

WEISSLEDER . EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

WEISSLEDER ■ EWER ■ Rechtsanwältinnen Part mbB ■ Walkerdamm 4-6 ■ 24103 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Herrn Vors. Kürschner, MdL
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 20/7043

Per E-Mail: innenausschuss@landtag.ltsh.de

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ■ Rechtsanwalt ■ bis 2013

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefer
Rechtsanwalt

Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Malte Weismüller
Rechtsanwalt

Dr. Rainer Bökel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Niels Bock
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Bastian Heuer
Rechtsanwalt

Dr. Jonas Dörschner
Rechtsanwalt

Dr. Jannik Ziesmer
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

02.09.2026

Bearbeiter/-in:

RA Dr. Thienel, LL.M.

Entwurf eines Gesetzes zur Erprobung der Befreiung der Kommunen von landesrechtlichen Standards (Bürokratiefreiheitsgesetz) – Gesetzentwurf der Fraktion der FDP Drucksache 20/4189

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

in vorstehender Angelegenheit danke ich vielmals für die Gelegenheit, zu dem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit möchte ich gern Gebrauch machen.

Der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP verfolgt unzweifelhaft ein wichtiges Ziel. Der Ruf nach dem Abbau von Bürokratie bewegt die Politik und die Gesetzgeber in Bund und Ländern schon seit vielen Jahren. Allein aus dem Bundesrecht können beispielsweise das Gesetz zur

■ Walkerdamm 4 - 6
24103 Kiel
Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
Telefax (04 31) 9 74 36 - 36

■ kanzlei@weissleder-ewer.de
www.weissleder-ewer.de
St.-Nr. 20 222 15956
UID-Nr.: DE 134835172

■ HypoVereinsbank Hamburg
IBAN:
DE35 2003 0000 0002 3062 49
BIC: HYVEDE3300

■ Santander Bank Kiel
IBAN:
DE03 5003 3300 1080 5655 00
BIC: SCFBDE33XXX

■ Förde Sparkasse
IBAN:
DE83 2105 0170 1002 1010 10
BIC: NOLADE21KIE

■ Postbank Hamburg
IBAN:
DE09 2001 0020 0376 3552 06
BIC: PBNKDEFF

■ Sitz Kiel. Partnerschaftsregister AG Kiel PR 533 KI; Gesellschafter/-innen: Prof. Dr. Ewer, Prof. Dr. Leppin, Prof. Dr. Arndt, Prof. Dr. Raabe, Dr. Otto, Dr. Postel, Dr. Hoefer.

■ Alle laut Briefkopf tätigen Anwältinnen und Anwälte sind einzeln zur Vertretung der Partnerschaft berechtigt. Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt.

Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21.06.2005 (BGBl. I S. 1666), die beiden Gesetze zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft vom 25.08.2006 (BGBl. I S. 1970) und vom 13.09.2007 (BGBl. I S. 2246) sowie die vier Bürokratieentlastungsgesetze aus den Jahren 2015 bis 2024,

Gesetz zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie (Bürokratieentlastungsgesetz) vom 31.07.2015 (BGBl. I S. 1400); Zweites Gesetz zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie (Zweites Bürokratieentlastungsgesetz) vom 05.07.2017 (BGBl. I S. 2143); Drittes Gesetz zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie (Drittes Bürokratieentlastungsgesetz) vom 28.11.2019 (BGBl. I S. 1746); Viertes Gesetz zur Entlastung der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie (Viertes Bürokratieentlastungsgesetz) (BGBl. I Nr. 323),

genannt werden. Mit Blick auf Schleswig-Holstein kann u.a. das Gesetzgebungsverfahren über den Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Entlastung von Bürokratie in der Kommunal- und Landesverwaltung genannt werden, mit dem das Plenum und der Innen- und Rechtsausschuss bereits befasst sind.

Das Anliegen, Bürokratie abzubauen und die Effizienz der Verwaltung zu erhöhen, ist auch verfassungsrechtlich legitim,

vgl. z.B. BSG, Urteil vom 14.12.2017 – B 10 EG 4/17 R –, SozR 4-7837 § 2c Nr. 1; VG Berlin, Urteil vom 04.06.2024 – 8 K 291/23 –, juris, Rn. 47.

Der Abbau von Bürokratie kann sogar verfassungsrechtlich geboten sein, etwa weil verfassungsrechtlich vorgegebene Ziele effektiv erreicht werden müssen oder weil Freiheitsgrundrechte nicht durch unnötige oder unnötig aufwendige Verfahren belastet werden dürfen,

s. Frenz, Bürokratieabbau als Verfassungsgebot, DVBl. 2026, S. 633, 634, 636 f.

Die Instrumente, die dem Bürokratieabbau dienen sollen, müssen aber selbstverständlich ihrerseits verfassungsgemäß sein. In dieser Stellungnahme möchte ich daher zunächst der Frage nachgehen, ob der vorliegende Gesetzentwurf mit dem Grundgesetz und der Landesverfassung vereinbar ist. Anschließend werde ich noch auf einige Fragen zur Abfassung des Gesetzes eingehen, auch dies aber nur aus juristischer Sicht.

A. Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip

Bei der ersten Lesung des Gesetzentwurfs hat der Abgeordnete Dr. Junghans bereits Bedenken wegen der Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, in Verbindung mit dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, erhoben,

Plenarprotokoll 20/114, S. 8535.

Deshalb soll dieser Frage hier zuerst nachgegangen werden.

Gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Damit ist ausdrücklich auch das Rechtsstaatsprinzip für die Landesverfassungen grundsätzlich verbindlich. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG fordert aber keine genaue Umsetzung der Einzelausprägungen, die das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG auf der Ebene des Grundgesetzes erfahren hat. Entscheidend ist in erster Linie, ob die Ausgestaltung der staatlichen Strukturen in den Ländern Inhalt und Zweck des Rechtsstaatsgebots genügt,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25.01.2023 – 2 BvR 2189/22 –, BVerfGE 165, S. 296, 345 (Rn. 140).

Danach gehört zu den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, die auch für die Landesverfassungen verbindlich sind, zunächst das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes,

insbesondere das Prinzip des Vorrangs des formellen Gesetzes vor Rechtsnormen niederen Ranges und die Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Denn dieser Vorrang ist ein grundlegender Inhalt des Rechtsstaatsprinzips,

vgl. nur Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band III, Stand: 01/2022, Art. 20 VI Rn. 72; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 19. Auflage, München 2026, Art. 20 Rn. 57; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Auflage, Band II, Tübingen 2015, Art. 20 Rechtsstaat Rn. 96.

Aus dem Vorrang des formellen Gesetzes folgt allerdings noch nicht zwingend, dass ein formelles Gesetz nur durch ein anderes formelles Gesetz geändert werden dürfte oder dass untergesetzliche Rechtsakte nie vom Gesetz abweichen dürften. Vielmehr sind – beispielsweise – auch gesetzesändernde oder von einem Gesetz abweichende Rechtsverordnungen nach der überwiegenden Auffassung zulässig, wenn sie auf einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung beruhen,

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 04.05.1997 – 2 BvR 509, 511/96 –, NJW 1998, S. 669, 670; VerfG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2023 – 10/21 –, juris, Rn. 45 ff.; BFH, Urteil vom 17.12.1965 – III 32/63 S –, BFHE 84, S. 313, 324 f.; BSG, Urteil vom 02.06.2004 – B 7 AL 102/03 R –, juris, Rn. 21; OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.09.2003 – Verg W 3/03 –, N&R 2004, S. 84, 87 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.06.2014 – OVG 10 A 8.10 –, juris, Rn. 114; Bauer, in: Dreier, GG, 3. Auflage, Band II, Tübingen 2015, Art. 80 Rn. 20; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 19. Auflage, München 2026, Art. 129 Rn. 2; Kment, ebda., Art. 80 Rn. 19; Mann, in: Sachs, GG, 10. Auflage, München 2024, Art. 80 Rn. 11; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band V, Stand: 12/2013, Art. 80 Rn. 99; Siegel, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, München 2023, § 157 Rn. 34; Wolff, Zur Zulässigkeit von „gesetzesändernden“ Rechtsverordnungen, JZ 1954, S. 628 f.; Wuttke, in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung Schleswig-Holstein, Kiel 1995, Art. 38 Rn. 3; anders jedoch Dreier, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, S. 229, 235 f.; Mende, Zur Frage der Zulässigkeit gesetzesändernder Rechtsverordnungen, DÖV 1955,

S. 625 ff.; Uhle, Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?, DÖV 2001, S. 241, 243 ff.; ders., in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 65. Edition, Stand: 01.03.2026, Art. 80 Rn. 7, 65.

Auch Verwaltungsvorschriften dürfen von gesetzlichen Regelungen abweichen, wenn dies aufgrund einer hinreichenden gesetzlichen Ermächtigung geschieht,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06.05.1958 – 2 BvL 37/56, 11/57 –, BVerfGE 8, S. 155, 170 f.

Denn der Gesetzgeber kann zwar den Vorrang des Gesetzes als Prinzip nicht beseitigen, aber er kann einer einzelnen Vorschrift oder auch einer Gruppe von Vorschriften einen gegenüber einer späteren Änderung durch eine niederrangige Norm subsidiären Charakter geben,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06.05.1958 – 2 BvL 37/56, 11/57 –, BVerfGE 8, S. 155, 171.

Das kann der Gesetzgeber schon bei dem Erlass der jeweiligen formell-gesetzlichen Vorschriften tun, aber er dürfte dies auch noch nachträglich tun können,

dagegen aber wohl Brenner, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Auflage, Band 2, München 2024, Art. 80 Rn. 33a; Dreier, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, S. 229, 235 f.

Denn der formelle, parlamentarische Gesetzgeber ist an das frühere Gesetzesrecht nicht gebunden,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 –, BVerfGE 141, S. 1, 21, 23 (Rn. 50, 55),

und dürfte deshalb auch in der Lage sein, früher erlassenem Gesetzesrecht einen subsidiären Charakter gegenüber einer späteren niederrangigen Änderung zu geben.

Die Frage, ob im Sinne des Gesetzentwurfs auch Abweichungen von „Standards in Gesetzen [...] des Landes“ (§ 2 Satz 1 des Gesetzentwurfs) auf einer untergesetzlichen Ebene zugelassen werden dürfen, wandelt sich deshalb zu der Frage, ob das dazu ermächtigende Gesetz, das aufgrund des Gesetzentwurfs geschaffen werden soll, die insoweit geltenden Anforderungen erfüllt.

Zu den maßgeblichen Anforderungen gehören zunächst diejenigen, die sich aus dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt, also der sog. Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, ergeben. Danach folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des parlamentarischen Gesetzgebers, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und sie nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen,

s. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 –, BVerfGE 147, S. 253, 309 f. (Rn. 116); Urteil des Zweiten Senats vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19 –, BVerfGE 166, S. 91, 161 (Rn. 182); beide mit weiteren Nachweisen.

Diese Anforderungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts gelten nicht nur, wenn Rechtsverordnungen oder andere untergesetzliche Akte von Parlamentsgesetzen abweichen oder dies zulassen sollen, sondern der allgemeine Parlamentsvorbehalt gilt ganz generell. Seine Anforderungen werden von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst und sind daher auch für das Verfassungsrecht der Länder verbindlich,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.01.1976 – 1 BvR 2325/73 –, BVerfGE 41, S. 251, 266; Beschluss des Ersten Senats vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 –, BVerfGE 47, S. 46, 78, 81; Urteil des Ersten Senats vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 –, BVerfGE 90, S. 60, 85; Engels, in:

Sachs, GG, 10. Auflage, München 2024, Art. 28 Rn. 17; Mehde, in: Dürig/
Herzog/Scholz, GG, Band III, Stand: 05/2023, Art. 28 Rn. 87.

Für den Bereich der Gesetze, die zum Erlass von Verordnungen ermächtigen, werden die Anforderungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts – im Bundesverfassungsrecht – durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG konkretisiert,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19.09.2018 – 2 BvF 1, 2/15 –, BVerfGE 150, S. 1, 99 (Rn. 198 f.);

nach dieser Norm muss das Gesetz, das zum Handeln durch Verordnung ermächtigt, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen.

Für Landesgesetze, die zu Rechtsverordnungen ermächtigen, folgt dasselbe aus Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV. Im Landesverfassungsrecht werden die Anforderungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts daher durch Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV konkretisiert. Aus dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt ergeben sich dann keine weitergehenden Anforderungen mehr,

vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19.09.2018 – 2 BvF 1, 2/15 –, BVerfGE 150, S. 1, 96, 99 ff. (Rn. 190, 198 ff.); BVerwG, Urteil vom 22.11.2022 – 3 CN 1.21 –, BVerwGE 177, S. 60, 76 (Rn. 46).

Deshalb muss ein Landesgesetz, das zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen will, mit denen formelle Gesetze geändert oder sonst in ihrem Geltungsanspruch modifiziert werden, vor allem mit Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV vereinbar sein. Die erteilte Ermächtigung muss also nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein,

vgl. zum Bundesverfassungsrecht BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 04.05.1997 – 2 BvR 509, 511/96 –, NJW 1998, S. 669, 670; BFH, Urteil vom 17.12.1965 – III 32/63 S –, BFHE 84, S. 313, 324 f.; BSG, Urteil vom 02.06.2004 – B 7 AL 102/03 R –, juris, Rn. 21; Kment, in:

Jarass/Pieroth, GG, 19. Auflage, München 2026, Art. 80 Rn. 19; Mann, in: Sachs, GG, 10. Auflage, München 2024, Art. 80 Rn. 11; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band V, Stand: 12/2013, Art. 80 Rn. 99; Siegel, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, München 2023, § 157 Rn. 34; Wolff, Zur Zulässigkeit von „gesetzesändernden“ Rechtsverordnungen, JZ 1954, S. 628 f.

Ausgehend von dem Gesetzentwurf soll hier jedoch keine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen geschaffen werden, nach denen u.a. von landesgesetzlichen Standards abgewichen werden darf. Von einer „Rechtsverordnung“, „Landesverordnung“ oder „Verordnung“ ist in dem Gesetzentwurf nicht die Rede. Vielmehr ist von einer „Genehmigung“, von einer „Genehmigungsbehörde“ und von einer „Befreiung“ die Rede (§ 3 Abs. 2 Satz 1 und 3, Abs. 3 Satz 1 bis 3, Abs. 4 Satz 1 und 2 des Gesetzentwurfs). Außerdem wird eine Genehmigungsfiktion vorgesehen (§ 3 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzentwurfs). Somit soll offenbar durch Verwaltungsakt entschieden werden.

Dieser Umstand führt dazu, dass Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV nicht anwendbar ist, denn die Norm bezieht sich nur auf Rechtsverordnungen, nicht aber auf andere untergesetzliche Handlungsformen wie etwa Satzungen oder Verwaltungsvorschriften,

vgl. Augsberg, in: Becker/Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Baden-Baden 2021, Art. 45 Rn. 2; Nolte, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Kiel 2006, Art. 38 Rn. 4 f.; Wuttke, in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung Schleswig-Holstein, Kiel 1995, Art. 38 Rn. 2; s. zum Bundesverfassungsrecht BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06.05.1958 – 2 BvL 37/56, 11/57 –, BVerfGE 8, S. 155, 163; Beschluss des Ersten Senats vom 21.12.1966 – 1 BvR 33/64 –, BVerfGE 21, S. 54, 62; Brenner, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Auflage, Band 2, München 2024, Art. 80 Rn. 20 ff.; Mann, in: Sachs, GG, 10. Auflage, München 2024, Art. 80 Rn. 3; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band V, Stand: 12/2013, Art. 80 Rn. 48.

Insofern kann an dieser Stelle offen bleiben, ob der Inhalt der vom Gesetzentwurf vorgesehenen Befreiung von landesrechtlichen Standards eine Entscheidung in der Form des Verwaltungsakts erlaubt oder ob ein solcher Inhalt die Form eines Rechtssatzes hat und deshalb ggf. in einer Rechtsverordnung erlassen werden müsste. Ebenfalls kann hier offengelassen werden, ob dies für den ganzen Inhalt des Gesetzentwurfs oder nur für die Aussetzung bestimmter landesrechtlicher Standards gelten müsste. Auf diese Fragen werde ich aber noch zurückkommen (s.u., unter B.).

Vor dem Hintergrund, dass Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV – ebenso wie im Bundesrecht Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG – die Anforderungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts konkretisiert (s.o., S. 7), gelten für die gesetzliche Ermächtigung zu einer Modifizierung der Geltung landesgesetzlicher Standards, die durch Verwaltungsakt vollzogen wird, jedenfalls ähnliche verfassungsrechtliche Maßgaben wie bei Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV.

Demnach sind die mit dem Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen über die Befreiung von landesrechtlichen Standards auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt in der Weise zu prüfen, dass auch die – den Parlamentsvorbehalt bewusst konkretisierenden – Maßstäbe des Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV dem Grunde nach übertragen werden.

Bereits für die Prüfung nach dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt, ohne jede Übertragung von Maßstäben des Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV, gilt das Folgende:

„Die Grenze liegt dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, daß sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt,“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 06.05.1958 – 2 BvL 37/56, 11/57 –, BVerfGE 8, S. 155, 171; so auch VerfG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2023 – 10/21 –, juris, Rn. 45; Siegel, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band V, München 2023, § 157 Rn. 34.

Schon danach ist der Gesetzentwurf Bedenken ausgesetzt, denn er stellt beinahe alle „Standards in Gesetzen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften des Landes“ zur Disposition der obersten Landesbehörden (§ 2 Satz 1 des Gesetzentwurfs). Die Bereichsausnahme für das Bundesrecht und das Recht der Europäischen Union ergibt keine wesentliche Einschränkung, weil ein Landesgesetz ohnehin keinen Dispens von diesen Rechtsquellen zulassen könnte, da das Bundesrecht dem Landesrecht im Rang vorgeht (Art. 31 GG) und das Recht der Europäischen Union Anwendungsvorrang vor dem innerstaatlichen Recht genießt.

Dass auch Rechte Dritter nicht entgegenstehen dürften, ist – in auffälligem Gegensatz zur Rechtslage in Baden-Württemberg, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern (§ 2 Abs. 1 Satz 2 KommRegBefrG BW, § 2 Abs. 1 BbgStEG, § 1 Abs. 3 Satz 2 KommStEG M-V) – nicht ausdrücklich vorgesehen. Der Gesetzentwurf sieht vielmehr nur vor, dass dem Antrag nur dann nicht stattgegeben werden soll, wenn eine Gefahr für Leib und Leben von Menschen entstünde oder überwiegende Belange des Gemeinwohls entgegenstünden (§ 3 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzentwurfs). Auch danach bleibt es allerdings dabei, dass Abweichungen von gesetzlichen und anderen Normen in einem außerordentlich großen Umfang möglich sein sollen. Selbst wenn man den Versagungstatbestand (oder aber den Ermessensgesichtspunkt; die systematische Einordnung ist nicht eindeutig) der überwiegenden Belange des Gemeinwohls weit verstehen wollte, was angesichts der Parallelität zu dem sehr engen Begriff der Gefahr für Leib und Leben Zweifeln ausgesetzt wäre, würde sich aus dieser Blankettformel keine Konkretisierung der weiten Abweichungskompetenz durch den Gesetzgeber ergeben. Der Gesetzgeber würde seiner Aufgabe, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, damit nicht gerecht.

Der Gesetzentwurf klärt außerdem nicht, was mit dem zentralen Begriff der „Standards“ gemeint ist. Der Begriff dürfte der Verwaltungslehre entnommen sein, ist aber auch dort sehr weit gefasst und rechtlich wenig eingehengt. Insbesondere bleibt unklar, ob es nur um Regelungen über mehr oder weniger interne Abläufe oder auch um das anzuwendende materielle Recht gehen soll. Nach § 1 Satz 2 des Gesetzentwurfs soll es das Ziel

des Gesetzes sein, dass Abweichungen von Rechtsvorschriften zugelassen werden, um

„neue Lösungen bei der kommunalen Aufgabenerledigung zu erproben und zu testen, ob Verwaltungsverfahren beschleunigt, vereinfacht oder kostengünstiger für kommunale Verwaltungen, für die Bürgerinnen und Bürger und für Unternehmen gestaltet werden können.“

Damit könnten einerseits nur Vereinfachungen im formellen, prozeduralen Bereich, aber andererseits auch veränderte Vorgaben aus dem materiellen Recht gemeint sein. Wenn das letztere Verständnis richtig wäre, würde der Gesetzgeber mit dem äußerst offenen Begriff der landesrechtlichen Standards zahlreiche Rechte Dritter, die teils im Zusammenhang mit hochrangigen materiellen Rechtspositionen stehen, ohne zugleich die Schwelle der Gefahr für Leib und Leben nach § 3 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzentwurfs zu erreichen, zur Disposition stellen. Aber auch wenn nur der Bereich des Verwaltungsverfahrens gemeint wäre, stünde damit ein erheblicher Bereich von Verfahrensrechten Dritter, einschließlich einiger verfahrensrechtlicher Konkretisierungen der materiellen Grundrechte, einer Abweichung offen.

Diese Umstände sind für die Frage, ob der Gesetzentwurf dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt gerecht wird, von einiger Bedeutung, weil der parlamentarische Gesetzgeber umso mehr selbst regeln muss, je mehr Grundrechtsrelevanz der betroffene normative Bereich hat – ohne dass es auf Verletzungen der Grundrechte, die nach § 1 Satz 2 des Gesetzentwurfs zweifellos unzulässig wären, ankäme,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 126; Urteil des Ersten Senats vom 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 –, BVerfGE 147, S. 253, 309 f. (Rn. 116).

Deshalb ist es auch problematisch, wenn der Gesetzentwurf den zentralen Begriff der „Standards“ nicht in dem einen oder dem anderen Sinne klärt.

Überträgt man nun ergänzend die Maßstäbe des Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV, die mit denen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG übereinstimmen,

Augsberg, in: Becker/Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Baden-Baden 2021, Art. 45 Rn. 7,

führt dies zu den folgenden Anforderungen:

„[Der Gesetzgeber] muß im formellen Gesetz selbst die Entscheidung darüber treffen, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen; er muß die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll [...]. Es muß sich aus dem Gesetz ermitteln lassen, welches vom Gesetzgeber gesetzte Programm durch die Rechtsverordnung erreicht werden soll [...], so daß der Bürger schon aus dieser Rechtsnorm ersehen kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung haben kann,“

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 04.05.1997 – 2 BvR 509, 511/96 –, NJW 1998, S. 669, 670.

Soweit ein Gesetz sogar Abweichungen von formellen Gesetzen zulassen will, gelten die Anforderungen des Art. 45 Abs. 1 Satz 2 LV an die Beschränkung und Bestimmtheit der Ermächtigung in besonderem Maße,

vgl. Brenner, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Auflage, Band 2, München 2024, Art. 80 Rn. 33a, und Dreier, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, S. 229, 235 f., die meinen, gesetzesändernde Rechtsverordnungen seien vom Bundesverfassungsgericht nur zugelassen worden, wenn die Ermächtigung zur Abweichung von vornherein im fraglichen Gesetz vorhanden und „tatbestandlich eng umschrieben“ sowie nur im eher technischen Bereich angesiedelt war; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.06.2014 – OVG 10 A 8.10 –, juris, Rn. 114.

In dem Gesetzentwurf werden das Ziel und in diesem Sinne auch das Programm der Befreiungen von landesrechtlichen Standards angegeben. Allerdings ist aus dem Text des Gesetzentwurfs nicht erkennbar, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung haben kann. Dafür ist der Regelungsbe-
reich des Landesrechts, der von dem Gesetzentwurf fast in toto in Bezug genommen wird, schlicht zu groß.

Insofern unterscheidet sich der Gesetzentwurf auch erheblich von den schon vorhandenen Experimentierklauseln. So gibt es beispielsweise in § 337b LVwG eine sehr konkret abgefasste Experimentierklausel über bestimmte Maßnahmen zur Förderung der elektronischen Kommunikation. Die Experimentierklauseln in § 135a GO und § 73a KrO nehmen ebenfalls zumindest auf konkrete Rechtsmaterien Bezug, auch wenn diese weiter gefasst sind als in dem Beispiel des § 337b LVwG; § 135a GO lautet:

„Zur Erprobung neuer Steuerungsmodelle, zur Weiterentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung auch in der grenzüberschreitenden kommunalen Zusammenarbeit sowie zur Weiterentwicklung der wirtschaftlichen Betätigung und der privatrechtlichen Beteiligung der Gemeinden kann das Ministerium für Inneres, Kommunales, Wohnen und Sport im Einzelfall zeitlich begrenzte Ausnahmen von organisations- und gemeindewirtschaftsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes oder der zur Durchführung ergangenen Verordnungen sowie von den ausschließlich für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kommunalen Körperschaften geltenden dienstrechtlichen Vorschriften des Landes zulassen.“

§ 73a KrO lautet für die Ebene der Kreise entsprechend. Es handelt sich jeweils um Experimentierklauseln, die sich nur auf Teile des Kommunalrechts und nicht auf das gesamte Kommunal- oder gar Landesrecht beziehen.

§ 25a LVwG sieht für den kommunalen Bereich eine vergleichsweise weitreichende Experimentierklausel vor, nach der Aufgaben vertraglich von der Kreisebene auf die

Gemeindeebene übertragen werden können. Auch diese Klausel erstreckt sich aber nur auf einen abgrenzbaren Bereich des Landesrechts und nicht auf das ganze Landesrecht. Außerdem gibt es solche Möglichkeiten zur vertraglichen Übertragung von Aufgaben – im Gegensatz zum experimentellen Vorgehen nach § 25a LVwG ggf. auch ohne Befristung, aber ebenso unter Publizitätserfordernis – schon nach § 18 GkZ.

Aus dem Bundesrecht können außerdem die durch das – schon eingangs dieser Stellungnahme genannte – Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21.06.2005 (BGBl. I S. 1666) eingeführten Normen des § 13 GewO und des § 32 GastG genannt werden. Die Normen stimmen weitgehend überein, so dass hier nur der Wortlaut des § 13 GewO wiedergegeben werden soll:

„Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zur Erprobung vereinfachender Maßnahmen, insbesondere zur Erleichterung von Existenzgründungen und Betriebsübernahmen, für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren Ausnahmen von Berufsausübungsregelungen nach diesem Gesetz und den darauf beruhenden Rechtsverordnungen zuzulassen, soweit diese Berufsausübungsregelungen nicht auf bindenden Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts beruhen und sich die Auswirkungen der Ausnahmen auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränken.“

Auch an diesen Stellen gibt es Experimentierklauseln zulasten der Anwendbarkeit der allgemeinen gesetzlichen Regeln nur im vorgegebenen Rahmen des jeweiligen Fachgesetzes. Dies verstärkt die erheblichen Zweifel an einer Experimentierklausel, die sich wie in dem vorliegenden Gesetzentwurf auf das gesamte Landesrecht bezieht und keine näheren Einschränkungen enthält.

Daher spricht viel dafür, dass die Regelungen des Gesetzentwurfs mit den Anforderungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts nicht vereinbar sind.

B. Rechtmäßigkeit der Form des Verwaltungsakts

Wie schon erwähnt wurde (s.o., S. 8), geht der Gesetzentwurf offenbar davon aus, dass die „Genehmigung“ der Abweichung von landesrechtlichen Standards (§ 3 Abs. 2 Satz 1 und 3, Abs. 3 Satz 1 bis 3, Abs. 4 Satz 1 des Gesetzentwurfs) oder die „Befreiung“ von solchen Standards (§ 3 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzentwurfs) in der Form des Verwaltungsakts erteilt wird. Die Form des Verwaltungsakts ist aber nicht unbegrenzt zulässig.

Gemäß § 106 Abs. 1 LVwG ist ein Verwaltungsakt

„jede Verfügung, Entscheidung oder andere öffentlich-rechtliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“

Darüber hinaus gibt es den Verwaltungsakt auch in der Form der Allgemeinverfügung. Eine Allgemeinverfügung ist gemäß § 106 Abs. 2 LVwG ein Verwaltungsakt,

„der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.“

Die Definition der Allgemeinverfügung in § 106 Abs. 2 LVwG modifiziert das Erfordernis des „Einzelfalles“ aus § 106 Abs. 1 LVwG. § 106 Abs. 2 LVwG lässt das Erfordernis aber nicht vollkommen entfallen, sondern ersetzt es durch das Erfordernis eines „nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis[es]“ (die weiteren Fälle der Regelung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft oder der Benutzung einer Sache scheiden hier ersichtlich aus).

Damit wird das Erfordernis des „Einzelfalles“ nicht aufgehoben, sondern nur dahin klar gestellt, dass Verwaltungsakte (einschließlich der Allgemeinverfügungen) nicht nur konkret-individuelle und abstrakt-individuelle Regelungen (Letzteres wäre etwa eine

Verfügung an eine Person oder in Bezug auf ein Grundstück, nach der immer bei Eisglätte zu streuen wäre), sondern auch konkret-generelle Regelungen treffen können,

U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 267; vgl. Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 27. Auflage, München 2026, § 35 Rn. 157; Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Auflage, Baden-Baden 2025, § 35 Rn. 110, 127.

Die Allgemeinverfügung trifft demnach eine konkret-generelle Regelung. Sie richtet sich also an einen generell bestimmten Personenkreis, trifft aber eine konkrete Regelung. Darin unterscheidet sie sich von einer Rechtsnorm (aus einer Verordnung, einem Gesetz oder einer Satzung), die eine abstrakt-generelle Regelung trifft,

BGH, Beschluss vom 29.04.2008 – KVR 28/07 –, NJW-RR 2008, S. 1654, 1655 (Rn. 10 f.); Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Auflage, Baden-Baden 2025, § 35 Rn. 110.

Die Abgrenzung der Allgemeinverfügung – und damit des Verwaltungsakts – von einer Rechtsnorm kann danach problematisch sein, weil sie davon abhängt, ob gegenüber einer abstrakt bestimmten Vielzahl von Personen eine konkrete Regelung getroffen wird. Insoweit gibt es seit jeher Grenzfälle; als solche sind etwa die Verkehrsschilder bezeichnet worden, die sich einerseits an alle Personen in ihrem Geltungsbereich richten, aber gleichwohl als (Verkörperungen von) Allgemeinverfügungen einzuordnen sind,

vgl. nur BVerwG, Urteil vom 13.12.1979 – 7 C 46.78 –, BVerwGE 59, S. 221, 224; BGH, Beschluss vom 29.04.2008 – KVR 28/07 –, NJW-RR 2008, S. 1654, 1655 (Rn. 11); VGH Kassel, Urteil vom 26.11.1997 – 14 UE 3327/96 –, juris, Rn. 69.

Die Befreiungen von landesrechtlichen Standards, die der Gesetzentwurf vorsieht, können unter Umständen nur an die Kommune oder Anstalt gerichtet werden, die die

Befreiung beantragt hat. Das ist der Fall, wenn es um landesrechtliche Standards geht, die nur interne Abläufe bei der jeweiligen Behörde der antragstellenden Kommune oder Anstalt betreffen, aber weder Teil des anzuwendenden materiellen Rechts sind noch zu den Verfahrensrechten der Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens gehören. In diesen Fällen würde ein Verwaltungsakt, und zwar schon ein individueller Verwaltungsakt anstelle einer Allgemeinverfügung, für die Erteilung der Befreiung ausreichen.

Ähnlich verhielte es sich, wenn ein Standard, von dem befreit werden soll, nur Einzelheiten der Zusammenarbeit zwischen zwei Kommunen und/oder Anstalten beträfe, ohne Rechte Dritter zu beeinflussen. In diesem Fall könnte (je) ein individueller Verwaltungsakt gegenüber den beiden Akteuren ergehen. Um eine Rechtsnorm würde es sich schon deshalb nicht handeln, weil die Regelung nicht gegenüber einer nur abstrakt bestimmten Vielzahl von Personen getroffen würde.

Anders kann es sich allerdings dann verhalten, wenn die Befreiung von einem Standard eine Änderung der materiellen oder verfahrensbezogenen Rechte von Dritten bedeuten würde. Das ist insbesondere dann möglich, wenn es um eine Befreiung von Standards geht, die durch ein Landesgesetz oder eine Verordnung geschaffen wurden, denn mit diesen Rechtsquellen werden typischerweise abstrakt-generelle Regelungen erlassen, die auch Rechte Dritter begründen können und deren Aussetzung oft ebenfalls abstrakt-generell wirken wird. Es kann aber, wie eben gesehen, auch andere Fälle geben.

In solchen Fällen, in denen die Befreiung gegenüber einer Vielzahl von nur abstrakt bestimmten Dritten wirken soll, wird die Abgrenzung zwischen dem zulässigen Regelungsbereich des Verwaltungsakts und dem Bereich des abstrakt-generellen Rechtsatzes schwieriger. Es kommt dann weiterhin darauf an, ob die Befreiung noch eine konkret-generelle Regelung ist.

Bei dieser Abgrenzung gibt es gewisse Streitfragen. Insbesondere ist die Frage umstritten, ob es sich um eine Allgemeinverfügung handeln kann, wenn eine Regelung

gegenüber einer abstrakt bestimmten Vielzahl von Personen nur aus einem konkreten Anlass ergeht,

vgl. zum Streitstand nur U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 286.

Die überwiegende Auffassung geht wohl dahin, dass auch eine Allgemeinverfügung zulässig ist, wenn es einen konkreten Anlass für die Regelung gibt. Es soll nur auf die Konkretheit des Anlasses oder des Zwecks der Regelung, nicht aber auf den Inhalt der Regelung abzustellen sein. Wenn aber der Anlass oder Zweck ein konkreter ist, sollen auch Regelungen gegenüber jedermann zulässig sein,

U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 286 f.; Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Auflage, Baden-Baden 2025, § 35 Rn. 114; vgl. BVerwG, Urteil vom 28.02.1961 – I C 54.57 –, BVerwGE 12, S. 87, 89 f.

Es dürfte aber einigermaßen gesichert sein, dass eine Regelung durch Allgemeinverfügung im Bereich der Gefahrenabwehr zwar als Reaktion auf eine konkrete Gefahr, nicht aber mit Blick auf abstrakte Gefahren zulässig ist. Dies wird auch auf der Grundlage der Auffassung, nach der es nur auf den Anlass der Regelung ankommt, für zutreffend gehalten,

s. BVerwG, Urteil vom 28.02.1961 – I C 54.57 –, BVerwGE 12, S. 87, 90; OVG Bremen, Beschluss vom 21.10.2011 – 1 B 162/11 –, NordÖR 2012, S. 38, 39; VG Köln, Urteil vom 09.09.2020 – 1 K 3530/19 –, juris, Rn. 86 f.; U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 289.

Das Anliegen, bürokratische Hemmnisse zu reduzieren, ist aber mit einer konkreten Gefahr nicht vergleichbar. Es handelt sich um ein gewichtiges, aber gleichwohl allgemeines Ziel. Allein der Gesichtspunkt eines konkreten Anlasses kann daher nicht dazu

führen, dass die Befreiung von einem landesrechtlichen Standard, die auch gegenüber Dritten wirken soll, sich noch im Bereich der konkret-generellen Regelung und nicht im Bereich des Rechtssatzes bewegte.

Diese Sach- und Rechtslage erinnert an die Rechtsprechung einiger Gerichte im Zusammenhang mit Schutzmaßnahmen in der Corona-Pandemie. Diese Schutzmaßnahmen wurden in aller Regel durch Verordnungen der Landesregierungen getroffen. Teilweise gab es aber auch Allgemeinverfügungen der Landkreise und Kreise. Dies ist bisweilen von den Gerichten beanstandet worden, weil die vor ihnen angegriffenen Regelungen über Mindestabstände, Ausgangssperren und andere Schutzmaßnahmen nach ihrem räumlichen Geltungsbereich (Gebiet des Landkreises oder Kreises) und ihrer Geltung für alle Personen in diesem Geltungsbereich und für eine Vielzahl von Handlungen nicht mehr den erforderlichen Bezug zu einem bestimmten Lebenssachverhalt aufwiesen und sich daher als Rechtssätze darstellten, die in der Form der Verordnung hätten erlassen werden müssen. Die Befristung dieser Maßnahmen und ihr direkter Bezug zur Corona-Pandemie und zur jeweils aktuellen epidemiologischen Lage genügten insofern nicht mehr, um die Maßnahmen als nur konkret-generell erscheinen zu lassen,

VG Karlsruhe, Beschluss vom 10.12.2020 – 2 K 5102/20 –, juris, Rn. 48 ff.; VG Aachen, Beschluss vom 23.12.2020 – 7 L 951/20 –, juris, Rn. 7 ff.; VG Greifswald, Beschluss vom 29.01.2021 – 4 B 154/21 HGW –, juris, Rn. 32 ff.; VG Sigmaringen, Beschluss vom 16.02.2021 – 3 K 326/21 –, juris, Rn. 48 ff.; VG Mainz, Beschluss vom 15.04.2021 – 1 L 291/21.MZ –, juris, Rn. 14 ff.; dazu auch Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, S. 577, 579; vgl. auch, zu Allgemeinverfügungen für das gesamte Gebiet eines Landes, VG München, Beschluss vom 24.03.2020 – M 26 S 20.1255 –, NVwZ 2020, S. 651, 653 (Rn. 20 ff.); Gärditz/Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, S. 108, 111 f.; Kießling, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band VI, München 2024, § 184 Rn. 24; Martini/Thiessen/Ganter, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, S. 929, 933 f.

Diese Rechtsprechung ist zwar nicht obergerichtlich oder höchstrichterlich bestätigt worden. Wendet man diese Rechtsauffassung aber auf die Fälle an, in denen Kommunen oder Anstalten von landesrechtlichen Standards befreit werden sollen und in denen dies auch für Dritte gelten muss, ist es zumindest für einen Teil dieser Fälle zweifelhaft, ob die Befreiung noch in der Form des Verwaltungsakts, und sei es auch in der Form der Allgemeinverfügung, ergehen kann. Insbesondere wenn das materielle Recht für einen ganzen Kreis oder eine ganze kreisfreie Stadt betroffen sein sollte, bestünden Bedenken gegen die Form des Verwaltungsakts. Aber ähnliche Bedenken können auch aufkommen, wenn nur das Verfahrensrecht mit Wirkung für eine Vielzahl von Dritten geändert wird, sofern zahlreiche Verfahren betroffen sein können oder eine Reihe unterschiedlicher Verfahren betroffen ist.

Weil der Gesetzentwurf keine Verordnungsermächtigung enthält, wäre das Gesetz in solchen Fällen nötigenfalls einschränkend auszulegen. Denn die Ermächtigung, bei der Befreiung von landesrechtlichen Standards in der Form des Verwaltungsakts zu handeln, findet inhaltliche Grenzen.

Insofern hilft es auch nicht wesentlich weiter, dass der Gesetzgeber zumindest im Grenzbereich zwischen der Allgemeinverfügung und der Rechtsverordnung befugt ist zu bestimmen, welche Rechtsform anwendbar sein soll,

vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2002 – 1 BvR 28, 29, 30/95 –, BVerfGE 106, S. 275, 307; BVerwG, Urteil vom 07.09.1984 – 4 C 16.81 –, BVerwGE 70, S. 77, 82; Emmerich-Fritsche, Kritische Thesen zur Legaldefinition des Verwaltungsakts, NVwZ 2006, S. 762, 763 Fn. 2; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 27. Auflage, München 2026, § 35 Rn. 119; U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 13, 297, 298a, 306.

Denn dies setzt zum einen voraus, dass der Gesetzgeber die Maßstäbe und das Verfahren der Entscheidungsfindung mit einer dem Sachbereich angemessenen Genauigkeit regelt,

BGH, Beschluss vom 29.04.2008 – KVR 28/07 –, NJW-RR 2008, S. 1654, 1655 (Rn. 11); VG Karlsruhe, Beschluss vom 10.12.2020 – 2 K 5102/20 –, juris, Rn. 57; vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2002 – 1 BvR 28, 29, 30/95 –, BVerfGE 106, S. 275, 307.

Daran bestehen hier, wie oben ausgeführt wurde, erhebliche Zweifel (s.o., unter A.).

Der Gesetzentwurf lässt zum anderen nicht deutlich erkennen, dass überhaupt von den Begrifflichkeiten des § 106 LVwG und den daraus folgenden Grenzen der Rechtsform des Verwaltungsakts spezialgesetzlich abgewichen werden solle. Das *lex specialis*-Argument zugunsten einer erweiterten Zulässigkeit der Form des Verwaltungsakts setzt aber voraus, dass eine spezielle, von § 106 LVwG abweichende Regelung gewollt ist. § 106 LVwG ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LVwG nicht schon ausdrücklich (formell) subsidiär; insofern kann sich die Rechtslage in Schleswig-Holstein von der Rechtslage nach § 35 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 3 VwVfG (und den entsprechenden Normen der anderen Länder) unterscheiden.

Zum anderen gilt zumindest die Grenze des Formenmissbrauchs,

vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Auflage, München 2023, § 35 Rn. 13.

Diese Grenze kann unter Umständen überschritten werden, wenn die Abweichung von bedeutsamen landesrechtlichen Standards durch Verwaltungsakt erfolgt. Zumindest in solchen Fällen reicht die Form des Verwaltungsakts nicht aus.

C. Zulässigkeit der Genehmigungsfiktion

Der Gesetzentwurf sieht außerdem in seinem § 3 Abs. 2 Satz 3 eine Genehmigungsfiktion vor. Wenn über einen vollständigen Antrag nicht innerhalb von drei Monaten entschieden wird, soll die Genehmigung für die beantragte Dauer als erteilt gelten. Gegen diese Genehmigungsfiktion bestehen jedenfalls dann verfassungsrechtliche Bedenken, wenn es um eine Abweichung von einem Standard aus einem Landesgesetz geht. Denn jedenfalls in diesem Fall ist die Zulassung der Abweichung nicht von einem ausreichenden Niveau der demokratischen Legitimation getragen.

Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt ist das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, das nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG ausdrücklich auch für die Verfassungen der Länder verbindlich ist und in Art. 2 Abs. 1 und 2 LV ebenfalls zum Ausdruck kommt. Nach dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und des Art. 2 Abs. 1 und 2 LV muss jede Ausübung deutscher – bzw. schleswig-holsteinischer – Staatsgewalt demokratisch legitimiert sein,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.02.1978 – 2 BvR 134/76, 2 BvR 268/76 –, BVerfGE 47, S. 253, 272 f.; Beschluss des Zweiten Senats vom 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, S. 37, 66 ff.

Dass es sich bei der Zulassung einer Abweichung von landesrechtlichen Standards um eine Ausübung von Staatsgewalt handelt, liegt auf der Hand.

Demokratische Legitimation kann auf unterschiedlichen Wegen vermittelt werden: In personell-organisatorischer Hinsicht wird eine hoheitliche Entscheidung dadurch legitimiert, dass sich die Bestellung der Person, die sie trifft, durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, BVerfGE 130, S. 76, 124; vgl. Becker, in: ders./Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Baden-Baden 2021, Art. 2 Rn. 16 f.,

und sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Bindung an die vom Parlament beschlossenen Gesetze vermittelt,

Becker, in: ders./Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Baden-Baden 2021, Art. 2 Rn. 20; vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12.07.2017 – 1 BvR 2222/12, 1106/13 –, BVerfGE 146, S. 164, 209 (Rn. 113).

Soweit sachlich-inhaltliche Legitimation insbesondere durch die Bindung an die vom Parlament beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt vermittelt wird, zeigt sich darin die Herleitung des oben thematisierten allgemeinen Parlamentsvorbehalts (auch) aus dem Demokratieprinzip (s.o., S. 6). Denn soweit der parlamentarische, unmittelbar vom Volk legitimierte Gesetzgeber nicht im Sinne des allgemeinen Parlamentsvorbehalts die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen hat, vermittelt die Bindung an sein Gesetz weniger sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation.

So liegt es hier, wenn und soweit man die hier vertretene Meinung teilt, dass die Inhalte des Gesetzentwurfs dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt nicht gerecht werden, weil sie zu weit gefasst sind. Dann wird den Entscheidungen, mit denen Abweichungen von landesrechtlichen Standards genehmigt werden, aus dem wenig bestimmten Gesetz nur wenig sachlich-inhaltliche Legitimation zuteil.

Dies ist unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips noch nicht als solches verfassungswidrig, denn die unterschiedlichen Formen der demokratischen Legitimation sind nicht je für sich bedeutsam, sondern nur in ihrem Zusammenwirken:

„Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau,“

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, S. 37, 67; Beschluss des Zweiten Senats vom 05.12.2002 – 2

BvL 5/98 –, BVerfGE 107, S. 59, 87; Beschluss des Ersten Senats vom 12.07.2017 – 1 BvR 2222/12, 1106/13 –, BVerfGE 146, S. 164, 209 f. (Rn. 113).

Ein Defizit in der sachlich-inhaltlichen Legitimation kann deshalb durch ein Mehr an personell-organisatorischer Legitimation ausgeglichen werden,

vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10 –, BVerfGE 130, S. 76, 124.

Wenn eine Genehmigungsfiktion installiert würde, träte aber kein personell-organisatorischer Legitimationszusammenhang hinzu. Die Fachministerin oder der Fachminister, die als Genehmigungsbehörde nach § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs zuständig wäre und die durch die Wahl des Landtags, die Wahl des Ministerpräsidenten und ihre eigene Ernennung durch den Ministerpräsidenten demokratisch legitimiert sind, trafen die Entscheidung dann nicht mehr. Auch die Beamtinnen und Beamten und Angestellten des zuständigen Ministeriums, die ihre demokratische Legitimation aus ihrer Ernennung oder Einstellung durch den Ministerpräsidenten oder eine von ihm ermächtigte Stelle (Art. 38 LV) erhalten, brächten ihre demokratische Legitimation dann nicht mehr in die Entscheidung ein. Der Umstand, dass die Ministerin oder der Minister und die Beamtinnen, Beamten und Angestellten die Genehmigung anhand der Fiktionsregelung dadurch zum Entstehen bringen, dass sie jeweils nicht handeln, vermittelt nur eine sehr schwach ausgeprägte personell-organisatorische Legitimation, denn das Nichthandeln muss nicht auf einem positiven Willensentschluss beruhen.

Insbesondere die Genehmigung einer Abweichung von einem Standard aus einem Landesgesetz erfordert aber einen recht hohen Grad an demokratischer Legitimation. Denn insoweit soll eine rechtliche Anordnung suspendiert werden, die mit der sehr starken demokratischen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers ergangen ist. Wenn nun aber das Gesetz, das diese Abweichung zulassen soll, selbst nur wenig bestimmt ist und daher nur eine vergleichsweise schwache sachlich-inhaltliche Legitimation vermitteln kann, und wenn es an einem zusätzlichen Element personell-organisatorischer

Legitimation weitgehend fehlt, weil nur eine fiktive Genehmigung zur Entstehung kommt, erhält die Abweichung vom Landesgesetz im Ergebnis kein hohes Niveau an demokratischer Legitimation. Das Legitimationsniveau der Abweichung hält dann insbesondere dem Legitimationsniveau des betroffenen landesgesetzlichen Standards selbst sehr deutlich nicht die Waage.

Ähnliche Erwägungen könnten für Abweichungen von Standards aus Landesverordnungen gelten, aber insoweit ist nur ein geringeres Legitimationsniveau erforderlich. Das gilt erst recht für Abweichungen von Standards von niedrigerem Rang. Insoweit greifen die Bedenken aus dem Demokratieprinzip gegen die Genehmigungsfiktion nicht zwingend durch.

D. Anmerkungen zu Einzelheiten des Gesetzentwurfs

Im Übrigen sei zu Einzelheiten des Gesetzentwurfs aus juristischer Sicht noch das Folgende angemerkt:

Dass weder in § 2 Satz 1 des Gesetzentwurfs noch an anderer Stelle der zentrale Begriff des Standards definiert oder erläutert wird, wurde oben schon kritisch angemerkt (s.o., S. 10 f.).

In § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzentwurfs ist nicht recht ersichtlich, wieso nur Gemeinden, Kreise (Landkreise gibt es in Schleswig-Holstein begrifflich nicht) und Anstalten des öffentlichen Rechts antragsberechtigt sein sollen. Damit sind insbesondere die Körperschaften des öffentlichen Rechts (mit Ausnahme der Gemeinden und Kreise, die Gebietskörperschaften sind, aber schon selbständig genannt werden) von der Antragsberechtigung ausgeschlossen; das gilt u.a. für die Zweckverbände, die Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind (§ 4 GkZ), die aber einen nicht unerheblichen Teil der Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Die einem Zweckverband angehörenden Gemeinden dürften nicht fähig sein, für den Zweckverband die Befreiung von

landesrechtlichen Standards zu beantragen und zu erhalten, denn der Zweckverband ist ein eigenständiger Träger von Aufgaben und Pflichten.

Nicht eindeutig ist auch, wieso die Vertretungsregelungen für die antragsberechtigten Stellen in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzentwurfs aufgenommen werden. Die Vertretungsregelungen sind schon andernorts getroffen (s. §§ 51 Abs. 1, 56 Abs. 1 GO und § 50 Abs. 1 KrO für die Gemeinden und Kreise sowie 41 Abs. 2 LVwG i.V.m. dem jeweiligen Errichtungsakt für die Anstalten). Allerdings kann in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzentwurfs gemeint sein, dass die antragstellende Gebietskörperschaft oder Anstalt bei der Antragstellung nur durch die Verwaltungsleitung und nicht durch nachgeordnete Beschäftigte vertreten werden kann. Eine solche Vorgabe wäre möglich (vgl. z.B. § 76 Abs. 4 Satz 2 GO) und wohl sinnvoll.

Mit Blick auf § 3 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzentwurfs stellt sich die Frage, ob mit der Pflicht, die Gemeindevertretung oder den Kreistag zu unterrichten, eine weitergehende Rolle der Vertretungsorgane ausgeschlossen werden soll. Es ist durchaus vorstellbar, dass ein Antrag auf Befreiung von einem oder mehreren landesrechtlichen Standards eine wichtige Selbstverwaltungsangelegenheit sein könnte, so dass die Gemeindevertretung oder der Kreistag über die Antragstellung entscheiden müsste (§§ 27 Abs. 1 Satz 2 GO, 22 Abs. 1 Satz 2 KrO).

In § 3 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzentwurfs ist im Übrigen vorgesehen, dass in dem Fall, dass die Genehmigungsbehörde über einen vollständigen Antrag nicht innerhalb von drei Monaten entschieden hat, die Genehmigung „für die beantragte Dauer“ als erteilt gilt. Insofern geht der Gesetzentwurf mutmaßlich davon aus, dass der Antrag sich im Rahmen der Höchstdauer von vier Jahren nach § 3 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzentwurfs halten werde oder dass die Höchstdauer nach § 3 Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs auch für die Genehmigungsfiktion gelte. Das kommt aber insbesondere in § 3 Abs. 2 Satz 3 nicht zum Ausdruck. Bei anderen Fiktionen von Genehmigungen, die nur befristet gelten, gibt es eine Formulierung über eine Fiktion der Genehmigung „für die beantragte Dauer“ nicht, sondern die Geltungsdauer der Genehmigung ist getrennt von der Fiktion angeordnet (vgl. §§ 72 Abs. 1a, 73 Abs. 1 LBO).

E. Zusammenfassung

Das Anliegen des Gesetzentwurfs, Wege zum Abbau von Bürokratie zu weisen, ist ohne Zweifel legitim. Auch der Ansatz, eine Experimentierklausel einzuführen, nach der Verwaltungsträger zeitlich begrenzt von der Anwendung bestimmter Standards befreit werden können, ist grundsätzlich tragfähig, wie die vorhandenen Experimentierklauseln und insbesondere die mit dem Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21.06.2005 eingeführten Klauseln über Abweichungen auf der Landesebene in § 13 GewO und § 32 GastG zeigen.

Die gegenständliche Reichweite der Möglichkeit der Abweichung von landesrechtlichen Standards, darunter auch landesgesetzlichen Standards, wird jedoch in dem Gesetzentwurf kaum eingegrenzt. Der zentrale Begriff der Standards wird kaum definiert. Einen Vorbehalt für die Rechte Dritter gibt es, anders als in den ähnlichen Regelungen anderer Länder, nicht, aber auch dieser ließe die Ermächtigung inhaltlich sehr weit und offen. Deshalb bestehen erhebliche Bedenken, ob der Inhalt des Gesetzentwurfs mit dem allgemeinen Parlamentsvorbehalt vereinbar ist. Außerdem ist fraglich, ob die (offenbar) vorgesehene Entscheidungsform des Verwaltungsakts für alle möglichen Fälle der Befreiung von rechtlichen Standards ausreicht, und ob eine Genehmigungsfiktion in allen Fällen verfassungskonform ist.

Für weitere Erläuterungen im Rahmen einer Anhörung stehe ich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[gez. Tobias Thienel](#)

Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht