

Die verfassungsrechtliche Qual der Wahl

Ein Beitrag zur aktuellen wahlrechtlichen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen

von **Dr. Sina Stamm, Richterin am OVG NRW und wissenschaftliche Mitarbeiterin am VerfGH NRW, Münster***

Das Wahlrecht hat sich im letzten Jahrzehnt zu einem Dauerbrenner in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Landesverfassungsgerichte entwickelt. Die bestehenden wahlgesetzlichen Grundlagen waren dabei in ganz verschiedener Hinsicht Anlass für verfassungsgerichtliche Überprüfungen. Als Stichworte seien hier etwa die Problemkreise Überhangmandate/negatives Stimmgewicht¹, Sperrklauseln bei Europa²- und Kommunalwahlen³, der Wahlrechtsausschluss von unter Betreuung stehenden Personen⁴ sowie das Gebot paritätischer Listenbesetzungen⁵ genannt. Die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen in wahlrechtlichen Angelegenheiten bewegen sich in einem komplexen Spannungsfeld: Einerseits bedarf es schon wegen des Umstands, dass der Gesetzgeber beim Wahlrecht in eigener Sache tätig wird, einer effektiven Kontrolle. Andererseits sind vorhandene gesetzgeberische Gestaltungsspielräume zu achten. Die Definition der Reichweite und Grenzen dieser Spielräume stellt dabei in aller Regel eine der Gretchenfragen dar.

Den damit verbundenen Herausforderungen musste sich auch der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen (VerfGH NRW) in jüngerer Vergangenheit mehrfach stellen. Im Jahr 2019 war die Abschaffung der Stichwahlen bei der Wahl von Bürgermeistern und Bürgermeisterinnen sowie Landrätinnen und Landräten Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle (dazu I.1.). Daneben wurde in dem Verfahren auch eine Regelung zur Einteilung der Wahlbezirke angegriffen (dazu I.2.). Die beabsichtigte Durchführung der Kommunalwahlen im September 2020 trotz pandemiebedingter Einschränkungen im Vorfeld und während der Wahlen führte im Sommer des Jahres

zu mehreren (Eil-)Verfahren, in denen insbesondere der Wahltermin sowie die für eine Kandidatur in bestimmten Fällen zu erbringenden Unterschriftenquoten im Streit standen (dazu II.).

I.1. Kandidatenvielfalt schlägt Wahlmüdigkeit – Die Stichwahlentscheidung

a) Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens war eine (Neu-)Regelung, die vorsah, dass künftig bei der Bürgermeister- und Landratswahl nur ein Wahlgang stattfindet und die Person gewählt ist, die in diesem die meisten Stimmen erhält. Nach der zuvor geltenden Rechtslage war hingegen immer dann, wenn im ersten Wahlgang keiner der Bewerberinnen und Bewerber mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen erhielt, eine Stichwahl unter den beiden Kandidierenden durchzuführen, die im ersten Wahlgang die meisten Stimmen erhalten hatten.

Über die Stichwahl-Frage wurde gerade auch vor dem Hintergrund einer – auch verfassungsgerichtlichen – Vorgeschichte im politischen Diskurs hef-

tig gestritten: Seit 1999 werden Bürgermeister und Bürgermeisterinnen sowie Landräte und Landrätinnen in Nordrhein-Westfalen in einer Direktwahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl – zunächst mit Stichwahl – gewählt. Mit erstmaliger Wirkung für die Kommunalwahlen im Jahr 2009 schaffte der Landesgesetzgeber (unter der damaligen schwarz-gelben Landesregierung) die Stichwahl ab⁶. Der von der Opposition daraufhin angerufene VerfGH NRW bestätigte mit Urteil vom 26. Mai 2009 die Verfassungskonformität der Regelungen⁷. Nach dem Regierungswechsel im Jahr 2010 machte der nordrhein-westfälische Gesetzgeber (unter einer rot-grünen Landesregierung) die Abschaffung der Stichwahl rückgängig und stellte diesbezüglich im Wesentlichen die bis zum Jahr 2007 geltende Rechtslage wieder her⁸. Im Jahr 2019 nach dem abermaligen Wechsel der Landesregierung und politischen Mehrheiten wurde die Stichwahl schließlich erneut abgeschafft⁹, was zur abermaligen Anrufung des Verfassungsgerichtshofs führte.

* Der Aufsatz gibt ausschließlich die persönlichen Auffassungen der Verfasserin wieder.

¹ Siehe BVerfG, Urteile vom 3. Juli 2008 – 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, BVerfGE 121, 266 = juris, und vom 25. Juli 2012 – 2 BvE 9/11 u. a., BVerfGE 131, 316 = juris.

² Siehe BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2014 – 2 BvE 2/13 u. a., BVerfGE 135, 259 = juris.

³ Siehe z. B. VerfGH NRW, Urteil vom 21. November 2017 – VerfGH 21/16, NWVBl. 2018, 147 = juris.

⁴ Siehe BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14, BVerfGE 151, 1 = juris.

⁵ Siehe VerfGH TH, Urteil vom 15. Juli 2020 – 2/20, NVwZ 2020, 1266 = juris; VerfGH BB, Urteil vom 23. Oktober 2020 – 9/19, juris.

⁶ Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes vom 9. Oktober 2007 (GV. NRW. S. 374).

⁷ VerfGH NRW, Urteil vom 26. Mai 2009 – VerfGH 2/09, OVG 52, 280 = juris.

⁸ Gesetz zur Wiedereinführung der Stichwahl vom 3. Mai 2011 (GV. NRW. S. 238).

⁹ Gesetz zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes und weiterer wahlrechtlicher Vorschriften vom 11. April 2019 (GV. NRW. S. 202).

Übersicht

Stamm: Die verfassungsrechtliche Qual der Wahl	1
Fraatz-Rosenfeld: Das neue Gebäudeenergiegesetz	10
Personalien der BÖR	13
Herrmann: Einschränkungen der Bestenauslese bei Gemeinsamen Berufungen?	14
Auch die BÖR-Seminare gehen online	21
Brilla: Die Beschwerde in der verwaltungsgerichtlichen Praxis	22

b) Die Bestätigung der Verfassungskonformität der eingeführten einstufigen Direktwahl war trotz dieser Vorgeschichte und des bereits vorliegenden Urteils des VerfGH NRW fraglich. Denn der Gerichtshof hatte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2009 der Abschaffung der Stichwahl nicht schlechthin seinen Segen erteilt, sondern ausdrücklich judiziert, dass die verfassungsrechtliche Beurteilung von den jeweiligen tatsächlichen und normativen Grundlagen abhängen¹⁰. Daran anknüpfend argumentierten die Antragstellerinnen und Antragsteller im neuen Verfahren, eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten sei u. a. in der zunehmenden Zersplitterung der Parteienlandschaft zu erblicken. Diese führe dazu, dass in Zukunft vermehrt mit der Wahl von Bewerberinnen und Bewerbern zu rechnen sei, deren Stimmenanteil deutlich unter 50 % liege. Dann aber fehle es an deren notwendiger demokratischer Legitimation, weshalb die Neuregelung u. a. gegen das Demokratieprinzip verstoße. Die Landesregierung und der Landtag beriefen sich hingegen im Wesentlichen darauf, dass im Stichwahlgang zwar der Stimmenanteil des siegreichen Kandidierenden höher, die absolute Zahl der Stimmen wegen der traditionell geringeren Wahlbeteiligung aber oftmals niedriger sei und die Stichwahl daher nicht zu einem Zugewinn an demokratischer Legitimation führe. Der argumentative Ansatz der Antragsteller und Antragstellerinnen legte also den Fokus unter Legitimationsaspekten auf den Zustimmungswert, während die Gegenseite die Wahlbeteiligung bzw. die Anzahl absoluter Stimmen für den obsiegenden Kandidaten stärker in den Mittelpunkt rückte.

c) Mit Urteil vom 20. Dezember 2019¹¹ stellte der VerfGH NRW die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung zur Abschaffung der Stichwahl bei der Wahl der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten und -beamtinnen fest. Die Entscheidung knüpft an die Prämissen des Urteils aus dem Jahr 2009 an und entwickelt sie fort.

Im Hinblick auf das aus dem Demokratieprinzip folgende Gebot der Sicherstellung hinreichender demokratischer Legitimation kommt dem Gesetzgeber grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zu. In Anknüpfung an die vorangegangene Entscheidung des Gerichts stellte sich insoweit die Frage, in welcher Hinsicht die dort für ausschlaggebend erachteten tatsächlichen Verhältnisse für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der einstufigen Direktwahl maßgeblich sind, auf welche tatsächlichen Umstände es also für die Vermittlung einer hinreichenden demokratischen Legitimation ankommt. Der VerfGH NRW gibt darauf die Antwort, dass sich demokratische Legitimation grundsätzlich sowohl aus einer möglichst hohen Wahlbeteiligung als auch aus einem möglichst hohen Zustimmungswert ableitet. Das Demokratieprinzip komme grundsätzlich bestmöglich zur Geltung, wenn für eine Entscheidung eine absolute Mehrheit erzielt werde, weil es sich nur in diesem Fall tatsächlich um eine Minderheit der Wählerschaft handle, die sich dem Mehrheitswillen unterwerfen müsse. Ausgehend davon stellt er die Prämisse auf, dass das demokratische Prinzip der Mehrheitswahl umso weniger zur Geltung komme, je höher der zu erwartende Anteil der obsiegenden Kandidaten und Kandidatinnen sei, die im einzigen Wahlgang lediglich eine weit von der absoluten Mehrheit entfernte relative Mehrheit erreichten.

Unbeschadet des bestehenden Gestaltungsspielraums verlangt der VerfGH NRW deshalb vom Gesetzgeber eine zukunftsbezogene Beurteilung der Vermittlung einer hinreichenden demokratischen Legitimation auf Grundlage nur eines Wahlgangs. Diese Beurteilung weist prognostischen Charakter auf und unterliegt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Es bleibt offen, ob die besonders strengen Anforderungen an die gesetzgeberische Prognose, die der Verfassungsgerichtshof für die Einführung einer Sperrklausel aufgestellt hat¹², auch bei der Abschaffung der Stichwahl zum Tragen kommen. Jedenfalls genügt der Gesetzgeber dem Erfordernis einer gül-

tigen Prognose nur dann, wenn er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können. Dies setzt insbesondere voraus, dass die Prognose auf einer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständigen Grundlage beruht. Mit diesen Anforderungen knüpft der Gerichtshof an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfbarkeit prognostischer Einschätzungen des Gesetzgebers an¹³ und stellt ausdrücklich klar, dass diese Anforderungen nicht mit besonderen prozeduralen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren oder entsprechenden Begründungslasten vergleichbar sind. Es bestehen insbesondere keine besonderen Anforderungen an die Dokumentation der Erwägungen, die der angestellten Prognose zugrunde liegen. Es muss lediglich – in welcher Form auch immer – erkennbar sein, dass die wesentlichen Prognosefaktoren vom Gesetzgeber erwogen worden sind.

Diesen Maßstäben wurde die streitgegenständliche Abschaffung der Stichwahl nicht gerecht, weil die vom Gesetzgeber angestellte Prognose auf einer in tatsächlicher Hinsicht unvollständigen – und damit defizitären – Grundlage beruht. Der Gesetzgeber war ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien im Wesentlichen davon ausgegangen, dass der fortschreitende Rückgang der Wahlbeteiligung bei Stichwahlen zu einer sinkenden Legitimation der Gewählten und damit zu einem Demokratiedefizit führe¹⁴.

¹⁰ VerfGH NRW, Urteil vom 26. Mai 2009 – VerfGH 2/09, OVG 52, 280 = juris, Rn. 93.

¹¹ VerfGH NRW, Urteil vom 20. Dezember 2019 – VerfGH 35/19, NWVBl. 2020, 30 = juris. Vgl. dazu auch Hebel, JA 2020, 635; Bätge, KommunalPraxis Wahlen 2020, 31; Heusch/Dickten, NVwZ 2020, 358, 358 ff.

¹² Vgl. VerfGH NRW, Urteil vom 21. November 2017 – VerfGH 21/16, NWVBl. 2018, 147 = juris, Rn. 79 m. w. N.

¹³ Verwiesen wird insbesondere auf die Anforderungen an die Prognose der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse i. R. v. Art. 72 Abs. 2 GG (vgl. BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 = juris, Rn. 346) sowie an die Prognose im Rahmen der Regelung des Erhebungsverfahrens bei einem Zensus (vgl. BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15 u. a., BVerfGE 150, 1 = juris, Rn. 174).

¹⁴ Siehe LT-Drs. 17/5639, S 3 f.

Er hatte sich bei dieser Einschätzung darauf beschränkt, die vergangenen Kommunalwahlen im Hinblick auf Wahlbeteiligung und Bedeutung der Stichwahl statistisch auszuwerten. Diese Auswertung war wegen ihrer reinen Retrospektivität und gewissen Mängeln bei der statistischen Auswertung in ihrer Aussagekraft begrenzt. Noch schwerer fiel jedoch ins Gewicht, dass der Gesetzgeber bei der angestellten Betrachtung die für den zu erwartenden Zustimmungsgrad der Kandidierenden bedeutsame zunehmende Zersplitterung der Parteienlandschaft nicht zumindest in den Blick genommen und zukunftsbezogen zu den Ergebnissen der letzten – immerhin bereits vier bzw. fünf Jahre zurückliegenden – Kommunalwahlen in Beziehung gesetzt hatte. Dies wäre ihm nach Einschätzung des VerfGH NRW – ungeachtet der bei Prognosen über zukünftige Wahlverhältnisse bestehenden tatsächlichen Schwierigkeiten – auch ohne weiteres möglich gewesen.

Ein absolut geltendes verfassungsrechtliches Gebot der Stichwahl postuliert der Gerichtshof dementsprechend nicht; die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelungen leitet er allein aus der defizitären Prognose ab, die nicht auf einer hinreichenden Grundlage erfolgte. Insofern ist es auch nicht relevant, ob sich der Gesetzgeber bei ausreichender Einbeziehung aller Prognosefaktoren ebenfalls für eine Abschaffung der Stichwahlen entschieden hätte. Nicht das Ergebnis der Prognose, sondern das Prognoseverfahren verfehlt hier die verfassungsrechtlichen Anforderungen.

d) Die Entscheidung erging mit 4:3 Stimmen denkbar knapp; die in der Minderheit gebliebenen zwei Richter sowie eine Richterin machten zudem

erstmals von der noch relativ neuen Möglichkeit eines Sondervotums¹⁵ Gebrauch¹⁶. Ihr wesentlicher Einwand besteht darin, dass das Urteil in Überhöhung der Bedeutung des Zustimmungsgrades gegenüber sinkender Wahlbeteiligung den Gestaltungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers über Gebühr verengen¹⁷. Zwar werde im Ausgang der Erwägungen die Bedeutung der Wahlbeteiligung für den demokratischen Prozess anerkannt, in der weiteren Begründung fokussiere das Urteil aber zu einseitig auf einen möglichst hohen Zustimmungsgrad.

Der Gesetzgeber habe die belastbaren Tatsachen in Gestalt einer Auswertung des Wählerverhaltens bei Stichwahlen tragfähig erfasst, bewertet und daraus seine Prognose abgeleitet. Um die mit einer geringen Wahlbeteiligung verbundene Minderung der demokratischen Legitimation im zweiten Wahlgang zu vermeiden, habe er sich zur Abschaffung der Stichwahl entschlossen. Dies sei unter Einbeziehung der bekannten verstärkten Ausdifferenzierung der Parteienlandschaft auch in den kommunalen Vertretungen erfolgt. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, dass er diesen Aspekt, der Anlass für den vom Verfassungsgerichtshof verworfenen Versuch einer verfassungsunmittelbaren Sperrklausel war, außer Acht gelassen haben könnte.

Sei die gesetzgeberische Entscheidung – wie hier – in Ansatz und Methode weder offensichtlich fehlerhaft noch eindeutig widerlegbar, dürfe der Verfassungsgerichtshof die Einschätzungen und Prognosen des Gesetzgebers über die sachliche Eignung und die Auswirkungen der gesetzlichen Regelung nicht beanstanden.

1.2. Man kann nicht zweimal in denselben Fluss steigen – Die Einteilung der Wahlbezirke im Wandel der Verhältnisse

a) Im Zuge der Abschaffung der Stichwahl hatte der Landesgesetzgeber auch § 4 Abs. 2 KWahlG NRW geän-

dert, der Vorgaben für die Einteilung der Wahlbezirke enthält. Das Wahlgebiet – bei den Kommunalwahlen das Gebiet der jeweiligen Kommune – muss vom Wahlausschuss in mehrere Wahlbezirke aufgeteilt werden. Die eine Hälfte der Mitglieder des Rates bzw. des Kreistages wird in diesen einzelnen Wahlbezirken nach relativer (einstufiger) Mehrheitswahl und die andere Hälfte über die sog. Reservelisten gewählt (§ 3 Abs. 2, § 31 Satz 2, § 32 Satz 1, § 33 KWahlG NRW). Die Wähler und Wählerinnen haben jeweils nur eine Stimme, mit der sie einen Wahlbezirkskandidaten oder eine Wahlbezirkskandidatin und, falls diese von einer Partei oder Wählergruppe aufgestellt sind, zugleich die von ihr für das Wahlgebiet aufgestellte Reserveliste wählen (§ 31 Satz 1 und 2 KWahlG NRW). Für die abschließende Verteilung der Gesamtmandate nach Verhältniswahlgrundsätzen (vgl. dazu § 33 KWahlG NRW) werden die Sitze auf die Parteien und Wählergruppen entsprechend dem Verhältnis ihrer insgesamt erreichten Stimmenzahlen im gesamten Wahlgebiet verteilt. Von den danach entfallenden Sitzen werden die in den Wahlbezirken direkt errungenen Mandate abgezogen. Verbleibende Sitze werden entsprechend der Reihenfolge der Kandidaten und Kandidatinnen auf der Reserveliste vergeben. Erringt eine Partei sog. Überhangmandate, weil sie in den Wahlbezirken mehr Sitze gewinnt, als ihr nach dem Stimmenverhältnis insgesamt zustehen, verbleiben ihr diese Mandate. Die übrigen Parteien erhalten in diesem Fall Ausgleichsmandate.

Die Wahlbezirke sind also vorrangig für die Wahl der Wahlbezirkskandidatinnen und -kandidaten von Bedeutung. Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 KWahlG NRW müssen die Wahlbezirke vergleichbar groß sein: Die Abweichung von der durchschnittlichen Einwohnerzahl der Wahlbezirke im Wahlgebiet darf nicht mehr als 25 vom Hundert nach oben oder unten betragen. Diese Regelung ergänzte der Landesgesetzgeber im Jahr 2019 um den Zusatz, dass bei der Ermittlung der Einwohnerzahl unberücksichtigt bleibt, wer nicht Deutscher

¹⁵ Vgl. § 25 Abs. 4 Satz 1 VerfGHG, eingefügt durch Art. 5 Nr. 10 des Gesetzes zur Änderung des Landeswahlgesetzes, des Verfassungsgerichtshofgesetzes und weiterer Gesetze vom 7. April 2017 (GV. NRW. S. 407).

¹⁶ VerfGH NRW, Urteil vom 20. Dezember 2019 – VerfGH 35/19, juris Rn. 179 ff.

¹⁷ Kritisch in dieser Hinsicht auch Hebel, JA 2020, 635, 637.

im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG ist oder nicht die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt. Damit war eine – wenn auch unvollständige – Annäherung der maßgeblichen Bevölkerungszahl an die Zahl der Wahlberechtigten in jedem Wahlbezirk beabsichtigt. Wahlberechtigt bei den Kommunalwahlen sind neben Personen mit deutscher auch solche mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates (§ 7 KWahlG NRW).

b) Die Antragsteller im Normenkontrollverfahren bemängelten an der Neuregelung, dass nun nicht mehr die gesamte Bevölkerung – einschließlich Drittstaatlern – die Bemessungsgrundlage für die Wahlbezirkseinteilung darstellte. Eine absehbare Folge der Ausklammerung von Nichtdeutschen und Nicht-EU-Bürgern sei eine Vergrößerung von Wahlbezirken, in denen zahlreiche Personen dieser Gruppen wohnten. Dies könnten auch sozial schwache und unter Integrationsgesichtspunkten besonders betreuungsbedürftige Gemeindegebiete sein. Die in diesen Bezirken gewählten Ratsherren und -frauen habe bereits nach alter Rechtslage eine besondere Verantwortung und Belastung getroffen, da sich Politik im Interesse des Gemeinwohls nicht allein an Deutsche und EU-Bürger richten dürfe. Diese Betreuungsproblematik werde für kommunale Mandatsträger durch § 4 Abs. 2 Satz 4 KWahlG NRW erheblich verschärft.

c) Dieser Sichtweise erteilt der Gerichtshof in Anknüpfung an die vorhandene bundesverfassungsgerichtliche Judikatur eine klare Absage: Die Wahlrechtsgleichheit gebietet im Grundsatz eine vergleichbare Größe der Wahlkreise. Dies gilt nicht nur für Ein-Personen-Wahlkreise im Falle der reinen Mehrheitswahl, sondern auch dann, wenn – wie in Nordrhein-Westfalen – die Größe der Wahlbezirke jedenfalls insoweit Auswirkungen auf den Erfolgswert der Stimme hat, als die konkrete personelle Zusammensetzung der Räte und Kreistage betroffen ist. Die Wahl der jeweiligen Wahlbezirksvertreterinnen und -vertreter ist insoweit eine reine

Mehrheitswahl. Die vom Gesetzgeber bei der Berechnung der maßgeblichen Einwohnerzahl der einzelnen Wahlbezirke durch § 4 Abs. 2 Satz 4 KWahlG NRW vorgenommene Änderung führt zu einer verbesserten Realisierung der Wahlrechtsgleichheit. Im Hinblick auf die anzustrebende vergleichbare Größe der Wahlbezirke ist nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁸ grundsätzlich auf die Wahlberechtigten und nicht auf die Bevölkerung insgesamt abzustellen. Diesem Prinzip nähert sich der Landesgesetzgeber – ungeachtet der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der vormaligen Rechtslage – durch die Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 4 KWahlG NRW weiter an.

Ausgehend davon ist die Vorschrift, die die nicht wahlberechtigten Drittstaatsangehörigen bei der Größenbemessung unberücksichtigt lässt, allenfalls insoweit problematisch, als sie nicht zusätzlich nach dem Alter der Einwohner differenziert und deshalb nicht unmittelbar an die Zahl der Wahlberechtigten anknüpft. Die Berücksichtigung der nicht wahlberechtigten Minderjährigen unter 16 Jahren bei der Bemessungsgrundlage beeinträchtigt die Wahlrechtsgleichheit indes nicht, solange sich der Anteil dieser Minderjährigen an der Bemessungsgruppe im Wahlgebiet nur unerheblich unterscheidet. Dass innerhalb der Gemeinden bzw. Kreise in Nordrhein-Westfalen eine erhebliche Abweichung zwischen der Bevölkerung mit deutscher bzw. Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates und der Zahl der Wahlberechtigten – also eine ungleiche Verteilung der Jugendlichen mit deutscher und EU-Staatsangehörigkeit – vorliegt, die eine entsprechende differenzierende Regelung erforderlich machen würde, war von den Antragstellern aber nicht dargelegt worden und auch sonst nicht ersichtlich.

Schließlich greift ebenfalls nicht der von den Antragstellern und Antragstellerinnen erhobene Einwand, infolge der neuen Bemessungsgrundlage könne die Gesamteinwohnerzahl in den einzelnen Wahlbezirken (in Abhängigkeit vom Anteil der Dritt-

staatsangehörigen) stark variieren. Zwar sind der Rat und der Kreistag als Organe der Gemeinde- bzw. Kreisverwaltung für das Wohl aller Einwohnerinnen und Einwohner ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit zuständig (vgl. § 1 Satz 2 GO NRW, § 1 Abs. 1 KrO NRW). Diese Repräsentation der Einwohnerschaft ist aber im Hinblick auf die verschiedenen Wahlbezirke nicht aufgespalten. Mit anderen Worten: Alle Ratsmitglieder vertreten die gesamte Gemeinde und alle Kreistagsmitglieder den gesamten Kreis. Eine besondere inhaltliche Repräsentation der Wahlbezirke durch die dort direkt gewählten Vertreterinnen und Vertreter ist im nordrhein-westfälischen Kommunalrecht nicht angelegt.

d) Damit waren die verfassungsrechtlichen Einwände der Antragstellerinnen und Antragsteller gegen die Regelung des § 4 Abs. 2 Satz 4 KWahlG NRW eigentlich „abgearbeitet“, der Verfassungsgerichtshof aber gleichwohl noch nicht am Ende seiner Prüfung angelangt. Ausgehend vom Charakter der abstrakten Normenkontrolle als rügeunabhängiges objektives Überprüfungsverfahren unterzog er auch die mit der angegriffenen Regelung in untrennbarem Zusammenhang stehende Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 3 KWahlG NRW einer Kontrolle und gelangt zum Ergebnis, dass diese einer verfassungskonformen Auslegung bedarf. Die pauschale Anwendung der dort normierten Abweichungsgrenze von 25 % von der durchschnittlichen Wahlbezirksgröße wird der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Bildung möglichst gleich großer Wahlbezirke nicht gerecht. Lediglich eine Toleranz von bis zu 15 % lässt sich pauschal damit rechtfertigen, dass gewisse Abweichungen aufgrund des stetigen Bevölkerungswandels unvermeidbar sind. Eine Überschreitung dieser Grenze bedarf aber der weitergehenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

¹⁸ Siehe insbesondere BVerfG, Beschluss vom 12. Januar 2012 – 2 BvC 3/11, BVerfGE 130, 212 = juris.

Als eine solche kommt etwa das gesetzlich verankerte Ziel der Wahrung räumlicher Zusammenhänge in Betracht. Damit müssen aber Zwecke verfolgt werden, die der Wahlrechts- und Chancengleichheit vergleichbares Gewicht besitzen. Dies können etwa die Erleichterung der Kommunikation zwischen den Wählerinnen und Wählern untereinander sowie mit den Kandidierenden und damit die Förderung der politischen Willensbildung im Sinne der Verwirklichung des Demokratieprinzips sein. Zudem kommt etwa in Betracht, im ländlichen Bereich auf gewachsene Ortsstrukturen Rücksicht zu nehmen, um die Wahlbereitschaft zu erhöhen. Eine pauschalierende Anwendung der 25%-Klausel zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung verstößt indes gegen die Wahlrechtsgleichheit und den Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlbewerber und -bewerberinnen. Die Verwaltungsvereinfachung stellt keinen durch die Verfassung legitimierten Grund dar, der sich mit der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann. Ein Rückgriff auf die 25 %-Abweichungsklausel nach oben oder nach unten ist daher in einer Großstadt in der Regel problematisch, weil es meist ohne weiteres möglich ist, durch die Einbeziehung angrenzender Straßenzüge zu einer annähernd gleich großen Gestaltung der Wahlbezirke zu gelangen.

Dieser letzte Teil des Urteils des Verfassungsgerichtshofs hat zwar nicht in gleicher Weise ein Öffentlichkeitsecho erfahren wie die Entscheidung zur Stichwahl. Die praktischen Auswirkungen sind aber nicht zu unterschätzen. Zahlreiche Kommunen sahen sich veranlasst, die im Verkündungszeitpunkt bereits vorgenommene Wahlbezirkseinteilung zu überarbeiten und den neuen Anforderungen anzupassen. Der damit verbundene Aufwand war jedoch verfassungsrechtlich geboten: Bei der Ausschöpfung der 25 %-Grenze nach oben und unten ist der größte Wahlbezirk mehr als 1,5mal so groß wie der kleinste. Die damit verbundenen Beeinträchtigungen der Chancengleichheit der Wahlbezirkskandidaten und -kandidatinnen sowie der Erfolgswertgleichheit der für diese

abgegebenen Stimmen sind nur im Ausnahmefall akzeptabel.

Wegen des stetigen Bevölkerungswandels ist die Einteilung der Wahlbezirke vor jeder Kommunalwahl neu vorzunehmen (vgl. § 4 Abs. 1 KWahlG NRW). Eine Orientierung an den „bewährten“ Einteilungen der vergangenen Wahlen ist dabei natürlich zulässig; ein striktes Festhalten bis zur Ausschöpfung der 25 %-Grenze ist nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs hingegen zukünftig rechtfertigungsbedürftig.

II. Corona-Einschränkungen als Wahlhindernis? Eine Kommunalwahl unter erschwerten Bedingungen

Der Begriff des Abstandsgebots findet seit jeher in verschiedensten juristischen Fachbereichen Verwendung, beispielhaft seien hier das Glücksspielrecht, das Besoldungsrecht sowie das Bestattungsrecht genannt. Nunmehr findet er im Infektionsschutzrecht einen neuen Bedeutungsgehalt und Anwendungsbereich und gilt neben Glücksspielhallen, Besoldungsstufen und Friedhöfen auch für Menschen untereinander. Die seit dem Frühjahr in unterschiedlich starkem Ausmaß geltenden infektionsschutzrechtlichen Regelungen haben gravierende Auswirkungen auf alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens. Das Land NRW stand auch vor der Herausforderung, unter diesen Bedingungen – sozusagen „auf Abstand“ – Kommunalwahlen durchführen zu müssen.

1. Ausgangslage

Die Wahlperiode der Räte und der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten und -beamtinnen endete am 31. Oktober 2020. Die nächsten Wahlen mussten im vorletzten oder letzten Monat der laufenden Wahlperiode stattfinden (§ 14 Abs. 2 Satz 3 KWahlG NRW), mithin im September oder Oktober 2020, wobei der Wahltag zwingend ein Sonntag sein musste (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KWahlG NRW). Den konkreten Wahltermin für die Kommunalwahlen 2020 hatte das dafür zuständige Ministerium des Innern bereits mit Bekanntmachung vom 4. September 2019 – also lange

vor Corona – auf den 13. September 2020 festgesetzt. Die Wahlvorbereitungen – mit Ausnahme der Wahlbezirkseinteilungen, die schon am 28. Februar 2020 (für die Gemeinden) bzw. am 31. März 2020 (für die Kreise) abgeschlossen sein mussten – und der Wahlkampf fielen also zum größten Teil in die Zeit, in der das öffentliche Leben coronabedingt deutlich eingeschränkt war. Dies barg für die antretenden Parteien, Wählervereinigungen sowie Einzelkandidaten und -kandidatinnen unter verschiedenen Aspekten Probleme:

- Die Wahlvorschläge mussten auf Grundlage der geltenden Regelungen bis zum 59. Tag vor der Wahl – also dem 16. Juli 2020 – beim Wahlleiter eingereicht werden. Für die (innerparteiliche) Bestimmung der Wahlvorschläge bedarf es bei Parteien und Wählergruppen der Wahl in einer sog. Aufstellungsversammlung, die rechtzeitig vor dem Termin zur Einreichung der Wahlvorschläge durchgeführt worden sein muss. In den dafür zur Verfügung stehenden Wochen zwischen der Einteilung der Wahlbezirke und dem 16. Juli 2020 galten aber z. T. strenge Kontaktbeschränkungen und Verbandsverbote.

- Die kleinen bzw. neuen Parteien und Wählergruppen standen vor einem weiteren Problem: Parteien oder Wählergruppen, die in der laufenden Wahlperiode nicht ununterbrochen in der zu wählenden Vertretung, in der Vertretung des zuständigen Kreises, im Landtag oder aufgrund eines Wahlvorschlags aus dem Land im Bundestag vertreten sind, müssen für ihre Wahlvorschläge sog. Unterstützungsunterschriften beibringen. Die Vorschläge bedürfen – abhängig von der Einwohnerzahl im jeweiligen Wahlbezirk – der persönlichen und handschriftlichen Unterzeichnung von fünf, zehn oder zwanzig Wahlberechtigten des Wahlbezirks (§ 15 Abs. 2 Satz 3 KWahlG NRW). Außerdem muss die Reserveliste von einem Tausendstel der Wahlberechtigten des Wahlgebiets, und zwar mindestens von fünf und höchstens von 100 Wahlberechtigten, persönlich und handschriftlich unterzeichnet werden. Die Sammlung dieser sog. Unterstützungsunterschriften war erst nach der

Wahl der jeweiligen Kandidierenden in den Aufstellungsversammlungen möglich und die Unterschriften müssen grundsätzlich gemeinsam mit den Wahlvorschlägen – also eigentlich bis zum 16. Juli 2020 – eingereicht werden. Auch die Unterschriftensammlung konnte im Frühjahr natürlich nur unter erschwerten Bedingungen stattfinden.

- Schließlich musste auch der eigentliche Wahlkampf im Sommer unter den – wenn auch zwischenzeitlich deutlich reduzierten – coronabedingten Einschränkungen durchgeführt werden. Dabei sahen sich wiederum insbesondere die kleineren und neu gegründeten Parteien und Wählervereinigungen im Nachteil, weil sie mangels massenmedialer Präsenz besonders auf den – erschwerten – Kontakt vor Ort angewiesen seien.

2. Maßnahmen des Landesgesetzgebers

Die beschriebenen Erschwernisse erkannte auch der Landesgesetzgeber und reagierte darauf – zwar nicht mit einer Verschiebung der Wahlen, aber mit einigen Erleichterungen für die Parteien und Wählervereinigungen. Am 3. Juni 2020 trat das Gesetz zur Durchführung der Kommunalwahlen 2020¹⁹ in Kraft. In der Gesetzesbegründung heißt es, die Parteien, Wählergruppen und Einzelbewerber würden bei der Vorbereitung ihrer Wahlteilnahme durch die seit März 2020 geltenden Kontaktbeschränkungen tangiert. Obwohl Versammlungen zur Aufstellung von Bewerberinnen und Bewerbern zu keiner Zeit rechtlich untersagt gewesen seien, ließen sich in der Praxis Auswirkungen der Kontaktbeschränkungen auf die Durchführung der Aufstellungsversammlungen und die daran anknüpfende Sammlung von Unterstützungsunterschriften nicht ausschließen.²⁰ Anknüpfend daran wurde durch § 6 des Gesetzes zur Durchführung der Kommunalwahlen 2020 bestimmt, dass Wahlvorschläge bis zum 48. Tag vor der Wahl (also bis zum 27. Juli 2020), 18 Uhr, beim Wahlleiter eingereicht werden konnten. Ferner wurde die Anzahl der notwendigen Unterstützungsunterschriften für Wahlbezirksvorschläge und Reservelisten auf 60 % der sonst erforderlichen Quoren gesenkt (vgl. §§ 7

und 8 des Gesetzes zur Durchführung der Kommunalwahlen 2020).

3. Die Verfahren beim Verfassungsgerichtshof NRW

Die beschriebenen Erleichterungen gingen einigen Parteien und Wählervereinigungen allerdings nicht weit genug²¹. Sie wandten sich daher im Wege des Organstreitverfahrens bzw. der Verfassungsbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof NRW.

a) Prozessuale Vorfragen

Auffällig ist zunächst, dass sich die Betroffenen verschiedener Verfahrensarten bedienten. Dies ist auf Unterschiede in der jeweiligen Antrags- bzw. Beschwerdeberechtigung zurückzuführen. Parteien können grundsätzlich Verfassungsbeschwerde erheben. Sie – bzw. ihre obersten Landesverbände – werden allerdings auch im Organstreitverfahren als antragsberechtigt angesehen. Geht es um eine behauptete Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status durch die rechtliche Gestaltung des Wahlverfahrens, so können sie diese ausschließlich im Wege der Organklage geltend machen. Insofern ist ihnen die Verfassungsbeschwerde als Verfahrensart versperrt²². Ausgehend davon erhoben der Bezirksverband der DKP und eine Ortsgruppe der ÖDP, die

sich gegen die (angepassten) Regelungen zu den Unterstützungsunterschriften wandten, Organklagen gegen den Landtag²³. Der Landesverband der Familienpartei wandte sich im Wege des gegen das Ministerium des Innern gerichteten Organstreitverfahrens gegen die Beibehaltung des Wahltermins am 13. September 2020²⁴.

Örtlichen Wählervereinigungen und Einzelkandidaten bzw. -kandidatinnen steht der Weg der Organklage hingegen nicht offen. Sie können aber in wahlrechtlichen Angelegenheiten seit dem 1. Januar 2019 Individualverfassungsbeschwerde einlegen²⁵. Von dieser Möglichkeit machten drei Einzelpersonen Gebrauch: Die Kandidatin der ÖDP für die Bürgermeisterwahl in Recklinghausen²⁶, ein Einzelbewerber für die Bürgermeisterwahl in Geilenkirchen sowie ein Bürger, der in Greven die Gründung einer Wählervereinigung mit dem Ziel der Teilnahme an den Kommunalwahlen anstrebte²⁷. Alle drei Beschwerdeführenden wandten sich gegen die Unterschriftenquoren, der Bürger aus Greven begehrte außerdem die Verschiebung des Wahltermins. Eine weitere Verfassungsbeschwerde einer Bielefelder Wählervereinigung war von dieser nach der Gesetzesanpassung für erledigt erklärt worden²⁸.

¹⁹ GV. NRW. S. 379.

²⁰ Vgl. LT-Drs. 17/9365, S. 1.

²¹ Die ersten Verfahren betreffend die Kommunalwahlen waren bereits vor der Gesetzesänderung beim Verfassungsgerichtshof eingegangen. Das Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelungen führte dazu, dass einige dieser Verfahren von den Beteiligten für erledigt erklärt wurden. Siehe dazu die Pressemitteilung des VerfGH NRW vom 17. Juni 2020 „Beteiligte in anhängigen Verfassungsbeschwerde- und Organstreitverfahren reagieren auf Maßnahmen des Gesetzgebers hinsichtlich der Durchführung der Kommunalwahl am 13. September 2020“, abrufbar unter <https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2020/17_200617/index.php> (abgerufen am 23. November 2020). Die Verfahren wurden daraufhin eingestellt, siehe VerfGH NRW, Beschlüsse vom 25. August 2020 – VerfGH 65/20, 66/20 sowie VerfGH 71/20.VB-2, juris.

²² Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 1954 – 1 PBvU 1/54, BVerfGE 4, 27 = juris; im Anschluss daran auch BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1961 – 2 BvR 582/60, BVerfGE 12, 132 = juris, Rn. 4.

²³ Verfahren der DKP, VerfGH 88/20 und 89/20. Siehe dazu die Pressemitteilung des VerfGH NRW vom 17. Juni 2020 „Beteiligte in anhängigen Verfassungsbeschwerde- und Organstreitverfahren reagieren auf Maßnahmen des Gesetzgebers hinsichtlich der Durchführung der Kommunalwahl am 13. September 2020“, abrufbar unter <https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2020/17_200617/index.php> (abgerufen am 23. November 2020).

index.php> (abgerufen am 23. November 2020). Die Verfahren der ÖDP werden unter den Aktenzeichen VerfGH 103/20 und 104/20 geführt.

²⁴ VerfGH 76/20 und 77/20. Siehe dazu die Pressemitteilung des VerfGH NRW vom 29. Mai 2020 „Organstreitverfahren und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hinsichtlich des Termins zur Durchführung der Kommunalwahl 2020 eingegangen“, abrufbar unter <https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2020/14_200529/index.php> (abgerufen am 23. November 2020).

²⁵ Siehe zu dieser neuen Möglichkeit Brandts, Die Individualverfassungsbeschwerde in Nordrhein-Westfalen – Eine erste Bestandsaufnahme, NWVBl. 2020, Sonderheft, 14 ff.

²⁶ VerfGH 102/20.VB-2.

²⁷ VerfGH 63/20.VB-2, siehe dazu die Pressemitteilung des VerfGH NRW vom 29. Mai 2020 „Verfassungsbeschwerden und Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen hinsichtlich der Durchführung der Kommunalwahl am 13. September 2020 eingegangen“, abrufbar unter <https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2020/15_200529/index.php> (abgerufen am 23. November 2020).

²⁸ VerfGH 71/20.VB-2, siehe dazu die Pressemitteilung des VerfGH NRW vom 29. Mai 2020 „Verfassungsbeschwerden und Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen hinsichtlich der Durchführung der Kommunalwahl am 13. September 2020 eingegangen“, abrufbar unter <https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2020/15_200529/index.php> (abgerufen am 23. November 2020).

Ein wesentlicher prozessualer Unterschied, der sich aus den verschiedenen Verfahrensarten ergibt, besteht darin, dass bei Organstreitverfahren die Entscheidung grundsätzlich aufgrund mündlicher Verhandlung ergeht (§ 20 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG), während der Verfassungsgerichtshof über Verfassungsbeschwerden ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann (§ 58 Abs. 1 VerfGHG).

Die Verfahren gingen beim Verfassungsgerichtshof zwischen Mitte Mai und Mitte Juli 2020 ein. Wegen der kurzen bis zu den Kommunalwahlen verbleibenden Zeitspanne waren alle Anträge bzw. Beschwerden mit Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden. Die Organstreitverfahren sind in der Hauptsache – soweit sie nicht nach Abschluss der Kommunalwahlen übereinstimmend für erledigt erklärt worden sind²⁹ – noch anhängig³⁰.

b) Die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs NRW

Sämtliche Anträge und Verfassungsbeschwerden – soweit über sie bereits entschieden worden ist – blieben in der Sache letztlich erfolglos. An dieser Stelle soll exemplarisch näher auf die Entscheidung im Verfassungsbeschwerdeverfahren VerfGH 63/20.VB-2³¹ eingegangen werden. Dieses betraf den Wahltermin sowie

die Regelungen über die sog. Unterstützungsunterschriften. Dabei hatte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift zum Ausdruck gebracht, dass er angesichts der pandemiebedingten Beschränkungen des öffentlichen Lebens eine Verschiebung der Wahl auf den 1. November 2020 oder das Frühjahr 2021 für geboten halte.

Zwar legt der Minister des Innern den konkreten Wahltermin fest; dabei muss er sich jedoch innerhalb der gesetzlichen Vorgaben des § 14 Abs. 2 Satz 3 KWahlG NRW halten. Die vom Beschwerdeführer begehrte Durchführung der Wahl erst nach dem regulären Ende der vorherigen Wahlperiode hätte also die Verlängerung der laufenden Wahlperiode durch den Gesetzgeber erfordert. Ausgehend davon legte der Verfassungsgerichtshof die Verfassungsbeschwerde des anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführers dahingehend aus, dass Beschwerdegegenstand das Gesetz zur Durchführung der Kommunalwahlen 2020 war; und zwar zum einen, soweit darin auch für die Kommunalwahl 2020 die Notwendigkeit von sog. Unterstützungsunterschriften für die Einreichung von Wahlvorschlägen geregelt ist, und zum anderen, soweit sich der Landesgesetzgeber damit konkludent gegen eine Verlängerung der Legislaturperiode entschieden hat.

aa) Zulässigkeit

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde offen gelassen, aber einige Ausführungen zu problematischen Punkten gemacht. Zu diesen gehörte u. a. die Frage, ob der Verfassungsbeschwerde der Vorrang des Wahlprüfungsverfahrens entgegenstand. Ein solcher Vorrang gilt bei Wahlen auf Bundesebene im Hinblick auf Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen. Diese können nach § 49 BWahlG ausschließlich mit der Wahlprüfungsbeschwerde angefochten werden, woraus ein – im Hinblick auf Art. 41 GG verfassungskonformer – Abschluss der Verfassungsbeschwerde

im Anwendungsbereich der Wahlprüfungsbeschwerde abgeleitet wird.³² Diese Grundsätze lassen sich allerdings nicht ohne weiteres auf Kommunalwahlen übertragen. Denn insoweit obliegt die nachträgliche Wahlprüfung nicht unmittelbar dem Verfassungsgerichtshof, sondern den Verwaltungsgerichten (vgl. § 41 KWahlG NRW). Die wahlprüfungsrechtlichen Entscheidungen können deshalb grundsätzlich auch zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden. Allerdings gebietet der Grundsatz der Subsidiarität, dass der vorhandene fachgerichtliche Rechtsschutz vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde in Anspruch genommen wird. Im Ergebnis geht der Verfassungsgerichtshof daher davon aus, dass die unmittelbare Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen wahlverfahrensbezogene Entscheidungen und Maßnahmen in der Regel ausscheiden dürfte.

Dieser Exkurs des Verfassungsgerichtshofs mag zunächst überraschen, denn das Bundesverfassungsgericht erstreckt den Vorrang des Wahlprüfungsverfahrens nicht auf Verfassungsbeschwerden, die sich – wie hier – gegen wahlgesetzliche Vorschriften richten. Bezüglich der angegriffenen Regelungen über die Unterstützungsunterschriften wäre ein solcher Vorrang also von vornherein nicht in Frage gekommen, und zwar auch dann nicht, wenn die Verfassungsbeschwerde im unmittelbaren zeitlichen Umfeld einer Wahl erhoben wird³³. Einen Vorrang der Wahlprüfung zieht der Verfassungsgerichtshof daher „allenfalls“ in Bezug auf die unterbliebene (gesetzliche) Aufschiebung des Wahltermins bzw. Verlängerung der Wahlperiode in Betracht. Insoweit ist die Interessenlage durchaus vergleichbar mit der Anfechtung der Wahlausschreibung (also der Festlegung des Wahltermins) durch das Ministerium des Innern. In einer solchen Konstellation war der Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 vom möglichen Vorrang der Wahlprüfung ausgegangen³⁴. Die hier in Rede stehende Verfassungsbeschwerde ist – soweit sie den Wahltermin betrifft – in der Phase der Wahlvorbereitung

²⁹ Dies betrifft das Organstreitverfahren der Familienpartei (VerfGH 77/20).

³⁰ Noch anhängig sind die Organstreitverfahren der DKP (VerfGH 89/20) und der ÖDP (VerfGH 104/20).

³¹ Siehe zum Folgenden: VerfGH NRW, Beschluss vom 30. Juni 2020 – VerfGH 63/20.VB-2, NWVB. 2020, 417 = juris; die weiteren Entscheidungen waren folgende: VerfGH NRW, Beschlüsse vom 30. Juni 2020 – VerfGH 76/20, juris, vom 7. Juli 2020 – VerfGH 89/20, juris, vom 22. Juli 2020 – VerfGH 102/20.VB-2, juris, vom 22. Juli 2020 – VerfGH 103/20, juris, und vom 25. August 2020 – VerfGH 126/20.VB-3, juris.

³² Vgl. etwa BVerfG, Beschlüsse vom 8. September 2009 – 2 BvQ 57/09, juris, Rn. 5, und vom 29. November 1990 – 2 BvE 13/90, BVerfGE 83, 156 = juris, Rn. 6; vgl. ferner BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1972 – 2 BvR 912/71, BVerfGE 34, 81 = juris, Rn. 33 ff.

³³ Vgl. für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle BVerfG, Beschluss vom 15. April 2019 – 2 BvQ 22/19, juris, Rn. 33.

³⁴ Allerdings nur als Argument für die Zulässigkeit eines diesbezüglichen Organstreitverfahrens, vgl. VerfGH NRW, Urteil vom 26. Mai 2009 – VerfGH 3/09, OVG 52, 297 = juris, Rn. 34. Die Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zum VerfGH NRW bestand damals noch nicht.

ebenso geeignet, die termingerechte Durchführung der Wahl zu verhindern. Mit anderen Worten: Der Effekt der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen die unterlassene Verlängerung der Wahlperiode durch den Gesetzgeber ist der gleiche wie bei einer Anfechtung der Wahlschreibung durch das zuständige Ministerium. In beiden Fällen tritt das Interesse desjenigen, der sich durch einen bestimmten Wahltermin in seinen Rechten betroffen sieht, mit dem grundsätzlich vorrangig bewerteten Interesse der Allgemeinheit an einer fristgerechten Durchführung der Wahl in Widerspruch³⁵.

bb) Begründetheit

Im Rahmen der Begründetheit widmet sich das Gericht zunächst den angegriffenen Regelungen zu den Unterschriftenquoten. Der Beschwerdeführer hatte in seiner Beschwerdeschrift die Regelung des Quorums nicht schlechthin beanstandet, sondern lediglich moniert, die Modifikation der Quorumsregelung trage den durch die Corona-Pandemie erschwerten Bedingungen nicht hinreichend Rechnung³⁶. Dementsprechend wird die verfassungsrechtliche Überprüfung in diesem Verfahren darauf beschränkt, ob der Landesgesetzgeber mit den Änderungen seine verfassungsrechtliche Pflicht zur Überprüfung und Anpassung des Wahlgesetzes an eine erhebliche Veränderung der ihm zugrunde liegenden Umstände erfüllt hat³⁷. Dies bejaht der Verfassungsgerichtshof.

Das Gericht konzidiert dabei zunächst, dass die Beibringung der notwendigen Unterstützungsunterschriften für die davon betroffenen Wahlvorschlagsträger für die Kommunalwahl 2020 mit größeren Schwierigkeiten verbunden war als im Normalfall. So hätte für die Durchführung der Aufstellungsversammlungen und die erst anschließend mögliche Unterschriftensammlung normalerweise ein Zeitraum von etwa dreieinhalb bzw. viereinhalb Monaten zur Verfügung gestanden (vom 1. März bzw. vom 1. April bis zum 16. Juli 2020). Dieser Zeitraum wurde durch die am 23. März 2020 in Kraft tretenden Kontaktbeschränkungen und Veranstaltungsverbote verkürzt.

Vor Ende April/Mitte Mai 2020 war mit der Durchführung der Aufstellungsversammlungen – ungeachtet der Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit zu einem früheren Zeitpunkt – bei realistischer Einschätzung nicht zu rechnen. Insofern verblieb für die Sammlung der Unterschriften ein Zeitraum von etwa zwei Monaten bis zum 16. Juli 2020. Ferner berücksichtigt der Verfassungsgerichtshof, dass auch die Sammlung der Unterstützungsunterschriften an sich durch die weiter bestehenden Kontaktbeschränkungen und Abstandsregelungen erschwert war.

Allerdings machten diese Erschwernisse das Sammeln der Unterstützungsunterschriften nicht gänzlich oder nahezu unmöglich. Im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes zur Durchführung der Kommunalwahlen 2020 waren bereits zahlreiche Lockerungen in Kraft getreten. Geschäfte und Restaurants durften wieder öffnen und die Beschränkungen für Ansammlungen im öffentlichen Raum waren reduziert worden. Diese Maßnahmen hatten dazu geführt, dass soziale Kontakte und das öffentliche Leben insgesamt – wenn auch unter Berücksichtigung der Hygiene- und Abstandsregeln – wieder zunahmen. Außerdem bestanden zahlreiche Möglichkeiten für die Wahlvorschlagsträger, die aufgezeigten Nachteile durch kontaktlose bzw. kontaktarme Kommunikationsformen zu kompensieren. So konnten die Parteien und Wählervereinigungen etwa auf Homepages, über soziale Medien und über Postwurfsendungen auf sich aufmerksam machen und Informations- und Kontaktangebote für Interessierte zur Verfügung stellen. Die Formblätter, auf denen die persönlichen und handschriftlichen Unterschriften beizubringen waren, konnten ebenfalls per Post verschickt oder im Internet zum Download bereitgestellt und dann per Post zurückgesendet werden.

Ausgehend davon sieht der Verfassungsgerichtshof die verbleibenden Erschwernisse bei der Unterschriftensammlung mit der Senkung des Quorums auf 60 % und der um elf Tage verlängerten Frist zur Einreichung der Wahlvorschläge hinreichend

ausgeglichen. Der dadurch für die Durchführung der Aufstellungsversammlung und die Unterschriftensammlung zur Verfügung stehende, auf etwa zehn Wochen (beginnend Mitte Mai 2020) verlängerte Zeitraum war auch für neue und kleine Parteien und Wählervereinigungen – sofern sie über einen hinreichenden Rückhalt in der Wählerschaft verfügten – ausreichend, um die für die Teilnahme an der Wahl erforderlichen Unterschriften zu sammeln. Eine weitere Absenkung oder gar ein gänzlicher Verzicht auf die Beibringung der Unterschriften war verfassungsrechtlich deshalb nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs nicht geboten.

Im Weiteren widmet sich die Entscheidung der Frage, ob eine gesetzliche Verlängerung der Wahlperiode und damit einhergehend die Verschiebung der Wahl aus Gründen der Wahlrechts- und Chancengleichheit geboten gewesen sei und kommt zum Ergebnis, dass wegen der eingeschränkten Wahlkampfmöglichkeiten insbesondere kleinerer Parteien und Wählervereinigungen zwar möglicherweise eine Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit und des Rechts auf Chancengleichheit vorliegt. Eine solche unterstellte Beeinträchtigung ist aber jedenfalls durch den Grundsatz der Periodizität gerechtfertigt. Weil Demokratie stets „Herrschaft auf Zeit“ ist³⁸, müssen Wahlen in der repräsentativen Demokratie in im Voraus bestimmten Abständen periodisch wiederkehrend stattfinden³⁹. Das Wahlrecht wird deshalb auch dann beeinträchtigt, wenn fällige

³⁵ Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 14. April 1994 – 2 BvR 2686/93 u. a., NVwZ 1994, 893 = juris, Rn. 18, und vom 13. August 1999 – 2 BvR 1461/99, juris, Rn. 3.

³⁶ Anders argumentierte etwa die Antragstellerin im Verfahren VerfGH 88/20, die geltend machte, die Regelung zu den Unterstützungsunterschriften verstoße insgesamt gegen die Wahlrechtsgleichheit. Siehe dazu VerfGH NRW, Beschluss vom 7. Juli 2020 – VerfGH 88/20, juris Rn. 55 ff.

³⁷ Vgl. zu diesem Aspekt VerfGH NRW, Urteil vom 29. September 1994 – VerfGH 7/94, NVwZ 1995, 579, 581.

³⁸ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 19. September 2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247 = juris, Rn. 47.

³⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 1964 – 2 BvR 230/64, BVerfGE 18, 151 = juris, Rn. 7, und Urteil vom 19. Juli 1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56 = juris, Rn. 148.

Wahlen hinausgeschoben werden. Die Einhaltung der im Zeitpunkt der letzten Wahl gesetzlich geregelten Wahlperiode – die die Durchführung der Kommunalwahlen spätestens im Oktober 2020 erforderte – ist ein im Demokratieprinzip wurzelndes und damit mit Verfassungsrang ausgestattetes, der Wahlrechts- und Chancengleichheit mindestens ebenbürtiges Rechtsgut, das zur Rechtfertigung der allenfalls als geringfügig einzustufenden Beeinträchtigungen herangezogen werden kann. Die Aufrechterhaltung der wesentlichen demokratischen Einrichtungen und Abläufe bei gleichzeitig größtmöglichem Gesundheitsschutz und der Gewährleistung der Chancengleichheit ist ein Akt wertender Abwägung. Das Ergebnis dieser Abwägung samt der Begründung durch den Landesgesetzgeber ist nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

III. Justitia – blind oder einäugig? Ein Fazit

Das Grundgesetz und die Landesverfassungen enthalten Rahmenvorgaben für die Ausgestaltung des Wahlrechts, das in seinen Details Sache des Gesetzgebers ist. Dies macht es immer wieder notwendig, die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu definieren und abzustecken. Dabei müssen die Gerichte um verfassungsrechtlich neutrale Antworten ringen, auch wenn man bezweifeln darf, ob solche immer existieren. Das hat zuletzt die Kontroverse um die sog. Paritätsgesetze gezeigt. In Thüringen und Brandenburg sollten bei den Landtagswahlen zukünftig die Listen geschlechterparitätisch besetzt werden, um auf diese Weise der chronischen Unterrepräsentation

Dr. Sina Stamm

Frau Dr. Stamm ist seit Mitte 2018 Richterin am Oberverwaltungsgericht in Münster. Seit Mai 2019 ist sie dort Mitglied des u. a. für das Kommunal- und Versammlungsrecht zuständigen 15. Senats. Mit einem Teil ihrer Arbeitskraft ist sie daneben an den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen als wissenschaftliche Mitarbeiterin abgeordnet.

Ihr rechtswissenschaftliches Studium absolvierte Frau Dr. Stamm in Dresden und St. Petersburg. Nach einem Promotionsstudium nebst Lehrstuhl-Mitarbeit an der Universität Potsdam und dem juristischen Vorbereitungsdienst trat sie im Jahr 2012 in den richterlichen Dienst der Verwaltungsgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen ein und war zunächst am Verwaltungsgericht Köln eingesetzt. Von 2013 bis 2015 war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet und dort für die Bundesverfassungsrichterinnen Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff und Prof. Dr. Doris König tätig.



von Frauen in deutschen Parlamenten zu begegnen und eine gleichberechtigte demokratische Teilhabe zu erreichen. Die Gewissheit, mit der einige Autoren die These der Verfassungswidrigkeit entsprechender Regelungen aufstellen und die Sicherheit, mit der ein Scheitern entsprechender Gesetze im Falle einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht prognostiziert wird⁴⁰, ist m. E. weniger einer juristischen Analyse als einem allgemeinen verfassungspolitischen Unbehagen geschuldet. Die ergangenen Entscheidungen des Thüringer Verfassungsgerichtshofs und des Verfassungsgerichtshofs des Landes Brandenburg sind keinesfalls alternativlos. Sie dürften vielmehr an einer Verkennung der Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 der Thüringer Verfassung⁴¹ bzw. des Art. 12 Abs. 3 Satz 2 der Brandenburger Verfassung leiden und den Spielraum des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Wahlrechts durch entsprechende Gewichtung der Verfassungsgüter unzulässig verkürzen. Soweit etwa eine Rechtfertigung des mit Paritätsregelungen verbundenen Eingriffs in die Wahlgleichheit im Hinblick auf die dafür nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlichen „zwingenden Gründe“ abgelehnt wird, ist dies an-

gesichts der dafür in der Vergangenheit als ausreichend erachteten Belange alles andere als überzeugend⁴². So wird der mit Unterschriftenquoren verbundene Eingriff in die Wahlgleichheit etwa als sachlich gerechtfertigt angesehen, wenn und soweit die Quoren dazu dienen, den Wahlakt auf ernsthafte Kandidierende zu beschränken, dadurch das Stimmgewicht der einzelnen Wählerstimmen zu sichern und so indirekt der Gefahr der Stimmenzersplitterung vorzubeugen⁴³. Der Gleichstellung der Frauen sollte wohl ein vergleichbares Gewicht beizumessen sein.

Die bei der Bestimmung der Reichweite gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume bestehenden Graubereiche mögen dem intuitiven Wunsch nach eindeutigen „Spielregeln“ in der sensiblen Wahlgesetzgebung zuwiderlaufen, sind aber ein klassisches und nicht zu vermeidendes Phänomen des Verfassungsrechts. Um Rechts- und Planungssicherheit in wahlrechtlichen Angelegenheiten zu gewährleisten, ist es daher ratsam, Wahlrechtsänderungen erst für die jeweils übernächste Wahl in Kraft zu setzen – soweit die Umstände dies erlauben.

⁴⁰ Vgl. etwa Hecker, ZRP 2020, 226, 227.

⁴¹ Vgl. Danker, NVwZ 2020, 1250, 1252; Gersdorf, DOV 2020, 779, 780; Klafki, DÖV 2020, 856, 860.

⁴² Vgl. auch dazu Klafki, DÖV 2020, 856, 860 f.

⁴³ Vgl. dazu VerfGH NRW, Beschluss vom 7. Juli 2020 – VerfGH 88/20, juris, Rn. 70 m. w. N. Im Übrigen bedeutet „zwingend“ auch nicht, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebieten muss (vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 10. April 1997 – 2 BvC 3/96, juris Rn. 44).

Das neue Gebäudeenergiegesetz

von Rechtsanwalt Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld*

I. Einführung

Der Bundestag hat im August 2020 das Gebäudeenergiegesetz (GEG)¹ verabschiedet, das mit Blick auf den Klimaschutzplan 2050 die Verbesserung der Energieeffizienz von Gebäuden zum Ziel hat. Daneben sollten Schwierigkeiten des Nebeneinanders von EnEV (Energieeinsparverordnung) und EEWärmeG (Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz) beseitigt werden. Mit dem Gesetz werden zugleich die Anforderungen des Europäischen Parlaments² und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden³ erfüllt. Danach müssen die Mitgliedsstaaten vorschreiben, dass ab 2021 alle neuen Gebäude als Niedrigstenergiegebäude ausgeführt werden. Entscheidende Verbesserung für die Praxis dürfte das neue Nachweisverfahren sein. Statt umfangreicher Berechnungen kann bei der Errichtung von Gebäuden auf ein „Modellgebäudeverfahren“ zurückgegriffen werden. Die Anforderungen an Energieausweise sind neu gestaltet worden.

II. Grundzüge des Gesetzes

1. Gebäudeenergiegesetz

a) Gesetzssystematik und Begriffsbestimmungen

Das GEG stellt den besonderen Anforderungen für **neu zu errichtende Gebäude**⁴ und denen für die **Bestandsgebäude**⁵ einen allgemeinen Teil mit Begriffsbestimmungen voran.⁶ Im Anschluss beschäftigt es sich mit den technischen Anforderungen an Heizungs- und Klimaanlage⁷, mit den Energieausweisen⁸ und im Weiteren dann mit der „Finanziellen Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien“.⁹

Hinsichtlich des Zwecks der Norm entspricht § 1 Abs. 1 GEG-E sinngemäß § 1 Abs. 1 EnEV. Danach ist Zweck beider Vor-

schriften der **sparsame Einsatz** von Energie in Gebäuden, die „unter Einsatz von Energie beheizt oder gekühlt werden“.¹⁰ Ausgenommen sind atypische Gebäude.¹¹ Praktische Relevanz dürfte für Wohngebäude lediglich § 1 Abs. 2 Nr. 8 GEG haben: Danach sind von den Verpflichtungen des GEG Wohngebäude ausgenommen, die „für eine Nutzungsdauer von weniger als vier Monaten jährlich bestimmt sind“¹² und solche, die „für eine begrenzte jährliche Nutzung bestimmt“ sind und bei denen der zu erwartende Energieverbrauch für diese begrenzte Zeit „weniger als 25 Prozent des zu erwartenden Energieverbrauchs bei ganzjähriger Nutzung beträgt“.¹³ Während der Anwendungsfall der ersten Fallgruppe selten ist, sollen in dem zweiten Falle vornehmlich Ferienhäuser erfasst werden, die zwar mehr als vier Monate im Jahr genutzt werden, mangels Nutzung im Winter aber kaum Heizenergie verbrauchen.¹⁴

Das GEG übernimmt in abgewandelter Form im Teil 1 die Systematik der EnEV, indem es in § 3 die **Grundbegriffe** des Gesetzes definiert und dabei auch einige Begriffe übernimmt: Dabei wird unterschieden in **energietechnischer** Hinsicht¹⁵ und in Bezug auf **bautechnische** Begriffe wie „kleines Gebäude“ (Nr. 15), „Nutzfläche“ bei einem „Wohngebäude“ (Nr. 31) oder „Nichtwohngebäude“ (Nr. 24) oder „zweiseitig angebautes Wohngebäude“ (Nr. 32) oder **rechtliche** Begriffe wie „Baudenkmal“ mit der Bezugnahme auf das Landesrecht (Nr. 3) des jeweiligen Bundeslandes. Identisch oder jedenfalls synonym sind u.a. die Begriffe „Wohngebäude“¹⁶, „Baudenkmal“¹⁷, „beheizter Raum“¹⁸, „gekühlter Raum“¹⁹, „Brennwertkessel“²⁰ oder „erneuerbare Energien“, letztere aber im Umfang deutlich

erweitert.²¹ Eine große Zahl technischer Details ist in den insgesamt 11 Anlagen zum GEG geregelt, wobei von besonderem praktischen Interesse die nachfolgend genannten Anlagen sind: Anlage 1 (Technische Ausführung des Referenzgebäudes/Wohngebäude), Anlage 2 (Technische Ausführung des Referenzgebäudes/Nichtwohngebäude), Anlage 7 (Wärmeeffizienten für Außenbauteile bei Änderung an bestehenden Gebäuden) und Anlage 8 (Anforderungen an die Wärmedämmung von Rohrleitungen und Armaturen).

Bei zu errichtenden Gebäuden ist der Ausgangspunkt für die Einordnung eines Gebäudes in das Anforderungsprofil des Gesetzes das „Referenzgebäude“,²² dessen gebäudeenergetische Eigenschaften in der **Anlage 1** zum Gesetz beschrieben sind. Für bestehende Gebäude stellt das Gesetz die Forderung auf, dass die „energetische Qualität des Gebäudes ... (nicht) verschlechtert“ werden darf.²³ In diesem Fall knüpft das GEG an das schon in der EnEV enthaltene Prinzip der Unterscheidung von **unbedingten Anforderungen** an und **anlassbezogenen Anforderungen**.²⁴ Erstere sind unabhängig von einem konkreten Aus-, Umbau- oder Erweiterungsvorhaben zu erfüllen, für letztere gelten hinsichtlich der zu erfüllenden Kriterien höhere Maßstäbe. Damit wird festgeschrieben, dass für bestehende Gebäude keine aufwendige Nachrüstung auf aktuellere Standards als die zum Zeitpunkt des Baus bestehenden Anforderungen notwendig ist. Diese Rechtslage entspricht der EnEV 2014/2016.²⁵ Sie sah vor, dass unter bestimmten Umständen die obersten Geschossdecken von Wohngebäuden zu dämmen waren,²⁶ dass bei Veränderungen von mehr als 10 % der Außenhülle des Gebäudes²⁷ diese Flächen nach

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Mediator sowie Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht in Hamburg.

¹ Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz), erlassen am 8.8.2020, BGBl. I 1728; in Kraft getreten am 1.11.2020.

² Art. 9 der Richtlinie 2010/31/EU.

³ ABl. L 153 vom 18.6.2010, S. 3, ABl. L 155 vom 22.6.2010, S. 61 – EU-Gebäuderichtlinie.

⁴ Teil 2.

⁵ Teil 3.

⁶ Teil 1.

⁷ Teil 4.

⁸ Teil 5.

⁹ Teil 6.

¹⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 1 GEG.

¹¹ Etwa Betriebsgebäude für die Tierhaltung, unterirdische Bauten, Traglufthallen und Zelte, provisorische Gebäude, § 2 Abs. 2 GEG.

¹² § 2 Abs. 2 Nr. 8 a GEG.

¹³ § 2 Abs. 2 Nr. 8 b GEG.

¹⁴ Danner/Theobald/Stock EnEV § 1 Rn. 71 f.

¹⁵ § 3 Abs. 1 GEG: z.B. „Aperturfläche“ als Lichteintrittsfläche der Solaranlage, Nr. 2, oder „Brennwertkessel“ zur Nutzung des im Abgas enthaltenen Was-

serdampfes, Nr. 5.

¹⁶ § 3 Abs. 1 Nr. 31 GEG/§ 2 Nr. 1 EnEV.

¹⁷ § 3 Abs. 1 Nr. 3 GEG-/§ 2 Nr. 3 a EnEV.

¹⁸ § 3 Abs. 1 Nr. 4 GEG/§ 2 Nr. 4 EnEV.

¹⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 9 GEG/§ 2 Nr. 5 EnEV.

²⁰ § 3 Abs. 1 Nr. 5 GEG/§ 2 Nr. 11 EnEV.

²¹ § 3 Abs. 2 GEG.

²² § 15 GEG.

²³ § 46 Abs. 1 GEG.

²⁴ § 46 GEG.

²⁵ Energieeinsparverordnung vom 1.9.2005 – BGBl. I 2684, idF v. 24.10.2015, BGBl. I 1789.

²⁶ § 10 Abs. 3 EnEV.

²⁷ § 9 Abs. EnEV 2014.

aktuellen Standards zu dämmen waren und bei vor 1978 bzw. 1985 in Betrieb genommenen Heizungsanlagen²⁸ bestimmte Nachrüstungen notwendig waren.

b) Anforderungen an zu errichtende Gebäude

§ 10 Abs. 1 GEG in **Teil 2** des Gesetzes gibt demjenigen, der ein Gebäude errichtet, zwingend vor, dass dieses als „Niedrigstenergiehaus“²⁹ zu errichten ist. Im weiteren Verlauf des Gesetzestextes sind dann die Inhalte dieser (der europäischen Diktion entnommenen) Begrifflichkeit im Einzelnen definiert. So darf der Jahres-Primärenergiebedarf eines Wohngebäudes das 0,75fache des für das Referenzgebäude³⁰ vorgesehenen Bedarfs – modifiziert bezogen auf die konkrete Gebäudefläche – nicht überschreiten.³¹ Entsprechendes gilt für ein Nichtwohngebäude.³² Darüber hinaus sind Energieverluste beim Heizen und Kühlen zu vermeiden.³³ Dementsprechend ist bei Wohngebäuden³⁴ für einen entsprechenden baulichen Wärmeschutz Sorge zu tragen wie auch bei Nichtwohngebäuden.³⁵ Dabei darf der Transmissionswärmeverlust bei Wohngebäuden das 1,0fache eines (ansonsten vergleichbaren) Referenzgebäudes nicht übersteigen;³⁶ bei Nichtwohngebäuden darf der Wärmedurchgangskoeffizient der wärmeübertragenden Umfassungsfläche gemäß Anlage 3 zu dem Gesetz nicht überschritten werden.

c) Anforderungen an bestehende Gebäude und die Heizungs- und Kühltechnik

aa) Anforderungen an das Gebäude
Das GEG sieht in **Teil 3** Verpflichtungen bei Bestandsgebäuden³⁷ nunmehr wie folgt vor: Im Rahmen der unbedingten Anpassungsanforderungen besteht für alle Gebäudeeigentümer die Pflicht zur **Dämmung der obersten Geschossdecke oder des Daches**.³⁸

Unabhängig von einer baulichen Maßnahme sind Eigentümer eines Wohn-

oder Nichtwohngebäudes mit einer regelmäßig (jährlich mindestens vier Monate) vorzuhaltenden Temperatur von 19° C verpflichtet, eine oberste Geschossdecke, die nicht den Vorgaben der DIN 4108–2:2013–2 entspricht, so zu dämmen, dass der Wärmedurchgangskoeffizient 0,24 Watt pro Quadratmeter und Kelvin nicht überschreitet; ersatzweise reicht eine Dämmung des Daches unter Berücksichtigung dieser Vorgaben.³⁹ Besondere Voraussetzungen gelten dann, wenn die von den Gebäudevoraussetzungen her höchstmögliche Dämmschichthöhe eingebaut ist; dann ist ein Bemessungswert der Wärmeleitfähigkeit von 0,035 Kelvin einzuhalten.⁴⁰ Sonderregelungen gelten auch für das Einblasen von Dämmmaterialien in Hohlräume und bei Verwendung nachwachsender Rohstoffe; dann ist ein Bemessungswert von 0,045 Kelvin einzuhalten.⁴¹ Hiervon ausgenommen sind Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen, von denen der Eigentümer am 01.02.2002 eine Wohnung selbst bewohnt hat.⁴²

Strengeren Anforderungen unterliegen **Änderung, Erweiterung und Ausbau**⁴³ eines Gebäudes: Aus § 9 Abs. 1 EnEV wurde die **Nachrüstungsverpflichtung** bei Änderungen von mehr als 10 Prozent der Fläche der jeweiligen Bauteilgruppe der Außenhaut übernommen.⁴⁴ In den Fällen großflächigerer Veränderungen sind für die betroffenen Flächen die Wärmekoeffizienten der Anlage 7 zum GEG einzuhalten. Als Grundlagen für die Berechnung der jeweiligen Wärmedurchgangskoeffizienten verweist § 49 GEG auf eine Reihe zu beachtender DIN-Vorschriften.⁴⁵

Die bisher in § 9 EnEV mit den Voraussetzungen für die Änderung von Gebäuden zusammengefassten Anforderungen **bei Erweiterung und Ausbau** von Gebäuden sind nun in § 51 GEG zusammengefasst worden. Die Transmissionswärme-

verluste eines Wohngebäudes sind gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 GEG⁴⁶ an einem in der Anlage 1 zum GEG beschriebenen Referenzgebäude zu orientieren.

bb) Anlagen der Heizungs-, Kühl- und Raumlufttechnik

Bestehende Anlagen unterliegen gem. § 57 GEG einem **Veränderungsverbot**. Sie dürfen – mit Ausnahme von abweichenden Anforderungen durch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften – nicht zu einer Verschlechterung des energetischen Zustands eines Gebäudes führen. Mit dieser Grundaussage gehen die Pflicht zur Aufrechterhaltung der **Betriebsbereitschaft**⁴⁷, die Pflicht zur sachgerechten **Bedienung**⁴⁸ und die Sorge für fachkundige **Wartung** und Instandhaltung einher.⁴⁹

Im Gegensatz zu der noch auf andere technische Standards bezugnehmende EnEV regelt das GEG einige Bereiche der Heizungs- und Klimatechnik⁵⁰ anders: So müssen gem. § 61 GEG **Zentralheizungen** so ausgerüstet sein, dass selbsttätig wirkende Einrichtungen zur Abschaltung der Wärmezufuhr und zur Ein- und Ausschaltung elektrischer Antriebe in Abhängigkeit von Außentemperatur und Zeit vorhanden sind; hier ist **bis zum 30.09.2021 nachzurüsten**.⁵¹ Grundsätzlich ist eine raumweise Steuerung der Heizungsanlagen vorzusehen.⁵² Umwälzpumpen sind mit einer dreistufigen Regelung auszurüsten⁵³. Besondere Regelungen gelten darüber hinaus für **Klimaanlagen**.⁵⁴ Für sie gelten auch spezielle Betreiberpflichten.⁵⁵

Werden Wärmeverteilungs- oder Warmwasserleitungen **ersetzt**, muss die **Wärmeabgabe der Rohre** begrenzt werden.⁵⁶ Gem. § 70 GEG sind diese Leitungen – abgesehen von nachzuweisender Unwirtschaftlichkeit – auch zu dämmen.⁵⁷ Ältere, mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beheizte Heizkessel sind ab einem Zeitraum von 30 Jahren – gerechnet ab dem 1.1.1991 – verboten.⁵⁸

²⁸ § 10 Abs. 1 EnEV 2014.

²⁹ Siehe dazu: <https://www.baustoffwissen.de/baustoffe/baustoffknowhow/energetisches>

³⁰ Siehe oben, I.

³¹ § 15 Abs. 1 GEG, § 10 Abs. 2 Nr. 1 GEG.

³² § 18 Abs. 1 GEG, § 10 Abs. 2 Nr. 1 WEG.

³³ § 10 Abs. 2 Nr. 2 GEG.

³⁴ § 16 GEG.

³⁵ § 19 GEG.

³⁶ § 16 Hs. 2 GEG.

³⁷ GEG, Teil 3.

³⁸ § 47 Abs. 1 GEG.

³⁹ § 47 GEG.

⁴⁰ § 47 Abs. 2 S. 1 GEG.

⁴¹ § 47 Abs. 2 S. 2 GEG.

⁴² § 47 Abs. 3 GEG.

⁴³ §§ 48, 51 GEG.

⁴⁴ § 48 GEG, bisher: § 9 Abs. 3 EnEV.

⁴⁵ Ua DIN V 18599–2: 2018–09 für die Berechnung der an Erdreich grenzenden Bauteile; DIN 4108–4: 2017–03 für die Berechnung opaker – lichtundurchlässiger – und transparenter Bauteile sowie Vorhangfassaden; DIN EN ISO 6946: 2008–4 für Dächer mit Gefälle.

⁴⁶ Ähnlich bisher § 9 Abs. 1 Nr. 1 EnEV.

⁴⁷ § 58 Abs. 1 GEG.

⁴⁸ § 59 GEG.

⁴⁹ § 60 Abs. 1, 2 GEG.

⁵⁰ GEG, Teil 4.

⁵¹ Eine Sonderregelung gilt gem. § 62 GEG für Fernheizungsanlagen.

⁵² § 63 GEG.

⁵³ § 64 Abs. 1 GEG.

⁵⁴ §§ 65–68 GEG.

⁵⁵ §§ 74–78 GEG.

⁵⁶ § 69 GEG.

⁵⁷ § 71 GEG.

⁵⁸ § 72 Abs. 1, 2 GEG, Betriebsverbot für Heizkessel, Ölheizungen.

2. Praktische Auswirkungen auf Immobilieneigentümer⁵⁹

a) Unbedingte Nachrüstungspflicht zur Dämmung der obersten Geschossdecke

Bei den im GEG festgeschriebenen Pflichten⁶⁰ handelt es sich wie auch bei der EnEV um gebäudebezogene Pflichten, die dem Eigentümer obliegen. Die Pflichten des GEG sind öffentlich-rechtliche Pflichten und in Wohnungseigentumsanlagen zugleich Inhaltsbestimmung für eine ordnungsgemäße Verwaltung gem. § 19 Abs. 1 WEG.⁶¹

b) Änderungen, Erweiterung und Ausbau eines Gebäudes

aa) Änderungen an einem bestehenden Gebäude

Unter Änderung eines bestehenden Gebäudes versteht § 48 Abs. 1 GEG die Erneuerung, den Ersatz oder den erstmaligen Einbau von Außenbauteilen.⁶² Die Vorschrift nimmt hinsichtlich des Begriffs „Außenbauteile“ Bezug auf die Anlage 7 zum GEG. Dort sind als solche beschrieben z.B. die Außenwände, gegen Außenluft abgegrenzte Fenster, Fenstertüren und Dachfenster, bestimmte Formen von Vorhangfassaden, gegen Außenluft abgegrenzte Glasdächer, Außentüren, Dachflächen und an das Erdreich grenzende Wände. Sie werden von Erweiterungen und Ausbauten dadurch abgegrenzt, dass die Kubatur des Gebäudes erhalten bleibt.⁶³

Werden an der Gebäudehülle Änderungen an Außenbauteilen von **mehr als 10 Prozent** der Fläche vorgenommen⁶⁴ oder wird das Gebäude ausgebaut oder erweitert,⁶⁵ sind die Vorgaben des GEG zu berücksichtigen. In einer Wohnungseigentumsanlage wird es sich dabei meist um eine bauliche Veränderung iSd § 20 Abs. 1 WEG⁶⁶ handeln. Jedenfalls sind auch in diesem Zusammenhang die Vorschriften des GEG als zwingendes Recht einzuhalten.⁶⁷

Von praktischer Bedeutung ist die Ermittlung der **Bagatellgrenze von 10 %**. Hier ist nicht zwingend ein detailliertes Aufmaß erforderlich, sondern es kann auf „Vereinfachungen und Erfahrungswerte“ zurückgegriffen werden.⁶⁸

bb) Erweiterung und Ausbau eines Gebäudes

Werden Gebäude erweitert oder ausgebaut,⁶⁹ darf bei Wohngebäuden der auf die Außenfläche („wärmeübertragende Umfassungsfläche“) bezogene Transmissionswärmeverlust der neu hinzugekommenen beheizten (gekühlten) Räume den 1,2-fachen Wert des Referenzgebäudes nicht überschreiten.⁷⁰ Unter „**Erweiterung**“ wird die Vergrößerung eines Gebäudes um beheizte oder klimatisierte Bereiche verstanden, wobei das Gesetz hierfür den Begriff „Räume“ verwendet.⁷¹

Erfasst sind von diesen Maßnahmen „bauliche Veränderungen“ wie Aufstockungen oder Anbauten.

Anders als bei einem Neubau – auf den die Vorschriften des Teils 2 des GEG anzuwenden wären – bleibt durch diese Maßnahmen die Identität des Gebäudes erhalten.⁷²

c) Pflichten des Eigentümers und des Verwalters einer Wohnungseigentumsanlage

Für den Gebäudeeigentümer ergeben sich die dargestellten Pflichten unmittelbar; er ist im ordnungsrechtlichen Sinne „polizeipflichtig“.

Ein Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage ist im Rahmen der Umsetzung des GEG verpflichtet, Hinweise auf die Anforderungen der Rechtsnorm zu geben und auf sachgerechte Beschlüsse hinzuwirken.⁷³ Zu den Organisationsaufgaben des Verwalters gehört jedenfalls

die umfassende Sachverhaltsermittlung, gegebenenfalls unter Heranziehung entsprechender Beratung.⁷⁴

Wird ein Gebäude neu errichtet, und fallen – wie in den überwiegenden Fällen – Bauherr und Eigentümer auseinander, gehört die Beschaffung des **Energieausweises** zu den originären Pflichten des Eigentümers und im Falle der Wohnungseigentumsanlage des Verwalters.

3. Fördermittel

§ 89 GEG sieht die Förderung der Nutzung von erneuerbaren Energien zur Erzeugung von Wärme und Kälte vor, die Errichtung besonders energieeffizienter Gebäude und die Verbesserung der Energieeffizienz bestehender Gebäude.

In § 90 GEG sind die Techniken aufgeführt, mittels derer erneuerbare Energien zur Wärme- (oder Kälte-) Erzeugung im Wege der Neuerrichtung oder Erweiterung herangezogen werden können. Das sind solarthermische Anlagen, Anlagen zur Nutzung von Biomasse sowie Anlagen zur Nutzung von Geothermie und Umweltwärme.⁷⁵ Gefördert werden auch Maßnahmen im Zusammenhang mit der Errichtung und Erweiterung von (Fern-) Wärmenetzen, wenn die von diesen gelieferte Wärme von Anlagen iSd § 90 Abs. 1 Nr. 1–3 GEG erzeugt worden ist.⁷⁶

Die Förderung wird zudem abhängig gemacht von konkreten Anforderungen an die jeweiligen Techniken⁷⁷ oder bestimmte Wirkungsgrade⁷⁸ oder der Richtlinie 2009/28 EG für Wärmepumpen.⁷⁹ § 91 GEG sieht darüber hinaus eine Reihe von Ausschlussgründen vor; diese liegen vor allem dann vor, wenn schon eine ausreichende Dämmung vorhanden ist⁸⁰ oder anspruchsvollere Anforderungen bereits erfüllt sind.⁸¹ Neben der Förderung auf Bundesebene

⁵⁹ Schwerpunkt: Wohnhäuser und Wohnungseigentumsanlagen.

⁶⁰ § 47 GEG: Pflicht zur Nachrüstung der obersten Geschossdecke.

⁶¹ Jennißen/Heinemann WEG § 21 aF Rn. 68.

⁶² § 48 S. 1 GEG.

⁶³ Danner/Theobald/Stock EnEV § 9 Rn. 121.

⁶⁴ § 48 Abs. 1 GEG; Außenbauteile dürfen den Wärme-Koeffizienten gemäß Anlage 7 nicht überschreiten.

⁶⁵ § 51 Abs. 1 Nr. 1 GEG; Außenbauteile dürfen die Transmissionswärmeverluste der jeweiligen Referenzgebäude (Wohngebäude/Nichtwohngebäude) gemäß Anlage 1 nicht überschreiten.

⁶⁶ § 22 aF WEG ist mit Wirkung zum 1.12.2020 im Rahmen einer umfassenden WEG-Reform geändert worden, in Hinblick auf den Begriff der „bau-

lichen Veränderung“ nicht abgewandelt; nunmehr § 20 Abs. 1 WEG.

⁶⁷ Schmidt ZWE 2015, 309 (311, 313) für die Vorschriften der EnEV.

⁶⁸ Danner/Theobald/Stock EnEV § 9 Rn. 108 mit Verweis auf die „Regeln zur Datenaufnahme und Datenverwendung im Wohngebäudebestand bzw. für den Nichtwohngebäudebestand“ des BMWi BAnz. AT, 21.05.2015, B3 und B 4, www.Bundesanzeiger.de, unter dem Datum des 21.5.2015.

⁶⁹ § 51 Abs. 1 S. Nr.1 GEG.

⁷⁰ Bei Nicht-Wohngebäuden wird als Höchstwert der 1,25-fache Wert der Anlage 3 des GEG zugrunde gelegt.

⁷¹ Danner/Theobald/Stock EnEV § 9 Rn. 118.

⁷² Danner/Theobald/Stock EnEV § 9 Rn. 118.

⁷³ Bärnann/Becker WEG § 27 aF Rn. 64 c.

⁷⁴ Jacoby ZWE 2012, 418 (419).

⁷⁵ § 90 Abs. 1 Nr. 1–3 GEG-E.

⁷⁶ § 90 Abs. 1 Nr. 4 GEG.

⁷⁷ Solarenergie: europäisches Prüfzeichen „Solar Keymark“, § 90 Abs. 2 Nr. 1.

⁷⁸ Biomasse: Umwandlungswirkung von 89 % bei Anlagen mit Heizung/Warmwasserbereitung, 70 % bei Anlagen, die nicht der Heizung oder Warmwasserbereitung dienen, § 89 Abs. 2 Nr. 2 GEG-E.

⁷⁹ § 90 Abs. 2 Nr. 3 GEG.

⁸⁰ § 91 Abs. 2 Nm. 1–2 GEG.

⁸¹ § 91 Abs. 2 Nr. 3 GEG.

⁸² Bayern: „Energienutzungsplanung“, Baden-Württemberg: u.a. Förderprogramm „Energieeffiziente Wärmenetze“.

⁸³ Maaß, Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen

gibt es eine Reihe regionaler Förderungen in verschiedenen Bundesländern.⁸²

III. Kritik

Das Gebäudeenergiegesetz in der gegenwärtigen Fassung ist – wie nicht anders zu erwarten – Kritik aus zwei Richtungen ausgesetzt:

1. Zu geringe Klimaschutzwirkungen

Energie für die Gebäudeerwärmung benötigt im Vergleich zum Verkehr etwa die Hälfte der insgesamt zur Verfügung gestellten Endenergie und ist damit wesentliche Ursache des die Erderwärmung antreibenden CO₂-Ausstoßes⁸³. Dem entsprechend hat sich die Bundesregierung verpflichtet, bis zum Jahre 2050 für einen klimaneutralen Gebäudebestand Sorge zu tragen.⁸⁴ Um dies zu erreichen, wäre entweder ein deutlich höherer Einsatz erneuerbarer Energien notwendig oder eine spürbare Senkung des Energieverbrauchs. Ob das mit dem GEG gelingt, wird angezweifelt. Allein durch den Ersatz von ineffizienten Gas- und Ölheizungen ist das nicht zu erreichen und in Hinblick auf die Sanierung der Gebäudeaußenhüllen muss deutlich mehr getan werden.⁸⁵ Positiv ist anzumerken, dass mit dem GEG jedenfalls in einem Bereich die Zusammenführung unterschiedlicher Vorschriften in einer Norm gelungen ist.

2. Unverhältnismäßiger Aufwand für die Immobilienwirtschaft

Gerade die Dämmung der Gebäudeaußenhüllen vor dem Hintergrund einer offenen Definition des Standards „Niedrigstenergiegebäude“ ist ein möglicher Kostentreiber, dessen Refinanzierung ungeklärt ist.⁸⁶ Verbände von Fachleuten (Architektenkammern und Energieberaterverbände) halten das Gesetz wegen des Fehlens klarer Regeln und verständlicher Berechnungsverfahren für weitgehend unpraktikabel.⁸⁷

Fachplanung, ZUR 2020, 22.
⁸⁴ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit/Klimaschutzplan 2050, 2016.
⁸⁵ Maaf, a.a.O.; siehe auch: Stellungnahme des Energieberaterverbandes GIH, 28. Juni 2019 im Gesetzgebungsverfahren; <https://www.bmwi.de/Navigation/DE/Service/Stellungnahmen/GEG/stellungnahmen-geg.html>
⁸⁶ Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen, 28.06.2019; GDW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen, 28.06.2019; Verband Wohneigentum e.V. 28.06.2019, Stellungnahme von Haus- und Grund Deutschland, Juni 2019, III., Nachweis: Fn. 85.
⁸⁷ Siehe auch dazu die jeweiligen Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren, Fn. 85.

Das Präsidium der BÖR



Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld
Präsident

Rechtsanwalt und Mediator sowie
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
 und Fachanwalt für Miet- und
 Wohnungseigentumsrecht in
 Hamburg



Lothar Hermes
Schatzmeister/Vizepräsident

Rechtsanwalt und Fachanwalt
 für Verwaltungsrecht in
 Dresden



Anne Quack
Vizepräsidentin

Rechtsanwältin und
 Fachanwältin für
 Verwaltungsrecht und
 Familienrecht in Hürth

Der Vorstand der BÖR

- Martin Brilla**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Aachen und Bonn
- Lutz Frauendorf**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Tübingen
- Prof. Dr. Klaus Herrmann**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam
- Christian Paschen**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Berlin

BÖR-Geschäftsstelle



Fortbildung,
 Weiterbildung &
 Qualifizierung



Bundesvereinigung Öffentliches Recht (BÖR) e.V.

Friedrichstr. 95 (Postbox 125)
 10117 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 - 200 59 777 oder 206 49 248
 Fax: +49 (0)30 - 206 49 249
 E-Mail: berlin@boer-ev.de

Bürozeiten:

Montag bis Donnerstag: 09:00 – 16:00 Uhr
 Freitag: 09:00 – 12:00 Uhr

Mitarbeiterinnen:

Katharina Büke (ehemals Brinkmann)
 Ivonne Dahms (ehemals Kraftzack)
 RAin Birgit Kahmann (Leitung Seminarbetrieb)

Einschränkungen der Bestenauslese bei Gemeinsamen Berufungen?

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Herrmann, Potsdam*

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Gemeinsamen Berufungen, bei denen eine Hochschule und eine mit ihr kooperierende Forschungseinrichtung derart zusammenwirken, dass die Hochschule nicht nur eine bei ihr ausgeschriebene Professur besetzt, sondern die ausgewählte Person auch beurlaubt oder sonst von den Dienstaufgaben freigestellt werden soll, um wissenschaftliche Leitungsaufgaben der Forschungseinrichtung wahrzunehmen. Der Text entstand anlässlich einer Auswahlentscheidung für die Besetzung einer Professur an einer baden-württembergischen Universität, deren Inhaberin bzw. Inhaber zur Wahrnehmung der Leitungsfunktion zeitlich unbefristet einer mit der Hochschule kooperierenden Forschungseinrichtung nach § 20 Abs. 1 BeamStG zugewiesen werden sollte. Auch wenn in diesem Fall eine gerichtliche Klärung letztlich abgewendet wurde, zeigen die dabei aufgeworfenen Verfahrens- und Bewertungsfragen, dass für die Handhabung dieser verbreiteten Personalkooperation nicht nur eine größere Sensibilität bzw. Rücksichtnahme hinsichtlich der gesetzlichen Verfahrensregeln nötig ist, sondern auch gesetzliche Regelungen ergänzt bzw. erstmals geschaffen werden müssen.

I. Zur Einleitung: Maßstab für die Berufungsentscheidungen bei Hochschulprofessuren

Das Auswahlverfahren der Hochschullehrer bestimmt die eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität und ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG besonders eng verknüpft¹. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erklärt Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei und gewährt jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht². Außerdem wirkt dieses Grundrecht als eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Hinsichtlich der fachlichen Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle steht der Hochschule deshalb eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz zu³. Allerdings hat sich die Auswahlentscheidung

beim Statusamt eines Professors an einer Universität nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu richten⁴. In diesem Rahmen darf eine Universität die maßgebliche Entscheidung über die Vergabe des Statusamts eines Professors durch Gremien vorbereiten lassen, sofern diese vorbereitenden Schritte - wie etwa die Bestimmung der zu einem Probevortrag einzuladenden Bewerber oder die Bewertung dieser Probevorträge - ihrerseits den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügen⁵.

Diese weithin anerkannten Grundsätze der Bestenauslese bei Berufungsentscheidungen für Hochschulprofessuren⁶ erfahren gerade bei den Auswahlentscheidungen Schwächungen, bei denen es um die „gemeinsamen Berufungen“ geht. Ohne dies wissenschaftspolitisch werten zu wollen, haben die Länder Teile der Grundlagenfor-

schung nicht mehr in den Universitäten selbst organisiert, sondern betreiben hierzu Kooperationen mit außeruniversitären Einrichtungen (z.B. Max-Planck-Gesellschaft, Fraunhofer-Institute usw.) unter finanzieller Beteiligung des Bundes. Allerdings fehlt den dabei benutzten privatrechtlichen Organisationsformen die Möglichkeit, mit einem Hochschulbeamtenverhältnis vergleichbare Beschäftigungsbedingungen zu bieten. Anlass für „gemeinsame Berufungen“ ist deshalb die Sorge, dass sich „hochqualifizierte Wissenschaftler für diese außeruniversitären Forschungseinrichtungen nur gewinnen [lassen], wenn ihnen der Status eines Professors an einer Universität entweder erhalten bleibt oder eingeräumt wird, denn davon hängt auch maßgeblich ihr fachliches Ansehen und die internationale Anerkennung ab.“⁷ Eigentlich müssten die Bundesländer und ihre Hochschulen deshalb ein sehr starkes Interesse

* Der Verfasser ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Dombert Rechtsanwälte PartmbB, Potsdam und Düsseldorf.

¹ BVerfG, Urt. v. 29.05.1973 - 1 BvR 424/71 u.a., BVerfGE 35, 79, 133 f.

² BVerfG, Urt. v. 08.02.1977 - 1 BvR 79/70 u.a., BVerfGE 43, 242, 267 ff.

³ BVerwG, Urt. v. 09.05.1985 - 2 C 16.83, DVBl. 1985, 1233.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 03.03.2014 - 1 BvR 3606/13, NVwZ 2014, 785 = juris, Rn. 15 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 - 2 C 30/15, juris, Rn. 17.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 03.03.2014 - 1 BvR

3606/13, NVwZ 2014, 785 = juris, Rn. 20; BVerwG, Urt. v. 20.10.2016 - 2 C 30/15, juris, Rn. 21.

⁶ VerfGH BW, Urt. v. 14.11.2016 - 1 VB 16/15, juris, Rn. 145; VGH Mannheim, Beschl. v. 07.06.2005 - 4 S 838/05, juris, Rn. 3; Beschl. v. 08.12.2020 - 4 S 2583/20, juris, Rn. 6; VGH München, Beschl. v. 05.01.2012 - 7 CE 11.1432, juris, Rn. 18; Beschl. v. 03.07.2018 - 7 CE 17.2430 - juris, Rn. 39; VGH Kassel, Beschl. v. 11.04.2016 - 1 B 1604/15, juris, Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.03.2012 - 5 S 12/11, juris, Rn. 4; Beschl. v. 28.8.2019 - 4 S 15.19, juris, Rn. 5; OVG Münster, Urt. v. 22.07.2014 - 6 A 815/11,

juris, Rn. 63 f.; Urt. v. 03.05.2018 - 6 A 815/11, juris, Rn. 70; Beschl. v. 14.06.2019 - 1 B 347/19, juris, Rn. 23; Beschl. v. 20.04.2020 - 6 B 1700/19, juris, Rn. 5; Beschl. v. 17.11.2020 - 1 B 1382/20, juris, Rn. 8; OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.05.2019 - 5 ME 68/19, juris, Rn. 28; OVG Weimar, Beschl. v. 26.06.2019 - 2 EO 292/18, juris, Rn. 30; OVG Bautzen, Beschl. v. 09.07.2018 - 2 B 52/18, juris, Rn. 13; siehe auch Tomerius/Leuze, in: Leuze/Epping, Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen, Stand: Oktober 2019, HG NW § 38 Rn. 26, m. w. N.

⁷ Siehe die Begründung zu § 67 Abs. 2 UniG BW

haben, durch die Berufungsentscheidungen auch in diesen Fällen das fachliche Ansehen und die internationale Anerkennung zu gewährleisten und zu verteidigen, die mit einer Hochschulprofessur verbunden ist⁸. Dazu sind aber sowohl bei der Rechtsanwendung als auch durch weitere Rechtssetzung Verbesserungen notwendig.

II. Zweck und Ausgestaltung Gemeinsamer Berufungen

Von einer Gemeinsamen Berufung spricht man, wenn eine Wissenschaftlerin oder ein Wissenschaftler zugleich in eine W 3- oder W 2- Professur an einer Hochschule und in eine Leitungs- oder Forschungsposition an einer (meist lokal benachbarten) außerhochschulischen Forschungseinrichtung berufen werden soll⁹.

Gemeinsame Berufungsverfahren werden in vielen Bundesländern bereits gesetzlich ausgestaltet¹⁰ oder jedenfalls vorausgesetzt¹¹. Punktuell werden etwa auch besoldungs- und versorgungsrechtliche Folgen mit geregelt¹². Für die Wissenschaftler, die Aufgaben in einem Kooperationsverhältnis übernehmen, besteht angesichts des normativen Flickenteppichs ein hohes Risiko, wegen lückenhafter landesgesetzlicher Ausgestaltungen in ihren Erwartungen hinsichtlich ihrer Einkünfte oder Altersversorgung enttäuscht zu werden¹³.

1. Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung

Eine gesetzliche Ausgestaltung „gemeinsamer Berufungen“ erscheint nach den in der Akkreditierungsentscheidung entfalteten Anforderungen des BVerfG an eine wissenschaftsadaquate Organisation des Wissenschaftsbetriebs notwendig, weil der Gesetzgeber selbst die für die Grundrechtsverwirklichung gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG maßgeblichen wesentlichen Regelungen zu treffen hat¹⁴: Dazu und zur Qualitätssicherung ist ein normatives Gesamtgefüge zu schaffen, in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so ausgestaltet sind, dass Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre vermieden werden. Das gilt auch und erst recht, wenn Bewertungskriterien hochschulextern festgesetzt werden, etwa weil die hochschulexterne Wissenschaftseinrichtung ihre Anforderungen für die Besetzung der Professur vorzugeben versucht. Damit geht jedenfalls ein erhöhtes Risiko der Vernachlässigung wissenschaftsadaquater Belange einher.

2. Wahrnehmung außerhochschulischer Aufgaben

Einer gesetzlichen Regelung bedarf es also schon für den „Standardfall“, dass die ausgeschriebene Professur nur als akademische „Hülle“ dient und es im Grunde um eine leitende Tätigkeit in einer außerhochschulischen

Forschungseinrichtung geht. Abgesehen davon, dass ein Anspruch auf eigenverantwortliche Forschungstätigkeit – jedenfalls mit staatlicher Finanzierung in einem Mindestumfang – für die außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen gerade nicht gesetzlich garantiert ist¹⁵, bestimmen sich die Organisation und Verteilung der Forschungsaufgaben nach Regelungen und verbandlichen Befugnissen, die sich einer gesetzlichen Regelung und der Aufsicht einer parlamentarisch verantwortlichen Regierung entziehen¹⁶. Hingegen gilt für die Wahrnehmung von Dienstaufgaben an den staatlichen Hochschulen, dass Professorinnen und Professoren grundsätzlich nur mit ihrer Zustimmung andere Aufgaben übertragen werden können¹⁷, jedenfalls eine nachträgliche Änderung des Lehrgebiets nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist¹⁸. Zwischen der formellen Professorinstellung (im Rechtsverhältnis zur Hochschule bzw. zum Trägerland) und der faktischen Eingliederung in den Betriebsablauf der außeruniversitären Forschungseinrichtung besteht jedenfalls ein Spannungsverhältnis, das durch vertragliche Regelungen zwischen dem betroffenen Hochschullehrer und der außeruniversitären Forschungseinrichtung nicht behoben wird¹⁹.

Einzelne Landesgesetzgeber nehmen diese Herausforderungen an. In § 49 Abs. 3 und 4 LHG BW ist etwa zugelassen, dass zur Kooperation mit außeruniversitären

im Gesetzentw. LT-Drucks. 11/4555, S. 95 f.

⁸ Vgl. nur zum besonderen Ansehen des Professorenamtes bei der Bemessungsentscheidung im Disziplinarrecht: OVG Bautzen, Urt. v. 11.12.2015 – 6 A 503/14.D, juris, Rn. 57; OVG Lüneburg, Urt. v. 08.02.2012 – 19 LD 10/09, juris, Rn. 28.

⁹ Siehe GWK, Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen – Bericht und Empfehlungen, 2014, S. 3; Adam, F&L 2016, 882.

¹⁰ § 20 BremHG, § 97 HmbHG, § 26 Abs. 8 NHG, § 43 Abs. 8, Abs. 9 SaarHSG, § 38 Abs. 4 SaarMhG, § 62 SächsHSFG, § 37 HSG LSA, § 62 Abs. 8 HSG SH, § 78 Abs. 7 ThürHG, § 40 Abs. 9 Bbg HG.

¹¹ § 9 Abs. 1 und § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 LHG BW.

¹² zB. § 39 Abs. 6 S. 3 BWBesG; § 3 Abs. 6 S. 3 LBesG BE, § 20 Abs. 4 BremBesG; § 38 Abs. 1 S. 5 HmbBesG, § 33 Abs. 3a SaarBesG, § 30

Abs. 2 S. 3 ThürBesG.

¹³ Das OVG Bautzen, Urt. v. 20.2.2004 – 2 B 192/03, juris, Rn. 50, lehnte jedenfalls eine Lebenszeitverbeamtung zur Dienstleistung an einer kooperierenden Klinik während der Beurlaubung ab. Siehe auch OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 L 56/10, juris, Rn. 7; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 7.12.2012 – 3 K 5023/10, juris, Rn. 25, wonach die im Dienst der außeruniversitären Forschungseinrichtung zurückgelegten Dienstzeiten grundsätzlich nicht im Beamtenverhältnis als Professor ruhegehaltfähig sind.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.02.2016 – 1 BvL 8/10, BVerfGE 141, 143 ff. = juris, Rn. 60; siehe zur Rechtfertigung des Anerkennungsverbots (§ 72 Abs. 1 HG NW): VG Düsseldorf, Urt. v. 07.08.2020 – 15 K 141/18, juris, Rn. 105.

¹⁵ Zur (vermuteten) Wahrung der Wissenschaftsfreiheit an Ressortforschungseinrichtungen siehe noch BAG, Urt. v. 19.03.2008 – 7 AZR 1100/06, BAGE 126, 211 ff. = juris,

Rn. 33 ff.

¹⁶ Vgl. etwa VGH München, Beschl. v. 23.3.2015 – 5 S 15.497, juris, Rn. 5, wonach die Landes- und Bundesvertreter in den Organen der Max-Planck-Gesellschaft nicht über eine beherrschende Stellung verfügen.

¹⁷ Siehe § 45 Abs. 4 LHG BW; Wimmer, NVwZ 1985, 530 ff.; vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.1992 – 2 C 45/89, juris, Rn. 29, zum Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung; siehe zu landesrechtlichen Versetzungsvorbehalten: OVG Münster, Urt. v. 31.01.1990 – 6 A 1995/87, juris; Beschl. v. 22.12.2006 – 6 B 1931/06, juris; VGH München, Beschl. v. 10.10.2008 – 3 CS 08.1788, juris; Beschl. v. 12.01.2010 – 3 ZB 09.206, juris.

¹⁸ siehe zur Rechtfertigung der Übertragung eines anderen Lehrgebietes: BVerfG, Beschl. v. 28.10.2008 – 1 BvR 462/06, BVerfGE 122, 89 ff. = juris, Rn. 4.

¹⁹ Hier mögen Stichpunkte genügen: Leistungsbezüge und Forschungszulage, Nebentätigkeit, Rückkehrrecht an die Hochschule,

Forschungseinrichtungen (entsprechend dem „Jülicher Modell“) eine Beurlaubung für bis zu zwölf Jahre gewählt werden kann. Daraus dürfte abzuleiten sein, dass gleichzeitig eine Tätigkeit im Wege des „Berliner Modells“, also durch Zuweisung der verbeamteten Person zu der außeruniversitären Forschungseinrichtung gemäß § 20 Abs. 1 BeamStG, ausgeschlossen ist. Durch die Eröffnung der Beurlaubungsmöglichkeit traf der Gesetzgeber selbst eine Abwägung zwischen den fiskalischen und Personalhaushaltsinteressen einerseits und den Verwendungs- und Förderinteressen der betroffenen Professorinnen und Professoren sowie den Kooperationsinteressen der außeruniversitären Forschungseinrichtung andererseits²⁰. Dass nach dieser gesetzlichen Ausgestaltung in Baden-Württemberg die unbefristete Tätigkeit in der außeruniversitären Forschungseinrichtung mit der dienstrechtlichen Stellung eines Professors oder einer Professorin im Übrigen unvereinbar ist, bestätigt auch § 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 LHG BW. Danach soll bei Verbindung einer Professur mit einer leitenden Tätigkeit in einer außeruniversitären Forschungseinrichtung von vornherein nur ein Beamtenverhältnis auf Zeit begründet werden. Für die unbefristete Fortsetzung des Beamtenverhältnisses bei Verbindung der Professur mit einer leitenden Tätigkeit sieht der Gesetzgeber in § 50 Abs. 2 S. 4 LHG BW eine eigenständige Entscheidung des Rektorats auf Vorschlag der jeweiligen Fakultät vor. Dabei sollen vor allem die Leistungen und die Wahrnehmung der Professorenarbeiten gewürdigt und für die Frage der Weiterführung dieser Verbindung einer Entscheidung

der Fakultät als dem maßgeblichen Selbstverwaltungsgremium unterstellt werden.

3. Formulierung des Anforderungsprofils und der Ausschreibung

Auch die Übernahme von Eignungsanforderungen aus den Leitungsaufgaben bei der außerhochschulischen Forschungseinrichtung wirft Fragen auf, die nach einer gesetzlichen Klarstellung verlangen. Die Vergabe des Statusamts eines Professors an einer Hochschule hat sich grundsätzlich an den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung auszurichten. Deshalb muss die Auswahlentscheidung das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungsprofil berücksichtigen²¹, das die Hochschule bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung – ungeachtet bestehender Typisierungen²² – im konkreten Einzelfall formuliert. Maßgeblich ist insoweit der Aufgabenbereich des Amtes, auf den bezogen die einzelnen Bewerber untereinander zu vergleichen sind und anhand dessen die Auswahlentscheidung vorzunehmen ist²³. Beim Anforderungsprofil ist ebenso wie bei der Ausschreibung auf eine möglichst offene, weite und flexible Formulierung (im Rahmen des Faches) zu achten, um eine auf einen bestimmten Bewerber zugeschnittene Zugangsvoraussetzung zu verhindern bzw. um generell eine größere Zahl geeigneter Bewerber zu erschließen²⁴. Auch wenn für Professuren an Hochschulen nicht sehr relevant ist, ob die an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung auf das Amt im statusrechtlichen Sinne bezogen ist oder anhand

der Anforderungen eines konkreten Dienstpostens erfolgen darf²⁵, ist es mit der Bindung der Hochschulen an die gesetzlichen Vorgaben bei der Bestimmung des Anforderungsprofils²⁶ und eine an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidung nicht selbstverständlich vereinbar, die hochschulexternen Anforderungen eines privatrechtlich verfassten Kooperationspartners für die Wahrnehmung des Leitungsamtes in der außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu übernehmen. Hier fehlt bisher jede Sensibilität und gesetzliche Befugnis, Anforderungen für hochschulfremde Aufgaben zugrunde zu legen. Außerhalb gesetzlicher Regelungen (wie etwa bei den Postnachfolgeunternehmen § 4 Abs. 2 PostPersRG²⁷) zählt die berufliche Tätigkeit und die Wahrnehmung der Aufgaben von privatrechtlich verfassten Unternehmen grundsätzlich nicht zu den Dienstaufgaben im Beamtenverhältnis oder einer im dienstlichen Interesse liegenden Beurlaubung ohne Dienstbezüge²⁸.

Nicht selten finden sich in Ausschreibungstexten bei gemeinsamen Berufungen aus der Wahrnehmung der Leitungsposition abgeleitete (dienstpostenbezogene) Anforderungen, dass von den Bewerbern „Erfahrungen in den Bereichen Management und Leitung von großen wissenschaftlichen Arbeitsgruppen“ gefordert werden oder „Erfahrung im Einwerben öffentlich finanzierter Forschungsprojekte als auch von Industrieprojekten erforderlich“ sei. Zu den Dienstaufgaben einer Professur zählen jedenfalls Leitungsaufgaben einer außerhochschulischen Forschungseinrichtung nicht (vgl. § 46 Abs. 1 LHG BW). Hingegen

Disziplinarverantwortung während der Beurlaubung.

²⁰ Siehe etwa zur Unwirksamkeit von Versorgungsabsprachen im Hinblick auf das Beamtenverhältnis als Professor: VG Gelsenkirchen, Ur. v. 07.12.2012 – 3 K 5023/10, juris, Rn. 31.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4/11, juris, Rn. 18; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012 – 5 S 12.11, juris, Rn. 10.

²² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.6.1983 – 2 BvR 720/79, BVerfGE 64, 323 ff. = juris, Rn. 91.

²³ OVG Münster, Ur. v. 03.05.2018 – 6 A 815/11, juris, Rn. 94 m.w.N.

²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v.

28.08.2019 – 4 S 15.19, juris, Rn. 7; OVG Koblenz, Beschl. v. 06.08.2018 – 2 B 10742/18, juris, Rn. 9; VGH München, Beschl. v. 16.03.1998 – 7 ZE 97.3696, juris, Rn. 16; Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, Kap. 4 Rn. 86; Krüger/Leuze, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 45 Rn. 13.

²⁵ Offengelassen von OVG Münster, Ur. v. 03.05.2018 – 6 A 815/11, juris, Rn. 96, unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 19.12.2014 – 2 VR 1.14, juris, Rn. 20; Beschl. v. 20.06.2013 – 2 VR 1.13, BVerwGE 147, 20 = juris, Rn. 18, 28.

²⁶ BVerwG, Beschl. v. 19.12.2014 – 2 VR 1/14,

juris, Rn. 24.

²⁷ Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost – Postpersonalrechtsgesetz – vom 14.09.1994 (BGBl. I 1994, 2325, 2353), zul. geänd. d. G. v. 27.6.2017 (BGBl. I 2017, 1944); vgl. OVG Münster, Ur. v. 21.09.2015 – 1 A 2758/13 ua., juris.

²⁸ Nach Ziff. 6.1.2.6 VV-BeamtVG sollen jedoch (bei Bundesbeamten) die Zeiten einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge als ruhegehaltfähig anerkannt werden, wenn die Beurlaubung zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei Einrichtungen, Institutionen oder Arbeitgebern u. ä. (z. B. Großforschungseinrichtungen) dient,

sind die Hochschulen bzw. Landesdienstherrn verpflichtet, die ernannten Professorinnen und Professoren bei Scheitern einer Tätigkeit an der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung als beamteten Professor weiterzuverwenden. Deshalb kann jedenfalls auf die Erfüllung der (statusamtsbezogenen) Anforderungen, die sich aus den gesetzlichen Dienstaufgaben der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer gem. § 46 Abs. 1 LHG BW ergeben, nicht verzichtet werden, insbesondere die Erfahrungen und Fähigkeiten in der Lehre. Sollen darüber hinaus zusätzliche Anforderungen gestellt werden, muss jedenfalls der Gesetzgeber zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit von Professorinnen und Professoren sowie Bewerbenden erst einmal die Möglichkeit eröffnen, dass diese Anforderungen aus der außerhochschulischen Leitungstätigkeit bei einer sonstigen Wissenschaftseinrichtung im Hochschul-Berufungsverfahren vorweggenommen werden dürfen.

4. Einbeziehung von Interessenvertretern bei Gremienentscheidungen der Hochschulselbstverwaltung

Gefahren für die Freiheit von Forschung und Lehre ergeben sich aber nicht nur aus der Einbeziehung der externen Interessen staatlich oder privat finanzierter Wissenschafts- und Forschungseinrichtungen, sondern auch aus der Mitwirkung der von diesen Einrichtungen entsandten Mitglieder in hochschulinternen Auswahlgremien. Die hier betrachtete Hochschule in Baden-Württemberg und eine staatlich finanzierte Wissenschaftseinrichtung unterhielten eine Kooperationsvereinbarung, wonach die als Mitglieder in die Berufungskommission entsandten Beschäftigten einerseits weisungsgebunden und andererseits bevollmächtigt sind, für die Wissenschaftsorganisation zu handeln und verbindlich das Einverständnis dieser Gesellschaft mit dem Berufungsvorschlag mitzuteilen. In der Berufungskommission wirken demnach Vertreter der externen Wissenschaftseinrichtung mit, die nicht – wie die hochschuleigenen und sonstigen externen Mitglieder der

Berufungskommission – von eigenen Befugnissen in der Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben Gebrauch machen (siehe etwa § 9 Abs. 2, Abs. 5 LHG BW). Die im Gesetz vorgesehene Unabhängigkeit und Uneigennützigkeit der Wahrnehmung einer Selbstverwaltungsaufgabe (§ 10 Abs. 2 S. 1 LHG BW) – hier der Mitwirkung in der Berufungskommission – wird durch die Weisungsbindung und Vertretungsregelung konterkariert: Für den Fall, dass die von der Wissenschaftsorganisation entsandten Vertreter in der Berufungskommission eine „eigenständige Auffassung“ bilden, sehen die Vereinbarungen sogar ein Sanktionsverfahren vor. Die von der Wissenschaftseinrichtung entsandten Mitglieder der Berufungskommission stellen demnach nicht die vom Gesetzgeber befugten, eigenständig und uneigennützig handelnden Mitglieder eines Selbstverwaltungsgremiums dar. Man könnte insofern an eine Besorgnis der Befangenheit denken, allerdings würden die in die Berufungskommission nachrückenden externen Mitglieder wieder als Beschäftigte der außeruniversitären Wissenschaftseinrichtung weisungsgebunden agieren. Es geht also nicht um eine Besorgnis der Befangenheit als Besetzungsmangel der Berufungskommission, sondern um die Abweichung vom Grundsatz der gruppenmäßigen Besetzung von Selbstverwaltungsgremien (§ 10 Abs. 1 LHG BW), konkret durch die Einschränkung der Repräsentation von Hochschulmitgliedern durch ihre stimmberechtigten Gruppenvertreter hin zu einer Vertretung verbandlicher bzw. unternehmerischer Interessen von externen Kooperationspartnern in Selbstverwaltungsgremien.

Dass in der Berufungskommission eine solche Interessen- und Parteilichkeit von stimmberechtigten Mitgliedern überhaupt zugelassen wird, stellt eine so wesentliche Abweichung vom Bild der eigenständigen und selbstverantwortlichen Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben dar, dass eine gesetzliche Regelung hierzu nicht unterbleiben dürfte. Ebenso bedarf es einer ge-

setzlichen Regelung, ob der externen Wissenschaftseinrichtung im Kooperationsvertrag ein Veto-Recht eingeräumt wird bzw. werden darf, das neben seiner verhindernden Wirkung schon deshalb einer an Art. 33 Abs. 2 GG orientierten Auswahl einer oder eines hochschulinternen ausgewählten Bewerbenden entgegensteht, weil die Gefahr einer faktischen Vorwirkung in das Auswahlverfahren nicht ausgeschlossen werden kann.

5. Qualitätssicherung bei langjähriger Zugehörigkeit zur Wissenschaftseinrichtung (vergleichbar der „Hausberufung“)

Schließlich bleiben dem Gesetzgeber Ausnahmen vorbehalten, ob und wie bei gemeinsamen Berufungsverfahren gesetzliche Einstellungs Voraussetzungen überwunden bzw. kompensiert werden können. Gelegentlich tauchen in diesen Verfahren Bewerbende auf, die ausschließlich an der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung tätig waren und zum Teil unbefristet beschäftigt sind. Ein Sonderproblem ist es hingegen, wenn der Ausschreibungstext auf die Besetzung einer Professur in Verbindung mit einer Stelle der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung gerichtet erscheint, die bereits mit einer oder einem Beschäftigten besetzt ist, die oder der just zum Kreise der Bewerbenden zählt. Diese Gestaltung weist auf eine „ad personam“ feststehende Besetzungsabsicht hin, also die bewusste Abweichung von der Auswahl der oder des besten Bewerbenden, so dass die Durchführung und das Ergebnis des Berufungsverfahrens natürlich von der Vermutung der Rechtswidrigkeit befallen sind.

Allgemein hätte sich eine gesetzliche Regelung vor allem mit der Frage zu beschäftigen, wie Bewerbende mit langjährigen – und vermutlich auch erfolgreichen – Forschungstätigkeiten in der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung vom Ruch der „Hausberufung“ freigehalten werden können, sofern sie überhaupt für

die Übertragung einer Professur in Betracht gezogen werden. Jedenfalls kann bei einer vergleichbaren Tätigkeit in der Hochschule die Professur nach § 48 Abs. 2 S. 3 und 5 LHG BW an Mitglieder der eigenen Hochschule nur in begründeten Ausnahmefällen und nur dann übertragen werden, wenn sie nach der Promotion die Hochschule gewechselt und mindestens 2 Jahre außerhalb der berufenen Hochschule wissenschaftlich oder künstlerisch tätig waren. Durch das Hausberufungsverbot soll ausgeschlossen werden, dass Personen in ein Professorenamt berufen werden, deren Qualifikation (insbesondere Promotion und Habilitation) bisher nur von einem Fachbereich positiv bewertet worden sind²⁹. Es geht um Fragen der Qualitätssicherung in Berufungsverfahren, bei denen die Hochschule über die Qualifikation der eigenen Nachwuchskräfte zu entscheiden hat³⁰. Auch bei gemeinsamen Berufungen erscheinen Vorkehrungen zur Qualitätssicherung notwendig ungeachtet der Frage, ob ein „Hausberufungsverbot“ analog auch für langjährig Beschäftigte der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung gilt. Um Beschäftigten der außerhochschulischen Forschungseinrichtung den fehlenden Wechsel an andere Einrichtungen oder Hochschulen als Eignungsmangel entgegenhalten zu können, bedürfte es jedenfalls einer gesetzlichen Verankerung.

III. Anwendung des Gleichbehandlungsgebots bei gemeinsamen Berufungen

Bei Gemeinsamen Berufungen droht in der Praxis – nicht nur selten – eine Besetzung der ausgeschriebenen Professur daran zu scheitern,

dass das Anforderungsprofil aus dem Blick gerät und der Auswahlentscheidung wesentliche Leistungsumstände nicht oder nicht richtig zugrunde gelegt werden. Ob mit derartigen „Tricksereien“ den Interessen der außeruniversitären Wissenschaftseinrichtung ein (Bären-)Dienst erwiesen wird, darf getrost der Bewertung in den verbreiteten Evaluationsrunden für diese Forschungsstrukturen überlassen bleiben. Da die Hochschule die ausgewählten Kandidatinnen und Kandidaten aber als eigenes Lehrpersonal beschäftigen und deren Kompetenzen für die eigene Hochschulentwicklung einsetzen muss, wenn die Zusammenarbeit mit der Wissenschaftseinrichtung aus personellen, finanziellen oder organisatorischen Gründen endet, sind solche Verfahrensweisen jedenfalls auch für die Hochschulen dysfunktional. Natürlich sind derartige Verfahrensfehler geeignet, Auswahlentscheidungen zu infizieren und Bewerbungsverfahrenansprüche zu verletzen³¹. Freilich dienen Vorschriften über die Auswahl von Bewerbern um ein öffentliches Amt vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst, berücksichtigen daneben aber auch das berechnete Interesse des Bewerbers an einem angemessenen beruflichen Fortkommen und begründen somit einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung der gesetzlichen Vorschriften³² bei der mit der Ernennung zum Professor verbundenen Besetzung von Lehrstühlen an Universitäten³³. Dabei ist erneut an die Zurückhaltung bei der gerichtlichen Prüfung zu erinnern, wonach Berufungsentscheidungen der Hochschulen nur noch auf die fehlerfreie Ausübung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen überprüft werden, ob also das Recht des Bewerbers auf eine faire, chan-

cengleiche Behandlung seiner Bewerbung gewahrt worden ist³⁴.

1. Bewertung der Lehrtätigkeit

Über die gesetzliche Einstellungs voraussetzung der pädagogischen Eignung (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 LHG BW) hinaus suchen die Hochschulen auch bei Gemeinsamen Berufungen regelmäßig hervorragende Hochschullehrende mit Ausschreibungstexten für eine „international ausgewiesene Persönlichkeit mit hervorragender Kompetenz in Forschung und Lehre“. Danach besteht die Gefahr der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im hochschulinternen Berufungsverfahren, wenn wesentlich verschiedene ausgerichtete oder auch nur umfangreiche Lehrtätigkeiten unterschiedlicher Bewerbender als „gleichwertig“ bewertet werden. Das gilt auch in Ansehung des Umstandes, dass bei den o.g. Kooperationsmodellen der Umfang der Lehrverpflichtung regelmäßig auf einzelne Lehraufträge beschränkt bleibt. Für das Anforderungsprofil eines Universitätsprofessors bzw. einer Universitätsprofessorin kommt es nicht auf die konkret geplanten Lehrverpflichtungen im Rahmen eines etwa beabsichtigten Beurlaubungs- oder Zuweisungsmodells an.

Die pädagogische Eignung der Bewerberinnen und Bewerber ist nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 LHG BW in der Regel durch Erfahrungen in der Lehre oder Ausbildung nachzuweisen³⁵. Zu Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot kann es etwa kommen, wenn die Erfahrungen durch nebenamtliche Lehrtätigkeiten in einzelnen Studienmodulen, die 2 oder 4 Semesterwochenstunden ausmachten, mit der eigenverantwortlichen

die zu mindestens 90 Prozent aus Mitteln des Bundes finanziert werden.

²⁹ vgl. Leuze/Epping, Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen, 17. Lieferung 2019, § 36 HG NRW, juris, Rn. 85 m.w.N.

³⁰ Nach VG Schleswig, Beschl. v. 26.06.2018 – 12 B 26/18, juris, Rn. 29; Beschl. v. 02.01.2020 – 12 B 48/19, juris, Rn. 45, geht es dabei nicht

um ein absolutes Hindernis für den Erfolg eines „Hausbewerbers“, sondern um zusätzliche Prüf- und Begründungsanforderungen.

³¹ Vgl. OVG Weimar, Beschl. v. 26.6.2019 – 2 EO 292/18, juris, Rn. 35, zu den Folgen fehlerhafter Beschlüsse von Berufungskommissionen.

³² Vgl. schon BVerwG, Beschl. v. 30.08.1989 – 1 WB 115/87, BVerwGE 86, 169, 172; OVG Weimar, Beschl. v. 26.6.2019 – 2 EO 292/18,

juris, Rn. 35.

³³ BVerwG, Urt. v. 09.05.1985 – 2 C 16/83, DVBl. 1985, 1233; VGH Kassel, Beschl. v. 07.01.1993 – 1 TG 1777/92, NVwZ-RR 1993, 361; Detmer, WissR 1995, 1 ff.

³⁴ VGH München, Beschl. v. 11.08.2010 – 7 CE 10.1160, juris, Rn. 20; vgl. Pernice-Warneke, WissR 47 (2014), 371 ff.; Mehde, ZBR 2018, 373 ff.

Wahrnehmung von Lehraufgaben eines bereits berufenen Professors gleichgestellt werden. Wenn doch anerkannt ist, dass Beschäftigte an außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen gerade nicht mit Lehrverpflichtungen wie im universitären Ausbildungsbetrieb belastet sein sollen, kann nicht in Gemeinsamen Berufungsverfahren so getan werden, als bestünden derartige Unterschiede nicht. Auch müssen die Unterschiede gewichtet werden zwischen projektbezogenen Lehrtätigkeiten in anwendungsbezogenen Studiengängen und grundlagenbezogenen Lehraufgaben im Rahmen einer universitären Masterstudien (z.B. im Rahmen des Symposiums oder der Betreuung von Masterarbeiten). Eine Selbstverwaltungstätigkeit im Zusammenhang mit der Lehre (Prüfungsausschuss, Studiengangsentwicklung, Lehrevaluation) haben Bewerbende regelmäßig auch nur während der Tätigkeit an einer Universität eigenverantwortlich wahrgenommen. Mit der Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Leistungsumstände verletzt die Hochschule jedenfalls das Gebot der Gleichbehandlung und das Leistungsprinzip gem. Art. 33 Abs. 2 GG³⁶.

2. Bewertung der Forschungstätigkeit und insbesondere Drittmittelforschung

Während es bei den Bewerbenden mit einer akademischen Herkunft als Selbstverständlichkeit gilt, die eigene Forschungstätigkeit in den Bewerbungen mit wahrheitsgemäßen Verzeichnissen der Publikationen, Vorträge bzw. Konferenzbeiträge sowie Drittmittelprojekten sichtbar zu machen³⁷, können in gemeinsamen Berufungen oft ganz andere Handhabungen beobachtet werden. Bei Angaben zur Drittmittelinwerbung werden größte Verbundprojekte außerhochschulischer Wissenschaftseinrichtungen

genannt, ohne den auf die oder den Bewerbenden entfallenden konkreten Beitrag oder Betrag des Projektvolumens offen zu legen. Prüft man die Abschlussberichte entsprechender Projekte der externen Wissenschaftseinrichtung nach, tauchte die Bewerberin oder der Bewerber dann nicht als Projektverantwortlicher auf. Jedenfalls muss sich eine Berufungskommission bei diesen Bewerbenden anhand der konkreten Bewerbungsunterlagen die Frage stellen, welche Beiträge die Bewerbenden jeweils selbst zu den von ihnen genannten Drittmittelprojekten geleistet haben. Fehlen entsprechende Angaben, müssen sie von der Berufungskommission nachgefordert werden³⁸.

Mitunter werden entsprechende Ungleichbehandlungen sogar durch verzerrte Darstellungen der Berufungskommission vertuscht, um bei anschließenden Gremienbeteiligungen Nachfragen zu verhindern. Im Fall der baden-württembergischen Universität hatte etwa die Berufungskommission die Veröffentlichungen der Bewerber „gegenübergestellt“: Während bei einem Bewerber 76 Veröffentlichungen angegeben wurden (ohne die Gesamtzahl der Veröffentlichungen zu benennen), führte die Berufungskommission bei dem ausgewählten Bewerber „85 Publikationen (davon 32 mit peer-review)“ an. Dadurch sollte der Eindruck erweckt werden, der ausgewählte Bewerber verfüge über mehr eignungsrelevante Veröffentlichungen als der Mitbewerber. Die 76 dem Mitbewerber zugeschriebenen Veröffentlichungen waren freilich „nur“ seine im peer-review erfolgreichen Publikationen. Eine wirklichkeitsnahe wissenschaftsadäquate Darstellung der Publikationen hätte diese Gefahr von Missverständnissen vermieden, gerade wenn und weil in den jeweiligen Gremiensitzungen

in kurzem Zeitabstand mehrere Stellenbesetzungsentscheidungen beraten werden.

IV. Kommissionszusammensetzung bei gemeinsamen Berufungen

Auch in der Handhabung der Regelungen zur Besetzung von Berufungskommissionen sind bei Gemeinsamen Berufungen anspruchsvoll.

In erster Linie sind die gesetzlichen Regelungen für Berufungskommissionen zu beachten, die bestimmte Mindestanforderungen zur (gruppenmäßigen) Zusammensetzung und regelmäßig auch Vorgaben zum Stimmrecht aufweisen. Dabei kann schon die Zuordnung von externen Lehrbeauftragten oder Honorarprofessoren, die als Vertreter der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung in den Auswahlprozess einbezogen wurden, Schwierigkeiten aufwerfen³⁹. Oft wird die von einigen Hochschulgesetzen vorgesehene Mitwirkung externer Hochschullehrer in der Berufungskommission genutzt, diese Plätze mit entsprechend qualifizierten Vertretern der außerhochschulischen Wissenschaftsorganisation zu besetzen. Dem Sinn und Zweck dieser Verfahrensregel zur Qualitätssicherung durch – unbeteiligte – fachkundige Fachvertreter widerspricht es jedoch, Interessenvertreter der Wissenschaftseinrichtung gerade als „externe Mitglieder“ einzubeziehen. Soweit durch Berufsregelungen der Hochschule die Mitwirkung von Vertretern der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung zugelassen und auf eine bestimmte Anzahl beschränkt ist, muss deshalb bei der Einsetzung und allen Ergänzungsentscheidungen auf einen transparenten Umgang mit der Affiliation geachtet werden: Die hier betrachtete baden-württembergische Universität verpflichtete sich

³⁵ Siehe VG Mannheim, Beschl. v. 07.06.2005 – 4 S 838/05, juris, Rn. 7.

³⁶ Siehe etwa VG Berlin, Beschl. v. 07.04.2014 – 7 L 100.14, juris, Rn. 33.

³⁷ Vgl. Preisler, in (DhV) <https://www.forschung->

[und-lehre.de/wie-der-schritt-zur-professur-gelingt-718/](https://www.forschung-und-lehre.de/wie-der-schritt-zur-professur-gelingt-718/)

³⁸ Siehe etwa OVG Magdeburg, Urt. v. 19.03.2008 – 3 L 18/07, juris, Rn. 83 ff., zum Umgang mit unschlüssigen Bewertungen von

Drittmittelprojekten in externen Sachverständigen Gutachten.

³⁹ Siehe etwa zu § 45 BerlHG OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 08.11.2018 – 5 B 17.17, juris, Rn. 30.

in einem Kooperationsrahmenvertrag, der außerhochschulischen Wissenschaftseinrichtung eine Mitwirkung im Umfang von 3 Mitgliedern der Berufungskommission zu ermöglichen. Neben 2 von dem kooperierenden Institut der Wissenschaftseinrichtung entsandten Mitgliedern wirkten aber noch 3 weitere Mitglieder mit einer aktiven Tätigkeit in anderen Instituten der Wissenschaftseinrichtung an der Erarbeitung eines Berufungsvorschlags zugunsten des ausgewählten Bewerbers mit, der zufällig ein unbefristet Beschäftigter dieser Einrichtung war. Zu keinem Zeitpunkt wurde die Tätigkeit der 3 weiteren Berufungskommissionsmitglieder für dieselbe Wissenschaftseinrichtung im Fakultätsrat oder der Berufungskommission diskutiert oder sonst offengelegt. Für einen auf die Informationen in Vorlagen angewiesenen Leser wird damit verheimlicht, dass ein erheblicher Anteil der professoralen Mitglieder der Berufungskommission ein Interesse an der Förderung der Wissenschaftseinrichtung und ihrer Institute verfolgt haben könnte.

Schließlich ist in diesen Konstellationen ein sensibler und vorausschauender Umgang mit der Gefahr von Befangenheiten geboten⁴⁰. Häufiger als gedacht kommt es vor, dass befangene Mitglieder in der Berufungskommission mitwirken und nicht ausgeschlossen werden (§ 21 Abs. 2 i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG). Ein Indiz für die Befangenheit stellen dabei „Beschlüsse“ oder – regelmäßig dann auch unter Mitwirkung des an sich von der Teilnahme in solchen Fragen ausgeschlossenen Mitglieds – getroffene Absprachen dar, dass ein Mitglied sich nicht an Entscheidungen über einzelne Bewerber beteiligen sollte⁴¹. Nach den in der Wissenschaftswelt bekannten Hinweisen der Deutschen Forschungs-

gemeinschaft zu Fragen der Befangenheit⁴² sollen üblicherweise bei Forschungsförderanträgen von natürlichen Personen Beteiligte von der Mitwirkung an Entscheidungen der DFG ausgeschlossen sein, die derselben Fakultät oder demselben außeruniversitären Forschungsinstitut angehören oder demnächst angehören. Gleiches gilt für Wissenschaftler, die in einem Hochschulrat oder einem ähnlichen Aufsichtsgremium der antragstellenden Hochschule tätig sind. Jedenfalls muss über die Umstände des Einzelfalls und die Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung nachgedacht werden, denn bei Anträgen natürlicher Personen sind Wissenschaftler von der Mitwirkung an Entscheidungen der DFG ausgeschlossen, die derselben Hochschule oder derselben außeruniversitären Forschungseinrichtung angehören. Gelangt die Berufungskommission zu der Entscheidung, dass ein Mitglied im Hinblick auf einen Bewerber von der Besorgnis der Befangenheit betroffen ist, hat sich das Mitglied von der weiteren Beratung und Beschlussfassung zu enthalten (vgl. etwa § 21 Abs. 2 i.V.m. § 20 Abs. 4 S. 4 VwVfG BW). Dies gilt nicht nur für die Entscheidungen der Kommission über die Bewerber, hinsichtlich derer das jeweilige Mitglied einen Sachverhalt äußerte, anhand dessen über die Besorgnis der Befangenheit zu entscheiden war. Der Ausschluss aus der Arbeit der Berufungskommission gilt umfassend und bezieht sich auf die gesamte Beratungs- und Beschlussfähigkeit der Berufungskommission⁴³.

Die hier aufgezeigten Verstöße gegen die fehlerfreie Besetzung der Berufungskommission verletzen den Bewerbungsverfahrenanspruch unterlegener Bewerber und werden nicht dadurch behoben, dass der Berufungsvorschlag der Berufungskommission anschlie-

ßend vom Fakultätsrat aufgegriffen, vom Senat nicht zurückgewiesen und vom Rektorat dem Wissenschaftsministerium zur Zustimmung vorgelegt wurde⁴⁴.

V. Fazit

Mit Gemeinsamen Berufungen stellen Universitäten ihre erfolgreichen und begehrten Beschäftigungsbedingungen von Professorinnen und Professoren kooperierenden Forschungseinrichtungen zur Verfügung, um deren Personalgewinnung und -entwicklung zu fördern. Nicht nur für den – jedenfalls theoretisch denkbaren – Fall, dass die berufene und ernannte Person von der Hochschule weiterbeschäftigt werden muss, haben die Bundesländer und ihre Hochschulen ein Interesse daran, mit den Berufungsentscheidungen die dafür geltenden Anforderungen des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG zu wahren und sich gegenüber den Personalinteressen der Wissenschaftseinrichtung abzugrenzen.

In der Praxis gelingt das oft nicht. Schon die geltenden Verfahrensregeln werden gelegentlich mit einem simplen Zweckoptimismus – was nicht explizit verboten ist, sei erlaubt – umgangen oder übertreten. Dabei kommt es auch zu schwerwiegenden Verstößen gegen Grundsätze der Hochschulselbstverwaltung, z.B. der gruppenmäßigen Vertretung durch weisungsfreie Mitglieder. Um hierbei Handlungssicherheit und für die betroffenen Bewerberinnen und Bewerber Vorhersehbarkeit zu gewährleisten, sollten die für Gemeinsamen Berufungen geltenden Verfahrensregeln vom Gesetzgeber ergänzt bzw. geschaffen werden. Das gilt für Übernahme der Anforderungen an die zu besetzenden Professuren aus den Leitungsfunktionen der Wissenschaftseinrichtungen ebenso wie für transparente Verfahrensregeln zur Abstimmung des Grundsatzes der Bestenauslese mit den Personalentwicklungsinteressen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen.

⁴⁰ Siehe Geis, OdW 2020, 23 ff.; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, 609 ff.; Herrmann/Tietze, LKV 2015, 337 ff.

⁴¹ Informativ: Burgi/Hagen, OdW 2021, 1 ff.

⁴² https://www.dfg.de/formulare/10_201/

⁴³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.5.1984 – 4 C 58.81, juris; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015 – 15 K 7734/13, juris.

⁴⁴ OVG Weimar, B. v. 26.6.2019 – 2 EO 292/18, juris, Rn. 30.

Auch die BÖR-Seminare gehen online

Die Pandemie hat auch – wenn auch wenige – gute Seiten: Im Jahr 2020 hat die BÖR das ohnehin geplante Online-Format in die Tat umgesetzt. Dabei haben wir uns für ClickMeeting entschieden, eine europäische Plattform, die der DSGVO unterliegt. Wie bei anderen Anbietern stehen zwei Varianten zur Verfügung: ein **Konferenz- bzw. Meeting-Tool** und eine sog. **Webinar-Lösung**. Letztere setzen wir regelmäßig ein. Bei ihr sind selbstverständlich die Referent*innen und die Moderation sowie für Fragen und Diskussionsbeiträge – auf Wunsch – die Teilnehmenden mit Bild und Ton dabei. Unabhängig davon bietet auch hier eine Chatfunktion die Möglichkeit zur regen Beteiligung.

Auf diese Art und Weise konnten wir im vergangenen Jahr 16 unserer geplanten Seminare als Online-Seminare durchführen und damit unser Fortbildungsangebot auch in der Pandemie aufrechterhalten. Wir freuen uns, dass uns über 300 Teilnehmende auch online die Treue gehalten haben und fühlen uns durch das Feedback bestätigt, auch unabhängig von der Pandemie künftig Online-Angebote in unser Programm aufzunehmen. Sicher gibt es bei jedem Tool Optimierungsmöglichkeiten; außerdem kann ein Online-Seminar eine Präsenz-Veranstaltung hinsichtlich des persönlichen Austausches und der Interaktion nicht erreichen. Dennoch zeigt uns das Feedback, dass wir auch online auf einem guten Weg sind. Hier einige Stimmen:

„Für mich das erste Online-Seminar; vielen Dank für die sehr gute Organisation und den reibungslosen Ablauf!“

„Kompakte Darstellung an einem Tag Online Format (für mich persönlich wegen knapper Zeit und Kinderbetreuungspflichten essentiell).“

„Ich bin überrascht, wie gut die Schulung auch online funktioniert. Vielen Dank.“

„Das große Fachwissen des Referenten hat mich sehr beeindruckt. Gut war auch die allgemeine Betreuung durch die BÖR. Vielen Dank für die wirklich tolle Fortbildung - gerne wieder.“

„Einfache Technik - für jeden anwendbar.“

„Die Veranstaltung war sehr gut organisiert und moderiert. Ich würde mich freuen, wenn diese Formate zukünftig auch angeboten werden könnten. Es spart doch viel Zeit und Weg ohne fachliche Qualität missen lassen zu müssen.“

Auszug aus dem Veranstaltungsprogramm für das Jahr 2021

(weitere Veranstaltungen finden Sie auf www.bör.de)

Montag/Dienstag, 19./20.04.2021 Je 09:00-12:30 Uhr 320,-- €	6-08- 21	Das Versammlungsrecht in der gerichtlichen Praxis * Dr. Alexander Oerke, Richter am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg Online-Seminar
Montag, 10.05.2021 350,-- €	3-11- 21	Berufungsverfahren für Professuren an Hochschulen - Verfahrensfehler, Sonderverfahren, prozessuale Aspekte * Prof. Dr. Max-Emanuel Geis, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg * Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Herrmann (FAVerwR), Dombert Rechtsanwälte, Potsdam Online-Seminar
Montag, 31.05.2021 320,-- €	1-15- 21	Beweisantragsrecht im Verwaltungsprozessrecht * Dr. Stephanie Gamp, Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Berlin Online-Seminar
Dienstag, 08.06.2021 320,-- €	1-16- 21	Die Beschwerde in der verwaltungsgerichtlichen Praxis * Boris Wolnicki, Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg Online-Seminar
Donnerstag/Freitag 17.06.2021 (13:00-16:30) 18.06.2021 (09:00-12:30) 350,-- €	4-17- 21	Denkmalschutzrecht – gegenwärtige Fragen und Rechtsprechung * Matthias Schubert, Vorsitzender Richter Verwaltungsgericht Berlin * Dr. Joerg Mueller-Thuns, Richter am Verwaltungsgericht Berlin Online-Seminar

Die Beschwerde in der verwaltungsgerichtlichen Praxis

Bericht über das Online-Seminar vom 24. September 2020

von Rechtsanwalt Martin Brilla*

Coronabedingt erstmals als Online-Veranstaltung fand im September letzten Jahres ein Tagesseminar statt, das mit dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerderecht ein für die Praktiker in Anwaltschaft und Behörden sehr wichtiges Thema behandelte. Referent war Herr **Boris Wolnicki, Vorsitzender Richter am Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg** mit langjähriger Erfahrung im Rechtsmittelrecht. Zudem ist er Güterichter und langjähriges Mitglied des Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamtes der Länder Berlin und Brandenburg.

Dieser Bericht soll zugleich einen Überblick über die Thematik geben. Deshalb hält er sich nicht strikt an den Seminaraufbau. Außerdem muss er vieles auslassen, denn in den sechs Zeitstunden wurde auf etliche Details eingegangen, deren Wiedergabe den Rahmen sprengen würde. Fragen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer führten zudem zur Vertiefung einzelner Aspekte.

1. Die Beschwerde im Allgemeinen

Die Regelungen zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde finden sich in den **§§ 46-152 VwGO**. Auch wenn sie nicht wie in der ZPO als sofortige Beschwerde bezeichnet ist, handelt es sich wegen der **Befristung in § 147 Abs. 1 VwGO** (zwei Wochen) in der Sache um eine solche. Besonders wichtig ist, dass die Beschwerde in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80, 80a und 123) innerhalb eines Monats zu begründen ist, besondere Anforderungen an die Darlegung bestehen und der Prüfungsumfang auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 VwGO).

Auf die weiteren Bestimmungen zu Einlegungsfrist und -ort sowie Abhilfemöglichkeiten soll hier nicht näher eingegangen werden. Wichtig ist jedoch, dass die Beschwerde grundsätzlich **keine aufschiebende Wirkung** entfaltet (§ 149 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Sofern nicht feststeht, dass die Behörde bis zur Entscheidung über die Beschwerde von sich aus von einer Vollziehung absieht, empfiehlt es sich deshalb, als Vertreter des in der ersten Instanz unterlegenen Antragstellers bei dem Senat mit der Einlegung der Beschwerde darum nachzusuchen, die Behörde zu bitten, bis zur Entscheidung über die Beschwerde nicht zu vollziehen. Falls die/der Senatsvorsitzende dem nicht nachkommt oder sich die Behörde darauf nicht einlässt, sollte nach §§ 173 VwGO, 570 Abs. 3 ZPO der Erlass einer Zwischenentscheidung (sog. **Hängebeschluss**) beantragt werden. Ob dem entsprochen wird hängt nach herrschender Rechtsprechung davon ab, dass sich die angegriffene Entscheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als fehlerhaft erweist

und/oder eine Folgenabwägung ergibt, dass die sofortige Vollziehung den Betroffenen unzumutbar belastet.²

Die Beschwerde ist statthaft gegen Entscheidungen, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind (so die verkürzte Fassung des § 146 Abs. 1 VwGO), also Beschlüsse oder Verfügungen. Wichtige Fälle in der Praxis sind neben den Beschlüssen im vorläufigen Rechtsschutz vor allem die Ablehnung von Prozesskostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussichten³ oder die Ablehnung einer beantragten Beiladung⁴ sowie Beschlüsse über die (Un-)Zulässigkeit des Rechtswegs⁵, die Aussetzung des Verfahrens⁶ und über die Anordnung oder Ablehnung des Ruhens des Verfahrens⁷ sowie die Festsetzung des Streitwerts⁸.

Unanfechtbar sind hingegen die prozessleitenden Verfügungen sowie Beschlüsse über die Ablehnung der Prozesskostenhilfe, wenn das Gericht ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe verneint.⁹ Ausgeschlossen ist die Beschwerde auch in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands zweihundert Euro nicht übersteigt.

Während sowohl **Untätigkeitsbeschwerden** als auch **außerordentliche Beschwerden** nach einhelliger Rechtsprechung ausgeschlossen sind, ist die Handhabung im Hinblick auf **Hängebeschlüsse** nicht einheitlich: Nach wohl überwiegender Rechtsprechung handelt es sich dabei nicht um bloße prozessleitende Verfügungen, so dass der Ausschluss gemäß § 146 Abs. 2 VwGO nicht greift.¹⁰

2. Die Beschwerde in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes

Den Schwerpunkt bildete naturgemäß die Beschwerde gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80, 80a und 123 VwGO).

Grundsätzlich ist die Beschwerde bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen;¹¹ die Beschwerdefrist ist allerdings auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Beschwerdegericht eingeht.¹² Hierbei ist auf den **Vertretungszwang** gemäß § 67 Abs. 4 Satz 2 VwGO zu achten.¹³ Das Verwaltungsgericht muss die Beschwerde (mit den Verfahrensakten) unverzüglich dem Obergerverwaltungsgericht vorlegen; eine Abhilfebefugnis besteht nicht.¹⁴ In besonders eiligen Fällen

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Aachen und Bonn.

¹ außer in den Fällen der Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels.

² vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. April 2019 - OVG 6 S 23.19, juris m.w.N. zu den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der jeweiligen Entscheidungsmaßstäbe.

³ § 166 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO

⁴ § 65 Abs. 1 VwGO

⁵ § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17 a Abs. 4 Satz 3 CVG

⁶ § 75 Satz 3 und § 94 VwGO

⁷ § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 251 ZPO

⁸ vgl. die Sonderregelung des § 68 GKG

⁹ § 146 Abs. 2 VwGO

¹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. März 2010 - OVG 11 S 11.10 -, juris Rn. 6, m.w.N.; a.A. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 15. März 2018 - 11 S 2094/17 -, juris Ls. und Rn. 3 ff. m.w.N.

¹¹ § 147 Abs. 1 Satz 1 VwGO

¹² § 147 Abs. 2 VwGO

¹³ Ausnahme: Prozesskostenhilfverfahren

¹⁴ § 146 Abs. 4 Satz 5 VwGO

empfehlte es sich, die Beschwerde (auch) unmittelbar bei dem Oberverwaltungsgericht einzulegen und die Beschwerde beim zuständigen Senat telefonisch anzukündigen.

Die **Mindestanforderungen** für die Einlegung selbst sind überschaubar: Neben der Bezeichnung des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, des Entscheidungsdatums und des Aktenzeichens sowie der Verfahrensbeteiligten empfiehlt es sich, die Beschwerde als solche zu bezeichnen.

Der in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO erforderliche **Antrag**¹⁵ kann auch in einem späteren Begründungsschriftsatz gestellt werden. Dabei sollte jedoch darauf geachtet werden, ihn dann nicht zu vergessen, weil die Beschwerde ansonsten nach § 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO eigentlich als unzulässig zu verwerfen ist. Allerdings lässt es die Rechtsprechung ausnahmsweise genügen, wenn aus der Begründung zweifelsfrei hervorgeht, in welchem Umfang die erstinstanzliche Entscheidung geändert werden soll.¹⁶

Soll für das Beschwerdeverfahren **Prozesskostenhilfe** beantragt werden, muss der Antrag unter Verwendung der vorgeschriebenen Vordrucke und unter Beifügung aller erforderlichen Unterlagen **innerhalb der Zweiwochenfrist beim Oberverwaltungsgericht**¹⁷ eingegangen sein.

¹⁵ In der Regel: den Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern und wie erstinstanzlich beantragt zu tenorieren.

¹⁶ vgl. z.B. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. August 2020 - 1 B 363/20 -, juris Rn. 3 m.w.N.

¹⁷ als Prozessgericht i.S. von § 117 Abs. 1 Satz 1 ZPO

¹⁸ vgl. z.B. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 14. April 2020 – 1 M 660/19 OVG -, juris Rn. 8; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. Februar 2020 - 19 B 1563/19 -, juris Rn. 7

¹⁹ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10. Juni 2015 - 13 B 540/15 -, juris Rn. 3 f.

²⁰ OVG Bremen, Beschluss vom 28. Januar 2005 - 1 B 457/05 -, juris Rn. 5 f.

²¹ Letztlich entsprechen die Anforderungen denjenigen für die Darlegung der ersten Zweifel an der Richtigkeit des Urteils in einem Berufungszulassungsverfahren (§§ 124a Abs. 4 Satz 4, 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

²² vgl. die zum Darlegungsgebot nach § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO ergangene ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie Beschluss vom 30. Juni 2005 - 1 BvR 2615/04 -, juris Rn. 17; Beschluss vom 16. April 2020 - 1 BvR 2705/16 -, juris Rn. 18.

Besonders wichtig ist, dass die Beschwerde gegen Beschlüsse in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes **innerhalb eines Monats zu begründen** ist (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO). **Diese Frist ist nicht verlängerbar!** Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt wurde, bei dem Oberverwaltungsgericht einzureichen.

Mindestens genauso wichtig ist, dass **nach Fristablauf erstmals geltend gemachte Beschwerdegründe grundsätzlich unberücksichtigt** bleiben;¹⁸ möglich ist allerdings eine Vertiefung bereits vorgetragener Gründe.

Bezüglich der Beantragung von **Prozesskostenhilfe** gelten für die Begründung andere Maßstäbe: Ein anwaltlich nicht vertretener PKH-Antragsteller muss zumindest laienhaft in groben Zügen darlegen, warum er die erstinstanzliche Entscheidung für unrichtig hält.¹⁹ Von einem anwaltlich vertretenen Antragsteller wird zwar nicht eine Darlegung der Beschwerdegründe verlangt, die den vollen Anforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO entspricht. Doch auch bei ungesichertem Gebührenanspruch soll es dem Rechtsanwalt ohne weiteres zumutbar sein, jedenfalls in groben Zügen darzulegen, welche Einwände er gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts mit einer Beschwerde geltend machen will, damit das Beschwerdegericht eine ausreichende Grundlage für die Prüfung der Frage hat, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.²⁰

Im Rahmen der **Beschwerdebegründung** sind die Gründe darzulegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist; außerdem muss sich die Begründung mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO). Unabhängig davon, dass § 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO vorsieht, dass die Beschwerde andernfalls als unzulässig zu verwerfen ist, ist die Darlegung der Beschwerdegründe von ganz entscheidender Bedeutung für die Begründetheit der Beschwerde. Dementsprechend muss so umfassend wie möglich vorgetragen und damit so viel Stoff wie möglich zum Gegenstand

des Verfahrens gemacht werden. Zunächst ist eine **Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung** erforderlich. Wird die Entscheidung mit ihrer Struktur und ihren tragenden Erwägungen nicht genau erfasst und verstanden, kann die Beschwerdebeurteilung nicht gelingen. Dementsprechend genügt es nicht, das erstinstanzliche Vorbringen zu wiederholen oder darauf Bezug zu nehmen. Denn das erstinstanzliche Vorbringen konnte sich denkbare mit den Ausführungen des angefochtenen Beschlusses noch gar nicht befassen! Auch die bloße Gegenüberstellung der eigenen anderslautenden Auffassung ist keine Auseinandersetzung mit den Gründen des erstinstanzlichen Beschlusses. Insofern gilt: Je ausführlicher und fundierter die erstinstanzliche Begründung ist, desto eingehender muss auch die Auseinandersetzung damit erfolgen.²¹ Allerdings gebietet es Art. 19 Abs. 4 GG, die Darlegungsanforderungen nicht derart zu erschweren, dass sie von einem durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können.²²

Sofern das Verwaltungsgericht seine Entscheidung (kumulativ) auf **mehrere selbständig tragende Gründe** gestützt hat, muss – wie bei dem Berufungszulassungsvorbringen nach §§ 124a Abs. 4 Satz 4, 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO – das Beschwerdevorbringen die genannten Anforderungen mit Blick auf jeden einzelnen dieser Gründe erfüllen.

Eine Besonderheit bei den Darlegungsanforderungen gibt es im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO: Da der Antragsteller **Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund auch im Beschwerdeverfahren glaubhaft machen** muss, müssen im Rahmen der Darlegung zu beiden Gesichtspunkten Ausführungen gemacht werden. Hat das Verwaltungsgericht den Anordnungsanspruch verneint, reicht es also nicht aus, lediglich hierzu vorzutragen; auch der Anordnungsanspruch muss umfänglich thematisiert werden. Gleiches gilt, wenn ein Antrag wegen Unzulässigkeit abgelehnt worden war: Hier darf man sich in der Beschwerdebegründung nicht darauf beschränken, nur die Zulässigkeit

des Antrags darzulegen.²³ Für den Erfolg der Beschwerde kommt es nämlich wie im Berufungszulassungsrecht darauf an, ob die erstinstanzliche Entscheidung im Ergebnis richtig ist, also ob „die Rechtsache richtig entschieden“ worden ist.

Wenn das Beschwerdegericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO nur die dargelegten Gründe prüft, stellt sich die Frage, ob es darüber hinaus auch offensichtliche Umstände berücksichtigen darf, die der Beschwerdeführer nicht vorgetragen hat. Oder Gesichtspunkte, die der Beschwerdegegner vorbringt. Wie verhält es sich mit Aspekten, die erst als Replik auf die Beschwerdeerwiderung in das Verfahren einfließen? Und wie ist es mit Umständen, die erst nach der erstinstanzlichen Entscheidung oder nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist eintreten?

Leider gibt zu diesen und anderen Fragen keine einheitliche Linie der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe, was auch auf die Entstehungsgeschichte der vorgenannten Norm zurückzuführen ist. Obwohl es dabei um grundlegende Themen wie materielle Richtigkeit, Einklang von Eilverfahren und Hauptsacheverfahren, effektiven Rechtsschutz und prozessuale Waffengleichheit geht, weichen die Meinungen mitunter auch innerhalb der Senate der Beschwerdegerichte voneinander ab, was wenig befriedigend ist.

Im Einzelnen wurde dann dargelegt, wie unterschiedlich die Rechtsprechung zum Prüfungstoff des Beschwerdegerichts ist, also ob „**aufgesparte Gründe**“ berücksichtigt werden oder wie mit **Änderungen der Sach- und Rechtslage** umgegangen wird. Letzteres ist auch deshalb wichtig, weil sich die Frage stellt, ob nicht

womöglich ein **Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO** der richtige Weg wäre.

Dies zu wissen, ist für einen Erfolg im Beschwerdeverfahren von enormer Bedeutung. Dafür muss man zum einen die Linien der Rechtsprechung insgesamt und zum anderen die Handhabung des für die Beschwerde zuständigen Senats kennen. Letzteres kann man in juristischen Datenbanken in Erfahrung bringen; für Ersteres sind das Seminar und die Darstellung im Skript sehr hilfreich.

Einer von vielen **Hinweisen für eine erfolgreiche Prozessführung** lautet, dass man keinesfalls darauf vertrauen darf, dass das Beschwerdegericht einen weiten Maßstab anlegen wird. Deshalb muss innerhalb der Begründungsfrist möglichst umfassend vorgetragen werden, um so viel Stoff wie möglich berücksichtigungsfähig zu machen. Ist die Berücksichtigung von nach Ablauf der Begründungsfrist eingetretenen Umständen vorteilhaft, sollten diese vorgebracht werden und – falls erforderlich – der Versuch unternommen werden, das Gericht dazu zu bewegen, diese (zumindest ausnahmsweise) zu berücksichtigen. Dafür bieten die detaillierten Nachweise im Skript eine wertvolle Unterstützung.

Ergänzend soll kurz auf eine Entscheidung eingegangen werden, die seinerzeit noch nicht ergangen war: Auch nach dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg sind im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entscheidungserhebliche Tatsachen, auf die sich der Beschwerdeführer innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist beruft, auch dann zu berücksichtigen, wenn sie erst nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung eingetreten

sind. Das Beschwerdeverfahren sei nämlich darauf ausgerichtet, die im Ergebnis richtige Entscheidung über den Streitgegenstand zu finden²⁴.

Der große Nutzen des mit 53 Seiten sehr umfangreichen Skripts mit vielen aktuellen Rechtsprechungsnachweisen zeigt sich auch bei Sonderfragen wie der **Antragsänderung** im Beschwerdeverfahren, dem **Verhältnis vom Beschwerdeverfahren zum Abänderungsverfahren** und zur **Anschlussbeschwerde**.

3. Fazit

Das Seminar hat seine praxisorientierten Ziele zweifelsohne erreicht: Das Beschwerderecht wurde umfassend dargestellt, wobei der Schwerpunkt naheliegenderweise auf der Beschwerde in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80, 80a und 123 VwGO lag. Ergänzend wurde die Arbeitsweise der mit der Beschwerde typischerweise befassen Oberverwaltungsgerichte erläutert und darauf aufbauend praktische Hinweise zu einem möglichst erfolgreichen prozessualen Verhalten gegeben. Nicht zuletzt wurde immer wieder auf vermeidbare Fehler aufmerksam gemacht. Der in Beschwerdeverfahren nicht unerfahrene Verfasser hat somit nicht nur seine prozessrechtlichen Kenntnisse vertieft, sondern auch einige sehr hilfreiche praktische Hinweise mitnehmen können.

Hinweis: Das nächste Seminar mit Herrn Wolnicki zu dieser Thematik findet am **8. Juni 2021 online** statt.

²³ vgl. Hamburgisches OVG, Beschluss vom 12.12.2013 - 4 Bs 333/13, juris.

²⁴ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 05. Oktober 2020 – OVG 10 S 52/20 –, juris Rn. 26 m.w.N.

IMPRESSUM:

Der BÖR REPORT ist eine Publikation der Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V., Berlin. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die Auffassung der Redaktion oder der BÖR wieder. Nachdruck und Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Fotos wird keine Gewähr übernommen.

Redaktion: Birgit Kahmann, Martin Brilla

Verantwortlich: Martin Brilla, Bundesvereinigung Öffentliches Recht BÖR e.V., Friedrichstr. 95, Postbox 125, 10117 Berlin/Deutschland

Telefon: +49 (0)30 - 200 59 777 oder +49 (0)30 - 206 49 248

Telefax: +49 (0)30 - 206 49 249

E-Mail: berlin@boer-ev.de