



70 JAHRE BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Editorial <i>Prof. Dr. Andreas Korbmacher</i>	105
Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig – Umzug und aktueller Stand aus der Perspektive des Oberbürgermeisters Burkhard Jung <i>Maximilian Dohrn/Tarik Treichel</i>	107
Das Bundesverwaltungsgericht: Hüter der Rechtsstaatlichkeit und Gestalter der Zukunft <i>Paula Straube</i>	111
Das Reichsgerichtsgebäude und der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik <i>Roman Fiedler</i>	114
Charlotte Schmitt – die erste „Frau Senatspräsident“ <i>Julia Nebel</i>	120
Digitalisierung der Bundesgerichte <i>Clara-Maria Buchstaller/Niklas Wais</i>	127
Das subjektive öffentliche Recht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts <i>Prof. Dr. Ingo Kraft</i>	132
Prüfungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht – Der prüfungsspezifische Bewertungsspielraum im Spiegel der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht <i>Prof. Dr. Jochen Rozek</i>	143
Das Bundesverwaltungsgericht als Umweltgericht <i>Prof. Dr. Faßbender/Arthur Koch/Frieda Keil/Maximilian Dohrn</i>	155
„Kein Match: Anastasia Biefang und der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG“ – Anmerkung zu BVerwG NVwZ 2022, 1622 <i>Max Neumann/Felix Dörr</i>	170

ZIVILRECHT

Pastiches und der neue § 51a UrhG – Grundlagen, Auslegung und Rechtsfolgen <i>Maja Ansoaldis Brandes</i>	175
---	-----

ÖFFENTLICHES RECHT

Der Vorrang des Primärrechtsschutzes im Staatshaftungsrecht - Grund und Grenzen <i>Johanna Vada Hoffmann</i>	190
---	-----

Zitierweise:
Autor:in, LLJ
Autor:in, Leipzig Law Journal

ISSN 2750-7831
Jahrgang 2023, Ausgabe 2

www.jura.uni-leipzig.de/llj/

© Leipzig Law Journal e.V.

Leipzig Law Journal
c/o Dr. Alexander Brade
Burgstraße 21, 04109 Leipzig

Zeichnung: Mascha Schultz

31.07.2023

Leipzig Law Journal

Ausgabe 2023/2

Unterstützt durch:

**UNIVERSITÄTS
STIFTUNG** | LEIPZIG

ALLEN & OVERY

Redaktion

CHEFREDAKTION

Marie Kolb

Celine Brovot (Stellv.)

Jakob Hoffmann (Stellv.)

SONDERTEIL

Arthur Barteld (Leitung)

Maximilian Dohrn

Roman Fiedler

Isabella Fajardo Handrick

Anton Hussing

Felix Lingath (Ressortl. SR)

Tarik Treichel

Charlotte Weißflog

ZIVILRECHT

Eileen Wohlgemuth (Ressortl.)

Lukas Hollerung

Viktor Dombrowski

ÖFFENTLICHES RECHT

Max Einsiedel (Ressortl.)

Lea Dirksen

Amanjoht Kaur Padda

Noah Seyller

Akademischer Beirat

ZIVILRECHT

Prof. Dr. Florian Loyal

Dr. Tony Grobe

ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Johannes
Eichenhofer

Dr. Alexander Brade,
LL.M. (Harvard)

Dr. Alexander Schwarz

STRAFRECHT

Prof. Dr. Laura Neumann

Dr. Niels Kaltenhäuser

Editorial

Prof. Dr. Andreas Korbmacher*

Ich freue mich als Präsident des Bundesverwaltungsgerichts sehr, dass der 70. Jahrestag der Gründung dieses Gerichts zum Anlass einer Sonderausgabe des LLJ genommen wurde. Jubiläen von Gerichten – wie auch von anderen staatlichen Einrichtungen – geben nicht nur Anlass zu einer institutionellen Selbstrepräsentation und Selbstvergewisserung, sondern auch zum Rückblick, zur Reflexion über die Gegenwart und zum Ausblick auf Kommendes. Aus diesem Grund hat das Bundesverwaltungsgericht am 8. Juni 2023, genau 70 Jahre nachdem es im Gebäude des ehemaligen preußischen Oberverwaltungsgerichts in Berlin feierlich eröffnet worden ist, ein Jubiläumssymposium im Plenarsaal des Gerichtsgebäudes in Leipzig abgehalten. Dies hat sich in drei mit Vertretern aus Politik, Verwaltung, Wissenschaft, Anwalt- und Richterschaft hochkarätig besetzten Podien mit der Gründungsphase der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der jungen Bundesrepublik, den Erwartungen an die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts und den aktuellen Herausforderungen an die Rechtsschutzgewährung in Zeiten der Beschleunigungsgesetzgebung befasst. Ausführliche Berichte über diese Veranstaltung sind unter anderem im Deutschen Verwaltungsblatt¹ und in Ito² erschienen. Das vorliegende Sonderheft ist ein weiterer und zudem besonders interessanter Beitrag zur Würdigung des Jubiläums.

Das Bundesverwaltungsgericht wurde am 8. Juni 1953 in West-Berlin, einem Brennpunkt des "Kalten Krieges", auch als politisches Bekenntnis für die Einheit Deutschlands und die Freiheit Berlins eröffnet.³ Die Wahl dieses Gerichtssitzes ließ sich als Auftrag begreifen, bei der Anwendung und Fortentwicklung des Rechts die besonderen geschichtlichen Herausforderungen und die gesellschaftlichen Entwicklungen der jeweiligen Epochen aufzunehmen und diese angemessen und interessengerecht rechtsdogmatisch zu verarbeiten. Rechtsprechung ist eben kein starres, sondern ein überaus lebendiges und bewegliches Phänomen, das sich nur vor dem Hintergrund spezifischer gesellschaftlicher, politischer und historischer Entwicklungen begreifen lässt.⁴ Auch der Umzug des Gerichts nach Leipzig im Jahre 2002 ist Ausdruck und Folge grundlegend geänderter politischer und gesellschaftlicher Verhältnisse in den 1990er Jahren, die nicht nur auf den Gerichtsstandort, sondern auch in vielfältiger Weise auf die Rechtsprechung des Gerichts und deren Gegenstand Ein-

* Der Autor ist Präsident des Bundesverwaltungsgerichts. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 14.07.2023 abgerufen.

¹ Der Beitrag ist zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht im DVBl. erschienen.

² Kaufmann, [Hier geht es gegen die Bundesrepublik](#), LTO v. 09.06.2023.

³ So Bundesinnenminister Lehr zum Eröffnungsfestakt vom 8. Juni 1953, zitiert nach *Nederkorn*, DÖV 1953, 401.

⁴ Gärditz, AöR 148 (2023), 79 (82).

fluss hatten. In der letzten Dekade waren es vor allem die mannigfaltigen neuen Fragestellungen des Flüchtlingsrechts als Teil des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems, die unter den Rahmenbedingungen der hohen Zahl der Asylsuchenden besonders im Fokus standen. Prägend waren ferner zahlreiche Entscheidungen über Infrastrukturvorhaben von deutschlandweiter Bedeutung. Der epochale Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts hat den Klimaschutz und die Beherrschung der Klimafolgen als neues Rechtsgebiet etabliert bzw. diesem einen entscheidenden Schub gegeben. In kaum einem anderen Bereich zeigt sich aber deutlicher die Zeitabhängigkeit der Rechtsprechung als in deren Verhältnis zum Unionsrecht. Das Bundesverwaltungsgericht ist aufgrund des immer größer werdenden Bereichs des Unionsrechts nicht mehr das in der Rechtsanwendung und -auslegung vollkommen autarke oberste Verwaltungsgericht, das lediglich der eingeschränkten, spezifisch verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt. Es ist mittlerweile funktional ein Gericht der Europäischen Union geworden, das dem Unionsrecht zur Durchsetzung verhilft und auch zu seiner Fortbildung beiträgt. Aufgrund der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gehört die Prüfung, ob eine unionsrechtliche Frage dem Europäischen Gerichtshof zu unterbreiten ist oder darauf verzichtet werden kann, weil es sich um einen *acte clair* oder einen *act éclairé* handelt, zum schon fast alltäglichen Prüfprogramm der Revisionssenate. Die mittlerweile zahlreichen Vorlagebeschlüsse zeigen zudem, dass von einer früher immer wieder beklagten Zurückhaltung bei der Einschaltung des Gerichtshofs keine Rede mehr sein kann.

So kann man 70 Jahre nach der Gründung des Bundesverwaltungsgerichts feststellen, dass der Grundauftrag des Bundesverwaltungsgerichts wie auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt, unverändert geblieben ist, er lautet: die unabhängige rechtliche Überprüfung des Verwaltungshandelns der öffentlichen Hand zum Schutz der subjektiven Rechte der Rechtsunterworfenen sicherzustellen und hierdurch - gewissermaßen bei dieser Gelegenheit - eine objektiv-rechtliche Kontrollfunktion gegenüber der an Recht und Gesetz gebundenen Verwaltung auszuüben. Neben diesem in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Auftrag hat das Gericht zahlreiche neue und zusätzliche Aufgaben zugewiesen bekommen und zu bewältigen. Es besteht also die berechtigte Hoffnung, dass eine zukünftige Studentengeneration spätestens zum 100. Jubiläum der Gründung des Gerichts erneut etwas oder sogar viel über weitere Entwicklungen zu berichten hat.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig

Umzug und aktueller Stand aus der Perspektive des Oberbürgermeisters Burkhard Jung

Abstract: Anlässlich der Jubiläumsausgabe zum 70. Geburtstag des Bundesverwaltungsgerichts interviewten wir den Oberbürgermeister der Stadt Leipzig, Burkhard Jung. Er teilte mit uns seine Perspektive auf das Gericht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland. Das Interview wurde nachträglich mit Fußnoten versehen, um Hintergrundinformationen und Verweise aufzunehmen.

LLJ: Sehr geehrter Herr Jung, Sie haben selbst immer wieder Berührung mit dem Bundesverwaltungsgericht, zuletzt zur Amtseinführung des Präsidenten und der Vizepräsidentin. Welche Bedeutung hat aus Ihrer Sicht das Bundesverwaltungsgericht für die Stadt Leipzig, die Sie 2006 in einer Rede als „Stadt des Rechts“¹ bezeichnet haben?

Jung: Durch den Umzug des Bundesverwaltungsgerichts nach Leipzig im Jahre 2002 konnte Leipzig an seine lange Tradition der Rechtsprechung und Lehre des Rechts anknüpfen. In der Tat war Leipzig vor der deutschen Teilung eine wesentliche Stadt des Rechts, in der das Reichsgericht beheimatet war. Es war damals eine wichtige Entscheidung des Bundes für den Umzug des Gerichts nach Leipzig. Darüber hinaus beheimatet Leipzig seit 1997 einen, seit Februar 2020 zwei Strafsenate des BGH.² So wurde an Leipzig als Stadt des Rechts vor der nationalsozialistischen Diktatur und der deutschen Teilung angeknüpft. Es bereichert natürlich Leipzig im Hinblick auf Arbeitsplätze und die Lehre an der Universität. Außerdem erzeugt das Bundesverwaltungsgericht auch einen gewissen Marketingeffekt für die Stadt.

LLJ: In der Zeit, als das Bundesverwaltungsgericht nach Leipzig umzog (1997-2002) waren Sie zum Teil schon Beigeordneter. Wie haben Sie diese Zeit erlebt? Welche Herausforderungen trafen die Stadt?

Jung: Wir haben uns wahnsinnig gefreut. Ich bin 1999 als Beigeordneter angetreten und wurde vom damaligen Oberbürgermeister Wolfgang Tiefensee³ nach Berlin geschickt, um

¹ Rede des Oberbürgermeisters Burkhard Jung anlässlich seiner Verpflichtung und Vereidigung im Stadtrat am 17.05.2006, zuletzt abgerufen am 23.07.2023.

² Hintergrund ist die sog. „Rutschklausel“, die Teil der vom Bundestag angenommenen Vorschläge der Unabhängigen Föderalismuskommission für eine ausgeglichene Verteilung von Bundesbehörden war. Demnach soll für jeden neu eingerichteten Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe ein bestehender Strafsenat nach Leipzig „rutschen“ (vgl. BT-Drs. 12/2853, S. 3). Gleichwohl war umstritten, ob der neu eingerichtete 6. Strafsenat dies auch erfüllt oder ob durch die Neueinrichtung des XIII. Zivilsenats eigentlich ein schon bestehender Strafsenat zusätzlich nach Leipzig hätte verlegt werden müssen (vgl. BT-Drs. 19/6271; BT-Drs. 19/6672).

³ 1998-2005 Oberbürgermeister der Stadt Leipzig, SPD.

dort für den Umzug nach Leipzig zu werben. Es bestanden große Vorbehalte, insbesondere die Sorge, dass das Gericht aus der großen Weltstadt Berlin in die vermeintliche Provinz zieht. Ich habe dann vor den Mitarbeitenden des Bundesverwaltungsgerichts ein glühendes Plädoyer für die Stadt Leipzig gehalten. Danach habe ich mir Zeit für Fragen genommen. Die Fragen – das darf ich heute durchaus auch mit einem Augenzwinkern sagen – waren nicht ohne Klischees, Vorurteile und Sorgen, da rieb man sich verwundert die Augen. Eine Frage ist mir besonders im Gedächtnis geblieben: „Gibt es denn genügend Wohnungen mit I-WCs?“⁴. Ich wurde also gefragt, ob genügend innenliegende WCs in Leipzig vorhanden seien. In Berlin waren damals durchaus auch noch A-WCs üblich, in Leipzig war die Toilette auf halber Treppe schon nicht mehr üblich. Ein anderes Beispiel: „Herr Jung, haben Sie denn auch Fitnessstudios?“ – man hatte wenig Berührung mit dem Osten. Wir glaubten zu der Zeit, dass wir schon exzellent an die internationalen Gepflogenheiten angebunden seien, insofern ging es darum zu werben, zu motivieren, nach Leipzig umzuziehen. Das war ein langwieriger Prozess, der im Ergebnis dann aber erfolgreich war. Die Menschen sind nach Leipzig gezogen, haben sich niedergelassen, ihre Familien gegründet. Kurzum: Eine tolle Geschichte. Am Anfang sind viele gependelt, das hat mit der Zeit nachgelassen. Der Gründungspräsident des Bundesverwaltungsgerichts Eckart Hien⁴ ist ein glühender Verehrer Leipzigs geworden, ebenso haben sich seine Nachfolger und seine Nachfolgerin gut hier eingelebt und sich eingebracht.

LLJ: Vom Neuen Rathaus aus kann man direkt auf das Bundesverwaltungsgericht blicken. Führt Ihnen das vor Augen, dass Entscheidungen der Stadt Leipzig von der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüft werden? Welches Verhältnis haben Sie als Oberbürgermeister zur Verwaltungsgerichtsbarkeit?

Jung: Durch Austausch, durch Delegationsbesuche, durch Tagungen, durch Kongresse haben wir einen regelmäßigen Austausch. Ich verfolge aufmerksam Prozesse und Urteile des Gerichts, die von direkter Bedeutung sind für das Verwaltungshandeln einer Stadt. Manchmal mit ganz direktem Bezug zu Leipzig, wenn es beispielsweise um den Flughafen geht.⁵ Verwaltungsgerichtsbarkeit, die jedem Einzelnen erlaubt, auch gegen eine staatliche Einschränkung bzw. eine Bescheidung vorzugehen, hat eine hohe Bedeutung für unsere Gesellschaft. Erst durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird ein Staat demokratisch. Das wird immer wieder unterschätzt. Zusammenfassend wird unser Handeln dort gespiegelt und es findet ein Austausch statt. Ich meine, wir können auf einem hohen Niveau diskutieren, auch wo es Schief lagen im Hinblick auf die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten gibt. Die Abwägung von Gemeinwohl und Individualrecht diskutiere ich sehr gerne.

⁴ 2002–2007 Präsident des Bundesverwaltungsgerichts.

⁵ So waren insbesondere die Nachtflugregelungen am Flughafen Leipzig/Halle mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (z.B. BVerwGE 127, 95; BVerwGE 131, 316; BVerwGE 155, 81). Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluss v. 15.10.2009 - 1 BvR 3474/08 = NVwZ 2009, 1489) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR, Entscheidung v. 10.06.2014 - 25330/10 = NVwZ 2015, 1119) befassten sich damit.

LLJ: Das Bundesverwaltungsgericht wurde 1952 in West-Berlin errichtet, während es in der DDR keine vergleichbare Institution gab. Welchen Stellenwert hat es, dass das Gericht seinen Sitz auf dem ehemaligen Gebiet der DDR hat?

Jung: In der Tat hatte der einzelne Bürger in der DDR nicht die Möglichkeit, staatliche Entscheidungen formalrechtlich überprüfen zu lassen. Die Menschen haben schnell erkannt, dass heutzutage nicht über Eingaben an das Rathaus reagiert wird, sondern unter Umständen Recht auch vor Gericht erstritten werden kann und auch muss. Das Gericht in Leipzig ist ein gutes und wichtiges Zeichen für die neuen Bundesländer.

LLJ: Was wünschen Sie sich für die Zukunft der Stadt Leipzig als Sitz des Bundesverwaltungsgerichts, von welchem wichtige Weichenstellungen der nächsten Jahre aus rechtlicher Sicht beurteilt werden?

Jung: Ich wünsche mir – natürlich auf dem Boden des Grundgesetzes – eine stärker gemeinwohlorientierte Betrachtung des Verwaltungshandelns. Es geht darum, aus unterschiedlichen Blickwinkeln Umweltrechte, das Nachhaltigkeitsgebot und die Lebensqualität abzuwägen; wir brauchen ein Handeln der Verwaltung nach Recht und Gesetz und ohne Ansehen der Person unter Achtung der Gleichheit vor dem Gesetz und das in einer möglichst klaren Sprache – eine möglichst einfache Kommunikation, die in der Bevölkerung wertgeschätzt wird. Durch den Fachjargon entstehen Schwierigkeiten der Übersetzung. Die Substantivierung unserer Sprache, die Fachtermini, die Herleitung aus den verschiedenen Gesetzlichkeiten – das sind hohe Kommunikationsaufgaben. Ich wünsche mir von Herzen, dass das in der Zukunft noch besser gelingt. Mein zweiter Wunsch ist, dass wir die Chance nutzen, die das Forum Recht, welches in Leipzig entstehen soll, bringt.⁶ Durch die Verbindung nach Karlsruhe soll ein Ort geschaffen werden, an dem Recht anfassbar wird, und ein Bundesverwaltungsgericht, eine juristische Fakultät vor Ort den Menschen, Bürgerinnen und Bürger gleich welcher Herkunft verständlich macht, was Rechtsstaat bedeutet, wo Recht beginnt und Gerechtigkeit in Frage steht. Der Bund nimmt zwei Mal 80 Millionen Euro in die Hand und baut zwei Zentren, wo zum Beispiel Kinder und Jugendliche eine Gerichtsverhandlung nachspielen, Recht historisch aufgearbeitet erfahren können und multimediale Vermittlung stattfindet. Es wird spannend, wie es gelingt, das haptisch und erlebbar zu machen. Wir wollen dort ein buntes Treiben, ja einen Bienenstock der Meinungen, damit Recht nicht abstrakt im Elfenbeinturm außerhalb der demokratischen Öffentlichkeit erlebt wird. Das hat auch eine große Teilhabekomponente. Der Vorteil in Leipzig ist, dass wir das Forum kombinieren können mit der juristischen Fakultät, mit dem Neubau auf dem Wilhelm-Leuschner-Platz. Das Zusammenspiel wird auch Studierenden Synergien ermöglichen und erlauben, ins Gespräch mit Menschen zu kommen über das, was sie studieren, und den sensiblen Unterschied zwischen Recht und Gerechtigkeit zu thematisieren. Schlussendlich ist es eine große Zukunftsaufgabe, die

⁶ Die *Stiftung Forum Recht* wurde als bundesunmittelbare Stiftung durch das „Gesetz zur Errichtung der *Stiftung Forum Recht*“ („Forum-Recht-Gesetz“) vom 13.05.2019 (BGBl. I 2019, S. 731 ff.) gegründet und soll dazu dienen, der Öffentlichkeit den Rechtsstaat näher zu bringen und ihn erlebbar zu machen. Sie hat ihren Sitz in Karlsruhe (§ 1 I ForumRG) und unterhält einen Standort in Leipzig (§ 1 III ForumRG).

Entscheidungen bei Bürgerinnen und Bürgern zu erklären und auch die zu erreichen, die per se skeptisch sind und sich in ihren Blasen mit fremden Meinungen versorgen und Fakten nicht mehr akzeptieren. Es ist eine demokratiestabilisierende Aufgabe, unseren Rechtsstaat auch zu erklären. Und ich finde es spannend zu erleben, dass Recht nicht statisch ist, sondern sich gesellschaftlichen Herausforderungen auch immer anpassen muss. Recht entwickelt sich, stabilisiert aber zur gleichen Zeit.

LLJ: Die LLJ-Redaktion bedankt sich für das Interview.

Das Interview wurde von Maximilian Dohrn und Tarik Treichel am 26.04.2023 geführt.

Das Bundesverwaltungsgericht: Hüter der Rechtsstaatlichkeit und Gestalter der Zukunft

Paula Straube*

Abstract: Das deutsche Rechtssystem ist geprägt von der Teilung der Gewalten in Judikative, Exekutive und Legislative, welche die Grundlage für ein funktionierendes demokratisches System bildet. Eine der wichtigsten Einrichtungen in diesem System ist das Bundesverwaltungsgericht, das seit 70 Jahren die höchste Instanz in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten in Deutschland verkörpert. Als oberstes deutsches Verwaltungsgericht spielt es eine zentrale Rolle bei der Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit und der Entscheidung über Fragen des Verwaltungsrechts. Dieser Artikel untersucht die Bedeutung des Bundesverwaltungsgerichts im deutschen Rechtssystem und beleuchtet seine Rolle bei der Gestaltung der Zukunft Deutschlands.

A. Hintergrund und Aufgaben des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht wurde am 8. Juni 1953 im Gebäude des ehemaligen Preußischen Oberverwaltungsgerichts in Berlin feierlich eröffnet. Durch Gesetz vom 21. November 1997 wurde Leipzig als neuer Sitz des Bundesverwaltungsgerichts bestimmt, sodass es seit August 2002 seine Tätigkeit im Reichsgerichtsgebäude vollzieht. Es ist das höchste Gericht für Streitigkeiten im Verwaltungsrecht, einem Rechtsgebiet, das die Beziehungen zwischen dem Staat und den Bürgern regelt.

Das Bundesverwaltungsgericht spielt eine zentrale Rolle bei der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips in Deutschland. Durch die Entscheidungen seiner derzeit 13 Senate schützt es die Bürger vor staatlichem Machtmissbrauch und stellt sicher, dass die Verwaltung im Einklang mit den Grundrechten und geltendem Recht handelt. Mit neun Revisionsssenaten agiert das Bundesverwaltungsgericht vordergründig als eine Revisionsinstanz. Folglich besteht seine Hauptaufgabe darin, Rechtssicherheit zu gewährleisten, Rechtsfehler zu korrigieren und eine einheitliche Rechtsprechung sicherzustellen. Es überprüft die Vereinbarkeit von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte mit dem Bundesrecht und dem Recht der Europäischen Union und hat somit das letzte Wort in vielen wichtigen Rechtsstreitigkeiten. Damit bestimmt es maßgebend dessen Auslegung und Anwendung. Das Bundesverwaltungsgericht setzt dabei hohe Maßstäbe für die Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen. Indem es

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig.

Rechtssicherheit schafft und die Rechte der Bürger verteidigt, stärkt das Bundesverwaltungsgericht das Vertrauen in den Rechtsstaat.

B. Entscheidungen mit weitreichender Bedeutung

Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts haben oft weitreichende Auswirkungen auf die deutsche Rechtslandschaft. Das Gericht hat sich mit einer Vielzahl von Themen befasst, von Fragen des Umweltrechts über das Asyl- und Aufenthaltsrecht bis hin zur Digitalisierung. Durch seine Grundsatzentscheidungen setzt es wichtige rechtliche Leitlinien für die Verwaltung und den Gesetzgeber. Diese Urteile dienen nicht nur der Lösung konkreter Streitigkeiten, sondern tragen auch zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts bei. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Laufe der Jahre wichtige Grundsatzentscheidungen getroffen, die die deutsche Judikative maßgeblich beeinflusst haben.

Ein bedeutendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist beispielsweise das „Dieselfahrverbots-Urteil“ vom 27. Februar 2018.¹ In diesem Prozess ging es um die Frage, ob Städte Fahrverbote für ältere Diesel-Fahrzeuge zur Einhaltung der Luftqualität verhängen dürfen. Die Entscheidung des BVerwG bezieht sich sowohl auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart² als auch auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf³. In beiden Verfahren hatte die Deutsche Umwelthilfe (DUH) gegen die Landesregierungen von Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg geklagt und argumentiert, dass erweiterte Beschränkungsmaßnahmen (insb. Fahrverbote) für ältere Diesel-Fahrzeuge notwendig seien, um die gesetzlichen Grenzwerte für Stickstoffdioxid (NO₂) einzuhalten. Die Forderungen der DUH wurden von beiden Verwaltungsgerichten in den entsprechenden Urteilen bestätigt. Sie erklärten, dass die Landesregierungen nur unzureichende Maßnahmen zur Verbesserung der Luftqualität ergriffen hätten und dass die Erteilung von Fahrverboten rechtlich und tatsächlich nicht ausgeschlossen sei. Beide Urteile forcieren somit die rechtliche Grundlage für die Verhängung von Diesel-Fahrverboten als eine angemessene Maßnahme zur Sicherstellung der Luftqualität und zum Schutze der Gesundheit.

In seinem Urteil vom 27. Februar 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Stuttgart und Düsseldorf eingelegten Sprungrevisionen der Länder zurück. Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass Fahrverbote als letztes Mittel zur Luftreinhaltung grundsätzlich zulässig seien, wenn andere Maßnahmen nicht ausreichen, um die Grenzwerte für Stickstoffdioxid (NO₂) einzuhalten. Das Gericht betonte jedoch, dass Fahrverbote verhältnismäßig sein müssten und es in bestimmten Fällen der Berücksichtigung von Ausnahmen bedürfte. Im Einzelnen entschied das Bundesverwaltungsgericht für die Stadt Stuttgart, dass Fahrverbote für alle Dieselmotorkraftfahrzeuge unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6 und für alle Benzinmotorkraftfahrzeuge, unterhalb der Schadstoffklasse Euro 3, innerhalb der Stuttgarter

¹ BVerwG 7 C 30.17; BVerwG 7 C 26.16.

² VG Stuttgart 13 K 5412/15.

³ VG Düsseldorf 3 K 7695/15.

Umweltzone als geeignete Maßnahmen zur Luftreinhaltung einzustufen seien. Dabei sei jedoch der im Recht der Europäischen Union verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, demgemäß dürfe ein solches Fahrverbot nur phasenweise etabliert werden. Auf der ersten Stufe wären damit lediglich Kraftfahrzeuge der Schadstoffklasse Euro 4 betroffen. Darüber hinaus seien zum Beispiel für Anwohner oder bestimmte Fahrzeugtypen Ausnahmen zuzulassen.

Dieses Urteil hatte erhebliche Auswirkungen auf die Verkehrspolitik und den Umweltschutz in deutschen Städten. Es ermöglichte den Kommunen, Fahrverbote als ultima ratio zur Verbesserung der Luftqualität einzuführen, wenn andere Maßnahmen wie Umweltzonen oder Verkehrslenkung nicht ausreichen. Das Urteil führte zu einer verstärkten Diskussion über alternative Antriebe und die Förderung von umweltfreundlicheren Verkehrsmitteln.

Das „Dieselfahrverbots-Urteil“ des Bundesverwaltungsgerichts markierte einen wichtigen Wendepunkt in der Verkehrspolitik und betonte die Verantwortung der Städte, die Luftqualität zu schützen und die Gesundheit der Bürger zu gewährleisten. Es verdeutlicht, wie ernst es dem Bundesverwaltungsgericht mit der Einhaltung der Luftschadstoffgrenzwerte ist und erhöht den Handlungsdruck auf die politischen Entscheidungsträger. Zugleich dürfte diese Entscheidung die Position der Europäischen Kommission in der Frage der Einhaltung der Luftschadstoffgrenzwerte und dem angedrohten Vertragsverletzungsverfahren wegen deren Nichteinhaltung stärken. Insofern hatte das Urteil auch Auswirkungen auf andere europäische Länder und wurde als wegweisend für den Umgang mit der Luftverschmutzung und den Einsatz von Dieselfahrzeugen angesehen.

C. Fazit

Indem sich das Bundesverwaltungsgericht mit zukunftsweisenden Rechtsfragen wie beispielsweise der Energiewende, der Digitalisierung oder dem öffentlichen Verkehr befasst, schafft es einen rechtlichen Rahmen für innovative Entwicklungen und spielt damit eine essenzielle Rolle bei der Gestaltung der Zukunft Deutschlands. Durch die klaren rechtlichen Vorgaben, die das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen determiniert, wird Rechtssicherheit für Bürger, Unternehmen und Behörden gewährleistet. Dementsprechend trägt es zur Gestaltung einer gerechten und rechtssicheren Zukunft Deutschlands bei. Das Bundesverwaltungsgericht bleibt somit Eckpfeiler und unverzichtbare Institution des deutschen Rechtssystems und ein Garant für eine funktionierende Demokratie.

Das Reichsgerichtsgebäude und der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik

Roman Fiedler*

Abstract: „Da steht der Feind – und darüber ist kein Zweifel: dieser Feind steht rechts!“ – so Reichskanzler Joseph Wirth nach der Ermordung des Reichsaußenministers Walther Rathenau am 25.06.1922 im Reichstag. Um der terroristischen Bedrohung der jungen Weimarer Republik von rechts zu begegnen, wurde 1922 der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik geschaffen, welcher im Reichsgerichtsgebäude in Leipzig tagte. Der vorliegende Beitrag umreißt die Geschichte dieses besonderen Straf- und Verwaltungsgerichts und geht der Frage nach, ob es seine zugedachte Aufgabe erfüllte oder nicht vielmehr eine einseitige Rechtsprechung gegen Kommunisten entwickelte.

Der imposante wilhelminische Repräsentationsbau, in dem heute das Bundesverwaltungsgericht untergebracht ist, ist ein Ort voller Geschichte. So war er von 1895 bis 1945 Standort des obersten Gerichtshofs der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich – des Reichsgerichts.

Sechs Jahre nach der Reichsgründung wurden im Jahr 1877 die rechtsvereinheitlichenden „Reichsjustizgesetze“ verabschiedet – unter ihnen neben der StPO und der ZPO auch das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Auf Grundlage des Einführungsgesetzes zum GVG nahm das Reichsgericht am 01.10.1879 seine Arbeit auf. Bei der zuvor im Bundesrat ergangenen Abstimmung zur Standortwahl unterlag die Reichshauptstadt Berlin nur knapp der Messestadt. Die Grundsteinlegung für den Bau des Reichsgerichtsgebäudes im Jahr 1888 sowie die feierliche Einweihung 1895 fanden jeweils unter Anwesenheit von Kaiser Wilhelm II. statt.¹

Die folgenden fünfzig Jahre wechselhafte bis düstere deutsche Geschichte spiegeln sich auch in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts wider. So fielen in dessen Zuständigkeit etwa der Hochverratsprozess gegen Karl Liebknecht (1907),² Prozesse gegen

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig und ist als studentische Hilfskraft an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Kleczewski beschäftigt. Der Beitrag beruht in Teilen auf einer wissenschaftlichen Studienarbeit aus dem Sommersemester 2023 bei Prof. Dr. Zwanzger.

¹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Reichsgerichts *Buschmann*, Das Reichsgericht, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), 125 Jahre Reichsgericht, 2006, S. 42 f.; *Morgenstern*, Gründung des Reichsgerichts in Leipzig, in: Limperg/Rennert (Hrsg.), 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude, 2016, S. 32–34; *I. Müller*, Kein Grund zur Nostalgie, *Betrifft Justiz* (2001) 65, 12 f.; zu den Reichsjustizgesetzen *Kissel*, NJW 2004, 2872.

² Hierzu *Kraft*, Politische Strafprozesse vor dem Reichsgericht, *JZ* 2019, 213 (214 f.); *Wilke*, *Anwälte des Staates*, 2016, S. 56–60.

den kommunistischen Spartakusaufstand (1919),³ der Prozess gegen Beteiligte am konterrevolutionären Kapp-Putsch (1921),⁴ die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg (1921–1922),⁵ der Ulmer Reichswehrprozess mit dem „Legalitätseid“ Hitlers (1930),⁶ der Weltbühne-Prozess gegen Carl von Ossietzky (1931)⁷ sowie der Reichstagsbrandprozess (1933).⁸ Nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten verlor das Reichsgericht seine Zuständigkeit für Hochverrats- und Landesverratsachen und andere Staatsschutzdelikte an den neu geschaffenen „Volksgerichtshof“.⁹

A. Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik

Weit weniger bekannt als all dies dürfte jedoch ein anderes Gericht sein, welches von 1922–1927 ebenfalls im Reichsgerichtsgebäude angesiedelt war und an das dieser Beitrag erinnern soll: Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik.¹⁰

Das Gericht wurde auf Grundlage des Gesetzes zum Schutze der Republik vom 21.07.1922¹¹ errichtet – besser bekannt als das Republikenschutzgesetz.¹² In den Jahren 1921 und 1922 kam es zu einer Serie von Mordanschlägen des rechtsextremistischen Geheimbundes Organisation Consul (O.C.) auf führende politische Repräsentanten der jungen Weimarer Republik. Hierbei verloren der Reichsaußenminister Walther Rathenau und der frühere Reichsfinanzminister Matthias Erzberger ihr Leben – der ehemalige Reichskanzler Philipp Scheidemann überlebte das Attentat nur durch glückliche Umstände. Dies führte zum denkwürdigen Versuch der jungen Weimarer Republik, sich mit juristischen Mitteln der existenziellen Bedrohung von rechts zu erwehren – zentrales Instrument hierfür waren das RepSchG und der neu geschaffene Staatsgerichtshof.

Das RepSchG errichtete einen mehrschichtigen strafrechtlichen Schutz um das Rechtsgut der republikanischen Staatsform.¹³ Kernstück des Gesetzes waren die Strafnormen in den §§ 1–8 RepSchG, welche Bestimmungen gegen Vereinigungen oder Verabredungen zur

³ Kraft, JZ 2019, 213 (216).

⁴ Blasius, Geschichte der politischen Kriminalität, 1983, S. 86 f.; Hannover/Hannover-Drück, Politische Justiz 1919–1933, 1987, S. 77; Kraft, JZ 2019, 213 (216 f.); Müller, Furchtbare Juristen, 2014, S. 19; Wilke, Anwälte des Staates, S. 98–104.

⁵ Kraft, JZ 2019, 213 (218); I. Müller, Betrifft Justiz (2001), 65, 14 f.; K. Müller, Leipziger Kriegsverbrecherprozesse, in: Kern/Schmidt-Recla (Hrsg.), 125 Jahre Reichsgericht, S. 259; vertiefend Wiggenhorn, Verliererjustiz, 2005; mit Fokus auf die Reichsanwaltschaft Wilke, Anwälte des Staates, S. 116–119.

⁶ Kraft, JZ 2019, 213 (221 f.); Wilke, Anwälte des Staates, S. 111–114.

⁷ Hannover/Hannover-Drück, Politische Justiz, S. 186–189; Kraft, JZ 2019, 213 (222 f.); Wilke, Anwälte des Staates, S. 90–96.

⁸ Deiseroth, Der Reichstagsbrandprozess, in: Limperg/Rennert (Hrsg.), Symposium 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude, S. 63–75; Kraft, JZ 2019, 213 (223 f.).

⁹ Art. III des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens v. 24.04.1934, RGBI. I, S. 341; siehe auch Kraft, JZ 2019, 213 (224); zum Volksgerichtshof instruktiv Müller, Furchtbare Juristen, S. 178–193.

¹⁰ Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit die Bezeichnung „Staatsgerichtshof“ gewählt.

¹¹ RGBI. I, S. 585. Der abgedruckte Gesetzestext ist beispielsweise zu finden bei Jasper, Schutz der Republik, 1963, S. 293–300 sowie online http://www.documentarchiv.de/wr/repchutz_ges01.html.

¹² Im Folgenden als RepSchG abgekürzt.

¹³ Gusy, Wehrlose Republik, 1991, S. 149.

Tötung republikanischer Politiker sowie Normen gegen die Beschimpfung und Verunglimpfung der Republik, ihrer Symbole oder ihrer Repräsentanten beinhalteten.¹⁴ Darüber hinaus enthielt das RepSchG Verschärfungen des Versammlungs- sowie des Presse- und Vereinsrechts.¹⁵ Insbesondere konnten Zeitungen und andere Druckschriften verboten werden, wenn diese zu Gewalttaten gegen Vertreter der republikanisch-demokratischen Staatsform aufriefen.¹⁶ Auch republikfeindliche Vereine und Gruppierungen konnten aufgelöst werden.

Der Staatsgerichtshof wurde auf Grundlage der §§ 12, 13 RepSchG als außerordentliches Gericht in Leipzig errichtet und organisatorisch an das Reichsgericht angegliedert, von welchem er aber funktionell unabhängig sein sollte.¹⁷ Als Verwaltungsgericht entschied der Staatsgerichtshof über die oben genannten Versammlungs-, Vereins- und Zeitungsverbote nach dem RepSchG.¹⁸ Insbesondere in der innenpolitisch instabilen Situation nach dem Mord an Außenminister Rathenau 1922 und während der Ruhrbesetzung 1923–1925 kam es zu einer umfangreichen Anwendung der Verbotsbestimmungen.¹⁹ Neben einer Vielzahl bestätigter Vereins- und Vereinigungsverbote vor allem des rechten Spektrums²⁰ dehnte der Staatsgerichtshof den Vereinsbegriff aus § 14 Abs. 2 RepSchG auch auf einige politische Parteien aus – so war eine seiner wichtigsten Entscheidungen die Bestätigung des im Herbst 1923 verhängten Parteiverbots der NSDAP.²¹ Ferner bestätigte der Staatsgerichtshof in dieser Phase einige Verbote von rechten Tageszeitungen sowie von völkischen Lokalblättern wegen Beschimpfung der Republik oder ihrer Repräsentanten nach § 8 Nr. 1 und 2 RepSchG.²²

Neben dieser regen verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit erstreckten sich die Kompetenzen des Staatsgerichtshofs als Strafgericht über das gesamte Gebiet des politischen Strafrechts. Hier war er neben den Straftaten der §§ 1–8 RepSchG auch für die bis dahin in der Zuständigkeit des Reichsgerichts liegenden Hochverratsdelikte nach den §§ 80–82 RStGB sowie für Tötungsdelikte gegen Repräsentanten der Republik nach dem RStGB zuständig.²³ Da

¹⁴ Vgl. *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 142; *Schroeder*, Schutz von Staat und Verfassung, 1970, S. 12 f.

¹⁵ Vgl. *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 128–130; *Schroeder*, Schutz von Staat und Verfassung, S. 119.

¹⁶ *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 129; *Jasper*, Schutz der Republik, S. 36 f. So waren den Attentaten schwerste Verunglimpfungen bis hin zu Vernichtungspantastien in der rechten Presse vorausgegangen und auch im Nachgang wurde der Mord von rechter Seite vielfach gebilligt. Beispiele hierfür bei *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 128; *Hannover/Hannover-Drück*, Politische Justiz, S. 108; *Hoegner*, Die verratene Republik, 1989, S. 101.

¹⁷ *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 345; *Hueck*, Staatsgerichtshof, 1996, S. 59 f.

¹⁸ *Böttger*, Hochverrat, 1998, S. 44; *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 61 f.

¹⁹ *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 251.

²⁰ So wurde etwa das Verbot des rechtsextremen und antisemitischen Deutschvölkischen Schutz- und Trutzbundes bestätigt. Hierzu und zur Rechtsprechung zu § 14 Abs. 2 RepSchG, die im Ergebnis trotz allem als „sehr restriktiv“ zu bezeichnen ist, *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 256–261. Eine beachtliche Auflistung der nach dem RepSchG ergangenen Vereins- und Vereinigungsverbote bei *Jasper*, Schutz der Republik, S. 316–320.

²¹ *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 145, 251, 254.

²² *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 277–280.

²³ *Böttger*, Hochverrat, S. 44; *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 346; *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 8.

der Staatsgerichtshof hierfür auch rückwirkend zuständig war, wurden vor ihm später die Attentate auf Rathenau und Scheidemann verhandelt.

B. Besetzung mit überzeugten Republikanern

Eine zentrale Besonderheit des Staatsgerichtshofs war seine Besetzung. Von den neun Mitgliedern des Gerichts sollten drei gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 RepSchG Mitglieder des Reichsgerichts und damit Berufsrichter sein. Die anderen sechs wurden mit Laien ohne Befähigung zum Richteramt besetzt, § 12 Abs. 2 S. 3 RepSchG.²⁴ Diese Laienrichter sollten vor allem eine „Qualifikation“ aufweisen: Sie sollten republikanisch gesinnt sein.²⁵ Zudem wurden die Mitglieder allesamt vom Reichspräsidenten ernannt, sodass die Richterauswahl ohne Einfluss der Justiz und des Reichsgerichts selbst erfolgen konnte.²⁶

Hier offenbart sich ein großer innerer Konflikt der Weimarer Republik. Die Regelung zur Gerichtsbesetzung sowie die Schaffung des Staatsgerichtshofs selbst verdeutlichen ein tiefes Misstrauen der rechtssetzenden Gewalt gegenüber der Justiz im Bereich des Republik-schutzes.²⁷ Die Weimarer Republik übernahm den weit überwiegenden Teil des rechtskon-servativen und monarchistischen Justizkörpers des Kaiserreichs, welcher der demokrati-schen Republik innerlich weitestgehend ablehnend gegenüberstand.²⁸ So klagte nach der Novemberrevolution 1918 der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes: „Jede Majestät ist gefallen, auch die Majestät des Gesetzes.“ Die Rechtsordnung des neuen Staates bestand für ihn aus „Partei-, Klassen-, und Bastardrecht“.²⁹ Reichsgerichtspräsident Simons stellte 1926 fest, der deutsche Richter könne sich „mit Republik und Demokratie nicht abfin-den“.³⁰ Die Justiz der Weimarer Republik ließ auf dem Gebiet des politischen Strafrechts grundsätzlich „Milde gegen rechts [und] rigide Härte gegen links“ walten.³¹ Diese einsei-tige Rechtsprechung war die Hauptursache für eine „Vertrauenskrise der Justiz“.³² Der Un-wille großer Teile der mehrheitlich am rechten Rand des Parteienspektrums angesiedelten³³ Justiz, rechte Kräfte konsequent zu bestrafen, führte zu Forderungen nach „Demokratisie-rung“ und „Republikanisierung“ des Justizkörpers seitens der liberalen und sozialdemo-kratischen Öffentlichkeit.³⁴ Die Bildung des Staatsgerichtshofs und insbesondere die Rege-lungen zu seiner Besetzung sollten diesen Forderungen Genüge tun.³⁵ Diese dezidiert re-publikanische Institution sollte die Einseitigkeit der bisherigen Rechtsprechung zugunsten der Rechten korrigieren.

²⁴ Zu diesem starken Laienelement auch *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 67.

²⁵ *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 346; *Radbruch*, Der innere Weg, 1951, S. 163 f.

²⁶ *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 72.

²⁷ Vgl. *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 139.

²⁸ Vgl. *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 16 f.; *Wilke*, Anwälte des Staates, S. 73 f.

²⁹ Zitiert nach *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 16.

³⁰ Zitiert nach *I. Müller*, Betrifft Justiz (2001) 12, 14.

³¹ So *Jasper*, VfZ 1982, 170; zustimmend: *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 360 f.; sowie *Kuhn*, Vertrau-enskrise der Justiz, 1983, S. 28; zum gleichen Ergebnis kommend, aber im Ton zurückhaltender, *Schroeder*, Schutz von Staat und Verfassung, S. 114.

³² So *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 364; auch *Hannover/Hannover-Drück*, Politische Justiz, S. 25 f.

³³ *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 16.

³⁴ Vgl. *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 62 f.

³⁵ Vgl. *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 354; *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 90; *Jasper*, VfZ 1982, 175.

C. Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs zum Schutze der Republik

In der strafrechtlichen Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs stechen – neben umfangreichen Beleidigungs- und Beschimpfungsverfahren gegen prominente Redakteure der Rechtspresse nach dem RepSchG³⁶ – vor allem vier Prozesse heraus: Der Prozess gegen die Rathenaumörder (1922), der Prozess gegen die Attentäter Scheidemanns (1922), der Prozess gegen die Organisation Consul (1924) und der Tscheka-Prozess (1925). Zentrale Aufgabe des Staatsgerichtshofs sollte die Aufklärung der Attentatsserie der Organisation Consul sein. Die O.C. war ein weitverzweigter geheimer Wehrverband von politisch extrem rechten ehemaligen Weltkriegsoffizieren und Freikorpskämpfern, welcher mit der Attentatsserie von 1921–1922 das Ziel verfolgte, die Republik zu destabilisieren und einen gewaltsamen Aufstand von links zu provozieren, durch dessen eigenhändige Niederschlagung man dann mittels einer Militärdiktatur eine „nationale Regierung“ an die Macht bringen könne.³⁷ Während in den ersten beiden Prozessen der Attentatsserie zwar nur die unmittelbaren Täter bestraft wurden und die Organisation hinter den Anschlägen verschont blieb, verhängte das Gericht verhältnismäßig hohe Strafen, widersprach den extremistischen Ansichten der Täter geradezu überraschend deutlich und nahm die angegriffenen Politiker in aller Öffentlichkeit in Schutz. Der letzte Prozess in der Reihe – gegen die O.C. – zeichnet jedoch ein gänzlich anderes Bild.³⁸ Obwohl sich aufgrund erdrückender Indizien aufdrängte, dass die Attentate zentral organisiert und Teil einer Putschstrategie waren, blieb der Staatsgerichtshof diesen Beweis schon in den vorangegangenen Prozessen schuldig und ging von einem „persönlichen Aktivismus“ von fanatischen Einzeltätern aus.³⁹ Der lang erwartete Prozess gegen die O.C. im Oktober 1924, der nun endlich den Beweis der „Mörderorganisation“ erbringen sollte, enttäuschte die Hoffnungen der demokratischen Öffentlichkeit auf eine Aufklärung der Attentatsserie nun endgültig. In diesem Prozess verneinte man jede Verbindung der O.C. zu den politischen Morden, obwohl das Gericht diese Verbindung in den vorangegangenen Verfahren selbst jedenfalls für wahrscheinlich hielt. Die militärische Staatsräson dem Aufklärungsinteresse überordnend honorierte es die vermeintlichen Verdienste der Angeklagten als Freikorpskämpfer und sprach sie trotz etlicher Widersprüche von so gut wie allen ursprünglichen Anklagepunkten frei. Obwohl es sich bei der O.C. um eine geheime und bewaffnete staatsfeindliche Verbindung mit dem Ziel der Untergrabung der republikanischen Staatsform handelte und damit der Tatbestand des strafintensiven § 7 Abs. 4 und 5 RepSchG erfüllt war, kam es nur zu einer milden Bestrafung wegen Geheimbündelei nach § 128 RStGB. Die Haftstrafen mussten die Verurteilten

³⁶ Hierzu Hueck, Staatsgerichtshof, S. 221–248.

³⁷ So Gebhardt, Heinrich Tillessen, 1995, S. 52 f.; Hoegner, Verratene Republik, S. 101; Krüger, Brigade Ehrhardt, 1971, S. 87 f.; Sabrow, Der Rathenaumord, 1994, S. 40–42, 120 f., 151–153.

³⁸ Vgl. zum Rathenauprozess: Hannover/Hannover-Drück, Politische Justiz, S. 112–124; Kraft, JZ 2019, 213 (219 f.); Sabrow, Der Rathenaumord, S. 103–114; Wilke, Anwälte des Staates, S. 105 f.; Zum Scheidemannprozess vor allem: Werthauer, Das Blausäure-Attentat, 1922; sowie Hannover/Hannover-Drück, Politische Justiz, S. 124–129; Kraft, JZ 2019, 213 (220); besonders instruktiv Sabrow, Der Rathenaumord, S. 59–68.

³⁹ Hueck, Staatsgerichtshof, S. 206.

nicht einmal antreten.⁴⁰ Der Schlüssel zum Verständnis dieser skandalösen Urteile dürfte die Rolle der O.C. bei der illegalen Aufrüstung der Reichswehr sein. Durch den Versailler Vertrag wurde das deutsche Heer auf 100.000 Mann verkleinert. Die „Schwarze Reichswehr“ bezeichnet die Gesamtheit der illegal aufgebauten Wehrverbände, die im Geheimen eine Aufrüstung vorantrieben und eine Schattenarmee formierten. Die O.C. übernahm hier einige für die Reichswehr nach dem Versailler Vertrag verbotenen Aufgaben wie Waffentransporte oder das Anlegen von Munitionslagern. Da man fürchtete, dass im Falle der gerichtlichen Aufdeckung der O.C. die Alliierten Kenntnis dieses schwerwiegenden Bruchs des Versailler Vertrags erlangten, bemühte man sich um ein versöhnliches Urteil.⁴¹

All dies steht in denkbar scharfem Gegensatz zum Tscheka-Prozess von 1925, in dem wenige Monate später eine kommunistische Organisation „koste es, was es wolle“ aufgedeckt wurde und ihre Mitglieder, unter der in der Geschichte der Weimarer Republik einmaligen Anwendung der Normen des RepSchG gegen Mordverbindungen, zu drastischsten Strafen verurteilt wurden.⁴² Neben diesen besonders spektakulären Einzelurteilen entwickelte der Staatsgerichtshof auch die sogenannte Funktionskörper-Lehre, welche eine generelle Staatsfeindlichkeit der KPD und all ihrer Organe annahm und somit eine jede Handlung, die kommunistische Ziele förderte, als strafrechtlich relevant qualifizierte. Hiermit hob das Gericht schließlich jegliche Tatbestandslimitierung der Strafnormen des RepSchG auf, die ursprünglich gegen rechtsextreme Vereinigungen wie die O.C. gerichtet waren, welche konkret und mit Gewalt am Sturz des Staates arbeiteten.⁴³

Im Ergebnis unterschied sich der Staatsgerichtshof also nicht von den ordentlichen Gerichten und entwickelte entgegen seiner zgedachten Funktion und anfänglichen Tendenz sowohl auf dem Gebiet des politischen Strafrechts als auch des Verwaltungsrechts eine einseitige Rechtsprechung gegen Kommunisten.⁴⁴ Im Jahr 1925, zwei Jahre vor der tatsächlichen Auflösung des Staatsgerichtshofs, forderte die SPD bereits dessen Aufhebung sowie eine Änderung der strafrechtlichen Bestimmungen des RepSchG, da „die Rechtsprechung sie den Absichten des Gesetzgebers entgegen ausgelegt und angewendet hatte.“⁴⁵ Im Ergebnis ist mit Blasius festzustellen: „Die gefährdete Republik hatte sich ein Gefahrenabwehrrecht geschaffen, doch der Justizkörper ließ sie im Stich.“⁴⁶

⁴⁰ Vgl. zum Prozess gegen die O.C.: *Hannover/Hannover-Drück*, Politische Justiz, S. 135–145; *Jasper*, Schutz der Republik, S. 113–117; *Krüger*, Brigade Ehrhardt, S. 95–98; *Sabrow*, Der Rathenaumord, S. 206–215; *Wilke*, Anwälte des Staates, S. 105–111.

⁴¹ Vgl. *Jasper*, VfZ 1962, 433; *Sabrow*, Der Rathenaumord, S. 212 f.

⁴² *Jasper*, Schutz der Republik, S. 126 f.

⁴³ Vgl. hierzu *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 196–202.

⁴⁴ Vgl. *Gusy*, Wehrlose Republik, S. 352–354; *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 287–289.

⁴⁵ *Hueck*, Staatsgerichtshof, S. 299.

⁴⁶ *Blasius*, Kritische Justiz 1998, 219 (225).

Charlotte Schmitt – die erste „Frau Senatspräsident“

Julia Nebel*

Abstract: Charlotte Schmitt, deren Biografie skizziert wird, war die erste Bundesrichterin am Bundesverwaltungsgericht und erste Vorsitzende Richterin an einem deutschen Bundesgericht. Ihre juristische Laufbahn prägten deren Beginn in der NS-Zeit sowie der Konflikt zwischen beruflichen und familiären Interessen bzw. Erwartungen.

A. Juristische Anfänge

Am Reichsgericht in Leipzig war von der Gründung 1879 bis zu dessen Schließung 1945 keine Reichsrichterin tätig gewesen. Wenige Jahre später starteten fast alle der mittlerweile neu errichteten oberen Bundesgerichte mit jeweils mindestens einer Bundesrichterin. Charlotte Schmitt (1909–1989) hieß die erste Bundesrichterin am 1953 in Westberlin gegründeten Bundesverwaltungsgericht. Wenig ist über sie veröffentlicht.¹ Eine Personalakte aus ihrer Zeit am Bundesverwaltungsgericht ist nicht überliefert. Dabei war Schmitt nicht nur am Bundesverwaltungsgericht die erste Frau (und bis 1968 die einzige), sondern wurde 1958 auch die erste Senatspräsidentin an einem obersten bundesdeutschen Gericht. Stolz auf diese Karriere sei sie aber nicht, gab Schmitt in einem Interview 1981 an, „weil mir immer alles leicht gemacht worden ist.“² Dieses Zitat irritiert, bedenkt man, dass in Schmitts Geburtsjahr 1909 nicht abzusehen war, dass sie als Frau überhaupt einmal als Richterin arbeiten können würde. Nach ihrem Abitur im Jahr 1929 und einer sich anschließenden dreisemestrigen akademischen Findungsphase, in der sie Biologie und Philologie belegte,³ standen ihr 1930/31 zumindest formal alle Möglichkeiten offen, einen juristischen Beruf zu ergreifen. Erst wenige Jahre zuvor, 1922, waren Frauen allgemein zu den juristischen Berufen zugelassen worden.⁴ Doch die tatsächlichen beruflichen Aussichten für Juristinnen blieben weiterhin größtenteils ungünstig.⁵ Den traditionellen „Antifeminismus“⁶ der deutschen Juristenschaft hatte Schmitt selbst bereits während ihres Studiums zu spüren bekommen, als sie und ihre Kommilitoninnen von den Mitstudenten

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsgeschichte und Europäische Rechtsharmonisierung an der Universität Leipzig und promoviert über die Auswahl der Bundesrichter:innen für das Bundesverwaltungsgericht in den 1950er Jahren. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 15.07.2023 abgerufen.

¹ U.A. Röwekamp, *Juristinnen*. Lexikon zu Leben und Werk, 2005, S. 366f; Köhler-Lutterbeck/Siedentopf, *Lexikon der 1000 Frauen*, 2000, S. 319f.

² Vgl. Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter, *Juristinnen*, 1982, S. 124.

³ Vgl. Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter, *Juristinnen*, 1982, S. 123.

⁴ Vgl. Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege v. 11.07.1922, RGBl. 1922 I, S. 573 f.

⁵ Vgl. Bajohr/Rödiger-Bajohr, *KJ* 1980, 39 (44).

⁶ Vgl. Bajohr/Rödiger-Bajohr, *KJ* 1980, 39 f.

bei Betreten des Hörsaals „ausgescharrt“⁷ wurden. Zu Wort gemeldet habe sie sich in Lehrveranstaltungen deshalb nie: „Den Mut hatte ich nicht.“⁸

B. Die „Juristendynastie“ Knappmeyer

Auf die Idee, Jura zu studieren, war Schmitt nach eigener Angabe durch familiäre Vorbilder gekommen.⁹ Charlotte Schmitt stammte, nicht untypisch für Juristinnen ihrer Zeit,¹⁰ aus einer Familie mit juristischer Tradition. Ihr Großvater väterlicherseits, Bernhard Knappmeyer (gestorben 1907)¹¹, war zuletzt Landgerichtsrat in Bielefeld¹² gewesen. Schmitts Vater (geboren am 3.9.1870)¹³, ältester Sohn der Familie und ebenfalls Bernhard heißend, begann seine Justizlaufbahn als Gerichtsassessor im Bezirk Hamm¹⁴. Schmitts Onkel Carl, ein jüngerer Bruder ihres Vaters, war Amtsgerichtsrat, als er im Jahr 1922 49-jährig starb¹⁵ und auch ihr älterer Bruder, ein weiterer Bernhard Knappmeyer (geboren 1901),¹⁶ studierte Jura¹⁷. Ebenso wie sich die dynastisch anmutende Vornamensgebung in der Familie Knappmeyer auf die männlichen Mitglieder beschränkte – lediglich der zweite Vorname von Charlotte Agnes Christine, wie Schmitts vollständiger Name lautet, stammte von ihrer Großmutter väterlicherseits, Agnes Knappmeyer (geborene Brinkmann, 1843/44–1893)¹⁸, war die für männliche Familienmitglieder bereits traditionelle Juristenlaufbahn für Schmitt nicht von vornherein vorgesehen. Besonders begrüßt habe Schmitts Vater nach ihrer Aussage ihre Studienpläne jedenfalls nicht.¹⁹

C. Politischer Umbruch

Dass diese Studienwahl ihren Fähigkeiten entsprach, erkannte nach Schmitts Angaben auch ihr Repetitor, der ihr eine erbliche Begabung attestierte.²⁰ Schmitts Examensnoten – „lobenswert“ im ersten und „gut“ im zweiten Examen²¹ – konnten sich jedenfalls sehen lassen. Viel ließ sich damit im Frühjahr 1940 nach ihrer zweiten Examensprüfung jedoch nicht anfangen. Seit der nationalsozialistischen „Machtergreifung“ waren Juristinnen nach und nach aus ihren beruflichen Positionen gedrängt worden und konnten maximal in meist untergeordneten Stellen der Verwaltung oder bestimmten Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterkommen.²² Die Norddeutsche Textilberufsgenossenschaft –

⁷ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 124.

⁸ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 124.

⁹ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 123.

¹⁰ Vgl. *Huerkamp*, Bildungsbürgerinnen, 1996, S. 39f.; *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen, 2011, S. 112.

¹¹ Vgl. Lokalredaktion, Der Bielefelder Kriegerverein, Bielefelder General-Anzeiger v. 20.02.1907, S. 2.

¹² Vgl. Amtliche Nachrichten, Kölnische Zeitung, Erste Morgen-Ausgabe, 27.8.1898.

¹³ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f–111.

¹⁴ Vgl. Amtliche Nachrichten, Kölnische Zeitung, Abend-Ausgabe, 30.01.1897.

¹⁵ Vgl. Todesanzeige Carl Knappmeyer, Dortmunder Zeitung, 11.04.1922.

¹⁶ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f–111.

¹⁷ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 123.

¹⁸ Vgl. Todesanzeige Agnes Knappmeyer, Westfälische Zeitung, Beilage, 16.09.1893.

¹⁹ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 123.

²⁰ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 123.

²¹ Vgl. Personalbogen Charlotte Schmitt, BArch B 144/213, fol. 110.

²² Vgl. *Hassels/Hommerich*, Frauen in der Justiz, 1993, S. 38; *Kühn*, Die Reform des Rechtsstudiums zwischen 1848 und 1933 in Bayern und Preußen, 2000, S. 397; *Meier-Scherling*, DRiZ 1975, 10.

Reichsunfallversicherung, eine dem Reichsversicherungsamt unterstellte Körperschaft des öffentlichen Rechts, wurde Schmitts erste berufliche Station. Dort arbeitete sie ab April 1940 als Referentin und erledigte Regressangelegenheiten in Bezug auf Berufskrankheiten und Kapitalabfindungen.²³

Dass Schmitt ihr Jurastudium unter den drastisch geänderten politischen Vorzeichen erfolgreich vollendet und das Referendariat absolviert hatte, ohne die Aussicht auf eine großartige Karriere und der fehlenden Gewissheit, überhaupt dauerhaft juristisch tätig sein zu dürfen, ist nicht selbstverständlich. Bereits in ihrem letzten Semester an der Berliner Friedrich-Wilhelms-Universität, dem Sommersemester 1936, waren außer Schmitt nur noch 119 andere Studentinnen im gesamten Reich im Studiengang Rechtswissenschaft immatrikuliert gewesen.²⁴ (Fünf Jahre zuvor hatte es noch 1.137 Jurastudentinnen in Deutschland gegeben.)²⁵ Weniger Einschreibungen von Frauen und vermehrte Studienabbrüche wegen schlechter beruflicher Aussichten waren ein Phänomen der Zeit.²⁶ Schmitts Durchhaltevermögen hat wahrscheinlich nicht unerheblich mit ihrem Vater zu tun, der ihr einerseits die Zuversicht vermittelte, berufliche Einschränkungen würden für sie nicht ewig bestehen („Glaube ja nicht, daß das ein tausendjähriges Reich wird, das dauert nicht lange, bis Du fertig bist, sieht schon alles wieder anders aus.“²⁷) und ihr wohl außerdem die von eigener Erwerbsarbeit nötige finanzielle Unabhängigkeit sicherte.

D. Privilegierte Herkunft

Schmitt wuchs in gutbürgerlichen Verhältnissen auf. Zum Haushalt gehörte eine Köchin.²⁸ Ihre Mutter Paula Knappmeyer (geborene Vierhaus, geboren am 11.11.1878)²⁹ inserierte zusätzlich im Jahr 1907, als die Familie gerade nach Münster gezogen, und ihr Mann als Kriegsgerichtsrat zu der 13. Division versetzt worden war,³⁰ nach einem „Mädchen“ für die Hausarbeit.³¹ Als Schmitt am 05.09.1909³² geboren wurde, bewohnte die Familie ein stattliches Haus in der Münsteraner Innenstadt (Neubrückenstraße 66/67)³³. Die voranschreitende Karriere ihres Vaters sorgte für mehrere Umzüge in Schmitts Kindheit. Bereits vor ihrer Geburt war die Familie mobil gewesen und hatte einige Jahre in Erfurt gelebt, wo ihr Vater Kriegsrichter bei der 38. Division gewesen war.³⁴ In Erfurt waren Schmitts Bruder geboren³⁵ und ihr Großvater gestorben³⁶. Kurz nach Schmitts dritten

²³ Vgl. Personalbogen Charlotte Schmitt, BArch B 144/213, fol. 110.

²⁴ Vgl. *Ebert*, Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preußen (1849-1934), 1995, S. 398.

²⁵ Vgl. *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen, 2011, S. 721.

²⁶ Vgl. *Huerkamp*, Bildungsbürgerinnen, 1996, S. 113.

²⁷ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

²⁸ Vgl. Stellenanzeige von Frau Kriegsgerichtsrat *Knappmeyer*, Die Glocke v. 20.09.1907.

²⁹ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f-111.

³⁰ Vgl. Das Eiserner Kreuz, Münsterischer Anzeiger, 29.12.1914.

³¹ Vgl. Stellenanzeige von Frau Kriegsgerichtsrat *Knappmeyer*, Die Glocke v. 20.09.1907.

³² Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f-111.

³³ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f-111.

³⁴ Vgl. Amtliche Nachrichten, Kölnische Zeitung, Abend-Ausgabe v. 09.01.1901; Militärisches, Aus dem Kasernenleben, Volkswacht v. 28.01.1905.

³⁵ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f-111.

³⁶ Vgl. Lokales und Provinzielles: Bielefelder Krieger-Verein, Neue Westfälische Volks-Zeitung v. 14.01.1908.

Geburtstag verließ die Familie ihre Geburtsstadt Münster wieder.³⁷ Ihr Vater war nach Allenstein in Ostpreußen zum 20. Armeekorps versetzt worden.³⁸ Seinen Karrierehöhepunkt bildete schließlich seine Tätigkeit bei der Militärrechtsanwaltschaft am Reichsmilitärgericht in Charlottenburg als Reichsmilitäranwalt ab spätestens 1918.³⁹ In der später nach Berlin eingemeindeten Stadt residierte die Familie in guter Adresse in Gerichtsnähe.⁴⁰ Berlin und die Charlottenburger Wohngegend entwickelten sich zum festen Ankerpunkt der Familie. Noch 1979 wies das Berliner Telefonbuch in der Leonhardtstraße einen Bernhard Knappmeyer, wahrscheinlich dann Schmitts älteren Bruder, aus.⁴¹ Nach Schließung des Reichsmilitärgerichts im Jahr 1920⁴² wurde der erst fünfzigjährige Knappmeyer vermutlich in den Ruhestand versetzt und betätigte sich in den folgenden Jahren noch zusätzlich als Rechtsanwalt.⁴³

Dass Schmitt sich einmal ihren Lebensunterhalt selbst verdienen sollte, hatte ihr Vater nicht vorgesehen,⁴⁴ und war für die einzige Tochter – davon abgesehen, dass Heiraten als Option blieb – wohl aus damaliger Perspektive nicht notwendig. In einer ähnlichen wirtschaftlich und sozial abgesicherten Situation befanden sich nicht zufällig die meisten Frauen, die sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Deutschland zur Juristin ausbilden ließen.⁴⁵ Auch an dieser Stelle weist sich Schmitt als typische Vertreterin „der Juristin“ ihrer Zeit aus.

E. Rückzug ins Familienleben

Gegen das Lebensmodell nicht weniger ihrer Kolleginnen, den Beruf zum alleinigen Lebensmittelpunkt zu machen und auf eine eigene Familie zu verzichten,⁴⁶ entschied sich Schmitt spätestens 1943. Im Frühling hatte sie ihr erstes Kind geboren⁴⁷ und war nach der Geburt nicht mehr zur Textilberufsgenossenschaft zurückgekehrt.⁴⁸ Dafür mitverantwortlich sei der durch die Bombardierungen unmögliche Arbeitsweg nach Berlin gewesen; Schmitt war anlässlich der Heirat zu ihrem Ehemann nach Potsdam gezogen.⁴⁹

³⁷ Vgl. Stadtarchiv Münster, Stadtregistratur, Fach 16 Nr. 8f–111.

³⁸ Vgl. Münsterischer Anzeiger, Erste Ausgabe v. 19.07.1912.

³⁹ Vgl. Berliner Adreßbuch, Ausgabe 1918, Teil II, S. 29.

⁴⁰ Zuerst in der Steifensandstraße 13, vgl. Berliner Adreßbuch, Ausgabe 1922, IV. Teil, S. 1128; dann in der Suarezstraße 15, vgl. Berliner Adreßbuch, Ausgabe 1924, I. Teil, S. 1469; später in der Leonhardtstraße 2, vgl. Berliner Adreßbuch, Ausgabe 1936, Teil I, S. 1265.

⁴¹ Vgl. Amtliches Fernsprechbuch Berlin (West), Ausgabe 1977/78, S. 1274.

⁴² Vgl. Gesetz, betreffend Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit v. 17.08.1920, RGBl. S. 1579.

⁴³ Vgl. Berliner Adreßbuch, Ausgabe 1924, das einen Rechtsanwalt Bernhard Knappmeyer ausweist. Der im Oktober 1901 geborene gleichnamige Sohn dürfte zu diesem Zeitpunkt noch zu jung für eine Tätigkeit als Rechtsanwalt gewesen sein (bei mind. sechs Semestern Studium plus drei Jahren Vorbereitungsdienst, vgl. *Kühn*, Die Reform des Rechtsstudiums zwischen 1848 und 1933 in Bayern und Preußen, 2000, S. 145).

⁴⁴ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 123.

⁴⁵ Vgl. *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen, 2011, S. 111ff; *Huerkamp*, Bildungsbürgerinnen, 1996, S. 35.

⁴⁶ Vgl. *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen, 2011, S. 528ff.

⁴⁷ Ein Sohn, geboren am 24.4.1943, vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch PERS 101/76161, fol. 10r.

⁴⁸ Vgl. Personalbogen Charlotte Schmitt, BArch B 144/213, fol. 110r.

⁴⁹ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

Rudolf Schmitt sorgte von da an zunächst allein für den Familienunterhalt. Geheiratet hatte sie den gebürtig aus Neumünster stammenden Juristen im Juli 1942.⁵⁰ Zu diesem Zeitpunkt war Rudolf Schmitt offiziell Landgerichtsrat am Landgericht Berlin.⁵¹ Sein tatsächliches Betätigungsfeld hatte sich aufgrund des inzwischen ausgebrochenen Zweiten Weltkriegs aber wohl verlagert. Seit September 1940 war Rudolf Schmitt Oberstabsintendant der Reserve in der Kriegsmarine.⁵² Erst als er in Kriegsgefangenschaft geriet und Charlotte Schmitts Konten eingefroren wurden, wurde sie wieder erwerbstätig. Einen Rechtsanwalt und Notar in Berlin Weißensee vertrat Schmitt bis November 1948, einige Monate nach der Währungsreform.⁵³ Dann verließ sie die sowjetische Besatzungszone und folgte ihrem Mann nach Düsseldorf.⁵⁴ Rudolf Schmitt hatte am dortigen Oberlandesgericht im April des Jahres eine Stelle als beauftragter Richter angetreten⁵⁵ und Charlotte Schmitt zog sich am neuen Wohnort zunächst wieder aus dem Berufsleben zurück.⁵⁶

F. Begehrte Arbeitskraft

Der Grund hierfür war aber wohl nicht, dass Schmitt keine Stelle fand. Im Gegenteil: Zu ihrer Rückkehr in den Staatsdienst – zum Jahresbeginn 1950 als Verwaltungsrichterin beim Verwaltungsgericht Düsseldorf – habe sie ein Kollege ihres Mannes geradezu gedrängt.⁵⁷ Schmitt selbst erklärte sich das große Interesse an ihrer Arbeitskraft damit, kein Mitglied der NSDAP gewesen zu sein: „Vor allem die Verwaltungsgerichtsbarkeit legte Wert darauf, Richter einzustellen, die nicht versippt waren mit der NSDAP.“⁵⁸ Fern von jeglichem ideologischen Einfluss sozialisiert und ausgebildet wurde aber auch sie nicht; der inhaltliche Richtungswechsel in den Lehrveranstaltungen nach 1933 sei „selbstverständlich“⁵⁹ spürbar gewesen. Schmitts Einschätzung ihrer Examensprüfungen, in denen – bis auf zusätzliche geschichtliche Inhalte – alles „ganz normal“⁶⁰ ging (1936) bzw. der Nationalsozialismus im Prüfungsgespräch mit dem späteren berichtigten Präsidenten des Volksgeschichtshofs Roland Freisler „keine besondere Rolle“⁶¹ spielte (1940), sollte daher nicht ganz unkritisch übernommen werden. Mitglied der Partei oder ihren Gliederungen war Schmitt zumindest ausweislich des Personalbogens, den das Bundesinnenministerium im Vorfeld ihrer Wahl als Bundesrichterin gefertigt hatte, jedenfalls nicht gewesen – was längst nicht für alle Juristinnen galt.⁶² Am Düsseldorfer

⁵⁰ Vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch, PERS 101/76161, fol. 10r.

⁵¹ Vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch, PERS 101/76161, fol. 10v.

⁵² Vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch, PERS 101/76161, fol. 11v.

⁵³ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126; Personalbogen Charlotte Schmitt, BArch B 144/213, fol. 110v.

⁵⁴ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

⁵⁵ Vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch, PERS 101/76161, fol. 10v.

⁵⁶ Personalbogen Charlotte Schmitt, BArch B 144/213, fol. 110v.

⁵⁷ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

⁵⁸ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

⁵⁹ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 125.

⁶⁰ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 125.

⁶¹ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 125.

⁶² Z.B. *Michl*, Wiltraut Rupp-von Brünneck (1912–1977), S. 77ff.; Personalbogen Erna Dlugosch, BArch B 144/213, fol. 119.

Verwaltungsgericht zu arbeiten kam ihr schließlich nicht ganz ungelegen angesichts „finanzielle[r] Engpässe“⁶³, die der Krieg dem Ehepaar Schmitt verursacht hatte.

Auf eine Position beim Bundesverwaltungsgericht hat Schmitt wohl nicht systematisch hingearbeitet. Der Juristinnenbund und weitere Fraueninteressenverbände hatten sie hierfür vorgeschlagen,⁶⁴ sehr wahrscheinlich ohne ihre vorherige Kenntnis⁶⁵. Selbst die Hürde, ihrem Mann ebenfalls eine Stelle in Berlin zu besorgen, damit für Schmitt ein Umzug zum Gerichtsstandort West-Berlin überhaupt in Betracht kam,⁶⁶ nahmen die Verantwortlichen vom Bundesinnenministerium und bewirkten beim Bundesjustizministerium die Ernennung Rudolf Schmitts zum Bundesrichter beim 5. Strafsenat des BGH in Berlin.⁶⁷ Angesichts dessen überrascht die Aussage, es sei ihr immer alles leicht gemacht worden, nicht mehr.

G. Prioritäten und Rollenbilder

Wirtschaftliche Notwendigkeiten und das offensive Antragen interessanter Stellen waren nach Schmitts Eheschließung augenscheinlich notwendig, um sie für den Arbeitsmarkt wiederzugewinnen. Schmitts Zurückhaltung ist sicher nicht dadurch zu erklären, dass sie keine Freude am juristischen Arbeiten hatte oder sich selbst bzw. Frauen im Allgemeinen fachlich weniger zugetraut hätte. Ganz im Gegenteil beschrieb sie die mediale Aufmerksamkeit im Mai 1958 um ihre Ernennung zur „Frau Senatspräsident“⁶⁸ für den 2. Revisionsenat als ihr unangenehm. „Schon damals hätte es selbstverständlich sein müssen, daß wir Frauen auch Vorsitzende an den Obersten Bundesgerichten werden können“⁶⁹, fand sie. Noch in Düsseldorf hatte sie sich eine Festanstellung erstritten, die ihr das nordrhein-westfälische Innenministerium zunächst mit Verweis auf die finanzielle Absicherung durch ihren Mann verwehren wollte.⁷⁰

Ihr Zögern bei Karriereschritten wird vielmehr mit ihrem Verständnis von der Rolle, die sie als Ehefrau und Mutter in einer Familie zu spielen hatte, zusammenhängen. Die Familie – 1951 war noch ein zweiter Sohn hinzugekommen⁷¹ – beschrieb sie als wichtigen Ausgleich zur Berufstätigkeit.⁷² Dass Schmitt die Belange der Familie und des gemeinsamen Haushalts allein organisierte, obwohl sie und ihr Ehemann eine ähnliche Arbeitsbelastung hatten, war für sie „selbstverständlich“⁷³ und entsprach der Lebenswirklichkeit vieler ihrer

⁶³ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 126.

⁶⁴ Vgl. *Vereinigung weiblicher Juristen und Volkswirte e.V. (Gethmann)* an Bundesminister des Innern, 02.10.1952, BArch B 106/44290; *Deutscher Frauenring* an Bundesminister des Innern, 8.10.1952, BArch B 106/44290; *Berliner Frauenbund 1945 e.V.* an Bundesminister des Innern, 10.10.1952, BArch B 106/44290; *Deutscher Akademikerinnenbund e.V.* an Bundesminister des Innern, 16.10.1952, BArch B 106/44290.

⁶⁵ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 127.

⁶⁶ Vgl. *Böhn*, 12.12.1952, BArch B 106/44290, n.f.

⁶⁷ Vgl. *Pötter* an Innenminister Meyer, 11.3.1953, LAV NRW R, NW 63 Nr. 518, fol. 40r; BGH, Anhang zum Geschäftsverteilungsplan 1954, S. 2.

⁶⁸ Frau Senatspräsident, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 03.05.1958.

⁶⁹ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 127.

⁷⁰ Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 127.

⁷¹ Vgl. Personalnebenakte Rudolf Schmitt, BArch, PERS 101/7616, fol. 10r.

⁷² Vgl. *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 127.

⁷³ *Fabricius-Brand/Berghahn/Sudhölter*, Juristinnen, 1982, S. 128.

Kolleginnen mit Kindern und Ehemann.⁷⁴ Allein zugunsten Rudolf Schmitts Ego – wie es scheint – hätte sie darauf verzichtet, Bundesrichterin zu werden, wenn dieser keine ebenbürtige Stelle in Berlin bekommen hätte. Denn mögliche heimatliche Gefühle gegenüber der Stadt, in der Schmitt die längste Zeit ihres Lebens gewohnt hatte, und Verwandtschaft in Berlin werden eher für einen Umzug gesprochen haben. Und dass Rudolf Schmitt als Richter 1953 durch einen Umzug nicht arbeitslos geworden wäre, ist angesichts der damaligen Personalsituation in der Justiz wahrscheinlich.

H. Rezeption

Sie habe bei ihrer Arbeit am Bundesverwaltungsgericht „glänzend“ bewiesen, dass „Frauen als Bundesrichterinnen Exzellentes zu leisten vermögen“, bewertete die damalige Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, Marion Eckertz-Höfer, im Jahr 2013 das Wirken Schmitts.⁷⁵ Vor allem Angelegenheiten des öffentlichen Dienstrechts hatte die erste Senatspräsidentin im 2. Revisionsssenat zu bearbeiten. Konrad Redeker beschrieb, wie er als Rechtsanwalt Schmitt bei Verhandlungen erlebt hatte: „Frau Schmitt konnte mit ihrer freundlichen Offenheit, aber auch mit einer ihr zur Verfügung stehenden Bestimmtheit, gleichzeitig aber auch mit Humor gepaart, der Verhandlung jeweils eine besondere Note geben, auch wenn sie nicht selten bedauerte, dass das Gesetz die eigentlich vernünftige Lösung nicht ermögliche“⁷⁶. Auf ihren Wunsch ohne größere Feierlichkeit nahm Schmitt 1977 ihren Abschied aus dem Dienst im Bundesverwaltungsgericht.⁷⁷ 1989 starb sie in Berlin.⁷⁸

⁷⁴ Vgl. *Röwekamp*, Die ersten deutschen Juristinnen, 2011, S. 712; *Hansen*, Erna Scheffler (1893–1983), Tübingen 2019, S. 78.

⁷⁵ *Eckertz-Höfer*, Die Frau im Öffentlichen Recht, Festvortrag bei der Eröffnungsveranstaltung des 40. Bundeskongresses des Deutschen Juristinnenbundes, 26.9.2013, S. 15.

⁷⁶ *Redeker*, in: Schmidt-Aßmann, Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln 2003, S. 127 (137).

⁷⁷ Vgl. *Redeker*, in: Schmidt-Aßmann, Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 127 (138).

⁷⁸ Eintrag *Schmitt*, Charlotte in Munzinger Online/Personen – Internationales Biographisches Archiv.

Digitalisierung der Bundesgerichte

Clara-Maria Buchstaller und Niklas Wais*

Abstract: Fraglos sieht sich auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner täglichen Arbeit mit den Auswirkungen der Digitalisierung konfrontiert. Als Bundesgericht sind die damit verbundenen Herausforderungen und Chancen jedoch andere als im Fall der unterinstanzlichen Gerichte, deren Digitalisierungsbemühungen die Schlagzeilen bestimmen. Dieser Beitrag soll die Besonderheiten höchstrichterlicher Arbeit im Kontext des digitalen Wandels beleuchten, soweit es eine Betrachtung aus der Außenperspektive zulässt. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Rolle des Föderalismus als maßgebliches Hindernis einer bundeseinheitlichen Digitalisierungsstrategie gelegt.

A. Einleitende Bemerkungen

Geht es um die Digitalisierung der Justiz, sorgen vor allem Systeme zur Teilautomatisierung der inhaltlichen richterlichen Tätigkeit wie “Olga”¹ oder “Frauke”² für Gesprächsstoff. Bundesgerichte sehen sich gegenüber Gerichten wie dem OLG Stuttgart und dem AG Frankfurt jedoch mit einer geringeren Anzahl an Fällen konfrontiert. Deren rechtliche Komplexität fällt dafür umso höher aus. In der Folge ist eine minutiöse Auseinandersetzung mit den individuellen Ausprägungen jedweder Fallgestaltung zwingend, was keinen Raum für eine Automatisierung des Kernbereichs juristischer Arbeit lässt.³ Die Digitalisierung macht sich an Bundesgerichten wie dem Bundesverwaltungsgericht daher – wie an den meisten deutschen Gerichten – vor allem in den Bereichen Justizverwaltung und Prozessführung bemerkbar (B. Digitalisierung in der Justiz). Eine Sonderstellung kommt ihnen allerdings unter anderem deshalb zu, weil sie im Rahmen ihrer Rolle als höchste Gerichte mit Streitigkeiten konfrontiert sind, die zuvor vor Gerichten der Länder verhandelt wurden. In der Folge haben frühere und aktuelle Entwicklungen im Bereich bundeseinheitlicher Systeme und Schnittstellen einen besonderen Stellenwert, welche mithin den Schwerpunkt dieses Beitrags bilden sollen (C. Vereinheitlichungsbemühungen).

* Clara-Maria Buchstaller ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht der Universität Leipzig. Niklas Wais ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht der Universität Leipzig. Herzlicher Dank gebührt VRiBVerwG a. D. Prof. Dr. Uwe Berlit, dessen ausgesprochen detaillierte Hinweise im Rahmen des vorliegenden Kurzbeitrags nur in Ansätzen aufgegriffen werden konnten. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 10.07.2023 abgerufen.

¹ IBM, OLG Stuttgart pilotiert IBM-Massenverfahrensassistenten zur Fallbearbeitung in Dieselabgasverfahren, IBM Newsroom v. 07.12.2022.

² Borufka/Lüft, Amtsgericht Frankfurt: Künstliche Intelligenz hilft bei Massen-Urteilen, Hessenschau v. 09.05.2022.

³ Paal/Wais, Automatisierte Rechtsprechung, in: Klenk/Nullmeier/Wewer, Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2. Auflage 2023.

B. Digitalisierung in der Justiz

Laufende Bemühungen um eine Modernisierung der Arbeit deutscher Gerichte betreffen vor allem die Automatisierung von wiederkehrenden Arbeitsschritten der Geschäftsstellen, die Implementierung eines flächendeckenden elektronischen Rechtsverkehrs sowie die Umstellung auf eine elektronische Aktenführung und die Ermöglichung videogestützter mündlicher Verhandlungen.⁴ Auf der Grundlage des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (2013) und des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs (2017) wurden Projekte wie das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo), das elektronische Bürger- und Organisationenpostfach (eBO) und die die elektronische Gerichtsakte (e-Akte) implementiert. Mit dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten vom 24. Mai 2023 steht aktuell eine vieldiskutierte Überarbeitung des § 128a ZPO im Raum, der Richter:innen zukünftig nicht mehr nur zur Gestattung, sondern auch zur Anordnung einer Videoverhandlung ermächtigen soll.⁵

Im Rahmen einer Umfrage aus dem Jahr 2020 zeigten sich Richter:innen sowie gerichtliche Servicekräfte mit der e-Akte grundsätzlich zufrieden.⁶ Im Hinblick auf die gesamte Bundesrepublik ist allerdings festzustellen, dass die e-Akte nicht existiert. Vielmehr laufen verschiedene Systeme von drei Länderverbänden – e2A (ergonomisch-elektronischer Arbeitsplatz), eIP (elektronisches Integrationsportal) und eAS (E-Akte als Service) – parallel.⁷ Der Grund hierfür liegt in der föderalen Organisationsstruktur der Bundesrepublik, nach welcher die Zuständigkeit für den Justizbereich im Wesentlichen nicht dem Bund, sondern den Ländern zufällt. Ein bundesweit einheitliches Vorgehen bei der Digitalisierung wird hierdurch erheblich erschwert. Martini und Wiesner sprechen von einem “natürlichen Spannungsverhältnis” und führen aus:

“IT-Systeme folgen anderen Handlungslogiken als eine Institution aus den Zeiten von Stein und Hardenberg: Während die föderale Ordnung von dem Gedanken klarer Verantwortungszurechnung und des Wettbewerbs der Systeme geprägt ist, sind IT-Systeme auf Interoperabilität und medienbruchfreie Vernetzung über Zuständigkeitsgrenzen hinweg angelegt.”⁸

Ergebnis dieser föderalen Kompetenzordnung ist, dass die Justiz-IT-Landschaft einem “digitalen Flickenteppich” gleicht.⁹ Hiervon ist auch das Bundesverwaltungsgericht

⁴ Vgl. Bund-Länder-Kommission, Justizportal des Bundes und der Länder.

⁵ BMJ, Kabinett beschließt Stärkung von Videoverhandlungen an den Zivilgerichten, Pressemitteilung Nr. 32/2023 v. 24.05.2023; Zur Kritik der Anwaltschaft vgl. etwa BRAK, Stellungnahme Nr. 5 zum Referentenentwurf, Januar 2023.

⁶ *Dose/Lieblang*, Einführung der elektronischen Akte in der Justiz, Ergebnisse einer Umfrage an Landgerichten, 2020.

⁷ *Dose/Lieblang*, in: Viefhues, Elektronischer Rechtsverkehr, Corona deckt Schwachstellen auf, eBroschüre 1/2021, S. 6.

⁸ *Martini/Wiesner*, ZG 32 (2017), 193 (194).

⁹ *Jost/Kempe*, NJW 2017, 2705 (2708); *Starosta*, DÖV 2020, 216 (218).

betroffen, das etwa zur Implementierung des elektronischen Rechtsverkehrs gemeinsam mit dem Bundesfinanzhof, dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, dem Oberverwaltungsgericht Münster und in Abstimmung mit den Ländern Bremen und Hessen das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) entwickelt hat.¹⁰ Hervorgehoben werden kann auch die in einer Kooperation von Bund und ausgewählten Ländern (Bayern, Berlin, Brandenburg und Thüringen) entstandene Fachanwendung GO§A (Gerichtsorganisation Offene Software Architektur), deren Instandhaltung und Weiterentwicklung unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgt.¹¹

C. Vereinheitlichungsbemühungen

Die Bundesregierung begegnet der Problematik im Rahmen ihrer Digitalisierungsstrategie, welche den gemeinsamen Rahmen der Digitalpolitik bis zum Jahr 2025 bildet. Dort wird auf den Digitalpakt für die Justiz verwiesen, mit dem unter anderem “koordiniert neue bundeseinheitliche digitale Justizangebote” geschaffen und “die Arbeitsprozesse innerhalb der Justiz von Bund und Ländern” verbessert werden sollen.¹² Zwar laufen etwaige Vereinheitlichungsbemühungen seit geraumer Zeit, insbesondere in Form des im Jahr 2005 freigegebenen und seitdem stetig überarbeiteten Datensatzes XJustiz. Unter Federführung der von der Justizministerkonferenz eingesetzten Bund-Länder-Kommission für Informationstechnik in der Justiz (BLK) ist hierzu eine jährlich überarbeitete Sammlung von XML-Schemata entstanden, die eine Standardisierung des Austauschs von Verfahrensdaten in Justizverfahren zum Ziel hat.¹³ Der Digitalisierungsstrategie zufolge soll aber “[d]er Bund [...] künftig mehr Verantwortung für die technische Seite der Justizdigitalisierung übernehmen”.¹⁴ Über die bisherigen Projekte hinaus gelte es, “[i]nnovative Dienste [...] für die Justiz nutzbar [zu machen] indem sie der Bund entwickelt oder ihre Entwicklung durch die Länder koordiniert und unterstützt”.¹⁵ Verfassungsrechtlich flankiert werden diese Bestrebungen von Art. 91c GG, der Kooperationen zwischen Bund und Ländern für digitale Systeme vorsieht.

I. Verhandlungen zum Digitalpakt

Zur weiteren Abstimmung über den Digitalpakt für die Justiz, der im Koalitionsvertrag als Erweiterung des bestehenden Paktes für den Rechtsstaat vorgesehen ist,¹⁶ fand im März dieses Jahres ein erster Bund-Länder-Digitalgipfel statt. In Übereinstimmung mit den in der Digitalisierungsstrategie aufgeführten Zielen ging es laut Bundesjustizminister Buschmann bei den Beratungen darum, “die Entwicklung von einheitlichen Softwarelösungen für die tägliche Verwaltungsarbeit in der Justiz, die Entwicklung

¹⁰ EGVP, Allgemeine Informationen.

¹¹ EM-Software, GO§A-Startseite.

¹² Bundesregierung, Digitalstrategie, S. 47.

¹³ Vgl. XJustiz, Elektronischer Rechtsverkehr.

¹⁴ Bundesregierung, Digitalstrategie, S. 47.

¹⁵ Ebd. Im Rahmen bundeseigener Projekte wird auf die DigitalService GmbH zurückgegriffen, die laut den Wissenschaftlichen Diensten des Deutschen Bundestages “mit interdisziplinären Teams eigene Software-Entwicklungskapazitäten für den Bund aufbaut und aktuell auch Projekte im Bereich Digitalisierung der Justiz verfolgt”, siehe Bundestag, Digitalisierung der Justiz, Strategien und Konzepte, WD 7 - 3000 - 010/23, S. 6 m.w.N.

¹⁶ Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 105.

innovativer KI für die gerichtliche Arbeit oder auch die Prüfung der Machbarkeit einer einheitlichen Justizcloud“ auf den Weg zu bringen.¹⁷ Einigen konnte man sich über Projekte im Umfang von 7 Millionen Euro, die damit nur einen Bruchteil der vom Bund bereitgestellten Mittel ausschöpfen – vorbehaltlich der Freigabe durch den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages kann insgesamt auf 200 Millionen Euro zurückgegriffen werden.¹⁸ Außerdem vereinbart wurde eine Verstetigung des Formats hin zu jährlichen Treffen. Tatsächlich fand ein zweiter Digitalgipfel bereits im Rahmen der diesjährigen 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (25. und 26. Mai 2023) statt, auf dem man sich über eine Priorisierung ausgewählter Projekte der Länder einigen konnte. Hierzu zählt vor allem die Entwicklung eines "Generativen Sprachmodells der Justiz" durch Nordrhein-Westfalen (Prof. Dr. Dr. h.c. Dauner-Lieb, Universität zu Köln) und Bayern (Prof. Dr. Matthias Grabmair, TU München).¹⁹ Es kann also Bewegung konstatiert werden, wobei die Verhandlungen zwischen Bund und Ländern im Grundsatz weiterhin zäh verlaufen.

II. Österreich als Positivbeispiel

Dass eine föderale Struktur nicht unbedingt Hemmnis einer einheitlichen Digitalisierungsstrategie sein muss, zeigt der Blick nach Österreich. Das Land hat sich der Digitalisierung der Justiz bereits früh angenommen. Was mit der Einführung der Verfahrensautomation Justiz (VJ) für den Gebühreneinzug in den 1980er Jahren begann, ist nun zu einer der führenden und effizientesten europäischen e-Justice-Strategien geworden.²⁰ Die Politik, die Österreich dabei verfolgt, ist von einer Führung durch die Bundesebene und der dortigen Bündelung von Digitalisierungsressourcen gekennzeichnet.²¹ Neben der Verfahrensautomation der Justiz, der elektronisch integrierten Assistenz bei den Staatsanwaltschaften und dem Einsatz von Analysesoftware in Strafverfahren zeigen sich insbesondere in der fast vollständigen Digitalisierung des Rechtsverkehrs, die positiven Effekte einer gebündelten Digitalisierungsstrategie.²² Das sind neben sinkenden Kosten, unter anderem für die Kommunikation im Rechtsverkehr, auch eine breite Akzeptanz seitens der Anwender:innen.²³

D. Zusammenfassung und Ausblick

Die in Deutschland eingesetzten technischen Lösungen gelten nicht nur als vergleichsweise veraltet und unzureichend nutzerorientiert, sondern sind vor allem auch uneinheitlich in

¹⁷ BMJ, Zweiter Bund-Länder-Digitalgipfel in Berlin, [Pressemitteilung Nr. 35/2023](#) v. 25.05.2023.

¹⁸ Bundestag, [Diskussionen um geplanten „Digitalpakt für die Justiz“ prägen Haushaltsdebatte](#).

¹⁹ Landesregierung NRW, [Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Justiz / Nordrhein-Westfalen und Bayern entwickeln und erproben gemeinsam ein juristisches Sprachmodell](#) v. 26.05.2023.

²⁰ *Gesek/Schneider/Gottwald*, e-Justice in Österreich – Nationale und internationale Perspektiven, in: Weller/Wendland, Digital Single Market – Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts, 2019, S. 251, 255.

²¹ *Hartung/Brunnader/Veith/Plog/Wolters*, [The Future of Digital Justice](#), Studie durchgeführt von der Boston Consulting Group, der Bucerius Law School und des Legal Tech Verbands Deutschland, 2022, S. 14 f.

²² *Gesek/Schneider/Gottwald*, e-Justice in Österreich – Nationale und internationale Perspektiven, in: Weller/Wendland, Digital Single Market – Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts, 2019, S. 252 f.

²³ Vgl. *Gesek/Schneider/Gottwald*, e-Justice in Österreich – Nationale und internationale Perspektiven, in: Weller/Wendland, Digital Single Market – Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts, 2019, S. 252.

den einzelnen Bundesländern, Gerichten und Gerichtsbarkeiten.²⁴ In der Presse wird bissig von “Inselformate[n]” und Pilotprojekten an “Gerichte[n] von Flensburg bis Mannheim” gesprochen.²⁵ Als zentraler Grund für die schleppende Vereinheitlichung der digitalen Systeme lässt sich der Föderalismus identifizieren, der – wie der Blick nach Österreich eindrücklich zeigt – aber nicht als zwingendes Hindernis betrachtet werden kann. Mit dem Digitalpakt für die Justiz scheinen die Vereinheitlichungsbemühungen, verfassungsrechtlich abgesichert durch Art. 91c GG, indes auch hierzulande an Schwungkraft gewonnen zu haben. Im Hinterkopf behalten werden sollte allerdings die Mahnung von Müller und Gomm, nach welcher die technische und organisatorische Umsetzung solcher Vorhaben vor dem Hintergrund der “in den 16 Ländern unterschiedliche[n] Anforderungen der Gerichtsbarkeiten und Fachbereiche, unterschiedliche[n] Kommunikationspartner, unterschiedliche[n] technische[n] Betriebsumgebungen abhängig von den jeweiligen Dienstleistern sowie eine[r] Vielzahl unterschiedlicher Anwendungen” eine enorme Herausforderung darstellt.²⁶ Ihrer Verteidigung der lokal entwickelten “Insellösungen” als unmittelbar an die praktischen Bedürfnisse der jeweiligen Gerichte angepasste “Schnellboote” lässt sich fraglos etwas abgewinnen.²⁷ So konnte etwa das Bundesverwaltungsgericht die Herausforderungen der Corona-Pandemie vor allem deshalb bewältigen, weil man in Leipzig über eine eigene IT-Abteilung verfügt. Für die Zukunft scheint es daher ratsam, die Synergieeffekte von bund- und länderübergreifenden Kooperationen nutzbar zu machen, ohne Eigenentwicklungen gänzlich auszuschließen – solange diese durch den Rückgriff auf standardisierte Ein- und Ausgabeformate interoperabel bleiben.

²⁴ *Hartung/Brunnader/Veith/Plog/Wolters, The Future of Digital Justice, Studie durchgeführt von der Boston Consulting Group, der Bucerius Law School und des Legal Tech Verbands Deutschland, 2022, S. 9.*

²⁵ *Sehl, Die Digitalisierung kommt in feinen Scheibchen, LTO v. 26.04.2023.*

²⁶ *Müller/Gomm, jM 2021, 266 (268).*

²⁷ *Müller/Gomm, jM 2021, 266 (269).*

Das subjektive öffentliche Recht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Prof. Dr. Ingo Kraft*

Abstract: Das subjektive öffentliche Recht in der klassischen Definition Ottmar Bühlers¹ ist unter Druck geraten. Zum einen zwingt der EuGH mit seiner Instrumentalisierung des Individuums für die Durchsetzung des Unionsrechts zu einem Umdenken. Zum anderen hat auch das Bundesverfassungsgericht das subjektive Recht klassischer Provenienz weiterentwickelt. An dieser Stelle sollen die historische Entwicklung und die Rechtsprechung des BVerwG anlässlich seines 70-jährigen Bestehens nachgezeichnet werden.

A. Funktion und Bedeutung des subjektiv-öffentlichen Rechts

I. Initiativberechtigung für den Verwaltungsprozess

Nach der Systemscheidung des deutschen Gesetzgebers für den Individualrechtsschutz, wie er in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als (Mindest-)Garantie festgeschrieben und in § 42 Abs. 2 sowie § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO einfachgesetzlich ausgestaltet ist, knüpfen die Eröffnung der gerichtlichen Sachprüfung sowie der Erfolg einer Klage grundsätzlich an (die Möglichkeit) eine(r) Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts an. Die auf Otto v. Sarwey² zurückzuführende, als „süddeutsche Lösung“ bezeichnete Systemscheidung für einen verwaltungsexternen Schutz subjektiver Rechte durch unabhängige Gerichte bildet – als Gegenpol zum preußischen Modell verwaltungsinterner objektiver Rechtskontrolle – mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung die Legitimationsquelle verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Neben das subjektive Recht als Schlüssel zur Rechtsschutzeröffnung sind umweltrechtliche Verbandsklagen getreten, die anerkannten Vereinigungen Klagemöglichkeiten unabhängig von einer Verletzung subjektiver Rechte ermöglichen;³ auf den

* Der Autor ist Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, sowie Honorarprofessor für Verwaltungsrecht an der Universität Leipzig.

¹ Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 21, 224: Diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.

² v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 73 ff.; vgl. dazu Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, passim.

³ Zu § 2 UmwRG vgl. BVerwGE 148, 155 Rn. 23: "... ist die Rolle der Umweltverbände die eines "Anwalts der Umwelt" (...), nicht hingegen die eines allzuständigen Sachwalters der Interessen der Allgemeinheit."

damit einhergehenden Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann hier nicht weiter eingegangen werden.⁴

II. Anspruchsfundierung und -ausgestaltung

Hinter der Klagebefugnis steht das materielle subjektiv-öffentliche Recht als Anspruchgrundlage: Ist es verletzt worden, begründet es einen (Folgen-)Beseitigungsanspruch, den § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO lediglich prozessrechtlich spiegelt.⁵ Zudem ist es Quelle von Amtshaftungsansprüchen; daher kann auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte bei der Destillation subjektiv-öffentlicher Rechte von Bedeutung sein.⁶ Des Weiteren steuert das subjektive Recht die gerichtliche Kontrolldichte, da administrative Beurteilungsspielräume im materiellen Recht wurzeln und sich nicht aus dem Prozessrecht ergeben.⁷ Schließlich bestimmt es auch die gerichtliche Kontrollbreite; das zeigt sich insbesondere bei Nachbarklagen, bei denen sich das gerichtliche Prüfprogramm auf subjektivrechtlich relevante Vorschriften beschränkt.

III. Emanzipation vom aktionenrechtlichen Denken

Deshalb ist es Zeit für die finale Emanzipation des subjektiv-öffentlichen Rechts vom Prozessrecht, für eine Verabschiedung aktionenrechtlichen Denkens.⁸ Zwar greift die Verwaltung aufgrund der ihr in den Befugnisnormen eingeräumten Titulierungsbefugnis mit Erlass eines belastenden Verwaltungsakts in den status negativus des Betroffenen ein; das subjektive Recht wird dann als ein aus der Verletzung hervorgegangener Beseitigungsanspruch des Betroffenen konstruiert.⁹ In der Praxis kommt es auf das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts erst dann an, wenn ein Verwaltungsakt wegen drohender Bestandskraft nur noch mit gerichtlicher Hilfe aus der Welt geschafft werden kann. Daraus resultiert die Gefahr einer Gleichsetzung des subjektiven Rechts mit der Klagbarkeit und damit des Rückfalls in aktionenrechtliches Denken.¹⁰

Demgegenüber viel klarer die Leistungskonstellation im status positivus: Hier ist das subjektiv-öffentliche Recht – parallel zum Zivilrecht – identisch mit dem materiellen Anspruch (z.B. § 1 BAföG). Die Anspruchsvoraussetzungen fokussieren auf den Berechtigten und es bedarf keiner Konstruktion aus der Negation der Handlungsbefugnisse der Verwaltung.

⁴ Dazu *Classen*, NJW 2016, 2621; *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; *Rennert*, DVBl. 2015, 793; *Wegener*, JZ 2016, 829.

⁵ *Weyreuther*, in: FS Menger, 1985, S. 681 (687).

⁶ BGHZ 86, 356 (362).

⁷ BVerfGE 15, 272 (282); 113, 273 (310); 129, 1 (21 f.).

⁸ A.A. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht - Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, 2017; vgl. dazu *Funke*, DV 52 (2019), 239; *Kraft*, BayVBl. 2018, 759. Radikaler Gegenentwurf dazu von *Fischer*, Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, 2011.

⁹ *Weyreuther*, in: FS Menger, S. 681 (687).

¹⁰ Da an den Universitäten im Öffentlichen Recht materielles Recht und Prozessrecht zusammen vermittelt werden, wird die Trennung von *ius* und *actio* von Studenten nicht in gleicher Selbstverständlichkeit wie im Zivilrecht erfahren.

Zudem wird nicht die Verwaltung, sondern der Rechtsinhaber initiativ; er verfolgt seinen auf Leistung gerichteten Anspruch.

IV. Differenzierung zwischen Norminhalt und Normqualität

Wesentlich ist die Erkenntnis, dass die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht nicht den Norminhalt als Maßstab für das Verhalten der Verwaltung betrifft. Das Verwaltungshandeln (bzw. dessen aufsichtsbehördliche oder gerichtliche Beurteilung) bestimmt sich allein nach dem (objektivrechtlichen) Norminhalt und führt zu der Dichotomie rechtmäßig - rechtswidrig. Demgegenüber ist vor Gericht ein Rechtsverstoß nur eine notwendige, nicht bereits hinreichende Voraussetzung für den Erfolg. Vielmehr muss nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO mit dem objektiven Rechtsverstoß zugleich die Verletzung eines subjektiven Rechts verbunden sein (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

Nur eine Teilmenge öffentlich-rechtlicher Vorschriften dient dem unmittelbaren Schutz des Individuums. Dazu gehören nach der Schutznormtheorie (s.u. C.) nur diejenigen Rechtsätze, aus deren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen sich ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Die Abgrenzung von Vorschriften nach ihrer Normqualität dient der Beantwortung der Frage, ob sich das Individuum auf die Einhaltung der Norm zu berufen vermag.¹¹

Die von Behördenvertretern zu hörende Klage, die „Erfindung“ neuer subjektiver Rechte schränke die Verwaltung immer mehr ein, ist falsch und richtig zugleich: Dogmatisch gesehen trifft sie nicht zu; denn sie betrifft nicht die erste Voraussetzung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, die Differenzierung rechtmäßig - rechtswidrig. Die gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für das Verhalten der Verwaltung und damit der ihr vom Gesetz eröffnete Handlungsbereich bleiben unberührt.¹² Praktisch gesehen ist sie richtig; denn wo kein subjektives Recht, dort keine zulässige Klage und demzufolge kein Kläger mit Aussichten auf eine richterliche Sachentscheidung.

Norminhalt (= an die Exekutive adressiertes Steuerungsprogramm) und Normqualität (= objektiv- oder subjektivrechtlich) sind unterschiedliche Kategorien, auch wenn die erstere durch die Benennung individualisierender Tatbestandsmerkmale die letztere prägt. Die auf das Aufspüren potentieller subjektiver Rechte gerichtete Auslegung von Vorschriften ist die Domäne der Verwaltungsgerichte. Sie haben mangels Äußerungen des Normgebers zur Normqualität¹³ einen Interpretationsspielraum. Bei der Bestimmung subjektivrechtli-

¹¹ Zur Unterscheidung von Norminhalt und Normqualität: *Kraft*, *VerwArch.* 89 (1998), 264 (266); *ders.*, Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht, in: Kluth/Rennert, *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht - Klagebefugnis, In-camera-Verfahren, Rechtsmittelrecht*, 2008, S. 13 (16 ff.).

¹² BVerwGE 101, 364 (375 f.): „Der nachbarliche Drittschutz führt zu keiner Veränderung der Grundlagen und Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Vorhaben. Er erlaubt nur, dass der Nachbar eine Verletzung objektiven Rechts geltend machen darf.“

¹³ Explizite Regelungen in § 2 Abs. 3 BauGB, § 3 Abs. 2 HGrG; partielle Drittschutzgewährung: § 5 Abs. 7 S. 3 BaWüBauO v. 08.08.1995, GBl. 1995, 617.

cher Gehalte einer Regelung trennen sie nicht immer zwischen norminterner und normexterner Wirkung der Grundrechte, d.h. zwischen „grundrechtsfreundlicher“¹⁴ und „verfassungskonformer“ Interpretation des einfachen Rechts. Dadurch werden Spielräume des einfachen Gesetzgebers bei der Schaffung subjektiver Rechte unterschlagen.

B. Geschichtliche Entwicklung

Die geschichtliche Entwicklung des subjektiv-öffentlichen Rechts spiegelt die Veränderung des Menschenbilds in der Moderne; sie ist Gradmesser für die Wertschätzung des Individuums aus der Perspektive der staatlichen Gemeinschaft.

I. Spätkonstitutionalismus

Ausgangspunkt ist der status subjectionis.¹⁵ Das Verhältnis des Individuums als Gewaltunterworfenem zum Staat war nur durch Pflichten geprägt (Subordination). Die Extremposition gipfelte in der Annahme, subjektive Rechte gegenüber dem Staat seien begrifflich undenkbar, weil der Landesherr als Souverän und Quelle der Rechtsordnung über dem Gesetz stehe und diesem nicht unterworfen sei.¹⁶ Programmatische Grund- oder Freiheitsrechte in den Landesverfassungen bedurften der Ausfüllung durch den Gesetzgeber. Selbst wenn sie über ihren objektivrechtlichen Gehalt hinaus als subjektive öffentliche Rechte angesehen wurden,¹⁷ konnten sie mangels Vorrangs der Verfassung nicht gegen den Gesetzgeber, sondern nur gegen die Verwaltung aktiviert werden.¹⁸

II. Weimarer Zeit

Die in der Weimarer Reichsverfassung niedergelegten Grundrechte wurden nach und nach als subjektiv-öffentliche Rechte verstanden, ja sogar als ihr Prototyp gedeutet.¹⁹ Demzufolge wurde der von der Verwaltungsrechtsprechung judizierte Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe²⁰ als Freiheitsrecht aufgefasst und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung subjektiviert.²¹ Unterhalb der Verfassung herrschte auf der Ebene des Verwaltungsrechts Kontinuität. Symptomatisch für eine Immunisierung des Verwaltungs- gegenüber dem Verfassungsrecht war Otto Meyers Bemerkung: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.“²² Aber immerhin: Das

¹⁴ So BVerfGE 96, 100 (115); BVerwGE 101, 364 (371).

¹⁵ Vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, Neudruck der 2. Aufl. Tübingen 1919 (Aalen 1964), S. 86.

¹⁶ So noch *Bornhak*, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, 1888, S. 68 f.; *Giese*, Die Grundrechte, 1905, S. 57; zur Entwicklung *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 66 f.

¹⁷ Zum Streit über den subjektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte in der Staatsrechtslehre des Spätkonstitutionalismus *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 65 ff.

¹⁸ *Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 4. Aufl. 1895, S. 687.

¹⁹ *Bühler*, Reichsverfassung, 3. Aufl. 1929, S. 121 f.

²⁰ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929, S. 197.

²¹ *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 100.

²² *Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. VI. Das Gegenstück dazu unter der Geltung des Grundgesetzes bildet der Ausspruch des dritten Präsidenten des BVerwG *Werner*: „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht.“ in DVBl. 1959, 527.

subjektive öffentliche Recht war dogmatisch etabliert und wurde in der verwaltungsgerichtlichen Alltagsarbeit auf den sich ausdifferenzierenden Teilbereichen des Verwaltungsrechts durchdekliniert.²³ Ein Fortschritt lag in der Aufweichung des Erfordernisses des „zwingenden Rechtssatzes“; denn mit Blick auf die sich entwickelnden Standards gerichtlicher Ermessenskontrolle wurde auch die Ermessensnorm als Quelle subjektiver Rechte anerkannt.²⁴ Die Basis des subjektiven Rechts wurde in der gesetzlichen Pflicht verortet, das Ermessen ohne Willkür und rechtsirrigte Erwägungen auszuüben.²⁵ Heute ist der Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch etabliert.²⁶

III. Nationalsozialismus

Es liegt auf der Hand, dass das subjektiv-öffentliche Recht im Nationalsozialismus verkümmerte. Diese als liberale Fehlentwicklung gebrandmarkte Vorstellung galt es abzuschaffen²⁷ oder zumindest im Sinne einer „volksgenössischen Rechtsstellung“ umzuwerten.²⁸ Die Anerkennung des Volkes „als oberster Wert“ enthielt zugleich die Absage an das „isolierte Individuum, das frei von völkischer Bindung nur seinen eigenen Interessen lebt.“²⁹ Konsequenterweise wurde eine Vermutung postuliert, nach der „dem Einzelwillen kein Rechtsanspruch gegeben ist.“³⁰ Und die Grundrechte? Sie gehörten nach Auffassung der nationalsozialistischen „Rechtserneuerer“ der Geschichte an.³¹

IV. DDR

Im Sozialismus galt die Auffassung, mit Bürgerrechten solle eine staatsfreie Sphäre gesichert werden, als Anachronismus. Denn der sozialistische Staat war das Machtinstrument der Werktätigen, die nicht vor der Staatsmacht abgeschirmt und geschützt werden mussten, die sie revolutionär geschaffen hatten und selbst ausübten. Grundrechte hatten als subjektive Rechte zwischen an der Grundrechtsrealisierung beteiligten Partnern eine Harmonisierungsfunktion, indem sie für die Interessenübereinstimmung zwischen Individuum und Gesellschaft wirken.³² Deshalb bestand keine allgemeine Befugnis der Gerichte der DDR –

²³ *Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 376.

²⁴ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 200 unter Verweis auf SächsOVG, Jhrb. 23 (1916), S. 332 ff. Zur Entwicklung *Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 66 ff., 100 f., 140 ff.

²⁵ *Bachof*, in: Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, S. 287 (295 f.). Heute: § 40 VwVfG.

²⁶ BVerwGE 11, 95 (97 f.); 37, 112 (113 f.); 51, 264 (267).

²⁷ *Maunz*, Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, ZStW 96 (1936), 71 ff.

²⁸ *Huber*, Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZStW 96 (1936), 438 (446 f.); *Scheuner*, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 82 (83, 85, 90).

²⁹ *Scheuner*, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 82; vgl. auch *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie, 1935, S. 165 f.

³⁰ *Laforet*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 60.

³¹ So *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 1.

³² *Poppe*, Grundrechte und Grundpflichten der Bürger der DDR, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Staatsrecht der DDR, 2. Aufl. 1984, Kap. 6, S. 176 (181). Zur sozialistischen Konzeption der Grundrechte der Freiheit nicht vom, sondern zum Staat: *Brunner*, Einführung in das Recht der DDR, 2. Aufl. 1979, S. 86 ff.

gesonderte Verwaltungsgerichte gab es nicht – , Inhalt und Folgen staatlicher Entscheidungen in Ausübung vollziehend-verfügender Tätigkeit auf ihre Gesetzlichkeit hin zu überprüfen.³³

V. Entwicklung unter dem Grundgesetz

Erst unter dem Grundgesetz kam das subjektiv-öffentliche Recht zur Blüte; jetzt wurde es auf eine tragfähige Basis gestellt.³⁴ Mit der Verfassungsouvertüre von Grundrechten als unmittelbar geltendem Recht und dem Bekenntnis zur Menschenwürde in Art. 1 GG hatte der Parlamentarische Rat in Reaktion auf die NS-Zeit deutliche Vorgaben für das Verhältnis Individuum - Staat gesetzt: Jetzt steht die unmittelbar verfassungsrechtlich garantierte Freiheit des Einzelnen im Vordergrund; von diesem abwehrrechtlich verstandenen Freiheitsstatus aus bestimmt sich das Grundverhältnis des Bürgers zum Staat. Die Freiheit ist der Ausgangspunkt, ihre Einschränkung die begründungsbedürftige und an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebundene Ausnahme.³⁵ Damit trägt die öffentliche Hand die Last der Legitimation für Grundrechtseingriffe.

1. Bipolares Verhältnis Staat - Individuum

Das konstruktive Verständnis des Öffentlichen Rechts aus der Idee individueller Freiheit lässt die Anerkennung des Einzelnen als Rechtssubjekt und Träger von gegen den Staat gerichteten Rechten geradezu als zwingend erscheinen. Infolge der Subjektivierung der Staat-Bürger-Beziehungen vermag das Individuum als Rechtsträger die Legitimation für Eingriffe in seine Grundrechte gegenüber der öffentlichen Hand infrage zu stellen. Das subjektiv-öffentliche Recht ist der Schlüssel zur gerichtlichen Kontrolle.

Das BVerfG knüpfte an die bereits in der Weimarer Zeit herrschende Auffassung an, nach der der Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe³⁶ als Freiheitsrecht verstanden und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im bipolaren Verhältnis Staat - Individuum subjektiviert worden war.³⁷ Dieser Faden wurde in der Elfes-Entscheidung³⁸ aufgenommen und der Prüfungsrahmen gegen Einzelakte auf eine umfassende Inzidentkontrolle der Ermächtigungsgrundlage erstreckt. Die Untersuchung, ob die Norm zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, erstreckt sich auf materielles und formelles Verfassungsrecht.³⁹ Die nach diesem Ansatz jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG notwendig enthaltene Freiheit vor unberechtigten staatlichen Eingriffen⁴⁰ gewährt dem Adressaten staatlicher Maßnahmen ein umfassendes subjektives öffentliches Recht als Beseitigungsanspruch für objektiv rechtswidrige Akte. Der von

³³ *Bernet*, Die Gewährleistung der Rechte der Bürger durch das Verwaltungsrecht, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1988, Kap. 7.5, S. 183 (184 ff.) mit dem vorsichtigen Appell in Richtung auf eine „Erweiterung“ der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen.

³⁴ *Wahl* in: Schoch/Schneider, VwGO, Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 44.

³⁵ Vgl. *Lerche*, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961, S. 98 ff., 134 ff.; v. *Arnauld*, JZ 2000, 276 (278 f.).

³⁶ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 197.

³⁷ *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 100.

³⁸ BVerfGE 6, 32 (36).

³⁹ BVerfGE 11, 105 (110); 29, 402 (408); 75, 108 (146, 149).

⁴⁰ BVerfGE 9, 83 (88); 19, 253 (257); 29, 402 (408); 33, 44 (48); 42, 20 (27).

§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO geforderte Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Rechtsverletzung ist in der bipolaren Konstellation grundsätzlich gegeben; das vertikale Verhältnis Staat - Bürger ist umfassend subjektiviert. Davon werden grundsätzlich auch Zuständigkeits-⁴¹ und Verfahrensregelungen erfasst, wenn diese dazu beitragen sollen, „die Ausübung von Staatsmacht gegenüber dem Kläger rechtsstaatlicher Rationalität zu unterwerfen.“⁴²

Keine Regel ohne Ausnahme: Manche verfahrensrechtlichen Anforderungen wie z.B. das vormalige Tatbestandsmerkmal „unverzüglich“ beim Asylwiderruf (§ 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG a.F.) dienen allein dem öffentlichen Interesse.⁴³ Auch das nach § 72 Abs. 4 S. 1 AufenthG erforderliche Einvernehmen der Staatsanwaltschaft bei der Ausweisung oder Abschiebung eines Ausländers, gegen den ein Ermittlungs- oder Strafverfahren läuft, wahrt allein das staatliche Strafverfolgungsinteresse.⁴⁴

2. Drittkonstellationen

Die unter dem Grundgesetz einsetzende Welle der Subjektivierung integrierte das Individuum auch als Dritten in Rechtsverhältnisse, anstatt es nur als faktisch Betroffenen anzusehen. Paradigmatisch wandelte sich die Rolle des Nachbarn im Baurecht vom bloßen Zuschauer zum Akteur im Verfahren und Verwaltungsprozess.⁴⁵ Das Verwaltungsrecht eilte hier dem Verfassungsrecht voraus; denn das BVerfG überwand die Beschränkung auf die rein staatsgerichtete Abwehrfunktion⁴⁶ der Grundrechte erst viel später mit der Entwicklung der Schutzpflichten.⁴⁷ Die das Nachbarrecht kennzeichnenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse wurden auf verfassungsrechtlicher Ebene grundrechtsdogmatisch rezipiert, in der umweltrechtlichen Ausprägung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten unter Betonung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren weiterentwickelt und an die Verwaltungsgerichte zurückgespielt. Darauf aufbauend war es nur noch ein kleiner Schritt bis zur Entdeckung des subjektiven Rechts auf gerechte Abwägung der eigenen Belange des Betroffenen sowohl im Planfeststellungsrecht⁴⁸ als auch im Bauleitplanungsrecht.⁴⁹

Nicht im Letzten geklärt ist das Zusammenwirken der Grundrechte und des einfachen Gesetzesrechts bei der Genese subjektiv-öffentlicher Rechte: Reicht es bereits aus, dass eine gesetzliche Regelung den Schutzbereich eines Grundrechts berührt,⁵⁰ oder wird es ausschließlich durch den einfachen Gesetzgeber vermittelt?⁵¹ Bedeutsam wird diese Kontroverse für die Frage, ob der einfache Gesetzgeber objektivrechtliche Regelungen zu schaffen

⁴¹ Vgl. BVerwG, InfAuslR 1997, 239.

⁴² Gerhardt in: Schoch/Schneider, VwGO, Vorb § 113 Erstbearbeitung Rn. 4.

⁴³ BVerwGE 124, 276 (291); 126, 243 Rn. 13.

⁴⁴ BVerwGE 106, 351 (356) zu der Vorläufervorschrift des § 64 Abs. 3 AuslG 1990.

⁴⁵ Dazu Kraft, VerwArch. 89 (1998), 264.

⁴⁶ Darauf beschränkt noch BVerfGE 1, 97 (104 f.).

⁴⁷ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 89 (140); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

⁴⁸ BVerwGE 48, 56; 67, 74 (75).

⁴⁹ BVerwGE 107, 215 (220 ff.); NVwZ 2001, 431 (432).

⁵⁰ Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Verwaltung, 1991, S. 281 f.

⁵¹ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 2005, S. 37 ff.

vermag, die nicht zugleich potentiell drittschützend sind. Nach Rainer Wahl kommt das subjektiv-öffentliche Recht (nur) aus der Hand des einfachen Gesetzgebers, der aber bei der Entscheidung, eine rein objektivrechtliche Regelung subjektivrechtlich aufzuladen, an die prinzipienhaften Gehalte der Grundrechte gebunden sei.⁵²

Die Kritik, es sei rechtsstaatlich unbefriedigend, dass der Bestand subjektiver Rechte vom Willen des Gesetzgebers abhängig sei, lässt sich nicht von der Hand weisen. Nachdem das Grundgesetz die Grundrechte als unmittelbar geltende subjektiv-öffentliche Rechte bereits installiert hat, wiegt der Einwand aber nicht schwer. Auf der Ebene des einfachen Rechts entspricht es der Rechtsprechung z.B. zu Art. 14 GG, dass sich der Regelungsauftrag des Gesetzgebers zum Interessenausgleich nicht auf den Norminhalt beschränkt, sondern auch die Schaffung eines ausbalancierten Systems subjektiver Rechte mit umfasst. Zwar muss nicht in jeder Hinsicht Nachbarschutz vorgesehen werden, aber ein subjektive Nachbarrechte völlig negierendes Bodenrecht wäre nicht verfassungsgemäß.⁵³

VI. Notwendige Bedingungen für die Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte

Lässt man die geschichtliche Entwicklung Revue passieren, setzt das subjektiv-öffentliche Recht heutiger Prägung die Existenz des gewaltenteilenden Rechtsstaats voraus. Ohne Bindung von Herrschaftsmacht an das Recht und die Möglichkeit der Durchsetzung durch Gerichte sind subjektive öffentliche Rechte undenkbar. Des Weiteren muss das Individuum als Träger nicht nur von Pflichten, sondern auch von Rechten gegenüber dem Staat anerkannt sein. Nur dann lassen sich wechselseitige Rechtsverhältnisse vorstellen, in die subjektiv-öffentliche Rechte eingebettet sind.

C. Schutznormtheorie

Wenn der Gesetzgeber darüber befindet, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zusteht und welchen Inhalt es haben soll,⁵⁴ er aber zumeist keine expliziten Aussagen zur Normqualität trifft, obliegt den Gerichten die Interpretationsarbeit anhand der Schutznormtheorie. Das BVerwG hat diese wie folgt formuliert:

„Subjektive Rechte [...] sind gegeben, wenn der betreffende Rechtssatz nicht nur öffentlichen Interessen, sondern - zumindest auch - Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Insoweit bedarf es unter Umständen einer Differenzierung von Tatbestandsmerkmal zu Tatbestandsmerkmal.“⁵⁵ „Worauf es ankommt ist, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.“⁵⁶

⁵² Wahl, DVBl. 1996, 641 (642).

⁵³ Vgl. BVerwGE 101, 364 (372 und 375).

⁵⁴ BVerfGE 116, 1 (11 f.).

⁵⁵ BVerwGE 52, 122 (128); 81, 329 (334).

⁵⁶ BVerwG, DVBl. 1987, 476 (477) in Abkehr von der engeren Formel, dass die Norm einen bestimmten, abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis von Berechtigten klar erkennen lassen müsse (so noch BVerwGE 27, 29 (32 f.)); dem folgend BVerwGE 94, 151 (158); 117, 93 (99).

Fehlt – wie zumeist – eine ausdrückliche Regelung zum ob und der Reichweite des intendierten Schutzes, kann die Normqualität nur durch Auslegung von Sinn und Zweck der Vorschrift festgestellt werden.⁵⁷ Der Normgeber entscheidet – bewusst oder konkludent – auch über die Rechtsqualität der Vorschrift; der Richter hat die (subsidiäre) Auslegungskompetenz. Führen die gängigen Interpretationsregeln nicht weiter, kaschiert der Richter seine in Wahrheit rechtsgestaltende Entscheidung über die subjektivrechtliche Aufladung einer Norm zumeist hinter grundrechtlichen Erwägungen.⁵⁸

Für die Abgrenzung zwischen faktischem Rechtsreflex und normativ intendiertem Schutz wurden Kriterien zuerst im Bodenrecht entwickelt. Der sechste Präsident des BVerwG Horst Sendler⁵⁹ hat durch eine generalisierende Analyse der gegenseitigen Interessenlagen von Grundeigentümern in einem Plangebiet von der meist unergiebigsten Auslegung einzelner Festsetzungen auf eine typisierende Betrachtung abgestellt: Die interdependenten und daher störungsanfälligen Nutzungsrechte benachbarter Grundstücke stellen ein planerisches Austauschverhältnis zwischen den planbetroffenen Grundeigentümern her, das grundsätzlich Drittschutz für Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung fordere. Nach Rüdiger Breuer sind subjektiv-öffentliche Nachbarechte bei Vorschriften anzuerkennen, die den nachbarlichen Interessenkonflikt durch Postulate der Zuordnung, Verträglichkeit und Abstimmung benachbarter Nutzungen regeln und zu einem Ausgleich bringen.⁶⁰ Matthias Schmidt-Preuß stellt darauf ab, ob eine Ordnungsnorm die kollidierenden Privatinteressen derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, sodass die Verwirklichung des Interesses des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.⁶¹

Diese Kriterien finden sich auch in der Rechtsprechung wieder.⁶² Die Ableitung baurechtlichen Nachbarschutzes aus dem Gedanken des „wechselseitigen Austauschverhältnisses“⁶³ der planbetroffenen Grundeigentümer und deren Verbindung zu einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“⁶⁴ sowie der Verweis auf das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis“⁶⁵ belegen, dass es für die Frage der Subjektivierung auf die einfachrechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Privaten ankommt.

D. Drei neuere Entscheidungen

I. Regulierungsrecht

In einer Entscheidung zum telekommunikationsrechtlichen Regulierungsrecht hatte der 6. Senat des BVerwG die Existenz subjektiver Rechte reiner Diensteanbieter, d.h. Unternehmen ohne eigenes Funknetz, hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabebedingungen

⁵⁷ BVerwG, DVBl. 1987, 476 (477).

⁵⁸ Wahl, DVBl. 1996, 641 (648 f.).

⁵⁹ Sendler, BauR 1970, 4 (5 ff.).

⁶⁰ Breuer, DVBl. 1983, 431 (437).

⁶¹ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 247 f.

⁶² BVerwGE 101, 364 (371 f., 374 ff.).

⁶³ BVerwGE 162, 363 Rn. 14 f., 20 f.

⁶⁴ BVerwGE 94, 151 (155).

⁶⁵ BVerwGE 78, 85 (89); 101, 364 (374).

der 5G-Frequenzversteigerung durch die Bundesnetzagentur⁶⁶ zu untersuchen. Gestritten wurde darum, ob den Frequenzerwerbern zugunsten der Diensteanbieter nur ein reines Verhandlungsgebot oder aber – wie bisher – ein Kontrahierungszwang aufzuerlegen war. Das Verwaltungsgericht hatte die Klage der Diensteanbieter durch Prozessurteil abgewiesen. Der Senat hat die Ermächtigungsgrundlage für Vergabebedingungen (§ 61 Abs. 3 S. 2 TKG 2004) als drittschützende Norm auch für nicht an der Frequenzversteigerung teilnehmende Diensteanbieter interpretiert und diese deshalb als klagebefugt angesehen.⁶⁷ Aus dem Befund, dass der nationale und der Unionsgesetzgeber die Diensteanbieter im Kontext effizienter Nutzung der Frequenzen als Personengruppe explizit erwähnen und ihr Geschäftsmodell mit Blick auf die Wettbewerbsförderung als legitim anerkennen, hat der Senat auf deren subjektivrechtliche Stellung geschlossen. Auch in unionsrechtlich geprägten Bereichen lässt sich mit der klassischen Schutznormtheorie gut arbeiten.

II. Subjektive Rechte von Umweltvereinigungen?

Der 7. Senat hat anerkannten Umweltverbänden eigene subjektive Rechte i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO auf Fortschreibung von Luftreinhalteplänen aus § 47 Abs. 1 BImSchG zuerkannt.⁶⁸ In der Differenzierung zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 9 Abs. 2 und 3 der Aarhus-Konvention⁶⁹ hatte der EuGH entschieden, dass Art. 9 Abs. 3 AK im Unionsrecht keine unmittelbare Wirkung äußere. Nationale Gerichte hätten jedoch ihr Verfahrensrecht in Bezug auf die Voraussetzungen für die Einleitung u.a. eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens soweit wie möglich im Einklang sowohl mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 AK als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auszulegen, um es anerkannten Umweltverbänden zu ermöglichen, eine möglicherweise in Widerspruch zu unionalem Umweltrecht stehende Verwaltungsentscheidung anzufechten.⁷⁰

Hier geht es nicht um eine Kritik des Entscheidungsergebnisses, sondern dessen dogmatisch-konstruktive Umsetzung. Deshalb wird die Prämisse des 7. Senats zugrunde gelegt, dass die Signatarstaaten bindende *ob* einer umweltrechtlichen Verbandsklage sei im Anwendungsbereich der 3. Säule der Aarhus-Konvention bereits vorgegeben, so dass sich der in der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wurzelnde Ausgestaltungsspielraum nur auf das *wie* reduziere.⁷¹ Nachdem der deutsche Gesetzgeber diese Prämisse nicht geteilt, sondern einen Änderungsbedarf im nationalen Recht ausdrücklich abgelehnt hat,⁷² hätte entweder die Konstatierung eines völkerrechtlichen Umsetzungsdefizits oder aber eine ana-

⁶⁶ Dabei handelt es sich um eine adressatenlose Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 1. Alt. VwVfG, die sich an einen noch unbestimmten, aber bestimmbareren Personenkreis richtet: BVerwGE 140, 221 Rn. 51; NVwZ 2020, 1672 Rn. 51.

⁶⁷ BVerwGE 174, 1.

⁶⁸ BVerwGE 147, 312.

⁶⁹ Übereinkommen v. 25.06.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Übereinkommen - Aarhus-Konvention - AK), umgesetzt durch Gesetz, BGBl. II 2006, S. 1251.

⁷⁰ EuGH, C-240/09, [ECLI:EU:C:2011:125](#), Rn. 45 ff. (Slowakischer Braunbär).

⁷¹ BVerwGE 147, 312 Rn. 35.

⁷² BT-Drucks. 16/2497, S. 42 und 46.

loge Anwendung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes näher gelegen. Die Lösung des 7. Senats negiert die in der Individualität und dem Personsein des Menschen als Rechtssubjekt liegende Wurzel subjektiver Rechte. Konsequenterweise hätte man zur Wahrung der Systementscheidung zwischen Verletzten- und Interessentenklage eine altruistische prokuratorische Verbandsklage anerkannter Umweltverbände installieren müssen,⁷³ ggf. in richterrechtlicher Notkompetenz.⁷⁴

III. Schutzpflicht

Das BVerwG hatte über eine gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete, auf Unterbindung der Nutzung der Air Base Ramstein durch die USA für Einsätze von bewaffneten Drohnen im Jemen zielende Klage jemenitischer Staatsangehöriger zu entscheiden.⁷⁵ Zuvor hatte das BVerfG – in einem obiter dictum – eine Verpflichtung des deutschen Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht ausgeschlossen, im Ausland lebende Ausländer davor zu schützen, dass ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit vom deutschen Staatsgebiet aus durch einen Drittstaat in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt wird.⁷⁶ In seinem Klimaschutz-Beschluss⁷⁷ hat das BVerfG diesen Ansatz erneut aufgegriffen und ausgeführt, auch die in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführer seien beschwerdebefugt. Der 6. Senat hat deshalb die Klagebefugnis der im Jemen wohnenden Kläger im Hinblick auf einen möglicherweise bestehenden Schutzanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bejaht.⁷⁸

E. Schluss

Die Entgrenzung subjektiver Rechte durch Ablösung aus dem Band, das Staat und Staatsbürger (sowie Gebietsbewohner) durch wechselseitige Rechtsverhältnisse verbindet, führt zu einer weiteren Asymmetrie von Rechten und Pflichten. Man mag dies bei aktiver Ausübung von Hoheitsgewalt durch den deutschen Staat im Wege finaler Eingriffsakte auf fremdem Territorium (z.B. Bundeswehreinmärsche) für angemessen halten. Aber mit Blick auf die Grundrechtsdimension staatlicher Schutzpflichten ist dieser Ansatz verfehlt. Denn die Annahme einer Grundrechtsbindung des deutschen Staates gegenüber im Ausland lebenden Ausländern auch bei staatlichem (Nicht-)handeln drängt nicht nur außenpolitische Handlungsspielräume der Regierung durch Verrechtlichung und Subjektivierung zurück. Sie reißt das subjektive Recht aus seiner Einbettung in ein System gegenseitiger Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger (bzw. Bewohner) heraus. Anknüpfend an Georg Jellinek: Ein status positivus ohne korrespondierende Rechtspflichten – das wäre ein verstörendes Ergebnis.

⁷³ Rennert, DVBl. 2015, 793 (796).

⁷⁴ Berkemann, DVBl. 2013, 1137 (1147 f.).

⁷⁵ Eine ähnliche Klage eines Anwohners der Airbase Ramstein hatte das BVerwG mangels subjektiver Rechte als unzulässig abgewiesen: BVerwGE 154, 328.

⁷⁶ BVerfGE 154, 152 Rn. 88 ff., 104.

⁷⁷ BVerfGE 157, 30 Rn. 101, 173 ff.

⁷⁸ BVerwGE 170, 345 Rn. 34.

Prüfungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht

Der prüfungsspezifische Bewertungsspielraum im Spiegel der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht

Prof. Dr. Jochen Rozek*

Abstract: Der Beitrag beschäftigt sich mit der bundesverfassungs- und bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, die zur Begrenzung des im Prüfungsrecht vormals weiten administrativen Beurteilungsspielraums auf einen prüfungsspezifischen Bewertungsspielraum geführt hat. Eine bedeutende Funktion kommt dabei auch den vom Bundesverwaltungsgericht ausgeformten Verfahrensgewährleistungen zu, die – wie namentlich das sog. Überdenkungsverfahren – den Prüflingen einen Ausgleich für die nach wie vor nur eingeschränkte materielle Kontrolle von Prüfungsentscheidungen durch die Gerichte bieten.

A. Einleitung

Als hoheitliche Angelegenheit werden Prüfungen vom Staat und anderen Trägern hoheitlicher Gewalt (z.B. Hochschulen, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Steuerberaterkammern) jährlich vieltausendfach im schulischen (z.B. Abitur), universitären (z.B. Bachelor, Master) und außeruniversitären Bereich (z.B. Staatsexamina, Laufbahnprüfungen, Prüfungen in Ausbildungsberufen) durchgeführt und Prüfungsentscheidungen getroffen. Charakteristisch für eine Prüfung ist die Ermittlung und sodann Bewertung von Kenntnissen und Fähigkeiten der Prüfungsteilnehmer. Die Feststellung der Qualifikation der Kandidaten durch die jeweilige Prüfungsinstanz ist regelmäßig – mittelbar oder unmittelbar – Voraussetzung für eine Berufszulassung.¹

Während der vorschriftsmäßige Ablauf eines Prüfungsverfahrens gerichtlich voll überprüfbar ist,² ist weithin anerkannt, dass Prüfungsentscheidungen inhaltlich, soweit es um die Bewertung der erbrachten Prüfungsleistung geht, nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen.³ Durch die Grundsatzbeschlüsse des

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

¹ Vgl. allgemein nur *Guhl*, Prüfungen im Rechtsstaat, 1978, S. 16; *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. V, 2023, § 136, Rn. 1 ff. m.w.N.

² Dazu im Einzelnen *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 19 ff.

³ Vgl. BVerwGE 165, 202 (207); 170, 1 (4 f.); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, Rn. 362; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7, Rn. 43;

Bundesverfassungsgerichts zur gerichtlichen Kontrolle berufsbezogener Prüfungsentscheidungen aus dem Jahr 1991⁴ ist dies nicht prinzipiell in Frage gestellt worden. Dennoch haben diese beiden bis heute maßgeblichen Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine langjährige Rechtsprechungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts zum Prüfungsrecht⁵ einer grundrechtlich im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG notwendigen Korrektur unterworfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mittlerweile längst die Karlsruher Maßgaben aufgegriffen und weitere Präzisierungen getroffen, u.a. im Hinblick auf die Begründung von Prüfungsentscheidungen⁶, das Prüfungsverfahren⁷ und die Grenzen des Bewertungsspielraums.⁸ Man kann insoweit von einem durch die beiden Leitentscheidungen ausgelösten konstruktiven Dialog zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sprechen, in dessen Rahmen das Bundesverwaltungsgericht die verfassungsgerichtlichen Vorgaben fortentwickelt hat. Dies besitzt eminente Bedeutung für die Praxis, stellt der prüfungsrechtliche Bewertungsspielraum doch einen praktisch besonders bedeutsamen Anwendungsfall eines administrativen Beurteilungsspielraumes im Rahmen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe dar.⁹

B. Zur Legitimation eines administrativen Beurteilungsspielraums im Prüfungswesen

Beim prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraum geht es um eine sektorale Ausnahme vom Grundsatz der uneingeschränkten Justitiabilität auch unbestimmter Rechtsbegriffe, die Konsequenz des Verfahrensgrundrechts des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist.¹⁰ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt nicht nur den Zugang zu den Gerichten. Der Bürger hat darüber hinaus auch Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.¹¹ Aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes folgt daher grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, Verwaltungsmaßnahmen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen, was eine Bindung an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen und Wertungen prinzipiell ausschließt.¹²

Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 40, Rn. 111, 116 ff.; *Ruthig*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, 28. Aufl. 2022, § 114, Rn. 28, 31 ff.

⁴ BVerfGE 84, 34 ff.; 84, 59 ff.

⁵ Seit BVerwGE 8, 272 (273 ff.); vgl. zur früheren Rspr. des BVerwG ferner BVerwGE 38, 105 (110 f.); 57, 130 (144); 70, 4 (9 ff.); 70, 143 (144 ff.).

⁶ Vgl. BVerwGE 91, 262 ff.; 92, 132 ff.; 99, 185 ff.

⁷ Vgl. BVerwGE 92, 132 ff.; 94, 64 ff.; 98, 210 ff.; 99, 208 ff.; 106, 369 ff.; 107, 363 ff.

⁸ Vgl. BVerwGE 96, 126 ff.; 98, 324 ff.; 104, 203 ff.; 109, 211 ff.

⁹ Zur Typologisierung und zu den diskutierten Fallgruppen administrativer Beurteilungsspielräume vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 187a; *Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, § 40, Rn. 148 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 37 ff.; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, § 40, Rn. 90 ff.; zur umfangreichen verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis im Prüfungsrecht s. Rspr.Nachw. bei *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, passim.

¹⁰ BVerfGE 84, 34 (49 f.); 101, 106 (123); 103, 142 (156 f.); 129, 1 (20 f.); 133, 1 (24); BVerwGE 157, 366 (369 f.); 167, 33 (37).

¹¹ BVerfGE 93, 1 (13); 113, 297 (310); 117, 244 (268); 129, 1 (20); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 19, Rn. 58 m.w.N.

¹² BVerfGE 61, 82 (110 f.); 78, 214 (226); 101, 106 (123); 129, 1 (20); BVerwGE 155, 35 (39).

Das bedeutet indes nicht, dass die Einräumung eines Beurteilungsspielraumes samt der korrespondierenden Reduktion der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte ausnahmslos gegen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verstoßen würde. Als Ausnahme von der Regel¹³ bedarf sie jedoch einer besonderen Legitimation, die sich erst aus einer Kombination formeller und materieller Rechtfertigungselemente ergibt.

I. Erfordernis einer normativen Ermächtigung

Notwendig für eine solche Legitimation ist in formeller Hinsicht zum einen, dass sich der jeweils einschlägigen Rechtsvorschrift, entweder ausdrücklich oder im Wege der Auslegung hinreichend deutlich, die Entscheidung des Gesetzgebers entnehmen lässt, die Verwaltung zu ermächtigen, über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines unbestimmten Gesetzesbegriffs abschließend zu befinden (sog. normative Ermächtigungslehre).¹⁴ Es würde das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzen, wenn ein Gericht die vollständige Überprüfung einer Behördenentscheidung unterlässt, weil es ein behördliches Letztentscheidungsrecht annimmt, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht.¹⁵

II. Erfordernis einer materiellen Rechtfertigung

Allerdings ist auch der Gesetzgeber nicht frei in der Einräumung behördlicher Beurteilungsspielräume. Vielmehr bedarf die Freistellung der behördlichen Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle eines hinreichend gewichtigen Sachgrunds, der am Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) auszurichten ist.¹⁶ Seine entscheidende materielle Rechtfertigung bezieht der Beurteilungsspielraum bei der Bewertung von Prüfungsleistungen daraus, dass die prüfungsspezifischen Wertungen mit Rücksicht auf die Chancengleichheit aller Prüflinge (Art. 3 Abs. 1 GG) im Gesamtkontext des Prüfungsverfahrens getroffen werden müssen und sich nicht ohne weiteres in späteren Verwaltungsstreitverfahren einzelner Prüfungskandidaten isoliert nachvollziehen lassen.¹⁷ Verantwortlich dafür zeichnet vor allem folgende Erwägung:¹⁸ Prüfer müssen bei ihrer Bewertung von Einschätzungen und Erfahrungen ausgehen, die sie im Laufe ihrer Prüfungspraxis bei vergleichbaren Prüfungen entwickelt haben und allgemein anwenden. Die Bewertung von Prüfungsleistungen darf infolgedessen nicht isoliert gesehen werden. Sie ist in ein komplexes Bezugssystem zu stellen, das durch die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen der Prüfer beeinflusst wird. Insofern handelt

¹³ Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von umfassender gerichtlicher Kontrolle einerseits und Spielräumen der Verwaltung andererseits vgl. BVerfGE 84, 34 (50 ff.); 88, 40 (56); 103, 142 (156 f.); 113, 273 (110); 129, 1 (22); BVerfGK 19, 229 (234).

¹⁴ BVerfGE 129, 1 (22); BVerfGK 19, 229 (234); BVerwGE 156, 75 (87 f.); 158, 387 (396); 167, 33 (38); *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, § 40, Rn. 85 f.; *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (196 f.); kritisch *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 34.

¹⁵ BVerfGE 129, 1 (22).

¹⁶ BVerfGE 129, 1 (23).

¹⁷ Grundlegend BVerfGE 84, 34 (50).

¹⁸ BVerfGE 84, 34 (51 f.); dazu auch *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 8 ff.

es sich bei prüfungsspezifischen Wertungen zugleich um „höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis“.¹⁹

Im Verwaltungsprozess eines einzelnen Prüflings kann das Gericht die für die Gesamtheit vergleichbarer Prüflinge maßgeblichen Bewertungskriterien nicht nachvollziehen, zumal die konkrete Prüfungssituation nur bedingt rekonstruierbar ist. Das Gericht müsste demnach eigene Bewertungskriterien entwickeln und an die Stelle derjenigen der Prüfer stellen. Dies würde jedoch mit dem das gesamte Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) kollidieren.²⁰ Dieser gebietet, dass für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien gelten.²¹ Es wäre mit dem Grundsatz der Chancengleichheit deshalb nicht vereinbar, wenn einzelne Prüfungskandidaten auf dem Wege über einen Verwaltungsprozess die Chance einer vom Vergleichsrahmen unabhängigen Bewertung erhielten. Die gleichmäßige Beurteilung aller vergleichbaren Kandidaten würde dadurch tiefgreifend beeinträchtigt,²² es droht folglich eine Verzerrung der Bewertungsmaßstäbe, sowie eine Verletzung der Chancengleichheit. Letztere ist bei der Beurteilung vor diesem Hintergrund nur erreichbar, wenn den von Prüfungsbehörden bestellten Prüfern bei prüfungsspezifischen Wertungen ein Entscheidungsspielraum verbleibt und die gerichtliche Kontrolle insoweit zurückgenommen wird.²³

C. Begrenzung des Beurteilungsspielraums auf prüfungsspezifische Wertungen

Erweist sich der Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) als die entscheidende verfassungsrechtliche Legitimation des prüfungsrechtlichen Beurteilungsspielraums, so ergeben sich daraus auch die Grenzen dieses Bewertungsspielraums, die zugleich den Umfang der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebotenen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle determinieren. Die Letztentscheidungskompetenz des Prüfers ist restriktiv zu handhaben, d.h. auf prüfungsspezifische Wertungen zu begrenzen.²⁴ Davon abzugrenzen sind fachspezifische Erwägungen, die Fragen betreffen, die einer fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich sind, unabhängig davon, ob sie als fachwissenschaftlich geklärt gelten oder in der Fachwissenschaft kontrovers behandelt werden. Die Unterscheidung im Einzelfall kann sich freilich diffizil gestalten, insbesondere wenn prüfungsspezifische Wertungen mit fachspezifischen Erwägungen verflochten sind.²⁵ Des ungeachtet liegt die zentrale Bedeutung der beiden Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts darin, dass die Bewertung der Ausführungen des Prüflings zu fachwissenschaftlichen Fragen

¹⁹ Vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, § 40, Rn. 116: Prüfungsentscheidungen als „höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis“.

²⁰ BVerfGE 84, 34 (52); 85, 59 (77).

²¹ Vgl. auch BVerfGE 52, 380 (388); BVerwGE 152, 330 (333 f.); 171, 334 (339); *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 9, 27.

²² BVerfGE 84, 34 (52).

²³ BVerfGE 84, 34 (52).

²⁴ BVerfGE 84, 34 (53); 84, 59 (77).

²⁵ Zu dieser Problematik vgl. *Dieterich*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 881 m.w.N.; *Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, § 40, Rn. 153.

nicht mehr dem Beurteilungsspielraum der Prüfer unterliegt, sondern die betreffenden Ausführungen von den Verwaltungsgerichten vollständig auf ihre Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit zu überprüfen sind.²⁶ Der vom Bundesverfassungsgericht insoweit eingeführte Begriff des „Antwortspielraums“²⁷ bringt sinnfällig zum Ausdruck, dass es in fachwissenschaftlichen Fragen eine Bandbreite fachlich vertretbarer Antworten geben kann, die nicht als falsch bewertet werden dürfen. Dementsprechend folgt bei berufsbezogenen Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG der allgemeiner Bewertungsgrundsatz, dass eine „vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung“ nicht als falsch, sondern als zumindest vertretbar zu werten ist.²⁸

I. Paradigmenwechsel im Vergleich zur vormaligen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Darin liegt ein kardinaler Paradigmenwechsel im Vergleich zur Rechtsprechungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts vor den beiden Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.²⁹ Danach sollte nämlich die Entscheidung darüber, was ein Prüfling richtig oder falsch gemacht hat, in den gerichtlich nicht korrigierbaren Beurteilungsspielraum fallen, solange nur der Bereich des wissenschaftlich Diskutablen und damit der Bereich der fachwissenschaftlichen Erkenntnis, innerhalb dessen dem Prüfer die Letztentscheidung zugestanden wurde, nicht verlassen war.³⁰ So sollte es auch keinen allgemeingültigen Bewertungsgrundsatz geben, der es verböte, Richtiges als falsch und vertretbare Auffassungen als unvertretbar zu bewerten.³¹ Die dann allein verbleibende Option einer Willkürkontrolle (Art. 3 Abs. 1 GG) wurde auf ausgesprochene Extremfälle beschränkt. Erst wenn die Bewertung „auf einer derart eklatanten und außerhalb jedes vernünftigen Rahmens liegenden Fehleinschätzung wissenschaftlich-fachlicher Gesichtspunkte beruht[e]“, dass sich das Prüfungsergebnis „dem Richter als gänzlich unhaltbar aufdrängen muss[te]“,³² oder wenn sie gar auf einem Verstoß gegen zwingende Denkgesetze basierte,³³ sollte die Willkürgrenze überschritten sein.

Dieser Verwaltungsrechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1991 zu Recht den Boden entzogen. Eine derart weitgehende Reduktion der gerichtlichen Kontrolle ist bei berufsbezogenen Prüfungen mit Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG unvereinbar. Der Zweck einer Prüfung als Berufszugangsschranke, denjenigen Bewerbern den Berufszugang zu verwehren, die fachlichen Mindestanforderungen nicht mehr genügen, darf nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verfolgt werden, was nicht nur für den Umfang der zu erbringenden Qualifikationsnachweise, sondern auch für deren Bewertung von Bedeutung ist.³⁴ Daraus folgt, dass in umstrittenen

²⁶ *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 10.

²⁷ BVerfGE 84, 34 (55).

²⁸ BVerfGE 84, 34 (55).

²⁹ Dazu auch *Rozek*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 66 f. m.w.N.

³⁰ Vgl. BVerwGE 70, 143 (149); BVerwG DÖV 1980, 380; NVwZ 1990, 66.

³¹ So auch BVerwG DÖV 1980, 380.

³² So auch BVerwG NVwZ 1991, 271 (272).

³³ So BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 99.

³⁴ BVerfGE 84, 34 (50 f.).

fachwissenschaftlichen Fragen den Prüfern zwar einerseits ein Bewertungsspielraum zuzubilligen ist, dem jedoch andererseits ein angemessener Antwortspielraum des Prüfungskandidaten, über dessen Berufschancen entschieden wird, korrespondiert.³⁵ Soweit die Richtigkeit und Angemessenheit einer Lösung wegen der Eigenart der Prüfungsfrage nicht eindeutig bestimmbar ist, die Aufgabenstellung vielmehr unterschiedlichen Ansichten Raum lässt bzw. Raum lassen muss, darf eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet werden.³⁶ Eine in solcher Weise fundierte Stellungnahme in einer umstrittenen Fachfrage darf nicht zu beruflichen Nachteilen führen, nur weil ein Prüfer oder Prüfungsgremium anderer Ansicht ist als der Prüfling.³⁷ Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Bewertungsgrundsatz. Die Verwaltungsgerichte haben dessen Einhaltung – erforderlichenfalls mit Hilfe von Sachverständigen – zu kontrollieren.³⁸ Fachwissenschaftliche Richtigkeitsentscheidungen sind seither nicht länger einer effektiven gerichtlichen Kontrolle entzogen, sollte der Prüfling die der Benotung zugrundeliegende Auffassung der Prüfer für unrichtig halten und deshalb nicht gewillt sein, den ungünstigen Prüfungsbescheid hinzunehmen. Vielmehr ist eine gerichtliche Vertretbarkeitskontrolle unabdingbar.³⁹ Allerdings ist zu beachten, dass auch eine vertretbare fachwissenschaftliche (Minderheiten-)Ansicht falsch oder unvollständig begründet und angewendet werden kann.⁴⁰

II. In den prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraum fallende Wertungsfragen

In den Bewertungsspielraum der Prüfer fallen weiterhin die Wertungen, die sich damit befassen, wie die Prüfungsteilnehmer die Anforderungen der konkreten Prüfungsaufgabe innerhalb des entsprechenden prüfereigenen Bezugssystems bewältigt haben.⁴¹ Solche prüfungsspezifischen Wertungen betreffen namentlich die Bestimmung des Schwierigkeitsgrads der Aufgabe,⁴² die Bewertung der Überzeugungskraft der Argumente,⁴³ des Aufbaus der Darstellung und der Folgerichtigkeit des Begründungsgangs.⁴⁴ Zu den prüfungsspezifischen Wertungsfragen gehört ferner, welche Kenntnisse im jeweiligen Ausbildungsstadium zu fordern sind und welches Gewicht Wissenslücken und Fehlern zukommt.⁴⁵ Prüfungsspezifisch sind sodann die Gewichtungen der einzelnen fachlichen und prüfungsspezifischen Wertungen, d.h. die Bestimmung ihrer Bedeutung für die Notenvergabe.⁴⁶ Hierfür muss sich ein Prüfer darüber klar werden, welche durchschnittlichen Anforderungen er an eine Prüfungsleistung stellt. Die

³⁵ Grundlegend BVerfGE 84, 34 (55).

³⁶ BVerfGE 84, 34 (55); 84, 59 (79).

³⁷ BVerfGE 84, 59 (79).

³⁸ BVerfGE 84, 34 (55).

³⁹ Vgl. BVerfGE 84, 59 (79).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 84, 34 (55).

⁴¹ BVerwG NJW 2018, 2142 (2143).

⁴² BVerfGE 84, 59 (79).

⁴³ BVerwG NJW 2018, 2142 (2143).

⁴⁴ BVerwG NJW 2018, 2142 (2143).

⁴⁵ BVerfGE 84, 59 (79 f.).

⁴⁶ BVerwG NJW 2018, 2142 (2143); Fischer, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 635.

prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen müssen nachvollziehbar sein. Sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Widersprüche enthalten.⁴⁷ Soweit fachwissenschaftliche Beurteilungen mit prüfungsspezifischen Wertungen verflochten sind, sind sie gleichsam herauszufiltern.⁴⁸ Die Prüfungsentscheidung ist rechtswidrig, wenn sich erweist, dass die Fachfrage entgegen der Ansicht des Prüfers richtig oder zumindest vertretbar beantwortet worden ist.⁴⁹

D. Verfahrensrechtliche Kompensationen für die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle prüfungsspezifischer Wertungen

Das Bundesverfassungsgericht leitet bei berufsbezogenen Prüfungen unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG einen Anspruch des Prüflings auf effektiven Schutz seiner Berufsfreiheit durch eine entsprechende Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens her.⁵⁰ Dazu gehört, dass der Prüfling die Möglichkeit erhält, Einwände gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistungen bei der Prüfungsbehörde rechtzeitig und wirkungsvoll vorzubringen, um auf diese Weise ein Überdenken dieser Bewertungen unter Berücksichtigung seiner Einwände zu erhalten.⁵¹ Hieran hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in jüngerer Zeit vor allem unter zwei Aspekten angeknüpft – durch die Entwicklung spezifischer Begründungsanforderungen an die Bewertung (nachfolgend I.) und durch die richterliche Ausformung des sog. Überdenkensverfahrens (nachfolgend II.).

I. Spezifisches Begründungserfordernis von Prüfungsentscheidungen

Das Bundesverwaltungsgericht hat zunächst spezifische Begründungsanforderungen an die Bewertung von Prüfungsleistungen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen entwickelt,⁵² die unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG unter dem Aspekt effektiven Grundrechtsschutzes hergeleitet werden. Danach gilt Folgendes:

Der effektive Grundrechtsschutz verlangt, dass der Prüfer bzw. die Prüfungskommission die Bewertung einer berufsrelevanten Prüfungsleistung begründet und die tragenden Erwägungen darlegt, die zu der Bewertung der Prüfungsleistung geführt haben.⁵³ Der Grundrechtsschutz umfasst einen Informationsanspruch des Prüflings, der sich auf eine angemessene Begründung der Prüfungsentscheidung richtet, d.h. auf die Bekanntgabe der wesentlichen Gründe, mit denen die Prüfer zu einer bestimmten Bewertung der Prüfungsleistungen gelangt sind.⁵⁴ Die maßgeblichen Gründe müssen zwar nicht in allen

⁴⁷ BVerwG NJW 2018, 2142 (2143); BVerwG, Beschl. v. 3.9.2020 – 6 B 16.20, BeckRS 2020, 23106 Rn. 15.

⁴⁸ BVerwG NVwZ 1998, 738; *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 637.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 84, 34 (55); BVerwGE 91, 262 (266).

⁵⁰ Grundlegend BVerfGE 84, 34 (45 ff.).

⁵¹ BVerfGE 84, 34 (45 ff.).

⁵² BVerwGE 91, 262 ff.; 92, 132 ff.; 96, 324 ff.; 165, 202 (210 f.); dazu auch *Rozek*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), *HVwR V*, § 136, Rn. 50 ff.

⁵³ BVerwGE 165, 202 (210).

⁵⁴ BVerwGE 165, 202 (210).

Einzelheiten, aber doch in den für das Ergebnis ausschlaggebenden Punkten erkennbar sein. Dieser Informationsanspruch soll den Prüfling in den Stand versetzen, diejenigen Informationen zu erhalten, die er benötigt, um feststellen zu können, ob die rechtlichen Vorgaben und Grenzen der Prüfung, insbesondere der Beurteilung seiner Leistungen, eingehalten worden sind.⁵⁵ Fehlt eine Begründung, so muss sie auf Verlangen des Prüflings nachgeholt und, falls substantiierte Gegenvorstellungen erhoben werden, ggf. auch ergänzt werden.⁵⁶ Das Begründungserfordernis gilt sowohl für schriftliche als auch für mündliche berufsbezogene Prüfungsleistungen.⁵⁷

1. Begründung der Bewertung schriftlicher Prüfungsleistungen

Bei schriftlichen Prüfungsleistungen ergeben sich die wesentlichen Gründe der Prüfungsentscheidung regelmäßig aus den abschließenden Prüfervoten und den (Rand-)Korrekturbemerkungen der Prüfer. Der Prüfling kann sich insoweit Kenntnis durch Einsicht in die Prüfungsakten verschaffen.⁵⁸ Darüber hinaus hat er auf der Basis von Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO einen datenschutzrechtlichen Anspruch auf Überlassung einer unentgeltlichen Kopie der angefertigten schriftlichen Prüfungsleistungen samt der zugehörigen Prüfergutachten.⁵⁹ Soweit eine schriftliche Prüfungsleistung von mehreren Prüfern zu bewerten ist (Zwei-Prüfer-Prinzip), ist sowohl eine sog. offene als auch eine sog. verdeckte (isolierte) Zweitbewertung verfassungsrechtlich zulässig.⁶⁰ Es bleibt daher dem Normgeber der jeweiligen Prüfungsordnung überlassen, festzulegen, ob die Bewertung des Zweitprüfers ohne Kenntnis von Votum und Randbemerkungen des Erstprüfers zu erfolgen hat.⁶¹ Stimmt der Zweitprüfer der Benotung des Erstprüfers und dessen Begründung vollumfänglich zu, so kann er sich darauf beschränken, dies durch die Formulierung „einverstanden“ zum Ausdruck zu bringen.⁶² Einer eigenen Begründung bedarf es dann nicht, sie wäre eine bloße Wiederholung der Erstbewertung mit anderen Worten.

2. Begründung der Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen

Bei mündlichen Prüfungsleistungen hängt der Informationsanspruch des Prüflings von einem entsprechend spezifizierten Begründungsverlangen ab.⁶³ Begehrt er – ungeachtet einer bereits im Anschluss an die Prüfung gegebenen mündlichen Begründung – die Abgabe einer schriftlichen Begründung der Bewertung, um konkrete Einwendungen gegen diese vorbringen zu können, so ist dem Informationsanspruch des Prüflings nachzukommen, damit er ein Überdenken der fachlichen Einschätzungen und Wertungen

⁵⁵ BVerwGE 165, 202 (210) m.w.N.; BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 408, Rn. 6, m.w.N.

⁵⁶ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, § 39, Rn. 16.

⁵⁷ BVerwGE 165, 202 (211).

⁵⁸ Zum Anspruch auf Akteneinsicht siehe *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 190 ff. m.w.N.

⁵⁹ BVerwG NVwZ 2023, 346.

⁶⁰ BVerwG NJW 2003, 1063; BVerwG, Beschl. v. 19.5.2016 – 6 B 1.16, BeckRS 2016, 47406, Rn. 12 m.w.N.; VGH Mannheim VBIBW 2021, 33.

⁶¹ Siehe hierzu *Fischer*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, Rn. 610.

⁶² BVerwGE 91, 262 (268 f.); BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 416, Rn. 5; Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 417, Rn. 7; VGH Mannheim VBIBW 2021, 33.

⁶³ BVerwGE 99, 185 (191 f.); 165, 202 (211).

der Prüfer veranlassen kann. Da der genaue Ablauf mündlicher Prüfungen naturgemäß schwerer rekonstruierbar ist, setzt eine effektive Kontrolle voraus, dass Aufgaben bzw. Fragen, Prüfungsverlauf sowie Vorzüge und Mängel der erbrachten Leistung und deren Gewichtung durch die Prüfer in einem Prüfungsprotokoll⁶⁴ oder in sonst geeigneter Weise dokumentiert werden.⁶⁵

II. Überdenkensverfahren

Das bei berufsbezogenen Prüfungen grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geforderte Überdenken der Prüfungsbewertungen im Rahmen eines verwaltungsinternen Kontrollverfahrens stellt der Sache nach eine weitere (besondere) Verfahrensgewährleistung dar.⁶⁶ Beansprucht der Prüfling mit substantiierten Einwendungen ein solches Überdenken der prüfungsspezifischen Wertungen, ist ein sog. Überdenkensverfahren als eigenständiges verwaltungsinternes Kontrollverfahren durchzuführen.⁶⁷ Ebenso wie der durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistete Anspruch des Prüflings auf gerichtliche Kontrolle der Prüfungsbewertung dient dieses Nachprüfungsverfahren der effektiven Durchsetzung des materiell-rechtlichen, auf Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gestützten Anspruchs des Prüflings auf eine rechtmäßige Prüfungsbewertung. Als verfahrensrechtliches Instrument der Fehlerkontrolle kommt ihm – im Hinblick auf den nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegenden Beurteilungsspielraum des Prüfers hinsichtlich prüfungsspezifischer Wertungen – im Rahmen des grundrechtlichen Schutzsystems eine unterstützende Funktion zu.⁶⁸ Der Anspruch des Prüflings auf Überdenken der Prüfungsentscheidung stellt einen verfahrensrechtlichen Ausgleich für die nur eingeschränkt mögliche verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen in Bezug auf prüfungsspezifische Wertungen dar und besteht zusätzlich zum Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz. Das Nachprüfungsverfahren ist Teil des Prüfungsverfahrens,⁶⁹ es kann entweder in das Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) integriert oder als isoliertes, eigenständiges Verfahren ausgestaltet werden.⁷⁰

1. Anspruchs- und Durchführungsvoraussetzungen

Der Anspruch des Prüflings auf Durchführung des Überdenkensverfahrens besteht nicht voraussetzungslos. Es genügt nicht, dass er sich pauschal gegen eine bestimmte Bewertung seiner Prüfungsleistung als „zu streng“ oder „nicht überzeugend“ wendet;⁷¹ vielmehr hat

⁶⁴ Zur Protokollierungspflicht und zum notwendigen Inhalt eines Prüfungsprotokolls vgl. *Jeremias*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 455 ff. m.w.N.; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), VwVfG, § 39, Rn. 16a.

⁶⁵ Vgl. BVerwGE 91, 262 (269); 95, 237 (251); *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), VwVfG, § 39, Rn. 16a.

⁶⁶ BVerwGE 91, 262 (266); 92, 132 (136); BVerwG NVwZ 2013, 83; NVwZ 2022, 551 (553 f.); siehe auch *Rożek*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 72 ff.

⁶⁷ BVerwG NVwZ 2022, 551 (553 f.); *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 786 m.w.N.

⁶⁸ BVerwGE 165, 202 (211); BVerwG NVwZ 2022, 551 (553 f.).

⁶⁹ BVerwGE 93, 132 (140); BVerwG NVwZ 2022, 551 (553).

⁷⁰ Vgl. BVerwG NVwZ 2013, 83; NVwZ 2022, 551 (553).

⁷¹ Vgl. BVerwGE 92, 132 (138); *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 789.

der Prüfling konkret darzulegen, in welchen Punkten die Einschätzung der Prüfungsleistung nach seiner Auffassung Bewertungsfehler aufweist. Er muss substantiierte Einwände gegen die Bewertung erheben. Dafür reicht es aus, dass der Prüfling mit konkreten Einwendungen gegen einzelne prüfungsspezifische Wertungen die Begründung der Prüfer in Zweifel zieht.⁷² An das erforderliche Maß der Substantiierung dürfen indes keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, weil andernfalls der durch das Überdenkensverfahren gewährleistete verfahrensrechtliche Grundrechtsschutz leerzulaufen droht.⁷³ Das Überdenkensverfahren scheidet aus, wenn der Prüfling Einwände gegen das vorangegangene Prüfungsverfahren erhebt, da insoweit kein prüfungsspezifischer Bewertungsspielraum besteht und die Einhaltung des Prüfungsverfahrens verwaltungsgerichtlich voll überprüfbar ist.⁷⁴

Das Verfahren des Überdenkens der Prüfungsentscheidung kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn die Prüfer ihre Bewertungen zuvor hinreichend begründet haben.⁷⁵ In Bezug auf mündliche Prüfungen ist ein Prüfling ferner gehalten, so zeitnah substantiierte Einwände gegen die Bewertung seiner mündlichen Prüfungsleistung vorzunehmen, dass die Prüfer noch in der Lage sind, ein Überdenkensverfahren durchzuführen.⁷⁶

2. Befassung der Prüfer mit den Einwendungen des Prüflings

Die Prüfungsbehörde hat sicherzustellen, dass die vom Prüfling erhobenen substantiierten Einwendungen unverzüglich denjenigen Prüfern zugeleitet werden, gegen deren Bewertung sich die Einwendungen richten. Die Prüfer sind ihrerseits verpflichtet, sich mit den Einwendungen unverzüglich auseinanderzusetzen, um Erinnerungslücken, die durch längeren Zeitablauf entstehen können, möglichst zu vermeiden. Die Prüfer haben keine vollständig neue Bewertung, sondern eine inhaltlich beschränkte Nachbewertung vorzunehmen.⁷⁷ Das Überdenken erfordert i.d.R. eine erneute eigenständige prüfungsspezifische Wertung, daher muss jeder Prüfer seine Bewertungen eigenständig überdenken.⁷⁸ Nicht ausgeschlossen ist mithin, dass die Prüfer in unterschiedlichem Umfang die vorgebrachten Einwendungen für begründet bzw. unbegründet erachten.⁷⁹

Das Überdenken der Bewertung und deren etwaige Korrektur sind grundsätzlich von den ursprünglich mit der Bewertung befassten Prüfern vorzunehmen.⁸⁰ Nur sie sind imstande, ihre eigenen Erwägungen durch Überdenken der dagegen gerichteten Einwendungen in Frage zu stellen. Für den Vorrang des Grundsatzes der Bewertung durch dieselben Prüfer spricht insbesondere einmal mehr das Gebot, die Chancengleichheit der Prüflinge (Art. 3 Abs. 1 GG) zu wahren:⁸¹ Das Prüfungsverfahren muss so gestaltet sein, dass alle

⁷² BVerwGE 165, 202 (212 f.) m.w.N.

⁷³ BVerwGE 165, 202 (212 f.).

⁷⁴ *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 786; *Rozek*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), HVwR V, § 136, Rn. 73.

⁷⁵ BVerwGE 92, 132 (137); s.o. D. I.

⁷⁶ *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 789 a.E.

⁷⁷ BVerwGE 165, 202 (211 f.).

⁷⁸ BVerwGE 92, 132 (137); 165, 202 (211 f.).

⁷⁹ BVerwGE 165, 202 (211 f.).

⁸⁰ BVerwG NVwZ 2022, 551 (554) m.w.N.

⁸¹ BVerwG NVwZ 2022, 551 (554).

Prüfungsteilnehmer in möglichst ungehindertem Wettbewerb die gleichen Möglichkeiten haben, die ihren Fähigkeiten entsprechenden Leistungen zu erbringen, und dass eine unterschiedliche Beeinflussung der Prüfungsleistung und des Prüfungsergebnisses durch außerhalb ihrer Person liegende Umstände möglichst verhindert wird. Ein Austausch der ursprünglichen Prüfer kommt daher nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Anspruch auf Überdenken nicht durch den Einsatz der ursprünglichen Prüfer erfüllt werden kann, z.B. weil deren Befangenheit zu besorgen ist.⁸²

3. Verschlechterungsverbot

Soweit Prüfungsleistungen im verwaltungsinternen Überdenkensverfahren neu zu bewerten sind, weil die Einwände des Prüflings gegen bestimmte prüfungsspezifische Wertungen berechtigt sind, darf das Prüfungsergebnis grundsätzlich nicht zum Nachteil des Prüflings geändert werden. Zur Wahrung der Chancengleichheit dürfen die Prüfer ihr Bewertungssystem, mit dessen Hilfe sie die einzelnen Prüfungsleistungen einem vorgegebenen Notensystem zuordnen, bei Neubewertungen prinzipiell nicht verändern.⁸³ Die nach dem Überdenken durch den Prüfer vollzogene Beseitigung eines für den Prüfungsteilnehmer nachteiligen Bewertungsfehlers kann und darf nicht zu einer Verschlechterung des Prüfungsergebnisses führen.⁸⁴ Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass ein Prüfer auch nach Beseitigung des Bewertungsfehlers an der von ihm gegebenen Note festhält, weil seine Fehleinschätzung nicht so schwerwiegend war, dass ohne sie eine Verbesserung der Note angebracht erscheint. Ein das frühere Prüfungsergebnis abändernder Bescheid⁸⁵ ergeht also nur, sofern das Überdenkensverfahren zu einer geänderten Bewertung der Prüfungsleistung zugunsten des Prüflings führt.⁸⁶

4. Keine Garantie der Ergebnisrichtigkeit

Ist auf Antrag des Prüflings das verwaltungsinterne Kontrollverfahren abschließend durchgeführt worden, ist die zu seinen Gunsten bestehende Verfahrensgewährleistung allerdings auch dann erfüllt, wenn den Prüfern bei Überdenken ihrer Prüfungsbewertung (erneut) Korrekturfehler unterlaufen sein sollten.⁸⁷ Eine Ergebnisrichtigkeit dieses – zum gerichtlichen Rechtsschutz komplementären – verwaltungsinternen Kontrollverfahrens garantiert die Rechtsordnung dem Prüfling nicht. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet dem Prüfling gerichtlichen Rechtsschutz hingegen dann, wenn die Prüfungsbehörde sich weigert, überhaupt ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren durchzuführen, oder wenn die Prüfungsbehörde bei der Ausgestaltung des internen Kontrollverfahrens grundlegende Anforderungen in einer Weise missachtet, dass der Zweck des Kontrollverfahrens nicht erreicht wird.⁸⁸ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet insoweit dem Prüfling gerichtlichen

⁸² BVerwG NVwZ 2022, 551 (554) m.w.N.

⁸³ BVerwGE 165, 202 (221 f.).

⁸⁴ *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 797.

⁸⁵ Zur Rechtsnatur der Ergebnismitteilung siehe *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 798.

⁸⁶ *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht, Rn. 798 m.w.N.

⁸⁷ BVerwG NVwZ 2022, 551 (553).

⁸⁸ BVerwG NVwZ 2022, 551 (553 f.).

Rechtsschutz für die Einhaltung grundlegender Verfahrensanforderungen im Überdenkensverfahren.⁸⁹

E. Fazit

Im Anschluss an die verfassungsgerichtlichen Leitentscheidungen des Jahres 1991 hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung die für berufsbezogene Prüfungen geltenden grundrechtlichen Anforderungen aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sukzessive konkretisiert und fortentwickelt. Dies hat insgesamt zu einer deutlichen Verbesserung der Rechtsstellung von Prüflingen gegenüber für sie nachteiligen Prüfungsentscheidungen geführt. Nicht nur ist der administrative Beurteilungsspielraum im Prüfungswesen folgerichtig auf prüfungsspezifische Wertungen begrenzt worden. Durch Begründungspflichten und das Überdenkensverfahren ist darüber hinaus auch hinsichtlich der Betätigung des verbliebenen Bewertungsspielraums der Prüfer ein spezifisch verfahrensrechtlicher Grundrechtsschutz von der Rechtsprechung ausgeformt worden. Auf die im Prüfungsrecht damit erbrachte judikative Konkretisierungsleistung darf das Bundesverwaltungsgericht in diesem Jubiläumsjahr allemal mit Befriedigung zurückblicken.

⁸⁹ BVerwG NVwZ 2022, 551 (554).

Das Bundesverwaltungsgericht als Umweltgericht

Prof. Dr. Kurt Faßbender, Arthur Koch, Frida Keil und Maximilian Dohrn*

Abstract: Die Rechtsprechung des BVerwG ist für die Auslegung und Durchsetzung des Umweltrechts von herausragender Bedeutung. Insofern ist das BVerwG jedenfalls faktisch auch ein Umweltgericht. Angesichts dessen sollte in einer Sonderausgabe des Leipzig Law Journal zum 70. „Geburtstag“ des Gerichts ein Beitrag zu diesem Thema nicht fehlen. Daher werden im Folgenden nach einer Einführung drei praktisch bedeutsame Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerwG nachgezeichnet und kritisch analysiert.

A. Einführung

I. Zur Rolle und zum Verständnis des Umweltrechts – auch an der Juristenfakultät der Universität Leipzig

Das heutige Umweltrecht steht vor gewaltigen Herausforderungen, weil die Menschheit mit ihrer Art des Wirtschaftens und mit ihrem sonstigen Verhalten in zunehmendem Maße sowohl regional als auch global ökologische Belastungsgrenzen erreicht.¹ Dabei ist nicht nur das Umweltrecht im engeren Sinne gefordert. Denn bei der Lösung der hierdurch verursachten Probleme spielt das Planungsrecht, insbesondere in Deutschland, ebenfalls eine entscheidende Rolle. Das relevante Planungsrecht wird denn auch in einschlägigen Lehrbüchern zum Umweltrecht² und nicht zuletzt im traditionellen Rechtsprechungsbericht des Präsidenten bzw. der (früheren) Präsidentin des BVerwG bei der Tagung der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU)³ wie selbstverständlich als dazugehörig mitbehandelt. Daher legt der umweltrechtliche Schwerpunktbereich 2 der Juristenfakultät der Universität Leipzig gleichfalls Wert darauf, in seinem Vorlesungsprogramm die Verbindungslinien zwischen dem Umwelt- und Planungsrecht sowie deren Zusammenwirken zu verdeutlichen.

* Der Autor *Faßbender* ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht (IUPR) an der Universität Leipzig und hat die Einführung unter A. sowie den Schlussteil unter E. verfasst. Der Autor *Koch* ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt B. gemeinsam mit dem Autor *Faßbender* verfasst. Die Autorin *Keil* ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt C. verfasst. Der Autor *Dohrn* ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig und hat den Abschnitt D. verfasst. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 14.07.2023 abgerufen.

¹ Siehe *Faßbender*, in: Köck/Markus/Reese (Hrsg.), *Zukunftsfähiges Umweltrecht I*, 2023, S. 186 f. m.w.N.

² Vgl. hier nur *Kloepfer/Durner*, *Umweltschutzrecht*, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 4 ff.

³ Vgl. hier nur *Rennert*, in: GfU (Hrsg.), *Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung*, 2020, S. 25 ff.

II. Hinweise zur Genese des vorliegenden Beitrags

In den zugehörigen Lehrveranstaltungen des Schwerpunktbereichs 2 spielt die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG naturgemäß eine große Rolle. Vor diesem Hintergrund hat der Verfasser dieser Einführung die Hörer:innen seiner laufenden Vorlesung „Umweltrecht II“ gefragt, ob sich einzelne an einem Beitrag zu diesem Thema für die vorliegende Sonderausgabe beteiligen möchten. Er hat dabei sogleich die in den nachfolgenden Abschnitten B.-D. behandelten Themengebiete bzw. Judikate vorgeschlagen. Zu seiner Freude haben die drei Mitautor:innen des vorliegenden Aufsatzes nicht nur „angebissen“, sondern auch „geliefert“.

III. Hinweise zur Auswahl der behandelten Themen bzw. Judikate

Bei der Auswahl der behandelten Themengebiete bzw. Judikate ging es dem Verfasser dieser Einführung darum, die Vielgestaltigkeit der Rechtsprechung des BVerwG zum Umweltrecht in exemplarischer Weise aufzuzeigen und dabei nicht zu verschweigen, dass es hier – wie so oft im Leben – nicht nur Licht, sondern auch Schatten gibt.

1. Zum Beitrag „Von Janecek zu den Dieselfahrverboten“

So geht es im ersten Beitrag in der Sache um eines der ureigensten Anliegen des überkommenen Umweltrechts, nämlich den Schutz der Gesundheit des Menschen vor Luftverunreinigungen, die heutzutage vor allem in Städten in erheblichem Umfang vom motorisierten Straßenverkehr herrühren. Hierzu normiert das Umweltrecht der EU ambitionierte Grenzwerte, deren Einhaltung von den mitgliedstaatlichen Behörden durch eine Luftreinhalteplanung erreicht werden sollen. Nachdem in den 2000er Jahren v.a. die Feinstaubgrenzwerte trotz Ablaufs der Umsetzungsfristen immer noch vielfach überschritten wurden, stellte sich hierzulande zunächst einmal die Frage, ob Einzelne einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine Luftreinhalteplanung haben können, weil Ansprüche auf Planung dem deutschen Recht bis dahin eher fremd waren.⁴ Daher hat der 7. Senat des BVerwG gut daran getan, diese Frage im Fall Janecek dem EuGH vorzulegen.⁵ Dies gilt umso mehr, als auf diese Weise zugleich der Boden dafür bereitet wurde, dass ein Umweltverband zehn Jahre später vor dem 7. Senat des BVerwG trotz einer fast schon übermächtigen Autolobby die Anordnung von Dieselfahrverboten erstreiten konnte.⁶ Insofern ist die Rechtsprechung des BVerwG zur Luftreinhalteplanung ein aktuelles und positives Beispiel dafür, wie das BVerwG den Bürger:innen und Umweltverbänden bei der Durchsetzung des Umweltrechts helfen kann – wenngleich im nachfolgenden Beitrag auch die Grenzen der gerichtlichen Durchsetzung angesprochen werden.

⁴ Vgl. Faßbender, EuR 2009, 400 (403) m.w.N.

⁵ Vgl. BVerwGE 128, 278.

⁶ Vgl. BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

2. Zum Beitrag „Vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopol zum Kampf um den Abfall“

Der zweite Beitrag adressiert einen gänzlich anderen Aspekt, mit dem sich das moderne Umweltrecht und im Streitfall das BVerwG mitunter auseinandersetzen müssen: die sachgerechte Rollenverteilung bei der Erfüllung von Aufgaben der umweltrechtlichen Daseinsvorsorge. Zu diesen Aufgaben zählt traditionell auch die Sorge um den Abfall⁷, die im modernen Umweltrecht „Abfallbewirtschaftung“ genannt wird und die gemäß § 3 Abs. 14 KrWG nicht lediglich die früher im Vordergrund stehende Beseitigung, sondern u.a. auch die Sammlung und Verwertung von Abfällen umfasst. Hier war lange Zeit ein öffentlich-rechtliches Entsorgungsmonopol vorherrschend, das der Bundesgesetzgeber erst im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) von 1996 gelockert hatte. In der Folge ist es v.a. im Bereich der gewerblichen Sammlung von Altpapier und Altkleidern zu einem regelrechten „Kampf um den Abfall“ gekommen.⁸ Daher hat das sog. Altpapier-Urteil des 7. Senats des BVerwG vom 18.06.2009 – wenig überraschend – eine lebhafte Diskussion ausgelöst, weil es nach Ansicht mancher das Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für dauerhafte Abfallsammlungen zementiert hatte.⁹ Dabei ging es nicht zuletzt um die Vereinbarkeit der vom 7. Senat für richtig gehaltenen Auslegung mit dem Primärrecht der EU.¹⁰ Insofern zeigt das Altpapier-Urteil zugleich in paradigmatischer Weise auf, dass sich das moderne Umweltrecht insbesondere dann auch am Maßstab des europäischen Wirtschaftsrechts messen lassen muss, wenn es um monopolartige Strukturen geht. Aus diesem Grund legt der umweltrechtliche Schwerpunktbereich 2 der Juristenfakultät der Universität Leipzig ebenfalls Wert darauf, in seinem Vorlesungsprogramm die Verbindungslinien zwischen dem Umweltrecht und dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht sichtbar zu machen.

3. Zum Beitrag „Konzentrationsflächenplanung in die Sackgasse?“

Der dritte Beitrag setzt sich kritisch mit den Anforderungen auseinander, die der 4. Senat des BVerwG, beginnend mit dem Urteil vom 17.12.2002¹¹, für die planerische Ausweisung von sog. Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen aufgestellt hat, nachdem der Bundesgesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996¹² einerseits Vorhaben zur Nutzung der Windenergie im bauplanungsrechtlichen Außenbereich privilegiert hatte, diese Privilegierung andererseits aber mit einem umfassenden Planvorbehalt¹³ zugleich wieder relativiert hatte. Diese Anforderungen haben sich als derart anspruchsvoll entpuppt, dass viele Planungsträger überfordert waren und bestehende Pläne in großer Zahl von den Verwaltungsgerichten aufgehoben wurden.¹⁴ Daher wurde im

⁷ Vgl. etwa *Doerfert*, JA 2006, 316 ff. und *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁸ Vgl. etwa den Beitrag „Die Jagd nach dem Müll“ FAZ v. 25.10.2005, S. 13.

⁹ Vgl. dazu kurz und bündig *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 72.

¹⁰ Vgl. BVerwGE 134, 154.

¹¹ Vgl. BVerwGE 117, 287.

¹² BGBl. I S. 1189.

¹³ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 2.

¹⁴ So *Wegner*, ZfBR 2019, 230 (230).

Schrifttum nicht zu Unrecht der Vorwurf erhoben, die aus der Rechtsprechung des BVerwG resultierende „Überkomplexität der Konzentrationsflächenplanung“ sei die bedeutendste Ursache dafür, dass die Nutzung der Windenergie in eine „bauplanungsrechtliche Sackgasse“ geraten sei.¹⁵ Das ist insofern misslich, als der Erfolg der sog. Energie- und damit ein Stück weit der Erfolg der Klimaschutzpolitik auch vom Ausbau der Windenergie abhängt.¹⁶ Dabei sollte – zumal in einer Sonderausgabe des Leipzig Law Journal zum 70. „Geburtstag“ des Gerichts – freilich nicht verschwiegen werden, dass der notwendige Ausbau der Windenergie in der Vergangenheit auch aus anderen Gründen ins Stocken geraten ist, die außerhalb der Einflussmöglichkeiten der Judikatur des BVerwG liegen.¹⁷ Zudem hat sich richtigerweise der Gesetzgeber nunmehr der Problematik angenommen, wie im folgenden Abschnitt D. V. nachzulesen ist.

B. Von Janecek zu den Dieselfahrverboten

I. Einführung in die Problematik

Die unzureichende Luftqualität in zahlreichen deutschen und europäischen Städten gehört zu den zentralen umweltrechtlichen Problemen. Hier ist vor allem das Luftqualitätsrecht gefordert, das eng mit der europäischen Luftreinhaltepolitik und -gesetzgebung verbunden ist und in Deutschland als Teilgebiet des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) behandelt wird.¹⁸ Ein zentrales Instrument zur Verbesserung der Luftqualität ist die Luftqualitätsplanung, die unionsrechtlich durch die Richtlinie 2008/50/EG¹⁹ vorgeschrieben wird. Die Richtlinie normiert einen Rahmen für die Festlegung von Luftqualitätsnormen und -zielen in den Mitgliedstaaten, um die Luftqualität zu verbessern und die Auswirkungen von Luftverschmutzung auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt zu verringern.²⁰ Sie zielt insbesondere auf die Reduzierung von Schadstoffen wie Feinstaub (PM₁₀ und PM_{2,5}), Stickstoffdioxid (NO₂) und Schwefeldioxid (SO₂) in der Luft ab, da diese Stoffe nachweislich gesundheitsschädlich sind und Atemwegsprobleme, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und andere Gesundheitsprobleme verursachen können.²¹ Für diese und weitere Schadstoffe werden Grenzwerte und Alarmschwellen festgesetzt.²²

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Luftqualitätspläne und -programme zu erstellen, um die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte sicherzustellen.²³ § 47 BImSchG unterscheidet im Einklang mit der Richtlinie 2008/50/EG innerhalb der Luftreinhalteplanung zwischen

¹⁵ Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten, NVwZ 2022, 512 (513).

¹⁶ Siehe näher zu diesem Zusammenhang Faßbender, NuR 2021, 793 (797 f.).

¹⁷ Vgl. dazu etwa Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 14 f., 27 ff., 35 ff. und 55 ff.

¹⁸ Instruktiv dazu Köck/Lehmann, ZUR 2013, 67.

¹⁹ Die Richtlinie 2008/50/EG ersetzt die Richtlinie 96/62/EG und eine Anzahl von Tochterrichtlinien.

²⁰ Vgl. Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 209 f.

²¹ Vgl. Umweltbundesamt (UBA), Luftschadstoffe im Überblick v. 15.03.2017; siehe zum Ganzen auch Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996).

²² Vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2008/50/EG.

²³ Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 212.

Luftreinhalteplänen (Abs. 1 und 3) und Plänen für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen (Abs. 2), die in der zuvor geltenden Richtlinie 96/62/EG noch Aktionspläne hießen.

II. Der Fall Janecek

Der Fall Janecek gegen den Freistaat Bayern markiert den Beginn einer intensiven gerichtlichen Auseinandersetzung um die notwendigen planerischen Maßnahmen zur Verbesserung der Luftqualität, die in der Folge auch erhebliche Auswirkungen auf den Verkehrssektor hatte. Dieter Janecek, der seit 2013 Mitglied des Deutschen Bundestages ist, forderte im Jahr 2005 als Bewohner von München die unverzügliche Erstellung eines Aktionsplans zur Luftreinhaltung, um die Überschreitung der zulässigen Immissionsgrenzwerte für Feinstaubpartikel einzudämmen.²⁴ Obwohl die Messergebnisse nahe seiner Wohnung zeigten, dass der Grenzwert für PM₁₀ in den Jahren 2005 und 2006 weit mehr als 35-mal überschritten wurde, wurde seine Klage beim Verwaltungsgericht München als unbegründet abgewiesen. Nach einer nur teilweise erfolgreichen Berufung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) legten sowohl der Kläger als auch der beklagte Freistaat Bayern Revision beim BVerwG ein.

Dieses war der Auffassung, dass Herr Janecek allein auf der Grundlage des nationalen Rechts keinen Anspruch auf die Erstellung eines Aktionsplans geltend machen kann. In Anbetracht von anderslautenden Auffassungen in der Literatur²⁵ und in Teilen der Rechtsprechung²⁶ hat der 7. Senat des BVerwG aber dem EuGH mit Vorlagebeschluss vom 29.03.2007 unter anderem die Frage gestellt, ob eine Einzelperson nach dem einschlägigen Europarecht von den nationalen Behörden verlangen kann, einen Aktionsplan zu erstellen, wenn eine Gefahr der Grenzwert- oder Alarmschwellenüberschreitung besteht.²⁷ Der EuGH hat die Frage in seinem viel beachteten Urteil vom 25.07.2008 im Ergebnis bejaht.²⁸

Hieraus hat das BVerwG dann in seinem Urteil vom 05.09.2013 im Ergebnis zu Recht die Konsequenz gezogen, dass für nach § 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) anerkannte Umweltvereinigungen nichts anderes gelten kann. In diesem Urteil hat der 7. Senat den Umweltverbänden eine „prokuratorische“ Rechtsstellung zur Durchsetzung des europäischen Luftreinhaltrechts zugesprochen²⁹, die der Gesetzgeber mit der Aufnahme von Luftreinhalteplänen in den Anwendungsbereich des UmwRG letztlich kodifiziert hat.³⁰

III. Die Urteile vom 27.02.2018 zu den Dieselfahrverboten

Auf diese Weise hat das BVerwG ein Stück weit auch den Boden für zwei ebenfalls viel beachtete Urteile vom 27.02.2018 bereitet, in denen es um die Klagen zweier Umweltvereinigungen auf Fortschreibung der Luftreinhaltepläne für die Städte Stuttgart und Düsseldorf ging, um die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für Stickstoffdioxid

²⁴ Vgl. VGh München, NVwZ 2007, 233.

²⁵ Vgl. z.B. *Klinger/Löwenberg*, ZUR 2005, 169; *Krohn*, ZUR 2005, 371; *Rehbinder*, NuR 2005, 493; *Calliess*, NVwZ 2006, 1; *Jarass*, VerwArch 97 (2006), 429 (449).

²⁶ Vgl. VGh München, NVwZ 2007, 233.

²⁷ Vgl. BVerwGE 128, 278.

²⁸ Vgl. EuGH, Slg. I 2008, 6223.

²⁹ Vgl. BVerwGE 147, 312, Rn. 46.

³⁰ Vgl. BVerwG, NVwZ 2020, 1191, Rn. 24.

sicherzustellen.³¹ Diese Klagen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der jüngeren Vergangenheit zwar v.a. bei den Feinstaubwerten beachtliche Erfolge erzielt wurden. Demgegenüber bestand bei NO₂ bis vor wenigen Jahren ein hoher Handlungsbedarf, weil hier der vorgeschriebene Grenzwert in zahlreichen Städten teilweise (z.B. in Stuttgart und München) um das Doppelte überschritten wurde. Dies liegt in allererster Linie am Straßenverkehr, und hier namentlich an den Dieselfahrzeugen.³²

Angesichts dessen war es von herausragender Bedeutung für die Verbesserung der Luftqualität, dass das BVerwG in seinen Urteilen vom 27.02.2018 klargestellt hat: „Erweist sich ein Verkehrsverbot für Dieselfahrzeuge mit schlechterer Abgasnorm als Euro 6 sowie für Kraftfahrzeuge mit Ottomotoren unterhalb der Abgasnorm Euro 3 innerhalb einer Umweltzone als die einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der Stickstoffdioxid-Grenzwerte, verlangt Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG, diese Maßnahme zu ergreifen.“³³ Ferner hat der 7. Senat im Grundsatz zu Recht betont, dass bei der Anordnung von Dieselfahrverboten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muss. Demgegenüber kann man die daraus abgeleitete konkrete Forderung, dass ein Verkehrsverbot „mithin“ zeitlich gestaffelt nach dem Alter und Abgasverhalten der betroffenen Fahrzeuge einzuführen sei, kritisch sehen, soweit dabei einzig auf die Zuordnung zu den o.g. Abgasnormen abgestellt wird, weil diese wegen des sog. Dieselskandals gerade keinen Rückschluss auf das konkrete Abgasverhalten der betroffenen Kfz zulassen.³⁴ Entscheidend ist aber, dass das BVerwG die bis dahin immer wieder vorgebrachten grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Dieselfahrverboten verworfen hat.

IV. Die weitere Entwicklung

Bedauerlicherweise weigerten sich manche Behörden, z.B. bei den Luftreinhalteplänen für München und Stuttgart, auch in der Folgezeit Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge anzuordnen, was im Schrifttum nicht zuletzt auf den „Druck der KFZ-Lobby“ zurückgeführt wird.³⁵ Insofern muss man nüchtern konstatieren, dass die historisch überkommene Metapher vom „Staat als Ehrenmann“, der nach seiner Pflicht handelt, sobald er sie erkannt hat, die Wirklichkeit nicht (mehr) zutreffend beschreibt.³⁶ Auf diesem – für den deutschen Rechtsstaat höchst unrühmlichen – Weg ist jedenfalls die bislang eher vernachlässigte Vollstreckung gegen den Staat in einem bis dahin nicht gekannten Maße in den Fokus gerückt. In der Folge wurden mehrfach Zwangsgelder nach § 167 VwGO i.V.m. § 888 ZPO und nach § 172 VwGO gegen die öffentliche Hand angeordnet, die ebenfalls erfolglos blieben.³⁷

³¹ Vgl. BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

³² Vgl. zum Ganzen Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996) m.w.N.

³³ So der 1. Leitsatz BVerwGE 161, 201 und BVerwG, NVwZ 2018, 890.

³⁴ Vgl. näher dazu Faßbender, NJW 2017, 1995 (1996) m.w.N.

³⁵ Krämer/Winter, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 27, Rn. 216.

³⁶ Siehe Michl, in: Holterhus/Michl/Hrsg.), Die schwache Gewalt? – Zur Behauptung judikativer Autorität, 2022, S. 73 (74 und 89) in seinem lesenswerten Beitrag zum Thema.

³⁷ Siehe dazu und zum Folgenden den pointierten Beitrag des früheren Richters am BVerwG Berke-
mann, Mit Mut und Dogmatik die Luftreinhaltung durchsetzen, Verfassungsblog v. 26.01.2020.

Vor diesem Hintergrund hat der BayVGH im Verfahren nach Art. 267 AEUV den EuGH gefragt, ob ein nationales Gericht, vereinfacht gesprochen, verpflichtet ist, zur Durchsetzung der Fahrverbote den Ministerpräsidenten oder den zuständigen Minister in Zwangshaft zu nehmen.³⁸ So weit wollte der EuGH verständlicherweise nicht gehen und hat die Anordnung von Zwangshaft gegen Amtsträger der Behörde u.a. davon abhängig gemacht, dass es in den Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts eine hinreichend präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage für den Erlass einer solchen Zwangsmaßnahme gibt.³⁹ Schon das ist derzeit zumindest nach Ansicht des BayVGH nicht der Fall.⁴⁰

V. Fazit und Ausblick

Mittlerweile hat sich die Lage insofern gebessert, als der geltende Jahresmittelwert für NO₂ im Jahr 2022 „nur“ noch an zwei Messstationen in München und Essen überschritten wurde.⁴¹ Daher kann man konstatieren, dass die Rechtsprechung des BVerwG am Ende doch zu einer merklichen Verbesserung der Luftqualität beigetragen hat. Es ist allerdings schon jetzt darauf hinzuweisen, dass seit Oktober 2022 ein Vorschlag der EU-Kommission für eine Neufassung der Luftqualitätsrichtlinie vorliegt, der auf eine Angleichung der Grenzwerte an die Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) abzielt. Danach soll u.a. der Grenzwert für NO₂ halbiert werden.⁴² Sollte sich dieser – begrüßenswerte – Vorschlag durchsetzen, könnte das BVerwG wieder verstärkt gefordert sein, den Bürger:innen und Umweltvereinigungen bei der Durchsetzung dieser Grenzwerte zu helfen.

C. Vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopol zum Kampf um den Abfall

I. Einführung

Ein Kampf um den Abfall – dieser Ausdruck klingt zunächst eher wie ein Paradoxon. In einer Konsumgesellschaft wie der deutschen ist doch regelmäßig allen daran gelegen, ihren Müll schnellstmöglich und kostengünstig loszuwerden. Und auch die Zahlen zeigen, dass in Deutschland eigentlich mehr als genug Abfall existieren sollte: Im Jahr 2021 erreichte das Abfallaufkommen der privaten Haushalte in Deutschland erneut ein Rekordhoch. Laut Statistischem Bundesamt stieg die Menge erstmals auf über 40 Millionen Tonnen, wobei die Pro-Kopf-Menge bei 483 Kilogramm lag.⁴³

Da die Müllproduktion schon jetzt immense Auswirkungen auf den Planeten hat – wie beispielsweise die gewaltigen Müllstrudel in den Ozeanen zeigen⁴⁴ – möchte die EU die Vermeidung und Verwertung von Müll sowie die Wiederverwendung von Produkten

³⁸ Vgl. VGH München, ZUR 2019, 108.

³⁹ Vgl. EuGH, NJW 2020, 977.

⁴⁰ Insoweit a.A. [Berkemann, Mit Mut und Dogmatik die Luftreinhaltung durchsetzen, Verfassungsblog v. 26.01.2020.](#)

⁴¹ Vgl. [Umweltbundesamt \(UBA\), Städte mit NO₂-Grenzwertüberschreitungen v. 07.07.2023.](#)

⁴² Vgl. den Vorschlag v. 26.10.2022, COM(2022) 542 final.

⁴³ [Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 546 v. 19.12.2022.](#)

⁴⁴ [Hoffmann, Die fünf Müllstrudel der Ozeane, Geolino.](#)

bestmöglich fördern.⁴⁵ Deutschland hat zur Umsetzung der neuen EU-Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL)⁴⁶ am 10.02.2012 das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)⁴⁷ verabschiedet. Bei dieser Gelegenheit kam es auch zu einer Neuregelung der kommunalen Überlassungspflichten und der gewerblichen Sammlung. Diese Neuregelung erschien vor allem mit Blick auf das Altpapier-Urteil des BVerwG vom 18.06.2009 notwendig, in dem sich das Gericht mit dem Konflikt zwischen öffentlich und privatwirtschaftlich getragenen Systemen auseinandersetzte.⁴⁸ Dies soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

II. Normativer Hintergrund

Das Abfallrecht geht schon seit dem Inkrafttreten des KrW-/AbfG im Jahr 1996 vom Grundsatz der Eigenentsorgung durch Erzeuger und Besitzer von Abfällen aus.⁴⁹ Dies soll dem Verursacherprinzip Rechnung tragen und Anreize schaffen, Abfälle von vornherein zu vermeiden.⁵⁰ Da eine vollumfängliche Selbstverwertung der Abfälle jedoch häufig nicht möglich ist, bestimmte § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG, dass die Besitzer von Abfällen aus privaten Haushalten diese der entsorgungspflichtigen Körperschaft zu überlassen haben, soweit sie dazu selbst nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen (Überlassungspflicht).⁵¹ Damit stellte sich die in der Literatur und auch in der Rechtsprechung umstrittene Frage, ob Betroffene die Abfälle selbst verwerten müssen oder ob sie diese zur Verwertung einem Dritten überlassen können.⁵²

Zudem bestimmte § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, dass die Überlassungspflicht nicht für Abfälle besteht, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit dies den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nachgewiesen wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.⁵³ Dabei wurden sowohl der Begriff der gewerblichen Sammlung als auch die Frage, wann überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, in Ermangelung näherer gesetzlicher Konkretisierung unterschiedlich beurteilt.

III. Das Altpapier-Urteil des BVerwG

Im Altpapier-Urteil des BVerwG vom 18.06.2009 ging es in der Sache um die Klage eines privaten Wirtschaftsunternehmens gegen eine abfallrechtliche Verfügung, welche diesem die Erfassung, Entsorgung und Verwertung von Altpapier aus privaten Haushalten im Stadtgebiet der Beklagten untersagte. Nachdem diese Klage in zweiter Instanz beim OVG

⁴⁵ [Europäisches Parlament, Abfallwirtschaft in der EU: Zahlen und Fakten v. 09.04.2018, aktualisiert am 18.01.2023.](#)

⁴⁶ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien (ABIEU Nr. L 312 v. 22.11.2008, S. 3, Nr. L 127 v. 26.05.2009, S. 24).

⁴⁷ Das KrWG ist als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.2.2012 am 29.02.2012 verkündet worden (BGBl I, S. 212).

⁴⁸ *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁴⁹ Vgl. etwa *Gärditz/Kahl*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 67.

⁵⁰ Vgl. zum Verursacherprinzip im Abfallrecht auch EuGH, ZUR 2009, 608; BVerwG, NJW 1998, 1004 (1005).

⁵¹ Eine parallele Regelung findet sich im derzeit geltenden § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG.

⁵² Vgl. etwa die Darstellungen bei *Koch/Reese*, AbfallR 2009, 58 und *Wenzel*, ZUR 2008, 411.

⁵³ Eine parallele Regelung findet sich im derzeit geltenden § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG.

Schleswig erfolgreich war⁵⁴, hob das BVerwG das Urteil des OVG im Revisionsverfahren auf und verwies die Sache zurück an das OVG. Dabei stellte das BVerwG seinem Altpapier-Urteil folgende Leitsätze voran⁵⁵:

„1. Private Haushaltungen müssen ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile (wie z.B. das Altpapier) grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassen und sind nicht befugt, mit der Verwertung solcher Bestandteile Dritte zu beauftragen.

2. Der Begriff der gewerblichen Sammlung im Sinne von § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG schließt alle Tätigkeiten aus, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten in dauerhaften Strukturen abgewickelt werden.

3. ‚Überwiegende öffentliche Interessen‘ stehen einer gewerblichen Sammlung nicht erst bei einer Existenzgefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems, sondern schon dann entgegen, wenn die Sammlungstätigkeit nach ihrer konkreten Ausgestaltung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich zieht.“

Das BVerwG entschied außerdem, dass die Ausnahme von der Überlassungspflicht sich lediglich auf Hausmüllbestandteile beschränke, die die Erzeuger und Besitzer selbst – also ohne Beauftragung eines Dritten – verwerten können. „Mit dem verstärkten Akzent der Eigenverantwortlichkeit und der Verpflichtung zur Eigen- bzw. Selbstentsorgung durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz verbindet sich jedoch keine grundsätzliche Aufgabe der tradierten dualen Abfallentsorgung“, so der 7. Senat.⁵⁶

Das Altpapier-Urteil führte sogleich zu intensiven Auseinandersetzungen, da durch dieses regelrecht ein Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zementiert wurde.⁵⁷ Die Entscheidung führte daher zu erheblichen Spannungen zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand.⁵⁸ Aus dem Kampf gegen den Abfall ist in Deutschland daraufhin ein Kampf um den Abfall entstanden. Immerhin steckt hinter dem deutschen Entsorgungsmarkt auch ein Milliardengeschäft. Schon 2005 lag der Gesamtumsatz schätzungsweise bei 40 Milliarden Euro pro Jahr.⁵⁹ Kurze Zeit nach dem Altpapier-Urteil des BVerwG wurde überdies klar, dass die Entscheidung auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit heftig umstritten war. Verschiedene Oberverwaltungsgerichte hatten starke EU-rechtliche Zweifel an dem Urteil und verweigerten dem BVerwG quasi die Gefolgschaft.⁶⁰

⁵⁴ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, ZUR 2008, 422.

⁵⁵ BVerwGE 134, 154.

⁵⁶ BVerwGE 134, 154 (Rn. 21).

⁵⁷ So *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 72.

⁵⁸ *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262.

⁵⁹ Vgl. den Beitrag „Die Jagd nach dem Müll“ FAZ v. 25.10.2005, S. 13.

⁶⁰ Vgl. OVG Hamburg, ZUR 2011, 480 = BeckRS 2011, 49601; OVG Münster, DVBl 2011, 964 = BeckRS 2011, 51412; OVG Sachsen, Beschl. v. 10. 6. 2011 – 4 B 355/10, BeckRS 2011, 51955; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13. 10. 2011 – OVG 11 S 67/10, BeckRS 2011, 55280.

IV. Neuregelung der gewerblichen Sammlung

Um auch den unionsrechtlichen Anforderungen an eine wettbewerbliche Öffnung gerecht zu werden, regelt § 17 KrWG die Überlassungspflichten seit 2012 neu und normiert zudem in § 18 KrWG ein detailliertes Anzeigeverfahren für gewerbliche Sammlungen.⁶¹ Zu erwähnen ist auch die weite Definition des Begriffs der gewerblichen Sammlung in § 3 Abs. 18 KrWG, die ausdrücklich die vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmen und Privathaushalten mitumfasst. Diese Änderungen wurden jedoch schon im Gesetzgebungsverfahren überaus kontrovers diskutiert und fanden erst im Vermittlungsverfahren ihre endgültige Ausgestaltung.⁶² Und auch die EU-Kommission beanstandete die enge Auslegung des BVerwG in Bezug auf die Zulassungsanforderungen gewerblicher Sammler.⁶³ Verbleibende Eingriffe in die Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit können aber in vertretbarer Weise mit der primärrechtlichen Regelung in Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden, der die Normierung einer kommunalen Überlassungspflicht grundsätzlich ermöglicht, wenn die Erfüllung der kommunalen Entsorgungsaufgabe andernfalls „rechtlich oder tatsächlich verhindert“ würde.⁶⁴

V. Fazit

Das KrWG zielt mit seiner Neuregelung der gewerblichen Sammlungen darauf ab, das weite Monopol der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beim Hausmüll, welches durch das Altpapier-Urteil des BVerwG nochmals verstärkt wurde, wieder einzugrenzen und somit den europarechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Der notwendige Schutz der kommunalen Daseinsvorsorge ist somit insgesamt über die Zulässigkeitsanforderungen der gewerblichen Sammlung sichergestellt.⁶⁵ Eine Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsträgers besteht nach der Konkretisierung im KrWG erst, wenn entgegenstehende überwiegende Interessen vorhanden sind und es dadurch zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers kommt.⁶⁶

Das Altpapier-Urteil bestätigt einmal mehr, wie eng auch das deutsche Umweltrecht heutzutage mit dem EU-Recht verflochten ist. Ob die Privatwirtschaft es zukünftig schaffen wird, die mit der Kreislaufwirtschaft einhergehenden Verpflichtungen ordnungsgemäß zu erfüllen, oder ob doch wieder stärker auf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zurückgegriffen werden muss, bleibt abzuwarten.

D. Konzentrationsflächenplanung in die Sackgasse?

I. Einführung

Der Ausbau der erneuerbaren Energien ist in jüngerer Zeit stark in den klimaschutzpolitischen sowie seit dem 24.02.2022 auch in den (energie-)sicherheitspolitischen Fokus

⁶¹ Vgl. zum neuen KrWG den Überblick bei *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 ff.

⁶² *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (525).

⁶³ Auskunftersuchen der Kommission zu den deutschen Haushaltsabfällen (COMP/B-1/39734) v. 09.04.2010.

⁶⁴ Vgl. näher dazu *Gärditz/Kahl*, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 70 m.w.N.

⁶⁵ *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (527).

⁶⁶ *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (526 f.).

gerückt.⁶⁷ Eine zentrale Säule der erneuerbaren Energien ist die Windenergie.⁶⁸ Allerdings ist festzustellen, dass der Windenergieausbau seit mehreren Jahren ins Stocken geraten⁶⁹ und hinter dem Ausbaupfad zurückgeblieben ist.⁷⁰ Dies hat nicht zuletzt mit der Konzentrationsflächenplanung als wesentlichem bauplanungs- und raumordnungsrechtlichem Element der Windenergieplanung zu tun. Die Anforderungen an die Konzentrationsflächenplanung wurden maßgeblich durch die Rechtsprechung des BVerwG entwickelt und geprägt.⁷¹ Diese Rechtsprechung und deren Folgen für die Praxis zu beleuchten, ist Ziel dieses Beitrags.

II. Anforderungen des BVerwG an die Konzentrationsflächenplanung

Die jüngere Entwicklung der Windenergieplanung begann – wie hätte es anders sein können – mit dem Bundesverwaltungsgericht. Der 4. Senat des BVerwG lehnte 1994 die Außenbereichsprivilegierung einer Windenergieanlage auf der Insel Föhr ab.⁷² Dadurch sah sich der Gesetzgeber auf den Plan gerufen und führte die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich ein.⁷³ Als Ausgleich wurde gleichzeitig der heutige § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eingeführt, wonach für gem. § 35 Abs. 1 Nr. 2-6 BauGB privilegierte Vorhaben sog. Konzentrationsflächen ausgewiesen werden können, jenseits derer die öffentlichen Belange diesen Vorhaben in der Regel entgegenstehen. Damit stellte sich die Frage, welche rechtlichen Anforderungen an eine solche Ausweisung durch eine Konzentrationsfläche zu stellen sind.⁷⁴

Ausgangspunkt der vom BVerwG entwickelten Anforderungen ist, dass die Darstellung von Konzentrationsflächen mit der Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erfordert, dass ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept vorhanden ist.⁷⁵ Für die Prüfung, ob ein solches vorliegt, hat das BVerwG in seiner Rechtsprechung zur Konzentrationsflächenplanung einen Vierschritt entwickelt:⁷⁶ Zuerst muss der Planungsträger sogenannte „harte Tabuzonen“ lokalisieren. Dabei handelt es sich um solche Flächen, auf denen eine

⁶⁷ Exemplarisch hierfür insbesondere das „Osterpaket“ zum Ausbau erneuerbaren Energien, siehe dazu *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577; *Zenke*, EnWZ 2022, 147.

⁶⁸ *Kümper*, DÖV 2021, 1056 (1056); Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 5; im Jahr 2022 entfiel auf Windkraft ca. 51 % der Netzeinspeisung durch erneuerbare Energieträger (vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 090 v. 09.03.2023).

⁶⁹ Vgl. *Bovet/Dross/Kindler*, NVwZ 2020, 754: der Ausbau sei „faktisch zum Erliegen gekommen“; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 8 ff.

⁷⁰ Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 10.

⁷¹ *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434.

⁷² BVerwGE 96, 95.

⁷³ Sog. „Windenergienovelle 1996“ (Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996, BGBl. I S. 1189, damals in § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB, heute § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB; vgl. *Külpmann*, DVBl. 2019, 608 (609)).

⁷⁴ Vgl. *Külpmann*, DVBl. 2019, 608 (609); *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1735 f.).

⁷⁵ So bereits in der Sache BVerwGE 77, 300 (Kölner Nassauskiesung); dieser Gedanke wurde vom Gesetzgeber bei der Einführung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufgegriffen, vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁷⁶ *Marquard*, ZUR 2020, 598 (600 ff.); Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 2), S. 46 ff.; *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735; eine frühe Darstellung findet sich bei *von Nicolai*, ZUR 2004, 74.

Windenergienutzung aus tatsächlichen⁷⁷ oder rechtlichen⁷⁸ Gründen unmöglich ist.⁷⁹ Im zweiten Schritt muss der Planungsträger „weiche Tabuzonen“ identifizieren.⁸⁰ Dies sind Flächen, auf denen es aus städtebaulichen⁸¹ oder raumordnerischen⁸² Gründen keine Windenergienutzung geben soll.⁸³ Hiernach verbleiben die sog. „Potentialflächen“. Bei ihnen muss der Planungsträger im dritten Schritt eine Abwägung der konkurrierenden Raumnutzungsinteressen vornehmen, um die Flächen festzulegen, die schlussendlich die Konzentrationsfläche für die Windenergie bilden soll.⁸⁴ Im vierten und letzten Schritt müssen die dann für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen darauf überprüft werden, ob sie dem Substanzgebot genügen. Dies erfordert, dass der Windenergie „in substantzieller Weise“⁸⁵ Raum verschafft wird.

III. Hintergründe der Rechtsprechung

Die Idee hinter der Konzentrationsflächenplanung war, die bauplanerische bzw. raumordnerische Hoheit zu schützen.⁸⁶ Durch die Sperrwirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB jenseits der Konzentrationsflächen sollte eine unerwünschte „Verspargelung“⁸⁷ der Landschaft verhindert werden. Zahlreiche Planungsträger erkannten dies aber als Möglichkeit, eine „NIMBY“-Politik⁸⁸ zu betreiben und mittels der Konzentrationsflächenplanung den Bau von Windenergieanlagen zu verhindern.⁸⁹ Damit konfrontiert, formulierte das BVerwG das Substanzgebot, um solche Verhinderungsplanungen zu verhindern.⁹⁰

Hintergrund der Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen war, dass aus Sicht des BVerwG für beide ganz unterschiedliche Rechtsregime anzuwenden waren: Für harte Tabuzonen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB, da es dabei um nicht der Abwägung unterliegende Planungshindernisse gehe und für weiche Tabuzonen § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG, da es um eine planerische Abwägung gehe.⁹¹

⁷⁷ Z.B. Flächen mit fehlender Windhöflichkeit.

⁷⁸ Z.B. Naturschutzgebiete; Flächen, die zur Einhaltung der TA Lärm erforderlich sind; weitere Beispiele: *Marquard*, ZUR 2020, 598 (601 f.).

⁷⁹ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569); noch ohne die Differenzierung harter und weicher Tabuzonen: BVerwGE 117, 287; BVerwG, NVwZ 2008, 559 (560).

⁸⁰ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (234); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569).

⁸¹ Bei Darstellung im Flächennutzungsplan.

⁸² Bei Darstellung in Raumordnungsplänen, i.d.R. Regionalplänen.

⁸³ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569 f.).

⁸⁴ BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (232 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569).

⁸⁵ BVerwGE 117, 287 (295); BVerwGE 118, 33 (37); BVerwG, NVwZ 2003, 1261 (1261); BVerwG, NVwZ 2008, 559 (560); BVerwGE 122, 109 (111); BVerwG, ZfBR 2010, 65 (66); BVerwGE 145, 231 (234); BVerwG, NVwZ 2015, 1452 (1455); BVerwGE 164, 74 (80 f.).

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁸⁷ BVerwGE 117, 287 (293).

⁸⁸ Abkürzung für Englisch „not in my backyard“ (Deutsch: „Nicht in meiner Nachbarschaft“); in Deutschland wird dieses Phänomen auch „Sankt-Florians-Prinzip“ genannt.

⁸⁹ Das BVerwG spricht dabei von einer „Feigenblatt-Planung“; vgl. BVerwGE 117, 287 (295).

⁹⁰ BVerwGE 117, 287 (295).

⁹¹ BVerwGE 145, 231 (233 f.); BVerwG, ZfBR 2013, 569 (569 f.); BVerwG, NVwZ 2013, 1017.

IV. Folgen, Probleme, Kritik

Die vom BVerwG entwickelten Anforderungen wurden oft⁹² und zum Teil hart⁹³ kritisiert. Im Wesentlichen wurden sie als zu hoch angesehen, da aus ihnen ein hoher Planungsaufwand⁹⁴ und eine hohe Rechtsunsicherheit⁹⁵ erwachse. Damit sei einher gegangen, dass die Planung erhebliche Ressourcen in Anspruch nahm und viel Zeit kostete.⁹⁶ Bezüglich der Rechtsunsicherheit war ein besonderer Kritikpunkt, dass das BVerwG eine strikte Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen forderte,⁹⁷ die in der Praxis kaum einwandfrei vornehmbar gewesen sei.⁹⁸ Zur Rechtsunsicherheit habe auch beigetragen, dass sich alte Pläne an Maßstäben messen lassen mussten, die es zum Zeitpunkt ihrer Aufstellung noch gar nicht gab.⁹⁹ Im Ergebnis führte all dies dazu, dass kaum ein angegriffener Plan eine gerichtliche Prüfung überstand.¹⁰⁰

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des BVerwG im Ergebnis zu langen Verfahren unter hoher Rechtsunsicherheit führte, was die Investitionsanreize zum Ausbau der Windenergie negativ beeinflusst haben dürfte.

V. Ausblick

Hinsichtlich der Windenergie ist die Konzentrationsflächenplanung und mit ihr die vom BVerwG entwickelten Anforderungen ein Stück weit¹⁰¹ Rechtsgeschichte geworden. § 249 Abs. 1 BauGB wurde im Juli 2022 neu gefasst, so dass § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nun nicht mehr auf Windenergieanlagen anwendbar ist.¹⁰²

⁹² Bspw.: *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, 512 (513 f.); *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1376); *Kment*, NVwZ 2022, 1153 (1153); *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen. Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 39 ff.; *Kümper*, DVBl. 2021, 1591 (1592 ff.); *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (435 ff.); *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1736); *Tyczewski*, BauR 2014, 934 (945 f.).

⁹³ Exemplarisch folgende Bezeichnungen: „Misere“ (*Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 [1369]); „Irrlehre“ (*Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 [437]); „20 Jahre verkrustete Dogmatik“ (*Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 [440]); „grenzt an ein Fiasko“ (*Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 [1736]); „schwerwiegender dogmatischer Grundfehler“ (*Wagner*, VerwArch 2020, 2020 [221]); „Kardinalsfehler“ (*Wagner*, VerwArch 2020, 220 [222]).

⁹⁴ *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1350); Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48, 51.

⁹⁵ *Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 (1370); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 40; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 49 ff.; *Tyczewski*, BauR 2014, 934 (934, 947).

⁹⁶ Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48 f.

⁹⁷ Dies grundsätzlich kritisierend: *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1352); *Kment*, DÖV 2013, 17 (19); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 41 ff.; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (442); *Wagner*, VerwArch 2020, 220 (222) bezeichnet dies sogar als „Kardinalsfehler“.

⁹⁸ Vgl. *Erbguth*, DVBl. 2015, 1346 (1350); *Kment*, Gutachten (Fn. 92), S. 40 f.; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 68), S. 48; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2019, 434 (436); a.A.: BVerwGE 145, 231 (234), „dem Plangeber wird [...] nichts Unmögliches abverlangt“.

⁹⁹ *Stüer/Stüer*, BauR 2021, 1735 (1739).

¹⁰⁰ So habe bis 2014 kein einziger Plan „überlebt“ (vgl. *Hendler/Kerkmann*, DVBl. 2014, 1369 [1370]); *Marquard*, ZUR 2020, 598 (604); sie wurden „in großer Zahl gerichtlich aufgehoben“ (*Wegner*, ZfBR 2019, 230 [230]).

¹⁰¹ Für bestehende Pläne und solche die bis zum 24.01.2024 wirksam werden enthält § 245e Abs. 1 BauGB eine Übergangsvorschrift für die Anwendbarkeit von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

¹⁰² Durch Art. 2 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (WindBGEG) vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1353).

In der Retrospektive ist die Konzentrationsflächenplanung beispielhaft dafür, wie durch Entwicklungen in der Realität die Prämissen von Recht und Rechtsprechung überholt werden können. Mag im Ausgangspunkt die Judikatur des BVerwG hinsichtlich der damaligen Interessenslage¹⁰³ passend gewesen sein, so hat sich diese in den letzten Jahren stark gewandelt. Unter den veränderten Bedingungen der Umwelt-, Klima- und Energiesicherheitspolitik ist die Förderung der erneuerbaren Energien ein überragend wichtiger Belang geworden. Allerdings verpasste das BVerwG es, diesen Umständen Rechnung zu tragen, wodurch die Konzentrationsflächenplanung mit den Anforderungen des BVerwG in eine Sackgasse geriet.¹⁰⁴ Diese Sackgasse musste schließlich der Gesetzgeber aufbrechen.

In der näheren Zukunft ist – gerade hinsichtlich des Klimawandels – von einer Zunahme der Veränderungsdynamik hinsichtlich der Prämissen von Recht und Rechtsprechung auszugehen. Insofern wäre zu wünschen, dass das BVerwG bei der Aufstellung und gegebenenfalls Anpassung eigener Maßstäbe¹⁰⁵ solche Veränderungen stärker beachtet und aus sich heraus vermeidet, dass die Rechtsprechung in eine Sackgasse führt.

E. Schluss

Nach diesem eher kritischen Beitrag soll zum guten Schluss auf ein „topaktuelles“ Urteil hingewiesen werden, das eher aus einer Sackgasse herausführt und so noch einmal die insgesamt eindeutig positive Rolle der Rechtsprechung des BVerwG für den Umweltschutz unterstreicht. Denn die Abfallvermeidung steht zwar schon seit langem in der sog. Abfallhierarchie an der Spitze.¹⁰⁶ Wie die Zahlen im vorstehenden Abschnitt C. I. zeigen, schlägt sich diese rechtliche Ausgangslage indessen nicht in der Realität nieder. Dessen ungeachtet hat das BVerwG im Jahre 1998 eine Satzung der Stadt Kassel zur Einführung einer kommunalen Verpackungssteuer u.a. wegen Verstoßes gegen einen – so erstmalig postulierten – „Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ für nichtig erklärt, weil die Satzung, so das BVerwG, dem im damaligen Abfallrecht – angeblich – zwingend angelegten Kooperationsprinzip widerspreche.¹⁰⁷

Diese Entscheidung wurde zwar vielfach kritisiert¹⁰⁸, hat aber faktisch die Bemühungen der Kommunen, durch Steuersatzungen auf eine Abfallvermeidung hinzuwirken, weitestgehend zum Erliegen gebracht. Angesichts dessen war die Erleichterung auf kommunaler Seite groß, als der 9. Senat des BVerwG am 24.05.2023 entschieden hat, dass die Stadt Tübingen nunmehr aufgrund der veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen eine Verpackungssteuer erheben darf.¹⁰⁹ Das ist nachdrücklich zu begrüßen, weil der 9. Senat auf

¹⁰³ Bei der es in erster Linie um den Ausgleich von Außenbereichsprivilegierung und Planungshoheit ging, vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7; *Stier/Stier*, BauR 2021, 1735 (1735).

¹⁰⁴ Die Benutzung des Begriffs „Sackgasse“ ist an *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, 512 (513) angelehnt.

¹⁰⁵ So ist die Konzentrationsflächenplanungsproblematik auch ein gesetzgeberisches Problem, vgl. *Kümper*, DVBl. 2021, 1591 (1593 ff.); *Marquard*, ZUR 2020, 598 (604); ausführlich: *Kment*, Gutachten (Fn. 92).

¹⁰⁶ Vgl. nunmehr Art. 4 Abs. 1 der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG und § 6 Abs. 1 KrWG.

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 98, 106.

¹⁰⁸ Vgl. hier nur den Beitrag des damaligen Präsidenten des BVerwG *Sendler*, NJW 1998, 2875.

¹⁰⁹ Vgl. die Pressemitteilung des BVerwG Nr. 40/2023 vom 24.05.2023. Die Entscheidungsgründe lagen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht vor.

diese Weise einen wertvollen Beitrag zur Stärkung des – auch für den Klimaschutz bedeutsamen – Grundsatzes der Abfallvermeidung geleistet hat.

“Kein Match: Anastasia Biefang und der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG”

Anmerkung zu BVerwG NVwZ 2022, 1622

Max Neumann und Felix Dörr*

Abstract: Das Wertegerüst der Bundeswehr, Status quo – Ein sexuell freizügiger Lebensstil muss disziplinarrechtlich geahndet werden, denn er gefährdet die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit einer Soldatin. Mit Datum vom 25.05.2022 judizierte das BVerwG, der Auftritt einer Kommandeurin auf der Dating-Plattform Tinder stelle eine Dienstpflichtverletzung dar. Der nachfolgende Beitrag führt kurz in den zugrundeliegenden Sachverhalt ein, würdigt die Entscheidungsgründe und ordnet sie kritisch in den dahinterstehenden Diskurs ein.

A. Sachverhalt¹

„Anastasia 45 Spontan, lustvoll, trans*, offene Beziehung auf der Suche nach Sex. All genders welcome.“ So lautete der Text, den die Bundeswehrkommandeurin Anastasia Biefang in ihre Profilbeschreibung auf der Dating-Plattform Tinder mit dazugehörigem Foto stellte, um so nach sexuellen Kontakten zu suchen. Davon erhielt der Dienstvorgesetzte Kenntnis und erteilte daraufhin einen einfachen Verweis. Darin wurde angeführt, dass die unkontrollierbare Art und Weise des Propagierens einer promiskuitiven Lebensweise disziplinäre Relevanz habe.

B. Problemaufriss

Die zu diskutierende Entscheidung hat im Wesentlichen zwei große Problemfelder zum Gegenstand. Eines betrifft die Frage, ob die Soldatin durch ihr Verhalten bereits tatbestandlich eine Dienstpflicht verletzt haben könnte. Mithin die Frage, inwiefern sie das Ansehen der Bundeswehr als Ganzes (§ 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 1 SG) oder die Achtung und das Vertrauen, die ihre dienstliche Stellung als Dienstortälteste und Bataillonskommandeurin erfordert (§ 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 SG), ernsthaft beeinträchtigt haben könnte. Ein weiterer zentraler und besonders polarisierender Umstand der Entscheidung betrifft den mit einem Verweis verbundenen Eingriff in das allgemeine

* Die Autoren sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Soweit es für die Aussage erforderlich ist, werden weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten dabei ausdrücklich mitgemeint. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 14.07.2023 abgerufen.

¹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2022, 1622.

Persönlichkeitsrecht der Soldatin aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in Gestalt des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung.

C. Entscheidung des BVerwG²

Schwerpunkt der Entscheidung bildet die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verweises.

Eine Beeinträchtigung des Ansehens der Bundeswehr lehnt der Senat, der Vorinstanz widersprechend, ab. Zwar hatte Biefang eine repräsentative Position inne, jedoch lässt der Auftritt auf Tinder keine Rückschlüsse auf die Bundeswehr als Institution zu, denn ein privates (Fehl-)Verhalten eines Soldaten ist der Bundeswehr grundsätzlich nicht zuzurechnen. Dies wäre anders zu beurteilen, wenn sie sich z.B. in Uniform gezeigt hätte.

Hinsichtlich einer Beeinträchtigung der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit Biefangs widerspricht der Senat dem Truppendienstgericht allerdings in nur einem wesentlichen Punkt.

Zutreffend festgestellt habe es zunächst, dass die Anforderungen an die Integrität von der konkreten dienstlichen Stellung abhängen. Als Kommandeurin und Standortälteste war somit ein in besonderem Maße integrires Verhalten von Biefang zu verlangen. Darüber hinaus muss die Beeinträchtigung des eigenen Ansehens nicht konkret eingetreten sein. Es reicht ein Verhalten, dass aus Perspektive eines objektiven Dritten geeignet ist, die eigene Integrität zu schädigen. Dem Senat genügt insoweit der "böse Schein".

Sodann nähert sich der Senat den wesentlichen Fragen. Vorab stellt er klar, dass die Soldatin mit dem Bekanntwerden des Tinder-Profiles und infolgedessen auch mit der Identifizierung ihrer Person rechnen musste. Das Bekanntwerden zog daraufhin negative Auswirkungen hinsichtlich der Bewertung von Biefangs Integrität durch Dritte nach sich. Das Werben um sexuelle Kontakte und die folgende Praxis des Geschlechtsverkehrs mit häufig wechselnden Partnern widerspreche den Wertvorstellungen breiter Bevölkerungskreise. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Kontakt mit häufig wechselnden Geschlechtspartnern im westlichen Kulturkreis weitgehend toleriert wird. Insbesondere in traditionsorientierten militärischen Verbänden und im ländlichen Raum sei das Werteverständnis der Einehe sowie der ehelichen Treue beheimatet. Das könne die Annahme rechtfertigen, dass sich das Werben auf Tinder um andere Geschlechtspartner außerhalb ihrer eigenen Ehe negativ auf das Ansehen Biefangs nicht nur in der regionalen Öffentlichkeit, sondern besonders auch innerhalb der Truppe auswirke.

Allerdings hat das Truppendienstgericht eine unzutreffende und unvollständige Gesamtwürdigung hinsichtlich der näheren Bestimmung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht vorgenommen. In eine solche Gesamtwürdigung muss stets einfließen, inwiefern dem fraglichen Verhalten grundrechtlicher Schutz zugutekommt. Hierbei ist § 17 Abs. 2 S. 3 SG nach der Wechselwirkungslehre im Lichte der Grundrechte auszulegen. Verkannt wurde dabei Bedeutung und Tragweite des allgemeinen

² Vgl. für das Folgende BVerwG, NVwZ 2022, 1622 (1623 ff.).

Persönlichkeitsrechts in seiner besonderen Ausformung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Der Senat bestätigt hier zunächst, dass der grundrechtliche Schutzbereich auch die Bekanntgabe seiner persönlichen Partnerschaftsinteressen sowie die Suche nach sexuellen Kontakten auf Dating-Plattformen umfasst. Bekanntgabe und Suche erfolgen hierbei im Bereich der Sozialsphäre, sodass der grundrechtliche Gewährleistungsbereich unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Beschränkungen erfahren kann. Gleichsam bejaht er eine Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht. Der Profiltext sei – auch wenn dies bei objektiver Betrachtung nicht tatsächlich der Fall sei – bei einem ersten Durchlesen dazu geeignet, den falschen Eindruck eines wahllosen Sexuallebens zu erwecken. Um der dienstlichen Akzeptanz willen sowie zur glaubhaften Ausübung der integrativen und disziplinarrechtlichen Aufgaben (insbesondere der Ahndung von sexistischen Äußerungen und sexuellen Belästigungen) müsse die Soldatin bei der Wahl der Worte Rücksicht auf ihre berufliche Stellung nehmen. Der einfache Verweis sei mit Blick auf dessen milde Wirkung überdies angemessen.

D. Bewertung

Den Ausführungen des BVerwG muss bereits jenseits etwaiger grundrechtlicher Überlegungen kritisch begegnet werden.

Der Senat beurteilt das Verhalten nach Maßgabe der Wertevorstellungen breiter Bevölkerungskreise. Es unterstellt damit, dass große Teile der Gesellschaft von der Eihe bzw. einer monogamen Beziehung als moralisches Leitbild ausgehen, weshalb der Kontakt mit häufig wechselnden Sexualpartnern diesem Leitbild widerspreche und damit die moralische Integrität konterkariere. Hierfür wird jedoch keine Evidenz geliefert. Unterstellte man, dass weite Gesellschaftsteile tatsächlich eine derartige Lebensweise verpönnen, weshalb sie jene Menschen für wenig integer halten, so darf es hierauf im Rahmen des § 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 SG nicht ankommen.³ Die Ratio der zweiten Alternative besteht in der Wahrung der Achtung ggü. Untergebenen und Gleichgestellten sowie in der Aufrechterhaltung des Vertrauens ggü. Vorgesetzten.⁴ Die Vorstellungen breiter Bevölkerungskreise können daher nur bzgl. § 17 Abs. 2 S. 3 Alt. 1 SG relevant sein, der gerade auf das Bild der Bundeswehr bei Außenstehenden abstellt und dessen Verletzung der Senat zutreffend verneint hat. Insofern muss es auf die Leitvorstellungen der Bundeswehrangehörigen ankommen.⁵

Diese Feststellungen des Gerichts sind in der Sache nicht nur bar einer Evidenz, sondern gar evident zu widerlegen. Auch wenn (und gerade weil) es keine Erhebungen der Bundeswehr oder etwa des Potsdamer Zentrums für Militärgeschichte und Sozialwissenschaften gibt, zeigen inzwischen internationale Studien, dass eine offen gelebte Sexualität ggü. heteronormativen Wertevorstellungen die Funktionsfähigkeit des

³ Hofmann, RuP 2022, 384 (392); Heinemann, NVwZ 2022, 1622 (1626 f.).

⁴ BVerwGE 86, 188 (199).

⁵ Hofmann, RuP 2022, 384 (392).

Militärs und damit mittelbar auch die moralische Integrität von Vorgesetzten nicht beeinflusst.⁶

Ein zentrales Problemfeld liegt in den Erwägungen, die der Senat zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht anstellt. Zum Gewährleistungsgehalt der freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch die selbstbestimmte Entfaltung im Sexualbereich.⁷ Regelmäßig wird Sexualität nicht allein gelebt, weshalb das Grundrecht in dieser Hinsicht auch die Suche nach sexuellen Kontakten durch das Thematisieren der eigenen Begehren schützt.⁸ Daher ist die Suche nach Sexualpartnern auf Tinder vom Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung mit umfasst. Der Verweis greift in jenes dergestalt ein, als er Biefang verwehrt, auf die oben beschriebene Art und Weise zukünftig nach Sexualpartnern zu suchen.

Die Intensität jenes Eingriffs bemisst sich nach der sog. Sphärentheorie.⁹ Nach dieser sind Eingriffe in die absolut geschützte Intimsphäre, den Kernbereich privater Lebensgestaltung, nicht zu rechtfertigen.¹⁰ Eingriffe in die ihr nachgelagerte Privatsphäre hingegen schon und diese wiegen grundsätzlich schwer, wohingegen Eingriffe in die vom Persönlichkeitsrecht allenfalls tangierte Sozialsphäre die geringste Intensität aufweisen.¹¹

Durch die Annonce auf Tinder nehmen andere Nutzer vom sexuellen Begehren Biefangs notwendigerweise Kenntnis, weshalb diese nicht in ihrer Intimsphäre betroffen ist.¹² Da Biefang auf Tinder anderen Menschen ihre Partnerschaftsinteressen bekannt gibt und mit ihnen im Internet und damit potenziell in einem Bereich, der zwangsläufig von der Umwelt nicht abgeschnitten werden kann,¹³ interagiert, ordnet der Senat das Verhalten der Sozialsphäre zu. Dem ist zu widersprechen.

Der Schutz der Privatsphäre wird in Form einer Rückzugsmöglichkeit in einen Raum gewährleistet, in welchem sich das Individuum frei von drohenden staatlichen Eingriffen oder gesellschaftlichen Sanktionen bewegen kann.¹⁴ Einen solchen virtuellen Raum stellt Tinder, als geschlossenes System dar.¹⁵ Der Dienst hat nur eine begrenzte Nutzerzahl. Mögliche Partner im näheren Umfeld werden aufgrund der regionalen Suchfunktion zuerst angezeigt und der Zugang ist nur mittels Account möglich. Das Verbreiten eines Profils verstößt darüber hinaus gegen die, der gemeinsamen Plattformnutzung zugrundeliegenden,

⁶ *Belkin/Levitt*, *Armed Forces & Society* 2001, 541 (558); *Lowrey*, *Repealing Don't Ask, Don't Tell*, S. 165; vgl. auch *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (391).

⁷ *BVerfGE* 47, 46 (73); *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 200; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2, Rn. 61.

⁸ Vgl. *BVerwG*, *NVwZ* 2022, 1622 (1625); *Hofmann*, *RuP* 2022, 304 (308).

⁹ *Sodan*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, *StaatsR*, 2. Aufl. 2022, § 87, Rn. 34, 36.

¹⁰ Vgl. *BVerfGE* 6, 32 (41).

¹¹ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 160.

¹² So auch *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (389); vgl. *BVerfGE* 80, 367 (374).

¹³ Vgl. *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 99 Lfg. 2022, GG, Art. 2, Rn. 160.

¹⁴ *BVerfGE* 27, 1 (6); 90, 255 (260).

¹⁵ Zu „virtuellen Raum“: Vgl. *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2, Rn. 58.; *Hofmann*, *RuP* 2022, 384 (389).

AGB,¹⁶ weshalb kein Nutzer mit einer derartigen Veröffentlichung rechnen muss.¹⁷ Biefang soll sich in Tinder zurückziehen und dort ihre Persönlichkeit im Sexualbereich frei entfalten dürfen. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Verhaltens für die sexuelle Identität ist es deswegen der Privatsphäre zuzurechnen, woraus sich eine erhöhte Eingriffsintensität ergibt.

Das Grundrecht der Soldatin auf sexuelle Selbstbestimmung steht vorliegend mit dem zur Landesverteidigung (Art. 87a GG) bedeutsamen Zweck der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr in Konflikt.

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht können nur durch überwiegende Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden.¹⁸ Obwohl dem o.g. Zweck eine wichtige Bedeutung zukommt, beinhaltet er nach bisheriger Rechtsprechung jedoch keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit.¹⁹ Hinzu kommt, dass insbesondere reine Moral- und Sittlichkeitsvorstellungen einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung nicht rechtfertigen können.²⁰ Studien belegen, dass eine offen gelebte Sexualität die Funktionsfähigkeit des Militärs nicht beeinträchtigt. Während der Nutzen des Verweises sich als gering erweist, wird durch ihn ein elementarer Bestandteil der sexuellen Selbstbestimmung – namentlich die Möglichkeit, sich in einen Raum zurückziehen zu können und ohne Furcht vor hoheitlicher Sanktion, das eigene Begehren zu thematisieren, sowie sexuelle Kontakte zu suchen – faktisch abgeschnitten.

Wie die Bundeswehr in ihrem Internetauftritt beteuert, sind Soldaten und Soldatinnen in der Mitte unserer Gesellschaft zu verorten, der Mensch stünde demnach im Fokus.²¹ Als Staatsbürger in Uniform gelten auch für sie die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte. Wenn sich folglich Selbstbild (der Marketingabteilung) der Bundeswehr und die tatsächlichen Handlungen ihrer Bediensteten derart opponieren, so muss die Frage in den Raum gestellt werden, ob die gerne kommunizierten Werte der Bundeswehr letztlich auch in dieser Form durch „die Truppe“ gelebt und durch die Rechtsprechung anerkannt werden. Das Urteil gibt zumindest Anlass dazu, ernsthafte Bedenken zu entwickeln. Das BVerwG legt der tatbestandlichen Abwägung weitgehend tradierte Maßstäbe zugrunde, die nicht evident belegt werden. Auch die entsprechenden grundrechtlichen Erwägungen scheinen nicht mit der Tragweite und Tiefe des verfassungsrechtlichen Gebots auf sexuelle Selbstbestimmung vereinbar. Der Senat ringt augenscheinlich mit dem Umstand, dass das Tinder-Profil Biefangs keinerlei Bezug zur Bundeswehr hat.²² Die Argumentation, mit der er diesen Bezug herstellen will, steht auf tönernen Füßen. Da die Soldatin inzwischen Verfassungsbeschwerde eingereicht hat, sehen wir einer zu erhoffenden Korrektur der besprochenen Entscheidung durch das BVerfG entgegen.

¹⁶ Vgl. Tinder-Nutzungsbedingungen v. 19.11.2021, Nr 8.

¹⁷ Vgl. *Hofmann*, RuP 2022, 384 (389 f.).

¹⁸ Vgl. st. Rspr. BVerfGE 32, 373 (380).

¹⁹ *Hofmann*, RuP 2022, 384 (390).

²⁰ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 408.

²¹ Bundeswehr, Der Mensch im Fokus; Bundeswehr, Die innere Führung, Was bedeutet innere Führung.

²² Vgl. auch *Heinemann*, NVwZ 2022, 1622 (1626); *Hufen*, JuS 2023, 377 (379).

Pastiches und der neue § 51a UrhG

Grundlagen, Auslegung und Rechtsfolgen

Maja Ansoaldis Brandes*

Abstract: Das Nutzen fremder Werke als Karikaturen, Parodien oder Pastiches wird insbesondere durch die Digitalisierung wesentlich erleichtert. Die Schranken des Urheberrechts müssen an diese Modernisierung angepasst werden, um die Kunst- und Meinungsfreiheit zu schützen. Der neue § 51a UrhG soll und muss die urheberrechtliche Lücke zum Schutz kreativer moderner Schaffensformen schließen und erscheint im Zuge der Digitalisierung unabdingbar. Fraglich ist nur, wie weit die Grenzen für diesen Schutz gezogen werden sollten und inwiefern sie dann überhaupt noch schützen.

A. Einleitung

Aufgrund der DSM-RL¹ hat der dt. Gesetzgeber eine neue Schranke eingeführt: § 51a UrhG. Dieser folgte auf zwei Diskussionsentwürfe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)² und einen darauffolgenden, die beiden verbindenden, Referentenentwurf³.

Mit der Umsetzung des Art. 17 Abs. 7 Unterabs. 2 lit. b DSM-RL ist nun erstmals eine explizite gesetzliche Erlaubnis zum Zweck der Karikatur, der Parodie und vor allem auch des Pastiches im dt. Urheberrecht normiert. Der Paragraph führt aber nur teilweise zu Neuerungen in der Rechtspraxis. Karikaturen und Parodien, nicht jedoch Pastiches,⁴ konnten auch schon vor der Einführung des § 51a UrhG zustimmungsfrei veröffentlicht werden, da sie nach ständiger Rechtsprechung unter die freie Benutzung gem. § 24 UrhG aF gefasst wurden.⁵

* Die Autorin hat Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig studiert. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Schrankenbestimmungen des Urheberrechts“ bei Prof. Dr. Christian Berger im Wintersemester 2022/23 zugrunde. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 02. Juni 2023 abgerufen.

¹ Richtlinie (EU) 2019/790 v. 17.04.2019.

² BMJV Entwurf v. 15.01.2020; BMJV Entwurf v. 24.06.2020.

³ BMJV Entwurf v. 13.10.2020.

⁴ BGH GRUR 2020, 843 (849) Rn. 65 (Metall auf Metall IV).

⁵ Vgl. BGH GRUR 2017, 895 (899) (Metall auf Metall III); BGH GRUR 2016, 1157 (auf fett getrimmt); BGH GRUR 2003, 956 (Gies-Adler); Stieper, GRUR 2020, 699 (705); Spindler, in: Schuster/Wiebe, UrhG, 4. Aufl. 2019, § 24 aF Rn. 10 f.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 6. Aufl. 2020, §24 aF Rn. 28.

Der EuGH hat entschieden, dass § 24 UrhG aF mit Art. 5 InfoSoc-RL⁶ nicht vereinbar sei.⁷ Damit hat er den Weg für den neuen § 51a UrhG und den damit einhergehenden Einzug der Begriffe Parodie, Karikatur und Pastiche in das Urhebergesetz gebnet.

Dieser Aufsatz befasst sich mit der Auslegung, deren Folgen und der Frage, ob § 51a UrhG seinen Zweck erfüllt. Grundlage für diese Diskussion werden sowohl die Richtlinien,⁸ die Gesetzesbegründung⁹ und zwei kritische Stimmen aus der Literatur bilden.

B. Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen

I. Auslegung der Begriffe

Da die Begriffe „Parodie“¹⁰ und „Karikatur“¹¹ weitestgehend eindeutig ausgelegt werden können, wird hier nur auf den Begriff des Pastiche näher eingegangen.

Zu beachten ist, dass die Grenzen zwischen allen Formen verschwimmen können,¹² und keine der Nutzungen selbst ein Werk darstellen muss.¹³

Der Pastiche ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts und muss deshalb grundsätzlich im Lichte europarechtlicher Vorgaben ausgelegt werden.¹⁴ Weder die DSM-RL, noch die InfoSoc-RL enthalten Definitionen. Auch existiert bis dato diesbezüglich keine Entscheidung des EuGH.

In Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung von EU-Richtlinien, scheint es deshalb geboten, den Begriff nicht nach dem üblichen Auslegungskanon,¹⁵ sondern nach dem „gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang er verwendet wird und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden“.¹⁶

1. Gewöhnlicher Sprachgebrauch

Zur Ermittlung des „gewöhnlichen Sprachgebrauchs“ wird die Historie und der Wortlaut des Begriffs betrachtet.¹⁷ „Pastiche“ stammt aus dem Französischen und bedeutet

⁶ Richtlinie (EU) 2001/29/EG v. 22.05.2001.

⁷ EuGH, C-476/17, [ECLI:EU:C:2019:624](#) (Pelham).

⁸ Richtlinie (EU) 2019/790 v. 17.04.2019; Richtlinie (EU) 2001/29/EG v. 22.05.2001.

⁹ BT-Drs. 19/27426.

¹⁰ Sie ist eine formungebundene Auseinandersetzung mit einem bestehenden Werk, die wahrnehmbare Unterschiede zum Originalwerk aufweist. Wesentlich ist eine Darstellung von Humor oder Verspottung. (vgl. BT-Drs. 19/27426, 90; *Gies*, LLJ 2022, 1 (4 f.)).

¹¹ Sie stellt überspitzt Personen, Sachen oder Geschehnisse dar und orientiert sich dabei an deren wesentlichen charakteristischen Merkmalen, anstatt auf ein bestehendes Werk direkten Bezug zu nehmen. (BT-Drs. 19/27426, 91).

¹² Vgl. BGH GRUR 2003, 956 (Gies-Adler).

¹³ Anders als bei der bisherigen Einordnung über § 24 UrhG aF: BT-Drs. 19/27426, 90; *Döhl*, ZUM 2020, 740 (744).

¹⁴ EuGH C-201/13 [ECLI:EU:C:2014:2132](#), Rn. 14 f. (Deckmyn); *Stieper*, GRUR 2020, 699 (701).

¹⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1. 1840, S. 213.

¹⁶ EuGH C-201/13 [ECLI:EU:C:2014:2132](#), Rn. 19 (Deckmyn).

¹⁷ EuGH C-201/13 [ECLI:EU:C:2014:2132](#) (Deckmyn).

„Nachahmung“.¹⁸ Der Duden und das digitale Wörterbuch der deutschen Sprache konkretisieren ihn als „Nachahmung des Stiles und der Ideen eines Autors“.¹⁹ Unstrittig ist, dass es sich bei einem Pastiche um ein Kunstwerk (i.w.S) handelt, das das vorangegangene Werk eines anderen Künstlers erkennbar imitiert.²⁰ Insoweit ist es allerdings schwer von der Parodie zu unterscheiden. Problematisch erscheint auch, dass der „gewöhnliche Sprachgebrauch“ in unterschiedlichen künstlerischen Genres divergiert.²¹ In der bildenden Kunst und Literatur ist der Begriff schon seit dem 17. Jahrhundert gebräuchlich.²² Er reicht von Stil-Nachahmungen über Collagen, bis hin zu Kunstwerken, die gar nicht mehr nach realen Motiven, sondern ausschließlich Werken vorheriger Künstler erstellt werden. In der Musik bedeutet der Begriff, dass ein Werk aus anderen Werkstücken zusammengesetzt wird.²³ Gerade die persönlichen Beweggründe des Künstlers beim Erstellen des Pastiche sind sehr vielseitig und umstritten. Wie bei der Parodie können sie somit nicht als Abgrenzungsmöglichkeit fungieren.²⁴ Die Auffassungen und Anwendungsfelder des Begriffs sind somit nicht nur bezüglich der Kunstform sehr weitreichend. Auch weil der Begriff „veraltet“ ist,²⁵ ist es nicht möglich, einen gewöhnlichen Sprachgebrauch festzustellen, der nicht uferlos ist und über den sehr allgemeinen Rahmen des „Nachahmens eines Stils“ hinausgeht. Genau das wäre aber notwendig, um eine trennscharfe Abgrenzung zu Parodie oder Karikatur zu schaffen. Es bedürfte für das reine Nachahmen eines Stils auch keiner Schrankenbestimmung, da der Stil per se nicht urheberrechtlich geschützt ist.²⁶ Die Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann somit zu keinem sinnvollen Ergebnis führen.

2. Normzweck

Für eine exaktere Auslegung des Begriffs sollte deshalb auf den Normzweck abgestellt werden. Relevant ist dabei zunächst der EG 70 der DSM-RL. Er spricht der Schranke eine besonders wichtige Stellung für die Verwirklichung der europäischen Grundrechte der freien Meinungsäußerung und der Kunstfreiheit zu. Daraus allein lassen sich noch keine Rückschlüsse auf die Auslegung der Begriffe ziehen, da von einer weiten Auslegung der Nutzer profitieren würde und von einer engeren wiederum der Urheber. Es zeigt vielmehr, wie relevant eine Auslegung im Einzelfall ist.²⁷

¹⁸ <https://de.wikipedia.org/wiki/Pastiche>.

¹⁹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Pastiche>; <https://www.dwds.de/wb/Pastiche>.

²⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Pastiche>.

²¹ *Stieper*, GRUR 2020, 702; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675 (676 ff.); Brockhaus, Bd. 21, 88.

²² <https://de.wikipedia.org/wiki/Pastiche>.

²³ *Ohly*, GRUR 2017, 964 (968).

²⁴ *Stieper*, GRUR 2020, 699.

²⁵ Gegenteilig: *Döhl*, ZGE 2020, 380 (425).

²⁶ BT-Drs. 19/27426, 91; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 45; *Stieper*, GRUR 2020, 702; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733 (738).

²⁷ Einige Stimmen wollen den Pastiche deshalb bis zu einer Entscheidung des EuGH als Auffangtatbestand werten (*Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 15) bzw. erkennen diese Wertung sogar im Referentenentwurf selbst (*Döhl*, ZGE 2020, 380 (382)).

Zur genauen Festlegung des Normzwecks muss auf die Erwägungen des dt. Gesetzgebers, dem ein kleiner Spielraum bei der Auslegung der Begriffe des Art. 5 InfoSoc-RL zusteht,²⁸ zurückgegriffen werden.

Die Gesetzesbegründung ermöglicht keine klare Abgrenzung zu Parodie oder Karikatur. Sie zeigt aber auf, dass gerade im digitalen Rahmen eine weite Auslegung des Begriffs in Bezug auf verschiedene Formen der „imitierenden und anlehrenden Kulturtechniken“ als „prägendes Element der Intertextualität und des zeitgemäßen kulturellen Schaffens und der Kommunikation im ‚Social Web‘“ gewünscht ist.²⁹ Eben dies verdeutlicht die Nennung verschiedener Beispiele: „Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction oder Sampling“.³⁰ Damit wird auch ersichtlich, dass eine offene und weit ausgelegte Schranke der schnellen Entwicklung von Kunstformen im Internet dienen soll. Im Zuge dessen sieht die Gesetzesbegründung sogar „grundsätzlich auch die urheberrechtlich relevante Übernahme fremder Werke oder Werkteile“ vor und lässt die Grenze zu „zitierende[n], imitierende[n] und anlehrende[n] Kulturtechniken“ verschwimmen.³¹

So lässt sich zunächst nur der Wille einer weiten, die digitalen Kunstformen einschließenden Auslegung bestimmen. Zur genaueren Ermittlung des Normzwecks gehe ich im Folgenden auf zwei Stimmen aus der Literatur ein.

a) Anlehnung, Eigenständigkeit und innerer Zusammenhang

*Kreutzer*³² behauptet, dass sich noch deutlichere Charakteristika für die urheberrechtliche Auslegung des Pastiche ablesen lassen.

Die *Anlehnung* lässt sich nach *Kreutzer* aus der Gesetzesbegründung: „gesetzlich erlaubten anlehrenden Nutzungen, [die] an ein oder mehrere vorbestehende Werke erinnern“³³ entnehmen. Dies kann, um den Schutzbereich der Schranken des Urheberrechts überhaupt zu berühren, keinesfalls nur eine reine Stilmachung sein.³⁴ *Kreutzer* definiert die *Anlehnung* als „Übernahme eigenschöpferischer Elemente eines oder mehrerer vorbestehender Werke“.³⁵

Damit grenzt er den Schaffensraum einerseits nicht zu weit ein und verdeutlicht andererseits, dass es sich nicht um die reine Nachahmung eines Stils handeln kann.

²⁸ Vgl. EuGH, C-469/17, [ECLI:EU:C:2019:623](#), Rn. 57 (Afghanistan Papiere); EuGH, C-516/17, [ECLI:EU:C:2019:625](#), Rn. 40 ff. (Reformistischer Aufbruch).

²⁹ BT-Drs. 19/27426, 91.

³⁰ BT-Drs. 19/27426, 91.

³¹ BT-Drs. 19/27426, 91.

³² *Kreutzer*, [Der Pastiche im Urheberrecht](#).

³³ BT-Drs. 19/27426, 90.

³⁴ BT-Drs. 19/27426, 91; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, *UrhG*, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 45, 46e; *Stieper*, *GRUR* 2020, 699.

³⁵ *Kreutzer*, [Der Pastiche im Urheberrecht](#), S. 15; vgl. *Stieper*, *GRUR* 2020, 792 (797).

Die *Eigenständigkeit* entnimmt *Kreutzer* der Passage: „wahrnehmbare Unterschiede zum Originalwerk“.³⁶ Relevant ist zunächst, dass sich der Begründungstext eindeutig von der BGH-Rechtsprechung zu § 24 UrhG aF abwendet und kein „Verblässen“ des Originalwerks verlangt.³⁷ Der Pastiche setzt sich offenkundig mit dem Originalwerk auseinander. Die *Eigenständigkeit*, so *Kreutzer* mit Verweis auf den Schlussantrag des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón im Deckmyn-Fall,³⁸ soll aber gerade darin bestehen, dass das Ausgangswerk oder Bestandteile dessen wiederum mit eigenen Bestandteilen vermischt werden.³⁹

Die *Eigenständigkeit* unterteilt er dabei anlehnend an die BGH-Rechtsprechung zur freien Benutzung⁴⁰ in „inneren“, mehr inhaltlich zu verstehenden und „äußeren“, mehr formal zu verstehenden „Abstand“. Beide Teilaspekte könnten sich dabei auch gegenseitig aufwiegen, so dass am Ende nur einer der beiden erfüllt ist.⁴¹

Abschließend definiert *Kreutzer* die *Eigenständigkeit*, indem er den Pastiche als „ein eigenständiges kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt, das vorbestehende Werke enthält, sich aber in seiner geistig-ästhetischen Wirkung von den entlehnten Quellen „wahrnehmbar unterscheidet“⁴² benennt.

Der letzte Aspekt ist der *innere Zusammenhang*. Dieser bezeichnet den Bezug der Nutzung zum Werk. Hierbei spricht *Kreutzer* von einer gewissen Interaktion zwischen beiden. Diese Interaktion bedürfe keiner inhaltlich bestimmten Stellungnahme, sie kann „kritisch, antithematisch, wertschätzend, ehrerbietend oder auch wertneutral sein“.⁴³ Zusammengefasst beschreibt der *innere Zusammenhang* die gedankliche Verbindung zwischen Nutzung und Werk/Urheber.⁴⁴

Kreutzer schlägt im Ergebnis für den Pastiche folgende Definition vor:

„Ein Pastiche ist ein eigenständiges kulturelles und/oder kommunikatives Artefakt, das sich an die eigenschöpferischen Elemente veröffentlichter Werke Dritter anlehnt, und sie erkennbar übernimmt.“⁴⁵

b) Eine Art offengelegte Fälschung

Vorweg ist anzumerken, dass sich *Döhls* hier zitierte Aufsätze⁴⁶ mit dem damaligen Referentenentwurf des BMJV v. 13.10.2020 bzw. dem Diskussionsentwurf des BMJV

³⁶ BT-Drs. 19/27426, 91.

³⁷ BT-Drs. 19/27426, 90; *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 17.

³⁸ EuGH C-201/13, ECLI:EU:C:2014:458, Rn. 49 (Deckmyn).

³⁹ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 16.

⁴⁰ BGH GRUR 2016, 1157, Rn. 22 (auf fett getrimmt).

⁴¹ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 17.

⁴² *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 18.

⁴³ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 20.

⁴⁴ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 20.

⁴⁵ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 21.

⁴⁶ *Döhl*, ZGE 2020, 380; *Döhl*, ZUM 2020, 740.

v. 24.06.2020 auseinandersetzen. Der Text des Referentenentwurfs zur Pastiche entspricht dem der jetzigen Gesetzesbegründung, eine Unterscheidung kann also dahinstehen. Bezüglich der Ausführungen im DiskE II gehe ich nur auf solche ein, die der Referentenentwurf aufgreift.

Döhl sieht im Referentenentwurf zunächst eine Entfernung vom kunstgeschichtlichen bzw. -spezifischen Begriff des Pastiche hin zum schlichten Synonym für User Generated Content (UGC), den es um jeden Preis freizustellen gelte.⁴⁷

Durch die Vielzahl an Möglichkeiten der Nutzung, die der Referentenentwurf benennt, entstehe mit dem Begriff des Pastiche ein Auffangtatbestand, der dem § 24 UrhG aF gleichkommen soll,⁴⁸ und nicht den Anspruch verfolgt, den Begriff des Pastiche zu klären.⁴⁹

Dabei spricht er genauer von „jedwedem Umfang, jedwedem Zweck, jedwedem Nähe- bzw. Distanzverhältnis zwischen Vorlage und Adaption jenseits der Verwechslungsgefahr, jedweder Form und jedwedem Genre[...]“⁵⁰ und bezieht sich mit jeder Aussage auf ein Kriterium des Referentenentwurfs. Die Herausarbeitung dieser Kriterien gleicht dabei in keinster Weise der *Kreutzers*, sondern stellt vielmehr ein Stilmittel der Kritik dar.

Döhl entwickelt deshalb eine Auslegung des Begriffs, mit der er sich teilweise vom Referentenentwurf distanziert. Dabei kann er sich zunächst auch auf den Oberbegriff der Nachahmung⁵¹ bzw. Imitation⁵² festlegen. Bezüglich der Umschreibung des Referentenentwurfs „Zitierende, imitierende und anlehrende Kulturtechniken“⁵³ müsse aber schärfer differenziert werden. Denn der Pastiche könne ausschließlich die Imitation umfassen, da „zitierende Kulturtechnik“ in den Anwendungsbereich des Zitats gem. § 51 UrhG fallen würde und „anlehrende Kulturtechniken“ urheberrechtlich gar nicht erst relevant sein könnten.⁵⁴ Zwar könne es i.R.e. Pastiche durchaus zur Übernahme von Werkteilen kommen, dies würde aber niemals den Charakter des Pastiche ausmachen, sondern lediglich nebensächlich sein.⁵⁵

In Einigkeit mit dem Referentenentwurf sieht *Döhl* für die Art der Auseinandersetzung des Pastiche mit dem Ursprungswerk aber auch weitreichende Möglichkeiten.⁵⁶ Vom humoristischen, über einen kritischen, bis hin zu wissenschaftlichen Zwecken, ebenfalls in Abgrenzung zur Parodie,⁵⁷ deren (inhaltlicher) Zweck im Gegensatz dazu genau festgelegt

⁴⁷ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439); *Döhl*, ZUM 2020, 740 (746).

⁴⁸ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (383 ff., 440).

⁴⁹ *Döhl*, ZUM 2020, 740 (746).

⁵⁰ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (383 f.).

⁵¹ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (391).

⁵² *Döhl*, ZUM 2020, 740 (745).

⁵³ BT-Drs. 19/27426, 91.

⁵⁴ *Döhl*, ZUM 2020, 740 (745).

⁵⁵ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (434 f.).

⁵⁶ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439 f.).

⁵⁷ BMJV RefE v. 13.10. 2020, S. 97; BT-Drs. 19/27426, 91.

ist. Dabei kann sich die Nachahmung/Imitation sowohl auf das Genre, den Personal- oder Werkstil beziehen.⁵⁸

Er sieht aber auch keine dringende Notwendigkeit zur scharfen Abgrenzung zu Parodie und Karikatur, jedenfalls keine die derart ausufert, vielmehr könnten alle drei Begriffe auch als einheitliche Schranke verstanden werden.⁵⁹

Döhls Definitionsvorschlag lautet i.E. wie folgt: Ein Pastiche ist „eine Art offengelegte Fälschung, [das] Schreiben⁶⁰ in einer fremden ästhetischen Sprache, das freilich nicht Betrug sein will, sondern damit einem interagierenden künstlerischen Zweck dient“.⁶¹

3. Definitionsvorschlag unter Beachtung der Gesetzesbegründung

Grundsätzlich bewegen sich *Döhl* und *Kreutzer* bezüglich genauerer Merkmale im gleichen schwammigen Gebiet. Beide legen sich auf sehr ähnliche Rahmenbedingungen fest. Es muss sich bei einem Pastiche demnach um eine Nachahmung,⁶² Imitation⁶³ oder *Anlehnung*⁶⁴ handeln, die das auch offenlegt und damit einen unbestimmten Zweck verfolgt.⁶⁵ Dabei grenzen sie die in der Gesetzesbegründung genannten Charakteristika lediglich weiter ein. Diese hat *Kreutzer* m.E. zunächst zutreffend in die drei oben behandelten Kategorien unterteilt. Bezüglich der *Eigenständigkeit* ist allerdings fraglich, weshalb es sich seiner Auffassung nach um ein „Artefakt, [welches sich] in seiner geistig-ästhetischen Wirkung [...] unterscheidet“ handeln muss. Denn mit dem Begriff der geistig-ästhetischen Wirkung nimmt *Kreutzer* Bezug auf *Schulze*.⁶⁶ Diesem ging es aber gerade um die Definition des geschützten Werkes i.S.e. geistigen Schöpfungshöhe, die die Nutzung nun eben gerade nicht aufweisen muss.⁶⁷ Es erscheint deshalb zweifelhaft, diesen Grad der Auseinandersetzung zwischen Nutzung und genutztem Werk zu verlangen, wenn es gerade ausreichend für den Pastiche ist, dass irgendeine Form des Unterschieds erkennbar wird, völlig unabhängig von dessen Ebene (Schöpfungshöhe). Da die Schranken „mit Blick auf die neuen elektronischen Medien gelesen werden“⁶⁸ müssen ist gerade im Rahmen von Memes oder Mash-Ups zu beachten, dass sich die *Eigenständigkeit* oder der „Abstand“⁶⁹, wie ich ihn nennen würde, nicht auf einer eigenen Schöpfungshöhe befinden

⁵⁸ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439).

⁵⁹ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (424); *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2020, 1063 (1065).

⁶⁰ Als Synonym für alle Kunstformen: Sich ergebend aus der breiten Nennung aller Kunstformen in *Döhl*, ZGE 2020, 380.

⁶¹ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439).

⁶² *Döhl*, ZGE 2020, 380 (391).

⁶³ *Döhl*, ZUM 2020, 740 (745).

⁶⁴ *Kreutzer*, *Der Pastiche im Urheberrecht*, S. 14.

⁶⁵ *Kreutzer*, *Der Pastiche im Urheberrecht*, S. 20 f.; *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439).

⁶⁶ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 12.

⁶⁷ BT-Drs. 19/27426, 90.

⁶⁸ BT-Drs. 19/27426, 91.

⁶⁹ Vgl. LG Berlin GRUR-RR 2022, 216.

muss, sondern vielmehr auch nur innerer/inhaltlicher oder äußerer/formaler⁷⁰ Art sein kann.

Dieses Merkmal der *Eigenständigkeit* bzw. des Abstands fehlt aus meiner Sicht wiederum gänzlich in der endgültigen Definition *Döhls*. Anstelle der Nachahmung verwendet dieser die Terminologie „Fälschung“,⁷¹ welche nicht nur negativ konnotiert ist, sondern auch bereits einen Zweck suggeriert, der die *Eigenständigkeit* des Geschaffenen außer Acht lässt.⁷² Eine Nachahmung kann zwar eine Fälschung darstellen, kann (bzw. muss) aber, und das ist wohl beim Pastiche der Fall, auch so viel Distanz zum „Original“ wahren, dass *Eigenständigkeit* entsteht.

Auch *Kreutzers* Definition des *inneren Zusammenhangs* ist m.E. irreführend. Er umschreibt diesen mit einer "gedankliche[n] Verbindung zu dem entlehnten Material bzw. dessen Urheber"⁷³. Einerseits verlangt die Begründung gerade keine notwendige Auseinandersetzung mit dem Werk/Urheber, sondern ermöglicht diese auch bezüglich eines anderen Gegenstandes,⁷⁴ trotzdem positioniere ich mich in meiner folgenden Definition ähnlich, und andererseits muss dieser Zusammenhang gerade nicht „innerer“ oder „gedanklicher“ Art sein. Dass es keine Anforderung an die Art des von ihm benannten *inneren Zusammenhangs* gibt, ist gerade so wichtig im Unterschied zur Parodie, die eine zwingend humoristische Auseinandersetzung verlangt.

Auch dass *Kreutzer* den *inneren Zusammenhang* mit "gewissem Bezug" gleichsetzt⁷⁵ erscheint mir fraglich, wenn es doch gerade um solche Feinheiten geht und „innerer“ und „gewisser“, auf der einen Seite eine konkrete und auf der anderen wiederum gar keine Anforderungen verlangt.

Die im gleichen Atemzug genannte „zu treffende Aussage“, die *Kreutzer* verlangt,⁷⁶ steht m.E. im Widerspruch zur Gesetzesbegründung, die eben auch von „Übernahme fremder Werke oder Werkteile“⁷⁷ spricht. Dadurch kann gerade auch keine Aussage getroffen werden, sondern eine reine Übernahme stattfinden und diese müsste dann aber der einzige herzustellende Zusammenhang zum Werk sein, wie es bspw. bei einem Meme möglich ist. Damit kann an den Zusammenhang keine Anforderung inhaltlicher Art gestellt werden. Vielmehr sollte von einem „nicht bestimmten, aber erkennbaren Bezug“ gesprochen werden.

⁷⁰ Vgl. LG Berlin GRUR-RR 2022, 216, Rn. 38, 42, das sogar in der Verwendung eines anderen Mediums einen erheblichen Abstand zum vorbestehenden Werk i.S.d. Gesetzesbegründung sieht.

⁷¹ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (439).

⁷² Fälschungen sollen bestehende Werke imitieren und bestenfalls den Urheber verschleiern.

⁷³ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 20.

⁷⁴ BT-Drs. 19/27426, 91.

⁷⁵ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 20.

⁷⁶ *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 20.

⁷⁷ BT-Drs. 19/27426, 91.

Döhl verwendet i.S.d. „inneren Zusammenhang“ den Begriff „interagierenden künstlerischen Zweck“ und lässt dem Zweck damit zunächst mehr Freiraum. Fraglich ist dabei aus meiner Sicht allerdings der Bezug zum „künstlerischen“, der in einer von der Gesetzesbegründung nicht gewollten Nähe zum Werksbegriff steht. *Döhl* widerspricht sich mit seinem Oberbegriff damit selbst, wenn er doch bspw. auch wissenschaftliche Zwecke anerkennt.⁷⁸

Jedenfalls was die Vielseitigkeit des Zwecks der Nachahmung bei einem Pastiche angeht, erscheinen mir beide Formulierungen zu eingegrenzt.

Vielmehr scheint es mir der Gesetzesbegründung gerecht zu werden, von einem Pastiche zu sprechen, wenn es sich „in der Gesamtbetrachtung um einen eigenständigen Schaffensgegenstand mit distanzierterem, nicht bestimmtem, aber erkennbarem Bezug zu einem veröffentlichten Werk“ handelt.

Denkbar wäre anstelle von Schaffensgegenstand auch der Begriff der „Schöpfung“, doch dieser würde bei genauerer Betrachtung zu viel Nähe zur, nur für ein Werk benötigten, Schöpfungshöhe schaffen, was der Gesetzesbegründung entgegenstehen würde.⁷⁹

Die Nennung der Gesamtbetrachtung erscheint mir wichtig, um die "Übernahme fremder Werke oder Werkteile"⁸⁰ nicht außer Acht zu lassen, aber eine deutliche Grenze zum Zitat zu ziehen. Denn bei der Übernahme von Werk(teil)en kann auch erst durch die Schaffung eines neuen Kontextes, also in der Gesamtbetrachtung, ein neuer „Gegenstand“ entstehen. Außerdem möchte ich damit der Vorgabe des EuGH aus der Deckmyn-Entscheidung, die verlangt, „zu berücksichtigen [...], in welchem Zusammenhang er verwendet wird“,⁸¹ Rechnung tragen.

Mit dem "nicht bestimmten, aber erkennbaren Bezug zu einem veröffentlichten Werk" möchte ich dem vielseitig möglichen Zusammenhang zum Werk berücksichtigen und zur „Fälschung“ abgrenzen.

Auch die zu wahrende Distanz muss m.E. fester Bestandteil der Definition sein, um die ggf. aufkommende Problematik der Unterscheidung zum Plagiat aufzufangen, die *Eigenständigkeit* zu unterstützen und das nunmehr nicht verlangte „Verblässen“⁸² auszuschließen.

Dass diese Definition (nur) von einem „Bezug zum Werk“ spricht, übersieht nicht den vom Entwurf im gleichen Atemzug genannten „anderen Bezugsgegenstand“⁸³. Nur dieser Werksbezug kann die einzige feste Voraussetzung sein. Denn wäre nur der Bezug zu einem anderen Gegenstand, der kein Werk darstellt, gegeben, bestünde gar keine urheberrechtlich relevante Nachahmung, sondern vielmehr ein komplett unabhängiges Werk (i.w.S.). Damit

⁷⁸ *Döhl*, ZGE 2020, 380 (440).

⁷⁹ BT-Drs. 19/27426, 90.

⁸⁰ BT-Drs. 19/27426, 91.

⁸¹ EuGH C-201/13 [ECLI:EU:C:2014:2132](#), Rn. 19 (Deckmyn).

⁸² BT-Drs. 19/27426, 90.

⁸³ BT-Drs. 19/27426, 90.

wäre der Tatbestand eines Pastiches in keinem Falle eröffnet. Der weitere Bezugsgegenstand kann höchstens eine fakultative Komponente, aber keine ausreichende Voraussetzung sein und kann deshalb unerwähnt bleiben.

II. Drei-Stufen-Test/Interessensabwägung

Die letzte Voraussetzung ist gem. EG 31 InfoSoc-RL ein angemessener Ausgleich im konkreten Fall zwischen den Interessen des Urhebers des vorbestehenden Werks und denen des Erstellers einer Parodie, Karikatur oder Pastiche. Das bedeutet in Bezug auf den Pastiche wohl insbesondere um den Eingriff in die Rechte des Urhebers nicht zu überreizen, dass die Grenze zum Plagiat nicht überschritten werden darf.⁸⁴ Auch diese Voraussetzung ist in Hinblick auf § 24 UrhG aF keine Neuerung⁸⁵ und wird deshalb nicht weiter beleuchtet.

III. Kritik

Ich möchte hier auf die Folgen der sehr weiten Auslegung des dt. Gesetzgebers eingehen.

Relevant dafür ist die Rechtsfolge des § 51a UrhG, die ich deshalb in Kürze vorwegnehme. § 51a UrhG führt dazu, dass „Parodie, Karikatur und Pastiche“ erlaubnisfrei sind. Worum es damit im Endeffekt geht, ist, ob und wie Urheber von Werken, welche für einen Pastiche genutzt werden, vergütet werden und, in Hinblick auf § 5 Abs. 2 UrhDaG, von wem.

Im Urheberrecht spielt vor allem der Schutz des Urhebers die zentrale Rolle, vgl. § 11 UrhG. Und immerhin ist dessen Werk der kreative Ausgangspunkt für die „Schöpfungen“ derer, die sich auf § 51a UrhG beziehen.⁸⁶ Um einen Urheber generell zu schützen, muss man ihm Lizenzierungsmöglichkeiten zusprechen, damit dieser seine Werke vermarkten kann. Trotzdem muss auch die künstlerische Auseinandersetzung mit Werken, als Teil der Kunstfreiheit, ermöglicht werden. Deshalb entstehen Schrankenregelungen. Wenn diese nun aber konturlos und sehr weitreichend sind, drohen die Werke des Urhebers frei verfügbar zu werden und der angebliche Schutz, den § 11 UrhG normiert, wird substanzlos.

Eine derart weite Auslegung kann der missbräuchlichen Nutzung von Werken, in Form von Plagiaten, unter dem Deckmantel des Begriffs des Pastiches Tür und Tor öffnen.⁸⁷ Gerade auch weil die Nutzung selbst nicht als Werk klassifiziert werden muss,⁸⁸ dehnt sich der Anwendungsbereich von § 51a UrhG dann nahezu ins Unendliche aus. Unter einem

⁸⁴ Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699 (703); *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhG, 38. Edition 2023, § 51a Rn. 19-21.

⁸⁵ BGH GRUR 2003, 956 (Gies-Adler); die genauen Kriterien sind indes nicht klar (vgl. *Kreutzer*, Der Pastiche im Urheberrecht, S. 24).

⁸⁶ Vgl. *Schlösser*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, S 4.

⁸⁷ Vgl. *Schack*, GRUR 2021, 904 (906); *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger UrhG, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 16.

⁸⁸ BT-Drs. 19/27426, 90; dazu *Stieper*, GRUR 2020, 699, der vor der Gesetzesbegründung eine Einordnung als Werk erwartete.

kunstspezifischen Gesichtspunkt scheint die nicht erforderliche Klassifizierung als Werk i.S.d. UrhG dem Begriff von Parodie, Karikatur oder Pastiche nicht gerecht zu werden. Dies erweckt den Eindruck, der Gesetzgeber versuche lediglich den UGC abzudecken.⁸⁹ Denn gerade Memes und Mash-Ups leben nur von der Übernahme von Werk(teil)en, die ggf. in einen anderen Kontext gesetzt werden (Memes), aber auch einfach nur zusammengefügt werden (Mash-Ups). Es erscheint absurd, dem Pastiche wortwörtlich diese „Zitierende [...] Kulturtechnik“⁹⁰ zuzugestehen und dadurch den Anwendungsbereich des § 51 UrhG und damit den dort verlangten Zweck, der den Eingriff in die Verwertungsrechte des Urhebers überhaupt erst rechtfertigt, zu umgehen. Bei einer solchen Übernahme scheint es entweder viel sinnreicher die Regelungen zum Zitat direkt anzuwenden oder jedenfalls den dem Zitat innewohnenden Gedanken des konkreten Zwecks der Aneignung bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁹¹ Wäre sonst nicht jedem, der die Zitatschranke umgehen will, zu raten, einfach mehrere Werke hintereinander zu „zitieren“, um ein „Mash-Up“ zu kreieren? Oder um ein Bild lizenzfrei zu veröffentlichen, i.S.e. Memes einfach irgendeinen sinnentleerten Satz darunter zu schreiben, der zwangsweise einen neuen Kontext, völlig frei von Schöpfungshöhe, bildet?

Wenn sogar die gänzliche Übernahme unter den Begriff des Pastiche fällt, scheint es keinerlei Formen der Bearbeitung mehr zu geben, die einer Zustimmung bedürfen und das würde wiederum § 23 UrhG unterlaufen.⁹² Es kann nicht i.S.d. Urheberrechts sein, eine derartige Gleichbehandlung zwischen an Anforderungen geknüpften Werken i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG und anderen, nicht als Werke zu klassifizierenden, „Schöpfungen“, zu etablieren. Sodann scheint das UrhG entgegen § 11 UrhG nicht mehr dem Urheber zu dienen.

Besonders gravierend können die Folgen der Auslegung im Bereich des UGC auf Social-Media-Plattformen sein. Denn diese müssen gem. Art. 17 DSM-RL dafür sorgen, dass rechtswidrige Inhalte geblockt werden. Rechtswidrig wären Inhalte bspw., wenn sie kein durch § 51a UrhG erlaubtes Pastiche mehr sind, sondern ein Plagiat. Wenn diese Grenze nebelhaft verschwimmt, werden sich die Plattformen, um Haftungsrisiken zu vermeiden, dazu gezwungen sehen, mehr zu löschen, als ggf. notwendig wäre (sog. Overblocking).⁹³ Dafür werden sog. Uploadfilter verwendet, die nicht nur vorsätzlich mehr löschen als notwendig, sondern teilweise ungewollt erlaubnisfreie Inhalte löschen, „Kollateralschäden“ quasi. Dass die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit des Nutzerverhaltens in den Händen von Social-Media-Plattformen zu massiven Eingriffen in die Meinungsfreiheit führt, ist offensichtlich.

⁸⁹ Ähnlich *Döhl*, ZUM 2020, 740 (744 ff.).

⁹⁰ BT-Drs. 19/27426, 91.

⁹¹ Vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 699 (703); vgl. *Stieper*, GRUR 2020, 792 (797); vgl. *Döhl*, ZGE 2020, 380 (437).

⁹² *Stieper*, GRUR 2020, 699 (703).

⁹³ Vgl. *Hofmann*, NJW 2021, 1905, 1.

Auf der anderen Seite ist die generelle Annahme dieser Overblocking-Gefahr Nährboden für die Rechtfertigung, die Schrankenbegriffe besonders weit auszulegen, um möglichst alle Formen der „Kunst“ im Internet abzudecken, da nur so Kunst- und Meinungsfreiheit der Nutzer geschützt werden können.⁹⁴ Um diesen Konflikt zu lösen, sollte gegenüber Plattformen nicht nur gem. § 5 Abs. 2 UrhDaG ein Vergütungsanspruch bestehen, vielmehr sollte man den Begriff eindeutiger auslegen, um so schon einen Grundstein für einen gerechten Ausgleich zwischen den Grundrechten der Beteiligten zu schaffen.

Verschwimmende und sich wandelnde Grenzen haben allerdings auch berechtigte Gründe. Es erscheint ewiggestrig, an kunsthistorischen Begriffen festzuhalten und sich der Modernisierung zu versperren. Denn Gesetze haben den Anspruch, sich an die aktuellen Gegebenheiten und Probleme anzupassen. Nach seinem Telos kann Art. 5 Abs. 3 lit. k Alt. 3InfoSoc-RL keinen, sich nur auf die Stilmachung beschränkten, sehr engen Pastiche-Begriff meinen, da dieser aufgrund fehlender urheberrechtlicher Relevanz gänzlich überflüssig wäre.⁹⁵

Angesichts des Drei-Stufen-Tests könnte sich die Pastiche-Schranke als weniger ausufernd erweisen, als die Gesetzesbegründung vermuten lässt, und vielmehr der bisherigen Rechtsprechung zu § 24 UrhG aF entsprechen.⁹⁶

IV. Rechtsfolgen

In der Rechtsfolge sind dem Ersteller genannter Nutzungen zahlreiche urheberrechtliche Handlungsmöglichkeiten eröffnet,⁹⁷ auch wenn das genutzte Werk durch ein Urheberrecht oder verwandtes Schutzrecht geschützt ist.⁹⁸ Umfasst sind beinahe alle Verwertungsmöglichkeiten, die auch dem Urheber gem. § 15 UrhG zustehen. Wichtig ist, dass das Verwenden der ursprünglichen Werke also nicht lizenz- und nicht vergütungspflichtig ist und es auch keiner Quellenangabe bedarf.⁹⁹

Findet die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werke(teile)n über eine Online-Plattform statt, liegen zusätzlich die Voraussetzungen des § 5 UrhDaG vor.

§ 5 Abs. 2 UrhDaG sieht mit dieser neu eingeführten Pflicht dann in Fällen des § 5 Abs 1 Nr. 2 UrhDaG eine angemessene Vergütung des Urhebers durch den Diensteanbieter vor.¹⁰⁰

⁹⁴ Vgl. Stellungnahme des VUT zum DiskE des BMJV, 31. Juli 2020.

⁹⁵ Vgl. *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675 (676); BMJV RefE v. 13.10. 2020, S. 96; *Stieper*, GRUR 2020, 699 (702); *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733 (738); *Döhl*, ZGE 2020, 380 (391).

⁹⁶ *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhG, 38. Edition 2023, § 51a Rn. 19-21.

⁹⁷ Das Gesetz spricht von „Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlicher Wiedergabe“.

⁹⁸ BT-Drs. 19/27426, 90; *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhG, 38. Edition 2023, § 51a Rn. 22.

⁹⁹ BT-Drs. 19/27426, 90; *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK-UrhG, 38. Edition 2023, § 51a Rn. 3-7; vgl. EuGH C-201/13 ECLI:EU:C:2014:2132, Rn. 33 (Deckmyn).

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/27426, 136.

Doch dabei muss bedacht werden, dass diese Vergütungspflicht dazu führen wird, dass Diensteanbieter aus ökonomischen Gründen vergütungspflichtige Nutzungen auf ihren Plattformen minimieren werden. Anbieter werden somit großen Einfluss darauf haben, ob und wie Nutzer ihre Grundrechte ausüben können. Auch hier zeigt sich, wie wichtig eine differenzierte Auslegung des § 51a UrhG ist.

C. Stellungnahme

Der dt. Gesetzgeber ist m.E. mit seinem Versuch der Auslegung des Pastiche-Begriffs über das Ziel hinausgeschossen. Bezüglich Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL hat der EuGH bereits entschieden, dass die richtlinienkonforme Auslegung durch die Mitgliedstaaten insbesondere nach Maßgabe des Wortlauts¹⁰¹ erfolgen sollte.¹⁰² Die Gesetzesbegründung lässt erkennen, dass damit keine ernsthafte Auseinandersetzung stattgefunden haben kann. Der Begriff des Pastiche steht i.S.d. Wortlauts tatsächlich für die Nachahmung eines Stils und ist somit zunächst scheinbar ungeeignet als urheberrechtlicher Schrankenbegriff,¹⁰³ unabhängig davon, was der Gesetzgeber ihm andichten möchte. Einzelfälle, in denen das Geschaffene in einem bestimmten Stil, nicht zu verwechseln mit dem Stil selbst, als urheberrechtlich relevant galt,¹⁰⁴ bestätigen diese Annahme.

Da der Gesetzgeber deutlich macht, dass ihm mit dem Pastiche die Abdeckung von UGC wichtig ist, könnte man meinen, eine losgelöste UGC-Schranke wäre die Lösung. Der EuGH hat allerdings in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL abschließend sind und nicht durch den Gesetzgeber erweitert werden können.¹⁰⁵

Der Pastiche sollte m.E. lediglich solche Fälle der „imitierenden und anlehnenen Kulturtechniken“¹⁰⁶ abdecken, die über eine reine Stil-Nachahmung hinaus urheberrechtlich relevant werden.¹⁰⁷ Das würde der Auslegung i.S.d. Wortlauts entsprechen. Und inwiefern das in der Kunst bedeutsam werden kann, hat schon der Fall Sadness/Madness gezeigt, bei dem das OLG München eine zustimmungspflichtige Bearbeitung darin sah, dass ein charakteristisches Arrangement üblicher Stilmittel imitiert wurde, nicht etwa bestimmte Töne oder Takte übernommen.¹⁰⁸ Auch das LG Berlin spricht von einer Übernahme von „Elemente[n] verschiedener Stilrichtung[en]“¹⁰⁹ bei der Erschaffung eines Pastiches.

¹⁰¹ Bzw. „gewöhnl. Sprachgebrauchs“.

¹⁰² EuGH, C-469/17, [ECLI:EU:C:2019:623](#), Rn. 40 (Afghanistan Papiere).

¹⁰³ Vgl. *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733 (738).

¹⁰⁴ OGH ZUM-RD 2003, 451 (453) (Hundertwasser-Haus); *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 45 f.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH C-469/17, [ECLI:EU:C:2019:623](#), Rn. 55 ff. (Afghanistan Papiere); EuGH C-516/17 [ECLI:EU:C:2019:625](#), Rn. 41 (Reformistischer Aufbruch).

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/29894, 91.

¹⁰⁷ Vgl. *Döhl*, ZGE 2020, 380 (427 f.).

¹⁰⁸ OLG München ZUM 1992, 202 (Sadness/Madness).

¹⁰⁹ LG Berlin GRUR-RR 2022, 216, Rn. 41.

Die sogenannte „Zitierende Kulturtechnik“¹¹⁰, gerade auch von gesamten Werken, kann nicht unter den Pastiche fallen. Die komplette Übernahme eines Werkes konnte auch bislang nicht unter § 24 UrhG aF gefasst werden.¹¹¹ Vielmehr sollten diese „Techniken“, also im Grunde genommen das Zitieren, weiterhin unter das Zitat gem. § 51 UrhG subsumiert werden, sofern das ursprüngliche Werk i.S.v. § 62 UrhG nicht verändert wurde. Werke für Collagen, Memes und Mash-Ups bleiben in den allermeisten Fällen unverändert. Man könnte dazu anführen, einer Collage zuzumuten, dass alles Verwendete zitiert werden muss, reiße sie ggf. auseinander und entwerte sie in ihrer eigenen abschließenden Schöpfung. Aber der Urheber hat ebenfalls ein Interesse daran, dass seine Schöpfung, derer sich bedient wird, geschützt wird.

Wer gegen die Anwendung der Zitatschranke in solchen Fällen mit der sich stetigen Veränderung von Kunstformen bzw. der Technisierung und Modernisierung argumentiert, verkennt m.E. den Sinn des Urheberrechts. Denn die Modernisierung verlangt nicht etwa per se weniger Schutz des Urhebers. Sie verlangt eine Antwort auf die Frage, wie man den Interessenausgleich im Lichte neuer Gestaltungsformen regelt. Und es erscheint jemandem, der sich fremder Kunstwerke bedient, durchaus zuzumuten, eine Quellenangabe zu machen. Wem das widerstrebt, der bewegt sich nicht auf dem Boden des kreativen Schaffens, sondern des Plagiats.

Abschließend stellt sich die Frage, inwiefern diese Techniken dem von der Zitatschranke verlangten Zweck gerecht werden. Auch hier wäre es dem dt. Gesetzgeber möglich eine Erweiterung dieses Zwecks vorzunehmen. Denn es ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL, dass den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum bei der Umsetzung des Zitats zusteht.¹¹² Zum einen werden nur Beispiele für die Zulässigkeit genannt¹¹³ und zum anderen wird das Zitat bis auf die Nutzung nach „anständigen Gepflogenheiten“ und einem durch den Zweck gerechtfertigten Umfang nicht weiter eingeschränkt oder konkretisiert.¹¹⁴ Eine Ausdehnung des Zwecks auf einen künstlerischen Bereich i.R.d. anständigen Gepflogenheiten wäre damit m.E. unproblematisch.

Problematisch wäre nur, dass das Zitat vergütungsfrei ist und dann der zitierende UGC von § 5 Abs. 2 UrhDaG nicht abgedeckt wäre. Dessen Vergütung durch den Plattform-Betreiber erscheint aber gerade so erstrebenswert, um die Stellung der Urheber zu stärken und soziale Ungerechtigkeit auszuhebeln.¹¹⁵

Der Gesetzgeber könnte jedoch einerseits nur UGC oder doch, wie zunächst vorgesehen,¹¹⁶ alle Formen der Nutzung der Vergütung durch den Diensteanbieter gem. § 5 Abs. 2 UrhDaG unterstellen. Denn so zu tun, als wäre die angeführte Overblocking-

¹¹⁰ BT-Drs. 19/29894, 91.

¹¹¹ OLG Hamburg NJW 1996, 1153 (1154) (Power of Blue); *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 170.

¹¹² Vgl. EuGH, C-469/17, [ECLI:EU:C:2019:623](#), Rn. 60 f. (Afghanistan Papiere).

¹¹³ „zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen“.

¹¹⁴ Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL.

¹¹⁵ So auch: BT-Drs. 19/27426, 65.

¹¹⁶ BT-Drs. 19/29894, 92.

Gefahr ein unlösbares Problem, spielt nur den Plattformen in die Hände, anstatt Overblocking im Lichte der Meinungsfreiheit zu sanktionieren, ggf. auch mit einem gesondert geregelten Schadensersatzanspruch. Denn genau das würde i.S.d. Grundsatzes der praktischen Konkordanz zur bestmöglichen Geltung der Grundrechte aller Beteiligten beitragen.

Sofern die, nicht im Sinne eines Stils, übernommenen Werkteile allerdings bearbeitet werden, kann nicht mehr von einem Zitat gesprochen werden, § 62 UrhG. Sodann greift aber wiederum § 23 UrhG, der dem Nutzer bei Einhaltung von hinreichendem Abstand, ebenfalls eine erlaubnisfreie Nutzung ermöglicht.

Eine derart weite Auslegung des Pastiche wäre somit nicht notwendig und würde zu einem massiven Eingriff in das Urheberrecht führen. Der Pastiche sollte dem Wortlaut entsprechend relevante Stil-Imitationen erfassen, "zitierende Kulturtechniken" sollten, sofern unbearbeitet unter § 51 UrhG, sofern bearbeitet unter § 23 UrhG subsumiert werden und Nutzungsformen ausnahmslos der Vergütung durch den Diensteanbieter gem. § 5 Abs. 2 UrhDaG unterstehen.

Da es sich bei dem Pastiche um einen unionsrechtlichen Begriff handelt, bleibt in jedem Falle eine Auslegung des EuGH abzuwarten, bevor endgültige Schlüsse gezogen werden können.

Der Vorrang des Primärrechtsschutzes im Staatshaftungsrecht

Grund und Grenzen

Johanna Vada Hoffmann*

Abstract: Hat ein Betroffener begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns, so stellt es für ihn eine Obliegenheit dar, dagegen im Wege des Primärrechtsschutzes vorzugehen. Unterlässt er dies, steht ihm aufgrund des § 839 Abs. 3 BGB oder entsprechend der Anwendung des § 254 BGB keine Entschädigung für die Nachteile zu, welche durch die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz hätten verhindert werden können. Diese Konsequenz resultiert aus dem im Staatshaftungsrecht geltenden Vorrang des Primärrechtsschutzes. Dieser Beitrag analysiert die Herleitung sowie die Merkmale und Grenzen des Vorrangs.

A. Einleitung – Unterscheidung von Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz

Der Rechtsschutz gegen öffentlich-rechtliches Handeln unterteilt sich in den Primärrechtsschutz und den Sekundärrechtsschutz.¹ Primärrechtsschutz bezeichnet den auf Beseitigung und Aufhebung rechtswidriger staatlicher Akte gerichteten Rechtsschutz. Demgegenüber dient der Sekundärrechtsschutz der Entschädigung und dem Ersatz des durch staatliches Handeln hervorgerufenen Schadens.² Obwohl sich die Ziele des primären und sekundären Rechtsschutzes unterscheiden, stimmen sie in ihrer Funktion, den Bürgern Rechtsschutz vor staatlichen Eingriffen zu gewähren, überein.³

Zum Primärrechtsschutz zählen die verwaltungsgerichtlichen Klagearten wie Anfechtungs-, Verpflichtungs-, Feststellungs- und allgemeine Leistungsklagen.⁴

Zum Sekundärrechtsschutz zu rechnen sind hingegen Klagen aus Amtshaftung, Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff, enteignendem Eingriff und ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Ebenfalls umfasst sind Ansprüche aus Aufopferung,

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig.

¹ Axer, DVBl 2001, 1322 (1322); vgl. Erbguth, VVDStRL, 61 (2002), 221 ff.; vgl. Ipsen, AllgVerwR, 11. Aufl. 2019, Rn. 1239.

² Axer, DVBl 2001, 1322 (1322); vgl. Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), 261 (261 f.).

³ Axer, DVBl 2001, 1322 (1322); Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), 261 (275); Sauer, JuS 2012, 695 (699).

⁴ Vgl. Ipsen, AllgVerwR, § 18 Rn. 1040, der diese Klagearten im Rahmen des Primärrechtsschutzes behandelt.

Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Vertrags- oder vertragsähnlichen Schuldverhältnissen und die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung.⁵

Im Folgenden soll auf das Verhältnis zwischen dem Primärrechtsschutz und dem Sekundärrechtsschutz, insbesondere im Hinblick auf den Vorrang des Primärrechtsschutzes, näher eingegangen werden.

B. Herleitung des Grundsatzes vom Vorrang des Primärrechtsschutzes

Der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes lässt sich auf verschiedene Erwägungen zurückführen.

I. Entwicklung des Grundsatzes in der Rechtsprechung

Das BVerfG stellte im Nassaukiesungsbeschluss 1981 explizit den Vorrang des Primärrechtsschutzes gegenüber dem Sekundärrechtsschutz klar.⁶ Vor dem Beschluss des BVerfG gewährte der BGH, unabhängig davon, ob der Eigentümer sich zuvor gegen das hoheitliche Handeln verwaltungsgerichtlich zur Wehr gesetzt hat oder nicht, einen Entschädigungsanspruch.⁷ Gegen diese zivilgerichtliche Praxis wendete sich das BVerfG in diesem Beschluss erstmals, indem es verdeutlichte, dass kein Wahlrecht des Betroffenen (mehr) besteht, ob er sich gegen eine rechtswidrige Enteignung zur Wehr setzt oder Entschädigungsansprüche geltend macht.⁸ Die Rechtsprechung distanzierte sich somit vom Grundsatz „*Dulde und liquidiere*“.⁹ Heute kann eher von einem „*Wehre und liquidiere*“ gesprochen werden¹⁰, wobei ein Liquidieren nur in Betracht kommt, sofern der Primärrechtsschutz versagt¹¹.

Der Vorrang des Primärrechtsschutzes wird vom BVerfG dabei nur im Zusammenhang mit einer Enteignung ohne gesetzliche Entschädigungsregelung thematisiert. Ob aus dem verfassungsgerichtlich begründeten Vorrang ein über den Fall der Enteignung ohne gesetzliche Entschädigungsregelung hinausgehender Grundsatz folgt, hat das BVerfG zu diesem Zeitpunkt noch dahinstehen lassen.¹² Im Laufe der Zeit verstärkt sich die Auffassung, das BVerfG habe einen für alle Bereiche geltenden Grundsatz aufgestellt. Das BVerfG bestätigt diese Auffassung im Jahre 1999¹³ und auch in seiner späteren Rechtsprechung¹⁴.

⁵ Axer, DVBl 2001, 1322 (1322); Detterbeck, AllgVerwR, 20. Aufl. 2022, § 21 – 26, der diese Haftungsinstitute bei der Staatshaftung einordnet; vgl. Erbguth, VVDStRL, 61 (2002), 221 (224); vgl. Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, 20. Aufl. 2020, § 26 – § 29, die diese Haftungsinstitute beim Recht der staatlichen Einstandspflichten (Ersatzleitungen) einordnen.

⁶ BVerfGE 58, 300 (324).

⁷ Götz, DVBl 1984, 395 (396); Hender, AllgVerwR, 3. Aufl. 2001, Kap. 8 Rn. 796.

⁸ Acker, NJOZ 2021, 641 (642).

⁹ Acker, NJOZ 2021, 641 (642); Böhrer, NJW 1988, 2561 (2563); Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 283.

¹⁰ Acker, NJOZ 2021, 641 (642); Ossenbühl, in: FS Geiger, 1989, S. 475 (492).

¹¹ vgl. Ipsen, AllgVerwR, Rn. 1239.

¹² Acker, NJOZ 2021, 641 (642); Axer, DVBl 2001, 1322 (1324); Ossenbühl, NJW 1983, 1 (3 f.).

¹³ BVerfG NJW 2000, 1402.

¹⁴ BVerfG BeckRS 2010, 54358, Rn. 41.

Mögliche Spannungsverhältnisse zwischen dem Vorrang des Primärrechtsschutzes und dem Unionsrecht kommen nicht in Betracht. Die Rechtsprechung ist sich einig, dass der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB auch auf den unionsrechtlichen Haftungsanspruch Anwendung findet.¹⁵ Bereits in der *Brasserie du Pêcheur* Entscheidung stellte der EuGH klar, dass sich der Geschädigte durch die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten um die Schadensbegrenzung zu bemühen hat.¹⁶ In der Vorabentscheidung *Danske Slagterier* präzisierte der EuGH, dass die Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB dem Gemeinschaftsrecht nicht entgegensteht.¹⁷ Die daraus resultierende Einschränkung des Schadensersatzanspruchs durch Mitverschulden widerspricht auch nicht dem Effektivitätsgebot.¹⁸

II. Begründung des Vorrangs aus der Verfassung

Der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes lässt sich auch aufgrund verschiedener Aspekte aus der Verfassung herleiten.

1. Die Eigentumsgarantie als Bestandsgarantie (Art. 14 GG)

Das BVerfG begründete in seinem Nassauskiesungsbeschluss den Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes maßgeblich mit der Funktion der Eigentumsgarantie als Bestandsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG).¹⁹ Dabei soll die Eigentumsgarantie den konkreten Bestand des Eigentümers schützen und die Bestandsgarantie nur beim Entzug des Eigentums in eine Wertgarantie umschlagen, die sich auf die Gewährung einer Entschädigung richtet. Mit dem Vorrang der Bestandsgarantie geht folglich auch ein Vorrang der Inanspruchnahme der Abwehr von Eigentumsbeschränkungen gegenüber der Aktivierung der Wertgarantie durch die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen einher.²⁰ Jedoch lässt sich aufgrund der Tatsache, dass die Bestands- und Wertgarantie des Eigentums nur Enteignungsfälle betreffen, kein allgemeines Prinzip ableiten.²¹

2. Die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

Die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Rechtsschutzgarantie gewährleistet dem Bürger „einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz“ und sichert eine „tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle“ gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in subjektive öffentliche Rechte.²² Damit eröffnet die Garantie dem Bürger die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des beeinträchtigenden Handelns im Wege des Primärrechtsschutzes überprüfen zu lassen.²³ Im Gebot effektiven Rechtsschutzes wurzelt folglich zumindest im Grundsatz der Vorrang

¹⁵ BGH NVwZ 2007, 362 (368); BGHZ 181, 199 (211); BVerwGE 158, 344 (362).

¹⁶ EuGH, C-46/93, [ECLI:EU:C:1996:79](#), Rn. 84 f. (*Brasserie du Pêcheur*).

¹⁷ EuGH, C-445/06, [ECLI:EU:C:2009:178](#), Rn. 58 ff. (*Danske Slagterier*).

¹⁸ *Schroeder*, Grundkurs EuropaR, 7. Aufl. 2021, § 10 Rn. 34.

¹⁹ BVerfGE 58, 300 (323 f.); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1327).

²⁰ *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1327); *Böhmer*, NJW 1988, 2561 (2563 f.).

²¹ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 101.

²² BVerfGE NJW 2000, 1402; BVerfGE 101, 397 (407).

²³ *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StaatshaftungsR, 5. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 2.

des auf Beseitigung und Aufhebung rechtswidriger staatlicher Akte gerichteten Primärrechtsschutzes gegenüber dem auf Schadensersatz abzielenden Sekundärrechtsschutz.²⁴ Vereinzelt wird zwar vertreten, dass ein effektiver Rechtsschutz erst dann bestehe, wenn Primär- und Sekundärrechtsschutz nebeneinanderstehen.²⁵ Jedoch weist der eingriffsbereinigende Primärrechtsschutz von vornherein eine stärkere Rechtsschutzeffektivität gegenüber dem alleinig eingriffsfolgenkompensierenden Sekundärrechtsschutz auf.²⁶ Ein effektives Rechtsschutzsystem für den Bürger ergibt sich somit erst aus dem Prinzip des Vorrangs des Primärrechtsschutzes.²⁷ Mit der durch Art. 19 Abs. 4 GG gegebenen Möglichkeit des Rechtsschutzes geht auch eine Prozessverantwortung des Betroffenen einher, für den Schutz seiner Rechte aktiv zu werden.²⁸

3. Das Rechtsstaatsprinzip

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die objektive Pflicht zur Beseitigung von Rechtsverstößen des Staates.²⁹ Das Rechtsstaatsprinzip bindet alle Träger öffentlicher Gewalt, also Legislative, Exekutive und Judikative³⁰, jedoch nicht die Bürger.³¹ Nach *Axer* könne deshalb der Bürger durch Ausschluss des Sekundärrechtsschutzes nicht zur Einlegung von primärem Rechtsschutz gezwungen werden, um auf diesem Wege die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu gewährleisten.³² Wiederum könnte es dazu kommen, dass das Rechtsstaatsprinzip unterlaufen wird, wenn das Staatshaftungsrecht im Ganzen nicht erfordert, dass der Bürger sich zuerst gegen das rechtswidrige Handeln des Staates wehrt.³³ Das rechtswidrige Handeln des Staates mit einem „Preisschild“ zu versehen, würde zu einem Widerspruch mit dem Rechtsstaatsprinzip führen.³⁴ Dies bestätigt sich auch aufgrund der engen Verbindungslinien zwischen dem im Vorrang des Primärrechtsschutzes verankerten Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgedanke und dem Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere dem darin beruhenden Element der Gerechtigkeit.³⁵

²⁴ Vgl. *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1020); *Siegel*, DÖV 2007, 237 (240).

²⁵ *Axer* DVBl 2001, 1322 (1328 f.); *Saas*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, 1992, S. 446 f.

²⁶ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), 221 (230); *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 286.

²⁷ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 3 Rn. 6; vgl. auch *Siegel*, DÖV 2007, 237 (240).

²⁸ *Schmidt-Aßmann/Schenk*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 42. EL. 2022, Bd. 1, Einleitung Rn. 231.

²⁹ BVerwG NJW 1985, 817 (818); vgl. *Badura*, StaatsR, 7. Aufl. 2018, Kap. D Rn. 63; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL. 2022, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 153; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 222.

³⁰ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); vgl. *Saas*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, S. 449; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 223.

³¹ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1329).

³² *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1329).

³³ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642).

³⁴ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642).

³⁵ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 10 Rn. 47.

4. Grundrechtliche Begründung des Vorrangs

Die Grundrechte stellen in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar.³⁶ Als Abwehrrechte dienen die Grundrechte der Abwehr staatlicher Maßnahmen und verleihen dem einzelnen Abwehransprüche, wie etwa Unterlassungsansprüche.³⁷ Bei einer grundrechtlichen Herleitung des Grundsatzes würde aus den Grundrechten der Ausschluss der Wahlmöglichkeit zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz und die Pflicht, primären Rechtsschutz einzulegen, folgen. Dementsprechend würde die Grundrechtsausübung des Bürgers in einer bestimmten Art und Weise gefordert werden. Den Grundrechten lässt sich jedoch keine Pflicht entnehmen, wie sich der Bürger gegen staatliches Handeln zu verteidigen hat und in welcher Reihenfolge er Rechtsschutzmöglichkeiten dabei in Anspruch nehmen muss. Es würde dazu kommen, dass der Staat aufgrund des Ausschlusses von Sekundärrechtsschutz bei Nichteinlegung von Primärrechtsschutz, die Grundrechtsausübung reglementiert.³⁸ Folgerichtig lässt sich der Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht aus den Grundrechten ableiten.

5. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich der Vorrang des Primärrechtsschutzes durch die Rechtsschutzgarantie und das Rechtsstaatprinzip ableiten lässt und somit verfassungsrechtlich anzuerkennen ist.³⁹ Eine wenig vertretene Gegenmeinung ist jedoch der Ansicht, der Vorrang des Primärrechtsschutzes lasse sich nicht aus der Verfassung entnehmen.⁴⁰

C. Rechtsdogmatische Einordnung des Grundsatzes im System der staatshaftungsrechtlichen Ansprüche

I. Einfachrechtliche Ausprägung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes in § 839 Abs. 3 BGB für die Amtshaftung

Eine einfachrechtliche Ausprägung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes normiert § 839 Abs. 3 BGB, der den Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen begründet, wenn der Geschädigte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, durch den Gebrauch von Rechtsmitteln den Schaden abzuwenden.⁴¹ Die Ersatzpflicht des Staates scheidet demnach aus,

³⁶ BVerfGE 7, 198 (204); *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vor. Art. 1 Rn. 84; *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 14; vgl. *Kingreen/Poscher*, StaatsR II, 38. Aufl. 2022, § 4 Rn. 116.

³⁷ *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Vor. Art. 1 Rn. 84.

³⁸ *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1330).

³⁹ BVerfG, NJW 2020, 1402; *Acker*, NJOZ 2021, 641 (642); *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 96 f.

⁴⁰ *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1330); *Saas*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, S. 444 ff.

⁴¹ BVerwGE 162, 253 (260); *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 5; vgl. *Rohlfing*, Amtshaftung, 2015, S. 435.

wenn die Einlegung eines gebotenen Rechtsmittels den Eintritt des Schadens verhindert hätte.⁴²

II. Weitere staatshaftungsrechtliche Ansprüche

Der Vorrang des Primärrechtsschutzes wird jedoch auch bei anderen denkbaren staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen relevant. Bei diesen findet sich jedoch keine ausdrückliche Normierung des Grundsatzes im Gesetz. Dies resultiert aus der Tatsache, dass einige dieser staatshaftungsrechtlichen Rechtsinstitute richterrechtliche Rechtsfortbildung sind.⁴³ Anerkannt ist jedenfalls auch bei diesen Ansprüchen die Begrenzung der Haftung aufgrund eines Verschuldens gegen sich selbst.⁴⁴

1. Vorschrift zur Realisierung des Grundsatzes, § 254 BGB analog

Die Realisierung des Grundsatzes kann dabei auf verschiedene Weise erfolgen. Umstritten ist, ob § 839 Abs. 3 BGB oder § 254 BGB zur analogen Anwendung kommen soll.

Zum Teil wird für die analoge Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB plädiert.⁴⁵ Dies ist jedoch aufgrund der systematischen Stellung der Vorschrift im Regelungskomplex „Amtshaftung“⁴⁶ und des als nicht angemessen empfundenen strikten Ergebnisses des „Alles-oder-nichts-Prinzip“, wonach jede, auch leicht fahrlässige, Mitverursachung zum völligen Anspruchsverlust führt⁴⁷, abzulehnen.⁴⁸ Darüber hinaus enthält § 254 BGB eine allgemeine Regelung für Schadensersatzansprüche, die es ermöglicht, Mitverschulden zu berücksichtigen. Aufgrund der damit fehlenden planwidrigen Regelungslücke ist der gesetzliche Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 Abs. 3 BGB nicht auf andere sekundäre Ansprüche analog anwendbar.⁴⁹

Aus diesen Gründen wendet der BGH und die überwiegende Meinung den § 254 BGB analog als Rechtsgrundlage zur Anwendung vom Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes auf andere staatshaftungsrechtliche Ansprüche an, bei denen sich keine ausdrückliche Normierung des Grundsatzes im Gesetz findet.⁵⁰ Den entsprechenden Impuls für eine Sicherung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes über § 254 BGB gab der Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG.⁵¹

⁴² BGHZ 156, 294 (299); *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905 (1907).

⁴³ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643).

⁴⁴ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643); vgl. *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 5.

⁴⁵ BVerfG NJW 2000, 1402; *Lege*, Jura 2011, 826 (833); *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. EL. 2022, Art. 34 Rn. 50; *Schoch*, Jura 1990, 140 (150).

⁴⁶ *Axer*, DVBI 2001, 1322 (1331).

⁴⁷ *Hoppe*, JA 2011, 167 (168); *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 389.

⁴⁸ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643); *Axer*, DVBI 2001, 1322 (1331).

⁴⁹ *Axer*, DVBI 2001, 1322 (1331).

⁵⁰ BGHZ 90, 17 (31 f.); 110, 12 (14); 113, 17 (22 f.); 140, 285 (297); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643); *Boujong*, UPR 1984, 137 (139); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 16 Rn. 105; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 99.

⁵¹ *Axer*, DVBI 2001, 1322 (1325); *Hendler*, AllgVerwR, Kap. 8 Rn. 796.

2. Keine Anwendbarkeit des Grundsatzes bei rechtmäßigem Handeln

Der Betroffene kann sich nur zur Wehr setzen, wenn rechtswidrig in sein Eigentum eingegriffen wird.⁵² Rechtmäßiges Handeln muss der Eigentümer dulden, sodass von vornherein Rechtsbehelfe unmittelbar gegen das öffentlich-rechtliche Handeln ausgeschlossen sind.⁵³ Bei rechtmäßigem Handeln der Behörde gibt es keinen verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutz.⁵⁴ Aus diesem Grund ist die Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes beim enteignenden Eingriff nicht eröffnet.⁵⁵ Zudem besteht bei Aufopferungsansprüchen aufgrund rechtmäßigen Handelns eine Duldungspflicht, sodass auch hier der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht anwendbar ist.⁵⁶ Daraus folgt, dass der Vorrang des Primärrechtsschutzes bei rechtmäßigem Handeln der Behörde nicht anwendbar ist.

III. Verjährung

Der Grundsatz wirkt sich auch auf die Verjährung von Ansprüchen aus dem Staatshaftungsrecht aus. Die Verjährung der jeweiligen Ansprüche ist mit Erhebung des Rechtsmittels des primären Rechtsschutzes nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB analog gehemmt.⁵⁷

IV. Rechtsfolgenseite: Unterscheidung zwischen § 839 Abs. 3 BGB und § 254 BGB

Der wesentliche Unterschied zwischen der Anwendung von § 254 BGB und § 839 Abs. 3 BGB liegt auf der Rechtsfolgenseite. Bei § 839 Abs. 3 BGB findet keine Abwägung zwischen Verschulden und Verursachung des Schadens statt, sondern es kommt zu einem völligen Wegfall des Anspruchs nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.⁵⁸ Somit führt jede, auch leicht fahrlässige, Mitverursachung zum völligen Anspruchsverlust, denn eine nuancierte einzelfallgerechte Schadensverteilung findet nicht statt.⁵⁹ Der Vorrang des Primärrechtsschutzes kommt durch diesen Totalverlust „strikt, ohne jede Abwägung“⁶⁰ zum Ausdruck.

⁵² Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 27 Rn. 96.

⁵³ Detterbeck, AllgVerwR, § 22 Rn. 1174.

⁵⁴ Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rn. 815.

⁵⁵ Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 91; Reinert, in: BeckOK-BGB, 63. Edition 2022, § 839 Rn. 240.

⁵⁶ Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 28 Rn. 11.

⁵⁷ BGHZ 188, 302 (314); OLG Koblenz, BeckRS 2020, 2859, Rn. 38; Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 419.

⁵⁸ Hoppe, JA 2011, 167 (168, 173); Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 58; Rohlfing, Amtshaftung, S. 435; Schoch, Jura 1988, 648 (649); Staudinger, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 839 Rn. 40.

⁵⁹ Hoppe, JA 2011, 167 (168); Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 389.

⁶⁰ BVerfG NJW 2000, 1402.

Bei der Anwendung des § 254 BGB hingegen erfolgt eine Quotenteilung entsprechend den Verantwortungsbeiträgen, die ursächlich für den Schaden waren.⁶¹ So führt ein Mitverschulden nicht zwangsläufig zu einem kompletten Anspruchsverlust, sondern flexibleren Ergebnissen des jeweiligen Einzelfalls.

Um ein daraus entstehendes unbilliges Ergebnis zu vermeiden, liest der BGH ein ungeschriebenes „soweit“ in § 839 Abs. 3 BGB hinein, d.h. „die Ersatzpflicht entfällt vielmehr nur, soweit die schuldhaft Nichteinlegung eines Rechtsmittels für den eingetretenen Schaden ursächlich geworden ist.“⁶² Hinsichtlich des unabwendbaren Schadensanteils bleibt der Amtshaftungsanspruch jedoch bestehen.⁶³ Da § 839 Abs. 3 BGB ohnehin als spezielle Ausprägung des § 254 BGB angesehen wird,⁶⁴ sollte gerade wegen der Anknüpfung an § 254 BGB eine Abwägung anhand von Verschuldensgraden zugelassen werden.

D. Materiell-rechtliche Voraussetzungen des Vorrangs des Primärrechtsschutzes

Der „Prototyp“⁶⁵ der Vorrangregelung findet sich in § 839 Abs. 3 BGB. Der Gedanke des Vorrangs des Primärrechtsschutzes lässt sich aber auch wie oben dargestellt aus § 254 BGB herleiten.⁶⁶ Dabei ist das Verschulden in § 254 BGB als ein „Verschulden gegen sich selbst“ zu verstehen⁶⁷, wenn der Geschädigte die Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes schuldhaft unterlassen hat.⁶⁸ Folglich sind die einzelnen Voraussetzungen, welche materiell-rechtlich an den Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes zu stellen sind, unabhängig von der Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB oder der Heranziehung des § 254 BGB analog, gleich.⁶⁹ Nachfolgend wird auf die materiell-rechtlichen Merkmale des Grundsatzes näher eingegangen.

I. Gebrauch eines Rechtsmittels

Der Betroffene muss, um den Vorrang des Primärrechtsschutzes zu entsprechen, von einem Rechtsmittel Gebrauch machen. Entscheidend ist dabei, dass sich die Rechtsmittel unmittelbar gegen die schädigende hoheitliche Handlung oder Unterlassung richten und als Ziel deren Beseitigung bzw. Vornahme bezwecken und ermöglichen.⁷⁰ Problematisch kann dies

⁶¹ Vgl. *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643, 645); *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1325); vgl. *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 186.

⁶² BGH NJW 1986, 1924.

⁶³ *Rohlfing*, Amtshaftung, S. 444; vgl. *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 839 Rn. 350.

⁶⁴ BGHZ 56, 57 (63); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (646); *Hoppe*, JA 2011, 167 (169); *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, 6. Aufl. 2013, S. 93.

⁶⁵ *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1330).

⁶⁶ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644).

⁶⁷ BGH NJW 2020, 1795 (1796); *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 46. Aufl. 2022, § 31 Rn. 37; *Looschelders*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.08.2022, § 254 Rn. 15; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2021, § 56 Rn. 6.

⁶⁸ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644).

⁶⁹ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644); *Dörr*, in: BeckOGK-BGB, § 839 Rn. 1186; vgl. *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, S. 315 ff.; vgl. *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rn. 50.

⁷⁰ BGH NJW 2009, 71 (73); BGHZ 197, 375 (380); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644); *Itzel/Schwall*, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, 3. Aufl. 2020, Teil I Rn. 213; *Teichmann*,

bei einer (nicht erhobenen) Unterlassungsklage sein, denn eine solche richtet sich nicht gegen ein bereits erfolgtes schädigendes Ereignis, sondern gegen eine zukünftige Beeinträchtigung.⁷¹ Somit kann diese nicht geeignet sein, einen Schaden abzuwenden oder zu mindern.⁷² Ebenso müssen die in Betracht kommenden Rechtsmittel/Rechtsbehelfe verfahrensmäßig ordnungsgemäß eingelegt werden.⁷³ Nicht ausreichend ist ein lediglich in formaler Hinsicht eingelegtes Rechtsmittel, wenn keine ernstliche Durchführungsabsicht besteht oder eine sachdienliche Begründung des Rechtsmittels nicht gegeben wird.⁷⁴ Uneinigkeit besteht bezüglich der Auslegung des Rechtsmittelbegriffs, welche anhand des zugrundeliegenden Zwecks des § 839 Abs. 3 BGB zu beurteilen ist.⁷⁵

1. Extensiver Rechtsmittelbegriff

Das Verständnis – der § 839 Abs. 3 BGB stellt eine besondere Ausprägung des § 254 BGB dar – spricht für eine extensive Auslegung.⁷⁶ Der Begriff des Rechtsmittels i.S.d. § 839 Abs. 3 BGB ist untechnisch in einem weiten Sinne zu verstehen.⁷⁷ Nach Auffassung des BGH sind Rechtsmittel alle „Rechtsbehelfe, die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung des Schadens zum Ziel haben und herbeizuführen geeignet sind.“⁷⁸ Dazu zählen nicht nur alle förmlichen und gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe, sondern auch formlose Rechtsbehelfe.⁷⁹ Rechtsmittel i.S.d. § 839 Abs. 3 BGB sind demnach das Widerspruchsverfahren nach §§ 68 f. VwGO, die verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren (Anfechtungsklage, Verpflichtungsklage, Untätigkeitsklage⁸⁰, allgemeine Leistungsklage), Verteidigungsmöglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes (z.B. Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO), Dienstaufsichtsbeschwerden⁸¹ und Fachaufsichtsbeschwerden, sowie formlose Gegenvorstellungen, Erinnerungen und Einsprüche.⁸² Die Rechtsprechung dehnte den Rechtsmittelbegriff sogar so weit aus, dass selbst eine einfache

in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 839 Rn. 22; *Rohlfing*, Amtshaftung, S. 438; *Rohlfing*, MDR 2009, 1257 (1257).

⁷¹ *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644); vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 10 Rn. 58; *Rohlfing*, MDR 2009, 1257 (1258).

⁷² *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644); vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 10 Rn. 58; *Rohlfing*, MDR 2009, 1257 (1258).

⁷³ *Itzel/Schwall*, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 216; *Rohlfing*, Amtshaftung, S. 441.

⁷⁴ BGHZ 56, 57 (59); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (645); *Itzel/Schwall*, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 216; *Rohlfing*, Amtshaftung, S. 441.

⁷⁵ *Hoppe*, JA 2011, 167 (170); *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, S. 96.

⁷⁶ *Hoppe*, JA 2011, 167 (170).

⁷⁷ BGH NJW 1978, 1522 (1523); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (644); vgl. *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StaatshaftungsR, § 1 Rn. 201; *Rohlfing*, Amtshaftung, S. 436; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 839 Rn. 22.

⁷⁸ BGHZ 28, 104 (106); BGH NJW 1978, 1522 (1523).

⁷⁹ *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StaatshaftungsR, § 1 Rn. 201, 203; *Dörr*, in: BeckOGK-BGB, § 839 Rn. 675; *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 391.

⁸⁰ BGH NVwZ 1992, 298 (299); NVwZ 2008, 815 (816); *Menzel*, DRiZ 1990, 375 (376).

⁸¹ BGHZ 28, 104 (106); BGH NJW 1974, 639 (640); NJW 1986, 1924 (1924); BGHZ 123, 1 (7); *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StaatshaftungsR, § 1 Rn. 203.

⁸² *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, S. 95; *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 391.

Nachfrage bei der zuständigen Behörde hinsichtlich der Antragsbearbeitung als ein Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB angesehen wurde.⁸³ Die Rechtsprechung weitet den Begriff des Rechtsmittels folglich nahezu „uferlos“ aus.⁸⁴ Dabei verkennt sie, dass formlose Rechtsbehelfe wie die Gegenvorstellung oder die einfache Nachfrage von Anfang an nicht dazu imstande sind, den Schaden abzuwenden.⁸⁵ Zudem kommt es durch die Ausuferung des Rechtsmittelbegriffs zu einer nicht gebotenen und unverhältnismäßigen Risikoverlagerung auf den Bürger.⁸⁶

2. Restriktiver Rechtsmittelbegriff

Sieht man in dem § 839 Abs. 3 BGB eine Vorschrift zur Sicherung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes, so ist eine restriktive Auslegung erforderlich. Damit ist der Rechtsmittelbegriff auf förmliche Rechtsbehelfe zu reduzieren.⁸⁷ Eine Restriktion des Anwendungsbereichs entspräche auch dem Gedanken des früheren § 6 Staatshaftungsgesetz (StHG) aus dem Jahr 1981.⁸⁸

Beschränkungen im Anwendungsbereich des § 839 Abs. 3 BGB durch die restriktive Auslegung des Rechtsmittelbegriffs, führen keinesfalls dazu, dass dem Betroffenen ein Wahlrecht eingeräumt wird, gegen den schädigenden Hoheitsakt vorzugehen oder sich auf Schadensersatz zu beschränken. Stattdessen kommt es zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des flexibleren § 254 BGB, um den § 839 Abs. 3 BGB beschnitten wurde.⁸⁹ Vielmehr wird die Versäumung formloser Rechtsmittel, soweit diese zu einer Schadensminderung geführt hätten, als Mitverschulden nach § 254 BGB angesehen.⁹⁰ Dabei erkennt auch die Rechtsprechung ein Mitverschulden durch die Anwendung des § 254 BGB in Fällen an, in denen Rechtsmittel nicht unter § 839 Abs. 3 BGB subsumiert werden können.⁹¹

II. Kausalität

Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels muss kausal für den Schaden geworden sein.⁹² Entscheidend ist, ob die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels den Schaden hätte verhindern oder verringern können.⁹³ Kommt es lediglich zu einer Verringerung des Schadens,

⁸³ OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 13.

⁸⁴ v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 34 Rn. 104; Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, S. 96; Schoch, Jura 1988, 648 (650).

⁸⁵ Rohlfing, Amtshaftung, S. 439; Acker, NJOZ 2021, 641 (646).

⁸⁶ Rohlfing, Amtshaftung, S. 439; Acker, NJOZ 2021, 641 (646).

⁸⁷ Axer, DVBl 2001, 1322 (1331); Gurlit, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, 7. Aufl. 2021, Art. 34 Rn. 72; Hoppe, JA 2011, 167 (170); Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rn. 270.

⁸⁸ Acker, NJOZ 2021, 641 (646); Hoppe, JA 2011, 167 (170); Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rn. 271.

⁸⁹ Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, S. 96; Hoppe, JA 2011, 167 (170).

⁹⁰ Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, S. 96.

⁹¹ BGH NJW 2019, 1374 (1376) Rn. 19.

⁹² Detterbeck/Windthorst/Sproll, StaatshaftungsR, § 10 Rn. 65; Itzel/Schwall, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 221; Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 393.

⁹³ Dörr, in: BeckOGK-BGB, § 839 Rn. 709; Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 839 Rn. 23.

so entfällt der Ersatzanspruch nur zu diesem entsprechend abwendbaren Teil.⁹⁴ Die Darlegungs- und Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der unterlassenen Einlegung und dem Eintritt des Schadens trifft den Schädiger, also den Staat.⁹⁵

III. Verschulden

Der Geschädigte muss es schuldhaft unterlassen haben, ein Rechtsmittel einzulegen.⁹⁶ Das Verschulden richtet sich dabei nach den allgemeinen Grundsätzen.⁹⁷ Der BGH beurteilt ein Verschulden „unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls“ nach den „Verhältnissen des Verkehrskreises, dem der Verletzte angehört“, und stellt darauf ab, „welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen dieses Kreises verlangt werden muss“.⁹⁸ Zurechenbar ist dem Betroffenen unter den Voraussetzungen des § 278 BGB auch ein Verschulden einer eingeschalteten Hilfsperson, wie z.B. einem Rechtsanwalt.⁹⁹

E. Grenzen des Vorrangs

Dem Vorrang des Primärrechtsschutzes sind durch verschiedene Aspekte sowohl auf der Ebene des Tatbestandes als auch auf der Rechtsfolgenseite Grenzen gesetzt.

Zunächst einmal muss die Möglichkeit des Primärrechtsschutzes überhaupt bestehen. Diese ist bei rechtmäßigen Eingriffen der Verwaltung¹⁰⁰ und bei Verzögerungsschäden, die aufgrund von langjährigen Verwaltungsprozessen entstehen,¹⁰¹ nicht gegeben. Ferner scheidet bei Eigentumsbeeinträchtigungen durch hoheitliche Realakte der Primärrechtsschutz aus, da diese im Allgemeinen nicht mehr durch Rechtsbehelfe abgewehrt werden können.¹⁰² In solchen Fällen ist der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht anwendbar und der Betroffene kann unmittelbar Sekundärrechtsansprüche geltend machen.¹⁰³

Ist die Möglichkeit des Primärrechtsschutzes gegeben, so hat der Betroffene prinzipiell nur bei begründeten Zweifeln die Pflicht, das aus seiner Sicht rechtswidrige Verwaltungshandeln zu prüfen und gegen dieses vorzugehen. Dabei darf die Verpflichtung zur Überprüfung und Einlegung von Rechtsmitteln nicht überzogen werden, sodass es nicht dazu kommen

⁹⁴ Dörr, in: BeckOGK-BGB, § 839 Rn. 709; Papier/Shirvani, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 393.

⁹⁵ BGHZ 156, 294 (299); Dörr, in: BeckOGK-BGB, § 839 Rn. 709; Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905 (1907); Rohlfing, MDR 2009, 1257 (1258); Wöstmann, in: Staudinger, BGB, § 839 Rn. 350.

⁹⁶ Acker, NJOZ 2021, 641 (645); Rohlfing, MDR 2009, 1257 (1258).

⁹⁷ Acker, NJOZ 2021, 641 (645); Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 839 Rn. 24.

⁹⁸ BGHZ 113, 17 (25).

⁹⁹ Acker, NJOZ 2021, 641 (645); Detterbeck/Windthorst/Sproll, StaatshaftungsR § 10 Rn. 68; Itzel/Schwall, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 219.

¹⁰⁰ Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rn. 815.

¹⁰¹ Axer, DVBl 1322 (1325); Boujong, UPR 1984, 137 (139).

¹⁰² Boujong, UPR 1984, 137 (139 f.).

¹⁰³ Axer, DVBl 2001, 1322 (1325); Boujong, UPR 1984, 137 (139).

darf, dass der Bürger im bloßen Verdachtsfall dazu gezwungen wird, Rechtsmittel einzulegen.¹⁰⁴ Fehlende Rechtskenntnis ist nicht ausreichend, denn im Zweifel muss der Betroffene für die Beurteilung der Erfolgsaussichten rechtskundigen Rat einholen.¹⁰⁵ Darüber hinaus trifft den Betroffenen kein Verschulden, wenn die Einlegung primären Rechtsschutzes nicht zumutbar ist.¹⁰⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich der Staat für die Rechtswidrigkeit seines Handelns die Verantwortung tragen soll und dieses aus rechtsstaatlicher Hinsicht nicht sanktionslos bleiben darf, weshalb strenge Anforderungen an die Annahme der Zumutbarkeit zu stellen sind.¹⁰⁷ Das Ergreifen von Rechtsbehelfen ist zumutbar, wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit des Eingriffs erkannte oder begründete Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit existierten.¹⁰⁸ Auf der Rechtsfolgenseite erfährt der Grundsatz eine Beschränkung, indem der Anspruch nur in dem Umfang entfällt, in dem die Rechtsmittelversäumung ursächlich für den eingetretenen Schaden war.¹⁰⁹

F. Fazit

Trotz ihrer Unterschiede stehen der Rechtsschutz auf Beseitigung und Aufhebung rechtswidriger staatlicher Akte (Primärrechtsschutz) und das an hoheitliches Handeln anknüpfende Recht der öffentlichen Ersatzleistungen (Sekundärrechtsschutz) in einem engen Zusammenhang. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes hat als Grundsatz im gesamten Staatshaftungsrecht Eingang gefunden. In Bezug auf den Rechtsmittelbegriff wäre die Anerkennung einer restriktiven Interpretation von der Rechtsprechung wünschenswert.

¹⁰⁴ BGHZ 113, 17 (24); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (645); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StaatshaftungsR, § 10 Rn. 69; *Itzel/Schwall*, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 220; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 99.

¹⁰⁵ *Hoppe*, JA 2011, 167 (171); *Itzel/Schwall*, Praxishandbuch Amts-, Staatshaftungs- und EntschädigungsR, Teil I Rn. 219; *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 394; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 839 Rn. 24.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfG NJW 2000, 1402; BGHZ 90, 17 (32); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 34 Rn. 65; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 34 Rn. 24; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 99.

¹⁰⁷ *Axer*, DVBl 2001, 1322, (1332); *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 99.

¹⁰⁸ *Detterbeck*, AllgVerwR, § 22 Rn. 1155; vgl. *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn. 99.

¹⁰⁹ BGH NJW 1986, 1924 (1924); *Acker*, NJOZ 2021, 641 (643, 645); *Axer*, DVBl 2001, 1322 (1325, 1332); *Wieland*, in: Dreier GG, Bd. I, Art. 14 Rn. 186.



LEIPZIG LAW JOURNAL