

Prof. Dr. Dieter Birk
Universität Münster

Münsteraner Klausurenkurs im Öffentlichen Recht II

für Examinanden

6. Klausur

Musterlösung

Der Antrag des K ist erfolgreich, wenn er zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.) ist.

A. Zulässigkeit des Antrags

I. Verwaltungsrechtsweg

Da auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen nicht ersichtlich sind, ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Da K den Oberbürgermeister zur Erteilung einer Genehmigung nach §§ 123 VwGO, 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW verpflichten möchte, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Weder K noch der Oberbürgermeister sind Verfassungsrechtssubjekte, sodass auch eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist.

Der Verwaltungsrechtsweg ist daher gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Rechtsschutzform

K sucht um einstweiligen Rechtsschutz nach. Dieser wird, von der Ausnahme des § 47 Abs. 6 VwGO abgesehen, im Verwaltungsprozess entweder in der Form des § 123 VwGO oder in der Form der §§ 80 ff. VwGO gewährt.

1. Abgrenzung nach § 123 Abs. 5 VwGO

Die Abgrenzung zwischen dem einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO und demjenigen nach §§ 80 ff. VwGO erfolgt nach der Abgrenzungsnorm des § 123 Abs. 5 VwGO. Danach ist im Grundsatz einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu gewähren, wenn nicht ein Fall der §§ 80 ff. VwGO vorliegt. §§ 80 ff. VwGO setzen voraus, dass der Antragsteller gegen einen bereits bestehenden Verwaltungsakt (VA) vorzugehen beabsichtigt. K ersucht nicht um Rechtsschutz gegen einen bereits bestehenden VA, sodass die §§ 80 ff. VwGO nicht eingreifen.

2. Sicherungsanordnung, § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO

In Betracht kommt daher der Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Sicherungsanordnung dient der Sicherung eines bestehenden Zustandes, nicht aber der Erweiterung des Rechtskreises des Antragstellers. Die begehrte Genehmigung stellt eine Erweiterung des Rechtskreises dar, sodass eine Sicherungsanordnung daher vorliegend nicht in Betracht kommt.

3. Regelungsanordnung, § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO

Einschlägig könnte aber § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sein. Danach kann das Gericht auch eine Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein Rechtsverhältnis treffen (sog. Regelungsanordnung). Eine Regelungsanordnung kommt insbesondere in Betracht, wenn der Antragsteller die Erteilung einer Genehmigung für eine genehmigungsbedürftige Tätigkeit erstrebt. Die Regelungsanordnung ist daher im Fall des K einschlägig.

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Analog § 42 Abs. 2 VwGO müsste K geltend machen können, dass ihm ein Recht auf Erteilung der Genehmigung zusteht. Dies dürfte nicht von vornherein ausgeschlossen sein (sog. „Möglichkeitstheorie“). Ein solches Recht auf Erteilung der Genehmigung könnte sich ergeben aus § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW (ggf. i. V. m. Art. 14 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. der bisherigen Verwaltungspraxis). Bereits nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut verleiht § 75 Abs. 1 Satz 1 VwGO ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erteilung einer Baugenehmigung. Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K ein

solches Recht in Bezug auf die Anbringung der Werbefahne zusteht. K ist daher antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Antragsgegner im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist, wer im Hauptverfahren Klagegegner wäre. K erstrebt die Erteilung einer Baugenehmigung nach § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW. Im Hauptsacheverfahren wäre somit eine Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO einschlägig. Genehmigungsbehörde ist gem. § 60 Abs. 1 Nr. 3 a BauO NW der Oberbürgermeister der kreisfreien Stadt Münster als untere Bauaufsichtsbehörde. Die Verpflichtungsklage wäre folglich gegen den Oberbürgermeister der Stadt Münster zu richten, § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 1 AG VwGO NW. Der Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist daher analog §§ 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, § 5 Abs. 2 Satz 1 AG VwGO NW ebenfalls gegen den Oberbürgermeister zu richten.

V. Beteiligungsfähigkeit

Die Beteiligungsfähigkeit des K als natürliche Person ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO, diejenige des Oberbürgermeisters als Behörde aus § 61 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 5 Abs. 1 AG VwGO NW.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Schließlich müsste K sein Rechtsschutzbedürfnis dartun. Dieses wird grundsätzlich vermutet und wäre nur dann nicht gegeben, wenn dem K andere zumutbare Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Denkbar wäre allenfalls, bei der Verwaltung selbst um Rechtsschutz nachzusuchen. Diese hat den Antrag des K bereits abgewiesen, sodass Alternativen zum gerichtlichen Verfahren nicht gegeben sind. Das Rechtsschutzbedürfnis des K ist daher gegeben.

VII. Ergebnis zu A.

Der Antrag des K ist somit zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag des K ist begründet, wenn die Regelungsanordnung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile für K abzuwenden. Dies setzt voraus, dass K gem. § 123 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO Tatsachen glaubhaft macht, aus denen sich ein Anordnungsanspruch sowie ein Anordnungsgrund ergeben.

I. Anordnungsanspruch

K müsste einen Anordnungsanspruch haben. Unter Anordnungsanspruch ist das „Recht des Antragstellers“ i. S. v. § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bzw. das „Rechtsverhältnis“ i. S. v. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu verstehen. K müsste folglich ein Anspruch auf Erteilung der erstrebten Genehmigung zustehen.

K könnte einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung aus § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW haben. Dies setzt voraus, dass es sich um ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben handelt (dazu 1.), dem keine öffentlichen Vorschriften entgegenstehen (dazu 2.).

1. Genehmigungsbedürftigkeit

Die von K geplante Werbefahne müsste genehmigungsbedürftig sein.

a) Grundsatz: Genehmigungspflicht

Gem. §§ 63 Abs. 1, 1 Abs. 2, 13 BauO NW sind auch Werbeanlagen, zu denen die Werbefahne gehört, grundsätzlich genehmigungspflichtig.

b) Ausnahme gem. § 65 BauO NW?

Gem. § 65 Abs. 1 Nr. 34 BauO NW sind Werbeanlagen für zeitlich begrenzte Veranstaltungen, insbesondere für Schlussverkäufe, für die Dauer der Veranstaltung genehmigungsfrei. Danach könnte K die Werbefahne für den Winterschlussverkauf ohne Genehmigung anbringen.

c) Rück-Ausnahme gem. § 10 AltS

Gem. § 10 AltS bedürfen Werbeanlagen im Bereich des P-Markts in Münster generell der Genehmigung. Danach wäre auch die von K geplante Werbefahne unbeschadet des § 65 Abs. 1 Nr. 34 BauO NW genehmigungspflichtig. Diese Genehmigungspflicht kann jedoch nur eintreten, wenn § 10 AltS seinerseits gültig ist. Dies setzt voraus,

dass § 10 AltS auf Grund einer Ermächtigungsgrundlage formell ordnungsgemäß zu Stande gekommen und mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die baurechtliche Altstadtsatzung kommt § 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NW in Betracht. Danach kann in örtlichen Bauvorschriften durch Satzung für Werbeanlagen in besonders schutzwürdigen Gebieten eine Genehmigungspflicht eingeführt werden.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

α) Verbandszuständigkeit

Die Gemeinde ist gem. § 86 Abs. 1 BauO NW zum Erlass örtlicher Bauvorschriften zuständig.

β) Organzuständigkeit

Zum Erlass von Satzungen ist gem. § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. f GO NW der Rat ausschließlich zuständig.

γ) Verfahren und Form

Das Ratsmitglied R könnte wegen Befangenheit von der Mitwirkung an der Abstimmung über den Erlass der Satzung ausgeschlossen gewesen sein gem. §§ 43 Abs. 2, 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW. Dies setzt zunächst voraus, dass der Erlass der Satzung für R einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen konnte. Die Einführung einer Genehmigungspflicht für an sich genehmigungsfreie Werbeanlagen sowie das Verbot bestimmter Werbeanlagen stellt einen potenziellen Nachteil für die betroffenen Kaufleute dar. Insoweit kann es keinen Unterschied bedeuten, dass R sein Geschäft lediglich gepachtet hat. Auch ist der Nachteil ein unmittelbarer i. S. v. § 31 Abs. 1 Satz 2 GO NW, da die Satzung keiner Umsetzung durch ein anderes Organ mehr bedarf.

Das Mitwirkungsverbot könnte aber gem. § 31 Abs. 3 Nr. 1 GO NW für R nicht gegolten haben. Der Nachteil durch die Satzung könnte lediglich darauf beruhen, dass R der Berufsgruppe der Kaufleute angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Werbebeschränkung berührt werden. Allerdings spricht hiergegen, dass R ebenfalls am P-Markt angesiedelt ist; der Nachteil durch die Satzung trifft nur die Kaufleute des P-Markts, nicht aber die übrigen Kaufleute in Münster. Insofern ist zweifelhaft, ob § 31 Abs. 3 Nr. 1 GO NW seinem Sinn und Zweck nach im Fall des R

anwendbar ist. Möglicherweise kann diese Frage aber dahinstehen, wenn der Ausschluss des R aus anderen Gründen irrelevant ist.

In Betracht kommt zunächst § 31 Abs. 6 GO NW. Danach kann die Mitwirkung eines wegen Befangenheit Betroffenen nachträglich nur dann geltend gemacht werden, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war. Die AltS ist mit 22 gegen 21 Stimmen beschlossen worden. Die Mitwirkung des R war daher möglicherweise für das Abstimmungsergebnis entscheidend.

Die Mitwirkung des R könnte aber wegen § 7 Abs. 6 Satz 1 GO NW irrelevant sein. Danach kann die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften nach der GO NW gegen Satzungen mit Ablauf eines Jahres nach ihrer Verkündung nicht mehr geltend gemacht werden. Eine Ausnahme nach § 7 Abs. 6 Satz 1 lit. a – d GO NW ist vorliegend nicht gegeben. Die Satzung ist laut Sachverhalt am 17.10.2000 ordnungsgemäß verkündet worden. K kann sich somit nicht mehr auf die Mitwirkung des R an dem Beschluss über die Satzung berufen.

Ebenso vertretbar ist ein Prüfungsaufbau, in dem sogleich die Einwände des K gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Satzung unter Hinweis auf § 7 Abs. 6 Satz 1 GO NW als unbeachtlich eingestuft werden, ohne auf die Frage der Befangenheit im Einzelnen einzugehen.

Von der Einhaltung der übrigen Verfahrens- und Formvorschriften ist auszugehen.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

§ 10 AltS dürfte nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.

α) Verstoß gegen BauO NW

§ 10 AltS könnte gegen die BauO NW verstoßen. In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen § 65 Abs. 1 Nr. 34 BauO NW, da eine Genehmigungspflicht für eine nicht genehmigungsbedürftige Werbeanlage angeordnet wird. Jedoch sieht § 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NW die Anordnung einer solchen Genehmigungspflicht ausdrücklich in örtlichen Bauvorschriften vor. Voraussetzung ist, dass das betroffene Gebiet als „besonders schutzwürdig“ anzusehen ist. Als historischer Stadtkern ist der P-Markt mit seinen mittelalterlichen Häusern ein besonders schutzwürdiges Gebiet, sodass ein Verstoß gegen die BauO NW nicht vorliegt.

β) Verstoß gegen Verfassungsrecht

Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht könnte in der Anordnung der Genehmigungspflicht liegen. Jedoch handelt es sich bei der nach § 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NW eingeführten Genehmigungspflicht um eine solche, die lediglich der präventiven Kontrolle der Einhaltung vor allem bauordnungsrechtlicher Vorschriften dient. Diesen Vorschriften müssen auch Vorhaben entsprechen, die nach § 65 BauO NW an sich genehmigungsfrei sind, vgl. § 65 Abs. 4 BauO NW. Insofern handelt es sich lediglich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Präventivverbotes bestehen vorliegend nicht.

dd) Ergebnis zu c)

§ 10 AltS ist wirksam. Die von K geplante Werbefahne bedarf somit der Genehmigung.

2. Genehmigungsfähigkeit

Gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Dem Vorhaben des K könnten bauplanungs- (dazu a) und bauordnungsrechtliche Vorschriften (dazu b) entgegenstehen.

a) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht

Eine Überprüfung der geplanten Werbefahne anhand der bauplanungsrechtlichen Vorschriften der §§ 30 ff. BauGB setzt voraus, dass sie eine bauliche Anlage i. S. v. § 29 Abs. 1 BauGB darstellt. Eine bauliche Anlage i. S. v. § 29 Abs. 1 BauGB ist eine künstliche Anlage, die in auf Dauer angelegter Weise mit dem Erdboden verbunden ist und bauplanungsrechtliche Relevanz aufweist. Werbeanlagen sind demnach nur dann bauliche Anlagen im Sinne des Bauplanungsrechts, wenn sie aus Baustoffen hergestellt sind und im Hinblick auf ihre Größe planungsrechtliche Relevanz haben, weil sie sich auf ihre Umgebung auswirken. Auch müssen sie für eine gewisse Dauer und nicht nur vorübergehend angebracht werden. Hieran fehlt es bei der von K geplanten Werbefahne, sodass sie keine bauliche Anlage i. S. v. § 29 Abs. 1 BauGB darstellt. Bauplanungsrechtliche Vorschriften stehen der Werbefahne daher nicht entgegen.

b) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht

Dem Vorhaben könnten aber bauordnungsrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Gem. § 68 Abs. 1 BauO NW sind Werbeanlagen im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu genehmigen. Dies gilt auch, wenn sich die Genehmigungspflicht erst aus einer Satzung nach § 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NW ergibt. Bauordnungsrechtliche Vorschriften sind daher nur in dem von § 68 Abs. 1 Satz 4 BauO NW vorgeschriebenen Maß zu überprüfen. Gem. § 68 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 BauO NW ist im vereinfachten Genehmigungsverfahren auch die Vereinbarkeit von Vorhaben mit örtlichen Bauvorschriften nach § 86 BauO NW zu prüfen. Nach § 11 Abs. 1 AltS sind Spannbänder und Fahnen am P-Markt unzulässig. Lediglich im Einzelfall können Ausnahmen von diesem Verbot nach § 11 Abs. 2 AltS zugelassen werden.

aa) Wirksamkeit von § 11 AltS

§ 11 AltS stünde der Werbefahne jedoch dann nicht entgegen, wenn er unwirksam wäre.

α) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 86 Abs. 1 Nr. 2 BauO NW in Betracht. Danach können die Gemeinden in örtlichen Bauvorschriften auch bestimmte Arten von Werbeanlagen gänzlich ausschließen.

β) Formelle Rechtmäßigkeit

Wie § 10 AltS ist auch § 11 AltS formell rechtmäßig; jedenfalls kann K sich auf die Mitwirkung des R nicht berufen (s. o.).

γ) Materielle Rechtmäßigkeit

(1) Vereinbarkeit mit der BauO NW

Gem. § 86 Abs. 1 Nr. 2 BauO NW ist der Ausschluss bestimmter Arten von Werbeanlagen durch örtliche Bauvorschriften nur zum Schutz bestimmter Bauten, Straßen, Plätze und Ortsteile von städtebaulicher, künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung sowie von Denkmälern und Naturdenkmälern zulässig. Der P-Markt ist eine Straße von historischer Bedeutung. Die L-Kirche ist ein Baudenkmal. Daher genügt § 11 AltS den Anforderungen des § 86 Abs. 1 Nr. 2 BauO NW.

(2) Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

(a) Art. 14 Abs. 1 GG

Der grundsätzliche Ausschluss von Fahnen und Spannbändern im Bereich des P-Markts könnte gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.

(aa) Schutzbereich

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Eigentum. Zum Eigentum gehört auch die Baufreiheit, also die Freiheit ein Grundstück nach Belieben baulich nutzen zu können.

(bb) Eingriff

§ 11 AltS verbietet bestimmte Nutzungsarten von Grundstücken am P-Markt und stellt daher einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar.

(cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

§ 11 AltS stellt keine Enteignung i. S. v. Art. 14 Abs. 3 GG dar. Es handelt sich somit um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Als solche müsste § 11 AltS vor allem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Zweck der Regelung ist der Schutz des historischen Erscheinungsbildes des P-Markts sowie der L-Kirche. Die Regelung ist auch geeignet und erforderlich, dieses Ziel zu erreichen.

Fraglich ist, ob § 11 AltS auch ein angemessenes Mittel zum Schutz des P-Markts darstellt. K führt an, mit der Regelung werde „mit Kanonen auf Spatzen geschossen“, sie sei also unverhältnismäßig. Verhältnismäßig ist eine Regelung, wenn der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht. Zu bedenken ist, dass Ausnahmen von dem grundsätzlichen Werbeverbot mittels Fahnen und Spannbändern nach § 11 Abs. 2 AltS im Einzelfall zugelassen werden können. Ferner ist nicht jede Art von Werbung verboten, sondern nur die Werbung mit Fahnen und Spannbändern. Aus der Begründung zu § 11 AltS ergibt sich, dass der Rat der Stadt gerade Fahnen und Spannbänder als besonders prägend und störend eingeschätzt hat. Insoweit ist kein Beurteilungsfehler des Rates zu erkennen.

Gegen die Angemessenheit spricht, dass der P-Markt ein zumindest auch gewerblich geprägtes Gebiet darstellt, jedenfalls kein reines Wohngebiet. Für die ansässigen Kaufleute ist Werbung aber notwendig. Jedoch steht die Altstadtsatzung der

Werbung mit anderen Mitteln als Fahnen und Spannbändern nicht entgegen. Daher ist die Angemessenheit der Regelung zu bejahen.

§ 11 AltS ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar.

(b) Art. 12 Abs. 1 GG

§ 11 AltS könnte auch einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. K wird durch das Werbeverbot ebenfalls in seiner Berufsausübungsfreiheit betroffen. Das Werbeverbot weist zudem eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf, sodass ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorliegt.

Im Rahmen der Abwägung ergeben sich hier jedoch dieselben Ergebnisse wie bei Art. 14 Abs. 1 GG.

δ) Ergebnis zu aa)

§ 11 AltS widerspricht nicht höherrangigem Recht und ist somit wirksam.

bb) Anspruch auf Baugenehmigung

Ein Anspruch des K auf Erteilung der Baugenehmigung setzt voraus, dass K eine Ausnahme vom Fahnenverbot (§ 11 Abs. 1 AltS) verlangen kann. § 11 Abs. 2 AltS räumt der Behörde Ermessen ein bei der Frage, ob eine Werbefahne ausnahmsweise zugelassen werden kann.

Die Entscheidung über die Zulassung ist der Frage, ob gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW eine Baugenehmigung erteilt wird, vorgeschaltet. Wird die Zulassung abgelehnt, so steht § 11 Abs. 1 AltS der Erteilung der Baugenehmigung entgegen, wird sie gewährt, so ist – die Zulässigkeit der Fahne im Übrigen unterstellt – auch die Baugenehmigung nach § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW zu erteilen.

Es kommt folglich vorliegend darauf an, ob K einen Anspruch darauf hat, dass die Werbefahne ausnahmsweise nach § 11 Abs. 2 AltS zugelassen wird. Ein Anspruch des K auf Erteilung der Zulassung aus § 11 Abs. 2 AltS kann sich aber nur ergeben, wenn das Ermessen der Behörde ausnahmsweise auf null reduziert ist. Eine derartige Ermessensreduzierung könnte sich wiederum aus dem Grundrecht des K aus Art. 14 Abs. 1 GG ergeben. In Betracht kommt ferner eine

Ermessensreduzierung im Hinblick auf die bisherige Verwaltungspraxis („Selbstbindung der Verwaltung“).

α) Ermessensreduzierung wegen Art. 14 Abs. 1 GG

Eine Ermessensreduzierung auf null setzt voraus, dass alle Entscheidungen bis auf eine, die die Verwaltung auf Grund einer Ermessensnorm treffen kann, ermessensfehlerhaft wären. Die Ablehnung der Ausnahmezulassung und damit der Baugenehmigung für K müsste also ermessensfehlerhaft sein; darüber hinaus dürfte nur die Entscheidung, K die Zulassung und damit die Baugenehmigung für die Fahne zu erteilen, ermessensfehlerfrei sein.

Die Verweigerung der Genehmigung könnte K in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzen, sodass die Erteilung der Genehmigung im Hinblick auf dieses Grundrecht als einzige rechtmäßige Handlungsalternative der Verwaltung verbleibt.

(1) Eingriff in den Schutzbereich

Die Verweigerung der Genehmigung durch den Bürgermeister nimmt K endgültig die Möglichkeit, sein Grundstück in bestimmter Weise zu nutzen. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts liegt daher vor.

(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Entscheidung des Oberbürgermeisters stellt sich wiederum als Konkretisierung einer Inhalts- und Schrankenbestimmung (§ 11 AltS) dar. Sie müsste daher verhältnismäßig sein.

(a) Legitimer Zweck

Der Oberbürgermeister verfolgt mit seiner nunmehr angestrebten Verwaltungspraxis, in Zukunft keine Ausnahmen nach § 11 Abs. 2 AltS mehr zuzulassen, den Zweck, das historische Erscheinungsbild von P-Markt und L-Kirche zu erhalten. Dieser Zweck stellt sich – auch vor dem Hintergrund des § 86 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BauO NW – als legitim dar.

(b) Geeignetheit

Der generelle Ausschluss von Fahnen und Spannbändern trägt zur Erhaltung des historischen Stadtkerns zumindest bei und ist daher ein geeignetes Mittel.

(c) Erforderlichkeit

Die Entscheidung ist erforderlich, wenn kein milderes, ebenso wirksames Mittel ersichtlich ist. In Betracht kommt die zeitlich befristete Zulassung von Fahnen und Spannbändern, wie sie bisher praktiziert wurde. Die zeitliche Befristung verhindert jedoch nicht, dass während dieser Zeit das historische Ortsbild durch die Werbeanlagen beeinträchtigt wird. Sie stellt daher kein ebenso wirksames Mittel dar. Darüber hinaus wäre denkbar, nur Fahnen und Spannbänder zuzulassen, die gewissen Anforderungen genügen. So könnten nur noch Fahnen einer bestimmten Größe und mit bestimmtem Aussehen zugelassen werden. Die von K geplante Fahne ist verhältnismäßig groß und daher geeignet, das Ortsbild erheblich zu beeinträchtigen. Außerdem hat der Rat ausweislich der Begründung zu § 11 AltS Fahnen und Spannbänder als besonders störend eingestuft (s. o.). Es ist davon auszugehen, dass Fahnen und Spannbänder jeglicher Größe und jeglichen Aussehens das Ortsbild beeinträchtigen würden, jedenfalls wenn sie Werbezwecken dienen sollen.

Ein milderes Mittel ist daher nicht ersichtlich. Die Maßnahme des Oberbürgermeisters ist daher auch erforderlich.

(d) Angemessenheit

Problematisch ist, ob der generelle Ausschluss von Fahnen und Spannbändern noch angemessen ist. Der verfolgte Zweck darf nicht außer Verhältnis stehen zu dem durch die Maßnahme verursachten Schaden. Für den generellen Ausschluss von Fahnen und Spannbändern spricht wiederum die besondere Schutzwürdigkeit der Umgebung sowie die Größe der von K geplanten Fahne. Gegen den generellen Ausschluss spricht, dass die Fahne nur für zwei Wochen angebracht werden soll, die Beeinträchtigung des Ortsbildes also auf einen relativ kurzen Zeitraum begrenzt wäre. Dieser Zeitraum (Winterschlussverkauf) stellt sich überdies als besonders wichtig für die betroffenen Einzelhändler dar. Schließlich handelt es sich bei dem Straßenzug „P-Markt“ um ein Mischgebiet, das zu gleichen Teilen dem Wohnen und der gewerblichen Nutzung dient (s. o.).

Andere Arten der Werbung werden von §§ 10 f. AltS zwar ebenfalls einer Erlaubnispflicht unterworfen, aber nicht verboten. Dem K verbleiben somit andere Möglichkeiten der Werbung. In Anbetracht dessen stellt sich der Ausschluss von Spannbändern und Werbefahnen nicht als unangemessen dar, sodass keine

Ermessensreduzierung eintritt und K keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung aus Art. 14 Abs. 1 GG herleiten kann.

Eine andere Auffassung wäre – bei entsprechender Argumentation – ebenfalls vertretbar.

β) Ermessensreduzierung wegen Art. 3 Abs. 1 GG

Die bisherige Verwaltungspraxis, Fahnen während des Sommer- und Winterschlussverkaufs zuzulassen, könnte das Ermessen der Verwaltung in dem nunmehr zu entscheidenden Fall ebenfalls binden (sog. „Selbstbindung der Verwaltung“). Hat die Verwaltung in der Vergangenheit ihr zustehendes Ermessen in einer bestimmten Art und Weise ausgeübt, so verstieße sie gegen das allgemeine Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie im Einzelfall grundlos von der bisherigen Praxis abweichen wollte. Die bisher von der städtischen Verwaltung geübte Praxis, Werbefahnen für den Sommer- und Winterschlussverkauf zuzulassen, könnte das Ermessen daher binden.

Jedoch tritt die Selbstbindung nicht ein, wenn die bisherige Verwaltungspraxis rechtswidrig war oder wenn für die Zukunft eine neue Verwaltungspraxis eröffnet werden soll. Für eine Rechtswidrigkeit der bisherigen Verwaltungspraxis liegen keine Anhaltspunkte vor. Nach den Aussagen des Oberbürgermeisters soll aber die bisherige Verwaltungspraxis nunmehr durch eine neue, restriktive Handhabung der Ausnahmevorschrift in § 11 Abs. 2 AltS ersetzt werden. Die restriktive Auslegung ist im Übrigen mit der Verfassung vereinbar (s. o.), sodass die neue Verwaltungspraxis rechtmäßig wäre. Gegen die Ersetzung der alten durch die neue Verwaltungspraxis bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Überdies könnte die Behörde die Argumentationslast dafür tragen, dass die neue Verwaltungspraxis notwendig ist, um möglichen Fehlentwicklungen vorzubeugen. Der Oberbürgermeister beruft sich zur Begründung der neuen Verwaltungspraxis auf die negativen Erfahrungen aus der Vergangenheit und genügt daher der Argumentationslast, sodass es auf diese Frage nicht ankommt.

Möglich wäre darüber hinaus, aus der fehlenden Mitteilung der Praxisänderung Vertrauensschutz für K abzuleiten. Zweifelhaft ist aber, ob eine Praxisänderung den Betroffenen sofort mitgeteilt werden muss. Insofern ist bereits zweifelhaft, ob in der bisherigen Verwaltungspraxis eine Erklärung an den Bürger gesehen werden kann,

dass die Verwaltung auch in Zukunft ihr Ermessen in einer bestimmten Weise ausüben werde. Dies mag anzunehmen sein, wenn in dem Verhalten der Verwaltung eine Zusage auch für die Zukunft gesehen werden kann. Im Fall des K ist die Genehmigung jedoch stets „ausnahmsweise“ erfolgt. Hieraus lässt sich nicht ableiten, dass die Verwaltung sich auf diese Praxis festlegen wollte.

Darüber hinaus lässt sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes kein Anspruch auf Beibehaltung einer bestimmten Verwaltungspraxis herleiten, wenn die Verwaltung gleich gelagerte Fälle für die Zukunft einheitlich abweichend beurteilt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass K noch keine vermögenswirksamen Aufwendungen im Vertrauen auf die bisherige Verwaltungspraxis getroffen hat. Legt die Verwaltung nunmehr wie angekündigt die Altstadtsatzung im Bereich des P-Markts restriktiv aus, so erleidet K im Vergleich zu Wettbewerbern, die ebenfalls ein Geschäft am P-Markt betreiben, keinen Nachteil, da auch diese nicht mit Fahnen und Spannbändern werben dürfen.

K kann daher auch aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. der bisherigen Verwaltungspraxis keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung herleiten.

Ein abweichendes Ergebnis wäre bei entsprechender Argumentation ebenfalls vertretbar.

γ) Ergebnis zu bb)

K hat keinen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung aus § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NW. Ein Anordnungsanspruch besteht daher nicht.

Bearbeiter, die eine abweichende Auffassung vertreten, haben sich mit der Frage des Vorliegens eines Anordnungsgrundes auseinander zu setzen.

III. Anordnungsgrund

Als Anordnungsgrund kommt die Eilbedürftigkeit der Sache im Hinblick auf den bereits in wenigen Tagen beginnenden Winterschlussverkauf in Betracht.

Gesamtergebnis

Der Antrag des K ist zwar zulässig, aber unbegründet. Er wird daher nicht erfolgreich sein.