



BDVR-Rundschreiben

Zeitschrift für die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Aus dem Inhalt

- Nachlese zum
20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag
in Würzburg

INHALTSVERZEICHNIS

Impressum

Herausgeber | Bund Deutscher Verwaltungsrichter und
Verwaltungsrichterinnen (BDVR)
Haus des Rechts, Kronenstraße 73, 10117 Berlin
www.bdvr.de
www.verwaltungsgerichtstag.de

Verantwortlich i.S. des Pressegesetzes | Rautgundis
Schneiderei, Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7,
10557 Berlin

Redaktion | Dr. Karoline Bülow, Alice Fertig, Markus Rau,
Britta Schiebel, Dr. Benjamin Schneider, Rautgundis
Schneiderei, Christiane Knop

Manuskripte und Zuschriften an | RiOVG Markus Rau,
Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg,
Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin,
Telefon: 030/90149-8729, redaktion@bdvr.de

Urheber und Verlagsrechte | Die Zeitschrift und alle in ihr
enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheber-
rechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlags. Mit
der Annahme des Beitrags zur Veröffentlichung erwirbt der
Verlag alle ausschließlichen Verlagsrechte für die Zeit des
Bestehens des Urheberrechts. Diese umfassen insbesondere
auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen
und die Befugnis zur Einspeicherung des Beitrags in eine
Datenbank, verbunden mit dem Recht zu deren Vervielfälti-
gung und Verbreitung (online oder offline) zu gewerblichen
Zwecken ohne zusätzliche Vergütung. Das ausschließliche
Recht an einer elektronischen Version des Beitrags erwirbt
der Verlag ohne zeitliche Begrenzung.
Namentlich gekennzeichnete Beiträge stellen die Meinung
der Autoren dar. Die Redaktion behält sich die Kürzung von
Beiträgen vor. Unverlangt eingesendete Manuskripte – für
die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffent-
lichungsvorschlag. Veröffentlichte Fotos stammen von »pri-
vat«, sofern diese nicht namentlich gekennzeichnet sind.

Adressänderungen an | RiinVG Britta Schiebel,
Haus des Rechts, Kronenstr. 73, 10117 Berlin,
finanzen@bdvr.de

Verlag | Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG
Scharstraße 2, 70563 Stuttgart, Telefon 0711/7385-0,
Telefax 0711/7385-100, c.class@boorberg.de,
www.boorberg.de

Anzeigen | Dieter Müller, Richard Boorberg Verlag GmbH &
Co KG, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart,
Telefon: 0711/7385-0, Telefax 0711/7385-100,
anzeigen@boorberg.de,
es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 14. vom 1.1.2023

Erscheinungsweise | viermal jährlich

Bezugspreise | Jahresbezugspreis im Abonnement EUR
106,- inklusive Zustellgebühr. Die Berechnung des Abon-
nements erfolgt jährlich im Voraus. Einzelheft EUR 29,50
zuzüglich Versandkosten. Bestellungen nehmen der Verlag
und alle Buchhandlungen entgegen.
Eine Abbestellung kann frühestens zum Jahresende gültig
werden, wenn Sie dem Verlag spätestens sechs Wochen vor
Jahresende vorliegt.

Satz | Reemers Publishing Services. www.reemers.de

Produktion | Laupp & Göbel, Robert-Bosch-Str. 42,
72810 Gomaringen, www.meine-druckerei.de

ISSN | 2511-7599

BDVR-Rundschreiben 3 | 2024

VORWORT	3
20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG	
Eröffnungsrede zum 20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag ...	3
Arbeitskreis 1: Neues zum Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG – die Karlsruher Perspektive –	8
Arbeitskreis 1: Neues zum Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG	14
Arbeitskreis 2: Erfahrungsaustausch zu rechtlichen Problemen der eAkte	17
Arbeitskreis 2: Das Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC)	20
Arbeitskreis 6: Geheime Dokumente im Verwaltungsprozess	28
Arbeitskreis 7: Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht im Spannungsfeld aktueller Herausforderungen – das anpassungsfähige Gebot der Rücksichtnahme	39
Arbeitskreis 7: Nachbarschutz im beplanten Innenbereich und ausgewählte Aspekte der Nachverdichtung	47
Arbeitskreis 8: Secondary migration in the EU in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU)	55
AUS DEN VERBÄNDEN	
Juristische Informationsreise des Vereins der Verwaltungs- richterinnen und Verwaltungsrichter in Berlin e.V. im April 2024 nach Brüssel	60
PERSONALIA	62

Information zu den nächsten Ausgaben

Abgabeschluss für die Ausgabe 1/2025 ist der 14. Januar 2025. Artikel und Fotos
bitte per E-Mail an die Redaktion unter redaktion@bdvr.de.



Liebe Leserinnen und Leser,

der Große Verwaltungsgerichtstag fand im Mai in Würzburg statt und ist auf großen Anklang gestoßen. Über tausend Teilnehmende, Referentinnen und Referenten tauschten sich in verschiedenen Arbeitskreisen zu verwaltungsgerichtlichen Themen aus und profitierten während des umfangreichen Rahmenprogramms vom schönen Maiwetter in Würzburg. Ein Highlight war der Festvortrag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Stephan Harbarth mit dem Titel „75 Jahre Grundgesetz – von der Verfassung der Paulskirche zu Einigkeit und Recht und Freiheit“. Seinen Abschluss fand der Verwaltungsgerichtstag mit einer Podiumsdiskussion zum Thema Klimaschutz und Recht. In diesem und den folgenden Heften finden Sie viele Beiträge des Verwaltungsgerichtstages zum Nachlesen.

Neben den Verwaltungsgerichtstagen ist der BDVR weiter rechtspolitisch aktiv. Aktuell stehen die Diskussionen um eine Novelle der VwGO, die Reform des GEAS und Änderungen im Asylrecht im Fokus. Um nur einige Themen zu nennen, geht es um eine weitere Verkürzung der asylgerichtlichen Verfahrensdauer, eine Änderung der Zulassungsgründe und

den Wegfall von Sperrfristen für den Einsatz von Proberichtern als Einzelrichter. Die Rückmeldungen der Landesverbände zeigen, dass diese Themen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aktuell viel und kontrovers erörtert werden. Der BDVR hat darüber hinaus Stellungnahmen zu dem Referentenentwurf zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und weiterer umweltrechtlicher Vorschriften und zu dem Referentenentwurf zur besseren Verhinderung missbräuchlicher Anerkennungen der Vaterschaft abgegeben. Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Besoldung von Richterinnen und Richtern hat der BDVR ebenfalls eine Stellungnahme vorgelegt. Alle Stellungnahmen finden Sie wie immer auf unserer Webseite.

Viel Freude beim Lesen wünschen

Karoline Bülow

Robert Seegmüller



20. DEUTSCHER VERWALTUNGS- GERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 3 | 2024

Eröffnungsrede zum 20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag

Sehr geehrter Herr Präsident Prof. Dr. Harbarth, sehr geehrte Damen und Herren Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts, sehr geehrte Frau Staatssekretärin Dr. Schlunck, sehr geehrter Herr Präsident Prof. Dr. Korbmacher, sehr geehrter Herr Staatsminister Herrmann, sehr geehrter Herr Oberbürgermeister Schuchardt, sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich im zehnten Jahr meiner Amtszeit als Vorsitzender der Bundes Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen e.V. und des Deutschen Verwaltungsgerichtstags e.V. nun schon zum dritten Mal einen großen Verwaltungsgerichtstag eröffnen zu dürfen. Zum zehnten Jahr meiner Amtszeit passt es gut, dass es der 20. Große Verwaltungsgerichtstag seit Gründung des BDVR ist. So viele runde Zahlen müssen einfach ein gutes Vorzeichen für diesen Verwaltungsgerichtstag sein. Nach Stationen in Hamburg im Jahr 2016 und in Darmstadt im Jahr 2019 dürfen wir das Klassentreffen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Jahr im schönen Würzburg abhalten – und das auch noch bei bestem Wetter. Interessante Veranstaltungen, nette Kolleginnen und Kollegen, mit denen man sich austauschen kann, fränkischer Wein, bayerisches Bier, fränkische Bratwurst, Schäufele, Main-Zander und Kühle – was können wir uns mehr wünschen?

Die Idylle, die wir hier vorfinden und die wir für ein paar Tage genießen dürfen, steht leider in sehr unerfreulichem Kontrast zur Unordnung in der Welt um uns herum und auch zur Unruhe in unserer Gesellschaft. Als ich vor zehn Jahren das Amt des Vorsitzenden des BDVR und des DVGT von meinem Vorgänger übernommen habe, haben er und ich kurz überlegt, welche Ereignisse meine Tätigkeit in Zukunft prägen könnten. Ich solle mir keine Sorgen machen, rief mir mein Vorgänger zu. Die Dinge würden weiter vor sich hin mäandern – wie immer. Und nach ein paar schönen Verwaltungsgerichtstagen könne ich dann das Amt an meine Nachfolgerin oder meinen Nachfolger weitergeben. Leider hat mein Vorgänger nicht Recht behalten. Erst kam eine Migrationskrise, dann eine Coronakrise, dann eine Ukraine Krise und nun noch eine – jedenfalls halbe – weitere Migrationskrise. Die genannten Geschehnisse sind nicht ohne Auswirkung auf unsere Gesellschaft geblieben. Wächst die Zahl der Menschen in unserem Land, wächst auch der Bedarf an Wohnungen, an Gesundheitsdienstleistungen, an staatlicher Infrastruktur – um nur ein paar Auswirkungen zu nennen. Die Einschränkung wirtschaftlicher Aktivität aus Infektionsschutzgründen hat vorübergehend die Menge der verfügbaren Güter und Dienstleistungen in unserer Gesellschaft

nicht unerheblich reduziert. Die Ertüchtigung der Bundeswehr verzehrt Ressourcen, die für andere gesellschaftliche Zwecke nicht mehr zur Verfügung stehen. Hinzu kommt die sich rasant verändernde Altersstruktur unserer Gesellschaft, die dazu führt, dass der Anteil Erwerbstätiger ständig sinkt. Produktivitätsfortschritte können die Erosion unserer Arbeitskräftebasis immer weniger kompensieren.

Ich halte hier ausdrücklich keine politische Rede. Daher bewerte ich die von mir genannten Entwicklungen nicht und leite auch keine politischen Forderungen aus ihnen ab. Unbestreitbar ist aber, dass sie die jedem Einzelnen in unserer Gesellschaft anteilig zur Verfügung stehenden Güter und Dienstleistungen reduziert haben bzw. noch immer reduzieren. Das ist eine ökonomische Realität. Kreditfinanzierte Ausweitungen der Geldmenge können diese Realität übergangsweise verdecken. Irgendwann aber müssen die durch diese Entwicklungen bewirkten Wohlstandsverluste verteilt werden. Und wenn wir uns nicht zu politisch gesteuerten Verteilungsentscheidungen durchringen können, verteilt letztlich die Inflation diese Wohlstandsverluste. Und dabei geht es uns allen dann vielleicht ein bisschen wie dem Frosch, der im immer wärmer werdenden Wasser sitzt. Wir fühlen uns irgendwie unwohl in der Situation, können uns aber nicht entschließen, uns mit einem beherzten Sprung aus dem Wasser zu retten. Die gesellschaftliche Unruhe, die diese Situation auslöst, können wir bereits jetzt jeden Tag spüren.

Als deutsche, als europäische, als westliche Gesellschaft stehen wir zudem im Wettbewerb mit anderen, mit autoritär regierten Gesellschaften. Ich habe keinen Zweifel, dass unser demokratisches, rechtsstaatliches, offenes Gesellschaftsmodell in diesem Wettbewerb nicht nur bestehen kann, sondern sich über kurz oder lang überall als Gesellschaftsmodell durchsetzen wird. Eine Gesellschaft, die im Ausgangspunkt von der ursprünglich freien Entscheidung des Einzelnen über seine Lebensgestaltung her gedacht ist, wird aufgrund der Freiheitsräume, die sie jedem bietet und aufgrund ihrer daraus folgenden Innovationskraft immer attraktiver sein als autoritär gelenkte und gedachte Gesellschaftsmodelle. Das, meine Damen und Herren, wissen aber auch diejenigen, die an der Spitze autoritär organisierter Gesellschaften stehen. Sie werden erkannt haben, dass sie neben unserem Gesellschaftsmodell auf Dauer nicht koexistieren können. Auf ihre eigene Erhaltung bedacht, könnten sie versucht sein, uns ihr Gesellschaftsmodell aufzunötigen. Wenn man den Konkurrenten, gegen den man nicht bestehen kann, von innen heraus zerstört, muss man den Wettbewerb nicht mehr fürchten – das könnte ihr Kalkül sein. Anhaltspunkte dafür, dass die

genannte Befürchtung richtig sein könnte, spüren wir jeden Tag. Berichte über Menschen, die sich die Tendenz ihrer Berichterstattung möglicherweise aus dem Ausland haben vergüten lassen, beunruhigen. Benutzerprofile in sozialen Netzwerken, die von Computerprogrammen im Ausland gesteuert werden, verzerren den Meinungs Austausch in diesen Netzwerken. Parlamentarier, aus deren Büros möglicherweise sensible Informationen ins Ausland fließen sind Anlass zu großer Sorge.

Zu Recht wird daher derzeit unter dem Schlagwort „Resilienz“ darüber diskutiert, wie wir die prägenden, zentralen Elemente unserer gesellschaftlichen Verfasstheit gegenüber Bedrohungen von außen und innen schützen können. Ausgangspunkt der Diskussion war (und ist) die Frage, welche Regelungen über das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte in den jeweiligen Verfassungen enthalten sein sollten. Die Diskussion darüber ist gut und richtig. Sie darf sich aber nicht auf diese Bereiche beschränken! Verfassungsgerichte sind für das Funktionieren unseres Staates wichtig – alleine werden sie ihn aber nicht bewahren können. Erforderlich ist es vielmehr, die Diskussion auf die Bereiche Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu weiten, die unser Miteinanderleben prägen.

Man kann es in vielen Teilen unserer Gesellschaft mitbekommen. An Ständen politischer Parteien, im Kollegen- und im Freundeskreis. Die Menschen treibt der Zustand unserer Demokratie um. Sie sei in Gefahr. Man könne nichts mehr sagen. Jedenfalls seien die Folgen freier Meinungsäußerung mitunter so dramatisch und unvorhersehbar, dass man besser nichts mehr sage. Auf der anderen Seite wird unangemessene Zuspitzung, völlige Entgleisung und Entgrenzung in thematischer und formulierungsmäßiger Hinsicht beklagt, der man konsequent entgegenzutreten – gegenüber denen man Haltung zeigen müsse. Und welche Rolle computergestützte Äußerungen und Desinformationen haben und in Zukunft haben werden, kann man nur ahnen. Wer wie ich die Chance auf ein Leben vor der Einführung sozialer Netzwerke hatte – Facebook wird dieses Jahr beispielsweise erst 20 Jahre alt – kann die Dimension der Veränderungen, die diese Einrichtungen mit sich gebracht haben, vielleicht besser verstehen als diejenigen, deren aktives Sozialleben wesentlich durch solche Netzwerke geprägt wurde. Bediente man sich wirtschaftswissenschaftlicher Terminologie könnte man sagen: Diese Netzwerke haben Meinungsbildung in unserer Gesellschaft von heute auf morgen vollständig dereguliert. Mit einem Schlag konnte jeder unproblematisch sein eigener Verleger, sein eigener Herausgeber oder sein eigener Journalist sein und damit eine fast unbegrenzte gesellschaftliche Reichweite haben. Das Korrektiv des Chefredakteurs, der Redaktionskonferenz, der kritischen Kollegenschaft, die Beiträge zur Meinungsbildung jedenfalls einer gewissen Qualitätskontrolle unterzog, bevor sie einem großen Auditorium zugänglich gemacht wurden, fiel von jetzt auf gleich weg. Und seitdem stellen wir mit wachsendem Erstaunen, Unbehagen und manchmal Entsetzen fest, was unsere Mitmenschen in unserem Land so denken und sagen, wenn sie ihre elektronischen Geräte bedienen. Meine Damen und Herren, wir brauchen wieder mehr Qualität in den Äußerungen, die Teil des demokratischen Meinungsbildungsprozesses in diesem Land sind. Demokratischer Meinungsbildungsprozess

heißt Meinungsbildung von unten nach oben – von den Menschen hin zu den Organen unseres Staates und den Menschen, die für diese Organe handeln. Demokratischer Meinungsbildungsprozess heißt rationaler Diskurs; also eine mit Sachargumenten geführte Diskussion um gute Lösungen für unsere Gesellschaft, um gute Regeln für unser Zusammenleben. Diesen Anforderungen müssen wir unter anderem die sozialen Netzwerke, die unser Zusammenleben inzwischen so stark prägen und vor allem ihre Algorithmen, anpassen. In unserer Verfassung wären solche Regeln gut aufgehoben.

Rechtsstaatlichkeit ist der zweite Bereich, in dem wir über mehr Resilienz nachdenken müssen. Das Funktionieren der Verfassungs-, aber auch der Fachgerichte ist notwendige Bedingung für die von der Verfassung angestrebte Ordnung des gesellschaftlichen Lebens und der politischen Prozesse in ihrem Geltungsbereich. Zu Recht enthalten freiheitliche Verfassungen daher auch Regelungen über Verfassungs- und Fachgerichte. Politische Kräfte, die Regelungen der Verfassung ablehnen, die erforderlichen Mehrheiten für ihre Änderung aber nicht erreichen, sollen sich den Bindungen der Verfassung nicht dadurch entziehen können, dass sie die Funktionsfähigkeit der Verfassungs- und Fachgerichte beeinträchtigen.

Sind die existierenden Vorschriften zum Schutz unserer Verfassungs- und unserer Fachgerichte ausreichend? Müssen wir mehr in unseren Verfassungen regeln, um Justiz auch dann funktionsfähig zu erhalten, wenn in unseren Parlamenten und Exekutiven auf einmal Menschen an Einfluss gewinnen, die eine Bindung an Verfassungsnormen und einfache Gesetze nur dann akzeptieren, wenn ihnen deren Inhalt auch politisch ins Konzept passt?

Maßstab für die Antwort muss sein: so viel wie nötig. So wenig wie möglich. Verfassungsrechtliche Regelungen zur Sicherung der Funktionsfähigkeit von Gerichten müssen ihre Funktion erfüllen, ohne dabei dem einfachen Gesetzgeber den Spielraum zu nehmen, die prozessualen Details ihrer Arbeit flexibel und ohne das Erfordernis verfassungsändernder Mehrheiten zu regeln. Bei all dem muss zudem immer bedacht werden, dass eine Regelung, die eine gute Lösung für eine bestimmte politische Konstellation zu sein scheint, möglicherweise in einer ebenso gut möglichen anderen Konstellation sehr nachteilig sein und damit per Saldo mehr Schaden als Nutzen anrichten könnte.

Sechs Regelungsbereiche bedürfen der Betrachtung: die Vorschriften über die gerichtlichen Zuständigkeiten, das Gerichtsverfahrensrecht, die Rechtswirkungen gerichtlicher Entscheidungen, die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter, das Verfahren über ihre Ernennung und schließlich die Ausstattung der Gerichte.

1. Unerlässlich für die Sicherung der gerichtlichen Funktionsfähigkeit ist die verfassungsrechtliche Fundierung ihrer Zuständigkeit und des Rechts, sie anzurufen. Das Grundgesetz und die Landesverfassungen enthalten Zuständigkeitskataloge für die Verfassungsgerichte und mit der Garantie des effektiven Rechtsschutzes im Grundgesetz eine Vorschrift, die die Anrufbarkeit der Fachgerichte sicherstellt. Handlungsbedarf dürfte daher insoweit nicht bestehen.

2. Die Regelungen über das gerichtliche Verfahren sind für eine Aufnahme in die Verfassungen des Bundes und der Länder schon aufgrund ihres Umfangs eher ungeeignet. So-

lange die Zuständigkeiten der Gerichte und die Möglichkeit, sie unbeschränkt anzurufen, verfassungsrechtlich fixiert sind, bedarf es keiner Verfassungsrechtlichung des Prozessrechts zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit. Denn solange Gerichte unbeschränkt angerufen werden können, können sie unangemessene prozessrechtliche Erschwerungen der Rechtsverfolgung jederzeit im Rahmen der bei ihnen geführten Verfahren im Wege der Inzidentkontrolle solcher Vorschriften verhindern.

3. Die ausnahmslose rechtliche Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen ist unverzichtbares Tatbestandsmerkmal der Institution Gericht. Die verfassungsrechtliche Garantie der Institution Gericht enthält damit zugleich die verfassungsrechtliche Absicherung der Verbindlichkeit ihrer Entscheidungen. Allerdings stehen die jeweils erforderliche Reichweite und Ausgestaltung der Verbindlichkeitswirkungen in engem Zusammenhang mit dem jeweiligen Prozessrecht für die Gerichte. Es ist daher klug, die Bestimmung der genauen Reichweite und Wirkung der Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen dem einfachen Gesetzgeber zu überlassen. Denn sie muss auch den jeweils bestehenden einfach-rechtlichen Regelungen des Prozessrechts leicht anpassbar sein. Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Gerichte drohen weniger durch das Fehlen ausdrücklicher Regelungen über die Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen in der Verfassung. Sie drohen vielmehr durch die Nichtbefolgung gerichtlicher Entscheidungen durch die Exekutive. Im Falle der Stadthalle Wetzlar gelang es noch nicht einmal dem Bundesverfassungsgericht, den gerichtlichen Anordnungen gegenüber der Exekutive faktisch Geltung zu verschaffen. Ich kann es an dieser Stelle nur noch einmal in aller Deutlichkeit sagen, die derzeitigen Regelungen über die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegenüber dem Staat sind nicht ausreichend. Es fehlt an Vorschriften, um den Erlass von Hoheitsakten auch durchzusetzen, zu deren Vornahme der Staat gerichtlich verpflichtet wurde, wenn dieser sich weigert, tätig zu werden. In solchen Fällen reicht die Möglichkeit, Zwangsgelder zu verhängen, einfach nicht aus; auch dann nicht, wenn diese Zwangsgelder nicht von einer staatlichen Kasse an die andere gezahlt, sondern an Dritte abgeführt werden müssen. Es braucht vielmehr die Möglichkeit für die Gerichte, staatliche Hoheitsakte, zu deren Erlass der Staat verpflichtet wurde, selbst zu bewirken. Und wenn es um schlicht hoheitliches Handeln geht, können in letzter Konsequenz nur eigene gerichtliche Vollstreckungskräfte helfen. Nur wenn das Gericht am Ende einen Wachtmeister schicken kann, der die Stadthalle tatsächlich aufschließt, kann es sich im Konfliktfall auch wirklich durchsetzen und dem Rechtsstaat die ihm gebührende Geltung verschaffen. Wir brauchen eigene Vollstreckungsmittel der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte und deren institutionelle Garantie in der Verfassung. Wer Justiz resilient machen will, muss darüber nachdenken!

4. Besonderen Augenmerks bedarf in der Diskussion über die Resilienz von Justiz schließlich die Rechtsstellung der Richter. Sie sichert deren Unabhängigkeit. Ob die bestehenden verfassungsrechtlichen Regelungen ausreichend sind, ist fraglich. Denn Art. 97 Abs. 2 GG überlässt dem einfachen Gesetzgeber die Definition der Gründe, aus denen

ein Richter vor Ablauf seiner Amtszeit entlassen werden kann, ebenso wie die Definition der Dauer der Amtszeit und der Altersgrenzen. Änderungen der Gerichtsorganisation eröffnen zudem die Möglichkeit der Versetzung von Richtern. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sollte hier die Aufnahme von ausdrücklichen Bestandsschutzregelungen für bereits ernannte Richter erwägen, die eine Verkürzung der Amtszeit oder Absenkung der Altersgrenze ausschließen. Angezeigt sein könnte auch eine verfassungsrechtliche Präzisierung der Möglichkeiten zur Entlassung von Richtern und der Voraussetzungen für die Änderung der Gerichtsorganisation sein.

Mit dem letztgenannten Punkt berühre ich ein sensibles Thema. Ein Thema, an dem sich zeigt, dass Regelungen, die im einen Fall wünschenswert sind, sich in einer anderen Fallkonstellation als höchst problematisch herausstellen können. Ich meine Regelungen, die die Entlassung von Richtern vorsehen, die sich politisch sehr stark exponiert haben. Es ist nachvollziehbar, dass in Fällen, in denen eine Richterin oder ein Richter politisch extreme Ansichten geäußert hat, die Frage aufgeworfen wird, ob diese Person weiterhin mit Rechtsprechungsaufgaben betraut sein soll. Sind die Vorschriften für deren Entlassung zu restriktiv, muss die Justiz und die ganze Gesellschaft in der Folge aushalten, dass diese Person weiterhin Recht spricht. Eine zu weitgehende Formulierung von Entlassungsgründen kann aber schnell das Unabhängigkeitsfundament von Justiz unterhöhlen. Justiz kann dann leicht zum Spielball wechselnder politischer Mehrheiten und deren Ansichten darüber werden, welche Meinungen und Äußerungen als politisch extrem und nicht mehr tragbar angesehen werden. Bei der Formulierung solcher Entlassungsvorschriften ist daher große Sensibilität und Umsicht geboten. Gerade hier gilt: so viel wie nötig und kein bisschen mehr! Wir sollten uns hüten, bei der Formulierung solcher Vorschriften am Ende aus der Angst vor dem Tod Selbstmord zu begehen!

5. Besonderen Augenmerks bedarf schließlich auch das Verfahren der Besetzung von Richterstellen. Das verfassungsrechtliche Gebot der Bestenauslese schützt die Justiz insoweit vor sachfremden Erwägungen. Wir müssen es auch in Zukunft ernst nehmen. Nur dann können wir Justiz vor sachfremden politischen Einflüssen schützen. Der berechtigte Blick auf die Sozialkompetenz von Einstellungsbewerbern darf daher beispielsweise am Ende nicht zum politischen Gesinnungstest ausarten.

Im Übrigen sind der verfassungsändernde und der einfache Gesetzgeber vor allem gehalten, Regelungen für die Ernennung von Richterinnen und Richtern vorzusehen, die eine zügige Besetzung freier Stellen ermöglichen. Das ist – ich muss es hier in aller Deutlichkeit sagen – leider in vielen Bundesländern nicht der Fall. Und zwar vor allem und gerade, wenn es um die Besetzung von Spitzenämtern, etwa Präsidentenstellen, geht. Es ist unerträglich, dass Stellenbesetzungsverfahren immer wieder Jahre lang andauern. Es ist nicht gut für die Bewerberinnen und Bewerber, die sich in einem jahrelangen Hängezustand befinden. Es ist nicht gut für die betroffenen Gerichte und es ist auch nicht gut für unser Land. Denn eine solche Situation vermittelt nur ein weiteres Mal das Gefühl, dass in unserem Land einfach nichts mehr richtig funktioniert.

Die bestehenden Funktionsdefizite bei der Stellenbesetzung werfen kein besonders gutes Licht auf die Art und Weise wie wir in der Justiz derzeit Auswahlprozesse strukturieren. Glauben wir wirklich, dass immer längere Beurteilungen, mit immer mehr Kriterien, zu denen dann jeweils ein individueller nicht zu kurzer Fließtext zu fertigen ist, ein Mehr an Auswahlgerechtigkeit, ein mehr an Qualität in Beförderungsämtern schafft? Wenn ich in der Vergangenheit solche Beurteilungen gelesen habe, habe ich mich immer insgeheim nach diesen kurzen Beurteilungen der Berliner Landespolizei aus den 1980er- und 1990er-Jahren des letzten Jahrhunderts geseht. Eine Seite – zehn Kriterien – jeweils fünf ankreuzbare Adjektive pro Kriterium und am Ende eine rechnerische Note darunter. Und dieses System hat auch ganz gut funktioniert. Komplizierter ist selten gerechter!

Die Einbindung von unabhängigen Ausschüssen kann helfen, die Einhaltung des Gebots der Bestenauslese unterhalb der Schwelle von Konkurrentenstreitigkeiten zu sichern. Erfolgt diese Einbindung allerdings in einer Form, die einem solchen Ausschuss nur ein Vetorecht zubilligt, kann es leicht zu einer gegenseitigen Blockade von Exekutive und Ausschuss kommen; mit der Folge, dass dann lange Zeit niemand ausgewählt und ernannt werden kann. Wenn mehrere Akteure bei der Auswahl von Richterinnen und Richtern zusammenwirken sollen, braucht es klare und eindeutige Konfliktlösungsmechanismen. Nur dann ist die Einbindung von unabhängigen Ausschüssen in diesen Prozess sinnvoll. Am Ende muss immer klar sein, wer den

„Oberhut“ aufhat; und das darf nicht derjenige Akteur sein, der nur nein sagen kann.

Das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten für die Wahl von Richtern ist geeignet, die breite Akzeptanz der Ausgewählten zu sichern. Es birgt aber immer auch das Risiko des Entstehens von Sperrminoritäten einschließlich des damit verbundenen politischen Erpressungspotenzials. Der Verfassungsändernde Gesetzgeber ist daher gut beraten, Zurückhaltung bei der Aufnahme von qualifizierten Mehrheiten für die Wahl von Richtern in die Verfassung zu üben.

6. Ein erhebliches, in der Diskussion bisher kaum berücksichtigtes Risiko für die Funktionsfähigkeit von Justiz ist deren personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung. Der beste Justizgewährungsanspruch, die größte richterliche Unabhängigkeit ist nichts wert, wenn am Ende nicht genug Menschen da sind, diese Werte auch mit Leben zu füllen. Solange die Justiz finanziell am Tropf der Exekutive hängt, ist sie immer dem Risiko ausgesetzt, dass ihr im Konfliktfall mit ihr missgünstigen einfachen politischen Mehrheiten, einfach der Geldhahn zugedreht wird. In puncto Finanzierung muss für die Justiz das gelten, was für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch gilt. Nämlich eine verfassungsrechtliche Garantie, dass der einfache Gesetzgeber die Rechtsprechung, die er bestellt – mit dem von ihm geschaffenen materiellen Recht und den Rechtsstreitigkeiten, die dieses materielle Recht auslöst – auch bezahlen muss. Der verfassungsändernde Gesetzgeber sollte erwägen, auch den Fachgerichten eine größere Mitsprache bei ihrer Ausstattung einzuräumen und diese in der Verfassung zu garantieren. Erst wenn das erreicht ist, meine Damen und Herren, dann ist Justiz wirklich vor Beeinträchtigungen ihrer Funktionsfähigkeit geschützt.



(von links nach rechts) Präsidentin des BayVGH Andrea Breit, Präsident des BVerfG Prof. Dr. Stephan Harbarth, Staatsminister Joachim Herrmann, MdL, BDVR-Vorsitzender Dr. Robert Seegmüller

Dr. Robert Seegmüller, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Vorsitzender des BDVR e.V. und des DVGT e.V.

Arbeitskreis 1: Neues zum Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG – die Karlsruher Perspektive –

I. Einführung*

Die Zukunft des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds hängt maßgeblich vom Kräfteverhältnis zwischen dem EuGH und den nationalen Höchstgerichten ab. In jüngerer Zeit haben sich Judikate in mehreren Mitgliedstaaten über Urteile des Gerichtshofs hinweggesetzt.¹ Dies wirft Fragen nach der Wirkmächtigkeit sowohl des unionalen Anwendungsvorrangs als auch der viel beschworenen intergerichtlichen Kooperation auf. Auch das BVerfG setzt hier disparate Akzente:² Einerseits wird dem EuGH im PSPP-Urteil zu den Staatsanleihekäufen der EZB ein *Ultra-vires*-Akt aufgrund „objektiv willkürlich[er]“ Auslegung der Verträge vorgeworfen. Andererseits hebt der Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss die „[enge] Kooperation“ mit dem Gerichtshof bei der Grundrechtskontrolle in einem eigenen Abschnitt hervor. Nachfolgend gilt es zunächst, die Reichweite des Anwendungsvorrangs zu skizzieren (II.) und den normativen Gehalt der gerichtlichen Kooperation zu erfassen (III.). Daran anknüpfend ist der Fokus auf die durch ein hohes Maß an Ambivalenz gekennzeichnete Grundrechtsjudikatur des BVerfG zu lenken (IV.), bevor Folgefragen adressiert werden (V.). Der Beitrag schließt mit einem Resümee, in dem das Streben des BVerfG nach Kooperation bei fortbestehendem eigenem Machtanspruch nochmals auf den Punkt gebracht wird (VI.).

II. Reichweite des unionalen Anwendungsvorrangs als Perspektivenfrage

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass sich die Bestimmung der Reichweite des unionalen Anwendungsvorrangs als Perspektivenfrage darstellt. Während der Gerichtshof von einem absoluten Vorrang ausgeht, formuliert das BVerfG eine Trias an Kontrollvorbehalten. Beide Positionen sind zwar je für sich schlüssig begründet, rechtslogisch aber miteinander unvereinbar.³

1. Absoluter Anwendungsvorrang

Der EuGH hat das Fundament der These vom absoluten Anwendungsvorrang des Unionsrechts in den Rechtssachen *Costa/E.N.E.L.* und *Internationale Handelsgesellschaft* aus den Jahren 1964 und 1970 gelegt.⁴ Danach können dem Unionsrecht „keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen“. Zur Begründung stützte sich der Gerichtshof vor allem auf die Autonomie und einheitliche Geltung des Unionsrechts. Erst in jüngerer Zeit haben sich zwei Rechtsprechungslinien herausgebildet, die zumindest auf den ersten Blick als Relativierung gedeutet werden können. Zum einen sah der EuGH in der Rechtssache *Taricco* nach Vorlage der *Corte costituzionale* von einer eigentlich

gebotenen Nichtanwendung nationaler Verjährungsregeln im Strafrecht ab, weil damit ein Verstoß gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip der italienischen Verfassung verbunden gewesen wäre.⁵ Zum anderen erkennt der Gerichtshof seit den Rechtssachen *Winner Wetten* und *Inter-Environment Wallonie* eine übergangsweise Anwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aus Gründen der Rechtssicherheit unter bestimmten Voraussetzungen an.⁶ Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass beide Konstellationen bloß scheinbare Ausnahmen vom Anwendungsvorrang darstellen. Im *Taricco*-Fall stützte sich der Gerichtshof entscheidend auf den Umstand, dass die Gesetzmäßigkeit als Grundprinzip des Strafverfahrens auch durch das *Unionsprimärrecht* rezipiert wird.⁷ In den *Winner Wetten/Inter-Environment Wallonie*-Fällen resultiert die zeitlich begrenzte Fortwirkung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts aus der Gefahr eines „Vakuum[s]“, das für die Ziele des Unionsrechts noch schädlicher wäre als ein zeitweiser Verzicht auf die Durchsetzung des Anwendungsvorrangs.⁸ In beiden Fällen wird der normhierarchische Vorrang des EU-Rechts also gerade nicht angetastet, sondern eine originär unionsrechtliche Begründung für das partielle Zurücktreten der einschlägigen Vorgaben präsentiert.

2. Kontrollvorbehalte-Judikatur des BVerfG

Im Kontrast hierzu formulieren die (Verfassungs-)Gerichte einer Reihe von Mitgliedstaaten eigenständige Kontrollvorbehalte gegenüber unionsrechtlichen Vorgaben. Weitgehende Einigkeit besteht immerhin insoweit, als der Anwendungsvor-

* Die Vortragsform wurde beibehalten. Eine ausführlichere Fassung mit umfangreichen Fußnoten ist unter dem Titel „Grundrechtsschutz im Kooperationsverhältnis – Entwicklungslinien der BVerfG-Judikatur und offene Fragen“ erschienen in *EuZW* 2024, S. 445-453. Der Beitrag ist auf dem Stand vom 15.05.2024.

- 1 Ústavní soud (Verfassungsgericht in Tschechien), Pl. ÚS 5/12 v. 31.01.2012; Højesteret (Oberster Gerichtshof in Dänemark), Urt. v. 06.12.2016 – 15/2014; Trybunał Konstytucyjny (Verfassungsgerichtshof in Polen) K 3/21 v. 07.10.2021.
- 2 Nachfolgende Zitate aus BVerfGE 154, 17 Ls. 2 bzw. BVerfGE 152, 216, Rn. 68.
- 3 *Lang*, *Der Staat* 60 (2021), 99 (106).
- 4 EuGH, 6/64, Slg. 1964, 1251 (1270) – *Costa/E.N.E.L.*; 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*.
- 5 EuGH, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – *Taricco II*; zuvor EuGH, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 – *Taricco I*.
- 6 EuGH, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 61 ff. – *Winner Wetten*; C-41/11, ECLI:EU:C:2012:103, Rn. 58 ff. – *Inter-Environnement Wallonie*; *Kahl/Ludwigs/Kahl*, *HvVwR* II, 2021, § 37 Rn. 57.
- 7 EuGH, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 Rn. 52 ff., 58 ff. – *Taricco II*.
- 8 EuGH, C-41/11, ECLI:EU:C:2012:103, Rn. 61, 63 – *Inter-Environnement Wallonie*.

rang des Unionsrechts im Grundsatz anerkannt wird. Eine irritierende Ausnahme bildete die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs der Republik Polen, nach der das Unionsrecht grundsätzlich unterhalb der nationalen Verfassung steht und mit dieser vereinbar sein muss.⁹

Das in Deutschland vom BVerfG entwickelte System der Reservevorbehalte ist durch einen Dreiklang aus *Ultra-vires*-, Grundrechts- und Identitätsvorbehalt geprägt. Der *Ultra-vires*-Vorbehalt wurzelt in der Maastricht-Entscheidung (1993), hat im Lissabon-Urteil (2009) eine Konkretisierung erfahren und wurde im PSPP-Urteil (2020) erstmals vom Zweiten Senat aktiviert.¹⁰ Als Anknüpfungspunkt dient eine offensichtliche und für die nationale Rechtsordnung strukturell bedeutsame Kompetenzüberschreitung durch Stellen der Europäischen Union. Der Identitätsvorbehalt hat seine Verdichtung ebenfalls im Lissabon-Urteil erfahren und schützt den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes. Inhaltlicher Bezugspunkt ist die integrationsfeste Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG. Die längste Tradition weist schließlich das im Rahmen des Vortrags noch näher zu betrachtende, bis in die 1970er-Jahre zurückreichende und 1992 in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG abgebildete Solange-Modell auf. Danach erweist sich ein dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz als Voraussetzung für eine deutsche Mitwirkung an der Europäischen Integration.

III. „Kooperationsverhältnis“ als Leerformel oder Rechtsprinzip?

Die inkompatiblen Prämissen von EuGH und BVerfG begründen eine „Schwebelage“ die latente Hierarchiekonflikte beinhaltet.¹¹ Umso bedeutsamer ist es, dass beide Gerichte ihre wechselseitige Verantwortung im Rahmen des Verfassungsgerichtsverbands wahrnehmen. Normative Anknüpfungspunkte für ein solches interjustizielles Kooperationsprinzip finden sich sowohl im nationalen Recht als auch im Unionsrecht.¹² Auf der Ebene des Grundgesetzes folgt eine Pflicht zur Rücksichtnahme des BVerfG aus der verfassungsrechtlich geforderten Mitwirkung Deutschlands an der Verwirklichung eines vereinten Europas. Paradigmatisch hierfür steht die aus der Präambel und dem Europaartikel 23 extrahierte Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.¹³ Aus der Warte des Unionsrechts ist das Gebot der wechselseitigen loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV hervorzuheben. Daneben resultieren Rücksichtnahmepflichten des EuGH aus dem Gebot zur Achtung der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV. Im Bereich der Grundrechte tritt u. a. Art. 52 Abs. 4 GRCh hinzu, wonach die Charta „im Einklang“ mit den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ der Mitgliedstaaten ausulegen ist.

Diesem konstruktiven Befund auf normativer Ebene steht eine ernüchternde Bestandsaufnahme zur Rechtsprechungspraxis gegenüber. Vor dem Hintergrund des PSPP-Urteils vom 05.05.2020 ist etwa angemerkt worden, dass „[e]in wirklich funktionierendes Kooperationsverhältnis (...) nie existiert [hat]“ und von Anfang an ein bloßer „Euphemismus“ war.¹⁴ Die Verantwortung für das Scheitern des „Kooperationsverhältnisses“ wird beiden Gerichten gleichermaßen zugewie-

sen. Einerseits entfalte die Karlsruher Rhetorik vom Anspruch des EuGH auf „Fehlertoleranz“ und einer „objektiv willkürlich [en]“ Vertragsauslegung ebenso wenig vertrauensbildenden Charakter wie diktatorische Vorlagen an den Gerichtshof.¹⁵ Andererseits könne es kaum verwundern, dass die eindimensionale Verwendung des *effet utile* als Auslegungsgrundsatz und der bisweilen apodiktisch-monologische Begründungsstil des EuGH zu Abwehrreflexen führen.

Als besonders dynamisch (und ambivalent) erweist sich mit Blick auf die Herausbildung eines „Kooperationsverhältnisses“ die im weiteren Verlauf des Vortrags ins Zentrum zu rückende Judikatur des BVerfG zum Verhältnis zwischen den EU-Grundrechten und den Grundrechten des Grundgesetzes. Mit seiner Recht auf Vergessen-Judikatur aus dem Jahr 2019¹⁶ hat sich der Erste Senat nicht nur von dem über drei Jahrzehnte praktizierten strikten Trennungsmodell zur Grundrechtsgeltung im Bereich mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume verabschiedet, sondern die EU-Grundrechte im unionsrechtlich vollständig determinierten Bereich nationalen Handelns zum Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde erhoben. Im Ökotox-Beschluss von 2021¹⁷ praktizierte der Zweite Senat dann erstmals einen Äquivalenzttest, der an die Stelle des Spielraumtests zu Ermittlung des anwendbaren Grundrechtsmaßstab treten könnte. Die Karlsruher Richterinnen und Richter setzen damit ihre seit nunmehr einem halben Jahrhundert irisierende Judikatur zur Grundrechtskontrolle im Anwendungsbereich des Unionsrechts (früher Gemeinschaftsrechts) nahtlos fort.¹⁸

IV. Gestaltwandel der Karlsruher Grundrechtskontrolle

Im Folgenden wird es darum gehen, den Gestaltwandel der Karlsruher Grundrechtskontrolle in fünf Schritten abzubilden. Hierzu sind zunächst die Entwicklungslinien der *Solange*-Judikatur von 1974 bis zur Gegenwart nachzuzeichnen (1.), bevor die hiermit verknüpfte (Un-)Tauglichkeit des Unionsrechts als Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren zu beleuchten ist (2.). Anschließend werden die Aufgabe des Trennungsmodells im Spielraumbereich (3.) und die Erhebung der Unionsgrundrechte zum Prüfungsmaßstab im vollvereinheitlichten Bereich (4.) umrissen. Die Dar-

9 Zuletzt insb. Trybunał Konstytucyjny (Verfassungsgerichtshof in Polen), K 3/21 v. 07.10.2021.

10 BVerfGE 89, 155 (188); 123, 267 (Ls. 4 u. 353 ff.); 154, 17 Rn. 97 ff.

11 *Heinig*, VVDStRL 75 (2016), 65 (96); Begriff von *Wahl*, Der Staat 48 (2009), 587.

12 Zum Folgenden bereits für den „kooperativen Grundrechtsschutz“ *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (279).

13 Grundlegend BVerfGE 123, 267 (Ls. 4 u. 346 f., 354).

14 Wörtliche Zitate bei *Ludwigs*, EuZW 2020, 530 (531) und *Kahl*, NVwZ 2020, 824 (827).

15 Wörtliche Zitate aus BVerfGE 126, 286 (307) und BVerfGE 154, 17 Ls. 2; zum Diktatcharakter der Vorlage im OMT-Verfahren (BVerfGE 134, 366) vgl. *Mayer*, EuR 2014, 473 (482 ff.).

16 BVerfGE 152, 152; 152, 216.

17 BVerfGE 158, 1.

18 Zur „irisierend[en] Dialektik“ des Recht auf Vergessen II-Beschlusses *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177 (179).

stellung schließt mit Ausführungen zur Herausbildung des neuartigen Äquivalenztest in der jüngsten verfassungsgerichtlichen Judikatur (5.).

1. Entwicklungslinien der Solange-Judikatur

Ihren Anfang nimmt die Entwicklung des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsvorbehalts im Solange-I-Beschluss des Jahres 1974. Dort propagierte der Zweite Senat, dass Sekundärrecht „solange“ am Maßstab der nationalen Grundrechte zu kontrollieren ist, wie die Gemeinschaft über keinen dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog verfügt.¹⁹ Zwölf Jahre später kehrte er diese Formel wegen der zwischenzeitlich ergangenen EuGH-Judikatur kurzerhand um. Nach Maßgabe des Solange-II-Beschlusses von 1986 wird das BVerfG den Grundrechtsvorbehalt nicht aktivieren, „[s]olange die Europäischen Gemeinschaften (...) einen wirksamen Schutz der Grundrechte (...) generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist“.²⁰ Der Bananenmarkt-Beschluss stellte dann im Jahr 2000 fest, dass es für ein generelles Absinken nicht auf den Grundrechtsschutz in seiner Gesamtheit ankommt, sondern eine „auf das *jeweilige* Grundrecht des Grundgesetzes“ bezogene Betrachtung maßgeblich ist.²¹ Weitere Klärung brachte ein Beschluss des Ersten Senat zur Umsetzungsrichtlinie der europäischen Emissionshandelsrichtlinie im deutschen TEHG aus dem Jahr 2007. Danach wird eine der Richtlinienumsetzung dienende innerstaatliche Rechtsvorschrift nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen, soweit dem nationalen Gesetzgeber kein Gestaltungsspielraum verbleibt.²² Hierfür spricht, dass die auf zwingenden Vorgaben beruhenden Regelungen materiell betrachtet als Unionsrecht „im nur formalen Gewand des nationalen Rechts“ zu qualifizieren sind. Eine Überprüfung anhand der Grundrechte des Grundgesetzes ist daher nur nach Maßgabe des Solange-II-Vorbehalts möglich.²³

Keiner Aktivierung des Solange-II-Vorbehalts bedarf es schließlich im Sonderfall einer Verletzung der Menschenwürde. Als Änderungs- und integrationsfester Bestandteil des Grundgesetzes kann Art. 1 Abs. 1 GG vielmehr unter den Voraussetzungen der Identitätskontrolle geltend gemacht werden.²⁴ Im Kontrast zur Grundrechtskontrolle fordert die Identitätskontrolle nicht den Beleg eines generellen Defizits. Es genügt der im Einzelfall erbrachte Nachweis, dass die durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde bzw. der Menschenwürdekern eines der übrigen Grundrechte verletzt wird. Die einschlägigen Aussagen des BVerfG in der Entscheidung „Europäischer Haftbefehl II“ aus dem Jahr 2015 bedeuten allerdings nicht – wie zum Teil behauptet – das „faktische Ende der Solange-Rechtsprechung“. Es handelt sich lediglich um eine konsequente Abschtichtung von Grundrechts- und Identitätsvorbehalt.²⁵

2. Unionsrecht als (un-)tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde

Während der Solange-II-Vorbehalt inzwischen als gefestigte, durch den Sonderfall eines Menschenwürdebezugs arrondierte Rechtsprechung qualifiziert werden kann, lässt sich die Judikatur zur Einordnung des EU-Sekundärrechts als unmittel-

barer Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren nur als sprunghaft bezeichnen.²⁶ Der aktuelle Stand Karlsruher Erkenntnis wird durch die ablehnende Haltung im OMT-Urteil vom 21.06.2016 repräsentiert. Danach stellt die Rechtmäßigkeit einzelner Unionsakte zwar eine Vorfrage zur Aktivierung der Kontrollvorbehalte dar. Im Verfahren sei aber formal an ein Handeln oder Unterlassen deutscher Staatsorgane anzuknüpfen.²⁷ Maßnahmen von Stellen der EU bildeten keine Akte deutscher öffentlicher Gewalt und könnten daher auch nicht unmittelbar Gegenstand im Verfahren der Verfassungsbeschwerde sein. Diese Judikatur müsste konsequenterweise auch auf andere Verfahren, namentlich die abstrakte und konkrete Normenkontrolle, übertragen werden.²⁸ Nicht zu verkennen ist allerdings, dass Fallgestaltungen möglich erscheinen, in denen es an einem angreifbaren Handeln oder Unterlassen deutscher öffentlicher Gewalt fehlt. Zu denken ist etwa an Konstellationen, in denen es dem Einzelnen unzumutbar ist, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen eine sanktionsbewehrte Handlungs- oder Unterlassungspflicht aus einer EU-Verordnung zu verstoßen. Wollte man den supranationalen Akt hier nicht als tauglichen Verfahrensgegenstand erachten, entstünden Schutzlücken, deren Inkaufnahme dem BVerfG schwerlich unterstellt werden kann.²⁹

3. Von der Trennungsthese zur Primärverantwortung im Parallelitätsmodell

Als wechselhaft stellt sich im Weiteren auch die Rechtsprechung zur Grundrechtsgeltung bei der Ausfüllung unionsrechtlich vorstrukturierter innerstaatlicher Handlungsspielräume dar. Während der EuGH schon seit Längerem eine parallele Anwendung von unionalen und nationalen Grundrechten für denkbar hält,³⁰ verfolgte das BVerfG drei Jahrzehnte lang ein striktes Trennungsmode. Danach sollten im Bereich der zwingenden Unionsvorgaben (vorbehaltlich einer Aktivierung der Solange-II-Judikatur) allein die EU-Grundrechte einschlägig sein, während im Spielraumbereich nur Raum für die nationalen Grundrechte gesehen wurde.³¹ Erst

19 BVerfGE 37, 271 (285).

20 BVerfGE 73, 339 (387).

21 BVerfGE 102, 147 (161, 164); BVerfGE 152, 216 Rn. 47.

22 BVerfGE 118, 79 (95 ff.); 125, 260 (306); 153, 310 Rn. 65.

23 *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (124), mit dem wörtlichen Zitat im Satz zuvor; a. A. *Hwang*, *Der Staat* 62 (2023), 1 (18 ff.).

24 Grundlegend BVerfGE 140, 317 Rn. 34, 40 ff.

25 *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (124); deutlich BVerfGE 152, 216 Rn. 47 f. bzw. Rn. 49; a. A. *Nettesheim* JZ 2016, 424 (428), mit dem wörtlichen Zitat im Satz zuvor.

26 Die Angreifbarkeit im Rahmen der Verfassungsbeschwerde verneinend BVerfGE 22, 293 (295 ff.); 58, 1 (26 ff.); bejahend BVerfGE 89, 155 (175); 123, 267 (335); 126, 286 (302); zur Vorlagefähigkeit gem. Art. 100 Abs. 1 GG BVerfGE 37, 271 (283 f.); 73, 339 (387); 102, 147 (161 f.); 118, 79 (95).

27 BVerfGE 142, 123 Rn. 97.

28 *Sachs/Detterbeck*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 26.

29 *Dreier/Wollenschläger*, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 170.

30 Deutlich bereits EuGH, C-411/10 u. C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 64 ff. – N.S. und M.E.

31 Aus der einschlägigen Judikatur insb. BVerfGE 118, 79 (95 f.); 125, 260 (306 f.); 129, 78 (103).

im Recht auf Vergessen-II-Beschluss hat das BVerfG einen Kurswechsel weg vom „trennföderativen“ und hin zum „mischföderativen Modell“ vollzogen.³² Die grundsätzliche Möglichkeit einer parallelen Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte im Spielraum wird nunmehr explizit anerkannt. Als Argument lässt sich die Veranlassungsfunktion des EU-Rechts anführen: Ohne die umzusetzende Richtlinie oder die zu vollziehende Verordnung käme es regelmäßig überhaupt nicht zu einem grundrechtsgefährdenden Handeln der staatlichen Organe.³³ Zugleich betont der Erste Senat aber auch, dass Maßnahmen zur Umsetzung des Unionsrechts in Fällen eines mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums primär an den nationalen Grundrechten zu messen sind. Es bestehe dann die Vermutung einer Mitgewährleistung des Schutzniveaus der Grundrechte-Charta durch die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes.³⁴ Eine Ausnahme soll zum einen dann gelten, wenn das europäische Fachrecht auch für Umsetzungsspielräume engere grundrechtliche Maßgaben enthält. Zum anderen wird eine Widerlegung der Vermutung für möglich erachtet, sofern „konkrete und hinreichende Anhaltspunkte“ auf ein Schutzdefizit des nationalen Grundrechtsschutzes hindeuten.³⁵

4. Unionsgrundrechte (k)ein Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde

Neben dem Abschied vom Trennungsmodell hat die Recht auf Vergessen-Judikatur noch zu einem weiteren Paradigmenwechsel geführt. Nach gefestigter Rechtsprechung gehörten die Unionsgrundrechte nicht zum Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG). Hiervon haben die Karlsruher Richterinnen und Richter im Recht auf Vergessen-II-Beschluss ausdrücklich Abstand genommen.³⁶ Nunmehr misst das BVerfG die Anwendung unionsrechtlich vollständig vereinheitlichter Regelungen durch deutsche Stellen an den EU-Grundrechten, soweit die Grundrechte des Grundgesetzes vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt werden. Dabei weist der Erste Senat auf Judikate der Verfassungsgerichte in Österreich, Belgien, Frankreich und Italien hin.³⁷ Zur inhaltlichen Begründung recurriert er auf seine erstmals in positiver Stoßrichtung aktivierte Integrationsverantwortung aus Art. 23 Abs. 1 GG sowie auf drohende Schutzlücken bei einer fachgerichtlichen Anwendung der EU-Grundrechte. Der Zweite Senat hat sich dem im Ergebnis angeschlossen und die Funktionsäquivalenz nationaler und unionaler Grundrechte unterstrichen.³⁸ Zugleich betonen die Karlsruher Richterinnen und Richter, dass sich im Rahmen der „enge[n] Kooperation“ mit dem Gerichtshof eine Vorlagepflicht des BVerfG als letztinstanzliches Gerichts im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ergeben kann.³⁹ Ungeklärt bleibt hingegen, ob daneben die letztinstanzlichen Fachgerichte weiter zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind und inwieweit künftig auch die Normenkontrollverfahren eine Prüfung von Normen an den Unionsgrundrechten umfassen.⁴⁰

5. Vom Spielraum- zum Äquivalenztest

Das skizzierte binäre Schema aus vollvereinheitlichem und gestaltungsoffenem Unionsrecht zeichnet sich zwar vorder-

gründig durch eine klare Differenzierung aus. Im Einzelfall können sich aber schwierige Abgrenzungsfragen nach der Reichweite der Vereinheitlichung ergeben. Vor diesem Hintergrund hat der Erste Senat bereits im Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss betont, dass die Unterscheidung dahinstehen kann, sofern eine „Anwendung der verschiedenen Grundrechte im konkreten Kontext nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führt“.⁴¹ An die Stelle des Spielraumtests tritt hier also eine Prüfung der Äquivalenz des Grundrechtsschutzes auf unionaler und nationaler Ebene im konkreten Fall. Der Zweite Senat hat diesen Äquivalenztest im Ökotox-Beschluss vom 27.04.2021 erstmals am Beispiel der Zulassung für ein Tierarzneimittel in Deutschland auf Basis der gegenseitigen Anerkennung praktiziert. Dabei betont er zunächst, dass die einschlägigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Grundgesetzes und der Grundrechte-Charta im Wesentlichen übereinstimmen, bevor der konkrete Zulassungsbescheid sowohl anhand des Grundgesetzes als auch der Charta überprüft wird. Einen neuen Akzent setzt der Zweite Senat in diesem Zusammenhang mit der Feststellung, dass nicht nur die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes den Direktiven der Grundrechte-Charta unterliegt, sondern auch die Charta selbst an den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszurichten ist.⁴²

V. Offene Fragen der Grundrechtskontrolle

Meine sehr geehrten Damen und Herren: Die Ausführungen zum Gestaltwandel der Karlsruher Grundrechtskontrolle haben gezeigt, dass die Judikatur des BVerfG – positiv formuliert – durch eine hohe Dynamik bzw. – kritisch betrachtet – durch geringe Beständigkeit gekennzeichnet ist. Dabei wurde eine Vielzahl ungeklärter Fragen herausgearbeitet, die im Folgenden anhand von fünf Problemkreisen näher zu beleuchten sind. Der Blick richtet sich hier zunächst auf verbleibende Leerstellen in der dogmatischen Herleitung der Recht-auf-Vergessen-Judikatur (1.). Im Anschluss gilt es, die Prüfungsschritte des Spielraumtests vorzuzeichnen (2.) und den Einsatzbereich des alternativen Äquivalenztests zu bestimmen (3.). Die Analyse schließt mit einer Diskussion der offenen Fragen, ob im vollvereinheitlichten Bereich neben dem BVerfG die letztinstanzlichen Fachgerichte weiter zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind (4.) und inwieweit die Unions-

32 *Wendel*, EuR 2022, 327 (329 ff.).

33 *Von Bogdandy/Bast/Kühling*, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (682).

34 BVerfGE 152, 152 Ls. 1b) u. Rn. 45 ff., 55 ff.

35 BVerfGE 152, 152 Ls. 1c) u. Rn. 63, 65 ff.

36 BVerfGE 152, 216 Rn. 50 ff., 67; in Abkehr von BVerfGE 110, 141 (154 f.); BVerfGE 115, 276 (299 f.).

37 BVerfGE 152, 216 Rn. 50 m. w. N.

38 BVerfGE 156, 182 Rn. 35 ff.; 158, 1 Rn. 66.

39 BVerfGE 152, 216 Ls. 3 u. Rn. 68 f.

40 BVerfGE 152, 216 Rn. 51, 73.

41 BVerfGE 152, 216 Rn. 81.

42 BVerfGE 158, 1 Ls. 4 u. Rn. 69 ff.; s. auch schon BVerfGE 156, 182 Ls. 2 und Rn. 37.

grundrechte künftig auch in Normenkontrollverfahren zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab zählen (V.).

1. Dogmatische Leerstellen der Recht-auf-Vergessen-Judikatur

In dogmatischer Hinsicht stellt sich *erstens* die Frage nach einer validen Begründung für die im Recht-auf-Vergessen-I-Beschluss propagierte primäre Prüfung des unionsrechtlich nicht vollständig determinierten nationalen Rechts am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes. Der Erste Senat stützte sich hierfür auf die Annahme, „dass das Unionsrecht dort, wo es den Mitgliedstaaten fachrechtliche Gestaltungsspielräume einräumt (...) Grundrechtsvielfalt zulässt“.⁴³ Eine Bestätigung und normative Fundierung erfährt die These im Lichte des interjustiziellen Kooperationsprinzips. Die den Mitgliedstaaten vom Unionsgesetzgeber zugewiesene Primärverantwortung im Spielraum ist nach Maßgabe des Gebots der loyalen Zusammenarbeit vom Gerichtshof zu respektieren. Richtigerweise kollidiert der vom BVerfG vertretene Ansatz auch nicht mit der bisherigen EuGH-Judikatur. Zwar heißt es in der Rechtssache *Åkerberg Fransson*, dass „keine Fallgestaltungen denkbar [sind], die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass [die Charta-]Grundrechte anwendbar wären“.⁴⁴ Zugleich wird aber in der *Melloni*-Entscheidung anerkannt, dass es den nationalen Behörden und Gerichten freisteht, weiterhin innerstaatliche Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden. Einen Vorbehalt formuliert der EuGH hier nur insoweit, als weder das Schutzniveau der Charta noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden dürfen.⁴⁵ Sofern das BVerfG die im Recht-auf-Vergessen-I-Beschluss formulierten Einschränkungen der primären Prüfung anhand des Grundgesetzes nach Maßgabe dieses Vorbehalts interpretiert, steht ein Konflikt mit dem EuGH nicht zu erwarten.

Weitaus intrikater erscheint hingegen die dogmatische Begründung für den im Recht-auf-Vergessen II-Beschluss propagierten Charakter der Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde. Bei Zugrundelegung der klassischen Auslegungsmethoden ist der Befund klar: Unionsrechtlich begründete Rechte gehören nicht zu den Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten, die mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden. Zwar weist der Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG mit dem Begriff „Grundrechte“ eine sprachliche Offenheit auf.⁴⁶ In historischer Hinsicht ist aber unbestritten, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber bei Einfügung der Regelung im Januar 1969 allein die Grundrechte des Grundgesetzes im Blick hatte.⁴⁷ Hinsichtlich der Binnensystematik des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG zeigt sich zudem, dass die weiteren dort aufgezählten (grundrechtsgleichen) Rechte ausschließlich solche des Grundgesetzes sind. Damit bleibt nur der Ausweg über eine teleologische Auslegung. In diese Richtung geht auch der Verweis des BVerfG auf seine Integrations- und Grundrechtsverantwortung sowie die Funktionsäquivalenz nationaler und unionaler Grundrechte. Hiergegen lässt sich aber bereits einwenden, dass dem BVerfG vom Grundgesetz allein die Rolle als „Hüter der Verfassung“ zugewiesen wird.⁴⁸ Die Grundrechte-Charta zählt ebenso wenig wie die EMRK zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und

taugt daher nicht als unmittelbarer Prüfungsmaßstab in verfassungsgerichtlichen Verfahren.⁴⁹ Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, warum sich ein Zusammenspiel von Fachgerichten (als funktionalen Unionsgerichten) und EuGH beim Schutz der EU-Grundrechte als defizitär erweisen sollte.⁵⁰ Dies gilt umso mehr, als eine Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das Recht auf den gesetzlichen Richter abgesichert wird und mit der Verfassungsbeschwerde rügefähig ist. Eine Verschärfung der bislang vom BVerfG praktizierten Vertretbarkeitskontrolle im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wäre jedenfalls methodisch weniger anspruchsvoll gewesen, als der revolutionäre Akt einer Reinterpretation des Begriffs der „Grundrechte“ in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG. Die Einbeziehung der Unionsgrundrechte in den Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde erweist sich nach alledem als Auslegung *contra legem et contra constitutionem*.⁵¹

2. Prüfungsschritte des Spielraumtests

Praktisch bedeutsamer erscheint zweitens eine Klärung der Frage, nach welchen Kriterien sich die zur Bestimmung des Grundrechtsmaßstabs erforderliche Abgrenzung zwischen vollvereinheitlichem und gestaltungsoffenem Unionsrecht richtet. Abzustellen ist nicht auf eine allgemeine Betrachtung des in Rede stehenden Regelungsbereichs, sondern auf die im konkreten Fall anzuwendenden Vorschriften im jeweiligen Kontext.⁵² Die weitere Prüfung lässt sich in zwei Gedankenschritte untergliedern. Zum einen erscheint klärungsbedürftig, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts überhaupt eröffnet ist. Findet die mitgliedstaatliche Regelungs- oder Handlungsoption ihren Anlass und Rahmen außerhalb des Unionsrechts, muss eine Anwendung der Unionsgrundrechte von vornherein ausscheiden. Zum anderen gilt es anhand von Wortlaut, Struktur und Zielen des Rechtsakts zu ermitteln, inwieweit der Unionsgesetzgeber die nationalen Stellen zu eigenständigen Maßnahmen unter Zugrundelegung divergierender Wertung ermächtigen wollte oder ob die maßgebliche Norm durch das Ziel der gleichförmigen Rechtsanwendung geprägt wird.⁵³ Der einschlägigen Kompetenzkategorie (ausschließlich oder nicht ausschließlich) kommt dabei ebenso wie der gewählten Handlungsform (Verordnung oder Richt-

43 BVerfGE 152, 152 Ls. 1b) u. Rn. 50 ff.

44 EuGH, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 Rn. 21 ff. – *Åkerberg Fransson*.

45 EuGH, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 55 ff., 60 – *Melloni*.

46 Auf die „[offene] Formulierung“ hinweisend BVerfGE 152, 216 Rn. 67; krit. *Stern/Sodan/Möstl/Schmahl*, Staatsrecht, 2. Aufl. 2022, § 99 Rn. 34.

47 Dies zugestehend BVerfGE 152, 216 Rn. 67; ausf. *W. Michl*, JURA 2020, 479 (483).

48 Zum entsprechenden Selbstverständnis des Gerichts BVerfGE 1, 184 (196); 159, 26 Rn. 23.

49 *Hwang*, Der Staat 62 (2023), 1 (12 ff.); a. A. *Hofmann/Heger*, EuGRZ 2021, 1 (3).

50 Statt vieler (auch zum Folgenden) *E. Klein*, DÖV 2020, 341 (344); a. A. *Hofmann/Heger*, EuGRZ 2021, 1 (7 f.).

51 Im Erg. auch *Wolff*, BayVBl. 2020, 118 (123).

52 BVerfGE 152, 216 Rn. 78; 158, 1 Ls. 2 u. Rn. 42.

53 BVerfGE 152, 216 Rn. 80; 158, 1 Rn. 44.

linie) und einer unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts allenfalls indizielle Bedeutung zu.⁵⁴

3. Einsatzbereich des alternativen Äquivalenztests

Die Bedeutung des Spielraumtests könnte *drittens* schwinden, sofern sich der erstmals im Ökotox-Beschluss praktizierte Äquivalenztests durchsetzen sollte. Bei seiner Anwendung droht allerdings zum einen die Gefahr, dass das BVerfG und die Fachgerichte den Fokus primär auf die Grundrechte des Grundgesetzes richten und die vermeintlich weniger schutzintensiven Unionsgrundrechte nur nachrangig mit geringerer Sorgfalt prüfen. Zum anderen findet die vom Zweiten Senat geforderte Ausrichtung der EU-Grundrechte an den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zwar in Art. 52 Abs. 4 GRCh eine normative Grundlage. Die Herleitung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung setzt im konkreten Fall aber eine wertende Rechtsvergleichung voraus, die anspruchsvoll ist und sich nicht in Hinweisen auf die deutsche Grundrechtsdogmatik und eine gemeinsame DNA des Grundrechtsschutzes in Europa erschöpfen darf. Der Äquivalenztest sollte nur dann als Ausweg gewählt werden, wenn nicht mit hinreichender Gewissheit ermittelt werden kann, ob das mitgliedstaatliche Handeln im vollvereinheitlichten oder im gestaltungsoffenen Bereich erfolgt. Es handelt sich mithin um ein subsidiäres Instrument, dass im Sinne der Rechtsklarheit nicht übereilt zum Einsatz kommen, sondern – wie es der Erste Senat im Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss betont hat – auf „*schwierige* Abgrenzungsfragen nach der Reichweite der Vereinheitlichung“⁵⁵ beschränkt bleiben sollte.

4. Doppelte Letztinstanzlichkeit von BVerfG und Fachgerichten

Viertens gilt es, die aus dem Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss resultierenden Folgefragen zu klären. Dies betrifft vor allem die Möglichkeit einer „doppelten Letztinstanzlichkeit“ des BVerfG einerseits und der letztinstanzlichen Fachgerichte andererseits.⁵⁶ Praktische Bedeutung gewinnt die Frage im Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH. Adressaten der Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV sind nur solche einzelstaatlichen Gerichte, deren Entscheidungen „nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“.

Unterkomplex erscheint es hier zunächst, wenn die fortbestehende Letztinstanzlichkeit der Fachgerichte unter pauschalem Hinweis auf den Charakter der Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf bejaht wird.⁵⁷ Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der Begriff des „Rechtsmittels“ unionsrechtlicher Natur ist und nach einer autonomen Auslegung im Lichte der EuGH-Judikatur verlangt.⁵⁸ Hiernach bedarf es weder eines (bei der Verfassungsbeschwerde fehlenden) Suspensiv-effekts noch stehen das Erfordernis einer gesonderten Zulassung (wie beim Annahmeverfahren nach §§ 93a ff. BVerfGG) oder eine Beschränkung des Prüfungsstoffs (soweit nur das Unionsrecht erfasst wird) dem Vorliegen eines Rechtsmittels *a priori* entgegen.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund spricht viel für eine Einordnung der Urteilsverfassungsbeschwerde als „Rechtsmit-

tel“ im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV. Eine Vorlagepflicht des letztinstanzlichen Fachgerichts in Grundrechtsfragen wäre folgerichtig zu verneinen.⁶⁰ Zu einem anderen Ergebnis kann (nur) gelangen, wer die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als Telos der Vorlagepflicht ins Zentrum rückt. Zu konstatieren ist insoweit, dass die Kooperationsbereitschaft des BVerfG bislang deutlich weniger ausgeprägt erscheint, als es die Rhetorik der beiden Senate vermuten lässt. Insbesondere erfolgte noch keine (Grundrechts-)Vorlage an den EuGH, obwohl der Verzicht hierauf sowohl im Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss als auch in der Ökotox-Entscheidung zweifelhaft erschien.⁶¹

5. Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab in Normenkontrollverfahren

Fünftens zählt auch die Erstreckung einer Prüfung anhand der Unionsgrundrechte auf Normenkontrollverfahren zu den streitigen Folgefragen der Recht-auf-Vergessen-II-Judikatur. Besonders dringlich erscheint eine Klärung mit Blick auf die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG. Noch im Jahr 2011 wurde vom BVerfG die Vorlage eines Gesetzes, das Unionsrecht umsetzt, für unzulässig erklärt, „wenn das vorliegende Gericht nicht geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines [nationalen] Gestaltungsspielraums ergangen ist“. Dem Fachgericht wurde vielmehr (unabhängig von seiner Letztinstanzlichkeit) aufgegeben, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten.⁶² Dahinter stand die Erkenntnis, dass unionsrechtlich vollständig determiniertes nationales Recht grundsätzlich nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen ist. Sollten nun aber auch die Unionsgrundrechte zum Prüfungsmaßstab im Rahmen der konkreten Normenkontrolle erhoben werden, dürfte die Entscheidungserheblichkeit entsprechender Vorlagen künftig zu bejahen sein.

54 Ausf. und m. w. N. *Wendel*, EuR 2022, 327 (355 ff.), mit einem vierstufigen Spielraumtest.

55 BVerfGE 152, 216 Rn. 81 (Hervorhebung durch *Verf.*).

56 Ausf. und m. w. N. zuletzt *Pechstein*, in: FS Streinz, 2023, S. 344 (mit dem wörtlichen Zitat).

57 Vgl. etwa *Meickmann*, DVBl 2022, 278 (283).

58 *Pechstein*, in: FS Streinz, 2023, S. 344 (346 f.); *Drechsler*, JURA 2021, 1021 (1026).

59 Zutreffend *Drechsler*, JURA 2021, 1021 (1026), unter Rekurs auf EuGH, C-99/00, ECLI:EU:C:2002:329 Rn. 16 – *Lyckeskog*; C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 Rn. 76 ff. – *Cartesio*.

60 Anders gelagert ist die Konstellation in EuGH, C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8 Rn. 62 ff. – *Križan*, wo eine Vorlagepflicht des Fachgerichts bejaht wird, sofern sich die Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsmittels beim nationalen Verfassungsgericht auf die Prüfung einer Verletzung der durch die innerstaatliche Verfassung oder ein internationales Übereinkommen gewährleisteten Rechte und Freiheiten beschränkt (s. auch *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein*, Recht der EU, 82. EL 2024, Art. 267 AEUV Rn. 56).

61 Vgl. zum Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss: *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 (188); zum Ökotox-Beschluss: *Amann et al./Erdmann*, Verantwortung und Recht, 2022, S. 173 (188).

62 BVerfGE 129, 186 (Ls. 1 u. 200 ff.).

Während Befürworter einer Erweiterung des Prüfungsmaßstabs darauf hinweisen, dass auch die konkrete Normenkontrolle ein „Vehikel des Individualrechtsschutzes“ darstelle, warnen Kritiker vor einer Überfrachtung der Integrationsverantwortungsklausel in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.⁶³ Die Auflösung des Meinungsstreits hat bei einer präzisen Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anzusetzen. Mit Blick auf die Folgejudikatur zum Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss zeigt sich hier, dass Verfassungsbeschwerden gegen gesetzgeberische Umsetzungsakte zwingenden Unionsrechts vom BVerfG weiterhin als unzulässig qualifiziert werden.⁶⁴ Scheiden die Unionsgrundrechte aber bereits als Prüfungsmaßstab im Rahmen der Rechtssatzverfassungsbeschwerde aus, kann für konkrete (oder abstrakte) Normenkontrollen nichts anderes gelten.⁶⁵ Der Umstand, dass für die unterschiedliche Behandlung von Urteils- und Rechtssatzverfassungsbeschwerde vom BVerfG keine inhaltliche Begründung gegeben wird, steht dem nicht entgegen, sondern lässt die Zweifel an der im Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss erfolgten Umdeutung des Grundrechtsbegriffs in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG nur noch deutlicher zutage treten.

VI. Resümee: Kooperation und Machtanspruch im Verfassungsgerichtsverbund

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich komme zum Schluss: Heute in exakt zwei Wochen jährt sich zum 50. Mal der Solange-I-Beschluss des BVerfG. Mit seiner expliziten Bezugnahme auf die Identität der Verfassung⁶⁶ bildete er nicht nur den Ausgangspunkt des nach ihm benannten Grundrechtsvorbehalts, sondern auch die Keimzelle der erst 35 Jahre später etablierten Identitätskontrolle. Seit dem Jahr 1974 hat sich der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene in einer Weise entwickelt, das bisweilen nicht mehr ein „zu wenig“, sondern ein „zu viel“ beklagt wird.⁶⁷ Das BVerfG reagierte auf die zunehmende Schlagkraft der Grundrechtsjudikatur des EuGH im ersten Schritt mit einer Zurücknahme des eigenen Kontrollanspruchs. Als weiteres Zeichen des

Vertrauens lässt sich die jüngste Aufgabe der strikten Trennungsthese und (vorsichtige) Hinwendung zu einem mischföderativen Modell deuten. Die darin zum Ausdruck kommende Europarechtsfreundlichkeit darf jedoch nicht den Blick dafür verstellen, dass gerade die Recht-auf-Vergessen-Judikatur und der Ökotox-Beschluss auch machtpolitisch motiviert sind. Das BVerfG will eine vernehmbare Stimme im „Grundrechtsgerichtsverbund“ bleiben und durch die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs der Urteilsverfassungsbeschwerde zugleich seine Rolle gegenüber den Fachgerichten behaupten.⁶⁸ Jenseits der verbleibenden dogmatischen Leerstellen wird die Entwicklung eines dauerhaft funktionierenden Kooperationsverhältnisses von der wechselseitigen Dialogbereitschaft abhängen. Nachdem vom BVerfG bislang noch keine einzige Vorlage in Grundrechtsfragen an den EuGH gerichtet wurde, bleibt die weitere Praxis (etwa im Fall Egenberger zum kirchlichen Arbeitsrecht oder im Verfahren zum Kraftwerk-Sampling)⁶⁹ mit Spannung abzuwarten. Hieran wird man ermessen können, ob sich ein konstruktives Streben nach Kooperation durchsetzt oder der destruktive Drang nach eigener Machterhaltung überwiegt.

Markus Ludwigs, *Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Würzburg*

- 63 Einerseits *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177 (183); andererseits *Stern/Sodan/Möstl/Schmahl*, Staatsrecht, 2. Aufl. 2022, § 99 Rn. 38.
- 64 BVerfGE 156, 11 Rn. 64; BVerfG-K, Beschl. v. 08.09.2020 – 1 BvR 895/16, BeckRS 2020, 26957, Rn. 24 ff.
- 65 Überzeugend *Drechsler*, JURA 2021, 1021 (1026).
- 66 BVerfGE 37, 271 (279); nachfolgend auch BVerfGE 73, 339 (375 f.).
- 67 Hierzu m. w. N. *Calliess*, JURA 2021, 1302 (1304 ff.).
- 68 Zur machtpolitischen Motivation *Pracht*, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, 2022, S. 207 f.; deutlich in diese Richtung BVerfGE 152, 216 Rn. 60; wörtliches Zitat bei *Kirchhof/Isensee/Jestaedt*, HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 264 Rn. 82.
- 69 Die Verfassungsbeschwerden sind beim BVerfG anhängig unter den Az. 2 BvR 934/19 und 1 BvR 948/23.

Arbeitskreis 1: Neues zum Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG¹

Zunächst: Herzlichen Dank für die Einladung zum 20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag! Ich freue mich auf eine anregende Diskussion mit Ihnen, Herr Prof. Ludwigs, und Ihnen, Frau Dervisopoulos, und auch mit Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren. Disclaimer: Alle heute hier von mir geäußerten Thesen sind meine persönlichen, sie geben nicht die Position der Bundesregierung wieder.

Gegenstand unseres Arbeitskreises ist das Kooperationsverhältnis von EuGH und Bundesverfassungsgericht, und

zwar „Neues“ zu diesem Verhältnis. Herr Prof. Ludwigs hat Ihnen soeben das „Neue“ aus Karlsruhe geschildert. Mir kommt nun die Aufgabe zu, Ihnen das „Neue“ aus Luxemburg näher zu bringen – jedenfalls einige Aspekte davon. Wobei ich dies nicht als Gegenthese oder -position verstanden wissen möchte, sondern als Ergänzung – also ganz im

1 Der Vortragsstil wurde beibehalten.

Sinne des Titels dieses Arbeitskreises, als Kooperation auf dem Panel. Das Kooperationsverhältnis adressiert die von Ihnen, Herr Prof. Ludwigs, bereits skizzierte „Schwebelage“ (R. Wahl): den vom EuGH – seit seinen grundlegenden Entscheidungen in den Rechtssachen van Gend & Loos [26/62] und Internationale Handelsgesellschaft [11/70] – in ständiger Rechtsprechung vertretenen unbedingten Anwendungsvorrang des Unionsrechts auf der einen und die Kontrollvorbehalte des BVerfG auf der anderen Seite.

Der Begriff „Kooperationsverhältnis“ selbst ist dabei meines Wissens vom Bundesverfassungsgericht geprägt worden [erstmalig als solches bezeichnet in BVerfGE 89, 155, 156; später: BVerfGE 134, 366, 385], beschreibt also zunächst einmal die Karlsruher Perspektive. Aber auch wenn der EuGH bis heute auf dem unbedingten Anwendungsvorrang gegenüber dem innerstaatlichen Recht besteht, gab und gibt es durchaus auch versöhnliche Töne auch aus Luxemburg, die die Zusammenarbeit der obersten Gerichte betonen.

So hat der Präsident des EuGH Koen Lenaerts im September 2022 auf einer Veranstaltung zum 70-jährigen Bestehen des Gerichtshofs im BMWK I, „EuGH und nationale Gerichte – Kooperation vor aktuellen Herausforderungen“ betont, dass es im „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“ nicht darum gehe, wer das erste oder letzte Wort hat, sondern darum, zusammen „das gemeinsame Wort zu finden“. Ich teile diese Sicht. Nimmt man das Gebot der Kooperation ernst, kann es nicht darum gehen, wer im Konfliktfall das letzte Wort hat. Im Vordergrund sollte vielmehr das Bemühen stehen, ein gemeinsames Verständnis des Unionsrechts zu entwickeln, das „gemeinsame Wort“ zu finden.

Präsident Lenaerts bezog sich dabei vor allem auf den sogenannten Grundrechtsdialog zwischen den innerstaatlichen Gerichten, insbesondere den Verfassungsgerichten, und dem EuGH. Und in der Tat, angesichts der Vielzahl der europäischen Grundrechtskataloge und dem mitunter divergierenden Grundrechtsverständnis in den Mitgliedstaaten ist ein Dialog zwischen EuGH und innerstaatlichen Fach- und Verfassungsgerichten wichtig, um für alle Unionsbürger einen einheitlichen und effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

Normative Anknüpfungspunkte für diesen Dialog – in materieller Hinsicht – findet man sowohl in den Verträgen – Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh – als auch in den Integrationsklauseln der mitgliedstaatlichen Verfassungen. Matthias Wendel (Leipzig) spricht in diesem Zusammenhang treffend von der Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, also der wechselseitigen Durchlässigkeit des Rechts der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten. Sie erfolgt – gerade im Bereich der Grundrechte – über verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und auch auf Unionsebene. Wendel weist aber zu Recht darauf hin, dass die Permeabilität auf EU-Ebene eine „markante Besonderheit“ aufweist: Die supranationale Verfassungsebene ist in ihrer Durchlässigkeit für „das“ nationale Recht nicht auf ein einheitliches, sondern auf ein „plurales Einbindungsobjekt“ – also auf 27 Verfassungen – ausgerichtet. Damit eröffnen sich nach Wendel zwei Wege: Zum einen ist die Permeabilität der unionalen Verfassungsebene auf ein Substrat von Normgehalten oder Prinzipien der nationalen Rechtsordnungen gerichtet und entfaltet damit eine zusammenführende und einheitbildende Wirkung.

Zum anderen kann die Durchlässigkeit auch auf das Durchlagern der rechtlichen Wertung eines einzelnen Mitgliedstaates gerichtet sein. Dann ist sei Permeabilität aus Sicht des Unionsrechts vielfaltwährend. Die frühe Rechtsprechung des EuGH zu Grundrechten (vgl. Internationale Handelsgesellschaft und Nold [4/73]) ist Ausdruck der einheitbildenden Wirkung. Der EuGH stellt hier bekanntermaßen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten in den Mittelpunkt. Der vielfaltwährende Aspekt zeigt sich, wenn der EuGH die nationale Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) als Kompetenzausübungsschranke prüft.

Wie findet man nun – ganz praktisch – zum gemeinsamen Wort, zu einem gemeinsamen Grundrechtsverständnis? Hier kommt meines Erachtens dem institutionalisierten Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten – Fach- und Verfassungsgerichten – in Form des Vorabentscheidungsersuchens, eine zentrale Bedeutung – in den Worten von Präsident Lenaerts eine „Schlüsselrolle“ zu.

Die innerstaatlichen Gerichte können oder müssen nach Art. 267 AEUV dem EuGH Fragen zur Auslegung und zur Gültigkeit des Unionsrechts vorlegen. Dies geschieht fortwährend. Im Jahr 2023 gab es 518 Vorlagen nationaler Gerichte, davon über 94 allein aus Deutschland (Bulgarien und Polen folgen mit großem Abstand mit 51 und 48 Vorlagen – Quelle: Jahresbericht 2023 des EuGH). Wenn ich sehe, wie viele Vorabentscheidungsersuchen von deutschen Verwaltungsgerichten, also von Ihnen, liebe Kolleginnen und Kollegen, an den EuGH gerichtet werden [wir sichten und analysieren in meinem Team sämtliche Vorlagen innerstaatlicher Gerichte], und wie auch deutsche Verwaltungsgerichte im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens auf Auskunftsersuchen und Fragen des EuGH reagieren, bedarf es an dieser Stelle sicherlich keiner Vertiefung. Trotz selbstverständlicher Unterschiede in der Qualität der Vorlagen: Der Dialog ist meines Erachtens auf einem guten Weg!

Lassen sich mich daher nur auf zwei Punkte hinweisen: Erstens wird mit der jüngst erfolgten Satzungsänderung und der voraussichtlich noch vor dem Sommer anstehenden Annahme der Änderungen der Verfahrensordnungen erstmals auch das EuG für Vorabentscheidungsersuchen zuständig. In einigen mehr oder weniger klar abgegrenzten Bereichen, zum Beispiel in Mehrwertsteuersachen. Ich bin gespannt, wie sich diese Änderung auf die Vorlagefreudigkeit nationaler Gerichte und den institutionalisierten Dialog mit dem EuGH auswirkt. Zweitens muss mit der Antwort des EuGH auf eine Vorlagefrage nicht immer auch das letzte Wort gesprochen sein. Ist ein nationales Gericht mit der Antwort des EuGH nicht zufrieden, kann es erneut vorlegen.

Auch Präsident Lenaerts wird nicht müde zu betonen, dass mitgliedstaatliche Gerichte die Möglichkeit haben, erneut vorzulegen, um einen Konflikt zu vermeiden. So wäre es auch in Bezug auf das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts seiner Meinung nach der richtige Weg gewesen, eine erneute Vorlage an den EuGH zu richten, um so „in den Dialog“ zu treten (LTO). Ein Beispiel sind die italienischen Vorlagen zu strafrechtlichen Verjährungsfristen: „Taricco I“ [C-105/14, Taricco u. a.] und „Taricco II“ [C-42/17, M.A.S., M.B.]. Man mag die Entscheidungen in der Sache kritisieren. In jedem Fall sind sie aber Ausdruck des Dialogs zwischen den Gerichten. Freilich bleibt es nicht bei dem Dialog mit einem Verfassungs-

gericht oder den Fachgerichten eines Mitgliedstaats, sondern es kommt zu mehreren – teils parallel geführten – Dialogen mit den Gerichten der Mitgliedstaaten: Dies ist das verfahrensrechtliche Pendant des „pluralen Einbindungsobjekts“.

Damit komme ich zum „Neuen“ aus Luxemburg. Und zwar zur jüngeren Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite unionaler Grundrechte. Mit Franz Mayer (Bielefeld) geht es meines Erachtens beim ebenenübergreifenden Grundrechtsschutz stets auch um Reichweitenfragen: Wie weit reicht die Verantwortung der einen Ebene für Grundrechtsdefizite der anderen Ebene?

Die Reichweitenfrage stellt sich in der EU dabei einerseits im vertikalen Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Und sie stellt sich hier selbstverständlich aus zwei Perspektiven: Die der EU und die der Mitgliedstaaten:

Zunächst zur EU. Art. 51 Abs. 1 GRCh bestimmt, dass die Unionsgrundrechte für die Einrichtungen der EU gelten, für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der „Durchführung“ von Unionsrecht. Hier stellen und stellen sich im Detail noch immer Abgrenzungsfragen. Zu beobachten ist meines Erachtens aber in den letzten Jahren eine gewisse Verstetigung und Konsolidierung der Rechtsprechung. Der EuGH unterscheidet mittlerweile zwischen zwei Konstellationen: In Bereichen, in denen der Unionsgesetzgeber die politische Entscheidung trifft, eine bestimmte Materie vollständig zu harmonisieren, gelten EU-Grundrechte, und zwar ausschließlich. (Åkerberg Fransson, C-617/10, Rn. 64; Pelham, C-476/17, Rn. 81). Es handelt sich in diesen Fällen um zwingende Vorgaben des Unionsrechts, die den Mitgliedstaaten keinen Spielraum bei der Anwendung oder Umsetzung in innerstaatliches Recht lassen. Sofern der Unionsgesetzgeber nicht vollständig harmonisiert – auch dies eine politische Entscheidung –, kann ein höherer nationaler Grundrechtsstandard zur Anwendung kommen, allerdings unter der Voraussetzung, dass hierdurch nicht „der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“ (Åkerberg Fransson, Rn. 29, Melloni, C-399/11, Rn. 60). Im Grundrechtsdialog mit dem EuGH muss daher stets die Vorfrage beantwortet – oder auch gestellt – werden, ob eine Voll- oder Teilharmonisierung vorliegt.

Zur mitgliedstaatlichen – konkret: der deutschen – Perspektive auf das vertikale Verhältnis. Hier gibt es in der Tat „Neues“. Prof. Ludwigs ist bereits auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Recht auf Vergessen (RaV I und II (2019) sowie Europäischer Haftbefehl III (2020) und Ökotox (2021) eingegangen. Festzuhalten bleibt für mich: Das BVerfG – beide Senate – differenziert nunmehr ebenfalls – deutlicher – nach der „Harmonisierungstiefe“ des Unionsrechts. Dies ist meines Erachtens ein Schritt hin zu einem echten, konstruktiven (Grundrechts-)Dialog.

Die erste Grundrechtsvorlage des BVerfG an den EuGH steht allerdings noch aus. Und es gibt weitere, offene Fragen in Bezug auf den institutionalisierten Dialog, also das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Man darf beispielsweise gespannt sein auf die Vorlage des BVerfG, die danach fragt, ob das vorlegende Gericht noch letzte Instanz im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV ist, wenn doch den Parteien – jedenfalls grundsätzlich – noch der Weg zum Bundesverfassungsgericht offensteht. Meine Vermutung wäre, dass der EuGH diese Frage bejahen wird. Warum? Die Verfassungsbeschwerde bedarf gemäß § 93a BVerfGG der

Annahme. Ca. 90 % der Beschwerden werden vom Bundesverfassungsgericht dabei nicht angenommen. Wenn sich nun das oberste Fachgericht aufgrund einer theoretisch möglichen Verfassungsbeschwerde nicht mehr als letzte Instanz versteht – und von einer Vorlage an den EuGH absieht –, das Bundesverfassungsgericht anschließend die Beschwerde aber nicht annimmt und mithin ebenfalls nicht dem EuGH vorlegt, wäre der Zweck von Art. 267 Abs. 3 AEUV in Gefahr. Eine Lösung könnte darin bestehen, die Annahmegründe in § 93a BVerfGG unionsrechtskonform auszulegen und von einer Annahmepflicht auszugehen, wenn der Beschwerdeführer die Verletzung von unionalen Grundrechten geltend macht. Ich kann mir nicht vorstellen, dass sich EuGH oder auch das BVerfG darauf einlassen. Vieles spricht daher dafür, dass das BVerfG aus Sicht des EuGH letzte Instanz im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV bleiben wird.

Die Frage nach der Verantwortung für Grundrechtsdefizite stellt sich in einem Grundrechtsverbund andererseits auch im horizontalen Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten. Hier gibt es meines Erachtens tatsächlich eine weitreichende – und, was die Reichweite der EU-Grundrechte angeht, eine bislang weitgehend unkommentierte – Entwicklung der Rechtsprechung, also tatsächlich etwas „Neues“ aus Luxemburg. Der EuGH setzt hier in jüngerer Zeit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens – der auch in Bezug auf die Gewährleistung von Grundrechtsschutz gilt – Schranken: Bei der ernsthaften Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 GRCh darf ein Mitgliedstaat Geflüchtete nicht überstellen (N.S. u. a., C-411/10, Jawo, C-163/17) oder zurückführen (Ibrahim u. a., C-297/17 u. a., Hamed und Omar, C-540/17 u. a.). Auch ein europäischer Haftbefehl darf nicht vollstreckt werden (Aranyosi und Căldăraru, C-404/15, Rn. 77). Präsident Lenaerts betont in diesem Zusammenhang stets, dass nur so ein „tatsächlich effektiver Schutz“ der Grundrechte möglich sei.

Lassen Sie mich an dieser Stelle beispielhaft und in der gebotenen Kürze auf die Rechtsprechung zu Dublin-Überstellungen und Rückführungen anerkannt Schutzberechtigter eingehen, auch wenn ich sicher bin, dass sich die Verwaltungsgerichte mit eben jener Rechtsprechung in der Praxis ohnehin vielfach auseinandersetzen (müssen). Angefangen mit seiner Entscheidung in der Rechtssache N.S. u. a. hat der Gerichtshof anerkannt, dass der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens [Rn. 78f.] – trotz seiner zentralen Bedeutung für die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen, laut dem Gerichtshof einem der Daseinsgründe der Union [Rn. 83] – grundrechtlichen Schranken unterworfen ist. Innerhalb der Europäischen Union gilt zwar die Vermutung, dass Schutzsuchende in jedem einzelnen Mitgliedstaat im Einklang mit den Erfordernissen der GRCh und der EMRK behandelt werden [Rn. 80]. Diese Vermutung kann indes dann widerlegt werden, wenn aufgrund systemischer Mängel im Asylverfahren und den Aufnahmebedingungen die tatsächliche Gefahr einer Verletzung von Art. 4 GRCh oder Art. 3 EMRK besteht [Rn. 106]. Darin liegt gewissermaßen eine Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes auf den an und für sich nur mittelbar für den drohenden Grundrechtsverstoß verantwortlichen Mitgliedstaat.

In seinen Entscheidungen in den Rechtssachen Jawo, Ibrahim u. a. sowie Hamed und Omar – übrigens sämtlich

Vorlagen deutscher Verwaltungsgerichte – hat der Gerichtshof dies dann auf anerkannt Schutzberechtigte übertragen: Es komme nicht darauf an, ob der betreffenden Person die Grundrechtsverletzung im Asylverfahren oder nach dessen Abschluss drohe.

Dies überzeugt mich nicht. Denn die Mitgliedstaaten werden so für Grundrechtsdefizite auch in Bereichen in die Verantwortung genommen, die der Unionsgesetzgeber nicht harmonisiert hat. [Dies gilt im Übrigen ebenso für systemische Mängel bei den Haftbedingungen im Rahmen der Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls.] Ein an der Harmonisierungstiefe des Unionsrechts orientierter Grundrechtsdialog stößt hier meines Erachtens an seine Grenzen.

Es lässt sich sicherlich vertreten, dass die Bindung des Aufenthaltsmitgliedstaats an unionale Grundrechte hier konkret an die Durchführung oder Anwendung der Dublin-Verordnung oder der Asylverfahrensrichtlinie anknüpft. Damit gerät aber der Mitgliedstaat, in dem die Gefahr menschenunwürdiger Lebensbedingungen anerkannt Schutzberechtigter droht, aus dem Blick. Dort sind die Unionsgrundrechte mangels Harmonisierung – anders als bei den Aufnahmebedingungen oder dem Asylverfahren, um die es in der Rechtsache N.S. u. a. ging – nicht anwendbar.

Es käme zu einer Schieflage: Der unmittelbar für die Grundrechtsverstöße verantwortliche Mitgliedstaat könnte dafür unionsrechtlich nicht belangt werden. Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte wäre mangels Durchführung von Unionsrecht nicht eröffnet. Die Kommission könnte mangels Unionsrechtsverstoß kein Vertragsverletzungsverfahren gegen den unmittelbar verantwortlichen Mitgliedstaat einleiten – während die Behörden und Gerichte des lediglich mittelbar verantwortlichen Mitgliedstaats unionsrechtlich gehalten wären, potenzielle Grundrechtsverletzungen in dem anderen Mitgliedstaat zu prüfen und ggf. bei eigenen Entscheidungen zu berücksichtigen. Unterließe sie dies, könnte die Kommission dann gegen den mittelbar verantwortlichen Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.

Noch einmal konkreter: Nach Anerkennung internationalen Schutzes gilt die Qualifikationsrichtlinie [Richtlinie 2011/95]. Im Gegensatz zur Aufnahme- und Verfahrensrichtlinie verlangt die Qualifikationsrichtlinie im Wesentlichen die Gleichbehandlung anerkannt Schutzsuchender [mit Staatsangehörigen oder rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen]. Es obliegt vor allem den Mitgliedstaaten – in ihrer eigenen Zuständigkeit – wie sie eigene Staatsangehörige

wie auch anerkannte Schutzsuchende sozial sichern. Hält sich der Anerkennungsstaat an die Vorgaben der Qualifikationsrichtlinie, behandelt er also anerkannte Schutzsuchende nicht anders als die eigenen Staatsangehörigen oder andere Drittstaatsangehörige, kann die Kommission gegen ihn kein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Und zwar selbst dann nicht, wenn dieser Mitgliedstaat unabhängig davon Art. 3 EMRK verletzt. Denn der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte ist nicht eröffnet. Zugleich sind in dieser Situation dann alle anderen Mitgliedstaaten unionsrechtlich verpflichtet, aufgrund drohender Grundrechtsverletzungen von einer Rückführung des anerkannt Schutzsuchenden abzusehen.

Dieses Ergebnis ist meines Erachtens integrationspolitisch problematisch. Es handelt sich aber vor allem um eine – aus grundrechtsdogmatischer Sicht – fragwürdige Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH. Eine Entwicklung, die auch deshalb enttäuscht, weil der EuGH sich weder in der gemeinsamen mündlichen Verhandlung der Rechtssachen Jawo und Ibrahim u. a. noch im Urteil mit den von zahlreichen Beteiligten hierzu vorgetragenen Argumenten auseinandersetzt.

Eine Entwicklung schließlich, die Fragen in Bezug auf den Grundrechtsdialog und das Kooperationsverhältnis von EuGH und Bundesverfassungsgericht aufwirft. Denn in eben jenen Konstellationen, in denen nach den Entscheidungen Ibrahim u. a. und Hamed und Omar wegen drohender Verstöße gegen Unionsgrundrechte ein Asylantrag nicht als unzulässig abgelehnt werden darf, prüft das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 2 GG [2 BvR 1380/19, Beschluss vom 10.10.2019, betraf eine Entscheidung des VG Würzburg], und zwar in Bezug auf die Verletzung fachgerichtlicher Aufklärungspflichten. Ist der richtige Maßstab hier nunmehr nicht Art. 47 GRCh in Verbindung mit Art. 4 GRCh?

Soweit zum „Neuen“ aus Luxemburg zur Reichweitenfrage und im horizontalen Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten. Ich komme zum Schluss, bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und freue mich auf Ihre Fragen und die Diskussion!

Ralf M. Kanitz, LL.M., RD und Prozessbevollmächtigter der Bundesregierung vor den Europäischen Gerichten, Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Berlin

Arbeitskreis 2: Erfahrungsaustausch zu rechtlichen Problemen der eAkte

Der Arbeitskreis Erfahrungsaustausch zu rechtlichen Problemen der eAkte war mit 231 angemeldeten Teilnehmerinnen und Teilnehmern erfreulich gut besucht. Ziel des Arbeitskrei-

ses war es, in Abkehr von dem klassischen Format der Verwaltungsgerichtstage mit einem oder mehreren längeren Vorträgen einen lebhafteren Austausch in Form einer Diskus-

sionsrunde auf der Grundlage von kurzen Impulsreferaten zu erreichen. Hierzu standen drei erfahrene Referentinnen und Referenten zur Verfügung.

Herr Prof. Dr. Henning Müller, Direktor des Sozialgerichts Darmstadt, ist bekannt als Betreiber des Blogs ervjustiz.de sowie als Autor der Standardwerke „e-Justice – Praxishandbuch“ sowie „Checklisten zum elektronischen Rechtsverkehr für die Justiz: Bearbeitungshinweise und Übersichten für juristische Entscheider“. Er ist seit Ende 2009 IT-Referent der hessischen Sozialgerichtsbarkeit und zeitweise auch der hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit und hat seit 2014 dort eine vollelektronische Arbeitsweise unter Nutzung von EUREKA-Fach etabliert.

Herr RiVGH Dr. Anton Achatz, Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, war 2014 in das Referat Z1 im Bayerischen Staatsministerium des Innern (StMI) gewechselt, das seinerzeit u. a. federführend für das Einführungsprojekt elektronische Verwaltungsakte in der Staatsverwaltung war. In diesem Rahmen war er zuständig für die Einführung der eAkte im StMI und im nachgeordneten Bereich. Nach seinem Wechsel in die Verwaltungsgerichtsbarkeit erinnerte man sich im Jahr 2020 an seine Vorgeschichte und bat ihn, im Rahmen einer Abordnung an die Stabsstelle Digitalisierung des VGH die Einführung der elektronischen Gerichtsakte zu betreuen.

Frau RiOVG Dr. Anna-Miria Fuerst, Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, ist wie die „Jungfrau zum Kinde“ zu der Beschäftigung mit dem IT-Thema gekommen. Sie war Fortbildungsreferentin am Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht als im Frühjahr 2021 der damalige Präsident sie gefragt hat, ob sie kurzfristig die Nachfolge des Referats „IT und Gerichtsorganisation“ übernehmen könne. Da es im Bereich IT aber zu einem großen Teil um Vermittlung neuer Fähigkeiten und Sichtweisen geht, war der Brückenschlag vom Fortbildungsreferat zum Thema IT erstaunlicherweise recht naheliegend. Inzwischen ist die seit Juli 2023 Personalreferentin und insofern nicht mehr schwerpunktmäßig mit der elektronischen Gerichtsakte befasst.

In seinem Impulsreferat zu Herausforderungen des elektronischen Rechtsverkehrs ging Herr Prof. Dr. Müller auf neue und alte elektronische Übermittlungswege, den Umgang mit Übermittlungsproblemen, elektronische Beweismittel, insbesondere elektronischen Behördenakten, und auf Neuerungen im elektronischen Verwaltungsverfahren ein. Dabei wies er vor allem darauf hin, dass die verschiedenen Gerichtsbarkeiten stärker aufeinander hören sollten, weil die zugrunde liegenden Vorschriften für alle Gerichtsbarkeiten gleich seien. So setze sich beispielsweise der Bundesfinanzhof gerade intensiv mit dem besonderen elektronischen Steuerberaterpostfach (beST) auseinander. Im Übrigen wies er darauf hin, dass Gerichte bei beteiligten Organisationen selbst nachsehen sollten, ob evtl. ein elektronisches Bürger- und Organisationspostfach (eBO) vorhanden ist, weil dieses vom Gericht auch dann adressiert werden könne, wenn es von den Beteiligten selbst nicht aktiv genutzt werde. Im Übrigen ging der auf das neue „Mein Justizpostfach“ (MJP) ein, dessen unmittelbar nach Einrichtung bestehendes datenschutzrechtliches Problem mit der Sichtbarkeit der persönlichen Adressdaten zwar inzwischen gelöst sei. Allerdings könnten diese immer noch über den Umweg des SAFE-Verzeichnisses eingesehen werden. Insofern rate er Richterinnen und Richtern von der Einrichtung eines MJP ab.

Im Hinblick auf Übertragungsfehler erinnerte Prof. Dr. Müller daran, dass es keine rügelose Einlassung auf Formfehler im elektronischen Rechtsverkehr gebe. Prozessualer Rettungsanker sei die Ersatzeinreichung. Hieran dürften nicht zu strenge Maßstäbe angelegt werden. Er plädiere vielmehr für eine gewisse Großzügigkeit. Insofern teile er nicht in Gänze eine jüngere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die einen Sorgfaltsverstoß angenommen hatte, als ein Rechtsanwalt erst sieben Minuten vor Fristablauf versucht hatte, eine elektronische Nachricht abzuschicken. Es sei nicht sinnvoll, die für Telefaxe entwickelten Maßstäbe auf den elektronischen Rechtsverkehr zu übertragen. Im Übrigen seien die aktuell bestehenden Vorgaben aus der Rechtsprechung, etwa an die Angabe eines sinnvollen Dateinamens anachronistisch. In der Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) würden verpflichtende Vorgaben nur noch hinsichtlich der Verwendung des Dateiformats PDF bzw. in Ausnahmefällen TIFF gemacht. Er habe darüber hinaus Sympathien für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach auch andere Formate zulässig seien, wenn damit gearbeitet werden könne.

Prof. Dr. Müller wies darauf hin, dass die Vorgaben der ERVV nicht für Beweismittel gälten. Was im Strafrecht die blutige Tatwaffe als Beweismittel sei, sei in der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit im Wesentlichen die Behördenakte. Das beweisrechtliche Problem bestehe darin, dass nach der Zivilprozessordnung nur Papier und andere verkörperte Gedankenerklärungen Urkunden darstellen würden. Dies treffe auf elektronische Akten nicht zu. Hierbei handele es sich vielmehr um Augenscheinsobjekte, für die der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte. Es sollten nicht vorschnell Beweislastentscheidungen getroffen, sondern zunächst die Amtsermittlung ausgeschöpft werden. Dafür könnte man etwa die Scanverfahrensdokumentationen der Behörden anfordern, die regelmäßig sehr schlecht sei. In diesem Zusammenhang sei es wichtig, auf die Begrifflichkeiten zu achten. Der Unterschied zwischen Original/Kopie verschwimme. Eine elektronische Kopie könne ein weiteres Original darstellen. Grundsätzlich gelte im Beweisrecht der Grundsatz der Formtreue. Dies beziehe sich bei elektronischen Dokumenten auch auf das Dateiformat. Gerichte müssten daher damit umgehen können, dass Dokumente in verschiedenen Formaten vorgelegt würden, auch wenn eAKten-Programme nicht darauf optimiert seien. Dies würde auch potenziell gefährliche Dateiformate umfassen, für die Datenscheusen oder ähnliche Mechanismen existieren müssten. Leider sei bei Behördenakten immer noch der Versand von Gesamt-PDF der Standard. Dies sei ein beweisrechtlicher Supergau, weil Signaturen und Metadaten dann weg seien. Für die Einsicht in Behördenakten, die in Einzeldokumenten übersandt würden, habe der Entwickler von Eureka-Fach einen Aktenviewer als externe Anwendung zur Verfügung gestellt, die gegen Spende verfügbar sei.

Schließlich stellt Prof. Dr. Müller die jüngsten Änderungen im Verwaltungsverfahrensrecht vor, die dazu führten, dass in Angleichung an die im gerichtlichen Verfahren geltenden Regeln nunmehr auch qualifiziert elektronisch signierte Dokumente im Verwaltungsverfahren eingereicht werden könnten.

Das Impulsreferat von Herrn Dr. Achatz widmete sich verschiedenen Aspekten des internen Umgangs mit elektro-

nischen Akten in den Gerichten, vor allem zum Thema Signatur und Scannen. Dabei ging er zunächst auf bestehende Signaturerfordernisse ein. Dabei stellten sich verschiedene Fragen, die überraschend wenig geregelt seien. Dies gelte zum Beispiel für die Fragen, was ein gerichtliches Schriftstück im Sinne des § 55b Abs. 6 Satz 4 VwGO sei. Vermutlich sei hierfür auf den Urheber abzustellen, nach dem Wortlaut könne aber auch der Empfänger in Betracht kommen. Ähnlich unklar sei die Frage, was mit handschriftlich unterzeichnet gemeint sei. Er plädiere dafür, dies im Sinne des § 55a Abs. 7 VwGO einheitlich dahingehend auszulegen, dass eine handschriftliche Unterzeichnung vorgeschrieben sei. Es fehle weiterhin an einer klaren Regelung dazu, was überhaupt unterschrieben werden müsse. Dies sei nur für Urteile und Protokolle klar geregelt. Für Beschlüsse fehle es dagegen an einer entsprechenden Vorschrift, weil § 122 VwGO nicht auf § 117 VwGO verweise. In der Zivilgerichtsbarkeit würde das Unterschriftserfordernis von der Zustellung her gedacht. Da eine beglaubigte Abschrift zuzustellen sei, setze dies voraus, dass es ein unterschriebenes Original geben müsse. Dies stimme inzwischen durch die elektronische Signatur nicht mehr unbedingt. Die verwaltungsrechtliche Literatur stelle demgegenüber auf die Bedeutung von Verfügungen für das Unterschriftserfordernis ab. Er schlage demgegenüber vor, sich an dem Maßstab des § 122 Abs. 2 VwGO zu dem Begründungserfordernis zu orientieren.

Im Hinblick auf das Erfordernis aus § 55a Abs. 7, wonach die verantwortenden Personen am Ende des Dokuments ihren Namen hinzufügen muss, sei unklar, ob dem genüge getan werde, wenn der Namenszusatz automatisch von dem gerichtlichen Schreibwerk generiert werde. Eine Abschlussfunktion erfülle der Name ohnehin nicht. Fraglich sei, was die Konsequenz eines fehlenden Namens sei. Reiche es evtl. aus, wenn sich der Name aus dem Rubrum ergebe? Bei detached-Signaturen sei überdies nicht ohne Weiteres klar, zu welchem Dokument sie gehören würden. Dem signierten Dokument sehe man die Signatur jedenfalls nicht an. Allenfalls aus der Bezeichnung könne man darauf schließen, was Signaturdatei und was signiertes Dokument sei. Weiterhin stelle sich die Frage, wie mit ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern umzugehen sei. Gehe man davon aus, dass diese bei schriftlichen Entscheidungen zur Fixierung des Beratungsergebnisses den Tenor unterschreiben müssten, ließe sich ein Medienbruch nicht vermeiden.

Flüchtigkeitsfehler ließen sich bei qualifiziert elektronischer Signatur nicht mehr im signierten Dokument ändern, weil dadurch die Signatur zerstört werde. Es frage sich allerdings, ob nicht Rechtschreibfehler vor Herstellung einer beglaubigten Abschrift in der noch vorhandenen Word-Datei korrigiert werden könnten. Dann würde zwar keine Deckungsgleichheit zwischen signiertem Original und beglaubigter Abschrift mehr bestehen. Allerdings sei schon jetzt die verbreitete Praxis, in der händisch signierten Fassung Änderungen vorzunehmen, zweifelhaft, weil diese Änderungen nicht mehr unbedingt von allen Unterschriften gedeckt seien. Weitere Fragen stellten sich beim Entscheidungsdatum von Kammerentscheidungen. Bei der elektronischen Signatur sei das Datum der letzten Unterschrift nunmehr erkennbar. Es sei organisatorisch aufwendig sicherzustellen, dass alle elektronischen Signaturen am gleichen Tag erfolgten. Letztlich

müsse es auf den inhaltlichen Konsens ankommen. Problematisch seien aber die Fälle, in denen kein klares Datum hierfür vorliege. Es stelle sich überhaupt die Frage, ob Beschlüsse datiert werden müssten. Insgesamt sehe er die Gefahr von Scheinurteilen, wenn bei der Signatur etwas schief gelaufen würde. Für die Frage der Absetzungsfristen stelle sich die Frage, ob es auf die Veraktung ankomme. Nach der VwGO sei dies eigentlich nicht der Fall. Das Problem bei rein elektronischer Übermittlung an die Geschäftsstelle sei aber die weiterhin möglich Rückholbarkeit. Es stelle sich die Frage, wie dies dokumentiert werden könne.

Für das Scannen von Dokumenten für die elektronische Gerichtsakte stelle § 55b Abs. 6 VwGO auf eine Kombination aus richtigem Verfahren (nach der TR-Resiscan), richtigem Ergebnis (bildliche und inhaltliche Übereinstimmung) und einer formalen Bedingung (Übertragungsnachweis) ab. Diese Kombination sei problematisch und fehleranfällig. Die Fehlerfolgen seien unklar. Entscheidend für die Anforderungen nach der TR-Resiscan sei die Schutzbedarfsanalyse. Die Musterschutzbedarfsanalyse für die Justiz der AG IT-Standards gehe hinsichtlich der Verfügbarkeit und Vertraulichkeit jeweils vom Schutzbedarf hoch aus. Allerdings komme es nach der TR-Resiscan auf die regelmäßig entstehenden Anforderungen an. Insofern sei zu überlegen, ob nicht auch vom Schutzbedarf normal ausgegangen werden könne. Insbesondere sei nach der Erstellung der Musterschutzbedarfsanalyse im Jahr 2018 die Aufbewahrungsfrist in § 55b Abs. 6 VwGO auf sechs Monate geändert worden. Innerhalb dieses Zeitraums könnten Scanfehler immer noch korrigiert werden.

Frau Dr. Fuerst ging in ihrem Impulsreferat auf die Aufbewahrung und Speicherung elektronischer Akten ein. Sie wies eingangs darauf hin, dass ein Brückenschlag zur Gerichtsorganisation wichtig sei. Die IT sei nicht nur ein technisches Thema, sondern führe zu erheblichen Änderungen an den Arbeitsplätzen insbesondere von Servicekräften. Daher müsse man schon heute überlegen, welche Rolle Servicekräfte künftig haben sollten. Es stelle sich etwa die Frage, ob es sinnvoll sei, wenn Richter alles selber machen könnten, wie Postausgänge selbst herauschicken. Frau Dr. Fuerst stellte die rechtlichen Grundlagen für die Aktenaufbewahrung in § 1 JAktAG sowie die Verordnungsermächtigung in § 2 JAktAG vor. In der auf dieser Grundlage erlassenen JAktAV werde allerdings der Begriff der Akte nicht sauber definiert; insbesondere weicher er von demjenigen in der AktO VwG ab. Nach Letzterer gebe es eine einheitliche Akte über die Instanzen hinweg. Es stelle sich danach vor allem die Frage, wessen Aufgabe die Einhaltung der Aufbewahrungsfristen ist. Aus ihrer Sicht sei es nicht sinnvoll, elektronische Akten aus der Rechtsmittelinstanz wieder zurückzuschicken und dort zu löschen. Das in einigen Bundesländern virulente Problem der Ermöglichung von Hybridakten sei inzwischen vom Gesetzgeber angegangen worden. Allerdings sei die geplante Änderung noch nicht in Kraft.

In der anschließenden Diskussion wies zum Thema Aktenübersendung der Behörden Herr Schade vom VG Halle darauf hin, dass es gängige Praxis sei, dass etwa in Beitragsverfahren immer nur Auszüge übermittelt würden. Herr Sauerteig von der Stadt Würzburg gab an, dass sie eine Cloudsoftware im Einsatz hätten, über die Einsicht in Vergabeakten gewährt werde. Dies würde gut funktionieren. Herr Prof. Dr. Berlit, ehemals Bundesverwaltungsgericht, gab an, dass Behörden-

akte das sei, was die Behörde als solche definieren würde. Diese könne letztlich definieren, was sie wolle. Man müsse vor diesem Hintergrund damit umgehen, welche Folgen eine nicht rechtstaatlichen Anforderungen entsprechende Akte habe. Es komme im ersten Schritt darauf an, ob die Gerichte die Akten lesen könnten. Hier stellten sich Fragen der Interoperabilität. Der mittel- bis langfristig beste Weg sei es, gegenseitige Zugriffsrechte einzuräumen. Allerdings sei die Prozessordnung bislang noch papierorientiert. Die Vorstellung, dass es nur eine Akte gebe, sei in der elektronischen Welt sinnfrei. De lege ferenda müsse die Form der Datenhaltung geregelt werden. Frau Dr. Fuerst äußerte ihr Unbehagen mit einem gleitenden Aktenbestand, der nicht fixiert sei. Allerdings würden auch in Papierform übersandte Akten nicht immer den Bestand wiedergeben, der in der Behörde laufend geführt werde.

Zum Thema Entscheidungsdatum bei Signaturen wurde auf dem Podium auf das Problem wechselnder Entscheidungsbesetzungen hingewiesen, für die die Frage von rechtlicher Bedeutung seien. Herr Prof. Dr. Berlit ging auf das Problem der Sichtbarkeit der Signaturdaten ein. Bei der mehrstufigen Fixierung von Beratungsergebnissen müssten halbwegs prakti-

kable Lösungen gefunden werden. Diese Frage stelle sich auch für die Unterschrift im Homeoffice. Frau Geist vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof wies darauf hin, dass sie das Problem nicht hätten. Die Entscheidungen würden abgestimmt und dann signiert. Nach der Abstimmung erfolge die Signatur innerhalb von zehn Minuten.

Zu der Beteiligung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter bekräftigte Herr Dr. Achatz die Auffassung, dass keine Dokumentation des Beratungsergebnisses erforderlich sei. Dies sei rechtlich nicht begründbar. Dem schloss sich Herr Kuznik vom VG Gelsenkirchen an. Hiermit war Herr Schade nicht einverstanden. Bei der Verkündung werde das Ergebnis auch durch das Protokoll dokumentiert. Herr Corsmeyer vom OVG Mecklenburg-Vorpommern ergänzte, dass im dortigen Bundesland nach dem Personalvertretungsrecht die Entscheidungen durch die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter mitzuunterschreiben seien.

Dr. Florian von Alemann, Vorsitzender Richter,
Verwaltungsgericht Berlin

Arbeitskreis 2: Das Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC)¹

1. Die Aarhus-Konvention – ein Überblick

Das Aarhus Compliance Committee hat die Aufgabe, die Vertragseinhaltung der Parteien der Aarhus-Konvention (AK) zu überprüfen.² Nach den Worten des früheren UN-Generalsekretärs *Kofi Annan* ist die AK „*the most ambitious venture in the area of ‚environmental democracy‘, so far undertaken under the auspices of the United Nations*“.³ Sie wurde 1998 im dänischen Aarhus gezeichnet und ist 2001 in Kraft getreten.⁴ Mit ihren drei Säulen Zugang zu Umweltinformationen, Öffentlichkeitsbeteiligung an umweltrelevanten Verfahren und Zugang zu Gerichten verkörpert die Konvention die Idee der Umweltdemokratie in nahezu einzigartiger Weise. Sie hat große Bedeutung für die Entwicklung der Zivilgesellschaften und stellt ein wichtiges Instrument des Umweltschutzes dar.⁵ Dies gilt für alle Vertragsparteien, ganz besonders aber für Staaten ohne demokratische und rechtsstaatliche Tradition. In den Erwägungsgründen heißt es, „daß jeder Mensch das Recht hat, in einer seiner Gesundheit und seinem Wohlbefinden zuträglichen Umwelt zu leben, und daß er sowohl als Einzelperson als auch in Gemeinschaft mit anderen die Pflicht hat, die Umwelt zum Wohle gegenwärtiger und künftiger Generationen zu schützen und zu verbessern“. Die Konvention hat ihren Ursprung in Art. 10, 17 und 19 der Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung.⁶ Grundsatz 10 der Rio-Erklärung betont die Bürgerbeteiligung in Umweltfragen, die Notwen-

digkeit eines angemessenen Zugangs zu Umweltinformationen sowie des wirksamen Zugangs zu Gerichts- und Verwaltungsverfahren.

-
- Der Beitrag gibt die eigene Auffassung des Verfassers wieder; er vertritt hier nicht das ACCC. Alle angeführten Internetquellen sind auf dem Stand vom 23.04.2024.
Anmerkung der Redaktion: Der Vortrag wurde bei dem Verwaltungsgerichtstag krankheitsbedingt nicht gehalten. Wir danken dem Verfasser, dass er seinen Beitrag für den Arbeitskreis zur Verfügung gestellt hat.
 - S. UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 6, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>; näher hierzu unten unter 2.
 - Annan*, Foreword, in The Aarhus Convention An Implementation Guide, 2000, <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/implementation%20guide/english/part1.pdf> („das bislang ehrgeizigste Projekt auf dem Gebiet der ‚Umweltdemokratie‘ unter der Schirmherrschaft der Vereinten Nationen“); s. auch *Ban Ki-Moon*, Foreword, The Aarhus Convention: An implementation guide, 2nd edition 2014, <https://unece.org/environment-policy/publications/aarhus-convention-implementation-guide-second-edition>.
 - S. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en#3.
 - Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 23 spricht von „Umweltschutz durch Bürgeraufsicht“.
 - S. <https://www.un.org/Depts/german/conf/agenda21/rio.pdf>.

Zur AK gehören 47 Vertragsparteien (Parties) einschließlich der EU sowie einer Reihe von osteuropäischen und asiatischen Staaten sowie mit Guinea-Bissau auch einem afrikanischen Staat.⁷ Allerdings sind weder Russland noch die Türkei unter den Vertragsparteien. Deutschland hatte die AK nicht auf der Aarhus-Konferenz im Juni 1998 paraphiert, sondern im Dezember desselben Jahres. Bei der Zeichnung wurde auf Probleme bei der praktischen Umsetzung in das deutsche Rechtssystem hingewiesen. Insbesondere wurde betont „that implementing the Convention through German administrative enforcement will not lead to developments which counteract efforts towards deregulation and speeding up procedures“.⁸ Die Ratifikation erfolgte fast zehn Jahre später am 15.01.2007.⁹ Belarus ist mit Wirkung vom 24.10.2022 aus der AK ausgetreten, nachdem bereits 2021 die Meeting of the Parties der AK Belarus wegen der Verfolgung von Umweltorganisationen und Einzelpersonen wesentliche Mitgliedsrechte entzogen hatte.¹⁰ Alarmiert durch die ernste Situation für Umweltschützer, einschließlich Drohungen, Gewalt, Einschüchterung, Überwachung, Inhaftierung und sogar Tötung, hat die MOP im Jahr 2021 das Amt des Special Rapporteur von Environmental Defenders geschaffen.¹¹

Die AK ist nicht auf die UNECE-Mitglieder beschränkt, sondern offen für alle Staaten. Neu hinzugekommen ist z. B. mit Wirkung vom Juli 2023 Guinea-Bissau.¹²

In Südamerika wurde mit dem 2021 in Kraft getretenen Abkommen von Escazú ein der AK ähnlicher völkerrechtlicher Vertrag geschlossen.¹³ Von den 25 Unterzeichnerstaaten haben zurzeit zwölf Staaten den Vertrag ratifiziert, u. a. Argentinien und Mexico. Brasilien hat zwar paraphiert, aber bislang nicht ratifiziert.¹⁴ In Art. 18 ff. des Abkommens wird ein dem ACCC nachempfunder Compliance Mechanismus vorgesehen (*Committee to Support Implementation and Compliance*).

Besonderes Merkmal des von der AK erfassten Rechtsgebiets mit ihren drei Säulen ist ein ausgeprägtes Mehrebenensystem. Für die 27 EU-Mitgliedstaaten gibt es insoweit nicht nur zwei, sondern (mindestens) drei Ebenen. Die EU ist selbst Vertragspartei und hat die Konvention zumindest in den ersten beiden Säulen, Zugang zu Umweltinformationen und Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, quasi doppelt umgesetzt. Zum einen erfolgte die Umsetzung in allen drei Säulen insbesondere durch die Aarhus-Verordnung mit Wirkung für die Unionsorgane.¹⁵ Zum anderen wurden durch die Mitgliedstaaten umzusetzende Richtlinien erlassen, wie z. B. die Umweltinformations-¹⁶ oder die Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie.¹⁷ Für den Zugang zu Gerichten gibt es jedoch keine allgemein geltende Richtlinie,¹⁸ wobei aber die EuGH-Rechtsprechung in Anwendung und Auslegung der AK wesentlich zur Umsetzung der dritten Säule in den Mitgliedstaaten beigetragen hat.¹⁹ Durch die genannten Richtlinien und den EuGH werden die Themenbereiche der AK auf nationaler Ebene gestärkt. Die EU-Mitgliedstaaten müssen nicht nur die AK-Vorgaben, sondern auch die der EU beachten. Rechtsänderungen auf nationaler Ebene sind daher nur in engen Grenzen zulässig.

Das Leitungsorgan der AK ist die alle vier Jahre stattfindende Vertragsstaatenkonferenz (Meeting of the Parties – MOP). Nach Art. 10 Abs. 2 AK „überprüfen die Vertragsparteien auf der Grundlage regelmäßiger Berichterstattung durch die Vertragsparteien ständig die Durchführung“ der Konventi-

on. Die MOP hat auf Basis von Art. 15 AK Regeln „über eine freiwillige, nichtstreitig angelegte, außergerichtliche und auf Konsultationen beruhende Überprüfung der Einhaltung“ der AK festgelegt und damit die Grundlage für die Arbeit des ACCC geschaffen.²⁰ Zur völkerrechtlichen Verbindlichkeit be-

7 S. den jeweiligen Status unter https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en#3.

8 S. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en#3 unter Stichwort „Germany“ („dass die Umsetzung des Übereinkommens durch den deutschen Verwaltungsvollzug nicht zu Entwicklungen führen wird, die den Bemühungen um Deregulierung und Verfahrensbeschleunigung entgegenwirken“, eigene Übersetzung); s. auch *Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 34.

9 S. Gesetz zu dem Übereinkommen vom 25.06.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Übereinkommen) vom 09.12.2006, BGBl. II S. 1251.

10 S. Report of the seventh session of the Meeting of the Parties, Addendum, Decisions adopted by the Meeting of the Parties, Decision VII/8c Compliance by Belarus with its obligations under the Convention, https://unece.org/sites/default/files/2022-05/ECE_MP.PP_2021_2_Add.1_E.pdf; *Langrand*, UN convention suspends Belarus for crackdown on environmentalists, <https://geneva.solutions.news/global-news/un-convention-suspends-belarus-for-crackdown-on-environmentalists>.

11 Dazu unten unter 2.

12 S. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en#3.

13 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, United Nations Treaty Collection Chapter XXVII 18, <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>.

14 S. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en.

15 Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 vom 06.09.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. EU L 264/13 vom 25.09.2006.

16 Richtlinie 2003/4/EG vom 28.01.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABl. EU L 041 vom 14.02.2003, S. 26.

17 Richtlinie 2003/35/EG vom 26.05.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten – Erklärung der Kommission, ABl. EU L 156 vom 25.06.2003, S. 17.

18 Der Entwurf einer Klagerechtsrichtlinie (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, KOM/2003/624 endg., 14.10.2003) ist nicht umgesetzt worden; dazu *Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 39.

19 Dazu näher unten unter 3.

20 Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8 vom 02.04.2004, <https://unece.org/env/pp/cc/documents>.

dürfen die Entscheidungen des ACCC der Bestätigung (*endorsement*) durch die MOP, die in aller Regel einstimmig erteilt wird. Sie wählt auch die ACCC-Mitglieder²¹ und wird zwischen den sessions durch das *Bureau of the Meeting of the Parties* unterstützt. Weiter ist die *Working Group* u. a. damit betraut, die Durchführung des Arbeitsprogramms zu überwachen und die Tagungen der MOP vorzubereiten.²² Spezielle Arbeitsgruppen zu den drei Säulen (*Task Forces*) treffen sich regelmäßig u. a. zum Informationsaustausch, auch unter Einbeziehung von Drittstaaten, NGOs, Vertretern aus Academia etc.²³

Umweltverbände genießen im Rahmen der Konvention eine hervorgehobene Stellung. Nach dem Anhang zu Decision I/7 haben nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch Umweltverbände ein Vorschlagsrecht bei der Wahl der ACCC-Mitglieder.²⁴ Von Umweltverbänden stammen auch die meisten der Individualbeschwerden (*communications*) an das ACCC,²⁵ und sie können sich in den Verfahren vor dem ACCC als Beobachter (*observer*) einbringen und Stellung nehmen. Nach Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 AK i. V. m. Art. 2 Nr. 5 AK ist der Zugang zu Gerichten für Umweltverbände erleichtert.²⁶

2. Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) – Wahl, Zusammensetzung und Arbeitsweise

Der Compliance-Mechanismus der AK ist im Völkerrecht fast einzigartig. Die Mitglieder werden von der MOP nach Nominierung durch Vertragsparteien oder Umweltverbänden für ca. 8 Jahre gewählt,²⁷ wobei eine Wiederwahl möglich ist. Nach dem Anhang zur Decision I/7 soll setzt sich das ACCC Committee zusammen „aus Staatsangehörigen der Vertragsparteien und Unterzeichner des Übereinkommens [...], die ein hohes sittliches Ansehen genießen und über anerkannte Fachkenntnisse in den Bereichen verfügen, auf die sich das Übereinkommen bezieht, einschließlich Personen mit juristischer Erfahrung“.²⁸ Sie müssen demnach nicht zwingend über eine juristische Ausbildung verfügen, faktisch ist dies aber bei allen neun Mitgliedern zur Zeit der Fall. Alle verfügen über längere Erfahrungen in Justiz, Verwaltung, Anwaltschaft, in Umweltverbänden oder als Hochschullehrer.²⁹ Sehr wichtig ist, dass die Ausschussmitglieder in ihrer persönlichen Eigenschaft und nicht im Namen der Partei oder NGO handeln, die sie nominiert hat.

Für die ACCC-Mitglieder gelten strenge Befangenheitsregeln. Die ACCC-Mitglieder sind zwar nicht per se ausgeschlossen, wenn ihr jeweiliger Heimatstaat eine sog. *Party concerned* ist, in solchen Fällen ist aber auszuschließen, dass das Mitglied in irgendeiner Weise mit dem zugrunde liegenden Fall in Verbindung steht. Eventuelle Verbindungen zu den Parteien müssen dem Chair und den anderen Ausschussmitgliedern mitgeteilt werden. Auch sind Mitglieder nicht gehindert, an Konferenzen o.Ä. teilzunehmen, aber als Person und nicht als Repräsentant des ACCC.³⁰

2022 wurde die Position des *Special Rapporteur on environmental defenders* (Sonderberichterstatter zum Schutz von Umweltschützern) geschaffen und durch Michel Forst

besetzt, der über langjährige Erfahrungen im Rahmen der UNO verfügt.³¹ Grundlage seiner Arbeit ist Art. 3 Abs. 8 AK, wonach die Vertragsparteien sicherzustellen haben, „daß Personen, die ihre Rechte im Einklang mit diesem Übereinkommen ausüben, hierfür nicht in irgendeiner Weise bestraft, verfolgt oder belästigt werden“. Einzelheiten sind in Decision VII/9 geregelt.³² Anders als das ACCC sind die vom Special Rapporteur behandelten Fälle in der Regel nicht vollständig transparent, betroffene Personen werden zu ihrem Schutz nicht bekanntgegeben.³³ Berichte zu den Besuchen in den einzelnen Vertragsstaaten werden aber veröffentlicht.³⁴ Gemäß Decision VII/9 soll die Tätigkeit des Special Rapporteurs „die Verfahren des ACCC ergänzen und seine Einsetzung die Verfahren des Ausschusses für die Prüfung von Mitteilungen, Eingaben, Befassungen des Sekretariats und Ersuchen in keiner Weise ändern“.³⁵ Die Verfahren können sich demnach überschneiden, und der Special Rapporteur ist dem ACCC gegenüber zur regelmäßigen Berichterstattung verpflichtet.

Angesichts der ehrenamtlichen Tätigkeit der ACCC-Mitglieder ist das von *Fiona Marshal* geleitete *legal team* des Sekretariats von erheblicher Bedeutung. Nach dem Anhang zur Decision I/7 organisiert und betreut das *legal team* die Sitzungen des Ausschusses, bereitet diese vor und sorgt für die Dokumentation. Es bearbeitet die Korrespondenz mit den *communicants*, den *parties concerned* und *observers* und ist

21 S. ebenda.

22 S. <https://unece.org/env/pp/aarhus-convention/wgp>.

23 S. <https://unece.org/env/pp/aarhus-convention/tfaj>.

24 Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8 vom 02.04.2004, <https://unece.org/env/pp/cc/documents>; s. auch *Zeitner*, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 231 ff.

25 S. unten unter 2.

26 Näher unten unter 3.

27 Die Amtszeit beginnt mit dem Ende der MOP und endet mit der übernächsten MOP, s. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, 2018, Art. 15 Rn. 2.

28 Eigene Übersetzung; s. auch *Weaver*, The Aarhus Convention, Towards Environmental Solidarisisation, 2023, S. 162, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-031-43536-2.pdf>: „*experts who are not chained to governmental allegiances*“.

29 S. die Liste der aktuellen und früheren Mitglieder unter <https://unece.org/env/pp/cc/committee-members>; zur Zeit zählen dazu: *Áine Ryall* (Chair), *Marc Clément*, *Jerzy Jendrośka*, *Dmytro Skrylnikov* (Vice Chairs), *Fruzsina Bögös*, *Heghine Grigoryan*, *Peter Oliver*, *Eleanor Sharpston KC*, *Thomas Schomerus*.

30 UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 22, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>.

31 S. <https://unece.org/env/pp/aarhus-convention/special-rapporteur>.

32 Decision VII/9 on a rapid response mechanism to deal with cases related to article 3 (8) of the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, https://unece.org/sites/default/files/2022-01/Aarhus_MoP7_Decision_on_RRM_E.pdf.

33 S. aber die *press releases and public statements* unter <https://unece.org/environmental-policy/public-participation/press-releases-and-public-statements>.

34 S. <https://unece.org/environmental-policy/public-participation/press-releases-and-public-statements>.

35 Eigene Übersetzung.

verantwortlich für die Öffentlichkeitsarbeit.³⁶ Angesichts der großen Zahl von *communications* und der durch den *Special Rapporteur* hinzugekommenen, ebenfalls vom *legal team* betreuten Aufgaben sind die inhaltlichen und zeitlichen Anforderungen an das *legal team* enorm. Ohne dessen hohe fachliche Qualität und Engagement wären die an den ACCC gestellten Herausforderungen nicht zu erfüllen.

Das ACCC-Verfahren am UNO-Standort Genf ist gerichtsähnlich, weist aber eine Reihe von Besonderheiten auf.³⁷ Die allermeisten Verfahren werden durch sog. *communications from the public* angestoßen. Mit Stand vom Oktober 2021 wurden 60 % durch Umweltverbände angestoßen, 22,6 % durch Einzelpersonen, und 5,3 % von Einzelpersonen.³⁸ Weiter können sog. *submissions* durch die Vertragsparteien eingebracht werden, sog. *requests* können von der MOP oder von den Vertragsparteien im Hinblick auf Beratung oder Assistenz angefordert werden, und auch vom Sekretariat können sog. *referrals* kommen.³⁹

Verfahrensregeln sind in der Decision I/7 niedergelegt. Nach Eingang einer *communication from the public* prüft das ACCC die Zulässigkeit (*admissibility*). Ein wesentliches Kriterium hierfür ist, ob in dem betroffenen Vertragsstaat effektiver, ausreichender Rechtsschutz in angemessener Zeit möglich ist.⁴⁰ Andere Gründe für die Nichtzulassung sind anonyme, rechtsmissbräuchliche und offensichtlich unangemessene sowie mit den Regeln der AK unvereinbare *communications*. Mit Stand vom Oktober 2021 wurden 28 % der *communications* für unzulässig befunden.⁴¹

Die für die Entscheidungsfindung notwendigen Informationen können auf vielfältige Weise eingeholt werden, z. B. auch durch die Einbeziehung von Experten und Beratern. Eine wichtige Rolle im Verfahren hat der Berichterstatter (*curator*), der in enger Zusammenarbeit mit dem Sekretariat u. a. die Entscheidungen (*findings and recommendations*) vorbereitet und in den *hearings* die Vorbereitung und Leitung der Fragen an die Parteien übernimmt. Die Entscheidungen werden aber vom ACCC als Ganzes gefällt.⁴² Ein *hearing* findet nicht in jedem Fall statt, sondern nur dann, wenn dies zur Klärung von Sach- und Rechtsfragen erforderlich ist.⁴³ Die *hearings* finden öffentlich in Präsenz in Genf statt, wobei regelmäßig eine Teilnahme über eine Videokonferenz möglich ist. *Observer*, zumeist NGOs, können Kommentare abgeben. Auch Sitzungen des ACCC können als *open sessions* durchgeführt werden.⁴⁴ Die Beratungen selbst erfolgen aber nichtöffentlich. Arbeitssprache ist Englisch, wobei wesentliche Dokumente wie die *findings* auch in Französisch und Russisch veröffentlicht werden. Das ACCC trifft sich in der Regel zu vier Sitzungswochen/Jahr in Genf, dazwischen finden auch Onlinetreffen statt.

Das ACCC pflegt einen diplomatischen Stil.⁴⁵ Es ist daher nicht von Klägern und Klagen, sondern von *communicants* und *communications* die Rede, und die betroffenen Vertragsparteien werden nicht als Beklagte oder mit dem Namen des Staates, sondern als *Party concerned* bezeichnet. Entscheidungen werden *findings*, nicht z. B. *judgments* genannt. Die Kommunikation mit den Parteien, insbesondere auch in den *hearings*, ist durch ihren nicht konfrontativen, unterstützenden Charakter gekennzeichnet.

Wesentliches Merkmal ist eine umfassende Verfahrenstransparenz. Alle Verfahrensdokumente, nicht nur die *communications* und die *findings*, sind auf der ACCC-Webseite

abrufbar.⁴⁶ Für die *communications from the public* wird ein einheitliches, auf der Webseite abrufbares Formular im Word-Format vorgegeben.⁴⁷ Ansonsten müssen alle Schriftsätze und sonstigen Dokumente im PDF-Format an das Sekretariat gesandt werden.⁴⁸

Bis Mai 2024 gibt es 207 *communications from the public*⁴⁹. Mit Stand von Oktober 2021 betrafen 43 % die Öffentlichkeitsbeteiligung, 37 % den Zugang zu Gerichten, 14 % den Zugang zu Umweltinformationen, und 6 % sonstige Themen.⁵⁰ Lokale Themen oder Projekte waren zu 37 % betroffen, die nationale Ebene zu 58 %, und grenzüberschreitende Projekte zu 6 %.⁵¹ Inhaltlich waren mit 31 % Energiethemen mit Abstand am stärksten betroffen, gefolgt von Raumplanung (21 %) und Transport und Infrastruktur (19 %). Weitere Themen betrafen Bergbau, Abfall und Wasser.⁵² Über die *communications from the public* hinaus gab es zwölf weitere Verfahren wie drei *submissions by parties*⁵³, fünf *requests from the Meeting of the Parties*⁵⁴, und vier *requests from Parties for*

- 36 Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8 vom 02.04.2004, <https://unece.org/env/pp/cc/documents>; s. auch UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 17, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>.
- 37 Vgl. Bunge, in Schlacke/Schrader/Bunge, Aarhus-Handbuch, 2. Aufl. 2019, S. 20.
- 38 Ebbeson, The Compliance Committee in figures, Folie 8, https://unece.org/sites/default/files/2022-02/ACCC_Infographics.pdf.
- 39 S. <https://unece.org/env/pp/cc>.
- 40 Im Wortlaut, Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8 vom 02.04.2004, <https://unece.org/env/pp/cc/documents>, Anhang VI Nr. 21: „The Committee should at all relevant stages take into account any available domestic remedy unless the application of the remedy is unreasonably prolonged or obviously does not provide an effective and sufficient means of redress.“
- 41 Ebbeson, The Compliance Committee in figures, Folie 5, https://unece.org/sites/default/files/2022-02/ACCC_Infographics.pdf.
- 42 UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 20, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>.
- 43 Ebenda, S. 43.
- 44 Ebenda, S. 12.
- 45 Weaver, The Aarhus Convention, Towards Environmental Solidarity, 2023, S. 160, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-031-43536-2.pdf>, spricht von einer „meek non-judicial terminology“ („sanftmütige nicht-juristische Terminologie“, eigene Übersetzung).
- 46 UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 11, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>.
- 47 Abrufbar unter https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC_Guidance/Format_for_communications_to_the_Aarhus_Convention_Compliance_Committee_v11.03.2019.docx.
- 48 UNECE, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edition 2019, S. 14, <https://unece.org/environment-policy/publications/guide-aarhus-convention-compliance-committee>.
- 49 Abrufbar unter <https://unece.org/env/pp/cc/communications-from-the-public>.
- 50 Ebbeson, The Compliance Committee in figures, Folie 8, https://unece.org/sites/default/files/2022-02/ACCC_Infographics.pdf.
- 51 Ebenda, Folie 9.
- 52 Ebenda, Folie 13.
- 53 S. <https://unece.org/env/pp/cc/submissions-parties>.
- 54 S. <https://unece.org/env/pp/cc/requests-meeting-parties>.

*advice or assistance*⁵⁵. Insgesamt ist eine Zunahme der Eingänge zu verzeichnen, und ca. 40 Fälle sind noch anhängig.

3. Ausgewählte ACCC-Einzelfälle

Deutschland war bzw. ist in (nur) sieben Fällen Gegenstand von Verfahren vor dem ACCC. Große Bedeutung hatte der Fall Trianel.⁵⁶ Umweltverbände hatten in ihrer *communication* vom 01.12.2008 gerügt, dass das derzeitige deutsche UmwRG nicht gewährleiste, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit unter Art. 6 fallende Entscheidungen anfechten können, sodass gegen Art. 9 Abs. 3 und Abs. 4 AK verstoßen werde. Hintergrund war eine Klage von Umweltverbänden vor dem OVG Münster gegen die Zulassung eines Steinkohlekraftwerks in Lünen.⁵⁷ Das ACCC hatte in den *findings* vom 20.12.2013 einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 2 AK festgestellt, weil ein Umweltverband nach dem UmwRG geltend machen musste, dass die angefochtene Entscheidung gegen eine „der Umwelt dienende“ Rechtsvorschrift verstößt. Weiter wurde ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 AK angenommen, weil in vielen der sektoralen Gesetze nicht sichergestellt sei, dass Umwelt-NGOs umweltrechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen von Behörden oder Privatpersonen anfechten können. Das ACCC setzt sich hier intensiv mit dem auf der Schutznormtheorie basierenden deutschen Rechtsschutzsystem auseinander. Es verweist u. a. auf den EuGH-Fall „Slowakischer Braunbär“⁵⁸ und führt aus, dass die weite Interpretation des BVerwG im Fall „Luftreinhalteplan“⁵⁹ zu einer Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 AK führen würde. Jedoch stehe die derzeitige Rechtsanwendung im Widerspruch hierzu.⁶⁰ Allerdings ist nicht nur zu diesem ACCC-Fall, sondern generell zu bemerken, dass die wesentliche Dynamik im Hinblick auf die notwendigen Änderungen des deutschen Umweltschutzsystems vom EuGH ausging.⁶¹ In dem Vorabentscheidungsverfahren hatte der EuGH Umweltverbänden ein Klagerecht auf Grundlage der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie zugestanden, wenn Entscheidungen gegen auf Unionsrecht basierenden Umweltvorschriften verstoßen.⁶² Das UmwRG wurde daraufhin geändert.⁶³

Auch im Fall WWF befand das ACCC, dass das UmwRG nicht mit der AK vereinbar war. Greenpeace war hier als *observer* beteiligt. § 3 Abs. 1 Nr. 5 UmwRG nennt als Kriterium für die Anerkennung von Vereinigungen, dass diese „jeder Person den Eintritt als Mitglied ermöglicht, die die Ziele der Vereinigung unterstützt; Mitglieder sind Personen, die mit dem Eintritt volles Stimmrecht in der Mitgliederversammlung der Vereinigung erhalten ...“. Die *Party concerned* hatte vorgebracht, dies entspreche dem Prinzip der „*environmental democracy*“.⁶⁴ Das ACCC sah hierin jedoch einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 Abs. 5 AK. § 3 Abs. 1 Nr. 5 UmwRG sei „*unreasonably exclusionary and not consistent with the objective of giving the public concerned wide access to justice*“.⁶⁵ In der Literatur wird insbesondere die enumerative Aufzählung in § 1 Abs. 1 UmwRG bemängelt.⁶⁶ Die notwendige Änderung des UmwRG ist für Oktober 2024 vorgesehen.⁶⁷

Das von *Brigitte Artmann* 2020 angestrebte Verfahren im Fall des behaupteten Ausschlusses direkten Rechtsschutzes beim Stromnetzausbau ist noch anhängig.⁶⁸ In dem Verfahren

geht es um die Bedarfsfestlegung und die Bundesfachplanung nach dem EnWG und dem NABEG, insbesondere darum, ob bei mehrstufigen Verfahren ein Inzidentrechtsschutz im Rahmen von Klagen gegen einen abschließenden Planfeststellungsbeschluss effektiv genug ist. Frau *Artmann* führt an, es gebe keinen den Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 und 3 AK genügenden Rechtsschutz im Hinblick auf die Bedarfsfestlegung und die Bundesfachplanung beim Stromnetzausbau. Weiter wird ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 4 AK vorgebracht, denn Rechtsschutz sei erst gegen den abschließenden Planfeststellungsbeschluss gegeben.⁶⁹ Dagegen vertritt die Bundesregierung die Auffassung, die Rechtsschutzmöglichkeiten bei mehrstufigen Planungs- und Genehmigungsverfahren insbesondere in Bezug auf den Bedarfsplan nach dem NABEG gewährleiste ausreichenden Rechtsschutz und entspreche den Vorgaben aus des Art. 9 AK.⁷⁰

Im Juli 2023 reichte die Deutsche Umwelthilfe eine *communication* ein, mit der Deutschland vorgeworfen wird, bei der Öffentlichkeitsbeteiligung zum Entwurf der Novelle des Klimaschutzgesetzes gegen Art. 8 AK verstoßen zu haben.⁷¹ Art 8 AK verlangt u. a. die Festlegung eines ausreichenden zeitlichen Rahmens für die Öffentlichkeitsbeteiligung. Der

-
- 55 S. <https://unece.org/env/pp/cc/requests-parties-advice-or-assistance>.
 - 56 Fall ACC/C/2008/31, <https://unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/31TableGermany.html>.
 - 57 Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK –, juris.
 - 58 Fall C-240/09 Lesoochránárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky [2011] ECR I-1255.
 - 59 BVerwG, Urt. v. 05.09.2013 – 7 C 21/12 –, BVerwGE 147, 312-329 (Luftreinhalteplan).
 - 60 S. insbesondere Fall ACCC/C/2008/31, Rn. 91 ff., <https://unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/31TableGermany.html>.
 - 61 Vgl. *Schlacke/Römling*, in *Schlacke/Schrader/Bunge*, Aarhus Handbuch, 2. Aufl. 2019, S. 469.
 - 62 EuGH, Urt. v. 12.05.2011, C-115/09 (Trianel), <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-115/09> mit Schlussanträgen von Generalanwältin *Sharpston*.
 - 63 S. den Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, BT-Drs. 18/9526 vom 05.09.2016.
 - 64 ACCC/C/2016/137 Germany, Findings, Rn. 106, https://unece.org/sites/default/files/2021-09/ece.mp_pp_c.1.2021.25_aec.pdf.
 - 65 Ebenda, Rn. 111.
 - 66 *Guckelberger*, Update in Sachen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2024, 73, 78; *Bunge*, Der Zugang zu Gerichten aufgrund des Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention, NuR 2023, 675, 683.
 - 67 S. den Plan of action for decision VII/8g (Germany), https://unece.org/sites/default/files/2022-06/frPartyVII.8g_15.06.2022.pdf.
 - 68 ACCC/C/2020/178 Germany, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2020.178_germany.
 - 69 S. https://unece.org/DAM/env/pp/compliance/C2020-178_Germany/Communication_from_Communicant/frAarhusInit_Germany_27.01.2020_Redacted.pdf.
 - 70 S. https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2020-178_Germany/Communication_from_the_Party/frPartyC178_13.08.2020_response_to_communication_eng.pdf; dazu *Guckelberger*, Update in Sachen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2024, 73, 75.
 - 71 ACCC/C/2023/203, s. https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2023.203_germany.

communicant gibt an, für die Stellungnahme im Rahmen der Beteiligung nach § 47 GGO einen Zeitraum von einem Arbeitstag und zwei Stunden eingeräumt bekommen zu haben. Dies entspreche nicht den Vorgaben des Art. 8 AK.⁷² Das ACCC hielt die *communication* für vorläufig zulässig.⁷³ Für die Gegenäußerung der Bundesregierung wurde eine Frist bis zum 12.05.2024 gesetzt.

Gegenstand eines der ersten Fälle des ACCC war ebenfalls die Frage, welche Frist für eine Öffentlichkeitsbeteiligung als ausreichend anzusehen war. 2006 hatte der Umweltverband *Kazokiskes Community* in seiner *communication* an das ACCC u. a. gerügt, die litauischen Behörden hätten bei der Entscheidung über die Einrichtung einer Deponie im Dorf Kazokiskes in der Gemeinde Elektrenai Vilnius gegen Art. 6 AK verstoßen.⁷⁴ In den *findings* führte das ACCC aus, der im litauischen UVP-Gesetz festgelegte Zeitrahmen von zehn Arbeitstagen für die Einsichtnahme in die Unterlagen, einschließlich des UVP-Berichts, und für die Vorbereitung der Beteiligung an der Großdeponie entspreche nicht den Anforderungen an einen angemessenen Zeitrahmen gemäß Artikel 6 Abs. 3 AK.⁷⁵

In einem slowakischen Fall vertrat das ACCC die Auffassung, dass die Pflicht zur Beteiligung der Öffentlichkeit nach Art. 8 AK auch für die Vorbereitung umweltrelevanter Parlamentsgesetze gilt.⁷⁶ Die Bestimmung verlangt eine „effektive Öffentlichkeitsbeteiligung während der durch Behörden erfolgenden Vorbereitung exekutiver Vorschriften und sonstiger allgemein anwendbarer rechtsverbindlicher Bestimmungen, die eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können, ...“. Nach den *findings* im slowakischen Fall würden „weder der Titel noch der Wortlaut von Artikel 8 der Konvention darauf hindeuten, dass die Ausarbeitung von Gesetzen durch Exekutivorgane, die von den nationalen Parlamenten zu verabschiedet sind, nicht darunterfällt. Im Gegenteil, obwohl die Begriffe ‚Gesetzgebung‘ und ‚Gesetze‘ in der Bestimmung nicht vorkommen, sprechen der Wortlaut von Artikel 8 und die gewöhnliche Bedeutung, die seinen Begriffen gegeben wird, für die Einbeziehung von Gesetzen und anderen normativen Instrumenten mit ähnlichem Charakter.“⁷⁷ Dies ist auch von Bedeutung für einen anhängigen Fall betr. die Brexit-Gesetzgebung, der einschließlich des 2022 durchgeführten *hearings* umfassend auf der ACCC-Website dokumentiert ist.⁷⁸ Das wesentliche Argument der *Party concerned* läuft darauf hinaus, dass die Diskussion in Parlament die Öffentlichkeitsbeteiligung ersetze.⁷⁹ Der *communicant* (*Friends of the Earth*) argumentiert dagegen, dass die Beteiligung der Öffentlichkeit vor der Einbringung des Gesetzentwurfs in das Parlament von großer Bedeutung sei und einen über die parlamentarische Diskussion hinausgehenden Kreis von Beteiligten erfasse.⁸⁰

Von Beginn der Konvention an stellt die Auslegung und Anwendung von Art. 9 Abs. 3 AK vor besondere Herausforderungen. Während etwa Art. 9 Abs. 1 AK – Rechtsschutz beim Zugang zu Umweltinformationen – rechtlich relativ wenige Probleme aufwirft, und auch Art. 9 Abs. 2 AK – Rechtsschutz gegen Entscheidungen mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 6 AK – rechtlich als zum großen Teil geklärt angesehen werden kann,⁸¹ ist die Auslegung und Anwendung der Zulässigkeitskriterien nach Art. 9 Abs. 3 AK weiter im Fluss. In einem frühen belgischen Fall aus dem

Jahr 2005 hatte die belgische NGO *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* VZW eine *communication* eingereicht, mit der Belgien Verstöße u. a. gegen Art. 9 Abs. 2 und 3 AK bzgl. der Klagebefugnis von Umweltverbänden NGOs gegen Baugenehmigungen und Planungsentscheidungen vorgeworfen worden war.⁸² In den *findings* machte das ACCC deutlich, dass es keine Verpflichtung der Vertragsparteien gebe, „in ihrem innerstaatlichen Recht ein System der Popularklage („*actio popularis*“) einzuführen, so daß jedermann gegen jede Entscheidung, Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit der Umwelt vorgehen kann“. Auf der anderen Seite dürften sie „die Klausel ‚sofern sie die in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien erfüllen‘ nicht als Vorwand nehmen, um so strenge Kriterien einzuführen oder beizubehalten, daß sie alle oder fast alle Umweltorganisationen davon abhalten, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, die gegen das innerstaatliche Umweltrecht verstoßen“.⁸³ Art. 9 Abs. 3 AK ist ergänzend zu Abs. 1 und 2, d. h., es muss nach Abs. 3 ein über Abs. 1 und 2 hinausgehender Rechtsschutz möglich sein. Hier geht es insbesondere um den Zugang zu Gerichten in über den Anwendungsbereich der AK hinausgehenden materiellrechtlichen Verpflichtungen.⁸⁴

Um den Zugang zu Gerichten nach Art. 9 AK ging es auch in einem wichtigen Verfahren auf Grund einer *communication* von des Umweltverband *ClientEarth* im Hinblick auf den

72 S. https://unece.org/sites/default/files/2023-08/Cover_email_10.07.2023_ENG_redacted.pdf.

73 S. https://unece.org/sites/default/files/2023-12/Preliminary_determination_admissibility_C203_Germany.pdf.

74 ACCC/C/2006/16, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2006.16_lithuania.

75 ACCC/C/2006/16, findings, Rn. 70, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2006.16_lithuania.

76 ACCC/C/2014/120, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2014.120_slovakia.

77 ACCC/C/2014/120, findings, Rn. 95, https://unece.org/sites/default/files/2021-10/ECE_MP.PP_C.1_2021_19_E.pdf (eigene Übersetzung).

78 ACCC/C/2017/150 United Kingdom, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2017.150_united-kingdom.

79 S. z. B. die letzte Stellungnahme der *party concerned* vom 28.09.2022, https://unece.org/sites/default/files/2022-12/frParty_C150_30.11.2022.pdf.

80 S. z. B. die *communication*, https://unece.org/DAM/env/pp/compliance/C2017-150/Communication_UK_FoE_31.10.2017.pdf.

81 Vgl. *Danthinne/Eliantonio/Peeters*, Justifying a presumed standing for environmental NGOs: A legal Assessment of Article 9(3) of the Aarhus Convention, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 31, Issue 3, S. 411.

82 S. ACCC/C/2005/11, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2005.11_belgium.

83 ACCC/C/2005/11, Rn. 35 (eigene Übersetzung), <https://unece.org/DAM/env/pp/compliance/C2005-11/ece.mp.pp.c.1.2006.4.add.2.e.pdf>; dazu *Danthinne/Eliantonio/Peeters*, Justifying a presumed standing for environmental NGOs: A legal Assessment of Article 9(3) of the Aarhus Convention, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 31, Issue 3, S. 411, unter 4.3.

84 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, 2018, Art. 9 Rn. 35.

Rechtsschutz vor Gerichten der EU.⁸⁵ Beschwerdegegenstand war insbesondere die Frage, ob die Voraussetzungen für den Individualrechtsschutz nach Art. 236 Abs. 4 AEUV in der Auslegung der sog. Plaumann-Formel des EuGH⁸⁶ mit Art. 9 Abs. 3 und 4 AK vereinbar war. Das ACCC bejahte einen solchen Verstoß.⁸⁷ Anders als sonst üblich wurden die ACCC-*findings* wegen des Widerstands der EU auf der 6. MOP nicht bestätigt, so dass die Entscheidung auf die nächste MOP-session 2021 vertagt wurde,⁸⁸ auf der dann die *findings* bestätigt wurden.⁸⁹ Die EU hat sich jedoch in der Zwischenzeit voll und ganz auf das Follow-up-Verfahren eingelassen und den Ergebnissen der ACCC durch eine Änderung der Aarhus-Verordnung Rechnung getragen.⁹⁰

Über die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten hinaus gibt das ACCC auch Ratschläge auf Ersuchen von Vertragsparteien der Konvention. So hatte sich die Ukraine an das ACCC gewandt, um eine Klärung bzgl. der Anwendung der Konvention in Kriegszeiten herbeizuführen.⁹¹ Dass die Ukraine von sich aus um Rat nachsuchte, wurde als „*milestone in Aarhus' lifespan*“ bezeichnet.⁹² Hintergrund ist, dass die AK kaum spezifische Vorgaben hierzu enthält, weil man 1998 einen solchen Fall wie den russischen Angriffskrieg auf einen Vertragsstaat nicht im Blick hatte. Daher musste u. a. auf die Anwendung allg. Prinzipien wie höhere Gewalt zurückgegriffen werden. Themen der Anfrage waren u. a. der Zugang zu Umweltinformationen, der Zeitrahmen für Stellungnahmen in UVP-Verfahren, der Zugang zu vor dem 24.2.2022 veröffentlichten UVP-Schlussfolgerungen und der Ausschluss von „Sanierungsarbeiten“ von der Öffentlichkeitsbeteiligung. In der Antwort des ACCC heißt es: „*the Committee notes that there are no specific provisions in the Convention providing for a different legal regime applicable during time of war. This means that even during time of war the Convention, and the obligations incumbent upon a Party thereunder, continue to apply. That said, the particular circumstances generated by a situation of war may mean that, should the Party concerned, notwithstanding all best efforts, be unable to fully meet its obligations under the Convention due to the war, it may be able to avail of certain defences existing under general principles of international law, such as force majeure, self-defence or necessity.*“⁹³

4. Rezeption des ACCC in der Rechtsprechung

Im Folgenden werden stellvertretend für viele andere ein paar Beispiele für die Rezeption der ACCC-*findings* in der Rechtsprechung auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene gezeigt. So entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im April 2024 in der Sache *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* zugunsten der Klägerinnen.⁹⁴ In der 260 Seiten langen Entscheidung befand der EGMR dass die Schweizer Behörden keine ausreichenden Maßnahmen zur Abschwächung der Auswirkungen des Klimawandels ergriffen hätten und sah hierin eine Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK. Die Bedeutung der AK

wird schon dadurch herausgestellt, dass von den 46 Mitgliedstaaten der EMRK nur fünf die AK nicht ratifiziert haben.⁹⁵ Der EGMR beruft sich u. a. auf die ACCC-*findings*, so auf einen frühen Fall, in dem betont wird, dass NGOs durch ihre Expertise und Ressourcen bessere Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte nach der Konvention haben als Einzelpersonen.⁹⁶ Weiter beruft sich der EGMR auf den oben beschriebenen belgischen ACCC-Fall, nach dem grundsätzlich ein weiter Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten gewährleistet werden muss.⁹⁷

Wie oben beschrieben hat der EuGH die AK in mehreren Entscheidungen interpretiert. Wesentlich stärker noch als das ACCC hat der EuGH den deutschen Gesetzgeber in einer Reihe von Entscheidungen gewissermaßen vor sich her getrieben und auf eine immer weiter gehende Aufweichung der Schutznormtheorie und Änderungen des UmwRG hingewirkt.⁹⁸ Zuletzt hatte der EuGH im Hinblick auf die EG-Typgenehmigung für Fahrzeuge mit verbotenen „Abschalt-einrichtungen“ entschieden, dass Art. 9 Abs. 3 AK entgegen

85 ACCC/C/2008/32, https://unece.org/env/pp/cc/accc.c.2008.32_european-union.

86 EuGH, Urt. v. 15.07.1963, Rs. 25/62, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:61962CJ0025>.

87 ACCC/C/2008/32, findings & recommendations, part II, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-57/ece.mp.pp.c.1.2017.7.e.pdf>; s. auch *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, Aarhus-Konvention, 2018, Art. 9 Rn. 37.

88 S. Report of the sixth session of the Meeting of the Parties, 2017, Rn. 62, https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/mop6/English/ECE_MP_PP_2017_2_E.pdf; dazu *Zeitner*, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 153.

89 S. Report of the seventh session of the Meeting of the Parties, 2021, Decisions adopted by the Meeting of the Parties, S. 53, https://unece.org/environmental-policy/events/Aarhus_Convention_MoP7.

90 Verordnung (EU) 2021/1767 vom 06.10.2021 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1367/2006, ABl. EU L 356/1 vom 08.10.2021; ausführlich hierzu *Zeitner*, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 155 ff.

91 ACCC/A/2022/3, https://unece.org/env/pp/cc/accc.a.2022.3_ukraine; positiv hierzu *Rehbinder*, Die neue Aarhus-Verordnung der Europäischen Union – ein Schritt zu mehr Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Organe und Einrichtungen der Union, NuR 2022, 293 ff.; ähnlich *Christmann*, Das verwaltungsbehördliche Verfahren im Rahmen der geänderten Aarhus-Verordnung der Europäischen Union, Status quo und rechtliche Bewertung, NVwZ 2022, 1004 ff.

92 *Weaver*, The Aarhus Convention, Towards Environmental Solidarity, 2023, S. 181, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-3-031-43536-2.pdf>.

93 ACCC/A/2022/3, https://unece.org/sites/default/files/2023-03/A3_Ukraine_draft_advice_for_comment_09.03.2023.docx.

94 Urt. v. 09.04.2024, Application no. 53600/20, https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2024/20240409_Application-no.-5360020_judgment.pdf.

95 Ebenda, Nr. 232; hierbei handelt es sich um Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino und die Türkei.

96 Ebenda, Nr. 142; s. ACCC/C/2004/5 Turkmenistan, <https://unece.org/acccc20045-turkmenistan>.

97 Ebenda; s. ACCC/C/2005/11, https://unece.org/env/pp/cc/accc.c.2005.11_belgium, oben Fn. 74.

98 S. oben unter 3.

§ 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG auch auf Produktzulassungen anwendbar sei. Aus Art. 9 Abs. 3 AK i. V. m. Art. 47 GRCh ergebe sich die Verpflichtung, einen umfassenden Umweltrechtsschutz zu gewährleisten. Weiter sei der Begriff „umweltbezogene Bestimmungen“ in Art. 9 Abs. 3 AK weit auszulegen.⁹⁹ Angesichts dessen werden die enumerativ aufgeführten umweltrechtsbehelfsfähigen Entscheidungen in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 46 UmwRG als zu eng angesehen, sodass über eine „erweiternde oder analoge Rechtsanwendung oder die Annahme einer Klagebefugnis aufgrund eines prokuratorischen Rechts“ nachgedacht wird.¹⁰⁰

EuGH und ACCC arbeiten nebeneinander, aber nicht im Sinne eines Kooperationsverhältnisses, auch wenn z. B. die Entscheidungen in der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 AK zum gleichen Ergebnis führten (Bsp. Trianel). Der EuGH hat zwar in vielen Entscheidungen die AK ausgelegt und angewendet, auf die ACCC-*findings & recommendations* aber keinen Bezug genommen. Dagegen wurde das ACCC zwischen 2012 und 2020 in neun Schlussanträgen der Generalanwälte zitiert,¹⁰¹ zunächst durch Generalanwältin Kokott.¹⁰² Der EuGH hat mehrfach deutlich gemacht, dass für ihn eine Art Autonomie des Unionsrechts gelte.¹⁰³ Dies führt faktisch zur Annahme eines Letztentscheidungsmonopols des EuGH.¹⁰⁴ Eine „Gerichtbarkeit“ des ACCC über das Unionsrecht wird seitens des EuGH offensichtlich nicht anerkannt.¹⁰⁵

Das OVG Berlin-Brandenburg hat im Wege der Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 AK die Klagebefugnis der Deutschen Umwelthilfe hinsichtlich des Sofortprogramms bei Überschreitung der Jahresemissionsmengen nach § 8 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 KSG bejaht.¹⁰⁶ In der Entscheidung wurde das fehlende SUP-Erfordernis in § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG im Hinblick auf das Sofortprogramm über eine unionsrechtskonforme Auslegung i. S. v. Art. 9 Abs. 3 AK i. V. m. Art. 47 GRCh überwunden. Nach Auffassung des Senats könne „im vorliegenden Fall nur der Verzicht auf diese Voraussetzung dem vom Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren durchgängig bekundeten Zweck des Gesetzes Rechnung [tragen] ..., Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens ... vollständig im deutschen Recht umzusetzen“. Dies „übersteigt zwar die Grenzen des Wortlauts und ist damit eigentlich nicht mehr Auslegung, sondern Rechtsfortbildung. Eine ‚Auslegung gegen den Wortlaut einer Norm‘ ist allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn andere Indizien deutlich belegen, dass ihr Sinn im Text unzureichend Ausdruck gefunden hat ...“¹⁰⁷ Zur Begründung bezieht sich das OVG ausdrücklich darauf, dass die „Spruchpraxis des ACCC [...] eine weite Auslegung zum Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 AK [vertrete], wonach für die Konkretisierung des Anwendungsbereichs ‚allein die Frage, ob eine Anwendung umweltbezogener Bestimmungen erforderlich‘ sei, maßgeblich sei“.¹⁰⁸ Voraussichtlich wird sich die Sache durch die von der Bundesregierung auf den Weg gebrachte Neufassung des KSG erledigen, da hier kein Sofortprogramm bei Überschreiten der zulässigen CO₂-Jahreshöchstmengen in den jeweiligen Sektoren mehr vorgesehen ist.¹⁰⁹ Dies ist nur eine von mehreren Entscheidungen deutscher Gerichte, in denen es maßgeblich auf die Auslegung und Anwendung der Konvention ankommt und auf die Spruchpraxis des ACCC Bezug genommen wird.¹¹⁰

5. Schlussbemerkungen

Das ACCC hat sich als ein innovatives völkerrechtliches Rechtsschutzinstrument etabliert. Es zeichnet sich durch die Unabhängigkeit, Zusammensetzung und Qualifikation der aus verschiedenen Vertragsparteien und Rechtstraditionen stammenden ACCC-Mitglieder aus, wie auch durch die freiwillige, nicht streitig angelegte, außergerichtliche und auf Konsultationen beruhende Überprüfung im Konsens. Die Verfahren sind von größtmöglicher Transparenz geprägt. Die Vertragsparteien sind völkerrechtlich zur Umsetzung der *findings & recommendations* verpflichtet, sobald diese durch die MOP bestätigt wurden (*endorsement*). Die Dauer der Verfahren bis zu den ACCC-*findings* ist oft sehr lang, was u. a. dadurch bedingt ist, dass das ACCC aus ehrenamtlichen Mitgliedern besteht, die diese Tätigkeit oft neben ihren hauptamtlichen und sonstigen Arbeiten als Richter, Professor etc. ausüben. Die Arbeitsbelastung der Mitglieder und vor allem des Sekretariats ist sehr hoch. Zusätzliche finanzielle Mittel für das Sekretariat sind erforderlich, um eine kontinuierliche und nachhaltige rechtliche Unterstützung des ACCC zu gewährleisten.¹¹¹ Viel Arbeitskraft wird zudem durch *Follow-up*-Prozesse gebunden, in denen das ACCC die Erfüllung der von der MOP bestätigten *findings* überprüft.¹¹²

- 99 EuGH, Urt. v. 08.11.2022 – C-873/19 –, juris; dazu Guckelberger, Update in Sachen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2024, 73, 74; Bunge, Der Zugang zu Gerichten aufgrund des Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention, NuR 2023, 675 ff.
- 100 Guckelberger, Update in Sachen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, NuR 2024, 73, 78; s. aber VG Halle (Saale), Urt. v. 01.12.2022 – 4 A 102/22 –, juris, wonach aus einem Verstoß des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 UmwRG gegen die Ziele des Art. 9 AK kein Anspruch auf Anerkennung als klagebefugte Umweltvereinigung folgen soll.
- 101 Zeitner, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 203.
- 102 Schlussanträge v. 18.10.2012, Rechtssache C-260/11 (Kosten eines Gerichtsverfahrens in Umweltsachen), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=128663&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3748718>.
- 103 S. etwa, EuGH, Urt. v. 06.03.2018 – C-284/16 –, juris (Achmea); EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-741/19 –, juris (Komstroy).
- 104 Vgl. Stöbener de Mora, Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz, EuZW 2018, 363, 364.
- 105 Ausführlich hierzu Zeitner, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 203 ff.
- 106 Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.11.2023 – 11 A 1/23 –, juris.
- 107 Ebenda, Rn. 52 f.
- 108 Ebenda, Rn. 58.
- 109 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes, BT-Drs. 20/8290 vom 11.09.2023.
- 110 S. insbesondere BVerwG, Urt. v. 05.09.2013 – 7 C 21/12 –, BVerwGE 147, 312 (Luftreinhalteplan); näher Zeitner, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 222 ff.
- 111 Vgl. Zeitner, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S. 249 ff.
- 112 S. die Übersicht der „Implementation of Decisions of the Meeting of the Parties on Compliance by Individual Parties“ unter <https://unece.org/env/pp/cc/implementation-decisions-meeting-parties-compliance-individual-parties>.

Die Konvention steht insbesondere mit ihren hohen Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten unter dem Druck der Anstrengungen zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Vertragsparteien und insbesondere auch der EU. Es ist Aufgabe des ACCC, in politisch und rechtlich turbulenten Zeiten die Prinzipien der Konvention, die „*environmental democracy*“ zu wahren.

Auch wenn wie im Völkerrecht häufig außer *name, blame & shame* kaum Zwangsmittel zur Verfügung stehen,¹¹³ kann das ACCC über das Umweltrecht hinaus als Vorbild für die Beilegung internationaler Streitigkeiten dienen.¹¹⁴ Hier ist insbesondere die Möglichkeit der gebührenfreien Individualbeschwerde (*communication*) durch Verbände und Einzelpersonen hervorzuheben.¹¹⁵ Auch das *Follow-up*-Verfahren wird von der Zivil-

gesellschaft als wichtig und einzigartig im internationalen Umwelt- und Menschenrecht angesehen.

Prof. Dr. Thomas Schomerus, *Leuphana Universität Lüneburg*

- 113 S. aber die Möglichkeit des Entzugs der Stimmrechte durch die MOP wie im Fall Belarus, oben Rn. 8.
- 114 Anders offenbar die US-Regierung in einem Statement von 2002: „*We do not consider the compliance rules adopted here to be a precedent for compliance procedures in other regional or multilateral environmental agreements*“, s. Annex zum Report of the First Meeting of the Parties, Lucca 2002, S. 19, <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2002/pp/ece.mp.pp.2.e.pdf>.
- 115 S. insbesondere *Zeitner*, Das Aarhus Convention Compliance Committee, 2022, S.83 ff.

Arbeitskreis 6: Geheime Dokumente im Verwaltungsprozess

– Aktuelle Rechtsprechung zu § 99 VwGO –

Das Wissen der Verwaltung ist in ihren Akten zu finden. Diese einfache Erkenntnis hat in den letzten Jahren den Ruf nach Offenlegung behördlicher Daten („open data“) aufgenommen und zahlreiche Informations- und Auskunftsansprüche entstehen lassen. Für die Verwaltungsgerichte ist diese Erkenntnis nicht neu. Im Verwaltungsprozess sind die Behörden schon seit mehr als sieben Jahrzehnten verpflichtet, ihre Akten vorzulegen und Auskunft zu geben. § 99 VwGO lässt von dieser Regel nur Ausnahmen zu, wenn die Geheimhaltung bestimmter Informationen zum Schutz staatlicher oder privater Geheimnisse geboten ist. Die Vorschrift enthält eine ausdifferenzierte Regelung, in welcher Form Behörden im Prozess die Aktenvorlage verweigern dürfen und wie spezielle Fachsenate in nicht öffentlichen Verfahren „in camera“ die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Dokumenten prüfen. Das folgende Referat informiert über die Grundlagen dieses In-camera-Verfahrens und über die aktuelle Rechtsprechung des Fachsenats des Bundesverwaltungsgerichts.

I. Grundkonzeption

Die in § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO verankerte Pflicht zur Aktenvorlage hat nicht nur den Sinn, dass die Gerichte die Hintergründe behördlicher Entscheidungen erkennen können. Sie dient vor allem der Erfüllung der Rechtsschutz- und Kontrollaufgaben der Verwaltungsgerichte (Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 Satz 2 GG), weil in den behördlichen Akten zahlreiche Informationen und Beweise zu finden sind. Ohne Kenntnis der Behördenakte ist eine wirksame Kontrolle der Verwaltung schwer möglich.

Daher dürfen Behörden die Vorlage ihrer Unterlagen nach § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO nur ausnahmsweise verweigern, wenn Gründe des Staatswohls die Geheimhaltung erfordern, wenn ein Gesetz die Geheimhaltung vorschreibt oder wenn eine Information ihrem Wesen nach geheim ist. Damit die Behörden sich nicht unter pauschalem Verweis auf diese drei Geheimhaltungsgründe ihrer Aktenvorlagepflicht entziehen, sieht das Gesetz zunächst ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren vor: Die Ausgangsbehörde darf nicht selbst die Geheimhaltungseinrede erheben, sondern muss eine Entscheidung ihrer obersten Aufsichtsbehörde über die Geheimhaltung (sog. Sperrerklärung) herbeiführen.

Im Verwaltungsprozess musste die oberste Aufsichtsbehörde früher das Vorliegen der Geheimhaltungsgründe lediglich glaubhaft machen. Im Jahr 1999 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass diese Rechtslage mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar war. Es widerspreche dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, wenn das Vorliegen der von der Verwaltung behaupteten Geheimhaltungsgründe im Prozess nicht näher kontrolliert werde. Bei dieser Kontrolle könne dem Bürger allerdings aus Geheimschutzgründen abweichend von § 100 Abs. 1 VwGO keine Einsicht in geheime Akten des Verfassungsschutzes gewährt werden. Vielmehr müsse die gerichtliche Kontrolle der Geheimhaltungsgründe ausnahmsweise ohne Anhörung der Beteiligten, d. h. unter Einschränkung von Art. 103 Abs. 1 GG, nur durch das Gericht („in camera“) erfolgen.¹

1 BVerfG v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, BVerfGE 101, 106 (128 ff.); näher *Häußler*, Zur Reform des In-camera-Verfahrens, BDVR-Rundschreiben 4/2023 S. 13 f.

Das Bundesministerium der Justiz legte daraufhin einen Gesetzentwurf vor, der für Auskunftsklagen die In-camera-Prüfung durch das Gericht der Hauptsache vorsah.² In der parlamentarischen Beratung wurde jedoch zum Schutz staatlicher Geheimnisse beschlossen, die Geheimhaltungsprüfung wenigen spezialisierten Fachsenaten an den Oberverwaltungsgerichten und am Bundesverwaltungsgericht zu übertragen. Dort könnten auch die organisatorischen Geheimschutzvorschriften der Verschlussachenverordnung eingehalten werden.³ Damit wurde das In-camera-Verfahren vor den Fachsenaten eingeführt.

Dieses Zwischenverfahren ist nach Sinn und Zweck des § 99 Abs. 2 VwGO auf die Kontrolle der Verwaltung, nicht auf die Kontrolle des Gerichts der Hauptsache gerichtet.⁴ Es hat als externes gerichtliches Kontrollverfahren die Aufgabe, das Vorliegen der von der Verwaltung geltend gemachten Geheimhaltungsgründe zu kontrollieren und über die Herausgabe von Beweismitteln zu entscheiden. Im Anschluss daran muss das Gericht der Hauptsache mit den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen den Rechtsstreit entscheiden.

II. Zugangsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Einleitung eines In-camera-Verfahrens sind in § 99 VwGO nur grob umschrieben. Das Gesetz geht von der Modellvorstellung aus, dass erstens das Gericht der Hauptsache die Beiziehung bestimmter Unterlagen der Behörde beschlossen, dass zweitens die oberste Aufsichtsbehörde deren Vorlage durch eine Sperrerklärung verweigert hat und dass drittens ein Antrag auf Durchführung des Zwischenverfahrens gestellt worden ist.⁵ Alle drei Elemente sind für die Durchführung des Zwischenverfahrens zwingend erforderlich. Auf die Einhaltung der zeitlichen Abfolge kommt es hingegen nicht an.⁶

1. Beweisbeschluss

In welcher Form das Gericht der Hauptsache die Vorlage der entscheidungserheblichen Unterlagen anordnet, ist in § 99 VwGO nicht geregelt. Da für die beabsichtigte Beweisaufnahme (Urkundenbeweis) aber ein besonderes Verfahren, das In-camera-Verfahren, durchgeführt werden muss, ist gemäß § 98 VwGO i. V. m. § 358 ZPO grundsätzlich ein Beweisbeschluss erforderlich.⁷ Diesen Beweisbeschluss hat bei Kollegialgerichten in der Regel der zuständige Spruchkörper zu fassen, sodass eine Aktenbeiziehung des Vorsitzenden in der Eingangsvorlage nicht genügt.⁸ Die ordnungsgemäße Verlautbarung der Entscheidungserheblichkeit der Aktenbeiziehung wird aber ausnahmsweise als entbehrlich angesehen, wenn die Durchsicht der zurückgehaltenen Behördenakte für die Entscheidung des Hauptsacheverfahrens zweifelsfrei erforderlich ist.⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn jemand in der Hauptsache die Einsichtnahme in die zu seiner Person geführte Akte des Verfassungsschutzes begehrt. In diesen Fällen reicht es aus, wenn das Vorlageschreiben des Kammervorsitzenden oder des Berichterstatters auf einen vorangegangenen Beschluss des Spruchkörpers schließen lässt.¹⁰

Strengere Anforderungen gelten, wenn – wie bei vielen Rechtsstreitigkeiten nach Transparenz- und Informationsfrei-

heitsgesetzen – der benötigte Aktenbestand nicht von vornherein klar feststeht. Dann muss er im Beweisbeschluss vom Gericht der Hauptsache eindeutig bestimmt werden. Dabei muss das Gericht der Hauptsache auch prüfen, ob die erforderliche Sachaufklärung ohne die Beiziehung möglicherweise geheimer Akten oder ohne Kenntnis geschwärtzter Passagen möglich ist. Bestehen andere Möglichkeiten der Sachaufklärung, sind sie vorrangig zu nutzen.¹¹ Insbesondere wenn die Behörde durch eine Umschreibung des Akteninhalts nachvollziehbar und unbestritten erläutert, um was für eine Art von Informationen es sich handelt, kann das Gericht der Hauptsache in vielen Fällen auch ohne Kenntnis des genauen Akteninhalts und damit ohne In-camera-Verfahren entscheiden, ob der Informationsanspruch besteht.¹² Wird z. B. nach einem Transparenzgesetz die Einsicht in eine unveröffentlichte Masterarbeit zu einem pharmazeutischen Thema begehrt, dann kann das Gericht der Hauptsache häufig schon aufgrund des Titels, einer Umschreibung des Inhalts und des Verwendungszwecks der Arbeit beurteilen, ob die im Transparenzgesetz geltende Ausnahme für Forschungsarbeiten aus dem Bereich der angewandten Wissenschaft eingreift.¹³

Hat das Gericht der Hauptsache die Entscheidungserheblichkeit der Aktenbeiziehung in einem Beschluss ordnungsgemäß verlautbart, ist der Fachsenat grundsätzlich an dessen Rechtsauffassung gebunden. Eine andere Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn die Rechtsauffassung des Gerichts der Hauptsache offensichtlich fehlerhaft ist.¹⁴ Von dieser Ausnahme wird praktisch kein Gebrauch gemacht, da die Auslegung des materiellen Rechts dem Gericht der Hauptsache obliegt. So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa ein In-camera-Verfahren für die Beiziehung von Prüferworten durchgeführt, obwohl im einschlägigen Transparenzgesetz eine Bereichsausnahme für Prüfungsunterlagen vorgeschrieben war. Denn das vorliegende Gericht hielt eine (nicht unbedingt naheliegende) teleologische Reduktion dieser Norm auf Fälle laufender Prüfungsverfahren für geboten.¹⁵

Es kommt häufiger vor, dass das Ausgangsgericht beim Erlass des Beweisbeschlusses von der Notwendigkeit der Beiziehung und Durchsicht der Akten ausgehen konnte, danach aber – etwa wegen einer Umschreibung des Akteninhalts in der Sperrerklärung – eventuell auch ohne Zwischenverfahren entscheiden könnte. In diesem Fall muss das

2 BT-Drs. 14/6393 S. 5 f., 10 f.

3 Vgl. BT-Drs. 14/7474 S. 6 f., 15 f.

4 BVerwG v. 01.02.2024 – 20 F 20.22, juris Rn. 16.

5 BVerwG v. 02.11.2010 – 20 F 4.10, juris Rn. 16.

6 BVerwG v. 07.04.2020 – 20 F 2.19, NVwZ-RR 2020, 909 Rn. 25.

7 BVerwG v. 12.01.2006 – 20 F 12.04, NVwZ 2006, 700 (701) und v. 8.12.2021 – 20 F 12.20, juris Rn. 7.

8 BVerwG v. 12.01.2006 – 20 F 12.04, BVerwGE 125, 40 Rn. 9 und v. 15.08.2008 – 20 F 13.07, juris Rn. 5.

9 BVerwG v. 18.11.2021 – 20 F 12.20, juris Rn. 7.

10 BVerwG v. 05.04.2023 – 20 F 17.22, NVwZ 2023, 1435 Rn. 14.

11 BVerwG v. 22.07.2010 – 20 F 11.10, BVerwGE 137, 318 Rn. 7 und v. 21.01.2016 – 20 F 2.15, juris Rn. 4.

12 BVerwG v. 13.04.2011 – 20 F 25.10, juris Rn. 9 und v. 16.04.2019 – 20 F 18.17, juris Rn. 10.

13 BVerwG v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 16 ff.

14 BVerwG v. 10.11.2023 – 20 F 11.22, juris Rn. 11.

15 BVerwG v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 22.

Gericht der Hauptsache vor der Vorlage der Akten an den Fachsenat noch einmal die Erforderlichkeit des In-camera-Verfahrens prüfen.¹⁶ Ansonsten fehlt es an einer ordnungsgemäßen Verlautbarung der Entscheidungserheblichkeit mit der Folge, dass der Antrag auf Durchführung des Zwischenverfahrens als unzulässig zurückzuweisen ist.¹⁷

2. Sperrerklärung

Die zweite Verfahrensvoraussetzung für die Durchführung des In-camera-Verfahrens ist die Erklärung der obersten Aufsichtsbehörde, die Vorlage der angeforderten Unterlagen aus Geheimhaltungsgründen teilweise oder ganz zu verweigern. Diese sog. Sperrerklärung bildet den Antrags- und Prüfungsgegenstand des In-camera-Verfahrens. Nach § 99 Abs. 2 Satz 2 VwGO hat der Fachsenat über die Rechtmäßigkeit dieser Weigerungsentscheidung zu befinden. Die Rechtsprechung versteht sie als eine auf das Prozessgeschehen bezogene behördliche Geheimhaltungsentscheidung und prüft sie wie einen Verwaltungsakt auf ihre formelle und materielle Rechtmäßigkeit. Die Sperrerklärung muss folglich in formeller Hinsicht gewissen Bestimmtheits- und Begründungsanforderungen genügen. Insbesondere muss die oberste Aufsichtsbehörde in ihrer Sperrerklärung für jede Auslassung oder Schwärzung im Einzelnen darlegen, aus welchem der drei Geheimhaltungsgründe des § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO der jeweilige Inhalt nicht offengelegt wird.¹⁸ In materieller Hinsicht muss zum einen der geltend gemachte Geheimhaltungsgrund vorliegen, weil der Fachsenat nur das Vorliegen der in Anspruch genommenen Geheimhaltungsgründe kontrolliert.¹⁹ Zum anderen muss die oberste Aufsichtsbehörde bei der Sperrerklärung ihr spezifisch prozessuales Geheimhaltungsermessens aus § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO ordnungsgemäß ausüben.²⁰

Hat sich die oberste Aufsichtsbehörde hingegen entschieden, bestimmte Unterlagen oder den kompletten Akteninhalt offenzulegen, dann stellt diese Freigabeerklärung genau genommen keinen zulässigen Antragsgegenstand i.S. des § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO dar. Es ist jedoch denkbar, dass sich in den freigegebenen Unterlagen private Geheimnisse, z. B. Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, Dritter befinden und dass diese Personen der Offenlegung widersprechen. Dann erfordert es das Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass die oberste Aufsichtsbehörde keine vollendeten Tatsachen zulasten Dritter schafft und dass diese Personen ebenfalls die prozessuale Möglichkeit erhalten, eine Offenlegung der sie betreffenden Unterlagen in einem nichtöffentlichen Verfahren überprüfen zu lassen. Daher ist es anerkannt, dass auch eine Freigabeerklärung der obersten Aufsichtsbehörde Antragsgegenstand eines In-camera-Verfahrens sein kann.²¹ Aus meiner Sicht handelt es sich dabei um eine analoge Anwendung des § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

3. Antrag

Nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO bedarf es schließlich eines Antrags auf Durchführung des In-camera-Verfahrens. Es findet also nicht von Amts wegen statt, wenn das Gericht der Hauptsache die Durchsicht bestimmter Unterlagen für erforderlich hält. Wünschen die Prozessbeteiligten keine Über-

prüfung der Sperrerklärung, sondern einen raschen Fortgang des Verfahrens, muss das Gericht der Hauptsache ohne Zwischenverfahren entscheiden. Aus dem Dispositionsrecht der Prozessbeteiligten folgt auch, dass eine Beschränkung des Antrags auf die Kontrolle einzelner Schwärzungen möglich ist.

Der Antrag ist nicht fristgebunden und kann nach dem Wortlaut der Norm von jedem Prozessbeteiligten gestellt werden. Die Rechtsprechung fordert allerdings, dass der Prozessbeteiligte durch die Sperrerklärung beschwert ist. Demzufolge kann die auskunftsverweigernde Behörde die Prüfung nicht beantragen.²² Ferner können Dritte beim Streit um Freigabeerklärungen nur Offenlegungen angreifen, die ihre Rechte betreffen.²³ Umgekehrt kann auch ein durch die Sperrerklärung beschwerter Prozessbeteiligter keine Überprüfung beantragen, wenn das Gericht der Hauptsache dies nicht für erforderlich hält. Denn das In-camera-Verfahren ist kein Mittel, das Gericht der Hauptsache zu einer bestimmten Sachverhaltsaufklärung zu zwingen.²⁴

III. Geheimhaltungsgründe

Die maßgeblichen Geheimhaltungsgründe sind in § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO sehr abstrakt und wenig anschaulich formuliert. Danach kann die Vorlage von Auskünften, Urkunden, Akten und elektronischen Dokumenten verweigert werden, wenn das Bekanntwerden ihres Inhalts dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde (Alt. 1), wenn die Vorgänge nach einem Gesetz geheim gehalten werden müssen (Alt. 2) oder wenn sie ihrem Wesen nach geheim sind (Alt. 3). Diese generalklauselartigen Geheimhaltungsgründe sind in rechtsstaatlicher Hinsicht hinreichend bestimmt, weil die Rechtsprechung den Inhalt dieser seit Jahrzehnten unveränderten Verweigerungstatbestände durch die Bildung von Fallgruppen konkretisiert hat.²⁵ Eine bestimmte Prüfungsreihenfolge ist nicht vorgegeben. Es bietet sich jedoch zumeist an, das Vorliegen eines gesetzlichen Geheimhaltungsgrundes zuerst zu untersuchen.

1. Gesetzliche Geheimhaltungsgründe

Auf den ersten Blick scheinen die gesetzlichen Geheimhaltungsgründe am einfachsten anwendbar zu sein. Dieser

16 BVerwG v. 21.01.2016 – 20 F 2.15, NVwZ 2016, 467 Rn. 5.

17 BVerwG v. 12.10.2023 – 20 F 16.22, juris Rn. 17, 22.

18 BVerwG v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 28 f.

19 BVerwG v. 19.04.2010 – 20 F 13.09, BVerwGE 136, 345 Rn. 12 und v. 19.05.2023 – 20 F 4.23, juris Rn. 19.

20 BVerwG v. 13.06.2006 – 20 F 5.05, DVBl 2006, 1245 Rn. 4 ff. und v. 05.04.2023 – 20 F 17.22, juris Rn. 17.

21 BVerwG v. 14.08.2003 – 20 F 1.03, BVerwGE 118, 350 ff. und v. 02.11.2020 – 20 F 4.10, juris Rn. 8.

22 BVerwG v. 27.04.2016 – 20 F 13.15, juris Rn. 8 (Lübecker Hafen I), a. A. BT-Drs 14/7474 S.15.

23 BVerwG v. 09.01.2024 – 20 F 2.21, juris Rn. 21 ff. (Schrottschere).

24 BVerwG v. 12.02.2021 – 20 F 1.20, juris Rn. 15.

25 BVerwG v. 04.11.2020 – 20 AV 1.20, juris Rn. 23; ähnlich EGMR v. 17.11.2015 – 60369/11 (Universelles Leben v. Deutschland), Rn. 21.

Schein trägt jedoch. Denn es gibt eine Reihe gesetzlicher Vorschriften, die Verschwiegenheit vorschreiben oder Geheimhaltungsinteressen schützen. Sie schließen aber nur selten die Verpflichtung ein, Dokumente oder Akten auch im Falle einer gerichtlichen Kontrolle geheim zu halten.

a) Amtsgeheimnisse: Die Einstufung von Dokumenten als Verschlussachen nach § 4 Abs. 1 SÜG ist ein typisches Beispiel dafür. Diese Dokumente unterliegen – auch wenn es sich nur um eine Verschlussache für den Dienstgebrauch (VS-NfD) handelt – der Verschwiegenheitspflicht (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 SÜG) und die Verletzung dieser Pflicht kann in besonderen Fällen strafbar sein (§ 17 SÜG, § 353b StGB). Dies schließt die Vorlage von Dokumenten, die als Verschlussache eingestuft sind, an ein Gericht aber nicht aus. Denn Gerichte sind keine unbefugten Personen im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 2 SÜG, wenn sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben (§ 4 Abs. 1 a SÜG) die Unterlagen anfordern.²⁶ Daher kann allein der Umstand, dass eine Akte einmal formal als Verschlussache – etwa als geheime Verschlussache (VS GEHEIM) – eingestuft worden ist, nicht als gesetzlicher Geheimhaltungsgrund angesehen werden. Maßgeblich ist allein, ob sich zum Zeitpunkt der Sperrerklärung ein materieller Geheimhaltungsbedarf aus § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO ergibt.²⁷ Auch die Akten eines Sicherheitsüberprüfungsverfahrens sind nicht kraft Gesetzes nach § 14 Abs. 4 Satz 2, § 23 Abs. 3 SÜG insgesamt geheim. Die in § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO genannten Geheimhaltungsgründe können regelmäßig nur die Zurückhaltung bestimmter Aktenanteile und die Schwärzung von Passagen einer Überprüfungsakte rechtfertigen.²⁸

b) Datenschutz: Auch in der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) sind keine gesetzlichen Geheimhaltungsvorschriften i.S. des § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 VwGO zu finden. Zwar enthalten die angeforderten Behördenakten regelmäßig schützenswerte persönliche Daten. Die Hauptsachegerichte sind jedoch nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO zur Verarbeitung dieser Daten bei der Wahrnehmung ihrer Justizgewährungsaufgabe berechtigt. In diesem Rahmen können sie diese Daten gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 lit. b DSGVO nach dem Recht der Mitgliedstaaten zweckgebunden Dritten, insbesondere zur prozessualen Akteneinsicht (§ 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 VwGO), weitergeben. Dementsprechend verbietet die Datenschutz-Grundverordnung die Verwertung behördlicher Dokumente im Prozess nicht.²⁹

c) Spezialgesetzliche Auskunftsschranken: Schließlich sind auch die in den Transparenz-, Informationsfreiheit-, Verbraucher- oder Umweltinformationsgesetzen aufgeführten Anspruchsgrenzen von den gesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen i.S. des § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 VwGO zu trennen.³⁰ Denn die Ausnahme- und Schrankenbestimmungen in den verschiedenen Auskunftsvorschriften verfolgen nicht immer Geheimhaltungszwecke³¹ und schließen nur die anlasslose Einsichtnahme durch Dritte aus. Sie stellen nicht zugleich ein gesetzliches Hindernis für gerichtliche Aktenanforderungen dar.³² Die Gründe, die eine Sperrerklärung nach § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO tragen, sind von den Gründen, die in der Hauptsache einen Informationsanspruch ausschließen, zu unterscheiden.³³ Sie können – müssen aber nicht – inhaltsgleich sein. Diese strikte Unterscheidung zwischen prozessualen und materiell-rechtlichen Auskunftsschranken wird in der Literatur teilweise kritisiert und als „Trennungsnarrativ“ des Bundes-

verwaltungsgerichts bezeichnet.³⁴ Die Unterscheidung beruht aber nicht auf richterlicher Rechtsfortbildung, sondern auf der gesetzlichen Grundkonzeption. Die Aufgabentrennung zwischen Fachsenaten und Hauptsachengerichten gestattet es den Fachsenaten nicht, im prozessuale Zwischenverfahren materiell-rechtliche Auslegungsfragen zum Hauptsacheverfahren mit bindender Wirkung zu entscheiden.

d) Gesetzlich geschützte Geheimnisse: Nach allem liegt nur selten ein gesetzlicher Geheimhaltungsgrund i.S. des § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 VwGO vor. Die normative Begründung einer Verschwiegenheitspflicht genügt ebenso wenig wie eine Strafbewehrung. Es kommt auf den Schutzzweck der gesetzlichen Geheimhaltungsregelung an, bestimmte Daten, Dokumente oder Akten der prozessualen Verwertung ganz vorzuenthalten oder nur bei Erfüllung qualifizierter Anforderungen zugänglich zu machen. Als in diesem Sinne absoluter gesetzlicher Geheimhaltungsgrund ist das richterliche Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) anerkannt.³⁵ Hingegen wird man das Post- und Fernmelde-, das Sozial- und das Steuergeheimnis eher als relative gesetzliche Geheimhaltungsgründe bezeichnen müssen.³⁶

2. Geheimhaltung aus Staatswohlgründen

Die Geheimhaltung ist nach § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 VwGO im öffentlichen Interesse geboten, wenn das Bekanntwerden bestimmter Informationen dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde. Geschützt ist insbesondere die für die Aufgabenerfüllung von Behörden und Staatsorganen notwendige Vertraulichkeit, z. B. im Rahmen der auswärtigen Beziehungen, der Informationsgewinnung von Verfassungs-schutzbehörden oder der polizeilichen Ermittlungstätigkeit. In der Sprechpraxis des Bundesverwaltungsgerichts geht es zu meist um die Verweigerung von Auskünften oder Unterlagen der Sicherheits- und Verfassungsschutzbehörden. Ein Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 VwGO muss von erheblichem Gewicht sein. Er liegt nur vor, wenn und soweit die Bekanntgabe des Akteninhalts die künftige Erfüllung der Aufgaben der Sicherheitsbehörden einschließlich der Zusammenarbeit mit anderen Behörden erschweren oder Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen gefährden würde.³⁷ Die bloße

26 BVerwG v. 10.11.2023 – 20 F 11.22, juris Rn. 18.

27 BVerwG v. 19.04.2010 – 20 F 13.09, BVerwGE 136, 345 Rn. 21, 23 und v. 07.04.2020 – 20 F 2.19, NVwZ-RR 2020, 909 Rn. 29 und v. 23.06.2022 – 10 C 3.21 – BVerwGE 176, 1 Rn. 22 ff.

28 BVerwG v. 01.03.2024 – 20 F 14.23 – juris Rn. 16.

29 BVerwG v. 04.01.2024 – 20 F 3.22, Rn. 30 (Immunservice II).

30 BVerwG v. 17.03.2020 – 20 F 3.18, NVwZ-RR 2020, 860 Rn. 20.

31 BVerwG v. 19.04.2010 – 20 F 13.09, BVerwGE 136, 345 Rn. 24.

32 BVerwG v. 09.01.2024 – 20 F 2.21, juris Rn. 42 (Schrottschere).

33 BVerwG v. 21.02.2008 – 20 F 2.07 – BVerwGE 130, 226 Rn. 19 und v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 26.

34 *Ial*, Der Geheimhaltungskonflikt bei Auskunftsklagen, DVBl 2024, 9 (15) m. w. N.

35 BVerwG v. 21.02.2007 – 20 F 9.06 – BVerwGE 128, 135 Rn. 5 ff.

36 BVerwG v. 23.06.2011 – 20 F 21.10, NVwZ 2012, 112 und v. 17.03.2020 – 20 F 3.18, NVwZ-RR 2020, 860 Rn. 19.

37 BVerwG v. 21.08.2012 – 20 F 5.12, juris Rn. 4 und v. 26.08.2020 – 20 F 6.19, juris Rn. 22.

Möglichkeit eines Nachteils genügt nicht. Es muss dafür auch eine bestimmte Wahrscheinlichkeit bestehen.³⁸

a) Bundessicherheitsrat: Ein typisches Beispiel für die Geheimhaltung zur künftigen Aufgabenerfüllung ist der Rechtsstreit um die Offenlegung der Protokolle des Bundessicherheitsrats. Eine Journalistin beantragte unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz beim Bundeskanzleramt den Zugang zu allen Unterlagen des Bundessicherheitsrats aus den Jahren 1972 bis 1985 über die Zusammenarbeit mit vier südamerikanischen Staaten. Das Bundeskanzleramt machte ihr verschiedene Protokolle teilweise zugänglich und gab im Übrigen eine Sperrerklärung ab. Der Fachsenat folgte ganz überwiegend der Argumentation der Bundesregierung, dass die Offenlegung der übrigen Dokumente die künftige Aufgabenerfüllung des Bundessicherheitsrats erschweren würde.

Die Beratungen des Bundessicherheitsrats betreffen originäres Regierungshandeln und gehören zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung. Denn der Bundessicherheitsrat ist ein Kabinettsausschuss der unter dem Vorsitz des Bundeskanzlers in geheimen Sitzungen über Verteidigungsfragen und Waffenexporte berät. Es liegt daher auf der Hand, dass die Bundesregierung keine Auskünfte zu noch laufenden Beratungen geben muss.³⁹ Auch nach einer Beschlussfassung würde die Preisgabe der Beratungsabläufe dazu führen, dass künftig im Bundessicherheitsrat nicht mehr offen und unbefangen diskutiert wird. Im Hinblick auf diese funktionswidrige Vorwirkung einer Veröffentlichung auf künftige Besprechungen hat das Bundesverfassungsgericht auch eine Offenlegung der Beratungsdetails gegenüber dem Parlament abgelehnt.⁴⁰

Daneben besteht die Gefahr, dass die Veröffentlichung geheimer Äußerungen deutscher Kabinettsmitglieder über ausländische Politiker auch Jahrzehnte später zu diplomatischen Irritationen führen könnte. Diese Gefahr hat jedenfalls dazu beigetragen, dass im Bundesarchivgesetz für hochpolitische geheime Regierungsunterlagen eine Schutzfrist von 60 Jahren vorgesehen ist, die um 30 Jahre verkürzt oder verlängert werden kann. Daher war im vorliegenden Fall der Zeitablauf von vier bis fünf Jahrzehnten noch kein durchschlagendes Argument für eine weitgehende Offenlegung der Dokumente. Nach Durchsicht der Unterlagen erschien dem Fachsenat im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls eine frühere prozessuale Offenlegung der Dokumente ebenfalls nicht angezeigt.⁴¹

b) Strukturwissen: Für die Aufgabenerfüllung einer Sicherheitsbehörde kann auch die Offenlegung ihrer Arbeits- und Kooperationsstrukturen nachteilhaft sein. Insbesondere bei Verfassungsschutzbehörden werden Informationen über ihre Organisations- und Personalstruktur bewusst geheim gehalten, um den Erfolg künftiger nachrichtendienstliche Operationen nicht zu gefährden. Daher können auch Informationen über Verfassungsschutzbehörden zurückgehalten werden, die Rückschlüsse auf ihre gegenwärtige Organisation, die Art und Weise ihrer Informationsbeschaffung, aktuelle Ermittlungsmethoden oder die Zusammenarbeit mit anderen Stellen zulassen. Das führt in der Praxis zu einer sehr kleinteiligen Schwärzung von Aktenzeichen, Organisationskennzeichen, Paraphen, Verfügungen, Verteilerlisten, Annotationen und Querverweisen. Es hat mitunter auch die He-

rausnahme von Schriftverkehr mit anderen Behörden, Deckblättern mit Kontaktdaten, Gesprächsprotokollen etc. zur Folge.⁴² Hingegen können damit allgemein bekannte Informationen über die Tätigkeit des Verfassungsschutzes nicht zurückgehalten werden, z. B. dass die Verfassungsschutzbehörden der Länder regelmäßig Informationen austauschen und dass es dafür ein „Nachrichtendienstliches Informationssystem“ (NADIS) gibt. Ferner sind Schwärzungen unzulässig, die allein die Tatsache verbergen sollen, dass keine weiteren Informationen vorhanden sind.⁴³ Durch die Offenlegung dieser Information wird die künftige Arbeit nicht erschwert.

c) Kooperationschutz: Für die Arbeit der Sicherheitsbehörden ist die Pflege ihrer Informationsquellen von zentraler Bedeutung. Deutsche Verfassungsschutzbehörden erhalten nicht wenige vertrauliche Hinweise von ausländischen Partnerdiensten unter der stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung, dass Inhalt und Herkunft der Informationen geheim bleiben. Die weitere Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten ist gefährdet, wenn diese Vertraulichkeitszusagen nicht eingehalten werden. Es liegt daher im öffentlichen Interesse i.S. des § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 VwGO, auch Jahrzehnte später keine Informationen ausländischer Nachrichtendienste ohne deren Zustimmung offenzulegen.⁴⁴ Hingegen kann die Offenlegung der abstrakten Tatsache, dass ein Informationsaustausch mit einer anderen Stelle stattgefunden hat, die künftige Aufgabenerfüllung nicht gefährden.⁴⁵

Bei der Zusammenarbeit einer Verfassungsschutzbehörde mit inländischen Partnerdiensten gilt im Grunde dasselbe wie bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten.⁴⁶ Voraussetzung ist, dass die Information vom Partnerdienst stammt und dass er sie nicht lediglich im Verbund von einem anderen Partnerdienst erhalten hat.⁴⁷ Hingegen kann die Argumentation nicht überzeugen, dass die Kooperation von Verfassungsschutzbehörde und Polizei im selben Bundesland gefährdet wäre, wenn eine Information ohne Zustimmung weitergegeben würde. Denn die Landesregierung hat es in der Hand, für eine reibungslose Zusammenarbeit von Landespolizei und Landesverfassungsschutz zu sorgen.⁴⁸

d) Informantenschutz: Dass der Schutz der Informationsquellen im öffentlichen Interesse liegt, ist in jüngster Zeit vor allem im Zusammenhang mit der Geheimhaltung der Personalien von Informanten verstärkt ins Bewusstsein

38 BVerwG v. 13.11.2020 – 20 F 5.20, NVwZ 2021, 415 Rn. 19.

39 BVerfG v. 21.10.2014 – 2 BvR 15/11, BVerfGE 137,185 Rn. 141 ff.

40 BVerfG v. 21.10.2014 – 2 BvR 15/11, BVerfGE 137,185 Rn. 157-172.

41 BVerwG v. 24.01.2024 – 20 F 9.23, juris Rn. 24 (Bundessicherheitsrat).

42 BVerwG v. 23.11.2021 – 20 F 4.21, juris Rn. 7 m. w. N.

43 BVerwG v. 27.10.2014 – 20 F 6.14, juris Rn. 6 ff., 11.

44 BVerwG v. 20.12.2016 – 20 F 7.16, juris Rn. 19.

45 BVerwG v. 12.09.2017 – 20 F 8.16, juris Rn. 13.

46 BVerwG v. 04.02.2020 – 20 F 2.18, juris Rn. 17 und v. 23.02.2023 – 20 F 5.21, NWVBl 2023, 319 Rn. 16.

47 BVerwG v. 19.02.2020 – 20 F 7.19, NVwZ 2020, 971 Rn. 11.

48 BVerwG v. 28.06.2023 – 20 F 2.23, juris Rn. 15.

geraten. Denn Polizei- und Sicherheitsbehörden können ihre Aufgabe oft nur effektiv erfüllen, wenn sie die Namen und Anschriften ihrer Hinweisgeber nicht offenlegen.⁴⁹ Die ältere Rechtsprechung hat zwar die Notwendigkeit lebenslanger Vertraulichkeitszusagen für die Arbeit der Sicherheitsbehörden akzeptiert,⁵⁰ den Schutz der Informanten aber zugleich auf ihre Grundrechte (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 2 Abs. 1 GG) gestützt und den Schutz ihrer persönlichen Daten als wesensmäßiges Geheimnis i.S. von § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 3 VwGO angesehen.⁵¹ Ein überwiegendes öffentliches und privates Interesse an der Geheimhaltung der Identität des Informanten besteht auch dann, wenn sich seine Mitteilungen als unzutreffend erweisen, nicht hingegen wenn er vorsätzlich oder leichtfertig falsch aussagt.⁵² Ein praktisches Problem des lebenslangen Datenschutzes taucht allerdings auf, wenn Jahrzehnte nach dem Abschluss der Verfahrensakte Einsicht begehrt wird und die aktenführende Behörde nicht weiß, ob der Informant noch lebt. In diesen Fall vermutet die Rechtsprechung in Anlehnung an die Grundsätze des § 11 Abs. 2 BArchG, dass der Betroffene 90 Jahre nach seiner Geburt verstorben ist.⁵³

e) Postmortaler Quellenschutz: Umstritten war allerdings, ob die Verfassungsschutzbehörden unter bestimmten Umständen auch nach dem Tod sog. nachrichtendienstlicher Verbindungen deren Personalien geheim halten dürfen. Die ältere Rechtsprechung hat dies abgelehnt. Denn der postmortale Ehrenschatz aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG steht einer wahrheitsgemäßen Offenlegung der Informantentätigkeit nach dem Tode nicht entgegen.⁵⁴ Diese Rechtsprechung übersah allerdings, dass die Geheimdienste bei der Anwerbung von Informanten ausdrücklich oder stillschweigend eine Vertraulichkeit über den Tod hinaus versprechen und dass diese Geheimhaltungszusagen für die Funktionsfähigkeit der Geheimdienste relevant sind. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Fall *Lembke* ausdrücklich anerkannt.⁵⁵ Daher hat der Fachsenat seine Rechtsprechung geändert und für die Fallgruppe der postmortalen Geheimhaltungszusagen aus Gründen des Staatswohls eine strukturierte Einzelfallprüfung entwickelt. Danach ist zwischen Fällen mit einem besonderen Öffentlichkeitsinteresse, Standardfällen und Fällen mit einem besonderen Geheimhaltungsinteresse zu unterscheiden. Liegt ein Standardfall vor, erscheint für die Einlösung der Geheimhaltungszusage ein Orientierungsrahmen von 30 Jahren angemessen, sodass erst eine Generation nach dem Tod des Informanten dessen Name offengelegt wird.⁵⁶

Diese Rechtsprechungsänderung ist innerhalb des Bundesverwaltungsgerichts auf Kritik gestoßen. Der 6. Senat hat den Großen Senat des Bundesverwaltungsgerichts angerufen und ausgeführt, dass bei der Geheimhaltung der persönlichen Daten von Informanten kein methodischer Bedarf für eine Regelvermutung von 30 Jahren bestehe und dass nur eine strikte Einzelfallprüfung problemangemessen sei.⁵⁷ Dem ist der Fachsenat entgegengetreten. Er hat darauf verwiesen, dass Gründe der Verwaltungspraktikabilität, der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes und der Verlässlichkeit staatlicher Zusagen für einen Orientierungsrahmen von 30 Jahren sprechen.⁵⁸ Der Große Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat schließlich die vom Fachsenat entwickelte, strukturierte Einzelfallprüfung mit dem Zusatz gebilligt, dem Zeit-

ablauf von 30 Jahren komme eine bedeutsame, aber nicht allein entscheidende Rolle zu.⁵⁹

3. Wesensmäßige Geheimnisse

Schließlich erwähnt § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO als dritten Geheimhaltungsgrund Vorgänge, die ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen. Dabei handelt es sich m.E. um eine Auffangklausel, an deren Eingreifen strenge Maßstäbe anzulegen sind.⁶⁰ Sie greift in der Praxis vor allem beim Schutz privater Geheimnisse und grundrechtlich geschützter Geheimhaltungsinteressen ein. Darunter fallen insbesondere persönliche Daten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und unveröffentlichtes geistiges Eigentum. Zur Begründung verweist die Rechtsprechung zumeist auf die Notwendigkeit des Grundrechtsschutzes. Dies ist jedoch nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung. Um von einem wesensmäßigen Geheimnis sprechen zu können, ist m.E. stets auch ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse im Verwaltungsprozess erforderlich. Es darf jedenfalls kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse vorliegen, das ausnahmsweise eine Offenlegung zu rechtfertigen vermag.⁶¹

a) Persönliche Daten: Dass der Name, die Amtsstellung, die Anschrift und ähnliche persönliche Daten dem Wesen nach geheim sind, erscheint zunächst einmal überraschend; werden diese personenbezogenen Daten doch im Rechtsverkehr häufig offengelegt. Die Rechtsprechung des Fachsenats hat eine durchgehende Schwärzung der persönlichen Daten Dritter aber nicht für beliebige Aktenbestände entwickelt, sondern für die Einsicht in die Akten der Sicherheits- und Verfassungsschutzbehörden.⁶² Bei diesen Aktenbeständen ist das Interesse Dritter, aufgrund ihres Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) der Offenlegung zu widersprechen, evident. Ebenso ist das Geheimhaltungsinteresse von Informanten und Mitarbeitern nachvollziehbar, weil es bei den einen um ihre Sicherheit und bei den anderen um ihre beruflich gebotene Anonymität geht.⁶³

49 Vgl. auch EGMR v. 17.11.2015 – 60369/11 (Universelles Leben v. Deutschland), Rn. 26f.

50 BVerwG v. 19.04.2010 – 20 F 13.09, BVerwGE 136, 345 Rn. 17 und v. 10.01.2012 – 20 F 1.11, juris Rn. 26.

51 Vgl. *Neumann*, In-camera-Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, DVBl 2016, 473 (478f.).

52 BVerwG v. 18.02.2014 – 20 F 10.13, juris Rn. 8f.

53 BVerwG v. 20.12.2016 – 20 F 10.15, juris Rn. 13 und v. 23.02.2023 – 20 F 5.21, NWVBl 2023, 319 Rn. 24.

54 BVerwG v. 20.12.2016 – 20 F 10.15, juris Rn. 24, 28.

55 BVerfG v. 13.06.2017 – 2 BvE 1/15, BVerfGE 146, 1 Rn. 123.

56 BVerwG v. 24.10.2018 – 20 F 15.16, BVerwGE 163, 271 Rn. 26 ff.

57 BVerwG v. 13.05.2020 – 6 A 14.19, juris Rn. 13 und v. 03.12.2020 – 6 A 14.19, juris Rn. 30 ff.

58 BVerwG v. 04.11.2020 – 20 AV 1.20, juris Rn. 25 ff.

59 BVerwG v. 13.04.2021 – 30 GS 1.20, BVerwGE 172, 159 Rn. 27 ff.

60 BVerwG v. 22.10.2010 – 20 F 11.10, BVerwGE 137, 310 Rn. 9.

61 BVerwG v. 23.06.2011 – 20 F 21.10, DVBl 2011, 1092 Rn. 14.

62 BVerwG v. 19.04.2010 – 20 F 13.09, BVerwGE 136, 345 Rn. 22.

63 BVerwG v. 01.08.2007 – 20 F 10.06, juris Rn. 9.

Von § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 3 VwGO werden nur die personenbezogenen Daten als solche geschützt und nicht die gesamten Vorgänge, in denen sie erwähnt werden. Geheim zu halten sind also nur die Daten, die ohne weiteres zur Identifikation der Person führen, und die Angaben zur Sache, die Rückschlüsse auf die Identität der Person zulassen.⁶⁴ Damit ist der im Zusammenhang mit § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO verwendete Begriff der persönlichen Daten deutlich enger als der Begriff der personenbezogenen Daten in Art. 4 Nr. 1 DSGVO (Art. 8 GRCh), der grundsätzlich auch alle Sachinformation erfasst, die sich auf eine Person beziehen.⁶⁵ Wenngleich es nur um den Schutz natürlicher Personen geht, können sich im Zwischenverfahren auch juristische Personen zum Schutz ihrer Mitarbeiter hierauf berufen.⁶⁶

Diese persönlichen Daten sind ausnahmsweise nicht schutzwürdig, wenn sie schon anderweitig öffentlich bekannt sind. Das kommt insbesondere bei in herausgehobener Stellung Beschäftigten in Betracht.⁶⁷ Dasselbe gilt bei Personen der Zeitgeschichte, über die nur in ohnedies bekannten Zusammenhängen berichtet wird.⁶⁸ Persönliche Daten sind ferner nicht mehr geheimhaltungsbedürftig, wenn über den gesamten Vorgang unter Namensnennung in allgemein zugänglichen Quellen berichtet worden ist⁶⁹ oder wenn sie dem Antragsteller ersichtlich ohnedies im jeweiligen Zusammenhang bereits bekannt sind.⁷⁰

b) Mitarbeiterdaten: Dass auch die persönlichen Daten der Mitarbeiter einer Behörde ihrem Wesen nach geheim sind, überzeugt hinsichtlich der Mitarbeiter des Verfassungsschutzes, weil auch ihnen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zusteht und weil bei ihnen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht.⁷¹ Hingegen ist es zweifelhaft, ob Mitarbeiter anderer Behörden, etwa in Bau- oder Prüfungsämtern, ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung ihres Namens, ihrer Dienststellung und ihrer Behördenanschrift haben. Einerseits können diese Daten im gerichtlichen Verfahren für Rückfragen oder Zeugenvernehmungen benötigt werden. Daher ist etwa im Prozess eines Betroffenen ein überwiegendes Interesse an der Offenlegung der Namen einer Prüfungskommission aufgrund seiner „spezi-fischen Nähe zum Aktenbestand“ bejaht worden.⁷² Andererseits erfordert auch der Kontrollzweck von Informationsfreiheitsansprüchen die Bekanntgabe der handelnden Personen. Deswegen besteht für Mitarbeiterdaten in § 5 Abs. 4 IFG eine ausdrückliche Offenlegungspflicht, die im Umwelt- und Verbraucherinformationsrecht entsprechend angewendet wird.⁷³ Für Polizeibeamte ist in manchen Ländern gesetzlich eine dienstliche Pflicht zum Tragen von Namensschildern verankert und als verhältnismäßige Einschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts anerkannt worden.⁷⁴ Diese Gesichtspunkte sprechen m.E. für die Annahme, dass unabhängig von einer Nähe des Antragstellers zu einem Verwaltungsvorgang die beruflichen Kontaktdaten der Behördenmitarbeiter im Regelfall nicht als wesensmäßig geheim einzustufen sind.

c) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse: Zu den von § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 3 VwGO geschützten Informationen gehören auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.⁷⁵ Darunter werden klassischerweise alle wirtschaftlich relevanten Tatsachen, Umstände und Vorgänge eines Unternehmens verstanden, die nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung ein berechtigtes

Interesse besteht. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen, Geschäftsgeheimnisse vornehmlich kaufmännisches Wissen. Erfasst werden etwa Umsatzzahlen, Ertragslagen, Kundenlisten, Marktstrategien, Kalkulationsgrundlagen, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte.⁷⁶ Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen beruht auf Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.

Für den Bereich des zivilen Wirtschaftsrechts ist er durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) vom 18.04.2019 (BGBl I S. 466) näher ausgestaltet worden. Darin wird begrifflich nicht mehr zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen differenziert, sondern einheitlich von Geschäftsgeheimnissen gesprochen. Für die Anerkennung als Geschäftsgeheimnis wird zusätzlich gefordert, dass die Information Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen ist (§ 2 Nr. 2 GeschGehG). Nicht ausdrücklich geregelt wurde aber, welche Relevanz das Gesetz im Verwaltungsrecht hat. Dies ist rätselhaft, weil die verwaltungsrechtlichen Vorschriften sprachlich nicht angepasst wurden und weil in § 1 Abs. 2 GeschGehG von einem Vorrang öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Rede ist. Da in der Gesetzesbegründung zu lesen ist, dass auch abweichende Definitionen des Geschäftsgeheimnisses in öffentlich-rechtlichen Vorschriften erhalten bleiben sollen,⁷⁷ hat der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts sich entschlossen, zwar am Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses (§ 6 Satz 2 IFG) festzuhalten, sich bei dessen Fortentwicklung aber an dem wettbewerbsrechtlichen Begriffsverständnis des Geschäftsgeheimnisgesetzes und der Know-How-Richtlinie zu orientieren.⁷⁸ Auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung des Fachsenats.⁷⁹

Da der Schutzzweck des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses die Verteidigung der wirtschaftlichen Stellung des Unternehmens ist, muss bei länger zurückliegenden Vorgängen der fortbestehende Geheimhaltungsbedarf kritisch geprüft werden. Sind Unterlagen älter als fünf Jahre, hat das

64 BVerwG v. 23.02.2023 – 20 F 5.21, NWVBl 2023, 319 Rn. 19 f.

65 EuGH v. 20.12.2017 – C-434/16, NJW 2018, 767 Rn. 32 ff.; BVerwG v. 30.11.2022 – 6 C 10.21, BVerwGE 177, 2011 Rn. 17 f.

66 BVerwG v. 09.01.2024 – 20 F 2.21, juris Rn. 138.

67 BVerwG v. 19.06.2013 – 20 F 10.12, juris Rn. 11.

68 BVerwG v. 03.01.2020 – 20 F 13.17, juris Rn. 14.

69 BVerwG v. 23.02.2023 – 20 F 5.21, NWVBl 2023, 319 Rn. 19.

70 BVerwG v. 28.07.2015 – 20 F 2.14, juris Rn. 13.

71 BVerwG v. 18.11.2013 – 20 F 11.12, juris Rn. 13 und v. 26.07.2021 – 20 F 3.21, juris Rn. 7.

72 BVerwG v. 19.06.2013 – 20 F 10.12, juris Rn. 12 und v. 10.01.2017 – 20 F 3.16, BVerwGE 157, 181 Rn. 9 ff.

73 BVerwG v. 01.09.2022 – 10 C 5.21, BVerwGE 176, 232 Rn. 31 f.

74 BVerwG v. 26.09.2019 – 2 C 32.18, BVerwGE 166, 333 Rn. 26 ff.;

BVerfG v. 04.11.2022 – 2 BvR 2202/19, NVwZ 2023, 159 Rn. 28 ff.

75 BVerwG v. 21.02.2008 – 20 F 2.07 – BVerwGE 130, 236 Rn. 33 und v. 05.03.2020 – 20 F 3.19 – NVwZ 2020, 715 Rn. 11.

76 Vgl. BVerfG v. 14.03.2006 – 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, 205 Rn. 87.

77 BT-Drs. 19/4724 S. 23.

78 BVerwG v. 17.06.2020 – 10 C 22.19, NWVBl 2020, 500 Rn. 15 f.

79 BVerwG v. 05.03.2020 – 20 F 3.19, NVwZ 2020, 715 Rn. 11 und v. 12.02.2021 – 20 F 1.20, juris Rn. 19.

Unternehmen die fortbestehende Wettbewerbsrelevanz besonders darzulegen.⁸⁰ Bei kaufmännischen Unterlagen gelingt dies selten, während bei Betriebsgeheimnissen, die z. B. den Bau eines Leichtflugzeugs betreffen, auch eine 20 Jahre alte Konstruktionstechnik noch geheimhaltungsbedürftig sein kann. Sind an die Prüfbehörde alle technischen Details in speziellen Dateien übermittelt worden, sind auch deren Metadaten geheim zu halten, soweit sie Rückschlüsse auf das Betriebsgeheimnis zulassen.⁸¹

Nicht selten versucht die öffentliche Hand, von ihr abgeschlossene Verträge unter Berufung auf das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ihrer Vertragspartner geheim zu halten. Dies ist insofern grundsätzlich möglich, als sich auch der vertraglich oder gesetzlich zur Geheimhaltung Verpflichtete auf ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis berufen kann.⁸² Der Know-How-Schutz rechtfertigt jedoch nicht die Zurückhaltung der gesamten Verträge, sondern nur die Schwärzung einzelner Passagen, die – wie etwa Preisangaben – für die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb relevant sind.⁸³ Der Nachweis der Wettbewerbsrelevanz kann weder beim Vertragsdatum, beim Vertragsobjekt noch bei völlig gängigen Vertragsklauseln gelingen.⁸⁴

d) Geheimes geistiges Eigentum: In jüngster Zeit hat sich der Fachsenat wiederholt mit der Frage beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen unveröffentlichte Werke i. S. des § 2 UrhG dem Wesen nach geheimhaltungsbedürftig sind. Im ersten Fall ging es um unveröffentlichte Lärmgutachten, die ein Schrottunternehmen zu immissionsschutzrechtlichen Änderungsverfahren erstellen ließ und an denen es die Erstveröffentlichungsbefugnis erworben hatte. Darauf gestützt widersprach es der Freigabe dieser Gutachten in einem umweltinformationsrechtlichen Prozess. Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Verfahren im Grundsatz anerkannt, dass der grundrechtliche Schutz unveröffentlichten geistigen Eigentums ein wesensmäßiges Geheimnis begründen kann.⁸⁵ Denn der Schöpfer eines geistigen Werks kann aufgrund seines Urheberpersönlichkeits- und Eigentumsgrundrechts frei darüber entscheiden, ob und wie er es verwertet und wann er eine Veröffentlichung vornimmt (§ 12 UrhG). Insbesondere kann er Dritte, die es unbefugt veröffentlichen, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen. Strebt er keine Veröffentlichung an, schützt das Erstveröffentlichungsrecht sein Geheimhaltungsinteresse.⁸⁶

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Erstveröffentlichungsrecht einer Einsichtnahme im Prozess generell entgegensteht. Denn § 45 UrhG und Art. 5 Abs. 3 lit. e der Richtlinie 2001/29/EG⁸⁷ lassen Beschränkungen des Urheberrechts zum Zwecke der Rechtspflege zu. Nach dem in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen Drei-Stufen-Test, ist eine auf der ersten Stufe vorgesehene allgemeine Ausnahme – hier für prozessuale Zwecke – aber im Einzelfall nur zulässig, wenn auf der zweiten Stufe die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt und auf der dritten Stufe die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.⁸⁸ Dieser Drei-Stufen-Test ist bei der Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO zu berücksichtigen.⁸⁹ Dies ermöglicht vielfach die Einsicht in nicht veröffentlichte Werke für prozessuale Zwecke.

Im zweiten Fall wurde das Erstveröffentlichungsrecht jedoch zum entscheidenden Hindernis für eine Offenlegung. Ein Pharmaunternehmen versuchte, mit einem transparenzrechtlichen Auskunftsanspruch Informationen über eine unveröffentlichte Masterarbeit zu einem immunstärkenden Medikament zu erlangen. Die Betroffene widersprach der Offenlegung, weil sie ihre Forschungsergebnisse im Labor eines anderen Pharmaunternehmens gewonnen hatte und ihre wissenschaftlichen Untersuchungen exklusiv diesem Unternehmen zur Verfügung stellen wollte. Sie berief sich nicht nur auf ihr geistiges Eigentum, sondern auch auf den grundrechtlichen Schutz von Forschungsgeheimnissen.

Der Fachsenat hat die umstrittene Frage offengelassen, inwieweit die Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG die prozessuale Geheimhaltung von Forschungsergebnissen schützt.⁹⁰ Denn jedenfalls verdichtet sich der Schutz des geistigen Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG zu einem Geheimhaltungsgrund für wirtschaftlich verwertbare Forschungsgeheimnisse im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 VwGO, wenn eine prozessuale Offenlegung schon urheberrechtlich nach dem Drei-Stufen-Test nicht möglich ist. Im vorliegenden Fall wäre zwar eine prozessuale Einsichtnahme auf der ersten Stufe aufgrund des § 45 UrhG nicht ausgeschlossen. Die Akteneinsicht des antragstellenden Pharmaunternehmens hätte jedoch auf der zweiten Stufe die erhebliche Gefahr einer Entwertung des geistigen Eigentums mit sich gebracht, weil damit in die angestrebte wirtschaftliche Erstverwertung einer exklusiven Überlassung der Forschungsergebnisse an ein anderes Unternehmen eingegriffen worden wäre.⁹¹

IV. Ermessen

Liegen Geheimhaltungsgründe vor, „kann“ nach § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO die Erteilung von Auskünften oder die Vorlage von Akten verweigert werden. Die Abgabe einer Sperrklärung steht damit im pflichtgemäßen Ermessen der obersten Aufsichtsbehörde. Auch wenn der Ausgangsbehörde bei dem in der Hauptsache umstrittenen Informationsbegehren kein Ermessen zusteht, besitzt die Aufsichtsbehörde bei der Entscheidung über die prozessuale Freigabe von Dokumenten oder Akten einen Ermessensspielraum. Darin liegt die Besonderheit der prozessualen Ermessensausübung nach § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Aufsichtsbehörde kann es folglich

80 BVerwG v. 30.01.2020 – 10 C 18.19, BVerwGE 167, 319 Rn. 16.

81 BVerwG v. 05.03.2020 – 20 F 3.19, NVwZ 2020, 715 Rn. 13, 16.

82 BVerwG v. 04.01.2024 – 20 F 3.22, juris Rn. 33 (Immunservice II).

83 BVerwG v. 27.04.2016 – 20 F 13.15, juris Rn. 21 ff.

84 BVerwG v. 12.01.2021 – 20 F 1.20, juris Rn. 32 f., 37.

85 BVerwG v. 09.01.2024 – 20 F 2.21, juris Rn. 143 (Schrottschere).

86 BVerwG v. 26.09.2019 – 7 C 1.18, juris Rn. 45.

87 ABl L 167 v. 22.06.2001 S. 10.

88 Vgl. BGH v. 21.02.2021 – I ZR 59/19, BGHZ 228, 277 Rn. 27 f. und v. 30.04.2020 – I ZR 228/15, NJW 2020, 2554 Rn. 69 ff.).

89 BVerwG v. 09.01.2024 – 20 F 2.21, juris Rn. 146 ff. (Schrottschere).

90 Vgl. BayObLG v. 28.07.2020 – 8 St ObWs 5/20, NStZ 2021, 631 Rn. 18 ff.; BVerfG v. 25.09.2023 – 1 BvR 2219/20, juris Rn. 13 (obiter dictum).

91 BVerwG v. 04.01.2024 – 20 F 3.22, juris Rn. 35 (Immunservice II).

nicht mit einem Verweis auf die Versagungsgründe belassen, die in der Hauptsache einem Informationsbegehren entgegenstehen. Vielmehr hat sie bei der Ermessensentscheidung neben dem privaten Interesse an effektivem Rechtsschutz und dem öffentlichen oder privaten Interesse am Geheimnisschutz auch das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung abzuwägen.⁹² Dabei kommt eine Reduzierung des Ermessens auf null nur selten vor. Sie wurde insbesondere beim Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber allgemeinen Informationsansprüchen anerkannt.⁹³

Aus Sicht des Antragstellers ist die Frage, ob die oberste Aufsichtsbehörde bei der Prüfung des Geheimhaltungsbedarfs seine Interessen berücksichtigt und das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat, häufig zentral. Das ist oft der einzige Umstand, den er ohne Kenntnis der geheimen Akten überblicken kann. Dies zwingt auch die Fachsenate zu sorgfältiger Prüfung, ob die Aufsichtsbehörde bei ihrer Ermessensbetätigung alle relevanten Aspekte eingestellt hat. Für die Kontrolle der Ermessensentscheidung durch den Fachsenat gelten keine anderen Maßstäbe als im allgemeinen Verwaltungsrecht. Hat die oberste Aufsichtsbehörde bei der Abgabe der Sperrklärung kein Ermessen ausgeübt, liegt ein Ermessensausfall vor. Verweist sie allein auf die in der Hauptsache bestehenden Verweigerungsgründe, wird das spezifisch prozessuale Ermessen des § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO weder erkannt noch ausgeübt.⁹⁴ Im Fall des Ermessensnichtgebrauchs ist schon begrifflich eine bloße Ergänzung der Ermessenserwägungen nicht möglich.⁹⁵

In der Praxis eher selten sind Fälle des Ermessensfehlgebrauchs, in denen die oberste Aufsichtsbehörde von einem falschen Sachverhalt ausgeht oder sich von sachwidrigen Erwägungen leiten lässt.⁹⁶ Häufiger sind Ermessensdefizite zu einzelnen Passagen oder Akteninhalten, die zumeist nur eine Teilrechtswidrigkeit der Sperrklärung zur Folge haben.⁹⁷ In diesen Fällen kann die Aufsichtsbehörde nach § 114 Satz 2 VwGO noch im Zwischen- oder Beschwerdeverfahren unzureichende Erwägungen mit heilender Wirkung ergänzen.⁹⁸ Allerdings muss aus Gründen der Rechtsklarheit mit der notwendigen Deutlichkeit kenntlich gemacht werden, dass eine Ergänzung der Ermessensentscheidung in der Sperrklärung vorgenommen wird.⁹⁹ Ohne Bedeutung sind rein prozessbegleitende Rechtsausführungen.¹⁰⁰ Ferner ist die Ergänzung von Ermessenserwägungen nach allgemeinen Grundsätzen nur möglich, wenn die neuen Gründe schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird. Eine komplette Auswechslung von Ermessensgründen, insbesondere wenn bei der Ergänzung der Sperrklärung tragend auf einen bislang nicht angeführten Verweigerungsgrund abgestellt wird, ist unzulässig.¹⁰¹

V. Kontrollverfahren

Für den Fachsenat beginnt die Arbeit, wenn ihm das Gericht der Hauptsache die Prozessakten mit der Sperrklärung vorlegt (§ 99 Abs. 2 Satz 4 VwGO). Zuständig ist der Fachsenat des Oberverwaltungsgerichts, dessen Gericht vorlegt,

auch wenn es um Akten eines anderen Landes geht.¹⁰² Nur wenn um Unterlagen von Bundesbehörden gestritten oder der Rechtsstreit in der Hauptsache beim Bundesverwaltungsgericht geführt wird, ist dessen Fachsenat zuständig (§ 99 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Der Fachsenat lädt routinemäßig die oberste Aufsichtsbehörde als weitere Beteiligte für das Zwischenverfahren bei und fordert sie auf, die geheim gehaltenen Behördenakten oder Auskünfte zu übermitteln (§ 99 Abs. 2 Satz 5 VwGO). Diese Behördenbeiladung nach § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO ist auch dann notwendig, wenn der Bund oder das Land, um dessen Unterlagen es geht, bereits durch eine andere Behörde vertreten ist.¹⁰³ Denn nur die Aufsichtsbehörde kann verbindlich zur Änderung der Sperrklärung und zur Geheimhaltungsbedürftigkeit einzelner Unterlagen Stellung nehmen. Die Beiladung erübrigt sich allerdings, wenn die Aufsichtsbehörde bereits als Vertretungsbehörde beteiligt ist.¹⁰⁴

Im Folgenden kontrolliert der zuständige Fachsenat nach § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung die Rechtmäßigkeit der Sperrklärung. Aus Geheimhaltungsgründen ist nach § 99 Abs. 2 Satz 9 VwGO keine Akteneinsicht des Betroffenen in die geheimen Akten möglich. Aus Gründen der Waffengleichheit wird auch keinem anderen Beteiligten Akteneinsicht in die geheimen Unterlagen gewährt.¹⁰⁵ Ebenso ist eine Anhörung zum Inhalt der geheimen Akten nach Art. 103 Abs. 1 GG ist – wie die Entstehungsgeschichte ergibt – ausgeschlossen.¹⁰⁶ Das Gleiche gilt für das Anhörungsrecht aus § 108 Abs. 2 VwGO zu Amtsermittlungen und Beweiserhebungen des Fachsenats in Bezug auf die geheimen Akten. Entschieden ist das für die extrem seltenen Fälle der Vernehmung eines Informanten durch den Fachsenat¹⁰⁷ und eines nicht parteiöffentlichen Erörterungstermins des Fachsenats zur Erläuterung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.¹⁰⁸ Nicht parteiöffentlich sind aber auch die praktisch häufigeren Beweiserhebungen, etwa wenn der Fachsenat durch eine Literatur-

-
- 92 BVerfG v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03, BVerfGE 115, 205 Rn. 116 und BVerwG v. 28.06.2023 – 20 F 2.23, juris Rn. 11.
- 93 BVerwG v. 05.03.2020 – 20 F 3.19, NVwZ 2020, 715 Rn. 22 f. m. w. N. und v. 12.02.2021 – 20 F 1.20, juris Rn. 57.
- 94 BVerwG v. 05.04.2023 – 20 F 17.22, NVwZ 2023, 1435 Rn. 19.
- 95 BVerwG v. 19.05.2023 – 20 F 4.23, NVwZ 2023, 1504 Rn. 27.
- 96 BVerwG v. 07.04.2020 – 20 F 2.19, NVwZ-RR 2020, 909 Rn. 32 ff.
- 97 Vgl. BVerwG v. 28.06.2023 – 20 F 2.23, juris Rn. 7 ff.
- 98 BVerwG v. 05.10.2023 – 20 F 7.20, juris Rn. 8.
- 99 Vgl. BVerwG v. 13.12.2011 – 1 C 14.10, BVerwGE 141, 253 Rn. 18 und v. 20.06.2013 – 8 C 46.12, BVerwGE 147,81 Rn. 35.
- 100 BVerwG v. 07.04.2020 – 20 F 2.19, NVwZ-RR 2020, 909 Rn. 27 und v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 32.
- 101 BVerwG v. 19.04.2021 – 20 F 9.20, juris Rn. 32 und v. 28.06.2023 – 20 F 2.23, juris Rn. 12.
- 102 BVerwG v. 08.03.2010 – 20 F 11.09, NJW 2010, 2295 Rn. 3.
- 103 BVerwG v. 15.08.2002 – 2 AV 3.02, BVerwGE 117, 42 f. und v. 28.11.2022 – 20 F 2.22, juris Rn. 6.
- 104 BVerwG v. 01.02.2014 – 20 F 20.22, juris Rn. 9.
- 105 BVerwG v. 19.12.2013 – 20 F 15.12, juris Rn. 9.
- 106 BT-Drs. 14/6393 S.10 f. und 14/7474 S. 15.
- 107 BVerwG v. 03.08.2011 – 20 F 23.10, juris Rn. 11, kritisch Neumann, DVBl. 2016, 473 (481).
- 108 BVerfG v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/86, BVerfGE 115, 205 (248 f.).

Recherche prüft, ob eine als geheim bezeichnete Tatsache bereits veröffentlicht ist, oder wenn er im Internet nach Informationen sucht, wann und wo ein als verschollen bezeichneter Informant verstorben ist. In diesen Fällen sind die diesbezüglichen gerichtlichen Unterlagen analog § 99 Abs. 2 Satz 9 und 10 VwGO nicht akteneinsichtsfähig und geheimhaltungspflichtig.¹⁰⁹ Ausdrücklich geregelt ist ferner, dass die Begründung für eine gerichtliche Durchsicht der geheimen Akten in Räumen der obersten Aufsichtsbehörde ebenfalls nicht parteiöffentlich ist (§ 99 Abs. 2 Satz 8 und 10 VwGO).

Für alle übrigen Stellungnahmen und Äußerungen gelten die Grundsätze der Parteiöffentlichkeit, des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO) und der Akteneinsicht (§ 100 Abs. 1 VwGO). Die Anhörung im Zwischenverfahren hat vor allem für die Anträge und die Rechtsausführungen praktische Bedeutung. Diese Schriftsätze sind auch vonseiten der Behörden analog § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO so abzufassen, dass sie Art und Inhalt der geheimen Unterlagen nicht offenlegen.¹¹⁰ Die Aufsichtsbehörde darf in Prozessschriftsätzen, die allen Beteiligten zugestellt werden, keine als geheim eingestuften Erklärungen abgeben oder zusätzliche geheime Unterlagen beifügen.¹¹¹ Bei der Antragstellung kann der Betroffene nicht die Aufhebung der Sperrklärung beantragen. Denn das Gesetz lässt nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 99 Abs. 2 Satz 1 VwGO nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Sperrklärung zu.¹¹² Dies gilt entsprechend für die Freigabeerklärung.¹¹³ Andere Verfahrensbeteiligte können dem entgegenreten, aber keinen Zwischenfeststellungsantrag auf explizite Feststellung der Rechtmäßigkeit der Sperrklärung stellen.¹¹⁴

Der Beschluss wird in der Besetzung mit drei Berufsrichtern (§ 9 Abs. 3 Satz 1 und 3, § 10 Abs. 3 VwGO) gefasst. In der Praxis geschieht dies zumeist in einem schriftlichen Umlaufverfahren. Der Berichterstatter erarbeitet einen Entwurf und jeder der drei beteiligten Berufsrichter sieht die geheimen Akten „in camera sua“ durch. Nur gelegentlich, insbesondere wenn sich neue Rechtsfragen zur Anwendung des § 99 VwGO stellen, finden Besprechungen statt.

VI. Kontrollentscheidung

Am Ende des Zwischenverfahrens steht die Kontrollentscheidung des Fachsenats über die Sperr- oder Freigabeentscheidung der obersten Aufsichtsbehörde. Sie beantwortet nach der theoretischen Grundkonzeption des § 99 Abs. 2 VwGO nur die Frage, welche Beweismittel für das Hauptsacheverfahren bereitstehen.¹¹⁵ Ihre praktischen Auswirkungen greifen in der Regel aber weit darüber hinaus.

1. Entscheidungsinhalt

Das Ergebnis einer Zwischenentscheidung des Fachsenats kann darin bestehen, dass der Antrag als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen wird oder dass die Sperrklärung teilweise oder ganz rechtswidrig ist. Dieser Beschluss ist nach § 122 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu begründen. Eine umfassende Begründung ist jedoch nicht möglich, weil die Ent-

scheidung des Fachsenats nach § 99 Abs. 2 Satz 10 VwGO keine Rückschlüsse auf Art und Inhalt der geheimen Unterlagen zulassen darf. Hinsichtlich der Geheimhaltungsgründe können oft nur die angewendeten Obersätze offengelegt werden. Anstelle der Subsumtion folgt die pauschale Erklärung, inwieweit deren Voraussetzungen nach Durchsicht der Unterlagen vorliegen. Hingegen ist zu den Zulässigkeits- und Ermessensfragen eine weitgehend vollständige Begründung möglich. Eine separate Kostenentscheidung ist für das Zwischenverfahren nicht vorgesehen.

2. Rechtskraftwirkung

Hat der Fachsenat eines Oberverwaltungsgerichts entschieden, ist die Beschwerde an den Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts statthaft (§ 99 Abs. 2 Satz 12 und 13 VwGO). Danach ist der Rechtsweg im Zwischenverfahren erschöpft und die Entscheidung erwächst in formelle Rechtskraft. Sie kann vom Revisionsgericht inhaltlich nicht überprüft werden. Denn § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 557 Abs. 2 ZPO schließt unanfechtbare Zwischenentscheidungen von der Beurteilung des Revisionsgerichts aus, so dass der abschließende Beschluss des Fachsenats auch in materielle Rechtskraft erwächst und im Hauptsacheverfahren wie ein rechtskräftiges Zwischenurteil wirkt.¹¹⁶

Die formelle Rechtskraft hat zur Folge, dass ein Beschluss des Fachsenats des Bundesverwaltungsgerichts nur noch mit der Anhörungsgrüße nach § 152a VwGO angegriffen werden kann und dass schon gegen die abschließende Entscheidung im In-camera-Verfahren die Verfassungsbeschwerde eröffnet ist.¹¹⁷ Dies bedeutet zugleich, dass ein Abwarten des Urteils in der Hauptsache zur Fristversäumnis im Verfassungsbeschwerdeverfahren und danach auch zur Zurückweisung einer Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte führen kann.¹¹⁸

Die materielle Rechtskraft bewirkt, dass die Beteiligten des Verfahrens und das Gericht der Hauptsache gemäß § 121 VwGO, § 173 VwGO i. V. m. § 318 ZPO an die tragenden Gründe der Entscheidung des Fachsenats gebunden sind. Wird die Rechtmäßigkeit der Sperrklärung festgestellt, steht für die Beteiligten bindend fest, ob und in welchem Umfang eine Urkunde, Akte oder Auskunft als Beweismittel im Hauptsacheverfahren zur Verfügung steht. Wird die teilweise oder völlige Rechtswidrigkeit der Sperrklärung festgestellt, ergibt sich aus der Rechtskraft ein Verwaltungsakt-

109 BVerwG v. 03.08.2011 – 20 F 23.10, juris Rn. 11; Redeker/Kothe, NVwZ 2002, 313 (315); a. A. Rudisile in Schoch/Schneider, VwGO, 2023, § 99 Rn. 36a, 38.

110 BVerwG v. 17.11.2003 – 20 F 16.03, NVwZ 2004, 486 (487).

111 BVerwG v. 08.03.2010 – 20 F 11.09, NJW 2010, 2295 Rn. 17.

112 BT-Drs. 14/6854 S. 4.

113 BVerwG v. 04.01.2024 – 20 F 3.22, juris Rn. 25 (Immunservice II).

114 BVerwG v. 07.04.2020 – 20 F 2.19, NVwZ-RR, 909 Rn. 21 und v. 12.10.2023 – 20 F 16.22, NVwZ 2024, 72 Rn. 16.

115 BVerwG v. 13.04.2021 – 30 GS 1.20, BVerwGE 172, 159 Rn. 17.

116 BVerwG v. 24.11.2003 – 20 F 13.03, BVerwGE 119, 229 (231).

117 BVerfG v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, BVerfGE 101, 106 (120).

118 EGMR v. 14.12.2021 – Nr. 4550/15 (Saure v. Deutschland), Rn. 29 ff.

wiederholungsverbot.¹¹⁹ Denn die Rechtskraft erstreckt sich auf die am Zwischenverfahren beteiligte oberste Aufsichtsbehörde (§ 121 Nr. 1 VwGO) und untersagt ihr, eine Sperrerklärung mit den beanstandeten Rechtsmängeln erneut zu erlassen. Dies schließt ihre Befugnis nicht aus, vom Fachsenat aufgezeigte Mängel einer Sperrerklärung, insbesondere Ermessensfehler, durch eine neue Sperrerklärung zu beheben. Ansonsten steht die Rechtskraft bei unveränderter Sach- und Rechtslage nachträglichen Ergänzungen der Sperrerklärung entgegen.¹²⁰

3. Relevanz für die Hauptsache

Am Ende des Zwischenverfahrens steht fest, in welchem Umfang dem Gericht der Hauptsache geheime Unterlagen zur Verfügung stehen. Nach der Konzeption des § 99 VwGO ist es die Aufgabe des Gerichts der Hauptsache, darüber zu entscheiden, was aus dieser prozessualen Beweislage für den Ausgang des materiellen Rechtsstreits folgt. Werden die Unterlagen komplett freigegeben, können sie im Hauptsacheverfahren ganz normal beweisrechtlich gewürdigt werden. Werden sie nur teilweise freigegeben oder vollständig gesperrt, hat das Gericht der Hauptsache ein Erkenntnisproblem. Reichen die freigegebenen Passagen zusammen mit den übrigen Beweisen nicht zu einer richterlichen Überzeugungsbildung, kann das Gericht der Hauptsache weder eine weitere Offenlegung verlangen noch die Weigerung aus Geheimhaltungsgründen negativ gewichten.¹²¹ Für die Entscheidungsfindung bei nicht weiter aufklärbarem Sachverhalt hat die Rechtsprechung unterschiedliche Lösungswege entwickelt, je nachdem, ob es in der Hauptsache ebenfalls um die Einsicht in die geheimen Unterlagen geht (Informationsstreit) oder ob ihre Auswertung nur als Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks dient (Sachstreit).¹²²

a) Sachstreit: Sollen die angeforderten Unterlagen lediglich als Beweismittel in einem Rechtsstreit um eine Disziplinarmaßnahme, eine Ausweisung, eine Einstellung in den öffentlichen Dienst oder um ein anderes sachliches Anliegen dienen, dann muss das Gericht der Hauptsache im Falle der geheimhaltungsbedingten Unerweislichkeit den Rechtsstreit letztlich nach Beweislastgrundsätzen entscheiden.¹²³ Wer im Falle der Unerweislichkeit die materielle Feststellungslast trägt, ist eine Frage des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts. Bei Grundrechtseingriffen (z. B. Beobachtung durch den Verfassungsschutz) geht es zulasten des Staates, wenn ihm die notwendigen Beweise für eine Eingriffsvoraussetzung (z. B. tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfassungswidrige Betätigung) fehlen.¹²⁴ Bei der Aufnahme in den Staatsdienst und bei der Klage auf Eintragung eines Unrichtigkeitsvermerks in eine Verfassungsschutzakte wirkt sich die Unerweislichkeit einer Anspruchsvoraussetzung zu Lasten des Bürgers aus.¹²⁵

b) Informationsstreit: Geht es in der Hauptsache jedoch nicht um ein weiterführendes Rechtsschutzziel, sondern ebenfalls um die Einsicht in die geheimen Unterlagen, dann hat die Entscheidung des Fachsenats in der Regel eine präjudizielle Wirkung für den Ausgang des Hauptsacheverfahrens.¹²⁶ Dies hat seinen Grund darin, dass die materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche in den Transparenz-, Informationsfreiheits-, Presse- oder Archivgesetzen in der Regel Beschränkungen

enthalten, die inhaltlich mit den Geheimhaltungsgründen des § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO übereinstimmen. Eine solche Identität des Prüfungsmaßstabs ist beispielweise im Archivrecht des Bundes anerkannt.¹²⁷ Das Gericht der Hauptsache kann dann aus der Entscheidung des Fachsenats, dass die prozessualen Geheimhaltungsgründe des § 99 Abs. 1 Satz 3 VwGO vorliegen, die Schlussfolgerung ziehen, dass im selben Umfang auch die materiell-rechtlichen Informationsschranken eingreifen. Folgerichtig muss es (zumindest) im selben Umfang das Auskunftsersuchen abweisen.

Daher ist es in der Praxis nicht selten, dass ein Kläger nach der Entscheidung des Fachsenats die Hauptsache für erledigt erklärt, weil er in der Hauptsache keinen darüber hinaus gehenden Erfolg erzielen kann.¹²⁸ Dies mündet häufig in einer übereinstimmenden Erledigterklärung, so dass nach der prozessualen Akteneinsicht letztlich keine verbindliche Entscheidung über den materiell-rechtlichen Informationsanspruch vorliegt. Das im In-camera-Verfahren erstrittene Recht der prozessualen Akteneinsicht nach § 100 Abs. 1 VwGO deckt aber keine sonstige Verwertung des erlangten Wissens, sodass eine anschließende Veröffentlichung von Akteninhalten etwa aus urheberrechtlichen Gründen rechtswidrig sein kann. Eine Erledigung des materiell-rechtlichen Informationsbegehrens liegt streng genommen nur vor, wenn der Beklagte das materielle Informationszugangsrecht anerkennt.

VII. Schlussbemerkung

Gelegentlich wird davon gesprochen, dass sich das In-camera-Verfahren vor den Fachsenaten im Großen und Ganzen bewährt habe. Diese rechtspolitische Bewertung kann sich aber auf keine wissenschaftliche Evaluation stützen und steht im Kontrast zu der Tatsache, dass das Fachsenatsmodell für den Bereich des Telekommunikationsrechts zugunsten eines Modells der In-camera-Prüfung der Hauptsachegerichte abgeschafft worden ist. Es kann m.E. nicht übersehen werden, dass dem Vorteil des Fachsenatsmodells einer Erhöhung des staatlichen Geheimnisschutzes drei gewichtige Nachteile gegenüberstehen. Erstens führt das Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO zu einer nicht unerheblichen Verfahrensverzögerung, weil das Gericht der Hauptsache das Verfahren an einen Fachsenat abgeben

-
- 119 Vgl. BVerwG v. 08.12.1992 – 1 C 12.92, BVerwGE 91, 256 (258).
 120 BVerwG v. 02.06.2021 – 20 F 1.21, NVwZ 2022, 90 Rn. 9f.
 121 BVerwG v. 27.09.2006 – 3 C 34.05, BVerwGE 126, 365 Rn. 26 und v. 13.04.2021 – 30 GS 1.20, BVerwGE 172, 159 Rn. 18.
 122 Ausführlich *Neumann*, DVBl 2016, 473 (482).
 123 Vgl. BVerwG v. 27.09.2006 – 3 C 34.05, BVerwGE 126, 365 Rn. 30 und v. 21.5.2008 – 6 C 13.07, BVerwGE 131, 171 Rn. 44.
 124 Vgl. BVerwG v. 14.12.2020 – 6 C 11.18, BVerwGE 171, 59 Rn. 28.
 125 Vgl. BVerwG v. 10.10.2016 – 2 A 2.16, NVwZ 2017, 232 Rn. 30 und v. 27.09.2006 – 3 C 34.05, BVerwGE 126, 365 Rn. 30.
 126 Vgl. BVerwG v. 27.08.2013 – 7 A 15.10, NVwZ 2013, 1285 Rn. 24.
 127 BVerwG, v. 13.04.2021 – 30 GS 1.20, BVerwGE 172, 159 Rn. 19.
 128 *Schemmer*, Das In-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO, DVBl 2011, 323 (330).

und dessen Entscheidung abwarten muss. Zweitens ist die Befassung von zwei Spruchkörpern mit derselben Sache personal- und kostenintensiv. Drittens hat das Gericht der Hauptsache keinen Einblick in die geheimen Akten und kann den Inhalt nicht für seine Sachentscheidung verwerten. Es kann immer nur nach Beweislast- oder Präjudizgrundsätzen entscheiden. Das stellt ein qualitatives „Minus“ im Vergleich zur eigenen Aktenkenntnis und Beweiswürdigung dar.¹²⁹ In rechtspolitischer Hinsicht wäre es daher aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung, der Vermeidung von Doppelprüfungen und der Qualitätsverbesserung wünschenswert, dem Gericht der Hauptsache in stärkerem Maße die In-

camera-Prüfung zu übertragen. An rechtspolitischen Vorschlägen dazu mangelt es nicht.¹³⁰

Dr. Richard Häußler, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig

129 *Ilal*, Der Geheimhaltungskonflikt im Verwaltungsprozess, 2023, S. 223 ff.

130 Näher *Häußler*, Zur Reform des In-camera-Verfahrens, BDVR-Rundschreiben 4/2023 S. 13 ff.; *Rudisile* in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand 2023, § 99 VwGO Rn. 70 ff.

Arbeitskreis 7: Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht im Spannungsfeld aktueller Herausforderungen – das anpassungsfähige Gebot der Rücksichtnahme

A. Die großen Herausforderungen der Gegenwart

Die Gegenwart ist gespickt mit Herausforderungen: Klimawandel, Energiewende, Wohnraumknappheit, Infrastrukturerneuerung, Handelskriege, künstliche Intelligenz, Ertüchtigung der Städte, demographischer Wandel, Staatsverschuldung, Artensterben, Flüchtlingsströme, Flächenfraß, militärische Konflikte und vieles mehr. All diese Herausforderungen setzen nicht nur die staatlichen Institutionen stark unter Druck, sondern fordern auch unsere Gesellschaft heraus. Man kann den Eindruck gewinnen, die viel bemühte „Polykrise“ wird fast schon zum neuen „Normal“.¹ Ihre Detonationswellen machen jedenfalls auch nicht vor dem öffentlichen Baurecht halt, obschon – zugegebenermaßen – nicht alle Herausforderungen das öffentliche Baurecht gleichermaßen betreffen. Deshalb darf die folgende Analyse selektiv vorgehen. Sie will sich auf Maßnahmen zur Bekämpfung der Wohnraumknappheit und zur Neugestaltung der Städte sowie auf den Ausbau erneuerbarer Energien konzentrieren.²

B. Grundlagen des Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht

I. Schlüsselrolle des subjektiv-öffentlichen Rechts im baurechtlichen Nachbar(rechts)schutz

Dem Wunsch nach thematischer Zuspitzung wirkt allerdings entgegen, dass der Nachbar(rechts)schutz im Baurecht traditionell ein sehr breites Themenfeld umschreibt, das eine schier unbegrenzte Menge an Rechtsfragen aufwirft.³ Wie bei allen Analysen des Drittrechtsschutzes, zu denen auch der Rechtsschutz des Nachbarn gehört,⁴ liefert dabei das

subjektiv-öffentliche Recht nicht nur die Grundvoraussetzung, um den Fuß in den prozessualen Türrahmen zu stellen. Es schafft zudem die enge Verknüpfung zwischen den prozessualen und materiell-rechtlichen Elementen. Der Nachweis dieses subjektiv-öffentlichen Rechts ist somit auch im Baurecht zweierlei: Er ist sowohl Schlüssel für die Begründung einer möglichen Rechtsverletzung im Sinne des Prozessrechts als auch materiell-rechtliche Grenzziehung zwischen den rein objektiv-rechtlichen und den subjektiv-rechtlich angereicherten Rechtspflichten von Amts- und Projektträgern.⁵

Innerhalb des öffentlichen Baurechts können subjektiv-rechtliche Normgehalte und individuelle Rechtspositionen an vielfältigen Stellen auftreten.⁶ Sie reichen von Fallgestal-

1 Zum Begriff der Polykrise siehe etwa: ZEIT ONLINE, Auch das noch?/Polykrise: Wie kommen wir da wieder raus?, 10.11.2022, (<https://www.zeit.de/wissen/2022-10/globale-polykrise-krieg-klimakrisenpodcast>).

2 Vgl. etwa zu hier nicht behandelten Themen wie zur Unterbringung von Flüchtlingen: *Först*, NZM 2016, 882 (882 ff.); zur Staatsverschuldung: *Mempel*, ZG 2023, 197 (197 ff.); *G. Kirchhof*, Interview, Klartext_12-2023.pdf.; zum Artensterben: *Spranger*, EurUP 2023, 274 (274 ff.).

3 Siehe zum Nachbarrechtsschutz allgemein etwa *Jarass/Kment*, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 26 f. sowie *Spieß* in: *Jäde/Dirnberger*, BauGB/BauNVO, 10. Aufl. 2022, § 29 Rn. 41 ff.

4 *Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb zu §§ 29-38 Rn. 24 ff.

5 *Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb zu §§ 29-38 Rn. 29.

6 Siehe zum Überblick etwa *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2024, § 2 Rn. 33 ff, § 18 Rn. 4 ff; *Otto*, Öffentliches Baurecht II, 8. Aufl. 2023, § 17 Rn. 9 ff.

tungen allgemeinen, nicht baurecht-spezifischen Charakters bis hin zu spezifisch baurechtlichen Rechtsfiguren subjektiv-rechtlicher Qualität. Zu den allgemeinen Themen gehört etwa die Begründung eines subjektiven Rechtes aus Zusicherungen⁷ oder die Diskussion um den subjektiv-rechtlichen Charakter von Verfahrenspositionen.⁸ Damit der Umfang des Beitrags allerdings nicht völlig aus dem Rahmen fällt, soll er sich auf den baurechtsspezifischen Bereich konzentrieren. Dabei liegt der Fokus primär auf dem Gebot der Rücksichtnahme, wobei der Fundort der baurechtsspezifischen Exponate *nicht* die planerische Festsetzung selbst sein soll.⁹ Zudem bleiben durch Unionsrecht verliehene Rechtspositionen gänzlich außer Betracht.¹⁰

II. Gebot der Rücksichtnahme als Bollwerk des Nachbarrechtsschutzes

1. Die Anfänge

Die Geburtsstunde des Gebots der Rücksichtnahme ist auf 1975 zu datieren, indem *Felix Weyreuther* den bis dahin als „dornig“ empfundenen Weg des Nachbarrechtsschutzes¹¹ um subjektiv-rechtliche Elemente anreichterte.¹² Dabei erlebte das Gebot der Rücksichtnahme eine phasenweise etwas ruppige Kindheit und wurde von namhaften Größen unter anderem als „Irrgarten des Richterechts“ bezeichnet.¹³ Ein zentraler Vorwurf war, dass im Gebot der Rücksichtnahme eine ungezügelter Machtfülle der Judikative eingewoben sei, mit der der Richter häufig nicht umzugehen wisse.¹⁴ *Horst Sandler* – obwohl Fürsprecher – warnte deshalb seine Zunft, sich nicht zum „Helfer gegen alle Nöte des Lebens und der Zeit“ zu erheben,¹⁵ wenn gesetzlich weder Grundlagen noch Grenzen des Gebots der Rücksichtnahme definiert seien.¹⁶

2. Verfestigung im öffentlichen Baurecht

Dieser Kritik zum Trotz hat sich das Gebot der Rücksichtnahme über die Jahre behauptet. Es hat einige durchaus grundlegende Entwicklungsschritte durchlaufen, die es zum Teil erheblich überformt haben.¹⁷ Hierin liegt – neben höchstgerichtlichen Urteilen –¹⁸ sicherlich auch eine Ursache, dass das Gebot der Rücksichtnahme heute zu einem festen Bestandteil des öffentlichen Baurechts erstarkt ist.¹⁹ Seinen Inhalt hat das BVerwG wie folgt skizziert und sich immer wieder auf diese Umschreibung gestützt:

„Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zu Gute kommt, umso mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, umso weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalls wesentlich auf eine Abwägung an zwischen dem, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist.“²⁰

3. Markante Merkmale

Funktional ist das so verstandene Gebot der Rücksichtnahme ein Instrument der Feinsteuerung.²¹ Es ermöglicht einen sachgerechten Interessenausgleich auf einer nachgelagerten

Entscheidungsstufe, wenn die vorauseilende abstrakte Regelung (also etwa der Bebauungsplan oder das gesetzliche Steuerungsregime des § 34 BauGB) den im Einzelfall erforderlichen Interessenausgleich nicht zu leisten vermochte.²² Dabei kann die Anwendung des Gebots der Rücksichtnahme die allgemeinen Standards sowohl erweitern als auch einengen.²³

Auch wenn das Gebot der Rücksichtnahme für den Ausnahmefall konzipiert wurde,²⁴ wird es heute in der Praxis regelmäßig in die baurechtliche Prüfung aufgenommen, da zu keinem Zeitpunkt auszuschließen ist, dass im konkreten Einzelfall nicht doch eine Ausnahmesituation vorliegt. Der

- 7 BVerwG, Urt. v. 13.06.1969 – 4 C 80.67 – DVBl 1970, 60 (60) und BVerwG, Urt. v. 13.06.1969 – 4 C 81.68 – Buchholz 406.11 § 34 Nr. 22 (Rn. 17).
- 8 *Johlen* in: Berliner Kommentar BauGB, Stand: August 2022, Vorb. §§ 29-38 Rn. 54 ff; *Reidt* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb zu §§ 29-38 Rn. 74 ff.
- 9 Siehe hierzu *Ramsauer*, JuS 2020, 385 (386 ff.).
- 10 Hierzu *Reidt* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb zu §§ 29-38 Rn. 30 ff.
- 11 *Johlen* in: Berliner Kommentar BauGB, Stand: August 2022, Vorb. §§ 29-38 Rn. 28; *Pagenkopf*, BauR 1977, 155.
- 12 *Weyreuther*, BauR 1975, 1 (1 ff.).
- 13 *Breuer*, DVBl 1983, 431 (432); *Gaentzsch*, ZfBR 2009, 321 (322); kritisch auch *Redeker*, DVBl 1984, 870 (872).
- 14 *Redeker*, DVBl 1984, 870 (871 ff.).
- 15 *Sandler* DVBl 1982, 923 (932).
- 16 Hierauf verweist *Redeker*, DVBl 1984, 870 (872).
- 17 Vgl. dazu *Johlen* in: Berliner Kommentar BauGB, Stand August 2022, Vorb. §§ 29-38 Rn. 27 ff; siehe zu den Anfängen auch *Schlichter*, DVBl 1984, 875 (877 ff.).
- 18 Siehe den Überblick bei *Stühler*, BauR 2009, 107 (107).
- 19 Zum Gebot der Rücksichtnahme im Geltungsbereich eines B-Plans: BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 – 4 C 96.79 – NJW 1984, 138 (138 f.) und BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 – 4 C 53.81 –, Rn. 25 ff. (zit. n. juris); zum Gebot der Rücksichtnahme bei Abstandsflächen: BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 – 4 C 28.91 –, BVerwGE 94, 151 (159 ff.); zum Gebot der Rücksichtnahme bei Immissionsbelastungen: BVerwG, Urt. v. 30.09.1983 – 4 C 74.78 – BVerwGE 68, 58 (60); vgl. auch *Johlen* in: Berliner Kommentar BauGB, Stand August 2022, Vorb. §§ 29-38 Rn. 43 ff.
- 20 BVerwG, Urt. v. 25.02.1977 – 4 C 22.75 – BVerwGE 52, 122 (126); BVerwG, Urt. v. 13.03.1981 – 4 C 1.78 – MDR 1981, 785 (786); BVerwG, Urt. v. 28.10.1993 – 4 CS 5.93 – NVwZ 1994, 686 (687); BVerwG, Beschl. v. 14.02.1994 – 4 B 152.93 – BRS 56, Nr. 165, 415 (416); OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.05.2006 – 1 ME 7/06 – BRS 70, Nr. 178, 843 (844). Siehe auch *Söfker/Hellriegel* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2023, § 34 Rn. 48a; *Rieger* in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 31 Rn. 64; *Pützenbacher*, in: Bönker/Bischofink, BauNVO, 3. Aufl. 2024, § 15 Rn. 98; *Baars*, BauR 2019, 901 (903); *Uechtritz*, DVBl. 2016, 90 (90); *Voßkuhle/Kaufhold*, Juristische Schulung 2010, 497 (498); *Gaentzsch*, ZfBR 2009, 321 (322); *Decker*, JA 2003, 246 (249); *Pauli*, Das Gebot der Rücksichtnahme und Drittschutz im Bauplanungsrecht, 2005, S. 1; *Heller*, Das Gebot der Rücksichtnahme bei Vorhaben mit plangebietsüberschreitenden Auswirkungen, 1996, S. 45.
- 21 *Kment* in: Jarass/Kment, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 30, Rn. 22.
- 22 *Schlichter*, DVBl 1984, 875 (877); *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Oktober 2020, § 34 Rn. 48.
- 23 *Schlichter*, DVBl 1984, 875 (878).
- 24 *Schlichter*, DVBl 1984, 875 (879); *Roesser* in: König/Roesser/Stock, BauNVO, 5. Aufl. 2022, § 15 Rn. 10.

Drittenschutz wurde daher – wie zu den Anfängen der Debatte um das Gebot der Rücksichtnahme befürchtet²⁵ – breit in das Baurecht hineingetragen. Das Gebot der Rücksichtnahme ist heute sein wesentlicher Ankerpunkt, quasi ein Bollwerk des nachbarlichen (Rechts-)Schutzes.²⁶

Weiter darf man feststellen, dass das Gebot der Rücksichtnahme sowohl norm- als auch rechtsprechungsgeprägt ist. Seine Verankerung wird nach heute herrschender Auffassung in einzelnen baurechtlichen Normen erblickt, namentlich in § 15 Abs. 1 BauNVO,²⁷ in § 31 Abs. 2 BauGB („Würdigung nachbarlicher Interessen“),²⁸ in § 34 Abs. 1 BauGB („eingefügt“)²⁹ sowie in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB – dort einmal in Nr. 3 und als ungeschriebener Belang.³⁰ Diesen Normen wurden und werden durch eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung immer wieder neue (inhaltliche) Bausteine hinzugefügt und so der Rechtsschutz beeinflusst.³¹

Da das Gebot der Rücksichtnahme im Wege der Auslegung konturiert wird, kann es vergleichsweise leicht inhaltlich verändert werden und mit ihm der Rechtsschutz neue Wege gehen. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass – wie bereits angesprochen – Gerichtsentscheidungen neue Elemente hinzufügen, alte Auffassungen überschreiben oder Fehlentwicklungen gänzlich stoppen. Zum anderen kann der Gesetzgeber Hand anlegen und den gesetzlichen Rahmen erneuern bzw. modifizieren. Letzteres geschieht nicht so sehr dadurch, dass der Normenkanon, aus dem das Gebot der Rücksichtnahme unmittelbar gewonnen wird, neue Züge erhält. Vielmehr ändern sich Bezugsnormen, denen das abwägungsgeleitete Gebot der Rücksichtnahme aufgrund der Bindung der Judikative an das Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) nachgeben muss.³² Diese aufgezeigte Dynamik wirkt sich unmittelbar auf den Rechtsschutz des Nachbarn aus, wie an Beispielen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Wohnraumnappheit und dem Ausbau erneuerbarer Energien im Folgenden exemplarisch belegt werden kann.

C. Modifikationen des nachbarlichen Rechtsschutzes in Zeiten von Polykrisen

I. Veränderungen im städtischen Raum und ihre Konsequenzen für den Nachbarschutz

1. Einführung des Urbanen Gebiets gem. § 6 a BauNVO

Angetrieben durch das Leitbild der alten wie auch der neuen Leipzig Charta der Jahre 2007³³ und 2020³⁴ verabschieden sich die deutschen Städte auf dem Weg zu einer Nutzungsdurchmischten Stadt kontinuierlich von der Prämisse einer grundsätzlichen Trennung der urbanen Nutzungen, wie es noch die „Charta von Athen“³⁵ vorsah. Sie streben danach, Wohnen, Arbeiten und Freizeit in den Städten wieder stärker zusammenzuführen.³⁶ Teilaspekte dieses neuen Stadtleitbilds sind u. a. polyzentrische Siedlungsstrukturen mit angemessener Dichte und Kompaktheit, ausreichende Flächen für angemessenen, sicheren, gut gestalteten und bezahlbaren Wohnraum sowie durchmischte Räume, die sich durch Mischnutzungen auszeichnen.³⁷ Reine Wohngebiete, das neue Schreckgespenst des Stadtplaners, soll es also nicht mehr geben.³⁸

Auf dem Pfad der Leipzig Charta kommen die deutschen Städte allerdings immer wieder ins Straucheln. Schwierigkeiten bereiten Nutzungskonflikte, die zu einem Großteil darin be-

25 S.o. unter B. II. 1.

26 Vgl. *Ramsauer*, JuS 2020, 385 (391 f.).

27 Siehe zur Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 18.10.1985 – 4 C 19.82 – NJW 1986, 1703 (1704); BVerwG, Beschl. v. 13.05.2002 – 4 B 86/01 – NVwZ 2002, 1384 (1384 f.).

28 Siehe zur Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8/84 – NVwZ 1987, 409 (409 ff.); weitere Beispiele bei *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2019, § 31 Rn. 68 ff.

29 Siehe zur Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 18.10.1985 – 4 C 19.82 – NJW 1986, 1703 (1703 f.); BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 – 4 C 28/91 – BVerwGE 94, 151 (161); BVerwG, Urt. v. 23.5.1986 – 4 C 34.85, NVwZ 1987, 128 (129); BVerwG, Urt. v. 27.8.1998 – 4 C 5.98 – NVwZ 1999, 523 (525).

30 Betrachtet man § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB genau, wird man genauer danach differenzieren müssen, ob sich das Rücksichtnahmegebot auf immissionsschutzrechtliche Einwirkungen (Nr. 3) oder auf sonstige nachteilige Wirkungen, etwa der optisch bedrängenden Wirkung oder des Störfallschutzes, bezieht; vgl. dazu etwa BVerwG, Urt. v. 28.10.1993 – 4 C 5/93 – NVwZ 1994, 686 (686); BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 C 1/04 – NVwZ 2005, 328 (329); *Jarass/Kment*, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 35 Rn. 53, 67b.

31 Siehe hierzu etwa eine ausführliche Darstellung bei *Söfker/Hellriegel* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2023, § 34 Rn. 50b ff.

32 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 53; sehr eindringlich in diese Richtung bereits Redeker, DVBl 1984, 870 (872 f.).

33 Leipzig Charta, 2007: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nationale_Stadtentwicklung/leipzig_charta_de_bf.pdf&ved=2ahUKEwirhve46lyGAXVdxAIHHd7xAmsQFnoECBwQAQ&usq=A0vVaw3DvD1zKPkCjIqGmeIbnz.

34 Neue Leipzig-Charta, 2020: <https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/wohnen/neue-leipzig-charta-2020.html;jsessionid=61498B3CD7E9285E0DDC7DDC6AEC0BE3.live892>.

35 *Wienhues/Knickmeier*, FWS 17, 129 (129); Le Corbusier, An die Studenten – Die «Charte d’ Athènes», 1962, S. 99 f.

36 *Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag 2020, S. D 18 und D 56, jeweils mit Verweis auf die „Neue Leipzig-Charta“, S. 2, abrufbar unter <https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/wohnen/neue-leipzig-charta-2020.html;jsessionid=61498B3CD7E9285E0DDC7DDC6AEC0BE3.live892>; des Weiteren auch *Krautzberger/Stüer*, BauR 2019, 1708 (1712).

37 Vgl. dazu *Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag, Ergänzungsband zu den Gutachten, 2022, S. D 95, mit Verweis auf die „Neue Leipzig-Charta“, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/wohnen/neue-leipzig-charta-2020.html;jsessionid=61498B3CD7E9285E0DDC7DDC6AEC0BE3.live892>.

38 *Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag 2020, S. D 60; siehe auch *Boeddinghaus*, BauR 2010, 998 (998 ff.), der im Hinblick auf § 3 BauNVO von einer „überholten Planungsphilosophie“ spricht; mit der Forderung § 3 BauNVO vollständig zu streichen bereits die „Düsseldorfer Erklärung zum Städtebaurecht“ im Jahr 2019, Gliederungspunkt 1. Soziale und funktionale Vielfalt versus Baunutzungskataloge BauNVO, abrufbar unter: <https://www.baulinks.de/webplugin/2019/0560.php4>.

gründet sind, dass die Vorschriften der BauNVO mit Immissionschutzrechtlichen Schutzstandards verknüpft sind.³⁹ Diese Standards mögen für kleinere und mittlere Gemeinden bzw. Kleinstädte noch eingelöst werden können, für deutsche Großstädte aber sind sie überwiegend nicht mehr praktikabel und zeitgemäß.⁴⁰ Kurzum: In der BauNVO lebt immer noch der Geist der Trennung, um städtebauliche Probleme zu lösen, nicht aber die Konzeption der Leipzig-Charta, die auf Durchmischung setzt. Um hier gegenzusteuern, sind verschiedene gesetzgeberische Initiativen unternommen worden.⁴¹ Eine hat uns den § 6 a BauNVO, das Urbane Gebiet, beschert.⁴² § 6 a BauNVO ist deshalb so interessant, weil er in den Großstädten das Spannungsverhältnis von Wohnnutzung, Gewerbe und sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen neu interpretiert, abgeschwächte Schutzstandards für lärmbeeinträchtigte Nachbarn schafft und in Sachen Verdichtung moderne Prämissen setzt. Überdies dient das urbane Gebiet als Vorbild für einen neuen Steuerungsansatz, der nun schon in § 5 a BauNVO – dem dörflichen Wohngebiet – seinen ersten Ableger gefunden hat.⁴³

Worum geht es im Kern? Mit der Einführung des § 6 a BauNVO ist gesetzgeberisch beabsichtigt, „eine stärkere Verdichtung [in den Städten] zu ermöglich[en]“.⁴⁴ Es geht aber nicht nur um Bebauungsdichten, für die im urbanen Gebiet mit einer Grundflächenzahl von 0,8 und einer Geschossflächenzahl von 3,0 die Orientierungswerte der Misch- und Wohngebiete spürbar übertroffen werden.⁴⁵ Außerdem sollen Wohnen, Gewerbebetriebe und soziale, kulturelle und andere nicht wesentlich störende Einrichtungen in einem Baugebiet zusammengeführt werden.⁴⁶ Dies erinnert zwar an das Mischgebiet nach § 6 BauNVO. Das Besondere am urbanen Gebiet ist aber, dass gem. § 6 a Abs. 1 S. 2 BauNVO die Nutzungsmischung nicht gleichgewichtig sein muss⁴⁷ und deshalb – worin ein Kernanliegen liegt –⁴⁸ auch eine überwiegende Wohnnutzung der Annahme eines urbanen Gebiets nicht im Wege steht.⁴⁹ Die Gestaltungspotentiale, die § 6 a BauNVO liefert, erlauben es sogar, innerhalb des urbanen Gebiets aus städtebaulichen Gründen⁵⁰ und unter Beachtung der Marktbedingungen⁵¹ die konkrete Form der Nutzungsmischung zu definieren (§ 6 a Abs. 4 BauNVO) und bspw. nach Abs. 4 Nr. 3 in Gebäuden einen im Bebauungsplan bestimmten Anteil der zulässigen Geschossfläche für Wohnungen zu reservieren.⁵²

Der mit § 6 a BauNVO verfolgte Regelungsansatz wurde schließlich durch die ergänzende Lockerung von Immissionsschutzrechtlichen Grenzwerten abgerundet.⁵³ Hierdurch wurde primär der Schutzstandard der Wohnnutzung abgesenkt.⁵⁴ Damit ist es möglich geworden, nicht störende Gewerbebetriebe in das Stadtbild wieder einzugliedern,⁵⁵ denn anders als in Mischgebieten, sieht die TA Lärm tagsüber einen Grenzwert von 63 dB(A) vor, welcher mithin 3 dB(A) über dem Vergleichswert des Mischgebiets liegt und damit eine Verdoppelung der Lärmbelastung erlaubt.⁵⁶

Diese Veränderungen des rechtlichen Bezugsrahmens sind für den Rechtsschutz im öffentlichen Baurecht von ganz entscheidender Bedeutung, denn im Bereich des Immissionsschutzes ist die Einhaltung der TA Lärm ein Indiz dafür, dass die Grenze dessen, was in dem jeweiligen Gebiet an Lärm zumutbar ist, nicht überschritten wird.⁵⁷ Anders gewendet: Mit der Entscheidung für einen höheren Immissionswert hat der Gesetz- und Verordnungsgeber zugleich die Zumutbar-

keitsschwelle für das Gebot der Rücksichtnahme spürbar angehoben, um die Zukunftsvorstellung der durchmischten

- 39 Vgl. 6.1 TA-Lärm; § 2 Abs. 1 der 16. BImSchV; § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV.
- 40 Siehe auch *Difu*, Planspiel zur Städtebaunovelle 2016/2017, Endbericht, im Auftrag des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR), Januar 2017, S. 91 ff., 97, abrufbar unter: https://difu.de/sites/difu.de/files/endbericht_planspiel_zur_staedtebau_rechtsnovelle_2016_-_barrierefrei_final_mit_neuer_seite_11__72.pdf; ebenso Kment, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag 2020, S. D 59.
- 41 Zuletzt war dies das Baulandmobilisierungsgesetz vom 14.06.2021, BGBl. I S. 1802 (Nr. 33).
- 42 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt vom 04.05.2017, BGBl. I S. 1057 (Nr. 25).
- 43 Siehe hierzu *Decker* in: Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO, 10. Aufl. 2022, § 15 BauNVO Rn. 1 ff.
- 44 Vgl. BT-Drs. 18/10942, 56.
- 45 Vgl. § 17 Satz 1 BauNVO.
- 46 Der Wortlaut des § 6 a BauNVO und die Gesetzesmaterialien sprechen dafür, dass es drei Hauptnutzungen gibt; so auch *Battis/Mitschang/Reidt*, NVwZ 17, 817 (824); *Franßen*, ZUR 2017, 532 (533); für zwei Hauptnutzungen: *Blechschi* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 12 f.
- 47 *Kment*, NJW-Beilage 2022, 48 (50); *Schink*, UPR 18, 167 (168); a. A. *Decker*, KommunalPraxis spezial 17, 110 (111), der einen Anteil von 33,33 % für jede Hauptnutzungsform fordert; vgl. demgegenüber zum Mischgebiet, wo eine gleichgewichtete Nutzung verlangt wird: BVerwG, Urt. v. 04.05.1988 – 4 C 34/86 – BVerwGE 68, 207 (210).
- 48 *Otto*, gif im Fokus 17, 10 (15): „Bekämpfung der Wohnraumknappheit“.
- 49 *Roeser* in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 5. Aufl. 2022, § 6 a Rn. 6; *Schink*, NVwZ 2017, 1641 (1642); vgl. die unterschiedlichen Verteilungsquoten bei *Schmidt-Eichstaedt* in: Spannowsky/Hofmeister, Schutz vor Luftschadstoffen und Lärm durch städtebauliche Planung, 2018, S. 59 (63); *Hellriegel*, gif im Fokus 17, 5 (7); *Otto*, gif im Fokus 17, 10 (13); für einzelfallabhängige Bewertungen *Köppen/Mitschang*, BauR 2019, 754 (755 f.), *Uechtritz*, BauR 2018, 1631 (1634).
- 50 *Blechschi* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 63 ff.; *Köppen/Mitschang*, BauR 2019, 754 (758); a. A. *Hornmann* in: BeckOK, BauNVO, Stand April 2024, § 6 a Rn. 64.
- 51 *Blechschi* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 63 ff.
- 52 *Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag 2020, S. D 58; vgl. auch *Blechschi* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 63 ff.
- 53 Vgl. zur Änderung von TA-Lärm (Gewerbelärm) und der 18. BImSchV (Sportstättenlärm) *Kricke/Blasius*, BauR 2018, 749/750 (753 ff).
- 54 Kritisch *Hornmann* in: BeckOK, BauNVO, Stand April 2024, § 6 a Rn. 34.4; *Franßen*, DVBl 2018, 480 (485); a. A. BT-Drs 18/10942, 32: „ohne dabei das grundsätzlich hohe Lärmschutzniveau zu verlassen.“
- 55 *Krautzberger/Stier*, DVBl 2018, 7 (15).
- 56 BT-Drs. 18/11454, S. 1, 6, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/114/1811454.pdf>; *Hornmann* in: BeckOK, BauNVO, Stand April 2024, § 6 a Rn. 34.4 mit Verweis auf *Thiel* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 81. EL 2016, § 3 Rn. 63; *Fricke/Blasius*, BauR 2018, 749 (753); *Franßen*, ZUR 2017, 532 (532 f.).
- 57 *Pützenbacher* in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 3. Aufl. 2024, § 15 Rn. 105 ff.; *Söfker* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: August 2022, § 15 Rn. 21 ff.; *Roeser* in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 5. Aufl. 2022, § 15 Rn. 32.

Stadt zu realisieren. Indem die Empfindlichkeit und Schutzwürdigkeit herabgesetzt werden, wird die Stellung der Bewohner in einem urbanen Gebiet geschwächt und ihre Werftaftigkeit gegen Beeinträchtigungen sinkt.⁵⁸ Sie können im Vergleich zum Mischgebiet weniger an Rücksicht einfordern, da das urbane Gebiet auch der Ansiedelung solcher Gewerbebetriebe gegenüber offensteht, die in einem Mischgebiet aufgrund ihrer Lärmemissionen unzulässig sind.

2. Geschwächter Gebietserhaltungsanspruch im urbanen Gebiet

Dieser rechtsschutzbezogene Abwärtstrend wird dadurch verstärkt, dass der Gebietserhaltungsanspruch in den urbanen Gebieten ebenfalls an Konturen verliert. Da das urbane Gebiet gem. § 245c Abs. 3 BauGB nur durch planerische Festsetzung, nicht aber durch die Eigenart der näheren Umgebung nach § 34 Abs. 2 BauGB Relevanz erlangt,⁵⁹ ist zwar der räumliche Geltungsbereich dieses Erhaltungsanspruchs leicht erkennbar, nicht aber sein konkreter Gehalt. Aus der Schicksalsgemeinschaft der Planbetroffenen wird zwar allgemein abgeleitet, dass alle Eigentümer innerhalb des Baugebiets sämtliche gebietsfremden Nutzungen abwehren können, unabhängig davon, ob es sich um störende oder störungsempfindliche gebietsfremde Nutzungen handelt.⁶⁰ Diese komfortable Stellung schrumpft jedoch empfindlich im Kontext von Mischgebieten. So ist bereits beim klassischen Mischgebiet, welches eine ganze Bandbreite an Vorhabenarten in sich aufnehmen kann,⁶¹ das Merkmal der Gebietsfremdheit in der Regel mit geringer Selektionskraft ausgestattet⁶² und der Patronengürtel des belasteten, rechtsschutzsuchenden Nachbarn ausgedünnt. Zumeist reduziert sich die Schutzwirkung darauf, die quantitative und qualitative Balance innerhalb des Baugebiets zu garantieren, sodass keine der jeweils gebietsprägenden Nutzungen signifikant überwiegt und eine gleichwertige Durchmischung des Gebiets gefährdet ist.⁶³ Beim urbanen Mischgebiet geht aber selbst diese letzte wehrhafte Bastion verloren. Dazu trägt bei, dass das urbane Gebiet zunächst neben Wohnnutzungen und Gewerben auch sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen, die die Wohnnutzung nicht wesentlich stören, eine Heimat geben kann.⁶⁴ Nicht ohne Grund spricht man deshalb von einem „Universalggebiet“,⁶⁵ das nur ein geringes Ausschlusspotenzial bereithält. Hinzu tritt, dass die Nutzungsmischung im urbanen Gebiet gem. § 6 a Abs. 1 Satz 2 BauNVO nicht gleichgewichtig sein muss, das urbane Gebiet also – wie der Gesetzgeber intendiert – eine „flexiblere Mischung der verschiedenen Gebäudenutzungen“⁶⁶ zulässt. Wo die Toleranzbereitschaft der betroffenen Eigentümer im Einzelfall an ihre Schmerzgrenze stößt und der Drittrechtsschutz einsetzt, ist bislang noch nicht abschließend geklärt. Eine Gewichtsverschiebung von 80 % zu 20 % wird durchaus erwogen,⁶⁷ wobei es auch zulässig sein soll, einzelnen Elemente des urbanen Gebiets – etwa die sozialen oder kulturellen Einrichtungen – gar nicht in das Baugebiet aufzunehmen.⁶⁸

In der Gesamtbilanz des urbanen Gebiets bleibt beim Nachbarrechtsschutz ein eher durchwachsender Eindruck zurück: Der Gebietserhaltungsanspruch vermag kaum zu greifen. Wer vermutet, dass mit dem niedrigen Konfliktlösungsniveau des Baugebiets die Geburtsstunde eines an Bedeutung gewinnenden, im Einzelfall kompensierenden⁶⁹ Gebots der Rücksichtnahme schlägt, wird enttäuscht. Das

geschwächte Rücksichtnahmegebot kann die Einbußen nicht (vollständig) kompensieren. Allenfalls in Bereichen, in denen es nicht um Lärmmissionen geht,⁷⁰ sondern beispielsweise um Geruchsbelästigungen im Außenbereich sozialer Einrichtungen,⁷¹ Lichtmissionen durch Spiegelfenster eines Bürogebäudes⁷² oder unzureichende Stellplatzkapazitäten eines Einzelhandelsbetriebs⁷³ wird das Rücksichtnahmegebot akti-

58 *Blechtschmidt* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 73 ff.

59 Vgl. *Reidt* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 245c Rn. 4.

60 *Reidt* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb §§ 29-38 Rn. 36.

61 Zum zulässigen Inhalt von Mischgebieten siehe *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Mai 2018, § 6 Rn. 22 ff.

62 *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Mai 2018, § 6 Rn. 1, 10b.

63 Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.02.2023 – 1 ME 107/22 – NVwZ 2023, 938 (938); *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Mai 2018, § 6 Rn. 10b.

64 *Blechtschmidt* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 40 ff.

65 So beispielsweise *Franßen*, ZUR 2017, 532 (538).

66 BT-Drs. 18/11454, S. 6; siehe auch *Scheidler*, VR 2017, 397 (400); ähnlich auch BT-Drs 13/6392, 127, wonach die „BauNVO als flexibles Instrument für die Ermöglichung von fast allen Formen von Nutzungsmischungen einerseits und für die Verhinderung unzumutbarer Störungen andererseits“ zu verstehen sei.

67 So *Nicolai*, NordÖR 2017, 369 (372). Schink, UPR 2018, 167 (169) hält sogar 10 % als „Mindestmaß“ für akzeptabel; ohne feste Grenzwerte: *Blechtschmidt* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 14; vgl. zu den Grenzwerten zur Durchmischung im Mischgebiet *Blechtschmidt* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2018 § 6 BauNVO Rn. 11.

68 Die Ansicht ist wohl abhängig davon, ob man von zwei oder drei Gruppen als Hauptnutzungen ausgeht. Für zwei Gruppen und damit einen möglichen Ausschluss von sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen – als Unterfall des nicht wesentlich störenden Gewerbes – wohl *Blechtschmidt* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: Februar 2022, § 6 a Rn. 13 f. sowie *Hornmann* in: BeckOK, BauNVO, Stand April 2024, § 6 a Rn. 25.

69 Zur Funktion des Gebots der Rücksichtnahme als Instrument zum sachgerechten Interessenausgleich auf einer nachgelagerten Entscheidungsstufe siehe oben unter B. II. 3.

70 Siehe hierzu die obigen Ausführungen zu § 6 a BauNVO unter C. I. 1.

71 Zu Geruchsimmissionen: BVerwG, Beschl. v. 28.07.2010 – 4 B 29/10 – BRS 76 Nr. 191, 924 (924 f.); OVG Münster, Beschl. v. 29.10.2010 – 2 A 1475/09 – BRS 76 Nr. 193, 931 (932 f.); OVG Münster, Ur. v. 20.09.2007 – 7 A 1434/06 – BRS 71 Nr. 58, 286 (290 ff.) und OVG Münster Ur. v. 02.12.2013 – 2 A 2652/11 – BauR 2014, 959 (960 ff.); vgl. auch *Uechtritz*, DVBl 2016, 90 (98 f.).

72 Zu Lichtmissionen VGH Mannheim, Ur. v. 18.11.2010 – 5 S 2112/09 – BRS 76 Nr. 183, 891 (892 ff.); vgl. auch *Uechtritz*, DVBl 2016, 90 (99 f.).

73 Zur Stellplatzproblematik: OVG Münster, Ur. v. 10.07.1998 – 11 A 7238/95 – NVwZ-RR 1999, 365 (366 f.); OVG Münster Beschl. v. 15.11.2005 – 7 B 1823/05 – NVwZ-RR 2006, 306 (307); OVG Münster Beschl. v. 09.03.2007 – 10 B 2675/06 – NVwZ 2007, 735 (736); ebenso OVG Bremen, Beschl. v. 18.10.2002 – 1 B 315/02 – NVwZ-RR 2003, 549 (550 f.) und VGH Mannheim, Beschl. v. 10.01.2008 – 3 S 2773/07 – NVwZ-RR 2008, 600 (601); vgl. auch *Uechtritz*, DVBl 2016, 90 (94 f.).

viert werden können. Ob es zugunsten des Nachbarn greift, hängt davon ab, ob die neuen Belastungen ihn wesentlichen stören.⁷⁴ Bei dieser Beurteilung wird sich auswirken, dass Baugrundstücke, die in einem urbanen Gebiet liegen, allein wegen dieser urbanen Lage als „rechtlich vorbelastet“ angesehen werden.⁷⁵ Sie werden sich deshalb mit einem deutlich abgeschwächten Rechtsschutz begnügen müssen.

3. Weniger Rücksichtnahme bei Einsichtnahme und Verschattung im urbanen Raum

Diese „Vorbelastungsthese“ lässt sich abstützen, wenn man aktuelle Entscheidungen zu Einsichtnahmen und Verschattungen hinzuzieht. In diesen Fällen existieren keine gesetzlich fixierten Grenzwerte oder untergesetzliche Regelwerke wie technische Anleitungen. Deshalb schöpfen Gerichte allein aus dem Gebot der Rücksichtnahme die Maßstäbe für ihre Urteile und passen sich bei seiner Auslegung erkennbar den neuen Bedürfnissen des urbanen Lebens an. So stellt das Verwaltungsgericht München fest, dass das Rücksichtnahmegebot dem Nachbarn nicht das Recht gebe, vor jeglicher Beeinträchtigung, speziell vor jeglichen Einblicken auf sein Grundstück, verschont zu bleiben: „Gegenseitige Einsichtnahmemöglichkeiten sind im innerstädtischen Bereich unvermeidlich“,⁷⁶ meint die Kammer. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung gehört es in bebauten innerörtlichen Bereichen sogar „zur Normalität“,⁷⁷ dass von benachbarten Grundstücken bzw. Gebäuden aus Einsicht in andere Grundstücke und Gebäude genommen werden kann. Ähnlich beurteilt das OVG Hamburg die Rechtslage in der Hansestadt: „Die von der Klägerin gerügten Einsichtsmöglichkeiten aus dem Ober- und dem Dachgeschoss des Nachbarhauses auf ihr Haus und ihren Garten sind zumutbar. Anzahl, Größe und Lage der Fenster gehen nicht über das übliche Maß hinaus. Sich daraus ergebende Einsichtsmöglichkeiten in Gärten, Terrassen und Fenster auf Nachbargrundstücken sind unter den Bedingungen der sich in der Großstadt notwendigerweise verdichteten Bebauung nicht zu vermeiden und damit eine grundsätzlich hinzunehmende Selbstverständlichkeit.“⁷⁸ Was heißt das konkret? Die Bürger müssen in den Städten enger zusammenrücken, auch um neuen Wohnraum zu schaffen. Diese neuen Realitäten erzeugen neue Rahmenbedingungen, die von der Rechtsprechung aufgegriffen und unmittelbar in die flexiblen Steuermechanismen des Rechts eingespeist werden. Das elastische Gebot der Rücksichtnahme⁷⁹ drängt sich hierzu geradewegs auf.

Ähnlich sieht die Entwicklung bei der Verschattung von Grundstücken aus: Hier muss der Stadtbewohner ebenfalls Einschränkungen hinnehmen, wie das OVG Bremen urteilt: „Zwar“ – so das Gericht – „mindert das Bauvorhaben der Beigeladenen in den Wintermonaten die Besonnung des Grundstücks der Antragstellerin. [...] Diese Auswirkung ist jedoch nicht rücksichtslos. Sie gehört zu den Belastungen, die innerhalb einer verdichteten innerstädtischen Wohnbebauung hingenommen werden müssen.“⁸⁰ Bestätigend meint die Gerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, diesmal für Düsseldorf: „In einem bebauten innerstädtischen Wohngebiet muss [...] immer damit gerechnet werden, dass Nachbargrundstücke innerhalb des durch baurechtliche Vorschriften vorgegebenen Rahmens baulich ausgenutzt werden und es zu einer Verschattung des eigenen Grundstücks kommt.“⁸¹ Und

der Bayerische VGH schließt mit der Feststellung: „Verringerungen des Lichteinfalls bzw. ein Verschattungseffekt [sind] als typische Folgen der Bebauung insbesondere in innergemeindlichen bzw. innerstädtischen Lagen bis zu einer im Einzelfall zu bestimmenden Unzumutbarkeitsgrenze hinzunehmen [...]“⁸²

Der bunte Strauß an Urteilen veranschaulicht sehr plastisch, die Anpassungsfähigkeit und Gestaltungspotenziale des Gebots der Rücksichtnahme, besonders in Bereichen reduzierter bis fehlender gesetzlicher Normierungen. Besonders interessant ist es, an dieser Stelle die dogmatischen Grundlagen des Gebots der Rücksichtnahmen zu erkennen, die fein in die herangezogenen Urteile eingewoben sind. Das Gebot der Rücksichtnahmen ist nämlich nicht nur rechtliche Kategorie, sondern auch Vehikel für „außerrechtliche“ Bewertungen.⁸³ Es verarbeitet Gesichtspunkte der allgemeinen Akzeptanz, der sozialen Adäquanz und der Herkömmlichkeit.⁸⁴ Damit endet der Schutz des Gebots der Rücksichtnahme und mit ihm der Rechtsschutz eines Nachbarn dort, wo sich belas-

- 74 Vgl. zu diesem Maßstab *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, Stand: August 2022, § 15 Rn. 34.
- 75 Vgl. *Kment*, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, Gutachten D zum 73. Deutschen Juristentag 2020, S. D 79.
- 76 VG München, Beschl. v. 16.01.2017 – M 8 SN 16.2877 – Rn. 27, 30 (zit. n. juris); OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2020 – 10 A 361/20 – Rn. 29 ff. (zit. n. juris). Siehe auch *Pützenbacher*, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 3. Aufl. 2024, § 15 Rn. 178.
- 77 BayVGH, Beschl. v. 10.01.2020 – 15 ZB 19.425 – Rn. 17 (zit. n. juris); so schon VG Gelsenkirchen, Urt. v. 16.03.2016 – 10 K 3231/13 – Rn. 80 ff. (zit. n. juris); OVG Magdeburg, Urt. v. 12.12.2001 – 2 M 162/11 – BRS 78 Nr. 98, 455 (457); OVG Bautzen, Urt. v. 31.05.2011 – 1 A 296/09 – Rn. 30 (zit. n. juris). Siehe ferner: *Rieger* in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 31 Rn. 82b; *Uechtritz*, DVBl. 2016, 90 (94).
- 78 OVG Hamburg, Beschl. v. 26.09.2007 – 2 Bs 188/07 – ZfBR 2008, 283 (284); ähnlich OVG Münster, Beschl. vom 30.10.2015 – 7 B 1031/15 – Rn. 7 ff. unter Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 18.02.2014 – 7 B 1416/13 – Rn. 9 (zit. n. juris): „In einem bebauten innerstädtischen Wohngebiet müssen Nachbarn hinnehmen, dass Grundstücke innerhalb des durch das Bauplanungs- und das Bauordnungsrecht (insbesondere § 6 BauO NRW) vorgegebenen Rahmens baulich ausgenutzt werden und es dadurch zu Einsichtsmöglichkeiten kommt, die in einem bebauten Gebiet üblich sind.“; siehe auch *Stühler*, BauR 2009, 1076 (Fn. 108).
- 79 S.o. unter B. II. 3.
- 80 OVG Bremen, Beschl. v. 19.03.2015 – 1 B 19/15 – BRS 83, Nr. 118, 722 (725); *Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, Vorb §§ 29-38 Rn. 69.
- 81 VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.12.2018 – 9 L 3222/18 – Rn. 19 ff. (zit. n. juris) unter Verweis auf OVG NRW, Beschl. v. 30.10.2015 – 7 B 1031/15 – Rn. 7 (zit. n. juris); *Baars*, BauR 2019, 901 (903).
- 82 BayVGH, Beschl. v. 05.09.2016 – 15 CS 16.1536 -, Rn. 31 (zit. n. juris) unter Verweis auf BayVGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 1 CS 08.2770 – BayVBl. 2009, 751 (753); Beschl. v. 16.10.2012 – 1 CS 12.2036 – Rn. 5 (zit. n. juris); BayVGH, Urt. v. 18.07.2014 – 1 N 13.2501 – BayVBl. 2015, 166 (169); BayVGH, Beschl. v. 03.06.2016 – 1 CS 16.747 – Rn. 7 f. (zit. n. juris); OVG Bremen, Beschl. v. 19.03.2015 – 1 B 19/15 – BRS 83, Nr. 118, 722 (725); Sächs. OVG, Beschl. v. 04.08.2014 – 1 B 56/14 – Rn. 19 (zit. n. juris).
- 83 BVerwG, Beschl. v. 03.05.1996 – 4 B 50/96 – NVwZ 1996, 1001 (1002).
- 84 *Pützenbacher*, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 3. Aufl. 2024, § 15 Rn. 109.

tende Verhaltensweisen oder Zustände im Rahmen des sozialen Zusammenlebens – jedenfalls nunmehr – als üblich oder zumindest tolerierbar erweisen.⁸⁵ Diese Maßstäbe der Sozialadäquanz aufzugreifen, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die sich vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wandels und des technischen Fortschritts immer wieder aufs Neue vollziehen muss, um soziale Veränderungsprozesse nicht zu verpassen.⁸⁶ Es lohnt sich vor diesem Hintergrund, zwei Entwicklungslinien in Zukunft genau zu beobachten: (1.) Wird der gesellschaftliche Konsens auf Dauer halten, der uns zur Schaffung bezahlbaren Wohnraums, zur Neugestaltung der Städte und letztlich zur Bewahrung des globalen Klimas enger zusammenrücken lässt? Und falls er zerbricht, werden (2.) die Gerichte dann dem Gebot der Rücksichtnahme neue Maßstäbe einhauchen? Oder wird das, was gesellschaftspolitisch Konsens bleiben sollte, zu diesem erklärt?

II. Erneuerbare Energien als vorrangige Belange in der Schutzgüterabwägung und die Schwächung des Nachbarschutzes

1. Neue Regeln zur optisch bedrängenden Wirkung gem.

§ 249 Abs. 10 BauGB

Wechselt man den Blick vom Innenbereich auf den Außenbereich, spielen Wohnraumsuche und die Gestaltung der Städte hier naturgemäß kaum eine Rolle;⁸⁷ umso schwerer wiegen Klimaschutz und Energiewende, konkret: der Ausbau erneuerbarer Energien. Um den Ausbau erneuerbarer Energien im Außenbereich zu beschleunigen, hat der Gesetzgeber rechtliche Neuausrichtungen unternommen,⁸⁸ die auch das Gebot der Rücksichtnahme betreffen. Mit § 249 Abs. 10 BauGB hat er einen konkreten Anwendungsfall des Gebots der Rücksichtnahme an sich gerissen und legislativ entschieden.⁸⁹ Die Grenzlinie zwischen einer unzulässigen optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen und ihrer rechtmäßigen Spielart liegt nunmehr exakt bei einem Abstand der zweifachen Höhe der Windenergieanlage zu einer Wohnnutzung.⁹⁰

2. Aufwertung von erneuerbaren Energien gem. § 2 EEG

Ähnlich effektive, aber breiter angelegte Vorfahrtsregeln will der Bundesgesetzgeber auch mit § 2 EEG einführen.⁹¹ Deshalb ordnet er an, dass Errichtung und Betrieb von Anlagen, die erneuerbare Energie erzeugen, im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien zudem als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Mit diesem klaren Bekenntnis zugunsten des Ausbaus erneuerbarer Energien greift der Gesetzgeber in die Abwägungsarchitektur des § 35 BauGB ein,⁹² modifiziert Stellenwert bzw. Gehalt des Gebots der Rücksichtnahmen und drängt damit zugleich auch den nachbarlichen Rechtsschutz im Außenbereich zurück.

Um die Regelungsdimension des § 2 EEG vollständig abzubilden, muss zunächst festgehalten werden, dass im Rahmen des § 35 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 BauGB eine „nachvollziehende“ Abwägung vorzunehmen ist, welche die Interessen an der Verwirklichung eines Vorhabens nach Abs. 1 den

tangierten öffentlichen Belange nach Abs. 3 gegenüberstellt.⁹³ Im Rahmen dieser Abwägung wirkt sich die Privilegierung zugunsten der Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB begünstigend aus; der Gesetzgeber hat den privilegierten Vorhaben nämlich gerade den Außenbereich zugewiesen, um sich dort zu verwirklichen.⁹⁴ Allerdings ist die „nachvollziehende Abwägung“ keine Abwägung im Sinne des § 1 Abs. 7 BauGB. Sie kann also nur der Frage nachgehen, ob ein öffentlicher Belang im Sinne des Abs. 3 betroffen ist, jedoch keine Kompensationen als Ergebnis eines Konfliktbewältigungsprogramms hervorbringen.⁹⁵

Auf diesen Entscheidungsprozess wirkt § 2 EEG ein und stattet erneuerbare Energien mit einem Gewichtungsvorrang aus, der den begünstigten Vorhaben jedoch keinen absoluten Vorrang einräumt.⁹⁶ § 2 S. 2 EEG spricht ausdrücklich von einer „jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägung“, will also den Charakter des offenen Entscheidungsprozesses, in den er einbricht, nicht gänzlich aufheben.⁹⁷ Der Gewichtungsvorrang des § 2 S. 2 EEG bewirkt, dass sich im Regelfall die Interessen der erneuerbaren Energien im Entscheidungspro-

85 Pützenbacher, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2024; § 15 Rn. 109.

86 BVerwG, Beschl. v. 03.05.1996 – 4 B 50/96 – NVwZ 1996, 1001 (1002); Pützenbacher, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2024; § 15 Rn. 109.

87 Der Außenbereich ist von Bebauung freizuhalten, vgl. Jarass/Kment, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 35 Rn. 1; Speiß in: Jäde/Dimberger, BauGB/BauNVO, 10. Aufl. 2022, § 35 Rn. 3.

88 Einführung von § 249 Abs. 10 BauGB durch Artikel 2 des Gesetzes zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 04.01.2023 (BGBl. I Nr. 6) und § 2 EEG durch Artikel 1 Nr. 1 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiterer Maßnahmen im Stromsektor vom 28.07.2022, (BGBl. I S. 1237).

89 Lingemann, NVwZ 2023, 1634 (1635).

90 Zur Berechnung der Höhe der Windenergieanlage vor Einführung des § 249 Abs. 10 BauGB: BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72/06 – NVwZ 2007, 336 (337) und OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05 – ZUR 2006, 608 (609): 1 H = Nabenhöhe des Mastfußes + 0,5 Rotordurchmesser.

91 Zur Intention: BR-Drs. 162/22, 177.

92 Zu Auswirkungen von § 2 EEG auf das Bauplanungsrecht Parzefall, NVwZ 2022, 1592; ergänzend zu Auswirkungen von § 2 EEG auf das Fachrecht: Schlacke/Wentzien/Römling, NVwZ 2022, 1577 (1578 ff.).

93 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.06.2014 – 4 B 47/13 – ZfBR 2014, 773 (774); BVerwG, Urt. v. 19.07.2001 – 4 C 4.00 – BVerwGE 115, 17 (24); BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12 – BVerwGE 147, 118 (121); Mitschang/Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 70.

94 Allerdings wird kein konkreter Standort garantiert vgl. Jarass/Kment, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 35 Rn. 4.

95 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.02.1973 – 4 C 61.70 – BVerwGE 42, 8 (14); BVerwG, Urt. v. 18.02.1983 – 4 C 19.81 – NJW 1983, 2716 (2717 f.); Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Oktober 2023, § 35 Rn. 77.

96 BVerwG, Urt. v. 25.05.2023 – 7 A 7.22 – NVwZ 2023, 1733 (1737) und BayVGH Beschl. v. 01.03.2024 – 8 CS 23.2222 – Rn. 23 (zit. n. juris); Uechtritz, DVBl. 2022, 1241 (1245 f.); Erbguth, DVBl 2023, 510 (515).

97 Erbguth, DVBl 2023, 510 (515).

zess durchsetzen, jedoch dann zurücktreten, wenn in Ausnahmefällen andere Schutzgüter schwerer wiegen.⁹⁸ Die abstrakte Aufwertung der erneuerbaren Energien im Widerstreit mit anderen Belangen erinnert an frühere „Optimierungsgebote“ nun auch „Abwägungsdirektiven“ genannt,⁹⁹ die allerdings wegen ihres zweifelhaften Nutzens in der Rechtsprechung bislang nur wenig Zuspruch fanden.¹⁰⁰ Sie schlagen regelmäßig verfahrensrechtlich in eine Begründungserleichterung um, wenn den Belangen des begünstigten Vorhabens nachgegeben wird, und etablieren gesteigerte Begründungslasten bei der Vorhabenzurückstellung.¹⁰¹ Vor diesem Hintergrund fällt es nicht ganz leicht, die Auswirkungen des § 2 EEG auf das Gebot der Rücksichtnahme rechtsdogmatisch punktgenau zu bestimmen. Erschwerend kommt nämlich dazu, dass das Gebot der Rücksichtnahme sowohl in seiner Verankerung in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB (bei Immissionsbezug),¹⁰² als auch als ungeschriebener Belang¹⁰³ in seiner Grundanlage darauf ausgelegt ist, ohnehin nur im Ausnahmefall als Korrektiv zu wirken.¹⁰⁴ Daraus mag man schließen, dass § 2 EEG gar keine Auswirkungen auf das Gebot der Rücksichtnahme hat, da es den bestehenden Wertungsmechanismus nur wiederholt. Ebenso gut kann man zu dem Schluss kommen, dass § 2 EEG den ohnehin defensiven Mechanismus des Gebots der Rücksichtnahme zusätzlich verstärkt und nur noch Ausnahmefälle von Ausnahmefällen als Gegengewicht zu erneuerbaren Energien gelten lässt. Die Entscheidung zwischen den Alternativen darf gerne offenbleiben, da diese dogmatischen Schattierungen ein abstraktes Gedankenspiel zu beflügeln vermögen, in der Praxis allerdings nicht abzubilden sind. Es bleibt in der Sache dabei, dass nur in besonderen Ausnahmefällen erneuerbare Energien zurücktreten müssen.¹⁰⁵ Damit verliert das Gebot der Rücksichtnahmen nicht seine Rolle als „Türöffner“ für den Rechtsschutz des betroffenen Nachbarn,¹⁰⁶ wird aber nur selten zu einem erfolgreichen Ausgang des Verwaltungsprozesses etwas Substantielles beitragen können.

Zur Vervollständigung des Gesamtbildes ist noch zweierlei anzumerken: Erstens, die Ansiedlung von Windenergieanlagen wurde weder in der Vergangenheit noch wird sie in der Zukunft einem „nachvollziehenden Abwägungsprozess“ nach § 35 BauGB überlassen. Nachdem die Konzeption der Konzentrationszonenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aus vielerlei Gründen gescheitert ist,¹⁰⁷ übernimmt nunmehr die Sonderregelung nach § 249 BauGB die Steuerung.¹⁰⁸ Dabei wird primär auf die Ausweisung von Windenergiegebieten i. S. d. § 2 Nr. 1 WindBG,¹⁰⁹ also auf planerische Ausweisungen, gesetzt. Das Gebot der Rücksichtnahme wird sich daher im Rahmen des § 35 BauGB wohl nicht mit Windenergieanlagen beschäftigen, außer wir haben einen Fall des Repowerings.¹¹⁰ Im Übrigen wird es sich eher – mit verminderter Kraft – privilegierten Photovoltaikanlagen entgegenwerfen.¹¹¹ Zweitens ist die Regelung des § 2 EEG nicht mit § 13 KSG zu vergleichen ist. Letztgenannte Vorschrift zum Klimaschutz spricht lediglich ein Berücksichtigungsgebot aus,¹¹² das die Dominanz des § 2 EEG nicht erreichen kann.

D. Fazit

Auf dem Weg zu mehr Wohnraumkapazitäten, einer Neugestaltung unserer Städte und dem Umbau der Energieinfra-

struktur hat der Rechtsschutz des Nachbarn Einbußen verzeichnen müssen. Dies wurde exemplarisch am Gebot der Rücksichtnahme dargelegt. Das Gebot der Rücksichtnahme

- 98 *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577 (1578); *Attendorn*, NVwZ 2022, 1586 (1588 ff.).
- 99 BVerwG, Urt. v. 28.01.1999 – 4 CN 5–98 – NVwZ 1999, 1222 (1222 ff.); BVerwG, Urt. v. 23.02.2005 – 4 A 4/04 – NVwZ 2005, 803 (806 f.); BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 – 4 CN 2/06 – NVwZ 2007, 831 (831); BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 – 4 CN 3/11 – NVwZ 2012, 1338 (1342 f.); *Jarass/Kment*, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 85.
- 100 *Jarass/Kment*, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 85; *Riese* in: *Schneider/Riese*, VwGO, 44. EL März 2023, § 114 Rn. 197.
- 101 BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 – 4 CN 2/06 – NVwZ 2007, 831 (831); BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 – 4 CN 3/11 – NVwZ 2012, 1338 (1342 f.); *Reidt* in: *Bracher/Reidt/Schiller*, Bauplanungsrecht, 2022, 11.227; *Grüner*, UPR 2011, 50 (55 f.); *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577 (1578); *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 50 Rn. 19 f.; *Jarass/Kment*, BauGB, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 85.
- 102 *Mitschang/Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 79.
- 103 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.12.2019 – 4 B 21.19 – Rn. 5 (zit. n. juris); BVerwG, Urt. v. 27.06.2017 – 4 C 3.16 – ZfBR 2017, 791 (792); BVerwG, Urt. v. 06.12.1967 – IV C 94/66 – BVerwGE 28, 268 (274); OVG Münster, Beschl. v. 26.07.2017 – 8 B 396.17 – BauR 2017, 1372 (1374); OVG Greifswald, Beschl. v. 21.05.2014 – 3 M 236/13 – LKV 2014, 421 (423); *BayVGH*, Beschl. v. 07.05.2018 – 22 ZB 17.2134 – NuR 2019, 781 (787); zur „optisch bedrängenden Wirkung“ einer Windkraftanlage auf bewohnte Nachbargrundstücke im Außenbereich: *BayVGH*, Beschl. v. 01.12.2014 – 22 ZB 14/1594 – ZUR 2015, 184 (184 f.); zu Abschattungseffekten bei einer heranrückenden Windenergieanlage: OVG Koblenz, Urt. v. 26.06.2018 – 8 A 11691.17 – BauR 2018, 1718 (1723); zu Geruchsbeeinträchtigungen: BVerwG, Beschl. v. 04.12.2018 – 4 B 3.18 – BRS 86, Nr. 158, 1040 (1041 f.); OVG Münster, Urt. v. 21.09.2018 – 2 A 669.17 – BauR 2019, 473 (475 ff.); OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.04.2018 – 12 LA 83.17 – ZfBR 2018, 485 (485 ff.); *VGH Mannheim*, Beschl. v. 25.04.2016 – 3 S 1784.15 – ZfBR 2016, 694 (696); *VGH Mannheim*, Urt. v. 12.10.2017 – 3 S 1457.17 – NuR 2018, 132 (135 f.). In der Literatur hierzu unter anderem *Mitschang/Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 79.
- 104 Zum Ausnahmecharakter und der leidlichen Korrektivfunktion des Gebots der Rücksichtnahme siehe bereits oben unter B. II. 3.
- 105 *Attendorn*, NVwZ 2022, 1586 (1592); *Lingemann*, NVwZ 2023, 1634 (1637).
- 106 Siehe oben unter B. II.
- 107 Hierzu *Kment*, NVwZ 2022, 1153 (1153 f.); *Raschke/Roscher*, ZfBR 2022, 531 (533).
- 108 *Kment*, NVwZ 2023, 959 (960 f.); dies bezeichnend als „Paradigmenwechsel“ *Schlacke/Wentzien/Römling*, NVwZ 2022, 1577 (1586) oder als „Systemwechsel“ bereits *Kment*, NVwZ 2022, 1153 (1156).
- 109 Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz – WindBG) vom 20.07.2022, BGBl. I S. 1353 (Nr. 28); zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 08.05.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 151).
- 110 *Meurers*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Stand: Oktober 2023, § 249 Rn. 101.
- 111 Zu privilegierten PV-Anlagen siehe *Kment/Buck* in: *Hellwege/Wolff*: Klimakrisenrecht, S. 365 ff.; *Enzensperger*, NVwZ 2023, 1394 (1394 ff.).
- 112 *Kment*, NVwZ 2020, 1537 (1543); *Verheyen/Heß/Peters/Schöneberger*, NVwZ 2023, 113 (113 f.).

bietet sich hierzu an, da es sehr sensibel auf Veränderungen der Rechtsordnung reagiert und auch Verschiebungen in der Architektur des sozialen Zusammenlebens aufzugreifen in der Lage ist. Besondere Gewichtungsvorgaben für Verwaltungsentscheidungen mit Entscheidungsspielräumen, die bisweilen auch Abwägungsdirektiven oder Optimierungsgebote genannt werden, geben ihr Übriges hinzu, damit nachbarschützende Steuerungsinstrumente, die in grundsätzlich offenen Entscheidungsprozessen ihre Wirksamkeit

entfalten, stumpfe Schwerter bleiben. Es bleibt somit zu hoffen, dass sich die Rücknahmen beim Nachbarrechtsschutz am Ende auszahlen und die Herausforderungen der Gegenwart weniger und nicht mehr werden.

Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)

Arbeitskreis 7: Nachbarschutz im beplanten Innenbereich und ausgewählte Aspekte der Nachverdichtung

1. Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Kolleginnen und Kollegen,
das öffentlich-rechtliche Baurecht, die Schutznormtheorie und der Nachbarschutz gehören schon immer zu den Grundlagen der juristischen Ausbildung. Unwillkürlich ist deshalb jeder schon einmal mit diesem Rechtsgebiet in Berührung gekommen. Gleichwohl zeigt erst eine vertiefte Auseinandersetzung, welch spannende, interessante und lebensnahe Fragestellungen sich im öffentlichen Baurecht verbergen. Wie jede andere Rechtsmaterie ist das öffentliche Baurecht immer wieder in der Diskussion und Änderungen unterworfen und keineswegs „quasi in Stein gemeißelt“. Auch der öffentlich-rechtliche Nachbarschutz im Bauplanungsrecht, den wir heute vertieft betrachten wollen, beruht zwar auf einer gefestigten Rechtsprechung, ist aber gleichwohl einem stetigen Spannungsfeld aktueller Herausforderungen ausgesetzt. Dieses wollen wir – soweit es die Zeit zulässt wohl nur punktuell – beleuchten und miteinander diskutieren.

Der Vortrag will zunächst auf die Frage eingehen, wo oder wie im Bauplanungsrecht subjektiv-öffentliche Rechte zu finden sind. Dazu betrachten wir einzelne Festsetzungen und werfen einen kurzen Blick auf die Erteilung von Befreiungen sowie das Gebot der Rücksichtnahme, das im zweiten Referat noch genauer behandelt werden soll. In der Diskussion kann der Frage nachgegangen werden, ob der Nachbarschutz im beplanten Innenbereich ohne den Gebietserhaltungsanspruch nur ein „stumpfes Schwert“ darstellt.

Eng damit verknüpft sind die weiteren ausgewählten Aspekte. Beginnend mit der „Wannsee-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts, die die Frage des Nachbarschutzes im Bereich des Maßes der baulichen Nutzung aufwirft und eine breite Diskussion zwischen den Polen „Paradigmenwechsel“ und „es bleibt doch alles beim Alten“ ausgelöst hat. Schließlich befassen wir uns noch kurz mit dem Gebietsprägungserhaltungsanspruch, der in verwaltungsgerichtlichen Verfahren sehr häufig zur Abwehr unerwünschter Nachverdichtung bemüht wird. Betrachtet man einzelne Fälle – gerade im Wohnungsbau – hierzu, führt dies nicht selten zu der Frage, ob den

Nachbarn eine bestimmte Quantität an Wohnen nicht mehr zumutbar ist. Dazu später mehr. Lassen Sie uns zuerst ein paar Grundlagen betrachten:

2. Nachbarschutz, speziell im beplanten Innenbereich

Nachbarschutz im Zusammenhang mit einer vorhandenen Bauleitplanung wird insbesondere relevant, wenn das Bauvorhaben entweder den Festsetzungen widerspricht, eine Befreiung erteilt wurde oder ein Vorhaben, das zwar den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht, im Einzelfall aber gegen das Gebot der Rücksichtnahme nach § 15 Abs. 1 BauNVO verstößt. Bevor wir ins Detail einzelner Festsetzungen und deren Wirkung gehen, sollen zunächst ein paar zum Verständnis wichtige allgemeine Aspekte und gesicherte Aussagen zum öffentlich-rechtlichen Nachbarschutz im beplanten Innenbereich in Erinnerung gerufen werden:

Das Bauplanungsrecht unterscheidet für die Frage der Zulässigkeit von Anlagen, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben (vgl. § 29 Abs. 1 BauGB), drei Bereiche:

- Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB),
- Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB), der sogenannte Innenbereich und
- das Bauen im Außenbereich (§ 35 BauGB).

Die folgenden Betrachtungen und Ausführungen zum Nachbarschutz beschränken sich im Wesentlichen auf Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Hierzu zählen auch nach § 173 Abs. 3 Satz 1 BBauG 1960 übergeleitete baurechtliche Vorschriften und städtebauliche Pläne, soweit sie verbindliche Regelungen der in § 9 BauGB bezeichneten Art enthalten¹, was bei der sogenannten Wannsee-Entscheidung

¹ Vgl. z. B. zur Überleitung bayerischer Baulinienpläne: BVerwG, Beschl. v. 16.12.2003 – 4 B 105.03 – BauR 2004, 1266.

dung² noch eine Rolle spielen wird. Interessant ist hier vor allem die Frage, wie oder wo subjektiv-öffentliche Rechte für einen Dritt- oder Nachbartschutz in Bebauungsplänen zu finden sind.

Nach § 10 Abs. 1 BauGB wird der Bebauungsplan als Satzung beschlossen. Die getroffenen Festsetzungen haben daher Rechtsnormqualität. Bebauungspläne werden nach § 30 BauGB in drei Arten unterschieden:

- qualifizierte Bebauungspläne nach § 30 Abs. 1 BauGB, die die dort genannten Mindestvoraussetzungen erfüllen, d. h. mindestens Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 1 Abs. 2, 3 BauNVO) und das Maß der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 16 Abs. 2 BauNVO), die überbaubaren Grundstücksflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 BauNVO) und die örtlichen Verkehrsflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB) enthalten. Die Zulässigkeit von Vorhaben beurteilt sich in diesem Fall allein (abschließend) danach, ob das Vorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplans insgesamt³ – nicht nur den Mindestvoraussetzungen – nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist.
- vorhabenbezogene Bebauungspläne nach § 30 Abs. 2 i. V. m. § 12 BauGB. Für diese gilt der gleiche Zulässigkeitsmaßstab wie für qualifizierte Bebauungspläne.
- einfache Bebauungspläne nach § 30 Abs. 3 BauGB. Dies sind alle Bebauungspläne, die die Mindestvoraussetzungen nach § 30 Abs. 1 BauGB nicht erfüllen, d. h. eine oder mehrere der dort genannten vier Festsetzungen nicht enthalten. Die Zulässigkeit von Vorhaben in deren Bereich richtet sich neben den getroffenen Festsetzungen dann im Übrigen nach § 34 oder § 35 BauGB, d. h. in Abhängigkeit von der Lage des Vorhabens nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen des bauplanungsrechtlichen Innen- oder Außenbereichs.

Festsetzungen in Bebauungsplänen haben regelmäßig unterschiedliche Zielrichtungen. Häufig ergeben sie aus rein städtebaulichen oder – über die Implementierung von auf Landesrecht beruhenden Regelungen in den Bebauungsplan als Festsetzungen gem. § 9 Abs. 4 BauGB – gestalterischen Gründen. Daher kommt weder § 30 BauGB noch einem Bebauungsplan selbst generell drittschützende Wirkung zu⁴. Einen allgemeinen Plangewährleistungs- oder Planbefolgungsanspruch gibt es nicht.⁵ Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB hat auch niemand einen Anspruch die Aufstellung von Bauleitplänen (§ 1 Abs. 2 BauGB) sowie i. V. m. § 1 Abs. 8 BauGB deren Änderung, Ergänzung oder Aufhebung. Für einen Nachbartschutz im Geltungsbereich eines Bebauungsplans kommt es damit im Wesentlichen darauf an, ob die Festsetzungen, gegen die das Bauvorhaben verstößt oder von denen eine Befreiung⁶ erteilt wurde, nachbartschützenden Charakter haben.

Ob und Umfang des Drittschutzes einer planerischen Festsetzung hängen grundsätzlich vom Willen des Plangebers ab. Der örtliche Satzungsgeber darf regelmäßig selbst entscheiden, ob er eine Festsetzung auch zum Schutz Dritter trifft.⁷ Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Denn zu den Aufgaben des Bauplanungsrechts gehört es, die einzelnen Grundstücke einer auch im Verhältnis untereinander verträglichen Nutzung zuzuführen⁸. Aus dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7

BauGB sowie der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kann sich deshalb die Notwendigkeit ergeben, einer Festsetzung zur Vermeidung der Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen das Abwägungsgebot nach § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB Drittschutz zuzubilligen⁹. Allein, dass der Plangeber seiner Pflicht zur gerechten Abwägung der betroffenen Belange nachgekommen ist, genügt allerdings noch nicht, den Festsetzungen Drittschutz beizumessen.¹⁰ Aber wie findet man nun konkret heraus, ob eine Festsetzung drittschützende Wirkung hat?

Unproblematisch sind natürlich die Fälle, in denen der Plangeber einer Festsetzung unmittelbar und eindeutig durch eine entsprechende Formulierung oder Begründung eine nachbartschützende Wirkung beimisst. Dies dürfte – wie die Praxis zeigt – jedoch eher die Ausnahme sein.¹¹

Da sich ein entsprechender Wille somit in den seltensten Fällen eindeutig und unmittelbar aus dem Bebauungsplan selbst ergibt, ist zu klären, wie die Drittschutzwirkung einer Festsetzung ermittelt werden kann. Eine solche nachbar- oder drittschützende Wirkung ist dabei im Rahmen der Auslegung des Schutzzwecks der jeweiligen Festsetzung zu ermitteln.¹² Dies entscheidet sich wiederum nach dem Inhalt der jeweiligen Festsetzung eines Bebauungsplans im konkreten Einzelfall. Fehlt es dabei, wie bereits ausgeführt in den meisten Fällen an einer ausdrücklichen Regelung durch den Satzungsgeber, kann auf die Planbegründung,¹³ die Entstehungsgeschichte,¹⁴ auf sonstige Vorgänge im Zusammenhang mit der Planaufstellung¹⁵ oder auf die Planzeichnung

2 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = BayVBl. 2019, 855.

3 *Söfker* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Stand Mai 2023, § 30 Rn. 20.

4 *Seidel*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbartschutz, 1. Aufl. 2000, Rn. 380; *Söfker* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Stand Mai 2023, § 30 Rn. 55.

5 BVerwG, Urt. v. 10.12.1982 – 4 C 49.79 – BayVBl. 1983, 250 = juris Rn. 16; BVerwG, Beschl. v. 12.09.1969 – IV B 113.69 – NJW 1970, 626 = BeckRS 1969, 106802; *Dirnberger* in *Busse/Kraus*, BayBO, Stand August 2023, Art. 66 Rn. 345; *Johlen* in *Berliner Kommentar BauGB*, Stand Oktober 2023, § 30 Rn. 19.

6 Zur Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB vgl. BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 – 4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334; Urt. v. 25.01.2007 – 4 C 1.06 – BVerwGE 128, 118 = juris Rn. 10.

7 BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 – 4 C 28.91 – BVerwGE 94, 151 = juris Rn. 11.

8 BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 – 4 C 28.91 – BVerwGE 94, 151 = juris Rn. 12.

9 *Seidel*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbartschutz, 1. Aufl. 2000, Rn. 384.

10 BayVGh, Beschl. v. 19.11.2015 – 1 CS 15.2108 – BayVBl. 2016, 710 = juris Rn. 8.

11 *Ramsauer*, JuS 2020, 385/390.

12 Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.10.1993 – 4 C 5.93 – NVwZ 1994, 686 = juris Rn. 25.

13 BVerwG, Beschl. v. 20.09.1984 – 4 B 202.84 NVwZ 1985, 748 = juris Rn. 6.

14 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8.84 – NVwZ 1987, 409 = juris Rn. 11.

15 VGh BW, Beschl. v. 30.06.2015 – 3 S 901/15 – NVwZ-RR 2015, 807 = juris Rn. 10.

und die tatsächlichen örtlichen Verhältnisse¹⁶ zurückgegriffen werden. Letztlich ausschlaggebend ist, dass sich ein entsprechender Wille aus einer wertenden Beurteilung des Festsetzungszusammenhangs ergibt¹⁷.

Drittschutz ist anzunehmen, wenn der Schutzzweck der Festsetzung auf den planerischen Interessenausgleich benachbarter Grundstückseigentümer gerichtet ist.¹⁸ Es kommt darauf an, ob die Nachbarn durch die Festsetzung im Sinne eines „Austauschverhältnisses“ rechtlich derart verbunden sind, dass sie im Hinblick auf den geregelten Sachverhalt zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet sind oder insoweit eine bodenrechtliche „Schicksalsgemeinschaft“ bilden, aus der keiner der Beteiligten ausbrechend darf.¹⁹ Auf ein Synalagma i.S.e. „do ut des“ kommt es hierbei nicht an.²⁰

Ausgehend von diesen Grundlagen müssen bei der Suche nach subjektiv-öffentlichen, also drittschützenden Rechten zunächst die einzelnen Festsetzungen genauer betrachtet werden:

a) Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung

Die grundsätzliche Freiheit des Satzungsgebers bei der Ausgestaltung von Festsetzungen mit subjektiv-öffentlichen Rechten findet eine erste Schranke im Bundesrecht. Denn insbesondere bei der Festsetzung der Baugebiete nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 1 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und 2, §§ 2 ff. BauNVO kann es nicht vom Willen des Plangebers abhängen, ob die Planfestsetzung nachbarschützend ist. Zu den Aufgaben des Bauplanungsrechts gehört es nämlich gerade, die einzelnen Grundstücke einer auch im Verhältnis untereinander verträglichen Nutzung zuzuführen. In dem es in dieser Weise auf einen Ausgleich möglicher Bodennutzungskonflikte zielt, bestimmt das Bauplanungsrecht zugleich den Inhalt des Grundeigentums. Bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz beruht demgemäß auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses: weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen.²¹ Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen, dass auch die anderen Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind. Diese drittschützende Zweckrichtung ist hierbei bereits unmittelbar in der zu Gebietsfestsetzungen der bezeichneten Art ermächtigenden Gesetzesnorm angelegt.²²

Die Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung stellen daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den Hauptanwendungsfall²³ im Bauplanungsrecht für diesen Grundsatz dar. Durch sie werden die Planbetroffenen im Hinblick auf die Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbunden,²⁴ sodass eine nicht nachbarschützende Ausgestaltung der Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung nach den §§ 2 ff. BauNVO gegen das Abwägungsgebot verstoßen würde.²⁵ Dementsprechend kann sich ein Nachbar im Baugebiet gegen die Zulassung einer gebietswidrigen oder gebietsfremden Nutzung wehren. Er kann damit insbesondere unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung eine schleichende Umwandlung des Baugebiets verhindern.²⁶ Auf eine Unzumutbar-

keit oder Erheblichkeit der Belästigung kommt es somit – anders als bei Abwehransprüchen von Betroffenen außerhalb des Gebiets – nicht an.²⁷ Der Gebietserhaltungsanspruch ist damit das stärkste Schwert für einen Nachbarn.²⁸

Regelmäßig besteht ein solches typisches wechselseitiges Verhältnis, das die Grundstücke zu einer bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft zusammenfasst, nur innerhalb desselben Plangebiets.²⁹ Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich deshalb (nur) nach dem in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme³⁰. Bundesrechtlich ist es aber nicht ausgeschlossen, einem Nachbarn außerhalb des Plangebiets einen plangebietsübergreifenden Nachbarschutz zu gewähren.³¹ Dieser in der Praxis allerdings seltene Ausnahmefall kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn der Plangeber selbst gerade auch Grundeigentümern außerhalb des Plangebiets Drittschutz vermitteln wollte.³²

b) Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung

Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung ergeben sich aus § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 16 Abs. 2 BauNVO. Es

16 OVG Saarl., Urt. v. 28.08.2018 – 2 A 158/18 – juris Rn. 32.

17 Vgl. BayVGH, Beschl. v. 11.08.2021 – 15 CS 21.1775 – juris Rn. 13 m. w. N.; Beschl. v. 24.11.2023 – 15 CS 23.1816 – juris Rn. 21; Beschl. v. 28.05.2014 – 9 CS 14.84 – juris Rn. 17; OVG RhPf., Beschl. v. 01.08.2016 – 8 A 10264 – juris Rn. 6; OVG Berlin-Bbg., Beschl. v. 22.02.2021 – OVG 10 S 69/20 – juris Rn. 9.

18 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 09.03.1993 – 4 B 38.93 – NVwZ 1993, 1100 = juris Rn. 3.

19 OVG NW, Beschl. v. 15.12.2023 – 10 B 645/23 – juris Rn. 48; vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.12.1995 – 4 B 245.95 – NVwZ 1996, 787 = juris Rn. 5.

20 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 20; OVG Hamburg, Beschl. v. 25.06.2019 – 2 Bs 100/19 – NVwZ 2019, 1365 = juris Rn. 31.

21 BVerwG, Urt. v. 11.05.1989 – 4 C 1.88 – BVerwGE 82,61 = juris Rn. 43; Beschl. v. 28.09.2022 – 4 BN 6.22 – NVwZ 2023, 616 = juris Rn. 19.

22 Vgl. BVerwG, Urt. v. 23.08.1996 – 4 C 13.94 – BVerwGE 101, 364 = juris Rn. 53 – zu einem übergeleiteten Baustufenplan.

23 BVerwG, Beschl. v. 18.12.2007 – 4 B 55.07 – BayVBl 2008, 765 = juris Rn. 5.

24 BVerwG, Urt. v. 29.03.2022 – 4 C 6.20 – BayVBl 2022, 859 = juris Rn. 8.

25 BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 – 4 C 28.91 – BVerwGE 94, 151 = juris Rn. 12.

26 BVerwG, Beschl. v. 28.09.2022 – 4 BN 6.22 – NVwZ 2023, 616 = juris Rn. 19.

27 *Johlen* in Berliner Kommentar BauGB, Stand Oktober 2023, § 30 Rn. 20.

28 *Ramsauer*, JuS 2020, 385/387.

29 BVerwG, Beschl. v. 15.09.2020 – 4 B 46.19 – BRS 88 Nr. 110 = juris Rn. 6.

30 BVerwG, Beschl. v. 18.12.2007 – 4 B 55.07 – BayVBl 2008, 765 = juris Rn. 6.

31 BVerwG, Urt. v. 14.12.1973 – IV C 71.71 – BVerwGE 44, 244 = juris Rn. 28.

32 BVerwG, Beschl. v. 10.01.2013 – 4 B 48.12 – BRS 81 Nr. 182 = juris Rn. 5; VGH BW, Beschl. v. 18.01.1995 – 3 S 3153/94 – BRS 57 Nr. 215 = juris Rn. 3.

handelt sich hierbei um Festsetzungen zur Grundflächenzahl oder der Größe der Grundflächen der baulichen Anlagen (§ 16 Abs. 2 Nr. 1, § 19 BauNVO), der Geschossflächenzahl oder der Größe der Geschossfläche, der Baumassenzahl oder der Baumasse (§ 16 Abs. 2 Nr. 2, § 20 Abs. 2, § 21 Abs. 1, 2 BauNVO), der Zahl der Vollgeschosse (§ 16 Abs. 2 Nr. 3, § 20 Abs. 1 BauNVO) sowie der Höhe baulicher Anlagen (§ 16 Abs. 2 Nr. 4, § 18 Abs. 1 BauNVO). Geregelt werden hiermit die Ausmaße baulicher Anlagen.

Diesen Festsetzungen kommt aus sich heraus keine nachbarschützende Funktion zu.³³ Die Planbetroffenen werden durch Maßfestsetzungen nicht in gleicher Weise und nicht automatisch zu einer Schicksalsgemeinschaft verbunden, wie dies bei Festsetzungen über die Gebietsart der Fall ist. Die Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung lassen in aller Regel den Gebietscharakter unberührt und haben nur Auswirkungen auf das Baugrundstück und seine unmittelbar anschließenden Nachbargrundstücke³⁴, nicht jedoch auf alle Grundstücke im Plangebiet. Es geht regelmäßig nicht um einen sachgerechten Ausgleich widerstreitender nachbarlicher Interessen oder eine wechselseitige Beschränkung, sondern um städtebauliche Vorstellungen des Plangebers, insbesondere der Gestaltung des Orts- und Straßenbildes und dem städtebaulichen Interesse an einer bestimmten Bebauungs- und Wohndichte³⁵. Hierbei handelt es sich aber primär gerade um öffentliche Belange.

Für die Annahme eines Drittschutzes kommt es deshalb auf den Willen des Plangebers an,³⁶ der gegebenenfalls durch Auslegung des Schutzzwecks der jeweiligen Festsetzung im konkreten Einzelfall nach den bereits genannten Maßgaben zu ermitteln ist. Das Austauschverhältnis muss gerade die spezifische Qualität des Plangebiets und damit dessen Gebietscharakter begründen oder bewahren.³⁷ Voraussetzung hierfür ist eine konzeptionelle Einbindung einer derartigen Ausweisung in den Bebauungsplan, d. h., es muss eine konzeptionelle Wechselbezüglichkeit der Grundstücksflächen zueinander gegeben sein.³⁸ So kann sich zum Beispiel ein Drittschutz ergeben, wenn die Festsetzung von Vollgeschossen nach der Plankonzeption dazu dient, dem Nachbarn die Aussicht zu erhalten oder ein Mindestmaß an Belichtung und Belüftung der benachbarten Grundstücke zu gewährleisten³⁹. Allerdings genügt der bloße Hinweis in der Begründung des Bebauungsplans auf die Gewährleistung einer akzeptablen Sonneneinstrahlung eines in Hanglage festgesetzten Baugebiets nicht, wenn sich die Festsetzung nach den städtebaulichen Vorstellungen des Plangebers vielmehr wesentlich an der Berücksichtigung gesunder Wohnverhältnisse, den städtebaulichen Aspekten einer Hangbebauung und hierzu passenden Gestaltungsanforderungen orientiert.⁴⁰

c) Weitere Festsetzungen

Die bereits aufgezeigte Beachtung des Schutzzwecks und die Differenzierung nach der Wechselseitigkeit der Festsetzungen gilt natürlich auch für alle weiteren Festsetzungsmöglichkeiten. So kommt beispielsweise immissionschutzrechtlichen Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nrn. 23, 24 BauGB bereits aufgrund bundesrechtlicher Vorgabe⁴¹ Drittschutz zu. Auch der wechselseitige Verzicht auf seitliche Grenzabstände an der gemeinsamen Grenze, der den Begriff des Doppelhauses in

der offenen Bauweise⁴² prägt, begründet ein nachbarliches Austauschverhältnis⁴³, während die Festsetzung einer geschlossenen Bauweise (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, § 22 Abs. 1, 3 BauNVO) regelmäßig wohl keine nachbarschützende Wirkung hat.⁴⁴ Andererseits kann sich ein Drittschutz daraus ergeben, dass ein Bauherr, der sich nicht an die geschlossene Bauweise hält, dem angrenzenden Nachbarn unter Umständen den Anspruch auf Grenzbebauung nimmt, wenn bei einem schmalen Grundstückszuschnitt eine weitere bauliche Nutzung ohne die Berechtigung zum seitlichen Grenzsanbau vollständig ausgeschlossen wäre⁴⁵. Auch die Festsetzungen zur überbaubaren Grundstücksfläche (§ 9 Abs. 1 Nr. § 23 Abs. 1 Satz 1 BauNVO) sind einer generalisierenden Betrachtung entzogen.⁴⁶ So steht beispielsweise bei einer gleichmäßigen, hälftigen Verteilung festgesetzter Grenzabstände auf die Nachbargrundstücke, die der Plangeber mit einer gleichmäßigen Lastenverteilung zwischen den Grundstücksnachbarn begründet und diesen gleichzeitig die Möglichkeit gewährt, „untereinander anderweitige Übereinkommen“ treffen zu können, das nachbarliche Austauschverhältnis mehr im Vordergrund als städtebauliche Vorstellungen.⁴⁷ Denn letztere dürften eine derart differenzierte, an der gleichmäßigen Lastenverteilung orientierte Regelung regelmäßig nicht erfordern und könnten einer – einvernehmlichen nachbarlichen – Abweichung sogar entgegenstehen.

Festzuhalten bleibt, dass – trotz der gerade genannten Kategorisierungen – aufgrund der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit des Plangebers die Frage, ob eine Festsetzung dritt- oder nachbarschützenden Charakter hat, keinesfalls

- 33 Johlen in Berliner Kommentar BauGB, Stand Oktober 2022, § 30 Rn. 24; BayVGh, Beschl. v. 24.11.2023 – 15 CS 23.1816 – juris Rn. 21; Beschl. v. 28.03.2017 – 15 ZB 16.1306 – juris Rn. 7.
- 34 BVerwG, Beschl. v. 23.06.1995 – 4 B 52.95 – NVwZ 1996, 170 = juris Rn. 4; Urt. v. 28.04.2004 – 4 C 10.03 – NVwZ 2004, 1244 = juris Rn. 27.
- 35 Vgl. VGh BW, Beschl. v. 11.01.1995 – 3 S 3096/94 – BauR 1995, 512 = juris Rn. 3; OVG Bremen, Beschl. v. 14.08.1995 – 1 B 64/95 – BRS 57 Nr. 128 = juris Rn. 5.
- 36 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 12.06.2023 – 4 B 22.22 – ZfBR 2023, 690 = juris Rn. 6; Beschl. v. 19.10.1995 – 4 B 215.95 – NVwZ 1996, 888 = juris Rn. 3; BayVGh, Beschl. v. 11.02.2022 – 15 ZB 22.251 – juris Rn. 6.
- 37 Fricke/Menges, NVwZ 2024, 200/205.
- 38 BVerwG, Beschl. v. 21.12.1994 – 4 B 261.94 – juris Rn. 10; BayVGh, Beschl. v. 10.01.2000 – 14 CS 99.2437 – juris Rn. 13; ThürOVG, Beschl. v. 29.07.2021 – 1 EO 201/21 – juris Rn. 23.
- 39 Vgl. Seidel, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz, 1. Aufl. 2000, § 7 Rn. 401.
- 40 BayVGh, Beschl. v. 24.11.2023 – 15 CS 23.1816 – juris Rn. 23.
- 41 BVerwG, Beschl. v. 07.09.1988 – 4 N 1.87 – BVerwGE 80, 184 = juris Rn. 22.
- 42 § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, § 22 Abs. 1, 2 BauNVO.
- 43 BVerwG, Urt. v. 24.02.2000 – 4 C 12.98 – BVerwGE 110, 355 = juris Rn. 27.
- 44 Dirnberger in Busse/Kraus, BayBO, Stand Oktober 2023, Art. 66 Rn. 367; a. A. Petz in König/Roeser/Stock, BauNVO, 5. Aufl. 2022, § 22 Rn. 34; offengelassen: BayVGh, Beschl. v. 03.02.2012 – 14 CS 11.2284 – juris Rn. 39.
- 45 BayVGh, Beschl. v. 20.03.2006 – 25 CS 05.3180 – juris Rn. 23.
- 46 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 ZB 17.635 – juris Rn. 16; Petz in König/Roeser/Stock, BauNVO, 5. Aufl. 2022, § 23 Rn. 35.
- 47 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 17.12.2020 – 9 CS 20.2172 – juris Rn. 25; Beschl. v. 28.03.2017 – 15 ZB 16.1306 – juris Rn. 10.

generalisierend, sondern nur im jeweils konkreten Einzelfall beantwortet werden kann.⁴⁸ Dass dies nicht immer einfach ist, belebt das Kerngeschäft der Baujuristen, führt beim Nachbarn aber sicher auch oft zu dem Eindruck, dass hierbei auf seine Interessen zu wenig Rücksicht genommen werde. Gegenüber dem oben genannten Gebietserhaltungsanspruch gleicht der „Angriff gegen ein Bauvorhaben“ in Bezug auf das Maß der baulichen Nutzung eher einem „stumpfen Schwert“ oder je nach Auslegung der Planunterlagen und Festsetzungen mitunter – provokant formuliert – einem Lotteriespiel. Zur Begründung eines Drittschutzes in diesen Fällen bedarf es deshalb regelmäßig von demjenigen, der sich hierauf beruft, eines erheblichen Argumentations- und Überzeugungsaufwands.

d) Befreiungen

Besondere Bedeutung bekommt die Frage nach der drittschützenden Wirkung von Festsetzungen bei der Erteilung einer Baugenehmigung unter Befreiung von Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB. Danach kann die Baugenehmigungsbehörde im Einzelfall den Bauherrn von Festsetzungen eines Bebauungsplans befreien (sog. Dispens), wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, einer der drei normierten Befreiungstatbestände vorliegt und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Die besondere Bedeutung resultiert daraus, dass der Umfang des Rechtsschutzes eines Nachbarn bei Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans im Rahmen des § 31 Abs. 2 BauGB davon abhängt, ob die Festsetzungen, von denen dem Bauherrn eine Befreiung erteilt wurde, dem Nachbarschutz dienen oder nicht. Bei einer Befreiung von einer nachbarschützenden Festsetzung ist der Nachbar nämlich schon dann in seinen Rechten verletzt, wenn die Befreiung rechtswidrig ist, weil eine der Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB nicht erfüllt ist. Bei einer Befreiung von einer Festsetzung, die nicht (auch) den Zweck hat, die Rechte der Nachbarn zu schützen, sondern nur dem Interesse der Allgemeinheit an einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung dient, richtet sich der Nachbarschutz hingegen lediglich nach den Grundsätzen des im Tatbestandsmerkmal „unter Würdigung nachbarlicher Interessen“ enthaltenen Rücksichtnahmegebots (§ 31 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO). Nachbarrechte werden in diesem Fall nicht schon dann verletzt, wenn die Befreiung aus irgendeinem Grund rechtswidrig ist, sondern nur dann, wenn der Nachbar durch das Vorhaben infolge der zu Unrecht erteilten Befreiung unzumutbar beeinträchtigt wird.⁴⁹ Es ist daher in diesen Fällen nach den oben genannten Grundsätzen regelmäßig zu prüfen, ob einer Festsetzung (auch) drittschützende Wirkung zukommt oder nicht. Die hierzu kontroverse Sicht der Beteiligten zeigt sich jedenfalls deutlich in einer Vielzahl obergerichtlicher Verfahren hierzu.

e) Rücksichtnahmegebot

Ist die Suche nach drittschützenden Festsetzungen erfolglos geblieben, kommt unter Umständen noch ein Rückgriff auf

§ 15 Abs. 1 BauNVO in Betracht. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf die Anforderungen des Abwägungsgebots des § 1 Abs. 7 BauGB der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 BauNVO nur eingeschränkte Bedeutung hat.⁵⁰ Denn eine Konfliktbewältigung auf Grundlage des Rücksichtnahmegebots setzt voraus, dass der Bebauungsplan hierfür überhaupt noch offen ist. Daran fehlt es, wenn der Nutzungskonflikt entweder auf der Ebene des Bebauungsplans bereits abgewogen worden ist, d. h. das Rücksichtnahmegebot von der planerischen Abwägung aufgezehrt wurde,⁵¹ oder wenn andererseits planerische Festsetzungen so weit konkretisiert sind, dass ein Ausgleich der durch die Planung aufgeworfenen Nutzungskonflikte im Baugenehmigungsverfahren auf eine Korrektur der planerischen Festsetzungen hinausliefe.⁵² Insoweit kommt es also auf die positive planerische Entscheidung der Gemeinde an, ob der Bebauungsplan für eine Konfliktbewältigung auf der Grundlage des Rücksichtnahmegebots noch offen ist. Darüber hinaus gibt es – wie bereits kurz erwähnt – kein eigenständiges gesondertes bauplanungsrechtliches Rücksichtnahmegebot.⁵³

Auf der Basis dieser allgemeinen und allgemeingültigen Erkenntnisse soll nun der Frage nachgegangen werden, ob es nötig ist, diesen Boden der vermeintlich gesicherten Rechtsprechung zu verlassen oder ob dieser durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 09.08.2018⁵⁴ vielleicht schon verlassen wurde. Dieses Urteil wird in zahlreichen Verfahren als Argument dafür angeführt, nunmehr für alles einen generellen und allumfassenden Drittschutz zu beanspruchen. Plakativ könnte man die Entscheidung auch so zusammenfassen: Genereller Nachbarschutz, auch wenn der Plangeber (noch) gar nicht weiß, dass es den gibt?

3. Die Wannsee-Entscheidung

„Pack die Badehose ein, nimm dein kleines Schwesterlein und dann nischt wie raus nach Wannsee.“ Dieses Lied, das von Conny Froboess im Jahr 1951 erstmals gesungen wurde, ist sicher einigen noch bekannt. Und weil der Wannsee in Berlin so schön ist, dachte sich wohl auch ein Investor, dass man dort nicht nur gut Baden, sondern auch in großem Umfang Wohnen könnte. Da dies wiederum dem Nachbarn

48 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 09.03.1993 – 4 B 38.93 – NVwZ 1993, 1100 = juris Rn. 3.

49 BVerwG, Beschl. v. 08.07.1998 – 4 B 64.98 – BayVBl 1999, 26 = juris Rn. 5; Beschl. v. 27.08.2013 – 4 B 39.13 – BRS 81 Nr. 181 = juris Rn. 3; Urt. v. 29.03.2022 – 4 C 6.20 – BVerwGE 175, 192 = juris Rn. 21; BayVG, Beschl. v. 24.11.2023 – 15 CS 23.1816 – juris Rn. 20.

50 Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand August 2023, § 30 Rn. 55.

51 Vgl. BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 – 4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334 = juris.

52 BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 – 4 C 8.12 – BVerwGE, 147, 379 = juris Rn. 20.

53 BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 – 4 CN 2.98 – BVerwGE 107, 215 = juris Rn. 14.

54 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = BayVBl. 2019, 855 = juris.

nicht gefiel, kam der Rechtsstreit über das Bauvorhaben des Investors bis zum Bundesverwaltungsgericht. Dessen Entscheidung erregte so großes Aufsehen, dass inzwischen jeder weiß, was mit der „Wannsee-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts gemeint ist, auch wenn es in Deutschland eher unüblich ist, Entscheidungen mit eigenständigen Namen zu versehen. Die Entscheidung datiert vom 09.08.2018⁵⁵ und benennt sich also nach dem Ort, an dem das angefochtene Bauvorhaben errichtet werden sollte: dem Großen Wannsee in Berlin.

In unmittelbarer Nähe zur Wannseebrücke wollte die Eigentümerin eines Ufergrundstücks auf der Grundlage des Siegerentwurfs eines städtebaulichen Wettbewerbs ein sechsgeschossiges Wohnhaus mit Gewerbeanteil und Tiefgarage errichten.⁵⁶ Das Baugrundstück wurde in den 1970er-Jahren viergeschossig bebaut; die Bebauung wurde jedoch seit 2009 nicht mehr genutzt und abgerissen. Eigentümer des ebenfalls unmittelbar am Wannsee gelegenen Nachbargrundstücks ist ein Segelverein, dessen Grundstück mit einem Vereinshaus sowie Wassersportanlagen bebaut ist und für Vereinszwecke genutzt wird. Beide Grundstücke liegen im Geltungsbereich eines übergeleiteten Bebauungsplans aus dem Jahr 1959, geändert 1971. Sie sind Teil eines Gebiets, das der Bebauungsplan als Sonderfläche für den Wassersport ausweist. Als Maß der baulichen Nutzung ist u. a. eine größte Baumasse von 1 m³ umbauten Raumes je m² Baugrundstück, offene Bauweise und eine zulässige Geschosszahl von zwei Vollgeschossen festgesetzt.

Die Grundstückseigentümerin erhielt vom Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf in Berlin einen Bauvorbescheid, der die Zustimmung zu Befreiungen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB, u. a. einer Erhöhung von zwei auf sechs Vollgeschosse und einer Erhöhung der Baumassenzahl von 1,0 auf 4,3 beinhaltete. Offensichtlich ist hierbei, dass die erteilten Befreiungen gegen die Grundzüge der Planung verstoßen.⁵⁷ Nach erfolglosem Widerspruch war der Nachbar mit seiner Klage gegen den Vorbescheid vor dem Verwaltungsgericht Berlin erfolgreich. Die Berufung und die Revision der beigeladenen Bauherrin blieben erfolglos. Was ist also das „Besondere“ an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, das ein so großes Echo verursacht hat?⁵⁸ Erinnert man sich an die einleitenden grundsätzlichen Ausführungen, stellt man sich vielleicht die Frage, ob hier ein neuer Nachbarschutz begründet wurde oder einfach nur nicht sein darf, was nicht sein soll.⁵⁹

a) Übergeleiteter Bebauungsplan

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Plan, von dem die Befreiungen erteilt wurden, um einen nach § 173 Abs. 3 BBauG übergeleiteten Bebauungsplan aus dem Jahr 1959 handelt. Man könnte daher anführen, dass solche Pläne schon deswegen keine drittschützenden Normen beinhalten können, weil der Gedanke des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht erst ab 1960 entwickelt wurde.⁶⁰ Es könnte daher die oben angedeutete paradoxe Situation entstehen,⁶¹ dass Nachbarschutz gewährt wird, obwohl der Plangeber dieses Rechtsinstitut so noch gar nicht kennen konnte.

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass der Gesetzgeber mit der Überleitung eine Integration früherer Pläne in das

von ihm geschaffene System des bundesrechtlichen Bauplanungsrechts erreichen will und dem die Annahme der Verfassungswidrigkeit vorkonstitutioneller Ermächtigungsgrundlagen, die jeden Nachbarschutz ausschließen, zuwiderlaufen würde. Im Hinblick auf den vom Gesetzgeber mit der Überleitung gewünschten Kontinuitätsgedanken bedürfen diese daher einer verfassungskonformen Auslegung und lückenfüllenden Ergänzung⁶². Es wurde daher auch schon vor der „Wannsee-Entscheidung“ angenommen, dass städtebauliche Pläne, die gemäß § 173 Abs. 3 BBauG übergeleitet worden sind, drittschützende Festsetzungen enthalten können, auch wenn ihnen oder der zu ihnen ermächtigenden gesetzlichen Regelung seinerzeit ein nachbarschützender Gehalt nicht zuerkannt wurde.⁶³ Damit war die Grundlage dafür gelegt, übergeleitete Bebauungspläne genauso zu behandeln wie Bebauungspläne, die nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzbuchs (BBauG; jetzt Baugesetzbuch – BauGB) vom 23.06.1960 erlassen wurden. Augenscheinlich kam dies bislang jedoch nur bei Festsetzungen zum Tragen, die planerische Gebietsfestsetzungen beinhalten, wenn also mit den Regelungen die einzelnen Grundstücke einer auch im Verhältnis untereinander verträglichen Nutzung zugeführt werden sollten, was nach heutigem Verständnis zu den allgemeinen Aufgaben des Bauplanungsrechts gehört.⁶⁴

b) Objektivierter Wille

Bei der Frage, ob die Festsetzungen drittschützenden Charakter haben, bestätigt das Bundesverwaltungsgericht in der „Wannsee-Entscheidung“ zunächst die obigen Grundsätze, wonach gegen eine fehlerhafte Befreiung von einer nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans ein nachbarschützender Abwehranspruch gegeben ist, dass also bei nachbarschützenden Festsetzungen jeder Fehler bei der Anwendung des § 31 Abs. 2 BauGB zur Aufhebung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids führen

55 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = BayVBl. 2019, 855 = juris.

56 Zum Sachverhalt vgl. BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – a. a. O.; OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 30.06.2017 – OVG 10 B 10.15 – BauR 2017, 2136 = NVwZ-RR 2018, 598; VG Berlin, Urt. v. 15.08.2013 – 13 K 306.12 – juris = BeckRS 2013, 54434.

57 Lang, NVwZ 2021, 1431 unter Verweis auf die Feststellungen der Auswahlkommission des Architektenwettbewerbs sowie die Vorinstanz OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 30.06.2017 – OVG 10 B 10.15 – NVwZ-RR 2018, 598 = juris Rn. 20 ff.; Schubert, ZfBR 2019, 343.

58 Vgl. z. B. die zahlreichen Anmerkungen, Entscheidungsbesprechungen und Aufsätze im Fundstellennachweis zur Entscheidung des BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 bei juris und die zusammenfassende Auflistung bei Kiefer, NVwZ 2018, 1340.

59 Vgl. Muckel, JA 2019, 239/240; Heinemann, NVwZ 2018, 1811/1812P.

60 Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 14.

61 Wendt, jurisPR-UmwR 2/2019 Anm. 1.

62 Vgl. BVerwG, Urt. v. 23.08.1996 – 4 C 13.94 – BVerwGE 101, 364 = juris Rn. 43 f.

63 BVerwG, Urt. v. 23.08.1996 – 4 C 13.94 – BVerwGE 101, 364 Leitsatz 1 = juris.

64 OVG NW, Beschl. v. 30.01.2023 – 2 A 175/22 – juris Rn. 25 m. w. N.

muss, während eine fehlerhafte Befreiung von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung einen Abwehrensanspruch des Nachbarn nur auslöst, wenn die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung über die Befreiung nicht die gebotene Rücksicht auf seine nachbarlichen Interessen genommen hat.⁶⁵ Es stellt sodann in Kontinuität der bisherigen Rechtsprechung fest, dass die Frage, ob Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung auch darauf gerichtet sind, dem Schutz des Nachbarn zu dienen, vom Willen der Gemeinde als Plangeber abhängt.⁶⁶ So weit, so bekannt.

Im Hinblick darauf, dass der Bebauungsplan aus einer Zeit stammt, in der man ganz allgemein noch nicht an einen nachbarlichen Drittschutz gedacht hat, knüpft das Bundesverwaltungsgericht – ohne explizit darauf einzugehen – ebenfalls an die vorherigen Ausführungen an, wonach auch übergeleitete Bebauungspläne drittschützende Festsetzungen enthalten können. Es verlangt – in Übereinstimmung mit den bisherigen Grundsätzen – für den Nachbarschutz, dass solche Festsetzungen nach der Konzeption des Plangebers in einem wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis stehen müssen und bezeichnet dies als „nachträglich subjektive Aufladung“.⁶⁷ Bundesrecht lässt es eben auch zu, einen „objektivierten“ planerischen Willen, z. B. anhand des im Bebauungsplan zum Ausdruck gekommenen Planungskonzepts, zu ermitteln.⁶⁸ Den betreffenden Festsetzungen muss zumindest nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zugunsten der an einem solchen Austauschverhältnis beteiligten Grundstückseigentümer zukommen.⁶⁹ Auch damit knüpft das Bundesverwaltungsgericht an seine Rechtsprechung einer subjektiv-rechtlichen Ergänzung und den maßgeblichen objektiven Gehalt der Regelung an. Hierzu hat es bereits 1996 ganz allgemein festgestellt, dass wenn bauplanerischen Festsetzungen eine Ausgleichsordnung zugrunde liegt, einer solchen Regelung nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zugunsten des an dem Austauschverhältnis beteiligten und damit genügend bestimmten Kreises von Grundstückseigentümern zukommt.⁷⁰

c) Auswirkungen

Viele kritisieren das bestehende System des Nachbarschutzes,⁷¹ sehen in dem Urteil einen Paradigmenwechsel und wünschen sich eine Aufgabe der bisherigen Zurückhaltung der Instanzgerichte bei der Annahme nachbarschützender Festsetzungen.⁷² Dabei wird der Nachbarschutz wegen der herausgearbeiteten Differenzierungen, zunehmender Komplexität sowie einer bislang scharfen Trennlinie zwischen nachbarschützenden Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung und – grundsätzlich – nicht nachbarschützenden Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung teilweise als nicht mehr befriedigend bewertet, insbesondere wenn sich die Baugenehmigungsbehörden in Zeiten erhöhten Siedlungsdrucks gerade in Bezug auf das Maß der baulichen Nutzung über die Festsetzungen eines Bebauungsplans hinwegsetzen.⁷³ Natürlich ist zu Recht erst einmal darauf hinzuweisen, dass sich die Frage nach der nachbarschützenden Wirkung von Festsetzungen eines Bebauungsplans gar nicht stellt, wenn die Baugenehmigungsbehörden alle Baugesuche ihrem Auftrag entsprechend⁷⁴ rechtmäßig

verbescheiden⁷⁵. Praktiker, zumal solche, die wie in Bayern im Rahmen der juristischen Laufbahn im Bereich der inneren Verwaltung üblich auch schon einmal an einem Landratsamt und damit einer Baugenehmigungsbehörde tätig waren, wissen allerdings, dass das nicht immer gelingen mag.

Die Frage, ob die Rechtsprechung auch auf Bebauungspläne nach 1960 Anwendung findet, wird kontrovers diskutiert, von der Rechtsprechung aber weit überwiegend offen gelassen.⁷⁶ Entscheidend – und unabhängig von einem Willen oder einem Bewusstsein des Plangebers, subjektiv-rechtlichen Nachbarschutz zu begründen – kommt es jedenfalls darauf an, ob die Planbetroffenen mit der betroffenen Festsetzung tatsächlich in ein wechselseitiges nachbarliches Austauschverhältnis eingebunden wurden.⁷⁷ Es wird dabei darauf abgestellt, ob die Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung konstitutiv und gleichberechtigt neben den Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzung für die Verwirklichung des Planungsziels eines besonderen Gebietscharakters erforderlich sind.⁷⁸ Im Rahmen dieser Auslegung kann sich ein entsprechender Wille nicht allein aus dem Plan selbst, seiner Begründung oder den Akten über die Aufstellung des Bebauungsplans ergeben, sondern auch – „objektiviert“ – in dem im Bebauungsplan zum Ausdruck gekommenen Planungskonzept zu finden sein.⁷⁹ Dem planerischen Konzept⁸⁰ darf allerdings nicht nachträglich ein Inhalt beigemessen werden, der mit dem

65 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 12.

66 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 14.

67 BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 15 f.

68 BVerwG, Beschl. v. 11.06.2019 – 4 B 5.19 – BRS 87 Nr. 118 = juris Rn. 4.

69 VGH BW, Beschl. v. 01.08.2023 – 3 S 2683/22 – juris Rn. 32.

70 BVerwG, Urt. v. 23.08.1996 – 4 C 13.94 – BVerwGE 101, 364 = juris Rn. 52 f.

71 Z. B. *Mehde*, BauR 2019, 434.

72 Z. B. *Fricke/Menges*, NVwZ 2024, 200 (204/207); *Faßbender*, NJW 2019, 2132/2133; *Lemberg*, jurisPR-ÖffBauR 12/2018 Anm. 1; *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775/1776.

73 *Ramsauer*, JuS 2020, 385/394; *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775/1776.

74 Vgl. z. B. Art. 54 Abs. 2 Satz 1 BayBO.

75 *Gatz*, jM 2019, 30 (32); *Külpmann*, juris-PR-BVerwG 25/2018 Anm. 1.

76 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 24.07.2020 – 15 CS 20.1332 – BayVBl. 2020, 704 = juris Rn. 26; OVG Berlin-Bbg, Urt. v. 2.02.2021 – OVG 10 S 69/20 – juris Rn. 14; OVG NW, Beschl. v. 15.04.2020 – 2 B 1322/19 – juris Rn. 25; ablehnend: BayVGh, Beschl. v. 11.08.2021 – 15 CS 21.1775 – juris Rn. 18; weitergehend wohl nur OVG Hamburg, Beschl. v. 25.06.2019 – 2 Bs 100/19 – juris Rn. 28 ff., ohne hierauf jedoch ausdrücklich einzugehen.

77 VGH BW, Urt. v. 21.07.2020 – 8 S 702/19 – NVwZ-RR 2021, 100 = juris Rn. 34.

78 *Schubert*, ZfBR 2019, 343/346.

79 BVerwG, Beschl. v. 11.06.2019 – 4 B 5.19 – BRS 87 Nr. 118 = juris Rn. 4.

80 An einem solchen fehlt es jedenfalls im bauplanungsrechtlichen Innenbereich nach § 34 Abs. 1 BauGB: vgl. BayVGh, Beschl. v. 02.11.2020 – 1 CS 20.1955 – juris Rn. 3.

Willen des Plangebers nicht mehr übereinstimmt⁸¹. Der bei wörtlichem Verständnis des Willens naheliegende Widerspruch⁸² löst sich dabei auf, wenn der Planungswille als Zuständigkeit der Gemeinde, durch die konkrete Ausgestaltung von Festsetzungen des Bebauungsplans über ihre nachbarschützende Wirkung entscheiden zu dürfen und in Abgrenzung zu vom Bundesgesetzgeber drittschützend ausgestalteten Regelungen, verstanden wird⁸³. In diesem Sinne dürften auch die Leitsätze 1 und 2 der Wannsee-Entscheidung zu interpretieren sein.

Im Ergebnis führt die Wannsee-Entscheidung keineswegs zu Willkür oder Rechtsunsicherheit. Vielmehr bedarf die Frage, ob Festsetzungen eines Bebauungsplans eine nachbarschützende Wirkung zukommt, wie bisher regelmäßig der Auslegung auf der Grundlage der Schutznormtheorie.⁸⁴

4. Gebietsprägungserhaltungsanspruch

Betrachten wir noch einen Aspekt, der auch in dem Verfahren um den angefochtenen Bauvorbescheid für das geplante Vorhaben am Wannsee eine Rolle gespielt hat, allerdings nur in den Vorinstanzen:⁸⁵ die Frage, ob und wann Quantität in Qualität umschlagen kann. Während das Verwaltungsgericht Berlin noch eine Verletzung des Gebietscharakters bejaht hat, weil der Plangeber mit den Maßbeschränkungen ein besonders reizvolles landschaftliches Gebilde sichern wollte und damit einen besonderen Gebietscharakter mit herausragender städtebaulicher Bedeutung für die Erholung der Berliner Bevölkerung konzipierte⁸⁶, sah dies das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg anders. Es führte aus, dass trotz der beachtlichen Dimension des Vorhabens und dem hochhausähnlichen Charakter allein die Größe des Gebäudes noch nicht dazu führt, dass eine neue Art der Nutzung in das Gebiet hineingetragen wird und die dort geplante Wohnnutzung ihrer Art nach zu einer anderen Wohnnutzung würde, die sich grundlegend von der unterscheidet, die der Ausweisung des Sondergebiets „Wassersport“ zugrunde liegt.⁸⁷ In der Praxis taucht die Frage zudem sehr oft im Zusammenhang mit Nachverdichtung und einer stärken baulichen Ausnutzung im Innenbereich auf. Häufig wird vorgetragen, durch die Zulassung von Mehrfamilienhäusern schlage „Quantität in Qualität“ um und es werde die typische Prägung eines Wohngebiets mit beispielsweise kleinen Siedlungshäusern oder ein „Villenviertel“ mit großzügigen Gartenbereichen zerstört. Ist das tatsächlich der Fall oder was bedeutet es, wenn man von einem Umschlagen von „Quantität in Qualität“ und dem sog. Gebietsprägungserhaltungsanspruch spricht?

Ausgangspunkt ist dabei § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO, wonach die in den §§ 2 bis 14 BauNVO aufgeführten baulichen Anlagen im Einzelfall unzulässig sind, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widersprechen. Zwar wird in der Norm ausdrücklich auf den Umfang einer baulichen Anlage Bezug genommen; dies bedeutet aber nicht, dass § 15 BauNVO auch die Maßfestsetzungen ergänzt. Vielmehr geht die Vorschrift davon aus, dass im Einzelfall „Quantität in Qualität“ umschlagen kann, dass also die Größe einer baulichen Anlage die Art der baulichen Nutzung erfassen kann⁸⁸. Im Einzelfall wird damit durch eine eigentlich das Maß der

baulichen Nutzung betreffende Regelung die Frage nach der Art der baulichen Nutzung angesprochen⁸⁹. Die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Umschlagens sind allerdings sehr streng,⁹⁰ was auch die beispielhafte Aufzählung in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1995 zeigt⁹¹ und mit der sich nahezu kaum ein Kläger auseinandersetzt⁹².

Soweit es um den Umfang eines Vorhabens geht, stellt sich im Rahmen des § 15 Abs. 1 BauNVO nur die Frage, ob das Vorhaben in dieser Beziehung in Widerspruch zur Eigenart des Baugebiets tritt. Ein solcher Widerspruch entsteht nicht durch jede Abweichung vom Bebauungsplan, sondern nur durch eine solche, die sich in Bezug auf die einzelnen Merkmale des § 15 Abs. 1 BauNVO – von besonderem Interesse ist hier der Umfang des Vorhabens – im Verhältnis zu den nach dem Bebauungsplan zulässigen, die Eigenart des Baugebiets bestimmenden Vorhaben als ein Missgriff darstellt.⁹³ Erforderlich ist eine Abweichung, die klar erkennbar einen nicht nur unwesentlichen Gegensatz zur Eigenart des Gebiets begründet.⁹⁴ Dies kann denkbar sein, wenn die quantitative Dimensionierung eines Vorhabens derart aus dem Rahmen fällt, dass eine in dem Baugebiet in seiner konkreten Ausgestaltung unzumutbare Qualität im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung erreicht wird.⁹⁵ Die Art der baulichen Nutzung müsste dabei derart erfasst oder berührt werden, dass bei typisierender Betrachtung im Ergebnis ein Widerspruch zur Eigenart des Baugebiets angenommen werden müsste.⁹⁶

Bei den oben zitierten Fällen von Wohnungsbauten ist allerdings schon zu berücksichtigen, dass die Anzahl der Wohnungen in einem Gebäude gerade kein Merkmal ist, das

81 VGH BW, Beschl. v. 01.08.2023 – 3 S 2683/22 – NVwZ-RR 2024, 89 = juris Rn. 32; vgl. BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 16; kritisch hierzu: *Heinemann*, NVwZ 2018, 1811/1812.

82 Vgl. *Lang*, NVwZ 2021, 1431/1433.

83 *Rubel*, DVBl 2020, 533/534.

84 Vgl. *Kiefer*, NVwZ 2019, 1340/1343.

85 Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 – 4 C 7.17 – BVerwGE 162, 363 = juris Rn. 13, das nur die unterschiedlichen Begründungsansätze darstellt.

86 Vgl. VG Berlin, Urt. v. 15.08.2023 – 13 K 306.12 – juris Rn. 35.

87 Vgl. OVG Berlin-Bbg, Urt. v. 30.06.2017 – OVG 10 B 10.15 – NVwZ-RR 2018, 598 = juris Rn. 40 f., 47.

88 BVerwG, Urt. v. 16.03.1995 – 4 C 3.94 – NVwZ 1995, 899 = juris Rn. 17.

89 *Mehde*, BauR 2019, 434/436.

90 Vgl. BayVGH, Beschl. v. 09.03.2023 – 15 ZB 23.151 – juris Rn. 9; Beschl. v. 23.02.2021 – 15 CS 21.403 – juris Rn. 67.

91 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.1995 – 4 C 3.94 – NVwZ 1995, 899 = juris Rn. 17; siehe auch: *Fricke/Menges*, NVwZ 2024, 200/202.

92 Vgl. z. B. BayVGH, Beschl. v. 22.06.2021 – 9 ZB 21.466 – juris Rn. 8.

93 BVerwG, Beschl. v. 22.11.1984 – 4 B 244.84 – NVwZ 1985, 653 = juris Rn. 4.

94 Vgl. VGH, BW, Beschl. v. 01.08.2023 – 3 S 2683/22 – NVwZ-RR 2024, 89 = juris Rn. 56.

95 Vgl. BayVGH, Beschl. v. 27.06.2018 – 9 ZB 16.1012 – juris Rn. 10; *Johlen* in Berliner Kommentar, BauGB, Stand Oktober 2023, § 30 Rn. 24.

96 BayVGH, Beschl. v. 05.12.2022 – 9 ZB 22.1076 – juris Rn. 9.

die Art der baulichen Nutzung mitbestimmt.⁹⁷ Eine im Widerspruch zur Eigenart eines (reinen oder allgemeinen) Wohngebiets stehende Intensivierung der Wohnnutzung ist kaum denkbar,⁹⁸ zumal auch keine Gründe ersichtlich sind, aus welchen Gründen ein Wohnen in Mehrfamilienhäusern gegenüber einem Wohnen in Ein- oder Zweifamilienhäusern negativ zu beurteilen sein könnte.⁹⁹ Auch einen Milieuschutz dahingehend, den Charakter eines Gebiets als Ein- oder Zweifamilienhausgebiet zu bewahren, vermittelt § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO nicht.¹⁰⁰ Gerade in den häufig auftretenden Fällen einer Wohnraum-Nachverdichtung im Innenbereich führt die gerne bemühte Formel eines Umschlagens von „Quantität in Qualität“ daher kaum zum Erfolg.¹⁰¹

In den zahlreichen Fällen, die für ein Umschlagen von „Quantität in Qualität“ herangezogen werden, wird im Übrigen zumeist auf den in den Festsetzungen zum Ausdruck kommenden Gebietscharakter und dessen begrenzende Rolle Bezug genommen. Damit wird aber vielmehr der allgemeine Gebietsgewährleistungsanspruch ausgelöst.¹⁰² Generalisierende Antworten auf die Frage, wann Anlagen bestimmter Größenordnungen jeweils der Eigenart eines Gebiets widersprechen, lassen sich jedenfalls nicht treffen,

da es auf die Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls ankommt.¹⁰³

Hans-Dieter Laser, Richter am Verwaltungsgerichtshof,
München

- 97 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 15.10.2019 – 15 ZB 19.1221 – BayVBl. 2020, 273 = juris Rn. 6, 13; BVerwG, Beschl. v. 24.04.1989 – 4 B 72.89 – NVwZ 1989 – 1060 = juris Rn. 7; NdsOVG, Beschl. v. 28.05.2014 – 1 ME 47/14 – NVwZ-RR 2014, 756 = juris Rn. 10.
- 98 Vgl. VGh BW, Beschl. v. 01.08.2023 – 3 S 2683/22 – NVwZ-RR 2024, 89 = juris Rn. 56.
- 99 BayVGh, Beschl. v. 04.03.2021 – 15 ZB 20.3151 – juris Rn. 16.
- 100 NdsOVG, Beschl. v. 19.01.2023 – 1 ME 1323/22 – juris Rn. 8.
- 101 Vgl. zu einem Ausnahmefall in Bezug auf die Grundzüge der Festsetzungen eines Bebauungsplans, wonach ein locker mit Ein- und Zweifamilienhäusern bebautes Wohngebiet gewährleistet werden soll: BayVGh, Beschl. v. 04.11.2009 – 9 CS 092422 – juris Rn. 6, 12.
- 102 Vgl. Ramsauer, JuS 2020, 385/389.
- 103 Fricke/Menges, NVwZ 2024, 200/202.

Arbeitskreis 8: Secondary migration in the EU in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU)¹

Dear colleagues, dear friends – old and new friends alike,

It is an honour for me to be in Würzburg to speak to you about the delicate subject of the secondary migration in the EU in the jurisprudence of the CJEU.

In the political discussions on international protection, which have largely dominated European media in recent years, the topic of ‚secondary movements‘ occupies a significant place. Concerns or recurrent criticisms have thus been expressed regarding the movements of applicants for international protection from one Member State to another. Apart from a few famous examples, such as the well-known ‚train of migrants‘, which the Court of Justice referred to in the Jafari case,² it is, nowadays, a daily phenomenon within the European Union.

Concerns, in this respect, are nevertheless far from new. They were, in particular, already central to the conclusion of the Dublin Convention in 1990. In a context of the abolition of internal border controls, that convention thus sought to avoid both the emergence of refugees ‚in orbit‘ and the lodging of applications for international protection in several Member States by a single third-country national. In fact, it was outsourced from a draft of the Schengen Convention (signed four days later).

Such concerns can be found today in the preamble to several EU acts relating to international protection. Paradoxically, the Dublin III Regulation³ does not contain any direct

reference to secondary movements. However, Recitals 13 to the Qualification Directive⁴ and the Procedures Directive⁵ state that the approximation of rules on the recognition and content of international protection and on procedures relating to international protection should help to limit the secondary movements of applicants for international protection between Member States. In this context, as this topic is specific to the Common European Asylum System (CEAS), I shall focus my

-
- 1 All opinions expressed herein are personal to the author. Der Vortragsstil wurde beibehalten.
- 2 Judgment of 26.07.2017, Jafari, C – 646/16, EU:C:2017:586.
- 3 Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26.06.2013 establishing the envisages and engineering for determining the Member State responsibility for Examination an application for international protection in one of the Member States by a third country national or a staff member (OJ 2013 L 180, p. 31).
- 4 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13.12.2011 on standards for the classification of third country nationals or persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the increased protection (OJ 2011 L 337, p. 9).
- 5 Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26.06.2013 on common procedures for granting and implementing international protection (OJ 2013 L 180, p. 60).

presentation on the case law of the Court of Justice relating to the CEAS.

Even with respect to the CEAS, one should note that ,secondary movements' are mentioned in the preambles of acts rather than in provisions laying down specific rules. The intent to limit secondary movements is therefore not directly reflected in obligations of general nature imposed on the Member States. It is, nevertheless, one of the underlying objectives of the CEAS.

This particular situation logically has an impact on the place granted to the regulation of secondary movements in the case law of the Court of Justice. It is consequently not possible to cite one or more judgments of the Court of Justice relating solely or mainly to secondary movements.

However, the objective of limiting secondary movements is regularly cited by the Court of Justice as an element of reasoning. It is thus precisely the use of that objective by the Court of Justice that I shall address in my presentation.

With a view to present the relevant case law, I will first mention the case law relating to instruments for the ,direct management' of movements of applicants for international protection, namely the Dublin Regulations (I).

Secondly, I shall look into the way other acts of the CEAS have also been interpreted in order to minimise the secondary movements of such applicants (II).

I. Direct management of secondary movements: the Dublin system

a. The oldest, but arguably also the clearest, examples of the Court of Justice's consideration of the objective of preventing secondary movements relate to the application of the Dublin Regulations.

The first reference to the risk of secondary movements appeared, if I am not mistaken, in the *Mirza*-judgment⁶. In that case, the Court of Justice was called upon to determine, whether it was possible, after a ,Dublin transfer', to send the applicant concerned to a safe third country, without examining his application for international protection. The relevant provision could have possibly been read as requiring the application to be examined after such a transfer. However, the Court of Justice reached the opposite conclusion. It justified its choice by stating that, otherwise, applicants would be encouraged to move from one Member State to another during the asylum procedure in order to avoid any risk of being sent to a safe third country.

Those who would have opted for such travels would, in any event, also be in a more favourable position than those, who would have remained in the Member State responsible.

The Court of Justice considered that such an outcome would run counter to the objective of preventing secondary movements.

The Court later referred to this objective also in the *Ministero dell'Interno and Others* (Common leaflet – Indirect refoulement)-judgment⁷. In this case, the Court of Justice was also called upon to determine the relationships between the risk of refoulement and the ,Dublin transfer'. The Court of Justice was asked to specify if a judge hearing an appeal against a transfer decision could take into account the exist-

tence of a risk of refoulement in the Member State responsible. The Court of Justice ruled out such a possibility, referring not only to the principle of mutual trust but also to the objective of preventing secondary movements.

The ,*Mirza logic*' was subsequently developed in cases with no direct connection to the possible refoulement of the concerned applicant for international protection.

In this context, one should notably mention the *Khir Amayry*-judgment⁸. In that case, the Court of Justice was asked to determine the starting point of the period within which to carry out the transfer in a situation, where the person concerned is detained.

Taken literally, the applicable provision could have been understood as meaning that, where the person concerned is detained, any transfer would be excluded after the expiry of a time limit of six weeks from the acceptance of the request to take charge or take back.

Following such a reading, the detention of an applicant for international protection would have thus automatically led to a reduction of the period within which to carry out the transfer, which would have gone from six months to six weeks from the date of this acceptance.

One of the main arguments used by the Court to reject that reading was the need to prevent secondary movements. Indeed, if the literal interpretation of the provision in question had been adopted, it would have been sufficient for the persons concerned to leave the Member State wishing to carry out the transfer for a few weeks and then to return to this Member State in order to avoid any possibility of detention. The literal interpretation of this provision was therefore rejected in order to preserve the effectiveness of the transfer mechanisms.

The objective of preventing secondary movements has subsequently been taken into account by the Court of Justice in order to clarify the very logic of the Dublin system. Indeed, in the *H. and R.*-judgment⁹ the Court of Justice specifically referred to this objective to rule that the procedure for taking back an applicant for international protection did not require determining the Member State responsible for examining his application. This finding stems from the fact that a take back procedure normally takes place after a first process of determining the Member State responsible has come to an end.

Thus, if the take back procedure required to re-apply the rules governing the process of determining the Member State responsible, any applicant who would not be happy with the result of the first process of determining the Member State responsible would have the possibility to have a ,second chance' by changing Member State.

Such an applicant would even potentially have several ,new chances', since any change of Member State would entail relaunching the procedure as a whole. In this context, the objective of preventing secondary movements was invoked by

6 Judgment of 17.03.2016, *Mirza*, C-695/15 PPU, EU:C:2016:188.

7 Judgment of 30.11.2023, *Ministero dell'Interno and Others* (Common leaflet – Indirect refoulement), C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 and C-328/21, EU:C:2023:934.

8 Judgment of 13.09.2017, *Khir Amayry*, C-60/16, EU:C:2017:675.

9 Judgment of 02.04.2019, *H. and R.*, C-582/17 and C-583/17, EU:C:2019:280.

the Court of Justice to support a simplified conception of take back procedures compared to take charge procedures, which, for their part, involve completing the process of determining the Member State responsible.

The risk of multiple secondary movements is also at the heart of three cases addressed in the *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Time limit for Transfer – Multiple applications)-judgment¹⁰. These cases concerned the situation of applicants for international protection, who had moved around in three Member States, and who had lodged up to five applications for international protection in these Member States. These cases reflect precisely the type of situations, which the Dublin III Regulation seeks to avoid.

The Court of Justice stressed, in general terms, that the mechanisms provided for by the Dublin III Regulation apply in such situations, including those relating to the time limits to be complied with and to cases of transfer of responsibility.

However, the Court of Justice deemed important to avoid that the mere fact that an applicant for international protection leaves a Member State and then returns to it would allow him or her to ‚exit‘ from the Dublin system. With that in mind, the Court of Justice held that, in such a situation, a transfer decision adopted during the first stay in a Member State remains enforceable during the second stay in that Member State.

b. The judgments I mentioned so far show, in my view, how the Court of Justice referred to the objective of preventing secondary movements in the context of interpreting the Dublin III Regulation. Still, it should be noted that this objective has been invoked before the Court of Justice more frequently than it has been used by the Court. In order to illustrate this point, I would like to draw your attention to certain developments, which took place in the case law of the Court of Justice relating to the Dublin system, even though they arguably entailed the risk of favouring certain secondary movements.

Firstly, the Court was called upon, in particular in *N.S.*¹¹ and *Jawo*,¹² to consider the status of applicants for international protection falling, in principle, within the responsibility of a Member State affected by systematic deficiencies in the reception conditions of applicants for international protection and in procedures for international protection. In practice, the cases leading to these judgments related to secondary movements, since the persons concerned had left the Member State responsible to go to another Member State. However, that travel was to a large extent forced, since those persons could not remain in the Member State responsible without risking serious infringements of their fundamental rights. In the absence of an allocation system provided for by the EU legislature, the Court of Justice therefore held, on the basis of the EU Charter, that transfers of responsibility should be accepted in such situations of systemic flaws. The risk of encouraging secondary movements, the reality of which is, moreover, undeniable, was not therefore deemed to be decisive in that particular situation.

Secondly, the case law of the Court of Justice on judicial review of transfer decisions provides another example in which the prevention of secondary movements has been unsuccessfully invoked before the Court. Under the Dublin II Regulation, the possibilities for judicial review of such decisions were very limited. Shortly after the entry into force of the

Dublin III Regulation, the Court of Justice was called upon to assess whether it was the same under the Dublin III Regulation. The need to limit secondary movements was invoked to justify significant restrictions on the right of appeal. According to the supporters of this idea, an extended right of appeal against transfer decisions would facilitate secondary movements by allowing, in practice, the persons concerned to choose the Member State responsible for examining their application.

However, in the *Ghezelbash*-judgment,¹³ the Court of Justice explicitly rejected that argument. It considered that allowing transfer decisions to be challenged did not favour *forum shopping*. The Court of Justice stressed, in that regard, that a court hearing an appeal against a transfer decision is called upon to verify whether the criteria for determining responsibility laid down by the EU legislature have been correctly applied, rather than entrusting responsibility for examining an asylum application to a Member State designated according to the applicant’s wishes.

Moreover, while the *Ghezelbash* case concerned the application of the responsibility criteria, it stems from the *Mengesteab*-judgment¹⁴ that appeals may also aim to establish a transfer of responsibility resulting from the expiry of a time limit. In such a case, the person concerned would undeniably ‚benefit‘ from travelling around the European Union, as it would no longer be possible, for procedural reasons, to return him or her to the Member State originally responsible. This consideration was nevertheless not considered by the Court of Justice to be decisive, especially since denying any possibility of appeal in such a scenario would risk rendering void the effectiveness of procedural time limits. Time limits, which have been considered to be essential for ensuring compliance with the requirement of expeditiousness in international protection procedures.

Ultimately, the Court of Justice uses with caution, in the context of the Dublin system, the argument based on the risk of secondary movements. In particular, as it recently stated in the *Bundesrepublik Deutschland* (Child of refugees, born outside the host State)-judgment¹⁵, the Court refuses to give precedence to the objective of preventing secondary movements over the clear wording of a provision of secondary EU law.

In this judgment, the Court thus acknowledged that requiring a written agreement of family members in order to apply a criterion designed to bring family together is likely to encourage irregular secondary movements. It nevertheless held that this consideration cannot be used to rule out an explicit choice made by the EU legislature.

10 Judgment of 12.01.2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Time limit for transfer – Multiple applications), C-323/21 to C-325/21, EU:C:2023:4.

11 Judgment of 21.12.2011, *N.S. and Others*, C-411/10 and C-493/10, EU:C:2011:865.

12 Judgment of 19.03.2019, *Jawo*, C-163/17, EU:C:2019:218.

13 Judgment of 07.06.2016, *Ghezelbash*, C-63/15, EU:C:2016:409.

14 Judgment of 26.07.2017, *Mengesteab*, C-670/16, EU:C:2017:587.

15 Judgment of 01.08.2022, *Bundesrepublik Deutschland* (Child of refugees, born outside the host State), C-720/20, EU:C:2022:603.

More generally, it should be recalled that the Dublin III Regulation pursues various distinct objectives, which are, in part, contradictory. Therefore, admittedly, this Regulation aims to limit secondary movements. However, it also aims to guarantee the effectiveness of international protection procedures, notably taking into account the interests of applicants, and the expeditiousness of those procedures. The later objectives, namely effectiveness and speed may lead to take into account the current situation of the persons concerned, even if that situation follows secondary movements. The role of the Court of Justice is thus not to give precedence to the objective of preventing secondary movements but rather, as the Court highlighted in the *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Time limit for Transfer – Multiple applications)-judgment,¹⁶ to identify the balance sought and found by the EU legislature between the various objectives underlying the Dublin system.

II. Indirect management of secondary movements in the CEAS

The Dublin system is at the ‘core’ of the regulation of secondary movements in the CEAS. However, it would be wrong, in my view, to think that the other acts forming the CEAS bear no relation to the issue of secondary movements.

As I have already indicated, the preambles of the Qualification Directive and of the Procedures Directive refer directly to the objective of preventing secondary movements. It is therefore unsurprising that this objective is also present in the case law of the Court of Justice on these directives. In this regard, two different aspects of this case law deserve, in my view, to be highlighted.

Firstly, the issue of secondary movements has been raised in relation to questions relating to the precise degree of harmonisation resulting from EU law on international protection. This brings us back to the logic expressed in Recitals 13 to the Qualification Directive and the Procedures Directive. It is no longer about directly regulating secondary movements by ‘managing’ their consequences, as is the case in the Dublin system. The idea is, in fact, to make secondary movements less attractive by approximating laws. In theory, if legislations on international protection were fully common, the differences in attractiveness between Member States would be considerably reduced. At the very least, they would result rather from economic or political factors than from legal ones.

In this context, it is easy to understand why the Court of Justice may have referred to the objective of preventing secondary movements in order to justify resorting to a harmonised solution in the field of international protection. The first example of this kind can be found in the *Alheto*-judgment¹⁷. There, the Court of Justice referred to this objective in order to justify interpreting the notion of ‘full and ex nunc examination’ in a uniform manner throughout the Union. The significance of that statement should not, however, be exaggerated as, in any case, provisions of EU law which do not refer to national law must be interpreted uniformly. Reliance on the objective of preventing secondary movements therefore has, in the *Alheto*-judgment, at most, a confirmatory function.

The *Bundesrepublik Deutschland* (Concept of ‘serious and individual threat’)-judgment¹⁸ provides a related – but undoubtedly more interesting – example. This case related to the adoption by the German courts of a quantitative approach of the notion of ‘serious and individual threat’ in the context of the subsidiary protection granted to victims of armed conflicts. In order to reject this approach, the Court of Justice put forward a number of reasons. Those reasons included the risk of encouraging secondary movements due to the use, by a Member State, of a particularly restrictive interpretation of that notion. The margin of discretion granted to the Member States was thereby reduced, in order to ensure an increased harmonisation designed, notably, to limit secondary movements.

However, this method is not systematically followed by the Court of Justice. The Court thus does not systematically promote a level of harmonisation as far reaching as possible in the area of international protection. On the contrary, the Court of Justice clearly asserted, notably in the *Ghezelbash*-judgment¹⁹, that the rules concerning applications for international protection have been subject to minimum harmonisation. More concretely, the Court repeatedly recalled that Member States can adopt more favourable rules than those provided for by EU law, for instance in the judgments *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (Family unity)²⁰ and *Bundesrepublik Deutschland* (Maintaining family unity)²¹.

It is true that the Court of Justice has recognised certain limits to that possibility, in particular in the *B and D*²² and *M’Bodj*²³-judgments. However, those limits have not been set with a view to reducing differences between Member States, but in order to preserve the boundaries of international protection.

Thus, in the *B and D*-judgment, the Court of Justice held that a Member State cannot decide to grant asylum to a person who must be deprived of that status pursuant to the exclusion clauses laid down in the Qualification Directive and corresponding to the Geneva Convention. That solution was justified by the fact that those clauses are intended to avoid asylum being granted to persons, who are ‘unworthy’ of it, a requirement from which the Member States cannot depart without ‘degrading’ international protection.

In the *M’Bodj*-judgment, the Court of Justice considered that subsidiary protection cannot be granted on the ground of general shortcomings of the health system, relying on the fact that such deficiencies did not relate to a need for international protection. In these two cases, it was therefore not with a view

16 Judgment of 12.01.2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Time limit for transfer – Multiple applications), C-323/21 to C-325/21, EU:C:2023:4.

17 Judgment of 25.07.2018, *Alheto*, C-585/16, EU:C:2018:584.

18 Judgment of 10.06.2021, *Bundesrepublik Deutschland* (Concept of ‘serious and individual threat’), C-901/19, EU:C:2021:472.

19 C-63/15.

20 Judgment of 23.11.2023, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (Family unity), C-374/22, EU:C:2023:902.

21 Judgment of 09.11.2021, *Bundesrepublik Deutschland* (Maintaining family unity), C-91/20, EU:C:2021:898.

22 Judgment of 09.11.2010, *B and D*, C-57/09 and C-101/09, EU:C:2010:661.

23 Judgment of 18.12.2014, *M’Bodj*, C-542/13, EU:C:2014:2452.

to prevent secondary movements that further harmonisation was encouraged.

Secondly, beyond the question of the degree of harmonisation, the identification of the situations in which an application may be declared inadmissible has ties with the prevention of secondary movements. Indeed, once a Member State has had to accept to be the Member State responsible under the Dublin system, it may still take into account the prior journey of the applicant concerned when examining the admissibility of his application.

In the *Minister for Justice and Equality* (Application for international protection in Ireland)-judgment²⁴, the Court of Justice explicitly referred to the objective of preventing secondary movements in order to determine the scope of the rules relating to the admissibility of applications for international protection. This case, which is to my knowledge unique, nevertheless concerned a very particular situation, namely the Irish situation. This Member State is bound by the First Procedures Directive²⁵, but not by the Second Procedures Directive.

Accordingly, the provisions applicable to Ireland provide that an application made by a person, who has been granted asylum in another Member State, is inadmissible, but not the application made by a person, who has been granted subsidiary protection in another Member State.

Although the Court of Justice ultimately decided to exclude this form of ‚splitting‘ of international protection, that solution is intended to apply only in Ireland. Moreover, faced with other situations of extension of cases of inadmissibility, the Court of Justice has always opted for text-based approach, as in the *Ahmed*-order.²⁶

Conclusion

Following this analysis of the case law of the Court of Justice relating to the CEAS, it appears that this case law leaves quite

some room for the objective of preventing secondary movements. That finding must not, however, lead to overestimating the significance of that objective. First, the risk of secondary movements is one argument amongst others, which is much less cited than, for example, the requirement to respect fundamental rights. Second, the objective of preventing secondary movements does not systematically prevail over the other objectives underlying the CEAS. The Court of Justice is therefore required to take into account conflicting objectives. A solution is therefore very rarely justified only by reference to the need to limit secondary movements.

That being said, the Court of Justice’s general approach is normally not to define itself the appropriate balance but to comply with the balance found by the EU legislature. As a result, the current balance resulting from the case law of the Court of Justice is necessarily intended to be reviewed in the context of the reform of the CEAS. It is well known that regulation of secondary movements is one of the main concerns that justified that reform. The conclusions to be drawn from this by the Court of Justice will therefore need to be followed carefully.

* * *

I thank you for your attention and patience.

Lars Bay Larsen, *Vice-President of the Court of Justice of the European Union, Luxembourg*

- 24 Judgment of 10.12.2020, Minister for Justice and Equality (Application for international protection in Ireland), C-616/19, EU: C:2020:1010.
- 25 Council Directive 2005/85/EC of 01.12.2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and covering refugee status (OJ 2005 L 326, p. 13).
- 26 Order of 05.04.2017, *Ahmed*, C-36/17, EU:C:2017:273.

Juristische Informationsreise des Vereins der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter in Berlin e.V. im April 2024 nach Brüssel

Vom 29.04.2024 bis zum 30.04.2024 fand die diesjährige Vereinsreise des Vereins der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter in Berlin statt. Neben 20 Richterinnen und Richtern aus Berlin reisten auch drei Brandenburger Kolleginnen und Kollegen in die Europastadt Brüssel.

Gestärkt mit belgischen Croissants und Kaffee, wurden wir herzlich von Claire Dourlen in Empfang genommen, die uns anschließend ins Büro des Landes Berlin bei der EU begleitete.

Dort wurden wir freundlich von Dr. Volker Löwe begrüßt, der uns zunächst die Aufgaben der Berliner Landesvertretung in Brüssel erläuterte. Besonders eindrücklich ist uns die knappe Zusammenfassung „Wir bringen Berlin nach Brüssel und Brüssel nach Berlin“ im Gedächtnis geblieben.

Anschließend sprach Dr. Matthias Schmidt, der als Referent bei der Europäischen Kommission bei der Generaldirektion Justiz (DG Just) tätig ist, u. a. über den EU-Rechtsstaatsmechanismus und das Art. 7 EUV-Verfahren vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen in Polen und Ungarn.

Den Mittagsimbiss durften wir im wunderschönen Garten des Hauses der Landesvertretung bei strahlendem Sonnenschein (was für Brüssel alles andere als selbstverständlich ist, wie uns Claire Dourlen erzählte) einnehmen.

Danach berichtete Ann-Sophie Nienhoff eindrucksvoll von den zum damaligen Zeitpunkt kurz vor dem Abschluss stehenden Verhandlungen über die Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Dabei hob sie hervor, dass es angesichts der vielen unterschiedlichen Interessen der Mitgliedstaaten beachtlich sei, dass ein Kompromiss gefunden worden ist.

Für die besondere Gastfreundschaft in der Berliner Landesvertretung möchten wir an dieser Stelle Dr. Volker Löwe ganz herzlich danken.

Anschließend machten wir uns auf den Weg zum Europäischen Parlament, wo wir vom Besucherdienst empfangen und über die wesentlichen Arbeitsabläufe im Parlament informiert wurden. Danach berichtete uns Dr. Quirin Weinzierl, Referent im Büro von Dr. Katarina Barley, über die Aufgaben einer Vizepräsidentin des Europäischen Parlaments und die möglichen Veränderungen durch die anstehenden Europawahlen. Bei der darauffolgenden Besichtigung des Plenarsaals fielen besonders die große Anzahl an Dolmetscherkabinen auf, die notwendig sind, um die Sitzungen in alle 24 Amtssprachen zu übersetzen.

Nach den informativen Programmpunkten ging es sodann hinaus in die Brüsseler Innenstadt, wo unter anderem dem



Im Garten des Büros des Landes Berlin bei der EU

© Dr. Robert Ullrich



Beim Empfang des Belgischen Staatsrates

© Dr. Robert Ullrich

Manneken Pis, dem Grote Markt und den Königlichen Galerien Sankt Hubert ein Besuch abgestattet werden konnte. Zwischendurch bot sich die Gelegenheit, bei sommerlichen Temperaturen im Parc de Bruxelles je nach Gusto ein Heiß- oder Kaltgetränk zu genießen.

Zum gemütlichen Ausklang des Tages stand ein gemeinsames Abendessen im WOLF Food Market auf dem Pro-

gramm. Bei einer großen Auswahl an internationalen sowie regionalen Spezialitäten und im Schatten der Braukessel gab es sowohl einen fachlichen Austausch über die Themen des Tages als auch ein gegenseitiges Kennenlernen der Berliner und Brandenburger Kolleginnen und Kollegen. Dabei bestand zudem die Gelegenheit, mit Vertreterinnen und Vertretern der brandenburgischen Landesvertretung ins Gespräch zu kommen.

Nach einer kurzen Nacht im Hotel holte uns Claire Dourlen auch am Dienstag zur Fahrt zum Belgischen Staatsrat ab. Dort wurden wir sehr herzlich vom Ersten Präsident des Staatsrates, Wilfried Van Vaerenbergh, sowie von einigen seiner Kolleginnen und Kollegen begrüßt. Wir freuten uns besonders, dass die Gastgeber es ermöglichten, das gesamte Programm auf Deutsch durchzuführen. Die Staatsräte Carlo Adams, Wouter Pas, Michèle Belmessierei und der Auditor Andy Jousten brachten uns die Besonderheiten der belgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit näher. Dabei ist neben der Mehrsprachigkeit des Gerichts hervorzuheben, dass der Staatsrat neben seiner rechtsprechenden Funktion auch beratend im Gesetzgebungsverfahren mitwirkt. Nach dem fachlichen Austausch schloss sich eine Besichtigung der Gebäude an, die in einem historischen Saal des Staatsrats mit einem Sektempfang endete. Dabei gab es in prachtvoller Kulisse ausreichend Gelegenheit, sich sowohl über die Arbeit der Verwaltungsgerichte in Berlin und Brandenburg als auch des Belgischen Staatsrats auszutauschen.

Einige Kolleginnen und Kollegen traten danach bereits die Heimfahrt an, die anderen trafen sich noch zu einem gemeinsamen Mittagessen und ließen dort die Reise mit Quiche oder Croque Monsieur ausklingen. Damit ging eine informative und gesellige Vereinsreise offiziell zu Ende. Ein paar der Teilnehmenden nutzten den sich anschließenden Feiertag,

um die belgische Hauptstadt noch weiter auf eigene Faust zu erkunden.

Für die hervorragende Organisation dieser Reise danken wir ganz herzlich Claire Dourlen und dem Vorstand des Vereins der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter in Berlin, die gemeinsam ein abwechslungsreiches und lehrreiches Programm gestaltet haben. Die Mühen haben sich mehr als gelohnt – wir freuen uns schon auf die nächste Reise!



© Dr. Robert Ullrich

Plenarsaal im Europäischen Parlament

Dr. Mirjam Luber

Dr. Nadine Preuß, *Richterinnen, Verwaltungsgericht Berlin*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof: Vizepräsident Reinhard Senftl verabschiedet; Nachfolgerin Mechtild Klein in ihr neues Amt eingeführt

Im Rahmen einer Feierstunde am 24.04.2024 verabschiedete der Staatssekretär im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Sandro Kirchner, den Vizepräsidenten des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs Reinhard Senftl und führte dessen Nachfolgerin, die Vorsitzende Richterin am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof Mechtild Klein, als neue Vizepräsidentin in ihr Amt ein.

Vizepräsident Reinhard Senftl wurde 1958 in Freising geboren und absolvierte von 1977 bis 1983 sein Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Es folgte das Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts München und ein zusätzliches Studium an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer, ehe er 1987 in den bayerischen Staatsdienst eintrat. Nach Stationen bei der Regierung von Oberbayern und dem Landratsamt Freising übte er von 1990 bis 1998 eine hauptamtliche Lehrtätigkeit an der heutigen Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern aus. Im Jahr 1998 folgte der Wechsel an das Verwaltungsgericht München, wo er zunächst zum Richter kraft Auftrags und wenig später zum Richter auf Lebenszeit ernannt wurde. Am 1. Oktober 2005 wurde Reinhard Senftl zum Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ernannt. Es folgte 2010 die Ernennung zum Vorsitzenden Richter und am 01.10.2017 die Ernennung zum Vizepräsidenten des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs. Seit 2009 gehört er dem 10. Senat an, der insbesondere für das Polizei- und Sicherheitsrecht, Versammlungsrecht und Ausländerrecht zuständig ist. Neben der richterlichen Arbeit legte Reinhard Senftl während seiner gesamten Laufbahn ein besonderes Augenmerk auf die Ausbildung. Neben Lehraufträgen an der Technischen Universität München und der Hochschule Weihenstephan-Triesdorf war er 26 Jahre nebenamtlicher Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare. Bis zuletzt bot er am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof Fortbildungsveranstaltungen für junge Richterinnen und Richter aus der gesamten bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit an.

Die neue Vizepräsidentin Mechtild Klein wurde 1962 in Düren geboren. Nach dem Abitur absolvierte sie zunächst ein Studium an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen und war zwischen 1985 und 1989 als Beamtin des gehobenen Dienstes beim Landschaftsverband Rheinland tätig. Sie studierte anschließend Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Univer-



V.l.n.r.: Sandro Kirchner, Staatssekretär; Andrea Breit, Präsidentin des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs; Mechtild Klein, neue Vizepräsidentin; Reinhard Senftl, bisheriger Vizepräsident

sität in München und absolvierte das Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts München. 1996 wurde sie zur Richterin auf Probe beim Verwaltungsgericht München ernannt. Nach verschiedenen Stationen in der Verwaltung (Regierung von Oberbayern, Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration sowie Landratsamt Starnberg) kehrte Mechtild Klein 2005 als Richterin an das Verwaltungsgericht München zurück. Nachdem sie dort 2008 zur Vorsitzenden Richterin ernannt wurde, folgte 2013 der Wechsel an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, wo sie zunächst im 14. Senat tätig war. Am 28. November 2018 wurde sie schließlich zur Vorsitzenden Richterin am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof er-

nant. Seitdem ist sie im 7. Senat tätig, der insbesondere für das Schul- und Hochschulrecht, Numerus-clausus-Verfahren, Rundfunk- und Fernsehrecht sowie das Presserecht zuständig ist. Zusätzlich zur richterlichen Tätigkeit am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ist Mechtild Klein be-
rufsrichterliches Mitglied am Bayerischen Verfassungs-

gerichtshof. Zur Verfassungsrichterin wurde sie vom Bayerischen Landtag am 17. Oktober 2017 für die Dauer von acht Jahren gewählt.

Quelle: Pressestelle des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Neuer Präsident am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht

Malte Sievers ist neuer Präsident des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts in Schleswig. Ihm wurde am 15.05.2024 von Justizstaatssekretär Otto Carstens seine Ernennungsurkunde ausgehändigt. Malte Sievers wurde im März vom Richterwahlausschuss aus dem sog. Dreier-Vorschlag des Justizministeriums ausgewählt. Er tritt die Nachfolge von Achim Theis an, der Ende März in den Ruhestand getreten ist.

Der 1976 in Eutin geborene Sievers hat in Kiel Rechtswissenschaften studiert und wurde dort auch mit einer Arbeit zu grundrechtsdogmatischen Fragen promoviert. Nach dem Referendariat in Schleswig-Holstein und Jordanien wurde er 2004 Richter am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht. Es folgten Abordnungen an das schleswig-holsteinische Justizministerium, die gemeinsame Vertretung Hamburgs und Schleswig-Holsteins bei der Europäischen Union in Brüssel, das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig und das Schleswig-Holsteinische Obergericht. 2017 wurde er zum Vorsitzenden Richter am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht und 2021 zum dortigen Vizepräsidenten ernannt. Zuletzt war Sievers Vorsitzender Richter am Schleswig-Holsteinischen Obergericht. Neben seiner spruchrichterlichen Tätigkeit befasst er sich seit Jahren mit Fragen der Digitalisierung der Justiz und ihrer Umsetzung im Gerichtsalltag.

Sein Vorgänger Achim Theis war seit 1989 Richter in der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Jahr 2015 wurde er zum Vizepräsidenten des Obergerichts, 2020 zum Präsidenten des Verwaltungsgerichts ernannt.

„Ich danke Achim Theis herzlich für seinen unermüdlichen Einsatz für unser Gericht und wünsche ihm alles Gute für seinen wohlverdienten Ruhestand. Ich freue mich, für das Verwaltungsgericht in einer besonders anspruchsvollen personellen Umbruchphase Verantwortung übernehmen zu können. Es ist erfreulich, dass viele engagierte junge Richterinnen und Richter in den letzten Jahren den Weg an das Verwaltungsgericht gefunden haben. Ich freue mich besonders auch auf die Zusammenarbeit mit meinem jüngst ernannten Vizepräsidenten Thies Untiedt. Wir stellen uns dieser Aufgabe gern und wollen uns für die Bürgerinnen und Bürger des Landes für eine Verkürzung der Bearbeitungsdauer einsetzen. Dazu gehört es, dass die Justiz auch künftig für hochklassige Juristinnen und Juristen einen attraktiven Arbeitsplatz darstellt. Die Chancen weiterer Schritte in der Digitalisierung und bei der Verbesserung der elektronischen Aktenführung werden wir aktiv mitgestalten“, so Sievers in Kiel.

Quelle: Pressemitteilung des Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgerichts



Alles, was Inklusionsbeauftragte wissen müssen.



WWW.BOORBERG.DE

Praxishandbuch für Inklusionsbeauftragte

hrsg. von Larissa Wocken, Rechtsanwältin und Fachanwältin, nexus.rechtsanwälte, Hamburg, bearbeitet von Malte Fritsch, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, nexus.rechtsanwälte, Hamburg, Marc-Patrick Homuth, Direktor des Arbeitsgerichts Elmshorn, Fiona Ries, Stabsstelle des LVR-Inklusionsamts, Köln, Dr. Babette Tondorf, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Menschen und Rechte, Assoziation freier Rechtsanwält*innen, Hamburg, und Larissa Wocken, Rechtsanwältin und Fachanwältin, nexus.rechtsanwälte, Hamburg

2024, 210 Seiten, € 59,-
ISBN 978-3-415-07652-5

Nach § 181 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen Inklusionsbeauftragten zu bestellen, der ihn in Angelegenheiten schwerbehinderter Menschen vertritt. Beauftragter für Inklusion zu sein, also für gelebte Verschiedenheit Mitverantwortung zu tragen, ist wesentlicher Bestandteil zum Aufbau einer vielfältigen und integrativen Arbeitskultur. Damit dies gelingt, hat das Autorenteam seine **Expertise und Erfahrung** in das neue Praxishandbuch eingebracht.

Angehende Inklusionsbeauftragte erhalten damit eine **wertvolle Orientierungshilfe** für ihren neuen und verantwortungsvollen Aufgabenbereich. Erfahrenen Inklusionsbeauftragten bietet das Handbuch neben bewährten Musterformularen viele nützliche Quellenangaben und kompetente Hinweise der Autorinnen und Autoren aus ihrer praktischen Tätigkeit im Bereich der Regelungen des SGB IX.

Für Käufer des Handbuchs sind unter www.boorberg-plus.de **10 ausfüllbare Musterformulare** kostenlos abrufbar.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC1024

Alles Wichtige zum Datenschutz.



Datenschutzrecht

Kommentar

Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) – Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – Datenschutzgesetze der Länder – Bereichsspezifischer Datenschutz

von Dr. jur. Lutz Bergmann, Regierungsdirektor a.D., Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Roland Möhrle und Professor Dr. jur. Armin Herb, Rechtsanwalt

Loseblattwerk, ca. 2750 Seiten, € 148,-
einschl. 3 Ordnern; ca. 2 Ergänzungs-
lieferungen/Jahr

ISBN 978-3-415-00616-4

Der seit über 40 Jahren bewährte Kommentar bietet allen – ob im privaten oder öffentlichen Bereich tätigen – Datenschützern u.a.:

- **Kommentierung der DSGVO einschließlich dazugehöriger BDSG-Paragrafen mit Formulare, Mustern und Checklisten für die Praxis**
- **DSGVO: systematische Einführung und Synopse BDSG – DSGVO**
- **BDSG mit den wesentlichen Kommentierungen**
- Text des Bundesmeldegesetzes sowie Einführung
- Alle Landesdatenschutzgesetze
- Multimedia und Datenschutz
- Die neuen Datenschutzgesetze der Kirchen

Auf fachlich hohem Niveau werden auch aktuelle Themen beim Beschäftigtendatenschutz wie Betriebliches Eingliederungsmanagement oder Elektronische Personalakte besprochen.

Regelmäßige Nachträge halten das Werk kontinuierlich auf aktuellem Stand. Das ist gerade im komplexen und sensiblen Datenschutzrecht ein wesentlicher Vorteil für Datenschutzverantwortliche.

Die systematische Einführung ins Datenschutzrecht sowie umfangreiche Erläuterungen der Beschlüsse und Urteile zu allen relevanten Themen des Datenschutzes verdeutlichen noch unerfahrenen Datenschützern schnell die Materie.

Bezieherinnen und Bezieher des Werkes finden kostenlos unter www.boorberg-plus.de:

- gelungene Tabellen und Schaubilder,
- Vorlagen und Vertragsmuster,
- zahlreiche Prüfschemata und Checklisten
- sowie weitere gesetzliche Regelungen.

WWW.BOORBERG.DE

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC1024



Schaden abwenden.



WWW.BOORBERG.DE

Chatgruppen und öffentlicher Dienst

Ein beamten- und strafrechtlicher Überblick
von Professor Dr. Klaus Krebs, Hochschule
für Polizei Baden-Württemberg, Professor Dr.
Andreas Nitschke, Fachhochschule für Ver-
waltung und Dienstleistung Kiel-Altenholz,
Professor Dr. Torsten Noak LL.M., Hochschule
für Polizei Baden-Württemberg, Professor Dr.
Lars Steinhorst, Hochschule für öffentliche
Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg, und
Professor Dr. Florian Zenger LL.M., M.M.,
Hochschule für Polizei Baden-Württemberg

2024, 320 Seiten, € 36,-

ISBN 978-3-415-07600-6



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415076006



Erstmals umfassender Überblick

Das Werk gibt erstmals einen umfassenden Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Beamtinnen und Beamte – insbesondere der Polizei – in Chatgruppen agieren.

Grundlagen verstehen: Verfassungsrecht, Beamtenverhältnis, Strafrecht

Die Autoren legen die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Beamtenverhältnisses dar, erklären ausführlich die wichtigsten Straftatbestände, die in Chatgruppen verwirklicht werden können, und zeigen die bei Verfehlungen möglichen straf- und dienstrechtlichen Konsequenzen mitsamt ihrer praktischen Umsetzung auf. Auch strafprozessuale und polizeirechtliche Zwangsmittel – etwa die Beschlagnahme – werden eingehend erörtert.

Systematische Übersicht der Rechtsprechung

Zugleich erhebt das Buch den Anspruch, erstmals auch die bisher ergangene, äußerst umfangreiche Rechtsprechung zum Thema systematisch aufzuarbeiten und, wo dies geboten erscheint, kritisch zu reflektieren.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC1024

juris

BEANTWORTEN SIE FRAGEN IM VERWALTUNGSRECHT ZUVERLÄSSIG. DIGITAL UNTERSTÜTZT.

In der Verwaltung kommt es nicht nur auf inhaltliche Details an, sondern auch auf effiziente Prozesse. Mit juris Verwaltungsrecht Premium optimieren Sie Ihre Lösungsfindung. Komfortabel durchsuchen Sie intelligent vernetzte Premium-Literatur und greifen auf relevante Primärquellen wie Gesetze und Rechtsprechung zu. Mit juris kennen Sie stets die aktuelle Rechtslage und können Ihren Arbeitsalltag deutlich vereinfachen.

JURIS VERWALTUNGSRECHT PREMIUM



jurisAllianz
Personen, Unternehmen,
die Recht und Prozesse.

DAS PRODUKT ENTHÄLT DIESE UND WEITERE TOP-TITEL.



Jetzt hier gratis testen.



www.juris.de/verwaltungp

juris.de Wissen, das für Sie arbeitet.



Standardwerk für die Praxis.



WWW.BOORBERG.DE

Baugesetzbuch Baunutzungsverordnung Kommentar

begründet von Henning Jäde, Ltd. Ministerialrat a.D.,
fortgeführt von Dr. Franz Dirnberger, Direktor, Bayer.
Gemeindetag, Dr. Andreas Decker, Richter am Bundes-
verwaltungsgericht, Dr. Jürgen Busse, Rechtsanwalt,
Dr. Gerhard Spieß, Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
und Dr. Attila Széchényi, Regierung von Oberfranken
2022, 10. Auflage, 1840 Seiten, € 138,-

context Kommentar

ISBN 978-3-415-07108-7



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415071087

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

Der context Kommentar bietet auch in der 10. Auflage praxisorientierte Erläuterungen zum gesamten Bauplanungsrecht (BauGB und BauNVO). Das Autorenteam setzt in gewohnter Weise die Schwerpunkte auch im Hinblick auf die juristischen Staatsprüfungen.

Den Erläuterungen liegt die detailliert ausgewertete Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde. Die seit der Voraufgabe zahlreich ergangenen Änderungen im Baugesetzbuch und in der Baunutzungsverordnung, insbesondere durch das Baulandmobilisierungsgesetz 2021 und das Aufbauhilfegesetz, sind berücksichtigt.

Im separat beziehbaren elektronischen Kommentar »BauGB · BauNVO context« ergänzen weiterführende Materialien das Werk.

Nähere Informationen unter www.baugb-context.de bzw. unter www.baunvo-context.de.