum beruhend auf erkennbaren Umständen, also auf Tatsachen, Sachverhalten und sonstigen Erkenntnissen; bloße Spekulationen, Vermutungen und Mutmaßungen im Hinblick auf einen Schadenseintritt sind nicht ausreichend. Nach der Rspr. des BVerfG (→ Rn. 116 ff.) ist idR – regelmäßig in Anspruch genommenen – **vorläufigen Rechtsschutzes** zu berücksichtigen, ob die für die Beurteilung der Gefahrenlage herangezogenen Tatsachen unter Berücksichtigung des Schutzgehalts des Art. 8 Abs. 1 GG in nachvollziehbarer Weise auf eine unmittelbare Gefahr hindeuten. Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde zugrunde gelegte Gefahrenprognose auch **Gegenindizien**, so haben sich die Behörden (wie die Gerichte) auch mit diesen in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise auseinander zu setzen.<sup>143</sup>

Die **Individualschutzgüter Leben und Gesundheit** (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) wie die **Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen öffentlichen Gesundheitswesens** – unter besonderer Berücksichtigung der **Intensivbettenkapazität** – als **überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** haben angesichts der sich seit März 2020 exponentiell entwickelnden **Corona-Pandemie** und der damit einhergehenden gesetzgeberischen Aktivitäten (→ § 66 Rn. 1 ff.) die Rspr. der Instanzgerichte<sup>144</sup> wie des BVerfG<sup>145</sup> im Zusammenhang mit Versammlungsverboten bestimmt, wobei Eilanträge gem. § 80 Abs. 5 S. 1, 1. Alt. VwGO iVm § 28 Abs. 3, § 16 Abs. 8 IfSG gegen Allgemeinverfügungen iSv § 35 S. 2 VwVfG (→ Rn. 108) idR ebenso erfolglos blieben wie – von we-

EzIfSchR Nr. 1470.19 (Ausnahmeerteilung für Autokorso); HmbOVG B. v. 22.5.2020 – 5 Bs 82/20, EzIfSchR, Nr. 1470.32 (Ausnahmegenehmigung für Versammlung mit 300 Teilnehmern auf Rathausmarkt unter infektionsschutzrechtlichen Auflagen); OVG RhPf B. v. 4.6.2020 – 7 B 10688/20, EzIfSchR, Nr. 1470.41 (Ausnahmegenehmigung für NPD-Versammlung mit 200 Teilnehmern unter Auflagen aufgrund vorgängig erteilter Genehmigung); OVG NRW B. v. 30.4.2020 – 15 B 606/20, EzIfSchR, Nr. 1470.20 (Ausnahmeerteilung für Versammlung unter dem Motto „Heraus zum 1. Mai“ mit 50 Teilnehmern); VG Ansbach B. v. 30.4.2021 – AN 4 S 21.00806, 4 E 21.00809 (max. 1.000 Teilnehmer eines sich in Blöcken von max. 200 Personen mit jeweiligem Abstand von 20 m bewegenden Aufzugs unter dem Motto „1. Mai“ nach Einverständnis der Veranstalter hinsichtlich Wegstrecke); VG München B. v. 15.5.2020 – M 13 E 20.2046, EzIfSchR, Nr. 1470.28 (Versagung wegen zu erwartender 5.000 – 8.000 Teilnehmer aufgrund Internet-Aufrufs und mangelnden belastbaren Ablaufkonzepts); VG Münster B. v. 25.4.2020 – 5 L 361/20, EzIfSchR Nr. 1470.15 (Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für Versammlung zum Verzicht auf Urantransporte bei Einhaltung des Schutzkonzepts).

140 Vgl. OVG NRW B. v. 9.3.2021 – 15 B 339/21 (Rechtswidrigkeit bei Teilnehmerzahl von 50); HessVGH B. v. 19.3.2021 – 2 B 588/21 (Rechtswidrigkeit mangels hinreichend konkreter und nachvollziehbarer tatsächlicher Anhaltspunkte für Missachtung erteilter infektionsschutzrechtlicher Auflagen); VG München B. v. 30.4.2021 – M 13 S 21.2315 (Rechtswidrigkeit bei Teilnehmerzahl von 100); VG Würzburg B. v. 30.4.2021 – W 5 S 21.591 (Rechtmäßigkeit bei Teilnehmerzahl von 1.000 oder mehr Personen).

141 BayVGH B. v. 11.9.2020 – 10 CS 20. 2064, EzIfSchR, Nr. 1470.48 (Verlegung der Versammlung „Frieden, Freiheit und Gesundheit“ mit 5.000 Teilnehmern von Odeonsplatz auf Theresienwiese); B. v. 22.5.2020 – 10 CS 20.1237, EzIfSchR, Nr. 1470.31; VG Bayreuth B. v. 22.5.2020 – B 7 E 20.456, EzIfSchR, Nr. 1470.33; VG Berlin B. v. 29.8.2020 – 1 L 306/20, EzIfSchR, Nr. 1470.47; VG München B. v. 11.9.2020 – M 13 E 20.4258, EzIfSchR, Nr. 1470.50.

142 BVerfG B. v. 7.4.2001 – 1 BvQ 17/01, NJW 2001, 2072; vgl. exemplarisch *Dietel/Gintzel/Kniesel* VerslG § 15 Rn. 33.

143 BVerfG B. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10; B. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04; B. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09, NJW 2010, 141; OVG NRW B. v. 27.8.2021 – 15 B 1414/21; B. v. 27.4.2017 – 15 B 491/17; B. v. 30.1.2017 – 15 A 296/16; B. v. 29.12.2016 – 15 B 1500/16; B. v. 7.10.2016 – 15 B 1154/16; B. v. 29.7.2016 – 15 B 875/16.

144 Vgl. die bei *Hofmann-Hoepfel*, EzIfSchR, in Gruppe 1470 versammelten Judikate.

145 Vgl. die bei *Hofmann-Hoepfel*, EzIfSchR, unter Gruppe 1115 aufgeführten Eilentscheidungen gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

nigen Ausnahmen abgesehen<sup>146</sup> – Anträge gem. § 47 Abs. 6 VwGO gegen auf der Grundlage von § 32 S. 1 iVm § 28 Abs. 1 IfSG aF bzw. § 28 a Abs. 1 S. 1 Nr. 10 IfSG nF erlassene Verordnungen der Bundesländer. Anträge gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG scheiterten regelmäßig an der negativen Folgenabschätzung, Individualverfassungsbeschwerden gem. § 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 13 Nr. 8 a, 90 ff. BVerfGG entweder auf Grund Nichterschöpfung des Rechtswegs gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG oder aber unzureichender Begründung gem. § 23 Abs. 1 S. 2 iVm § 92 BVerfGG.

- 66 Vor dem Hintergrund der in zahlreichen Städten stattgefundenen Demonstrationen der sog. „Querdenker“ wurde in gerichtlichen Eilverfahren gegen Vorschriften zur Bekämpfung der Corona-Pandemie, die generelle Versammlungsverbote mit Zulassungs-/Ausnahme-/Erlaubnisvorbehalt bestimmten, die Frage, ob die damit verbundene Umkehr des in Art. 8 Abs. 1 GG vorgesehenen Regel-Ausnahme-Verhältnis bzgl. der Erlaubnisfreiheit verfassungsgemäß ist, zu meist offengelassen<sup>147</sup> bzw. tendenziell bejaht;<sup>148</sup> lediglich das VG Hamburg<sup>149</sup> war von der Verfassungswidrigkeit eines repressiven Versammlungsverbots mit Befreiungs-/Erlaubnisvorbehalt ausgegangen, durch das HmbOVG aber aufgehoben worden, das diese Frage infolge Zeitmangels ebenfalls offenließ.
- 67 Pandemie bedingte Verbotsv Verfügungen können – ungeachtet § 15 Abs. 1 VersG – auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 S. 1 und 2, § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG iVm der jeweiligen SARS-Cov-2-Verordnung ergehen, da sich aus der Begründung zu Art. 7 des 3. Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite<sup>150</sup> die Intention des Gesetzgebers ergibt, ausdrücklich das Grundrecht gem. Art. 8 Abs. 1 GG beschränken zu wollen; die vorgenannten infektionsschutzrechtlichen Vorschriften werden daher durch § 15 Abs. 1 VersG nicht verdrängt. Dabei stellt § 28 a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG eine strikte Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar und normiert im Hinblick auf die SARS-CoV-2-Pandemie Anforderungen, die an Versammlungsverbote zu stellen sind. Dies bedeutet, dass infektionsschutzrechtliche Versammlungsverbote – ebenso wie bzgl. § 15 Abs. 1 VersG – nur gerechtfertigt sind, wenn mildere Mittel – etwa die Erteilung von Auflagen – nicht in Betracht kommen und der Grundrechtseingriff insgesamt nicht außer Verhältnis steht zu den zu bekämpfenden Gefahren und dem Beitrag, den ein Verbot zur Gefahrenabwehr zu leisten vermag.<sup>151</sup>
- 68 Für die – wie bei Verbotsv Verfügungen gem. § 15 Abs. 1 VersG – vorzunehmende Gefahrenprognose kann sich aus früheren Versammlungen eine **Indizwirkung** für die Beurteilung des Gefahrenpotentials ergeben; hierfür sind in erster Linie diejenigen Veranstaltungen heranzuziehen, die bzgl. des Mottos, des Ortes, des Datums sowie des Teilnehmer- und Organisationskreises Ähnlichkeiten zu der geplanten Versammlung aufweisen. Hierzu zählen bei Veranstaltungen der sog. „Querdenker-Bewegung“ insbes. Verstöße gegen infektionsschutzrechtliche Maßnahmen wie Einhaltung des Mindestabstands und der Maskenpflicht sowie Überschreitung der zulässigen Teilnehmerhöchstzahl.<sup>152</sup>

146 Vgl. OVG NRW B. v. 30.12.2020 – 13 B 2070/20.NE (vorläufige Außervollzugsetzung von § 13 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung zum Schutz von Neuinfizierungen mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 v. 30.11.2020 – GV NRW 2020, 1060 a – idF v. Art. 1 der Verordnung v. 22.12.2020 – GV NRW 2020, 1212 a – für Versammlung mit max. Personen an Sylvester 2020).

147 Vgl. BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 17.4.2020 – 1 BvQ 37/20, Rn. 23, EzlFSchR Nr. 1115.15; BbgVerfG B. v. 3.6.2020 – 9/20 EA, Rn. 41, EzlFSchR Nr. 1123., BayVG B. v. 29.5.2020 – 10 CE 20.1291, Rn. 11, EzlFSchR Nr. 1470.38; B. v. 30.4.2020 – 10 CS 20.999, Rn. 23, EzlFSchR Nr. 1470.18; HmbOVG B. v. 16.4.2020 – 5 Bs 58/20, Rn. 7; VG Ansbach B. v. 30.4.2021 – AN 4 S 21.00806, 4 E 21.00809, Rn. 47; B. v. 26.4.2021 – AN 4 S 21.00728, Rn. 72.

148 VGH BW B. v. 15.4.2020 – 1 S 1078/20, Rn. 14.

149 VG Hamburg B. v. 16.4.2020 – 17 E 1648/20, Rn. 7.

150 BT-Drs. 19/23944, 33.

151 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 30.8.2020 – 1 BvQ 94/20, Rn. 16, EzlFSchR Nr. 1115; VGH BW B. v. 16.4.2021 – 1 S 1304/21, Rn. 25; SächsOVG B. v. 10.4.2021 – 6 B 177/21, Rn. 5; VG Freiburg B. v. 5.5.2021 – 1 K 1396/21, Rn. 18.

152 BayVG B. v. 24.1.2021 – 10 CS 21.249, Rn. 18; VGH BW B. v. 5.6.2021 – 1 S 1849/21, Rn. 18 (verneint für Verletzungen der öffentlichen Sicherheit im Anschluss an beendete oder aufgelöste Vorgängerversammlung); B. v. 16.4.2021 – 1 S 1304/21, Rn. 10; SächsOVG B. v. 1.5.2021 – 6 B 220/21, Rn. 6 f. (verneint für Versammlung mit 100 Teilnehmern unter dem Motto „Freiheit statt Impfwang“ mangels belastbarer Annahme einer Teilnehmerzahl im oberen dreistelligen Bereich und der Nichtgewährleistung einer Beachtung der Corona-Regeln durch den Versammlungsleiter); VG



Ein Versammlungsverbot setzt in jedem Falle voraus, dass das **mildere Mittel der Auflagenerteilung** (→ Rn. 45 ff.) erschöpft oder aber unter Zugrundelegung objektiver Maßstäbe nicht geeignet ist, eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auszuschließen.

**Hinweis:** Im Zuge der behördlicherseits zu erstellenden Gefahrenprognose ist **Vorsicht** insbes. dann geboten, wenn die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auf Erkenntnisse der Vergangenheit und darauf gestützte **Wahrscheinlichkeitsüberlegungen** gegründet wird.<sup>153</sup>

► **Muster: Versammlungsverbot aufgrund prognostizierter unmittelbarer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch zu erwartende Verstöße gegen § 130 StGB**

An das Verwaltungsgericht ■■■

Az. ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

NPD-Kreisverband ■■■, vertr. d. d. 1. Vorsitzenden ■■■

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigter: Unterfertiger

gegen

Stadt ■■■

– Antragsgegnerin –

wegen: Versammlungsrechts

hier: Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

wird gemäß Verfügung des Gerichts vom ■■■, zugegangen ■■■, für die Antragsgegnerin auf den Antragsschriftsatz des Antragstellers hiermit wie folgt erwidert:

Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die für sofort vollziehbar erklärte Verfügung der Antragsgegnerin vom ■■■ muss ohne Erfolg bleiben und ist daher kostenpflichtig zurückzuweisen. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Der 1. Vorsitzende des Antragstellers hatte bei der Antragsgegnerin durch Telefax vom ■■■ für den ■■■ eine Versammlung vor dem ■■■-Stadion unter dem Motto „Weiß ist nicht nur eine Trikotfarbe – für eine echte deutsche Nationalmannschaft“ angemeldet. Die Versammlung sollte an dem Tag des Fußball-Länderspiels Deutschland-Kasachstan stattfinden.

Nachdem der 1. Vorsitzende des Antragstellers iR eines am ■■■ stattgefundenen Kooperationsgesprächs die ausdrückliche Frage des Leiters des Rechtsamts der Antragsgegnerin, ob er bereit sei, auf das vorbezeichnete Motto der Veranstaltung zu verzichten bzw. eine andere sprachliche Formulierung zu wählen, verneint hatte und daraufhin durch den Leiter des Rechtsamts der Antragsgegnerin auf die Möglichkeit eines Versammlungsverbots wegen Verletzung der Straftatbestände nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB iR einer Anhörung hingewiesen worden war, erließ die Antragsgegnerin am ■■■ den Bescheid, mit dem die für den ■■■ angemeldete Versammlung unter dem o.g. Motto verboten und das Versammlungsverbot für sofort vollziehbar erklärt wurde. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen,

Freiburg B. v. 5.5.2021 – 1 K 1396/21, Rn. 20 ff; VG München B. v. 29.1.2021 – M 13 S 21.442, Rn. 23 ff; VG Würzburg B. v. 30.4.2021 – W 5 S 21.591, Rn. 38; zum präventiven Verbot unangemeldeter sog. (Montags-)Spaziergänge vgl. BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 31.1.2022 – 1 BvR 208/22, NVwZ 2022, 324 (Ablehnung des Antrags gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG gegen VGH BW B. v. 24.1.2022 – 9 S 178/22 und VG Freiburg B. v. 24.1.2022 – 4 K 158/22); OVG Bln-Bbg B. v. 10.2.2022 – OVG 1 S 16/22 (1. Instanz: VG Cottbus B. v. 4.2.2022 – 3 L 29/22); BayVGH B. v. 19.1.2022 – 10 CS 22.162; VG Düsseldorf U. v. 3.2.2022 – 29 K 78/22 (Anordnung ortsfester Kundgebung gem. § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG); VG Freiburg B. v. 24.1.2022 – 4 K 142/22; VG Karlsruhe B. v. 27.1.2022 – 4 K 185/22; B. v. 21.12.2021 – 3 K 4579/21; VG Stuttgart B. v. 12.1.2022 – 1 K 80/22.

153 Vgl. VG Gelsenkirchen B. v. 3.9.2010 – 14 L 970/10, aufgehoben durch BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 4.9.2010 – 1 BvR 2298/10.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

der unmittelbare zeitliche wie räumliche Zusammenhang der angemeldeten Veranstaltung mit dem am gleichen Tage stattfindenden Fußball-Länderspiel Deutschland-Kasachstan sowie die Angaben des 1. Vorsitzenden des Antragstellers iR des Kooperationsgesprächs ließen an der rassistisch-diskriminierenden Absicht des Mottos keine Zweifel, wonach der Begriff „weiß“ für Angehörige einer „weißen Rasse“ stehe und somit Deutsche anderer Hautfarbe bzw. mit Migrationshintergrund in böswilliger und verächtlich machender Weise als nicht zur deutschen Nation gehörend ausgrenzen wolle, so dass die unmittelbare Gefahr einer Verletzung der öffentlichen Sicherheit dadurch gegeben sei, dass unter dem o.g. Motto aus der Versammlung heraus zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufgestachelt oder gar zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen gegen sie aufgefordert (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder die Menschenwürde anderer dadurch angegriffen werde, dass Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet würden (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB), beides in einer Weise, die geeignet sei, den öffentlichen Frieden zu stören.

2. Die antragstellerseits gegen die vorbezeichnete Begründung des ausgesprochenen Versammlungsverbots getroffenen Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen und insbes. die seitens der Antragsgegnerin in prognostischer Weise begründete unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht zu erschüttern:

a) Entgegen den Ausführungen im Antragsschriftsatz ist das durch den Antragsteller gewählte und zum unverzichtbaren Bestandteil der angemeldeten Versammlung erklärte Motto „Weiß ist nicht nur eine Trikotfarbe – für eine echte deutsche Nationalmannschaft“ bei objektiver Würdigung nur so zu verstehen, dass mit dem Adjektiv „weiß“ Angehörige einer – nach dem Selbstverständnis der NPD und ihrer Landesverbände als allen anderen „Rassen“ überlegene – „weißen Rasse“ verstanden wird mit der Folge, dass Deutsche anderer Hautfarbe bzw. mit Migrationshintergrund – ebenso wie Angehörige „nicht weißer Rassen“ als minderwertig – im Sinne der durch den Antragsteller vertretenen und verstandenen, in öffentlich zugänglichen Medien propagierten Auffassung begriffen werden. Damit wird unter Berücksichtigung des zweiten Teils des gewählten Mottos – „Für eine echte deutsche Nationalmannschaft“ – nicht nur eine Ausgrenzung und Verächtlichmachung deutscher Staatsangehöriger mit Migrationshintergrund deutlich, sondern gleichzeitig auch eine rassistisch motivierte Stoßrichtung im Hinblick auf Mitglieder der gegnerischen Fußballmannschaft sowie deren Anhänger. Damit ist zumindest der Straftatbestand des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Gestalt des Beschimpfens, böswilligen Verächtlichmachens oder Verleumdens relevant. Das Tatbestandsmerkmal „Beschimpfen“ ist nach hM eine nach Inhalt oder Form besonders herabsetzende Kundgabe der Missachtung, böswilliges Verächtlichmachen die aus verwerflichen Beweggründen erfolgende Darstellung anderer als verachtenswert, minderwertig oder unwürdig.<sup>154</sup> Dies ist unter Zugrundelegung des o.g. Mottos ebenso gegeben wie das nach hM erforderliche einschränkende Merkmal, wonach die Äußerung die Menschenwürde anderer angreifen muss; hierfür ist ausreichend, dass den Angegriffenen ihr ungeschmälertes Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird, sie also als „unterwertige Menschen“ gekennzeichnet werden.<sup>155</sup>

b) Dass der Bundesvorsitzende der NPD in Bezug auf die Verwendung eines ähnlichen Mottos in einem Druckwerk (sog. WM-Planer anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006) vom Vorwurf der Volksverhetzung – allerdings noch nicht in rechtskräftiger Weise – freigesprochen wurde, stellt die Richtigkeit der Deutung des Versammlungsmottos und der damit verbundenen Volksverhetzung iSv § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht in Frage, da die maßgeblichen Umstände nicht vergleichbar sind.

c) Die erlassene Verbotsverfügung steht insbes. im Einklang mit der Rspr. des BVerfG und missachtet nicht den hohen Rang, der dem Schutz der Grundrechte auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit

<sup>154</sup> Fischer StGB § 130 Rn. 11 mwN.

<sup>155</sup> Fischer StGB § 130 Rn. 12 mwN.

(Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 GG) im Rechtsstaat zukommt. Die Antragsgegnerin hat nicht verkannt, dass Meinungs- und Versammlungsfreiheit auch für Minderheiten und deren Meinung gilt, solange deren Meinungsäußerung nicht gegen Strafrechtsnormen verstößt, des Weiteren, dass auch iR von Versammlungen für den Inhalt von Aussagen – u.a. das Motto einer Versammlung und etwa zu erwartende Äußerungen von Versammlungsteilnehmern – gilt, dass der Bürger auch grds. frei ist, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen oder die Änderung tragender Prinzipien zu fordern, so dass Beschränkung von Inhalt und Form einer Meinungsäußerung ihre Rechtfertigung ausschließlich in den in Art. 5 Abs. 2 GG aufgeführten Schranken findet, auch wenn diese Äußerungen in einer oder durch eine Versammlung erfolgen.<sup>156</sup>

Erfüllen jedoch Inhalte des Mottos einer Versammlung sowie zu erwartende Meinungsäußerungen aus einer Versammlung den Straftatbestand des § 130 StGB, greifen die vorbezeichneten Schranken ein mit der Folge, dass sich der Antragsteller nicht auf den Schutz der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 GG berufen kann. Wenn die Meinungsäußerung die Menschenwürde anderer antastet, ist nach anerkannter hM für eine Abwägung kein Raum mehr mit der Folge, dass in einem solchen Fall die Meinungsfreiheit auch dann zurücktreten muss, wenn sie iR einer Versammlung geäußert werden soll.<sup>157</sup>

Damit ist der gestellte Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO zurückzuweisen.<sup>158</sup>

(LRD) ◀

#### b) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung

Die bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung rechtfertigt nach hM im Allgemeinen kein Versammlungsverbot,<sup>159</sup> scheidet aber nicht grds. als Schutzgut für eine Einschränkung des Versammlungsrechts unterhalb der Schwelle eines Verbots aus.<sup>160</sup> Der Schutz der öffentlichen Ordnung kann daher hinsichtlich ihrer Gefährdung in eine Rechtsgüterabwägung iR des § 15 Abs. 2 Nr. 1, 2 VersG mit einbezogen werden, ohne sie zur alleinigen Begründung eines Versammlungsverbots zu machen. Die öffentliche Ordnung kann iSe Gefährdung betroffen sein, wenn die Versammlung ein provokatives, die Bürger einschüchterndes Verhalten zeigt, was zB dann der Fall ist, wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung einer Versammlung an diesem Tag in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden, dem Aufzug also Provokationswirkung zukommt.<sup>161</sup> Darüber hinaus kann die beabsichtigte Nutzung einer öffentlichen Straße oder eines Platzes für Versammlungszwecke durch extrem rechte und fremdenfeindliche Kräfte andere Bürger durch „Wachrufen der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschli-

71

156 BVerfG B. v. 23.4.2004 – 1 BvQ 19/04, BVerfGE 111, 147.

157 BVerfG B. v. 4.4.2010 – 1 BvR 369/04, NJW 2010, 2193.

158 VG Neustadt/Weinstraße B. v. 25.3.2011 – 5 L 266/11.NW; VG Braunschweig B. v. 19.5.2011 – 5 B 97/11.

159 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; B. v. 1.5.2001 – 1 BvQ 22/01, NJW 2001, 2076; B. v. 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, BVerfGE 111, 147; OVG NRW B. v. 4.9.2021 – 15 B 1450/21, VG Arnsberg B. v. 3.9.2021 – 6 L 792/21 (Verwendungsverbot von Regenbogenfahnen als Hilfsmittel zur Reinigung des Straßenbelags); VG Gelsenkirchen U. v. 19.11.2021 – 14 K 6634/18 (Rechtswidrigkeit der Untersagung der Parole „Hoch die nationale Solidarität“).

160 BVerfG B. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01, NVwZ 2001, 670; B. v. 26.1.2006 – 1 BvQ 3/06, NVwZ 2006, 585; vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel* VerslG § 15 Rn. 321 ff.

161 BVerfG B. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01, NVwZ 2001, 670; zur Anerkennung des 9. November als Tag mit gewichtiger Symbolkraft vgl. BVerfG B. v. 8.11.2013 – 1 BvQ 52/13, durch den dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen (OVG NRW B. v. 8.11.2013 – 5 B 1335/13; VG Düsseldorf B. v. 7.11.2013 – 18 L 2331/13) bzgl. einer am 9. November vor einer Asylbewerberunterkunft beabsichtigten Versammlung mit der Begründung stattgegeben wurde, der behördlichen Verbotsverfügung sei nicht hinreichend zu entnehmen, wie die Art und Weise der Versammlung deren Beurteilung als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu tragen vermöchte; zur diesbzgl. behördlichen Darlegungslast vgl. auch VG Gelsenkirchen B. v. 8.11.2013 – 14 L 1550/13. Zum Versammlungsverbot am Volkstrauertag: BayVGH B. v. 14.11.2014 – 10 CS 14.2461, GewArch 2015, 424 = Komm-Prax BY 2015, 61; OVG RHPf U. v. 20.3.2013 – 7 A 11277/12, JA 2013, 879 = NVwZ-RR 2013, 641; VG Neustadt/Weinstraße U. v. 17.7.2012 – 5 K 1163/11.NW LKRZ 2012, 473.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

chen Regimes“ einschüchtern.<sup>162</sup> Eine solche **Provokations- und Einschüchterungswirkung** kommt einer Versammlung zudem dann zu, wenn sie ein eindeutig **fremdenfeindliches Motto** aufweist. Entgegen der Auffassung des VG Leipzig<sup>163</sup> dürfte „grob ungehörige Rücksichtslosigkeit“ durch „grob ungehörige Handlungen“ – World Naked Bike Ride – für ein Verbot nicht ausreichen.

- 72 Die Frage, ob diese Wirkung unausweichliche Nebenfolge oder aber Zweck der Versammlung, durch den Antragsteller also beabsichtigt ist, kann jedenfalls im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes idR abschließend nicht geklärt werden, hat aber Relevanz deshalb, weil bei missbräuchlicher Ausübung der Versammlungsfreiheit dem Schutz der Rechtsgüter Dritter stets Vorrang zukommt. Auch ohne Nachweis einer missbräuchlichen Ausübung des Versammlungsrechts ist eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung durch die Versammlung iR der Abwägung zulasten der Versammlung und des Antragstellers zu berücksichtigen.<sup>164</sup>

### 4. Auflösung verbotener Versammlungen, § 15 Abs. 3 VersG

#### a) Die vier Auflösungsalternativen des § 15 Abs. 3 VersG

- 73 Gem. § 15 Abs. 3 VersG kann die zuständige Behörde – in praxi idR die Polizei<sup>165</sup> – eine Versammlung oder einen Aufzug auflösen, wenn
- sie nicht angemeldet sind (1. Alt.),
  - von den Angaben der Anmeldung abgewichen wird (2. Alt.),
  - den Auflagen zuwider gehandelt wird (3. Alt.) oder
  - die Voraussetzungen für ein Verbot gem. § 15 Abs. 1 oder 2 VersG gegeben sind (4. Alt.).
- 74 Hinsichtlich der 1. Alternative (nicht erfolgte Anmeldung) ist im Zusammenhang mit sog. **Spontandemonstrationen** zu beachten, dass die Anmeldepflicht für diese nicht greift, so dass eine Verletzung der Anmeldepflicht in aller Regel – jedenfalls für nachgewiesene Spontandemonstrationen – zu einer Auflösung iSd § 15 Abs. 3 VersG nicht berechtigt. Für die Alternative 2 (Abweichung von den Angaben der Anmeldung) und Alternative 3 (Zu widerhandlung gegen erfolgte Auflagen) ist unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von einer Auflösung dann abzusehen, wenn – vor Ort – durch entsprechende Weisungen von Polizeivollzugsbeamten ein geordneter Versammlungsverlauf mit der Konsequenz sichergestellt werden kann, dass eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auszuschließen ist. Alternative 4 schließlich (Voraussetzungen für ein Verbot gem. § 15 Abs. 1 oder 2 VersG) steht wie das Versammlungsverbot selbst unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, mit anderen Worten: Die Auflösung ist wie das Versammlungsverbot ultima ratio, greift also als „letztes Mittel“ nur dann, wenn sich die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht durch eine Modifikation des Versammlungsverlaufs unter weitgehender Wahrung des Versammlungszwecks verhindern lässt.

#### 75 ► **Muster: Fortsetzungsfeststellungsklage wegen erfolgter Auflösung einer angemeldeten Versammlung**

825

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ■■■

– Kläger –

162 BVerfG B. v. 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, BVerfGE 111, 147; BVerwG U. v. 26.2.2014 – 6 C 1/13 (NPD-Veranstaltung am Holocaust-Gedenktag am 27.1.).

163 VG Leipzig B. v. 6.6.2014 – 1 L 398/14.

164 VG Braunschweig B. v. 19.5.2011 – 5 B 97/11; vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel* VersG § 15 Rn. 178.

165 Eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde ist nur bis zum Beginn einer Versammlung oder eines Aufzugs gegeben; ab dem Zeitpunkt deren Beginns ist ausschließlich die Polizei im institutionellen Sinne, dh iSd Polizeigesetze der Länder, für Beschränkungen oder Auflösung zuständig; vgl. BayVGH U. v. 22.9.2015 – 10 B 14.2242, BayVBl. 2016, 303 (1. Instanz: VG Würzburg U. v. 14.3.2013 – W 5 K 12.382).

Prozessbevollmächtigter: Unterfertiger

gegen

Land ■■■, vertr. d. d. Polizeipräsidium ■■■

– Beklagter –

wegen: Versammlungsrechts

hier: Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Versammlungsauflösung

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Kläger anwaltlich vertrete.

Namens und auftrags des Klägers erhebe ich hiermit

### Klage

mit dem Antrag, zu erkennen:

1. Es wird festgestellt, dass die am ■■■ erfolgte Auflösung der Versammlung unter dem Motto „Gegen linke Gewalt“ rechtswidrig war.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

### Begründung:

#### A. Sachverhalt

I. Der Kläger meldete am ■■■ für den ■■■ eine Versammlung unter dem Motto „Gegen linke Gewalt“ bei der Stadt ■■■ für den Zeitraum 13.00 Uhr bis 20.00 Uhr mit ca. 150 Teilnehmern des rechten Spektrums an. Beabsichtigt war, am Hauptbahnhof zunächst eine 30-minütige Auftaktkundgebung abzuhalten und dann über A-Straße, B-Straße, C-Straße zu ziehen. An der Kreuzung C-Straße sollte eine 30-minütige Zwischenkundgebung stattfinden, der anschließend über die D-Straße, E-Straße zum F-Platz führen, wo eine zweite 30-minütige Zwischenkundgebung geplant war. Anschließend sollte der Aufzug über den östlichen Teil der E-Straße und die A-Straße zurück zum Hauptbahnhof ziehen, wo auf dem Vorplatz die Abschlusskundgebung stattfinden sollte.

II. Als „Antwort“ hierauf meldete der Deutsche Gewerkschaftsbund am ■■■ eine Demonstration unter dem Motto „L ist bunt – gegen Rechtsextremismus und Rassismus“ für den gleichen Tag an, wobei durch das „Bündnis für Demokratie/Netzwerk gegen Rechtsextremismus“ weitere Anmeldungen für Veranstaltungen am gleichen Tag erfolgten.

III. Nach mehreren Kooperationsgesprächen erließ die Stadt ■■■ unter dem ■■■ einen Bescheid, mit dem verschiedene Auflagen hinsichtlich der Versammlung erteilt wurden; so wurde u.a. der Veranstaltungsbeginn auf 16.00 Uhr verlegt und die zeitliche Dauer auf drei Stunden ab Veranstaltungsbeginn begrenzt.

IV. Am vorgesehenen Versammlungstag begann bereits gegen 10.00 Uhr die Demonstration des DGB sowie des „Bündnis für Demokratie/Netzwerk gegen Rechtsextremismus“ mit etwa 2.000 Teilnehmern, die als Protest gegen die vom Kläger angemeldete Versammlung nach einer Auftaktkundgebung am L-Platz als Aufzug über die vom Kläger gemeldete Route führte. Diese Veranstaltung endete ca. 16.00 Uhr und verlief weitestgehend störungsfrei. Gegen 16.00 Uhr begann die durch den Kläger geleitete Versammlung mit etwa 250 Teilnehmern vor dem Hauptbahnhof; zunächst wurden Versammlungsaufgaben verlesen und eine Ansprache wurde gehalten, worauf sich der Aufzug in Richtung Innenstadt bewegte.

Um 16.30 Uhr wurde der Aufzug durch Polizeikräfte an der Einmündung der A-Straße in die B-Straße deshalb gestoppt, weil ca. 20 Minuten vorher eine Sitzblockade auf der S-Brücke begonnen hatte. Dies hatte zur Konsequenz, dass der Kläger und der Konfliktmanager des Polizeipräsidioms ■■■ Kooperationsgespräche führten, in dessen Verlauf dem Kläger vorgeschlagen wurde, den Aufzugsweg zu verkürzen und nur über die F-Straße und den L-Platz zu ziehen und von dort die Versammlung zum

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Bahnhof zurückzuleiten. Dies lehnte der Kläger ab, so dass er durch den Polizeidirektor ... darauf hingewiesen wurde, die Versammlung werde aufgelöst, wenn er sich nicht kooperativ verhalte und die alternative Aufzugsstrecke akzeptiere. Nach erneuter Ablehnung durch den Kläger wurde die von ihm geleitete Versammlung um 17.20 Uhr auf Anordnung von LPD ... durch den Einsatzleiter mit der Begründung für aufgelöst erklärt, dass bei einem Marsch auf der geplanten Route die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die zu erwartenden Auseinandersetzungen mit Gegendemonstranten gefährdet sei.

**Beweis:** Anmeldetelefax des Klägers vom ...  
Bescheid der Stadt ... vom ...  
Fotos der Sitzblockade auf der S-Brücke, ...-Zeitung vom ...  
Einvernahme von Polizeidirektor ... und LPD ... als Zeugen

### B. Zulässigkeit und Begründetheit der Klage

#### I. Zulässigkeit

1. Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 VwGO ist aufgrund der Tatsache eröffnet, dass es sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des Versammlungsrechts handelt. Eine abdrängende Sonderzuweisung (§ 23 Abs. 1 EGGVG iVm § 25 Abs. 1 S. 1 EGGVG) ist deshalb nicht gegeben, weil ein Justizverwaltungsakt iSv § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG nicht inmitten liegt.
2. Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage iSd § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft, da sich die Auflösungsverfügung vom ... mit der durchgeführten Auflösung der Versammlung erledigt hat. Der Auflösungsverfügung kommt nach hM die Qualität eines Verwaltungsakts zu.
3. Das erforderliche berechnete Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts ist deshalb gegeben, weil die angefochtene Auflösungsverfügung das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit schwer und erheblich beeinträchtigt hat. Die Möglichkeit, nachträglichen Rechtsschutz gegen einen vorprozessual erledigten Verwaltungsakt zu erlangen, muss nach hM immer dann gegeben sein, wenn die Ausübung des Grundrechts gem. Art. 8 Abs. 1 GG durch ein Versammlungsverbot tatsächlich unterbunden oder die Versammlung aufgelöst wurde, da derartige Eingriffe die schwerste mögliche Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit darstellen. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Frage, ob eine fortwirkende Beeinträchtigung im grundrechtlich geschützten Bereich gegeben ist, ebenso wenig an wie darauf, ob vergleichbare Versammlungen auch in der Zukunft stattfinden sollen.
4. Die „aus dem Stand heraus“ erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO unterliegt keinen besonderen Fristbestimmungen, insbes. nicht jener der §§ 74 Abs. 1, 58 Abs. 2 VwGO. Für eine Verwirkung des Klagerechts ergeben sich angesichts der geringen zeitlichen Distanz zwischen erfolgter Auflösungsverfügung und Einreichung der Fortsetzungsfeststellungsklage keine Anhaltspunkte.

#### II. Begründetheit

Die zulässige Klage ist auch begründet, da die Auflösung der durch den Kläger geleiteten Versammlung am ... rechtswidrig war, da die auf § 15 Abs. 3, 4. Alt. iVm Abs. 1 VersG gestützte Auflösungsverfügung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstieß, weil sie nicht das mildeste geeignete Mittel zur Abwehr der drohenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstelle. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Zwar ist zunächst unter Zugrundelegung der beklagtenseits vorgelegten Lageberichte des Sachgebiets ... des Polizeipräsidiums ... davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Auflösung der Versammlung eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gegeben war, da im maßgeblichen Zeitpunkt unmittelbar ein Aufeinandertreffen von Gegendemonstranten mit Teilnehmern der klägerischen Ver-

sammlung drohte und mit einem gewalttätigen Verlauf, verbunden mit Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit insbes. der Versammlungsteilnehmer, zu rechnen war. Eine Gefährdungslage ergab sich vornehmlich daraus, dass gewaltbereite Gegendemonstranten versuchten, auf dem gesamten Routenverlauf der klägerischen Versammlung durchzubrechen, und Steine aus dem Gleisbett der Bahnstrecke aufgenommen hatten, die sich in unmittelbarer Nähe zur Aufzugsstrecke befand. Ungeachtet der Tatsache, dass auch aus der Versammlung des Klägers heraus Störungen der öffentlichen Sicherheit, u.a. durch Beleidigungen und Bedrohungen der eingesetzten Polizeivollzugsbeamten, erfolgten, war die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in erster Linie der Gewaltbereitschaft der vorrückenden Gegendemonstranten geschuldet.

2. Drohen Gewalttaten als Gegenreaktion auf eine Versammlung, müssen sich behördliche Maßnahmen nach anerkannter hM grds. primär gegen den Störer richten;<sup>166</sup> gegen die Versammlung – als Nichtstörer – darf in einer solchen Situation daher nur unter besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstands eingeschritten werden,<sup>167</sup> der voraussetzt, dass eine Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt werden kann, etwa weil die Behörde nicht über ausreichend eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe zu ergänzende Mittel und Kräfte verfügt, um gefährdete Rechtsgüter wirksam zu schützen. Geht demzufolge die unmittelbare Gefahr für die öffentliche Versammlung nicht von der – bis zu diesem Zeitpunkt friedlich und geordnet verlaufenden – Versammlung selbst, sondern von einer Gegenveranstaltung aus, ist insbes. zu prüfen, ob die Inanspruchnahme des Nichtstörers durch eine versammlungsrechtliche Verfügung gegenüber den Veranstaltern der Gegendemonstration vermieden werden kann. Keinesfalls darf der Nichtstörer einem Störer gleichgestellt und die Auswahl des Adressaten der versammlungsrechtlichen Verfügung von bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig gemacht werden, wobei zu prüfen ist, ob ein polizeilicher Notstand durch Modifikationen der Versammlungsmodalitäten entfallen kann, ohne dadurch den konkreten Zweck der Versammlung zu vereiteln.<sup>168</sup>

3. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Auflösung der durch den Kläger geleiteten Versammlung nicht gerechtfertigt war, da sie nicht das mildeste zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit geeignete Mittel darstellte. Es wäre möglich gewesen, den klägerischen Aufzug über die E-Straße in die I-Straße zu leiten, wo die zweite Zwischenkundgebung sowie eine Mahnwache geplant waren. Durch eine solche Streckenführung hätte der Zweck der klägerischen Versammlung zumindest teilweise gewahrt werden können.

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.<sup>169</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

### b) Entfernungsgesetz, § 13 Abs. 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG

Gem. § 13 Abs. 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG haben sich alle Teilnehmer einer für aufgelöst erklärten Versammlung „sofort zu entfernen“. Ungeachtet der Tatsache, dass der Terminus „sofort“ keinen Rechtsbegriff – im Gegensatz zu „unverzüglich“ – darstellt, weil er in der Praxis zu Auslegungsschwierigkeiten führen kann, besteht die dogmatische Funktion des Entfernungsgesetzes vornehmlich darin, dass nach erfolgter Auflösungsverfügung und Feststellung, dass sich die Teilnehmer nicht „sofort“ entfernen, der Grundsatz der „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts nicht mehr gilt mit der Konsequenz, dass nach diesem Zeitpunkt Maßnahmen gegen die Teilnehmer einer für aufgelöst erklärten Versammlung nach allgemeinem Polizeirecht ergriffen werden können.

76

166 BVerfG B. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, DÖV 2010, 698.

167 BVerfG B. v. 1.9.2000 – 1 BvQ 24/00, NVwZ 2000, 1406.

168 BVerfG B. v. 26.6.2007 – 1 BvR 1418/07, NVwZ-RR 2007, 641; B. v. 10.5.2006 – 1 BvQ 14/06, NVwZ 2006, 1049.

169 Vgl. VG Münster U. v. 26.10.2021 – 1 K 1512/18 (Auflage ortsbezogener Kundgabe einer Kunstaktion „Das 11. Gebot: Du sollst Deinen Kirchentag selbst bezahlen“ als konkurrierende Veranstaltung des 101. Deutschen Katholikentags 2018). VG Lüneburg U. v. 14.12.2010 – 3 A 84/09; VG Gelsenkirchen U. v. 18.5.2010 – 14 K 2054/09.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- 77 Fehlt es an einer Versammlungsauflösung<sup>170</sup> oder erfolgte kein Ausschluss eines Versammlungsteilnehmers gem. § 18 Abs. 3 VersG wegen „gröblicher“ Ordnungsstörung,<sup>171</sup> so ist nach allgemeinem Polizeirecht erfolgende Ingewahrsamnahme oder Platzverweisung rechtswidrig.<sup>172</sup> Die „Sperrwirkung“ des Versammlungsrechts gilt daher auch für Folgemaßnahmen, insbes. Maßnahmen zur Vollstreckung polizeilicher Anordnungen.<sup>173</sup>

### D. Konsequenzen der „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts

#### I. Grundsatz der „Polizeifestigkeit“

- 78 Es entspricht anerkannter hM, dass Maßnahmen der Gefahrenabwehr gegen Versammlungen sich in erster Linie nach dem VersG zu richten haben, da dessen im Vergleich zum allgemeinen Polizeirecht besondere Voraussetzungen für beschränkte Maßnahmen Ausprägungen des Grundrechts der Versammlungsfreiheit sind. Soweit also das VersG abschließende Regelungen hinsichtlich polizeilicher Eingriffsbefugnisse enthält, geht es als **Spezialgesetz** dem allgemeinen Polizeirecht vor.<sup>174</sup>
- 79 Da das VersG jedoch keine abschließende Regelung für die Abwehr von Gefahren enthält, die im Zusammenhang mit Versammlungen auftreten können, ist als **Ausnahme** von dieser sog. **Polizeifestigkeit der Versammlungsfreiheit** anerkannt, dass in Ermangelung einer speziellen Regelung auf das der allgemeinen Gefahrenabwehr dienende Polizeirecht der Länder zurückgegriffen werden kann, wenn es um die Verhütung von Gefahren geht, die allein aus der Ansammlung einer Vielzahl von Menschen an einem dafür ungeeigneten Ort entstehen, unabhängig davon, ob diese „Ansammlung“ als „Versammlung“ im Rechtssinne zu qualifizieren ist.<sup>175</sup> Im Hinblick auf den damit zwangsläufig verbundenen Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit sind jedoch an die Anwendung insbes. der polizeilichen Generalklausel strenge Anforderungen zu stellen.<sup>176</sup> Während des Verlaufs einer öffentlichen Versammlung kommen Verbot bzw. Auflösung zur Bekämpfung nicht versammlungsspezifischer Gefahren auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel regelmäßig nur dann in Betracht, soweit bei Erlass von Verbot bzw. Auflösung die Prognose gerechtfertigt war, dass konkrete Gefahren für elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit von Menschen drohten.<sup>177</sup>

#### II. Optische Dokumentation von Versammlungen

##### 1. Offene Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen, § 19a iVm § 12a VersG

- 80 Gem. § 12a Abs. 1 S. 1 VersG darf die Polizei **Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern** bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte „unvermeidbar“ betroffen sind (§ 12a Abs. 1 S. 2 VersG). Diese für öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen geltende Vorschrift ist gem. § 19a VersG auch bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen anwendbar.

170 VG Schleswig U. v. 4.2.2013 – 3 A 91/12; vgl. *Brenneisen* DVP 2013, 426.

171 VG Gera U. v. 12.2.2014 – 2 K 511/13.Ge.

172 BVerfG B. v. 30.4.2007 – 1 BvR 1090/06.

173 VG Hamburg U. v. 1.3.2012 – 19 K 1460/08; VG Stuttgart U. v. 18.11.2015 – 5 K 1265/14.

174 BVerwG U. v. 21.4.1989 – 7 C 50/88, BVerwGE 82, 34 (38); U. v. 25.7.2007 – 6 C 39/06, BVerwG 129, 142; BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 26.10.2004 – 1 BvR 1726/01, BVerfGK 4, 154 (158); B. v. 30.4.2007 – 1 BvR 1090/06, BVerfGK 11, 102 (114 f.); vgl. *Messmann* JuS 2004, 524 (526); *Kunig*, GG Art. 8 Rn. 30.

175 BVerwG U. v. 8.9.1981 – 1 C 88/77, BVerwGE 64, 55 (58); U. v. 23.3.1999 – 1 C 12/97, Buchholz 402.44 VersammlG Nr. 12, S. 6; U. v. 25.7.2007 – 6 C 39/06, BVerwGE 129, 142.

176 *Gusy* in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 8 Rn. 58; Dreier/*Schulze-Fielitz* GG Art. 8 Rn. 72; *Köhler/Dürig-Friedl* GG Art. 8 Rn. 25; OVG Weimar B. v. 22.12.2021 – 3 ZKO 417/19; VG Weimar U. v. 1.4.2019 – 1 K 46/18 We.

177 Vgl. VG BW U. v. 12.7.2010 – 1 S 349/10, VBIBW 2010, 468 = KommJur 2011, 107, bestätigt durch BVerwG B. v. 16.11.2010 – 6 B 58/10.



Von der Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen von Veranstaltungsteilnehmern abzugrenzen sind sog. **Übersichtsaufnahmen** (→ Rn. 83 f.), die im VersG sowie in den Versammlungsgesetzen Sachsens und Sachsen-Anhalts nicht geregelt sind. 81

Die durch das Änderungsgesetz vom 9.6.1989 in das VersG eingefügten Vorschriften<sup>178</sup> beabsichtigen im Verein mit der Neueinfügung der §§ 316b Abs. 3 und 125 Abs. 2 StGB die Verhinderung gewalttätiger Ausschreitungen bei Demonstrationen, vornehmlich durch den sog. **schwarzen Block** wie anderer Gewalttaten (Anschläge auf Stromleitungen). Die Einfügung der Befugnisnormen nach § 12a iVm § 19a VersG in das VersG erwies sich vor dem Hintergrund als notwendig, dass aufgrund der „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts vor dem Inkrafttreten der neuen Befugnisnormen erfolgte polizeiliche optische Dokumentationen durch Video- und Fotoaufnahmen nicht auf die Befugnisnormen des allgemeinen Polizeirechts gestützt werden konnten, zumal es sich bei der durch optische Dokumentationen erfolgenden Erhebung personenbezogener Daten über die Teilnahme an einer Demonstration nicht nur um einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG),<sup>179</sup> sondern gleichzeitig um einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG handelt.<sup>180</sup> 82

An das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“, die die Annahme rechtfertigen, dass von öffentlichen Versammlungen „erhebliche Gefahren“ für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen, sind strenge Anforderungen zu stellen. 83

► **Muster: Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der anlässlich einer angemeldeten und friedlich verlaufenden Versammlung erfolgten Videografierung** 84

84  
826

An das Verwaltungsgericht ■■■

In der Verwaltungsstreitsache

Herr ■■■

– Kläger –

Prozessbevollmächtigter: Unterfertigter

gegen

Land ■■■, vertr. d. d. Polizeipräsidium ■■■

– Beklagter –

wegen: Versammlungsrechts

zeige ich ausweislich anliegender Prozessvollmacht an, dass ich den Kläger anwaltlich vertrete.

Namens und auftrags des Klägers erhebe ich hiermit

**Klage**

mit dem Antrag, zu erkennen:

1. Es wird festgestellt, dass die während der Versammlung vom ■■■ durch Polizeivollzugskräfte des Beklagten gefertigten Übersichtsaufnahmen (Videografierung) rechtswidrig waren.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

**Begründung:**

**A. Sachverhalt**

I. Der Kläger nahm als Mitglied einer Bürgerinitiative, die sich für einen Ausstieg aus der Atomenergie und gegen die Endlagerung von Atommüll in ■■■ einsetzt, am ■■■ an der durch den 1. Vor-

178 BGBl. 1989 I 1059.

179 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 65, 1 (41 f.) = NJW 1984, 419; zur Weiterentwicklung der Rspr. des BVerfG vgl. *Hofmann-Hoepfel* FG Knemeyer 2012, 329 ff.

180 Dogmatisch unzutr. und iErg falsch daher OVG Brem U. v. 24.4.1990, DVBl 1990, 1048 = NVwZ 1990, 1188 sowie VG Bremen NVwZ 1989, 395; vgl. *Hofmann(-Hoepfel)* DÖV 1992, 867 (874 f.).

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

sitzenden der Bürgerinitiative form- und fristgemäß angemeldeten, friedlich verlaufenden, weder verbotenen noch für aufgelöst erklärten Versammlung teil.

II. Vom Beginn der Versammlung am ---Platz, während des Verlaufs des sich an die Kundgebung am ---Platz über die A-Straße, X-Straße, S-Straße und C-Straße sich fortbewegenden Aufzugs bis zur Beendigung der Versammlung am ---Platz wurden durch Polizeivollzugskräfte des Beklagten mittels eines Video-Wagens fotografische Aufnahmen getätigt und die so gewonnenen Bilder in Echtzeit im sog. Kamera-Monitor-Prinzip ohne Einverständnis der Teilnehmer der Versammlung und damit auch des Klägers an das Polizeipräsidium übertragen.

### B. Zulässigkeit und Begründetheit der Klage

#### I. Zulässigkeit

---

#### II. Begründetheit

Die zulässige Klage ist auch begründet, da die anlässlich der Versammlung vom --- erfolgte Videoüberwachung rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird, so dass die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen festzustellen ist. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Da es sich bei den anlässlich der am --- stattgefundenen, ordnungsgemäß angemeldeten und friedlich verlaufenden Versammlung getätigten videografischen Übersichtsaufnahmen um einen Eingriff<sup>181</sup> sowohl in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) als auch in das Grundrecht gem. Art. 8 Abs. 1 GG handelt, weil aufgrund der heutigen technischen Möglichkeiten ein prinzipieller Unterschied zwischen Übersichtsaufnahmen und personenbezogenen Aufnahmen nicht mehr anzuerkennen ist,<sup>182</sup> bedurfte es aufgrund der Eingriffsqualität im Rechtssinne einer Befugnisgrundlage.

2. Die in § 12a Abs. 1 S. 1 iVm § 19a VersG für die Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen durch die Polizei normierten tatbestandlichen Voraussetzungen lagen indes nicht vor, da tatsächliche Anhaltspunkte nicht gegeben waren, die die Annahme rechtfertigten, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Dies folgt bereits daraus, dass eine Gefahrenprognose im Vorfeld der Versammlung bzw. des Aufzugs von ---, die ein polizeiliches Eingreifen erforderlich gemacht hätte, nicht erstellt wurde und auch sonst nicht ersichtlich ist, zumal der Beklagte selbst vortragen lässt, der Aufzug sei friedlich und störungsfrei verlaufen. Der durch den Beklagten dokumentierte und mittels Videokamera aufgezeichnete Vorfall am ---Platz, bei dem eine unbekannte Person das dort befindliche Denkmal bestiegen hatte, datierte vom --- und betraf ganz offensichtlich eine andere Veranstaltung. IÜ wäre eine durch eine Einzelperson erfolgende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht geeignet, ein polizeiliches Einschreiten gegen die gesamte Versammlung zu rechtfertigen. Nachdem der Beklagte selbst vorgetragen hat, eine Gefahrenlage nicht erkannt, sondern die Übersichtsaufnahmen lediglich zum Zwecke der „Lenkung und Leitung“ der Versammlung in die Einsatzleitstelle übertragen zu haben, waren die tatbestandlichen Voraussetzungen gem. § 12a Abs. 1 iVm § 19a VersG nicht gegeben.

181 Vgl. VGH BW NVwZ 2004, 498 (500) = NZM 2004, 560 = MMR 2004, 198.

182 BVerfG B. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, BVerfGE 122, 342, 248 = NVwZ 2009, 441 (446); VG Münster U. v. 21.8.2009 – 1 K 1403/08.

3. Andere Rechtsgrundlagen für das polizeiliche Handeln sind nicht ersichtlich, insbes. ist der Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht zur Einschränkung der Versammlungsfreiheit aus Rechtsgründen versagt.<sup>183</sup>

Damit ist antragsgemäß zu erkennen.<sup>184</sup>

(Rechtsanwalt) ◀

## 2. Verdeckte optische Dokumentation (Video-Drohnen, Übersichtsaufnahmen)

Angesichts der zunehmenden Tendenz einer verdeckten Datenerhebung durch Einsatz sog. **Video-Drohnen**, als „Unmanned Aircraft System-Polizei (UAS-POL)“ bezeichnet, erstmals stattgefunden im Zusammenhang mit dem Castor-Transport nach Gorleben im Herbst 2010, stellt sich die Frage, ob eine solche verdeckte Datenerhebung de lege lata zulässig ist. Auszugehen ist zunächst davon, dass „offene“ und „verdeckte“ Datenerhebungen – gleichermaßen als Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) wie in das Versammlungsgrundrecht gem. Art. 8 Abs. 1 GG zu qualifizieren – sich hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität unterscheiden. Hiervon ist unter Zugrundelegung der Rspr. des BVerfG<sup>185</sup> iSe möglichst effektiven Schutzes der „inneren“ Versammlungsfreiheit aufgrund der potenziellen Einschüchterungseffekte auszugehen, da potenzielle Versammlungsteilnehmer auf die Ausübung ihres Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG uU verzichten, wenn sie damit zu rechnen haben, die Teilnahme an einer Versammlung werde behördlich registriert, wodurch persönliche Risiken entstehen können.<sup>186</sup>

Entgegen der in der wissenschaftlichen Lit. zT vertretenen Auffassung<sup>187</sup> ist unabhängig davon, dass der Gesetzeswortlaut im Gegensatz zu den Versammlungsgesetzen der Länder keine Differenzierung vornimmt, davon auszugehen, dass § 12a Abs. 1 S. 1 iVm § 19a VersG verdeckte optische Dokumentationen nicht zulassen, da die Heranziehung der für das allgemeine Polizeirecht geltenden Aufgaben der präventiven Gefahrenabwehr bzw. der sog. Strafverfolgungsvorsorge<sup>188</sup> aufgrund der „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts von Rechts wegen ausscheidet.<sup>189</sup>

Angesichts dessen haben sich die Bundesländer Bayern, Berlin, Niedersachsen, Sachsen und Schleswig-Holstein entschlossen, auf der Grundlage der Föderalismusreform I<sup>190</sup> durch den Erlass von Landesversammlungsgesetzen von der auf die Bundesländer übergegangenen Gesetzgebungskompetenz dadurch Gebrauch zu machen, dass Art. 9 Abs. 2 S. 1, 2 BayVersG, § 12 Abs. 2 S. 2 Nds VersG, § 20 Abs. 2 S. 1 SächsVersG und § 16 Abs. 2, 3 VersFG SH zur Anfertigung von **Übersichtsaufnahmen**, die einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG darstellen<sup>191</sup> und demzufolge einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, befugten zur

- Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes, wenn (und gem. § 20 Abs. 2 S. 1 SächsVersG soweit) dies wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung im Einzelfall erforderlich ist, wobei die Aufzeichnung Tatsachen voraussetzt, die die Annahme rechtfertigen,

183 BVerfG B. v. 26.10.2004 – 1 BvR 1726/01, NVwZ 2005, 80; BVerwG U. v. 21.4.1989 – 7 C 50.88, BVerwGE 82, 34 (38) = NVwZ 1989, 872; VGH BW U. v. 26.1.1998 – 1 S 3280/96, DVBl 1998, 837 (839) = NVwZ 1998, 761.

184 Grundsätzliche Rechtmäßigkeit ergäbe sich nach der Rechtslage gem. Art. 9 Abs. 2 BayVersG, § 1 Abs. 3 Vers Aufn/ AufzG Bln, § 12 Abs. 2 S. 2 Nds VersG und § 16 Abs. 2 VersFG SH. In Berlin waren Film- und Fotoaufnahmen vor Inkrafttreten des Vers Aufn/ AufzG Bln (28.4.2013 gem. § 4 als Tag nach der Verkündung) rechtswidrig; vgl. VG Berlin U. v. 26.4.2012 – 1 K 818/09, ZD 2012, 444.

185 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 (349) = NJW 1985, 2395; vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel* VerslG § 1 Rn. 80; Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins VersammlungsR S. 270; BVerfGE 122, 347 (360).

186 BVerfG B. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, BVerfGE 122, 342 (369) = NVwZ 2009, 441 (446).

187 *Henninger* DÖV 1998, 713 (720); *Tölle* in *Pewestorf/Söllner/Tölle*, Polizei- und Ordnungsrecht (Berliner Kommentar), 2009, S. 923; *Zöllner/Ihuwas* NVwZ 2014, 408 ff.

188 Vgl. hierzu *Rachor* in *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 2007, S. 461 f.

189 IdS *Koranyi/Singelnstein* NJW 2011, 124 (127); Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins VersammlungsR S. 365; *Roggan* NVwZ 2011, 590 (594).

190 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.9.2006 (BGBl. I 2034); vgl. hierzu allg. *Degenhardt* NVwZ 2006, 1209; *Mayer* DRiZ 2007, 51; *Papier* NJW 2007, 2145; *Rengeling* DVBl 2006, 1537.

191 OVG RhPf U. v. 5.2.2015 – 7 A 10683/14, DVBl 2015, 583 = NVwZ-RR 2015, 570 (1. Instanz: VG Koblenz U. v. 27.11.2013 – 5 K 927/12.KO); vgl. hierzu *Muckel* JA 2015, 878 sowie *Neskovic/Ublig* NVwZ 2014, 335.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

von Versammlungen, Teilen hiervon oder deren Umfeld gingen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit (§ 16 Abs. 2 VersFG S) bzw. die öffentliche Sicherheit oder Ordnung aus (Art. 9 Abs. 2 S. 2 BayVersG);

- Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch nicht bestimmte teilnehmende Personen (§ 12 Abs. 2 S. 2 Nds VersG).<sup>192</sup>

- 88 Der Einsatz der Technik für Übersichtsaufnahmen hat ebenso wie für die Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern „offen“ zu erfolgen. Die Bestimmungen des Vers Aufn/ AufzG Bln – welches als Reaktion auf das Urteil des VG Berlin<sup>193</sup> verabschiedet wurde, das die Beobachtung von Versammlungen durch einen Videowagen der Polizei und die Übertragung der Bilder in Echtzeit im sog. Kamera-Monitor-Prinzip unabhängig von der Speicherung zu treffend mangels gesetzlicher Grundlage als rechtswidrig erkannt hatte – waren Gegenstand eines abstrakten Normenkontrollverfahrens vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof. Dieser bestätigte weder den behaupteten Kompetenzverstoß<sup>194</sup> noch eine Verletzung der durch Art. 26 der Berliner Verfassung als Menschenrecht gewährleisteten Versammlungsfreiheit durch § 1 Abs. 3 Vers Aufn/ AufzG Bln bzw. eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes.<sup>195</sup> Ungeachtet der auch durch den VerfGH Bln unter Bezugnahme auf den Brokdorf-Beschluss des BVerfG<sup>196</sup> bejahten Unvereinbarkeit „exzessiver Observationen und Registrierungen“ mit dem staatsfreien, unreglementierten Charakter des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG und der Rechtsqualität von Übersichtsaufnahmen als Grundrechtseingriff überzeugt das Urteil bzgl. der Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale „Größe“ bzw. „Unübersichtlichkeit“ einer Versammlung nicht.<sup>197</sup> Die Befugnisnormen des § 18 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1, 2 VersFG BE entsprechen im Wesentlichen jenen des NVersG bzw. des VersFG SH.
- 89 Neben der die Individualisierung einzelner Teilnehmer ermöglichenden Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen<sup>198</sup> und der Anfertigung von Übersichtsaufnahmen ist – als Ausnahme von der Löschungspflicht – gem. Art. 9 Abs. 4 S. 1, 3 iVm Abs. 5 BayVersG, § 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 4, 1. Hs. VersFG BE und § 16 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 VersFG SH die Herstellung einer „eigenen Fassung“ zum Zwecke der polizeilichen Aus- und Fortbildung zulässig, die eine Identifizierung der abgebildeten Personen „unumkehrbar“ ausschließt. Eine Nutzung für andere Zwecke ist

192 Die niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit zeichnet sich bzgl. der Beurteilung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Fertigung von Übersichtsaufnahmen durch die Statuierung vergleichsweise geringer Anforderungen aus; vgl. NdsOVG U. v. 24.9.2015 – 11 LC 215/14, DÖV 2015, 1073 = NVwZ-RR 2016, 98 (Vorhalten des teilausegfahrenen Mastes einer Videokamera als Vorbereitungshandlung); VG Göttingen U. v. 11.12.2013 – 1 A 283/12 (Unübersichtlichkeit einer Versammlung bei Nichtüberblickbarkeit durch zentral postierten Polizeivollzugsbeamten); VG Hannover U. v. 14.7.2014 – 10 A 226/13, JA 2015, 78 mAnm Muckel; VG Lüneburg U. v. 30.7.2014 – 5 A 87/13 (Sicherstellung von Gegenständen gem. § 10 Abs. 2 S. 2, 1. Hs. Nds VersG iVm §§ 27–29 Nds SOG gem. § 10 Abs. 2 S. 2, 2. Hs. Nds VersG).

193 VG Berlin U. v. 5.7.2010 – 1 K 905/09, NVwZ 2010, 1442.

194 Gerügt worden war ein Verstoß gegen Art. 125a Abs. 1 GG, wonach nur eine gänzliche oder teilweise Neuregelung, nicht aber die Abänderung oder Ergänzung des VersG als Bundesrecht zulässig sei; da die Durchführung von Übersichtsaufnahmen im VersG bisher nicht geregelt worden sei, ersetze § 1 Abs. 3 Vers Aufn/ AufzG Bln nicht bestehendes Bundesrecht, sondern ergänze dieses; zur verfassungsmäßigen Rechtmäßigkeit einer „Teilersetzung“ vgl. BVerfG U. v. 9.6.2004 – 1 BvR 636/02, BVerfGE 111, 10 (30); BVerwG B. v. 23.6.2010 – 6 P 8/09; OVG Bln-Bbg U. v. 29.6.2012 – 4 B 2/10; OVG NRW U. v. 13.2.2013 – 3 A 2192/10; Stettner in Dreier GG Bd. III, Art. 125a Rn. 9 f.

195 VerfGH Bln U. v. 11.4.2014 – 129/13, DVBl 2014, 922 = NVwZ-RR 2014, 577.

196 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 (349).

197 Vgl. hierzu *Heinrich vorgänge* (Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik) 2014, 83 ff.; *Neskovic/Uhlig* NVwZ 2014, 1317 ff.

198 Bild- und Tonaufnahmen sind gem. VersG und nach den Versammlungsgesetzen der Länder nach unterschiedlichen Fristen zu vernichten (§ 12 a Abs. 2 S. 1 VersG, § 20 Abs. 3 iVm § 12 Abs. 2 SächsVersG, § 18 Abs. 2 S. 1 VersG LSA) bzw. zu löschen, sofern die Aufnahmen nicht zur Verfolgung von Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung oder im Einzelfall zur Gefahrenabwehr benötigt werden, weil die betroffene Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von dieser Person erhebliche Gefahren für künftige Versammlungen ausgehen; vgl. § 12a Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG, Art. 9 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 BayVersG, § 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–4 VersFG BE, § 12 Abs. 3 Nr. 1 Nds VersG, § 20 Abs. 1, 2 S. 1 iVm § 12 Abs. 2 S. 1 SächsVersG, § 18 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 VersG LSA, § 16 Abs. 4 S. 2 Nr. 1–4 VersFG SH, § 12 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Nds VersG hebt zusätzlich auf die Unerlässlichkeit zur „Behebung einer Beweisnot“ ab. Gem. § 16 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 VersFG SH befreit von der Löschungspflicht außer der Erforderlichkeit zur Verfolgung von Straftaten auch die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 24 Abs. 1 Nr. 7 VersFG SH (Verstoß gegen Anordnungen zur Durchsetzung des Uniformverbots gem. § 8 Abs. 2 oder des Vermummungs- und Schutzausrüstungsverbots gem. § 17).

unzulässig (Art. 9 Abs. 4 S. 2 BayVersG, § 18 Abs. 3 S. 4 VersFG BE, § 16 Abs. 4 S. 5 VersFG SH).

- Gem. Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayVersG dürfen Bild- und Tonaufnahmen sowie -aufzeichnungen nur „offen“ durchgeführt werden, wobei dies auch für Übersichtsaufnahmen zum Zwecke der Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes gilt (Art. 9 Abs. 2 S. 1 BayVersG). 90
- Gem. § 18 Abs. 1 S. 1 VersFG BE dürfen Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmenden bei oder im Zusammenhang mit einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel ebenso wie Übersichtsaufnahmen (§ 18 Abs. 2 S. 1, 2VersFG BE) nur „offen“ angefertigt werden.
- Auch gem. § 12 Abs. 1 NdsVersG darf die Polizei bestimmte Personen auf dem Wege zu oder in einer Versammlung nur „offen“ erfassen, um von diesen Personen ausgehende bzw. verursachte erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, wobei dies gem. § 12 Abs. 2 NdsVersG auch für Bild- und Tonübertragungen von „unübersichtlichen“ Versammlungen gilt, wenn dies zur Abwehr einer von nicht bestimmten teilnehmenden Personen ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit erforderlich ist (§ 12 Abs. 2 S. 1 NdsVersG). Nämliches gilt für Übersichtsaufzeichnungen in Bild und Ton von nicht bestimmten teilnehmenden Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit (§ 12 Abs. 2 S. 2 NdsVersG).
- Sowohl Bild- und Tonaufnahmen von Personen bei oder im Zusammenhang mit einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder einem Aufzug unter der Voraussetzung, tatsächliche Anhaltspunkte rechtfertigten die Annahme, von diesen Personen gehe eine erhebliche Gefahr bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus (§ 20 Abs. 1 S. 1 SächsVersG) wie von Übersichtsbildübertragungen, wenn und soweit die Erforderlichkeit wegen der Größe der Versammlung oder Unübersichtlichkeit der Versammlungslage zur Lenkung und Leitung eines Polizeieinsatzes im Einzelfall gegeben ist (§ 20 Abs. 2 S. 1 SächsVersG) stehen unter dem ausdrücklichen Vorbehalt „offen“ angefertigt zu werden.
- Wie § 12a Abs. 1 S. 1 VersG verzichtet § 18 Abs. 1 S. 1 VersG LSA bzgl. Bild- und Tonaufzeichnungen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen auf das Erfordernis der „offenen“ Anfertigung, bezeichnet lediglich Gefahren für die öffentliche Sicherheit und enthält keine ausdrückliche Befugnis für die Anfertigung von Übersichtsbildaufnahmen.
- Die Regelungen des VersFG SH schließlich entsprechen sowohl hinsichtlich der Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen von einer Person (§ 16 Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 3 S. 1) wie von Bild- und Tonaufzeichnungen in Echtzeit (Übersichtsaufnahmen gem. § 16 Abs. 2 iVm Abs. 3 S. 1) den Maßgaben des SächsVersG, dh sie dürfen nur „offen“ erfolgen; § 16 Abs. 1 S. 1 nimmt ausschließlich den Schutz der öffentlichen Sicherheit in Bezug.

Die in § 16 Abs. 3 S. 1 und 3 des durch den „Arbeitskreis Versammlungsrecht“ vorgelegten „Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes“<sup>199</sup> vorgenommene Differenzierung nach „offener“ und „verdeckter“ Vornahme von Bild- und Tonaufnahmen oder entsprechender Aufzeichnungen ist zwar grds. begrüßenswert; die in § 16 Abs. 3 S. 3 ME VersG für zulässig deklarierte Vornahme verdeckter Bild- und Tonaufnahmen unter der Voraussetzung, dass anderenfalls die körperliche Unversehrtheit der die Aufnahme oder Aufzeichnung durchzuführenden Personen „gefährdet“ würde, ist ungeachtet der hierfür gegebenen Begründung, wonach verdeckte Aufnahmen nur „aus Gründen der Eigensicherung der Beamten“ zulässig sein sollen, problematisch, da nach § 16 Abs. 3 S. 3 ME VersG der verdeckte optische Einsatz bereits bei jedweder, also auch bagatelhafter Gefährdung polizeilicher Einsatzkräfte zulässig sein soll, wobei IÜ aufgrund der Verwendung des Terminus „Gefährdung“ – im Gegensatz zum herkömmlichen, das Polizei- wie Versammlungsrecht von jeher prägenden Begriff „Gefahr“ – die „Unmittelbarkeit“ der Gefährdungslage nicht gefordert ist.<sup>200</sup>

199 AK Versammlungsrecht (Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz), Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), 2011, § 16 Ziff. III 3, S. 49.

200 So auch Roggan NVwZ 2011, 590 (595).

### III. Gefahrenabwehrende „Begleitung“ von Versammlungen („Einkesselung“)

#### 1. Problemaufriss

- 92 Nach den Urteilen von VG Hamburg wie LG Hamburg,<sup>201</sup> VG Berlin<sup>202</sup> und VG Mainz<sup>203</sup> nach wie vor umstr. ist die Frage,
- ob eine „Einschließung“ von Versammlungsteilnehmern zur Verhütung der Begehung weiterer Straftaten sowie zur Einleitung von Strafermittlungsverfahren vor ausdrücklich erklärter Auflösungsverfügung (iSd § 15 Abs. 3 VersG) bzw. erfolgtem Ausschluss einzelner Versammlungsteilnehmer aus der Versammlung (§§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG) ausschließlich auf der Grundlage des VersG oder aber durch „Rückgriff“ auf allgemeines Polizeirecht erfolgen kann,
  - welche Konsequenzen hinsichtlich der Abgrenzung des Rechtswegs sich bei Einschließung von Versammlungsteilnehmern zur Verhütung der Begehung weiterer Straftaten sowie zur Einleitung von Strafermittlungsverfahren ergeben und
  - ob der versammlungsrechtliche Schutz einer Versammlung bzw. eines Aufzugs bis zum Zeitpunkt einer Auflösungsverfügung iSv § 15 Abs. 3 VersG bzw. eines Ausschlusses von Teilnehmern aus der Versammlung (§§ 18 Abs. 3, 19 Abs. 4 VersG) oder aber auch darüber hinaus, also in der sog. **Zerstreuungsphase**, wirkt.
- 93 Zu differenzieren ist hier nach Maßnahmen **im Vorfeld** einer Versammlung (→ Rn. 90), insbes. iR der Anreise zum Versammlungsort, polizeilichen Maßnahmen **während** einer stattfindenden Versammlung bzw. eines Aufzugs (→ Rn. 91 ff.) sowie **nach** einer für aufgelöst erklärten Versammlung bzw. eines Aufzugs (→ Rn. 94).

#### 2. Kontrollmaßnahmen im Vorfeld

- 94 Polizeiliche Kontrollmaßnahmen im Vorfeld (→ Rn. 26) können grds. auf der Grundlage des allgemeinen Polizeirechts als lageabhängige selektive Kontrollen potenzieller Störer durch Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen als **Maßnahmen der Gefahrenabwehr bzw. der Gefahrenerforschung** angesichts der Erkenntnis durchgeführt werden, dass es bei der Anreise bereits zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen links- und rechtsextremen Gruppierungen kommen kann, deren „Fortsetzung“ im zeitlich anschließenden eigentlichen Versammlungsgeschehen zu verhindern ein rechtsstaatlich legitimes bzw. gebotenes Anliegen ist. Da solche Maßnahmen den freien Zugang zu einer Versammlung behindern und insofern einen Eingriff in die Grundrechtsposition aus Art. 8 Abs. 1 GG – wie iÜ in Art. 11 iVm Art. 10 EMRK (Versammlungs-/Meinungsfreiheit) und Art. 5 EMRK (Freizügigkeit) gewährleisteten Rechtspositionen<sup>204</sup> – darstellen, ist die Ausstrahlungswirkung von Art. 8 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, die sich nicht nur auf Prüfung und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränkt, sondern bereits auf der Tatbestandsebene bei Auslegung und Anwendung der jeweiligen Rechtsbegriffe und damit auch bei der Gefahrenprognose zu beachten ist. Es müssen also **hinreichend konkrete, nachvollziehbare und dokumentierte Anhaltspunkte** für die anzustellende Gefährdungsprognose vorliegen, dass Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten gerade durch Versammlungsteilnehmer und nicht nur durch Gegendemonstranten drohen.<sup>205</sup>

201 Vgl. VG Hamburg U. v. 30.10.1986 – 12 K 2442/86, NVwZ 1987, 892 ff. mAnm *Hofmann-Hoepfel*, S. 769 ff.; LG Hamburg U. v. 6.3.1987, NVwZ 1987, 833.

202 VG Berlin U. v. 7.7.1989; vgl. *Hofmann-Hoepfel* DÖV 1992, 871.

203 VG Mainz U. v. 25.9.1990; vgl. *Hofmann-Hoepfel* DÖV 1992, 870 f.

204 EGMR U. v. 15.3.2012 – 39692/09 u.a. NVwZ-RR 2013, 785; vgl. hierzu *Schmaltz* EuGRZ 2012, 606 ff. und *Trurnit* VBl BW 2015, 186 ff.

205 BayVGh B. v. 18.11.2014 – 10 C 14.2284 (1. Instanz: VG Bayreuth U. v. 2.9.2014 – B 1 K 13.228); B. v. 23.1.2013 – 10 C 12.2061 (1. Instanz: VG Würzburg U. v. 17.8.2012 – W 5 K 11.372) – PKH-Gewährung für Fortsetzungsfeststellungsklage gegen polizeiliche Vorfeldmaßnahmen; OVG Bln-Bbg B. v. 6.6.2012 – 1 N 28/11 (1. Instanz: VG Berlin U. v. 18.2.2011 – 1 K 99/10); OVG MV U. v. 15.7.2015 – 3 L 9/12 (1. Instanz: VG Schwerin U. v. 29.9.2011 – 1 A 1180/07) – Tornado-Überflug des Camps von G8-Gipfelgegnern zwecks Fertigung von Luftbildern; NdsOVG B. v. 22.4.2016 – 11 ME 82/16 (1. Instanz: VG Hannover B. v. 21.4.2016 – 10 B 2387/16) – Geleit von Teilnehmern einer Versammlung im ordnungsrechtlich verfügten Sicherheitsbereich anlässlich des Besuchs des US-Präsidenten zur Eröffnung der Hannover-Messe 2016; VG Würzburg U. v. 11.7.2013 – W 5 K 11.372.



### 3. Maßnahmen während einer stattfindenden Versammlung

Maßnahmen während einer stattfindenden Versammlung oder eines in Bewegung befindlichen Aufzugs können sowohl präventiv- als auch repressiv-polizeilicher Natur sein. Für die Abgrenzung ist der Regelungsgehalt entscheidend, der den Betroffenen ebenso bekanntzugeben ist wie ein Wechsel des Rechtsgrundes.<sup>206</sup>

Die Separierung von Teilnehmern durch das **Einziehen von Polizeiketten** – als **präventiv-polizeiliche Ingewahrsamnahme** – ist daher als Minus gegenüber einer Auflösung (§ 15 Abs. 3 VersG) aufgrund Vorliegens des Verbotstatbestands nach § 15 Abs. 1 VersG – unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit – ebenso rechtmäßig wie das **Anhalten eines Aufzugs**<sup>207</sup> oder die Auflage, eine als Aufzug angemeldete Versammlung auf eine **stationäre Kundgebung** zu beschränken, sofern eine wechselseitige Sicherung geplanter Aufzüge kräftetechnisch ausscheidet.<sup>208</sup> Demgegenüber ist ein **Aufenthalts- oder Betretungsverbot**, ausgesprochen nach der Entlassung eines Versammlungsteilnehmers aus der durch Einkesselung erfolgten Ingewahrsamnahme, nicht geeignet, nach Auflösung einer Versammlung oder dem Ausschluss von der Versammlungsteilnahme räumlich großflächige Verlassenspflichten zu begründen.<sup>209</sup> Auch ein Verstoß gegen bauordnungs- und/oder bauplanungsrechtliche Bestimmungen genügt nicht, um auf bauordnungsrechtlicher Grundlage eine Beseitigung von dem Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG unterfallender baulicher Anlagen anordnen zu können, solange die<sup>210</sup> Versammlung nicht für aufgelöst erklärt wurde.

Dreh- und Angelpunkt von Beschränkungen, die jeweils Eingriffsqualität aufweisen –

- Auflagen, wonach Transparente und Plakate mit einer bestimmten Gesamtlänge (von zB über 1,50 m) nur frontal zur Marschrichtung getragen werden dürfen und zwischen einzelnen Transparenten ein erkennbarer Mindestabstand (von zB 0,50 m) einzuhalten ist, seitliche polizeiliche Begleitung eines Aufzugs über den gesamten Marschweg in durchgehenden Reihen an beiden Seiten mit der Folge deutlicher Erschwerung des Zu- und Abgangs durch Teilnehmer und Dritte;<sup>211</sup>
- Verbot des Mitführens von Seitentransparenten,<sup>212</sup> Fahnen,<sup>213</sup> Fackeln, brennbaren Flüssigkeiten und offenen Feuers,<sup>214</sup> von Hunden;<sup>215</sup>
- zeitliche Limitierungen von Musikdarbietungen auf 10-Minuten-Blöcke<sup>216</sup> sowie des Einsatzes von Lautsprechern und sonstiger Verstärkungstechnik unter Beschränkung der technischen Schallverstärkung<sup>217</sup> –,

206 VG Frankfurt a. M. U. v. 24.9.2014 – 5 K 659/14.F; U. v. 1.12.2014 – 5 K 2486/13.F.

207 OVG NRW B. v. 10.1.2022 – 15 A 3203/20; VG Köln U. v. 1.10.2020 – 20 K 8599/18 (Bildung von Polizeiketten zum Schutz einer Versammlung vor Störungen durch Dritte); VG Frankfurt a. M. U. v. 23.6.2014 – 5 K 2334/13.F und 5 K 2340/13.F (Blockupy 2013).

208 VG Köln B. v. 13.1.2015 – 20 L 62/15; VG Leipzig B. v. 30.1.2015 – 1 L 75/15 und 1 L 76/15.

209 VG Frankfurt a. M. U. v. 24.9.2014 – 5 K 659/14.F.

210 OVG LSA B. v. 2.7.2021 – 2 M 78/21, Rn. 42 (Errichtung von Baumhäusern im Stadtforst nach Aufruf zur Waldbesetzung – „Wald statt Asphalt“ – anlässlich des Ausbaus der BAB A 49 in der Altmark); HessVGH B. v. 22.10.2020 – 2 B 2546/20, Rn. 33.

211 VG Hamburg U. v. 1.3.2012 – 19 K 1460/08.

212 BayVGH B. v. 3.10.2014 – 10 CS 14.2156 (1. Instanz: VG Ansbach B. v. 2.10.2014 – AN 5 S 14.01612).

213 BayVGH B. v. 24.2.2015 – 10 CS 15.431, BayVBl. 2015, 823 (1. Instanz: VG Ansbach B. v. 23.2.2015 – AN 5 S 15.293); B. v. 12.4.2013 – 10 CS 13.787 (1. Instanz: VG München B. v. 12.4.2013 – M 7 S 13.1549).

214 BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 29.1.2016 – 1 BvQ 6/16; HessVGH B. v. 29.1.2016 – 2 B 417/16; VG Karlsruhe B. v. 20.2.2012 – 2 K 378/12; VG Trier U. v. 6.7.2015 – 6 K 153/15.TR.

215 VG Karlsruhe B. v. 16.8.2013 – 1 K 2068/13.

216 BayVGH B. v. 16.4.2015 – 10 CS 15.842 (1. Instanz: VG Ansbach B. v. 16.4.2015 – AN 5 S 15.00640); B. v. 16.10.2014 – 10 ZB 13.2620, NVwZ-RR 2015, 104 (1. Instanz: VG München U. v. 24.7.2013 – M 7 K 13.2850).

217 BayVGH B. v. 28.6.2013 – 10 CS 13.1356 (1. Instanz: VG München B. v. 28.6.2013 – M 7 S 13.2849); HessVGH B. v. 31.5.2012 – 8 A 514/12, ESVGHE 63, 120 = DVBl 2012, 1117 (1. Instanz: VG Kassel U. v. 10.11.2011 – 7 K 216/11 KS); SachsOVG B. v. 26.9.2015 – 3 B 313/15 (1. Instanz: VG Chemnitz B. v. 25.9.2015 – 1 L 1049/15); VG Magdeburg B. v. 20.8.2014 – 1 B 915/14.



## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- Auflagen hinsichtlich der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht)<sup>218</sup> bzw. eines Gesichtsvisiers<sup>219</sup> für aus gesundheitlichen Gründen von der Maskenpflicht befreite Teilnehmer einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs, über die Untersagung von Tätigkeiten, für die ein Abnehmen der Maske erforderlich ist (Essen, Trinken, Rauchen)<sup>220</sup> oder zur Datenerfassung der Teilnehmer.<sup>221</sup>

ist die **Gefahrenprognose**, an die nach hM auch bzgl. des Erlasses beschränkender Auflagen keine zu geringen Auflagen gestellt werden dürfen. Grundlage hierfür können nur konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte sein; bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen hierfür nicht aus. Die Darlegungs- und Beweislast liegt bei der Behörde bzw. der Polizei.<sup>222</sup> Bei Gegenständen, die als Schutzwaffen iSv § 17a Abs. 1 VersG geeignet sind, müssen Anhaltspunkte für die Absicht gegeben sein, diese zur Abwehr von Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen mitzuführen.<sup>223</sup> Die bloße Missbrauchsmöglichkeit – etwa zur Verhinderung der Identifizierung von Störern durch Mitführung von Seitentransparenten<sup>224</sup> – genügt weder den Anforderungen nach § 17a Abs. 1 VersG noch jenen des § 15 Abs. 1 VersG.<sup>225</sup>

### 4. Maßnahmen nach einer für aufgelöst erklärten Versammlung

- 98 Tragen Maßnahmen repressiv-polizeilichen Charakter, dienen sie also der Strafverfolgung, wird die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen gem. § 163b StPO nach hM nicht dadurch gehindert, dass es sich um eine Versammlung im Rechtssinne handelt.<sup>226</sup>

## E. Konsequenzen staatlicher Schutzpflichten

- 99 Nach hM stellen die im „Brokdorf-Beschluss“ des BVerfG<sup>227</sup> besonders herausgestellten **Koordinations- und Kooperationspflichten** (→ Rn. 4 ff.) der mit dem Vollzug des VersG betrauten staatlichen Behörden eine Ausprägung der diesen in umfassender Weise zukommenden Schutzpflicht dar, eine friedlich verlaufende Versammlung bzw. einen Aufzug dann zu ermöglichen, wenn durch einzelne Teilnehmer der Versammlung bzw. des Aufzugs entweder Gewalttaten verübt oder aber Verstöße gegen das Vermummungs- und/oder Schutzbewaffnungsverbot (§ 17a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 VersG) festzustellen sind. Dabei fallen **friedliche Gegendemonstrationen** wie die Versammlung oder der Aufzug selbst unter das Grundrecht der Versammlungsfreiheit.<sup>228</sup> Dies hat zur Folge, dass die zuständige Behörde den möglichen Konflikt mit dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit der Teilnehmer der von den Gegendemonstran-

218 Vgl. BayVGh B. v. 1.11.2020 – 10 CS 20.2450; OVG RhPf B. v. 6.7.2020 – 6 B 10669/20; NdsOVG B. v. 26.6.2020 – 11 ME 139/20; SächsOVG B. v. 16.4.2021 – 6 B 186/21, VG Stuttgart B. v. 15.5.2020 – 5 K 2334/20, EzlFSchR, Nr. 1470.29.

219 BayVGh B. v. 19.4.2021 – 10 CS 21.1135.

220 VG Ansbach B. v. 22.2.2021 – AN 4 S 21.00269, R. 78; VG Würzburg B. v. 7.5.2021 – W 5 S 21.21.615, Rn. 56; B. v. 30.4.2021 – W 5 S 21.591, Rn. 45.

221 OVG NRW B. v. 18.3.2021 – 15 B 425/21; VG Köln B. v. 7.5.2020 – 7 L 814/20, EzlFSchR, Nr. 1470.25; B v. 7.5.2020 – 7 L 809/20, EzlFSchR, Nr. 1470.24.

222 BVerfG B. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10; B. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04.

223 VG Leipzig B. v. 15.8.2013 – 1 L 271/13.

224 BayVGh B. v. 3.10.2014 – 10 CS 14.2156; B. v. 12.4.2013 – 10 CS 13.787; VG Meiningen U. v. 13.3.2012 – 2 K 348/11.Me.

225 AA VG Würzburg B. v. 11.5.2012 – W 5 S 12.387, wonach es bzgl. des Verbots der Mitführung von Plakatstangen mit einer Länge von unter 0,80 m keiner konkreten Anhaltspunkte für eine unfriedliche Verwendung bedürfe, da die „Gefährlichkeit auf der Hand liegt“.

226 SächsOVG B. v. 27.2.2015 – 3 A 462/14; OVG NRW B. v. 2.3.2001 – 5 B 273/01; VG Chemnitz U. v. 29.4.2014 – 3 K 154/12; OLG München U. v. 20.6.1996 – 1 U 3098/94; prob. insoweit VG Augsburg U. v. 23.4.2021 – Au 8 K 20.525, wonach eine Identitätsfeststellung gem. § 163 b Abs. 1 S. 1 StPO iVm § 46 Abs. 1 OWiG wegen Verdachts einer Ordnungswidrigkeit gem. Art. 21 Abs. 1 Nr. 7 BayVersG – Durchführung einer Versammlung als Veranstalter oder Leiter einer Versammlung unter freiem Himmel ohne Anzeige gem. Art. 13 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 3 und Nichtvorliegen einer Spontanversammlung nach Art. 13 Abs. 4 BayVersG – rechtmäßig gewesen sein soll, gleichzeitig ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit angenommen wird, zumal sich die Versammlung „nach Aufnahme der Personalien ... selbständig aufgelöst habe“.

227 BVerfG B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315 = BayVBl. 1985, 589 (623 ff.) = DÖV 1985, 778 mAnm *Schneider* = DVBl 1985, 1006 = Jus 1986, 644 mAnm *Weber* = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898.

228 VG Berlin U. v. 23.2.2005 – 1 A 188/02; B. v. 30.4.2010 – 1 L 113/10.

ten abgelehnten Versammlung im Wege **praktischer Konkordanz** zu lösen hat, wobei die **zeitliche Priorität der Anmeldungen** eine wichtige, aber nicht allein ausschlaggebende Rolle spielt und iR des erforderlichen Interessenausgleichs auch berücksichtigt werden kann, dass eine größere Zahl von Gegendemonstranten an strategischen Orten auch mit dem Ziel angemeldet wurde, den Streckenverlauf eines bekämpften Aufzugs zu durchkreuzen bzw. deren Versammlung zu verhindern.

Bzgl. **Boykottaufrufen** bzw. **Aufrufen zu Gegendemonstrationen durch Amtsträger** ist wie folgt zu differenzieren: 100

- Bei Pressemitteilungen – etwa auf der Homepage eines (Bundes-)Ministeriums –, die als Boykottaufruf gegen politische Parteien verstanden werden können, hat wegen des nicht auszuschließenden Eingriffs in Art. 8 Abs. 1 GG eine Güterabwägung stattzufinden, die im Zweifel einstweiligen Rechtsschutz mit der Maßgabe einer Entfernung gebietet.<sup>229</sup>
- Demgegenüber werden Äußerungen kommunaler Amtsträger mit Eingriffsqualität dann als rechtmäßig erachtet, wenn sich diese iR des ihnen zugewiesenen Aufgabenbereichs bewegen und die rechtsstaatlichen Anforderungen an hoheitliche Äußerungen in der Form des Sachlichkeitsgebots gewahrt sind, was die zutreffende Wiedergabe von Tatsachen und die Basierung von Werturteilen auf sachgemäßen Erwägungen voraussetzt. Demzufolge sind Hinweise auf beabsichtigte Demonstrationen wie Gegendemonstrationen ebenso rechtmäßig<sup>230</sup> wie Aufrufe (im Internetauftritt) einer Kommune<sup>231</sup> oder eines (Ober-)Bürgermeisters zu einer Gegendemonstration.<sup>232</sup>

Aufrufe **Privater** zu und Durchführung von Demonstrationen oder „**Mahnwachen**“ als solche sind als ebenso rechtmäßig zu erachten wie die unmittelbare Konfrontation spezifisch Betroffener mit bestimmten Versammlungsmotti, rechtfertigen also kein Versammlungsverbot, aber ggf. die Erteilung von Auflagen: 101

- Das unmittelbare räumliche Umfeld vor der Privatwohnung herausgehobener Personen des öffentlichen Lebens ist durch Auflagen vor der Ausübung psychischen Drucks zu schützen.<sup>233</sup>
- Vorbeugender Rechtsschutz Dritter hinsichtlich der Anordnung eines Versammlungsverbots oder Erteilung einer Auflage bzgl. räumlicher oder zeitlicher Beschränkungen scheitern in der Praxis häufig an nicht gestellten Anträgen bei der zuständigen Behörde.<sup>234</sup>
- Zirkusbetreiber haben Behinderungen des Zugangs sowie des Parkens von Besuchern durch Mahnwachen unter dem Thema „Leid von Zirkustieren“ hinzunehmen.<sup>235</sup>
- Dienen wöchentlich vor dem Wohnhaus ehemaliger (Sexual-)Straftäter durchgeführte Versammlungen dazu, einen Vertreibungsdruck zu erzeugen, der die Betroffenen durch die wiederkehrende physische Präsenz, den in den privaten Rückzugsbereich einwirkenden Lärm und Vertreibungsparolen veranlassen soll, den gewählten Wohnsitz aufzugeben, so ist eine räumliche Beschränkung ebenso rechtmäßig<sup>236</sup> wie ein Versammlungsverbot, wenn es in einer kleinen Gemeinde aufgrund angeheizter und aggressiver Stimmungslage – nicht not-

229 BVerfG B. v. 7.11.2015 – 2 BvQ 39/15, NVwZ-RR 2016, 241 (Pressemitteilung des BM für Bildung und Forschung Nr. 151/2015: „Rote Karte für die AfD“).

230 VG Berlin U. v. 23.9.2013 – 1 K 280/12 (Hinweise von Bezirksverordnetenversammlung und Bezirksamt auf NPD-Veranstaltung gem. § 41 Abs. 1 S. 1 BzVwG).

231 OVG Bln-Bbg B. v. 14.9.2012 – 1 S 127/12; VG Potsdam B. v. 4.9.2012 – 1 L 444/12.

232 OVG NRW B. v. 12.1.2015 – 15 B 45/15, NWVBl. 2015, 195, wodurch Abänderung des gegenteiligen Beschlusses des VG Düsseldorf v. 9.1.2015 (1 L 54/15, NWVBl. 2015, 201) erfolgte; vgl. hierzu *Gärditz* NWVBl. 2015, 165 sowie zu *Hohenlohe* VerwArch 2016, 62 ff.

233 SächsOVG B. v. 27.8.2021 – 6 B 336/21 (Auflage des Abstands von Aufzug und stationärer Kundgebung unter dem Motto „Nazis nicht in Ruhe lassen – Wir klingeln euch raus!“ in einer Entfernung von 250 m zum Wohnhaus des ehemaligen Landesvorsitzenden einer Partei der extremen Rechten); VG Berlin B. v. 21.2.2012 – 1 L 37/12 (keine Abschlusskundgebung der Initiative „Nachtflugverbot am BBI in Schönefeld“ vor Privatwohnung des Regierenden Bürgermeisters in Berlin).

234 VG Berlin U. v. 17.3.2016 – 1 K 229/15 (Auflagenerteilung für Wohnumfeld der Veranstaltung „My Fest“ als Gegenveranstaltung zur „Revolutionären 1. Mai-Demonstration“).

235 VG Augsburg B. v. 28.10.2014 – Au 1 E 14.1564; VG Düsseldorf B. v. 2.1.2015 – 18 L 3286/14.

236 OVG LSA B. v. 25.4.2012 – 3 M 100/12, JA 2012, 796 mAnm *Muckel* (1. Instanz: VG Magdeburg B. v. 23.3.2012 – 1 B 81/12).

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

wendigerweise im Verlauf der Versammlung, so doch im Anschluss hieran – im alltäglichen Zusammenleben zu Bedrohungen, Nötigungen und womöglich zu Übergriffen kommt und dies eine pogromartige Verfolgungslage und einen Vertreibungsdruck schafft.<sup>237</sup>

- 102 Droht eine **gewaltsame Gegendemonstration**, ist dafür Sorge zu tragen, dass die zunächst angemeldete Versammlung abgehalten werden kann, da es Aufgabe der Versammlungsbehörden ist, in unparteilicher Weise auf die Verwirklichung des Versammlungsrechts des Erstanmelders hinzuwirken.<sup>238</sup> Für diese Verpflichtung ist nicht entscheidend, ob Störungen des Versammlungsablaufs nur durch gewaltbereite Personen zu erwarten sind oder aber zusätzlich durch weitgehend gewaltfreie Protestformen wie **Sitzblockaden**; Letztere sind nicht als strafbare Nötigung zu werten, dürfen aber als Mittel zur Hinderung Dritter an der Abhaltung einer angemeldeten und bestätigten Versammlung auch unter Berufung auf das Versammlungsgrundrecht nicht eingesetzt werden.<sup>239</sup>
- 103 Bei zu erwartenden Formen des **gewaltfreien Protests** gegen eine Versammlung ist die Polizei daher gehalten, **präventive Maßnahmen (Absperrungen/Kontrollen)** zu treffen, wobei dies insbes. dann gilt, wenn gewaltbereite Veranstaltungsgegner von friedlichen Veranstaltungsgegnern nicht oder schwerlich zu trennen sind und eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass unbeteiligte und friedliche Veranstaltungsgegner als „Schutzschirm“ für die Ausübung von Gewalt missbraucht werden sollen. Ergreift die Polizei die danach erforderlichen präventiven Maßnahmen und führt dies dazu, dass der angemeldete und bestätigte Aufzug wegen nicht anders zu bewältigender, von Gegendemonstranten ausgehender Gefahren abgebrochen werden muss, kann sich die Polizei auf das Vorliegen eines **polizeilichen Notstands** nicht berufen, was zur Rechtswidrigkeit der gegen die angemeldete Versammlung getroffenen Maßnahmen führt.<sup>240</sup>
- 104 Die umfassende Schutzpflicht der mit dem Vollzug des Versammlungsrechts betrauten Behörden führt iÜ dazu, dass **nicht** oder zu einem **späteren Zeitpunkt angemeldete Versammlungen** mit dem **Zweck der Blockade** einer angemeldeten Versammlung oder eines Aufzugs gem. § 15 Abs. 3 VersG **aufzulösen** und das gem. § 13 Abs. 2 iVm § 18 Abs. 1 VersG daraus folgende Gebot, sich „sofort“ zu entfernen, zwangsweise durchgesetzt werden muss. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die „Gegendemonstranten“ mit ihrer Blockade ein „politisches Zeichen“ setzen wollen, da sie sich ihrerseits nicht auf den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG berufen können.<sup>241</sup> Ebenso wenig kommt es von Rechts wegen darauf an, ob Mottos oder aber Äußerungen der angemeldeten Versammlung durch Teilnehmer der „Gegendemonstration“ oder seitens der Verantwortlichen der Versammlungsbehörden für „wertvoll“ oder aber „wertlos“, „richtig“ oder aber „falsch“ gewertet werden bzw. emotional oder rational begründet sind,<sup>242</sup> da es insbes. nicht Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ist, auf bestimmte öffentliche Meinungsäußerungen hinzuwirken oder den Versuch zu unternehmen, diese zu unterbinden, da das Grundgesetz eine „Werteloyalität“ nicht erzwingt,<sup>243</sup> somit durch Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen geschützt sind, die auf grundlegende Änderung der politischen Ordnung unabhängig von deren Durchsetzbarkeit abzielen.
- 105 Im Falle von Gegendemonstrationen, die eine „Blockade“ einer friedlich verlaufenden anderen Versammlung oder eines Aufzugs bezwecken, oder aber bei Gefahr von Gewalttätigkeiten aus der Gegendemonstration gegenüber Teilnehmern einer friedlich verlaufenden Versammlung

237 OVG LSA B. v. 8.6.2012 – 3 M 292/12, DÖV 2013, 161 = NVwZ-RR 2013, 100 (1. Instanz: VG Magdeburg B. v. 8.6.2012 – 1 B 165/12).

238 BVerfG B. v. 1.9.2000 – 1 BvQ 24/00, NVwZ 2000, 1406.

239 OVG Bln U. v. 20.11.2008 – 1 B 5/06.

240 BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 11.9.2015 – 1 BvR 2211/15; B. v. 29.8.2015 – 1 BvQ 32/15, NVwZ 2016, 244, wodurch entgegen dem Beschluss des SächsOVG v. 25.8.2015 (3 B 276/15) dem Antrag gem. § 32 BVerfGG gegen das Versammlungsverbot für das gesamte Stadtgebiet von Heidenau stattgegeben wurde; OVG Bln-Bbg B. v. 18.1.2016 – 1 N 86/14 (1. Instanz: VG Potsdam U. v. 27.5.2014 – 3 K 2198/12); VGH BW B. v. 23.5.2020 – 1 S 1586/20, EzlF-SchR, Nr. 1470.35; HmbOVG B. v. 11.9.2015 – 4 Bs 192/15 (1. Instanz: VG Hamburg B. v. 9.9.2015 – 15 E 4931/15); OVG MV B. v. 8.5.2020 – 1 M 417/20, EzlF-SchR, Nr. 1470.26; VG Berlin B. v. 30.4.2010 – 1 L 113/10.

241 BVerfG B. v. 1.6.1991 – 1 BvR 772/90, BVerfGE 84, 203 (209).

242 BVerfG B. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1 (7).

243 BVerfG B. v. 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069; B. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, NJW 2009, 908; B. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

oder eines Aufzugs besteht daher die Verpflichtung insbes. der Polizei, das Recht des Veranstalters auf Selbstbestimmung auch für den Ort der Versammlung so weit wie möglich zu sichern<sup>244</sup> und damit entsprechende Maßnahmen gem. § 15 Abs. 3 VersG gegen die Gegendemonstration zu ergreifen.<sup>245</sup>

## F. Besonderheiten verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes

### I. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

#### 1. Verfahren gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO

Die Dominanz der Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes für Streitsachen auf dem Gebiet des Versammlungsrechts erklärt sich daraus, dass Verbotsverfügungen der mit dem Versammlungsrecht betrauten Verwaltungsbehörden gem. §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VersG regelmäßig mit sofortiger Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO mit der Folge ausgesetzt werden, dass die hiergegen ergriffenen Rechtsmittel – Widerspruch oder aber Hauptsacheklage – keine aufschiebende Wirkung haben, sodass einstweiliger Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 S. 1, 2. Alt. VwGO zu beantragen ist.<sup>246</sup> Dieser muss nach der Rspr. des BVerfG zT Schutzfunktionen übernehmen, die in sonstigen Fällen das Hauptsacheverfahren erfüllt.<sup>247</sup>

Die Verwaltungsgerichte müssen daher bereits im Eilverfahren durch intensive Prüfung dem Umstand Rechnung tragen, dass der Sofortvollzug idR zur endgültigen Verhinderung der Versammlung in der beabsichtigten Form führt. Soweit möglich, ist daher die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht nur summarisch zu prüfen. Sofern dies nicht möglich ist, haben die Verwaltungsgerichte eine sorgfältige Folgenabschätzung vorzunehmen und diese hinreichend substantiiert zu begründen.<sup>248</sup>

Entfällt die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes

- gem. Art. 25 BayVersG für Klagen gegen Entscheidungen nach dem BayVersG bzw. gem. § 20 Abs. 4 S. 3 VersFG SH gegen nach Versammlungsbeginn angeordnete „Beschränkungen“ oder gegen die verfügte Auflösung einer Versammlung,
- gem. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG iVm einer Allgemeinverfügung iSd § 35 S. 2 VwVfG oder auf Grundlage einer infektionsschutzrechtlichen Verordnung (→ Rn. 65 ff.) für Klagen gegen Auflagen über die Modalitäten einer Versammlung,

so ist einstweiliger Rechtsschutz durch Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1, 1. Alt. VwGO gegeben.

#### 2. Verfahren gem. § 123 Abs. 1 VwGO

Geht es dem gegenüber um die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren begehrte Erteilung einer versagten Ausnahmegenehmigung von einer infektionsschutzrechtlichen Verordnung zur Durchführung einer Versammlung, so ist § 123 Abs. 1 VwGO einschlägig (§ 123 Abs. 5 VwGO).<sup>249</sup>

244 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 10.5.2006 – 1 BvR 14/06; B. v. 26.6.2007 – 1 BvR 1418/07, NVwZ-RR 2007, 641.

245 VG Gießen B. v. 7.12.2009 – 10 K 3060/09.GI, aufgehoben durch HessVG B. v. 10.3.2010 – 6 D 3306/09; VG Gießen U. v. 20.9.2010 – 9 K 1059/10.GI.

246 Vgl. VG Augsburg U. v. 27.11.2008 – Au 5 K 08.547; VG Düsseldorf U. v. 21.4.2010 – 18 K 3033/09.

247 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, DÖV 2013, 318 = NVwZ 2013, 570; B. v. 3.3.2004 – 1 BvR 461/03, BVerfGE 110, 77 (87); StGH Stuttgart U. v. 23.3.2015 – 1 VB 56/14, DÖV 2015, 530 = NVwZ 2015, 1286.

248 BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) B. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, DÖV 2013, 318 = NVwZ 2013, 570, wodurch den Anträgen gem. § 32 BVerfGG gegen die Beschlüsse des SächsOVG v. 15.10.2010 (4 B 307/10) und des VG Leipzig v. 15.10.2010 (3 L 1556/10) stattgegeben wurde.

249 BayVG B. v. 30.4.2020 – 10 CS 20.999, EzIfSchR, Nr. 1470.18; HmbOVG B. v. 22.5.2020 – 5 Bs 82/20, EzIfSchR, Nr. 1470.32; OVG NRW B. v. 30.4.2020 – 15 B 606/20, EzIfSchR, Nr. 1470.20; VG Aachen B. v. 29.4.2020 – 7 L 306/20, EzIfSchR, Nr. 1470.16; VG Gelsenkirchen B. v. 29.4.2020 – 20 L 523/20, EzIfSchR, Nr. 1470.17; VG München B. v. 15.5.2020 – M 13 E 20.2046, EzIfSchR, Nr. 1470.28; VG Münster B. v. 25.4.2020 – 5 L 361/20, EzIfSchR, Nr. 1470.15.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

### 3. Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog

- 110 Die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO als Unterfall der Anfechtungsklage<sup>250</sup> kommt im Regelfalle dann zur Anwendung, wenn nach Rechtshängigkeit der erhobenen Anfechtungsklage ein erledigendes Ereignis mit der Folge eintritt, dass eine aufrechterhaltene Anfechtungsklage mangels allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses der Abweisung wegen Unzulässigkeit verfallen würde.
- 111 Im Versammlungsrecht – wie im Polizeirecht – ist diese Konstellation regelmäßig nicht gegeben, schließt jedoch nach hM die Anwendbarkeit des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO „aus dem Stande heraus“ nicht aus. Voraussetzung ist ein erledigter Verwaltungsakt; Maßnahmen auf dem Gebiet des Versammlungsrechts – wie des allgemeinen Polizeirechts – unterfallen diesem Rechtsbegriff regelmäßig – entweder in Gestalt des § 35 S. 1 VwVfG oder aber in der Form der sog. Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG. Auch die Erledigung im Rechtssinne wird im Versammlungsrecht regelmäßig deshalb gegeben sein, weil die mit dem Verwaltungsakt verbundene rechtliche Beschwer nachträglich weggefallen ist.<sup>251</sup>
- 112 Handelt es sich – ausnahmsweise – um **Realakte** mit der Folge, dass § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nicht zur Anwendung gelangen kann, steht die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO zur Verfügung.<sup>252</sup>
- 113 Tritt das erledigende Ereignis in den Fällen, in denen nach Landesrecht ein Widerspruchsverfahren stattfinden kann (→ § 5 Rn. 25), vor Ablauf der Widerspruchsfrist ein, so ist nach hM die Durchführung eines Vorverfahrens als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht geboten.<sup>253</sup>
- 114 Speziell für das Versammlungsrecht gilt der Grundsatz, dass die ansonsten für die Fortsetzungsfeststellungsklage geltenden **Klagefristen** der §§ 74 Abs. 1, 58 VwGO<sup>254</sup> nicht zur Anwendung zu bringen sind. Gegenteiliges gilt nur für die Konstellation, die sich dadurch auszeichnet, dass bei landesrechtlicher Eröffnung des Widerspruchsverfahrens zum Zeitpunkt der Erhebung der Fortsetzungsfeststellungsklage die einmonatige Widerspruchsfrist bereits abgelaufen ist.
- 115 Bzgl. des grds. für die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage anzuerkennenden **besonderen Interesses** an der Feststellung der Rechtswidrigkeit sind die in der Rspr. entwickelten Gründe – Präjudizialität für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche,<sup>255</sup> Wiederholungsfahr,<sup>256</sup> Rehabilitations-/Genugtuungsfunktion wegen diskriminierender Wirkung<sup>257</sup> – deshalb nicht zur Anwendung zu bringen, weil Maßnahmen auf dem Gebiet des Versammlungsrechts regelmäßig einen schweren Eingriff in die Grundrechtspositionen aus Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG bedeuten.

### II. Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz

- 116 Aufgrund der vorbezeichneten Besonderheiten – regelmäßige Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wege einstweiligen Rechtsschutzes (→ Rn. 102 f.) – dominiert iR des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes ebenfalls das Eilverfahren durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG, wonach eine vorläufige Regelung möglich ist, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

250 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 97.

251 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 102.

252 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 116; VG Hannover U. v. 14.7.2014 – 10 A 226/13, JA 2015, 78 mAnm *Muckel*; VG Münster U. v. 21.8.2009 – 1 K 1403/8 (Statthaftigkeit einer Feststellungsklage bzgl. Videobeobachtung eines Versammlungsteilnehmers als Realakt); VG Stuttgart U. v. 18.11.2015 – 5 K 1265/14 (Wasserwerfereinsatz als Anwendung unmittelbaren Zwangs als Realakt – „Stuttgart 21“).

253 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 127.

254 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 128.

255 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 136 ff.

256 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 141.

257 Vgl. *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 142 ff.



Da sowohl für die Verfassungsbeschwerde gem. § 13 Nr. 8a BVerfGG iVm Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als auch für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG das Erfordernis der **Rechtswegerschöpfung** iSv § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gilt, wäre im Falle der Anfechtung einer gem. § 15 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 VersG ergangenen Verbotsverfügung neben dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren in erster und zweiter Instanz für die Zulässigkeit des Verfassungsrechtswegs die Erschöpfung im Hauptsacheverfahren erforderlich, was mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wäre. In diesen Fällen wird über § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG die Möglichkeit eröffnet, über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort zu entscheiden, wenn sie **von allgemeiner Bedeutung** ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein **schwerer und unabwendbarer Nachteil** entstünde, wenn er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. Dies wird durch die Rspr. des BVerfG für Verfassungsbeschwerden id. verneint, für Anträge gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG auf dem Gebiet des Versammlungsrechts regelmäßig bejaht.<sup>258</sup>

Im Falle der Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens ist das Fortbestehen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses zu bejahen, wenn sich die direkte Belastung durch einen tiefgreifenden und folgenschweren Grundrechtsverstoß auf eine Zeitspanne beschränkt, in der ein Betroffener idR eine verfassungsgerichtliche Entscheidung kaum erlangen konnte.<sup>259</sup>

### G. Verfolgung versammlungsspezifischer Straftaten, Ahndung versammlungsspezifischer Ordnungswidrigkeiten

VersG und Versammlungsgesetze der Bundesländer Bayern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein enthalten umfangreiche Straf- und Bußgeldvorschriften versammlungsspezifischer Art.

**Straftatbestände sind:**

- Vornahme, Androhung von Gewalttätigkeiten oder Verursachung grober Störungen in der Absicht, nicht verbotene Versammlungen oder Aufzüge zu verhindern oder zu sprengen oder sonst ihre Durchführung zu vereiteln (§ 21 VersG);
- Widerstandsleistung mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt oder tätlicher Angriff gegen Leiter oder Ordner gegen deren rechtmäßige Ausübung ihrer Ordnungsbefugnisse (§ 22 VersG);
- Aufforderung in öffentlicher Weise, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) zur Teilnahme an einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzug, nachdem deren Durchführung durch ein vollziehbares Verbot untersagt oder deren Auflösung angeordnet ist (§ 23 VersG),
- Verwendung von Ordnern, die Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich führen, durch Leiter einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzugs (§ 24 VersG);
- wesentlich andere Durchführung einer Versammlung oder eines Aufzugs als angegeben durch Leiter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs (§ 25 Nr. 1 VersG);
- Missachtung von Auflagen nach § 15 Abs. 1 oder 2 VersG durch Leiter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs (§ 25 Nr. 2 VersG);
- Durchführung einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzugs trotz vollziehbaren Verbots oder Fortsetzung trotz Auflösung oder Unterbrechung durch Polizei als Veranstalter oder Leiter (§ 26 Nr. 1 VersG);
- Durchführung einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs ohne Anmeldung gem. § 14 VersG (§ 26 Nr. 2 VersG);

<sup>258</sup> Zu den Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 BVerfGG vgl. BVerfG B. v. 24.6.1997 – 1 BvR 2306/96, BVerfGE 96, 120 (128 f.) sowie → § 16 Rn. 17 ff.

<sup>259</sup> BVerfG U. v. 30.11.1989 – 2 BvR 3/88, BVerfGE 81, 138.

## 63 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- Mitsichführen von Waffen oder sonstigen Gegenständen, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, ohne behördliche Ermächtigung (§ 27 Abs. 1 S. 1 VersG);
  - Mitsichführen von Waffen oder sonstigen Gegenständen, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, auf dem Weg zu öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen, Hinschaffen, Bereithalten oder Verteilen, ohne behördliche Erlaubnis (§ 27 Abs. 1 S. 2 VersG);
  - Verstoß gegen § 17a Abs. 1 VersG (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 VersG);
  - Verstoß gegen § 17a Abs. 2 Nr. 1 VersG (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG);<sup>260</sup>
  - Zusammenrottung im Anschluss an oder sonst im Zusammenhang mit derartigen Veranstaltungen unter Mitführung von Waffen, sonstiger Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, von Schutzwaffen oder sonstiger in § 27 Abs. 2 Nr. 1 VersG bezeichneten Gegenstände oder in einer Aufmachung iSv § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG (§ 27 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a–c VersG);
  - Zuwiderhandlung gegen Tragen von Uniformen, Uniformteilen oder gleichartiger Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung gem. § 3 Abs. 1 VersG (§ 28 VersG).
- 121 Der Straftatbestand des § 26 Nr. 2 VersG wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht gem. § 14 Abs. 1 VersG dürfte in der Praxis angesichts der anerkannten Rechtsinstitute der Eil- bzw. Spontanversammlung keine Rolle spielen.
- 122 Der Vollzug des Bußgeldtatbestands gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 VersG – Missachtung einer vollziehbaren Auflage gem. § 15 Abs. 1, 2 VersG durch Teilnehmer – ist im Licht der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 GG auszulegen. Maßnahmen nach dieser Vorschrift müssen sich auf das beschränken, was zum Schutze gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist.<sup>261</sup>

<sup>260</sup> Vgl. OLG Zweibrücken B. v. 19.1.2021 – 1 OLG 2 Ss 87/20.

<sup>261</sup> BVerfG (3. Kammer des 1. Senats) B. v. 26.6.2014 – 1 BvR 2135/09, DÖV 2014, 933 = NVwZ 2014, 1453, wodurch das Urteil des AG München v. 9.4.2009 (1125 OWi 111 Js 10211/09) aufgehoben und damit der Beschluss des OLG Bamberg v. 5.8.2009 (2 Ss OWi 811/2009) gegenstandslos wurde; streitgegenständlich war die Auferlegung eines Bußgeldes wegen Verstoßes gegen das Verbot von Lautsprecherdurchsagen durch die Aufforderung an Polizeivollzugsbeamte zum Verlassen der Demonstration.



**§ 65 Datenschutzrecht**

**Literatur: Kommentare/Lehrbücher/Monographien:** *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 1. Aufl. 2016 (zit.: *Albrecht/Jotzo* DatenschutzR); *Auernhammer*, hrsg. von *Esser/Kramer/v. Lewinski*, DSGVO/BDSG, 7. Aufl. 2020 (zit.: *Auernhammer*); *Ebmann/Selmayr* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018; *Gola* (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018; *Gola/Heckmann* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 13. Aufl. 2019; *Johannes/Weinhold*, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 1. Aufl. 2018 (zit.: *Johannes/Weinhold* Neues DatenschutzR); *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR); *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Kühling/Buchner*); *Laue/Nink/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 1. Aufl. 2016; *Lisken/Denninger* (hrsg. v. *Bäcker/Denninger/Graulich*), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021 (zit.: *Lisken/Denninger* PolR-HdB); *Moos/Schefzig/Arning* (Hrsg.), Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018; *Paal/Pauly* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2021; *Plath* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018; *Roßnagel* (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2018 (zit.: *Roßnagel* Neues DatenschutzR); *Ruder/Pörtl*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2021 (zit.: *Ruder/Pörtl* PolR BW); *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2018; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021 (zit.: *Schenke* VerwProzR); *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG (Heidelberger Kommentar), 2. Aufl. 2020; *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019; *Taegeer/Gabel* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019; *Wybitil* (Hrsg.), Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2017.

**Aufsätze:** *Botta*, Fortgeschrittenenhausarbeit: Verfassungsmäßigkeit des gefahrenabwehrrechtlichen Einsatzes „stiller SMS“, ZJS 2021, 59; *Buchner*, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, DuD 2016, 155; *Gola/Klug*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts, NJW 2021, 680; *Egberts/Monschke*, Einführung in das neue Datenschutzrecht unter der EU Datenschutz-Grundverordnung, JURA 2018, 1100; *Ernst*, Die Widerruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, ZD 2020, 383; *Greve*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 2017, 737; *Heberlein*, Zwei Jahre Anwendung der DS-GVO, ZD 2020, 487; *Kieck/Pohl*, Zum Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts, DuD 2017, 567; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448; *Kühling/Sackmann*, Datenschutzordnung 2018 – nach der Reform ist vor der Reform?!, NVwZ 2018, 681; *Laue*, Öffnungsklauseln in der DS-GVO – Öffnung wohin?, ZD 2016, 463; *Petri*, Das Verhältnis von Datenschutzaufsicht und Rechtsprechung, ZD 2020, 81; *Pieper*, Grundstrukturen des verfassungsrechtlichen Datenschutzes – Zum Schutz personenbezogener Daten durch die Grundrechte des Grundgesetzes bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr, JA 2018, 598; *Ruschmeier*, Anforderungen an datenschutzrechtliche Einwilligungen in Krisenzeiten, ZD 2020, 618 *Schantz*, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung, NJW 2016, 1841; *Schneider*, Kernbereich privater Lebensgestaltung, JuS 2021, 29; *Streinz*, „Recht auf Vergessenwerden“ zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht, DuD 2020, 353; *Tinnefeld*, Das Verhältnis von DS-GVO und nationalen kirchlichen Sonderregelungen, ZD 2020, 145 ff.; *Vettermann*, Datenschutzrechtliche Informationspflichten zwischen Kreativität und Transparenz, ZD 2021, 257.

A. Grundlagen des Datenschutzrechts .....	1	1. Beanstandung aufsichtsbehördlicher Anordnung .....	15
I. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz von Daten .....	1	2. Verwaltungsgerichtliches Verfahren gegen aufsichtsbehördliche Anordnung .....	16
II. Anwendung des Datenschutzrechts .....	4	C. Recht der betroffenen Personen .....	18
III. Zulässigkeit der Datenverarbeitung .....	5	I. Informationsanspruch / Informationspflicht (Art. 12–14 DSGVO) .....	18
1. Rechtsgrundsätze der Datenverarbeitung .....	5	II. Auskunftsanspruch (Art. 15 DSGVO) .....	19
2. Gesetzliche Ermächtigung zur Datenverarbeitung .....	6	III. Berichtigungsanspruch (Art. 16 DSGVO) ..	21
3. Zulässigkeit der Datenerhebung durch Einwilligung .....	7	IV. Lösungs- / Sperrungsanspruch (Art. 17, 18 DSGVO) .....	23
B. Kontrolle der Einhaltung des Datenschutzrechts .....	12	1. Recht auf Löschung und Sperrung .....	23
I. Behördliche Kontrolle .....	12	2. Geltendmachung des Lösungsbegehrens .....	25
II. Eingabe an Datenschutzbeauftragten / Datenschutzaufsichtsbehörde .....	13	V. Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO) .....	26
III. Maßnahmen der Datenschutzbehörde .....	15	VI. Gerichtliche Durchsetzung der Begehren (Art. 79 DSGVO) .....	28

## A. Grundlagen des Datenschutzrechts

### I. Gesetzliche Grundlagen zum Schutz von Daten

Das Datenschutzrecht beruht seit dem Jahr 2018 auf einer grundlegend neuen Systematik und wurde in der EU vereinheitlicht. Rechtsgrundlage für das Datenschutzrecht ist die DSGVO<sup>1</sup>, die seit dem 25.5.2018 unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU und damit auch in Deutschland gilt. Neben der DSGVO wurden für den Bereich der Polizei (Sicherheitsrecht) und der Justiz die Vorgaben der DSRL 2016/680<sup>2</sup> durch Änderungen der entsprechenden Bundes- und Landesgesetze in das deutsche Recht umgesetzt.

Die DSGVO dient dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten (Art. 1 Abs. 1 DSGVO) und gilt für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Sie findet gleichermaßen für das Zivil- und das öffentliche Recht und damit auch für das Verwaltungsrecht Anwendung.

Die Rechtslage im Datenschutzrecht stellt sich für den Bereich des Verwaltungsrechts wegen der unterschiedlichen Regelungsebenen kompliziert dar (→ Rn. 2).<sup>3</sup> Im Wesentlichen sind folgende gesetzliche Regelungen zu beachten:

- **Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO):** Diese enthält als unmittelbar in Deutschland geltende EU-Verordnung alle grundlegenden Regelungen zum Datenschutzrecht. Bundes- und Landesgesetze finden daneben nur noch in Ausnahmefällen Anwendung.
- **Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)<sup>4</sup>:** Dieses wurde im Jahr 2017 neu erlassen. Wegen des Vorrangs der DSGVO finden sich dort vor allem auf Öffnungsklauseln basierende ergänzende Regelungen. Darüber hinaus soll das BDSG ein reibungsloses Zusammenspiel der DSGVO und der DSRL 2016/680 mit dem stark ausdifferenzierten deutschen Datenschutzrecht sicherstellen.<sup>5</sup>
- **Landesdatenschutzgesetze:** Diese enthalten wegen des Vorrangs der DSGVO nur noch ergänzende Regelungen und harmonisieren die unterschiedlichen Regelungsebenen (EU/Bund/Länder).

Da das Datenschutzrecht eine Querschnittsmaterie ist, enthalten zahlreiche **bereichsspezifische Gesetze** ergänzende oder eigene Datenschutzbestimmungen<sup>6</sup>, etwa

- die **Polizeigesetze:** Das Datenschutzrecht der Polizeien von Bund und Ländern richtet sich nach den Vorgaben der DSRL 2016/680, die in das deutsche Recht umgesetzt wurden; die DSGVO gilt hier regelmäßig nicht. Die Umsetzung ist leider nicht einheitlich erfolgt<sup>7</sup>; teils fand sie in den Datenschutzgesetzen statt (vgl. dazu etwa §§ 45 ff. BDSG oder §§ 23 ff. NDSG<sup>8</sup>), teils erfolgte sie in den Polizeigesetzen der Länder (vgl. etwa §§ 11–16, 42–62, 70–99 PolG BW<sup>9</sup>),

1 Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG – Datenschutz-Grundverordnung – (ABl. 2016 L 119, 1, ber. ABl. 2016 L 314, 72; ABl. 2018 L 127, 2, ABl. 2021 74, 35).

2 Richtlinie (EU) 2016/680 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. 2016 L 119, 89; ber. ABl. 2018 L 127, 9, ABl. 2019 L 216, 40, ABl. 2021 L 74, 36).

3 *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 209: „ungewöhnlich komplex“.

4 Bundesdatenschutzgesetz v. 30.6.2017 (BGBl. I 2097), zul. geänd. d. Art. 10 G v. 23.6.2021 (BGBl. I 1858 [1968]).

5 BT-Drs. 18/11325, 69.

6 Einen guten Überblick auf die allein auf Bundesebene geltenden Gesetze mit Datenschutzregelungen oder Datenschutzbezug enthält das Zweite Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) v. 22.11.2019 (BGBl. I 1626), das über 150 (sic!) Bundesgesetze an die geänderte Rechtslage durch das europäische Datenschutzrecht angepasst hat.

7 Vgl. dazu den guten Überblick bei Lisken/Denninger PolR-Hdb/Müller/Schwabenbauer Kap. G Rn. 564.

8 Niedersächsisches Datenschutzgesetz v. 16.5.2018 (Nds. GVBl. 2018, 66).

9 Polizeigesetz vom 6.10.2020 (GBl. 2020, 735, ber. 1092).

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- das **Ordnungswidrigkeitengesetz**<sup>10</sup>: Dieses enthält spezifische Vorschriften zum Datenschutz in den §§ 49c, 49d OWiG (Zweiter Teil, Zweiter Abschnitt [„Allgemeine Verfahrensvorschriften“]),
  - das **Telekommunikationsgesetz**<sup>11</sup> (Teil 7 Abschnitt 2 [„Datenschutz“], §§ 91–107 TKG),
  - das **Telemediengesetz**<sup>12</sup> (Abschnitt 5 [„Datenschutz“], §§ 11–15d TMG),
  - das **SGB X**<sup>13</sup> (2. Kapitel [„Schutz der Sozialdaten“], §§ 67–85a SGB X) sowie
  - das **Bundsmeldegesetz**<sup>14</sup> (Abschnitt 2 [„Schutzrechte“], §§ 8–16 BMG).
- 2 Durch die Europäisierung des Datenschutzrechts (→ Rn. 1) sind **Anwendung, Umsetzung und Durchsetzung des Datenschutzrechts** komplex geworden.<sup>15</sup> Dabei ist insbes. zu beachten:
  - Für alle Fragen des Datenschutzes gilt die **DSGVO**. Sie ist unmittelbar geltendes und vorrangig anzuwendendes EU-Recht.<sup>16</sup> Alle wesentlichen Regelungen zur Datenverarbeitung finden sich dort (→ Rn. 3 ff.).

Für den Bereich des Datenschutzes bei **Polizei und Justiz** gelten dagegen die ins deutsche Recht übertragenen Vorgaben der **DSRL 2016/680**; sie sind *lex specialis*.<sup>17</sup> Faustformel: Immer wenn der Sachverhalt im Zusammenhang mit Straftaten (oder Ordnungswidrigkeiten) steht und/oder ein Zusammenhang mit Straftaten/Ordnungswidrigkeiten nicht sicher auszuschließen ist<sup>18</sup>, gelten die besonderen datenschutzrechtlichen Vorgaben für diesen Bereich (vgl. dazu etwa die Anwendungsregelung in § 45 BDSG, §§ 21 ff. BPolG<sup>19</sup>, §§ 9 ff. BKAG<sup>20</sup>, §§ 42 ff. PolG BW, §§ 474 ff. StPO<sup>21</sup>, §§ 49c, 49d OWiG.
  - Neben der DSGVO kommen zudem ggf. **ergänzende bundes- oder landesrechtliche Vorschriften** des Datenschutzes zur Anwendung. Dies gilt vor allem für das BDSG und die LDSG. Ergänzungen finden sich dort idR auf der Grundlage von Öffnungsklauseln der DSGVO oder sie dienen der reinen Präzisierung oder Konkretisierung<sup>22</sup>; entgegenstehende und rein wiederholende Regelungen wären nicht anwendbar. Die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder enthalten deswegen vor allem Regelungen zur behördlichen Anwendung des Datenschutzrechts, zu den Datenschutzbeauftragten, zur Datenschutzaufsicht und zu den Rechtsbehelfen.

Zu beachten sind auch **Datenschutzregelungen in Spezialgesetzen**, vor allem in den Sozialgesetzen, wo der Datenschutz besonders sensibel und streng ausgestaltet ist (§ 35 SGB I<sup>23</sup>; „**Sozialgeheimnis**“). Da die DSGVO nur wenige spezielle Regelungen zum Sozialdatenschutz enthält, regeln die Sozialgesetze die Verarbeitung der Sozialdaten abschließend, soweit nicht die DSGVO im Einzelfall Regelungen enthält und daher vorrangig gilt (vgl. § 35 Abs. 2 SGB I).<sup>24</sup>

10 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten idF der Bek. v. 19.2.1987 (BGBl. I 602), zul. geänd. d. Art. 31 G v. 5.10.2021 (BGBl. I 4607 [4617]).

11 Telekommunikationsgesetz in der Neufassung v. 23.6.2021 (BGBl. I 1858).

12 Telemediengesetz v. 26.2.2007 (BGBl. I 179), zul. geänd. d. Art. 3 G v. 12.8.2021 (BGBl. I 3544 [3545]).

13 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – idF der Bek. v. 18.1.2001 (BGBl. I 130), zul. geänd. d. Art. 45 G v. 20.8.2021 (BGBl. I 3932 [4025]).

14 Bundsmeldegesetz v. 3.5.2013 (BGBl. I 1084), zul. geänd. d. Art. 4 G v. 28.3.2021 (BGBl. I 591 [599]).

15 Überblick bei *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 209–220.

16 BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556, 2561 f. (Rn. 46 f.), mzustAnm *Kühling/Sackmann*; in *Roßnagel/Roßnagel* Neues DatenschutzR § 2 Rn. 17 f.; *Petri* ZD 2020, 81 (83), Ebenso etwa § 1 Abs. 5 BDSG.

17 *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 199, 878; *Roßnagel/Weinhold* Neues DatenschutzR § 7 Rn. 58; *Johannes/Weinhold* Neues DatenschutzR § 1 Rn. 20.

18 Vgl. dazu etwa *Ruder/Pörtl* PolR BW § 10 Rn. 62, 78 ff.; *Johannes/Weinhold* Neues DatenschutzR § 1 Rn. 17 ff.

19 Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz) v. 19.10.1994 (BGBl. I 2978 [2979]), zul. geänd. d. Art. 8 G v. 23.6.2021 (BGBl. I 1982 [1999]).

20 Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz) v. 1.6.2017 (BGBl. I 1354 [2019 I 400]), zul. geänd. d. Art. 2 G v. 25.6.2021 (BGBl. I 2099 [2107]).

21 Strafprozessordnung idF d. Bek. v. 7.4.1987 (BGBl. I 1074, 1319), zul. geänd. d. Art. 4 G v. 5.10.2021 (BGBl. I 4607 [4610]).

22 *Roßnagel/Roßnagel* Neues DatenschutzR § 2 Rn. 1 ff., 5; *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 210 ff.

23 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (I) – Allgemeiner Teil, Art. I des Gesetzes v. 11.12.1975 (BGBl. I 3015), zul. geänd. d. Art. 32 G v. 20.8.2021 (BGBl. I 3932 [4020]).

24 *Roßnagel/Hoidn* Neues DatenschutzR § 7 Rn. 116.

Neben dem kodifizierten Datenschutzrecht kommt der **Rspr.** in diesem Bereich zunehmend größere Bedeutung zu. Dabei bestimmen vor allem der EuGH und das BVerfG das Datenschutzrecht immer mehr. Es sind vor allem folgende Grundsätze zu beachten:

- Der **EuGH** hat den von einer Datenverarbeitung (etwa im Internet) betroffenen Personen ein **Recht auf Vergessenwerden** zugestanden.<sup>25</sup> Personenbezogene Daten sind danach auf Antrag oder nach festgelegten Fristen ersatzlos zu beseitigen (idR durch Löschung). Das Recht auf Vergessenwerden ist nunmehr in Art. 17 DSGVO kodifiziert. Das BVerfG hat dieses Recht dem Grunde nach ebenfalls anerkannt.<sup>26</sup>
- Das **BVerfG** hat aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) entwickelt.<sup>27</sup> Es gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Die Gewährleistung greift insbes., wenn die Entfaltung der Persönlichkeit dadurch gefährdet wird, dass personenbezogene Informationen von staatlichen Behörden in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden, die betroffene Personen weder überschauen noch beherrschen können.<sup>28</sup> Dieses Recht wird jedoch nicht schrankenlos gewährleistet, denn der Einzelne hat kein Recht iSe absoluten, uneinschränkbarer Herrschaft über „seine“ Daten. Vielmehr muss er im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit Einschränkungen hinnehmen.<sup>29</sup>

Einen besonders strengen Schutz spricht das BVerfG dem **Kernbereich privater Lebensgestaltung** zu. Dieser wurzelt in den von den jeweiligen Überwachungsmaßnahmen betroffenen Grundrechten iVm Art. 1 Abs. 1 GG und sichert einen dem Staat nicht verfügbaren **Menschenwürdekern** grundrechtlichen Schutzes gegenüber solchen Maßnahmen. Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.<sup>30</sup>

## II. Anwendung des Datenschutzrechts

Nach der DSGVO iVm den einschlägigen Datenschutzregelungen des Bundes und der Länder (→ Rn. 1 f.) setzt die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts im Bereich der Verwaltung voraus:

- Die **ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten** oder die **nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten**, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Entscheidend ist die Speicherung oder Absicherung der Speicherung in einem **Dateisystem**.<sup>31</sup> Ausgenommen sind ungeordnete Akten und Aktensammlungen sowie reine Handakten.<sup>32</sup>
- Die **Datenverarbeitung** ist nunmehr der zentrale Oberbegriff für alle Arten des Umgangs mit Daten. Die Legaldefinition des Begriffs findet sich in Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Erfasst werden danach u.a. („wie“ → nicht abschließend!) das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung und die Offenlegung durch Übermittlung von Daten.<sup>33</sup>

25 EuGH U. v. 13.5.2014 – C-131/12, NJW 2014, 2257, u. U. v. 24.9.2019 – C-507/17, NJW 2019, 3499.

26 BVerfG („Recht auf Vergessen II“) B. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216.

27 BVerfG B. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 = DVBl 2006, 899, bestätigt und fortentwickelt etwa durch BVerfG („BKAG-Urteil“) U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., BVerfGE 141, 220, u. BVerfG („elektronische Fußfessel“) B. v. 1.12.2020 – 2 BvR 916/11 u.a., HRRS 2021, 100 = JA 2021, 347, m. Bespr. *Muckel* = JuS 2021, 472, m. Bespr. *Sachs*.

28 BVerfG („Antiterrordateigesetz II“) B. v. 10.11.2020 – 1 BvR 3214/15, NVwZ 2021, 226 = GSZ 2021, 25, m. krit. Anm. *Löffelmann*, 33 ff. = JA 2021, 260, mAnm *Muckel*; Botta, ZJS 2021, 59, 62; vgl. auch *Golla* NJW 2021, 667 ff.

29 Vgl. etwa BVerfG („Volkszählungsurteil“) U. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419; *Pieper* JA 2018, 598, 602 ff.

30 BVerfG („BKAG-Urteil“) U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., BVerfGE 141, 220, 276 (Rn. 120); BVerfG („elektronische Fußfessel“) B. v. 1.12.2020 – 2 BvR 916/11 u.a., BVerfGE 156, 63 = JA 2021, 347, m. Bespr. *Muckel* = JuS 2021, 472, m. Bespr. *Sachs*.

31 Kühling/Buchner/Kühling/Raab DSGVO Art. 2 Rn. 18.

32 Roßnagel/Husemann Neues DatenschutzR § 3 Rn. 4; Auernhammer/Eßler DSGVO Art. 4 Rn. 76.

33 Vgl. dazu eingehender HmbOVG B. v. 15.10.2020 – 5 Bs 152/20, ZD 2021, 278, mAnm *Freund*: bloße „Datenlagerung“ ist keine Datenverarbeitung.

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- **Personenbezogene Daten**, also alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO [dort findet sich auch eine Definition des Begriffs „identifizierbar“]).
- **Öffentliche Stellen des Bundes**. Dies sind die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, die Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform (§ 2 Abs. 1 BDSG).
- **Öffentliche Stellen der Länder**. Dies sind die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform (§ 2 Abs. 2 BDSG).
- **Vereinigungen des Privatrechts** von öffentlichen Stellen des Bundes und der Länder, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, gelten ungeachtet der Beteiligung nicht-öffentlicher Stellen als öffentliche Stellen des Bundes, wenn
  1. sie über den Bereich eines Landes hinaus tätig werden oder
  2. dem Bund die absolute Mehrheit der Anteile gehört oder die absolute Mehrheit der Stimmen zusteht.
- Andernfalls gelten sie als öffentliche Stellen der Länder (§ 2 Abs. 3 BDSG).
- **Nicht-öffentliche Stellen**. Dies sind natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts. Nimmt eine nicht-öffentliche Stelle hoheitliche Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, ist sie insoweit öffentliche Stelle (§ 2 Abs. 4 BDSG). Hierunter fallen vor allem die sog. Beliehenen<sup>34</sup>, die übertragene Aufgaben des Staates wahrnehmen.

### III. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

#### 1. Rechtsgrundsätze der Datenverarbeitung

- 5 Das Datenschutzrecht wird von **elementaren Rechtsgrundsätzen** geprägt, die bei jeder Datenverarbeitung strikt zu beachten sind. Diese sind im Wesentlichen in **Art. 5 DSGVO** verankert.<sup>35</sup> Daneben sind sie in den konkreten Datenschutzregelungen der DSGVO und der Bundes- und Landesgesetze umgesetzt. Besonders wichtig sind:
- Grundsatz der **Rechtmäßigkeit** und **Transparenz**: Daten müssen auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden.
  - Grundsatz der **Zweckbindung**: Daten müssen für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.
  - Grundsatz der **Datenminimierung**: Daten müssen dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein.
  - Grundsatz der **Richtigkeit**: Daten müssen sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden.
  - Grundsatz der **Speicherbegrenzung**: Daten müssen in einer Form gespeichert werden, welche die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist.
  - Grundsatz des **Systemdatenschutzes**: Daten müssen in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschließlich Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust,

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/11325, 81; Beispiel: TÜV.

<sup>35</sup> Vgl. dazu EuGH U. v. 22.6.2021 – C 439/19, ZD 2021, 625, u. Roßnagel/Roßnagel Neues DatenschutzR § 3 Rn. 39 ff.



unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen.

- **Grundsatz der Verantwortung:** Die verantwortliche Person/Stelle ist für die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze verantwortlich und muss deren Einhaltung nachweisen können.

**Hinweis:** Die Datenschutzgrundsätze spielen auch eine grundlegende Rolle bei der **Anfechtung** einer Datenverarbeitung. Es empfiehlt sich immer, neben konkreten Verstößen gegen die betroffenen Datenverarbeitungsvorschriften **zusätzlich** auch die möglichen **Verstöße gegen die elementaren Datenverarbeitungsgrundsätze** aufzuzeigen.

## 2. Gesetzliche Ermächtigung zur Datenverarbeitung

Die Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf wie jeder staatliche Eingriff wegen des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts einer gesetzlichen **Rechtsgrundlage**. Fehlt diese, kommt nur noch eine wirksame Einwilligung (→ Rn. 7 ff.) als rechtmäßige Grundlage der Datenverarbeitung in Betracht.<sup>36</sup> Die DSGVO enthält keine solche Rechtsgrundlage, sondern regelt nur den rechtlichen Rahmen der Datenverarbeitung; es bedarf einer gesonderten Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 3 DSGVO). Die eigentliche Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung muss sich aus dem Unions-, Bundes- oder Landesrecht ergeben. Sie findet sich überwiegend in den jeweiligen Fachgesetzen (Beispiele: § 21 Abs. 1 BPolG, § 67a SGB X, §§ 15 ff. PolG NRW<sup>37</sup>).

Daneben enthält § 3 BDSG eine **subsidiäre allgemeine Rechtsgrundlage** für die Datenverarbeitung iSe Auffangvorschrift.<sup>38</sup> Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist. Vergleichbare Regelungen finden sich auch in den LDSG (so etwa § 4 LDSG BW).

Erfolgt eine Datenverarbeitung ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage, ist diese rechtswidrig. Findet sich in Fachgesetzen keine Rechtsgrundlage, ist ein Rückgriff auf § 3 BDSG oder eine vergleichbare Landesregelung nur unter den dort genannten engen Tatbestandsvoraussetzungen möglich. Bei einer Anfechtung der Datenverarbeitung empfiehlt es sich daher, in einem solchen Fall die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 BDSG fundiert in Frage zu stellen; dies betrifft vor allem auch die zwingend notwendige Erforderlichkeit der Datenverarbeitung.<sup>39</sup>

## 3. Zulässigkeit der Datenerhebung durch Einwilligung

Eine Datenverarbeitung ist insbes. auch zulässig, wenn die betroffene Person ihre **Einwilligung** erklärt. Gem. **Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO** ist eine Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die betroffene Person die Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Der Einwilligung in eine Datenverarbeitung kommt nach der DSGVO eine zentrale Stellung zu.<sup>40</sup>

Aus **Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 DSGVO** ergeben sich **Bedingungen** für eine wirksame Einwilligung. Es handelt sich um **Mindestbedingungen**, die eine Einwilligung stets erfüllen muss. Fehlen sie, entfaltet die Einwilligung keine verbindliche Wirkung.<sup>41</sup> Das deutsche Bundes- und Landesrecht kann allenfalls im sog. **bereichsspezifischen Datenschutz** und dort vor allem im **Sozialrecht** (Beispiel: § 67b Abs. 2 SGB X) abweichende eigene Regelungen vorsehen.<sup>42</sup> Für eine wirksame Einwilligung gelten folgende Voraussetzungen:

36 BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556, 2561 (Rn. 44), mzustAnm Kühling/Sackmann.

37 Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen idF der Bek. v. 25.7.2003 (GV. S. 441), zul. geänd. d. Art. 1 G v. 19.12.2019 (GV. S. 995).

38 BT-Drs. 18/11325, 80 f.; Kühling/Buchner/Petri BDSG § 3 Rn. 1.

39 Vgl. dazu etwa Kühling/Buchner/Petri BDSG § 3 Rn. 13 f.

40 Kühling/Buchner/Buchner/Petri DSGVO Art. 6 Rn. 17. Vgl. auch Erläuterungsgrund 32 zur DSGVO, ABl. 2016 L 119, 6; Ruschmeier ZD 2020, 618.

41 Kühling/Buchner/Buchner/Kühling DSGVO Art. 7 Rn. 21.

42 Kühling/Buchner/Buchner/Kühling DSGVO Art. 7 Rn. 71, 73 ff.

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- Die Einwilligung muss auf der **freien Entscheidung** der betroffenen Person beruhen (Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Damit ist jede – auch faktische – Zwangssituation ausgeschlossen.<sup>43</sup> Zudem muss sich die betroffene Person **bewusst** sein, dass sie in eine Datenverarbeitung einwilligt. Sie muss auch hinreichend **einsichtsfähig** sein (beachte dazu Art. 8 DSGVO bei minderjährigen Personen). Zudem muss die betroffene Person über den Sachverhalt **informiert** sein; dies setzt regelmäßig eine umfassende und ausreichende Information durch die datenverarbeitende Stelle (Verantwortlicher) voraus.<sup>44</sup>
  - Die für die Datenverarbeitung verantwortliche Person/Stelle muss **nachweisen können**, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat (Art. 7 Abs. 1 DSGVO).<sup>45</sup> Hierbei handelt es sich um eine **Beweislastregelung**. Sie legt nahe, Einwilligungserklärungen **nur in Schriftform** vorzunehmen. Dabei muss aber beachtet werden, dass die DSGVO kein Schriftformerfordernis vorsieht (anders etwa § 67b Abs. 2 S. 1 SGB X: „soll“).<sup>46</sup> Zu Nachweiszwecken für beide Seiten ist die Schriftform aber **dringend anzuraten**.
  - Eine schriftliche Einwilligungserklärung muss **transparent** ausgestaltet sein (Art. 7 Abs. 2 DSGVO). Dies erfordert eine Abfassung der Erklärung „in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“. Diese Transparenz muss erst recht bei einer nur mündlichen Einwilligungserklärung gelten (Nachweisbarkeit?).
  - Eine Einwilligungserklärung muss **hinreichend bestimmt** sein. Der die Einwilligung betreffende Datenverarbeitungsvorgang ist klar und begrenzend zu beschreiben. Eine pauschale Einwilligungserklärung ist unwirksam.
  - Die Einwilligung ist **vor Beginn** der Datenverarbeitung einzuholen. Sie muss **nicht befristet** werden.
  - Die einwilligende Person muss vor Erklärung der Einwilligung über die **Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs** der Einwilligungserklärung (→ Rn. 10) durch **Belehrung** aufgeklärt werden.
- 8 Für den **Bereich des Sicherheitsrechts** besteht auf der Grundlage der ins deutsche Recht umgesetzten **DSRL 2016/680** eine wichtige Besonderheit: Hier besteht regelmäßig **keine Möglichkeit für eine wirksame Einwilligung** in eine Datenverarbeitung durch die betroffene Person. Nur im Einzelfall, wenn es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für eine wirksame Einwilligung gibt, welche die betroffene Person unter keinen faktischen ordnungsrechtlichen Zwang setzt, und wenn die zugrundeliegende Sicherheitsmaßnahme der betroffenen Person ausschließlich einen Vorteil bietet, kommt eine rechtmäßige Datenverarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung in Betracht (Beispiel: Einwilligung in eine polizeiliche Zuverlässigkeitsprüfung [§ 42 Abs. 1 PolG BW]).<sup>47</sup> § 51 BDSG ist keine eigenständige Rechtsgrundlage, sondern stellt in Abs. 1 klar, dass es für eine wirksame Einwilligung einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Die Vorschrift gibt die zwingenden formellen Vorgaben für eine wirksame Einwilligungserklärung vor, sofern diese nicht im Fachgesetz enthalten sind.<sup>48</sup>

43 Vgl. auch *Ruscheimer* ZD 2020, 618 [619 ff.].

44 EuGH U. v. 11.11.2020 – C-61/19, NJW 2021, 841 [843 (Tz. 40)] = ZD 2021, 89; *Gola/Klug* ZD 2021, 680 (681).

45 EuGH U. v. 11.11.2020 – C-61/19, NJW 2021, 841 [843 (Tz. 42)] = ZD 2021, 89; Erläuterungsgrund 42 zur DSGVO, ABl. 2016 L 119, 8; *Gola/Klug* NJW 2021, 680 [681].

46 *Kühling/Buchner/Buchner/Kühling* DSGVO Art. 7 Rn. 27.

47 *Auernhammer/Kramer* BDSG § 51 Rn. 4 ff.; *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 879.

48 Vgl. dazu iE etwa *Roßnagel/Weinhold* Neues DatenschutzR § 7 Rn. 86; *Auernhammer/Kramer* BDSG § 51 Rn. 2.



► **Muster: Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO**

9  
834

**Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung**

Hiermit willige ich, **...** (*Vorname, Name, Wohnanschrift*), in die Verarbeitung meiner personenbezogenen Daten durch **...** (*exakte Bezeichnung und Anschrift der Behörde, Beispiel: Sozialamt beim X-Kreis*) ein.

Mir ist bekannt, dass durch **...** (*Bezeichnung der Behörde*) folgende Daten erfasst, gespeichert und sonst verarbeitet werden: **...** (*Auflistung der verarbeiteten Daten, etwa: Name, Anschrift, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Geburtsjahr, Geburtsort, Antragsdatum, Einkommen etc; es muss zwingend eine vollständige Auflistung dieser Daten erfolgen*).

Die zuvor genannten Daten werden auf den Servern der **...** (*Bezeichnung der Behörde*) gespeichert und können nur von berechtigten Personen eingesehen und verarbeitet werden. Eine Löschung dieser Daten erfolgt nach **...** (*Angabe der Speicherfrist*) Monaten.

Ich willige in die Erhebung und Verarbeitung dieser Daten ausschließlich zu folgenden Zwecken ein: **...** (*hier muss der Erhebungszweck genannt werden; Beispiel: Antrag auf Erteilung von Sozialhilfe mit allen notwendigen Bearbeitungsschritten*).

Mir ist bekannt, dass meine vorliegende Einwilligung zur Datenverarbeitung von mir jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen werden kann. Ich erteile diese Einwilligung freiwillig, sie wurde von mir an keine weiteren Bedingungen gebunden. Ich wurde zudem vor meiner Unterzeichnung dieser Einwilligungserklärung über folgende Rechte aufgeklärt:

- Ich kann diese Einwilligungserklärung jederzeit ohne Angabe von Gründen ganz oder teilweise widerrufen. Der Widerruf kann im Wege der Post, per E-Mail oder per Fax unter den am Ende dieser Einwilligungserklärung angegebenen Kontaktdaten erfolgen.<sup>49</sup>
- Ich kann jederzeit umfassende Auskunft zu meinen bei der **...** (*Bezeichnung der Behörde*) gespeicherten Daten erhalten.
- Ich kann jederzeit gegenüber der **...** (*Bezeichnung der Behörde*) ganz oder teilweise die Berichtigung, Löschung und Sperrung meiner gespeicherten personenbezogener Daten verlangen.

(*Ort, Datum, Unterschrift*) ◀

Die betroffene Person kann die erteilte **Einwilligung jederzeit widerrufen** (Art. 7 Abs. 3 **10** DSGVO). Sie muss vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt werden (→ Rn. 7). Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.<sup>50</sup> Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Datenverarbeitung nicht berührt.

49 Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO verlangt, dass der Widerruf „so einfach wie die Erteilung der Einwilligung“ sein muss (sog. „reziproker Widerruf“). Die verantwortliche Stelle ist daher befugt, Vorgaben für die Form des Widerrufs zu machen, allerdings darf die Form nicht strenger als die der Einwilligungserklärung sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist **dringend zu empfehlen**, eine **Formvorgabe für die Widerrufserklärung** zu machen, da die betroffene Person sonst jede Form – auch den mündlichen Widerruf – wählen kann, was ggf. zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen kann. Vgl. dazu Auernhammer/Kramer DSGVO Art. 7 Rn. 40 f.

50 Ernst ZD 2020, 383.

11  
835

► **Muster: Widerruf Einwilligungserklärung nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO**

**Widerruf der Einwilligungserklärung**

An die **...** (*Bezeichnung und Anschrift der zuständigen Behörde*)

**Betreff: Widerruf meiner Einwilligungserklärung vom ... (Datum)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich, **...** (*Vorname, Nachname, Wohnanschrift*), widerrufe hiermit mit sofortiger Wirkung meine am **...** (*Datum*) schriftlich/mündlich (*richtig angeben*) erteilte Einwilligung zur Verarbeitung der mich betreffenden personenbezogenen Daten. Diese hatte ich zur Verarbeitung meiner Daten bei **...** (*Bezeichnung der Behörde, Beispiel: Sozialamt beim X-Kreis*) für die Bearbeitung meines Antrags auf/für **...** (*Beschreibung des Sachverhalts, der eine Datenverarbeitung bedingte bzw. auslöste, Beispiel: Antrag auf Sozialhilfe*) erteilt.

Infolge des von mir vorliegend erklärten, sofort wirksamen Widerrufs dürfen die meine Person betreffenden Daten von Ihnen nicht mehr genutzt werden.<sup>51</sup> Zudem bitte ich um unverzügliche Löschung aller meine Person und meinen Antrag betreffenden, bei Ihrer Behörde gespeicherten Daten gem. Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO, sofern keine andere Rechtsgrundlage für die weitere Speicherung vorliegen sollte. Ich bitte zudem um Mitteilung über den Vollzug der Löschung oder die Gründe für ein Unterlassen der Löschung gem. Art. 12 Abs. 3 DSGVO.

Mit freundlichen Grüßen

(*Ort, Datum, Unterschrift*) ◀

## B. Kontrolle der Einhaltung des Datenschutzrechts

### I. Behördliche Kontrolle

12 Die DSGVO sieht zwei Arten der behördlichen Datenschutzkontrolle vor:

- Jede Behörde hat einen **Datenschutzbeauftragten** zu ernennen (Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO), dies kann ggf. auch eine Person für mehrere Behörden sein (Art. 37 Abs. 3 DSGVO). Der Datenschutzbeauftragte kann ein Mitarbeiter der Behörde sein oder eine externe Person (Art. 37 Abs. 6 DSGVO). Die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten sind von der Behörde zu veröffentlichen (Art. 37 Abs. 7 DSGVO), dies wird regelmäßig auf der Website der Behörde erfolgen. Weitere Regelungen zu den Datenschutzbeauftragten finden sich im Bundes- und Landesrecht (so etwa §§ 5 ff. BDSG).

Den behördlichen Datenschutzbeauftragten obliegt die **Überwachung** der Einhaltung aller Vorgaben der DSGVO und der ergänzenden Bundes- und Landesvorschriften (Art. 39 Abs. 1 lit. b DSGVO, § 7 Abs. 1 Nr. 2 BDSG). In dieser Funktion ist der behördliche Datenschutzbeauftragte auch für betroffene Personen bei Verdacht von Verstößen gegen die Vorgaben des Datenschutzrechts jederzeit ansprechbar.

- Der Bund und die Länder haben **Datenschutzaufsichtsbehörden** eingerichtet (Art. 51 Abs. 1 DSGVO, §§ 8 ff. BDSG [Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit], ebenso die LDSG, etwa §§ 60 f. LDSG NRW<sup>52</sup> [Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit]). Die Datenschutzaufsichtsbehörden sind unabhängig (Art. 52 DSGVO); sie **überwachen** und **setzen die Einhaltung aller gesetzlichen Vorgaben** des Datenschutzrechts **durch** (Art. 57 Abs. 1 lit. a DSGVO).

Die Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder müssen sich vor allem mit **Beschwerden einer betroffenen Person** befassen, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang untersuchen und die beschwerdeführende Person innerhalb einer angemessenen Frist über den Fortgang und das Ergebnis der Untersuchung unterrichten (Art. 57

51 Vgl. dazu *Ernst* ZD 2020, 383 (384).

52 Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen v. 17.5.2018 (GV. NRW. 2018, 244, ber. 278 u. 404).

Abs. 1 lit. f DSGVO). Sie stellen für von einer Datenverarbeitung betroffene Personen bei Verstößen eine **effektive Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung** dar, die auch hilft, gerichtliche Verfahren zu vermeiden. Erfahrungsgemäß handhaben die Datenschutzaufsichtsbehörden die Vorgaben der DSGVO und der Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder streng.

Sonderregelungen bei der behördlichen Überwachung der Datenverarbeitung ergeben sich etwa aus der Selbstverwaltungsgarantie der **Kirchen** (Art. 91 DSGVO)<sup>53</sup> oder aus der besonderen Ausprägung der Meinungsfreiheit bei den **öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten** (vgl. etwa § 27 LDSG BW).

## II. Eingabe an Datenschutzbeauftragten / Datenschutzaufsichtsbehörde

Die Datenschutzbehörden überwachen die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben **von Amts wegen**. Sie sind dafür mit umfassenden gesetzlichen Befugnissen ausgestattet (vgl. Art. 58 DSGVO). In jedem Fall werden sie auf Antrag und Hinweis tätig (sog. „**Anlasskontrolle**“), wenn eine betroffene oder dritte Person ihnen gegenüber die Verletzung von Datenschutzvorschriften schlüssig geltend macht. Die Aufsichtsbehörde leitet in diesem Fall ein Verfahren ein und fordert die betroffene Behörde (Verantwortlicher) zur umfassenden Stellungnahme zum Sachverhalt und zum geltend gemachten Datenverarbeitungsverstoß auf (vgl. dazu eingehend Art. 58 Abs. 1 lit. a–f. DSGVO). Bei Feststellung von Verstößen steht den Aufsichtsbehörden ein **Anweisungsrecht** zu (Art. 58 Abs. 2 lit. a ff. DSGVO, § 16 BDSG), das sie bei Nichtbeachtung auch über die Rechts- und Fachaufsichtsbehörde der betroffenen Behörde durchsetzen können (vgl. §§ 16 Abs. 1, 40 Abs. 3 S. 3 BDSG), zudem stehen ihnen **eigene Zwangsmittel** zu (Art. 58 Abs. 1 lit. i DSGVO [Geldbuße], Art. 58 Abs. 5 DSGVO, § 20 Abs. 1, 7 BDSG [Gerichtsverfahren]).

Gem. **Art. 77 Abs. 1 DSGVO** hatte jede betroffene Person unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs das **Recht auf Beschwerde** bei einer Aufsichtsbehörde, wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen die DSGVO verstößt. Die Aufsichtsbehörde, bei der die Beschwerde eingereicht wurde, unterrichtet den Beschwerdeführer gem. **Art. 77 Abs. 2 DSGVO** über den Stand und die Ergebnisse der Beschwerde.

### ► **Muster: Antrag / Beschwerde / Eingabe einer betroffenen Person an Datenschutzbeauftragten / Datenschutzaufsichtsbehörde**

An die **---** (*Name und Anschrift der zuständigen Stelle*)

**Betreff: Verstoß gegen die DSGVO durch den X-Kreis**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir **---** (*Angaben zum Mandanten*) vertreten. Namens und in Vollmacht unseres Mandanten – Originalvollmacht anbei – weisen wir Sie auf einen Rechtsverstoß der **---** (*Bezeichnung und Anschrift der handelnden Behörde*) gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hin und bitten um Überprüfung und Abhilfe.

#### **Begründung:**

Am **---** (*Datum*) war unser Mandant beim Ordnungsamt des X-Kreises. Er wandte sich an die Mitarbeiterin A (*Name*), um sich wegen einer Lärmbelästigung durch seine Wohnnachbarn zu erkundigen. Nachdem ihn Frau A über die Rechtslage informiert hatte und ihn auf das Privatrecht sowie ggf. das Immissionschutzrecht verwiesen hatte, war für meinen Mandanten der Vorgang soweit abgeschlossen. Umso mehr wunderte ihn, dass er etwa einen Monat später Post des Ordnungsamts erhielt, mit der er nochmals über diesen Vorgang informiert und ihm mitgeteilt wurde, dass in der Sache durch das Ordnungsamt nichts weiter unternommen und der Vorgang „zur Akte genommen“ würde.

53 Kühling/Buchner/Herbst DSGVO Art. 91 Rn. 1 f.; *Tinnefeld* ZD 2020, 145 ff.

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Als mein Mandant daraufhin Frau A anrief und darum bat, dass der Vorgang „bitte vernichtet werde“, lehnte dies Frau A mit der Begründung ab, dass es sich um ein offizielles Verwaltungsverfahren handle, dass beim X-Kreis geführt und verwahrt werde. Eine „Vernichtung“ der Akte und des Vorgangs sei zunächst nicht vorgesehen.

Als zuständiger Datenschutzbeauftragter des X-Kreises / zuständige Aufsichtsbehörde des Landes ... (Bundesland) für den Datenschutz sind Sie die für Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts durch den X-Kreis gem. Art. 37 ff. DSGVO (Datenschutzbeauftragter) / durch Behörden gem. Art. 55 ff. DSGVO (Datenschutzaufsichtsbehörde) zuständig. Das Ordnungsamt des X-Kreises verstößt mit seinem Verhalten nach meiner Rechtsprüfung gegen die Vorgaben der DSGVO. Meinem Mandanten steht im vorliegenden Fall ein Anspruch auf ersatzloses und sofortiges Löschen der ihn betreffenden Daten zu. Der Anspruch folgt unmittelbar aus Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO. Es besteht keine erkennbare Notwendigkeit des Ordnungsamts des X-Kreises, die personenbezogenen Daten meines Mandanten weiter zu speichern oder in einer Akte zu führen. Mein Mandant wollte nach der Auskunft von Frau A kein Verwaltungsverfahren einleiten, sondern hat davon ausdrücklich abgesehen. Das Anlegen einer Akte und eines Verwaltungsvorgangs durch die Behörde war vorliegend weder notwendig noch entsprach sie dem Willen meines Mandanten. Die Daten sind daher – wie von meinem Mandanten gewünscht und beantragt – unverzüglich zu löschen. Mein Mandant hat vorliegend einen Anspruch auf Vergessenwerden.

Ich bitte Sie, die Sach- und Rechtslage zu überprüfen und das Ordnungsamt darüber aufzuklären / den X-Kreis aufzuklären und ggf. anzuweisen, die beantragte Löschung vorzunehmen. Ich bitte Sie auch, mich in Vertretung meines Mandanten gem. Art. 57 Abs. 1 lit. f u. 77 Abs. 2 DSGVO über den weiteren Verlauf und den Ausgang in dieser Angelegenheit innerhalb von spätestens 3 Monaten (Art. 78 Abs. 2 DSGVO) zu informieren. Haben Sie vielen Dank für Ihre diesbzgl. Mühen.

Mit freundlichen Grüßen

... (Name)

(Rechtsanwalt) ◀

### III. Maßnahmen der Datenschutzbehörde

#### 1. Beanstandung aufsichtsbehördlicher Anordnung

- 15 Betroffene Behörden, Privatpersonen und Firmen können gegen sie belastende Entscheidungen der Datenschutzbehörde vorgehen. Aufgrund der Datenschutzregelungen des Bundes- und Landesrechts findet gegen Anordnungen und Entscheidungen der obersten Datenschutzbehörde **kein Widerspruchsverfahren**<sup>54</sup> statt. Zwar ist die Anordnung der Datenschutzbehörde rechtlich als Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG zu qualifizieren, so dass ein Widerspruch dem Grunde nach zu erheben wäre (§§ 68 ff. VwGO). Gegen Anordnungen der Datenschutzbehörde scheidet ein Widerspruch aber regelmäßig aus folgenden Gründen aus:

- Finden die Regelungen des BDSG Anwendung<sup>55</sup>, schließt § 20 Abs. 6 BDSG ein Vorverfahren ausdrücklich aus.
- Auch verschiedene **landesgesetzliche Regelungen** schließen das Vorverfahren aus. Dies geschieht entweder ausdrücklich (so etwa § 15 Abs. 1 S. 1 AGVwGO BW<sup>56</sup>, Art. 15 Abs. 2

54 Vgl. dazu *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 10 Rn. 75, sowie → § 5 Rn. 25.

55 Vgl. dazu etwa VG Mainz U. v. 17.12.2020 – 1 K 778/19.MZ, NJW-Spezial 2021, 158 = openJur 2021, 5473 (Rn. 24).

56 Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung v. 14.10.2008 (GBl. 2008, 343, 356), zul. geänd. d. Art. 14 G v. 3.2.2021 (GBl. 2021, 53 [55]); dazu *Schenke* VerwProzR Rn. 712.

BayAGVwGO<sup>57</sup>) oder durch eine Bezugnahme auf § 20 Abs. 6 BDSG (so etwa § 20 BbgDSG<sup>58</sup>, § 56 S. 2 NDSG).

- Zumeist haben die Datenschutzaufsichtsbehörde bzw. die Person der/des Datenschutzbeauftragten die organisatorische Rechtsstellung einer **obersten Landesbehörde** inne (so etwa § 8 Abs. 1 HDSIG<sup>59</sup>, § 15 Abs. 4 S. 1 LDSG RP<sup>60</sup>, § 15 Abs. 1 SächsDSGD<sup>61</sup>), so dass das Widerspruchsverfahren gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO entfällt.<sup>62</sup>

Die Frage der Zulässigkeit eines Widerspruchsverfahrens im Rechtsrahmen der DSGVO ist darüber hinaus grds. **strittig**. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Art. 78 Abs. 1 DSGVO eine solche Möglichkeit auch im deutschen Recht ausschließt.<sup>63</sup> In jedem Fall sollte die jeweilige **Rechtsbehelfsbelehrung** beachtet werden.

Zur Vermeidung eines länger andauernden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kann es sich – insbes. bei eindeutiger Rechtslage – bei einer abschlägigen Entscheidung der Datenschutzaufsichtsbehörde empfehlen, sich trotz nicht vorgesehenem Vorverfahren zunächst unmittelbar an die Datenschutzaufsichtsbehörde mit einem **Beanstandungsschreiben** zu wenden, um die Angelegenheit direkt zu klären; in diesem Fall muss aber ggf. **fristwährend Klage erhoben** werden, um sich kein formelles Rechtsmittel wegen Verfristung abzuschneiden. Rechtsgrundlage für das Vorgehen gegenüber der Datenschutzbehörde ist **Art. 77 DSGVO**.<sup>64</sup>

**Hinweis:** Eine betroffene **Person**, die bei der Datenschutzbehörde erfolglos den Verstoß einer Behörde gegen Datenschutzregelungen geltend macht, kann zwar gem. Art. 78 Abs. 1 DSGVO beim zuständigen Verwaltungsgericht Klage gegen die Aufsichtsbehörde erheben. In diesem Verfahren findet aber **keine inhaltliche Überprüfung** der Entscheidung der Aufsichtsbehörde statt. Vielmehr kann der Kläger nur überprüfen lassen, ob die Aufsichtsbehörde die zuvor gem. Art. 77 DSGVO erhobene Beschwerde ordnungsgemäß entgegengenommen, geprüft und rechtzeitig bescheidet hat, eine Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Bescheids der Aufsichtsbehörde erfolgt dagegen nicht. Das Beschwerderecht des Art. 77 DSGVO entspricht (nur) einem Petitionsrecht.<sup>65</sup>

## 2. Verwaltungsgerichtliches Verfahren gegen aufsichtsbehördliche Anordnung

Lässt sich ein Streit über die unterschiedlichen Ansichten zur Rechtmäßigkeit der Anordnung der Aufsichtsbehörde nicht klären, muss der Datenverwender **Anfechtungsklage** gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erheben.<sup>66</sup> Die Klage gegen die Entscheidung der Datenschutzbehörde ist auch im EU-Recht ausdrücklich vorgesehen (**Art. 78 Abs. 1 DSGVO**). Gem. **§ 20 Abs. 1 BDSG** ist der Verwaltungsrechtsweg<sup>67</sup> zu beschreiten, im Landesrecht bestehen vergleichbare Regelungen (vgl. etwa § 18a AGVwGO BW; § 19 Abs. 1 HDSIG<sup>68</sup>).

16

57 Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung idF d. Bek. v. 20.6.1992 (GVBl. 1992, 162), zul. geänd. d. § 3 G. v. 23.12.2020 (GVBl. 2020, 663).

58 Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten im Land Brandenburg v. 8.5.2018 (GVBl. 2018, Nr. 18, S. 1), geänd. d. Art. 7 G v. 19.6.2019 (GVBl. 2019, Nr. 19, S. 38).

59 Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz v. 3.5.2018 (GVBl. 2018, 82), zul. geänd. d. Art. 5 G v. 12.9.2018 (GVBl. 2018, 570).

60 Landesdatenschutzgesetz Rheinland-Pfalz v. 8.5.2018 (GVBl. 2018, 93); VG Mainz U. v. 17.12.2020 – 1 K 778/19.MZ, NJW-Spezial 2021, 158.

61 Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Sächsisches Datenschutzdurchführungsgesetz) v. 26.4.2018 (GVBl. 2018, 198, 199), geänd. d. G v. 5.4.2019 (GVBl. 2019, 245).

62 *Schenke* VerwProzRn. 709.

63 So etwa Kühling/Buchner/Bergrt DSGVO Art. 78 Rn. 14, 36; *Auernhammer/v. Lewinski* BDSG § 20 Rn. 27 f.

64 OVG RhPf U. v. 26.10.2020 – 10 A 10613/20.OVG, ZD 2021, 446 (Rn. 23).

65 OVG RhPf U. v. 26.10.2020 – 10 A 10613/20.OVG, ZD 2021, 446 (447 Rn. 28 ff.); ebenso VG Berlin B. v. 21.4.2021 – 1 K 360.19, ZD 2021, 452 (Rn. 3), u. VG Ansbach B. v. 7.12.2020 – AN 14 K 18.2503, ZD 2021, 452 (Ls.); Kein Anspruch auf aufsichtliches Einschreiten.

66 BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556, 2558 (Rn. 12), mzustAnm Kühling/Sackmann; VG Mainz U. v. 17.12.2020 – 1 K 778/19.MZ, NJW-Spezial 2021, 158; vgl. zur Anfechtung behördlicher Anordnungen nach der DSGVO auch VG Schleswig-Holstein B. v. 13.6.2019 – 8 B 10/19, openJur 2020, 8559.

67 Ebenso VG Karlsruhe U. v. 6.7.2017 – 10 K 7698/16, BB 2017, 2449 ff.

68 Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz v. 3.5.2018 (GVBl. 2018, 82).

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

17  
837

### ► Muster: Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid der Aufsichtsbehörde (Videoüberwachung)

An das Verwaltungsgericht **---** (*Name und Sitz*)

In der Verwaltungsstreitsache

der **---** (*Name/Bezeichnung*)

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigte: **---** (*Name, Kanzlei*)

gegen

den Landesbeauftragten für Datenschutz des Landes Baden-Württemberg<sup>69</sup>

– Beklagter –

wegen: Datenschutzrecht

Streitwert: **---** EUR

beantragen wir namens und in Vollmacht (Anlage K1) der Klägerin,

den Bescheid des Beklagten vom **---** (*Datum*), Az. **---**, aufzuheben.

#### A. Sachverhalt<sup>70</sup>

Die Klägerin ist Eigentümerin und Verwalterin eines mehrgeschossigen Bürogebäudes in **---** (*Ort*), in dem sich u.a. ihr Verwaltungssitz befindet. Die übrigen im Gebäude befindlichen Räume sind an Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vermietet. Nachdem aus dem Büro der im Erdgeschoss befindlichen Steuerberatungskanzlei sechs Notebooks entwendet worden waren, brachte die Klägerin Anfang **---** (*Jahr*) zehn Videokameras an unterschiedlichen Stellen im Gebäude an. Die Kameras werden im sog. Black-Box-Verfahren als Mini-dome-Videokameras betrieben, die fest installiert und fest auf einen Sichtbereich ohne Zoom-Funktion ausgerichtet sind. Sie schalten sich (nur) bei Bewegungen im Treppenhaus automatisch ein. Die Aufnahmen werden auf einer Festplatte gespeichert und automatisch gelöscht, wenn kein Bedarf mehr für die weitere Sicherung besteht, spätestens aber nach 10 Tagen. Hinweisschilder an den beiden Eingangstüren des Gebäudes weisen in Textform und mittels eines Symbols auf die Videoüberwachung hin und benennen die verantwortliche Stelle.

Mit Bescheid vom **---** (*Datum*) forderte der Beklagte die Klägerin auf Grundlage von Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO unter Androhung eines Zwangsgeldes auf, sieben der zehn Kameras auszuschalten und zu deinstallieren, die im Bereich des Eingangs der Steuerberatungskanzlei betriebene Videoüberwachungskamera auszuschalten sowie die auf dem Videosever gespeicherten Videobilder der vorgenannten Kameras zu löschen. Zur Begründung führte der Beklagte an, die Speicherung des Bildmaterials verstoße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften.

#### B. Rechtliche Würdigung

Die Klage ist zulässig und begründet.

##### I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage gem. Art. 78 Abs. 1 DSGVO iVm § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO, § 18a Abs. 1 AGVwGO BW.

<sup>69</sup> § 18a Abs. 1, 2 AGVwGO BW sieht ausdr. vor, dass die Klage gegen den Landesbeauftragten für den Datenschutz zu richten ist, sofern er als datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde gehandelt hat. Vgl. dazu VGH BW U. v. 22.1.2020 – 1 S 3001/19, openJur 2021, 5707 (Rn. 53), u. VG Mainz U. v. 17.12.2020 – 1 K 778/19.MZ, NJW-Spezial 2021, 158 = openJur 2021, 5473 (Rn. 27).

<sup>70</sup> Orientiert an NdsOVG U. v. 29.9.2014 – 11 LC 114/13, NJW 2015, 502 = DÖV 2014, 1065.



## II. Begründetheit

Die zulässige Klage ist begründet. Die in der streitgegenständlichen Verfügung angeordnete Ausschaltung der Videokameras sowie die Aufforderung zur Löschung der gespeicherten Daten ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Rechtsgrundlage für die vom Beklagten geforderte Ausschaltung ist Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO. Danach kann die Aufsichtsbehörde bei Verstößen gegen die Vorgaben der DSGVO eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Datenverarbeitung, einschließlich eines Verbots, verhängen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend indes nicht erfüllt.

Der Betrieb der streitgegenständlichen Kameras steht in Einklang mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Die vom Kläger vorgenommene Videoüberwachung und die gleichzeitige Speicherung der erhobenen Bilddaten ist gem. § 4 S. 1 BDSG zulässig. Danach ist die Beobachtung zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) zulässig, soweit sie zur Wahrnehmung des Hausrechts (Nr. 2) oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke (Nr. 3) erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen. Das Bürogebäude ist als öffentlicher Raum iSd Vorschrift anzusehen. Die Videoüberwachung im öffentlich zugänglichen Teil des Gebäudes ist durch die Wahrnehmung des Hausrechts und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO / § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 BDSG<sup>71</sup>) gerechtfertigt und für diese Zwecke erforderlich.

Der Inhaber des Hausrechts ist berechtigt, die zum Schutz des Objekts und der sich darin aufhaltenden Personen sowie die zur Abwehr unbefugten Betretens erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse<sup>72</sup> daran, ihr Eigentum zu schützen bzw. unberechtigte Personen vom Betreten des Gebäudes fernzuhalten, und verfolgt darüber hinaus durch die Aufnahmen den Zweck, einen (vermögensrechtlichen) Schaden der übrigen Gebäudemieten abzuwenden (vgl. NdsOVG NJW 2015, 502; Auernhammer/Leopold BDSG § 4 Rn. 36 mwN). Durch die bereits erfolgten massiven Diebstähle aus den betroffenen Räumen mit hoher Schadensfolge besteht vorliegend eine konkrete Gefährdungslage, die über das allgemeine Lebensrisiko hinausgeht (BVerwG NJW 2019, 2556 [2560 [Rn. 28 f.]). Diese Interessen überwiegen das Recht der von der Überwachung betroffenen Personen auf informationelle Selbstbestimmung. Durch die Videoüberwachung werden Persönlichkeitsrechte nicht tangiert, da die betroffenen Personen nur für einen sehr kurzen Zeitraum von wenigen Sekunden in das Blickfeld der Kamera geraten und mangels Zoom-Funktion Einzelheiten der betroffenen Personen nicht erfasst werden können. Des Weiteren ist die erforderliche Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) durch entsprechende Hinweisschilder am Eingang gewahrt, wie dies § 4 Abs. 2 BDSG verlangt.

--- (Name)

(Rechtsanwalt) ◀

## C. Recht der betroffenen Personen

### I. Informationsanspruch / Informationspflicht (Art. 12–14 DSGVO)

Die DSGVO gewährt der von einer Datenverarbeitung betroffenen Person **umfassende Informationsansprüche**. Diese sollen sicherstellen, dass sich die betroffene Person ein eigenes Bild

18

71 Die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG auf nicht-öffentliche Stellen wie die vorliegende Steuerberatungskanzlei ist seit Geltung der DSGVO str. (vgl. dazu etwa Auernhammer/Leopold BDSG § 4 Rn. 31). Das BVerwG hat § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG auf die Videoüberwachung durch Private für unanwendbar erklärt (BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556, 2561 [Rn. 47], mzustAnm Kübling/Sackmann). Deswegen empfiehlt sich das Zitat der einschlägigen Rechtsgrundlage der DSGVO, die vorliegend nur Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO sein kann.

72 Vgl. dazu eingehend BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556, 2559 (Rn. 24 ff.), mzustAnm Kübling/Sackmann.



## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

von der sie betreffenden Datenverarbeitung machen kann, um ggf. darauf reagieren zu können. Zu diesem Zweck erhält die betroffene Person auch alle Informationen über die verantwortliche Stelle. Der Anspruch wird durch eine korrespondierende **Informationspflicht der verantwortlichen Person/Stelle** erfüllt.<sup>73</sup> **Art. 13 DSGVO** normiert zwingende umfassende Informationspflichten bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person, **Art. 14 DSGVO** sieht Informationspflichten vor, wenn die Daten bei Dritten erhoben werden.

Sowohl die DSGVO als auch das BDSG und die LDSG sehen unterschiedliche **Ausnahmen** von der Informationspflicht vor. Beispiele: Die betroffene Person verfügt bereits über alle relevanten Informationen (Art. 13 Abs. 4 DSGVO), Geheimhaltung (§ 29 Abs. 1 S. 1 BDSG), Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 LDSG BW).

### II. Auskunftsanspruch (Art. 15 DSGVO)

- 19 Da die betroffene Person beim Informationsanspruch (→ Rn. 17) und zur Kontrolle über die Verwendung ihrer eigenen Daten auf die Umsetzung durch die verantwortliche Stelle angewiesen ist, steht ihr daneben gem. **Art. 15 DSGVO** ein eigenständiger **umfassender Auskunftsanspruch** zu.<sup>74</sup> Wichtig sind dabei der Auskunftsanspruch über die Verarbeitungszwecke, über die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden, über die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder noch offengelegt werden, und über die geplante Dauer der Speicherung. Die verantwortliche Stelle muss der betroffenen Person eine **Kopie der personenbezogenen Daten**, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung stellen (Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO).

Mit dem in der DSGVO verankerten Informations- und Auskunftsrecht korrespondiert die Kernaussage des **Volkzählungsurteils des BVerfG**,<sup>75</sup> wonach jeder Bürger das Recht hat, zu wissen, welche Daten über ihn gespeichert sind.<sup>76</sup> Die Auskunft darf nur unterbleiben, soweit die Auskunftserteilung die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe der zuständigen Stelle gefährden würde und deswegen das Interesse der betroffenen Person an der Auskunftserteilung zurücktreten muss. Solche **Ausnahmen** finden sich in der DSGVO sowie im Bundes- und Landesrecht. Beispiele: Schutz der Rechte betroffener Dritter (Art. 15 Abs. 4 DSGVO), Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG, § 9 Abs. 1 S. 1 LDSG BW), missbräuchliche Anträge (Art. 12 Abs. 5 DSGVO).

#### 20 ► **Muster: Auskunftersuchen gem. § 15 Abs. 1, 3 DSGVO**

838

An die ■■■ (Name und Anschrift der verarbeitenden Stelle/Behörde)

**Betreff: Auskunftersuchen gem. Art. 15 Abs. 1, 3 DSGVO**

**Mein Aktenzeichen:** (falls bekannt)

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen hiermit an, dass wir ■■■ (Angaben zum Mandanten) anwaltlich vertrete. Die anwaltschaftliche Bevollmächtigung wird ausdrücklich versichert.

Hiermit erbitten wir von Ihnen gem. Art. 15 Abs. 1, 3 DSGVO unentgeltliche und schriftliche

#### **Auskunft,**

ob Sie **unseren** Mandanten betreffende personenbezogene Daten verarbeiten. Sofern dies der Fall ist, bitten wir um alle von Art. 15 Abs. 1 lit. a bis h DSGVO erfassten Informationen.<sup>77</sup>

73 Vgl. dazu *Vettermann* ZD 2021, 257 ff.

74 BVerwG U. v. 16.9.2020 – 6 C 10.19, NVwZ 2021, 80 (82 [Rn. 19]) mAnm *Brink/Krieger* = ZD 2021, 55 mAnm *Petri*.

75 BVerfG U. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 = DVBl 1984, 128.

76 *Kühling/Klar/Sackmann* DatenschutzR Rn. 625.

77 Bei der Bezeichnung von Art und Umfang der verarbeiteten Daten sind ggf. spezialgesetzliche Vorgaben zu beachten, etwa § 83 Abs. 2 S. 1 SGB X, der durch die betroffene Person Angaben verlangt, die das Auffinden der Daten bei der verarbeitenden Stelle ermöglichen. Vgl. dazu LSG NRW U. v. 24.3.2021 – L 12 AS 2102/19, ZD 2021, 658. Generell sollte eine **möglichst klare Präzisierung** der von der Auskunft erfassten Daten erfolgen.

**Darüber** hinaus bitten wir um Übersendung einer Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, wie dies Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO vorsieht.

Wir sehen Ihrer Auskunft unverzüglich, spätestens innerhalb der Monatsfrist des Art. 12 Abs. 3 S. 1 **DSGVO** entgegen.

Mit **freundlichen** Grüßen

--- (Unterschrift)

(Rechtsanwalt) ◀

### III. Berichtigungsanspruch (Art. 16 DSGVO)

Gem. **Art. 16 DSGVO** hat die betroffene Person das Recht, von der verantwortlichen Stelle **unverzüglich** die **Berichtigung** sie betreffender **unrichtiger personenbezogener Daten** zu verlangen. Unter Berücksichtigung der Zwecke der Verarbeitung hat die betroffene Person das Recht, die **Vervollständigung unvollständiger personenbezogener Daten** – auch mittels einer ergänzenden Erklärung – zu verlangen. 21

Im Einzelfall kann es **Ausnahmen** von der Berichtigungspflicht geben. Beispiele: Willkürlicher Antrag (Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO), Gefährdung von Forschungs- oder Statistikzwecken (§ 27 Abs. 2 S. 1 BDSG).

#### ► **Muster: Antrag auf Berichtigung gespeicherter Daten**

An die --- (*Bezeichnung und Anschrift der verantwortlichen Stelle*)

#### **Antrag auf Berichtigung gespeicherter Daten gem. Art. 16 DSGVO**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir --- (*Angaben zum Mandanten*) vertreten. Namens und in Vollmacht unseres Mandanten – Originalvollmacht anbei – teilen wir Ihnen mit, dass die bei Ihnen zu unserem Mandanten gespeicherten Daten im Hinblick auf --- (*Bezeichnung der unrichtigen Angaben*) unzutreffend sind. Gem. Art. 16 DSGVO und zur Erfüllung des Anspruchs auf Richtigkeit der verarbeiteten Daten (Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO) besteht seitens unseres Mandanten ein Anspruch auf Berichtigung der bei Ihnen gespeicherten und verarbeiteten personenbezogenen, meinen Mandaten betreffenden Daten, soweit diese unzutreffend sind.

Nachfolgend finden Sie die korrekten Daten: --- (*genaue Auflistung und Bezeichnung der korrigierten Daten*).

Wir bitten Sie um eine entsprechende Korrektur der Daten, um Übersendung einer Bestätigung an uns und um Mitteilung der Berichtigung an alle Empfänger der Daten gem. Art. 19 DSGVO.

--- (Name)

(Rechtsanwalt) ◀

### IV. Lösungs- / Sperrungsanspruch (Art. 17, 18 DSGVO)

#### 1. Recht auf Löschung und Sperrung

Gem. **Art. 17 Abs. 1 DSGVO** hat die betroffene Person das Recht, von der verantwortlichen Stelle zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten **unverzüglich gelöscht** werden, und die verantwortliche Stelle ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, sofern einer der in lit. a–f genannten Gründe vorliegt. Damit wird das **Recht auf Vergessenwerden** (→ Rn. 3) umgesetzt, wie sich auch ausdrücklich aus der Überschrift der Vorschrift ergibt. **Hauptgründe** für einen Anspruch auf Löschung sind:

- Wegfall der Notwendigkeit der Datenerhebung,
- Widerruf der Einwilligung (→ Rn. 7, 10),

22  
839

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

- Widerspruch gegen die Datenverarbeitung (→ Rn. 26),
- unrechtmäßige Datenverarbeitung.

Von der Pflicht zur Löschung können **Ausnahmen** bestehen. Beispiele: Willkürlicher Antrag (Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO), unverhältnismäßiger Aufwand (§ 35 Abs. 1 BDSG), Verletzung schutzwürdiger Interessen (§ 35 Abs. 2 BDSG).

- 24 Unter gewissen Umständen kann neben der Löschung gem. **Art. 18 Abs. 1 DSGVO** auch die **Sperrung** („Einschränkung der Verarbeitung“) in Betracht kommen. Die ist der Fall, wenn
- die Richtigkeit der personenbezogenen Daten von der betroffenen Person bestritten wird, und zwar für eine Dauer, die es der verantwortlichen Person/Stelle ermöglicht, die Richtigkeit der personenbezogenen Daten zu überprüfen,
  - die Verarbeitung unrechtmäßig ist und die betroffene Person die Löschung der personenbezogenen Daten ablehnt und stattdessen die Einschränkung der Nutzung der personenbezogenen Daten verlangt,
  - die verantwortliche Stelle die personenbezogenen Daten für die Zwecke der Verarbeitung nicht länger benötigt, die betroffene Person sie jedoch zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen benötigt,
  - die betroffene Person Widerspruch gegen die Verarbeitung eingelegt hat (→ Rn. 27), solange noch nicht feststeht, ob die berechtigten Gründe der verantwortlichen Stelle gegenüber denen der betroffenen Person überwiegen.

Erfolgt eine Sperrung der verarbeiteten Daten, dann dürfen diese personenbezogenen Daten – von ihrer Speicherung abgesehen – nur mit **Einwilligung** (→ Rn. 7 ff.) der betroffenen Person oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder zum Schutz der Rechte einer anderen natürlichen oder juristischen Person oder aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats verarbeitet werden (Art. 18 Abs. 2 DSGVO).

Von der Pflicht zur Sperrung können **Ausnahmen** bestehen. Beispiele: Willkürlicher Antrag (Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO), Gefährdung von Forschungs- oder Statistikzwecken (§ 27 Abs. 2 S. 1 BDSG), Gefährdung von Archivzwecken (§ 28 Abs. 4 BDSG).

### 2. Geltendmachung des Löschungsbegehrens

#### ► **Muster: Geltendmachung des Löschungsbegehrens**

An **---** (*Bezeichnung und Anschrift der verantwortlichen Person/Stelle*)

#### **Löschung von Daten gem. Art. 17 DSGVO**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir **---** (*Angaben zum Mandanten*) vertreten. Namens und in Vollmacht unseres Mandanten – Vollmacht anbei – fordern wir Sie auf, gem. Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO alle Daten, die Sie oder andere Stellen, an die Sie Daten übermittelt haben, über unseren Mandanten gespeichert haben, unverzüglich zu löschen. Die von Ihnen verarbeiteten Daten wurde ohne Einwilligung unseres Mandanten erhoben, eine darüber hinausgehende gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung und Verarbeitung der unseren Mandanten betreffenden Daten ist nicht gegeben.<sup>78</sup> Die Speicherung und weitere Verarbeitung der Daten ist damit nicht rechtmäßig.

Der Löschung der Daten sehen wir bis zum **---** (*Datum*) entgegen und erbitten bis zu diesem Zeitpunkt eine entsprechende Bestätigung.

25

840

<sup>78</sup> BVerwG U. v. 27.3.2019 – 6 C 2.18, NJW 2019, 2556 (2561 Rn. 44), mzustAnm Kühling/Sackmann.

Sollten Sie der Aufforderung innerhalb dieser Frist nicht nachkommen, werden wir uns an die zuständige Aufsichtsbehörde wenden und behalten uns weitere Rechtsmittel (Klageerhebung) vor.

--- (Name)

(Rechtsanwalt) ◀

### V. Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO)

Gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, die aufgrund von Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f. DSGVO erfolgt, **Widerspruch** einzulegen; dies gilt auch für ein auf diese Bestimmungen gestütztes Profiling. Damit werden atypische Fallkonstellationen erfasst, etwa die Geltendmachung besonderer familiärer Umstände oder besonders schutzwürdige Geschäftsinteressen.<sup>79</sup> Darüber hinaus kann eine betroffene Person der Datenverarbeitung zu Zwecken der **Direktwerbung** widersprechen (Art. 21 Abs. 2 DSGVO).

Die verantwortliche Stelle verarbeitet gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO im Fall des Widerspruchs die personenbezogenen Daten nicht mehr, es sei denn, sie kann **zwingende schutzwürdige Gründe** für die Verarbeitung nachweisen, welche die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen. Im Fall der Direktwerbung beendet der Widerspruch sofort die weitere Verarbeitung der Daten (Art. 21 Abs. 3 DSGVO).

#### ► Muster: Widerspruch gegen Datenverarbeitung

An die --- (Bezeichnung und Anschrift der verarbeitenden Stelle)

#### Widerspruch gegen Datenverarbeitung gem. Art. 21 Abs. 2, 3 DSGVO

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass wir --- (Angaben zum Mandanten) vertreten. Namens und in Vollmacht unseres Mandanten – Originalvollmacht anbei – widersprechen wir der Verarbeitung und Nutzung der bei Ihnen gespeicherten Daten unseres Mandanten für Zwecke der Direktwerbung. Rechtsgrundlage für diesen Anspruch ist Art. 21 Abs. 2 DSGVO. Aufgrund des vorliegenden Widerspruchs ist die weitere Verarbeitung der personenbezogenen Daten unseres Mandanten durch Sie mit sofortiger Wirkung uneingeschränkt zu beenden (Art. 21 Abs. 3 DSGVO).

Wir erbitten eine Bestätigung hierzu bis zum --- (Datum). Sollten Sie der Aufforderung innerhalb dieser Frist nicht nachkommen, werden wir uns an die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde wenden. Die Einleitung weiterer rechtlicher Schritte (Klageerhebung) behalten wir uns ebenso vor.

--- (Name)

(Rechtsanwalt) ◀

### VI. Gerichtliche Durchsetzung der Begehren (Art. 79 DSGVO)

Ist die handelnde Stelle auf eine entsprechende Aufforderung nicht tätig geworden, müssen Informations-, Berichtigungs- oder etwaige Löschungs- oder Sperrungsansprüche klageweise durchgesetzt werden. Handelt es sich bei der Stelle, die über die Daten verfügt, um eine öffentliche Stelle iSd § 2 Abs. 1–3 BDSG, ist der **Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zu beschreiten. Die Ablehnung eines Antrags auf Berichtigung, Sperrung, Löschung oder Umsetzung eines Widerspruchs ist in diesem Fall ein **Verwaltungsakt** iSd § 35 VwVfG, da die Entscheidung über die Nutzung personenbezogener Daten eine Maßnahme mit Außenwirkung

26

27

841

<sup>79</sup> Kühling/Klar/Sackmann DatenschutzR Rn. 699.

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

und kein behördeninterner Vorgang ist.<sup>80</sup> Der Anspruch, gerichtet auf die Berichtigung, Löschung bzw. Sperrung von oder den Widerspruch gegen die Nutzung rechtswidrig erhobener Daten, muss daher im Wege einer **Verpflichtungsklage** nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO und nicht mit der allgemeinen Leistungsklage geltend gemacht werden.<sup>81</sup>

Von der notwendigen **Klagbefugnis** gem. § 42 Abs. 2 VwGO (Verletzung in eigenen Rechten<sup>82</sup>) ist grds. immer auszugehen. Zum einen vermitteln die Art. 13–23 DSGVO subjektive Rechte der von der Datenverarbeitung betroffenen Person.<sup>83</sup> Zum anderen gewährt **Art. 79 Abs. 1 DSGVO** den von einer Datenverarbeitung betroffenen Personen einen allgemeinen, unbeschränkten Zugang zu den zuständigen Gerichten, so dass die subjektiven Klageanforderungen des § 42 Abs. 2 VwGO ggf. europarechtskonform einzuschränken sind.<sup>84</sup>

- 29 Hat sich der Anspruch aufgrund bereits erfolgter Information, Berichtigung, Löschung oder Sperrung oder Nichtweiterverarbeitung (Widerspruch) erledigt, muss ggf. eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog erhoben werden. Das Vorliegen eines berechtigten **Fortsetzungsfeststellungsinteresses** wird in diesem Fall von der Rspr. unterschiedlich bewertet.<sup>85</sup> In jedem Fall kommt eine (nachträgliche) Feststellung bei vollständiger Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs nur in Betracht, wenn die betroffene Person weiterhin ein **berechtigtes Interesse** an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat, was regelmäßig ausscheiden dürfte; ein Feststellungsinteresse könnte etwa gegeben sein, wenn die Information der berechtigten Person auf anderem Weg zugegangen ist, etwa durch eine dritte Person oder Stelle, während die datenverarbeitende Stelle die Auskunft etc weiterhin verweigert.

### 30 ► **Muster: Verpflichtungsklage auf Löschung von Daten**

842 An das Verwaltungsgericht ■■■ (*Bezeichnung und Sitz*)

In der Verwaltungsstreitsache

des ■■■ (*Name/Bezeichnung/Adresse*)

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte: ■■■ (*Name, Kanzlei*)

gegen

die Stadt ■■■ (*Bezeichnung, Sitz*), vertreten durch den Oberbürgermeister ■■■ (*Name*)

– Beklagte –

wegen: Löschung von Daten

Streitwert: ■■■ EUR

beantragen wir namens und in Vollmacht (Anlage K1) des Klägers,

80 BVerwG U. v. 9.6.2010 – 6 C 5/09, BVerwGE 137, 113 = NJW 2011, 405; VGH BW U. v. 10.3.2020 – 1 S 397/19, NVwZ-RR 2021, 46 f.; SächsOVG B. v. 7.3.2014 – 3 A 798/13, DÖV 2014, 537; HessVGH U. v. 8.12.1992 – 11 UE 1486/88, NJW 1993, 3011 = DVBl 1993, 616; Kühling/Buchner/Berg DSGVO Art. 79 Rn. 19.

81 BVerwG U. v. 16.9.2020 – 6 C 10.19, NVwZ 2021, 80 f. (Rn. 12) mAnm *Brink/Krieger* = ZD 2021, 55 mAnm *Petri*; LSG NRW U. v. 24.3.2021 – L 12 AS 2102/19, ZD 2021, 658; BayVGH B. v. 2.11.2020 – 10 C 20.2308, ZD 2021, 389; VGH BW U. v. 30.7.2014 – 1 S 1352/13, NVwZ-RR 2015, 161; HessVGH U. v. 8.12.1992 – 11 UE 1486/88, NJW 1993, 3011 = DVBl 1993, 616.

82 *Schenke* VerwProzR Rn. 512 ff.

83 Vgl. Erläuterungsgründe 63, 65 zur DSGVO, ABl. 2016 L 119, 12: „Anrecht / Anspruch... haben“; *Heberlein* ZD 2020, 487 (489).

84 Kühling/Buchner/Berg DSGVO Art. 79 Rn. 19; *Schenke* VerwProzR Rn. 575 f.; vgl. auch EuGH U. v. 30.5.1992 – C 361/88, NVwZ 1991, 866 (867 [Tz. 16]); BVerwG 5.9.2013 – 7 C 21.12, BVerwGE 147, 312.

85 Teils wird das klägerische Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Datenerhebung oder -verwendung mit dem Argument abgelehnt, die Datenerhebung stelle keinen tiefgreifenden Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG dar (so SächsOVG B. v. 7.3.2014 – 3 A 798/13, DÖV 2014, 537 = LKV 2014, 365; ebenso VGH BW U. v. 24.11.1994 – 1 S 2909/93, ESVGH 45, 124 = MDR 1995, 539 = DVBl 1995, 367). Das BVerwG erkennt hingegen ein Feststellungsinteresse im Zusammenhang mit dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht an (BVerwG U. v. 29.4.1997 – 1 C 2/95, NJW 1997, 2534 = VBIBW 1998, 13).

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom ... (*Datum*), Az. ..., in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums ... (*Bezeichnung*) vom ... (*Datum*), Az. ..., zu verpflichten, die über den Kläger gespeicherten und/oder aufbewahrten Daten in der Datei ... (*Bezeichnung*) zu löschen.

### A. Sachverhalt

Der Kläger suchte am ... (*Datum*) das Ordnungsamt der Klägerin auf und bat sie um Hilfe, weil seine Nachbarn mehrfach entgegen den Vorgaben der städtischen Polizeiverordnung Gartenabfälle verbrannten. Dies führte u.a. zu einer starken Verrauchung der vom Kläger bewohnten Räume. Leider hatte der Kläger seine Nachbarn nicht davon überzeugen können, das Verbrennen der Gartenabfälle zu unterlassen. Am ... (*Datum*) teilte die zuständige Mitarbeiterin der Beklagten dem Kläger mit, dass seine Nachbarn nach erster Kontaktaufnahme sofort und glaubhaft versichert hätten, die Verbrennung von Gartenabfällen künftig zu unterlassen. Tatsächlich kam es seither zu keinen entsprechenden Vorfällen mehr.

Als der Kläger etwa ein halbes Jahr später auf dem Rathaus eine Erledigung vorzunehmen hatte, traf er zufällig die Mitarbeiterin des Ordnungsamt auf dem Flur und fragte nach, ob diese den damaligen Vorgang vernichtet habe. Dies wurde verneint und auf weitere Nachfrage erklärt, dass die Aufbewahrung solcher Vorgänge bei der Beklagten üblich sei. Mit Schreiben vom ... (*Datum*) forderte der Kläger die Beklagte auf, den anlässlich seiner Vorsprache angelegten Vorgang zu vernichten und alle seine Person betreffenden personenbezogenen Daten zu löschen. Er wies dabei darauf hin, dass sich der Vorgang erledigt habe.

Mit Bescheid vom ... (*Datum*) hat die Beklagte das Begehren abgelehnt. Zur Begründung führte sie an, die Speicherung sei üblich und bleibe bestehen, da der Vorgang zwar aktuell erledigt sei, es aber nicht sicher genug ausgeschlossen werden könne, dass es in der weiteren Zukunft zu erneuten Verstößen kommen könne. Dann sei es sinnvoll und arbeitserleichternd, auf den alten Vorgang zurückgreifen zu können.

Mit Schreiben vom ... (*Datum*) hat der Kläger hiergegen Widerspruch erhoben. Dieser wurde vom zuständigen Regierungspräsidium ... (*Bezeichnung*) mit Bescheid vom ... (*Datum*) unter Hinweis auf die Ausführungen der Beklagten zurückgewiesen.

### B. Rechtliche Würdigung

Die Klage ist zulässig und begründet.

#### I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig. Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage gem. Art. 79 Abs. 1 DSGVO iVm § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO. Über die Löschung der Daten hat die Beklagte durch Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG entschieden. Sie hatte darüber zu befinden, ob der Löschung Gründe entgegenstehen. Hierin liegt eine behördliche Regelung, die nur durch Verwaltungsakt getroffen werden kann (BVerwG U. v. 9.6.2010 – 6 C 5/09, BVerwGE 137, 113 = NJW 2011, 405 = DÖV 2010, 944; SächsOVG B. v. 7.3.2014 – 3 A 798/13, DÖV 2014, 537).

#### II. Begründetheit

Die Klage ist begründet. Die Ablehnung des Verwaltungsakts ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Löschung der Daten zu.

Anspruchsgrundlage für die Löschung der Daten ist Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO. Danach sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind. Dies ist hier der Fall.

## 65 Abschnitt 15: Polizei- und SicherheitsR, Datenschutz-, Katastrophen- und InfektionsschutzR

Der im Sachverhalt geschilderte und den ablehnenden Verwaltungsentscheidungen zugrundeliegende Sachverhalt ist erledigt. Die Nachbarn des Klägers haben umgehend erklärt, künftig keine Verbrennung von Gartenabfällen mehr vorzunehmen und halten sich an diese gegenüber der Beklagten getätigte Zusage. Es ist keine Verwaltungsentscheidung der Beklagten ergangen, auch ein förmliches Verwaltungsverfahren war noch nicht eingeleitet worden. Letztlich konnte der Vorgang unstreitig abgeschlossen werden. Damit besteht für eine weitere Datenspeicherung durch die Beklagte keine Notwendigkeit mehr, der Datenverarbeitungszweck ist iSd Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO entfallen. Der Kläger hat in Bezug auf diesen Vorgang ein Recht auf Vergessenwerden. Die Motivation der Klägerin, durch Erhalt der Daten bei einer evtl. erneuten rechtswidrigen Verbrennung von Gartenabfällen künftig leichter handeln zu können, stellt keinen abweichenden Grund für die weitere Speicherung der den Kläger betreffenden Daten dar, weder Art. 17 Abs. 3 DSGVO noch § 10 LDSG BW lassen eine solche Entscheidung zu. Schon gar nicht berechnete Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO zu einer ablehnenden Entscheidung der Beklagten.

Nach alledem steht dem Kläger ein Anspruch auf Löschung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten gem. Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO zu. Der Klage ist daher stattzugeben.

--- (Name)

(Rechtsanwalt) ◀