

**Zur Rechtmäßigkeit der Weisung des Ministeriums für Heimat,
Kommunales, Bau und Gleichstellung NRW vom 27.10.2021 ge-
genüber der Kolpingstadt Kerpen betreffend die Fortführung
eines Antrages auf Zulassung der Berufung in einem verwal-
tungsgerichtlichen Verfahren zum Hambacher Forst**

–
**zugleich zu Inhalt und Grenzen weisungsrechtlicher
Befugnisse der obersten und oberen
Bauordnungsbehörden in NRW**

Kurzgutachten der Dombert Rechtsanwälte Part mbB

vorgelegt von

**Rechtsanwalt Dr. Dominik Lück
Fachanwalt für Verwaltungsrecht**

**Rechtsanwältin
Judith Hoffmann**

POTSDAM

Partner i.S.d. PartGG

Prof. Dr. Matthias Dombert
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Janko Geßner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Klaus Herrmann
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Jan Thiele
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Dominik Lück
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Beate Schulte zu Sodingen

Dr. Maximilian Dombert

Angestellte Rechtsanwälte

Dr. Susanne Weber | counsel
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Christin Müller
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Madeleine Riemer
Fachanwältin für Vergaberecht

Dr. Janett Wölkerling M.mel.

Franziska Wilke

Luisa Wittner

Josefine Wilke

Rosa Dähnert

Izabela Bochno

Philipp Buslowicz LL.M.

Tobias Schröter

Mareike Thiele

Kristina Gottschalk LL.M.oec.

Sophia von Hodenberg

Judith Hoffmann

Juliane Meyer

Daniel Mehrer

in Zusammenarbeit mit

Dr. Margarete Mühl-Jäckel
LL.M. (Harvard) | of counsel

DÜSSELDORF

Angestellter Rechtsanwalt

Tobias Roß

in Zusammenarbeit mit

Dr. Ralf Niermann
of counsel

Partnerschaftsgesellschaft mit
beschränkter Berufshaftung
AG Potsdam PR 119

I. Ergebnisse

- 1. Die Weisungen des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen sowie des Landrates des Rhein-Erft-Kreises vom 27.10.2021 sind materiell rechtswidrig, da die Wahl der Rechtsgrundlage fehlerhaft erfolgte, jedenfalls deren Voraussetzungen nicht vorliegen und die anweisenden Behörden ermessensfehlerhaft gehandelt haben.**
 - a) Denn eine Weisung nach § 9 OBG setzt eine Gefahr im (bau-) ordnungsrechtlichen Sinne voraus. Das Vorliegen einer solchen ist jedoch nicht ersichtlich.**
 - b) Insbesondere stellt die Entscheidung des VG Köln als solche weder unmittelbar noch mittelbar eine Gefahr dar, denn sie bindet die (Bau-) Ordnungsbehörden auf Grund ihrer inter-partes Wirkung und des begrenzten Streitgegenstandes nicht mit Blick auf deren zukünftiges gefahrenabwehrrechtliches Handeln.**
 - c) Darüber hinaus sind die Weisungen ermessensfehlerhaft, da die anweisenden Behörden verkennen, dass die von ihnen behaupteten „erheblichen Rechtsunklarheiten“ bereits höchstrichterlich geklärt sind.**
- 2. Da der Bürgermeister der Stadt Kerpen gemäß § 9 Abs. 4 OBG als staatliche Verwaltungsbehörde in Anspruch genommen wurde, stand ihm mangels fehlender Verletzung eigener Rechte der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht offen.**
- 3. Eine Klage der Stadt Kerpen oder des Stadtrates der Stadt Kerpen gerichtet auf Umsetzung des Beschlusses vom 26.10.2021, der die Rücknahme**

des Antrags auf Zulassung der Berufung zum Inhalt hat, dürfte keinen Erfolg haben, da insoweit keine organschaftlichen Rechte der Stadt oder des Stadtrates verletzt sind und die Weisung zwar rechtswidrig aber nicht nichtig war.

II. Gutachtenanlass und Sachverhalt

Der „Hambacher Forst“ hat in den vergangenen Jahren immer wieder für gesellschaftliche und politische Diskussionen gesorgt. Im Mittelpunkt dabei stand immer die Frage, ob der Hambacher Forst zu Gunsten des Braunkohle Tagebaus abgeholzt werden soll. In diesem Zusammenhang erließen das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung sowie der Landrat des Rhein-Erft-Kreises mehrere Weisungen gegenüber der Kolpingstadt Kerpen, die teilweise von Gerichten für rechtswidrig befunden wurden.

Ausgehend davon, zweifeln die Stadtratsfraktionen DIE LINKE, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sowie ein fraktionsloses Stadtratsmitglied der UWG an der Rechtmäßigkeit der Weisungen des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen sowie des Landrates des Rhein-Erft-Kreises vom 27.10.2021.

Diesen Weisungen liegt der nachstehend zusammengefasste Vorgang zu Grunde:

1. Mit Urteil vom 08.09.2021 stellte das VG Köln fest, dass der von der Stadt Kerpen durchgeführte Sofortvollzug zur Räumung und Beseitigung von Anlagen ab dem 13. September 2018 auf Grundstücken, die im Hambacher Forst belegen sind, rechtswidrig war und aufgehoben wird (vgl. VG Köln, U. v. 08.09.2021 – 23 K 7046/18 – juris).
- a) Der Räumung und Beseitigung der baulichen Anlagen durch die Stadt Kerpen waren Weisungen der obersten sowie der oberen Bauaufsichtsbehörden vorausgegangen.

In diesen Weisungen führte das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen insbesondere aus, dass bei einer Ortsbesichtigung, eine Vielzahl verschiedener Arten von baulichen Anlagen festgestellt worden sei, die offenkundig dem längerfristigen Aufenthalt von Menschen dienen.

Diese Anlagen seien formell und materiell illegal, da unter anderem keine funktionierenden Rettungswege vorhanden seien, die Baumhäuser entgegen der brandschutzrechtlichen Vorgaben des § 17 Abs. 2 BauO NRW errichtet worden seien und es sowohl an der erforderlichen Erschließung als auch an der Verkehrssicherheit der Anlagen fehle.

- b) Bereits in Gesprächen, die den Weisungen vorangegangen waren, hatte die Stadt Kerpen Bedenken gegenüber der vorstehend beschriebenen Vorgehensweise geäußert und die Rechtsansicht vertreten, dass die Räumung und Beseitigung der Anlagen rechtswidrig seien.

Im Ergebnis bestätigte das VG Köln in seiner Entscheidung vom 08.09.2021 die Auffassung der Stadt Kerpen, die in dem Verfahren Beklagte war.

- 2. Mit Antrag vom 12.09.2021 legte die Fraktion DIE LINKE des Stadtrates der Stadt Kerpen für die Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses am 05.10.2021 als auch für die Sitzung des Stadtrates am 26.10.2021 eine Beschlussvorlage mit dem Inhalt vor, in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren keinen Antrag auf Zulassung zu stellen.

Zur Begründung führte die Fraktion aus, dass eine Fortführung des Verfahrens mit Blick auf das Thema Klimawandel sowie angesichts der Tatsache, dass bei der Räumung ein Journalist zu Tode gekommen ist, unangemessen und für das Ansehen der Kolpingstadt Kerpen schädlich sei.

3. Mit Schreiben vom 15.09.2021 wandte sich das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes NRW an den Bürgermeister der Stadt Kerpen.

Das Ministerium teilt mit, es gehe bezüglich des Urteils des VG Köln vom 08.09.2021 davon aus,

„dass Sie einen Antrag auf Zulassung der Berufung stellen werden“

Weiter führt das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen aus, das Urteil stehe im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit „diesen Fragestellungen“. Insbesondere habe das VG Köln in einem Beschluss festgestellt, dass die Baumhäuser im Hambacher Forst baurechtswidrig seien (vgl. VG Köln, B. v. 13.09.2018 – 23 L 2060/18 – juris).

Im Zeitpunkt des Schreibens – dies war auch dem Ministerium bekannt – lagen die schriftlichen Urteilsgründe zum Urteil vom 08.09.2021 noch nicht vor. Gleichwohl war das Ministerium der Auffassung, dass das

„Urteil in höherer Instanz richterlich überprüft werden muss.“

4. Der Haupt- und Finanzausschuss der Stadt Kerpen lehnte in seiner Sitzung vom 5.10.2021 den Antrag der Stadtratsfraktion DIE LINKE ab (vgl. Niederschrift der Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses der Stadt Kerpen vom 05.10.2021, Drucksachen-Nr. 631.21).

Ohne die Sitzung des Stadtrates am 26.10.2021 abzuwarten – der Beschluss des Haupt- und Finanzausschusses entfaltet noch keine Bindungswirkung –, stellte der Bürgermeister der Stadt Kerpen am 14.10.2021 Antrag auf Zulassung der Berufung.

5. In seiner Sitzung vom 26.10.2021 sprach sich der Stadtrat der Stadt Kerpen hingegen dafür aus, keinen Antrag auf Zulassung der Berufung zu stellen. Der Stadtrat fasste mehrheitlich den Beschluss, der Bürgermeister habe den gestellten Antrag auf Zulassung der Berufung zurückzunehmen.

Im Nachgang der Stadtratssitzung bat die SPD Fraktion mit Schreiben vom 28.10.2021 den Bürgermeister Stellung zu nehmen, wie er nun verfahren werde.

Dieser antwortete mit Schreiben vom gleichen Tag. Er werde den Beschluss des Stadtrates nicht umsetzen, da ihm Weisungen des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen sowie des Landrates des Rhein-Erft-Kreises vom 27.10.2021 vorliegen, die ihn verpflichten, keine verfahrensbeendenden Maßnahmen zu ergreifen. Er sehe sich an diese Weisungen gebunden und vertrete die Rechtsansicht, dass die Weisungen der städtischen Beschlusslage vögingen.

6. Die vom Bürgermeister in Bezug genommenen Weisungen vom 27.10.2021 benennen ihrerseits als Rechtsgrundlage für die Weisung die §§ 9 Abs. 2b, Abs. 4, 12 OBG i.V.m. §§ 57, 58 BauO NRW.

Im Wortlaut hält die Weisung fest, dass folgende Maßnahme zu treffen ist:

„Der am 08.10.2021 eingelegte Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgericht Köln vom 08.09.2021 in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren des Herrn (...) gegen die Kolping-

stadt Kerpen – Az.: 23 K 7046/18 – wird aufrechterhalten, das Verfahren wird weiter betrieben und es werden keine verfahrensbeendenden Maßnahmen ergriffen.“

Die anweisenden Behörden sind der Auffassung, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Weisungsnormen erfüllt seien und ihr Ermessen dahingehend auszuüben sei, den Bürgermeister anzuweisen, keine verfahrensbeendenden Maßnahmen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zum Aktenzeichen 23 K 7046/18 einzuleiten.

Zielrichtung der Rechtsgrundlage auf der die vorliegende Weisung beruht, sei die Abwehr einer Gefahr bzw. Beeinträchtigung in einem Bezirk und des Übergreifens auf Nachbarbezirke. Wörtlich hält das Ministerium hierzu fest:

„Der Hambacher Forst betrifft den Zuständigkeitsbereich verschiedener unterer Bauaufsichtsbehörden. Die Stellung des Antrages auf Zulassung der Berufung dient einer verbindlichen obergerichtlichen Klärung der im Urteil des VG Köln aufgeworfenen Rechtsfragen.“

Hinsichtlich der „im Urteil des VG Köln aufgeworfenen Rechtsfragen“ ist das Ministerium der Ansicht, dass das Urteil selbst

„zu einer erheblichen Rechtsunklarheit bezüglich der Eingriffsvoraussetzungen für Sonderordnungsbehörden“

führt und insoweit die Frage geklärt werden muss,

„ob den Ermächtigungsgrundlagen des Bauordnungsrechts ein (ungeschriebener) Vorbehalt gegenüber (unterstellten) behördlichen Handlungsmotiven immanent ist.“

Darüber hinaus beziehe sich das Urteil ausdrücklich auf die Weisung des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen. Daher habe das Ministerium als Oberste Baubehörde ein besonderes Interesse an der obergerichtlichen Klärung, da seine Weisungspraxis unmittelbar betroffen sei und für diese Konsequenzen haben könne. Daher – so heißt es weiter in der Weisung –

„kann nur die obergerichtliche Klärung der sich stellenden Rechtsfragen zu einer verbindlichen Klärung führen.“

7. Über den Antrag auf Zulassung der Berufung ist bis heute nicht entschieden. Damit besteht weiterhin die Möglichkeit, verfahrensbeendende Maßnahmen zu ergreifen.

III. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung befasst sich zunächst mit der Frage, ob die Weisungen vom 27.10.2021 rechtmäßig waren (1.). Ausgehend davon wird aufgezeigt, welche Handlungsmöglichkeiten der Bürgermeister angesichts der ihn verpflichtenden Weisung vom 27.10.2021, hatte (2.) bevor abschließend Rechtsschutzmöglichkeiten der Stadt Kerpen sowie des Stadtrates der Stadt Kerpen dargestellt werden (3.).

1. Die Weisungen des Ministeriums und des Landrates, die bis auf kleine Wortlautabweichungen inhaltlich identisch sind, sind materiell rechtswidrig.
 - a) Die Weisungen des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen sowie des Landrates des Rhein-Erft-Kreises dürften formell rechtmäßig sein, da die fehlende Anhörung vorliegend wohl entbehrlich war.

Sowohl das Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen als auch der Landrat des Rhein-Erft-Kreises sind für die Weisung vom 27.10.2021 – soweit man sie mit den anweisenden Hoheitsträgern als bauordnungsbehördliche Weisung versteht – gemäß §§ 57 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Landesbauordnung NRW 2018 (BauO) zuständig.

Eine Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG dürfte entbehrlich gewesen sein. Zwar ist die Weisung gegenüber der Stadt Kerpen nach überwiegender Ansicht ein belastender Verwaltungsakt, da sie in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde in der Gestalt eingreift, dass das „wie“ der Erfüllung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung vorgegeben wird und die Stadtkasse mit den Prozesskosten belastet wird (vgl. Kugelmann in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 9 OBG, Rn. 4; vgl. OVG Münster, B. v. 16.03.1995 – 15 B 2839/93 = NVwZRR 1995, 502 ff.;

Winkel in: PdK NW B-1, 13. Teil Aufsicht, § 126, Ziffer 5). Ausgehend davon bedarf es grundsätzlich einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG bevor die Weisung als belastender Verwaltungsakt ausgesprochen wird.

Allerdings kann von der Anhörung gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr in Vollzug notwendig erscheint. Auch wenn vorliegend kritisch zu bewerten ist, dass sich eine Anhörung nicht unmittelbar an das Urteil des VG Köln vom 08.09.2021 anschloss, sind die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG im Ergebnis gegeben. Denn der Fristablauf für den Antrag auf Zulassung der Berufung nach § 124 a Abs. 4 S. 1 VwGO stand bevor.

- b) Die Weisungen sind jedoch materiell rechtlich rechtswidrig, da bereits der Rückgriff auf die Rechtsgrundlage des § 9 Abs. 2 lit. b Ordnungsbehördengesetz NRW (OBG) nicht zulässig ist. Jedenfalls ist zweifelhaft, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind und die anweisenden Behörden ihr Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt haben.
- aa) Die anweisenden Behörden durften das Ordnungsbehördengesetz NRW (OBG) schon nicht als Rechtsgrundlage für ihre Weisungen als Rechtsgrundlage heranziehen.
- (1) Jede Weisung, die eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung zum Gegenstand hat, bedarf einer sie legitimierenden Rechtsgrundlage.

Rechtlicher Ausgangspunkt hierfür sind Art. 78 Abs. 4 S. 1 und S. 2 Landesverfassung NRW (LVerf NRW). Danach überwacht das Land die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden und

Gemeindeverbände. Das Land kann sich bei Pflichtaufgaben ein Weisungs- und Aufsichtsrecht nach näherer gesetzlicher Vorschrift vorbehalten.

- (2) Art. 78 Abs. 4 S. 1 LVerf NRW ermöglicht damit einerseits die Einführung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Diese werden von den Gemeinden, soweit sie ihnen übertragen sind, in eigener Verantwortung erfüllt (vgl. Heusch in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition Stand 01.12.2021, § 3 GO NRW, Rn. 9). Diese landesverfassungsrechtliche Vorgabe nimmt auch die Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalens (GO NRW) auf. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1, HS. 1 GO NRW können den Gemeinden Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden;

Die Rechtsnatur dieses Aufgabentypus ist dabei umstritten. Nach Ansicht der Rechtsprechung sind sie kommunale Aufgaben eigener Art (vgl. Wansleben in PdK-NW B1, 1. Teil, § 3 GO NRW, Ziffer 5 unter Verweis auf OVG Münster, U. v. 15.07.1975 – IV A 464/72, hingegen offen gelassen OVG Münster U. v. 8.07.1975 – III A 355/73). Gleichwohl hat das OVG Münster ebenso festgehalten, dass die im Sinne des Ordnungsbehördengesetzes gemeinten Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung außerhalb der Selbstverwaltungsgarantie stehen, da diese nicht spezifische Belange der örtlichen Gemeinschaft, sondern überörtliche Belange betreffen (vgl. Wansleben in PdK-NW B1, 1. Teil, § 3 GO NRW, Ziffer 5). Stimmen in der Literatur vertreten hingegen, dass es sich um originäre Selbstverwaltungsaufgaben handle und die Sonderaufsicht daher von ihrem Weisungsrecht einen möglichst schonenden Gebrauch machen muss und dieses auf einem Interventionsminimum zu halten habe (vgl. Wansleben in PdK-NW B1, 1. Teil, § 3 GO NRW, Ziffer 5 unter Verweis auf Kirchhof). Eine weitere Auffassung in der Literatur kategorisiert die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung als einen neuen Typ von Selbstverwaltungsangelegenheiten unter verstärkter Aufsicht des Staates (vgl. Wansleben in PdK-NW B1, 1. Teil, § 3 GO NRW, Ziffer 5 unter Verweis auf Loschelder).

- (3) Darüber hinaus darf der Gesetzgeber gemäß Art. 78 Abs. 4 LVerf NRW auch eine dieser Aufgabenübertragung folgende Weisungsaufsicht normieren (vgl. Grawert in: Grawert, PdK NW A-3 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, NW A-3, Art. 78, Ziffer 11 Staatsaufsicht).

Auch diese verfassungsrechtliche Vorgabe nimmt die GO NRW auf. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1, HS. 2 GO NRW bestimmt das Gesetz den Umfang des Weisungsrechts, das in der Regel zu begrenzen ist. Nach § 119 Abs. 2 GO NRW richtet sich die Aufsicht, soweit die Gemeinden ihre Aufgaben nach Weisung erfüllen (§ 3 Abs. 2 GO NRW), nach den hierüber erlassenen Gesetzen (Sonderaufsicht).

- (4) Von diesen Grundsätzen ausgehend, ist die Aufgabenerfüllung im Bereich des Bauordnungsrechtes den Gemeinden als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung übertragen. Die §§ 12, 9 OBG regeln das zu dieser Aufgabenübertragung parallel laufende Weisungsrecht.

Als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung werden den Gemeinden in der Regel solche Aufgaben übertragen,

„deren Erfüllung der Staat zwar den Gemeinden anvertrauen will, zugleich aber ein eigenes und gewichtiges Interesse daran hat, dass die Aufgaben effektiv und ihrem überörtlichen Charakter entsprechend auch gleichmäßig erledigt werden.“ (vgl. Heusch in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition Stand 01.12.2021, § 3 GO NRW, Rn. 10).

Zu den auf die Gemeinden übertragenen Pflichtaufgaben zählen insbesondere gefahrenabwehrrechtliche Aufgaben, vgl. § 3 OBG. Da die Landesbauordnung NRW 2018 (BauO) die den Bauaufsichtsbehörden obliegenden Aufgaben als solche der Gefahrenabwehr bezeichnet (vgl. § 58 Abs. 1 S. 1 BauO), sind auch diese Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Die Bauaufsichtsbehörden

sind gemäß § 57 Abs. 1 S. 1 BauO Ordnungsbehörden (vgl. Keller in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 58, Rn. 2).

- (5) Zur Sicherung der effektiven Aufgabenwahrnehmung behält sich das jeweilige Gesetz, das die Aufgabe überträgt, ein entsprechendes Weisungsrecht vor (vgl. Heusch in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition Stand 01.12.2021, § 3 GO NRW, Rn. 10). Im Bereich des Bauordnungsrechts sind dies §§ 12, 9 OBG.

Diese Weisungsrechte unterfallen gemäß § 119 Abs. 2 GO NRW dem Oberbegriff der Sonderaufsicht. Die Sonderaufsicht ist dabei von der Rechts- und Fachaufsicht zu differenzieren. Die Rechtsaufsicht greift für Selbstverwaltungsangelegenheiten und ist auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle begrenzt. Die Fachaufsicht besteht hinsichtlich Auftragsangelegenheiten und ist grundsätzlich als unbeschränkte Zweckmäßigkeitskontrolle ausgestaltet. Die Sonderaufsicht kennzeichnet sich hingegen als dritter Aufsichtstyp durch die (Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, 7. Kapitel Die Kommunalaufsicht, Rn. 344)

„Überprüfung der Zweckmäßigkeit im gesetzlich begrenzten Rahmen.“

Das Prüfprogramm der Sonderaufsichtsbehörde umfasst daher lediglich die Rechtsaufsicht und andererseits eine einfachgesetzlich stark eingeschränkte Fachaufsicht (vgl. Schönenbroicher in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 17). Dies bedeutet, dass die Zweckmäßigkeitsüberprüfung stark eingeschränkt ist, da sich ihr Umfang durch das jeweilige Fachgesetz bestimmen muss und in diesem begrenzt wird (vgl. Schönenbroicher in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 18).

Mit Blick auf das Bauordnungsrecht hat der Gesetzgeber das Weisungsrecht des § 9 OBG gemäß § 12 OBG für anwendbar erklärt und es damit der Kategorie der Sonderaufsicht zugeordnet.

- (6) Ausgehend hiervon, kommt im Bauordnungsrecht der Rückgriff auf das Weisungsrecht des § 9 Abs. 2 lit. b) OBG zwar grundsätzlich in Betracht.

Denn gemäß § 12 Abs. 2 OBG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes für die Sonderordnungsbehörden soweit nicht durch Gesetz oder Verordnung Abweichendes bestimmt ist. Die Bauaufsichtsbehörden sind Sonderordnungsbehörden im Sinne des § 12 Abs. 1 OBG, da ihnen nach § 57 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 1 BauO – also durch Gesetz – Aufgaben der Gefahrenabwehr übertragen worden sind (vgl. Keller in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 57, Rn. 1). Dies zu Grunde gelegt, ist auch im Bereich des Bauordnungsrechtes das im OBG normierte Weisungsrecht anwendbar.

- (7) Vorliegend konnte ein Rückgriff auf diese Weisungsbefugnis jedoch nicht in rechtmäßiger Weise erfolgen.

Denn das – hier in Form des Bauordnungsrechts spezielle – Gefahrenabwehrrecht fußt auf dem Grundgedanken, dass ein Rückgriff auf die gesetzlichen Eingriffsbefugnisse das Vorliegen einer Gefahr voraussetzt. Dieser Grundgedanke gilt dabei umfassend für jedes behördliche Tätigwerden – und damit auch im Rahmen des Weisungsrechts – nach dem Bauordnungsrecht und dem allgemeinen Ordnungsrecht.

Denn den Bauaufsichtsbehörden als Sonderordnungsbehörden ist die Gefahrenabwehr auf dem Gebiet des Baurechts übertragen (vgl. Keller in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9.

Edition Stand 01.10.2021, § 57, Rn. 1 und § 58, Rn. 1 und Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3, Rn. 19). Das moderne Bauordnungsrecht ist insoweit davon geprägt, dass

„Gefahren insbesondere für die Schutzgüter des Lebens, der Gesundheit sowie der natürlichen Lebensgrundlagen, die durch die baurechtswidrige Herstellung baulicher Anlagen, die baurechtswidrige Durchführung von Baumaßnahmen und durch die baurechtswidrige Verwendung von Bauprodukten oder Anwendung von Bauarten entstehen können“ (Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3, Einleitung)

verhindert werden sollen. Dieser Grundgedanke kommt insbesondere in der Generalklausel des § 3 BauO zum Ausdruck. Diese umreißt die (vgl. Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3 Einleitung)

„bauordnungsrechtliche Kernaufgabe der Sicherheits- und Gefahrenvorsorge“.

Auch in der BauO des Bundeslandes NRW ist die bauordnungsrechtliche Gefahrenabwehrfunktion dabei auf die Schutzgüter „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ bezogen (vgl. Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3 Einleitung).

Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit erfasst die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und damit aller einfach-gesetzlichen, dem Schutz von Rechtsgütern dienenden Rechtsvorschriften und darüber hinaus die die Rechtsvorschriften, welche den Schutz der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates

und der sonstigen Träger der Hoheitsgewalt bezwecken (vgl. Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3, Rn. 23).

Unter den Begriff der öffentlichen Ordnung fallen hingegen die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit (vgl. Spannowsky in: Spannowsky/Saurenhaus, BeckOK Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Edition Stand 01.10.2021, § 3, Rn. 24).

- (8) Dies zu Grunde gelegt, ist vorliegend nicht nachvollziehbar, in welchem konkreten Umstand die anweisenden Behörden eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erblicken, die sie dazu bewegt, § 9 Abs. 2 lit. b OBG vorliegend – ganz ungeachtet des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen – als Rechtsgrundlage zu bemühen.

- So ist zunächst festzuhalten, dass die baulichen Anlagen im Hambacher Forst, die nach Ansicht der anweisenden Behörden eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellten, in ihrer baulichen Substanz seit dem 13.09.2018 nicht mehr existieren.

Von ihnen geht damit keine Gefahr mehr aus, der durch die Ausschöpfung des Instanzenzuges in dem Ausgangsverfahren vor dem VG Köln (AZ 23 K 7046/18) begegnet werden könnte.

- Auch im Übrigen ist eine andere bauordnungsrechtliche Gefahr, die von baulichen Anlagen vorliegend ausgehen könnte, weder ersichtlich noch seitens der anweisenden Behörden vorgetragen.
- Soweit die Weisung vom 27.10.2021 auf „erhebliche Rechtsunklarheiten“ und Konsequenzen für die „behördliche Weisungspraxis“ Bezug nimmt,

die durch das Urteil des VG Köln entstanden sein sollen, ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein Urteil eines Verwaltungsgerichtes eine Gefahr im Sinne des (Bau-)Ordnungsrechts darstellen sollte.

- Im Gegenteil: Es ist offensichtlich das ein gerichtliches Urteil niemals eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen kann, denn:

Jeder gerichtlichen Entscheidung liegt ein klar umrissener Einzelfall (Streitgegenstand) zu Grunde und jedes verwaltungsgerichtliche Verfahren wird lediglich mit inter partes Wirkung beendet.

Damit entfaltet eine gerichtliche Entscheidung keine „Vorab-Bindung“ für behördliche Maßnahmen in der Zukunft.

- Ausgehend davon, stellt das Urteil des VG Köln weder unmittelbar noch mittelbar eine Gefahr dahingehend dar, dass die Stadt Kerpen oder der Landrat des Rhein-Erft Kreises oder das Ministerium künftig bauordnungsrechtlichen Gefahren nicht mehr begegnen könnten.

Dies gilt insbesondere, da Bauordnungsbehörden auf Rechtsfolgenseite in der Regel immer Ermessen ausüben müssen und sich nicht schlicht auf einen Präzedenzfall berufen können.

- bb) Zudem liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der Weisungsnorm auf die die anweisenden Behörden zurückgegriffen haben, nicht vor.

Gemäß § 9 Abs. 2 lit. b OBG dürfen die Aufsichtsbehörden zur zweckmäßigen Erfüllung ordnungsbehördlicher Aufgaben besondere Weisungen erteilen, wenn das Verhalten der zuständigen Ordnungsbehörde zur Erledigung ordnungsbehördlicher Aufgaben nicht geeignet erscheint oder überörtliche Interessen gefährden kann.

Nach § 9 Abs. 4 OBG führt der Hauptverwaltungsbeamte Weisungen zur Erledigung einer bestimmten ordnungsbehördlichen Aufgabe im Einzelfalle als staatliche Verwaltungsbehörde durch, sofern die Aufsichtsbehörde dies in der Weisung festlegt.

- (1) Ausgehend vom Wortlaut des § 9 Abs. 2 lit. b OBG setzt der Tatbestand zunächst voraus, dass sich die Weisung auf „die Erfüllung ordnungsbehördlicher Aufgaben“ beziehen muss.

Dies wäre vorliegend der Fall, wenn zu der Erfüllung der (bau-)ordnungsrechtlichen Aufgaben auch die Ausschöpfung des Instanzenzuges in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, dessen Gegenstand das (Bau-)ordnungsrecht ist, zählen würde.

Für diese Gesetzesauslegung ließe sich zwar möglicherweise Ziffer 9.21 der Verwaltungsvorschrift zum OBG vom 31.08.2005 zu § 9 (VV OBG) heranziehen. Hier heißt es wörtlich zu § 9 Abs. 2:

„Allgemeine Weisungen, die das Ermessen der Ordnungsbehörden auch hinsichtlich der zweckmäßigen Aufgabenerfüllung binden, sind ihrer Natur nach dazu bestimmt, die Durchführung des Gesetzes oder einzelner Bestimmungen im allgemeinen zu regeln. Sie beschränken sich nicht auf die Regelung eines bestimmten Falles, sondern sollen die einheitliche Behandlung des Rechtsstoffes für die Zukunft ganz allgemein sicherstellen.“

- (2) Allerdings spricht bereits der Aufbau der VV OBG dafür, dass die hier zitierte Ziffer der Auslegung des § 9 Abs. 2 lit. b OBG dient und nicht des vorliegend in Rede stehenden § 9 Abs. 2 lit. a OBG. Denn unter der Überschrift zu § 9 Abs. 2 findet sich zu § 9 Abs. 2 lit. a OBG die VV Ziffer 9.21 und entsprechend zu § 9 Abs. 2 lit. b OBG VV Ziffer 9.22.

Zudem nimmt Ziffer 9.21 VV OBG nicht ausdrücklich oder gar wörtlich in Bezug, dass die „einheitliche Behandlung des Rechtsstoffes“ durch die Ausschöpfung des Instanzenzuges sichergestellt werden kann. Vielmehr ist die Verwaltungsvorschrift, die die Exekutive adressiert, dahingehend zu verstehen, dass es den anweisenden Behörden möglich sein soll, nicht nur in einem konkret eingetretenen Fall Weisungen zu erteilen, sondern bereits zuvor „Handlungsanweisungen“ für Fallkategorien zu erteilen – im Sinne eines „immer wenn (...), ist so (...) zu handeln“.

Darüber hinaus fiele gerade die Ausschöpfung des Instanzenzuges unter den Wortlaut „Regelung eines bestimmten Falles“. Denn mit ihr kann nur eine mit inter partes Wirkung getroffene Einzelfallentscheidung – also ein Fall – geregelt werden. Ziffer 9.21 verweist hingegen ausdrücklich darauf, dass die Weisung nicht auf die Regelung eines bestimmten Falles beschränkt sein muss.

- (3) Unabhängig von der VV OBG spricht zudem eine systematische als auch teleologische Auslegung des Begriffes „ordnungsbehördliche Aufgabe“ gegen die Subsumtion der Ausschöpfung des Instanzenzuges unter diesen Wortlaut.

Denn eine „*ordnungsbehördliche* Aufgabe“ setzt – wie weiter oben bereits dargelegt – immer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus. Das allgemeine und spezielle Gefahrenabwehrrecht ist in seiner systematischen Gesamtheit und seinem Sinn und Zweck immer und ausschließlich auf die Abwehr einer Gefahr ausgelegt. Denn nur dann besteht der Bedarf, dass der Staat in Form von Maßnahmen der Exekutive „ordnet“. Dies zu Grunde gelegt, ist das Führen verwaltungsgerichtlicher Verfahren keine ordnungsbehördliche Aufgabe. Für diese Auslegung spricht im Übrigen auch Ziffer 9.42 VV OBG die festhält, dass es sich bei besonderen Weisungen nach § 9 Abs. 2 OBG

„um Maßnahmen (handelt), die zum Ziele haben, einer bestimmten bezeichneten Gefahr oder Beeinträchtigung ordnungsbehördlicher Belange entgegenzuwirken.“

- (4) Letztlich steht der vorstehende Gedanke auch einer wortlauterweiternden Auslegung des § 9 Abs. 2 OBG dahingehend, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren als „Annex“ zum materiellen Gefahrenabwehrrecht zu zählen wäre, entgegen. Denn eine bestimmte bezeichnete Gefahr im Einzelfalle geht mit der Nichtbeschreitung des Instanzenzuges gerade nicht einher.
- (5) Darüber hinaus legt die VV OBG zu § 9 Abs. 4 S. 2 OBG ausdrücklich fest, dass die Weisungen, deren Geheimhaltung im Interesse der Staatsicherheit erforderlich ist, in Form einer aufsichtsbehördlichen Verfügung auf einem konkret bezeichneten Sachgebiet ergehen müssen,

„sich jedoch nicht auf die Abwehr einer bestimmten Gefahr im Einzelfall zu beschränken“

brauchen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in allen anderen Weisungsfällen eine bestimmte Gefahr im Einzelfall vorliegen muss, damit eine Weisung rechtmäßig ist.

- (6) Zwar ließe sich insoweit entgegen halten, dass sich die Weisung auch

„auf alle Fragen der Zweckmäßigkeit“ (vgl. VV OBG, § 9, Ziffer 9.1)

erstreckt und Zweckmäßigkeitserwägungen klassischerweise auch die Befassung mit der Frage, ob Rechtsmittel einzulegen sind, umfasst.

Dagegen spricht jedoch, dass gerade bei sonderaufsichtlichen Weisungen der Umfang des Weisungsrechts immer durch das Gesetz bestimmt ist (vgl. Schönbroicher in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 18).

Darüber hinaus stünde einer erweiternden Wortlautauslegung des § 9 Abs. 2 lit. b OBG das Wesen der Sonderaufsicht entgegen. Denn die Sonderaufsicht charakterisiert sich durch eine Zweckmäßigkeitskontrolle im gesetzlich begrenzten Rahmen. Daher sind Rechtsgrundlagen, die eine Weisung ermöglichen, auch restriktiv sowie nicht über den Wortlaut hinaus auszulegen. Andernfalls ginge der Kern der Sonderaufsicht als eingeschränkte Fachaufsicht verloren.

Im Übrigen geht auch das Ministerium selbst nicht davon aus, dass sich die Weisung auf alle Fragen der Zweckmäßigkeit erstreckt. Denn es subsumiert sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 2 lit. b OBG und vertritt im Ergebnis die - zutreffende - Rechtsansicht, dass auch eine Weisung betreffend Zweckmäßigkeitserwägungen nur beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 2 lit. b OBG erfolgen darf.

- (7) Darüber hinaus ist das Verhalten der zuständigen Ordnungsbehörde – hier der Stadt Kerpen – auch nicht geeignet überörtliche Interessen gemäß § 9 Abs. 2 lit. b OBG zu gefährden.

Überörtliche Interessen liegen bei bezirksübergreifenden Angelegenheiten vor (vgl. Kugelmann in BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 9 OBG, Rn. 12).

Ausgehend von dieser Definition ist die bloße Ausschöpfung des Instanzenzuges als solche – also ungeachtet des Streitgegenstandes – bereits keine bezirksübergreifende Angelegenheit. Denn das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird (auch) in der Berufungsinstanz nur zwischen Kläger und Beklagtem fort-

geführt. Nur diese Beteiligten des Berufungsverfahrens werden durch die Berufungsentscheidung gebunden. Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nicht auf Dritte, sodass andere Behörden durch die verwaltungsgerichtliche Entscheidung nicht betroffen und auch deren Interessen nicht berührt sind. Dieses Normverständnis zu Grunde gelegt, ist die Rücknahme des Antrags auf Zulassung der Berufung nicht geeignet bezirksübergreifende Angelegenheiten und damit überörtliche Interessen zu gefährden.

cc) Ferner handelten die anweisenden Behörden auch ermessensfehlerhaft.

(1) Auf Rechtsfolgenseite steht der anweisenden Behörde Ermessen zu („dürfen“).

Gemäß § 40 VwVfG NRW hat die handelnde Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

(2) Die anweisenden Behörden haben das ihnen zustehende Ermessen nicht entsprechend dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage ausgeübt.

Jede handelnde Behörde ist im Rahmen der Ermessensausübung verpflichtet, den Zweck der Ermächtigungsgrundlage auf die sie ihr Handeln stützt zu ermitteln und sodann von ihrem Ermessen in einer diesem Zweck entsprechenden Weise Gebrauch zu machen.

Legt die Behörde den Zweck der ihr erteilten Ermächtigung falsch aus, hat dies zwangsläufig zur Folge, dass ihre Ermessensentscheidung nicht vom Zweck der Ermächtigung gedeckt ist. Eine Zweckverfehlung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Behörde in ihre Ermessenserwägungen ressortfremde Gesichtspunkte einstellt. Das ist etwa der Fall, wenn die Polizeibehörde andere Zwecke als

den der Gefahrenabwehr verfolgt, zB fiskalische Zwecke (vgl. Aschke in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 40, Rn. 88).

Wie bereits dargelegt, zielt § 9 Abs. 2 OBG auf die Gefahrenabwehr. Die anweisende Behörde muss daher mit ihrer Weisung beabsichtigen einer Gefahr entgegenzutreten. Eine solche ist hier – wie bereits ausgeführt – weder unmittelbar noch mittelbar gegeben. Die Weisungen lassen nicht erkennen, dass sich die handelnden Behörden an diesem Zweck der Ermächtigungsgrundlage orientiert haben. Vielmehr belassen es die Weisungen bei der pauschalen Mitteilung, dass den handelnden Behörden ein weiter Ermessensspielraum zustehe und es sich um eine Prognoseentscheidung handle.

- (3) Ferner ist ein Ermessensmissbrauch der anweisenden Behörden zu bejahen, da diese aus politischen Motiven heraus angewiesen haben.

Ein Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die Behörde sich bewusst von persönlichen Motiven leiten lässt und nicht von ihren Aufgaben und Zwecken. Dies ist beispielsweise zu bejahen, wenn sie aus Schikane oder aber aus Freundschaft und Sympathie handelt.

Ermessensfehlerhaft ist es in aller Regel auch, wenn die Verwaltung sich unter Verletzung ihrer Neutralitätspflicht an parteipolitischen oder weltanschaulichen Erwägungen ausrichtet (vgl. BVerwG, U. v. 31.01.1967 – I C 98.64 – juris, Rn. 33).

Eben dies ist vorliegend der Fall. Es ist offensichtlich, dass die Weisungen politisch motiviert sind, da die Entscheidung des VG Köln deutlich „zu Lasten“ des Vorgehens des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung NRW geht. Wertet man das Urteil des VG Köln (AZ 23 K 7046/18) aus, übt das Gericht an der Vorgehensweise des Ministeriums sehr klare Kritik und lässt an der Rechtswidrigkeit seines Handelns keine Zweifel. Dies zu Grunde gelegt, ist es durchaus nachvollziehbar, dass das Ministerium die Entscheidung „so nicht

stehen lassen will“ und daher die Weisung ausgesprochen hat, den Antrag auf Zulassung der Berufung nicht zurückzunehmen. Dies wird durch das Schreiben des Ministeriums vom 15.09.2021 unterstrichen, in dem bereits vor Vorliegen der Urteilsbegründung auf die Ausschöpfung des Instanzenzuges gedrängt wird. Gerade dies zeigt, dass das Ministerium politisch motiviert gehandelt hat und die Behauptung das Urteil führe zu „erheblichen Rechtsunklarheiten“ vorgeschoben ist.

- (4) Darüber hinaus verkennen die anweisenden Behörden, dass die von ihnen behauptete „erhebliche Rechtsunklarheit“ gar nicht gegeben ist und ihre Weisung insoweit den von ihnen verfolgten Zweck nicht erreichen kann.

Die Weisungen formulieren wörtlich, dass insbesondere die Frage geklärt werden muss,

„ob den Ermächtigungsgrundlagen des Bauordnungsrechts ein (ungeschriebener) Vorbehalt gegenüber (unterstellten) behördlichen Handlungsmotiven immanent ist.“

Eben diese Frage ist jedoch bereits obergerichtlich geklärt. Denn in ständiger Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass Handlungsmotive, die dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage nicht entsprechen zu Ermessensfehlern führen (s.o.). Eben diese Rechtsprechung liegt auch der Entscheidung des VG Köln zu Grunde (vgl. VG Köln, U. v. 08.09.2021, 23 K 7056/18 – juris, Rn. 66 ff.). Das Gericht bezieht sich dort auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum zweckentsprechenden Ermessensgebrauch.

- dd) Ausgehend von diesem Ergebnis, stellt sich die Frage, ob die anweisenden Behörden ihrem Handeln eine andere Rechtsgrundlage, deren Voraussetzungen erfüllt sind, zu Grunde legen könnten. Auch dies ist im Ergebnis zu verneinen.

- (1) Das Ministerium kann seine Weisung nicht auf die Rechtsgrundlage des § 9 Abs. 1 OBG oder des § 9 Abs. 2 lit. a OBG stützen. Insoweit gelten zunächst mit Blick auf die Wahl der Rechtsgrundlage die Ausführungen zu § 9 Abs. 2 lit. b OBG. Ausgehend von Sinn und Zweck des Gefahrenabwehrrechts, hier in Gestalt des Bauordnungsrechts, setzt die Rechtmäßigkeit einer Weisung das Vorliegen einer Gefahr voraus. Eine solche ist vorliegend nicht gegeben (s.o.).

Darüber hinaus können auf die Rechtsgrundlage des § 9 Abs. 2 lit. a OBG – entsprechend des Wortlautes – ausschließlich allgemeine Weisungen gestützt werden, die auf eine gleichmäßige Aufgabendurchführung gerichtet sind (vgl. Kugelmann in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021 - § 9 OBG Rn. 8). Allgemeine Weisungen überlassen der handelnden Behörde bei der Aufgabenerfüllung weiterhin einen Ermessensspielraum und sind

„generell-abstrakte, an nachgeordnete Behörden gerichtete Vorschriften“ (Kugelmann in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021 - § 9 OBG Rn. 8)

Generell-abstrakt ist eine Weisungsvorschrift nur, wenn sie auf eine Vielzahl von Sachverhalten anwendbar ist. Da die hier in Rede stehende Weisung hingegen lediglich einen konkreten Einzelfall – das verwaltungsgerichtliche Verfahren zum AZ 23 K 7046/18 – erfasst und nicht darauf abzielt, eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu regeln, kann sie nicht auf § 9 Abs. 2 lit. a OBG gestützt werden.

- (2) Das Ministerium kann sich ebenfalls nicht auf § 9 Abs. 4 OBG berufen, da diese Vorschrift keine Rechtsgrundlage für eine Weisung beinhaltet. Dies folgt be-

reits aus dem Wortlaut, der das Vorliegen einer Weisung voraussetzt, da die Norm auf die Ausführung bzw. Durchführung der Weisung abzielt. Dies bedeutet, dass der Bürgermeister soweit

„er im Rahmen einer Weisung zusätzlich zur Durchführung der Maßnahme als staatliche Verwaltungsbehörde verpflichtet wird“ (Dietlein in Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Auflage 2021, § 3 Polizei- und Ordnungsrecht NRW, Rn. 24)

zu einer Behörde des Landes im Sinne einer „ad hoc-Organleihe“ mutiert. § 9 Abs. 4 OBG normiert folglich keine Rechtsgrundlage für ein Einschreiten der Sonderaufsicht, sondern „nur“ eine Organleihe.

- (3) Den Behörden der Sonderaufsicht stehen zudem nicht die in § 121 ff. Gemeindeordnung NRW (GO NRW) vorgesehenen allgemeinen Aufsichtsmittel zur Verfügung (vgl. Schönenbroicher in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 22). Die sonderaufsichtsgesetzlichen Aufsichtsmittel – hier §§ 9, 10 OBG – gehen hier nach dem „lex specialis“ Gedanken vor (vgl. Schönenbroicher in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 22). Fehlt es an solchen fachgesetzlichen Aufsichtsmitteln, müssen sich die Sonderaufsichtsbehörden, die

„im Rahmen der Erfüllung von Pflichtaufgaben gegen eine Gemeinde vorgehen wollen nach § 127 stets an die zuständige allgemeine (kommunalaufsichtliche) Aufsichtsbehörde wenden, wenn ihre Weisung von der Gemeinde nicht beachtet und deshalb zwangsweise durchgesetzt werden sollen.“ (vgl. Schönenbroicher in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand 01.12.2021, § 119 GO NRW, Rn. 22)

Eben dies ist auch gesetzlich in § 11 OBG geregelt. Danach haben die Behörden der allgemeinen Aufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände auch in ordnungsbehördlichen Angelegenheiten die Befugnisse der §§ 121 bis 125 der Gemeindeordnung. Auch § 127 GO NRW greift dies auf und normiert, dass andere Behörden und Stellen als die allgemeinen Aufsichtsbehörden zu Eingriffen in die Gemeindeverwaltung nach den §§ 121 ff. nicht befugt sind.

2. Ein Klagerecht gegen die Weisungen stand dem Bürgermeister der Stadt Kerpen nicht zur Verfügung, da er keine mögliche Verletzung in eigenen Rechten geltend machen kann.

Wie dargestellt, regelt § 9 Abs. 4 OBG eine „ad-hoc Organleihe“. Rechtsfolge dieser Organleihe – die mit den Worten „als staatliche Verwaltungsbehörde“ im Gesetzeswortlaut anklingt – ist, dass

„die Erledigung einer ordnungsbehördlichen Aufgabe (..) durch die Inanspruchnahme des Hauptverwaltungsbeamten im Einzelfall den Charakter einer Pflichtaufgabe nach Weisung (verliert) und (...) damit in den staatlichen Aufgabenvollzug fällt.“ (Ziffer 9.41 VV OBG zu § 9)

Der Bürgermeister tritt beim Vollzug der Maßnahme als Behörde des Landes auf, sodass es ihm an einer möglichen Verletzung eigener Rechte fehlt.

Dies ist aber gemäß § 42 Abs. 2 VwGO Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Klage gegen die Weisung (vgl. Dietlein in Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Auflage 2021, § 3 Polizei- und Ordnungsrecht NRW, Rn. 24).

3. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Weisung standen weder der Stadt Kerpen zu, noch kann der Stadtrat auf die Umsetzung des Beschlusses vom 27.10.2021 gerichtlich hinwirken.

- a) Ein unmittelbares verwaltungsgerichtliches Vorgehen der Stadt Kerpen gegen die Weisungen ist mit der Rechtsprechung des VG Düsseldorf abzulehnen. Das Verwaltungsgericht hält in einer Entscheidung fest, dass vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 9 Abs. 4 OBG um

„einen staatlichen Aufgabenvollzug (handelt) und der Charakter einer Pflichtaufgabe nach Weisung“ (VG Düsseldorf, B. v. 16.12.2020, 26 L 2457/20 – juris, Rn. 8)

verloren geht,

„eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechtes der Antragstellerin von vorneherein nicht in Betracht“ (VG Düsseldorf, B. v. 16.12.2020, 26 L 2457/20 – juris, Rn. 10)

kommt (so auch: Heinisch in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht, § 62 GO NRW, Rn. 49). Auch wenn andere Stimmen in der Literatur dem widersprechen (vgl. Dietlein in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Auflage 2021, § 3 Polizei- und Ordnungsrecht NRW, Rn. 24), kann eine Entscheidung dieser Meinungsverschiedenheit dahinstehen, da jedenfalls die Klagefrist gemäß § 74 Abs. 1 VwGO abgelaufen ist.

- b) Auch ein Vorgehen gegen den Bürgermeister mit dem Begehren, dass dieser den Beschluss vom 27.10.2021 umsetzt, dürfte keinen Erfolg haben, da der Stadtrat für die Beschlussfassung nicht zuständig war, jedenfalls aber die Ausführung der Weisung nicht verhindern kann. Eine Verletzung in eigenen organ-schaftlichen Rechten, die der Stadtrat geltend machen könnte, scheidet damit

dem Grunde nach aus. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Weisung gemäß § 44 VwVfG NRW nichtig ist. Dies dürfte jedoch nicht der Fall sein.

- (1) Gemäß § 62 Abs. 2 GO NRW führt der Bürgermeister Weisungen, die im Rahmen des § 3 Abs. 2 – dies ist vorliegend der Fall (s.o.) – ergehen, unter der Kontrolle des Rates und in Verantwortung ihm gegenüber durch. Den Wortlaut dieser Norm zu Grunde gelegt, ist damit der Stadtrat für die Ausführung der Weisung nicht zuständig.

Die Kommentarliteratur hält zu § 62 Abs. 2 GO NRW zudem fest:

„Es liegt in der Natur einer Weisung, dass sie nicht gegenüber einem Beschlussorgan ergehen kann, weil wegen ihrer Verbindlichkeit kein Raum mehr für eine durch Abstimmung zu ermittelnde Entscheidung bleibt. § 62 Abs. 2 Satz 2 legt deshalb fest, dass der Bürgermeister die Weisungen durchzuführen hat.

Als gemeindliches Organ und bei der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe ist er aber auch insoweit der Kontrolle des Rates und der Verantwortung ihm gegenüber unterworfen. Das Kontrollrecht des Rates kann sich dabei nur auf die ordnungsgemäße Durchführung der Weisung erstrecken; verhindern kann der Rat (oder ein Ausschuss) die Durchführung der Weisung nicht, weil es ihm insoweit an einer entsprechenden Zuständigkeit mangelt.“ (Plückhahn in PdK NW B-1, GO NRW, Weisungen der Aufsichtsbehörden, § 63 Abs. 2 S. 2)

Da die städtische Beschlusslage die Umsetzung der Weisung im vorstehend bezeichneten Sinne verhindert, geht sie zudem über das dem Stadtrat zustehende organschaftliche Kontrollrecht hinaus. Ausgehend davon, wird der Stadtrat bei Nichtumsetzung des gefassten Beschlusses vom 26.10.2021 auch nicht in seinem organschaftlichen Kontrollrecht verletzt.

- (2) Etwas anderes wäre lediglich der Fall, wenn man von einer Nichtigkeit der Weisung gemäß § 44 VwVfG NRW ausginge. Dann wäre die Weisung rechtlich nicht existent und die Zuständigkeitsvorschrift des § 62 Abs. 2 GO NRW würde nicht greifen. Dies dürfte im Ergebnis allerdings nicht zu bejahen sein.

Da § 44 Abs. 2 VwVfG NRW vorliegend nicht einschlägig ist, kann die Nichtigkeit der Weisung nur auf den subsidiär anwendbaren § 44 Abs. 1 VwVfG NRW gestützt werden. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umständen offensichtlich ist.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG muss der dem Verwaltungsakt anhaftende Fehler diesen schlechterdings unerträglich, das heißt mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertevorstellungen unvereinbar erscheinen lassen. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (sog. „gesetzloser“ Verwaltungsakt) oder die unrichtige Anwendung der in Frage kommenden Rechtsvorschriften, machen einen Verwaltungsakt noch nicht nichtig (vgl. BVerwG, U. v. 17.10.1997 – 8 C 1/96 –, juris, Rn. 28). Ein schwerwiegender Fehler liegt hingegen vor, wenn die Maßnahme der Behörde schlechterdings als willkürlich einzustufen ist (vgl. Schemmer in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 44, Rn. 39).

Legt man dies zu Grunde genügt die hier vertretene falsche Wahl der Rechtsgrundlage sowie die hier vertretene unrichtige Anwendung dieser Rechtsgrundlage alleine nicht für die Nichtigkeit der Weisung. Zwar ist den handelnden Behörden vorzuwerfen, dass diese die Grundsätze des Gefahrenabwehrrechts verkannt haben, da sie ohne das Vorliegen einer Gefahr handelten. Gleichwohl stellt dies keine Verletzung eines tragenden Verfassungsprinzips dar oder ist mit wesentlichen Wertevorstellungen unserer Rechtsordnung unvereinbar.

Selbst wenn man einen schwerwiegenden Fehler bejahen würde, läge dieser wohl nicht offensichtlich auf der Hand. Denn für die Annahme der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist es nicht ausreichend, dass der Bescheid an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet. Gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG NRW muss der Fehler zusätzlich offensichtlich sein. Das ist der Fall, wenn die schwere Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes für einen unvoreingenommenen verständigen Beobachter ohne Weiteres erkennbar ist (vgl. OVG Bautzen, B. v. 30.04.2002 – 5 B 107/01 – juris, Rn. 52).

Angesichts der Tatsache, dass der Bürgermeister die Weisung als staatliche Verwaltungsbehörde ausführt („ad-hoc Organleihe“) und angesichts der streitigen Frage, ob und wenn ja inwieweit eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung der Selbstverwaltungsgarantie einer Gemeinde zuzuordnen ist, ist der Weisung die Fehlerhaftigkeit wohl gerade nicht „auf die Stirn“ geschrieben.

Potsdam, den 21.02.2022


Dr. Dominik Lück


Judith Hoffmann