

NVwZ-RR

Rechtsprechungs-

Report

Verwaltungsrecht

Herausgegeben von der
NVwZ-Redaktion

**Neue Entscheidungen
aus den Bereichen:**

Verfassungsrecht und
Verfassungsprozessrecht
Allgemeines Verwaltungsrecht
und Verwaltungsverfahren
Bau- und Planungsrecht
Umweltrecht und Naturschutz
Wirtschafts- und Gewerbe-
recht
Sicherheits- und Ordnungsrecht
Schul-, Hochschul- und
Kulturrecht
Sozial- und Gesundheitsrecht
Recht des öffentlichen Dienstes
Kommunalrecht
Abgabenrecht
Ausländer- und Asylrecht
Verwaltungsprozessrecht



12/2021

15. Juni 2021
34. Jahrgang S. 513–552

Aus dem Inhalt

<i>ThürVerfGH</i> Thüringische Verordnung über Härtefallkommission verfassungskonform	513
<i>OVG Berlin-Brandenburg</i> Entbindung einer ehrenamtlichen Richterin vom Amt	520
<i>VGH Mannheim</i> Anspruch der Wohnungseigentümer auf bauaufsichtliches Einschreiten	524
<i>BVerwG</i> Bewilligung längerer täglicher Arbeitszeiten für Saison- und Kampagnebetriebe	529
<i>VGH Kassel</i> Zurückstellung von der Teilnahme am Grundschul- unterricht	531
<i>BVerwG</i> Ausgleichsanspruch von Feuerwehrbeamten für Bereitschaftsdienst	535
<i>BVerwG</i> Vorläufige Dienstenthebung eines Beamten	540
<i>OVG Berlin-Brandenburg</i> Informationszugang zu Unterlagen der Steuer- verwaltung	546
<i>BVerfG</i> Prüfung völkerrechtlicher Zusicherungen eines Abschiebungszielstaates	548
<i>OVG Münster</i> Weiterleitung einer Rechtsmittelschrift durch unzuständiges Gericht	551



4850202112

Eine neue Perspektive auf das deutsche Verfassungsrecht.



Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz
Handbuch des Verfassungsrechts

2021. LXIII, 1837 Seiten.

In Leinen € 249,-

ISBN 978-3-406-73850-0

Neu im Mai 2021

☰ beck-shop.de/27607444

Grundgesetz im internationalen Kontext

Eine moderne Darstellung des deutschen Verfassungsrechts muss auf die Wechselwirkungen der nationalen Verfassung mit unions-, europa- und völkerrechtlichen Strukturen eingehen. Daher beschreiben die Autorinnen und Autoren das deutsche Verfassungsrecht stets mit Blick auf die **Wertungen ausländischer Rechtsordnungen**. Das neue Werk berücksichtigt alle Schnittstellen und Rangfragen der verschiedenen rechtlichen Ebenen sowie deren gegenseitige Rezeptionen und beachtet dabei die jeweiligen historischen und **institutionellen Gemeinsamkeiten und Unterschiede**. Von großem Interesse sind dabei auch die Beziehungen der nationalen Verfassungsorgane zu den Organen der EU, des Europarats, der NATO, der Vereinten Nationen etc.

Der Inhalt:

- **Grundlagen** (Begriff der Verfassung, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im internationalen Mehrebenensystem, Verfassungsrecht als Ausgleichsordnung, Verfassungsentwicklung und -rechtswissenschaft)
- **Verfassungsprinzipien** (Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat, Bundesstaat)
- **Staatsorganisation** (Staatsangehörigkeit, Regierungssystem, Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung, Verfassungsgerichtsbarkeit)
- **Grundrechte** (Allgemeine Grundrechtslehren, Menschenwürde, persönliche Freiheit, Gleichheit, Kommunikation, Religion, Gewissen, Ehe und Familie, Wirtschaft und Arbeit)
- **Teilordnungen der Verfassung** (Parteien-, Wahl- und Parlamentsverfassung, Finanzverfassung, Medienverfassung, Umweltverfassung, Außen- und Wehrverfassung, Sicherheitsverfassung)

NVwZ-Rechtsprechungs-Report

Verwaltungsrecht

NVwZ-RR

12 2021

Schriftleitung: Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Inhalt

Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht

ThürVerfGH 16. 12. 20 – VerfGH 14/18 Thüringische VO über Härtefallkommission verfassungskonform 513

Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren

OVG Berlin-Bbg. 23. 3. 21 – 4 E 4/21 Entbindung einer ehrenamtlichen Richterin vom Amt 520
VGH Mannheim 5. 2. 21 – 4 S 4274/20 Konkurrenteneilverfahren um Leitungsdienstposten bei der EU (Ls.) 521

Bau- und Planungsrecht

VGH München 20. 1. 21 – 15 CS 20.2892 Ausfertigung eines Vorhaben- und Erschließungsplans 522
VGH Mannheim 24. 2. 21 – 3 S 2373/20 Anspruch der Wohnungseigentümer auf bauaufsichtliches Einschreiten 524

Wirtschafts- und Gewerberecht

BVerwG 3. 2. 21 – 8 C 2/20 Bewilligung längerer täglicher Arbeitszeiten für Saison- und Kampagnebetriebe 529

Schul-, Hochschul- und Kulturrecht

VGH Kassel 10. 12. 20 – 7 B 2572/20 Zurückstellung von der Teilnahme am Grundschulunterricht 531

Sozial- und Gesundheitsrecht

BVerwG 1. 12. 20 – 2 B 38/20 Ausgleichsanspruch von Feuerwehrbeamten für Bereitschaftsdienst 535
BVerwG 11. 12. 20 – 5 C 9/19 Kostenbeitrag für Einkommen aus einer Behinderten-Werkstatt (Ls.) 539
OVG Lüneburg 11. 3. 21 – 13 MN 70/21 Eilverkündung einer Corona-Schutz-VO im Internet (Ls.) 539

Recht des öffentlichen Dienstes

BVerwG 25. 2. 21 – 2 B 69/20 Vorläufige Dienstenthebung eines Beamten 540
OVG Koblenz 18. 1. 21 – 2 B 11504/20 Verbot der Führung der Dienstgeschäfte 543
VGH Mannheim 17. 3. 21 – 4 S 2612/20 Suchpflicht des Dienstherrn zur Verwendung eines schwerbehinderten Beamten (Ls.) 546

Abgabenrecht

OVG Berlin-Bbg. 22. 2.21 – 12 L 53/20 Informationszugang zu Unterlagen der Steuerverwaltung 546

Ausländer- und Asylrecht

BVerfG 3. 3.21 – 2 BvR 1400/20 Prüfung völkerrechtlicher Zusicherungen eines Abschiebungszielstaates 548

Verwaltungsprozessrecht

OVG Münster 12. 1.21 – 18 A 3481/20 Weiterleitung einer Rechtsmittelschrift durch unzuständiges Gericht 551
OVG Lüneburg 17. 3.21 – 1 PS 160/20 Anforderungen an das Zustandekommen eines Prozessvergleichs 552
OVG Lüneburg 6. 4.21 – 1 ME 58/20 Streitwertbestimmung im Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO 552

ISSN 0934-8603

NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht (NVwZ-RR)

Schriftleitung:

Herausgegeben von der NVwZ-Redaktion. Verantwortlich: Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder. Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M., Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a. M., Telefon: (0 69) 75 60 91-26, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.

Verlagsredaktion:

Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder und Olga Parschina.

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das

Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: zweimal monatlich.

Bezugspreise 2021: a) als Beiheftausgabe zur Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht mit Sonderpreisberechnung (s. Impressum NVwZ). – b) als selbstständige Ausgabe jährlich € 369,- (inkl. MwSt.); *Vorzugspreis* NJW-Bezieher jährlich € 309,- (inkl. MwSt.); Einzelheft: € 19,- (inkl. MwSt.). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Versandkosten jeweils zuzüglich.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter:

Telefon: (0 89) 3 81 89-750,
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.
E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: HOLZMANN DRUCK GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2, 86825 Bad Wörishofen.



NVwZ-Rechtsprechungs-Report

Verwaltungsrecht

Neue Entscheidungen aus den Bereichen: Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren, Bau- und Planungsrecht, Umweltrecht und Naturschutz, Wirtschafts- und Gewerberecht, Sicherheits- und Ordnungsrecht, Schul-, Hochschul- und Kulturrecht, Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes, Kommunalrecht, Abgabenrecht, Ausländer- und Asylrecht, Verwaltungsprozessrecht

Schriftleitung: Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

12 2021
Seite 513–552
34. Jahrgang
15. Juni 2021

Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht

Wenn nichts Anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die Sachverhalte sind zum Teil von der Redaktion gekürzt und neu formuliert; Kürzungen in den Entscheidungsgründen werden kenntlich gemacht. Die mit einem * versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

1 Thüringische Verordnung über Härtefallkommission verfassungskonform

ThürVerf Art. 2 I, 44 I, 45, Art. 47 IV, 84, 88 I, 91 IV, 93 I; GG Art. 19 IV 1, 20, 33 II, 80 I, 100 I; AufenthG § 23a

1. Die Thüringer Verordnung über die Härtefallkommission vom 5.1.2005 (GVBl S. 1) in der durch die Verordnung vom 4.4.2017 (GVBl S. 120) geänderten Fassung ist mit der Thüringer Verfassung vereinbar.

2. Die Durchbrechung des parlamentsgesetzlich geregelten Systems der Aufenthaltsgewährung durch die Möglichkeit der Exekutive, auf Ersuchen einer Härtefallkommission eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis „an sich“ nicht vorliegen, bedarf einer parlamentsgesetzlichen Regelung, die mit § 23 a Aufenthaltsgesetz vorliegt.

3. Eine solche Durchbrechung ist mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, solange sie normativ als enge Ausnahme für tatsächlich vorliegende Härtefälle ausgestaltet ist und diesem Ausnahmecharakter in der praktischen Handhabung Rechnung getragen wird.

4. Die Tätigkeit der Härtefallkommission ist mit dem Demokratieprinzip vereinbar, weil sie nicht als Ausübung von Staatsgewalt zu qualifizieren ist und im Übrigen ihre andernfalls erforderliche demokratische Legitimation durch das Letztentscheidungsrecht der obersten Landesbehörde und das Zusammenwirken mehrerer Legitimationsstränge gewährleistet ist.

ThürVerfGH, Urt. v. 16.12.2020 – VerfGH 14/18

Zum Sachverhalt: Gegenstand des Verfahrens ist die Thüringer Verordnung über die Härtefallkommission vom 5.1.2005 (GVBl S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung vom 4.4.2017 (GVBl S. 120) – im Folgenden: Verordnung. Die Ast. des Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle ist die Fraktion der Alternative für Deutschland im Thüringer Landtag. Sie ist der Ansicht, dass die Verordnung mit der Verfassung des Freistaats Thüringen (ThürVerf) unvereinbar und damit nichtig ist. Dies begründet sie insbesondere damit, dass die bundesgesetzliche Ermächtigungsnorm und die Verordnung gegen das Grundgesetz verstießen.

Der *ThürVerfGH* hat den Antrag zurückgewiesen.

Aus den Gründen: [25] B. Der Normenkontrollantrag ist zulässig, aber unbegründet.

[26] I. Der Antrag ist zulässig.

[27] Die Ast. ist als Landtagsfraktion antragsberechtigt (Art. 80 I Nr. 4 ThürVerf iVm § 11 Nr. 4, § 42 ThürVerfGHG). Die angegriffene Verordnung ist zulässiger Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle; nach Art. 80 I Nr. 4 ThürVerf, § 11 Nr. 4, § 42 Nr. 1 ThürVerfGHG kann grundsätzlich jegliches Landesrecht – unabhängig von seinem Rang – tauglicher Antrags- bzw. Prüfungsgegenstand einer abstrakten Normenkontrolle sein, weil zum überprüfbaren Landesrecht sowohl Parlamentsgesetze als auch Rechtsverordnungen, Satzungen und gesetzvertretende Parlamentsbeschlüsse gehören (*ThürVerfGH*, LVerfGE 28, 499 [521] = NJOZ 2017, 1115 Rn. 110 = NVwZ 2017, 1860 Ls.). Der Antrag wurde in der gebotenen Form begründet (vgl. § 18 I 2 ThürVerfGHG). Die Ast. hat zudem dargelegt, dass sie in ihrer Sitzung am 27.4.2018 durch wirksamen Beschluss ihren Bevollmächtigten mit der Durchführung eines Normenkontrollverfahrens beauftragt hat (vgl. zum Erfordernis eines wirksamen Fraktionsbeschlusses: *ThürVerfGH*, LVerfGE 28, 499 [521] = NJOZ 2017, 1115 Rn. 109).

[28] II. Der Antrag ist unbegründet. Die Regelungen der Thüringer Verordnung über die Härtefallkommission wider-

sprechen nicht der Thüringer Verfassung (§ 44 S. 1 Thür-VerfGHG).

[29] 1. Die Prüfungskompetenz des *VerfGH* ist in Bezug auf die Thüringer Verfassung im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens umfassend. Der *VerfGH* überprüft die den Antragsgegenstand bildenden Normen auf ihre Vereinbarkeit mit der Thüringer Verfassung, ohne dabei auf die im Antrag erhobenen Rügen beschränkt zu sein.

[30] Hingegen überprüft der *VerfGH* den Prüfungsgegenstand grundsätzlich weder auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz noch mit einfachem Bundesrecht (*Thür-VerfGH*, LVerfGE 29, 276 [296] = NVwZ-RR 2019, 129 Rn. 144).

[31] a) Allerdings führt das selbstständige Nebeneinander der Verfassungsräume nicht dazu, dass diese bezugslos nebeneinander stehen; vielmehr ist ein grundgesetzliches Einwirken in den landesverfassungsrechtlichen Raum nicht ausgeschlossen (vgl. *BVerfGE* 103, 332 [351] = NVwZ-RR 2002, 81).

[32] Prüfungsmaßstab des *VerfGH* kann zum einen zusätzlich sog hineinwirkendes Bundesverfassungsrecht sein, das als ungeschriebener Bestandteil des Landesverfassungsrechts gilt (vgl. *BVerfGE* 120, 82 [101] = NVwZ 2008, 407 Rn. 94; *BVerfGE* 103, 332 [351 ff.] = NVwZ-RR 2002, 81 Rn. 67, 70 ff.), wie es für Art. 21 I GG anerkannt ist (vgl. *ThürVerfGH*, LVerfGE 17, 511 [515] Rn. 23).

[33] Soweit die Landesverfassung die Vorgaben der Homogenitätsklausel des Art. 28 I GG inkorporiert, bilden außerdem die darin enthaltenen Verfassungsgebote einen vom *VerfGH* zu beachtenden Prüfungsmaßstab (*ThürVerfGH*, LVerfGE 29, 276 [296] = NVwZ-RR 2019, 129 Rn. 147). Zwar handelt es sich bei Art. 28 I GG um eine das Verhältnis der Länder zum Bund betreffende bundesverfassungsrechtliche Verpflichtung, die „nicht in den Ländern, sondern nur für die Länder“ gilt (vgl. *BVerfGE* 1, 208 [236] = BeckRS 1952, 191 und *BVerfGE* 6, 104 [111] = NJW 1957, 379). Die Thüringer Verfassung lässt indes eine Auslegung zu, die dem Homogenitätsgebot des Grundgesetzes in konsistenter Weise Rechnung trägt (*ThürVerfGH*, LVerfGE 29, 276 [296] = NVwZ-RR 2019, 129 Rn. 147). Dies erfolgt insbesondere für die Anforderungen des Art. 28 I 1 GG über die Auslegung von Art. 44 I, 45 und 47 IV ThürVerf (*Thür-VerfGH*, LVerfGE 29, 276 [296] = NVwZ-RR 2019, 129 Rn. 147). Soweit das Grundgesetz dagegen keine zwingenden Vorgaben für das Landesverfassungsrecht vorsieht, bleibt es bei dem Grundsatz, dass das Grundgesetz und das Landesverfassungsrecht autonome Verfassungsräume konstituieren, so dass sich auch die Entscheidungsmaßstäbe des *VerfGH* allein nach der Thüringer Verfassung richten (*Thür-VerfGH*, LVerfGE 29, 276 [296] = NVwZ-RR 2019, 129 Rn. 147).

[34] Schließlich kommt über das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip eine Prüfung von Landesrecht auch am Maßstab des Grundgesetzes oder sonstigen Bundesrechts in Betracht (*BVerfGE* 103, 332 [351 ff.] = NVwZ-RR 2002, 81). Bei der Überprüfung exekutiver Landesnormen, die auf einer bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen – wie im vorliegenden Fall –, ist über das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip sowohl die Möglichkeit eröffnet, die bundesrechtliche Ermächtigungsnorm am Maßstab höherrangigen Bundesrechts einschließlich des Bundesverfassungsrechts zu prüfen als auch die landesrechtliche Verordnung daraufhin zu überprüfen, ob sie sich im Rahmen der bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage hält und mit sonstigem Bundesrecht einschließlich Bundesverfassungsrecht vereinbar ist. Denn der aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 44 I 2 ThürVerf folgende Vorbehalt des Gesetzes, welcher für Rechtsverord-

nungen zusätzlich in Art. 84 I 1 ThürVerf seinen Niederschlag gefunden hat, untersagt dem Ordnungsgeber verfassungsrechtlich, eine Rechtsverordnung zu erlassen, ohne dazu befugt zu sein. Eine Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung setzt jedoch voraus, dass die gesetzliche Ermächtigung ihrerseits gültig ist und die Rechtsverordnung ihrem Inhalt nach den durch die Ermächtigungsnorm gesetzten Rahmen wahr (vgl. zB *BVerfGE* 20, 257 [271] = NJW 1967, 339; *BVerfGE* 23, 208 [228] = BeckRS 1968, 103918; *BVerfGE* 58, 283 [298 f.] = NJW 1982, 373).

[35] b) Andererseits ist aber auch dem selbstständigen Nebeneinander der Verfassungsräume und damit den unterschiedlichen Aufgaben- und Verantwortungsbereichen der Landesverfassungsgerichte und des *BVerfG* hinreichend Rechnung zu tragen. So knüpft die landesverfassungsgerichtliche Prüfung zwar formal an die Vereinbarkeit der Verordnung mit dem landesverfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip an. Damit wird jedoch letztlich Bundesrecht am Maßstab höherrangigen Bundesrechts einschließlich Bundesverfassungsrechts und Landesrecht am Maßstab von Bundesrecht einschließlich Bundesverfassungsrecht gemessen. Das hat Auswirkungen auf die Voraussetzungen, den Umfang und die Folgen einer solchen Prüfung (s. hierzu auch *Möstl*, BayVBl 2018, 659 [670] sowie *BVerfG*, NVwZ-RR 2016, 521 Rn. 54 zur Kontroverse mit dem *BayVerfGH*, der seine Prüfung auf offenkundige und schwerwiegende Verstöße gegen Bundesrecht beschränken will; vgl. hierzu bspw. *BayVerfGH*, NJW-RR 2015, 1290 Rn. 43 und *Entsch. v. 12.6.2017 – Vf. 4-VII-13*, BeckRS 2017, 115468 Rn. 75 f.).

[36] Der *VerfGH* prüft deshalb die Vereinbarkeit der gesetzlichen Ermächtigung mit dem Grundgesetz sowie die Übereinstimmung der Rechtsverordnung mit der gesetzlichen Ermächtigung als Vorfrage. Dies entspricht der Praxis des *BVerfG*, welches in dem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 76 ff. *BVerfGG* bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen ebenfalls als Vorfrage prüft, ob die gesetzliche Ermächtigung ihrerseits gültig ist und ob der Inhalt der Rechtsverordnung in der in Anspruch genommenen gesetzlichen Ermächtigung eine Grundlage findet und von ihr gedeckt wird (*BVerfGE* 106, 1 [12] = NVwZ 2003, 595; stRspr vgl. *BVerfGE* 101, 1 [30] = NJW 1999, 3253; *BVerfGE* 8, 71 = NJW 1958, 1388; *BVerfGE* 2, 307 [320 f.] = NJW 1932, 1177 = NJW 1953, 1177). Außerdem spricht für eine solche Vorprüfung, dass für den *VerfGH* ggf. Vorlagepflichten an das *BVerfG* bestehen können. So sind Landesverfassungsgerichte nach Art. 100 I 1 GG zu einer Vorlage an das *BVerfG* verpflichtet, wenn sie ein formelles Bundesgesetz für bundesverfassungswidrig halten. Sie sind außerdem zu einer solchen Vorlage verpflichtet, wenn sie davon überzeugt sind, dass Landesrecht das Grundgesetz verletzt (Art. 100 I 2 Alt. 1 GG) oder dass ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz unvereinbar ist (Art. 100 I 2 Alt. 2 GG).

[37] c) Das Ergebnis der Prüfung dieser Vorfrage kann unterschiedliche Konsequenzen haben:

[38] Wenn der *VerfGH* zu der Überzeugung gelangt, dass die bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage gegen das Grundgesetz verstößt, hat er die Pflicht zur Vorlage nach Art. 100 I 1 GG an das *BVerfG*; über die Frage der Grundgesetzmäßigkeit eines – formellen – Bundesgesetzes darf er nicht selbst entscheiden (vgl. hierzu auch *BayVerfGH*, NJW-RR 2015, 1290 Rn. 35). Bloße Zweifel an der Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit dem Grundgesetz erlauben und erfordern eine Vorlage nach Art. 100 I 1 GG jedoch nicht (*BVerfGE* 86, 52 [57] = NJW 1992, 2411).

[39] Wenn der *VerfGH* zu dem Ergebnis kommt, dass zwar eine gültige Ermächtigungsgrundlage vorliegt, aber die Verordnung oder einzelne ihrer Regelungen im Widerspruch zur erteilten Ermächtigung und damit zu Bundesrecht stehen, hat er hingegen keine Vorlagepflicht. Der überschießende Wortlaut „Landesrecht“ in Art. 100 I 2 Alt. 1 GG ist dahin gehend teleologisch zu reduzieren, dass die Vorlagepflicht allein hinsichtlich formeller Landesgesetze besteht (vgl. *Dederer* in *Maunz/Dürig*, GG, 90. EL Feb. 2020, Art. 100 GG Rn. 57). Denn der Sinn des Art. 100 I GG ist es, die Überprüfung des parlamentarischen Gesetzgebers beim *BVerfG* zu konzentrieren, während die Kontrolle von Rechtssetzungsakten der Exekutive der allgemeinen richterlichen Zuständigkeit überlassen bleiben kann (*BVerfGE* 1, 283 [292] = NJW 1952, 737). Mangels einer Vorlagepflicht und damit auch eines Überschneidens mit dem Aufgaben- und Verantwortungsbereich des *BVerfG* kann der *ThürVerfGH* eigenständig und abschließend prüfen, ob eine Landesverordnung gegen bundesrechtliche Ermächtigungsvorschriften und damit auch gegen das Rechtsstaatsprinzip der Thüringer Verfassung verstößt.

[40] d) Mangels Entscheidungsrelevanz kann im vorliegenden Fall offenbleiben, ob das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip seine Schutzwirkung dergestalt in den Bereich des Bundesrechts erstreckt, dass jeder formelle oder inhaltliche Verstoß gegen Bundesrecht zugleich als Verletzung der Landesverfassung anzusehen ist (vgl. *BayVerfGH*, NJW-RR 2015, 1290 Rn. 43 und NVwZ-RR 2018, 419 Ls. = BeckRS 2018, 3536 Rn. 38) oder ob es im Falle der Widersprüchlichkeit des Landesrechts zum Regelungskonzept des Bundesgesetzgebers stattdessen einer Würdigung im Einzelfall bedarf, ob die konzeptionellen Widersprüche, einschließlich ihrer Auswirkungen auf die Normadressaten, ein rechtsstaatlich nicht mehr hinnehmbares Ausmaß erreichen und dadurch die Verfassungswidrigkeit bewirken (*ThürVerfGH*, LVerfGE 29, 276 [297] Rn. 149).

[41] 2. Die Verordnung steht mit dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 44 I 2 und Art. 84 I ThürVerf, in Einklang.

[42] a) Die Ermächtigungsgrundlage des § 23 a II 1 AufenthG ist nach der Überzeugung des *VerfGH* mit dem Grundgesetz vereinbar. Einer Vorlage an das *BVerfG* gem. Art. 100 I 1 GG bedarf es deshalb nicht.

§ 23 a II 1 AufenthG ermächtigt die Landesregierungen, mittels Rechtsverordnung eine Härtefallkommission einzurichten und das Verfahren, Ausschlussgründe und qualifizierte Anforderungen an eine Verpflichtungserklärung nach § 23 a I 2 AufenthG einschließlich vom Verpflichtungsgeber zu erfüllender Voraussetzungen zu bestimmen sowie die Anordnungsbefugnis nach § 23 a I 1 AufenthG auf andere Stellen zu übertragen. Innerhalb dieses Rahmens kommt den Landesregierungen ein Gestaltungsspielraum zu. Dieser Spielraum steht sowohl mit dem im Sinne eines Parlamentsvorbehalts zu verstehenden Vorbehalt des Gesetzes als auch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz in Einklang.

aa) § 23 a II 1 AufenthG steht mit dem Parlamentsvorbehalt in Einklang.

[43] Der in Art. 20 III GG verankerte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung umfasst den Vorbehalt des Gesetzes, wonach staatliches Handeln in bestimmten Bereichen eines förmlichen Gesetzes als Grundlage bedarf (*ThürVerfGH*, LVerfGE 16, 593 [640 f.] = NVwZ-RR 2005, 665). Hieraus folgt in Verbindung mit dem in Art. 20 I und II GG normierten Demokratieprinzip, dass das Parlament als unmittelbar demokratisch legitimierter Gesetzgeber bestimmte Gegenstände der Rechtsetzung nicht der Exekutive überlassen darf, sondern selbst über alle wesentlichen Fragen des

Gemeinwesens entscheiden muss (*ThürVerfGH*, LVerfGE 16, 593 [641] Rn. 173).

[44] Der Parlamentsvorbehalt gebietet insbesondere, dass in grundlegenden normativen Bereichen – insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist – die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden (vgl. *BVerfGE* 49, 89 [126] = NJW 1979, 359; *BVerfGE* 83, 130 [142] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.; *BVerfGE* 101, 1 [34] = NJW 1999, 3253). Wesentliche Fragen des Gemeinwesens, deren Regelung dem unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament vorbehalten sind, sind in der Regel solche des grundrechtsrelevanten Bereichs, also solche, die wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind (vgl. *BVerfGE* 47, 46 [79] = NJW 1978, 807; *BVerfGE* 49, 89 [126] = NJW 1979, 359; *BVerfGE* 83, 130 [142] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.; *BVerfGE* 101, 1 [34] = NJW 1999, 3253). Je intensiver sich die Maßnahme auf die Verwirklichung grundrechtlich geschützter rechtlicher und tatsächlicher Freiheit auswirkt, desto höher ist die erforderliche parlamentsgesetzliche Regelungsdichte. Wann es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich letztlich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen (*BVerfGE* 136, 69 [114] = NVwZ 2014, 1219 Rn. 102). Geht es um gesetzliche Vorgaben für Maßnahmen der Binnenorganisation der Verwaltung, gelten hingegen, schon im Hinblick auf die Regelungsautonomie der Landesregierung nach Art. 90 S. 3 ThürVerf, geringere Anforderungen (vgl. auch *Remmert* in *Maunz/Dürig*, GG, 90. EL Feb. 2020, Art. 80 GG Rn. 60).

[45] (1) Wesentlich in diesem Sinne ist im vorliegenden Zusammenhang die Begründung der Möglichkeit, außerhalb des vom Aufenthaltsgesetz normierten Systems der Erteilung von Aufenthaltstiteln (vgl. § 4 AufenthG) eine Aufenthaltserlaubnis (vgl. § 7 AufenthG) zu erteilen.

[46] Das Aufenthaltsgesetz dient der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland, ermöglicht und gestaltet unter bestimmten Maßgaben Zuwanderung und dient der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 I 1–3 AufenthG). Ausländer bedürfen für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich eines Aufenthaltstitels (§ 4 I 1 AufenthG). § 5 AufenthG bestimmt allgemeine Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Die Aufenthaltserlaubnis ist ein befristeter Aufenthaltstitel und wird zu den in den Abschnitten 3–6 des Aufenthaltsgesetzes genannten Aufenthaltswegen erteilt (§ 7 I 1 und 2 AufenthG). Abschnitt 5 regelt den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen. So kann die oberste Landesbehörde aus humanitären Gründen anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 23 I 1 AufenthG). § 25 AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen. Insbesondere kann einem nicht vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange ua dringende humanitäre oder persönliche Gründe seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern (§ 25 IV 1 AufenthG). Eine Aufenthaltserlaubnis kann verlängert werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde (§ 25 IV 2 AufenthG). Einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt

werden, wenn er Opfer bestimmter Straftaten ist (§ 25 IV b AufenthG) oder wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist (§ 25 V AufenthG). Wenn ein Ausländer einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt, ist er grundsätzlich zur Ausreise verpflichtet (§ 50 I AufenthG) und hat das Bundesgebiet unverzüglich oder bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Ausreisefrist zu verlassen (§ 50 II AufenthG). Ist die Ausreisepflicht vollziehbar und eine gewährte Ausreisefrist abgelaufen sowie die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert oder eine Überwachung der Ausreise aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich, ist der Ausländer abzuschicken (§ 58 I 1 AufenthG), sofern nicht die Abschiebung unzulässig (§ 60 AufenthG) oder vorübergehend ausgesetzt ist (§§ 60 a ff. AufenthG).

[47] Dieses System wird durch § 23 a I AufenthG durchbrochen. Diese Norm ermöglicht zum einen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch an vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer. Sie ermöglicht dies zum zweiten ausdrücklich „abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel sowie von den §§ 10 und 11“ und damit außerhalb des gesetzlich angeordneten Regelungssystems für die Erteilung von Aufenthaltstiteln, und zwar – wie ausgeführt – auch außerhalb des gesetzlich angeordneten Systems für die Erteilung von Aufenthaltstiteln aus humanitären und persönlichen Gründen. Und sie ordnet an, dass diese Befugnis zur Aufenthaltsgewährung ausschließlich im öffentlichen Interesse steht und keine eigenen Rechte des Ausländers begründet (§ 23 a I 4 AufenthG).

[48] Diese Durchbrechung des parlamentsgesetzlich geregelten Systems der Aufenthaltsgewährung durch die Möglichkeit der Exekutive, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis „an sich“ nicht vorliegen, tangiert den Vorrang des Gesetzes und den Gewaltenteilungsgrundsatz als Elemente des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG). Eine solche Regelung, die die Rechtsordnung durch ein – nicht einklagbares – Element der Barmherzigkeit in atypischen Einzelfällen ergänzt, ist wesentlich im geschilderten Sinne und bedarf parlamentsgesetzlicher Regelung. Diese parlamentsgesetzliche Regelung liegt mit § 23 a AufenthG aber vor.

[49] (2) Eine solche Durchbrechung ist auch im Übrigen mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, solange sie normativ als enge Ausnahme für tatsächlich vorliegende Härtefälle ausgestaltet ist und diesem Ausnahmecharakter auch in der praktischen Handhabung Rechnung getragen wird.

[50] Die Durchbrechung des parlamentsgesetzlich geregelten Systems der Aufenthaltsgewährung durch die Möglichkeit der Exekutive, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis „an sich“ nicht vorliegen, ist in § 23 a AufenthG als enge Ausnahme ausgestaltet. Nach § 23 a II 4 AufenthG setzt die Entscheidung für ein Härtefallersuchen voraus, dass nach den Feststellungen der Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen. Dieses Erfordernis des Vorliegens dringender humanitärer oder persönlicher Gründe wird ergänzt durch § 23 a I 3 AufenthG, wonach die Annahme eines Härtefalls in der Regel ausgeschlossen ist, wenn der Ausländer Strafta-

ten von erheblichem Gewicht begangen hat oder wenn ein Rückführungstermin bereits konkret feststeht. § 23 a I 3 AufenthG bestätigt, dass die oberste Landesbehörde nach § 23 a I 1 AufenthG zur Anordnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht bereits dann befugt ist, wenn die Härtefallkommission darum ersucht hat. Vielmehr setzt eine solche Anordnung das Bestehen eines Härtefalls voraus, dh das tatsächliche Vorliegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe (vgl. § 23 a II 4 AufenthG). Dies ist von der obersten Landesbehörde in eigener Verantwortung zu prüfen; eine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der Härtefallkommission oder an deren rechtliche Bewertung, dass ein Härtefall vorliegt, besteht mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung nicht. Selbst dann, wenn die oberste Landesbehörde in eigener Verantwortung das Vorliegen eines Härtefalls bejaht, ist sie zur Anordnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur befugt („darf“), nicht verpflichtet.

[51] Eine diesen Ausnahmecharakter verlassende Handhabung der Regelung des § 23 a AufenthG würde das Rechtsstaatsprinzip und wohl auch den Grundsatz der Bundestreue tangieren. Sowohl die Härtefallkommission bei ihrem Ersuchen als auch die oberste Landesbehörde bei ihrer Entscheidung haben dem Ausnahmecharakter Rechnung zu tragen. Insbesondere eine Praxis, welche die Anforderungen negiert, die im Rahmen der parallelen Norm des § 25 IV AufenthG an das Vorliegen dringender humanitärer und persönlicher Gründe gestellt werden, würde dem nicht gerecht. Ein Gradmesser für die Beurteilung der Frage, ob dem Ausnahmecharakter in der praktischen Handhabung Rechnung getragen wird, dürfte die Zahl der nach § 23 a AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnisse und ihre Relation zu anderen aus humanitären und persönlichen Gründen erteilten Aufenthaltserlaubnissen sein. Ob in der gegenwärtigen praktischen Handhabung in Thüringen dem Ausnahmecharakter noch Rechnung getragen wird, bedarf keiner Entscheidung, weil eine diese Grenze überschreitende Handhabung die – überdies bundesrechtliche – normative Regelung nicht „infizieren“ würde.

[52] (3) Nicht wesentlich im Sinne des Parlamentsvorbehalts ist entgegen der Auffassung der Ast. hingegen die Regelung der Besetzung der Härtefallkommission und des Verfahrens, in dem sie vorbereitend für die Entscheidung der obersten Landesbehörde tätig wird.

[53] Die Härtefallkommission ist lediglich ein Gremium, das die oberste Landesbehörde um Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ersuchen und insoweit den Erlass einer Verwaltungsentscheidung durch die oberste Landesbehörde vorbereiten kann. Wer das „Material“ liefert für die Entscheidung der obersten Landesbehörde, wie die Härtefallkommission besetzt wird oder wie sonst das Verfahren abzulaufen hat, ist nicht „wesentlich“, weil es keine grundrechtsrelevanten oder sonstigen wesentlichen Fragestellungen im verfassungsrechtlichen Sinne betrifft. Zwar hat die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht in Deutschland eingeräumt werden kann, durchaus eine verfassungsrechtliche Bedeutung (s. hierzu auch *Schönenbroicher*, ZAR 2004, 351 [356]). Jedoch ist die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, – wie ausgeführt – in § 23 a I AufenthG vom Parlament selbst geregelt und die Befugnis hierzu nicht der Härtefallkommission, sondern der obersten Landesbehörde übertragen.

[54] bb) § 23 a II 1 AufenthG steht auch mit dem Bestimmtheitsgebot in Einklang.

[55] Das Gebot der Klarheit und der Bestimmtheit von Rechtsnormen folgt sowohl aus dem in Art. 20 III GG iVm Art. 28 I 1 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip, aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 I und II GG) und aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG). Art. 80 I

GG ist eine besondere Ausformung dieses Gebots der Klarheit und der Bestimmtheit von Rechtsnormen, indem er regelt, dass der Erlass von Rechtsverordnungen durch die Exekutive nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig ist, welches Inhalt, Zweck und Ausmaß der übertragenen Rechtsetzungsbefugnis bestimmt. Dieses Bestimmtheitsgebot ist – ebenso wie der bereits dargelegte Parlamentsvorbehalt – eine Ausprägung des Wesentlichkeitsgrundsatzes (*ThürVerfGH*, LVerfGE 16, 593 [641] Rn. 173). Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass der Bürger schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennen und vorhersehen kann, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. *BVerfGE* 29, 198 [210] = NJW 1970, 2155 und *BVerfGE* 150, 1 [100 f.] = NVwZ 2018, 1703 = ZD 2018, 578 Rn. 201 f.).

[56] Welche Anforderungen an das Maß der erforderlichen Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind, lässt sich nicht allgemein festlegen (*BVerfGE* 153, 310 [354] = NVwZ-RR 2020, 569 Rn. 102). Zum einen kommt es auf die Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen an; so muss die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird (*BVerfGE* 153, 310 [354] = NVwZ-RR 2020, 569 Rn. 102). Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind hierbei umso höher, je tiefer die Norm in verfassungsrechtlich geschützte Positionen eingreift und je eindeutiger, abgrenzbarer und vorhersehbarer die Materie ist, die sie regelt (vgl. *ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2018, 713 Ls. = BeckRS 2018, 4200 Rn. 165 und Urt. v. 21.5.2014 – VerfGH 13/11, BeckRS 2014, 23563 Rn. 145 mwN). Zum anderen hängen die Anforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Determinierung auch von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist (vgl. *BVerfGE* 56, 1 [13] = NJW 1981, 1311 und *BVerfGE* 150, 1 [102] = NVwZ 2018, 1703 = ZD 2018, 578 Rn. 204). So kann insbesondere die hohe Komplexität des zu regelnden Sachverhalts geringere Anforderungen an die Bestimmtheit rechtfertigen (*ThürVerfGH*, NVwZ-RR 2018, 713 Ls. = BeckRS 2018, 4200 Rn. 165 und NVwZ 2020, 880 Ls. = BeckRS 2020, 687 Rn. 119).

[57] Unter Berücksichtigung der zitierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verstößt der Gestaltungsspielraum, welcher den Landesregierungen durch § 23 a AufenthG bei der Einrichtung von Härtefallkommissionen eingeräumt wird, nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Die Errichtung der Härtefallkommission und die Regelung ihres Verfahrens betrifft – wie dargelegt – keine grundrechtsrelevanten oder sonstigen wesentlichen Fragestellungen im verfassungsrechtlichen Sinne. Erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Determinierung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der übertragenen Befugnis bestehen deshalb nicht.

[58] b) Die Verordnung hält sich im von § 23 a II 1 AufenthG gesetzten Rahmen.

[59] Entgegen der Ansicht der Ast. verstößt die Verordnung nicht gegen das Zitiergebot des Art. 84 I 3 ThürVerf oder des Art. 80 I 3 GG.

[60] Art. 80 I 3 GG ist anwendbar für Verordnungen von Landesregierungen, die – wie hier – aufgrund einer bundesgesetzlichen Ermächtigung erlassen werden; für Verordnungen der Landesregierung aufgrund einer landesgesetzli-

chen Ermächtigung ist hingegen Art. 84 I 3 ThürVerf einschlägig.

[61] Die Rechtsetzung durch die Exekutive bedarf aufgrund des Rechtsstaatsprinzips, des Demokratieprinzips und des Grundsatzes der Gewaltenteilung einer besonderen Ermächtigung durch die Legislative. Mit Blick auf diese sowohl im Grundgesetz als auch in der Thüringer Verfassung verankerten Grundsätze dient das Zitiergebot dem Zweck, die Delegation von Rechtsetzungskompetenz auf die Exekutive in ihren gesetzlichen Grundlagen verständlich und kontrollierbar zu machen (*BVerfGE* 151, 173 [179] = NVwZ 2020, 220 Rn. 17). Der Ordnungsgeber wird zudem durch die Pflicht zur Angabe der Ermächtigungsgrundlage angehalten, sich der Reichweite seiner Rechtsetzungsbefugnis zu vergewissern; Normadressaten und Gerichten wird ermöglicht, zu prüfen, ob der Ordnungsgeber sich bei Erlass der Norm auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen wollte und ob die getroffene Regelung sich im Rahmen der Ermächtigung gehalten hat (vgl. *BVerfGE* 24, 184 [196] = NJW 1969, 33; *BVerfGE* 101, 1 [42] = NJW 1999, 3253). Das Zitiergebot erfordert deshalb, dass die „Rechtsgrundlage“, dh die einzelne Vorschrift des Gesetzes, in welcher die Ermächtigung enthalten ist, und nicht lediglich das ganze Gesetzeswerk, dessen Bestandteil sie ist (*BVerfGE* 151, 173 [179 f.] = NVwZ 2020, 220 Rn. 17), anzugeben ist; Art. 80 I 3 GG enthält – anders als die vorhergehenden Sätze des Abs. 1 – das Wort „Rechtsgrundlage“ und nicht das Wort „Gesetz“.

[62] Hieran gemessen genügt die Verordnung dem Zitiergebot. Sie nennt als Ermächtigungsgrundlage § 23 a II 1 AufenthG, welcher die Ermächtigung der Landesregierung zum Verordnungserlass enthält. Damit ist die Ermächtigung benannt, auf die der Ordnungsgeber sich gestützt hat und auf die allein sich die erlassenen Bestimmungen auch stützen lassen. Für den Ordnungsgeber bestand – anders als von der Ast. vorgetragen – keine Pflicht, darüber hinaus auch § 23 I, und II 2–4 AufenthG zu zitieren, welche keine Ermächtigung enthalten.

[63] Es liegt schließlich kein inhaltlicher Verstoß der Verordnung gegen Bundesrecht dergestalt vor, dass der Ordnungsgeber den durch § 23 a AufenthG gezogenen Rahmen missachtet und Landesrecht ohne Rechtsetzungsbefugnis geschaffen hat. Auch insoweit verstößt die Verordnung nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip.

[64] 3. Die Verordnung ist mit dem Demokratieprinzip, Art. 44 I 2 und Art. 45 ThürVerf, vereinbar.

[65] Der Freistaat Thüringen ist nach Art. 44 I 2 ThürVerf ein demokratischer Rechtsstaat. Nach Art. 45 S. 1 ThürVerf geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Inhaltlich entspricht Art. 45 S. 1 ThürVerf damit den Vorgaben des Art. 20 II GG. Diese Vorgaben des Art. 20 II GG sind im Rahmen seiner Auslegung zu berücksichtigen. Dies folgt nicht zuletzt auch aus der Homogenitätsklausel des Art. 28 I 1 GG.

[66] In die Härtefallkommission werden nach der Konzeption der angegriffenen Verordnung Vertreter von Einrichtungen oder Organisationen, die mit den Angelegenheiten von Ausländern befasst sind, maßgebliche Teile der Bevölkerung repräsentieren oder ein sachdienliches Fachwissen besitzen, als stimmberechtigte Mitglieder einbezogen (s. Begründung zu § 2 I der Thüringer Verordnung über die Härtefallkommission).

[67] a) Das Handeln der Härtefallkommission ist nicht an den Anforderungen des Demokratieprinzips zu messen, weil es nicht als Ausübung von Staatsgewalt iSd Art. 45 S. 1 ThürVerf und Art. 20 II 1 GG zu werten ist.

[68] aa) Das demokratische Prinzip erstreckt sich nicht nur auf bestimmte, sondern auf alle Arten der Ausübung von Staatsgewalt (*BVerfGE* 47, 253 [273] = *NJW* 1978, 1967). Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedarf, jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter anzusehen (vgl. *BVerfGE* 47, 253 [273] = *NJW* 1978, 1967; *BVerfGE* 83, 60 [73] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.; *BVerfGE* 93, 37 [68] = *NVwZ* 1996, 574 = *NJW* 1996, 2149 Ls.; *BVerfGE* 107, 59 [87] = *NVwZ* 2003, 974; *BVerfGE* 135, 155 [221] = *NVwZ* 2014, 646 Rn. 157). Denn Entscheidungen steuern die staatliche Herrschaft und müssen sich daher vom Volk herleiten (*BVerfGE* 83, 60 [73] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Bei einem solchen Handeln mit Entscheidungscharakter ist es unerheblich, ob es unmittelbar außenwirksam ist oder nicht (*BVerfGE* 135, 155 [221] = *NVwZ* 2014, 646 Rn. 157).

[69] Eine Entscheidung ohne Außenwirkung, die dennoch eine Ausübung von Staatsgewalt darstellt, ist dann gegeben, wenn behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung von Amtsaufgaben geschaffen werden (*BVerfGE* 93, 37 [68] = *NVwZ* 1996, 574 = *NJW* 1996, 2149 Ls.; *BVerfGE* 107, 59 [87] = *NVwZ* 2003, 974) oder ein anderer Verwaltungsträger rechtlich verpflichtet ist, die Entscheidung ohne Außenwirkung sodann nach außen umzusetzen (*BVerfGE* 83, 60 [73] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Entscheidungscharakter hat auch die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen; dazu gehört auch die Ausübung von Vorschlagsrechten, wenn ein anderer Verwaltungsträger bei der Ausübung seiner Entscheidungsbefugnisse von ihnen rechtlich abhängig ist (*BVerfGE* 83, 60 [73] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Rein vorbereitende und konsultative Tätigkeiten hingegen stellen grundsätzlich kein demokratisch zu legitimierendes Handeln dar (*BVerfGE* 47, 253 [273] = *NJW* 1978, 1967; *BVerfGE* 83, 60 [74] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Die Tätigkeit von Beiräten oder sonstigen Expertengremien, die mit beratenden Aufgaben befasst sind, ohne Mitbestimmungsbefugnisse zu haben, muss daher nicht auf das Volk zurückgeführt werden und es können in diesem Bereich auch Vertreter gesellschaftlicher Interessen an der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben teilnehmen (*BVerfGE* 83, 60 [74] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Verdichtet sich indes die unverbindliche, bloß beratende Teilhabe an der Verwaltung zu einer Mitentscheidung, so wird staatliche Herrschaft ausgeübt, die stets demokratisch, dh vom Staatsvolk, legitimiert sein muss (*BVerfGE* 83, 60 [73 f.] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.).

[70] bb) Hiernach ist die Tätigkeit der Härtefallkommission nicht als Ausübung von Staatsgewalt zu qualifizieren.

[71] Im vorliegenden Zusammenhang trifft die – unzweifelhaft demokratisch legitimierte – oberste Landesbehörde die verbindliche Entscheidung über das Vorliegen eines Härtefalls und damit über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Das besondere Zusammenspiel zwischen der Kommission und der obersten Landesbehörde ist zwar dadurch gekennzeichnet, dass die oberste Landesbehörde hinsichtlich des „Ob“ ihres Tätigwerdens von dem Ersuchen der Kommission abhängig ist und zudem im Falle eines Ersuchens durch die Kommission eine Entscheidung über dieses Ersuchen treffen muss. Allerdings führt diese besondere Form des Zusammenspiels nicht dazu, dass die Mitwirkung der Kommission ihren Charakter als vorbereitendes, konsultatives und beratendes Handeln – was grundsätzlich kein demokratisch zu legitimierendes Handeln darstellt – verliert. Ihre

Mitwirkung verdichtet sich nicht zu einer Mitentscheidung und dadurch zu einer Ausübung staatlicher Herrschaft.

[72] Eine (Mit-)Entscheidung ist bereits rein begrifflich nur dann anzunehmen, wenn eine Mitwirkungshandlung einen gewissen Intensitäts- und vor allem Verbindlichkeitsgrad hat. Dies ist im Falle der Härtefallkommission nicht gegeben. Die Entscheidungen der obersten Landesbehörde sind zwar ihrem Verfahren nach vom Vorhandensein eines Ersuchens der Kommission abhängig, eine inhaltliche Bindung an dieses Ersuchen der Kommission besteht jedoch – wie ausgeführt – nicht. Die oberste Landesbehörde ist in ihrer Entscheidungsbefugnis auch nicht dergestalt eingeschränkt, dass sie einem von der Kommission an sie gestellten Ersuchen stattzugeben hätte und an die von der Kommission getroffenen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Wertungen gebunden wäre. Vielmehr ist gerade die Letztentscheidung der obersten Landesbehörde und damit eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers („Verantwortungsgrenze“, s. *BVerfGE* 93, 37 [70] = *NVwZ* 1996, 574 = *NJW* 1996, 2149 Ls.) gesichert. Allein dieser Verantwortungsträger übt insoweit legitimationsbedürftige Staatsgewalt aus. Der Umstand, dass ein Ersuchen der Kommission mitursächlich für die spätere Ausübung dieser Staatsgewalt ist, führt nicht dazu, dass es selbst als eine Form der Ausübung von Staatsgewalt anzusehen ist (vgl. *ThürVerfGH*, *LVerfGE* 29, 276 [321] mit Verweis darauf, dass sonst auch allgemein an die Verwaltung gerichtete Anträge als Ausübung von Staatsgewalt qualifiziert werden müssten).

[73] Das Ersuchen der Kommission ist auch kein Vorschlagsrecht mit Entscheidungscharakter (vgl. *BVerfGE* 47, 253 [273] = *NJW* 1978, 1967; *BVerfGE* 83, 60 [73] = *NJW* 1991, 159 = *NVwZ* 1991, 156 Ls.). Zum einen ist das Ersuchen nicht (für einen anderen Verwaltungsträger) bindend; vielmehr darf – und muss – die oberste Landesbehörde von der Einschätzung der Härtefallkommission, im konkreten Fall liege ein Härtefall im Sinne der normierten Voraussetzungen vor, abweichen, wenn sie diese Einschätzung nach eigener Prüfung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht teilt. Außerdem ist die Kommission organisatorisch in die oberste Landesbehörde eingegliedert (§ 1 der Verordnung: „Bei dem für Ausländerrecht zuständigen Ministerium wird eine Härtefallkommission nach § 23 a I AufenthG eingerichtet“); die oberste Landesbehörde ist damit kein „anderer Verwaltungsträger“ im Sinne der zitierten Rechtsprechung des *BVerfG*.

[74] Auch ist die Abhängigkeit der obersten Landesbehörde hinsichtlich des „Ob“ ihres Tätigwerdens von einem Ersuchen der Härtefallkommission normativfaktisch dadurch relativiert, dass der Vorsitzende der Kommission, der Staatssekretär des für Ausländerrecht zuständigen Ministeriums, nach § 4 der Verordnung per Antrag eine Befassung und damit auch Entscheidung der Härtefallkommission über konkrete – aus Sicht des Ministeriums relevante – Einzelfälle veranlassen kann. Die Stellung des Staatssekretärs als Vorsitzender der Härtefallkommission ist im Übrigen auch deshalb von besonderem Gewicht, weil er gem. § 5 II der Verordnung über das Vorliegen eines Ausschlussgrundes für die Befassung der Härtefallkommission nach § 5 I der Verordnung entscheidet. Somit kann die oberste Landesbehörde über den Vorsitzenden der Kommission durchaus Einfluss auf das „Ob“ ihres Tätigwerdens nehmen.

[75] Da sich die Teilhabe der Härtefallkommission nicht zu einer Mitentscheidung verdichtet, wird durch diese auch keine staatliche Herrschaft ausgeübt, die demokratisch legitimiert sein muss (ähnlich auch das *HmbVerfG*, *LVerfGE* 27, 253 [266] Rn. 63: „Insoweit ‚dient“

die Härtefallkommission allenfalls der ‚Vorbereitung‘ einer Entscheidung der obersten Landesbehörde.“).

[76] b) Lediglich angemerkt sei, dass die Verordnung auch dann mit dem Demokratieprinzip vereinbar wäre, wenn man die Tätigkeit der Härtefallkommission als Ausübung von Staatsgewalt qualifizieren würde. Die dann erforderliche hinreichende demokratische Legitimation der Kommission ist zum einen durch das gesetzlich abgesicherte Letztentscheidungsrecht der obersten Landesbehörde und zum anderen durch das Zusammenwirken mehrerer Legitimationsmodi und Legitimationsstränge (funktionelle und institutionelle, organisatorisch-personelle und sachlichinhaltliche Legitimation) gewährleistet.

[77] Diese verschiedenen Legitimationsmodi erlangen nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken Bedeutung und müssen in diesem ein „hinreichendes“ (*BVerfGE* 83, 60 [72] = NJW 1991, 159 = NVwZ 1991, 156 Ls.; *BVerfGE* 93, 37 [66 f.] = NVwZ 1996, 574 = NJW 1996, 2149 Ls.; *BVerfGE* 107, 59 [87] = NVwZ 2003, 974; *BVerfGE* 135, 155 [222] = NVwZ 2014, 646 Rn. 157 = NJW 2014, 764 Ls.; *BVerfGE* 130, 76 [128] = NJW 2012, 1563 Rn. 178 = NVwZ 2012, 1033 Ls.) bzw. „bestimmtes“ (*BVerfGE* 83, 60 [72] = NJW 1991, 159 = NVwZ 1991, 156 Ls.; *BVerfGE* 93, 37 [66 f.] = NVwZ 1996, 574 = NJW 1996, 2149 Ls.; *BVerfGE* 107, 59 [87] = NVwZ 2003, 974; *BVerfGE* 130, 76 [124] = NJW 2012, 1563 Rn. 167 = NVwZ 2012, 1033 Ls.; *BVerfGE* 135, 155 [222] = NVwZ 2014, 646 Rn. 157 = NJW 2014, 764 Ls.) Legitimationsniveau erreichen. Ihre Wechselbezüglichkeit ermöglicht es, dass eine geringere Legitimation über einen Strang durch eine höhere Legitimation über einen anderen Strang ausgeglichen werden kann (*BVerfGE* 130, 76 [124] = NJW 2012, 1563 Rn. 167 = NVwZ 2012, 1033 Ls.). Die Höhe des jeweiligen Legitimationsniveaus kann sowohl zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt als auch zwischen der Gubernative und der Verwaltung im engeren Sinne – als den beiden Erscheinungsformen der exekutiven Gewalt – variieren (*BVerfGE* 83, 60 [72] = NJW 1991, 159 = NVwZ 1991, 156 Ls.; *BVerfGE* 93, 37 [67] = NVwZ 1996, 574 = NJW 1996, 2149 Ls.).

[78] Eine funktionelle und institutionelle Legitimation der Härtefallkommission ist dadurch gegeben, dass sie in das für Ausländerrecht zuständige Ministerium eingegliedert und damit Teil der Verwaltung ist. Die Mitglieder der Kommission werden vom Minister ernannt und erfahren insoweit hinreichende personelle Legitimation, als eine auf das gesamte Volk rückführbare ununterbrochene Ernennungskette gegeben ist. Über diesen starken Strang personeller Legitimation erfährt der schwächer ausgestaltete sachlichinhaltliche Strang der Steuerung des Verwaltungshandelns durch die Gesetze einen Ausgleich und gewährleistet ein insgesamt hinreichendes Legitimationsniveau.

[79] Auch die sachlichinhaltliche Legitimation ist gegeben, da § 23 a AufenthG als eng zu verstehende Ausnahme ausgestaltet ist, die die Entscheidungsspielräume der Bet. von vornherein begrenzt.

[80] c) Da die Härtefallkommission keine – demokratischer Legitimation bedürftige – Staatsgewalt ausübt, bedarf es entgegen der Ansicht der Ast. auch keines gegenläufigen Verantwortungsstranges und damit keiner umfassenden parlamentarischen Kontrolle der Kommission. Abgesehen davon wäre diese dadurch in hinreichendem Maße gewährleistet, dass die Mitglieder der Kommission vom – dem Parlament unmittelbar verantwortlichen – Minister ernannt

werden und dieser auch die nach außen wirksame Letztentscheidung trifft; die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers im Sinne der „Verantwortungsgrenze“, welche das *BVerfG* statuiert (*BVerfGE* 93, 37 [70] = NVwZ 1996, 574 = NJW 1996, 2149 Ls.), ist damit gegeben.

[81] d) Da die Härtefallkommission keine Staatsgewalt ausübt, begegnet auch eine etwaige Besetzung der Kommission mit Nicht-EU-Ausländern von vornherein keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Abgesehen davon ergäbe sich auch hier bei anderer Betrachtung kein anderes Ergebnis: Zwar geht die Staatsgewalt vom Staatsvolk aus; ausgeübt wird sie nach Art. 20 II 2 GG jedoch durch die besonderen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Aus dem Demokratieprinzip ergeben sich keine Anforderungen an die Staatsangehörigkeit der der Exekutive zurechnenden Amtswalter.

[82] 4. Die Verordnung steht schließlich mit verfassungsrechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten in Einklang. Die Ast. geht fehl in ihrer Annahme, dass die Zusammensetzung der Kommission und das Verfahren der Bestellung der Kommissionsmitglieder nach § 2 der Verordnung gegen subjektive Verfassungsrechte verstößt und die Verfassungswidrigkeit der Verordnung insgesamt bewirkt.

[83] a) Die Verordnung ist nicht wegen Verletzung des Art. 33 II GG, der gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt gewährleistet, verfassungswidrig.

[84] Art. 33 II GG ist bereits kein Prüfungsmaßstab im vorliegenden Verfahren. Es handelt sich nicht um in die Thüringer Verfassung hineinwirkendes Bundesverfassungsrecht. Art. 96 ThürVerf regelt zwar Fragen der Rechtsstellung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes; die Thüringer Verfassung enthält jedoch kein dem Art. 33 II GG entsprechendes Pendant (vgl. *ThürVerfGH*, Beschl. v. 7.3.2002 – VerfGH 5/00, BeckRS 2002, 164670 unter B I.). Eine Übertragung der aus Art. 33 II GG folgenden Grundsätze in die Thüringer Landesverfassung ist nicht möglich (*ThürVerfGH*, Beschl. v. 7.3.2002 – VerfGH 5/00 BeckRS 2002, 164670 und Beschl. v. 26.3.2007 – VerfGH 49/06, BeckRS 2007, 22685).

[85] Abgesehen davon handelt es sich bei der Mitgliedschaft und Tätigkeit in der Härtefallkommission – wie ausgeführt – nicht um die Ausübung von Staatsgewalt, so dass die Mitgliedschaft in der Härtefallkommission auch kein öffentliches Amt iSv Art. 33 II GG ist. Damit ist auch der Schutzbereich dieser Verfassungsnorm nicht eröffnet.

[86] b) Die Verordnung verstößt auch nicht gegen die Gewährleistung der religiösweltanschaulichen Neutralität, Art. 33 III 1 GG und Art. 140 GG iVm Art. 136 I, II, III 1 WRV. Unabhängig davon, ob Art. 33 III GG vorliegend überhaupt Prüfungsmaßstab sein kann, verstößt die Regelung zur Zusammensetzung der Kommission in § 2 der Verordnung jedenfalls deshalb nicht gegen das Gebot der Gewährleistung der religiösweltanschaulichen Neutralität nach Art. 33 III 1 GG und Art. 140 GG iVm Art. 136 I, II, III 1 WRV, weil es sich bei der Mitgliedschaft in der Härtefallkommission nicht um die Ausübung eines öffentlichen Amtes handelt und diese Vorschriften es dem Staat nicht verwehren, mit Vertretern der Religionsgesellschaften bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu kooperieren.

[87] c) Die Regelung zur Zusammensetzung der Kommission in § 2 der Verordnung verstößt auch nicht deshalb gegen Art. 2 I ThürVerf, weil lediglich die aufgeführten In-

stitutionen Vertreter als Mitglied der Kommission vorschlagen und entsenden können und sich damit niemand um eine Mitgliedschaft in der Kommission bewerben kann, der nicht von den genannten Institutionen vorgeschlagen wurde, und auch keine andere Institution Vorschläge unterbreiten kann.

[88] Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. nur *BVerfGE* 95, 267 [316 f.] = NJW 1997, 1975 = NVwZ 1997, 885 Ls.). So nimmt das *BVerfG* bei Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber von geringer Intensität – insbesondere bei der Ungleichbehandlung von Sachverhalten – eine Willkürkontrolle vor; eine Ungleichbehandlung ist dann willkürlich, wenn sich kein sachlicher Grund für diese finden lässt (*BVerfGE* 9, 334 [337] = NJW 1959, 1627). Bei einer Ungleichbehandlung von größerer Intensität – insbesondere die Verschiedenbehandlung von Personen und Personengruppen – unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Bindung; eine Ungleichbehandlung ist in einem solchen Fall dann gerechtfertigt, wenn Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. *BVerfGE* 55, 72 [88] = NJW 1981, 271). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind zudem umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. *BVerfGE* 60, 123 [134] = NJW 1982, 2061 und *BVerfGE* 82, 126 [146] = NJW 1990, 2246).

[89] Unabhängig davon, ob durch die Regelung des § 2 der Verordnung überhaupt wesentlich Gleiches ungleich behan-

delt wird, lässt sich die Beteiligung von Vertretern verschiedener gesellschaftlicher Gruppen hier unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, dass die Vorbereitung von Entscheidungen, die Aufenthaltserlaubnisse von Ausländern betreffen, möglichst aufgrund einer pluralistischen Meinungsbildung (vgl. *BVerfGE* 83, 130 [150] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.) und unter Beteiligung derjenigen Kreise, die für die vorzunehmende Beurteilung besonders qualifiziert und sachnah sind (*BVerfGE* 83, 130 [151] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.), ergehen sollen. Eine Ungleichbehandlung wäre jedenfalls sachlich gerechtfertigt, zumal dem Ordnungsgeber nach § 23 a AufenthG hinsichtlich der Einrichtung und Zusammensetzung der Härtefallkommission ein Gestaltungsspielraum offenstand. Dabei durfte er auch berücksichtigen, dass mit zunehmender Größe die Leistungsfähigkeit eines Gremiums leidet (vgl. hierzu auch *BVerfGE* 83, 130 [151] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.) und auch die Anzahl der in der Härtefallkommission behandelten Fälle nicht ins Uferlose steigen sollte – was den verfassungsrechtlich gebotenen Charakter der Regelung als Ausnahmeregelung gefährdet hätte –, so dass nicht alle denkbaren bedeutsamen Gruppen einbezogen werden konnten. Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber andere bedeutsame Gruppierungen in verfassungsrechtlich zu beanstandender Weise unberücksichtigt gelassen hätte (vgl. *BVerfGE* 83, 130 [151] = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663 Ls.), bestehen nicht.

Anm. d. Schriftlfg.: Die Entscheidung ist mit 8:1 Stimmen ergangen. Von einem Abdruck des ausführlichen Sondervotums von *Baldus* (Rn. 96 bis 141) wird abgesehen. Es ist verfügbar in BeckRS 2020, 35396. – Zur „Besonderen Härte“ im Sinne des BVFG s. *BVerwG*, NVwZ-RR 2019, 340. ■

Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren

2 Entbindung einer ehrenamtlichen Richterin vom Amt

GG Art. 33 IV, 92; VwGO §§ 20 S. 2, 21 I Nr. 3, 24 I Nr. 5

Eine ehrenamtliche Richterin ist auf Antrag der Leitung des VG von ihrem dortigen Ehrenamt zu entbinden, wenn sie in ein anderes Land umzieht.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.3.2021 – 4 E 4/21

Zum Sachverhalt: Auf Antrag der Präsidentin des VG hat das OVG eine ehrenamtliche Richterin bei dem VG Berlin von ihrem Amt entbunden.

Aus den Gründen: [1] Die ehrenamtliche Richterin ist auf Antrag der Präsidentin des VG Berlin (§ 24 III 1 Fall 1 VwGO) und nach Anhörung (§ 24 III 2 VwGO) gem. § 24 I Nr. 1, III 1 iVm § 21 I Nr. 3 VwGO von ihrem Ehrenamt zu entbinden, weil sie mit der Verlegung ihres Wohnsitzes nach Hessen nicht mehr zur ehrenamtlichen Richterin im Land Berlin berufen werden könnte. Nach § 21 I Nr. 3 VwGO müssen Personen das Wahlrecht zu den gesetzgebenden Körperschaften des Landes besitzen, um dessen ehrenamtliche

Richterin bzw. ehrenamtlicher Richter werden zu können. Gemäß § 1 I Nr. 2 (§ 1 II) WahlG BE sind wahlberechtigt in der Wahl zum Abgeordnetenhaus nur diejenigen, die seit mindestens drei Monaten ununterbrochen in Berlin ihren Wohnsitz (ihre im Melderegister verzeichnete Hauptwohnung) haben. Das trifft auf die ehrenamtliche Richterin nicht mehr zu. Das hat der Senat bereits in seinem vom Sachverhalt her entsprechenden Beschluss vom 12.11.2015 (OVG 4 E 15/15, BeckRS 2015, 131819) ausgeführt im Einklang mit der Verwaltungsrechtsprechung (OVG Münster, NVwZ-RR 1994, 60; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2002, 552; OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2009, 225 Ls. = BeckRS 2008, 39990; ebenso BeckOK VwGO/Garloff, Stand 1.4.2020, § 21 Rn. 4).

[2] Der Entbindung steht nicht entgegen, dass die von Berlin nach Hessen verzogene ehrenamtliche Richterin für dieses Amt, wie sie schreibt, gerne weiterhin zur Verfügung stehe und folglich nicht selbst den nur ihr möglichen Antrag stellt, wegen Aufgabe ihres Wohnsitzes im Gerichtsbezirk vom Ehrenamt entbunden zu werden (§ 24 I Nr. 5, III 1 Fall 2 VwGO). Diese vom Willen der ehrenamtlichen Richterin abhängige Entbindungsmöglichkeit trägt dem Umstand

Rechnung, dass nach dem Fortzug aus dem Gerichtsbezirk je nach Entfernung vom neuen Wohn- zum Gerichtsort und abhängig von den jeweiligen Verkehrsverbindungen, die in den verschiedenen Regionen Deutschlands sehr unterschiedlich sind, die Ausübung des Ehrenamtes mit großen Unannehmlichkeiten (Zeitaufwand, Wartezeiten beim Umsteigen, Notwendigkeit zu sehr frühem Aufbruch am Morgen und schlechte Anbindung am Abend bei Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel) verbunden sein kann. Die aus dem Gerichtsbezirk fortgezogenen ehrenamtlichen Richterinnen und Richter dürfen selbst entscheiden, ob sie sich das weiter zumuten wollen. Aus demselben Grund und wohl auch zwecks sparsamer Verwendung öffentlicher Mittel (s. § 15 JVEG) „sollen“ sie schon bei ihrer Ernennung ihren Wohnsitz im Gerichtsbezirk haben (§ 20 S. 2 VwGO).

[3] Diese Vorschriften über den Wohnsitz im Gerichtsbezirk geben keine Antwort darauf, welche Folgen ein Fortzug aus dem Bundesland in ein anderes Bundesland oder gar in einen beliebigen anderen Staat der Erde hat. Die Gerichtsbezirke der Mehrzahl der deutschen Verwaltungsgerichte werden nicht durch die Landesgrenzen abgesteckt. Die vom Gesetz gewollte Beziehung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter zum Bundesland stellt § 21 I Nr. 3 VwGO her. Die Verwaltungsgerichtsordnung begnügt sich nicht mit dem Wahlrecht zum Bundestag oder zu einem beliebigen Landesparlament in Deutschland, sondern verlangt das Wahlrecht zur gesetzgebenden Körperschaft desjenigen Landes, das der Person das richterliche Ehrenamt anvertraut. Der Sinn dieser Vorschrift besteht nicht in der Aussonderung derjenigen Personen, denen aus Unwürdigkeit das an sich zustehende Wahlrecht aberkannt wird. Schon nach dem Gesetzeswortlaut geht es nicht um den Ausschluss vom Wahlrecht, sondern um dessen Besitz. Der in § 21 I VwGO eingangs genannte Ausschluss („sind ausgeschlossen“) betrifft nicht das Wahlrecht, sondern das richterliche Ehrenamt. Der Besitz des Wahlrechts zum Abgeordnetenhaus von Berlin knüpft wie gezeigt am Wohnsitz in Berlin an und nicht an der Würdigkeit der Person.

[4] Die den Wortlaut von § 21 I VwGO in dieser Richtung einengende Auslegung in der Literatur (*Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll*, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 21 Rn. 5; *Panzer in Schoch/Schneider*, VwGO, Stand: Juli 2020, § 21 Rn. 6; *Eyermann/Schübel-Pfister*, 15. Aufl. 2019, § 21 Rn. 4; *Ziekow in Sodan/Ziekow* VwGO, 5. Aufl. 2018, § 21 Rn. 8; tendenziell auch *Wysk in Wysk*, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 21 Rn. 4) überzeugt nicht. Zum Teil wird mit der Behauptung, die Regelung über den Wohnsitz im Gerichtsbezirk sei *lex specialis*, der Unterschied zwischen Gerichtsbezirk und Bundesland übersehen. Auch das Argument, in § 21 I VwGO seien systematisch Unwürdigkeitstatbestände zusammengefasst, trägt nicht. Denn die hier interessierende Bestimmung folgte in der ursprünglichen Fassung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. 1960 I, 17) als § 21 I Nr. 4 auf die damalige Nr. 3, wonach Personen vom Ehrenamt ausgeschlossen waren, die durch gerichtliche Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt waren. Ein Konkurs (nunmehr: eine Insolvenz) kann unverschuldet sein und rechtfertigt nicht ohne Weiteres das Urteil, die Person sei unwürdig (vgl. auch § 21 II VwGO).

[5] In der vorherrschenden Kommentierung wird zudem, was der *Senat* für entscheidend hält, der föderale Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit außer Betracht gelassen (in dieser Richtung schon *OVG Münster*, NVwZ-RR 1994, 60: „Bürger dieses Landes“). Die Verwaltungsgerichte bestehen

in den Ländern (§ 2 VwGO) und werden durch die Länder eingerichtet (§ 3 VwGO). Das findet seinen Grund in Art. 92 GG. Danach wird die rechtsprechende Gewalt ua durch die „Gerichte der Länder“ ausgeübt. Das bringt den bereits in der Präambel des Grundgesetzes verdeutlichten Föderalismus („... Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg ... haben in freier Selbstbestimmung ...“) für die Gerichtsbarkeit zum Ausdruck. Die Gerichte der Länder üben Landesstaatsgewalt aus (*Wolff in Hömig/Wolff*, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 92 GG Rn. 6; *Hillgruber in Maunz/Dürig*, GG, Stand: Aug. 2020, Art. 92 Rn. 77). Mit Rücksicht auf den föderativen Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich als Landesgerichtsbarkeit ausgestaltet. Außerdem entscheiden die Verwaltungsgerichte eines Landes über das jeweilige Landesrecht grundsätzlich abschließend (§ 137 I VwGO). Das hat Folgen für die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte: Die Verwaltungsgerichte eines Bundeslandes sollen möglichst nicht über das Recht eines anderen Bundeslandes befinden (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 11.6.1981 – 2 ER 401/81, BeckRS 1981, 31296223). Und das hat die Konsequenz, dass ehrenamtliche Richterinnen und Richter, die nicht Träger der öffentlichen Gewalt in Berlin sind (s. Art. 2 S. 1 der Verfassung: „Träger der öffentlichen Gewalt ist die Gesamtheit der Deutschen, die in Berlin ihren Wohnsitz haben.“), nicht das „Landesvolk“ repräsentieren dürfen, das an der Verwaltungsrechtsprechung des Landes mitwirkt.

[6] Wenn die Berufsrichterinnen und Berufsrichter eines Bundeslandes nicht ihren Wohnsitz in diesem Land haben müssen, so beruht das auf dem Fortfall der früher rechtlich oder faktisch weitgehend bestehenden Residenzpflicht für die Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Im Unterschied zu den ehrenamtlichen sind die professionellen Richterinnen und Richter an das Land durch ein besonderes Treueverhältnis gem. Art. 33 IV GG gebunden.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Entbindung einer beurlaubten ehrenamtlichen Richterin vom Amt s. *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2019, 440; zur Entbindung eines ehrenamtlichen Richters vom Amt s. *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 2011, 348; *OVG Münster*, NVwZ-RR 2014, 445 und NVwZ-RR 2015, 560. ■

3 Konkurrenteneilverfahren um Leitungsdienstposten Länderbeobachter bei der Europäischen Union

1. Im Konkurrenteneilverfahren um den Dienstposten „Leiter/in der Dienststelle Beobachter der Länder bei der Europäischen Union“ (Länderbeobachter) ist das Trägerland (derzeit Baden-Württemberg) analog § 78 I Nr. 1 VwGO als Antragsgegner passivlegitimiert.

2. Für den Erlass eines „Hängebeschlusses“ auf umgehende Rückgängigmachung einer bereits erfolgten Stellenbesetzung bedarf es im Konkurrenteneilverfahren jedenfalls um einen Dienstposten ohne qualifizierte Vorwirkung der Glaubhaftmachung „irreversibler Zustände“ bzw. „schwerer und unabwendbarer Nachteile“ für den Antragsteller.

VGH Mannheim, Beschl. v. 5.2.2021 – 4 S 4274/20

Anm. d. Schriftltg.: Die Entscheidung ist im Volltext veröffentlicht in BeckRS 2021, 1868. – Zur Zwischenentscheidung im beamtenrechtlichen Konkurrenteneilverfahren s. *VGH Kassel*, NVwZ 2017, 1144 mAnm *Stuttman*, NVwZ 2017, 1146; zum Streitwert bei konkurrentenrechtlichen Eilverfahren s. *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 2021, 176. ■

Bau- und Planungsrecht

4 Ausfertigung eines Vorhaben- und Erschließungsplans

BauGB § 12 III, III a; BayGO Art. 26 II 2

Weil der Vorhaben- und Erschließungsplan zum regelnden Inhalt des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zählt (§ 12 III BauGB), gelten für ihn dieselben formellen (landesrechtlichen) Anforderungen an die Ausfertigung wie für die sonstigen regelnden Bestandteile eines Bebauungsplans.

VGH München, Beschl. v. 20.1.2021 – 15 CS 20.2892

Zum Sachverhalt: Die Beigel. zu 2 wandte sich mit ihrer vorliegenden Beschwerde gegen die verwaltungsgerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen eine Baugenehmigung hinsichtlich eines Carports (als noch nicht errichteter Teil einer im Übrigen umgesetzten Baugenehmigung für einen Verbrauchermarkt) auf dem Baugrundstück (FlNr. ... der Gemarkung P ...). Das Baugrundstück liegt im Geltungsbereich des am 20.7.2020 (erneut) als Satzung beschlossenen und am 10.8.2020 bekannt gemachten vorhabenbezogenen Bebauungsplans „SO Einkaufsmarkt an der L.-Straße“. Mit Bescheid vom 11.8.2020 erteilte der Ag. dem Beigel. zu 1 eine Baugenehmigung für das Vorhaben „Errichtung eines Verbrauchermarkts (großflächiger Einzelhandel) mit 69 Pkw-Stellplätzen“. Von der Baugenehmigung ist auch ein Carport umfasst, der auf einer Länge von 15,25 m entlang der östlichen Grenze des Baugrundstücks aus Gründen des Lärmschutzes an eine bestehende Lärmschutzwand angebaut werden soll (Regelung Nr. 2 Buchst. e der Baugenehmigung). Der Ast., dessen mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück (FlNr. ...2) westlich an das Baugrundstück und damit auch unmittelbar an den geplanten Carport sowie an den Geltungsbereich des ausgewiesenen Sondergebiets angrenzt, erhob am 13.8.2020 Klage mit dem Antrag, den Baugenehmigungsbescheid vom 11.8.2020 aufzuheben. Auf den Eilantrag des Ast. ordnete das VG die aufschiebende Wirkung der am 13.8.2020 erhobenen Anfechtungsklage des Ast. (antragsgemäß) begrenzt auf den noch nicht errichteten Carport an.

Die dagegen eingelegte Beschwerde der Beigel. zu 2 wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: [13] II. Die Beschwerde ist unbegründet.

[14] 1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist die Beigel. zu 2 als Standortgemeinde beschwerdebefugt, weil sie in ihrer Planungshoheit und damit in ihren Rechten aus Art. 28 II 1 GG iVm § 2 I 1 BauGB materiell beschwert ist. Auch wenn das VG seine Entscheidung im Eilbeschluss vom 12.11.2020 im Rahmen einer allgemeinen Interessenabwägung getroffen hatte, hatte bei dieser die Frage, ob der am 10.8.2020 bekannt gemachte vorhabenbezogene Bebauungsplan „SO Einkaufsmarkt an der L.-Straße“ wegen eines Ausfertigungsmangels als unwirksam anzusehen ist und deshalb im Rahmen der Entscheidung in der Hauptsache voraussichtlich inzident zu verwerfen ist, entscheidungstragende Bedeutung (vgl. insofern auch zur Beschwerdebefugnis im Berufungszulassungsverfahren im Falle der erstinstanzlichen Inzidentverwerfung eines Bebauungsplans vgl. *BVerwGE* 92, 66 = NVwZ 1994, 265; *VGH München*, Beschl. v. 31.8.2018 – 15 ZB 17.1003, BeckRS 2018, 21861; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 16.6.2010 – 10 N 86.09, BeckRS 2010, 51038; allgemein zum Erfordernis der materiellen Beschwer des Beigel. für die Beschwerdebefugnis vgl. *Rudisile*

in *Schoch/Schneider*, VwGO, Stand: Juli 2020, § 146 Rn. 4). Die Inzidentprüfung des Bebauungsplans dürfte auch Anlass der Beiladung der Standortgemeinde durch das VG im Eil- und Hauptsacheverfahren gewesen sein.

[15] 2. Die Beschwerde hat aber in der Sache keinen Erfolg.

[16] Im Rahmen eines Verfahrens nach § 80 a III iVm § 80 V VwGO trifft das Gericht aufgrund der sich im Zeitpunkt seiner Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts sprechen, oder diejenigen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, höher zu bewerten sind. Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind auch die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. Diese sind ein wesentliches, wenngleich nicht das alleinige Indiz für und gegen den gestellten Antrag. Wird der in der Hauptsache erhobene Rechtsbehelf bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen summarischen Prüfung voraussichtlich erfolgreich sein (weil er zulässig und begründet ist), so wird regelmäßig nur die Anordnung der aufschiebenden Wirkung in Betracht kommen. Wird dagegen der in der Hauptsache erhobene Rechtsbehelf voraussichtlich keinen Erfolg haben (weil er unzulässig oder unbegründet ist), so ist dies ein starkes Indiz für die Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Sind schließlich die Erfolgsaussichten offen, findet eine allgemeine, von den Erfolgsaussichten unabhängige Abwägung der für und gegen den Sofortvollzug sprechenden Interessen statt.

[17] Die von der Beigel. zu 2 in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, auf die die Prüfung im Beschwerdeverfahren beschränkt ist (§ 146 IV 6 VwGO), rechtfertigen keine Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses.

[18] a) Die Ausführungen des VG zu den grundsätzlichen Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Ausfertigung entsprechen denjenigen Anforderungen, die der *Senat* wiederholt aus Art. 26 II 1 BayGO abgeleitet hat.

[19] Bebauungspläne sind Satzungen (§ 10 I BauGB) und als solche nach Art. 26 II 1 BayGO auszufertigen. Dies gebietet das in Art. 20 III GG und Art. 3 I BayVerf verfassungsrechtlich verankerte Rechtsstaatsprinzip, das die Identität der anzuwendenden Norm und ihres Inhalts mit dem vom Normgeber Beschlossenen verlangt. Durch die Ausfertigung wird die Satzung als Originalurkunde hergestellt, die den Willen des Normgebers nach außen wahrnehmbar macht; zudem wird bestätigt und sichergestellt, dass der Inhalt des als Satzung beschlossenen Bebauungsplans mit dem Willen des Gemeinderats übereinstimmt (sog. „Identitätsfunktion“ bzw. „Beurkundungs- und Gewährleistungsfunktion“). Darüberhinausgehende Anforderungen stellt das Bundesrecht nicht; Regelungen über Art, Inhalt und Umfang der Ausfertigung richten sich allein nach Landesrecht. Sind die Regelungen eines Bebauungsplans nicht auf einem Blatt zusammengefasst, sondern finden sich diese auf mehreren, untereinander nicht hinreichend fest verbun-

denen Einzelblättern, genügt der mit Unterschrift des Bürgermeisters versehene Ausfertigungsvermerk auf lediglich einem Einzelblatt grundsätzlich nur dann den Anforderungen des Art. 26 II 1 BayGO für eine wirksame Ausfertigung, wenn alle Einzelblätter des Bebauungsplans mit Regelungsinhalt zusammen mit dem ausgefertigten Blatt des Bebauungsplans durch eine Art „gedanklicher Schnur“ untereinander derart verknüpft sind, dass jeder Zweifel an der Zugehörigkeit der nicht gesondert ausgefertigten Teile zur Gesamtsatzung ausgeschlossen ist. Für den Fall, dass der Bebauungsplan nicht aus einem einzigen Satzungsteil besteht bzw. dass nicht alle Einzelteile resp. Einzelblätter ausgefertigt sind, müssen alle regelnden Teile/Seiten des Bebauungsplans mithin entweder fest miteinander verbunden sein oder es muss auf den ausgefertigten Teilen/Seiten in einer Weise auf die nicht ausgefertigten Bestandteile der Satzung Bezug genommen werden, die jeden Zweifel an der Identität bzw. Zusammengehörigkeit ausschließt (VGH München, Urt. v. 28.4.2017 – 15 N 15.967, BeckRS 2017, 110393 mwN; NVwZ-RR 2017, 953; KommJur 2018, 268 = BeckRS 2018, 10019; Beschl. v. 13.8.2019 – 15 ZB 18.751, BeckRS 2019, 19781).

[20] Die vorgenannte Auslegung des Art. 26 II 1 BayGO wird mit der Beschwerdebegründung nicht grundsätzlich infrage gestellt.

[21] b) Soweit die Beigel. zu 2 mit ihrer Beschwerde die Annahme des VG angreift, wonach im Falle eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans auch der Vorhaben- und Erschließungsplan von der Ausfertigung umfasst sein muss und damit die vorgenannten Anforderungen auch für diesen gelten, folgt hieraus kein Grund für eine vom Erstgericht abweichende Abwägungsentscheidung gem. §§ 80 a III, 80 V VwGO.

[22] Auch die diesbezügliche Rechtsauffassung des VG liegt auf der Linie der Rechtsprechung des *Senats*, der im Rahmen einer Entscheidung über eine Normenkontrolle ausdrücklich klargestellt hat, dass auch für den Vorhaben- und Erschließungsplan – gerade weil dieser gem. § 12 III 1 BauGB inhaltlicher Bestandteil des Bebauungsplans wird – die allgemeinen Anforderungen an die Ausfertigung erfüllt sein müssen und dass für den Fall, dass der Vorhaben- und Erschließungsplan – wie hier – nicht gesondert ausgefertigt und zudem nicht mit dem ausgefertigten Regelungsteil (dort wie auch hier: mit der ausgefertigten Planzeichnung) körperlich fest verbunden ist, eine für die Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans ordnungsgemäße Ausfertigung nur dann vorliegt, wenn zwischen dem ausgefertigten Teil und dem nicht ausgefertigten Vorhaben- und Erschließungsplan eine „gedankliche Schnur“ im oben genannten Sinn besteht (VGH München, KommJur 2018, 268 = BeckRS 2018, 10019; hierzu auch *Thies* – jurisPR-UmwR 10/2018 Anm. 2; OVG Schleswig, Beschl. v. 3.9.2019 – 1 MR 6/17, BeckRS 2019, 19936; OVG Münster, BauR 2016, 772 = BeckRS 2016, 45370; BauR 2018, 198 = BeckRS 2017, 129762; VGH Mannheim, Urt. v. 23.5.2019 – 3 S 2811/17, BeckRS 2019, 12286).

[23] Der *Senat* sieht auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevortrags der Beigel. zu 2 zu § 12 III a BauGB im vorliegenden Eilverfahren nach der hier gebotenen summarischen Prüfung des Sach- und Rechtslage keine Veranlassung, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzurücken. Die bundesrechtliche Regelung des § 12 III a BauGB kann die landesrechtliche Regelung des Art. 26 II 1 BayGO und damit die sich aus der Auslegung des Landesrechts ergebenden Anforderungen an die Ausfertigung kommunaler untergesetzlicher Normen (vgl. insofern *BVerwG*, ZfBR 2018, 796 = BeckRS 2018, 16798 Rn. 6) nicht außer Kraft setzen. Das ist auch nicht Zweck der Regelung. Dem Gesetzgeber ging es mit § 12 III a 1 BauGB darum, die sich aus einer früheren Rechtsprechung des *BVerwG* (vor Geltung des § 12 III a BauGB) ergebende Konsequenz zu vermeiden, dass sich später als notwendig herausstellende Änderungen der beabsichtigten oder schon durchgeführten Bauvorhaben stets eines Verfahrens zur Änderung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans bedurften (BT-Drs. 16/2496, S. 10). Dies hat er dadurch erreicht, dass im Bebauungsplan für den Vorhaben- und Erschließungsplan auch die bauliche Nutzung allgemein festgesetzt werden kann. Zwar bleibt weiterhin nur die Nutzung zulässig, zu der sich der Vorhabenträger verpflichtet hat. Bei einer Änderung des Durchführungsvertrags wird jedoch im Anwendungsbereich des § 12 III a BauGB ohne Änderung des Bebauungsplans die im Durchführungsvertrag nunmehr zugelassene Nutzung zulässig, soweit sie von der allgemein festgesetzten Nutzung umfasst wird. Das soll zu einer flexibleren Einsatzmöglichkeit des Instruments des vorhabenbezogenen Bebauungsplans führen (vgl. *BVerwGE* 157, 315 = NVwZ 2017, 1291 Rn. 17, 18). Unabhängig davon bleibt es aber bei dem Grundsatz, dass es für den *E r l a s s* eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans auch eines Vorhaben- und Erschließungsplans bedarf, der nach § 12 III 1 BauGB zum Bestandteil des vorhabenbezogenen Bebauungsplans wird und der zudem Gegenstand des Durchführungsvertrags ist (vgl. *BVerwG*, NVwZ 2017, 1291 Rn. 27, 28). Weil der Vorhaben- und Erschließungsplan zum regelnden Inhalt des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zählt (§ 12 III BauGB), gelten für ihn dieselben formellen (landesrechtlichen) Anforderungen an die Ausfertigung wie für die sonstigen regelnden Bestandteile eines Bebauungsplans. Soweit § 12 III a BauGB insbesondere über die Regelung seines S. 2 bei einem Änderungsbedarf Vereinfachungen unter Verzicht auf eine aufwändige Änderung des Bebauungsplans im Verfahren der Bauleitplanung ermöglicht und es in der Folge dann auch keiner Ausfertigung (und Bekanntmachung) bedarf, greift diese Regelung erst im Anschluss an einen – vorher im ordnungsgemäßen Verfahren der Bauleitplanung erlassenen, ausgefertigten und bekanntgemachten vorhabenbezogenen Bebauungsplan, für den daher uneingeschränkt die allgemeinen formellen Anforderungen – ua auch diejenigen aus Art. 26 II 1 BayGO – gelten. Dasselbe gilt im Falle von inhaltlichen Änderungen eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans (einschließlich des Vorhaben- und Erschließungsplans) im Wege eines ändernden Satzungsbeschlusses. Auch in diesem Fall gelten die allgemeinen landesrechtlichen Anforderungen an die Ausfertigung als Wirksamkeitsvoraussetzung.

[24] Der *Senat* weist darauf hin, dass im Rahmen der nach §§ 80 a III, 80 V VwGO gebotenen Interessenabwägung je nach den Umständen des Einzelfalls zugunsten des Bauherrn (hier des Beigel. zu 1 eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Baugenehmigung als inopportun zu bewerten sein kann, wenn ein Rechtsfehler, der derzeit für die Rechtswidrigkeit einer streitgegenständlichen Baugenehmigung spricht, mit wenig Aufwand behoben werden kann sowie die Prognose berechtigt ist, dass dieser Fehler bis zum Ende des Hauptsacheverfahrens vom hierfür zuständigen Bet. oder Dritten tatsächlich behoben wird und deswegen dann die Anfechtungsklage ggf. abzuweisen sein wird (vgl. VGH München, NVwZ 2019, 1136 = BayVBl 2019, 485 mwN; Beschl. v. 9.6.2020 – 15 CS 20.901, BeckRS 2020, 14594). Im vorliegenden Fall hat der *Senat* allerdings davon abge-

sehen, bei der eigenen richterlichen Abwägung zu berücksichtigen, dass der vom VG monierte Ausfertigungsmangel seitens der beschwerdeführenden Beigel. zu 2 womöglich problemlos innerhalb kurzer Zeit und damit vor Entscheidung der Hauptsache in einem ergänzenden Verfahren gem. § 214 IV BauGB (ggf. ohne neue Abwägung und ohne neuen Satzungsbeschluss) „geheilt“ werden könnte (vgl. *VGH München*, Urt. v. 28.4.2017 – 15 N 15.967, BeckRS 2017, 110393 mwN). Denn die Beigel. zu 2 als Bf. hat weder im erstinstanzlichen Eilverfahren noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren signalisiert, ein entsprechendes Heilungsverfahren durchführen zu wollen. Insofern kann auch offenbleiben, ob der Bebauungsplan noch an einem anderen Fehler leiden könnte, der dessen Unwirksamkeit begründet.

[25] c) Gegen die fallbezogene Rechtsanwendung des VG hinsichtlich Art. 26 II 1 BayGO im Übrigen – insbesondere hinsichtlich der im angegriffenen Beschluss angenommenen tatsächlich nicht erfüllten Anforderungen des Art. 26 II 1 BayGO in Bezug auf den Vorhaben- und Erschließungsplan (wegen fehlender „gedanklicher Schnur“ zwischen diesem und der ausgefertigten Planzeichnung zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan) – bringt die Beschwerdebegründung nichts vor, so dass der *Senat* insofern wegen § 146 IV 6 VwGO keinen Anlass zur näheren Überprüfung im Beschwerdeverfahren sieht. Ergänzend wird aber darauf hingewiesen, dass auch hinsichtlich der ebenfalls zusammen mit der ausgefertigten Planzeichnung nur lose abgehefteten textlichen Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans („Festsetzungen und Hinweise“, „Fassung 20.7.2020“), die nur vom beauftragten Landschaftsarchitekten, nicht aber vom ersten Bürgermeister unterzeichnet wurden, zu hinterfragen wäre, ob diesbezüglich den Anforderungen an die Ausfertigung genügt wurde.

[26] d) Der *Senat* sieht auch hinsichtlich des Vortrags der Beigel. zu 2, dem Ast. sei die Berufung auf eine Verletzung des Art. 6 BayBauO nach Treu und Glauben abgeschnitten, keinen Anlass zur Abänderung der Abwägungsentscheidung des VG.

[27] Nach Treu und Glauben (entsprechend § 242 BGB) kann sich ein Nachbar (hier: der Ast. bei der Anfechtung einer Baugenehmigung grundsätzlich nur dann nicht mit Erfolg auf die Verletzung des nachbarschützenden Abstandsflächenrechts berufen, wenn auch die Bebauung auf seinem Grundstück nicht den Vorgaben des Art. 6 BayBauO (in der aktuellen Fassung) gegenüber dem Grundstück des Bauherrn (hier des Beigel. zu 1 entspricht, wenn die beidseitigen Abweichungen etwa gleichgewichtig sind und wenn der Ausschluss der Berufungsmöglichkeit auf Art. 6 BayBauO – gemessen am Schutzzweck der Vorschrift – nicht zu schlechthin untragbaren, als Missstand (Art. 3 S. 2 BayBauO) zu qualifizierenden Verhältnissen führt (*VGH München*, Urt. v. 4.2.2011 – 1 BV 08.131, BeckRS 2011, 49735 mwN; *Beschl. v. 13.12.2013 – 15 CS 13.2479*, BeckRS 2014, 45841; vgl. *Molodovsky/Famers/Waldmann*, BayBauO, Stand: Sept. 2020, Art. 6 Rn. 22). Das VG hat im Rahmen seiner Interessenabwägung ausgeführt, dass diesbezügliche Einzelfragen im Hauptsacheverfahren aufzuklären seien, für ein Aussetzungsinteresse des Ast. aber ua spreche, dass der Erfolg der Anfechtungsklage in der Hauptsache möglich erscheine, weil der Vergleichbarkeit eines Abstandsflächenverstößes vorliegend entgegenstehen könnte, dass der Carport mit 15,25 m Länge gegenüber dem Nebengebäude des Ast. mit 10,30 m Länge eine um knapp ein Drittel größere Abstandsflächenverletzung mit sich bringen würde.

[28] Der *Senat* kann mangels ihm vorliegender genauer Höhenmaße des Nebengebäudes des Ast. nicht abschließend beurteilen, ob die Abstandsflächenüberschreitung des streitgegenständlichen Carports auf dem Antragstellergrundstück oder die Abstandsflächenüberschreitung des Nebengebäudes des Ast. auf dem Baugrundstück flächenmäßig gravierender ist (vgl. *VGH München*, Urt. v. 4.2.2011 – 1 BV 08.131, BeckRS 2011, 49735). Jedenfalls hat die Beigel. zu 2 in der Beschwerdebegründung den Erwägungen des VG zur möglicherweise erheblicheren Betroffenheit des Ast. durch den Carport nichts Substanziertes entgegengesetzt, sondern sich lediglich allgemein, ohne auf Quantität und Qualität der gegenseitigen Abstandsflächenverletzungen einzugehen, auf den Hinweis beschränkt, dass auch das Nebengebäude des Ast. die nach Art. 6 BayBauO gebotene Abstandsfläche in Richtung des Baugrundstücks nicht einhalte. Hinzukommt, dass bei Annahme der Unwirksamkeit des Bebauungsplans am Maßstab des Art. 6 BayBauO nicht nur eine Abstandsflächenüberschreitung auf dem Antragstellergrundstück durch den Carport, sondern auch durch das bereits errichtete und von der (umfassend angefochtenen) Baugenehmigung erfasste Hauptgebäude im Raume steht (vgl. insofern den vorangegangenen Beschluss des *Senats* vom 31.8.2018 im Verfahren 15 ZB 17.1003, BeckRS 2018, 21861). Vor diesem Hintergrund dürften die im Fall der Unwirksamkeit des Bebauungsplans gegen Art. 6 BayBauO verstoßenden Abstandsflächenüberschreitungen, die von dem mit Bescheid vom 11.8.2020 genehmigten Gesamtobjekt zulasten des Antragstellergrundstücks gehen, die Abstandsflächenüberschreitungen auf dem Baugrundstück durch das Nebengebäude des Ast. quantitativ und qualitativ deutlich überwiegen. Vor diesem Hintergrund spricht nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage Vieles dafür, dass dem Ast. die Berufung auf eine Verletzung des bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenrechts nicht nach Treu und Glauben verwehrt ist (sollte der Bebauungsplan unwirksam sein).

[29] Schließlich spricht im Rahmen der Interessenabwägung gem. §§ 80 a III, 80 V VwGO für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Nachbar-Anfechtungsklage, dass durch den im vorliegenden Eilverfahren allein streitgegenständlichen Carport eine (bei Unwirksamkeit des Bebauungsplans) anzunehmende Abstandsflächenverletzung durch das bereits bestehende Hauptgebäude im Fall der Errichtung auch des Carports weiter intensiviert würde.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Ausfertigung eines Bebauungsplans s. *BVerwG*, NVwZ-RR 1996, 630, zu den Ermittlungs- und Bewertungsdefiziten bei Aufstellung eines Bebauungsplans s. *VGH München*, NVwZ-RR 2017, 558. ■

5 Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft auf bauaufsichtliches Einschreiten

WEG § 9 a II; BauNVO § 12 IV

1. Die Befugnis, öffentlichrechtliche Nachbaransprüche im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum geltend zu machen, steht nach der Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes der Eigentümergemeinschaft als „geborene“ Ausübungsbefugnis zu. Die anderslautende höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach es sich bei der Geltendmachung öffentlichrechtlicher Nachbaransprüche auch im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum lediglich um eine „gekorene“ Ausübungsbefugnis handelt, ist durch die Gesetzesänderung obsolet geworden.

2. Die Festsetzung von Tiefgaragen nach § 12 IV BauNVO und das hiermit verbundene Verbot oberirdischer Stellplätze ist als

Festsetzung der Art der baulichen Nutzung für einen Grundstückseigentümer im Plangebiet nachbarschützend.

VGH Mannheim, Beschl. v. 24.2.2021 – 3 S 2373/20

Zum Sachverhalt: Die Kl. begehren ein bauaufsichtliches Einschreiten der Bekl. gegen den Beigel. wegen der Nutzung dreier Kraftfahrzeug-Stellplätze. Der Kl. zu 1 ist Eigentümer des zu Wohnzwecken genutzten Anwesens ... (Flst.- Nr. ...) sowie Miteigentümer dreier Eigentumswohnungen in einem Mehrfamilienhaus im ... (Flst.-Nr. ...) im Stadtgebiet der Bekl. Damit ist er zugleich Mitglied der dort bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft „T.-Straße 28 und 30 sowie ...“, der Kl. zu 2. Der Beigel. ist Eigentümer des Anwesens ... (Flst.-Nr. ...). Dort befand sich bis zum Jahr 1990 eine Schreinerei mit Wohnnutzung, die am 1.1.1972 gewerberechtlich angemeldet worden war. Eine baurechtliche Genehmigung ist nicht auffindbar. Nach Stilllegung des Schreinereibetriebs im Jahr 1990 wurde das Grundstück gewerblich nicht mehr genutzt; ob dort weiterhin eine Wohnnutzung stattgefunden hat, ist zwischen den Bet. umstritten. Beim ... handelt es sich um einen Wohnweg in einem Blockinnenbereich, der die T.- und die H.-Straße verbindet. Straßenverkehrsrechtlich ist er als „Verkehrsberuhigter Bereich“ ausgeschildert. Ungefähr in der Mitte weitet sich der Weg zu einem Platz mit Kinderspielplatz (Flst.-Nr. ...). Im Bereich dieses Platzes sind – mit Ausnahme der von dem Beigel. errichteten streitbefangenen oberirdischen Stellplätze – keine oberirdischen Parkmöglichkeiten vorhanden. Der ruhende Verkehr für die Anwesen im Blockinnenbereich wird mithilfe von Tiefgaragen bewältigt, die von den an den Blockrandbereich angrenzenden Straßen angefahren werden können. Die Grundstücke der Kl. und des Beigel. liegen im Geltungsbereich des Bebauungsplans „B1 H.-Straße ...“ der Bekl. vom 25.3.1985, der mit Genehmigung vom 13.5.1985 in Kraft getreten ist. Der Bebauungsplan setzt als Art der baulichen Nutzung ein allgemeines Wohngebiet fest. Unter „B. Planungsrechtliche Festsetzungen gem. § 9 BBauG in Verbindung mit den Vorschriften der BauNVO“ heißt es unter „7. Garagen und Stellplätze (§ 9 BBauG)“:

„Für Neubaumaßnahmen notwendige Stellplätze sind unterirdisch unterzubringen. Über den vorhandenen Bestand hinaus weitere oberirdische Stellplätze in den Blockinnenbereich sind nicht zulässig.“

Der Beigel. reichte am 9.11.2016 im Kennnisgabeverfahren Bauvorlagen bei der Bekl. ein, wonach die Nutzungsänderung einer Gewerbeinheit – der ehemaligen Schreinerei – zur Wohneinheit, die Aufteilung einer Wohneinheit in zwei Wohneinheiten und die Errichtung einer Dachgaube geplant war. In den Bauvorlagen sind drei oberirdische Stellplätze, davon einer im Gebäudeinnern, ausgewiesen.

Im Verfahren der Angrenzerbenachrichtigung erhoben der Kl. zu 1 und die Kl. zu 2 Einwendungen gegen das Bauvorhaben in Bezug auf die vorgesehenen drei Stellplätze. Mit Schreiben vom 29.12.2016 wies die Bekl. die Einwendungen im Wesentlichen mit der Begründung zurück, die Stellplätze genossen Bestandsschutz. Nach Zurückweisung ihres dagegen eingelegten Widerspruchs erhoben die Kl. Klage, der das VG stattgab. Der dagegen erhobene Antrag der Beigel. auf Zulassung der Berufung wurde abgelehnt.

Aus den Gründen: [15] II. Der Antrag ist zulässig, insbesondere rechtzeitig gestellt (vgl. § 124 a IV 1 VwGO) und begründet (vgl. § 124 a IV 4 VwGO); er hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Denn die vom Beigel. dargelegten Gründe (§ 124 a V 2 VwGO) rechtfertigen die Zulassung der Berufung aus dem von ihm allein geltend gemachten Zulassungsgrund des Vorliegens ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des VG (§ 124 II Nr. 1 VwGO) nicht.

[16] Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung iSv § 124 II Nr. 1 VwGO sind gegeben, wenn ein tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten derart infrage gestellt wird, dass ein Erfolg der angestrebten Berufung nach den Erkenntnismöglichkeiten des Zulassungsverfahrens möglich erscheint (vgl. *BVerfG*, NJW

2009, 3642; *VGH Mannheim*, NJW 2012, 2744). Es reicht nicht aus, wenn Zweifel lediglich an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen bestehen, auf welche das Urteil gestützt ist. Diese müssen vielmehr zugleich Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses begründen. Zweifel an der Richtigkeit einzelner Begründungselemente schlagen dann nicht auf das Ergebnis durch, wenn das angefochtene Urteil sich aus anderen Gründen als richtig darstellt (vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2004, 542 Rn. 9; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2015, 731 Ls. = BeckRS 2015, 46909). Das Darlegungsgebot des § 124 a IV 4 VwGO erfordert dabei eine substantiierte Auseinandersetzung mit der erstinstanzlichen Entscheidung (vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2015, 731 Ls. = BeckRS 2015, 46909).

[17] Dabei sind grundsätzlich auch solche Rechtsänderungen zu berücksichtigen, die nach Erlass der angegriffenen Entscheidung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des *VGH* eingetreten sind, sofern sie nach materiellem Recht für die Berufungsentscheidung erheblich sein können. Zwar kann der Ast. nach Ablauf der Darlegungsfrist keine neuen Zulassungsgründe und Rügen anbringen. Das BerGer. kann aber berücksichtigen, ob das angefochtene Urteil sich im Lichte einer inzwischen eingetretenen Rechtsänderung aus anderen Gründen als richtig darstellt und zunächst eventuell bestehende ernstliche Zweifel an seiner Richtigkeit damit beseitigt sind (vgl. zum Ganzen *BVerwG*, NVwZ 2004, 744 = NJW 2004, 2321 Ls.; *VGH Mannheim*, Beschl. v. 2.3.2020 – 11 S 2293/18, BeckRS 2020, 3714; und *VGH Mannheim*, Beschl. v. 20.1.2021 – 3 S 512/20, BeckRS 2021, 1134; *Seibert* in *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., § 124 Rn. 92 ff., 97; *Stuhlfauth* in *Bader ua*, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 124 Rn. 26 ff.).

[18] Nach diesen Maßgaben hat der Zulassungsantrag keinen Erfolg.

[19] 1. Aus dem Vorbringen des Beigel. ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Zulässigkeit der Klagen.

[20] a) Gegen die Annahme einer Klagebefugnis der Kl. zu 2, einer Wohnungseigentümergeinschaft, bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken. Der Zulassungsantrag macht geltend, die Kl. zu 2 sei entgegen der Rechtsauffassung des VG nicht klagebefugt, weil ihr die Ausübungsbefugnis im Hinblick auf die Geltendmachung eines öffentlichrechtlichen Anspruchs auf baurechtliches Einschreiten von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht wirksam übertragen worden sei. Bei dem im Klageverfahren vorgelegten Beschluss habe es sich lediglich um einen Entwurf gehandelt. Die Kl. halten dem entgegen, dass der genannte Beschluss mittlerweile durch die Eigentümerversammlung gefasst worden und es ausreichend sei, wenn die Vergemeinschaftung bis zum Ende der mündlichen Verhandlung vorliege. Auf diese Streitfrage kommt es nach der gegenwärtigen und im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigenden Rechtslage nicht mehr an.

[21] Nach der am 1.12.2020 in Kraft getretenen Neufassung WEG ist es rechtlich nicht mehr zulässig, der Wohnungseigentümergeinschaft die Ausübungsbefugnis öffentlichrechtlicher Ansprüche durch einen Beschluss der Eigentümerversammlung zu übertragen (sog gekorene Ausübungsbefugnis nach § 10 VI 3 zweiter Halbsatz WEG in der bis zum 30.11.2020 geltenden Fassung, im Folgenden: aF). Die Bestimmung des § 10 VI 3 zweiter Halbsatz WEG aF ist aufgehoben; die Nachfolgebestimmung des § 9 a II WEG in der ab 1.12.2020 geltenden Fassung (im Folgenden: WEG nF) enthält keine vergleichbare Regelung mehr. Damit

ist das Konzept der sog „gekorenen“ Ausübungsbefugnis aufgegeben worden (*Hügel/Elzer*, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 2021, § 9 a Rn. 90, 99, 114 f.; *Müller* in BeckOK, WEG, Stand 01.1.21, § 9 a Rn. 105, 111 ff.). Eine Übergangsregelung für laufende Gerichtsverfahren enthält die Neuregelung nicht.

[22] Nach § 9 a II WEG nF übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern. Die erste Alternative der Neuregelung erweitert damit die Ausübungskompetenz der Gemeinschaft auf sämtliche Ansprüche, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben (*Müller* in BeckOK, WEG, Stand 01.1.21, § 9 a Rn. 103). Damit steht die Befugnis, öffentlichrechtliche Nachbaransprüche im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum geltend zu machen, nunmehr der Eigentümergemeinschaft als „geborene“ Ausübungsbefugnis zu (*Hügel/Elzer*, § 9 a Rn. 99; *Müller*, § 9 a Rn. 105). Diese Rechtsauffassung wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung schon zur früheren Rechtslage vertreten (vgl. etwa *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 15.10.2012 – 2 N 111/10, BeckRS 2012, 59139; *VGH München*, Beschl. v. 24.7.2014 – 15 CS 14.949, BeckRS 2014, 55292, und Beschl. v. 24.11.2016 – 1 CS 16.2011, BeckRS 2016, 55754 mwN); die entgegenstehende Rechtsprechung, wonach es sich bei der Geltendmachung öffentlichrechtlicher Nachbaransprüche auch im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum lediglich um eine „gekorene“ Ausübungsbefugnis handele (*BVerwGE* 165, 192 = NVwZ 2019, 1597; *VGH Mannheim*, DVBl 2017, 1506 = BeckRS 2017, 150733), ist durch die Gesetzesänderung obsolet geworden (*Hügel/Elzer*, § 9 a Rn. 90, 99, 114 f.). Auf die umstrittene Frage, ob bei öffentlichrechtlichen Nachbaransprüchen eine einheitliche Rechtsverfolgung für alle Miteigentümer iSd § 10 VI 3 WEG aF (jetzt § 9 a II zweite Alternative WEG nF) erforderlich ist (vgl. hierzu *VGH Mannheim*, DVBl 2017, 1506 = BeckRS 2017, 150733), kommt es mithin nicht mehr an. Es läge auch fern, die Ausübungsbefugnis für öffentlichrechtliche Nachbaransprüche im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum den jeweiligen Miteigentümern zuzuweisen mit der Folge, dass die Gemeinschaft mangels Übertragungsmöglichkeit im Beschlusswege von der Wahrnehmung dieser Rechte auch dann ausgeschlossen wäre, wenn (ausschließlich) das Gemeinschaftseigentum betroffen ist.

[23] Entgegen dem Vorbringen des Zulassungsantrags besteht kein Anlass, bis zur Entscheidung des BGH im Verfahren V ZR 299/19 zuzuwarten, das laut Pressemitteilung Nr. 022/2021 auf den 21.3.2021 terminiert ist. Ausweislich der Pressemitteilung handelt es sich in diesem Verfahren um eine Konstellation, bei der der dortige Kl. als Privatperson aufgrund der geänderten Rechtslage seine Prozessführungsbefugnis zugunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft verlieren würde, wohingegen im vorliegenden Fall die umgekehrte Konstellation besteht. Die Annahme des VG, dass eine Prozessführungs- und Klagebefugnis der Kl. zu 2 besteht, wird durch die Rechtsänderung gestützt; die angegriffene Entscheidung erweist sich somit zumindest aufgrund der geänderten Rechtslage als richtig.

[24] b) Da die Kl. zu 2 gem. § 9 a WEG nF in vollem Umfang rechtsfähig ist und gem. § 9 b WEG neuer Fassung gerichtlich und außergerichtlich durch den Verwalter vertreten wird, greifen auch die insoweit erhobenen Rügen des Beigel. nicht durch. Im Übrigen wurde die Klage beim VG entgegen dem Vorbringen im Zulassungsantrag durch die

Hausverwaltung ersichtlich im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft erhoben.

[25] c) Entgegen der Rechtsauffassung des Beigel. besteht für beide Klagen ein Rechtsschutzbedürfnis.

[26] aa) Der Kl. zu 1 hat mit Schreiben vom 29.11.2016 Einwendungen gegen das Bauvorhaben erhoben. Auch die Kl. zu 2 hat mit Schreiben vom 28.11.2016 Einwendungen vorgebracht. Die Annahme des Beigel., die Kl. zu 2 habe sich im Kenntnisgabeverfahren nicht geäußert, trifft nicht zu.

[27] Zu Recht hat das VG angenommen, die Einwendungsschreiben seien als konkludente Anträge auf baurechtliches Einschreiten zu sehen, worauf sich eine ordnungsgemäßes Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren angeschlossen habe. Die Einwendungsschreiben sind von allen Bet. in diesem Sinne verstanden worden. Die Zurückweisung der Einwendungen mit Schreiben vom 29.11.2016 war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen; zudem hat die Baurechtsbehörde mit Schreiben vom 13./14.3.2017 nochmals klargestellt, dass ein baurechtliches Einschreiten abgelehnt werde. Hiervon sind auch die Kl. und das Regierungspräsidium Freiburg ausgegangen, wie die Durchführung des Widerspruchsverfahrens zeigt. Da der Anspruch der Kl. auf baurechtliches Einschreiten in der Sache geprüft worden ist, wäre es ein bloßer Formalismus, erst die Behandlung der Einwendungen und nach rechtskräftigem Abschluss dieses Verfahrens in einem zweiten Schritt nochmals einen ausdrücklichen Antrag auf Einschreiten zu verlangen.

[28] bb) Wenn der Zulassungsantrag geltend macht, ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe schon deshalb nicht, weil kein Anspruch auf baurechtliches Einschreiten bestehe, verkennt er, dass das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nur dann entfällt, wenn die Inanspruchnahme der Gerichte unnötig oder rechtsmissbräuchlich ist; dies ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände der Fall (vgl. im Einzelnen v. *Albedyll* in *Bader/Funke-Kaiser* ua, VwGO, Kommentar, 7. Aufl., vor §§ 40 ff. Rn. 24). Ob der geltend gemachte Anspruch in der Sache besteht, ist hingegen eine Frage der Begründetheit. Vorliegend sind keine besonderen Umstände dafür dargelegt oder sonst ersichtlich, dass das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ausnahmsweise fehlen könnte, zumal – wie ausgeführt – von einer konkludenten vorherigen Antragstellung auszugehen ist.

[29] 2. Auch die Erwägungen des VG zur Begründetheit der Klage werden vom Zulassungsantrag nicht schlüssig infrage gestellt.

[30] a) Der Beigel. macht geltend, das VG sei zu Unrecht von der Ermächtigungsgrundlage des § 65 I 2 BWBauO ausgegangen; da die Stellplätze wohl genehmigt seien, könne ein bauaufsichtliches Einschreiten nur auf § 58 VI BWBauO gestützt werden.

[31] Dieser Einwand geht fehl. Die Kl. begehren vorliegend nicht, dass die Bauaufsichtsbehörde nachträgliche Anforderungen an ein genehmigtes und damit grundsätzlich nutzbares Bauvorhaben stellt; vielmehr bestreiten sie die formelle und materielle Baurechtmäßigkeit der Stellplätze als solche und begehren auf dieser Grundlage eine Untersagung der Nutzung. Hierfür ist § 65 I 2 BWBauO die einschlägige und insoweit speziellere Ermächtigungsgrundlage.

[32] b) Der Senat geht mit dem VG davon aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 65 I 2 BWBauO vorliegen. Die Nutzung der Stellplätze verstößt entgegen der Auffassung des Beigel. gegen Nr. 7 der textlichen Festsetzun-

gen des Bebauungsplans „B1 H.-Straße ...“. Danach sind für Neubaumaßnahmen notwendige Stellplätze unterirdisch unterzubringen und weitere oberirdische Stellplätze über den vorhandenen Bestand hinaus in den Blockinnenbereich nicht zulässig.

[33] aa) Ein Bestandsschutz im baurechtlichen Sinne ist für die streitgegenständlichen Stellplätze nicht nachweisbar; verbleibende Zweifel gehen zulasten des Beigel.

[34] Eine Baugenehmigung liegt nicht vor oder ist zumindest nicht mehr auffindbar. Geht man zugunsten des Beigel. davon aus, dass die Stellplätze im Rahmen der gewerblichen Nutzung des Hauptgebäudes als Schreinerei baurechtlich genehmigt worden sind und tatsächlich vorhanden waren, ist ein baurechtlicher Bestandsschutz mit der Aufgabe der Hauptnutzung untergegangen. Bestandsschutz genießt grundsätzlich nur die nach Art und Umfang unveränderte rechtmäßige Nutzung (*BVerwG*, Beschl. v. 9.9.2002 – 4 B 52/02, BeckRS 2002, 24064; NVwZ 1989, 667 = NJW 1989, 2767 Ls.; *VGH Mannheim*, Urt. v. 9.11.2020 – 3 S 2590/18, BeckRS 2020, 32656). Der Betrieb der Schreinerei wurde 1990 eingestellt. Unabhängig von der Dauer der Nutzungsunterbrechung ist der Bestandsschutz spätestens mit der Kenntnisgabe der Änderung der gewerblichen Nutzung in eine Wohnnutzung erloschen. Die gewerbliche Nutzung wurde damit auf Dauer aufgegeben. Wie das VG im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat, ist damit auch der Bestandsschutz für die gewerblich genutzten unselbstständigen Nebenanlagen erloschen.

[35] Ob Stellplätze auch im Hinblick auf die Wohnnutzung genehmigt worden waren und die Wohnnutzung im Sinne einer dauerhaften Aufgabe unterbrochen worden war, ist nach Aktenlage nicht mehr aufklärbar. In den Akten finden sich aber Anhaltspunkte dafür, dass sowohl während des Betriebs der Schreinerei als auch – zumindest zeitweise – nach der Betriebsaufgabe eine untergeordnete Wohnnutzung im Hauptgebäude stattgefunden hat. Gleichwohl ist ein Bestandsschutz für die Stellplätze im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans nicht erkennbar. Hiergegen spricht zunächst, dass die Stellplätze, von deren Bestandsschutz die Plangeberin ausging, im zeichnerischen Teil des Bebauungsplans mit „St“ nachrichtlich ausgewiesen sind; Gleiches gilt für die vorhandenen Garagen. Auf dem streitgegenständlichen Grundstück der ehemaligen Schreinerei findet sich keine solche Eintragung; vielmehr werden die betroffenen Grundstücksflächen nur allgemein als Nebenanlagen gekennzeichnet. Auch nach den bei den Akten befindlichen Katasterausügen und Lageplänen erscheint eine Nutzung der umstrittenen Flächen als Stellplatz eher fernliegend. Im Hinblick auf den an der Südgrenze des Baugrundstücks gelegenen Stellplatz im Gebäudeinneren fällt auf, dass dieser Gebäudeteil als Werkstatt und nicht als Garage gekennzeichnet ist. Zwar können in einer Werkstatt unter Umständen auch Fahrzeuge abgestellt werden, allerdings werden an anderer Stelle desselben Katasterauszugs Garagen ausdrücklich ausgewiesen. Darüber hinaus ergibt sich aus den älteren Katasterausügen, dass eine Zufahrt zu den heute südlich und östlich des Grundstücks befindlichen Stellplätzen nach der vor Inkrafttreten des Bebauungsplans gegebenen baulichen Situation kaum praktikabel gewesen wäre und daher sehr unwahrscheinlich erscheint. Die heutigen Stellplätze befinden sich im rückwärtigen, von der T.-Straße abgewandten Bereich; das Betriebsgebäude der ehemaligen Schreinerei wurde aber ursprünglich ersichtlich über die nördlich gelegene T.-Straße erschlossen. Diese Annahme wird auch durch die frühere Hausnummer des An-

wesens „T.-Straße 26“ gestützt, die sich ebenfalls aus den Katasterausügen ergibt. Der heutige Wohnweg, der nunmehr eine Zufahrt zu den umstrittenen Stellplätzen ermöglicht, bestand hingegen bei Inkrafttreten des Bebauungsplans noch nicht. Eine Zufahrt zu den heutigen Stellplätzen hätte darüber hinaus wohl auch die Inanspruchnahme fremder Grundstücke erfordert. Auch aus dem Vorbringen des Beigel., dass die Zufahrtsproblematik erst durch die Schließung der Blockrandbebauung entlang der T.-Straße entstanden sei, lässt sich schließen, dass früher eine Zufahrt über die T.-Straße erfolgte.

[36] Die bei den Akten befindlichen Lichtbilder widerlegen diese Einschätzung nicht, weil sie nach dem Vortrag der Bekl. erst nach dem Inkrafttreten des Bebauungsplans erstellt worden sind. Sie zeigen zwar eine asphaltierte Fläche an der Ostgrenze des Baugrundstücks, auf der sich heute zwei der Stellplätze befinden dürften, können aber über die baurechtliche Genehmigungslage und einen eventuellen Bestandsschutz keine verlässliche Aussage treffen.

[37] Die verbleibenden Unklarheiten gehen zulasten des Beigel. Denn wenn es nicht gelingt, das Vorliegen der Voraussetzungen des Bestandsschutzes nachzuweisen, geht dies zulasten dessen, der sich hierauf beruft (*BVerwG*, NJW 1980, 252; *VGH Mannheim*, Urt. v. 9.11.2020 – 3 S 2590/18, BeckRS 2020, 32656; *VGH Kassel*, Beschl. v. 15.5.2018 – 3 A 395/15, BeckRS 2018, 14720 mwN; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 15.5.2020 – 2 S 17/20, BeckRS 2020, 9661).

[38] bb) Es handelt sich bei der Baumaßnahme des Beigel. auch um eine Neubaumaßnahme im Sinne d. Nr. 7 der textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans. Der Einwand des Zulassungsantrags, dass die Regelungen des Bebauungsplans zu unterirdischen Stellplätzen auf das Grundstück der ehemaligen Schreinerei erst dann Anwendung finden sollten, wenn die geplante Wohnbebauung und der Anschluss an eine Tiefgarage verwirklicht worden sei, geht fehl.

[39] Entgegen dem Vortrag des Beigel. spricht der Bebauungsplan nicht von „Neubau“, sondern von den für Neubaumaßnahmen erforderlichen Stellplätzen; diese sollen mit Ausnahme der im Bestand vorhandenen Stellplätze unterirdisch untergebracht werden. Aus Wortlaut und Systematik des Bebauungsplans wird deutlich, dass nicht nur diejenigen Stellplätze oberirdisch unzulässig sind, die infolge der Neuerrichtung eines Gebäudes nach vorherigem Abriss erforderlich werden; der Bebauungsplan erfasst vielmehr alle baulichen Maßnahmen, in deren Folge neuer Stellplatzbedarf entsteht. Nach Sinn und Zweck der Regelung ist es auch unerheblich, ob die Vorhaltung von Stellplätzen bauordnungsrechtlich vorgeschrieben ist oder ob sie nur nach der Vorstellung des Bauherrn erforderlich sind. Lediglich die im Bebauungsplan als Bestand gekennzeichneten Stellplätze und Garagen sollen noch oberirdisch zulässig bleiben; die streitgegenständlichen Stellplätze sind aber wie dargelegt nicht als Bestand ausgewiesen.

[40] Etwas Anderes folgt auch nicht aus der in der Planbegründung angesprochenen Übergangslösung, die erkennbar an den Betrieb der Schreinerei anknüpft. Die Plangeberin ging ausweislich der Planbegründung davon aus, dass der Betriebsstandort im Blockinnern in absehbarer Zeit aufgegeben wird und für eine Übergangszeit eine verkehrsrechtliche Ausnahmeregelung in Betracht kommt. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass die Plangeberin den Festsetzungen zum Wohnweg als fußläufige Verbindung und dem Verbot oberirdischer Stellplätze Verbindlichkeit auch für das

Grundstück des Beigel. beigemessen hat. Die bauplanungsrechtlichen Bestimmungen des Bebauungsplans können nicht als verkehrsrechtliche Regelung oder gar als Erlaubnis zum Befahren des Wohnwegs ausgelegt werden; hierauf hat auch die Bekl. zutreffend hingewiesen. Darauf, dass das Grundstück bei Neubaumaßnahmen mit neuem Stellplatzbedarf nach den Vorstellungen der Plangeberin nicht über den Wohnweg, sondern (weiterhin) über die T.-Straße erschlossen werden sollte, weist auch Nr. 5.4 der Planbegründung sowie die von dem Grundstück Flst.-Nr. 8997 übernommene Baulast hin, wonach eine Tiefgaragendurchfahrt von der T.-Straße zum Grundstück des Beigel. vorzusehen ist.

[41] Es kann nach alledem nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Festsetzungen des Bebauungsplans zu den Stellplätzen erst dann Geltung beimessen, wenn eine Tiefgarage auf dem Grundstück des Beigel. im Zuge eines Neubaus tatsächlich errichtet worden ist; vielmehr begründet der Bebauungsplan gerade die Verpflichtung, neu erforderlich werdende Stellplätze unterirdisch unterzubringen.

[42] c) Auch die Rechtsauffassung des VG, dass die Kl. einen Anspruch auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde haben, hat der Zulassungsantrag nicht schlüssig infrage gestellt.

[43] aa) Die Kl. können sich auf einen Verstoß gegen die maßgeblichen Festsetzungen des Bebauungsplans zum Verbot oberirdischer Stellplätze berufen, weil diese nachbarschützend sind.

[44] Die Festsetzung von Tiefgaragen und der Ausschluss von Stellplätzen im Erdgeschoss finden ihre Rechtsgrundlage in § 12 IV 2 BauGB. Danach kann im Bebauungsplan, wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen (§ 9 III BauGB), festgesetzt werden, dass in bestimmten Geschossen nur Stellplätze oder Garagen und zugehörige Nebeneinrichtungen (Garagengeschosse) zulässig sind. Eine Festsetzung nach S. 1 kann auch für Geschosse unterhalb der Geländeoberfläche getroffen werden. Bei Festsetzungen nach den Sätzen 1 und 2 sind Stellplätze und Garagen auf dem Grundstück nur in den festgesetzten Geschossen zulässig, soweit der Bebauungsplan nichts Anderes bestimmt.

[45] Diese Festsetzungen sind drittschützend. Die Vorschriften des § 12 I bis III über die Zulässigkeit von Stellplätzen und Garagen in den Baugebieten werden mit der Festsetzung eines Baugebiets Bestandteil des Bebauungsplans (§ 1 III 2 BauNVO) und gewähren als Regelungen über die Art der baulichen Nutzung kraft Bundesrechts Nachbarschutz (*Stock* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, 139. EL Aug. 2020, BauNVO § 12 Rn. 130). Modifiziert die Gemeinde das Zulässigkeitsmodell des § 12 I–III BauNVO auf der Grundlage des § 12 IV BauNVO, entfaltet auch diese Regelung der Art der baulichen Nutzung nachbarschützende Wirkung. Werden in einem Baugebiet nach Maßgabe des § 12 IV BauNVO nur Tiefgaragen zugelassen und abweichende Regelungen nicht getroffen, kann sich deshalb ein im Baugebiet ansässiger Eigentümer unter Berufung auf die Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung gegen die rechtswidrige Zulassung einer oberirdischen Garage oder eines Stellplatzes wenden, und zwar unabhängig davon, ob er tatsächlich nachteilig von den Stellplätzen betroffen wird (zum Ganzen *Stock*, § 12 BauNVO Rn. 130 ff., 134; *Stock* in *König/Roeser/Stock*, Baunutzungsverordnung, 4. Aufl. 2019, § 12 Rn. 47 f.; BeckOK, BauNVO/Otto, Stand 15.12. 2020, § 12 Rn. 16).

[46] Dieser bauplanungsrechtliche Nachbarschutz beruht auf dem Gedanken eines wechselseitigen Austauschverhältnisses. Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in einem Plangebiet in dessen Ausnutzung öffentlichrechtlichen Beschränkungen unterliegt, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen. Insbesondere die Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung verbinden die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft; die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen, dass auch die anderen Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind. Damit bestimmen die Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung zugleich den Inhalt des Grundeigentums (vgl. zum Ganzen *BVerwGE* 94, 151 = *NJW* 1994, 1546 = *NVwZ* 1994, 783 Ls. [zu § 12 II BauNVO]; *BVerwGE* 82, 61 [75] = *NVwZ* 1989, 1163; *Stock*, § 12 BauNVO Rn. 130 ff.).

[47] Das VG hat im Einzelnen überzeugend dargelegt, dass auch im vorliegenden Fall ein nachbarschaftliches Austauschverhältnis begründet wurde. Maßgebliches Ziel des Bebauungsplans war es, den Blockinnenbereich zur Verbesserung der Wohnqualität im Interesse der dortigen Anwohner von fließendem und ruhendem Verkehr freizuhalten. Die im Baugebiet ansässigen Eigentümer haben mit hohem Aufwand unterirdische Stellplätze errichtet; sie können daher beanspruchen, dass auch andere Bauherren auf oberirdische Stellplätze verzichten.

[48] bb) Auch die Rechtsauffassung des VG, dass das Ermessen der Behörde „auf Null“ reduziert ist, sich mithin zu einer Pflicht zum Einschreiten verdichtet hat, wird nicht mit schlüssigen Erwägungen infrage gestellt.

[49] Verstößt eine bauliche Anlage gegen eine drittschützende Vorschrift, die unzumutbare Beeinträchtigungen verbietet oder dem drittschützenden Rücksichtnahmegebot dient, ist die Baurechtsbehörde auf Antrag des Dritten in der Regel zum Einschreiten verpflichtet, es sei denn, es stünden ihr sachliche Gründe für eine Untätigkeit zur Seite (*VGH Mannheim*, *NVwZ-RR* 2008, 162; *VBIBW* 1992, 148; *VGH Mannheim*, *NVwZ-RR* 2014, 917 Ls. = *BeckRS* 2014, 52773, und *VBIBW* 2003, 470 = *BeckRS* 2003, 22400). Das VG hat eingehend und überzeugend dargelegt, dass diese Voraussetzungen hier vorliegen. Der Zulassungsantrag hält dem entgegen, dass im Bebauungsplan nur die verkehrsrechtliche Situation angesprochen sei und das Abstellen von Pkw habe geordnet werden sollen. Von einem besonderen Schutz des Blockinnenbereichs vor Lärm sei hingegen nicht die Rede. Es gebe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Vorhaben des Beigel. negative Vorbildwirkung habe.

[50] Diese Einwände greifen nicht durch. Die Festsetzungen des Bebauungsplans regeln nicht die verkehrliche Situation, sondern die Art der baulichen Nutzung im Plangebiet; es handelt sich mithin um bauplanungsrechtliche Festsetzungen, die ein nachbarschaftliches Austauschverhältnis begründen und Inhalt und Schranken des Eigentums des Beigel. sowie der anderen Planunterworfenen bestimmen. Auch wenn der Schutz vor Verkehrslärm nicht ausdrücklich erwähnt sein mag, war städtebauliches Ziel der Planung die Behebung von Missständen, die gerade auch durch den fließenden und ruhenden Verkehr im Blockinnenbereich verursacht wurden (vgl. Planbegründung Nrn. 1, 5.4, 5.7). Dass das Vorhaben zudem auch negative Vorbildwirkung im Hinblick auf die Befahrung des Wohnwegs entfalten kann, ist nach der Lebenserfahrung jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.

[51] Ohne Erfolg macht der Zulassungsantrag auch geltend, das VG sei rechtsirrig davon ausgegangen, dass es nicht unbillig sei, die Errichtung unterirdischer Stellplätze zu verlangen. Es wird nicht verkannt, dass eine Tiefgarage auf dem Grundstück des Beigel. noch nicht vorhanden ist und deren Errichtung mit hohem Aufwand verbunden wäre. Das VG hat aber unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zutreffend ausgeführt, dass die Nutzungsunter-sagung nicht die Verpflichtung zur Errichtung einer Tiefgarage beinhaltet, weil der Beigel. zum Beispiel an anderer Stelle vorhandene Stellplätze pachten oder die Bekl. von

einem Stellplatznachweis ausnahmsweise absehen könnte (vgl. § 37 VII 2 BWBauO). Diese Erwägungen werden vom Zulassungsantrag nicht durchgreifend infrage gestellt.

(Mitgeteilt von Vorsitzender RichterIn am VGH,
Dr. J. Dürig)

Anm. d. Schriftlgt.: Zum Nachbarnschutz gegen eine Tiefgarage s. *OVG Magdeburg*, NVwZ-RR 2017, 283; zur nachbarnschützenden Wirkung von Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung s. *VGH München*, NVwZ-RR 2020, 961; zum Begriff der Garage s. *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2017, 128. ■

Wirtschafts- und Gewerberecht

6 *Bewilligung längerer täglicher Arbeitszeiten für Saison- und Kampagnebetriebe

ArbZG § 15 I Nr. 2; KSchG § 22 I

1. Ein Saisonbetrieb iSd § 15 I Nr. 2 ArbZG ist ein ganzjährig tätiger Gewerbebetrieb, bei dem wegen der Art des Betriebs zu bestimmten Zeiten des Jahres eine außergewöhnlich verstärkte Tätigkeit erforderlich ist.

2. Ein Kampagnebetrieb übt seine Geschäftstätigkeit nach seinem Betriebsgegenstand nur während eines Teils des Jahres aus.

BVerwG, Urt. v. 3.2.2021 – 8 C 2/20 (OVG Koblenz)

Zum Sachverhalt: Die Kl. ist eine Veranstaltungsagentur, deren Geschäftszweck in der ganzjährigen Planung, Organisation und Durchführung musikalischer Großveranstaltungen mit 5.000–65.000 Besuchern besteht. Im Februar 2017 beantragte sie bei dem Bekl. die Bewilligung einer längeren täglichen Arbeitszeit gem. § 15 I Nr. 2 ArbZG für drei Veranstaltungen im Bereich der elektronischen Musik. Eine der Veranstaltungen sollte in der Nacht zum 1.5.2017 in der D.-Halle stattfinden. Die beiden anderen Veranstaltungen waren Open-Air-Festivals im Juli und August 2017. Der Bekl. lehnte den Antrag ab. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hiergegen erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage hat das VG abgewiesen; das OVG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen.

Die Revision der Kl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: [10] Die Revision ist zulässig, aber unbegründet. Das BerGer. hat die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage (1.) im Ergebnis zu Recht als unbegründet angesehen (2.). Das Berufungsurteil beruht zwar auf einer bundesrechtswidrigen Auslegung des Begriffs des Saisonbetriebs in § 15 I Nr. 2 ArbZG (a), erweist sich insoweit aber iSd § 144 IV VwGO aus anderen Gründen als richtig (b). Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das BerGer. angenommen, die Kl. sei kein Kampagnebetrieb (c).

[11] 1. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Kl. ist zulässig. Ihr Verpflichtungsbegehren hat sich vor Klageerhebung erledigt. Das nach § 113 I 4 VwGO erforderliche berechnete Interesse an der begehrten Feststellung folgt aus der Wiederholungsfahr. Dazu genügt nach ständiger Rechtsprechung die hinreichende Gefahr, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen erneut mit einer gleichlautenden Entscheidung der Behörde gegenüber der Kl. zu rechnen ist (vgl. nur *BVerwGE* 168, 103 = NVwZ 2020, 1366 Rn. 9). Das ist hier der Fall;

die Kl. hat deutlich gemacht, dass sie für vergleichbare Veranstaltungen auch zukünftig entsprechende Bewilligungen beantragen will.

[12] Die Kl. konnte sich in zulässiger Weise auf das Antragsziel beschränken, die Rechtswidrigkeit der Ablehnungsbescheide feststellen zu lassen; der Antrag muss das (ursprüngliche) Verpflichtungsbegehren nicht enthalten (vgl. *BVerwGE* 89, 354 [356] = NVwZ 1992, 563 = NJW 1992, 2308 Ls.; *BVerwG*, SächsVBl 2015, 164 = BeckRS 2015, 41972 Rn. 8). Der Sache nach geht es in einem solchen Antrag um die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt die Rechtsordnung verletzt (vgl. dazu auch *BVerwGE* 151, 36 = NVwZ 2015, 986 Rn. 17 f.). Dieses Klageziel entspricht hier dem Begehren der Kl. und ist sachdienlich (§ 86 III VwGO).

[13] 2. Die Klage ist jedoch nicht begründet. Die Ver-sagung der begehrten Bewilligung durch den Bekl. stand, wie das BerGer. im Ergebnis zutreffend erkannt hat, mit § 15 I Nr. 2 ArbZG im Einklang. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde eine von den §§ 3, 6 II und § 11 II ArbZG abweichende längere Arbeitszeit für Saison- und Kampagnebetriebe für die Zeit der Saison oder Kampagne bewilligen, wenn die Verlängerung der Arbeitszeit über acht Stunden werktätlich durch eine entsprechende Verkürzung der Arbeitszeit zu anderen Zeiten ausgeglichen wird. Eine Ausnahmbewilligung durfte der Kl. danach nicht erteilt werden, weil sie weder Saison- noch Kampagnebetrieb ist.

[14] a) Bei einem Saisonbetrieb handelt es sich um einen ganzjährig tätigen Gewerbebetrieb, bei dem wegen der Art des Betriebs zu bestimmten Zeiten des Jahres eine außergewöhnlich verstärkte Tätigkeit erforderlich ist.

[15] Dieses Begriffsverständnis steht mit dem Wortlaut der Vorschrift im Einklang. Eine Saison, an die ein Betrieb iSd § 15 I Nr. 2 ArbZG gebunden ist, stellt einen Zeitabschnitt des Hochbetriebs oder der Hauptgeschäftszeit dar (*BAG*, Urt. v. 10.6.1987 – 4 AZR 60/87, BeckRS 1987, 30721843). Eine auf § 15 I Nr. 2 ArbZG beruhende Bewilligung bezieht sich demgemäß ausdrücklich auf die Zeit der Saison. Dass die aus der Art des Betriebs folgende besondere Arbeitslast nur und gerade zu einer bestimmten zeitlichen Periode im Jahreslauf auftritt, ist daher im Begriff angelegt. Dies folgt auch daraus, dass § 15 I Nr. 2 ArbZG einen Ausgleich der ausnahmsweise bewilligten längeren Arbeitszeiten zu anderen Zeiten vorsieht und damit davon ausgeht, dass sich in dem betroffenen Betrieb Phasen mit unterschiedlicher Arbeitslast abwechseln.

[16] Die Genese des § 15 I Nr. 2 ArbZG lässt eine Kontinuität des Begriffsverständnisses erkennen. Eine vergleichbare Regelung fand sich bereits in § 15 III AZO, der den Ausgleich von Mehrarbeit in Gewerben betraf, die ihrer Art nach in gewissen Zeiten des Jahres zu erheblich verstärkter Tätigkeit genötigt waren; hierunter wurden Saison- und Kampagnebetriebe im Sinne des (jetzigen) Arbeitszeitrechts verstanden (vgl. *Denecke/Neumann*, Arbeitszeitordnung, 11. Aufl. 1991, § 15 Rn. 35; *Meisel/Hiersemann*, Arbeitszeitordnung, 2. Aufl. 1977, § 15 Rn. 46).

[17] Systematische Gesichtspunkte deuten in dieselbe Richtung. Der Begriff des Saisonbetriebs wird in weiteren arbeitsrechtlichen Normen in gleicher Weise interpretiert, ohne dass es Anhaltspunkte dafür gäbe, dass die unterschiedlichen Regelungszusammenhänge ein abweichendes Verständnis erforderlich machen könnten.

[18] Nach § 22 I KSchG finden die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes bei bestimmten Entlassungen auf Saisonbetriebe und Kampagnebetriebe keine Anwendung. Die im Rahmen dieser Vorschrift anerkannte Definition des Saisonbetriebs entspricht seit jeher derjenigen in § 15 I Nr. 2 ArbZG (vgl. *BAG*, NZA 1987, 627 = AP BGB § 620 Saisonarbeit Nr. 1; *BSG*, Urt. v. 20.10.1960 – 7 RAr 98/56, BeckRS 1960, 30405578; *MüKoBGB/Hergenröder*, 8. Aufl. 2020, § 22 KSchG Rn. 2; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. 2002, § 22 Rn. 4; *ErfK/Kiel*, 21. Aufl. 2021, § 22 KSchG Rn. 2; *Moll in Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 4; *Beck-OK Arbeitsrecht/Volkening*, § 22 KSchG Rn. 3). Gleiches gilt für die Auslegung des Begriffs in § 7 II des Schwerbehindertengesetzes in der bis zum 31.12.1985 geltenden Fassung (BGBl. 1974 I 1005; dazu vgl. *BVerwG* Buchholz 436.61 § 7 SchwbG Nr. 1, S. 2 f. = BeckRS 1987, 31287119).

[19] Das Begriffsverständnis steht schließlich mit den Zielen im Einklang, die das Arbeitszeitgesetz verfolgt. Aufgabe des Gesetzes ist es, Arbeitnehmer vor Gefahren zu schützen, die durch Überschreiten der zeitlichen Leistungsgrenzen namentlich für die Gesundheit drohen. Zugleich soll ihnen im Interesse ihrer Menschenwürde und der Entfaltung ihrer Persönlichkeit ausreichend Freizeit erhalten bleiben (*BVerwGE* 112, 51 [55] = AP ArbZG § 10 Nr. 1 = NZA 2000, 1232 = NJW 2001, 843 Ls.; vgl. *BT-Drs.* 12/5888, S. 1, 19). Eine Ausnahmenvorschrift wie § 15 I Nr. 2 ArbZG berücksichtigt erhebliche wirtschaftliche Interessen, die ihrerseits auch die Arbeitnehmer selbst wesentlich mitberühren (vgl. – zu § 105 d I GewO – *BVerwG*, NVwZ-RR 1990, 554 = Buchholz 451.20 §§ 105a-i GewO Nr. 10, S. 12). Vor diesem Hintergrund ist es Ziel der Regelung, bestimmte Ausgestaltungen wirtschaftlich-unternehmerischer Tätigkeit, die an jahreszeitliche Schwankungen gebunden sind, mit den Intentionen des Arbeitszeitgesetzes zu vereinbaren. § 15 I Nr. 2 ArbZG ist damit auf den Ausgleich tendenziell widerstreitender Belange gerichtet. Dabei vermittelt das Beibehalten in der Rechtsordnung seit langem anerkannter begrifflicher Voraussetzungen den Betroffenen Rechtssicherheit.

[20] Das dargestellte Begriffsverständnis wird zudem von der überwiegenden Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur geteilt (vgl. *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 19; *Beck-OK Arbeitsrecht/Kock*, § 15 ArbZG Rn. 5; *Neumann in Landmann/Rohmer*, GewO, § 15 ArbZG Rn. 5; *Neumann/Biebl*, ArbZG, 16. Aufl. 2013, § 15 Rn. 5; *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 15 ArbZG Rn. 4). Das Berufungsurteil verengt diese Tatbestandsauslegung unzutreffend durch die zusätzliche Anforderung, das jahreszeitlich erhöhte Arbeitsaufkommen dürfe nicht lediglich das Ergebnis unternehmerischer Entscheidungen darstellen. Bei saisonalen Dienstleistungen müsse daher die Kundennachfrage zwingend der jeweiligen Jahresperiode ge-

schuldet sein; sie dürfe hingegen nicht allein auf unternehmerischen Entscheidungen und Angeboten oder deren bewusster Konzeption beruhen. Diese einschränkende Konkretisierung des Begriffs des Saisonbetriebs ist mit revisiblem Recht nicht vereinbar. Für sie findet sich bereits im Wortlaut des § 15 I Nr. 2 ArbZG kein Anhaltspunkt. Die unternehmerische Entscheidung für eine bestimmte Art gewerblicher Tätigkeit ist vielmehr Element des zutreffend verstandenen Begriffs des Saisonbetriebs. Sein Vorliegen setzt voraus, dass wegen der Art des Betriebs zu bestimmten Zeiten im Jahreslauf eine außergewöhnlich verstärkte Tätigkeit erforderlich ist. Die Art des Betriebs folgt aber aus dem vom Unternehmer bestimmten Zuschnitt der gewerblichen Betätigung.

[21] Aus Genese und Systematik des Begriffs des Saisonbetriebs folgt nichts anderes. Das vom BerGer. entwickelte Kriterium lässt sich nicht auf die in verschiedenen Vorgängervorschriften zu § 15 I Nr. 2 ArbZG zu findende Anforderung zurückführen, die betroffenen Betriebe müssten zu verstärkter Tätigkeit „genötigt“ sein. Dieses Erfordernis bezog sie erkennbar nur auf die jahreszeitenbedingten Schwankungen des Arbeitsanfalls, nicht aber auf die Entscheidung des Unternehmers für eine dadurch gekennzeichnete Betriebsart.

[22] Damit entbehrt auch die teleologische Annahme des BerGer., ein allein auf unternehmerischer Entscheidung beruhendes erhöhtes Arbeitsaufkommen sei im Rahmen des § 15 I Nr. 2 ArbZG nicht schutzwürdig, einer Grundlage. Vielmehr trägt die Norm der unternehmerischen Entscheidung zugunsten der Betriebsart eines Saisonbetriebs und den daraus folgenden Schwankungen des Arbeitsanfalls in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht gerade Rechnung.

[23] Das vom BerGer. entwickelte Kriterium ist überdies unscharf und ermöglicht wegen seiner unzureichenden normativen Anbindung keine klaren, sachgerechten Abgrenzungen. Die deshalb vom BerGer. für erforderlich gehaltene Ausnahme für traditionell verankerte oder regionaltypische Veranstaltungen sowie bestimmte Märkte findet ihrerseits keine Grundlage im Arbeitszeitrecht. Daneben lässt dieser Verweis auf Traditionen und Regionalbezüge die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit vermissen und führt eine Differenzierung ein, die weder aus dem Normtext noch sachlich begründet wird. Er vermag auch aus diesem Grunde die darauf gestützte Tatbestandsverengung nicht zu rechtfertigen.

[24] b) Das Berufungsurteil beruht auf dieser bundesrechtswidrigen, den Tatbestand verengenden Auslegung, weil es die Zurückweisung der Berufung tragend darauf stützt, dass die von der Kl. zur Genehmigung gestellten Veranstaltungen allein aufgrund ihrer unternehmerischen Entscheidung durchgeführt würden und sie deshalb kein Saisonbetrieb sei. Es erweist sich indessen im Ergebnis als zutreffend (§ 144 IV VwGO). Die begehrte Bewilligung war nicht zu erteilen, da die Kl. nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und daher bindenden (§ 137 II VwGO) Feststellungen des BerGer. nach der Art ihres Betriebs kein Saisonbetrieb ist. Hierunter fällt – wie dargelegt – nur eine bestimmte Form des Gewerbebetriebs, bei der eine bestimmte Periode im Jahreslauf ursächlich für die unterschiedliche Belastung ist. Das ist bei der Kl. – auch nach ihrem eigenen Vorbringen – nicht der Fall. Der vermehrte Arbeitsanfall tritt nicht abhängig von bestimmten Jahreszeiten ein. Die Kl. plant und organisiert vielmehr ganzjährig Großveranstaltungen für elektronische Musik, die teilweise in geschlossenen Räumen, teilweise im Freien durchgeführt werden. Damit ist die Betriebsart der Kl. von jahreszeitunabhängig über das Jahr verteilten, punktuellen Spitzenwerten des Arbeitsanfalls gekennzeichnet. Das ergibt sich gerade aus den drei zur Genehmigung gestellten Veranstaltungen: Jede von ihnen führt zu einem deutlich vergrößerten Bedarf an Arbeitsleistungen und Personal, ohne dass dieser jeweils von einer bestimmten

Periode im Jahreslauf im Sinne einer Saison verursacht würde. Eine derartige jahreszeitliche Veranstaltung mag allenfalls den beiden Open-Air-Veranstaltungen zugrunde liegen, doch ist die Art des Betriebs der Kl. nicht auf solche Veranstaltungen beschränkt.

[25] c) Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das BerGer. die Kl. nicht als Kampagnebetrieb iSd § 15 I Nr. 2 ArbZG angesehen. Dabei handelt es sich um Betriebe, die ihre Geschäftstätigkeit nach ihrem Betriebsgegenstand nur während eines Teils des Jahres – der jeweiligen „Kampagne“ – ausüben und während der übrigen Zeit höchstens einige Arbeitskräfte zur Instandhaltung beschäftigen. Dieses Begriffsverständnis ist am Wortlaut der Norm orientiert und entspricht der Auffassung des Schrifttums (vgl. *Baack/Deutsch/Winzer*, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 20; BeckOK Arbeitsrecht/Kock, § 15 ArbZG Rn. 5; *Neumann* in *Landmann/Rohmer*, GewO, § 15 ArbZG Rn. 5; *Neumann/Biebl*, ArbZG, 16. Aufl. 2013, § 15 Rn. 5; *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021,

§ 15 ArbZG Rn. 4; zu § 22 I KSchG ebenso *MüKoBGB/Hergenröder*, 8. Aufl. 2020, § 22 KSchG Rn. 3; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, ArbZG, 13. Aufl. 2002, § 22 Rn. 7; *ErfK/Kiel*, 21. Aufl. 2021, § 22 KSchG Rn. 2; *Moll* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 5; BeckOK Arbeitsrecht/Volkering, § 22 KSchG Rn. 5). Gründe, von dieser seit jeher allgemein akzeptierten Auslegung abzurücken, bestehen nicht. Die genannten Voraussetzungen erfüllt die nach den Feststellungen des BerGer. und ihrem eigenen Vorbringen ganzjährig tätige Kl. nicht. Entgegen ihrer Auffassung können dabei nicht nur einzelne zur Genehmigung gestellte Veranstaltungen in den Blick genommen werden; maßgeblich ist vielmehr die gesamte Geschäftstätigkeit des jeweiligen Betriebs.

Anm. d. Schriftltg.: Zum Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonn- und Feiertagen wegen Umsatzeinbußen auf Grund Corona-Pandemie vgl. *OVG Münster*, NVwZ-RR 2021, 25; zum Hinausschieben des Urlaubs wegen Corona s. *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2020, 790. ■

Schul-, Hochschul- und Kulturrecht

7 Zurückstellung von der Teilnahme am Grundschulunterricht

HessSchulG §§ 58 III 1, 100 I Nr. 1; VwGO §§ 123 I 2, 152 I

Die Feststellung, ob bei einem Kind die erforderliche Schulreife gegeben ist oder ob es den hierzu notwendigen körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklungsstand noch nicht erreicht hat, ist nach pädagogischen und schulfachlichen Maßstäben zu treffen. Dabei steht der Schulleitung ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser kann im Wesentlichen nur darauf überprüft werden, ob bei der Beurteilung des Entwicklungsstands von einer unrichtigen oder unvollständigen Tatsachengrundlage ausgegangen worden ist oder ob sachfremde Erwägungen eingestellt worden sind.

VGH Kassel, Beschl. v. 10.12.2020 – 7 B 2572/20

Zum Sachverhalt: Nach einem Umzug nach K. hatte die Mutter für den Ast. mit Schreiben vom 5.8.2020 seine Zurückstellung bei der Schulleiterin der Grundschule X. beantragt. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 18.8.2020 abgelehnt. Die Schulleiterin befreite mit einem weiteren Bescheid vom selben Tag den Ast. gem. § 3 V CoronaVVO 2 von seiner Präsenzpflicht am Unterricht. In diesem weiteren Bescheid wurde festgelegt, dass im nächsten Schritt individuell die Organisation des Distanzunterrichts abgesprochen werden wird. Dementsprechend wurde zwei Tage später mit der Mutter des Ast. vereinbart, dass seine Beschulung zu Hause durch Frau Y als sozial-pädagogische Unterstützerin der Klassenlehrerin erfolgt. Gegen die Ablehnung der Zurückstellung hat der Ast. Widerspruch beim Ag. erhoben und zugleich um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht.

Das VG hat den Eilantrag abgelehnt. Die Beschwerde des Ast. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: [7] I. ... Der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung steht nicht entgegen, dass zuvor schon die Schulleiterin der C.-Schule in Kr. mit Bescheid vom 11.5.2020 und der Schulleiter der Grundschule D. in der Stadt K. mit Bescheid vom 18.6.2020 jeweils die Zurückstellung des Ast. abgelehnt hatten. An die Stelle dieser beiden vorausgehenden Bescheide ist der Bescheid vom 18.8.2020 getreten. Denn die Leiterin der Grundschule X. ist während des Widerspruchsverfahrens in

eine neue Sachprüfung eingetreten. Sie hat eine schulpyschologische Untersuchung des Ast. für den 13.8.2020 veranlasst und auf der Grundlage dieser zusätzlichen Erkenntnisse mit ihrem Bescheid erneut – also durch einen sog. Zweitbescheid – die Zurückstellung abgelehnt (vgl. *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 25).

[8] II. Das BeschwGer. gelangt in Übereinstimmung mit dem Beschluss des VG zu dem Ergebnis, dass der Ast. nicht gem. § 58 III 1 HessSchG die Verpflichtung des Ag. beanspruchen kann, ihn vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache von der Teilnahme am Unterricht der Grundschule im Schuljahr 2020/2021 zurückzustellen.

[9] Der Antrag des Ast. nach § 123 I 2 VwGO zielt auf eine vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache. Denn die hier im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erstrebte Regelung würde den Ast. die gewünschte Zurückstellung von der Teilnahme am Unterricht der Grundschule für das laufende Schuljahr nicht nur vorübergehend ermöglichen. Spätestens nach Ablauf des ersten Schulhalbjahres am 31.1.2021 könnte aus tatsächlichen Gründen die Zurückstellung des Ast. nicht mehr rückgängig gemacht werden. Den bis dahin versäumten Unterrichtsstoff könnte er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im zweiten Schulhalbjahr nicht mehr nachholen.

[10] Die Verwaltungsgerichte können in Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes entsprechend dem Zweck dieser Verfahren grundsätzlich nur vorläufige Anordnungen treffen. Sie dürfen einem Ast. nicht schon in vollem Umfang – wenn auch zeitlich befristet – eine Rechtsposition einräumen, die er nur im Klageverfahren erreichen kann. Im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG gilt dieses grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache jedoch nicht uneingeschränkt. Das Verbot greift nicht ein, wenn die Vorwegnahme notwendig ist, um die Gefahr schwerwiegender, irreparable Nachteile abzuwenden und wenn zugleich eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache besteht. Diese erhöhten Anforderungen an den Erlass einer einstweiligen Anordnung müssen sowohl in Bezug auf den

Anordnungsgrund als auch in Bezug auf den geltend gemachten Anordnungsanspruch erfüllt sein (VGH Kassel, NVwZ 2007, 348; Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 14).

[11] Gemessen an diesen Anforderungen ist der Beschluss des VG nicht zu beanstanden. Der Ast. hat auch im Beschwerdeverfahren nicht die für die erstrebte vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache bestehenden erhöhten Darlegungsanforderungen erfüllt.

[12] 1. Das Beschwerdevorbringen des Ast. erfüllt zum einen nicht die erhöhten Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung des Regelungsgrunds. Der Ast. hat weder hinreichend dargetan noch glaubhaft gemacht, dass ihm ohne die beantragte Zurückstellung von der Teilnahme am Unterricht der Grundschule im Schuljahr 2020/2021 schwerwiegende Nachteile entstehen.

[13] Der Ast. wurde zu Beginn des Schuljahres 2020/21 in die Grundschule X. eingeschult. Er erhält seitdem – wie am 20.8. vereinbart – Unterricht zu Hause durch Frau Y. Der Ast. macht zwar im Beschwerdeverfahren geltend, der Unterricht zu Hause bereite erhebliche Probleme. Der Ag. hat im Gegensatz hierzu vorgetragen, der Distanzunterricht werde erfolgreich durchgeführt. Auffälligkeiten hätten sich nicht ergeben. Dieser Behauptung des Ag. ist der Ast. nicht durch eine konkrete Darlegung, in welchen Fächern welche Schwierigkeiten bei der Bewältigung des Lernstoffs bestehen sollen, entgegengetreten. Er macht seinen Sachvortrag auch nicht glaubhaft. Hierzu hätte es ihm obliegen, eine Stellungnahme von Frau Y vorzulegen, die erkennen lässt, welche Schwierigkeiten aufgrund welcher Umstände bestehen. Aus dem pauschalen Vorbringen vermag der Senat nicht zu erkennen, dass derzeit eine Vorwegnahme der Hauptsache notwendig ist, um schwerwiegende und irreparable Nachteile für den Ast. abzuwenden.

[14] 2. Die Ausführungen im Beschwerdevorbringen genügen auch nicht den erhöhten Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung des erforderlichen Anordnungsanspruchs. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann nicht mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass ein Rechtsanspruch aus § 58 III 1 HessSchG auf Zurückstellung des Ast. von der Teilnahme am Unterricht der Grundschule im Schuljahr 2020/2021 besteht.

[15] Nach § 58 III 1 HessSchG können schulpflichtige Kinder, die noch nicht den für den Schulbesuch erforderlichen körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklungsstand haben, auf Antrag der Eltern von der zuständigen Schulleitung für ein Jahr von der Teilnahme am Unterricht der Grundschule zurückgestellt werden. Dieses Recht der Eltern nehmen gem. § 100 I Nr. 1 HessSchG die nach bürgerlichem Recht für die Person des Kindes Sorgeberechtigten wahr. Dies ist hier die Mutter des Ast., der mit Urteil des AG F. vom 28.5.2018 die elterliche Sorge allein übertragen wurde.

[16] Der Ast. verkennt mit seinem Vorbringen im Beschwerdeverfahren, dass es sich bei § 58 III 1 HessSchG um eine Ausnahmeregelung handelt, die restriktiv auszulegen ist. Es entspricht der im § 58 I 1 HessSchG getroffenen Grundentscheidung des Gesetzgebers, dass grundsätzlich alle Kinder spätestens mit der Vollendung des sechsten Lebensjahres der Schulpflicht unterliegen. Dies hat zur Folge, dass an die Voraussetzung für eine Zurückstellung hohe Anforderungen zu stellen sind. Es bedarf gewichtiger Gründe, die eine Zurückstellung von der regulären Schulpflicht gebieten. Das Vorliegen eines etwaigen Entwicklungsdefizits bei einem Kind reicht für sich allein für einen Anspruch auf Zurückstellung nicht aus. Vielmehr müssen schwerwiegende Nachteile für den Schüler drohen, wenn an der regulären Einschulung festgehalten würde. Ein solcher Sachverhalt liegt insbesondere vor, wenn gravierende Entwicklungsstörung vorliegen oder zu erwarten sind und wenn deshalb mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass auch unter Berücksichtigung der bestehenden schulischen Fördermöglichkeiten eine erfolgreiche Teilnahme Unterricht auf Dauer nicht gewährleistet ist (OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2014, 347; OVG Münster, Beschl. v. 17.9.2020 – 19 B 1255/20, BeckRS 2020, 26984; Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018 Rn. 236). Die Entscheidung über die Zurückstellung trifft die örtlich zuständige Schulleitung. Die Feststellung, ob bei einem Kind die erforderliche Schulreife gegeben ist oder ob es den hierzu notwendigen körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklungsstand noch nicht erreicht hat, ist nach pädagogischen und schulfachlichen Maßstäben zu treffen. Dabei steht der Schulleitung ein Beurteilungsspielraum zu (Köller/Achilles, Hessisches Schulgesetz, Stand: Dez. 2019, § 58 Anm. 3; Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, 358 Fn. 60). Dieser kann im Wesentlichen nur darauf überprüft werden, ob bei der Beurteilung des Entwicklungsstands von einer unrichtigen oder unvollständigen Tatsachengrundlage ausgegangen worden ist oder ob sachfremde Erwägungen eingestellt worden sind (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 106; Köller/Achilles, § 58 Anm. 3).

[17] Bei Berücksichtigung dieser Maßstäbe lässt das Beschwerdevorbringen des Ast. keinen Beurteilungsfehler bei den von der Schulleiterin der Grundschule X. vorgenommenen Prüfung seiner Schulfähigkeit erkennen. Das VG hat die Überzeugung gewonnen, dass der Ast. den für den Schulbesuch erforderlichen körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklungsstand besitzt. Damit dürfte das Gericht zwar die Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs auf die Frage der fehlerfreien Anwendung des Beurteilungsspielraums durch die Schulleitung übersehen haben. Die Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Erwägungen der Schulleiterin der Grundschule X. ist jedoch rechtlich nicht zu beanstanden.

[18] a) Die Rüge des Ast., das VG habe den Bericht des Überregionalen Beratungs- und Förderzentrums für den Förderschwerpunkt körperliche und motorische Entwicklung bei der E.-Schule in O. (im Folgenden: ÜBFZ) vom 21.2.2020 falsch bewertet, trifft nicht zu. Ebenso ist der Auffassung des Ast. nicht zu folgen, dieser Bericht entbehre einer ausreichenden Grundlage.

[19] Dem ÜBFZ lagen die Bescheinigung des Kinderarztes Prof. F vom 22.1.2019, die beiden Berichte der Ergotherapeutin J vom 28.10.2019 und 5.2.2020 und das Ergebnis eines vom Ast. im Mai 2020 absolvierten Intelligenztests vor. Dabei hatte der Ast. einen durchschnittlichen Wert (IQ 88) erreicht.

[20] Am 18.2.2020 hatte ein Treffen von Mitarbeiterinnen des ÜBFZ mit dem Ast. und seiner Mutter in der C.-Schule stattgefunden. In einem 90 Minuten dauernden Gespräch wurden die Lebensgewohnheiten, Beeinträchtigungen, Fähigkeiten und Sozialkontakte des Ast. erfragt. An dem Gespräch nahm auch eine Mitarbeiterin der regionalen Beratungs- und Unterstützungsstelle des Hochtaunuskreises, angegliedert an die G.-Schule (im Folgenden: rBFZ), teil. Parallel zu dem Gespräch wurde der Ast. von der Förderschullehrerin H in einem benachbarten Spielzimmer betreut und in verschiedenen Spielsituationen beobachtet. Der Ast. konnte sich nach dem Bericht des ÜBFZ vom 21.2.2020 angemessen von seiner Mutter lösen. Er habe altersangemessen mit den Spielangeboten umgehen können und konzentriert gespielt. Der Ast. habe auch Körperkontakt, zB bei der Ballübergabe aus der Hand, zugelassen. Im grobmotorischen Bereich habe er sich etwas ungeschickt gezeigt. Beim Sprechen sei der Ast. nicht immer gut zu verstehen. Er habe mehrere Laute nicht korrekt bilden können.

[21] Die Beobachtungen der Mitarbeiterinnen des ÜBFZ und des rBFZ ergaben – wie der späteren Stellungnahme der Schulleiterin der G.-Schule von Mitte August 2020 zu ent-

nehmen ist – im Bereich der Testung „Bereit für die Schule“ ein gemischtes Bild. Es seien zwar Auffälligkeiten im sprachlichen und graphomotorischen Bereich sowie in der Wahrnehmung festgestellt worden. Diese begründeten jedoch keinen sonderpädagogischen Förderbedarf.

[22] In der Erläuterung der Schulleiterin der G.-Schule heißt es weiter, es sei deutlich geworden, dass es dem Ast. an Erfahrungen mit Lernen und mit sozialen Kontakten in einer Gruppe mit Gleichaltrigen fehle. Er habe aber gezeigt, dass er lernwillig ist und sich auf die Schule freue. Einer Einschulung stehe daher nichts im Wege. Um für den Ast. einen guten Schulstart zu gewährleisten, sei gleichwohl eine unterstützende Begleitung im Unterricht durch eine Teilhabeassistenz erforderlich.

[23] Aus diesen Erläuterungen ergibt sich keine von den Ausführungen des VG abweichende Beurteilung des Entwicklungsstands des Ast. Mit der ihm gewährten Teilhabeassistenz seitens Frau Y erhält er eine zusätzliche sozialpädagogische Unterstützung bei dem erstmaligen Aufbau zu Kontakten mit anderen Kindern in einer Gruppe. Diese Begleitung des Ast. im Schulalltag und die Unterstützung im Unterricht stellt keine sonderpädagogische Fördermaßnahme dar. Frau Y leistet vielmehr eine allgemeinpädagogische Hilfe, die nicht in die pädagogische Kernkompetenz der Klassenlehrerin fällt. Damit wird der Ast. in seinen ersten eigenständigen Kontakten zu Personen außerhalb seines heimischen Umfelds im sozial-emotionalen Bereich unterstützt und die bis zur Einschulung bestehenden – „systembedingten“ – Einschränkungen im Außenkontakt beseitigt.

[24] b) Entgegen der Rüge des Ast. hat das VG auch nicht die förderdiagnostische Stellungnahme des ÜBFZ vom 6.5.2020 missverstanden.

[25] Der Begründung des angegriffenen Beschlusses ist zu entnehmen, dass das Gericht die in der förderdiagnostischen Stellungnahme genannten Auffälligkeiten, wie etwa das graphomotorische Defizit, nicht übersehen hat. Die Stellungnahme enthält eine umfassende Darstellung der beigezogenen Berichte und Bescheinigungen, der bisherigen Entwicklung des Ast. und der Ergebnisse bei den verschiedenen Testsituationen.

[26] Eine fehlerhafte Beurteilung des Entwicklungsstands des Ast. durch das VG ergibt sich nicht im Hinblick darauf, dass nach den Ausführungen in der förderdiagnostischen Stellungnahme der Test „Bereit für die Schule“ bei einem ersten Treffen einer Mitarbeiterin des rBFZ beim Ast. zu Hause nicht vollständig durchgeführt werden konnte. Dieser Umstand begründet keine Zweifel an der Beurteilung in der förderdiagnostischen Stellungnahme. Bei der vom Ast. infrage gestellten Testung konnten gleichwohl die maßgeblichen Parameter für die Schulreife ermittelt werden. Auch sind die – in früheren und späteren Beobachtungen ebenfalls festgestellten – Probleme bei der Aussprache und in der Graphomotorik erkannt worden. Zudem konnten bei einem zweiten Treffen in einer 60-minütigen Sitzung ein Intelligenztest und weitere Subtests durchgeführt werden.

[27] Die Beobachtung des Verhaltens und der Fähigkeiten des Ast. haben nach den Feststellungen in der förderpädagogischen Stellungnahme weder einen Bedarf im Bereich Lernen noch einen Bedarf im Bereich körperlich-motorische Entwicklung ergeben. Im Hinblick hierauf hat das VG zu Recht angenommen, es bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Ast. mit Unterstützung im sozial-emotionalen Bereich durch eine pädagogische Fachkraft nicht auf Dauer erfolgreich am Unterricht teilnehmen kann. Dem vermag der Senat im Hinblick darauf zu folgen, dass die zusätzliche sozialpädagogische Unterstützung des Ast. durch Frau Y für die Anfangszeit gewährleistet ist.

[28] c) Der Ast. meint, das VG hätte in seiner Entscheidung auch nicht die schulpsychologischen Stellungnahmen vom

24.8.2020 und vom 3.9.2020 berücksichtigen dürfen. Darin ist dem Ast. ebenfalls nicht zu folgen.

[29] Der beim Ag. beschäftigte Schulpsychologe I kommt in seiner Stellungnahme vom 24.8.2020 zu dem Ergebnis, dass der Ast. mit der Einschulung in seiner Entwicklung besser gefördert werden kann als im Falle einer Zurückstellung. Die der Stellungnahme zugrunde liegende Untersuchung vom 13.8.2020 lässt entgegen der Rüge des Ast. keine Mängel erkennen.

[30] Der Vortrag, diese Untersuchung habe sich auf die kognitive Entwicklung beschränkt, trifft nicht zu. Der Ast. greift vielmehr selbst auf, dass der Schulpsychologe ebenfalls die Graphomotorik und Stifthaltung des Ast. als nicht altersentsprechend bewertet habe.

[31] Die Stellungnahme beruht auch nicht auf der unzutreffenden Annahme, dass es zu einer „Trennungssituation“ gekommen sei, bei der der Ast. keine Angst gezeigt habe. Entgegen der Darstellung des Ast. führt der Schulpsychologe aus, dieser habe es gut aushalten können, dass seine Mutter sich bei der Testung vom Tisch entfernte. Dabei sei keine massive Trennungsangst festgestellt worden. Zweifel an der Plausibilität der schulpsychologischen Stellungnahme hat der Ast. auch insoweit nicht aufgezeigt.

[32] Soweit der Ast. weiter anführt, die Annahme einer altersentsprechenden kognitiven Entwicklung überrasche in Anbetracht der Tatsache, dass er geographische Fragen nicht beantworten konnte, stellt auch dieses Vorbringen die schlüssige schulpsychologische Befunderhebung nicht infrage. Herr I hat hierzu in seiner weiteren Stellungnahme vom 3.9.2020 ausgeführt, Wissensfragen seien immer abhängig von den individuellen Lerngegebenheiten. Den objektivierbaren Testergebnissen komme ein größeres Gewicht zu. Im Übrigen erscheint nach Auffassung des Senats die vom Ast. angeführte Wissenslücke allein schon vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass seine Mutter mit ihm in der ersten Hälfte des Jahres 2020 zweimal umgezogen ist.

[33] d) Der Ast. beruft sich im Beschwerdeverfahren des Weiteren ohne Erfolg auf das Ergebnis seiner schulärztlichen Untersuchung vom 27.11.2019. Das VG habe diesem Befund zu Unrecht keinen Wert beigemessen. Diese Rüge greift ebenfalls nicht durch.

[34] Das VG hat sich auch mit der angeführten schulärztlichen Untersuchung befasst. Die Schulärztin führte in ihrem Bericht aus, dass der Ast. insgesamt nicht altersgerecht entwickelt sei. Er wirke mindestens ein bis zwei Jahre jünger. Eine Beschulung in der ersten Klasse sei kaum vorstellbar. Daher werde eine Zurückstellung empfohlen.

[35] Dem Bericht der Schulärztin ist zu entnehmen, dass sie bei ihrer Empfehlung davon ausging, bei dem Ast. sei entsprechend der Behauptung seiner Mutter eine sensorische Integrationsstörung diagnostiziert worden. Die Mutter hatte ihr gegenüber behauptet, es läge ein Attest des Kinderarztes mit dieser Diagnose vor. Dies traf indes nicht zu. Die vom Ast. vorgelegte Bescheinigung des Kinderarztes Prof. F vom 21.1.2019 bestätigt lediglich den Verdacht einer solchen Entwicklungsstörung. Im Hinblick hierauf überwies der Kinderarzt den Ast. zur Behandlung an die Ergotherapeutin J. Die behauptete ärztliche Diagnose einer sensorischen Integrationsstörung ergibt sich auch nicht aus der Stellungnahme des Kinderarztes vom 27.8.2020. Dort heißt es, nach dem Gespräch mit der Mutter des Ast. über den aktuellen Entwicklungsstand werde eine Zurückstellung mit dem Ziel der raschen Integration in eine Kindertagesstätte und eine baldigst mögliche anschließende Einschulung befürwortet. Diese Formulierung lässt nicht erkennen, dass Prof. F den Ast. vor dieser Stellungnahme erneut selbst untersucht hat. Sie ist

daher nicht geeignet, die Ergebnisse der schulpyschologischen Untersuchung vom 13.8.2020 sowie die Beobachtungen bei der Spielsituation am 18.2.2020 in Zweifel zu ziehen.

[36] Soweit der Ast. sich darauf beruft, im Februar 2020 sei in einem gemeinsamen Gespräch mit der Leiterin der Grundschule Kronthal und den Mitarbeiterinnen des ÜBFZ und des rBFZ festgehalten worden, dass er selbst mit einer Teilhabeassistenz nicht einmal einem Besuch einer Vorklasse gewachsen sei, kann dies ebenfalls nicht der Beschwerde zum Erfolg verhelfen. Denn es davon auszugehen, dass bei der Gesprächsrunde die Stellungnahme der Schulärztin mit der darin enthaltenen fehlerhaften Annahme vorlag, bei dem Ast. sei eine sensorische Integrationsstörung durch den Kinderarzt diagnostiziert worden.

[37] Das VG hat angenommen, dass der Ast. sich seit seiner Einschulungsuntersuchung weiterentwickelt habe. Außerdem habe das ÜBFZ eine wesentlich gründlichere Begutachtung vorgenommen. Daher seien für die Beurteilung der Schulreife des Ast. die späteren Beurteilungen seines Entwicklungsstands maßgeblich. Auch gegen diese Bewertungen wendet sich der Ast. ohne Erfolg.

[38] Der Ast. bringt vor, die späteren Begutachtungen seien falsch. Die vom VG angenommene rasche Fortentwicklung sei bei Kindern mit einer sensorischen Integrationsstörung nicht möglich. Mit dieser Darlegung zeigt der Ast. jedoch keine fehlerhafte Beurteilung seines Entwicklungsstandes auf. Denn wie bereits ausgeführt, hat er nicht durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung glaubhaft gemacht, dass eine solche Störung bei einer fachärztlichen Untersuchung festgestellt worden ist.

[39] Der Stellungnahme der Schulärztin vom 28.11.2019 kommt auch unter Berücksichtigung der vom Ast. im Beschwerdeverfahren vorgelegten ärztlichen Bescheinigung der Kinderärztin *Dr. K* vom 6.11.2020 keine erhebliche Bedeutung zu.

[40] Frau *Dr. K* führt zwar aus, die Handgeschicklichkeit des Ast. sei nicht altersentsprechend. Die Sprache wirke verwaschen. Eine ärztliche Diagnose weist die Bescheinigung aber nicht auf.

[41] Für die Ärztin war aufgrund der Pandemiesituation und der besonderen gesundheitlichen Gefährdung der Mutter eine Interaktion mit dem Ast. nur auf Abstand möglich. Zudem ging sie bei ihrer Stellungnahme von einer unzutreffenden Tatsachengrundlage aus. Denn sie gab an, nach den ihr vorliegenden Berichten und Befunden habe der Intelligenztest des Ast. einen IQ von 75 ergeben. Dies entspräche dem Bereich der Lernhilfe. Die im Februar 2020 vorgenommene Testung ergab jedoch einen IQ von 88 und damit eine Intelligenz im durchschnittlichen Bereich.

[42] e) Zur Begründung seiner Beschwerde beruft sich der Ast. ferner auf die Stellungnahmen der Ergotherapeutin *J* vom 28.10.2019 und 5.2.2020. Er meint, auch deren Bedeutung habe das VG unzutreffend gewürdigt. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen.

[43] Die Ergotherapeutin teilte zwar in ihrem Schreiben vom 28.10.2019 dem Kinderarzt *Prof. F* mit, sie sehe eine sensorische Verarbeitungstörung bestätigt. Im Hinblick auf die sehr geringe Konzentrationsfähigkeit und die soziale Ungeübtheit sehe sie im Hinblick auf die Schule ein Problem. Im vorläufigen Testbericht vom 5.2.2020 wird darauf hingewiesen, dass die visuomotorische Integration weit unterdurchschnittlich sei. Die Stifthaltung sei nicht altersgemäß. Der Ast. zeige aber eine gute Bereitschaft zur Mitarbeit. Hierzu führt das VG zutreffend aus, den Berichten der Ergotherapeutin könne nicht entnommen werden, dass die festgestellten Defizite zum gegenwärtigen Zeitpunkt einer erfolgreichen Teilnahme am Unterricht entgegenstehen.

[44] f) Der Ast. rügt ferner, das VG habe die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen seines Patenonkels *L*, des Freunds der Mutter *M* und des Bekannten *N*, jeweils abgegeben am 26.8.2020, sowie die eidesstattliche Versicherung

seiner Mutter *A* vom 27.8.2020 in rechtlich nicht haltbarer Weise gewürdigt. Diese Personen aus dem näheren Umfeld würden seine Gesamtentwicklung kennen. Demgegenüber handele es sich bei den Testungen lediglich um Momentaufnahmen. Auch dieser Einwand greift nicht durch.

[45] Entgegen der Rüge des Ast. hat sich die Leiterin der Grundschule X. bei der Beurteilung seines Entwicklungsstands im angegriffenen Bescheid vom 18.8.2020 nicht auf einen momentanen Eindruck bei einer einzelnen Untersuchung gestützt. Vielmehr beruht die Beurteilung auf mehreren Kontakten, bei denen das Verhalten des Ast. beobachtet und bestehende Fähigkeiten sowie vorhandene Entwicklungsdefizite festgehalten wurden. Hierzu zählen der Kennenlern-Termin mit der Leiterin der C.-Schule im Oktober 2019, die Beobachtung der Förderschullehrerin während der Spielsituation in der Schule am 18.2.2020, die beiden Treffen mit den Mitarbeiterinnen des ÜBFZ und des rBFZ zu Hause beim Ast. im Mai 2020 sowie der Besuch des Schulpsychologen am 13.8.2020. Diese Kontakte über einen Zeitraum von insgesamt elf Monaten waren geeignet, ein Gesamtbild auf einer hinreichend sicheren Grundlage über die Entwicklung des Ast. zu vermitteln.

[46] Soweit die Mutter des Ast. sowie Herr *L*, Herr *M* und Herr *N* in ihren eidesstattlichen Versicherungen ein hiervon abweichendes Verhalten des Ast. schildern, hat das VG zutreffend darauf hingewiesen, dass sich deren Beobachtungen in dem Kontakt mit den Mitarbeitern der Fachstellen nicht bestätigt haben. Dies lässt erkennen, dass der Ast. außerhalb der gewohnten Lebenssituationen ein anderes Verhalten zeigt, sich den vorgelegten Aufgaben mit Interesse und Freude stellen kann und stolz auf seine Leistungen ist.

[47] g) Schließlich trifft die Behauptung des Ast. in seiner Beschwerdebegründung vom 30.10.2020 nicht zu, er könne keine der im einzelnen aufgezählten 17 Faktoren erfüllen, die für eine erfolgreiche Teilnahme am Unterricht erforderlich seien. Vielmehr ergibt sich aus den vorstehend genannten Untersuchungen, dass er insbesondere zu einem zügigen Arbeitstempo in der Lage und zu logischem Denken fähig ist, dass er eine ausreichende Konzentrationsfähigkeit und Ausdauer besitzt, dass er sich im schulischen Umfeld wohl fühlt und dass er viel Freude an der Bewegung hat.

[48] h) Auf die Ausführungen des Ast. zu einer Ermessensreduzierung der Schulleitung auf null und des sich für ihn aus § 58 III 1 HessSchG ergebenden Rechtsanspruchs auf Zurückstellung braucht der *Senat* nicht einzugehen. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen liegen schon die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Zurückstellung nicht mit der erforderlichen ganz überwiegenden Wahrscheinlichkeit vor.

[49] Lediglich ergänzend weist der *Senat* auf die Regelung in § 9 IV 3 der Verordnung über die Ausgestaltung der Bildungsgänge und Schulformen der Grundstufe, der Mittelstufe und der Abschlussprüfungen in der Mittelstufe (VOBGM) hin. Danach darf nach dem 1.12. des laufenden Schuljahres eine Zurückstellung in Ausnahmefällen nur dann erfolgen, wenn integrative Fördermaßnahmen sich nicht als ausreichend erweisen. Diese Vorgabe haben die Schulbehörden bei der Ausübung ihres Ermessens zu befolgen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Voraussetzung erfüllt sein könnte.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Aufnahme in Grundschule vgl. auch OVG *Bremen*, NVwZ-RR 2020, 490; zur Berücksichtigung von pandemiebedingter Schulschließung bei Leistungsbewertung s. OVG *Lüneburg*, NVwZ-RR 2021, 53; zur Gymnasialeignung nach Abschluss der Realschule s. VGH *München*, NVwZ-RR 2020, 602. ■

Sozial- und Gesundheitsrecht

8 Ausgleichsanspruch von Feuerwehrbeamten für über regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleisteten Bereitschaftsdienst

RL 2003/88/EG Art. 2 Nrn. 1, 2; BGB § 242

1. Der Begriff des Bereitschaftsdienstes setzt nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG in örtlicher Hinsicht voraus, dass der Beamte sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort außerhalb des Privatbereichs zu einem jederzeitigen unverzüglichen Einsatz bereitzuhalten hat.

2. Dabei ist mit der Wendung „außerhalb des Privatbereichs“ zum Ausdruck gebracht, dass der Beamte während des Bereitschaftsdienstes seinen privaten Aufenthaltsort – sei es sein Zuhause oder einen anderen Ort – nicht frei wählen und wechseln kann, dh dass er sich an einem nicht „privat“ wählbaren und wechselbaren Ort für einen jederzeitigen Einsatz bereitzuhalten hat (vgl. BVerwGE 59, 45 [47] = BeckRS 1979, 30423348 und BVerwG, NJW 1986, 1560 = Buchholz 235 § 48 BBesG Nr. 6, S. 5; wie BVerwG, Beschl. v. 20.10.2020 – 2 B 36/20, BeckRS 2020, 32902 Rn. 20).

3. Das weitere Erfordernis, dass „mit einer dienstlichen Inanspruchnahme erfahrungsgemäß zu rechnen ist“, gehört im Rahmen einer typisierenden Betrachtung zu den wesentlichen Umständen eines Bereitschaftsdienstes, ist aber keine zwingende Voraussetzung in dem Sinne, dass nach den üblichen Umständen während des Dienstes in nennenswertem Umfang dienstliche Einsätze zu erwarten sein müssen. Auf eine solche typisierende Betrachtung kommt es nicht an, wenn sich das Gepräge des „Sich-Bereit-Haltens“ für einen jederzeit möglichen Einsatz schon kraft Natur der Sache aus der spezifischen Art der im Dienst zu erfüllenden Aufgabe ergibt.

BVerwG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 B 38/20 (OVG Lüneburg)

Zum Sachverhalt: Der im Jahr 1964 geborene Kl. steht im Amt eines Hauptbrandmeisters (Besoldungsgruppe A 9) im feuerwehrtechnischen Dienst der Bekl. Er beehrte einen zeitlichen oder finanziellen Ausgleich für den im Zeitraum von Anfang Januar 2014 bis Ende August 2016 über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinaus geleisteten Dienst als „Organisatorischer Leiter Rettungsdienst“ (im Folgenden: OrgL-Dienst). Der OrgL-Dienst wird bei der Feuerwehr der bekl. Stadt in 24-Stunden-Schichten von jeweils 8:00 Uhr bis 8:00 Uhr des Folgetages abgeleistet und umfasst die Koordinierung der Versorgung der Verletzten bei Großschadenslagen mit einer Vielzahl von Verletzten. Während des OrgL-Dienstes sind die Beamten mit einem Funkgerät, einem Diensthandy und einem Dienstfahrzeug, das über eine akustische und optische Sondersignalanlage (Blaulicht und Martinshorn) verfügt, ausgestattet. Im Falle der Alarmierung haben sie sich mit diesem Dienstfahrzeug zur Rettungswache am Klinikum zu begeben, dort den Leitenden Notarzt abzuholen, mit diesem zum Einsatzort zu fahren und die örtliche Einsatzleitung zu übernehmen. Seit dem 1.1.2012 werden die OrgL-Dienste mit einem pauschalen Satz iHv 12,5 % als Freizeit oder entsprechend finanziell vergütet, wobei die tatsächlichen Einsatzzeiten als Dienstzeit angerechnet werden. Im Dezember 2013 beantragte der Kl., die über die reguläre Wochenarbeitszeit hinaus wahrgenommenen OrgL-Dienste als Arbeitszeit anzuerkennen und die Zeiten durch Gewährung von Freizeit oder hilfsweise einer finanziellen Entschädigung auszugleichen.

Die nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhobene Klage, mit der der Kl. sein Begehren für den Zeitraum ab Januar 2011

weiterverfolgte, hat das VG abgewiesen. Auf die nur bezogen auf den Zeitraum ab Januar 2014 zugelassene Berufung hat das OVG die Bekl. verpflichtet, dem Kl. für die im Zeitraum vom 1.1.2014 bis zum 31.8.2016 über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleisteten OrgL-Dienste im Umfang von 463,31 Stunden eine Entschädigung iHv 8.797,84 Euro zu gewähren; die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Bekl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: [6] Die Revision ist nicht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gem. § 132 II Nr. 1 VwGO zuzulassen.

[7] Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung iSv § 132 II Nr. 1 VwGO, wenn sie eine Frage des revisiblen Rechts von allgemeiner, über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung aufwirft, die im konkreten Fall entscheidungserheblich ist. Ein derartiger Klärungsbedarf besteht nicht, wenn die Rechtsfrage bereits geklärt ist oder auf der Grundlage der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithilfe der anerkannten Auslegungsregeln auch ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens eindeutig beantwortet werden kann (stRspr, vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 4; NVwZ 2014, 1174 = Buchholz 310 § 132 II Nr. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 9 und NVwZ-RR 2020, 933 Rn. 6).

[8] a) Die von der Beschwerde aufgeworfenen Fragen,

„ist die bundesverwaltungsgerichtliche Bereitschaftsdienst-Definition zur Abgrenzung von Bereitschaftsdienst (= Arbeitszeit) und Rufbereitschaft (= Ruhezeit) zur Abgrenzung von 'Arbeitszeit' und 'Ruhezeit' im Sinne RL 2003/88/EG nicht mehr anwendbar, soweit danach für das Vorliegen von Bereitschaftsdienst und damit 'Arbeitszeit' vorausgesetzt wird, dass sich der Verpflichtete an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort außerhalb des Privatbereichs zu einem jederzeitigen unverzüglichen Einsatz bereitzuhalten hat“,

„ist die Zeit des 'Sich-Bereit-Haltens' im Rahmen einer angeordneten Rufbereitschaft Arbeitszeit, wenn der Dienstverpflichtete sich während dieser Zeit zwar nicht an seinem Arbeitsplatz, aber in seinem privaten Bereich aufzuhalten hat“,

„können im System der Rufbereitschaft die technischen sowie dienstrechtlichen Vorgaben für die Ausübung des Dienstes bei typisierender Betrachtung eine faktische Aufenthaltsbeschränkung des Arbeitnehmers iSd 'vom Arbeitgeber bestimmten Ortes' gemäß der Entscheidung des *EuGH*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 = NJW 2018, 1073 – Matzak, als Voraussetzung für die Einordnung des Zeitraums des 'Sich-Bereit-Haltens' als 'Arbeitszeit' iSd Art. 2 RL 2003/88/EG bewirken, wenn keine ausdrückliche Bestimmung des Aufenthaltsorts durch den Arbeitgeber erfolgt“,

führen nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 132 II Nr. 1 VwGO. Die Fragen lassen sich auf der Grundlage des Urteils des *EuGH*, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 = NJW 2018, 1073 – Matzak) und der bereits ergangenen Rechtsprechung des *BVerwG* im Sinne des Berufungsurteils eindeutig beantworten, ohne dass es dafür der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf.

[9] Nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist für die Einordnung als Arbeitszeit iSd RL 2003/88/EG entscheidend, dass sich der Arbeitnehmer an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen muss, um ggf. sofort die geeigneten Leistungen erbringen zu können.

Diese Verpflichtungen, aufgrund deren der betroffene Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort während der Bereitschaftszeiten nicht frei bestimmen kann, sind als Bestandteil der Wahrnehmung seiner Aufgaben anzusehen (vgl. *EuGH*, C-151/02, Slg. 2003, I-8415 = NJW 2003, 2971 Rn. 63 – Jaeger sowie *EuGH*, C-258/10 ECLI:EU:C:2011:122 = BeckRS 2011, 80562 Rn. 53 – Grigorenv mwN). Anderes gilt, wenn der Arbeitnehmer einen Dienst nach dem System der Rufbereitschaft erbringt, die seine ständige Erreichbarkeit, nicht jedoch zugleich seine Anwesenheit am Arbeitsplatz erfordert. Selbst wenn er seinem Arbeitgeber in dem Sinne zur Verfügung steht, dass er erreichbar sein muss, kann er in dieser Situation freier über seine Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen. Unter diesen Umständen ist nur die Zeit, die für die tatsächliche Erbringung von Leistungen aufgewandt wird, als Arbeitszeit iSd RL 2003/88/EG anzusehen (vgl. *EuGH*, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 = NJW 2003, 2971 Rn. 63 = AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 7 – Jaeger).

[10] Weiter hat der *EuGH* mit Urteil vom 21.2.2018 (C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 = NJW 2018, 1073 Rn. 61 ff. – Matzak entschieden, dass der in Art. 2 RL 2003/88/EG verwendete Begriff der Arbeitszeit dahin auszulegen ist, dass er nicht die persönliche Anwesenheit und die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz voraussetzt (so in den früheren Rechtssachen: *EuGH*, C 303/98, Slg. 2000, I-7963 = AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 2 = NZA 2000, 1227 – Simapund; *EuGH*, C-151/02, Slg. 2003, I-8415 = NJW 2003, 2971 = NVwZ 2004, 79 Ls. – Jaeger; *EuGH*, C-258/10, ECLI:EU:C:2011:122 = BeckRS 2011, 80562 – Grigorenv), sondern dass der als Arbeitszeit anzusehende Bereitschaftsdienst auch an einem anderen, vom Arbeitgeber bestimmten Ort erbracht werden kann. Die Verpflichtung, persönlich an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort anwesend zu sein, sowie die Einschränkung, die sich aus geographischer und zeitlicher Sicht aus dem Erfordernis ergibt, sich innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz einzufinden, können objektiv die Möglichkeiten eines Arbeitnehmers einschränken, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen. Unter diesen Umständen ist der Begriff Arbeitszeit in Art. 2 RL 2003/88/EG dahin auszulegen, dass eine Situation darunterfällt, in der ein Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Zeit des Bereitschaftsdienstes zu Hause zu verbringen, für seinen Arbeitgeber verfügbar zu sein und sich innerhalb von acht Minuten an seinem Arbeitsplatz einfinden zu können.

[11] Diese Interpretation steht mit dem in der Rechtsprechung des *BVerwG* in örtlicher Hinsicht definierten Begriff des Bereitschaftsdienstes im Einklang. Es bedarf für eine darauf abzielende Frage nicht der Durchführung eines Revisionsverfahrens. Sie kann auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerwG* eindeutig beantwortet werden.

[12] Danach liegt Bereitschaftsdienst vor, wenn der Beamte sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort außerhalb des Privatbereichs zu einem jederzeitigen unverzüglichen Einsatz bereitzuhalten hat und erfahrungsgemäß mit einer dienstlichen Inanspruchnahme zu rechnen ist (*BVerwGE* 59, 45 [47] = BeckRS 1979, 30423348; *BVerwGE* 59, 176 [181] = BeckRS 1979, 30426427; *BVerwG*, NJW 1986, 1560 = Buchholz 235 § 48 BBesG Nr. 6, S. 5; Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 28, S. 3; Buchholz 240.1 BBesO Nr. 17, S. 20 = NVwZ-RR 1996, 518 Ls. = BeckRS 1996, 21610; NVwZ 2004, 1255 = Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 8, S. 3; NVwZ-RR 2009, 525 = Buchholz 240.01 BBesO Nr. 31 Rn. 14 u. 17; *BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643 Rn. 12 und *BVerwGE* 156, 262 = NVwZ-RR 2017, 458 Rn. 15). Dabei ist unter dem vom *BVerwG* verwendeten Begriff des Privatbereichs – entgegen der Annahme des BerGer. – nicht zwingend der Wohnsitz oder der häusliche Bereich des betroffenen Beamten zu verstehen. Wie sich aus dem Kontext der in Bezug genommenen Entscheidungen des *BVerwG* entnehmen lässt, ist mit der Wendung „außerhalb des Privat-

bereichs“ zum Ausdruck gebracht, dass der Beamte während des Bereitschaftsdienstes seinen privaten Aufenthaltsort – sei es sein Zuhause oder einen anderen Ort – nicht frei wählen und wechseln kann (*BVerwGE* 59, 45 [47] = BeckRS 1979, 30423348 und *BVerwGE* 59, 176 [181] = BeckRS 1979, 30426427). Er hat sich an einem vom Dienstherrn bestimmten und damit an einem nicht „privat“ frei wählbaren und wechselbaren Ort für einen jederzeitigen Einsatz bereitzuhalten (vgl. *BVerwG*, NJW 1986, 1560 = Buchholz 235 § 48 BBesG Nr. 6, S. 5 und NVwZ 2004, 1255 = Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 8, S. 3).

[13] Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob die Bindung des Beamten an einen Aufenthaltsort aus einer ausdrücklichen dienstlichen Anordnung des Dienstherrn folgen muss oder sich – wie im vorliegenden Fall – aus den Dienst ausgestaltenden Vorgaben des Dienstherrn ergeben kann, ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens im Sinne des Berufungsurteils eindeutig beantwortet werden. Die Forderung nach einer ausdrücklichen Anordnung des Dienstherrn an den Beamten, sich zu Hause oder im häuslichen Bereich aufzuhalten, liefe auf eine formalisierte Betrachtungsweise hinaus. Ein solch formales Kriterium widerspräche offenkundig dem Ziel RL 2003/88/EG, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem ihnen Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden (vgl. *EuGH*, C 303/98, Slg. 2000, I-7963 = AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 2 = NZA 2000, 1227 Rn. 49 – Simap). Vor diesem Hintergrund bedarf die aufgeworfene Frage auch keiner Beantwortung durch eine Vorabentscheidung des *EuGH*.

[14] Ebenso wenig besteht Anlass, die Entscheidung des *EuGH* über die Vorabentscheidungsersuchen in den Rechtssachen C-344/19 und C-580/19 abzuwarten. Denn beide Vorlageverfahren betreffen andere Fallkonstellationen. In dem Vorlageverfahren C-344/19 geht es um die Frage, wie Arbeitszeit und Ruhezeit abzugrenzen sind, wenn allein die besondere geographische Lage des Arbeitsplatzes im Hochgebirge einem spezialisierten Sendetechniker die tägliche Rückkehr nach Hause („ins Tal“) unmöglich macht oder erschwert. Das Vorlageverfahren C-580/19 betrifft die Frage, ob die Zeiten eines Feuerwehrbeamten als Arbeitszeit oder Ruhezeit anzusehen sind, in denen er, ohne sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort aufhalten zu müssen, verpflichtet ist, ständig erreichbar zu sein und ggf. im Fall eines Rufs innerhalb von 20 Minuten tätig zu werden (vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts beim *EuGH* *Pitruzzella* vom 6.10.2020).

[15] b) Auch die von der Beschwerde bezeichnete Frage,

„ist die bundesverwaltungsgerichtliche Bereitschaftsdienst-Definition zur Abgrenzung von Bereitschaftsdienst (= Arbeitszeit) und Rufbereitschaft (= Ruhezeit) aufgrund der unionsrechtlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung von ‘Arbeitszeit’ und ‘Ruhezeit’ iSd RL 2003/88/EG nicht mehr anwendbar, soweit danach für das Vorliegen von Bereitschaftsdienst und damit ‘Arbeitszeit’ vorausgesetzt wird, dass mit der dienstlichen Inanspruchnahme des Verpflichteten erfahrungsgemäß gerechnet werden muss“,

führt nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 132 II Nr. 1 VwGO). Diese Frage kann auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerwG* eindeutig beantwortet werden, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf.

[16] Nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerwG* gehört es – neben dem unter a) erörterten Kriterium der vom Dienstherrn angeordneten Beschränkung des Aufenthaltsorts

– zur Begriffsbestimmung des Bereitschaftsdienstes, dass „mit einer dienstlichen Inanspruchnahme erfahrungsgemäß zu rechnen ist“ (*BVerwG*, NVwZ 2004, 1255 = Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 8, S. 3; NVwZ-RR 2009, 525 = Buchholz 240.01 BBesO Nr. 31 Rn. 14 u. 17; *BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643 Rn. 12 sowie *BVerwGE* 156, 262 = NVwZ-RR 2017, 458 Rn. 15). Dieses Merkmal ist – entgegen der Annahme des BerGer. – indes nicht im Sinne einer zwingenden Voraussetzung dahin zu verstehen, dass nach den üblichen Umständen während des Dienstes in nennenswertem Umfang Einsätze zu erwarten sein müssen. Die Häufigkeit der dienstlichen Inanspruchnahme kann allerdings nach der in den oa Entscheidungen angestellten typisierenden Betrachtung ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Annahme von Arbeitszeit in Form von Bereitschaftsdienst sein.

[17] Nach der Rechtsprechung des *Senats* wird mit dem Kriterium der erfahrungsgemäßen Häufigkeit der dienstlichen Inanspruchnahme das Wesen des Bereitschaftsdienstes umschrieben, nämlich des „Sich-Bereit-Haltens“ des Beamten für einen jederzeit möglichen Einsatz; dieses „Sich-Bereit-Halten“ ist für den Bereitschaftsdienst prägend. Wie sich aus dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Ur. v. 22.1.2009 (NVwZ-RR 2009, 525 = Buchholz 240.01 BBesO Nr. 31 Rn. 14, 17 und 20 [zu Freiwachen bei Streifenfahrten auf der Ostsee]) ergibt, hat diese Rechtsprechung ihren Ausgangspunkt in der Aussage, dass Bereitschaftsdienst vorliegt, wenn während der fraglichen Zeit dienstliche Einsätze der Beamten zur Wahrnehmung regelmäßig anfallender Aufgaben unabdingbar oder doch vom Dienstherrn eingeplant sind. Dies beurteilt sich nach der Art der Aufgaben und der organisatorischen Gestaltung des Dienstbetriebs. In diesem Zusammenhang hat der *Senat* zwar ausgeführt, dass es deshalb maßgeblich auf die im Regelfall zu erwartende Häufigkeit der dienstlichen Inanspruchnahme während der Dienste ankommt. Denn danach entscheidet sich, ob während dieser Zeiten typischerweise mit nennenswerten Einsätzen zu rechnen ist, die den Diensten das Gepräge eines „Sich-Bereit-Haltens“ für einen jederzeit möglichen Einsatz geben, oder ob sich diese Zeiten bei wertender Betrachtung als Freizeit oder als eine Form der Rufbereitschaft darstellen, die allenfalls sporadisch von Einsätzen unterbrochen wird. Es liegt aber auf der Hand, dass es auf eine solche typisierende Gesamtbetrachtung der Häufigkeit tatsächlicher Einsätze nicht ankommt, wenn sich das Gepräge des „Sich-Bereit-Haltens“ für einen jederzeit möglichen Einsatz schon kraft Natur der Sache aus der spezifischen Art der im Dienst zu erfüllenden Aufgabe ergibt. In diesem Fall ist der Umfang der tatsächlichen dienstlichen Inanspruchnahme ohne Relevanz (vgl. *BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643 Rn. 12).

[18] Nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer., von denen der *Senat* mangels durchgreifender Verfahrensrügen auszugehen hat (vgl. dazu unter 4.), trifft dies für die Aufgabe des jeweiligen „Organisatorischen Leiters Rettungsdienst“ ohne Weiteres zu. Er muss bei Großschadenslagen mit einer Vielzahl von Verletzten zur sofortigen Einsatzübernahme und -leitung am Einsatzort zur Verfügung stehen. Großschadenslagen sind nicht vorhersehbare, jederzeit mögliche Ereignisse, bei denen es um die Abwehr akuter Gefahren für Leib und Leben der verletzten Personen geht. Auch wenn es tatsächlich nur selten zu solchen Ereignissen kommt, ist die technisch-organisatorische Koordinierung der Versorgung der Verletzten durch eine örtliche Einsatzleitung dafür unabdingbar. Für diese Aufgabe und in dieser Konstellation ist die Häufigkeit der tatsächlichen Inanspruchnahme ohne Bedeutung.

[19] c) Schließlich sieht die Beschwerde als rechtsgrundsätzlich die Frage an,

„erfolgt die Abgrenzung von ‘Arbeitszeit’ und ‘Ruhezeit’ iSd RL 2003/88/EG für die Unterscheidung für das Vorliegen von ‘Bereitschafts-

dienst’ und ‘Rufbereitschaft’, ohne dass der Arbeitnehmer sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort während der Zeit des ‘Sich-Bereit-Haltens’ aufzuhalten hat, danach, wie stark die Möglichkeiten des Betroffenen (sind), sich während der Zeit des ‘Sich-Bereit-Haltens’ seinen persönlichen und sozialen Interessen widmen zu können, aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls objektiv eingeschränkt werden“,

bejahendenfalls die weitere Frage,

„kann für die Abgrenzung von ‘Arbeitszeit’ und ‘Ruhezeit’ iSd RL 2003/88/EG aufgrund der aus den jeweiligen Umständen des Einzelfalls folgenden objektiven Einschränkung der Möglichkeiten des Betroffenen, sich während der Zeit des ‘Sich-Bereit-Haltens’ seinen persönlichen und sozialen Interessen widmen zu können, ohne dass der Arbeitnehmer sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort während der Zeit des ‘Sich-Bereit-Haltens’ aufzuhalten hat, dahingehend unterschieden werden, dass während der Zeit des ‘Sich-Bereit-Haltens’ Zeiten objektiv erheblicher Einschränkungen als ‘Arbeitszeit’ und Zeiten objektiv nicht erheblicher Einschränkungen als ‘Ruhezeit’ zu werten sind“,

und bejahendenfalls die weitere Frage,

„können während des Zeitraums des ‘Sich-Bereit-Haltens’, der – ohne dass sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten hat – alleine aufgrund der objektiven Möglichkeit der Einschränkung, dass der Arbeitnehmer seinen persönlichen Interessen nicht nachgehen kann, als ‘Arbeitszeit’ iSd RL 2003/88/EG zu bewerten ist, diejenigen Zeiträume, in denen objektiv eine unterschiedliche Intensität der Möglichkeit der Einschränkung der Freizeitgestaltung besteht, abhängig von der jeweiligen Schwere der Einschränkung unterschiedlich entlohnt werden“.

[20] Diese Fragen haben keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung, weil sie sich im angestrebten Revisionsverfahren nicht stellen würden. Denn die Beschwerde geht bei ihren Fragen von der Prämisse aus, dass es für die Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit und Rufbereitschaft als Ruhezeit nicht darauf ankommt, ob sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten hat. Davon ist aber nicht auszugehen. Vielmehr setzt Arbeitszeit in Form des Bereitschaftsdienstes im Gegensatz zur Rufbereitschaft als Ruhezeit voraus, dass sich der Beamte während des Dienstes an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort aufzuhalten hat.

[21] 3. Die Revision ist nicht wegen der von der Beschwerde geltend gemachten Divergenz (§ 132 II Nr. 2 VwGO) zuzulassen.

[22] Eine die Revision eröffnende Divergenz ist nur dann iSd § 133 III 3 VwGO hinreichend bezeichnet, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, der im Widerspruch zu einem Rechtssatz steht, den das *BVerwG* oder ein anderes divergenzfähiges Gericht – im Bereich des Beamtenrechts auch ein anderes OVG (§ 127 Nr. 1 BRRG iVm § 63 III 2 BeamStG) – in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellt hat (stRspr, vgl. *BVerwG*, NJW 1989, 3107 = Buchholz 130 § 8 RuStAG Nr. 32, S. 5 f. = NVwZ 1989, 1177 Ls.; NJW 1997, 3328 = Buchholz 310 § 133 [nF] VwGO Nr. 26, S. 14; Buchholz 11 Art. 33 II GG Nr. 84 = BeckRS 2017, 137021 Rn. 6 und NVwZ 2019, 1675 = Buchholz 245 LandesBesR Nr. 21 Rn. 44).

[23] a) In Bezug auf die geltend gemachte Abweichung des Berufungsurteils von den Urteilen des *BVerwG* vom 25.10.1979 (*BVerwGE* 59, 45 [47] = BeckRS 1979, 30423348); vom 12.12.1979 (*BVerwGE* 59, 176 [181] = BeckRS 1979, 30426427), vom 9.5.1985 (NJW 1986, 1560 = Buchholz 235 § 48 BBesG Nr. 6, S. 4 f.), vom 29.1.1987 (Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 28, S. 3) und vom 21.3.1996 (Buchholz 240.1 BBesO Nr. 17, S. 20 = NVwZ-RR 1996, 518 Ls. =

BeckRS 1996, 21610) ist die Beschwerde unzulässig. Sie liegt nicht dar, dass das BerGer. in Anwendung derselben Rechtsvorschrift von einem durch das *BVerwG* in diesen Entscheidungen aufgestellten Rechtssatz mit einem widersprechenden Rechtssatz abgerückt ist. Anders als die Entscheidung des BerGer. haben die von der Beschwerde herangezogenen Entscheidungen nicht den beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch für Zuvielarbeit zum Gegenstand. Das *BVerwG* hat erstmals in seiner Entscheidung vom 28.5.2003 (Buchholz 232 § 72 BBG Nr. 38, S. 6 f. = BeckRS 2004, 20580) angenommen, dass ein solcher Anspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herzuleiten ist.

[24] Auch die von der Beschwerde zitierten, nach diesem Urteil ergangenen Entscheidungen vom 29.4.2004 (NVwZ 2004, 1255 = Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 8) und vom 22.1.2009 (NVwZ-RR 2009, 525 = Buchholz 240.01 BBesO Nr. 31) befassen sich nicht mit dem beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch für Zuvielarbeit. Sie betreffen einen Anspruch nach der Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte des Bundes (BMVergV) und einen Anspruch nach der Verordnung über die Gewährung von Erschwerniszulagen (EZuLV).

[25] b) Im Hinblick auf die geltend gemachte Abweichung des Berufungsurteils von den Urteilen des *BVerwG* vom 29.9.2011 (*BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643) und vom 17.11.2016 (*BVerwGE* 156, 262 = NVwZ-RR 2017, 458) ist die Divergenzrüge unbegründet. Denn das OVG ist nicht rechtssatzmäßig von diesem Urteil abgewichen.

[26] Das BerGer. hat den abstrakten Rechtssatz aufgestellt, dass die Frage, ob ein Dienst als Bereitschaftsdienst und damit Arbeitszeit im Sinne der RL 2003/88/EG einzustufen ist, maßgeblich davon abhängt, ob sich der Beamte während des Dienstes an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen muss, um ggf. sofort/unverzüglich die geeigneten Leistungen erbringen zu können. Den „vom Arbeitgeber bestimmten Ort“ hat es dahin definiert, dass dies auch der Wohnsitz des Beamten sein kann. Diese Rechtssätze des BerGer. widersprechen nicht der Definition des Bereitschaftsdienstes, die das *BVerwG* in den von der Beschwerde bezeichneten Entscheidungen angenommen hat. Wie dargestellt, kann nach der Rechtsprechung des *Senats* Bereitschaftsdienst auch dann vorliegen, wenn sich der Beamte an seinem Wohnsitz zu einem jederzeit unverzüglichen Einsatz bereitzuhalten hat (vgl. Rn. 12), ohne dass es auf die Häufigkeit der tatsächlichen dienstlichen Inanspruchnahme zwingend ankommt (vgl. Rn. 16). Eine etwaige fehlerhafte Anwendung von Rechtssätzen, die das *BVerwG* in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat, durch das OVG vermag eine Divergenzrüge nicht zu begründen (stRspr, vgl. *BVerwG*, Buchholz 236.0 § 11 BPolBG Nr. 1 = BeckRS 2018, 33824 Rn. 19 mwN).

[27] c) Die Divergenzrüge ist auch in Bezug auf die von der Beschwerde geltend gemachte Abweichung des Berufungsurteils vom Urteil des *Senats* vom 17.11.2016 (*BVerwGE* 156, 262 = NVwZ-RR 2017, 458) und Urteil vom 30.10.2018 (NVwZ-RR 2019, 329 = Buchholz 232.2 § 2 AZV Nr. 2) zum Vorliegen einer Rufbereitschaft unbegründet. Hinsichtlich der letztgenannten Entscheidung liegt schon deshalb keine Divergenz vor, weil die Ausführungen des *Senats* zur Rufbereitschaft nicht entscheidungserheblich waren (*BVerwG*, NVwZ-RR 2019, 329 Rn. 13). Im Übrigen ist kein Widerspruch zur Rechtsprechung des *Senats* festzustellen. Während der Rufbereitschaft besteht für den Beamten – anders als beim Bereitschaftsdienst – keine Pflicht, sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort aufzuhalten (*BVerwG*, NVwZ-RR 2017, 458 Rn. 23 u. 28 f. und NVwZ-RR 2019, 329 Rn. 13 u. 15).

[28] d) Weiter liegt keine Abweichung des Berufungsurteils von den Urteilen des *BVerwG* vom 29.9.2011 (*BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643), vom 17.11.2016 (*BVerwGE* 156, 262 = NVwZ-RR 2017, 458) und vom 30.10.2018 (NVwZ-RR 2019, 329 = Buchholz 232.2 § 2 AZV Nr. 2)

vor, soweit die Beschwerde geltend macht, das OVG habe ein zusätzliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft aufgestellt, nämlich dass die Abgrenzung beider Dienste davon abhängt, in welchem Umfang sich Einschränkungen für den Beamten ergäben, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen widmen zu können. Das BerGer. hat dieses Kriterium bei der Definition des Begriffs des Bereitschaftsdienstes nicht benannt. Der in der Beschwerde zitierte Rechtssatz lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Das BerGer. hat auch bei der Prüfung der Bindung des Beamten an einen vom Dienstherrn bestimmten Ort nicht auf dieses Kriterium abgestellt. Es hat angenommen, dass sich die Bindung des Beamten an einen bestimmten Ort aus technischen und (dienst-)rechtlichen Vorgaben zur Gestaltung des Dienstes in örtlicher und zeitlicher Hinsicht ergeben könne, und eine solche Bindung unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls angenommen. Lediglich im Rahmen der Einzelfallwürdigung ist das OVG auf das Vorbringen der Bekl. eingegangen und hat sich mit ihrem Einwand auseinandergesetzt, dass den Beamten trotz der technischen und (dienst-)rechtlichen Vorgaben eine so große Anzahl denkbarer Freizeitaktivitäten verbleibe, dass von einer faktischen Aufenthaltsbeschränkung auf den häuslichen Bereich nicht ausgegangen werden könne.

[29] e) Soweit die Beschwerde eine Abweichung von der Entscheidung des *EuGH* (C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 = NJW 2018, 1073 Rn. 61 ff. – Matzak) geltend macht, übersieht sie schon, dass dieser nicht zu den in § 132 II Nr. 2 VwGO angeführten Gerichten gehört. Angesichts der eindeutigen Aufzählung ist für eine analoge Anwendung der Vorschrift kein Raum (*BVerwG*, Buchholz 401.68 Vergnügungssteuer Nr. 48 = BeckRS 2010, 47305 Rn. 2 und Beschl. v. 29.3.2011 – 7 B 76/10, BeckRS 2011, 49836 Rn. 10).

[30] Die von der Beschwerde für klärungsbedürftig gehaltene europarechtliche Fragestellung vermittelt der Rechtssache im Übrigen auch keine grundsätzliche Bedeutung (vgl. Rn. 13).

[31] f) Die Rüge hinsichtlich der behaupteten Divergenz zur Entscheidung des OVG *Koblenz* vom 28.1.2019 (DÖD 2019, 151 = BeckRS 2019, 2487) ist ebenfalls unzulässig. Die Beschwerde zeigt eine Rechtssatzdivergenz nicht auf. Abgesehen davon, dass sich die Entscheidung des OVG *Koblenz* allein auf den europarechtlichen Ausgleichs- oder Haftungsanspruch stützt, ist der von der Beschwerde zitierte Rechtssatz zur Höhe des Anspruchs (vgl. OVG *Koblenz*, Ur. v. 28.1.2019 – 2 A 10719/18 = BeckRS 2019, 2487 Rn. 65 [insoweit nicht abgedruckt in DÖD, 2019, 151]) nicht entscheidungstragend.

[32] Das OVG *Koblenz* hat der Rechtsprechung des *EuGH* (*EuGH*, C-518/15, NJW 2018, 1073 Rn. 59 ff. = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 – Matzak) folgend und damit in Übereinstimmung mit dem BerGer. angenommen, dass es für die Zuordnung der Rufbereitschaft zur Ruhezeit in Abgrenzung zum Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit vor allem darauf ankomme, dass sich der Beamte während der Rufbereitschaft frei bewegen könne und nicht – wie im Bereitschaftsdienst – an einem vom Dienstherrn zuvor festgelegten Ort aufzuhalten habe. Dabei ist es im Rahmen der Einzelfallwürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass die dort streitgegenständliche sog. Führungsdienstbereitschaft der Feuerwehr Rufbereitschaftsdienstzeit und nur in dem Umfang zeitlich oder finanziell auszugleichen sei, in dem der Beamte tatsächlich in Anspruch genommen worden sei (vgl. OVG *Koblenz*, Ur. v. 28.1.2019 – 2 A 10719/18, BeckRS 2019,

2487 Rn. 56 ff., 64). Lediglich im Übrigen hat das OVG darauf hingewiesen, dass sich aus dem europarechtlichen Haftungs- oder Ausgleichsanspruch keine höhere Vergütung ergäbe, wenn die sog. Führungsdienstbereitschaft als Arbeitszeit iSd Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG anzusehen wäre. Nur in diesem Zusammenhang hat es ausgeführt, dass die Bestimmung der Höhe der Zahlungsverpflichtung dem nationalen Gesetzgeber oder dem Dienstherrn obliege (vgl. *OVG Koblenz*, Urt. v. 28.1.2019 – 2 A 10719/18 Rn. 65 [insoweit nicht abgedruckt in DÖD 2019, 151]).

[33] Unabhängig davon entspricht es der ständigen Rechtsprechung des *Senats*, dass die als Arbeitszeit zu qualifizierenden Zeiten des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang durch Freizeit oder eine finanzielle Entschädigung auszugleichen sind. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Bestimmung von Art und Höhe einer Entschädigung für Zuvielarbeit nach der Rechtsprechung des *EuGH* (vgl. Urt. v. 5.5.1996 – C-46/93 und 48/93, Slg. 1996, I-1029 = NJW 1996, 1267 Rn. 82 f. – Brasserie du pêcheur und Factortame; *EuGH*, C 429/09, NZA 2011, 53 = AP RL 2003/88/EG Nr. 4 Rn. 91 ff. – Fuß und *EuGH*, C-518/15, NJW 2018, 1073 Rn. 51 f. = AP RL 2003/88/EG Nr. 22 – Matzak) dem nationalen Recht vorbehalten ist (vgl. *BVerwGE* 140, 351 = NVwZ 2012, 643 Rn. 17; *BVerwGE* 143, 381 = NVwZ-RR 2012, 972 Rn. 30 f., 36 f., 40; *BVerwG*, NVwZ 2016, 1417 = Buchholz 232.0 § 87 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 67 und *BVerwGE* 161, 377 = NVwZ 2018, 1314 Rn. 43).

[34] 4. Schließlich ist die Revision nicht wegen des von der Beschwerde geltend gemachten Verfahrensfehlers (§ 132 II Nr. 3 VwGO) zuzulassen. Das Gehörsrecht der Bekl. ist nicht verletzt.

[35] Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG, § 108 II VwGO verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen und Anträge der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen zu befassen. Dagegen gewährt Art. 103 I GG keinen Schutz gegen gerichtliche Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Bet. aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (vgl. *BVerfGE* 96, 205 [216 f.] = NJW 1997, 2310 = AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Nr. 66 = NVwZ 1997, 989 Ls. mwN; *BVerwG*, Beschl. v. 20.7.2020 – 2 B 33/20, BeckRS 2020, 19879 Rn. 5 mwN).

[36] Die Bekl. hat im Berufungsverfahren vorgetragen, für den Kl. hätten sich aus den Vorgaben für den Dienst keine gravierenden Einschränkungen ergeben, sich anderweitigen persönlichen oder sozialen Tätigkeiten widmen zu können, weil er nicht 20 Fahrminuten, sondern nur 6 Fahrminuten vom Klinikum entfernt wohne. Das BerGer. hat diesen Sachvortrag aus Gründen des materiellen Rechts unberücksichtigt lassen können. Wie ausgeführt, kommt es nach der Rechtsauffassung des BerGer. für die Abgrenzung des Bereitschaftsdienstes von der Rufbereitschaft nicht auf die Intensität der Einschränkung von Freizeitmöglichkeiten als zusätzliches Abgrenzungskriterium entscheidungserheblich an. Bei der nach Auffassung der Vorinstanz dafür maßgebenden Frage, ob sich eine Bindung der diensthabenden Beamten an einen bestimmten Ort aus den Vorgaben des Dienstherrn zur Gestaltung des Dienstes ergab, hat das BerGer. seine Entscheidung auf eine typisierende Betrachtung gestützt. Es hat darauf abgestellt, dass die Bekl. für die Bewerbungen um die Aufgabe des „Organisatorischen Leiters Rettungsdienst“ ein Anforderungsprofil vorgesehen hat, das eine max. 20-Minuten-Fahrzeitzone zwischen dem Wohnort des Bewerbers und

der Rettungswache zwingend vorschreibt. Die individuellen Wohnverhältnisse waren für das OVG nicht entscheidungserheblich.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Dienstbefreiung für Mehrarbeit vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2014, 201; zum Arbeitszeitabzug bei Dienstplanänderung s. *VGH München*, NVwZ-RR 2016, 917. ■

9 Kostenbeitrag im Jugendhilferecht für Einkommen aus einer Werkstatt für behinderte Menschen

SGB VIII §§ 1 I, 7 I Nr. 3, 34, 41 I 1, 92 I Nrn. 1 u. 2, 93 I 3, II, III, IV 1, 94 VI 1, 2 u. 3

1. Für die Berechnung des Kostenbeitrags, den junge Menschen bei vollstationären Leistungen der Jugendhilfe einzusetzen haben, ist gemäß § 93 IV 1 SGB VIII das durchschnittliche Monatseinkommen des Vorjahres maßgeblich.

2. Der Jugendhilfeträger hat gemäß § 94 VI 2 SGB VIII nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob er von der Erhebung eines Kostenbeitrags ganz oder teilweise absieht, wenn das Einkommen aus einer Tätigkeit in einer Werkstatt für behinderte Menschen stammt, die dem Zweck der Jugendhilfeleistung dient.

BVerwG, Urt. v. 11.12.2020 – 5 C 9/19 (*OVG Bautzen*)

Anm. d. Schriftltg.: Der Entscheidung ist im Volltext veröffentlicht in BeckRS 2020, 44249. – Zur jugendhilferechtlichen Förderung der schwerbehindertenrechtlichen Ausgleichsabgabe s. *BVerwG*, NVwZ-RR 2018, 310 Ls. = BeckRS 2017, 139143; zur Ausschlussfrist für Geltendmachung eines jugendhilferechtlichen Kostenerstattungsanspruchs s. *BVerwG*, NVwZ-RR 2017, 787; zur Verweisung an das Verwaltungsgericht bei möglichem Bestehen jugendhilfe- und sozialhilferechtlicher Ansprüche s. *BVerfG*, NVwZ-RR 2016, 361. ■

10 Eilverkündung einer Corona-Schutz-VO im Internet

GG Art. 3; IfSG §§ 28, 28 a III, 32; NdsVZustG § 1 IV 1, 3; VwGO § 47 VI

1. Eine Eilverkündung „auf der Internetseite www.niedersachsen.de/verkuendung“ nach § 1 IV 1 NdsVOZustG erfordert nicht, dass der Verordnungstext unmittelbar auf dieser Internetseite zu erkennen ist.

2. § 1 IV 3 NdsVOZustG, wonach eine eilverkündete Verordnung zusätzlich im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu verkünden ist, stellt eine bloße Ordnungsvorschrift dar, deren mangelnde Beachtung durch den Verordnungsgeber die Wirksamkeit der Eilverkündung nicht berührt.

3. „Umfassende“ Schutzmaßnahmen iSd § 28 a III 5 IfSG sind nicht erst dann gegeben, wenn alle in § 28 a I IfSG beispielhaft genannten Schutzmaßnahmen oder gar alle Lebensbereiche vollständig erfassende und jedwedes Handeln berührende staatliche Maßnahmen ergriffen worden sind. Schutzmaßnahmen sind schon dann umfassend, wenn sie zu „schwerwiegenden Einschränkungen des öffentlichen Lebens“ führen.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.3.2021 – 13 MN 70/21

Anm. d. Schriftltg.: Die Entscheidung ist im Volltext veröffentlicht in BeckRS 2021, 4254. – Zum Verhältnis Infektionsschutzgesetz zu Versammlungsgesetz s. *OVG Münster*, NVwZ-RR 2021, 162; zur Information zu gemeindebezogenen Corona-Infektionszahlen s. *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2021, 363. ■

Recht des öffentlichen Dienstes

11 Vorläufige Dienstenthebung eines Beamten

BWDG §§ 2, 22 I 1 Nr. 1, 23 VI; VwGO §§ 86 I 1, 108 I 1, 132 II Nr. 1, 3; BWAGVwGO § 22 S. 1

Die gerichtliche Überprüfung der vorläufigen Dienstenthebung gemäß § 22 I 1 Nr. 1 BWDG im Rahmen einer Anfechtungsklage hat auf der Grundlage der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegenden Erkenntnisse und vorhandenen Ermittlungsergebnisse des Disziplinarverfahrens unter Berücksichtigung und Würdigung der dafür angeführten Beweismittel oder noch zur Auswertung in Betracht kommender Beweismittel zu erfolgen. Maßgebend ist die zu diesem Zeitpunkt bestehende Sach- und Beweislage; dies schließt die Erhebung und Würdigung so genannter präsender Beweismittel (präsenste Zeugen oder sonstige herbeigeschaffte sachliche Beweismittel) ein.

BVerwG, Beschl. v. 25.2.2021 – 2 B 69/20 (VGH Mannheim)

Zum Sachverhalt: Der 1962 geborene Kl. steht im Amt eines Stadtamtsinspektors (Besoldungsgruppe A 9) im Dienst der beklagten Stadt. Seit Januar 2015 oblag ihm die Leitung der Grundbucheinsichtsstelle sowie das Führen der Zahlstelle. Im Februar 2017 übertrug die Bekl. dem Kl. eine Sachbearbeiterstelle beim Hauptamt – Abteilung für Zentrale Dienste (Archiv) – mit einem Arbeitskraftanteil von 75 %, mit dem übrigen Arbeitskraftanteil verblieb der Kl. bei der Grundbucheinsichtsstelle. Im August 2017 stellte die Bekl. Strafanzeige gegen den Kl. wegen der Unterschlagung von Kassenbeständen und leitete ein Disziplinarverfahren ein. Mit Bescheid vom 5.12.2017 entthob sie den Kl. vorläufig des Dienstes. Mit weiterem Bescheid vom 15.1.2018 verfügte die Bekl. den Einbehalt von 20 % der monatlichen Dienstbezüge des Kl. Nachdem die Staatsanwaltschaft im Januar 2018 das Ermittlungsverfahren nach § 154 I StPO zum Teil eingestellt hatte, soweit es nicht mehr datier- und bezifferbare (Kassen-)Barentnahmen im Gesamtwert von etwa 300 Euro betraf, wurde der Kl. mit rechtskräftigem Urteil des AG vom 1.2.2018 wegen Untreue zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 45 Euro verurteilt. Das AG legte dem Kl. zur Last, zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt im Juni 2017 aus der Bargeldkasse der Grundbucheinsichtsstelle einen nicht mehr genau bestimmbareren Betrag von mindestens 650 Euro für eine private Heizungsreparatur entnommen zu haben, obwohl er gewusst habe, dass er dazu nicht befugt sei, und er dadurch gegen seine Pflicht zu ordnungsgemäßer Verwaltung der Gebühreneinnahmen als Teil des ihm anvertrauten Aufgabenkreises verstoße. Hierdurch habe er dem Vermögen des Berechtigten einen Nachteil zugefügt, was er gewusst habe. Er habe bei der Entnahme des Geldes beabsichtigt, es bis zur nächsten Abrechnung zurückzuzahlen. Bei einer im August 2017 ohne Ankündigung durchgeführten Kassenprüfung habe sich ein Fehlbestand iHv 1.032,82 Euro ergeben. Die Rückzahlung dieses Betrags sei im September 2017 erfolgt. Der Kl. hat gegen die vorläufige Dienstenthebung Klage erhoben.

Das VG hat der Klage stattgegeben, das BerGer. die Klage abgewiesen. Die Beschwerde des Kl. gegen die Nichtzulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: [8] 2. Die Revision ist nicht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 2 BWDG iVm § 132 II Nr. 1 VwGO) zuzulassen.

[9] Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung iSv § 132 II Nr. 1 VwGO, wenn sie eine Frage des revisiblen Rechts von allgemeiner, über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung aufwirft, die im konkreten Fall entscheidungserheblich ist. Ein derartiger Klärungsbedarf besteht nicht, wenn die Rechtsfrage bereits geklärt ist oder auf der Grundlage

der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithilfe der anerkannten Auslegungsregeln auch ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens eindeutig beantwortet werden kann (stRspr, vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 4; NVwZ 2014, 1174 = Buchholz 310 § 132 II Nr. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 9 und NVwZ-RR 2020, 933 Rn. 6).

[10] a) Die von der Beschwerde bezeichnete Frage,

„inwieweit hat das im Rahmen des Hauptsacheverfahrens über die Aussetzung einer vorläufigen Dienstenthebung entscheidende Gericht eine eigene Tatsachengrundlage zu schaffen und inwiefern kann es seine Entscheidung auf die Erkenntnisse aus dem behördlichen Disziplinarverfahren stützen“,

rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 132 II Nr. 1 VwGO.

[11] Die von der Beschwerde formulierte Fragestellung führt nicht auf eine rechtsgrundsätzlich klärungsfähige Frage iSv § 132 I Nr. 1 VwGO. Sie zielt in erster Linie auf die den Tatsachengerichten vorbehaltene Klärung der tatsächlichen Verhältnisse und die Sachverhalts- und Beweiswürdigung ab. Die Frage, in welchem Umfang den Ermittlungsergebnissen des behördlichen Disziplinarverfahrens bei der gerichtlichen Überprüfung einer vorläufigen Dienstenthebung Beweiskraft beizumessen ist, und die Frage, ob und in welchem Umfang diese Ermittlungsergebnisse durch ggf. neu vorliegende Erkenntnisse oder Beweismittel an Beweiskraft verloren haben, sind nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu beurteilen und einer verallgemeinerungsfähigen, rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich.

[12] b) Soweit die Beschwerdebegründung dahin zu verstehen sein sollte, dass sie sinngemäß auf die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt der gerichtlichen Überprüfung der vorläufigen Dienstenthebung und nach dem Maß der gerichtlichen Ermittlungspflicht (§ 86 I 1 VwGO) abzielt, ist die Revision auch nicht mit diesem Verständnis der oben wiedergegebenen Fragestellung nach § 132 II Nr. 1 VwGO zuzulassen. Diese Frage lässt sich auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts mithilfe der allgemeinen Auslegungsregeln und anhand der bisherigen Rechtsprechung des *BVerwG* im Sinne des Berufungsurteils beantworten, ohne dass es hierzu einer revisionsgerichtlichen Überprüfung bedarf.

[13] aa) Der Rechtsschutz gegen eine vorläufige Dienstenthebung nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG richtet sich mangels spezieller Regelungen im Landesdisziplinalgesetz nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung. Statthafte Klage gegen die als Verwaltungsakt (§ 35 BWVwVfG) zu qualifizierende vorläufige Dienstenthebung ist die Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO). Der Anfechtungsklage kommt nach § 23 V BWDG keine aufschiebende Wirkung zu. Deshalb kann der betroffene Beamte daneben gegen die kraft Gesetzes sofort vollziehbare vorläufige Dienstenthebung gem. § 80 V Alt. 1 VwGO um einstweiligen Rechtsschutz nachsuchen.

[14] Im Hauptsacheverfahren ist für die gerichtliche Überprüfung der vorläufigen Dienstenthebung nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG durch die Verwaltungsgerichte auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abzustellen. In der Rechtsprechung des *BVerwG* ist entschieden, dass sich der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes nicht nach dem Prozessrecht, sondern nach dem jeweiligen

materiellen Recht richtet (*BVerwGE* 97, 214 [220] = *NJW* 1995, 1371 = *NVwZ* 1995, 702 Ls.). Danach ergibt sich für die Anfechtungsklage im Allgemeinen, dass die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich ist, es sei denn, das materielle Recht regelt etwas Abweichendes (stRspr, vgl. *BVerwGE* 82, 260 [261] = *NJW* 1989, 3233 = *NVwZ* 1990, 161 Ls. mwN und Urt. v. 11.7.2011 – 8 C 12/10, BeckRS 2011, 53130 Rn. 13).

[15] Vorliegend folgt aus dem materiellen Landesdisziplinarrecht, dass der Beamte Anspruch auf Rechtsschutz gegenüber der vorläufigen Dienstenthebung für den gesamten Zeitraum nach ihrem Erlass hat, in dem die Maßnahme seine Rechte beeinträchtigt. Gemäß § 22 I 1 Nr. 1 BWDG kann die Disziplinarbehörde den Beamten ab Einleitung des Disziplinarverfahrens vorläufig des Dienstes entheben, wenn er voraussichtlich aus dem Beamtenverhältnis entfernt oder ihm das Ruhegehalt aberkannt wird. Die materielle Rechtmäßigkeit der vorläufigen Dienstenthebung hängt von der Prognose ab, ob gegen den Beamten voraussichtlich die disziplinare Höchstmaßnahme zu verhängen ist. Die Rechtmäßigkeit der Disziplinarverfügung mit der endgültigen Maßnahme ihrerseits ist im Rahmen der Anfechtungsklage nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu beurteilen (§ 113 I 1 VwGO, § 21 S. 1 BWAGVwGO vom 14.10.2008, GBl. S. 343). § 21 S. 2 BWAGVwGO sieht vor, dass das Gericht die Disziplinarverfügung aufrechterhalten oder zugunsten des Beamten ändern kann, wenn mit der gerichtlichen Entscheidung eine Rechtsverletzung beseitigt wird. Das Gericht kann – anstelle der Disziplinarbehörde – gem. § 21 S. 3 BWAGVwGO eine eigene Bemessung der Disziplinarmaßnahme auf der Grundlage der Zumessungsregelungen der §§ 26 ff. BWDG vornehmen (*BVerwGE* 155, 6 = *NVwZ-RR* 2016, 917 Ls. = BeckRS 2016, 52183 Rn. 65). Nichts anderes kann bei der gerichtlichen Überprüfung der vorläufigen Maßnahmen ab Einleitung des Disziplinarverfahrens gelten (sa *BVerwG*, Buchholz 235.1 § 38 BDG Nr. 3 = BeckRS 2019, 33630 Rn. 29 [zur vorläufigen Dienstenthebung nach § 38 I 1 BDG]).

[16] bb) Die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Dienstenthebung gem. § 22 I 1 Nr. 1 BWDG ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegenden Erkenntnisse und vorhandenen Ermittlungsergebnisse des Disziplinarverfahrens unter Berücksichtigung und Würdigung der dafür angeführten Beweismittel oder noch zur Auswertung in Betracht kommender Beweismittel zu beurteilen. Maßgebend ist die zu diesem Zeitpunkt bestehende Sach- und Beweislage. Dies schließt die Erhebung und Würdigung sog. präsenter Beweismittel (präsenze Zeugen oder sonstige herbeigeschaffte sachliche Beweismittel) ein.

[17] Der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Prüfung und damit das Maß der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 86 I 1 VwGO) bestimmt sich nach dem anzuwendenden materiellen Recht. In dem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungsprozess ist es Aufgabe des Tatsachengerichts, den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln, dazu von Amts wegen die erforderliche Sachverhaltsaufklärung zu betreiben und sich eine eigene Überzeugung zu bilden (§§ 86 I 1, 108 I 1 VwGO). Der in den streitentscheidenden Normen enthaltene rechtliche Maßstab gibt den Verwaltungsgerichten die ihnen obliegende Kontrolle vor. Der besonderen Eigenart der nur vorläufigen Maßnahme nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG ist die eingeschränkte gerichtliche Prüfdichte immanent.

[18] Das die Prognoseentscheidung nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG bestimmende Merkmal „voraussichtlich“ erfordert ebenso wie im Fall der gleichlautenden bundesrechtlichen Vorschrift des § 38 I 1 BDG nicht, dass das dem Beamten vorgeworfene Dienstvergehen in vollem Umfang nachgewiesen und aufgeklärt ist. Auch verlangt es nicht, dass die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgesprochen werden wird. Notwendig ist, dass im Disziplinarverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf die disziplinarrechtliche Höchstmaßnahme erkannt wird (vgl. *BVerwG*, Buchholz 235.1 § 38 BDG Nr. 3 = BeckRS 2019, 33630 Rn. 21). Die

landesrechtliche Bestimmung in § 22 I 1 Nr. 1 BWDG gibt keinen Anlass, von einem anderen, abweichenden Begriffsverständnis auszugehen. Eine solche Intention lässt sich auch der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Der Landesgesetzgeber hat das Disziplinarverfahren zwar abweichend vom Bundesgesetzgeber an das allgemeine beamtenrechtliche Verwaltungsverfahren angeglichen, in materiell-rechtlicher Hinsicht hat er aber die Leitbildfunktion des Bundesdisziplinarrechts betont (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 52, 81).

[19] Dieses Verständnis entspricht dem Sinn und Zweck der vorläufigen Dienstenthebung gem. § 22 I 1 Nr. 1 BWDG und der Gesetzssystematik. Die Suspendierung des Beamten mit oder nach Einleitung eines Disziplinarverfahrens soll einen Zustand vorübergehend ordnen, über den endgültig erst in dem meist längere Zeit beanspruchenden Disziplinarverfahren entschieden wird. Sie ist als vorläufige Maßnahme eine Nebenentscheidung zum laufenden Disziplinarverfahren, um dienstliche Interessen zu wahren (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 79, 81), und demgemäß nach dem jeweiligen Stand der disziplinarischen Ermittlungen zu treffen. Der für die Maßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 31 BWDG) maßgebliche Sachverhalt ist im behördlichen Disziplinarverfahren und – gegebenenfalls – in dem sich anschließenden Klageverfahren erschöpfend und abschließend aufzuklären. Die Klärung, ob ein Dienstvergehen vorliegt und ob es die endgültige Entfernung aus dem Dienst rechtfertigt, ist dem behördlichen und – gegebenenfalls – gerichtlichen Hauptsacheverfahren vorbehalten. Demgemäß bestimmt § 23 VI 2 BWDG, dass vorläufige Maßnahmen spätestens mit dem unanfechtbaren Abschluss des Disziplinarverfahrens enden. Bis dahin sind getroffene vorläufige Maßnahmen gem. § 23 VI 1 BWDG auch ohne Antrag des Beamten laufend von der zuständigen Disziplinarbehörde auf ihre Berechtigung zu überprüfen und bei einer veränderten Sach- und Rechtslage nach pflichtgemäßen Ermessen anzupassen oder aufzuheben. Damit ist die Maßnahme der vorläufigen Dienstenthebung eng mit den Ermittlungsergebnissen verbunden, die im weiteren Fortgang des Disziplinarverfahrens gewonnen werden (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 79).

[20] Die sich aus der besonderen Eigenart einer nur vorläufigen Maßnahme nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG ergebende eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte und damit verbunden die Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes (§ 86 I 1 VwGO) entsprechen dem ausdrücklichen Willen des Landesgesetzgebers. Der Landesgesetzgeber hat gezielt auf einen § 63 BDG vergleichbaren speziellen Rechtsbehelf gegen vorläufige Dienstenthebungen verzichtet und den Rechtsschutz nach dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ausgestaltet (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 83). Ausweislich der Gesetzesbegründung war er sich dabei bewusst, dass in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren kein Raum für eine dem § 63 BDG vergleichbare summarische Prüfung ist, sondern grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz des § 86 I 1 VwGO und damit die Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts, ggf. durch Beweisaufnahme gem. § 96 VwGO gilt (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 57 f., 84, 145). In Abweichung dazu hat er aber deutlich gemacht, dass die für die vorläufige Dienstenthebung erforderliche Prognoseentscheidung über den Ausgang des Disziplinarverfahrens auf der Grundlage des Ermittlungsergebnisses zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die vorläufige Maßnahme zu treffen sei (vgl. LT-Drs. 14/2996, S. 84).

[21] Eine mit Art. 19 IV 1 GG unvereinbare Rechtsschutzlücke entsteht dadurch nicht. Dem Beamten bleibt es unbenommen, bei einem sich später ändernden Ermittlungsstand bei der zuständigen Disziplinarbehörde einen Antrag nach § 23 VI 2 BWDG zu stellen. Danach hat der Beamte bis zum unanfechtbaren Abschluss des Disziplinarverfahrens

rens einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Aufhebung der vorläufigen Dienstenthebung und im Fall der Ermessensreduzierung auf Null auf Aufhebung der vorläufigen Dienstenthebung. Wird der Antrag des Beamten abgelehnt, stehen ihm die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten nach der Verwaltungsgerichtsordnung zur Verfügung.

[22] 3. Auch der von der Beschwerde weiter aufgeworfenen Frage,

„ob bei vormaligen Zugriffsdelikten durch einen Beamten die tatsächlich festgestellte Rückgewährabsicht zum Ausschluss der Höchstmaßnahme führt“,

kommt keine grundsätzliche Bedeutung iSv § 132 II Nr. 1 VwGO zu. Sie könnte im angestrebten Revisionsverfahren nicht rechtsgrundsätzlich geklärt werden.

[23] In der Rechtsprechung des *Senats* ist anerkannt, dass der Milderungsgrund der freiwilligen Wiedergutmachung des Schadens vor Tatentdeckung durch einen bislang unbescholtenen Beamten je nach den Umständen des Einzelfalls als mildernder Gesichtspunkt im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 13 BDG und den inhaltsgleichen Bemessungsregelungen der Länder zu berücksichtigen ist (stRspr, *BVerwG*, Buchholz 232 § 54 S. 2 BBG Nr. 25, S. 14 = NVwZ-RR 2001, 774 Ls. = BeckRS 2001, 30431595 und *BVerwGE* 154, 10 = NVwZ 2016, 772 Rn. 33; *BVerwG*, Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 46 = BeckRS 2017, 122329 Rn. 8). Weiter ist anerkannt, dass diese Bemessungsregelungen sowie das im Disziplinarverfahren geltende Schuldprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangen, dass – über die in der Rechtsprechung entwickelten „anerkannten“ Milderungsgründe hinaus – bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme sämtliche be- und entlastenden Gesichtspunkte zu ermitteln und zu berücksichtigen sind (stRspr, vgl. *BVerwGE* 154, 10 = NVwZ 2016, 772 Rn. 37 und *BVerwG*, NVwZ-RR 2020, 749 Rn. 13). Diese Grundsätze finden trotz des anderen Regelungskonzepts der §§ 25 ff. BWDG auch auf die Maßnahmebemessung nach diesen Vorschriften Anwendung (*BVerwG*, NVwZ-RR 2012, 607 Rn. 7, 12). Die danach vorzunehmende Bemessung der Disziplinarmaßnahme nach §§ 25 ff. BWDG betrifft die Umstände des konkreten Einzelfalls und ist deshalb einer rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich. Etwas anderes wird auch durch die Formulierung der Beschwerdefrage „tatsächlich festgestellte Rückgewährabsicht“ nicht dargelegt. Welche Bedeutung einer solchen Absicht zukommt, kann sich nur unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls und ihrer Würdigung ergeben.

[24] Soweit in der Beschwerdebegründung der Begriff des Orientierungsrahmens verwendet wird, ist ergänzend darauf zu verweisen, dass sich dieser nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ausschließlich nach der abstrakten Strafandrohung der jeweiligen Strafnorm richtet (*BVerwGE* 154, 10 = NVwZ 2016, 772 Rn. 19 f.). Wie bereits die Bezeichnung verdeutlicht, bestimmt die Ausrichtung an dem zum Tatzeitpunkt geltenden Strafrahmen lediglich die Bandbreite der für das konkrete Dienstvergehen in Betracht kommenden Disziplinarmaßnahme. Subjektive Aspekte, die gerade in der Person des betroffenen Beamten begründet sind, spielen auf der Stufe der Bestimmung des Orientierungsrahmens keine Rolle.

[25] 4. Die Revision ist auch nicht wegen eines Verfahrensfehlers (§ 2 BWDG iVm § 132 II Nr. 3 VwGO) zuzulassen.

[26] a) Ohne Erfolg rügt die Beschwerde, das BerGer. habe dadurch gegen seine Sachaufklärungspflicht verstoßen, dass es keine Beweiserhebung zur Höhe des aus der Kasse entnommenen Betrags, zum subjektiven Tatvorwurf und zum zeitlichen Zusammenhang zwischen Entnahme und Rückgabe des Geldes durchgeführt habe.

[27] Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerwG* erfordert die Rüge einer Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht gem. § 86 I 1 VwGO iVm § 133 III 3 VwGO die substanziierte Darlegung, welche Tatsachen auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Auffassung des BerGer. aufklärungsbedürftig waren, welche für erforderlich oder geeignet gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht kamen, welche tatsächlichen Feststellungen dabei voraussichtlich getroffen worden wären und inwiefern diese unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Auffassung des Tatsachengerichts zu einer für den Bf. günstigeren Entscheidung hätten führen können. Die Aufklärungsrüge stellt zudem kein Mittel dar, um Versäumnisse eines Verfahrensbeteiligten in der Tatsacheninstanz zu kompensieren, vor allem wenn er es unterlassen hat, einen Beweisantrag zu stellen. Deshalb muss ferner entweder dargelegt werden, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder aufgrund welcher Anhaltspunkte sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken hätten aufdrängen müssen (*BVerwGE* 31, 212 [217 f.] = NJW 1969, 811; *BVerwG*, NJW 1997, 3328 = Buchholz 310 § 133 [nF] VwGO Nr. 26, S. 14; Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 56 = BeckRS 2018, 3505 Rn. 6 und Beschl. v. 15.1.2020 – 2 B 40/19, BeckRS 2020, 2676 Rn. 18).

[28] Diesen Darlegungsanforderungen genügt das Beschwerdebringen nicht. Es lässt außer Acht, dass für den Umfang der verfahrensrechtlichen Aufklärungspflicht des Tatsachengerichts dessen materielle Rechtsauffassung maßgebend ist. Einen aus der materiell-rechtlichen Sicht des BerGer. bestehenden Aufklärungsbedarf zeigt die Beschwerde nicht auf. Das BerGer. hat darauf abgestellt, dass die gerichtliche Überprüfung von vorläufigen Maßnahmen nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG auf der Grundlage der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorhandenen Ermittlungsergebnisse, ggf. unter Einschluss präsender Beweismittel, zu erfolgen habe. Davon ausgehend ist es nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung zu der Überzeugung gelangt, dass das Disziplinarverfahren mit der Entfernung des Kl. aus dem Beamtenverhältnis enden werde. Dass sich dem BerGer. in der mündlichen Verhandlung die Erhebung präsender Beweismittel hätte aufdrängen müssen, zeigt die Beschwerde nicht auf. Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass solche Beweismittel vorlagen.

[29] b) Ebenso wenig liegt ein Verstoß gegen den Überzeugungsgrundsatz gem. § 108 I 1 VwGO vor.

[30] Gemäß § 108 I 1 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Daraus folgt auch die Verpflichtung, der Überzeugungsbildung den im Verfahren festgestellten Sachverhalt vollständig und richtig zugrunde zu legen. Das Gericht darf nicht einzelne erhebliche Tatsachenfeststellungen oder Beweisergebnisse bei seiner rechtlichen Würdigung außer Acht lassen, insbesondere Umstände übergehen, deren Entscheidungserheblichkeit sich ihm auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hätte aufdrängen müssen. In solchen Fällen fehlt es an einer tragfähigen Tatsachengrundlage für die innere Überzeugungsbildung des Gerichts, auch wenn die darauf basierende rechtliche Würdigung als solche nicht zu beanstanden ist. Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen § 108 I 1 VwGO vor, wenn das Gericht einen allgemeinen Erfahrungssatz, ein Gebot der Logik (Denkgesetz) oder der rationalen Beurteilung nicht beachtet (stRspr, vgl. nur *BVerwG*, NVwZ-RR 2014, 314 = Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 21 Rn. 19, NVwZ-RR 2015, 50 = Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 26 Rn. 41 f. mwN und Beschl. v. 25.11.2020

– 2 B 15/20, BeckRS 2020, 35033 Rn. 6). Gemessen daran benennt die Beschwerde keinen Verfahrensverstoß.

[31] Es ist nicht verfahrensfehlerhaft, dass das BerGer. die Feststellung im Strafurteil nicht aufgegriffen hat, es sei mangels Handvorschlusses „wohl auch zu einer gedanklichen Vermischung“ von privaten und dienstlich zu verwahrenden Geldern gekommen. Es handelt sich nicht um eine das BerGer. bindende tatsächliche Feststellung des Strafgerichts (vgl. § 14 BWDG), sondern um eine Bewertung von Tat Umständen als strafmildernd im Rahmen der Strafzumessung. Aus Sicht des BerGer. kann sich der Kl. auf eine gedankliche Vermischung von privaten und dienstlich zu verwahrenden Geldern als einen bei der Maßnahmebemessung zu berücksichtigenden mildernden Umstand nicht berufen. Nach Auffassung des VGH war es dem Kl. zuzutrauen, seinen Dienstherrn auf das Fehlen des Handvorschlusses hinzuweisen und auf das Zurverfügungstellen von entsprechenden Barmitteln hinzuwirken.

[32] Entgegen der Beschwerde hat das BerGer. die tatsächlichen Feststellungen des Strafgerichts zur Rückzahlungsabsicht des Kl. berücksichtigt, die sich allein auf den zur Begleichung der Heizungsrechnung entnommenen Geldbetrag von ca. 650 Euro – den Gegenstand des Strafverfahrens – beziehen. Weiter hat es für den darüber hinaus gehenden Kassenfehlbetrag eine Rückzahlungsabsicht des Kl. angenommen, allerdings nur in allgemeiner Form. Denn der Kl. sei sich nicht bewusst gewesen, in welcher konkreten Höhe er eine Schadenswiedergutmachung zu leisten gehabt habe; auch habe er weder in engem zeitlichen Zusammenhang zur jeweiligen Geldentnahme noch im Hinblick auf die Aufforderung der Bekl. Ende Juli/Anfang August 2017, die Kasse abzurechnen, entsprechend seiner Absicht gehandelt. Ferner ist das BerGer. auf die vom Kl. geltend gemachte Überforderungssituation eingegangen. Dass die bei der Gesamtwürdigung der Umstände gewonnene Prognose des BerGer. zu einem Ergebnis gelangt, das aus der Sicht der Beschwerde fehlerhaft ist, begründet keinen Verfahrensverstoß.

[33] Im Übrigen ergibt sich nichts anderes, wenn die Beschwerde dahin zu verstehen sein sollte, dass sie eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes auch insoweit geltend macht, als sie im Rahmen der Aufklärungsrüge kritisiert, das BerGer. habe einen 650 Euro übersteigenden Kassenfehlbetrag aufgrund des vom Kl. eingeräumten mehrfachen Zugriffs nur unterstellt; dieser Rückschluss sei unzulässig. Dieser Vorwurf der Beschwerde geht an der tatrichterlichen Würdigung vorbei; er erfasst ihren Inhalt nicht. Das BerGer. ist ausgehend von dem Ermittlungsstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zu der Überzeugung gelangt, dass der Kassenfehlbetrag iHv 1.032,82 Euro mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch unberechtigte Entnahmen des Kl. entstanden sei. Dabei hat es nicht allein auf den nach Angaben des Kl. – jedenfalls – mindestens zweimaligen Zugriff auf die ihm anvertrauten Gelder abgestellt, sondern auch maßgeblich darauf, dass der Kl. im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung ausgesagt habe, die Kasse allein betreut zu haben und der Einzige gewesen zu sein, der „auf diese Kasse Zugriff“ gehabt habe. Den neuen Vortrag in der Berufungsinstanz, auch eine Entnahme von Geldbeträgen durch Dritte sei denkbar, hat das BerGer. demgegenüber als bloße Schutzbehauptung gewertet.

[34] Soweit in der Beschwerdebegründung unter II.1 – unsubstanziert – ein Verfahrensverstoß geltend gemacht wird, ist darauf zu verweisen, dass diese Rüge mit den obigen Darlegungen (vgl. Rn. 12 ff.) zum Maß der gerichtlichen Ermittlungspflicht bei einer Maßnahme nach § 22 I 1 Nr. 1 BWDG beantwortet ist.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Erforderlichkeit von mündlicher Verhandlung bei vorläufiger Dienstenthebung von Beamten vgl. OVG Schleswig, NVwZ-RR 2018, 779. ■

12 Verbot der Führung der Dienstgeschäfte

BeamtStG § 39 S. 1; RhPfdG §§ 45 I, 46 III; VwGO § 80 V 1

1. Ein Dienstgeschäftsführungsverbot gemäß § 39 S. 1 BeamtStG wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass gegen den betreffenden Beamten bereits ein Disziplinarverfahren eröffnet worden ist und deswegen dem Dienstherrn die gleichfalls zulässige Maßnahme der disziplinarrechtlichen vorläufigen Dienstenthebung zur Verfügung steht.

2. Bei dem Begriff der „zwingenden dienstlichen Gründen“ in § 39 S. 1 BeamtStG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei welchem dem Dienstherrn kein Beurteilungsspielraum zusteht und der deshalb von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfang überprüft werden kann.

3. Für die zu treffende gerichtliche Entscheidung im Rahmen eines Eilantrags gemäß § 80 V 1 VwGO ist es nicht erforderlich, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme von zwingenden dienstlichen Gründen zum Zeitpunkt der Anordnung bereits in vollem Umfang nachgewiesen sind. Es reicht in diesen Fällen aus, dass konkrete dienstliche Gründe ein sofortiges Handeln erforderlich machten und das Verbot zwingend geboten erscheint.

OVG Koblenz, *Beschl. v. 18.1.2021 – 2 B 11504/20.OVG*

Zum Sachverhalt: Dem Ast. wurde die Führung der Dienstgeschäfte untersagt. Hiergegen hat er um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Das VG hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde des Ast. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: [2] I. Das VG hat es im Ergebnis zu Recht abgelehnt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen das durch den Ag. mit Bescheid der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion (ADD) vom 2.11.2020 ausgesprochene und mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung verbundene Verbot der Führung der Dienstgeschäfte des Leiters des staatlichen X.-Kollegs wiederherzustellen.

[3] 1. Der Antrag ist nach § 80 V 1 Alt. 2 iVm § 80 II 1 Nr. 4 VwGO statthaft und auch sonst zulässig. Ob dem VG in seiner Argumentation gefolgt werden kann, wonach der Antrag des Ast., die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte wiederherzustellen, wegen der – von ihm erfolgreich angefochtenen – Abordnungsverfügung der ADD vom 10.11.2020 mangels Rechtsschutzbedürfnis bereits unzulässig ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn dem Antrag bleibt jedenfalls in der Sache der Erfolg versagt.

[4] 2. Für das Interesse des Betroffenen, einstweilen nicht dem Vollzug einer behördlichen Maßnahme ausgesetzt zu sein, sind zunächst die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs von Belang. Ein überwiegendes Interesse eines Ast. an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist in der Regel anzunehmen, wenn die im Eilverfahren allein mögliche und gebotene summarische Überprüfung ergibt, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Denn an der Vollziehung eines ersichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kann kein öffentliches Vollzugsinteresse bestehen. Ist der Verwaltungsakt dagegen offensichtlich rechtmäßig, so überwiegt das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des Ast. nur dann, wenn zusätzlich ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts besteht. Kann aufgrund der im Eilverfahren nur möglichen summarischen

schen Überprüfung nicht festgestellt werden, ob der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig oder offensichtlich rechtswidrig ist, so beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle des Sofortvollzuges des Verwaltungsakts auf die Durchführung einer Interessenabwägung, die je nach Fallkonstellation zugunsten des Ast. oder des Ag. ausgehen kann (vgl. *BVerfGK* 11, 241 = *NVwZ* 2007, 1176 Rn. 31). Eine solche Interessenabwägung ist hier indessen nicht erforderlich, weil sich die auf § 39 S. 1 *BeamtStG* gestützte Verfügung der ADD vom 2.11.2020 als offensichtlich rechtmäßig erweist.

[5] Nach dieser Vorschrift kann die Dienstbehörde einem Beamten aus zwingenden dienstlichen Gründen die Führung der Dienstgeschäfte verbieten. Die Voraussetzungen von § 39 S. 1 *BeamtStG* liegen im Fall des Ast. in formeller (a) wie materieller (b) Hinsicht vor.

[6] a) Das Verbot wurde von der zuständigen Behörde, der ADD als Schulaufsichtsbehörde, zunächst mündlich, dann schriftlich ausgesprochen und ist auch sonst in formeller Hinsicht rechtmäßig ergangen, insbesondere in Bezug auf den Sofortvollzug in einer den gesetzlichen Vorgaben des § 80 III 1 *VwGO* entsprechenden Weise begründet.

[7] aa) Der Ag. hat zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung ausgeführt, der Sofortvollzug werde angeordnet, weil durch den Verbleib des Ast. in der Leitungsfunktion die Situation vor Ort nicht befriedet werde und insbesondere die Gefahr bestehe, dass das staatliche X.-Kolleg auch in der Zwischenzeit wegen der gegen ihn erhobenen Vorwürfe medialem Interesse ausgesetzt sein werde, was Auswirkungen auf den geregelten Schulbetrieb hätte; deswegen habe die sofortige Entbindung von seinen Aufgaben im öffentlichen Interesse zu erfolgen. Diese Angaben genügen den Anforderungen an die Begründungspflicht des § 80 III 1 *VwGO*, da sie auf die Grundverfügung eingehen und sich nicht auf eine bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts beschränken. Auch handelt es sich nicht um formelhafte und nichtssagende Floskeln. Zudem ist einem Dienstgeschäftsführungsverbot als gesetzlich vorgesehene Eilmaßnahme ein unmittelbares Vollziehungsinteresse immanent.

[8] bb) Entgegen der Auffassung des Ast. liegt eine formelle Fehlerhaftigkeit der Verfügung auch nicht wegen der unterbliebenen, seiner Meinung nach aber erforderlichen personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung vor. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die vom Ast. für seine Rüge in Bezug genommene Rechtsprechung des *BVerwG* (*BVerwGE* 163, 246 = *NZA-RR* 2019, 221 = *NVwZ* 2019, 424 Ls.) und des *OVG Bremen* (Beschl. v. 27.5.2020 – 6 LP 287/19, BeckRS 2020, 12866) in Anbetracht der insofern unterschiedlich formulierten Regelungen der Personalvertretungsgesetze des Landes Bremen und von Rheinland-Pfalz überhaupt herangezogen werden kann. Selbst wenn eine Mitbestimmung erforderlich sein könnte, etwa weil das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte in seinen Rechtswirkungen der vorläufigen Dienstenthebung entspräche, bei dem nach § 79 II 1 Nr. 11 *RhPfpersVG* ein Mitbestimmungstatbestand besteht, so führte dies nicht zur formellen Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Denn bei der vorläufigen Dienstenthebung erfolgt eine Beteiligung des Personalrats aufgrund der vorgenannten Beteiligungsvorschrift nur, sofern der Betroffene die Mitbestimmung beantragt. Dies müsste dann konsequenterweise auch bei einer entsprechenden Heranziehung von § 79 II 1 Nr. 11 *RhPfpersVG* für ein Dienstgeschäftsführungsverbot gelten. Einen solchen Antrag hat der Ast. jedoch im zugrundeliegenden Verwaltungsverfahren nicht gestellt.

[9] cc) Auch in zeitlicher Hinsicht liegt kein Formalfehler vor. Gemäß § 39 S. 2 *BeamtStG* erlischt das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte, falls nicht innerhalb von drei Monaten ein Disziplinarverfahren

eröffnet worden ist. Diese zeitliche Begrenzung kommt im vorliegenden Falle von vornherein nicht zum Tragen, weil gegen den Ast. bereits durch die Verfügung des Präsidenten der ADD vom 13.7.2020 und damit schon vor dem Verbot der Führung der Dienstgeschäfte ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden ist.

[10] dd) Entgegen der Auffassung des Ast. wird die Anwendung des § 39 S. 1 *BeamtStG* auch nicht schon dadurch gesperrt, dass gegen ihn, wie dargelegt, bereits ein Disziplinarverfahren eröffnet worden ist und deswegen für den Ag. die dann gleichfalls zulässige Maßnahme der vorläufigen Dienstenthebung nach § 45 *RhPfdG* zur Verfügung gestanden hätte. Zum einen kommt dem Dienstherrn insofern ein Wahlrecht zu, welches dieser dienstrechtlichen Instrumente er im Einzelfall einsetzt (1). Darüber hinaus unterscheidet sich das Dienstgeschäftsführungsverbot nach § 39 *BeamtStG* von der vorläufigen Dienstenthebung gem. § 45 *RhPfdG* in den tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen solcherart, dass beide Instrumente auch rechtssystematisch unabhängig von dem jeweils anderen anwendbar sind (2). Schließlich dringt der Ast. mit seiner diesbezüglichen Argumentation schon deshalb nicht durch, weil ihn die Anwendung des Dienstgeschäftsführungsverbots als geringer belastende Maßnahme jedenfalls nicht beschwert (3).

[11] (1) Wie öffentlich-rechtliche Dienstherrn die ihrem Geschäftsbereich zugewiesenen Beamten einsetzen, unterliegt allein ihrer Organisationsgewalt und Personalhoheit. In diesem Rahmen steht jeder Dienstbehörde eine Einschätzungsprärogative bei der Wahl dienstrechtlicher Maßnahmen zu, wenn sich diese auf den inneren Behördenbetrieb, namentlich die Arbeitsabläufe, beziehen. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle hat sich insoweit auf eine Willkür- und Ermessenskontrolle zu beschränken. Auch wenn sich das Dienstgeschäftsführungsverbot nach § 39 S. 1 *BeamtStG* und die vorläufige Dienstenthebung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung in der Alternative des § 45 I 2 *RhPfdG* in ihrer Zielrichtung überschneiden, so können auch Grundsätze der Verhältnismäßigkeit oder – wie hier – reine Zweckmäßigkeitserwägungen für die Wahl des einen oder des anderen Mittels ausschlaggebend sein. Erst wenn sich die Auswahl des angewandten Instruments nicht mehr nachvollziehen lässt und demgemäß von einer willkürlichen Entscheidung auszugehen ist, wäre gerichtliches Eingreifen geboten (ebenso zu § 22 *SG*: *BVerwGE* 63, 250 = BeckRS 1979, 31325844; *OVG Lüneburg*, *NVwZ-RR* 2010, 695 Ls. = BeckRS 2010, 48912; *OVG Münster*, Beschl. v. 25.6.2020 – 6 B 238/20, BeckRS 2020, 15874). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch erkennbar nicht vor.

[12] (2) Ein Ausschluss des Dienstgeschäftsführungsverbot gem. § 39 S. 1 *BeamtStG* nach Einleitung eines Disziplinarverfahrens ließe des Weiteren unberücksichtigt, dass sich das Dienstgeschäftsführungsverbot nach dieser Vorschrift von der vorläufigen Dienstenthebung gem. § 45 I *RhPfdG* in Voraussetzungen und Rechtswirkungen erheblich unterscheidet. Auch deshalb entfaltet das gegen den Ast. eingeleitete Disziplinarverfahren keine „Sperrwirkung“ für eine Anordnung nach § 39 S. 1 *BeamtStG*. Ein rechtserheblicher Unterschied ergibt sich bereits aus der gesetzlich vorgesehenen zeitlichen Begrenzung von drei Monaten (§ 39 S. 2 *BeamtStG*), die bei dem beamtenrechtlichen Verbot der Führung der Dienstgeschäfte kraft Gesetzes eintritt und vom Dienstherrn zwingend zu beachten ist. Eine derartige zeitliche Begrenzung existiert bei der vorläufigen Dienstenthebung gem. § 45 *RhPfdG* nicht. Darüber hinaus führt eine vorläufige Dienstenthebung regelmäßig auch zur Einbehaltung von Dienstbezügen, weshalb sich die beiden Rechtsinstitute auch

in ihren finanziellen Auswirkungen maßgeblich unterscheiden.

[13] Ein weiterer Unterschied besteht in den Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen. Gegen das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte als Verwaltungsakt ist Widerspruch und anschließende Anfechtungsklage möglich. Die vorläufige Dienstenthebung kann dagegen von dem Betroffenen nur durch das spezielle disziplinarische Rechtsmittel eines Aufhebungsantrags gem. §§ 47, 80 RhPfdG angefochten werden.

[14] (3) Der entscheidende rechtssystematische Unterschied zwischen dem Verbot der Führung der Dienstgeschäfte und der vorläufigen Dienstenthebung ist jedoch in ihrer dienstrechtlichen Wirkung in Bezug auf den Status des betroffenen Beamten zu sehen. Während die vorläufige Dienstenthebung sich gem. § 46 III 1 RhPfdG auf alle Ämter erstreckt, die der Beamte bei einem rheinland-pfälzischen Dienstherrn bekleidet, kann das Dienstgeschäftsführungsverbot auch – wie vorliegend – auf einzelne Dienstposten beschränkt werden (hier des Leiters des staatlichen ...-Kollegs). Aus diesem Grund kann sich der Ast. schon deshalb nicht erfolgreich eine „Sperrwirkung“ des eingeleiteten Disziplinarverfahrens berufen. Würde sich der Ag. – was auch jetzt noch zulässig wäre – für eine vorläufige Dienstenthebung gem. § 45 I RhPfdG entscheiden, so würde der Ast. wesentlich stärker belastet.

[15] b) Der Ag. durfte entgegen der Auffassung des Ast. auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für ein Verbot der Führung der Dienstgeschäfte des Leiters des X.-Kollegs für gegeben erachten (aa). Hierfür musste er den Sachverhalt, der diesem Dienstgeschäftsführungsverbot zugrunde liegt, nicht in einer Weise ermitteln, dass diese als nachgewiesen angesehen werden könnten (bb). Schließlich entspricht die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und es sind auch keine Ermessensfehler ersichtlich (cc).

[16] aa) Tatbestandliche Voraussetzung für das gegenüber einem Beamten ausgesprochene Verbot der Führung der Dienstgeschäfte gem. § 39 S. 1 BeamStG ist, dass diese Maßnahme aus zwingenden dienstlichen Gründen erforderlich ist. Bei dem Begriff der zwingenden dienstlichen Gründe handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei welchem dem Dienstherrn kein Beurteilungsspielraum zusteht und der deshalb von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfang überprüft werden kann (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 25.6.2020 – 6 B 238/20, BeckRS 2020, 15874; Reich, BeamStG, 3. Aufl. 2018, § 39 Rn. 2; Plog/Wiedow, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, Stand: Juli 2018, § 66 Rn. 30; BeckOK BeamtenR Bund/Leppek, 20. Ed., Stand 1.4.2020, BeamStG § 39 Rn. 7).

[17] Zwingende dienstliche Gründe sind gegeben, wenn bei weiterer Ausübung des Dienstes durch den Beamten auf seinem bisherigen Dienstposten der Dienstbetrieb erheblich beeinträchtigt würde oder andere gewichtige dienstliche Nachteile ernsthaft zu besorgen wären (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 323). Die zu befürchtenden Nachteile müssen so gewichtig sein, dass dem Dienstherrn die Führung der Dienstgeschäfte durch den Beamten bis zur abschließenden Klärung und Entscheidung nicht zugemutet werden kann (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 17.6.2013 – 6 A 2586/12, BeckRS 2013, 52542). Anders als bei der vorläufigen Dienstenthebung im Zusammenhang mit einem Disziplinarverfahren kommt es bei einem Verbot der Führung der Dienstgeschäfte nach § 39 S. 1 BeamStG nicht auf ein vorwerfbares Fehlverhalten des Beamten an, sondern auf die objektive Gefährdung des Dienstes (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 5.8.2016 – 2 MB 23/16, BeckRS 2016, 52571). Das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte dient demgemäß der dienstrechtlichen Gefahrenabwehr; die Maßnahme

hat nur vorläufigen Charakter. Mit ihr sollen durch eine sofortige oder wenigstens eine sehr rasche Entscheidung des Dienstherrn gravierende Nachteile durch die aktuelle Dienstausübung des Beamten für den Dienstherrn vermieden werden.

[18] Der vom Ag. in der mit Widerspruch und Eilantrag angefochtenen Verfügung der ADD vom 2.11.2020 angegebene Grund ist als solcher unzweifelhaft sowohl dienstlicher Natur als auch „zwingend“ iSd § 39 S. 1 BeamStG. Danach wird dem Ast. vorläufig die Leitung des X.-Kollegs untersagt, weil ihm vorgeworfen wird, gegenüber Schülerinnen und Schülern wiederholt Verhaltensweisen gezeigt zu haben, die von den Betroffenen als sexistisch bzw. diskriminierend angesehen worden und zwischenzeitlich auch der Öffentlichkeit bekannt geworden seien. Treffen diese Vorwürfe zu, so dürften – möglicherweise statusberührende – Disziplinarmaßnahmen nicht von der Hand zu weisen sein. Darüber hinaus erscheint es nur sehr schwer vorstellbar, den Ast. bei einem Nachweis dieser Vorwürfe weiterhin mit der Leitung des X.-Kollegs zu betrauen. Der Ag. hat nach Aktenlage damit sowohl zwingende dienstliche Gründe als auch die Notwendigkeit eines unmittelbaren Handelns noch vor der eigentlichen Aufklärung dieser Vorwürfe im Disziplinarverfahren hinreichend glaubhaft gemacht.

[19] bb) Dieses Ergebnis gilt unabhängig davon, ob die dem Dienstgeschäftsführungsverbot zugrundeliegenden Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht vom Ag. in dem – nunmehr zügig (vgl. § 25 RhPfdG) zu betreibenden – Disziplinarverfahren nachgewiesen werden können.

[20] Für die gerichtliche Überprüfung einer vorläufigen Dienstenthebung nach § 45 I 1 RhPfdG ist in der disziplinarrechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass zwar die Tatbestandsvoraussetzungen in rechtlicher Hinsicht wegen der in die persönliche Rechtsstellung des Beamten eingreifenden Wirkung der vorläufigen Dienstenthebung eingehend zu überprüfen sind. Dies gilt jedoch nicht für die Ermittlung der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Dienstgeschäftsführungsverbot in tatsächlicher Hinsicht. Nach der Rechtsprechung des für das Landesdisziplinarrecht zuständigen *Senats des OVG Koblenz* ist es für die zu treffende Eilentscheidung im Rahmen eines Aussetzungsantrags gem. §§ 47, 80 RhPfdG nicht erforderlich, dass das Dienstvergehen zum Zeitpunkt der Anordnung der Dienstenthebung und Einbehaltung von Dienstbezügen bereits in vollem Umfang nachgewiesen ist. Da im Zusammenhang mit den Maßnahmen nach § 45 RhPfdG für eingehende Beweiserhebungen kein Raum ist, beschränkt sich die Prüfung des Sachverhalts auf die Frage, ob anhand des bisherigen Ermittlungsergebnisses unter Berücksichtigung der vorhandenen Beweismittel und von Rückschlüssen, die durch die allgemeine Lebenserfahrung gerechtfertigt sind, zumindest der hinreichend begründete Verdacht eines Dienstvergehens besteht, das mit ausreichendem Grad von Wahrscheinlichkeit zur Verhängung der schärfsten Disziplinarmaßnahme führt (OVG Koblenz, Beschl. v. 18.5.2007 – 3 B 10324/07, BeckRS 2007, 148373, veröffentlicht in ESOVGRP).

[21] Gleiches muss aber auch für das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte nach § 39 S. 1 BeamStG gelten. Auch in einem solchen Eilverfahren kann das VG keine erschöpfende Sachverhaltsaufklärung vornehmen. Vielmehr reicht in diesen Fällen eine Glaubhaftmachung des Dienstherrn dahingehend aus, dass dienstliche Gründe ein sofortiges Handeln erforderlich machen und das Verbot zwingend geboten erscheint. Zwar muss sowohl im Hauptsacheverfahren als auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Behörde das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der zwingenden dienstlichen Gründe nachweisen können. Es ist im Eilverfahren nach § 80 V 1 VwGO aber nicht erforderlich, dass bereits vollständige Klarheit über den Grund für

die Beeinträchtigung der dienstlichen Belange oder die weitere Verwendung und Behandlung des Beamten besteht; vielmehr eröffnet das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte dem Dienstherrn die Möglichkeit, ohne Gefährdung der dienstlichen Interessen Ermittlungen anzustellen und eine solidere Grundlage für dauerhafte Entscheidungen zu gewinnen. Entsprechend dem Zweck des Verbots genügt insoweit der auf konkreten Anhaltspunkten beruhende Verdacht einer Gefahrenlage. Hierzu reicht es aus, wenn die Behörde entsprechende Tatsachen belegen kann, die zum Zeitpunkt des Verbotserlasses hinreichende Grundlage der Entscheidung waren und überwiegend für den Erlass der Eilmaßnahme sprachen, um Gefahren, welche die weitere Dienstaussübung mit sich gebracht hätten, auszuschließen (vgl. *VGH München*, Beschl. v. 20.3.2017 – 3 ZB 16.921, BeckRS 2017, 105365; *OVG Schleswig*, Beschl. v. 5.8.2016 – 2 MB 23/16, BeckRS 2016, 52571; *Leppke*, BeamStG § 39 Rn. 18). Auch dies ist bei den vorstehend genannten Vorwürfen, die sich sämtlich auf eine Vielzahl von Aussagen ehemaliger und aktueller Schülerinnen und Schüler des ...-Kollegs stützen, gegeben.

[22] cc) Schließlich verstößt die Maßnahme nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; es sind auch keine Ermessensfehler ersichtlich.

[23] Auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung darf nicht übersehen werden, dass das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte nur ein Mittel zur sofortigen vorläufigen Sicherung zwingender dienstlicher Belange ist und die zwingenden dienstlichen Gründe nicht notwendig bereits auf einem unstrittig festgestellten Sachverhalt beruhen müssen, sondern auch auf einen Verdacht gegründet sein können, dessen Begründetheit erst in einem nachfolgenden Disziplinarverfahren abschließend aufgeklärt werden kann (vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2010, 695 Ls. = BeckRS 2010, 48912).

[24] Das Verbot der Führung der Dienstgeschäfte des Leiters des X.-Kollegs ist in diesem Sinne geeignet, die seit mehreren Monaten bestehende negative Berichterstattung zu unterbinden und Platz für eine umfassende und eingehende Prüfung des Sachverhalts – vor allem durch Vernehmung der Personen, welche die aktenkundigen Vorwürfe gegen den Ast. erhoben haben – durchzuführen. Die Maßnahme ist erforderlich, weil nur so die Integrität des gesamten Personalkörpers vorläufig gesichert werden und die erforderliche Befragung der Zeugen durch

den (bereits bestellten) Ermittlungsführer unbefangen und zügig erfolgen kann. Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich; insbesondere würde eine vorläufige Dienstenthebung gem. § 45 RhPfdG den Ast., wie vorstehend aufgezeigt, wesentlich stärker belasten. Die Maßnahme ist schließlich auch angemessen. Das Mittel steht zu dem beabsichtigten Zweck erkennbar nicht außer Verhältnis.

Anm. d. Schriftlgt.: Zum Amtsführungsverbot für Polizeibeamte bei Zweifeln an der Dienstfähigkeit vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2009, 566; zur Durchsuchungsanordnung im Disziplinarverfahren s. *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2021, 263; zur Förderung von Soldaten während laufenden gerichtlichen Disziplinarverfahrens s. *BVerwG*, NVwZ-RR 2017, 150. ■

13 Suchpflicht des Dienstherrn zur Verwendung eines schwerbehinderten Beamten

GG Art. 3 III 2; BBG § 44 I

1. Die Suchpflicht des Dienstherrn im Rahmen von § 44 I 3 BBG geht bei einem schwerbehinderten Beamten, der behinderungsbedingt die Anforderungen eines nach der Wertigkeit in Betracht kommenden Dienstpostens nicht erfüllen kann, regelmäßig über die bloße Suche nach freien oder in absehbarer Zeit besetzbaren Dienstposten hinaus; mit Blick auf Art. 3 III 2 GG hat der Dienstherr insbesondere zu prüfen, ob die dienstlichen Bedürfnisse eine behinderungsbedingt eingeschränkte dauerhafte Verwendung des Beamten zwingend ausschließen bzw. inwieweit der Arbeitsplatz mit zumutbarem Aufwand behindertengerecht gestaltet werden kann.

2. Die eng auszulegende Ausnahmeregelung des § 52 VI 4 GKG ist nicht anwendbar, wenn – wie im Falle der Zurruesetzung wegen Dienstunfähigkeit – nicht nur der konkrete Zeitpunkt der Zurruesetzung, sondern die Zurruesetzung als solche im Streit steht.

VGH Mannheim, Beschl. v. 17.3.2021 – 4 S 2612/20

Anm. d. Schriftlgt.: Die Entscheidung ist im Volltext veröffentlicht in BeckRS 2021, 5613. – Zur Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Probe bei Schwerbehinderten vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2020, 219; zur Berücksichtigung behinderungsbedingter Leistungseinschränkungen eines Beamten bei dienstlicher Beurteilung s. *OVG Münster*, NVwZ-RR 2019, 378. ■

Abgabenrecht

14 Informationszugang zu Unterlagen der Steuerverwaltung

VwGO § 40 I; GVG §§ 17, 17 a; FGO § 33; AO §§ 32 i, 32 e; EU-DSGVO Art. 13

Stützt ein Kläger einen geltend gemachten Auskunftsanspruch nicht auf die Abgabenordnung, sondern auf die Vorschriften eines Informationsfreiheitsgesetzes, hängt der Anspruch nicht mit der Verwaltung von Abgaben iSd § 33 FGO zusammen. (Leitsatz der Redaktion)

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.2.2021 – 12 L 53/20

Zum Sachverhalt: Der Kl. begehrte Informationszugang zu bestimmten Unterlagen der Steuerverwaltung. Das *VG Berlin* hat sich für den Rechtsstreit für unzuständig erklärt und die Zuständigkeit der Finanzgerichtsbarkeit angenommen. Das *OVG* hat auf die Beschwerde des Kl. den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für zulässig erklärt.

Aus den Gründen: [1] Die zulässige Beschwerde des Kl. ist begründet. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, weil es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen ist.

[2] I. Der Finanzrechtsweg ist entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung nicht nach § 33 I Nr. 1 iVm II FGO

eröffnet. Soweit hier relevant, ist danach der Finanzrechtsweg in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Abgabenangelegenheiten gegeben, mithin in allen mit der Verwaltung der Abgaben einschließlich der Abgabenvergütungen oder sonst mit der Anwendung der abgabenrechtlichen Vorschriften durch die Finanzbehörden zusammenhängenden Angelegenheiten. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG*, der sich der *Senat* anschließt, ist die Gewährung von Einsicht in Steuerakten und die Auskunft über steuerliche Daten eine Abgabenangelegenheit iSd § 33 II FGO, wenn über sie auf der Grundlage steuerverfahrensrechtlicher Regelungen zu entscheiden ist oder wenn die betreffenden Begehren im Steuerrechtsverhältnis wurzeln und insoweit mit der Anwendung abgabenrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang stehen (stRspr, vgl. zuletzt *BVerwG*, Beschl. v. 18.11.2019 – 10 B 20/19, BeckRS 2019, 31904 Rn. 5 mwN; desgleichen NZI 2020, 34 Rn. 5 mwN).

[3] Dass über die streitgegenständliche Klage auf der Grundlage steuerverfahrensrechtlicher Regelungen zu entscheiden ist, hat das VG zu Recht nicht angenommen. Entgegen seiner Auffassung wurzelt das Begehren des Kl. jedoch auch nicht im Steuerrechtsverhältnis:

[4] Maßgeblich für die Bestimmung des Rechtswegs ist die Rechtsnatur des Streitgegenstandes. Dieser richtet sich neben dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt nach der das Rechtsverhältnis regelnden Anspruchsgrundlage, hier mithin nach der Zuordnung der jeweiligen Anspruchsgrundlage entweder zum Abgabenrecht oder zum sonstigen, von § 40 I VwGO erfassten öffentlichen Recht (vgl. *BVerwG*, jeweils Rn. 7 mwN, auch zum Folgenden). Unerheblich ist es, ob bei der Prüfung von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlage auch andere Vorschriften anzuwenden sind, die ihrerseits dem Abgabenrecht zuzuordnen sind. Denn gem. § 17 II GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.

[5] Der Kl. stützt sein Begehren in erster Linie auf das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (und nur ergänzend auch auf die Datenschutzgrundverordnung). Stützt ein Kl. den geltend gemachten Auskunftsanspruch nicht auf die Abgabenordnung, sondern auf die Vorschriften eines Informationsfreiheitsgesetzes, hängt der Anspruch nicht mit der Verwaltung von Abgaben iSd § 33 FGO zusammen (*BFHE* 268, 524 = NZI 2020, 901 Rn. 8; *BVerwG* jeweils Rn. 9). Daran ändert nichts, dass der jeweilige Anspruch aus den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes oder der Länder auf der Rechtsfolgenseite durch § 32 e S. 1 AO und die dort in Bezug genommenen Regelungen begrenzt wird. Ob anderes gilt, wenn sich das Informationsbegehren eines Steuerpflichtigen (nicht eines Dritten) auf ein noch nicht bestandskräftig abgeschlossenes Steuerverfahren bezieht, in dem der Steuerpflichtige eigene Rechte wahrnimmt (vgl. *OVG Münster*, NVwZ 2020, 1288 und die Urteilsanmerkung hierzu von *Brandt*), kann dahinstehen. Denn aufgrund des Urteils des *BFH* (NJW 2021, 573) ist das dem Informationsbegehren zugrunde liegende Steuerverfahren zwischen dem Kl. und dem Finanzamt Frankfurt a.M. nunmehr rechtskräftig abgeschlossen und die Bekl. im Übrigen diesem (zweiten) Revisionsverfahren nicht beigetreten. Dieser erst nach Klageerhebung eingetretene Umstand ist trotz § 17 I 1 GVG zu berücksichtigen, denn diese Regelung dient allein dem Fortbestand eines zum Zeitpunkt der Klageerhebung eröffneten Rechtswegs, wirkt also nur rechtswegerhaltend, steht jedoch der Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen (auch im Beschwerdeverfahren) nicht entgegen, die nunmehr zur Zulässigkeit des ge-

wählten Rechtswegs führen, (stRspr, vgl. *BAG*, NJW 2015, 718 Rn. 22 = AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 73 m. zahlr. wN; *Zöller/Lückemann*, ZPO, 33. Aufl., § 17 GVG Rn. 2 mwN).

[6] II. Eine Zuweisung an die Finanzgerichte ergibt sich auch nicht aufgrund einer Sonderzuweisung iSd § 33 I Nr. 4 FGO.

[7] Zwar sieht § 32 i II AO in der seit dem 29.12.2020 geltenden Fassung des Jahressteuergesetzes 2020 vom 21.12.2020 (BGBl. 2020 I, 3096) nunmehr in einem neugeschaffenen S. 2 ausdrücklich vor, dass der Finanzrechtsweg auch gegeben ist für Auskunfts- und Informationszugangsansprüche, deren Umfang nach § 32 e AO begrenzt wird. Diese Rechtsänderung wirkt jedoch nicht rechtswegerhaltend, kann daher nach § 17 I 1 GVG im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden.

[8] Ausweislich der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs wollte der Gesetzgeber mit der Ergänzung des § 32 i II AO auch nicht lediglich die Reichweite des (heutigen) S. 1 der Norm klarstellen, sondern vielmehr auf die Rechtsprechung insbesondere auch des *BVerwG* reagieren, nach der bis dahin die Fälle des § 32 e AO, also Ansprüche betroffener Personen oder Dritter nach den Informationsfreiheitsgesetzen, von der Finanzrechtswegzuweisung in § 31 i AO nicht erfasst seien (BT-Drs. 19/22850, S. 162 zu Nr. 8 Buchst. a. Auch für diese Fälle sollte „nunmehr“ (aaO zu Buchst. c eine Regelung geschaffen werden.

[9] Entgegen dem VG wird die vorliegende Streitigkeit von der bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung im Januar 2020 geltenden Regelung § 32 i II 1 AO nicht erfasst. Danach ist der Finanzrechtsweg für Klagen der betroffenen Person hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten gegen Finanzbehörden oder gegen deren Auftragsverarbeiter wegen eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen im Anwendungsbereich der VO (EU) 2016/679 (EU-DSGVO) oder der darin enthaltenen Rechte der betroffenen Person gegeben. Auch wenn § 2 a V Nr. 2 AO (ua) die Vorschriften der EU-DSGVO über die Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen auch für Informationen für entsprechend anwendbar erklärt, die sich auf identifizierte oder identifizierbare Personenvereinigungen beziehen, ändert dies nichts daran, dass der Kl. sich mit seiner Klage nicht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten wendet und jedenfalls in erster Linie auch keinen Informationszugang nach Maßgabe der datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch die Finanzbehörden verlangt, sondern einen Informationsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes geltend macht (vgl. zutreffend *BFH*, Rn. 12; *Brandt*).

[10] Dem Anliegen, dem durch § 32 e AO bewirkten Gleichlauf zwischen Ansprüchen nach der EU-DSGVO und den Informationsfreiheitsgesetzen auch in prozessualer Hinsicht Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 32 i II 2 AO inzwischen Rechnung getragen. Dieses berechtigte Anliegen allein rechtfertigt indes nicht, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch dem § 32 i II 1 AO einen entsprechenden Regelungsgehalt beizumessen (*BVerwG*, jeweils Rn. 12).

Anm. d. Schriftltg.: Zu Fragen der Informationsfreiheit zwischen Gegenwart und Zukunft vgl. *Uphues*, ZRP 2021, 41; zur einstweiligen Anordnung auf Informationszugang s. *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2016, 943; zum IFG-Anspruch gegenüber Sparkasse s. *OVG Münster*, NVwZ-RR 2021, 199. ■

Ausländer- und Asylrecht

15 Prüfung völkerrechtlicher Zusicherungen eines Abschiebungszielstaates

EMRK Art. 3; GG Art. 2 II 1, 19 IV; BVerfGG § 93 c I 1; VwGO § 86; AufenthG § 60 V

1. Es ist zweifelhaft, ob Zusicherungen aus einem strafrechtlichen Auslieferungsverfahren auch im Falle einer ausländerrechtlichen Abschiebung Geltung beanspruchen können.

2. Das VG hat sich mit der entscheidungserheblichen Frage, welche Situation einen Beschwerdeführer im Fall einer Abschiebung in die Russische Föderation tatsächlich erwartet, konkret auseinanderzusetzen und zu prüfen, welchen Inhalt die von den (im konkreten Fall) russischen Behörden erteilten Zusicherungen haben und ob sie belastbar sind.

3. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist das Ermessen nach § 51 V VwVfG iVm §§ 48, 49 VwVfG, das Verfahren auch dann wieder aufzunehmen, wenn und soweit die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen nach § 51 I bis III VwVfG nicht gegeben sind, dann auf Null reduziert, wenn der Ausländer durch die Abschiebung einer extremen, individuellen Gefahrsituation ausgesetzt werden würde, das Absehen von der Abschiebung daher verfassungsrechtlich zwingend geboten ist und ein Festhalten an der bestandskräftigen negativen Entscheidung über das Abschiebungsverbot zu einem schlechthin unerträglichen Ergebnis führen würde (vgl. *BVerwGE* 122, 103 = NVwZ 2005, 462).

4. Einem abzuschiebenden russischen Staatsangehörigen tschetschenischer Herkunft, dem von den russischen Behörden eine terroristische Straftat im Ausland vorgeworfen wird, ist aller Wahrscheinlichkeit nach im Falle eines in der Tschetschenischen Republik geführten Strafverfahrens einem extrem hohen Risiko ausgesetzt, Opfer von Folter zu werden. (Leitsätze der Redaktion)

BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), *Beschl. v. 3.3.2021 – 2 BvR 1400/20*

Zum Sachverhalt: Der Bf. ist russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Volkszugehörigkeit. Seinen im Jahr 2015 im Bundesgebiet gestellten Asylantrag lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) mit Bescheid vom 1.6.2016 ab und drohte ihm die Abschiebung in die Russische Föderation an. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf. fristgerecht Klage beim VG *Schwerin*. Während des Klageverfahrens schrieben die russischen Behörden den Bf. zur Fahndung aus und richteten ein Auslieferungsersuchen an die Bundesrepublik Deutschland. Dem Auslieferungsersuchen war ein Haftbefehl des *AG von Atschchoi-Martan* in der Tschetschenischen Republik vom 13.11.2017 beigelegt. Die Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation führte im Auslieferungsersuchen aus, dass dem Bf. von der Untersuchungssektion der Abteilung des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation für den Bezirk Atschchoi-Martan der Tschetschenischen Republik vorgeworfen werde, im Juni 2014 von Deutschland nach Syrien gereist und für den Islamischen Staat (IS) gekämpft zu haben. Dies sei nach Art. 208 II des Strafgesetzbuchs der Russischen Föderation („Beteiligung an einer bewaffneten Formation im Hoheitsgebiet eines ausländischen Staates, die durch Rechtsvorschriften dieses Staates nicht vorgesehen sind, begangen für Zwecke, die den Interessen der Russischen Föderation widersprechen“) strafbar. Die Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation sicherte im Laufe des Auslieferungsverfahrens zu, dass gemäß den Völkerrechtsnormen dem Bf. alle Verteidigungsmöglichkeiten gewährt werden wür-

den, einschließlich des Beistandes von Rechtsanwälten. Der Bf. werde keiner Folter und keiner grausamen, unmenschlichen, die menschliche Würde verletzenden erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung unterzogen. Das Auslieferungsersuchen habe keine politischen Motive und verfolge keine Zwecke im Zusammenhang mit der Rassenangehörigkeit, dem Glaubensbekenntnis, der Nationalität oder den politischen Anschauungen. Im Falle der Auslieferung werde der Bf. in eine Anstalt verbracht, in der die Standards eingehalten würden, die in der EMRK und in den europäischen Strafvollzugsgrundsätzen beschrieben würden. Beamte der Deutschen Botschaft würden berechtigt sein, ihn zwecks Kontrolle der Einhaltung der erwähnten Gewährleistungen jederzeit zu besuchen. Deutsche Konsularbeamte dürften bei den Gerichtsverhandlungen anwesend sein und das Gerichtsverfahren beobachten. Nach Abschluss des Verfahrens werde der Botschaft oder dem entsprechenden deutschen Generalkonsulat in Russland auf Anfrage eine Kopie der endgültigen prozessualen Entscheidung übermittelt. Unter Beachtung der Bitte der deutschen Seite, zuzusichern, dass die Ermittlungshandlungen außerhalb der Verwaltungsgrenzen des Föderationskreises Nordkaukasus stattfänden, teilte die Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation außerdem mit, dass das Ermittlungsdepartment des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation das Strafverfahren am 22.3.2018 aus der Ermittlungssektion der Abteilung des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation für den Bezirk Atschchoi-Martan entfernt und der Hauptermittlungsverwaltung der Hauptverwaltung des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation für die Region Krasnodar zwecks Organisierung der weiteren Ermittlungen übergeben habe. Was die Feststellung der Haftanstalt angehe, werde die Verbüßung der Strafe im Falle der Auslieferung des Bf. außerhalb der Verwaltungsgrenzen des Föderationskreises Nordkaukasus stattfinden.

Mit Beschluss vom 17.7.2018 erklärte das *OLG Rostock* die Auslieferung des Bf. für unzulässig. Bei dem dem Bf. gemachten Vorwurf, sich an einer illegalen bewaffneten Gruppierung in der Arabischen Republik Syrien beteiligt zu haben, handele es sich um eine politische Straftat, die nach Art. 3 I des Europäischen Auslieferungsabkommens iVm § 6 I 1 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen nicht auslieferungsfähig sei. Mit Urteil vom 25.4.2019 wies das *VG Schwerin* nach Beiziehung der Akten aus dem Auslieferungsverfahren die Klage des Bf. auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, auf Gewährung subsidiären Schutzes und auf Feststellung von Abschiebungsverboten ab. Den Antrag des Bf. auf Zulassung der Berufung lehnte das *OVG Greifswald* mit Beschluss vom 16.1.2020 ab. Eine hiergegen erhobene Anhörungsrüge blieb erfolglos. Eine vom Bf. gegen das Urteil vom 25.4.2019 und den Beschluss vom 16.1.2020 erhobene Verfassungsbeschwerde (2 BvR 273/20) wurde mangels Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität mit Beschluss vom 26.2.2020 nicht zur Entscheidung angenommen. Mit Schreiben vom 21.4.2020 beantragte der Bf. erfolglos beim Bundesamt das Wiederaufgreifen des Verfahrens zu den Abschiebungsverboten und die Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 V AufenthG iVm Art. 3 EMRK. Der Bf. erhob gegen den Bescheid vom 10.6.2020 am 22.6.2020 Klage beim *VG Schwerin* und stellte am 25.6.2020 einen Eilantrag nach § 123 I 1 VwGO, den das *VG* ablehnte.

Das *BVerfG* gab der daraufhin erhobenen Verfassungsbeschwerde statt.

Aus den Gründen: [21] II. Die *Kammer* nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr statt. Die Voraussetzungen des § 93 a I 1 BVerfGG liegen vor. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist gem. § 93 a II Buchst. b BVerfGG zur Durchsetzung der Rechte des Bf. aus Art. 19 IV 1 GG angezeigt. Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen rechtlichen Fragen hat das *BVerfG* bereits geklärt. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und offensichtlich begründet.

[22] 1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

[23] Nachdem das VG *Schwerin* die bereits vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde erhobene Anhörungsrüge inzwischen zurückgewiesen hat, stellt sich das Problem der fehlenden Rechtswegerschöpfung, auf die das Bundesamt in seiner Stellungnahme vom 15.10.2020 hinwies, nicht. Ob die Anhörungsrüge offensichtlich aussichtslos war und insofern nicht zum Rechtsweg gehörte (vgl. *BVerfGK* 7, 115 [116] = BeckRS 2005, 33615; *BVerfGK* 7, 403 [407] = BeckRS 2006, 21932; *BVerfGK* 15, 591 [593] = NJW 2009, 3710; *BVerfGK* 20, 300 [302] = BeckRS 2014, 55997), kann offen bleiben. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, hätte der Bf. durch die vorsorgliche Einlegung der Verfassungsbeschwerde die ab dem Zugang des Beschlusses vom 15.7.2020 laufende Monatsfrist des § 93 BVerfGG eingehalten (vgl. zur Zulässigkeit dieser Vorgehensweise *BVerfGE* 19, 323 [330] = NJW 1966, 339; *BVerfGE* 28, 1 [7] = NJW 1970, 651; *BVerfGE* 48, 341 [346] = NJW 1978, 1912 Ls. = BeckRS 9998, 148113; *BVerfGE* 107, 395 [417] = AP GG Art. 103 Nr. 64 = NJW 2003, 1924; *BVerfGK* 11, 203 [208] = NJW-RR 2008, 75). Darüber hinaus hat er den Beschluss über die Anhörungsrüge innerhalb der Monatsfrist des § 93 BVerfGG vorgelegt.

[24] Der Bf. hat die Verfassungsbeschwerde auch hinreichend begründet. Er hat substantiiert dargelegt, dass das VG durch die Ablehnung seines Eilantrags sein Recht auf effektiven Rechtsschutz in Verbindung mit seinem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 19 IV 1 iVm Art. 2 II 1 GG) verletzt haben könnte.

[25] 2. Die Verfassungsbeschwerde ist auch offensichtlich begründet.

[26] Der Beschluss vom 15.7.2020 verletzt die Rechte des Bf. aus Art. 19 IV 1 iVm Art. 2 II 1 GG (a). Ob die weiteren geltend gemachten Grundrechtsverstöße vorliegen, bedarf keiner Entscheidung (b).

[27] a) Der Beschluss vom 15.7.2020 verletzt den Bf. in seinen Rechten aus Art. 19 IV 1 iVm Art. 2 II 1 GG.

[28] Das VG hat einen Anordnungsanspruch unter Verweis auf das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens in Bezug auf ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot nach § 60 V AufenthG iVm Art. 3 EMRK gem. § 51 V iVm §§ 48, 49 VwVfG verneint, ohne sich hinreichend mit den dem Bf. im Falle einer Abschiebung in die Russische Föderation drohenden Gefahren befasst zu haben. Es hat ausschließlich Ausführungen dazu gemacht, dass und warum die Zusicherungen aus dem Auslieferungsverfahren weiterhin Geltung beanspruchten, ohne sich in einem nächsten Schritt – die Gültigkeit der Zusicherungen unterstellt – mit dem Inhalt und der Reichweite dieser Zusicherungen zu befassen.

[29] aa) Den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen muss im Anwendungsbereich des Art. 2 II 1 GG wirksam Rechnung getragen werden (vgl. *BVerfGK* 10, 108 [112 f.] = NVwZ 2007, 1046). Die Verfahrensgewährleistung des Art. 19 IV 1 GG beschränkt sich nicht auf die Einräumung der Möglichkeit, die Gerichte gegen Akte der öffentlichen Gewalt anzurufen; sie gibt dem Bürger darüber hinaus einen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt nicht nur, dass jeder potenziell rechtsverletzende Akt der Exekutive in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht der richterlichen Prüfung unterstellt werden kann; vielmehr müssen die Gerichte den betroffenen Rechten auch tatsächliche Wirksamkeit verschaffen (vgl. *BVerfGE* 35, 263 [274] = NJW 1973, 1491 =

NJW 1973, 2196 Ls.; *BVerfGE* 40, 272 [275] = NJW 1976, 141; *BVerfGE* 67, 43 [58] = NJW 1984, 2028 = NVwZ 1984, 642 Ls.; *BVerfGE* 84, 34 [49] = NJW 1991, 2005 = NVwZ 1991, 869 Ls.; stRspr.). Das Maß dessen, was wirkungsvoller Rechtsschutz ist, bestimmt sich auch nach dem sachlichen Gehalt des als verletzt behaupteten Rechts (vgl. *BVerfGE* 60, 253 [297] = NJW 1982, 2425 = NVwZ 1982, 614 Ls.), hier – angesichts der in Rede stehenden Foltergefahr und der Gefahr unmenschlicher und entwürdigender Inhaftierungsbedingungen – des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Verbindung mit der Gewährleistung des Art. 3 EMRK im Lichte der Rechtsprechung des EGMR (*BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2018, 318 Rn. 17). Die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung haben dem hohen Wert dieser Rechte Rechnung zu tragen (vgl. zu den Anforderungen an einen wirkungsvollen Rechtsschutz im Zusammenhang mit Art. 2 II 1 GG (*BVerfGE* 117, 71 [106 f.] = NJW 2007, 1933) und die Vorgaben der EMRK zu berücksichtigen (vgl. *BVerfGE* 111, 307 [323 ff.] = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.). In Fällen, in denen die möglicherweise bestehende Gefahr, Folter oder unmenschlichen Haftbedingungen ausgesetzt zu sein, in Rede steht, kommt der verfahrensrechtlichen Sachaufklärungspflicht (§ 86 I VwGO) verfassungsrechtliches Gewicht zu. Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen sich der Betroffene auf eine in seinem Abschiebungszielstaat bestehende Foltergefahr beruft und für diese auch ernsthafte Anhaltspunkte bestehen (vgl. *BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], BayVBl 1997, 177 = NVwZ-Beil. 1996, 65).

[30] Sowohl verfassungsrechtlich als auch konventionsrechtlich ist es in solchen Konstellationen geboten, dass sich die zuständigen Behörden und Gerichte vor einer Rückführung in den Zielstaat über die dortigen Verhältnisse informieren und ggf. Zusicherungen der zuständigen Behörden einholen (vgl. *BVerfGE* 94, 49 [100] = NVwZ 1996, 700 = NJW 1996, 1665 Ls.; EGMR, NVwZ 2013, 487 Rn. 187 – Othman v. United Kingdom). Diese Zusicherungen müssen geeignet sein, eine ansonsten bestehende beachtliche Gefahr einer Art. 3 EMRK verletzenden Behandlung wirksam auszuschließen (zu den diesbezüglichen Anforderungen *BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2017, 1526 Rn. 46 ff.; EGMR, NVwZ 2013, 487 Rn. 188 ff. – Othman v. United Kingdom), andernfalls kann es zur Sicherung effektiven Rechtsschutzes geboten sein, einem fachgerichtlichen Eilantrag zunächst stattzugeben (*BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2018, 318 Rn. 17, mwN).

[31] bb) Diesen Anforderungen wird der Beschluss vom 15.7.2020 nicht gerecht.

[32] (1) Es ist bereits zweifelhaft, ob die Auffassung des VG, dass die Zusicherungen aus dem Auslieferungsverfahren auch im Falle einer Abschiebung des Bf. weiterhin Geltung beanspruchen, rechtlich vertretbar ist. Insbesondere die Zusicherungen, dass Beamte der Deutschen Botschaft berechtigt sein würden, den Bf. zwecks Kontrolle der Einhaltung der Verfahrens- und Haftgewährleistungen jederzeit zu besuchen, dass deutsche Konsularbeamte bei den Gerichtsverhandlungen anwesend sein und das Gerichtsverfahren beobachten dürften und dass der Botschaft oder dem entsprechenden deutschen Generalkonsulat in Russland nach Abschluss des Verfahrens auf Anfrage eine Kopie der endgültigen prozessualen Entscheidung übermittelt werde, knüpfen ersichtlich an die Zuständigkeit des Auswärtigen Amtes für den Fall des Bf. an. Diese ist nur im Falle der Auslieferung, nicht aber im Falle der Abschiebung des Bf. gegeben.

[33] Letztlich kann die Frage, ob die Auffassung des VG zur Fortgeltung der Zusicherungen vertretbar ist oder nicht, aber offen bleiben.

[34] (2) Denn das VG hat sich jedenfalls mit der entscheidungserheblichen Frage, welche Situation den Bf. im Fall einer Abschiebung in die Russische Föderation tatsächlich erwartet – konkret, welchen Inhalt die von den russischen Behörden erteilten Zusicherungen haben und ob sie belastbar sind –, nicht auseinandergesetzt. Es hat die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen im weiteren Sinne nach § 51 V iVm §§ 48, 49 VwVfG nicht hinreichend geprüft und dem Bf. damit effektiven (Eil-)Rechtsschutz verwehrt.

[35] Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ist das Ermessen nach § 51 V VwVfG iVm §§ 48, 49 VwVfG, das Verfahren auch dann wieder aufzunehmen, wenn und soweit die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen nach § 51 I bis III VwVfG nicht gegeben sind, dann auf Null reduziert, wenn der Ausländer durch die Abschiebung einer extremen, individuellen Gefahrensituation ausgesetzt werden würde, das Absehen von der Abschiebung daher verfassungsrechtlich zwingend geboten ist und ein Festhalten an der bestandskräftigen negativen Entscheidung über das Abschiebungsverbot zu einem schlechthin unerträglichen Ergebnis führen würde (vgl. *BVerwGE* 122, 103 = NVwZ 2005, 462).

[36] Das VG hat nicht geprüft, ob diese Voraussetzungen im Fall des Bf. vorliegen. Es begründet lediglich, warum es die im Auslieferungsverfahren von den russischen Behörden erteilten Zusicherungen nach wie vor für bindend hält. Es prüft jedoch nicht, ob die Zusicherungen – ihre Fortgeltung unterstellt – die Gefahr der Folter und der unmenschlichen Behandlung des Bf. in der Russischen Föderation verlässlich ausschließen. Eine entsprechende Prüfung wäre zwingend erforderlich gewesen. Denn es spricht Überwiegendes dafür, dass die Gefahr der Folter und der unmenschlichen Behandlung des Bf. im Falle einer Abschiebung durch die Zusicherungen nicht verlässlich ausgeschlossen wird.

[37] Der Bf. weist in der Verfassungsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass die Zusicherungen aus dem Auslieferungsverfahren nicht sicherstellen, dass auch das zu erwartende Strafverfahren wegen Terrorismusverdachts außerhalb der Tschetschenischen Republik geführt werden wird. Die Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation hat im Rahmen einer Zusicherung lediglich mitgeteilt, dass das Ermittlungsdepartment des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation das Strafverfahren am 22.3.2018 aus der Ermittlungssektion der Abteilung des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation für den Bezirk Atschchoi-Martan entfernt und der Hauptermittlungsverwaltung der Hauptverwaltung des Ministeriums für Innere Angelegenheiten der Russischen Föderation für die Region Krasnodar zwecks Organisation der weiteren Ermittlungen übergeben habe und dass die Verbüßung einer Strafe durch den Bf. außerhalb der Verwaltungsgrenzen des Föderationskreises Nordkaukasus stattfinden werde. Eine Zusicherung, dass auch das Strafverfahren außerhalb der Tschetschenischen Republik geführt werde, liegt nicht vor. Selbst das nach der Erhebung der Verfassungsbeschwerde dem VG *Schwerin* im Klageverfahren vorgelegte Schreiben des Auswärtigen Amtes vom 17.8.2020, das den Wortlaut der Zusicherung der Russischen Föderation vom 15.1.2020 für die Abschiebung des Bf. wörtlich wiedergibt, lässt nicht auf eine Zusicherung solchen Inhalts schließen.

[38] Eine solche Zusicherung wird, wie der Bf. in der Verfassungsbeschwerde ebenfalls deutlich macht, von den russischen Behörden in der Regel auch nicht erteilt. Nach einer Stellungnahme des BMJV zur Strafverfolgung von Tschetschenen vom 26.7.2019 ist es den russischen Behörden aufgrund der Rechtslage in der Russischen Föderation nicht möglich, gegenüber der Bundesrepublik Deutschland wirksam zuzusichern, dass ein Strafverfahren außerhalb des Ge-

biets des Nordkaukasus stattfindet. Zwar haben die russischen Behörden in vergangenen Auslieferungsfällen den Standort des Ermittlungsverfahrens verlegt und zugesagt, darauf hinzuwirken, dass auch das Strafverfahren außerhalb des Nordkaukasus stattfinden werde. Nach der genannten Stellungnahme des BMJV vom 26.7.2019 ist es in einigen Fällen jedoch dazu gekommen, dass Betroffene dennoch in der Tschetschenischen Republik in Untersuchungshaft genommen und ihre Strafverfahren im Gebiet Nordkaukasus durchgeführt wurden. Im Fall des Bf. haben die russischen Behörden nicht einmal ausdrücklich zugesagt, darauf hinzuwirken, dass das Strafverfahren außerhalb der Tschetschenischen Republik stattfinden wird.

[39] Dass der Bf., dem von den russischen Behörden eine terroristische Straftat im Ausland vorgeworfen wird, im Falle eines in der Tschetschenischen Republik geführten Strafverfahrens einem extrem hohen Risiko ausgesetzt wäre, Opfer von Folter zu werden, ergibt sich hinreichend aus dem von ihm in Bezug genommenen Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Russischen Föderation. In diesem wird ausgeführt, dass die Bekämpfung von Extremisten in der Tschetschenischen Republik laut glaubwürdigen Aussagen von lokalen Nichtregierungsorganisationen einhergehe mit rechtswidrigen Festnahmen, Sippenhaft, Kollektivstrafen, spurlosem Verschwinden, Folter zur Erlangung von Geständnissen, fingierten Straftaten, außergerichtlichen Tötungen und Geheimgefängnissen, in denen gefoltert werde. Die strafrechtliche Verfolgung der Menschenrechtsverletzungen sei unzureichend. Recherchen oder Befragungen von Opfern vor Ort durch Nichtregierungsorganisationen seien nicht möglich; Regimeopfer müssten mitsamt ihren Familien aus Tschetschenien herausgebracht werden (vgl. Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Russischen Föderation, Stand: Okt. 2019, 16.12.2019, 12; unverändert im Bericht mit Stand: Okt. 2020, 2.2.2021, 12).

[40] Der Bf. hat sowohl im behördlichen als auch im gerichtlichen Verfahren ausdrücklich geltend gemacht, dass die Gefahr bestehe, dass sein Gerichtsverfahren im Falle seiner Abschiebung mangels anderweitiger Zusicherungen in der Tschetschenischen Republik durchgeführt werde und dass ihm dort Folter drohe.

[41] Das VG hätte entsprechend prüfen müssen, ob die Zusicherungen – ihre Fortgeltung unterstellt – die Gefahr der Folter und der unmenschlichen Behandlung des Bf. in der Russischen Föderation hinreichend verlässlich ausschließen. Es hätte sich insbesondere mit der Gefahr des dem Bf. in der Tschetschenischen Republik drohenden Strafverfahrens auseinandersetzen müssen.

[42] Hätte es dies getan, wäre es möglicherweise zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich des Wiederaufgreifensanspruchs des Bf. gekommen und hätte das Bundesamt im Eilverfahren verpflichtet, der Ausländerbehörde mitzuteilen, dass die Abschiebungsandrohung aus dem Bescheid vom 1.6.2016 vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht vollzogen werden darf. Damit beruht die Entscheidung auch auf dem festgestellten Grundrechtsverstoß.

[43] b) Ob die weiteren geltend gemachten Grundrechtsverstöße vorliegen, bedarf keiner Entscheidung.

Anm. d. Schriftltg.: Zur Entbehrlichkeit einer Zusicherung bezüglich der Haftbedingungen in der Türkei vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 21.8.2018 – 1 A 16/17, BeckRS 2018, 23003 Rn. 103; zur Abschiebung eines afghanischen Staatsangehörigen s. *BVerfG*, NVwZ-RR 2017, 208; zum Abschiebungsschutz wegen Gefahr der Sklaverei im Herkunftsstaat s. *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 131. ■

Verwaltungsprozessrecht

16 Weiterleitung einer Rechtsmittelschrift durch unzuständiges Gericht

VwGO §§ 60, 124 a IV 5

1. Ein unzuständiges Gericht hat jedenfalls dann, wenn es bereits mit der Sache befasst war, einen Rechtsmittelschriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das zuständige Gericht weiterzuleiten.

2. Mit der Formulierung „ordentlicher Geschäftsgang“ ist gemeint, dass die Vorinstanz zu Eilmaßnahmen rechtlich nicht verpflichtet ist. Bei der Weiterleitung per Post ist regelmäßig eine Postlaufzeit von einem Werktag anzunehmen.

3. Verletzt das unzuständige Gericht im Rahmen der Weiterleitung seine Fürsorgepflichten, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht.

OVG Münster, Beschl. v. 12.1.2021 – 18 A 3481/20

Zum Sachverhalt: Das OVG hat den Berufungszulassungsantrag der Kl. nach Einlegung der Begründung bei der Vorinstanz und Weiterleitung durch sie weil verspätet und damit unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: [1] Der Antrag ist unzulässig, weil er nicht innerhalb der Zweimonatsfrist des § 124 a IV 4 VwGO begründet worden ist. Der Gerichtsbescheid des VG vom 4.11.2020 ist den Prozessbevollmächtigten der Kl. ausweislich des Empfangsbekennnisses am 5.11.2020 zugestellt worden. Der Antrag auf Zulassung der Berufung hätte daher nach § 57 II VwGO iVm § 222 I ZPO und § 188 II BGB spätestens am 5.1.2021 begründet werden müssen. Da eine Begründung nicht bereits mit dem Antrag auf Zulassung der Berufung vorgelegt worden war – die bloße Aufzählung von drei Zulassungsgründen im Schriftsatz vom 2.12.2020 ist augenscheinlich unzureichend –, hätte sie beim OVG eingereicht werden müssen (vgl. § 124 a IV 5 VwGO). Auf diese Erfordernisse sind die Kl. in der dem angefochtenen Gerichtsbescheid beigefügten Rechtsmittelbelehrung ordnungsgemäß hingewiesen worden. Eine Begründung des Antrags ist jedoch innerhalb der Frist beim OVG nicht eingegangen.

[2] Den Kl. ist anlässlich des Eingangs des Begründungsschriftsatzes beim OVG am 8.1.2021 – von Amts wegen – auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 60 I und II VwGO).

[3] Die Prozessbevollmächtigten der Kl. waren nicht ohne Verschulden iSd § 60 I VwGO gehindert, die Frist zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung einzuhalten. Ihr Verschulden wird gem. § 173 S. 1 VwGO iVm § 85 II ZPO den Kl. zugerechnet.

[4] Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* liegt ein „Verschulden“ iSv § 60 I VwGO vor, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Prozessführenden geboten ist und die ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falls zuzumachen war (vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2016, 833 Rn. 11, mwN).

[5] Das Verschulden der Prozessbevollmächtigten der Kl. ist hier nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie darauf vertrauen durften, dass der an das VG Köln adressierte und dort am 4.1.2021 eingegangene Schriftsatz zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung von diesem rechtzeitig (dh bis zum Fristablauf am 5.1.2021) an das OVG weitergeleitet würde.

[6] Die Einreichung eines Rechtsmittels bei einem unzuständigen Gericht wahrt nicht die Fristen im Rechtsmittelverfahren. Dieses ist nicht verpflichtet, die Partei oder ihren Prozessbevollmächtigten auf seine Unzuständigkeit hinzuweisen. Jedoch hat das Gericht jedenfalls dann, wenn es bereits mit der Sache befasst war, gem. Art. 2 I iVm Art. 20 III GG, den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Einen hinreichenden zeitlichen Abstand zwischen der Einlegung des Rechtsmittels und dem Ablauf der Rechtsmittelfrist vorausgesetzt, darf die Partei nicht nur auf die Weiterleitung des Schriftsatzes, sondern auch darauf vertrauen, dass dieser noch fristgerecht beim zuständigen Gericht eingeht. Diese Grundsätze gelten nicht nur im Zivil-, sondern auch im Verwaltungsprozess, und zwar auch dann, wenn die Rechtsmittelbelehrung ordnungsgemäß erfolgte (vgl. *BVerwG*, NJW 2018, 1272 Rn. 6, und NVwZ-RR 2003, 901 Rn. 9, jew. mwN zur Rechtsprechung des *BVerfG*).

[7] Allerdings braucht das unzuständige Gericht den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten nicht die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien abzunehmen. Mit der Formulierung „ordentlicher Geschäftsgang“ ist deshalb gemeint, dass die Vorinstanz zu Eilmaßnahmen rechtlich nicht verpflichtet ist. So muss sie weder die Partei, die ihren Schriftsatz irrtümlich bei ihr eingereicht hat, durch Telefonat oder Telefax auf diesen Irrtum hinweisen, noch muss sie den Schriftsatz selbst per Telefax an das Rechtsmittelgericht weiterleiten (vgl. *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss, NJW 2001, 1343 = NVwZ 2001, 668 Ls.).

[8] Die Fürsorgepflicht wird jedoch verletzt, wenn das vorinstanzliche Gericht den Schriftsatz auf einem Wege weiterleitet, der seine Fristgebundenheit unberücksichtigt lässt und deshalb vernünftigerweise für die Übersendung fristgebundener Schriftsätze „ohne schuldhaftes Zögern“ nicht in Betracht kommt (vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 2003, 901 Rn. 9; *OVG Münster*, Beschl. v. 28.7.2014 – 18 B 1007/13).

[9] Gemessen daran durften die Prozessbevollmächtigten der Kl. nicht auf eine rechtzeitige Weiterleitung zum OVG vertrauen. Ausweislich der Faxkennung des übersandten Begründungsschriftsatzes wurde dieser am 4.1.2021 um 16:04 Uhr – und damit nach Dienstschluss – an das VG gefaxt. Selbst wenn der Schriftsatz – ohne Berücksichtigung der Laufzeit von der zentralen Einlaufstelle des VG bis zum Eingang des Schriftsatzes bei der Geschäftsstelle der zuständigen Kammer, für die der BGH einen Tag veranschlagt (vgl. *BGH*, NJOZ 2020, 796 Rn. 15), – direkt am nächsten Tag (dh dem Tag des Fristablaufs am 5.1.2021) per Post an das OVG weitergeleitet worden wäre, wäre er dort unter Be-

rücksichtigung der regelmäßig anzunehmenden Postlaufzeit von einem Werktag (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 19.7.2018 – 1 WB 48/17, BeckRS 2018, 25784 Rn. 22; *OVG Münster*, Beschl. v. 28.7.2014 – 18 B 1007/13) frühestens am 6.1.2021 und damit nach Fristablauf eingegangen.

[10] Unerheblich ist im Übrigen, ob der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten der Kl. am Nachmittag des 4.1.2021 auch bereits das Aktenzeichen des Verfahrens vor dem *OVG* bekannt gewesen ist. Die in § 124 a IV 5 VwGO normierte gesetzliche Pflicht zur Übersendung der Begründung eines Antrags auf Zulassung der Berufung an das *OVG* besteht unabhängig von der Kenntnis eines entsprechenden Aktenzeichens (vgl. in diesem Zusammenhang *OVG Münster*, Beschl. v. 28.1.2015 – 18 B 1463/14, BeckRS 2015, 131454).

Anm. d. Schriftltg.: Zur verspäteten Begründung des Berufungszulassungsantrags s. *VGH München*, Beschl. v. 25.10.2006 – 24 ZB 06.2443, BeckRS 2009, 41018; zur fehlerhaften Berufungszulassungsbegründung s. *W. Roth*, NVwZ 2003, 1189. ■

17 Anforderungen an das Zustandekommen eines Prozessvergleichs

VwGO § 106

Ein wirksamer Prozessvergleich nach § 106 S. 2 VwGO setzt voraus, dass sich die Annahmeerklärungen der Beteiligten mit dem Text des gerichtlichen Vergleichsvorschlags vollinhaltlich decken. Auch textliche Änderungswünsche, die nur klarstellend gemeint sind, bedürfen eines erneuten richterlichen Vorschlags.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.3.2021 – 1 PS 160/20

Zum Sachverhalt: Das *OVG* hat die Beschwerde des Vollstreckungsgläubigers im Rahmen der Vollstreckung eines Prozessvergleichs abgelehnt.

Aus den Gründen: [1] Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das VG hat den Antrag des Vollstreckungsgläubigers, ihn zu ermächtigen, auf Kosten der Vollstreckungsschuldnerin drei sachverständige Überprüfungen der Einhaltung der Emissionsrichtwerte durchzuführen und die Schuldnerin zu einer Vorauszahlung der Kosten dieser Untersuchung iHv 6.000 Euro zu verurteilen, im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Der vom VG zutreffend als Antrag nach § 167 S. 1 VwGO iVm § 887 ZPO auf Vollstreckung eines Prozessvergleichs ausgelegte Antrag ist bereits nicht statthaft, da ein vollstreckungsfähiger Prozessvergleich nicht wirksam zustande gekommen ist.

[2] Der von den Bet. als Prozessvergleich zur Beendigung des Verfahrens 2 A 23/14 angesehene Vertrag kam folgendermaßen zustande: Auf Anregung der Bet. unterbreitete die Einzelrichterin diesen mit Beschluss vom 21.12.2015 einen Vergleichsvorschlag gem. § 106 S. 2 VwGO. Die Bekl. nahm diesen mit Schriftsatz vom 23.12.2015 vorbehaltlos an. Der Prozessbevollmächtigte des Kl. teilte mit Schriftsatz vom 29.12.2015 hingegen mit, die Bet. hätten sich telefonisch einvernehmlich auf Änderungen der Nr. 2 des Vergleichs (Einfügung eines Zusatzes „auf eigene Kosten“) geeinigt; Änderungen der Nrn. 1 und 3 habe die Bekl. abgelehnt. Er stimme dem Vergleich mit den Änderungen der Nr. 2 zu. Ein

erneuter Vergleichsvorschlag des VG und unbedingte Annahmeerklärungen der Bet. sind nicht dokumentiert. Auf Nachfrage des Klägersvertreters teilte die Einzelrichterin mit Schreiben vom 22.1.2016 mit, „dass der Vergleich in der durch die Parteien außergerichtlich modifizierten Form geschlossen wurde“.

[3] Das genügt nicht den Anforderungen an das wirksame Zustandekommen eines Prozessvergleichs nach § 106 S. 2 VwGO. Diese Norm setzt voraus, dass die Bet. einen in der Form eines Beschlusses ergangenen Vorschlag des Gerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters schriftlich gegenüber dem Gericht annehmen. Die Annahmeerklärungen müssen sich dabei inhaltlich voll mit dem Vergleichsvorschlag decken. Textliche Änderungen bedürfen eines erneuten Beschlusses und erneuter Zustimmungserklärungen, da der Beschluss in Verbindung mit den Annahmeerklärungen die sonst erforderliche Protokollierung ersetzt (vgl. *Stelkens*, NVwZ 1991, 209 [216]; *Eyermann/Schübel-Pfister*, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 106 Rn. 23 a; *Dolderer in Soedan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 106 Rn. 49; *Fehling in Fehling/Kastner*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 106 VwGO Rn. 28). Dass die Änderung vom Klägersvertreter als bloß klarstellend verstanden wurde, ändert daran nichts. Auch das Schreiben der Einzelrichterin vom 22.1.2016 kann den Formmangel des Prozessvergleichs nicht heilen.

[4] Die Sinnhaftigkeit des Erfordernisses unbedingter Annahmeerklärungen zeigt sich im Übrigen gerade an der Unsicherheit der Bet. darüber, mit welchem Inhalt der Vergleich nun zustande gekommen ist. Der Kl. selbst scheint ausweislich S. 2 seiner „Hinweise zum sog Gutachten“ vom 14.11.2019 davon auszugehen, dass auch Nr. 1 des Vergleichsvorschlags geändert wurde, und leitet daraus Rechtsfolgen ab.

(Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein von Mitgliedern des OVG)

Anm. d. Schriftltg.: Zur Anfechtung eines Prozessvergleichs s. *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2019, 1419; zur Vollstreckung gegen die öffentliche Hand aus einem Prozessvergleich s. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2019, 83. ■

18 Streitwertbestimmung im Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO

GKG §§ 52 I, 53 II Nr. 2; VwGO § 80 V, VII

Im Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO ist derselbe Streitwert wie im Ausgangsverfahren nach § 80 V VwGO zugrunde zu legen (Anschluss an *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2020, 730; Beschl. v. 21.12.2020 – 12 ME 140/20, ZNER 2021, 100 unter Aufgabe der bisherigen gegenteiligen Senatsrechtsprechung).

OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 1 ME 58/20

Anm. d. Schriftltg.: Die Entscheidung ist im Volltext veröffentlicht in BeckRS 2021, 7836. – Zum Streitwert bei Wohnqualitätsverschlechterung mehrerer Wohnungen s. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2020, 1047; zum Streitwert bei Nachbarklage gegen Baugenehmigung s. *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 2017, 391. ■

Rechtsprechung

In dieser Rubrik werden Leitsätze von Gerichtsentscheidungen nach Eingang in der Redaktion abgedruckt.

BVerfG: Gegenstandswert für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Zum Gegenstandswert in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren, in deren Rahmen eine einstweilige Anordnung erlassen wurde (Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 2152/20).

NdsStGH: Verletzung der Unterrichtungspflicht gegenüber Landtag durch Landesregierung bezüglich Corona-Verordnungen. Sinn und Zweck des Art. 25 I NdsVerf ist, den Mitgliedern des Landtages die notwendigen Informationen zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu verschaffen und dadurch die Entwicklung von Initiativen einerseits und eine wirksame Kontrolle der Regierungstätigkeit durch das Parlament andererseits zu ermöglichen. Die Vorschrift begründet daher einen Anspruch des Landtages auf frühzeitige und vollständige Information durch die Landesregierung über bedeutsame exekutive Vorhaben. Mit der Beschränkung der Unterrichtungspflicht auf Gegenstände von grundsätzlicher Bedeutung verwendet Art. 25 I 2 NdsVerf einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Handhabung durch die Landesregierung der vollen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ob ein Gegenstand im Sinne von Art. 25 I 2 NdsVerf grundsätzlich Bedeutung entfaltet, bemisst sich nach Umfang, Art und Ausmaß der gesellschaftlichen, sozialen, wirtschaftlichen, ökologischen und anderweitigen Auswirkungen des Vorhabens, insbesondere auch nach seiner Grundrechtsrelevanz. Eine grundsätzliche Bedeutung kann demgegenüber nicht allein deshalb angenommen werden, weil die Landesregierung eine Verordnung aufgrund bundesgesetzlicher Grundlage vorbereitet. Die Unterrichtungspflicht ist gemäß Art. 25 I 1 NdsVerf gegenüber dem Landtag als Ganzes zu erfüllen. Das Recht auf Unterrichtung wird deshalb durch eine Unterrichtung in Ausschüssen oder von einzelnen Mitgliedern nicht erfüllt. Frühzeitig im Sinne des Art. 25 I 1 NdsVerf ist eine Unterrichtung, wenn sie unverzüglich nach Abschluss der internen Willensbildung der Landesregierung und vor der Umsetzung des Beschlusses erfolgt. Dabei kann der Abschluss der Willensbildung auch vorläufiger Natur sein; dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Gesetzes- oder Verordnungsentwurf zur Verbandsbeteiligung freigegeben wird. Ist die regierungsinterne Willensbildung in diesem Sinne (vorläufig) abgeschlossen, steht der Gewaltenteilungsgrundsatz auch einer Unterrichtung des Landtages nicht mehr entgegen. Ob eine Unterrichtung im Sinne des Art. 25 I 1 NdsVerf vollständig ist, hängt maßgeblich vom Unterrichtsgegenstand ab und unterliegt der

vollen gerichtlichen Kontrolle. Zu unterrichten ist grundsätzlich über das Vorhaben und die dafür maßgeblichen Gründe. Die Unterrichtung über die Vorbereitung von Verordnungen ist nur dann vollständig, wenn der gesamte Entwurfstext dem Landtag übermittelt wird. Ist der Entwurf mit einer Begründung versehen, ist auch diese vorzulegen. Der Unterrichtsanspruch selbst verpflichtet nicht zur Erstellung einer Begründung (Urt. v. 9.3.2021 – StGH 3/20).

BVerwG: Reichweite der Wissenschaftsfreiheit eines Universitätsprofessors der Medizin im Bereich der Krankenversorgung. Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III 1 GG) gewährleistet einem Universitätsprofessor, dem als Mediziner auch Aufgaben in der Krankenversorgung an einem Universitätsklinikum übertragen worden sind, die Beibehaltung dieser Aufgaben nur insoweit, als sie – quantitativ wie qualitativ – als Anschauungs- und Betätigungsmaterial eine notwendige Voraussetzung für die angemessene Vertretung seines Faches in Forschung und Lehre darstellen. Dazu gehören Leitungsfunktionen nicht (Urt. v. 3.2.2021 – 2 C 4/19).

BVerwG: Bekenntnis zu deutschem Volkstum. Allein durch den Nachweis von Deutschkenntnissen kann ein Bekenntnis auf andere Weise nach § 6 II 2 BVFG nur erbracht werden, wenn der Betroffene kein ausdrückliches Bekenntnis zu einem anderen Volkstum abgegeben hat. Liegt ein derartiges Gegenbekenntnis vor, genügt nicht ein Verhalten, das nach dem Willen des Gesetzgebers ein Bekenntnis auf andere Weise darstellen kann, sondern bedarf es eines glaubhaften Abrückens von diesem Gegenbekenntnis (Urt. v. 26.1.2021 – 1 C 5/20).

BVerwG: Dienstherr als Kläger im Disziplinarverfahren. Auch in den Fällen der Übertragung der Befugnis zur Erhebung der Disziplinaranzeige nach § 34 II 2 BDG auf einen nachgeordneten Dienstvorgesetzten ist der Dienstherr des betroffenen Beamten Kläger des Disziplinarverfahrens. Der nachgeordnete Dienstvorgesetzte, auf den die Befugnis übertragen worden ist, handelt nur als dessen Vertreter und ist dementsprechend auch im Rubrum lediglich als Vertreter des Dienstherrn aufzuführen (Richtigstellung zu BVerwG, Beschl. v. 18.12.2007 – 2 B 113/07, BeckRS 2008, 31097 Rn. 7). Die Abweichung von einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des BVerwG führt nicht zur Zulassung der Revision wegen Divergenz nach § 132 II Nr. 2 VwGO, wenn diese Entscheidung aufgrund späterer ständiger Rechtsprechung des BVerwG überholt ist (stRspr) (Beschl. v. 11.3.2021 – 2 B 76/20).

BVerwG: Inanspruchnahme von Grundstücken für Bau einer Höchstspannungsleitung. Eine Höchstspannungsleitung, die in einem aufzuschüttenden Erdwall verlegt werden soll, ist kein Erdkabel iSv § 3 V BBPlG (Urt. v. 20.1.2021 – 4 A 4/19).

BVerwG: Immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflicht für Anlagen zur Herstellung von Süßgetränken. Anlagen zur Herstellung von Süßgetränken unter Verwendung von Mineralwasser und pflanzlichen Zusatzstoffen mit einer Produktionskapazität von 300 Tonnen oder mehr je Tag sind nach § 1 I 1 in Verbindung mit Anhang 1 Nr. 7.34.2 der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig (Urt. v. 17.2.2021 – 7 C 7/19).

OVG Münster: Begriff der Streitigkeit iSv § 40 I 1 VwGO – Durchsuchungsanordnung. Zum Begriff der Streitigkeit iSv § 40 I 1 VwGO. Zur Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung (Beschl. v. 26.10.2020 – 18 E 809/20).

OVG Saarlouis: Notwendige Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts-Vertretungserfordernis. Solange es wegen fehlender Beachtung des Vertretungserfordernisses für alle, insbesondere auch den Prozessgegner, erkennbar an einem zulässigen Antrag im Verfahren nach § 47 VI VwGO auf vorläufige Außervollzugsetzung der so genannten Corona-Pandemie-Verordnung fehlt, stellen die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts entstehenden Kosten keine erstattungsfähigen notwendigen Kosten iSd § 162 I VwGO dar (Beschl. v. 21.12.2020 – 2 B 376/20).

OVG Bremen: Schadensersatzforderung wegen Verlusts von Bundeswehrbekleidung und Ausrüstung. Die Sorgfaltspflichten bei der Aufbewahrung von Ausrüstungsgegenständen sind umso höher, je diebstahlgefährdeter ein Ausrüstungsgegenstand ist. Dabei kommt es in der Regel insbesondere auf dessen Wert an. Die Aufbewahrung auf dem Spind oder unter dem Bett in der verschlossenen Stube stellt bzgl. wertvoller Ausrüstungsgegenstände (im konkreten Fall im dreistelligen Euro-Bereich) grobe Fahrlässigkeit, bzgl. weniger wertvoller Gegenstände (im konkreten Fall va im unteren bis mittleren zweistelligen Euro-Bereich) ohne hinzutreten weiterer Umstände dagegen nur einfache Fahrlässigkeit dar (Beschl. v. 29.1.2021 – 2 LA 230/20).

VGH Mannheim: Titulierte Freihaltungsverpflichtung in Konkurrentenstreitverfahren. Ist in einem Konkurrentenstreitverfahren eine Freihaltungsverpflichtung bereits rechtskräftig (§ 121 VwGO analog) durch Beschluss tituliert, steht dies dem Erlass einer weiteren einstweiligen Anordnung, die auf dasselbe Ziel gerichtet ist, entgegen; statthaft ist insoweit ein Zwangsvollstreckungsantrag, wenn zu befürchten ist, dass die Behörde die unter-sagten Beförderungen vornimmt. Die Zusage einer Behörde, eine Stelle bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache freizuhalten, stellt eine eigene Anspruchsgrundlage dar, auf die – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – eine einstweilige Anordnung gestützt werden kann (Beschl. v. 15.2.2021 – 4 S 3347/20).

VGH Kassel: Adressat einer baurechtlichen Nutzungsuntersagung. Kommen mehrere Adressaten für eine baurechtliche Nutzungsuntersagung in Betracht, so muss sich die zuständige Behörde im Rahmen der von ihr zu treffenden Ermessensentscheidung mit der Frage auseinandersetzen, wer als Störer heranzuziehen ist und aus welchen Gründen. Die Inanspruchnahme des alleinigen Geschäftsführers einer GmbH als Privatperson scheidet aus, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass in seiner Person die Voraussetzungen für eine Verhaltensverantwortlichkeit erfüllt sind (Beschl. v. 10.2.2021 – 3 B 1355/20).

VGH Kassel: Sondernutzungsgebühr für (unerlaubte) Plakatierung. Die Geltendmachung einer Sondernutzungsgebühr setzt, soweit nach der Sondernutzungssatzung Schuldner auch derjenige ist, der eine Sondernutzung in seinem Interesse ausüben lässt (§ 12 Nr. 3 Alt. 2 SNS), regelmäßig voraus, dass bei dem Gebührenschuldner ein Willenselement hinsichtlich der (unerlaubten) Sondernutzung vorliegt (Beschl. v. 9.2.2021 – 5 A 823/19).

VGH Kassel: Baugenehmigung für die Nutzung von Räumen durch freiberuflich tätigen Architekten. Die Berufsausübung freiberuflich Tätiger ist gekennzeichnet durch die Erbringung persönlicher Dienstleistungen, die vorwiegend auf individuellen geistigen Leistungen oder sonstigen persönlichen Fertigkeiten beruhen und in der Regel, aber nicht zwingend in unabhängiger Stellung einem unbegrenzten Personenkreis angeboten werden. Weder die wirtschaftliche Selbständigkeit noch die Rechtsform ist für den Nutzungsbegriff der freien Berufe iSd § 13 BauNVO von Bedeutung, da auch die Tätigkeit von angestellten Freiberuflern keine andere städtebauliche Zuordnung gebietet. Auch bei der Planung von Fertighäusern werden regelmäßig individuelle Änderungen vorgenommen, die sich in entsprechenden Architektenleistungen niederschlagen (Beschl. v. 8.2.2021 – 3 A 1808/17).

OVG Bremen: Besetzung von Aufsichtsräten und ähnlichen Organen städtischer Gesellschaften. Das Spiegelbildlichkeitsgebot findet bei dem Entsenden von Vertretern in Aufsichtsräte und ähnlichen Organen städtischer Gesellschaften keine Anwendung (Beschl. v. 13.4.2021 – 1 B 86/21).

OVG Münster: Planfeststellungsbeschluss für Errichtung und Betrieb einer Rohrfernleitungsanlage. Die Rohrfernleitungsanlage zum Transport von gasförmigem, nicht verflüssigtem Kohlenmonoxid von K.-W. nach Kr.-U. ist ein Vorhaben iSv Nr. 19.3.1 der Anlage 1 (Liste der UVP-pflichtigen Vorhaben), weil sein Gegenstand die Errichtung und der Betrieb einer Rohrleitungsanlage zum Befördern wassergefährdender Stoffe mit einer Länge von mehr als 40 km ist, ohne dass eine der in dieser Vorschrift genannten Ausnahmen zum Tragen kommt. Eine Klageänderung durch Einbeziehung von einem Planfeststellungsbeschluss angewachsenen Änderungen und Ergänzungen in das Klagebegehren wird von Sinn und Zweck des die Klagebegründungs-

frist regelnden § 6 UmwRG nicht erfasst. Der Anwendungsbereich der Rohrfernleitungsverordnung ist gemäß ihrem § 2 I und II eröffnet, wenn in einer Rohrleitungsanlage gasförmiges, nicht verflüssigtes Kohlenmonoxid befördert wird. Die Auslegung der nach der Technischen Regel für Rohrfernleitungsanlagen (TRFL) einem Antrag auf Einleitung eines Planfeststellungsverfahrens beizufügenden Angaben und Unterlagen reicht regelmäßig aus, um im Rahmen der Beteiligung der Öffentlichkeit dieser die Prüfung zu ermöglichen, ob das jeweilige Vorhaben den Stand der Technik nach Maßgabe der TRFL einhält. Die Rohrfernleitungsanlage zum Transport von gasförmigem, nicht verflüssigtem Kohlenmonoxid von K.-W. nach Kr.-U. ist zur Erreichung der in § 2 RohrLG genannten Enteignungszwecke erforderlich. Die TRFL gilt als Stand der Technik. Sie ist damit auf generelle Beachtung angelegt und präzisiert den Stand der Technik, und zwar einschließlich der in ihr enthaltenen und ausfüllungsbedürftigen Spielräume nach unten und nach oben. Über die TRFL hinausgehende Anforderungen an das Vorhaben ergeben sich nicht daraus, dass die zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit gebotene Vorsorge gegenüber Beeinträchtigungen der Schutzgüter nach § 66 I 1 Nr. 1 Buchst. b UVPG (vormals § 21 I 1 Nr. 1 Buchst. b UVPG aF) „insbesondere“ durch Maßnahmen entsprechend dem Stand der Technik getroffen wird. Ein Missbrauch prozessualer Rechte ist dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die Prozessordnung eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange dazu benutzt, um gezielt verfahrensfremde oder sogar verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen. So ist es rechtsmissbräuchlich, wenn ein (Beweis-)Antrag nur zum Schein der Sachaufklärung gestellt wird, mit ihm in Wahrheit aber verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden. Die im Rahmen der planerischen Abwägung vorgenommene Orientierung an der objektiv genügenden technischen Sicherheit einer Rohrleitungsanlage zum Transport von gasförmigem, nicht verflüssigtem Kohlenmonoxid ist nicht deswegen unzulänglich, weil sie subjektiv vorhandenen Befürchtungen, aus der Rohrleitungsanlage werde Kohlenmonoxid austreten und zu körperlichen Beeinträchtigungen bis hin zu schwerwiegenden Gefahren sowie Schäden für Leib und Leben führen, kein Gewicht beilegt. Wertverluste, die maßgeblich durch das Vorhandensein einer Rohrleitungsanlage zum Transport von gasförmigem, nicht verflüssigtem Kohlenmonoxid in der Nähe von Grundstücken hervorgerufen werden oder, soweit die Rohrleitungsanlage in Grundstücken verläuft, im Enteignungs-/Entschädigungsverfahren nicht auszugleichen sind, sind als solche nicht abwägungserheblich (Urt. v. 31.8.2020 – 20 A 1923/11).

VG Berlin: Eilrechtsschutz gegen sofortigen Unterrichtsausschluss. In dringenden Fällen kann der Schulleiter den sofortigen Ausschluss vom Unterricht anordnen, wenn auf andere Weise die Aufrechterhaltung eines geordneten Schullebens nicht gewährleistet werden kann (Beschl. v. 12.11.2020 – 3 L 649/20).

BGH: Grundversorgung der Letztverbraucher mit Strom. Stromentnahmen an der Lieferstelle eines Haushaltsanschlusses, die ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage erfolgen, sind dem Bilanzkreis desjenigen Elektrizitätsversorgungsunternehmens zuzuordnen, welches die Kosten für die entnommene Energie trägt und dem spiegelbildlich gegen den Nutzer der Lieferstelle ein Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch zusteht. Dies ist im Niederspannungsbereich der Grundversorger. Die Festlegung der Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität (GPKE) ist rechtmäßig, soweit sie dem Grundversorger eine Abmeldung von Lieferstellen versagt, für die weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Lieferverhältnis besteht und für die ein solches vom Nutzer auch nicht beansprucht werden kann (Beschl. v. 27.10.2020 – EnVR 104/19).

BGH: Anordnung von Abschiebungshaft wegen Fluchtgefahr. Es fehlt bereits an einer Täuschung des Betroffenen über seine Identität, wenn er von Beginn seines Kontakts mit Behörden in Deutschland und auch in der Folge stets korrekte Angaben zu seinem Geburtsdatum, seinem Geburtsort und seiner Staatsangehörigkeit gemacht und auch seinen Namen offen gelegt hat. Zu im Einzelfall rechtlich unerheblichen Abweichungen bei der Übertragung arabisch geschriebener Namen in die lateinische Schrift (Beschl. v. 26.1.2021 – XIII ZB 20/20).

OLG Braunschweig: Schutz- und Unterbindungsgewahrsam nach dem Niedersächsischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetz. Für die gemäß § 19 I 1 NdsPOG von den Verwaltungsbehörden oder der Polizei unverzüglich zu beantragende richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung kommt es nicht darauf an, ob der Betroffene eine richterliche Entscheidung „wünscht“. Die Notwendigkeit der richterlichen Entscheidung ist nicht von einer Klage, Beschwerde oder einem Antrag des Betroffenen abhängig; ein Verzicht des Betroffenen auf die richterliche Entscheidung ist nicht möglich. Auch in Fällen, in denen eine richterliche Anhörung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, ist gemäß § 19 I 1 NdsPOG gleichwohl unverzüglich eine richterliche Entscheidung zu beantragen; diese ergeht gegebenenfalls ohne vorherige Anhörung. Im Falle einer Freiheitsentziehung nach § 18 NdsPOG kommt eine mündliche oder telefonische richterliche Entscheidung oder „Bestätigung“ der Freiheitsentziehung nicht in Betracht, § 19 III 4 NdsPOG. Eine „rein polizeiliche“ Ingewahrsamnahme kann es nach § 18 NdsPOG – außer im Falle des § 19 I 3 NdsPOG, wenn eine richterliche Entscheidung zur Verlängerung der Ingewahrsamnahme und damit zu einer Vertiefung des Grundrechtseingriffs führen würde – nicht geben (Beschl. v. 5.3.2021 – 3 W 104/20 ua.).

(Die Entscheidungen werden, falls nicht anders vermerkt, demnächst mit Sachverhalt und Gründen im NVwZ-RR veröffentlicht.)

Verwaltungsrecht Kohlhammer



Verwaltungsrecht Kohlhammer

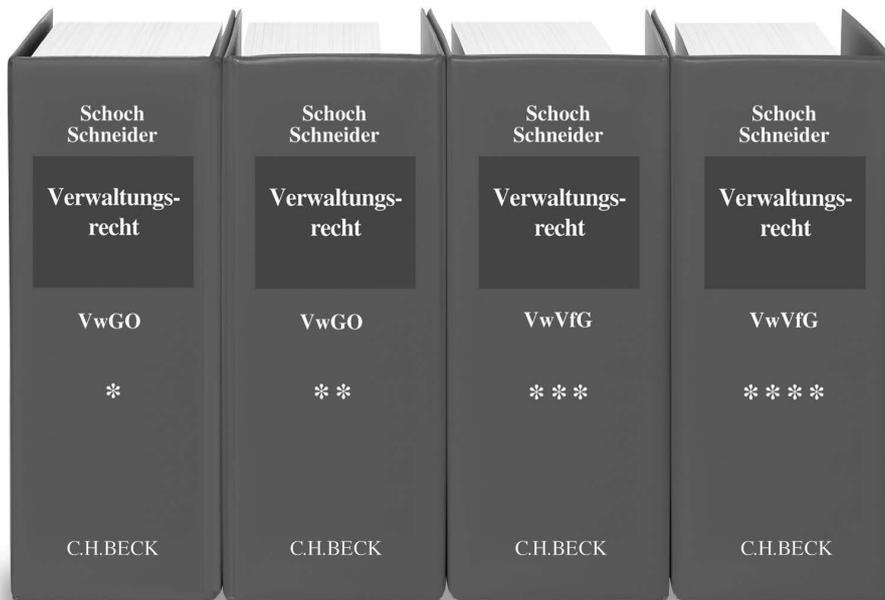
Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung; Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz; DÖV – Die Öffentliche Verwaltung, ab 2000 und VR – Verwaltungsrundschau, ab 2010: diese wichtigen Informationsquellen zum Verwaltungsrecht stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

Infos: beck-shop.de/13387790

► schon ab € **36,-/Monat**
(Preis für bis zu 3 Nutzer, zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

JETZT
4 Wochen
kostenlos
testen
beck-online.de

NEU: Der Großkommentar zum Verwaltungsrecht.



**Schoch/Schneider
Verwaltungsrecht
VwGO und VwVfG**

2020. Rund 9900 Seiten. In 4 Ordnern.

€ 299,- Vorteilspreis
mit Aktualisierungsservice*)

ISBN 978-3-406-76164-5

€ 499,- ohne Aktualisierungsservice

ISBN 978-3-406-76165-2

☰ beck-shop.de/32051381

***) Der Aktualisierungsservice von C.H.BECK:**

Sie erhalten alle Ergänzungslieferungen automatisch zum jeweiligen Preis. Nach Erhalt von 3 Ergänzungslieferungen können Sie den Service jederzeit kündigen.

VORTEILE AUF EINEN BLICK

- Umfassender Referenzkommentar von führenden Herausgebern und Autoren
- VwGO und VwVfG in einem Werk – verbunden durch zahlreiche Querverweise
- Wissenschaftlich fundierte Antworten auf komplexe Fragen in Gegenwart und Zukunft

Der Großkommentar zur VwGO und – neu – zum VwVfG

Der »Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht« ist der einzige Großkommentar, der die beiden zentralen Gesetze des Verwaltungsrechts – die VwGO und das VwVfG – gleichermaßen umfassend, detailliert und integriert erläutert.

Setzt Maßstäbe im Verwaltungsrecht:

- Bewährte, praxisorientierte Kommentierung aller wichtigen VwGO-Themen vom vorprozessualen Rechtsschutz bis zur Vollstreckung und – neu – auch aller VwVfG-Themen von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten bis zum Planfeststellungsrecht
- Darstellung des VwGO-Klagesystems mit seinen Verbindungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, zur Vielfalt des Besonderen Verwaltungsrechts und mit seinen internationalen wie europäischen Bezügen
- Darstellung der Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts mit seinen Verbindungen zum Besonderen Verwaltungsrecht sowie zum Verfassungsrecht und zum Europarecht
- Topaktuelle Antworten auf die Corona-Pandemie, etwa in puncto behördliche Entscheidungen bei Unsicherheit, Wahl der zulässigen und sachgerechten Handlungsformen, Wahrung der Verhältnismäßigkeit sowie Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren (Planungssicherstellungsgesetz vom 20.5.2020)