

## ABHANDLUNGEN

**Die Beseitigung von „Kreiselkunst“**

Von Dr. Darío Mock, Rechtsanwalt, Freiburg i.Br., und Dr. Martin Diesterhöft, Richter, Freiburg i.Br.\*

Auf der Grundlage des Erlasses des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur vom 15.11.2011<sup>1</sup> wurden und werden bestehende Kreisverkehre einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen. Kreisverkehre außerhalb des innerörtlichen Bereichs sollen so gestaltet sein, dass sich auf ihnen keine Hindernisse befinden, die bei einem Aufprall durch ein Kraftfahrzeug zu schwerwiegenden Unfallfolgen führen können. Der Erlass betrifft zwar unmittelbar nur Kreisverkehrsplätze an Bundes- und Landesstraßen. Für vergleichbar betroffene Kreisverkehre, die in der alleinigen Straßenbaulast der Stadt- und Landkreise liegen, wurde den unteren Verwaltungsbehörden aber ein entsprechendes Vorgehen empfohlen. Im Rahmen der Überprüfung ergibt sich ein besonderes Konfliktpotential daraus, dass bestehende Kreisverkehre im Bereich der Ortseingänge regelmäßig – in mehr oder weniger förmlicher Abstimmung mit dem Straßenbaulastträger – durch die Gemeinden gestaltet wurden. Der Kreisverkehr dient als Blickfang und „Visitenkarte“ des Ortes. Art und Umfang der innerhalb des Kreisverkehrs errichteten Anlagen sind vielfältig und reichen von Kunstwerken über Bepflanzungen bis hin zu umfangreichen baulichen Anlagen. Die betroffenen Gemeinden sind regelmäßig nicht oder allenfalls widerwillig bereit, ihre liebevoll gestalteten Ortseingänge zu verändern oder gar Anlagen ganz zu beseitigen. Die entsprechenden Konflikte werden – von der Presse ausführlich dargestellt und kommentiert – regelmäßig zwischen dem Landratsamt und der (kreisangehörigen) Gemeinde ausgetragen, weshalb ausschließlich dieses Verhältnis nachfolgend näher betrachtet werden soll. Soweit ersichtlich ist zu diesem Konfliktfeld bislang nur eine Entscheidung (Kreisverkehr Löchgau)<sup>2</sup> ergangen, die zudem auf die Frage des Rechtswegs beschränkt ist. Ziel dieses Beitrages ist es aufzuzeigen, auf welcher Grundlage und unter welchen Voraussetzungen das Landratsamt eine – ersatzvornahmefähige – Beseitigungsverfügung erlassen kann (A.) und inwiefern die Gemeinde darüber hinaus einem Beseitigungsanspruch ausgesetzt ist (B.).

**A. Beseitigungsverfügung**

Regelmäßig wird von den Landratsämtern gegenüber Gemeinden, die innerhalb eines Kreisverkehrs „Kreiselkunst“ oder sonstige Anlagen errichtet haben, der Erlass einer Beseitigungsverfügung angedroht, sollte die Gemeinde die Anlagen im Kreisverkehr nicht freiwillig – und ausschließlich auf eigene Kosten – entfernen. Mitunter wird von Seiten des Landratsamtes dabei behauptet, aus der Verkehrssicherungspflicht des Landes für Landes- (§§ 9, 43 Abs. 1 StrG) bzw. des Landkreises für Kreisstraßen (§§ 9, 43 Abs. 2 StrG) folge die Befugnis, gegenüber der Gemeinde eine Beseitigungsverfügung zu erlassen.

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass auch im Verhältnis zur Gemeinde eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist (I.) und warum die Verkehrssicherungspflicht eine solche nicht beinhaltet (II.). In der Folge wird untersucht, ob eine andere Grundlage für eine Beseitigungsverfügung besteht und wann deren Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei wird sich zeigen, dass es auch im Straßen(verkehrs)recht keine einschlägige Ermächtigungsgrundlage gibt (III.) Allerdings ermöglicht das bauaufsichtsrechtlich durchzusetzende straßenrechtliche Anbauverbot ein Einschreiten im Verfügungswege, soweit es sich um bauliche Anlagen handelt (IV.) Ändern-

falls kommt nur ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel in Betracht, wenn der Nachweis einer konkreten Gefahr geführt werden kann (V.).

**I. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage**

Mit Blick auf die Gemeinde kann das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage zwar nicht aus dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt abgeleitet werden. Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip folgt jedoch, dass hoheitliches Handeln der Exekutive – jedenfalls wenn es den Innenbereich verlässt – einer (parlaments-)gesetzlichen Grundlage bedarf, wobei der notwendige Grad der Regelungsdichte unter dem Aspekt des Demokratieprinzips von der Sachmaterie abhängt.<sup>3</sup>

\* Der Autor *Mock* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Sparwasser & Heilshorn, Freiburg; der Autor *Diesterhöft* ist Richter beim Verwaltungsgericht Freiburg.

1 MVI, Az.: 62-3911.8/48-51, vgl. dazu auch die ergänzenden Hinweise vom 05.02.2013, Az.: 31-3851.1-00/1013.

2 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

3 Vgl. *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3 GG, Rn. 273 ff.

Die Regelungen der Gemeindeordnung, die einen beliebigen Zugriff staatlicher Behörden auf die Gemeinden selbst innerhalb bestehender Weisungsverhältnisse verbieten und aufsichtsrechtliche Maßnahmen allein der Rechtsaufsicht zuweisen (§ 129 Abs. 2 Satz 2 GemO), bestätigen diesen Befund.

## II. Baulast und Verkehrssicherungspflicht

Weder aus der Aufgabenzuweisung des § 9 StrG noch aus der gem. § 59 StrG den Straßenbaubehörden als Amtspflicht übertragenen Verkehrssicherungspflicht ergibt sich eine Ermächtigungsgrundlage, auf die eine Verfügung gestützt werden könnte. Sie enthalten weder explizit noch implizit eine Ermächtigung zum Vorgehen gegen Dritte, geschweige denn zum Erlass eines Verwaltungsakts.

### 1. § 9 StrG BW

§ 9 Abs. 1 Satz 1 und 2 StrG normieren Aufgaben und Handlungspflichten des Straßenbaulastträgers. Hierzu zählt auch die Sicherstellung eines verkehrssicheren Zustandes der Straße.<sup>4</sup> Zu dieser wiederum gehört auch der streitgegenständliche Kreisverkehrsplatz; entweder nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b (wie ein Trennstreifen) oder nach Nr. 3 StrG (als sonstige Verkehrsanlage).<sup>5</sup>

Allein deshalb enthält § 9 StrG jedoch noch keine Ermächtigungsgrundlage. Ein einfacher Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis ist nicht statthaft.<sup>6</sup> Eine Ermächtigung der Straßenbaulastträger, Dritten ein Handeln, Dulden oder Unterlassen durch Verwaltungsakt aufgeben zu können, findet sich in § 9 StrG daher nicht.<sup>7</sup>

### 2. Ermächtigung kraft Natur der Sache

Eine solche Ermächtigung folgt auch nicht – gleichsam kraft Natur der Sache – aus der *Verkehrssicherungspflicht*. Dass der Straßenbaulastträger zwingend auf hoheitliche Eingriffsbefugnisse angewiesen wäre, um der Verkehrssicherungspflicht nachzukommen, ist nicht ersichtlich.

Dass das Gesetz vom Gegenteil ausgeht, erschließt sich mittelbar aus § 42 Satz 2 StrG, der gerade keine Befugnis zum Erlass einer Beseitigungsverfügung gegen den für eine Verunreinigung verantwortlichen Störer enthält. Dass der Gesetzgeber ein Einschreiten der Straßenbaubehörde nur ausnahmsweise für zulässig erachtet, zeigt sich zudem an der Regelung des § 28 Abs. 2 Satz 2 StrG, die eine den o. g. Anforderungen genügende Ermächtigungsgrundlage enthält.

Dem steht die jüngste Entscheidung des VGH Baden-Württemberg zum „Nagel-Kunstwerk“ der Gemeinde Löchgau nicht entgegen. Dort hatte der Gerichtshof sich lediglich zum Rechtsweg geäußert und festgestellt, dass ein – offenbar nicht in Gestalt eines Verwaltungsakt vorgebrachtes – Beseitigungsverlangen bereits dann dem öffentlichen Recht zugehört, wenn das Landratsamt „in Wahrnehmung seiner ihm kraft Gesetzes zugewiesenen Aufgaben als Träger der Straßenbaulast bzw. der Überwachung der Verkehrssicherheit“ handelt.<sup>8</sup>

Soweit der Gerichtshof für den Fall der Gefährdung der Sicherheit des Verkehrs davon ausgeht, die Straßenbauverwaltung könne „sogar ohne vorherige Aufforderung und Fristsetzung das nach ihrem Ermessen Erforderliche veranlassen“,<sup>9</sup> ist über die Art und Weise der Umsetzung des „Erforderlichen“ nichts gesagt. „Ohne Aufforderung und Fristsetzung“ kommen nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen nämlich allein ein Tätigwerden der Straßenbaubehörde selbst und gerade nicht die regelnde Inpflichtnahme eines Dritten in Betracht.

## III. Straßen(verkehrs)rechtliche Maßnahmen

### 1. § 45 StVO

Ein *straßenverkehrsrechtliches* Vorgehen nach § 45 StVO scheidet schon deshalb aus, weil § 45 Abs. 4 StVO die zulässigen Handlungsformen auf Verkehrszeichen, Verkehrseinrichtungen

und Rundfunkdurchsagen beschränkt.<sup>10</sup> Überdies handelt es sich bei der „Möblierung“ des Kreisverkehrsplatzes nicht um die „Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken“ i. S. d. § 45 Abs. 1 StVO.

### 2. § 16 Abs. 8 StrG

Die Anordnung zur Entfernung von Anlagen innerhalb eines Kreisverkehrs kann im Ergebnis auch nicht auf § 16 Abs. 8 StrG gestützt werden.

Die Anwendbarkeit von § 16 Abs. 8 StrG setzt in materieller Hinsicht voraus, dass die Errichtung von Anlagen innerhalb eines Kreisverkehrs eine *Sondernutzung* darstellt. Nach der Legaldefinition des § 16 Abs. 1 StrG müsste es sich damit um eine Benutzung einer Straße über den Gemeingebrauch hinaus handeln. Wie bereits dargelegt, gehört auch der Innenraum des Kreisverkehrs zum Straßenkörper i. S. v. § 2 Abs. 2 StrG. Fraglich ist jedoch, wie die Sondernutzung von der nach § 21 StrG dem Privatrecht unterstellten „sonstigen Benutzung“ zu unterscheiden ist.

Nach dem Wortlaut von § 21 StrG („Benutzung von Straßen, die nicht Gemeingebrauch ist [...], wenn die Benutzung den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt“) kommt es entscheidend darauf an, ob die Nutzung den Gemeingebrauch beeinträchtigt – dann Sondernutzung – oder nicht – dann „sonstige Nutzung“. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht jedwede Auswirkung auf den Gemeingebrauch zugleich eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs i. S. v. § 16 StrG darstellen kann. Vielmehr liegt eine Sondernutzung nur dann vor, wenn die Stelle der fraglichen Nutzung der „gemeingebrauchlichen Verkehrsnutzung“ überhaupt offensteht.<sup>11</sup> Dies ist beim Innenbereich eines Kreisverkehrs nicht der Fall.

Unterfällt der Standort der fraglichen Nutzung dem – weit gefassten – Straßenbegriff des § 2 Abs. 2 StrG, liegt er aber außerhalb des – dem Gemeingebrauch eröffneten – Verkehrsraums, handelt es sich nicht um eine Sondernutzung.<sup>12</sup> Mit Blick auf Werbeanlagen hat der VGH Baden-Württemberg festgehalten: „*Notwendige Voraussetzung für die Annahme einer Sondernutzung ist jedoch stets, daß die betreffende Werbeanlage entweder in dem zum widmungsgemäßen Gemeingebrauch zur Verfügung gestellten Straßenraum selbst errichtet ist, oder, wenn auch nur geringfügig – körperlich in diesen Straßenraum hineinragt. [...] Es ist daher nach Auffassung des Senats nicht gerechtfertigt, ausgehend von einer rein formalen Betrachtungsweise die Errichtung einer Plakatschlagtafel auf dem Seitenstreifen einer Straße bereits deshalb als Sondernutzung anzusehen, weil dieser Seitenstreifen nach der gesetzlichen Regelung des § 2 Abs. 2 StrG zu der öffentlichen Straße gehört, ohne Rücksicht darauf, ob der betreffende Straßenteil, auf dem die Werbeanlage errichtet ist, überhaupt für den Gemeingebrauch gewidmet ist oder ob durch die Werbeanlage in sonstiger Weise der Gemeingebrauch auf den hierfür vorgesehenen Fahrflächen und Gehflächen tatsächlich beeinträchtigt wird.*“<sup>13</sup>

4 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 42.

5 Für letzteres Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 56.

6 BVerfG, Urt. v. 27.03.1992, BVerfGE 86, 148; BayVGH, Beschl. v. 09.01.2012, DVBl. 2012, 383.

7 Vgl. i.E. auch Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 31 a.E.

8 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

9 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

10 Vgl. hierzu König, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 45 Rn. 26.

11 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 51 mit Blick auf Trennstreifen.

12 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 21 Rn. 9; vgl. auch LG Bonn, Urt. v. 04.06.2013, NVwZ 2013, 911.

13 VGH BW, Beschl. v. 26.06.1996, VBIBW 1996, 473.

Vorliegend ist damit von einer – dem Privatrecht unterstellten – sonstigen Nutzung auszugehen. Dass diese Nutzung sich – optisch – auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auswirken mag, ändert nichts an dieser Zuordnung.<sup>14</sup> Diesem Belang ist anderweitig – z. B. im Rahmen der §§ 22, 28 StrG – Rechnung zu tragen.

### 3. § 28 Abs. 2 Satz 1 StrG

Gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 StrG kann die Straßenbaubehörde die Beseitigung bestimmter Einrichtungen verlangen. Diese müssen jedoch auf einem „der Straße benachbarten Grundstück“ belegen sein (§ 28 Abs. 1 Satz 1 StrG). Zudem muss es sich entweder um eine Anpflanzung, einen Zaun oder eine nicht fest mit dem Grundstück verbundene Einrichtung handeln.

Diese Kriterien sind bei den hier zu beurteilenden Fällen schon deshalb nicht erfüllt, weil der Kreisverkehrsplatz Teil des Straßenkörpers i. S. v. § 2 Abs. 2 StrG und damit nicht „benachbart“ ist. Hinzu kommt, dass es sich bei den streitigen Anlagen überwiegend um fest mit dem Boden verbundene, bauliche Anlagen handelt.

## IV. Bauaufsichtsrechtliches Einschreiten

Die Entfernung baulicher Anlagen auf der Mittelinsel eines Kreisverkehrs kann – sofern ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegt und kein Bestandsschutz besteht – auf der Grundlage von § 65 Satz 1 LBO gegenüber der Gemeinde angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

### 1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der LBO ist dabei nicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO ausgeschlossen. Danach gelten die Vorgaben der LBO zwar bei *öffentlichen Verkehrsanlagen* nur für Gebäude. Die Nichtanwendbarkeit der LBO ist jedoch rein funktional auf solche Bauwerke und Einrichtungen beschränkt, die zur Abwicklung oder Sicherung des Verkehrs erforderlich sind.<sup>15</sup> Nicht erfasst sind Anlagen, die zwar auf einem nach § 2 StrG zur Straße zählenden Grundstück errichtet wurden, die aber ausschließlich verkehrsfremden Zwecken dienen.<sup>16</sup>

Zu den letztgenannten Anlagen gehört die verkehrsfremde – straßenrechtlich als „sonstige Benutzung“ zu klassifizierende<sup>17</sup> – Nutzung der Verkehrsinsel zur Errichtung von Anlagen, die lediglich der Verschönerung des Ortseingangsbereichs und damit ästhetischen Zwecken dienen.

### 2. Zuständigkeit

#### a) Sachliche Zuständigkeit

Die Landratsämter sind als untere Baurechtsbehörden gem. § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 LVG regelmäßig sachlich zuständig, § 48 Abs. 1 LBO. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 LVwVfG.

Soweit die – in diesem Beitrag allein in den Blick genommene – kreisangehörige Gemeinde gemäß § 46 LBO selbst untere Baurechtsbehörden ist (als große Kreisstadt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG oder nach § 46 Abs. 2 LBO) stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen eine Zuständigkeitsverlagerung stattfindet. Dies dürfte im Ergebnis zu bejahen sein.

Die Zuständigkeit einer anderen Baurechtsbehörde anstelle der Gemeinde im Fall von Interessenkonflikten ist in § 48 Abs. 2 Satz 1 LBO geregelt. Eine Verlagerung findet statt, wenn es sich um ein Vorhaben der Gemeinde handelt, gegen das *Einwendungen* erhoben wurden, oder wenn die Gemeinde selbst Einwendungen gegen ein Vorhaben erhoben hat. Ziel der Vorschrift ist es, jeden Anschein der Parteilichkeit auszuschließen.<sup>18</sup> Dies gilt nicht nur bei Einwendungen privater Nachbarn, sondern auch in Bezug auf das Vorbringen der Träger öffentlicher Belange.<sup>19</sup> Daneben findet § 48 Abs. 2 Satz 1 LBO nicht

nur im Baugenehmigungsverfahren, sondern auch in Verfahren Anwendung, die auf ein Einschreiten der Baurechtsbehörde gerichtet sind.<sup>20</sup>

Soweit die Entfernung von Anlagen innerhalb eines Kreisverkehrs seitens des Trägers der Straßenbaulast gefordert wird, liegt die Zuständigkeit für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 65 Satz 1 LBO gegenüber großen Kreisstädten beim Regierungspräsidium als höherer Baurechtsbehörde (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO) und gegenüber kreisangehörigen Gemeinden mit eigener Baurechtszuständigkeit nach § 46 Abs. 2 LBO beim Landratsamt als unterer Verwaltungsbehörde (§ 48 Abs. 2 Satz 1 LBO i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG).

#### b) Formelle Polizeipflichtigkeit

Die Inanspruchnahme einer Gemeinde ist nicht wegen des Grundsatzes der *fehlenden formellen Polizeipflicht* von Hoheitsträgern ausgeschlossen.

Zwar ist allgemein anerkannt, dass ein Hoheitsträger nicht durch Anordnungen in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung übergreifen darf. Dahinter steht die Überlegung, dass jeder Hoheitsträger für die Beachtung auch „(fach-)fremder“ Gesetze regelmäßig selbst zuständig und verantwortlich ist. Allerdings bildet die *hoheitliche* Tätigkeit des potentiellen Adressaten Grund und (wichtigste) Grenze dieser Freistellung vom Zugriff der Fachbehörde. Wo es um Anordnungen geht, die die hoheitliche Aufgabenerfüllung unberührt lassen, steht der genannte Grundsatz dem Erlass fachbehördlicher Anordnungen nicht entgegen.<sup>21</sup>

Die Errichtung von Anlagen innerhalb eines Kreisverkehrs erfolgt nicht in Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit der Gemeinde. Ein Übergriff in einen ihr exklusiv zugewiesenen Kompetenzbereich ist mit einer Abbruchanordnung daher nicht verbunden.

### 3. Voraussetzungen

#### a) Bauliche Anlage

Ein Einschreiten auf der Grundlage von § 65 LBO setzt zunächst voraus, dass es sich bei der zu entfernenden Einrichtung um eine *bauliche Anlage* handelt. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LBO sind bauliche Anlagen alle unmittelbar mit dem Erdboden verbundenen, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht auch dann, wenn die Anlage aufgrund eigener Schwere auf dem Boden ruht oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden, § 2 Abs. 1 Satz 2 LBO.

Damit stellen etwa Mauern, Zäune, Skulpturen und aus Bauprodukten hergestellte Kunstwerke, Fahnenmasten und Tafeln und Schilder, im Boden verankerte Tische und Bänke<sup>22</sup>, aber auch Aufschüttungen (§ 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 LBO) grundsätzlich bauliche Anlagen im Sinne der LBO dar. Nicht erfasst sind mangels Herstellung aus Bauprodukten insbesondere Bäume und sonstige Bepflanzungen (vgl. hierzu § 28 Abs. 2 Satz 1 StrG).

<sup>14</sup> Vgl. VGH BW, Beschl. v. 26.06.1996, VBIBW 1996, 473.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 27.11.1996, NVwZ 1997, 920.

<sup>16</sup> Sauter, LBO für BW, Loseblatt, Stand: Dezember 2014, § 1 Rn. 11 m. w. N.

<sup>17</sup> S. oben unter A. III. 2.

<sup>18</sup> VGH BW, Urt. v. 21.12.1998, BRS 60 Nr. 146.

<sup>19</sup> Sauter, LBO für BW, Loseblatt, Stand: Dezember 2014, § 48 Rn. 20.

<sup>20</sup> VGH BW, Urt. v. 29.03.1999, VBIBW 1999, 309; Urt. v. 21.03.2006, NVwZ-RR 2007, 153.

<sup>21</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 16.01.1968, BVerwGE 29, 52; ferner Urt. v. 08.05.2003, NVwZ 2003, 1252.

<sup>22</sup> OVG NRW, Urt. v. 16.09.1985, BauR 1986, 77.

### b) Formelle Rechtswidrigkeit

Eine Beseitigungsverfügung kommt nur bei formeller Rechtswidrigkeit der Anlage in Betracht. Die Anlage darf also insbesondere nicht durch eine Baugenehmigung oder Zustimmung (§ 70 LBO) gedeckt sein.<sup>23</sup> In diesem Fall ist als Voraussetzung des Einschreitens zunächst die bestehende Genehmigung oder Zustimmung aufzuheben.

### c) Materielle Rechtswidrigkeit

Die Anlage muss weiter im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein. Hierzu zählen über die Vorschriften des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts i. e. S. hinaus alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die auf bauliche Anlagen einwirken. Der Begriff ist wie bei § 58 Abs. 1 LBO in einem umfassenden Sinn zu verstehen.<sup>24</sup>

Dies gilt auch dann, wenn die maßgebliche Vorschrift im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens deshalb nicht geprüft wird, weil eine entsprechende Zulassung nicht im Rahmen der Baugenehmigung ergeht. Dies betrifft etwa die Befreiung vom straßenrechtlichen Anbauverbot gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 StrG,<sup>25</sup> die als eigenständiger Verwaltungsakt ergeht.<sup>26</sup> Im Falle einer Abbruchverfügung ist die Prüfungskompetenz der Baurechtsbehörde nicht beschränkt und erfasst auch Vorschriften, die im Rahmen von § 58 Abs. 1 LBO aufgrund der selbständigen Entscheidung einer anderen Behörde nicht zu prüfen sind.<sup>27</sup>

Die materielle Rechtswidrigkeit der hier streitigen Anlagen kann sich damit aus einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO oder aus einem Verstoß gegen das straßenrechtliche Anbauverbot (§ 22 Abs. 1 StrG) ergeben.

### aa) Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO sind bauliche Anlagen so zu errichten, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit oder die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht bedroht werden. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst damit insbesondere auch Leben und Gesundheit der Verkehrsteilnehmer, die einen bebauten Kreisverkehr nutzen.

Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO setzt eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus.<sup>28</sup> Eine konkrete Gefahr ist nach der Rechtsprechung eine Sachlage, bei der in überschaubarer Zukunft mit hinreichender Sicherheit mit einem Schaden zu rechnen ist.<sup>29</sup> Je höherrangig dabei das bedrohte Rechtsgut ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>30</sup> Die Ermittlung des der Prognose zugrunde liegenden Sachverhalts obliegt der Baurechtsbehörde, § 24 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Ergänzend wird regelmäßig ein Sicherheitsaudit durch einen externen Sachverständigen durchgeführt und die Situation vor Ort begutachtet. Wesentlich für die Beurteilung einer etwaigen Gefährdung ist die Beschaffenheit der Anlagen innerhalb des Kreisverkehrs. Besonders starre Hindernisse sind gefährlich, da eine derartige Anlage im Falle eines Unfalls nicht nachgibt und so die Aufprallenergie nicht einmal teilweise absorbiert. Maßgeblich sind daneben die Trassierung der zum Kreisverkehr hinführenden Straßen sowie die Einsehbarkeit und Erkennbarkeit des Kreisverkehrs aufgrund der vorliegenden örtlichen Gegebenheiten, insbesondere für ortsunkundige Verkehrsteilnehmer. Die statistische Unfallhäufigkeit spielt dagegen nur eine untergeordnete Rolle, soweit im Falle eines Unfalls schwerwiegende Folgen zu erwarten sind. Das Vorliegen einer konkreten Gefahr kann folglich nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Dabei stellt sich die Frage, ob und ggf. wie die sich aus dem Vorhandensein des Kreisverkehrs unabhängig von etwaigen Anlagen ergebende Gefahr – der Kreisverkehr ist gerade

im Ortseingangsbereich zumindest auch als bewusstes Hindernis zur Reduktion der Geschwindigkeit einkommender Fahrzeuge konzipiert – von der sich aus der Möblierung ergebenden zusätzlichen Gefahr abzugrenzen ist. Möglicherweise ist die „Betriebsgefahr“ des Kreisverkehrs dahingehend zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens höhere Anforderungen zu stellen sind. Andernfalls wäre nahezu bei jedem starren Hindernis – ungeachtet der Erkennbarkeit – aufgrund des drohenden Schadens und der sich daraus ergebenden geringen Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit eine konkrete Gefahr zu bejahen mit der Folge, dass gegenläufige Belange im Rahmen der Ermessensausübung kaum je durchdringen könnten.

Sofern die Errichtung von Anlagen innerhalb des Kreisverkehrs eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit der den Kreisverkehrs nutzenden Verkehrsteilnehmer begründet, liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO vor.

### bb) Verstoß gegen das straßenrechtliche Anbauverbot (§ 22 Abs. 1 StrG)

Eine solche – kostenträchtige – Ermittlung des individuellen Gefahrenpotentials ist jedoch entbehrlich, wenn ein Verstoß gegen ein straßenrechtliches Anbauverbot vorliegt. Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StrG dürfen außerhalb der zur Erschließung anliegender Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten Hochbauten jeder Art längs der Landesstraßen in einer Entfernung bis zu 20 m (Nr. 1 a) und längs der Kreisstraßen in einer Entfernung von 15 m (Nr. 1 b) nicht errichtet werden. Die nach Maßgabe des eingangs genannten Erlasses zu prüfenden Kreisverkehre liegen außerorts, so dass die jeweilige Straße in diesem Bereich regelmäßig nicht zum Anbau bestimmt ist.

Hochbauten i. S. v. § 22 Abs. 1 Satz 1 StrG sind bauliche Anlagen i. S. d. LBO, die sich über Erdgleiche erheben und straßenrechtliche Relevanz aufweisen.<sup>31</sup> Letzteres ist der Fall, wenn eine bauliche Anlage die Sicht behindern oder Aufmerksamkeit auf sich ziehen kann.<sup>32</sup> Hinzu kommt bei starren Hindernissen die Möglichkeit einer gravierenden Verletzung von Verkehrsteilnehmern im Falle eines Unfalls. Vor diesem Hintergrund ist bei den meisten Anlagen innerhalb von Kreisverkehren, die zur Gestaltung des Ortseingangs dort errichtet werden, der straßenrechtliche Schutzzweck der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs berührt und eine straßenrechtliche Relevanz zu bejahen. Allenfalls bei Anlagen, die sich zwar geringfügig erheben und damit formal Hochbauten darstellen, die aber weder den Blick der Verkehrsteilnehmer ablenken, noch sonst irgendein Gefährdungspotential aufweisen, mag eine straßenrechtliche Relevanz verneint werden können. In diesem Fall kommt ein Verstoß gegen § 22 Abs. 1 StrG nicht in Betracht.

Angesichts der üblichen Größe von Kreisverkehren liegen Anlagen innerhalb der Kreisel regelmäßig auch innerhalb der

23 Sauter, LBO für BW, Stand: Dezember 2014, § 65 Rn. 20 m. w. N.

24 Sauter, LBO für BW, Stand: Dezember 2014, § 65 Rn. 29 a.

25 Dazu nachfolgend unter A. IV. 3. c. cc.

26 BVerwG, Urt. v. 03.09.1963, BVerwGE 16, 301; Lorenz/Will, StrG für BW, 2. Auflage 2005, § 22 Rn. 32 m. w. N.

27 Sauter, LBO für BW, Stand: Dezember 2014, § 65 Rn. 37 unter ausdrücklichem Verweis auf das fernstraßenrechtliche Anbauverbot nach § 9 FStrG. Zum Prüfungsumfang im Rahmen von § 58 LBO ausführlich Sauter, LBO für BW, Stand: Dezember 2014, § 58 Rn. 57 ff.

28 Ausführlich Sauter, LBO für BW, Stand: Dezember 2014, § 3 Rn. 8 ff. m. w. N.

29 VGH BW, Beschl. v. 29.03.2011, BauR 2012, 473.

30 VGH BW, Urt. v. 15.06.1982, VBIBW 1983, 110; Sauter, LBO für BW, Loseblatt, Stand: Dezember 2014, § 3 Rn. 13 m. w. N.

31 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 13 f m. w. N. zur Rechtsprechung.

32 OVG RhPf, Urt. v. 18.05.1972, VklBl. 1972, 759 (zu § 9 Abs. 8 FStrG).

Schutzzone von 15 m bzw. 20 m längs der betreffenden Kreis- oder Landesstraße. Auch das Innere des Kreisverkehrs liegt in diesem Sinne „längs“ der Straße.

#### cc) Legalisierung durch Ausnahmegenehmigung

Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 StrG kann eine Ausnahme vom Anbauverbot erteilt werden, wenn die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichung erfordern. Liegen die Voraussetzungen einer Ausnahme vor, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Ausnahme.<sup>33</sup> In diesem Fall kann eine Beseitigungsverfügung nicht wegen Verstoßes gegen § 22 Abs. 1 Satz 1 StrG ergehen, da auf andere Weise – nämlich durch legalisierende Genehmigung – rechtmäßige Zustände geschaffen werden können.

Das Anbauverbot des § 22 Abs. 1 StrG ist als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet. Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind folglich eng gefasst. Zur Erteilung einer Ausnahme vom vergleichbaren (bundes)fernstraßenrechtlichen Anbauverbot hat das BVerwG ausgeführt: „Ihre Bewilligung setzt daher stets voraus, daß es sich um einen – aus welchen Gründen auch immer – „an sich“ dem Schutzgut der Norm entzogenen Sonderfall handelt. Für die von der Norm vorausgesetzten Regelfälle ist dagegen eine Befreiung ausgeschlossen; denn eine Befreiung für den Regelfall müßte sich notwendig gerade über jene Interessenabwägung hinwegsetzen, die der Vorschrift zugrunde liegt und durch sie als maßgeblich positiviert ist.“<sup>34</sup>

Eine offenbar nicht beabsichtigte Härte setzt einen von der grundsätzlichen Wertung des Gesetzes nicht erfassten Sonderfall voraus.<sup>35</sup> Das ist in den Fällen einer Kreiselmöblierung regelmäßig nicht begründbar: Die Betroffenheit des straßenrechtlichen Schutzguts der Sicherheit des Verkehrs bei einem Hochbau, der unmittelbar in der Verlängerung des Straßenverlaufs auf der Mittelinsel eines Kreisverkehrs liegt, ist unter dem Aspekt des Aufprallrisikos offenkundig gegeben. Nicht beabsichtigt ist die Härte zudem nur, wenn die Beachtung des Anbauverbots im konkreten Fall nicht erforderlich ist, um den Schutzzweck der Norm zu verwirklichen.<sup>36</sup> Das ist aus dem genannten Grund im Regelfall ebenfalls zu verneinen.<sup>37</sup>

Gründe des Allgemeinwohls erfordern die Ausnahme nur, wenn die Errichtung einer baulichen Anlage an dieser Stelle zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten ist.<sup>38</sup> Vielfach wird seitens der Gemeinden in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass mit der Errichtung von Anlagen die Sichtbarkeit des Kreisverkehrs und damit die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer erhöht werden soll. Es erscheint bereits fraglich, ob sich eine Gemeinde auf diese dem Träger der Straßenbaulast obliegende Aufgabe (vgl. § 9 StrG) berufen kann. Jedenfalls drängt sich eine entsprechende Beschilderung als Alternative auf. Der Verschönerung des Landschaftsbildes und dem Interesse an einer ansprechenden Gestaltung des Ortseingangs kommt vor dem sicherheitsrechtlichen Hintergrund der genannten Anforderungen kein hinreichendes Gewicht zu. Denn dass eine Ausnahme dem Gemeinwohl nur nützlich oder dienlich ist, reicht gerade nicht aus.<sup>39</sup>

Im Ergebnis dürften die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 22 Abs. 1 Satz 2 StrG in aller Regel nicht gegeben sein. Selbst wenn eine vertragliche Vereinbarungen zwischen Landratsamt und Gemeinde über die Benutzung des Kreisverkehrsplatzes vorliegt, handelt es sich regelmäßig nicht um eine (rechtswidrige) Ausnahmegenehmigung, weil die Benutzungserlaubnis nach § 21 StrG zivilrechtlicher Natur ist und es damit an einem auf eine öffentlich-rechtliche Legali-

sierung gerichteten Erklärungsgehalt und –bewusstsein fehlen wird.

#### 4. Ermessensentscheidung

##### a) Ermessenserwägungen

Die Baurechtsbehörde hat alle berührten öffentlichen Belange und Interessen des Bauherrn in ihre Abwägung einzustellen. Die maßgeblichen öffentlichen Belange ergeben sich aus § 22 Abs. 1 StrG oder § 3 Abs. 1 LBO.

Sinn und Zweck des Anbauverbots ist neben der – für eine ohnehin zur Straße gehörende Fläche nicht relevanten – Absicherung zukünftiger Um- und Ausbauten der Straße in erster Linie die Sicherheit und die Leichtigkeit des Verkehrs. Durch das Anbauverbot sollen „alle den Verkehrsablauf nachteilig beeinflussenden Umstände, die von der Straße her auf den Verkehr einwirken und die unvermeidbar mit ihm verbundenen Gefahren erhöhen können, auf ein Mindestmaß herabgesetzt werden.“<sup>40</sup> Zugleich hat der Gesetzgeber durch die unterschiedliche Fassung des Anbauverbots in § 22 Abs. 1 StrG (repressiv) und der weiträumigeren Anbaubeschränkung in § 22 Abs. 2 StrG (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) zum Ausdruck gebracht, dass innerhalb der engeren Schutzzone des Anbauverbots eine konkrete Gefährdung der Verkehrssicherheit nicht nachgewiesen werden muss.<sup>41</sup> Im Unterschied dazu setzt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 LBO gerade eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit der Verkehrsteilnehmer voraus.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob im Falle der Errichtung einer Anlage in der Anbauverbotszone, die nicht – auch nicht in „entschärfter“ Gestalt – legalisiert werden kann, ein Absehen vom Erlass einer Abbruchverfügung ermessensfehlerfrei möglich wäre. Mit Rücksicht auf den hohen Wert des Schutzguts der Verkehrssicherheit und der typischen Gefährlichkeit auch wenig massiver Anlagen bei Kollisionen mit überhöhter Geschwindigkeit, die in der gesetzgeberischen Entscheidung für ein repressives Anbauverbot ihren Niederschlag gefunden haben, liegt eine Ermessensreduzierung auf Null nahe. Entsprechendes gilt, wenn man eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach § 3 Abs. 1 LBO vorliegt.

Hiergegen wird vielfach eingewandt, durch die Bebauung der Mittelinsel eines Kreisverkehrs würde dessen Wahrnehmbarkeit und damit auch die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer erhöht. Dies wird im Einzelfall, abhängig von den topographischen Gegebenheiten sowie der umgebenden Vegetation, zutreffend sein. Eine Verbesserung der Wahrnehmung des Kreisverkehrs kann indes auch durch andere Maßnahmen, etwa Hinweisschilder oder eine nächtliche Beleuchtung, erreicht werden, die gleichzeitig nicht zu einer vergleichbaren oder gar keiner Gefährdung der Verkehrsteilnehmer führen. Selbst wenn man eine verbesserte Sichtbarkeit bejaht, bleibt es im Falle eines dennoch stattfindenden Unfalls bei den sich aus dem Vorhandensein der Anlagen ergebenden Gefahren.

Das gegenläufige Interesse der Gemeinde an der Gestaltung des Kreisverkehrsplatzes und der Beibehaltung des bestehenden Zustandes ist zwar im Rahmen der Ermessensausübung

33 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 30 m. w. N.

34 BVerwG, Urt. v. 04.04.1975, BVerwGE 48, 123.

35 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 23 m. w. N.

36 BVerwG, Urt. v. 04.04.75, BVerwGE 48, 123 (zu § 9 FStrG); Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 24.

37 Zur nachträglichen Herstellung der Genehmigungsfähigkeit s. nachfolgend unter A. IV. 4. a.

38 Aust, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 29 Rn. 45.4.

39 Lorenz/Will, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 27 m. w. N.

40 BVerwG, Urt. v. 04.04.1975, BVerwGE 48, 123 (zu § 9 FStrG).

41 BVerwG, Urt. v. 04.04.1975, BVerwGE 48, 123 (zu § 9 FStrG).

zu würdigen. Wie bereits zur Möglichkeit einer Ausnahme vom Anbauverbot ausgeführt kommt einer Verschönerung des Landschaftsbildes und dem Interesse an einer ansprechenden Gestaltung des Ortseingangs indes regelmäßig nicht solches Gewicht zu, das ein Verzicht auf die Entfernung der Anlage im Kreisverkehr und damit eine Inkaufnahme erheblicher Gefahren für die Verkehrsteilnehmer gerechtfertigt wäre.

Nur wenn die Gefährdungslage auf andere Weise, etwa durch bauliche Veränderungen am Kreisverkehr oder sonstige Schutzmaßnahmen, so entschärft werden kann, dass die strengen Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Anbauverbot erfüllt werden, kann im Ermessenswege *einstweilen* auf eine Entfernung verzichtet werden, sofern entsprechende Maßnahmen zeitnah umgesetzt werden. Zu denken ist etwa an die Anfügung von Soll-Bruchstellen, die das Kunstwerk bei einer Kollision (wie ein Verkehrsschild) nachgeben lassen. Solche Maßnahmen können zwar nicht auf der Grundlage von § 65 Satz 1 LBO, wohl aber gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 LBO angeordnet werden. Auch eine Durchführung durch den Straßenbaulastträger kommt in Betracht, der hierzu aber nur gegen Erstattung der Kosten durch die Gemeinde bereit sein dürfte. Umfangreiche bauliche Maßnahmen, etwa die Verlegung von Fahrspuren, dürften indes vielfach als unverhältnismäßig anzusehen sein. Derartige Schutz- und Sicherungsmaßnahmen werden regelmäßig zwar untersucht, im Ergebnis aber meist abgelehnt, da sie den Eintritt eines Schadens nicht völlig ausschließen können. Auch hier stellt sich die Frage, ob tatsächlich ein Schaden völlig ausgeschlossen sein muss oder ob nicht ein gewisses Restrisiko hinnehmbar ist. Denkbar wäre auch, nach der Umsetzung derartiger Maßnahmen eine ergänzende Beurteilung auf der Grundlage der in der Zwischenzeit gewonnenen Erfahrungen durchzuführen. Betroffene Gemeinden sollten an diesem Punkt einhaken und nicht vorschnell den – vorsorglich auf der sicheren Seite liegenden – Empfehlungen zum Abbau der Kreiselkunst folgen.

Schließlich gebietet auch die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit keine andere Betrachtung: Auf die grundrechtlich geschützte Kunstfreiheit kann sich die Gemeinde bereits nicht selbst berufen. Zwar sind grundrechtliche Erwägungen im Rahmen der Ermessensausübung wegen einer mittelbaren Beeinträchtigung des Künstlers angezeigt, wenn das Kunstwerk aus seinem Wirkungsbereich entfernt oder in seiner Gestalt verändert wird;<sup>42</sup> im Ergebnis wird aber der Vermeidung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Verkehrsteilnehmer der Vorrang einzuräumen sein.<sup>43</sup>

#### b) Störerauswahl

Durch eine Verfügung nach § 65 Satz 1 LBO kann – entsprechend den in §§ 6, 7 PolG zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen – in Anspruch genommen werden, wer (als Handlungsstörer) die Errichtung der Anlage unmittelbar verursacht hat oder (als Zustandsstörer) Eigentümer oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist.

Die Gemeinde ist *Handlungsstörerin*, wenn sie die Anlage errichtet und damit den andauernden Zustand baurechtswidriger Verhältnisse zurechenbar veranlasst hat. Sie ist zudem *Zustandsstörerin*, soweit die Anlage weiterhin in ihrem Eigentum steht. Zwar werden mit dem Grund und Boden fest verbundene Sachen regelmäßig wesentliche Bestandteile des Grundstücks, so dass sie kraft Gesetzes in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen (§ 946 i. V. m. § 94 Abs. 1 BGB). Allerdings gilt dies nicht, wenn die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechts erfolgt ist (§ 95 Abs. 1 BGB). Dann handelt es sich trotz der Verbindung um einen sonderrechtsfähigen sog. Scheinbestandteil. Steht die Anlage als Bestandteil des Grundstücks im Eigentum des Grundstückseigentümers und ist dieser – was

regelmäßig der Fall sein wird – nicht mit der Gemeinde identisch, kommt auch der Grundstückseigentümer als Adressat der Verfügung in Betracht. Im Rahmen des Auswählermessens wird die Baurechtsbehörde sich aber regelmäßig an die Gemeinde als Handlungsstörerin halten (dürfen).

Als Adressat einer Verfügung kommt grundsätzlich auch der *Straßenbaulastträger* in Betracht, dem die Verkehrssicherungspflicht für den Kreisverkehrsplatz obliegt. Soweit eine Abstimmung zwischen Gemeinde und Baulastträger über die Errichtung der im Nachhinein streitigen Anlagen erfolgt ist und eine Gefährdung durch Schutzmaßnahmen oder eine verbesserte Kenntlichmachung vermieden werden kann, kann es durchaus gerechtfertigt sein, notwendige Maßnahmen – einschließlich der sich daraus ergebenden Kosten – dem Baulastträger aufzuerlegen. Dies wird soweit ersichtlich vielfach ausgeblendet – und ist im Übrigen geeignet, im Rahmen der Störerauswahl einen Ermessensfehler zu begründen.

#### V. Einschreiten aufgrund der polizeilichen Generalklausel

Ein Einschreiten auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel kommt dann in Betracht, wenn keine bauliche Anlage i. S. d. LBO vorliegt und die gegenüber der Generalklausel spezielleren baurechtlichen Eingriffsbefugnisse daher nicht zur Anwendung kommen können.<sup>44</sup>

Die Anwendung von §§ 1, 3 PolG setzt – wie auch § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO – eine *konkrete Gefahr* für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus. Es kann daher, insbesondere auch im Hinblick auf die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts und dessen Bewertung, auf die Ausführungen zu § 3 Abs. 1 Satz 1 LBO verwiesen werden.<sup>45</sup> Entsprechendes gilt für die Legalisierungswirkung bestehender Genehmigungen.<sup>46</sup>

Sachlich zuständig für den Erlass einer Beseitigungsverfügung auf Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel ist nach den §§ 60 Abs. 1, 66 Abs. 2 PolG i. V. m. § 62 Abs. 4 Satz 1 PolG die Gemeinde als Ortspolizeibehörde. Eine Zuständigkeitsverlagerung wie bei den Baurechtsbehörden ist zwar nicht vorgesehen. Allerdings kann nach § 65 Abs. 2 PolG anstelle der zuständigen Polizeibehörde jede zur Fachaufsicht zuständige Behörde (§ 64 PolG) die erforderlichen Maßnahmen selbst treffen, wenn die zuständige Polizeibehörde einer erteilten Weisung nicht Folge geleistet hat. Bei den großen Kreisstädten ist dies das Regierungspräsidium (§ 64 Nr. 3 Buchst. a PolG), bei den sonstigen kreisangehörigen Gemeinden das Landratsamt (§ 64 Nr. 3 Buchst. b PolG).

#### B. Beseitigungsanspruch

Die eingangs zitierte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg zum Kreisverkehr Löchgau legt nahe, dass der Träger der Straßenbaulast stets hoheitlich gegenüber demjenigen tätig wird, der auf einer Verkehrsinsel ein die Verkehrssicherheit

42 Vgl. zur Berücksichtigung mittelbar betroffener Grundrechte im Rahmen der Abwägung BVerfG, Urt. v. 15.12.1999, BVerfGE 101, 361, 386, 395 f.; Urt. v. 15.01.2002, BVerfGE 104, 337, 346; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – Rs. C-70/10 (Scarlet Extended), Abs.-Nrn. 50 ff. sowie speziell mit Blick auf die „Stellvertretung“ des Grundrechtsinhabers durch die in Anspruch genommene staatliche Stelle OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.07.2010, ZUM-RD 2011, 384, 387 f.

43 Zur Begrenzung der Kunstfreiheit durch das grundrechtlich geschützte Recht auf Leben und Gesundheit vgl. BayVGh, Urt. v. 09.06.2004 – 2 CS 04.1309 –, juris.

44 *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht in BW, 6. Auflage 2005, Rn. 257 m. w. N.

45 S. oben unter A. IV. 3. c. aa.

46 S. oben unter A. IV. 3. c. cc.; dazu auch *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht in BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 463 ff.

gefährdendes Bauwerk errichtet hat.<sup>47</sup> Zugleich hat der Gerichtshof angemerkt, die Straßenbaubehörde könne „sogar ohne vorherige Aufforderung und Fristsetzung das nach ihrem Ermessen Erforderliche veranlassen“.<sup>48</sup>

Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass neben der Möglichkeit, gegenüber einer Gemeinde eine Beseitigungsverfügung zu erlassen, allein zivilrechtliche Beseitigungsansprüche gegeben sind (II.). Ein öffentlich-rechtlicher Beseitigungsanspruch besteht hingegen nicht (I.).

### I. Öffentlich-rechtlicher Beseitigungsanspruch

Die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Beseitigungsanspruchs der Straßenbaubehörde gegenüber der Gemeinde begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken: Das Straßengesetz enthält – wie bereits ausgeführt<sup>49</sup> – keine einschlägige Ermächtigungsgrundlage zugunsten der Straßenbaubehörde.

Als Ermächtigungsgrundlage käme daher allein der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Betracht. Dieser ist – für das Verhältnis Bürger-Staat – gewohnheitsrechtlich anerkannt. In diesem Verhältnis kann er, neben einer Analogie zu §§ 1004, 861 f., 12 BGB vor allem aus der Abwehrfunktion der Grundrechte hergeleitet werden. Jedenfalls begegnet seine Anerkennung ohne konkrete gesetzliche Grundlage unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts deshalb keinen Bedenken, weil er allein zugunsten des Bürgers wirkt.<sup>50</sup> Demgegenüber fehlt es im Verhältnis Staat-Gemeinde bereits an Anhaltspunkten für die Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs. Während im Verhältnis Bürger-Staat mit der Beeinträchtigung subjektiv-öffentlicher Rechte ein hinreichend präziser Tatbestand benannt werden kann, kommt eine „Rechtsverletzung“ zum Nachteil des Staates nicht in Betracht – oder aber sie wäre allumfassend im Sinne eines (beliebigen) Verstoßes gegen die (Gesamt-)Rechtsordnung zu verstehen. Das ist jedenfalls in Materien, die dem Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 71 LV) unterfallen, nicht ausreichend.<sup>51</sup> Wie bei der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag bestünde nämlich die Gefahr, Eingriffstitel dort zu schaffen, wo sie vom Gesetzgeber gerade (bewusst oder unbewusst) nicht vorgesehen sind. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, jedenfalls die für die Geschäftsführung ohne Auftrag anerkannte Einschränkung, wonach diese dort nicht anwendbar ist, wo umfassende gesetzliche Regelungen existieren,<sup>52</sup> zu übertragen. Wegen der Möglichkeit, gegen bauliche Anlagen auf dem Straßenkörper, ordnungsbehördlich einzuschreiten – sei es als Sondernutzung i. S. v. § 16 StrG, sei es als Anbau i. S. v. § 22 StrG ist ein Rückgriff auf einen öffentlich-rechtlichen Beseitigungsanspruch daher – und auch aus systematischen Gründen – versperrt.

### II. Zivilrechtlicher Beseitigungsanspruch

Ist die Errichtung der Anlagen im Kreisel vertraglich geregelt, ergibt sich nach erfolgter Aufkündigung des Vertrages aus diesem ein Anspruch auf Beseitigung der von der Gemeinde angebrachten Bauten (1.). In vielen Fällen ist die Errichtung der Anlagen indes nicht vertraglich zwischen dem Straßenbaulastträger bzw. dem Eigentümer des Straßengrundstücks und der Gemeinde geregelt, sondern beruht auf einer informellen Duldung. In diesen Fällen kommt ein Beseitigungsanspruch gem. § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht (2.).

#### 1. Vertragliche Ansprüche

Soweit sich ein Rechtsbindungswille hinsichtlich einer sonstigen Benutzung i. S. d. § 21 StrG feststellen lässt und – wie regelmäßig – ein Entgelt nicht vereinbart worden ist, kommen

ein Leihvertrag oder eine einfache Gestattung – sie lässt für die Dauer ihrer Wirksamkeit die Rechtswidrigkeit der Benutzung entfallen – in Betracht. Für beide kennt das bürgerliche Recht keine Formvorschriften. Maßgeblicher Unterschied zwischen Leihe und einfacher Gestattung ist die freie Widerruflichkeit der letzteren.<sup>53</sup> Das Leihverhältnis hingegen endet, wenn es nicht auf bestimmte Zeit geschlossen oder einvernehmlich aufgehoben wird, erst durch – berechnete – Kündigung. Mit Rücksicht auf die oftmals nicht unerheblichen Investitionskosten der Gemeinde wird regelmäßig von einer Leihe auszugehen sein. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Abschluss und Kündigung des bürgerlich-rechtlichen Vertrages unabhängig von einer etwaigen Genehmigung nach § 22 StrG sind.<sup>54</sup>

Soweit die Errichtung auf Basis eines Leihvertrages erfolgt ist, ergibt sich nach wirksamer Kündigung desselben ein Rückgewähranspruch aus § 604 BGB, der den Entleiher zur Entfernung von eingebrachten Einrichtungen auf eigene Kosten verpflichtet.<sup>55</sup> Ist eine Verpflichtung zur Entfernung errichteter Anlagen im Vertrag ausdrücklich geregelt, kann ein Beseitigungsverlangen auch hierauf gestützt werden.

#### a) Kündigung gem. § 605 BGB

Von den leihspezifischen Kündigungsgründen kommt am ehesten § 605 Nr. 2 BGB in Betracht. Dann müsste die Gemeinde vertragswidrigen Gebrauch von der Sache – der Verkehrsinsel – machen. Dies könnte mit Blick auf die Gefährdung der Verkehrssicherung durch die errichteten Anlagen angenommen werden. Eine Kündigung nach Nr. 2 dürfte allerdings nicht in Betracht kommen, wenn die Errichtung der Anlagen und auch deren konkrete Ausgestaltung Gegenstand einer Abstimmung bzw. des Vertrags mit dem Straßenbaulastträger waren. Dann ist die Nutzung vertragsgemäß, lediglich eine etwaige Gefährdung wird nachträglich abweichend beurteilt.

#### b) Kündigung gem. § 314 BGB

Neben den in § 605 BGB aufgeführten Kündigungsgründen ist jedoch auch eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB zulässig.<sup>56</sup> Gem. § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Welche Anforderungen an das Überschreiten der Zumutbarkeitsschwelle gestellt werden, hängt von den Umständen, insbesondere auch von der Art des Vertragstyps ab. Bei einer Leihe gelten, da es sich um eine unentgeltliche Gefälligkeit handelt, tendenziell niedrigere Anforderungen.<sup>57</sup> Im Rahmen

47 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

48 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

49 S. oben unter A. II.

50 Vgl. Enders, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 53 Rn. 35.

51 Zum Gesetzesvorbehalt bei Eingriffen gegenüber Gemeinden bereits oben unter A. I.

52 Vgl. nur BGH, Urt. v. 13.11.2003, BGHZ 156, 394.

53 Vgl. Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 206. Stahlhut, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 28 Rn. 3 spricht von Leihe und „Bauerlaubnis“.

54 Vgl. Stahlhut, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 28 Rn. 9.

55 Vgl. Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2012, § 601, Rn. 7.

56 Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2012, § 605 Rn. 1.

57 Hierzu Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 2a, 6. Aufl. 2012, § 314 Rn. 12 m. w. N.; für die Kündigung nach § 605 Nr. 1 BGB auch Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2012, § 605 Rn. 4.

der gebotenen umfassenden Abwägung der Umstände des Einzelfalles sind auf Seiten der Gemeinde als Entleiherin die im Vertrauen auf den fortdauernden Bestand des Leihvertrags getätigten *Investitionen* für die Errichtung der Anlagen zu berücksichtigen. Dabei sind vor allem frustrierte Aufwendungen für die Errichtung sowie die mit dem Abbau verbundenen Kosten einzustellen. Auf Seiten des Eigentümers (Kreis oder Land) ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass dieser als Straßenbaulastträger Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Deshalb ist er auch bei der Ausübung bürgerlich-rechtlicher Befugnisse besonderen *öffentlich-rechtlichen Bindungen* unterworfen, zu denen nicht nur die Grundrechte Dritter, sondern insbesondere auch die öffentliche Zweckbestimmung des Straßengrundstücks zur Ermöglichung des Gemeingebrauchs am Verkehrsweg zählen.<sup>58</sup> Bei der Ausübung der Eigentümerbefugnisse ist der Straßenbaulastträger als Eigentümer des Straßengrundstücks damit zur Wahrung der öffentlichen Interessen verpflichtet. Das ist für den *Abschluss* eines Gestattungsvertrages anerkannt, muss aber auch für die Modalitäten der *Beendigung* gelten.<sup>59</sup>

Soweit eine Gefahr für Leib und Leben im Falle einer unfallbedingten Kollision mit starren Hindernissen auf einem Kreisverkehrsplatz nicht ausgeschlossen werden kann, besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Beseitigung der Anlagen. Als Verkehrssicherungspflichtiger ist der Eigentümer überdies (objektiv) verpflichtet, auf die Beseitigung der von Dritter Seite angebrachten gefährlichen Baukörper zu dringen. Diesen Umstand wird man in die Abwägung gleichermaßen einstellen müssen.

Nach alledem wird jedenfalls bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung das (öffentliche) Interesse an der Steigerung der Verkehrssicherheit das Interesse der Gemeinde an einer Beibehaltung der Anlagen überwiegen, so dass ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorliegt.

#### c) Kündigung gem. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB

Schließlich kommt ein Kündigungsrecht wegen Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 BGB, in Betracht. Ist den Parteien die Gefährlichkeit fester Baukörper auf Verkehrsplätzen erst nach Vertragsschluss bewusst geworden, liegt es nahe, von einem beiderseitigen Motiv- bzw. Rechtsirrtum auszugehen.

In den Fällen des beidseitigen Motiv- bzw. Rechtsirrtums wird das Prognoserisiko nicht einseitig einer Vertragspartei aufgebürdet. Vielmehr ist eine unzumutbare Störung der Geschäftsgrundlage anzunehmen, sofern sich nicht ein Festhalten am Vertrag aufgrund der begrenzten Auswirkungen des Irrtums ausnahmsweise als zumutbar erweist.<sup>60</sup>

Eine vorrangige Anpassung des Vertrages wäre zwar dergestalt denkbar, dass die Leihe mit Blick auf nicht gefährliche Aufbauten aufrechterhalten bleibt; dies entspricht jedoch regelmäßig nicht der Interessenlage. Vor diesem Hintergrund kommt auch eine Kündigung wegen Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht.

#### 2. Beseitigungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB)

Soweit eine vertragliche Abrede nicht besteht und – was regelmäßig der Fall sein wird – der Straßenbaulastträger (Kreis oder Land<sup>61</sup>) Eigentümer des Straßengrundstücks einschließlich des Inneren des Kreisverkehrs ist, ergibt sich aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Beseitigungsanspruch gegen die Gemeinde. In der Errichtung von Anlagen auf fremdem Grund liegt eine Beeinträchtigung des Eigentums, die der Eigentümer nur hinnehmen muss, wenn sich die Gemeinde auf eine rechtsgeschäftlich begründete Duldungspflicht stützen kann.

Auch wenn die Gemeinde ihr Eigentum an den errichteten Anlagen verloren haben sollte, weil diese zu wesentlichen Be-

standteilen des Grundstücks geworden sind (vgl. § 946 i. V. m. § 94 Abs. 1 BGB), ist sie in zivilrechtlicher Perspektive doch passivlegitimiert. Ob ihre Störereigenschaft dabei aus ihrem maßgeblichen Verursachungsbeitrag folgt oder sie sich auch aus der Schaffung einer Gefahrenquelle ergibt, kann offen bleiben.<sup>62</sup>

Ein Beseitigungsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 StrG besteht hingegen nicht, da das straßenrechtliche Anbauverbot kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB ist.<sup>63</sup>

#### 3. Kostentragung

Bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Beseitigungsansprüche ist zu beachten, dass der Gleichlauf von Beseitigung und Kostentragung nicht zwingend ist. Sowohl bei vertraglichen Ansprüchen als auch beim Anspruch aus § 1004 BGB ist unter dem Gesichtspunkt der Mitverursachung bzw. des Mitverschuldens – gerade bei erfolgter Abstimmung mit dem Landratsamt bzw. dem Baulastträger – die Verpflichtung zu einer zumindest anteiligen Kostentragung des Eigentümers bzw. des Vertragspartners nicht ausgeschlossen. Soweit derartige Ansprüche bestehen, relativiert dies das regelmäßige Bestreben der Landratsämter nach einer umfassenden Kostenabwälzung auf die Gemeinden.

#### C. Ergebnis

Die Befugnis, einen Abbruch der von den Gemeinden zur Verschönerung „ihrer“ Kreisverkehre angebrachten Kunstwerke und sonstigen Anlagen zu fordern, folgt nicht bereits aus der Verkehrssicherungspflicht. Allerdings haben die Landratsämter, die mit der undankbaren Aufgabe der Prüfung und ggf. Beseitigung gemeindlicher Anlagen innerhalb von Kreisverkehren außerhalb der Ortsdurchfahrten beauftragt sind, gleichwohl öffentlich-rechtlich wie zivilrechtlich hinreichende Handhabe zur Durchsetzung des eingangs erwähnten ministeriellen Erlasses. Die diesem zu Grunde liegende Sorge um die Verkehrssicherheit findet ihren Niederschlag in dem – baurechtlich durchzusetzenden – straßenrechtlichen Anbauverbot des § 22 StrG, von dem Ausnahmen nur dann denkbar sind, wenn eine Verkehrsgefährdung ausgeschlossen werden kann. Eine entsprechende Verfügung könnte, sollte sich die Gemeinde weigern, ihr Folge zu leisten, im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt werden.

Daneben tritt ein – im Wege der zivilgerichtlichen Leistungsklage durchzusetzender und damit deutlich weniger attraktiver – Beseitigungsanspruch. Diese Zweispurigkeit ist der Entscheidung des Gesetzgebers geschuldet, die Entscheidung über eine „sonstige Benutzung“ der Straße durch § 21 StrG dem Privatrecht zu unterstellen. Wie gezeigt, entbindet diese Zuordnung die Straßenbaulastträger nicht von ihrer öffentlich-

58 Vgl. *Stahlhut*, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 28 Rn. 6.1. Vgl. ferner VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425, der die Pflichtenbindung des Straßenbaulastträgers mit Blick auf § 59 StrG betont.

59 So auch *Stahlhut*, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 28 Rn. 8.

60 Näher *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 283 ff.

61 Vgl. hierzu § 43 StrG. Die Gemeinden mit mehr als 30.000 Einwohnern sind zwar Trägerinnen der Straßenbaulast für Ortsdurchfahrten im Zuge von Landes- oder Kreisstraßen. Dies umfasst aber nach § 8 Abs. 1 Satz 1 StrG nur den Teil, der innerhalb der geschlossenen Ortslage liegt. Die von den Landratsämtern zu beurteilenden Kreisverkehre liegen indes außerhalb.

62 Vgl. hierzu *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn. 62, 74 f.

63 BVerwG, Urt. v. 15.01.1982, NJW 1982, 2569 (zu § 9 FStrG); *Lorenz/Will*, StrG BW, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 3.

rechtlichen Verpflichtung auf das Ziel der Sicherheit des Verkehrs. Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest fragwürdig, wenn der VGH Baden-Württemberg in seinem eingangs genannten Beschluss davon ausgeht, ein im Interesse der Verkehrssicherheit vom Träger der Straßenbaulast ausgesprochenes Beseitigungsverlangen könne ausschließlich im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses erfolgen.<sup>64</sup>

Es fällt auf, dass es nach einem ersten Sturm der Entrüstung ruhiger um das Thema geworden ist. Abzuwarten bleibt daher, ob es flächendeckend zu gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Landratsämtern und Gemeinden kommen

wird oder – was wahrscheinlicher sein dürfte – ob nicht im Spannungsfeld zwischen einer Gestaltung des Ortseingangs und einer Gefährdung der Verkehrsteilnehmer mit Augenmaß gleichermaßen Rechnung tragen. Für die künftige Gestaltung von Kreisverkehren seien den Gemeinden eine intensive Abstimmung mit den zuständigen Behörden sowie eine vertragliche Regelung, die auch die Frage der Kostentragung für nachträgliche Änderungen, insbesondere aus Sicherheitsgründen, beinhaltet, ans Herz gelegt.

64 VGH BW, Beschl. v. 28.05.2013, VBIBW 2013, 425.

## Teilnahme Minderjähriger an kommunalen Wahlen und Abstimmungen in Baden-Württemberg

Von Rechtsreferendar Jens Schellenberger, Dipl.-Jurist (Universität Mannheim), Sinsheim<sup>1</sup>

*Der Beitrag widmet sich den verfassungsrechtlichen Fragestellungen, die sich durch die Einführung eines Wahl- und Abstimmungsrechts für Minderjährige auf kommunaler Ebene in Baden-Württemberg ergeben. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Absenkung des Wahl- und Abstimmungsalters sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit der Landesverfassung – mit Ausnahme für den Verband der Region Stuttgart – vereinbar ist.*

### I. Einleitung

Nachdem das Land Niedersachsen als erstes Bundesland im Jahr 1996 das kommunale Wahl- und Abstimmungsrecht eingeführt hat, sind diesem Beispiel weitere Bundesländer gefolgt.<sup>2</sup> Die baden-württembergische Landesregierung hat im Jahr 2013 das Gesetz zur Änderung kommunalwahlrechtlicher und haushaltsrechtlicher Vorschriften in den Landtag eingebracht und mehrheitlich beschlossen.<sup>3</sup> Das Ziel der Einführung eines kommunalen Wahl- und Abstimmungsrechts für Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, war nunmehr erreicht.<sup>4</sup> Durch das Artikelgesetz wurde jeweils in § 12 Abs. 1 Satz 1 der Gemeindeordnung (GemO), § 10 Abs. 1 Satz 1 der Landkreisordnung (LKrO) sowie § 9 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über den Verband der Region Stuttgart (GVRS) das Mindestalter für die aktive Wahlberechtigung von 18 auf 16 Jahren herabgesetzt. Gleichzeitig verbleibt es aber beim passiven Wahlrecht bei der derzeitigen Altersgrenze von 18 Jahren.<sup>5</sup>

### II. Kommunalverfassungsrechtliche Ausgangslage

Ausgehend von der Gemeindeordnung sollen die Auswirkungen der Gesetzesänderung aufgezeigt und auf deren Einklang mit dem Grundgesetz und der Landesverfassung dargelegt werden. Die Ausführungen gelten entsprechend für die Ebene der Landkreise. Auf den Verband der Region Stuttgart wird gesondert eingegangen (vgl. unter V.). Das Änderungsgesetz trat am 20.04.2013 in Kraft. § 12 Abs. 1 GemO gewährt nun das Bürgerrecht demjenigen, der Deutscher i. S. v. Art. 116 GG ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt (Unionsbürger), das 16. Lebensjahr vollendet hat und seit mindestens drei Monaten in der Gemeinde wohnt. Gemäß § 14 Abs. 1 GemO steht den Bürgern das allgemeine Wahl- und Stimmrecht zu. Daraus folgt zum einen die erstmalige aktive Wahlberechtigung bei den Kommunalwahlen<sup>6</sup> am 25.05.2014 und zum anderen die

Möglichkeit zur Unterzeichnung eines Bürgerbegehrens und der Abstimmung bei einem Bürgerentscheid ab dem 20.04.2013.<sup>7</sup> Die aus dem Bürgerrecht resultierende Bürgerpflicht zur Annahme und Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeiten (§ 15 Abs. 1 GemO) stellt nach Auffassung der Landesregierung keinen Widerspruch mit dem Bestimmungsrecht der Erziehungsberechtigten dar. Bei einer Kollision zwischen der Bürgerpflicht und dem Bestimmungsrecht sei regelmäßig ein wichtiger Grund i. S. v. § 16 Abs. 1 GemO gegeben, der zur Ablehnung der ehrenamtlichen Tätigkeit bzw. zu einem Ausscheiden berechtigt.<sup>8</sup>

Nach den Kommunalwahlen am 25.05.2014 in Baden-Württemberg wurde das Ergebnis der Gemeinderatswahl der Stadt Heidelberg mittels einer Wahlanfechtung angegriffen. Die Begründung für die Unwirksamkeit der Wahl wird auf die – nach Ansicht der Einsprechenden – verfassungswidrige Absenkung des aktiven Wahlalters gestützt.<sup>9</sup> Die Rechtsaufsichtsbehörde schloss sich dieser Argumentation nicht an.<sup>10</sup>

1 Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Landgericht Heidelberg.

2 Vgl. die Übersicht bei *Schreiber*, in: *Friauf/Höfling*, GG, Band 3, 2013, Art. 38 Rn. 255.

3 GBl. S. 55.

4 Koalitionsvertrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und SPD, S. 61.

5 Vgl. hierzu die Kritik der Oppositionsfractionen im Landtag, Plenarprotokoll 15/62, S. 3742 ff. sowie 15/65, S. 3912 ff.

6 Hierunter fallen die Wahlen zum Gemeinde- und Ortschaftsrat, Bezirksbeirat sowie die Bürgermeisterwahlen.

7 Daneben wird aufgrund der Anknüpfung an das Bürgerrecht auch die Unterzeichnung eines Bürgerantrages oder Antrages auf Anberaumung einer Bürgerversammlung, eine Anhörung bei einer Gebietsänderung sowie die Mitwirkung bei der Bewerberaufstellung zu den Kommunalwahlen ermöglicht, vgl. auch LT-Drs. 15/3119, S. 11 f.

8 LT-Drs. 15/3119, S. 12.

9 Vgl. Zeitungsbericht in der Rhein-Neckar-Zeitung vom 13.05.2014, abrufbar unter: [http://www.rnz.de/nachrichten/heidelberg\\_artikel,-Kommunalwahl-Ist-das-neue-Kinderwahlrecht-verfassungswidrig-arid,11155.html](http://www.rnz.de/nachrichten/heidelberg_artikel,-Kommunalwahl-Ist-das-neue-Kinderwahlrecht-verfassungswidrig-arid,11155.html) [zuletzt abgerufen am: 26.10.2015].

10 Nach der Rechtsprechung des VGH BW (VBIBW 1987, 420 ff.) zur Wahlanfechtung ist eine summarische Prüfung der Rechtsaufsichtsbehörde hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ausreichend, da in der Regel die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes greift.