

## Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur

Bearbeitet von  
Von Dr. Martin Stuttmann, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht

3., überarbeitete Auflage 2019. Buch. VIII, 219 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 86752 638 8  
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

„In den Examensklausuren dient Prozessuales im Regelfall lediglich zur Einkleidung der überwiegend im materiellen Recht liegenden Problemfelder.“

Herber/Bomhard, Mit bestem Erfolg zum zweiten Juristischen Staatsexamen, BayVBl. 2015, 765 (767).

## Einleitung

### ■ Zweck dieses Skripts

Dieses Skript dient nur **einem Zweck**: Ihnen als Referendar die Teile des materiellen öffentlichen Rechts zu vermitteln, die Sie im Assessorexamen (Klausuren, Aktenvortrag, mündliche Prüfung) zwingend benötigen. Dazu ist das uferlose öffentliche Recht auf das Examenswesentliche verdichtet, sodass Sie es **umfangsmäßig** bewältigen können. Zugleich ist es **prüfungspraktisch aufbereitet**, um Ihnen unmittelbar im Examen zu nutzen. Hierzu weicht das Skript von den üblichen Lehrbuchdarstellungen ab. Es wird nicht nur das jeweilige materielle Rechtsgebiet erläutert, sondern die Einzelprobleme sind in ihren **klausurtypischen Zusammenhang** eingebettet. Sie finden neben zahlreichen **Formulierungshilfen** immer auch die zugehörigen prozessualen Falleinkleidungen – schließlich werden Sie im Examen auch nicht aufgefordert, eine materielle Rechtsfrage isoliert zu beantworten, sondern Sie müssen einen konkreten Aktenfall lösen, und zwar mit allem, was dazu gehört.

1

Die **Prüfungsaufgaben** im öffentlichen Recht stammen fast ausschließlich aus dem Verwaltungsrecht BT, Verwaltungsrecht AT findet sich kaum. Anders als im Zivil- und Strafrecht, in denen die Kommentare *Palandt* und *Fischer* das materielle Recht erschließen, enthält der *Kopp/Ramsauer* zum VwVfG in der öffentlich-rechtlichen Prüfung deswegen das nötige materielle Wissen kaum. Sie müssen sich vor dem Examen Überblickwissen in verschiedenen **BT-Rechtsgebieten** verschaffen. Dabei hilft Ihnen dieses Skript. Auswahl, Umfang und Darstellungsweise beschränkten sich dabei strikt auf das Prüfungsnotwendige.

2

### ■ Ihr Standort

Sie sollten spätestens zur **Mitte des Referendariats** damit beginnen, sich ernsthaft auf das Assessorexamen vorzubereiten. Seit dem ersten Examen liegt die letzte systematische Befassung mit dem materiellen öffentlichen Recht dann ungefähr ein- bis eineinhalb Jahre zurück. In dieser Zeit sind bei Ihnen a) alte Wissenslücken bestehen geblieben, haben Sie b) gehabtes Wissen vergessen und haben Sie c) die Erfahrung gemacht, dass das materielle Recht in der Praxis nicht ganz so heiß gegessen wird, wie die Universität es kocht. Aus den Originalklausuren, die in den Arbeitsgemeinschaften besprochen worden sind, wissen Sie zudem, dass die Ihnen bevorstehenden Examensklausuren praktisch **ohne Eingrenzung** allen Teilgebieten des öffentlichen Rechts entnommen werden.

3

In der **ersten Phase** der praktischen Ausbildung haben Sie Ihr Hauptaugenmerk naturgemäß auf das gelegt, was die Referendar- von der Universitätszeit unterscheidet („endlich erwachsen“). Sie haben die Verfügungs- und Urteilstechnik erlernt, beherrschen die nötigen äußereren Formen einigermaßen und wissen, welche Schriftsätze vom (Klausur-)Anwalt gefordert werden. In der **zweiten Phase**, also etwa nach dem ersten Jahr, erkennen Sie jedoch, dass Ihre anfängliche Konzentration auf das Assessortypische, nämlich die Formalia, die Arbeitstechnik der Akte und das Prozessrecht, nicht genügen wird, um im Examen die gewünschten Ergebnisse zu erzielen. Ihnen wird klar, dass in allen Rechtsgebieten das **materielle Recht** auch im Assessorexamen im Vordergrund steht. Sie haben jedoch auch realisiert, dass Sie sich für das Assessorexamen im materiellen Recht nicht wie noch zum ersten Examen flächende-

4

ckend und überall gleich intensiv vorbereiten müssen. Sie müssen von vielem etwas und nur in wenigen Bereichen etwas mehr wissen.

### ■ **Stoffauswahl und Darstellung**

- 5 Hier setzt das materiell-rechtliche Assessorskript an. Aus einer Unzahl von Echtklau-  
suren und -kurzvorträgen hat *Alpmann Schmidt* über die Jahre die Themen und Fal-  
leinkleidungen destilliert, die **im Assessorexamen typischerweise** gestellt werden.  
Auch sind die typischen „Fallen“ berücksichtigt, die die Prüfungsämter bei bestim-  
ten materiellen Problemen immer wieder stellen.
- 6 Dieses Skript ist nach folgenden **Grundsätzen** abgefasst:
  - **Sie** haben wenig Zeit → Das Skript ist auf das für die Klausuren Unerlässliche be-  
schränkt (schadloses Weglassen).
  - **Sie** haben bereits ein Examen → Das Skript wendet sich nicht an den Anfänger,  
sondern geht von vorhandenem Grundwissen aus („Verwaltungsakt ist bekannt“).
  - **Sie** benötigen nur examensrelevantes Wissen → Das Skript ist streng an der Rspr.  
orientiert, der die Prüfungsämter immer folgen; Literaturansichten werden selten  
relevant.
  - **Sie** brauchen eine passgenaue Examensvorbereitung → Das Skript beruht in  
Stoffauswahl, Gliederung, Reihenfolge und Schwerpunktsetzung auf der Prü-  
fungsrealität der zurückliegenden Jahre.
  - **Sie** wollen das Potenzial der zugelassenen Kommentare voll ausschöpfen → Das  
Skript weist auf die oft versteckten Fundgruben in den Kommentaren hin.
  - **Sie** wollen Ihr Wissen umsetzen können → Das Skript stellt Formulierungsbei-  
spiele, Prüf- und Aufbauhinweise zur Verfügung.

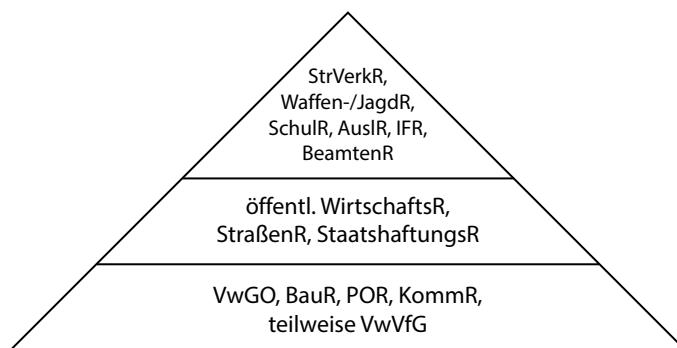
*In grau unterlegten Kästen werden Ihnen zahlreiche unmittelbar einsetzbare Formulierungsbeispiele gegeben. Lesen Sie diese auch inhaltlich, also in materiell-rechtlicher Hinsicht, aufmerksam durch. Denn sie zeigen Ihnen nicht nur, wie Sie formulieren können, sondern ergänzen das jeweilige Thema um inhaltlich Neues.*

### ■ **Das öffentliche Recht im Assessorexamen**

- 7 Das öffentliche Recht unterscheidet sich im Assessorexamen vom Zivil- und Straf-  
recht einerseits dadurch, dass die **verfahrensrechtliche Seite** der Fallbearbeitung  
nicht als Neuerung hinzutritt, sondern bereits Teil der universitären Ausbildung war.  
Bis auf die spezielle äußere Form von gerichtlichen Entscheidungen, behördlichen  
Handlungsweisen und anwaltlichen Schriftsätzen kommt **in prozessualer Hinsicht**  
im Assessorexamen praktisch nichts Unbekanntes auf Sie zu.
- 8 Andererseits beherrscht gänzlich **unbekanntes und ungewohntes materielles  
Recht** die Klausuren viel stärker als in den anderen beiden Rechtsgebieten. Gut ein  
Drittel aller Klausuren wird Sachgebieten entnommen, in denen Sie noch nie gear-  
beitet haben, ein weiteres Drittel entfällt auf Gesetze, die Ihnen grundsätzlich be-  
kannt, aber nicht im Einzelnen geläufig sind, und das letzte Drittel rekrutiert sich aus  
den Gebieten, die bereits an der Universität zum Kernbereich des öffentlichen Rechts  
gehört haben.
- 9 Verdeutlichen lässt sich dies am Bild einer **Pyramide**, die aus drei Bausteinen zusam-  
mengesetzt ist: Das breite **Fundament** besteht aus VwGO, Baurecht, Polizei- und  
Ordnungsrecht (inkl. Vollstreckungsrecht) sowie Kommunalrecht, ausschnittsweise  
auch aus dem VwVfG. Auf der **mittleren Ebene** liegen das öffentliche Wirtschafts-

recht (z.B. GewO, GaststG, BlmSchG), das Recht der öffentlichen Straßen und das Staatshaftungsrecht. Die sich verjüngende **Spitze** bildet das übrige prüfungsnotori sche öffentliche Recht (Straßenverkehrsrecht, Waffen- und Jagdrecht, Schulrecht, Ausländerrecht, Informationsfreiheitsrecht, Beamtenrecht). Die **Fundamentebene** müssen Sie in jedem Fall beherrschen. In Rechtsgebieten, die auf der zweiten Stufe angesiedelt sind, müssen Sie nur die wenigen immer wiederkehrenden **gesetzlichen Strukturen** beispielhaft erfassen. Daneben sollten Sie die dortigen Kernbegriffe lernen, weil sie immer wieder auftauchen.

**Beispiel:** Wie funktioniert es, wenn die Behörde eine genehmigte Betätigung unterbinden will? Wer ist unzuverlässig? – Beides lässt sich beispielhaft im Gewerberecht darstellen. Das Gelernte ist dann im GaststG, PBefG, WaffG oder im LuftsicherheitsG problemlos auch dann anwendbar, wenn man diese Gesetze erstmals aufschlägt.



Im Bereich der Pyramiden spitze sollten Sie über **punktuelles Wissen** verfügen. Die punktuellere Darstellungsweise in den oberen Bereichen der Pyramide beruht genauso wie die kurze Zusammenfassung aktueller, prüfungsgeeigneter Rspr. auf der Erkenntnis, dass Sie im zweiten Examen (viel mehr als im ersten) schon einen deutlichen **Vorsprung** herausholen, wenn Sie zu dem Klausurthema ein bis zwei Stichworte parat haben, um die Klausur in die richtige Richtung lenken zu können. Anders als im ersten Examen sind Aufbaufragen und Subsumtionstechnik nicht mehr so überragend wichtig, weil die Praxis mehr Wert auf die Sachfrage als die juristische Technik legt. Selbstverständlich wird aber weiter von Ihnen erwartet, dass Sie auch unbekannte Gesetze **sauber subsumieren**. 10

## ■ Ihr Weg zum Erfolg

Ihr Weg zum Erfolg in den öffentlich-rechtlichen Klausuren setzt voraus, dass Sie dieses Skript sorgfältig **durcharbeiten**. Ihr Bemühen wird übrigens viel größeren Erfolg haben, wenn Sie währenddessen Ihr Smartphone weit weglegen und das Notebook aus bleibt. Nehmen Sie sich das für das gesamte Skript vor. Um nicht zu doppeln, sind wiederkehrende Problemstellungen nur einmal dargestellt. Daher vermittelt erst der Gesamtzusammenhang des Skripts ein ausreichend vollständiges Bild. Zusammenfassen oder verkürzen lässt sich der Text eigentlich nicht mehr. 11

Vergessen Sie darüber aber nicht, dass Ihnen nur das Wissen Punkte bescheren wird, das Sie auch in eine **Falllösung** umsetzen können. Das müssen Sie üben. Sie glauben doch auch nicht, dass Sie nach der Lektüre des Buches „Technik der Geige“ anschließend Geige spielen können. Für öffentlich-rechtliche Fälle gilt nichts anderes. In einer Art Zangenbewegung müssen Sie materielles Wissen aufbauen und das Fällelösen üben. Schreiben Sie daher möglichst viele Assessorklausuren, z.B. im AS-Assessor-klausurenkurs. Vollziehen Sie auch die schulmäßigen Lösungen der aktuellen Fälle aus der AS-RechtsprechungsÜbersicht (RÜ) und der speziell für Referendare konzipierten RÜ2 nach. Die Abschnitte „Wissenswerte Einzelheiten“ in den „kleineren“ BT-Gebieten halten Sie auf dem Laufenden darüber, was gegenwärtig diskutiert wird. 12

## b) Befreiung, § 31 Abs. 2 BauGB

Im Gegensatz zur Ausnahme ist die **Befreiung** nach § 31 Abs. 2 BauGB („Dispens“) eine Möglichkeit, ein Vorhaben planungsrechtlich zuzulassen, das vom Plangeber nicht geregelt worden ist. Deswegen kann nur unter besonderen Voraussetzungen befreit werden (Nr. 1–3). Die Befreiung soll in **atypischen Fällen** verhindern, dass es zu einer **grundstücksbezogenen** unbeabsichtigten Härte beim Betroffenen kommt. Allgemeingültige Maßstäbe gibt es dafür nicht.<sup>59</sup> Die ebenfalls stets mit dem Bauantrag konkludent mitbeantragte Befreiung steht im Ermessen. Wegen der engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB ist dieses rgm. auf Null reduziert<sup>60</sup> und muss in der Klausur nur kurz erwähnt werden.

74

Drängt sich im **Klausursachverhalt** die Befreiung nicht auf, sollten Sie lediglich kurz feststellen, dass eine solche nicht in Betracht kommt (etwa weil keiner der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB gegeben ist). In der **Anwaltsklausur** müssen Sie am Schluss stets die Befreiung prüfen, wenn das Vorhaben des Mandanten weder allgemein noch ausnahmsweise zulässig ist. Unabhängig davon dürfte es aus den bereits in anderem Zusammenhang dargelegten Gründen nur schwer möglich sein, eine Assessorklausur mit dem Schwerpunkt „Befreiung“ zu stellen.

## IV. Vorhaben im Außenbereich, § 35 BauGB

Außenbereichsvorhaben richten sich nach **§ 35 BauGB**. Von dieser langen Norm müssen Sie für die Klausuren Teile der Absätze 1–3, mit Einschränkungen auch des Absatzes 4 kennen. **Außenbereich ist alles, was nicht im Gebiet eines qualifizierten BPlans (§ 30 Abs. 1 und 2 BauGB) oder im unbeplanten Innenbereich i.S.v. § 34 BauGB liegt** (Negativdefinition).

75

Da Grund und Boden nicht vermehrbar sind, soll der **Außenbereich** grundsätzlich von Bebauung **freigehalten** werden (Erholungsfunktion). Allein Vorhaben, die ihrer Natur nach zwingend nur im Außenbereich möglich sind, können dort nach § 35 Abs. 1 BauGB zulässig sein („**privilegierte Vorhaben**“ wie Land- und Forstwirtschaft). Alle übrigen Vorhaben sind „sonstige Vorhaben“ i.S.v. § 35 Abs. 2 BauGB. Entgegen dem missverständlichen Wortlaut („können im Einzelfall zugelassen werden“) besteht für die sonstigen Vorhaben praktisch ein Bauverbot.

76

**Hinweis:** Handelt es sich nicht um ein Vorhaben, das offensichtlich nur im Außenbereich angesiedelt werden kann (z.B. Putenmaststall), sind Außenbereichsfälle immer unter „Umgehungsgesichtspunkten“ zu betrachten. Im Außenbereich liegen die schönsten und billigsten Bauplätze. Bedauerlicherweise ist das Bauen dort verboten. Also wird – in Klausur und Praxis – viel unternommen, um die Voraussetzungen eines privilegierten Vorhabens (oft: scheinbar) zu erfüllen.

Beginnen Sie die **Prüfung** eines **Außenbereichsvorhabens** mit § 29 Abs. 1 BauGB und definieren Sie den Außenbereich. Stellen Sie anschließend abweichend von der Reihenfolge in § 35 BauGB fest, ob es sich um ein privilegiertes Vorhaben i.S.d. Nummern 1–8 handelt. Die Prüfung beginnt mit **Absatz 1**, dessen Nummern im Einzelnen durchzugehen sind. Allerdings darf Nr. 4 als Auffangtatbestand der sonstigen privilegierten (außenbereichsadäquaten) Vorhaben erst ganz zum Schluss untersucht werden, obwohl er in der Mitte der Nummern steht. Ist Absatz 1 einschlägig, liegt also ein „privilegiertes Vorhaben“ vor, dürfen die im Einleitungssatz genannten **öffentlichen Belange** nicht entgegenstehen (*stehen nur selten entgegen!*). Diese zählt beispielhaft **Absatz 3** auf. Schließlich muss es eine **ausreichende** Erschließung (Basisanforderun-

77

59 BVerwGE 142, 1; 117, 50.

60 BVerwGE 117, 50 (55); OVG RP NVwZ-RR 2015, 888; Battis, in: Krautzberger/Löhr, BauGB § 31 Rn. 43.

gen) geben und der künftige Rückbau muss – außer in der Landwirtschaft – gesichert sein, **Absatz 5**.

Unterfällt das Vorhaben Absatz 1 nicht, stellt es immer ein „sonstiges Vorhaben“ nach **Absatz 2** dar. Als solches darf es öffentliche Belange nicht beeinträchtigen (*sind fast immer beeinträchtigt, faktisches Bauverbot!*) – achten Sie auf die unterschiedliche gesetzliche Wortwahl: „nicht entgegenstehen“ (Abs. 1) und „nicht beeinträchtigen“ (Abs. 2). Die öffentlichen Belange beschreibt zwar grundsätzlich **Absatz 3**, jedoch ist bei jeder Nummer zuerst zu prüfen, ob dem sonstigen Vorhaben die Beeinträchtigung nach einer der Nummern des **Absatz 4** ausnahmsweise nicht entgegengehalten werden darf („Teilprivilegierung“).<sup>61</sup> Liegt keine Beeinträchtigung vor, ist das Vorhaben zu genehmigen, wenn die Erschließung **gesichert** ist (höhere Anforderungen), auch wenn das Gesetz irreführend von „können“ spricht.<sup>62</sup>

**78** Insgesamt sind Zweifelsfragen im Zusammenhang mit § 35 BauGB nach dem Grundsatz der **größtmöglichen Schonung** des Außenbereichs auszulegen.<sup>63</sup> Die nachfolgend angeführten Grundbegriffe helfen Ihnen bei Außenbereichsklausuren.

■ **Landwirtschaft, § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB:** In § 201 BauGB (nicht abschließend, „insbesondere“) legal definiert. Landwirtschaft ist auch der Verkauf eigener Feldfrüchte in einem Hofladen.<sup>64</sup>

■ **Massentierhaltung:** Es liegt nur dann eine landwirtschaftliche, keine gewerbliche Tierhaltung vor, wenn sie auf „**überwiegend eigener Futtergrundlage**“ (merken!) erfolgt.<sup>65</sup> Landwirtschaft setzt die „unmittelbare Bodenertragsnutzung“ voraus. Das Tierfutter muss zu mind. 51% von eigenen Feldern kommen. Andernfalls liegt eine **gewerbliche Tierhaltung** vor, die allerdings wegen der Geruchsintensität nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert sein kann.<sup>66</sup>

■ **Betrieb:** Der Außenbereich soll nur zu ernsthafter und dauerhaft **betriebener Landwirtschaft** genutzt werden (Gewinnerzielung, Anlage auf Generationen, große Flächen, persönliche Eignung).<sup>67</sup> Nebenerwerbslandwirte gehören dazu,<sup>68</sup> Freizeitlandwirte scheiden aus.

So wird v.a. verhindert, dass sich wohlhabende Städter „pro forma“ ein paar Schafe zulegen, um im reizvollen Außenbereich ein sonst verbotenes Landhaus errichten zu können.

■ **Dienen:** Um Missbräuche zu verhindern, muss das Vorhaben dem landwirtschaftlichen Betrieb dienen. Dienen bedeutet „landwirtschaftlich unentbehrlich sein“ (strengh). Es ist zu fragen, ob ein **vernünftiger Landwirt** das Bauvorhaben mit demselben Verwendungszweck mit etwa gleicher Ausstattung für einen vergleichbaren landwirtschaftlichen Betrieb errichten würde.<sup>69</sup>

*Ja:* Stall, Scheune, Silo, eigenes Wohnhaus, konkret benötigtes Altenteilerhaus<sup>70</sup>.

*Nein:* Windenergieanlage, die ins allgemeine Stromnetz einspeist,<sup>71</sup> „Gerätehaus“ mit Wohnzimmer, Küche und zwei Schlafzimmern.

61 BVerwGE 139, 21.

62 BVerwGE 18, 247; OVG NRW NVwZ-RR 2008, 682.

63 BVerwGE 147, 37; 144, 341; BVerwG BRS 52 Nr. 78; Stollmann § 17 Rn. 1.

64 BVerwG NVwZ 2007, 224.

65 BVerwG BRS 59 Nr. 85; VGH BW RdL 2014, 133; OVG NRW BauR 2009, 1565.

66 BVerwGE 117, 287.

67 BVerwGE 122, 308, 310; 41, 138, 140 f.

68 BVerwGE 122, 308.

69 BVerwGE 41, 138, 141; BVerwG BRS 59 Nr. 85; 52 Nr. 78.

70 BVerwG BRS 56 Nr. 70; OVG NRW AUR 2014, 70; NdsOVG BRS 79 Nr. 12.

71 BVerwGE 96, 93, 103 f.

- **Nutzungsänderung:** Fällt die einstmais privilegierte Nutzung weg, indem sie sich in eine nicht privilegierte Nutzung ändert, entfällt der Bestandsschutz.<sup>72</sup>
- **Beispiel:** Wird eine Almschutzhütte für Ziegenhirten zur Ferienhütte umgenutzt, kann ihr Abbruch angeordnet werden.<sup>73</sup>
- **Notwendigerweise im Außenbereich, § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB** (Auffangtatbestand – grds. eng auslegen): Das Vorhaben darf nur im Außenbereich zu verwirklichen sein, dass es dort sinnvoll/vernünftig ist, reicht nicht.<sup>74</sup> Die Verwirklichung im Außenbereich muss auch im allgemeinen Interesse liegen und darf nicht nur individuellen Bedürfnissen dienen.<sup>75</sup>

*Nein:* Wochenendhaus (keine wesentliche Unterscheidung zum „normalen“ Wohnen),<sup>76</sup> Campingplatz,<sup>77</sup> FKK-Anlage.<sup>78</sup> *Ja:* Jagdhütte,<sup>79</sup> Aussichtstürme, Berghütten, Almgaststätten zur Grundversorgung.<sup>80</sup>

Die **öffentlichen Belange**, die nicht entgegenstehen (privilegierte Vorhaben) bzw. nicht beeinträchtigt (sonstige Vorhaben) werden dürfen, sind in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählt. In Assessorklausuren sind im Wesentlichen dessen Nr. 3 und 7 relevant.

- **Schädliche Umwelteinwirkungen, Nr. 3:** Dieser Begriff verweist auf § 3 BImSchG, der immissionsschutzrechtlich voll durchzuprüfen ist (dazu Rn. 126 f.).<sup>81</sup> In diesem Tatbestandsmerkmal erblickt die Rspr. auch das **Gebot der Rücksichtnahme** für den Außenbereich. Es erfasst neben den schädlichen Umwelteinwirkungen weitergehend auch sonstige nachteilige Wirkungen.<sup>82</sup> Handelt es sich nicht um Immissionsabwehr, ist das Gebot der Rücksichtnahme ein ungeschriebener öffentlicher Belang i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 1 Einls. BauGB.<sup>83</sup>

Häufig ist im Aufgabentext die TA Lärm oder die TA Luft auszugsweise abgedruckt. Ihre Leistung besteht in der Assessorklausur darin, diese unbekannten Normwerke anzuwenden.

- **Splittersiedlung, Nr. 7:** Der Außenbereich soll nicht von Wohngebäuden zersiedelt werden. Ein Haus kann für die Entstehung einer Splittersiedlung (zu diesem Begriff s.o. Rn. 49) genügen. Existiert bereits eine Splittersiedlung, führt jedes Vorhaben, das zur Besiedelung beiträgt (Neubau, Erweiterung, Nutzungsänderung), zur verbotenen Verfestigung i.S.d. Auffüllens des bereits in Anspruch genommenen Bereichs.<sup>84</sup>

Ob die öffentlichen Belange **entgegenstehen**, ist in einer **nachvollziehenden Abwägung** zu entscheiden, die die gesetzlichen Wertungen und Vorgaben für den Einzelfall konkretisiert (Vorgang der Rechtsanwendung).<sup>85</sup>

## V. Bestandsschutz

Ein einmal errichtetes Gebäude stellt einen Vermögenswert dar, der von Art. 14 GG geschützt wird. Während der langen Lebensdauer eines Gebäudes ändert sich seine

72 BVerwGE 47, 185, 189; BVerwG BRS 79 Nr. 113.

73 BVerwG BRS 56 Nr. 76.

74 BVerwGE 48, 109, 112 ff.

75 BVerwG BRS 78 Nr. 115.

76 BVerwGE 55, 118; 48, 109.

77 BVerwGE 48, 109.

78 BVerwG BRS 33 Nr. 64 und 65.

79 BVerwG BRS 39 Nr. 80.

80 BVerwG BRS 76 Nr. 97.

81 BVerwG NVwZ 2018, 509; BVerwGE 129, 209, 210.

82 BVerwG BRS 67 Nr. 107.

83 BVerwG NVwZ 2018, 509; BRS 63 Nr. 107.

84 Grundlegend: BRS 79 Nr. 113; BVerwG BRS 84 Nr. 82.

85 BVerwG NVwZ 2017, 160.

Umgebung und die Rechtslage. Soll ein lange bestehendes Gebäude erweitert/verändert werden, widerspricht das Vorhaben aber der aktuellen Rechtslage, stellt sich die Frage nach dem **Bestandsschutz**. Während der Bestandsschutz früher aus Art. 14 GG hergeleitet wurde<sup>86</sup>, kann er heute ausschließlich auf **einfaches Recht** gestützt werden. Bestandsschutz bezeichnet die Rechte, die das einfache Baurecht dem Bauherrn einräumt; ein Rückgriff unmittelbar auf Art. 14 GG ist ausgeschlossen.<sup>87</sup> Für den Außenbereich ist der Bestandsschutz ausdrücklich und **abschließend** in **§ 35 Abs. 4 BauGB geregelt**.<sup>88</sup>

### Bestandsschutz

Bestandsschutz leitet die Rspr. nur noch aus **einfachem Recht** ab, das Art. 14 GG sperrt. Die Baugenehmigung (= LBauO) entfaltet Tatbestands- und Feststellungswirkung bzgl. der Baurechtmäßigkeit (formelle Legalität), selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte. §§ 34a Abs. 3a, 35 Abs. 4 BauGB regeln den Bestandsschutz ebenfalls abschließend.

#### Formen des Bestandsschutzes

- **Formell:** Die (ggf. rechtswidrige) Baugenehmigung legalisiert das Gebäude und die genehmigte Nutzung selbst wenn die Rechtslage sich später ändert.
- **Materiell:** Die Anlage war irgendwann über 3 Monate bauplanungsrechtlich rechtmäßig, auch wenn keine Baugenehmigung eingeholt worden ist.
- **Aktiv:** Anspruch auf Genehmigung von eigentlich nicht genehmigungsfähigen Erweiterungen/Änderungen, soweit sie der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des genehmigten Gebäudes dienen.
- **Passiv:** Abwehr von Ordnungsverfügungen, die auf geänderten Anforderungen beruhen, soweit die genehmigte Nutzung fortgeführt wird.

## B. Bauordnungsrecht

In Klausurfällen spielt das Bauordnungsrecht (LBauO) für die Frage der Baurechtmäßigkeit des Bauvorhabens typischerweise nur eine Nebenrolle. Die LBauO findet hier in erster Linie bei Verfahrensfragen (Behördenzuständigkeit, Baugenehmigungspflicht, Baugenehmigung, Bauvorbescheid, Bauordnungsverfügungen) Anwendung. Verschiedentlich kommt es aber auf Folgendes an:

- 82 ■ **Abstandsflächen:** Flächen vor Gebäuden, die von einer Bebauung freizuhalten sind (nachbarschützend). Ihre Ausdehnung richtet sich v.a. nach der Gebäudehöhe. Zwecke: Belichtung, Belüftung, Besonnung, Brandschutz, Wahrung des Sozialabstands (Bauherr); Schutz vor Beengung und Einsicht (Nachbar).

5-7	6	6, 6a	6	6	6, 7	6	6	5	6	8, 9	7, 8	6	6	6

Garagen (Carports) und Nebenanlagen, die nicht zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind, können in Abstandsflächen zulässig sein; unüberdachte Stellplätze sind immer zulässig. In Klausuren wird nicht erwartet, dass Sie Abstandsflächen ausrechnen können.

- 83 ■ **Stellplätze:** Der Bauherr muss für jedes Bauvorhaben (auch: Nutzungsänderung) die erforderlichen Stellplätze auf dem Baugrundstück oder in der Nähe errichten, um den öffentlichen Verkehrsraum zu entlasten. Die Stellplatzpflicht kann nach

86 BVerwGE 50, 49; 26, 111, zusammenfassend BVerwGE 47, 126.

87 Normgeprägter Eigentumsbegriff: BVerfGE 58, 300 („Nassauskiesung“); für das BauR: BVerwGE 106, 228; HessVGH NVwZ-RR 2017, 177, 178 f m.w.N.

88 BVerwGE 139, 21; 106, 228.

LBauO i.V.m. einer Rechts-VO oder gemeindlichen Satzung auch durch zweckgebundene Geldzahlung erfüllt werden („Ablösung“), v.a. wenn die Herstellung der Stellplätze aus tatsächlichen Gründen schwierig ist. Die Ablösung steht im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. Die bauordnungsrechtliche Stellplatzpflicht ist nicht nachbarschützend, sondern besteht nur im öffentlichen Interesse.

37	47	49	49	49	48, 49	52	49	46-48	48	47	47	49	48	50	49

### 3. Abschnitt: Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung

Die Baugenehmigung hat einen **feststellenden** und einen **verfügenden** Teil. Sie stellt fest, dass die zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften dem Bauvorhaben nicht entgegenstehen. In ihrem **verfügenden** Teil hebt sie das präventive Bauverbot auf und erteilt die **Erlaubnis**, das Bauvorhaben zu verwirklichen.

84

#### Anspruch auf Baugenehmigung

- Baugenehmigung **erforderlich** (genehmigungsfrei? nur Anzeigepflicht?)
- **Anspruchsgrundlage** aus LBauO
- **formelle** Voraussetzungen
  - sachliche, örtliche Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde
  - ggf. gemeindliches Einvernehmen, § 36 Abs. 1 BauGB
- entgegenstehende öffentlich-rechtliche (Bau-)Vorschriften
  - **Bauplanungsrecht**
    - § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. BauNVO
    - § 34 Abs. 1 und 2 BauGB i.V.m. BauNVO
    - § 35 BauGB
    - ggf. bindender Bauvorbescheid (Bebauungsgenehmigung)
  - **Bauordnungsrecht** (LBauO)
  - weiteres öffentliches Fachrecht (ImSchR, DenkmalschutzR, StraßenR u.a.)
- Rechtsfolge
  - Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung
  - Ermessensfehlerfreie Entscheidung bei Ausnahme und Befreiung (§ 31 BauGB)

### A. Grundstruktur

Wird eine Baugenehmigung verlangt, liegt stets eine **Verpflichtungssituation** vor. Die Ausgangsfrage lautet daher, ob ein **Anspruch** auf die Erteilung der Baugenehmigung besteht. Falls ja, ist ein ablehnender Bescheid rechtswidrig, vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO. Sie sollten daher immer im **Anspruchsaufbau** prüfen, den Sie aus dem Zivilrecht gewohnt sind. **Anspruchsgrundlage** ist die Vorschrift der LBauO über die Baugenehmigung.

85

58	68	71	72	72	72	74	72	70	74	70	73	72	71	73	71

Die Baugenehmigungsnorm gibt das **Prüfprogramm** vor: Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften (in manchen Ländern: Bauvorschriften) nicht entgegenstehen. Das Vorhaben muss also formell und

86

10 ff. PolG	16 ff. LStVG	55 ff. ASOG	24 ff. OBG	48 ff. PolG	1-2 SOG	71 ff. SOG	17 ff. SOG	54 ff. SOG	25 ff. OBG	43 ff. PolG	59 ff. PolG	9 ff. PolG	93 ff. SOG	175,335 LVwVG	27 ff. OBG

In **formeller** Hinsicht kann es zu Fehlern im Beschluss- oder Bekanntmachungsverfahren kommen, die Sie teils unter Rückgriff auf die GemO behandeln müssen (Zitiergebot, Mitwirkung Befangener, Abstimmungsfehler). **Materiell** geht es oft um die Frage, ob tatsächlich eine **abstrakte Gefahr** abgewehrt werden soll oder ein nur unerwünschtes, belästigendes Verhalten. Weiterhin wird die Frage aufgeworfen, ob der verbotene Lebensbereich bereits durch ein thematisch einschlägiges Parlamentsgesetz abschließend geregelt ist, für eine weitergehende GefahrenabwehrVO also kein Raum mehr bleibt.

*„Die polizeigesetzliche Verordnungsermächtigung wird nicht durch das spezialgesetzliche Infektionsschutzgesetz (IfSG) verdrängt. Dieses Gesetz regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten (§ 1 Abs. 1 IfSG). Eine Sperrwirkung für die lediglich subsidiäre Verordnungsermächtigung des allgemeinen Polizeirechts entfalten die Bestimmungen des IfSG nur, soweit eine untergesetzliche Rechtsvorschrift allein den Zweck verfolgt, die Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten i.S.d. IfSG zu schützen. Das ist hier aber nicht der Fall. Auch soweit das polizeiverordnungsrechtliche Taubenfütterungsverbot den Gesundheitsschutz im Auge hat, dient es vielmehr auch der Verhinderung von Gesundheitsgefahren, die nicht von übertragbaren Krankheiten i.S.d. IfSG ausgehen.“*

- 213** In diesem Zusammenhang können Ihnen im Gewand der GefahrenabwehrVO viele Themen aus dem **allgemeinen Staatsrecht** begegnen, z.B. Bestimmtheit und Vereinbarkeit mit den Grundrechten. Sie müssen diese methodisch in etwa so bearbeiten wie bei einer Verfassungsrechtsklausur im ersten Examen, jedoch insgesamt straffer.

*„Der Platzverweis war rechtswidrig, weil der Kläger die öffentliche Sicherheit nicht gefährdete bzw. verletzte, als er auf dem Marktplatz saß und mehrere Flaschen Bier trank. Zwar sind auch untergesetzliche Normen Teil der geschriebenen Rechtsordnung und damit Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Eine Gefahr liegt aber nur vor, wenn die untergesetzliche Norm wirksam ist. Die GefahrenabwehrVO, die in ihrem § 1, im gesamten Stadtgebiet das Lagern oder dauerhafte Verweilen in Verbindung mit Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit verbietet, wenn dessen Auswirkungen geeignet sind, Dritte erheblich zu beeinträchtigen, ist indessen unwirksam. Die Verbotsnorm ist mit höherrangigem Recht nicht vereinbar.“*

*Es bestehen zwar keine Bedenken hinsichtlich des ordnungsgemäßen Zustandekommens der Gefahrenabwehrverordnung. Die Verordnung ist mit der erforderlichen Zustimmung des Stadtrates erlassen worden (vgl. § ... SOG/PolG, § ... GO) und der Rechtsaufsichtsbehörde nach Maßgabe des § ... SOG/PolG zur Zustimmung vorgelegt worden. Eine ordnungsgemäße Verkündung durch die öffentliche Bekanntmachung im Amtsblatt liegt ebenfalls vor.*

*§ 1 GefahrenabwehrVO verstößt aber gegen das verfassungsrechtliche Gebot hinreichender Bestimmtheit. ... Weiterhin fehlt es an der abstrakten Gefahr, die die Verordnungsermächtigung in § ... SOG/PolG voraussetzt. Reine Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden durch die polizeiliche Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Gefahrenabwehrverordnungen nicht gedeckt. Das Alkoholverbot stellt eine solche Vorsorgemaßnahme dar. Alkoholkonsum ist in der Öffentlichkeit nicht generell verboten. Die Beklagte konnte für ihr Stadt-*

*gebiet keine Untersuchungen vorlegen, die den Schluss zulassen, dass gerade der unter Verbot gestellte Genuss von Alkohol in der Öffentlichkeit regelmäßig und typischerweise die Gefahr von Körperverletzungen, Sachbeschädigungen und Lärmbelästigungen mit sich bringt. ...“*

Beachten Sie, dass auch der Erlass einer GefahrenabwehrVO im **Ermessen** des VO-Gebers liegt. Welche Ermessensgründe leitend waren, ergibt sich meist aus der Verwaltungsvorlage oder der Begründung des Ratsbeschlusses. Lässt sich in einer Klausur einmal gar nichts dazu finden, übergehen Sie das am besten mit Schweigen. Wahrscheinlich kommt es aus Sicht des Prüfungsamts darauf nicht an. Würgen Sie den Fall keinesfalls kurzerhand mit der Begründung „Ermessensausfall“ ab!

In den meisten Ländern sind landesrechtlich **Normenkontrollverfahren** nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zugelassen (außer in Berlin, Hamburg und NRW). Sie müssen daher auch mit Falleinkleidungen rechnen, die von einer konkreten polizeilichen Anordnung losgelöst sind. Machen Sie sich anhand des VwGO-Kommentars mit der Zulässigkeitsprüfung von § 47 VwGO vertraut.<sup>231</sup>

- **Aufstiegsverbot für Fluglaternen:** Brennende Fluglaternen können durch Polizeiverordnung verboten werden, weil sie typischerweise Brände verursachen können, soweit die Brandgefahr im Einzelfall nicht hinreichend sicher ausgeschlossen ist.<sup>232</sup>
- **Taubenfütterungsverbot:** Zur Abwehr der Gefahren für das Eigentum und die menschliche Gesundheit, die von Stadttauben ausgehen, kann trotz des Staatsziels des Tierschutzes (Art. 20a GG) durch Polizeiverordnung ein Taubenfütterungsverbot erlassen werden.<sup>233</sup>
- **Alkoholverbot:** Der Alkoholgenuss auf öffentlichen Straßen kann im Regelfall nicht durch GefahrenabwehrVO untersagt werden, weil Alkoholgenuss nicht typischerweise zu Straftaten/Ordnungswidrigkeiten führt. Es fehlt die abstrakte Gefahr.<sup>234</sup> Ausnahmsweise und räumlich-zeitlich begrenzt kann sich ein kausaler Zusammenhang zwischen dem nächtlichen Alkoholkonsum auf einer „Partymile“ und der Störung der Gesundheit (Nachtruhe), der benachbarten Anwohner ergeben, die in einem schutzbedürftigen Wohngebiet wohnen.<sup>235</sup>
- **Glasverbot:** Ähnliches wie beim Alkoholverbot gilt für Glasverbote (Trinkgläser, Getränkeflaschen) bei Großveranstaltungen (*Ja*: Karneval, Public-Viewing) oder nur landschaftlich schutzwürdigen Orten (*Nein*: Seeufer).<sup>236</sup>
- **Hunde:** Der Umgang mit gefährlichen Hunden ist meist in einem Spezialgesetz geregelt. Für die übrigen Hunde kann Leinen-/Maulkorbzwang im Zuständigkeitsgebiet durch Polizeiverordnung angeordnet werden. Hierfür reicht die abstrakte Gefahr, die von Hunden ausgeht.<sup>237</sup> Hundegelb zur Nachtzeit kann auch verboten werden.<sup>238</sup>
- **Nutzungszeiten öffentlicher Einrichtungen:** Durch PolizeiVO kann für einen Sportplatz nicht vorgegeben werden, von wann bis wann seine Benutzung „erlaubt“ ist. Der zulässige Nutzungs-umfang folgt aus der Widmung (i.V.m. mit einer evtl. Benutzungsordnung), und v.a. durch das BlmSchG einschl. der zugehörigen Verordnungen (SportanlagenlärmSchutzVO – 18. BlmSchV).<sup>239</sup>

<sup>231</sup> S. auch AS-Skript VwGO (2017), Rn. 401 ff.

<sup>232</sup> BVerwG NJW 2018, 325.

<sup>233</sup> BVerfGE 54, 143, 147; BayVerfGHE 57, 161; BayVGH, Beschl. v. 04.08.2014 – 10 ZB 11.1920.

<sup>234</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 23.05.2018 – 18 K 8955/17, BeckRS 2018, 11113; OVG TH ThürVBI. 2013, 8; VGH BW NVwZ-RR 2010, 55.

<sup>235</sup> NdsOVG NdsVBI. 2013, 68.

<sup>236</sup> VGH BW BWGZ 2013, 77; VG Trier Beschl. v. 26.02.2014 – 1 L 376/14, BeckRS 2014, 47862.

<sup>237</sup> OVG Saar, Beschl. v. 28.06.2018 – 2 B 114/18; BayVGH NVwZ-RR 2017, 784; NdsOVG NdsVBI 2017, 279.

<sup>238</sup> SächsOVG NJW 2018, 181.

<sup>239</sup> VGH BW NVwZ-RR 2017, 653; VBIBW 2015, 81; 14, 292; DVBI. 2012, 1311.

## IV. Adressat

Richtiger Adressat	
■ <b>Verhaltensstörer</b>	
■ Zweckveranlasser	
■ Legalisierungswirkung einer Genehmigung	
■ <b>Zustandsstörer</b>	
■ <b>Rechtsnachfolge</b> in die Störerposition	
■ <b>Nichtstörer</b>	

- 220** Liegt eine Gefahr vor, ist weiter zu prüfen, wer zu ihrer Abwehr herangezogen werden darf, wer also der **richtige Adressat** ist. Das ist grundsätzlich derjenige, der durch sein Verhalten die Gefahr verursacht hat (**Verhaltensstörer**). Geht die Gefahr von einer Sache aus, kommt es auf die Sachherrschaft an (**Zustandsstörer**). Kann keiner von ihnen die Gefahr wirksam bekämpfen, kann zuletzt der sog. **Nichtstörer** herangezogen werden. Alle Störerbegriffe sind in den SOG/PolG legaldefiniert.

**Beachte:** Weist die Klausur keine besondere Störerproblematik auf, bedarf die Feststellung des Störers normalerweise keiner vertieften Darstellung.

### 1. Verhaltensstörer

- 221** Zwar wird eine Gefahr stets durch viele Umstände verursacht (Bananenpflanzer – Bananenverkäufer – Bananenesser, der die Schale auf den Gehweg wirft), ordnungsrechtlich ist aber nur der unmittelbare Verursacher Störer, also derjenige, dessen Verhalten die **Gefahrgrenze** überschreitet (Theorie der **unmittelbaren Verursachung**). Das ist regelmäßig derjenige, der die **zeitlich letzte** Ursache setzt (Bananenesser). Sie kann auch in einem Unterlassen liegen, wenn eine öffentlich-rechtliche Handlungspflicht besteht (z.B. öffentlich-rechtliche Streupflicht bei Straßenglätte).

																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																															<img

er zu den Kosten der Gefahrenabwehr herangezogen werden. Da mehrere Störer vorliegen, muss die Behörde ihr **Auswahlermessen** betätigen. Regelmäßig ist es ermessensfehlerfrei, gegen den Zweckveranlasser vorzugehen, weil so die Gefahr am effektivsten bekämpft werden kann.

**Beispiel:** Der Lärm, den die Gäste vor einer Gaststätte auf der Straße durch Reden oder Autotürenknallen verursachen, wird unmittelbar dem Gaststättenbetrieb zugerechnet. Störer ist demnach (auch) der Gastwirt,<sup>243</sup> der in letzter Konsequenz sogar seine Gaststätte schließen muss.

**Beachte:** „Zweckveranlasser“ hat sich zwar begrifflich eingebürgert, kann aber in die Irre führen. Es kommt nach h.M. nämlich nicht auf den Zweck an, den der Hintermann subjektiv verfolgt, sondern nur auf die objektiv erwartbaren **Folgen** seines Verhaltens. Auch ist der Zweckveranlasser keine eigenständige Störerart, sondern der Begriff beschreibt nur Fallgestaltungen, in denen nicht nur der letzte Verursacher in der Kausalkette, die zum Gefahreneintritt führt, Störer ist.

*„Der klagende Lebensmittelhändler ist Verhaltensstörer, § ... PolG. Denn er hat seinen Lieferanten die Schlüssel zu seinem Lager ausgehändigt, was dazu führt, dass diese ihn nachts außerhalb der genehmigten Lieferzeiten beliefern und dabei ruhestörend lärmten. Zwar ist Verursacher im ordnungsrechtlichen Sinne zunächst nur derjenige, dessen Verhalten die Gefahr ‚unmittelbar‘ herbeiführt, während Personen, die entferntere, nur mittelbare Ursachen für den eingetretenen Erfolg gesetzt haben, regelmäßig nicht stören. Nach der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann aber auch ein als ‚Veranlasser‘ auftretender Hintermann (mit-)verantwortlich sein, selbst wenn dessen Handlung die polizeirechtliche Gefahrenschwelle noch nicht überschritten hat. Das ist der Fall, wenn die Handlung des Hintermanns mit der die Gefahrgrenze überschreitenden Handlung des Vordermannes eine natürliche Einheit bildet. Eine solche besteht typischerweise beim ‚Zweckveranlasser‘ als demjenigen, der die durch den Vordermann bewirkte Polizeiwidrigkeit gezielt ausgelöst hat oder für den diese Folge objektiv vorhersehbar war.“*

**Weitere diskutierte Fälle:** Vermittlung von unerlaubter Personenbeförderung außerhalb des PBefG („Über“);<sup>244</sup> Organisator von Großveranstaltungen (Popkonzert, Fußballspiel), str.,<sup>245</sup> Demonstrationsveranstalter für angefallenen Abfall,<sup>246</sup> Platzverweis für Freier, die Prostituierte ansprechen, die sich im Sperrgebiet anbieten und damit gegen § 184e StGB verstößen;<sup>247</sup> Organisator einer Beschneidungsfeier mit hunderten Besuchern am stillen Feiertag Karfreitag;<sup>248</sup> Kioskbetreiber, die Getränke in Glasflaschen im Zentrum des Karnevalstreitbrens verkaufen.<sup>249</sup>

Während der Zweckveranlasser den Kreis der Störer erweitert, verengt ihn eine **Genehmigung**. Denn auch wer im umgangssprachlichen Sinne stört (qualmender Fabrikschornstein), überschreitet die ordnungsrechtliche Gefahrgrenze nicht und ist nicht Störer, wenn sein Verhalten formell genehmigt ist (**Legalisierungswirkung**). Die Legalisierungswirkung einer (ggf. alten) Genehmigung ist allerdings auf die (damals) geprüften Gefahren beschränkt.<sup>250</sup> Soweit sie reicht, muss sie vor dem Eingriff (vollziehbar) aufgehoben (§§ 48, 49 VwVfG) sein.

224

243 BVerwGE 101, 157; BVerwG VerwRspr 17, 483; OLG Karlsruhe NVwZ 2017, 903 vgl.: Gaststättenrecht Rn. 431 ff.

244 OVG Bln-Bbg CR 2015, 376; OVG Hamburg DVBl. 2015, 48.

245 Einerseits Schenke, POR, Rn. 246, Heise NVwZ 2015, 262; Hermann/Buljevic NordÖR 2015, 198; andererseits Götz, Allgemeines POR, § 9 Rn. 31.

246 BVerwGE 80, 164.

247 Finger VBIBW 2007, 139.

248 OVG NRW NWVBI 2018, 289.

249 OVG NRW OVGE 54, 240, 246; Peter/Rind LKV 2017, 251, 254.

250 BVerwGE 55, 118, 120 f.

- 225** Die bloße **behördliche Duldung** (Nichteinschreiten) ohne Genehmigung legalisiert nicht, kann aber das Eingriffsermessen beschränken (§ 254 BGB analog).

## 2. Zustandsstörer

- 226** Die Eigenschaft als Zustandsstörer ist normalerweise unproblematisch festzustellen, weil sie an der privatrechtlichen Stellung als Eigentümer, Besitzer oder ehemaliger Eigentümer anknüpft. Da sich private Rechtsverhältnisse leicht verändern lassen, muss im Einzelfall geprüft werden, ob solche Umgestaltungen auf die öffentlich-rechtliche Zustandshaftung durchschlagen. **Veräußert** etwa der Eigentümer eines kontaminierten Grundstücks dieses nach der Entdeckung der Verunreinigung an eine zu diesem Zweck gegründete vermögenslose Kapitalgesellschaft, sind Kaufvertrag und Übereignung **sittenwidrig**.<sup>251</sup> Im Insolvenzfall verliert der Schuldner die Verfügungsbefugnis an den **Insolvenzverwalter**, gegen den die Gefahrenabwehrverfügung zu richten ist und der sie als Masseverbindlichkeit zu erfüllen hat (§ 55 InsO),<sup>252</sup> bis er das Grundstück freigibt.<sup>253</sup>

7 PolG	8 PAG	14 ASOG	6 PolG	6 PolG	9 SOG	7 SOG	70 SOG	7 SOG	5 PolG	5 POG	5 PolG	5 PolG	8 SOG	219 LVwVG	78 PAG

„Die Zustandsverantwortlichkeit des verwaltungs- und Verfügungsbefugten antragstellenden Insolvenzverwalters (§ 80 Abs. 1 InsO) endete, als er das Tankgrundstück freigab. Die Freigabe, also die einseitige Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner, mit der ein massezugehöriges, an sich dem Insolvenzbeschlag unterfallendes Recht wieder in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners übertragen wird, ist auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Denn die Freigabe, die gewohnheitsrechtlich anerkannt ist und von der Insolvenzordnung vorausgesetzt wird (vgl. § 32 Abs. 3 InsO), ist ein von der Rechtsordnung vorgesehenes Rechtsinstitut, dessen Zweck es ist, die Masse von nicht verwertbaren Gegenständen zu entlasten.“

## 3. Rechtsnachfolge in die Störerposition

**Beachte:** Zur Rechtsnachfolge im Verwaltungsverfahren siehe Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 13 Rn. 58 ff.

- 227** Die Rechtsnachfolge in die Ordnungspflicht ist in der **Rspr.** – und damit für Sie maßgeblich – **geklärt**. Der Rechtsnachfolger tritt sowohl in die Verhaltens- als auch die Zustandsstörerstellung seines Vorgängers ein.
- 228** Schlagwortartig werden ein **Überleitungstatbestand** (z.B. §§ 1967, 1922 BGB, Einzelrechtsnachfolge durch Eigentumserwerb an einem Grundstück) und die **Übergangsfähigkeit** der Ordnungspflicht geprüft. Beide Begriffe sind eigentlich überflüssig, mögen als Gedächtnisstütze aber hilfreich sein. Denn den Überleitungstatbestand prüfen Sie natürlicherweise, sonst gäbe es gar keine Rechtsnachfolge, und überfähig sind alle Störerstellungen.
- 229** Ist gegen einen **Zustandsstörer** bereits eine Verfügung ergangen (z.B. ein nicht zugelassenes Auto aus dem öffentlichen Straßenraum zu entfernen), muss gegen dessen Erben keine neue Verfügung mehr erlassen werden, weil die Ordnungspflicht dinglich ist (str. für Veräußerungen von beweglichen Sachen). Der Grundgedanke ist: Die Be-

<sup>251</sup> VGH BW ESVGH 48, 189.

<sup>252</sup> Vgl. auch HessVGH ESVGH 60, 62.

<sup>253</sup> BVerwGE 122, 75.

hörde soll nicht um die Früchte ihrer Maßnahmen gebracht werden, der Ordnungspflichtige soll sich nicht durch simple Privatrechtsgestaltung seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten entziehen können. Allerdings muss die Behörde den Bescheid dem Rechtsnachfolger (erneut) bekannt geben, um ihn „vollzugsfähig“ zu machen.<sup>254</sup>

Ist die Verhaltenspflicht nicht höchstpersönlich, geht auch die **Verhaltensstörereigenschaft**, die noch **nicht** durch eine Gefahrenabwehrverfügung konkretisiert ist, auf den Rechtsnachfolger über, ohne dass eine weitere gesetzliche Anordnung notwendig wäre. Denn ab dem Eintritt der Gefahr besteht für den Verhaltensstörer die Pflicht, die Gefahr zu beseitigen bzw. den Schaden einzudämmen, und zwar unabhängig davon, ob gegen ihn bereits eine Ordnungsverfügung ergangen ist. Diese Pflicht ist **rechtsnachfolgefähig**.<sup>255</sup> In diesen Fallgestaltungen sind normalerweise Verhaltensweisen juristischer Personen betroffen. Ist bspw. die X-GmbH in der Vergangenheit wassergefährdend mit ihren Lösungsmitteln umgegangen, tritt die Y-AG, die die X-GmbH übernommen hat, als Rechtsnachfolgerin in die Verhaltensstörerposition ein.

Das BVerwG (BVerwGE 125, 325) hat die in der Lit. unter dem Stichwort Übergangsfähigkeit einer „**abstrakten Gefahr**“ geführte Diskussion für die Praxis erledigt. Im Assessorexamen müssen Sie auch nur bei besonderem Anlass auf die Literaturansicht eingehen, eine Ordnungspflicht bzw. Ordnungsverfügung sei wegen des Vorbehalts des Gesetzes nur übergangsfähig, wenn dies spezialgesetzlich bestimmt sei (wie z.B. teils im Bauordnungsrecht, s. dazu Rn. 13 ff.).

Ist bereits ein **Prozess** gegen die Ordnungsverfügung anhängig, führt ihn der Rechtsvorgänger für seinen Rechtsnachfolger in gesetzlicher Prozessstandschaft fort (§ 173 VwGO, § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO). Der Rechtsnachfolger kann den Prozess auch nach § 173 VwGO, §§ 265 Abs. 2 S. 2, 266 Abs. 1 S. 1 ZPO selbst übernehmen.

#### 4. Nichtstörer

Es gibt Fallgestaltungen, in denen ein Verhaltens- oder Zustandsstörer nicht (rechtszeitig) ermittelbar ist oder in denen diese Störer – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage sind, die Gefahr zu beseitigen. Entgegenstehende private Rechte Dritter reichen nicht (s.u. Rn. 246). Dann muss die Polizei/Ordnungsbehörde die Gefahr grundsätzlich selbst beseitigen. Nur wenn auch das unmöglich ist, also ein **polizeilicher Notstand** eingetreten ist (strenger Maßstab; vorrangig: Amtshilfe), kommt als letztes Mittel die Inanspruchnahme des Nichtstörers in Betracht, also einer Person, die für die Gefahr nicht verantwortlich ist.

**Beachte:** Aufbaumäßig dürfen Sie den Nichtstörer immer nur als Letztes prüfen, sofern die anderen Störer bzw. die Ordnungsbehörde/Polizei zur Gefahrbeseitigung nicht schon auf den ersten Blick ausscheiden.

Der Nichtstörer kann nur in Anspruch genommen werden, wenn die Gefahr nicht nur konkret, sondern auch **gegenwärtig** und **erheblich** ist (Rechtsgut von höherer Bedeutung, Ausnahme: BW, Hmb, MV, Sachs, SH). Außerdem darf er selbst nicht erheblich gefährdet werden. Die Inanspruchnahme des unbeteiligten Nichtstörers ist nur verhältnismäßig, weil ihm ein Ausgleichsanspruch gegen die Ordnungsbehörde zu steht.

9 PoIG	10 PAG	16 ASOG	7 PoIG	7 PoIG	10 SOG	9 SOG	7 SOG	8 SOG	6 PoIG	7 PoIG	6 PoIG	7 PoIG	10 SOG	220 LVwVG	10 PAG

254 Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), D Rn. 124.

255 BVerwGE 125, 325.

## 1. Untersagung eines *erlaubnisfreien* Gewerbes

### I. Ermächtigungsgrundlage: § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

### II. Anwendbarkeit – keine vorrangige Spezialregelung (§ 35 Abs. 8 GewO)

1. Kein durch VA erlaubtes Gewerbe → Aufhebung der Erlaubnis und Schließung nach § 15 Abs. 2 GewO sind spezieller
2. Keine vorrangigen Spezialgesetze, z.B. § 34c GewO, § 15 GaststG, § 3 Abs. 5 GüKG, § 25a PBefG (nicht: § 16 Abs. 3 HandwO)
3. Keine Untersagung aller Arten von Gewerben → § 35 Abs. 1 S. 2 GewO

### III. Formelle Rechtmäßigkeit

1. **Zuständigkeit:** §§ 35 Abs. 7, 155 GewO i.V.m. landesrechtl. Zuständigkeitsnorm
2. **Verfahren:** Anhörung (§ 28 VwVfG)
3. **Form:** Schriftform (soweit landesrechtlich vorgesehen)

### IV. Materielle Rechtmäßigkeit

1. **Gewerbe**
2. Tatsachen, die die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden in Bezug auf dieses Gewerbe darstellen
  - a) Definition Unzuverlässigkeit
  - b) Tatsachen
    - aa) Konkrete Tatsachen aus der Vergangenheit ? bloße Vermutungen
    - bb) Tragfähige Grundlage einer Prognoseentscheidung für die Zukunft
    - cc) Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die gerichtl. Prüfung der Prognose
      - (1) Untersagung = DauerVA → trotz Anfechtungsklage: grundsätzlich letzte mündliche Verhandlung
      - (2) hier Gegenausnahme: Spezialregelung des § 35 Abs. 6 GewO  
→ Tatsachenänderungen nach Erlass der Untersagungsverfügung (z.B. Schuldentilgung) können nur im Wiedergestaltungsverfahren berücksichtigt werden (dort regelmäßige Wartefrist von einem Jahr)
  3. Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der Beschäftigten erforderlich – ja, wenn Schadenseintritt in überschaubarer Zeit zu erwarten
  4. **Rechtsfolge:** Untersagung (gebundene Entscheidung, kein Ermessen)

### V. Zwangsweise Durchsetzung:

Die Untersagung enthält konkludent das Gebot, die Gewerbetätigkeit einzustellen, das mit Zwangsmitteln gem. LVwVG durchgesetzt wird.

z.B. Androhung und spätere Festsetzung von Zwangsgeld; Stilllegung betrieblicher Kfz (unverhältnismäßig, sofern hauptsächlich privat genutzt).

## 7. Teil: Ausländerrecht

Vom Ausländerrecht müssen Sie **keine Einzelheiten** wissen. Zur Prüfungsvorbereitung genügt es, wenn Sie den Regelungsmechanismus überblicken, nach dem das Aufenthaltsrecht funktioniert. Alles Weitere wird sich dem Aufgabentext entnehmen oder durch schlichte Subsumtion der (angegebenen) ausländerrechtlichen Vorschriften bewerkstelligen lassen. Trotzdem sollten Sie die prozessualen Besonderheiten kennen, die immer wieder auftauchen. Von den ausländerrechtlichen Gesetzen ist für Sie nur das **AufenthG** wichtig; das FreizügigkeitsG/EU liegt eher am Rande, das in der Gerichtspraxis sehr bedeutsame Asylrecht können Sie völlig beiseite lassen.

583

### Klausuren im Ausländerrecht

- Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis, insbes. im vorläufigen Rechtsschutz
- – Derzeit eingeschränkt – Abwehr einer Ausweisung, insbes. mit Bezug zur Familie (Art. 6 GG)

Die folgenden **rund 20 Paragrafen** des AufenthG sollten Sie sich einmal ansehen.

584

Norm	Inhalt
§ 2 Abs. 1	Begriffsbestimmung Ausländer
§§ 4, 5	Aufenthaltstitel und dessen allgemeine Erteilungsvoraussetzungen
§§ 6–9	Visum, Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis
§ 11	Einreise- und Aufenthaltsverbot
§§ 16, 18	Aufenthaltserlaubnis zur Ausbildung und zur Beschäftigung
§§ 27–31, jew. nur Abs. 1	Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen
§ 50	Ausreisepflicht bei fehlendem/weggefallenem Aufenthaltstitel
§ 51 Abs. 1	Erlöschen des Aufenthaltstitels
§ 52 Abs. 1 u. 3	Nachträglicher Widerruf des Aufenthaltstitels
§§ 53–55	Ausweisung
§ 71 Abs. 1 u. 2	Behördliche Zuständigkeit
§ 81 Abs. 3 u. 4	Fiktionswirkung des Antrags auf Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels
§ 84	Keine aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen, Wirksamkeit trotz aufschiebender Wirkung

**Hinweis:** Wenn im Folgenden zur besseren Lesbarkeit verkürzt von „Ausländern“ die Rede ist, sind stets die **Nicht-EU-Ausländer** gemeint. Für EU-Ausländer gelten Sonderregeln (s. Rn. 597).

## 1. Abschnitt: Kernwissen

### A. Einreise und Aufenthalt von Ausländern in Deutschland

- 585** Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AufenthG ist **Ausländer**, wer kein Deutscher i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG ist. Jeder Ausländer, der nach Deutschland einreisen und sich hier aufhalten will, benötigt einen sog. **Aufenthaltstitel** (§ 4 Abs. 1 AufenthG), also einen begünstigenden VA (→ Verpflichtungsklage). Er wird in der Form eines Visums, einer Aufenthalts- oder einer Niederlassungserlaubnis erteilt.
- 586** Vor der Einreise nach Deutschland muss der Ausländer bei der deutschen Vertretung (Botschaft/Konsulat) in seinem Heimatland (§ 71 Abs. 1 AufenthG) die Einreiseerlaubnis (**Visum** = VA) beantragen. Die Auslandsvertretung erteilt es, indem sie einen fälschungssicheren Aufkleber im Reisepass anbringt, § 6 AufenthG (→ Verpflichtungsklage gegen den Bund [Auswärtiges Amt]). Das Visum erlaubt die **Einreise** und den **Aufenthalt** im Inland, letzteren normalerweise für drei Monate. Wer ohne Visum (illegal) eingereist ist, kann im Regelfall keine Aufenthaltserlaubnis erhalten, § 5 Abs. 2 AufenthG; er muss wieder ausreisen und mit einem Visum erneut (legal) einreisen. Nur so behält das Visum seine Funktion als Instrument zur Steuerung des Zutritts von Ausländern ins Bundesgebiet. **Transportunternehmen** dürfen Ausländer ohne Einreisepapiere nicht befördern und haften bei Zuwiderhandlung für die Kosten (§§ 63 ff. AufenthG).<sup>715</sup>
- Wenn der Ausländer im Visumsantrag „Verwandtenbesuch“ angibt, nach Einreise aber eine Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung (§ 18 AufenthG) beantragt, verwirkt er den Versagungsgrund des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG. Der **wirkliche Aufenthaltszweck** muss schon im Visumsantrag mitgeteilt werden, damit die Steuerungsfunktion des Visums erhalten bleibt.<sup>716</sup>
- 587** Wer länger in Deutschland bleiben will, muss eine **Aufenthaltsmerkmal** bei der zuständigen Ausländerbehörde (§ 71 AufenthG i.V.m. Landesrecht) beantragen. Die Aufenthaltsmerkmal ist ein VA (→ Verpflichtungsklage gegen die Landesbehörde). Sie wird nach § 7 AufenthG grundsätzlich **befristet** und **zweckgebunden** erteilt. Der Zweck besteht z.B. in Ausbildung/Studium (§§ 16 ff. AufenthG), Erwerbsarbeit (§§ 18 ff. AufenthG), Forschung (§ 20 AufenthG) oder in der Zusammenführung einer Familie (§§ 27 ff. AufenthG). § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG stellt die Erteilung einer Aufenthaltsmerkmal zu anderen Zwecken ins ausländerbehördliche Ermessen. Nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts kann gemäß § 9 AufenthG eine **Niederlassungserlaubnis** erteilt werden, die an **keinen Zweck** mehr gebunden und außerdem **unbefristet** ist.
- 588** Vor Ablauf der befristeten Aufenthaltsmerkmal muss der Ausländer ihre **Verlängerung** beantragen (§ 81 Abs. 1 AufenthG). Es gelten im Prinzip dieselben Voraussetzungen wie bei der Ersterteilung, allerdings mit gewissen Einschränkungen, vgl. § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG.

715 BVerwG ZAR 2018, 37 (EuGH-Vorlage zur Kontrollpflicht an EU-Binnengrenzen).

716 BVerwG NVwZ 2011, 495, 497.