

Entscheidungsanmerkung

Rechtsschutz gegen Benutzungsregelungen für eine öffentliche Einrichtung durch Polizeiverordnung und durch Allgemeinverfügung

1. Das erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag, der darauf gerichtet ist, die in einer Polizeiverordnung festgesetzten Benutzungszeiten für eine gemeindliche öffentliche Einrichtung für unwirksam zu erklären, kann bereits dann bestehen, wenn das Verhalten des Normgebers in der Vergangenheit die Prognose rechtfertigt, er werde bei Erfolg des Normenkontrollantrags eine für den Antragsteller möglicherweise günstigere Regelung treffen.

2. Durch eine auf der Grundlage der Generalermächtigung des § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW erlassene Polizeiverordnung kann keine Regelung des Benutzungsverhältnisses einer öffentlichen Einrichtung in der Weise erfolgen, dass abschließende positive Nutzungszeiten der Einrichtung festgesetzt werden; vielmehr bestimmt sich der zulässige Nutzungsumfang nach der Widmung und ggf. durch eine ausgestaltende Benutzungsregelung, im Übrigen durch die sonstigen allgemeinen Gesetze, vor allem das Bundes-Immissionsschutzgesetz und die auf seiner Grundlage erlassenen einschlägigen Verordnungen (Amtliche Leitsätze).

3. Zur Qualifizierung einer „Benutzungsordnung“ für eine kommunale öffentliche Einrichtung als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG in Abgrenzung zu einer Regelung durch Satzung (Leitsatz des Verf.).

PolG BW § 1 Abs. 1, § 10

VwGO § 47

VwVfG BW § 35 S. 2 Alt. 3

VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10¹

I. Einleitung

Die hier anzuzeigende Entscheidung des baden-württembergischen VGH betrifft den Rechtsschutz gegen Benutzungsregelungen für eine kommunale öffentliche Einrichtung in Form einer Polizeiverordnung sowie einer Allgemeinverfügung und berührt verschiedene immer wieder prüfungsrelevante Fragen des Verwaltungsrechts. Zum einen geht es um die Reichweite polizei- bzw. ordnungsbehördlicher Regelungsbefugnisse.² Die einschlägigen Rechtsgrundlagen ermächtigen bekanntlich allein zu solchen behördlichen Maßnahmen, die dem Zwecke

¹ Abrufbar unter www.juris.de sowie abgedruckt in DVBl. 2012, 1311; NVwZ-RR 2012, 939.

² Im Folgenden bezieht sich der Begriff „Polizei(recht)“, dem baden-württembergischen Einheitssystem folgend, auch auf das Handeln der andernorts sog. Ordnungsbehörden; zur Terminologie und zur Organisation der Gefahrenabwehrbehörden in den Ländern nur *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 48 ff. m.w.N.

der Gefahrenabwehr dienen – so bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht in seinem wegweisenden Kreuzberg-Erkenntnis von 1882.³ Dass das polizeirechtliche Instrumentarium dazu eingesetzt wird, die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung zu regeln, wirkt deshalb sogleich befremdlich. Mit Blick auf die weitere im vorliegenden Fall getroffene Benutzungsregelung steht die Abgrenzung von Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG) und Rechtsnorm (Satzung) in Frage.⁴ Prozessual eingekleidet ist der Fall in ein verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren, das in Baden-Württemberg – wie in den meisten Bundesländern – nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Landesrecht (hier: § 4 AGVwGO BW) gegen untergesetzliche Rechtsnormen im Allgemeinen statthaft ist.⁵

II. Sachverhalt

Die Antragsgegnerin des Verfahrens, eine baden-württembergische Gemeinde, betreibt bei der städtischen Grundschule u.a. ein Kleinspielfeld sowie eine Weitsprunganlage als kommunale öffentliche Einrichtung. Der Antragsteller ist Eigentümer eines benachbarten mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks. Er fühlt sich offenbar durch Lärmimmissionen beeinträchtigt, die von der Benutzung der Anlage ausgehen, und wendet sich mit seinem Normenkontrollantrag gegen zwei Regelungen der Antragsgegnerin, welche sich auf jene beziehen.

Zum einen greift er die Neufassung der „polizeilichen Umweltschutzverordnung“ (im Folgenden: PolVO) der Antragsgegnerin an, die folgenden Wortlaut hat:

„§ 6 Lärm von öffentlichen Spielplätzen, Kleinspielfeld und Weitsprunganlage

(1) Die Benutzung öffentlicher Spielplätze sowie des Kleinspielfeldes und der Weitsprunganlage ist in der Zeit vom 01.04. bis 30.09. eines Jahres von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 20.00 Uhr; in der Zeit vom 01.10.

³ Vgl. PrOVGE 9, 353; abgedruckt auch in DVBl. 1985, 216: kein Bauverbot aus ästhetischen Gründen; dazu auch *Schoch* (Fn. 2), Rn. 4 m.w.N.

⁴ Für die Abgrenzung von Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung klassisch BVerwGE 12, 89 (Endviensalat-Fall); s. zum Ganzen auch *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 14 ff. m.w.N.

⁵ Art. 5 S. 1 BayAGVwGO; § 4 Abs. 1 BbgVwGG; Art. 7 Abs. 1 BremAGVwGO; § 15 Abs. 1 HessAGVwGO; § 13 GerStrukGAG MV; § 7 Nds. AG VwGO; § 4 Abs. 1 S. 1 AGVwGO RP; § 18 SaarLAGVwGO; § 24 Abs. 1 SächsJG; § 10 AGVwGO LSA, § 5 AGVwGO SH; § 4 ThürAGVwGO. Entsprechende landesgesetzliche Regelungen fehlen für Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen. Eingehend zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2011, §§ 19, 30; *Würtenberger*, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011, Rn. 433 ff. Ist § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO landesgesetzlich nicht ausgefüllt worden, so muss gegen untergesetzliche Normen im Wege der Inzidentkontrolle oder der Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO vorgegangen werden, vgl. dazu *Würtenberger*, a.a.O., Rn. 438 ff.

bis 31.03. eines Jahres von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr erlaubt.

(2) Weitere Regelungen über die Nutzung der öffentlichen Spielplätze, des Kleinspielfeldes und der Weitsprunganlage treffen die hierfür erlassenen Benutzungsordnungen.

(3) Bei Sportplätzen bleiben die Vorschriften nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz, insbesondere die Sportanlagenlärmschutzverordnung, unberührt.“

Von der bisher gültigen Fassung unterscheidet sich die Neuregelung dadurch, dass § 6 Abs. 2 PolVO a.F. bestimmte, die Benutzung sei an Sonn- und Feiertagen nicht erlaubt.

Des Weiteren geht der Antragsteller gegen eine vom Bürgermeister der Antragsgegnerin am selben Tage erlassene „Benutzungsordnung für das Kleinspielfeld und die Weitsprunganlage bei der Grundschule“ (im Folgenden: Benutzungsordnung) vor. Diese gilt ihrem § 1 Abs. 1 zufolge für das Kleinspielfeld und die Weitsprunganlage; sie ist für alle Personen verbindlich, welche sich auf diesem Gelände aufhalten. In § 3 werden Benutzungszeiten für den Allgemeingebrauch, in § 6 zulässige Nutzungszeiten für den organisierten Vereinssport festgesetzt, die den in § 6 Abs. 1 PolVO geregelten entsprechen. Darüber hinaus bestimmen § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 der Benutzungsordnung, dass die Benutzung der Anlage an Sonn- und Feiertagen nicht erlaubt ist; die Gemeinde kann hiervon Ausnahmen zulassen.

III. Entscheidungsgründe

1. Der Normenkontrollantrag gegen § 6 PolVO

a) Zulässigkeit des Antrags gegen § 6 PolVO

Der Normenkontrollantrag gegen § 6 PolVO ist nach Auffassung des VGH zulässig und begründet.⁶ Im Rahmen der Zulässigkeit war neben der Statthaftigkeit der Normenkontrolle, die sich aus § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO BW ergibt, näher auf die Antragsbefugnis und das Rechtsschutzbedürfnis einzugehen.⁷

Antragsbefugt ist gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die Anforderungen an die Geltendmachung einer Rechtsverletzung nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO entsprechen denen des § 42 Abs. 2 VwGO.⁸ Auch hier gilt also die sog. Möglichkeitstheorie, d.h. die Antragsbefugnis fehlt nur dann, wenn Rechte des Antragstellers offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise

verletzt werden können.⁹ Entscheidend ist, ob bei Erlass der angegriffenen Rechtsnorm Rechtssätze heranzuziehen waren, welche die Interessen des Antragstellers schützen sollten, so dass zumindest auch seine Belange berücksichtigt werden mussten.¹⁰ Dies war in der Rechtsprechung allerdings zuvor für einen ähnlichen Fall verneint worden: Der BayVGH hatte entschieden, ein benachbarter Grundstückseigentümer sei gegen eine Satzung über die Benutzung kommunaler Spielplatzanlagen nicht antragsbefugt. Denn eine derartige Satzung enthalte keine Regelung des Nutzungskonflikts mit der Nachbarschaft. Die Gemeinde dürfe sogar durch die Satzung überhaupt nicht festlegen, was Nachbarn gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen an Immissionen hinzunehmen hätten, weil die allgemeine kommunale Satzungsautonomie (vgl. etwa § 4 GemO BW) von vornherein nicht zu Eingriffen in Rechte des Bürgers ermächtige.¹¹ Für eine Polizeiverordnung gelten aber gerade diese Erwägungen nicht. Der VGH konnte deshalb prüfen und bejahen, dass bei Erlass der angegriffenen Vorschrift nicht ausschließlich öffentliche Interessen, sondern (zumindest auch) die Interessen betroffener Nachbarn zu berücksichtigen waren. Hier ergab sich aus den Unterlagen des Gemeinderats und der Gemeindeverwaltung, dass mit der Regelung der Benutzungszeiten den Nachbarn der Anlage ein gewisser Mindestschutz vor Lärm gewährt werden sollte.¹²

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist in der Regel ohne weiteres zu bejahen und braucht in der Fallbearbeitung nicht angesprochen zu werden.¹³ Es fehlt nur, wenn der Antragsteller durch die Nichtigerklärung der Norm seine Rechtsstellung – eindeutig – nicht verbessern kann und die Inanspruchnahme des Gerichts deshalb unter jedem Gesichtspunkt nutzlos ist.¹⁴ Im vorliegenden Fall lässt sich aber das Rechtsschutzbedürfnis unter dem Aspekt der Nutzlosigkeit des begehrteten Rechtsschutzes in Zweifel ziehen, weil die Unwirksamkeitserklärung des § 6 PolVO lediglich zur Folge hätte, dass die dort abstrakt-generell festgelegten Nutzungszeiten entfielen. Die vom Antragsteller beehrte Festlegung kürzerer Nutzungszeiten ließe sich damit aber noch nicht erreichen, zumal die frühere Regelung des § 6 Abs. 1 PolVO a.F. nicht automatisch wiederaufleben würde.¹⁵ Die Antragsgegnerin

⁹ S. *Würtenberger* (Fn. 5), Rn. 451 f.; *Kopp/Schenke* (Fn. 8), § 47 Rn. 46; aus der Rechtsprechung insb. BVerwGE 107, 215 (217 ff.).

¹⁰ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 24 (juris) m.w.N.

¹¹ So BayVGH BayVBl. 1999, 20 (21); zum Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung vgl. näher *Schmidt-Aßmann/Röhl*, Kommunalrecht, in: *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 96 m.w.N.

¹² VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 24 (juris).

¹³ *Würtenberger* (Fn. 5), Rn. 254; S. *Augsberg*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2009, S. 38.

¹⁴ S. m.w.N. *Kopp/Schenke* (Fn. 8), Vorb. § 40 Rn. 38 ff., § 47 Rn. 89; *Würtenberger* (Fn. 5), Rn. 258.

¹⁵ Der VGH BW ließ dies in seiner Entscheidung offen: Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 25 (juris).

⁶ Die Entscheidung erging – abweichend vom gesetzlichen Regelfall (Urteil) – durch Beschluss, weil eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich war, vgl. § 47 Abs. 5 S. 1 VwGO.

⁷ Zur Zulässigkeitsprüfung bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle näher *Hufen* (Fn. 5), § 19 Rn. 11 ff.; *Würtenberger* (Fn. 5), Rn. 441 ff.

⁸ Weiterführend *Hufen* (Fn. 5), § 19 Rn. 19 ff.; *Kopp/Schenke*, *VwGO-Kommentar*, 17. Aufl. 2011, § 47 Rn. 44 ff., dort auch zur Relativierung der Anforderungen durch ein „Recht auf gerechte Abwägung“, insb. i.R.v. § 1 Abs. 7 BauGB.

könnte sich ggf. auch darauf beschränken, auf Störungen mit einzelfallbezogenen Polizeiverfügungen zu reagieren; sie ist nicht verpflichtet, die Benutzung der Einrichtung gerade durch Rechtsnorm zu regeln. Aus diesem Grunde hatte der VGH in einem früheren, ähnlich gelagerten Fall das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers eines Normenkontrollverfahrens verneint, der sich gegen eine Polizeiverordnung wandte, in der Benutzungszeiten für Kinderspielplätze geregelt waren.¹⁶ Der vorliegende Fall ist aber nach Auffassung des VGH anders zu beurteilen.¹⁷ Denn für das Rechtsschutzbedürfnis genüge es bereits, wenn nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Antragsgegnerin bei einer Nichtigerklärung der angegriffenen Vorschrift eine neue, für den Antragsteller günstigere Regelung treffen werde. Ein Rechtsschutzbedürfnis sei vielmehr auch dann anzuerkennen, wenn ein Normgeber ein Verhalten an den Tag gelegt habe, das die Prognose rechtfertige, er werde unabhängig von einer rechtlichen Verpflichtung bei Erfolg des Normenkontrollantrags eine Neuregelung treffen, die für den Antragsteller möglicherweise günstiger ist.¹⁸ Dies war hier angesichts der Absicht der Antragsgegnerin, durch die Benutzungsregelungen einen gewissen Mindestschutz der Nachbarn vor Lärmimmissionen zu gewährleisten, jedenfalls nicht auszuschließen.¹⁹

b) Begründetheit des Antrags gegen § 6 PolVO

Der Normenkontrollantrag ist begründet, soweit die angegriffene Norm rechtswidrig ist. Dabei prüft das Gericht umfassend die objektive Rechtmäßigkeit und beschränkt sich nicht auf subjektive Rechte des Antragstellers.²⁰ Nach Auffassung des VGH war § 6 PolVO für unwirksam zu erklären, weil die Vorschrift sich nicht auf die Ermächtigungsgrundlage des § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW stützen ließ.²¹

Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit des § 6 PolVO bestanden zwar nicht. I.R.d. materiellen Rechtmäßigkeit, speziell der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, war jedoch fraglich, ob es sich bei der getroffenen Benutzungsregelung überhaupt um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr handelte. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW (und den entsprechenden Vorschriften anderer Länder²²) darf eine Polizeiverordnung nur erlassen wer-

den, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren bzw. entsprechende Störungen zu beseitigen. Daraus folgt, dass eine Polizeiverordnung allein Gebote und Verbote enthalten, nicht aber ein bestimmtes Verhalten zulassen oder erlauben darf.²³ Der zulässige Nutzungsumfang einer kommunalen öffentlichen Einrichtung darf daher nicht durch eine Polizeiverordnung festgelegt werden, sondern bestimmt sich in erster Linie aus dem durch die (sachenrechtliche) Widmung festgelegten Zweck der Einrichtung,²⁴ ggf. durch eine ausgestaltende Benutzungsregelung, und im Übrigen durch die sonstigen allgemeinen Gesetze, vor allem das BImSchG und die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen.²⁵

Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob die in § 6 PolVO getroffene Regelung („ist [...] erlaubt“) die erforderliche gefahrenabwehrrechtliche Zielsetzung aufweist. Die Antragsgegnerin hatte allerdings argumentiert, sie habe in § 6 PolVO ein gefahrenabwehrrechtliches Verbot erlassen, weil aus den aufgeführten Benutzungszeiten der Rückschluss zu ziehen sei, dass die Benutzung der Anlage zu jeweils anderen (den „reziproken“) Zeiten verboten sein soll, nämlich vom 1.4. bis 30.9. eines Jahres zwischen 12.00 und 14.00 Uhr sowie zwischen 20.00 und 8.00 Uhr, vom 1.10. bis zum 31.3. eines Jahres in der Zeit von 12.00 bis 14.00 Uhr und zwischen 18.00 und 8.00 Uhr. Diesem Einwand tritt der VGH mit eingehender Begründung zu Recht entgegen.²⁶ Die Auslegung des § 6 PolVO ergibt nämlich, dass die Antragsgegnerin eine abschließende Festsetzung positiver Nutzungszeiten der öffentlichen Einrichtung und somit eine gestattende Regelung des Benutzungsverhältnisses getroffen hat. Dafür spricht bereits der Wortlaut von § 6 Abs. 1 PolVO, der ausdrücklich bestimmt, die „Benutzung“ sei „erlaubt“. Darüber hinaus bestätigt die systematische Auslegung die Annahme einer kommunalrechtlichen Benutzungsregelung. So spricht § 6 Abs. 2 PolVO von „weitere[n] Regelungen über die Nutzung“ und deutet darauf hin, dass auch § 6 Abs. 1 PolVO als derartige Nutzungsregelung zu verstehen ist. Zudem weist der VGH auf den engen Regelungszusammenhang zu der „Benutzungsordnung“ hin: Diese erstreckt sich nach ihrem § 1 Abs. 1 – wie auch § 6 Abs. 1 PolVO – auf das Kleinspielfeld und die Weitsprunganlage. § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 der Benutzungsordnung stimmen in den Formulierungen „Benutzung“ und „erlaubt“ sowie hinsichtlich der Nutzungszeiten mit § 6 Abs. 1 PolVO überein. Diese identischen Formulierungen aber ließen sich, so der VGH, kaum einmal als kommunalrechtliche

¹⁶ VGH BW NVwZ 2000, 457 (458).

¹⁷ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 25 (juris).

¹⁸ So auch bereits BVerwG NVwZ 1998, 613 (614).

¹⁹ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 25 (juris).

²⁰ S. nur *Hufen* (Fn. 5), § 30 Rn. 1. Diesen objektiven Prüfungsmaßstab sollte man in der Fallbearbeitung zu Beginn der Begründetheitsprüfung kurz klarstellen.

²¹ Instrukтив zum Prüfungsaufbau und zu prüfungsrelevanten Fragen der Polizeiverordnungen *Schoch*, Jura 2005, 600; sowie für Rechtsverordnungen im Allgemeinen v. *Danwitz*, Jura 2002, 93.

²² § 55 ASOG Bln; §§ 25, 26 BbgOBG; § 49 BremPolG; § 1 Abs. 1 HbgSOG; §§ 72-74 HessSOG; § 17 Abs. 1 SOG MV; § 55 Nds. SOG; §§ 26, 27 OGB NRW; § 43 POG RP; § 59 SaarIPolG; § 9 SächsPolG; § 94 SOG LSA; § 175 Abs. 1

LVwG SH; § 27 ThürOBG. Differenzierte Verordnungsermächtigungen enthalten Art. 12 ff. BayLStVG.

²³ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 30 f. (juris).

²⁴ Zu Bedeutung der Widmung für den zulässigen Umfang der Nutzung öffentlicher Einrichtungen auch *Dietlein*, Jura 2002, 445 (447 f.); *Ehlers*, Jura 2012, 692 (693); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 998 f.

²⁵ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 31 (juris).

²⁶ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 32 f. (juris).

Benutzungsregelung, an anderer Stelle hingegen als Gefahrenabwehrnorm verstehen, zumal beide Regelungen am selben Tage erlassen wurden.²⁷ Vor dem Hintergrund dieser Auslegung bestanden auch keine Bedenken mehr gegen die vom Antragsteller in Zweifel gezogene Bestimmtheit des § 6 PolVO.²⁸

Hat danach die Antragsgegnerin mit § 6 Abs. 1 PolVO eine kommunalrechtliche Benutzungsregelung erlassen, so ist diese nicht mehr von der gefahrenabwehrrechtlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Als Ermächtigungsgrundlage einer Polizeiverordnung ist nach baden-württembergischem Recht ausschließlich die in ihrer Präambel genannte gesetzliche Bestimmung maßgebend. Dies folgt aus dem in Art. 61 Abs. 1 S. 3 LV BW und § 12 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW enthaltenen Zitiergebot, wonach eine (Polizei)Verordnung stets ihre Rechtsgrundlage angeben muss. Wird eine Rechtsverordnung von der herangezogenen Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt, so ist sie bereits aufgrund dieser zwingenden Formvorschrift nichtig.²⁹ Dies bedeutet, dass eine (Polizei)Verordnung – anders als ein Verwaltungsakt³⁰ – nicht dadurch aufrecht erhalten werden kann, dass die fehlerhaft gewählte Ermächtigungsgrundlage durch die richtige ersetzt wird. Ob eine inhaltsgleiche Regelung auf eine andere Ermächtigungsgrundlage gestützt werden könnte, ist daher für die Wirksamkeit der Verordnung unerheblich.³¹ Die Antragsgegnerin muss die beabsichtigte Benutzungsregelung erneut erlassen, und zwar als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 (L)VwVfG.³² Auch über Baden-Württemberg hinaus führt die Wahl einer unrichtigen Ermächtigungsgrundlage zur Nichtigkeit einer (Polizei)Verordnung, jedenfalls soweit das Landesrecht ein entsprechendes Zitiergebot enthält.³³ Wo eine derartige Regelung

fehlt,³⁴ lässt sich das in Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG geregelte Zitiergebot über die rechtsstaatlichen Erfordernisse der Homogenitätsklausel (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) zur Anwendung bringen.³⁵ Dafür spricht jedenfalls die Auffassung des BVerfG, das Zitiergebot sei ein „unerlässliches Element des demokratischen Rechtsstaats“.³⁶

Der VGH konnte die Unwirksamkeitserklärung im vorliegenden Fall nicht auf § 6 Abs. 1 PolVO beschränken, da die weiteren Absätze der Vorschrift keine selbständigen Regelungen enthalten und für sich gesehen keinen Bestand haben können.³⁷

2. Der Normenkontrollantrag gegen die „Benutzungsordnung“

Bezüglich der „Benutzungsordnung“ war vorrangig zu klären, ob dieser Rechtsnormqualität i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO BW zukam und der Normenkontrollantrag insofern überhaupt statthaft war. Der Antragsteller hatte sogar zunächst Widerspruch nach §§ 68 ff. VwGO gegen die Benutzungsordnung eingelegt, doch hatten Antragsgegnerin und Rechtsaufsichtsbehörde im Widerspruchsverfahren die Auffassung vertreten, es handle sich um eine Satzung, der Widerspruch sei unstatthaft. Der VGH tritt dieser Sicht zu Recht entgegen. Er qualifiziert die Benutzungsordnung als benutzungsregelnde Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 (L)VwVfG und stützt sich dabei auf eine eingehende Auslegung der einzelnen in der Benutzungsordnung getroffenen Regelungen.

Nach welchem Maßstab sich die Abgrenzung von Verwaltungsakt (Allgemeinverfügung) und Rechtsnorm zu richten hat, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt. Im neueren Schrifttum scheint die Auffassung zu überwiegen, die Abgrenzung richte sich vorrangig nach der äußeren Form der betreffenden Regelung; auf den Inhalt komme es erst an, wenn die äußere Form mehrdeutig sei.³⁸ Es wird aber auch die gegenteilige Ansicht vertreten, entscheidend sei allein der materielle Gehalt, nicht die äußere Form.³⁹ Im vorliegenden Fall war eine Festlegung auf eine dieser Ansichten allerdings entbehrlich, denn die Benutzungsordnung ließ sich sowohl unter formalen als auch unter inhaltlichen Gesichtspunkten allein als Allgemeinverfügung qualifizieren.

²⁷ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 33 (juris); in einem ähnlichen Fall bereits VGH BW NVwZ 2000, 457.

²⁸ Fragen der Bestimmtheit stellen sich jedoch im Allgemeinen bei Polizeiverordnungen häufig bzw. gehören in diesem Zusammenhang zu den klassischen Klausurproblemen; dazu mit instruktiven Beispielen *Schoch*, Jura 2005, 600 (605); *ders.* (Fn. 2), Rn. 277.

²⁹ S.a. VGH BW NVwZ 1998, 764 (765); VGH BW VBl. BW 1999, 101 (102). Obwohl das Zitiergebot ein Formerfordernis darstellt, ist die Frage, ob die zitierte Ermächtigungsgrundlage die Verordnung trägt, eine solche der materiellen Rechtmäßigkeit. Das Zitiergebot wurde im vorliegenden Fall auch nicht verletzt, die herangezogene – wenngleich falsche – Ermächtigungsgrundlage wurde gerade angegeben.

³⁰ Dazu BVerwGE 80, 96 (98); VGH BW NVwZ 1995, 397 (398).

³¹ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 29 (juris).

³² Dazu sogleich, unter III. 2.

³³ Vgl. Art. 64 Abs. 1 S. 3 LV Bln; § 29 Nr. 3 BbgOBG; § 53 Abs. 1 Nr. 3 BremPolG; Art. 53 Abs. 2 S. 1 Hbg. LV; § 78 Nr. 3 HessSOG; § 21 Abs. 1 Nr. 2 SOG MV; § 58 Nr. 4 Nds. SOG; Art. 70 S. 3 LV und § 30 Nr. 3 OBG NRW; § 46 Abs. 1 Nr. 3 POG RP; § 62 Nr. 4 SaariPolG; § 11 Abs. 1 Nr. 1 Sächs-PolG; § 97 Nr. 4 SOG LSA; Art. 38 Abs. 1 S. 3 LV SH; § 32 Nr. 3 ThürOBG.

³⁴ Soweit ersichtlich, allein in Bayern, wo Art. 45 Abs. 2 LStVG das Zitiergebot nur als Soll-Vorschrift aufgreift.

³⁵ Dafür auch *Schoch*, Jura 2005, 600 (602); a.A. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 80 Rn. 4; *Uhle*, in: BeckOK-GG, Stand 1.10.2012, Art. 80 Rn. 3.

³⁶ BVerfGE 101, 1 (42 f.); zu einer Übertragung des Zitiergebots tendiert daher auch *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 20 Rn. 7; a.A. *Maurer* (Fn. 4), § 13 Rn. 4.

³⁷ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 34 (juris); allgemein zu Möglichkeiten und Grenzen der Teilunwirksamkeit *Kopp/Schenke* (Fn. 8), § 47 Rn. 121 f.

³⁸ Vgl. m.w.N. *Wolff*, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 35 VwVfG Rn. 69; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG-Kommentar, 13. Aufl. 2012, § 35 Rn. 120.

³⁹ M.w.N. *Henneke*, in: Knack/Henneke, VwVfG-Kommentar, 9. Aufl. 2010, § 35 Rn. 25.

Bei Betrachtung der äußeren Form konnte für eine Satzungsqualität allenfalls die Gliederung der Benutzungsordnung in Paragraphen sprechen, die allein bei Rechtsnormen üblich ist. Bereits verschiedene andere formale Gesichtspunkte sprachen aber gegen eine solche Einordnung:⁴⁰ Zum einen werden Satzungen üblicherweise in der Präambel oder in ihrem Text als Satzung bezeichnet, was im Falle der Benutzungsordnung nicht geschehen war. Zudem fehlten Hinweise auf eine Satzungsermächtigung, den Beschlussvorgang und das Beschlussdatum sowie der bei Satzungen gem. § 4 Abs. 4 GemO BW vorgeschriebene Hinweis hinsichtlich der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften und deren Rechtsfolgen sowie ein Verweis auf die Aufhebung alter Vorschriften und die Ausfertigungsformel. Auch wurde die Benutzungsordnung nicht – wie bei Satzungen vorgeschrieben – der Rechtsaufsichtsbehörde gem. § 4 Abs. 3 S. 3 GemO BW angezeigt. Im Übrigen war offenbar eine Ausfertigung der Benutzungsordnung als Satzung nicht erfolgt.

Auch inhaltlich handelt es sich, wie der VGH überzeugend darlegt, bei der Benutzungsordnung um einen Verwaltungsakt in Form der Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG: Zunächst weisen jedenfalls die § 3 und § 6 der Benutzungsordnung Regelungscharakter mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen auf, insbesondere erschöpfen sie sich nicht lediglich in unverbindlichen Hinweisen.⁴¹ Verwaltungsakte unterscheiden sich von (abstrakten) Rechtsnormen durch das Merkmal der (konkreten) Einzelfallregelung.⁴² Dieses Erfordernis ist hier erfüllt, weil die Benutzungsordnung sich auf eine hinreichend konkret bezeichnete öffentliche Sache – die Anlage – bezieht (vgl. auch § 1 Abs. 1). Zusätzlich verweist der VGH darauf, dass die Benutzungsordnung den widmungsgemäßen Gebrauch der Anlage einschränke. Da jedoch die Widmung selbst Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 2 Alt. 3 LVwVfG sei, teile die ausgestaltende Benutzungsordnung diese rechtliche Qualität.⁴³

War nach alledem die Benutzungsordnung als Verwaltungsakt zu qualifizieren, so war insofern ein Normenkontrollantrag unstatthaft. Über die Rechtmäßigkeit der Benutzungsordnung hatte der VGH dann nicht mehr zu entscheiden. Der Antragsteller musste sein Rechtsschutzbegehren mit Widerspruch und Anfechtungsklage verfolgen.

IV. Ausblick

Der Entscheidung des VGH ist im Ergebnis wie in den Begründungen zuzustimmen; ihre Kernaussagen sind auf die Rechtslage in anderen Ländern übertragbar. Der Beschluss bietet sich als Vorlage für Prüfungsaufgaben aus vielen Gründen an. Der Sachverhalt ist aufgrund seiner Alltagsnähe an-

schaulich, seine Bearbeitung verlangt weniger Detailkenntnisse zu Spezialfragen als ein sicheres Grundverständnis verwaltungsrechtlicher Strukturen sowie vor allem eine genaue Auslegung der getroffenen Regelungen. Für umfangreichere Aufgaben lässt sich der Fall überdies ohne Schwierigkeiten mit weiteren Problemen anreichern. Die Prüfung von § 6 PolVO kann etwa um formelle Anforderungen an Polizeiverordnungen erweitert werden, wobei die jeweiligen landesrechtlichen Besonderheiten (z. B. Beteiligung des Gemeinderats) zu beachten sind.⁴⁴ Mit Blick auf die Benutzungsordnung lassen sich ebenfalls Fragen der kommunalrechtlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und Gemeindevertretung (Rat) oder Form- und Bekanntmachungsfehler einflechten.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Boas Kümper, Münster

⁴⁰ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 36 (juris).

⁴¹ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 37 (juris); zum Merkmal der „Regelung“ allgemein *Maurer* (Fn. 4), § 9 Rn. 6 ff.; *Wolff* (Fn. 38), § 35 VwVfG Rn. 31 ff.

⁴² Dazu allgemein *Maurer* (Fn. 4), § 9 Rn. 14 ff., 29 ff.; *Wolff* (Fn. 38), § 35 VwVfG Rn. 67 ff., 89 ff.

⁴³ VGH BW, Beschl. v. 17.7.2012 – 10 S 406/10, Rn. 37 (juris).

⁴⁴ Guter Überblick über die formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen und mögliche Problemfälle bei *Schoch*, Jura 2005, 600 (602 f.).