

Aufbauschemata Öffentliches Recht

Müller

18. Auflage 2021
ISBN 978-3-86752-772-9
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

A. VerfassungsR

I. Staatsorganisation

1. Juristische Personen und Organe des öffentlichen Rechts

Juristische Person des ÖFFENTLICHEN RECHTS

Jur. Person des ZivilR

= Ein **Gebilde**, welches durch die Rechtsordnung geschaffen wird und im Rechtsleben mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet ist.
= Träger von eigenen Rechten und Pflichten = Rechtssubjekt.

öffentliche Körperschaften

öffentliche Anstalten

öffentliche Stiftungen

Abgrenzung nicht eindeutig

verbandsmäßig, d.h. im Wesentlichen mitgliedschaftlich organisiert

dienen einem Nutzungszweck

Vermögensbestand mit örtlich gemeinnützigem Stiftungszweck

Gebietskörperschaft

Personalkörperschaft

mit freiwilliger o. Zwangsmitgliedschaft

- **Bund**
- **Land**
- **Kreis**
- **Gemeinde (Stadt)**

z.B.

- berufsständische Kammern
 - RA-Kammer
 - Ärztekammer
 - IHK
- Sozialversicherungsträger
 - Deutsche Rentenversicherung
 - Allg. Ortskrankenkasse (AOK)
- Universität (ggf. mit „verfasster“ Studentenschaft [ASTA] als Glied-[Teil]-Körperschaft [teilrechtsfähig])
- Religionsgesellschaften Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV

z.B.

- Rundfunk- u. Fernsehanstalten
- BAgentur für Arbeit

davon zu unterscheiden die nichtrechtsfähigen, einer Körperschaft zuzurechnenden „Anstalten“

- Strafanstalt
- Badeanstalt
- Bildungsanstalt

z.B.

- Stiftung preuß. Kulturbesitz
- Stiftung für Hochschulzulassungen

ORGANE der jur. Person des öffentlichen Rechts

der jur. Person des ZivilR

= Teile der jur. Person, die innerhalb der jur. Person mit Kompetenzen, Zuständigkeiten, Aufgaben, Funktionen (ggf. Vertretungsrechten), also Organrechten u. -pflichten ausgestattet sind.

ggf. **Organteile** = Teile des Organs, die bei der Ausübung der Tätigkeit des Organs mitwirken und eigene Organteilerechte und -pflichten haben können.

ZUSAMMENSETZUNG und BESCHLUSSFASSUNG

- Der BTAG besteht aus **598 zuzüglich den aus Überhangmandaten und den aus den entstandenen Ausgleichsmandaten gewählten Abgeordneten** (s. Seite 2); seit Oktober 2017 19. BTAG: $598 + 46 + 65 = 709$, abzüglich der ggf. danach entfallenen Sitze (Todesfall etc.)
- Die Abgeordneten, die einer Willensrichtung sind, können sich zu Fraktionen (oder Gruppen) zusammenschließen (s. Seite 6).
- Den Vorsitz hat der BTAGsPräs., Art. 40 GG.
- Die Legislaturperiode beträgt 4 Jahre, Art. 39 I GG.
- Der BTAG fasst seine Beschlüsse i.d.R. mit einfacher Mehrheit, Art. 42 II GG, wobei Enthaltungen und ungültige Stimmen nicht mitzählen.
- In bestimmten Fällen (Art. 63, 67, 68 GG u.a.) ist die Mehrheit der Mitglieder des BTAGs (sog. absolute Mehrheit oder Kanzlermehrheit) erforderlich.
- In anderen Fällen kann eine qualifizierte Mehrheit von 2/3 der Mitglieder des BTAGs (Art. 79 II GG bei Verfassungsänderungen) oder der Abstimmenden (Art. 42 I 2, 77 IV 2 GG u.a.) erforderlich sein.

KOMPETENZEN des BUNDESTAGES

- Initiative, Beratung und **Beschluss von Bundesgesetzen**, Art. 76 ff. GG
- Wahl des BKanzlers, Art. 63 GG; Misstrauensvotum, Art. 67 GG; Vertrauensfrage, Art. 68 GG
- Zuständig für die wesentlichsten Entscheidungen im Staat – Wesentlichkeitstheorie, „Parlamentsvorbehalt“ (s. Seite 20, 21), z.B. Einsatz deutscher Streitkräfte
- Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive; Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, Art. 44 GG (vgl. Seite 9)
- Budget- und Steuerhoheit, Art. 104 a ff. GG
- Regelung der internen Geschäftsabläufe durch eine innenrechtliche GeschO, Art. 40 I 2 GG

Besondere RECHTSFRAGEN

- **Beschlussfähigkeit**; an sich gegeben, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder anwesend ist; wird aber so lange – auch bei Evidenz – vermutet, bis der Sitzungsvorstand die Beschlussunfähigkeit bei einer Abstimmung durch Zählung der Stimmen ausdrücklich festgestellt hat (vgl. § 45 GO BTAG).
- Die **GeschO** des BTAGs ist eine **Innenrechtssatzung** und keine Außenrechtsnorm; insbesondere kann sie an ein – ohnehin höherrangiges – Gesetz keine Anforderungen stellen. Verstöße gegen die GeschO führen nicht zur Verfassungswidrigkeit; GeschO kann aber Hilfe für die Auslegung des GG sein.
- Beschlüsse des BTAGs sind zu Bundesmaterien auch dann zulässig, wenn keine ausdrückliche Kompetenzregelung besteht und in Kompetenzen anderer BOrgane nicht eingegriffen wird. So sind insbesondere Beschlüsse möglich, die die Meinung, die Auffassung oder den Standpunkt des BTAGs widerspiegeln (z.B. sog. Missbilligungsbeschlüsse), nicht aber solche Beschlüsse, die ein anderes BOrgan zu etwas verpflichten sollen, zu dem der BTAG nicht verpflichten kann (z.B. Pflicht des BKanzlers, einen BMinister zur Entlassung vorzuschlagen; Misstrauensvotum mit Folge des Amtsverlustes gegen einen BMinister).

Der **BUNDESTAG** hat eine gesetzl. Mitgliederzahl von **598 Sitzen** (§ 1 I BWahlG),

die vom Volk in 299 Wahlkreisen durch eine **sog. personalisierte Verhältniswahl** mit Abgeordneten besetzt werden.

299 Direktmandate über die Erststimme**und****an sich 299 Listenmandate über die Zweitstimme (§ 6 BWG)**

- § 5 BWahlG
- In jedem Wahlkreis wird ein namentlich bestimmter Kandidat (evtl. parteilos) durch eine reine **Mehrheitswahl** mit einfacher Mehrheit gewählt.
- Nachteil:
Die auf den **nicht gewählten** Kandidaten entfallenden Stimmen haben keinen Erfolgswert (deshalb Zweitstimmensystem; siehe rechts).

- Der Wähler gibt eine (Zweit-)Stimme für eine Partei ab, die in dem Bundesland seines Wahlkreises eine „starre“ **Landesliste** mit Kandidaten aufgestellt hat, die in einer festen Reihenfolge stehen.
- Nach Auszählung aller Zweitstimmen werden durch **Verhältniswahl** alle **598 Sitze** nach einem Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laguë-Verfahren) **auf die Parteien verteilt, die auf Bundesebene**
 - entweder 5 % oder
 - **3 Direktmandate** (sog. Grundmandatsklausel) erzielt haben (z.B. 150 Sitze für die SPD).
- **Merkel:** „**Auf die Zweitstimme kommt es an**.“
- Sodann werden alle 598 Sitze nach der Bevölkerungszahl (nicht Ausländer) auf die einzelnen Länder verteilt (**sog. Oberverteilung**) (z. B. 130 Sitze für NRW).
- Sodann werden auf Landesebene **die Sitze auf die verschiedenen berechtigten Parteien nach Ihrem Zweitstimmenanteil im Bundesgebiet verteilt (sog. Unterverteilung)** (z.B. 39 Sitze für die SPD aus NRW).

Eine Partei könnte auf Landesebene mehr Direktmandate erzielen, als ihr nach der Zweitstimme im Bundesland zustehen (z. B. wenn die SPD in NRW 44 Direktmandate erzielen würde).

diese wurden früher nicht ausgeglichen und heißen Überhangmandate

- Die Zweitstimmensitzzahl der Partei im Bundesland (z.B. 39) wird **um die Mehrsitze aus der Erststimme angehoben** (hier im Beispiel um 5 = 44)
- Sodann **Addition aller Zweitstimmensitze** aus allen Bundesländern pro Partei im Bund (z.B. 170 Sitze für die SPD)
- Die Zahl der Sitze des Bundestags wird dann solange **über 598 hinaus angehoben**, bis bei einer **proportionalen Sitzverteilung nach den Zweitstimmen auf Bundesebene** nach dem Sainte-Laguë-Verfahren jede Partei **mindestens die zuvor errechnete Sitzzahl im Bundesland** erreicht (= sog. **Ausgleichsmandate**).
- Die der Partei bundesweit zustehenden Sitze werden nach dem Zweitstimmenverhältnis auf Bundesebene nach dem Sainte-Laguë-Verfahren **wieder auf ihre Landeslisten verteilt**.
- Von dieser Sitzzahl pro Partei auf Landesebene werden nun die von dieser Partei bereits gewählten **Direktkandidaten (Direktmandate)** abgezogen und **die zahlenmäßig noch nicht besetzten Sitze werden** durch noch nicht gewählte Kandidaten von der Landesliste in der dort feststehenden Reihenfolge – wie bisher – **aufgefüllt**.

Ab 2024 nur noch 560 Sitze und Ausgleichsmandate erst ab 4 Überhangmandaten

A. VerfassungsR

I. Staatsorganisation 2. Bundestag b) Wahlsystem, Ausgleichsmandat

Berechnungsbeispiel für die „Ausgleichsmandate“ bei der Bestimmung der Zweitstimmensitze bei der BTags-Wahl:

BUNDESTAG

- unterstellt, der BTAG besteht aus 400 Sitzen, die durch die Erst- und Zweitstimmen der Wähler besetzt werden

Zur Vereinfachung:

100 Sitze aus NRW

300 Sitze aus den anderen Bundesländern

unterstellt, die Zweitstimmen in NRW werden nur auf zwei Parteien abgegeben und zwar

auf die S-Partei 60%

auf die C-Partei 40%

also 60 Sitze der S-Partei aus NRW in den BTAG

und 40 Sitze der C-Partei aus NRW in den BTAG

und unterstellt, dass die S-Partei aber 66 Wahlkreise in NRW gewonnen hat, also sechs „Überhangmandate“

also 66 Sitze der S-Partei aus NRW in den BTAG

zum Ausgleich erhält die C-Partei vier Ausgleichsmandate, damit das Verhältnis $60 : 40$ wieder hergestellt wird

also $66 + 44$ Sitze = 110 Sitze aus NRW

wenn das Bundesland NRW 1/4 der BTAG-Sitze (100 von 400) besetzen darf

müssen bei 110 Sitzen aus NRW

die anderen Bundesländer weitere 30 Ausgleichsmandate erhalten

damit das Verhältnis $1/4$ zu $3/4 = 110$ zu 330 wieder hergestellt wird

also 330 Sitze aus anderen Bundesländern

also 440 Sitze im BTAG

Anmerkung: Diese Berechnung muss für jedes Bundesland durchgeführt werden, in dem „Überhangmandate“ entstanden sind, wobei zwischen den Parteien Verrechnungen der Sitzzahlen möglich sind.

NIEDERLASSUNGSFREIHEIT, Art. 49–55 AEUV**A. Anwendbarkeit des Art. 49 AEUV**

Keine Harmonisierungsmaßnahmen

B. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 49 AEUV**I. Anwendungs(Schutz-)bereich des Art. 49 AEUV**

1. Persönlich: EU-Erwerbstätiger i.S.v. Art. 49 AEUV
 - a) Natürliche Personen, Art. 54 AEUV
 - b) Juristische Personen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und eine eingetragene Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat haben, Art. 54 AEUV
 - c) Nicht anwendbar auf juristische Personen, die dauernd oder teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, Art. 51 AEUV
2. Sachlich: Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV
 - Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit
 - Gründung und Leitung von Unternehmen, insbes. Gesellschaften i.S.d. Art. 54 S. 2 AEUV
 - Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften, Art. 49 S. 2 AEUV
3. Räumlich: Grenzüberschreitender Sachverhalt

II. Beschränkungen des Schutzbereiches

- Jede staatliche Maßnahme (auch ein pflichtwidriges Unterlassen), welches die oben beschriebene Freiheit einschränkt oder Bestandteile davon verbietet
 - offene und versteckte Diskriminierung
 - Maßnahmen, die weder offen noch versteckt an das Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpfen, aber geeignet sind, die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen

C. Unionsrechtliche Rechtfertigung der Beschränkung

- I. Beschränkungen sind durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit möglich, Art. 52 AEUV (Definitionen s. Seite 60).
 - II. Die Gründe sind wegen der Gleichförmigkeit der Auslegung der Grundfreiheiten durch ungeschriebene Gründe der steuerlichen Kontrollmöglichkeiten und des Verbraucherschutzes zu erweitern (**Cassis-de-Dijon-Formel**, s. Seite 53)
- III. Prüfung der Schranken-Schranken
Verhältnismäßigkeit (Zweck, Maßnahme, geeignet, erforderlich)

DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT, Art. 56–62 AEUV**A. Anwendbarkeit der Art. 56, 57 AEUV**

Keine Harmonisierungsmaßnahmen (Art. 58 AEUV)

B. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 56 AEUV**I. Anwendungs(Schutz-)bereich des Art. 56 AEUV**

1. Persönlich: EU-Dienstleister i.S.v. Art. 56, 57AEUV
 - a) Natürliche Personen (EU-Bürger)
 - b) Juristische Personen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und eine eingetragene Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat haben, Art. 62, 54 AEUV.
 - c) Nicht anwendbar auf juristische Personen, die dauernd oder teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, Art. 62, 51 AEUV.
2. Sachlich: Freiheit der selbstständigen Dienstleistungen, Art. 56, 57 AEUV
 - gewerbliche
 - kaufmännische
 - handwerkliche
 - freiberufliche
 - a) Für nichtselbstständige Tätigkeiten gilt als lex specialis die Arbeitnehmerfreiheit in Art. 45 AEUV (Seite 55).
 - b) Für die Lieferung von Waren gilt als lex specialis die Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 AEUV (Seite 53).
 - c) Sollte der Anbieter der Dienstleistung eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründen, gilt für die Dienstleistungsfreiheit die Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV (Seite 57).
3. Räumlich: Grenzüberschreitender Bezug
 - a) Aktive Dienstleistungsfreiheit (Anbieter)
 - b) Passive Dienstleistungsfreiheit (Empfänger)
 - c) Auslandsbedingte Dienstleistungen
 - d) Korrespondenzdienstleistung (Vermittlung)

II. Beschränkungen des Schutzbereiches

- Jede staatliche Maßnahme (auch pflichtwidriges Unterlassen), welches die oben beschriebene Dienstleistungsfreiheit einschränkt oder Bestandteile davon verbietet
 - offene oder versteckte Diskriminierung,
 - jede Maßnahme die geeignet ist, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern, selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende sowie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gilt.

C. Unionsrechtliche Rechtfertigung der Beschränkung

- I. Nach Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV können Rechts- oder Verwaltungsvorschriften aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit regeln (Definitionen s. Seite 60).
- II. Die in Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV aufgeführten Gründe sind um ungeschriebene steuerliche Kontrollmöglichkeiten und des Schutzes des Verbrauchers zu erweitern (**Cassis-de-Dijon-Entscheidung**, s. Seite 53)
- III. Prüfung der Schranken-Schranken
Verhältnismäßigkeit (Zweck, Maßnahme, geeignet, erforderlich)



C. Grundrechte

II. Besonderer Teil

2. Gleichheitsrechte

a) Art. 3 I GG – Allgemeiner Grundsatz

I. Allgemeines

Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 I GG ist zugleich (subjektives) Grundrecht, (objektives) Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot. In diesem Sinne gewährleistet er die **Rechtsanwendungsgleichheit** (Gleichheit vor dem Gesetz) und die **Rechtssetzungsgleichheit** (Gleichheit des Gesetzes; folgt aus dem Zusammenhang Art. 3 I GG mit Art. 1 III GG).

- **Rechtssetzungsgleichheit** = Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz.
- **Rechtsanwendungsgleichheit** = Bindung der Verwaltung und Rspr. an den Gleichheitssatz.

II. Prüfungssystematik bei Art. 3 Abs. 1 GG

1. Fall: Der Akt der öffentlichen Gewalt (Rechtsnorm, Exekutivakt, Judikativakt) könnte Art. 3 GG verletzen, wenn eine unzulässige Ungleichbehandlung vorliegt.

1. UNGLEICHBEHANDLUNG von wesentlich gleichen Sachverhalten?



2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?

1. Zulässiges Differenzierungsziel?

2. Zulässiger Differenzierungsgrund?

Anm.: Bereits Ziel und Grund können verfassungswidrig sein, z.B. bei Verstoß gegen Art. 3 II und III GG (sog. absolute Differenzierungsverbote)!

3. Sachgerechtes Verhältnis zwischen Ziel und Grund

a) nicht **sachfremd** ←

b) **geeignet und angemessen** anhand ←
tatsächlicher und objektiver Umstände

= sog. (klassische) **WILLKÜRFORMEL**, wonach Art. 3 GG verletzt ist, wenn die Ungleichbehandlung willkürlich ohne sachlichen Grund erfolgte.

Art. 3 GG verletzt, wenn zwischen den Vergleichsgruppen „keine Unterschiede von solcher Art bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (= sog. „NEUE [zusätzl.] FORMEL“ des BVerfG).

C. Grundrechte

II. Besonderer Teil

2. Gleichheitsrechte

a) Art. 3 I GG – Allgemeiner Grundsatz (Fortsetzung)

II. Prüfungssystematik bei Art. 3 Abs. 1 GG (Fortsetzung)

2. Fall: Der Akt der öffentlichen Gewalt könnte Art. 3 GG verletzen, wenn eine unzulässige Gleichbehandlung vorliegt.

1. GLEICHBEHANDLUNG von wesentlich ungleichen Sachverhalten?

Prüfung wie oben, nur mit umgekehrten Vorzeichen!

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?

- Prüfung wie oben, aber neben den umgekehrten Vorzeichen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber einen größeren Handlungsspielraum hat, weil die Gleichbehandlung das Ziel des Art. 3 GG ist. Eine Verletzung des Willkürverbotes liegt vor, wenn die Gleichbehandlung „unerträglich“ ist.
- Gesetze, die begünstigend sind und dadurch Art. 3 GG verletzen, dass für einige Adressaten eine zu geringe Begünstigung gewährt wird (ungerechtfertigte gleiche Begünstigung), werden vom BVerfG i.d.R. nicht für nichtig erklärt, weil dann keiner mehr begünstigt ist, sondern das BVerfG stellt die Verfassungswidrigkeit nur fest und fordert den Gesetzgeber zur Korrektur auf (sog. Appellentscheidung!).

III. Einzelne Besonderheiten

- Art. 3 GG richtet sich **nicht an verschiedene Gesetzgeber**, denn die dürfen wegen ihrer Kompetenz verschiedene Regelungen treffen!
- Bei Exekutivakten spielt Art. 3 GG eine große Rolle im **Beurteilungs- und Ermessensspielraum**. Liegt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, liegt ein Beurteilungs- oder Ermessensfehler vor.
- Über Art. 3 I GG kann bei Beurteilungs- oder Ermessensentscheidungen, insbesondere der Exekutive, eine **Selbstbindung der Verwaltung** durch ständige Verwaltungspraxis entstehen, aus der der Bürger eine Reduzierung auf Null ableiten kann (ggf. auch durch Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, Erlasse).
⇒ gebundener Anspruch aus Art. 3 GG i.V.m. Selbstbindung der Verwaltung
- Art. 3 GG gewährt **kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht**; d.h. die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 III GG, wird nicht eingeschränkt.

- **Gleichberechtigung von Männern und Frauen**, Art. 3 II 1 GG: (Uneingeschränktes) absolutes Differenzierungsverbot ⇒ An das Geschlecht darf der Gesetzgeber keine Differenzierung knüpfen.

Ausnahmen vom Differenzierungsverbot:

- Regelung ist aufgrund objektiver biologischer oder funktionaler Unterschiede zwischen Mann und Frau geboten (z.B. Mutterschutzurlaub).

- **Regelung gewährt für ein Geschlecht Begünstigungen zur Kompensation erlittener Nachteile**.

PROBLEM: Zulässigkeit von Quotenregelungen bei Einstellungen, Beförderungen, Vergabe von Parteiämtern und sonstige begünstigende Entscheidungen.

⇒ Zwar ist regelmäßig ein Verstoß gegen Art. 3 II 1 GG gegeben, aber aus Art. 3 II 2 GG ist die objektive Wertentscheidung zu entnehmen, dass für die Zukunft die tatsächliche Gleichberechtigung der Geschlechter durchgesetzt und erreicht werden soll.

⇒ Gesetzgeber ist verpflichtet, die Voraussetzungen für eine **faktische Gleichberechtigung** zu schaffen, jedenfalls aber berechtigt, auch mithilfe formalrechtlicher Ungleichbehandlungen die Gleichstellung herbeizuführen (ggf. i.V.m. Sozialstaatsprinzip).

⇒ **Abwägung** zwischen dem **subjektiv-rechtlichen Eingriff in Art. 3 II 1 GG** und der **objektiv-rechtlichen Wertentscheidung** aus Art. 3 II 2 GG und Herstellung der praktischen Konkordanz unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

⇒ Es ist sehr streitig, ob Quotenregelungen der bisherigen Art verfassungswidrig sind; nach EuGH sind sie bei Bestehen der sog. Öffnungsklausel („soweit nicht Gründe eines Mitbewerbers überwiegen“ – wie in NRW –) europarechtskonform.

- **Benachteiligungsverbot**, Art. 3 III 1 GG: Absolutes Differenzierungsverbot im Hinblick auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben und religiöse oder politische Anschauung. In Bezug auf das Merkmal „Geschlecht“ ist Art. 3 III 1 GG inhaltsgleich mit Art. 3 II GG und wird von diesem als lex specialis verdrängt (h.M.).

- **Behinderung**, Art. 3 III 2 GG: (Eingeschränktes) absolutes Differenzierungsverbot. Einschränkung besteht insofern, dass das absolute Differenzierungsverbot nur bei Ungleichbehandlungen wegen Behinderung gilt, während eine Bevorzugung wegen Behinderung überwiegend für zulässig gehalten wird.

Vorläufiger Rechtsschutz bei VA mit Doppelwirkung (z.B. Baugenehmigung)

Anträge an Behörde,
Abs. 1 und 2

§ 80 a VwGO

Anträge an Verwaltungs-
gericht, Abs. 3

- Bei einem Antrag nach § 80 a III 1 VwGO an das VG ist streitig, ob wegen des Verweises in § 80 a III 2 VwGO auf u.a. § 80 VI VwGO ein abgewiesener Antrag an die Behörde nach § 80 VI VwGO vorangehen muss. Nach einer Meinung nur Rechtsgrundverweisung, also (-), weil Baugenehmigung kein Abgabenbescheid i.S.d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO sei. Nach a.A. (+), weil nur eine Rechtsfolgenverweisung vorliege (= h.M.); Streit kann oft offenbleiben, weil – wenn der Bauherr weiterbaut – ein Fall des § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO vorliegt.
- Der Erfolg der Anträge, egal an wen, wird von der Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden VA abhängen, **also inzidenter in der Begründetheit der Anträge die Rechtmäßigkeit des VA summarisch prüfen**; beim Antrag an das VG eindeutig über § 80 a III 2 VwGO, der auf § 80 V VwGO verweist s. Seite 176).
- Die Zulässigkeit des VG-Antrags wird wie bei § 80 V VwGO geprüft, insbesondere ist nach Rechtschutzbedürfnis zu fragen (vgl. Seite 175).

Typische Fallkonstellationen (drei)

1. Widerspruch / Anfechtungsklage des Dritten hat aufschiebende Wirkung, § 80 I 2 VwGO (s. Seite 174).

Antrag des begünstigten Adressaten an Behörde auf Anordnung sofortiger Vollziehung (AOsofVz) nach §§ 80 a I Nr. 1 i.V.m. 80 II Nr. 4 VwGO

Behörde erlässt AOsofVz.

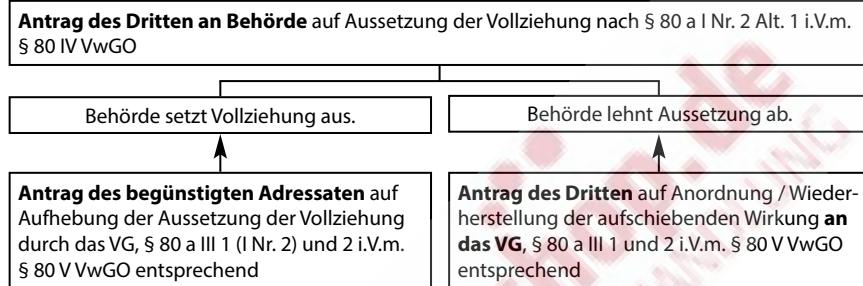
Behörde lehnt AOsofVz ab.

Antrag des Dritten an VG auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs, § 80 a III 1 und 2 i.V.m. § 80 V VwGO entsprechend.

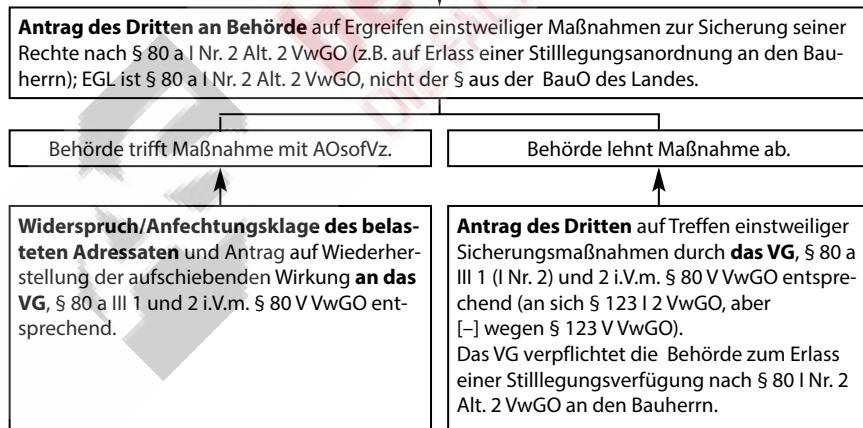
Antrag des begünstigten Adressaten auf Anordnung sofortiger Vollziehung durch **das VG**, § 80 a III 1 (I Nr. 1) und III 2 i.V.m. § 80 V VwGO entsprechend.

Typische Fallkonstellationen (drei) (Fortsetzung)

2. Widerspruch / Anfechtungsklage des Dritten hat keine aufschiebende Wirkung, § 80 II VwGO, s. Seite 174 (so z.B. im Baurecht, § 80 II 3 VwGO i.V.m. § 212 a BauGB).



3. Der begünstigte Adressat des VA vollzieht den VA trotz bestehender aufschiebender Wirkung des Rechtsbehelfs des Dritten oder trotz Aussetzung der Vollziehung nach § 80 a I Nr. 2 Alt. 1 VwGO



EINSTWEILIGE ANORDNUG durch das OVG bzw. den VGH nach § 47 VI VwGO

Vorüberlegung: Das Normenkontrollverfahren nach § 47 I Nr. 1 und 2 VwGO ist darauf gerichtet, eine unter dem LandesG stehende Rechtsnorm (LandesRVO, Landessatzung, Kreissatzung, Gemeindesatzung) für „unwirksam“ zu erklären (vgl. § 47 IV VwGO).

Die einstweilige Anordnung nach § 47 VI VwGO führt im Erfolg dazu, dass die Norm „**vorläufig außer Vollzug gesetzt**“ wird. Keine Verwechslung darf mit § 80 V S. 1 VwGO erfolgen, mit dem durch ein VG ein VA durch Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruches oder einer Anfechtungsklage außer Vollzug gesetzt wird (s. Seiten 174 ff).

Das Verfahren nach § 47 VI VwGO hat eine enorme Bedeutung in den Jahren 2020 und 2021 erfahren, da die meisten Beschränkungen von Grundrechten zur **Bekämpfung der Covid-19-Pandemie durch LandesRVOen** erfolgt sind. Soweit Gemeinden durch Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 VwVFG Grundrechte eingeschränkt haben (z. B. Maskenpflicht in Fußgängerzonen), kommt nicht § 47 VI VwGO, sondern § 80 V S. 1 VwGO in Betracht (s. Seite 174).

A. Zulässigkeit des Antrages nach § 47 VI VwGO

Da mit § 47 VI VwGO eine nach § 47 I VwGO kontrollierbare Norm außer Vollzug gesetzt werden soll, sind im Wesentlichen die **Zulässigkeitsvoraussetzungen des Hauptverfahrens zu übernehmen** (s. Seite 165):

I. Verwaltungsrechtsweg, II. Statthaftigkeit des § 47 VI VwGO, weil § 47 I Nr. 1 o. 2 VwGO statthaft sind, III. Instanzielle Zuständigkeit OVG bzw. VGH, IV. Antragsbefugnis, V. Antragsgegner, VI. Beteiligtenfähigkeit, VII. Postulationsfähigkeit

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

1. Antrag nach § 47 I VwGO darf **nicht offensichtlich unzulässig** sein (insb. **Antragsfrist**).
2. Die Außervollzugsetzung muss die **Rechtsstellung des Ast. verbessern**.
3. § 47 VI VwGO unterliegt keiner **Subsidiarität** zu § 123 VwGO, selbst wenn Letzterer bei self-executing-Normen (s. Seite 41) als einstweiliger Rechtsschutz zu einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO möglich wäre.

B. Begründetheit des Antrages nach § 47 VI VwGO

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist (§ 47 Abs. 6 VwGO).

Das bedeutet, dass eine Interessenabwägung zu erfolgen hat, in der das Interesse des Ast. an einer Aussetzung der Vollziehung der Norm das Vollziehungsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. **Das ist der Fall, soweit bei einer summarischen Prüfung die Norm formell oder materiell rechtswidrig ist.**

Hinweis: Im Gegensatz zu § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO muss nicht nur ein wesentlicher Nachteil, sondern ein „schwerer“ Nachteil abzuwehren sein und es muss nicht nur aus anderen, sondern „wichtigen“ Gründen die Anordnung auch nicht nur nötig, sondern „dringend geboten“ sein.

Aufbauhinweis: Möglich, aber nicht zwingend kann aufgebaut werden: Anordnungsanspruch, Anordnungsgrund, Tatsachen glaubhaft gemacht; die untenstehende Prüfung würde man unter Anordnungsanspruch vornehmen.

Inziderprüfung der RMK der Norm

i.d.R. wird das OVG bzw. der VGH – soweit dies tatsächlich und rechtlich möglich ist – wie im Hauptverfahren die RMK der Norm prüfen also wie auf Seite 166 dargestellt

Sollte dies nicht möglich sein oder das OVG möchte eine weitere Begründung liefern, erfolgt wie bei § 32 BVerfGG eine

DOPPELHYPOTHESE

Welche Folgen treten ein, wenn keine einstw. Anordnung ergeht, die Hauptsache aber später begründet ist?

Welche Folgen treten ein, wenn eine einstw. Anordnung ergeht, die Hauptsache aber später unbegründet ist?

Welche Nachteile sind erheblicher (sog. doppelte Nachteilsabwägung)? Ist die Aussetzung „dringend geboten“?

Würde die Norm in der Hauptsache für „unwirksam“ erklärt, wird hier die Norm „außer Vollzug“ gesetzt.

RÜ

Ihre Examensfälle von morgen

RechtsprechungsÜbersicht



Ihre Examensfälle von morgen – schon heute in der RÜ!

Von erfahrenen Repetitoren ausgewählte Entscheidungen im Gutachtenstil gelöst. Genau so, wie Sie den Fall in Ihrer Examensklausur lösen müssen!

Probeheft bestellen unter: as.info@alpmann-schmidt.de



Alpmann Schmidt

L
K

K1 und K2

Klausuren 1. und 2. Examen

L



Ihre besonderen Vorteile auf einen Blick:

- Klausuren von ausbildungserfahrenen Repetitoren und Praktikern, auch zum Landesrecht
- Klausurtaktische Vorüberlegungen und themenbezogene Vertiefungshinweise
- Mit individueller und aussagekräftiger Korrektur, Einreichung der Ausarbeitung digital möglich
- Staatlich zugelassen gemäß § 12 FernUSG

Zusatzangebot im K2: individuelle **Audio-Korrektur**, die Ihre Klausurlösung bespricht und bewertet.

Infos unter www.alpmann-schmidt.de

