DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

65. Jahrgang
März 2014
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2014003

3/2014

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Jürgen Vahle
As Time Goes By

Eckart Wehser
Polizeiliches Abschleppen verkehrszeichenwidrig in der Fußgängerzone geparkter KfZ

Alfred Scheidler
Der Ablauf der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitungen

Thomas Kulle
Die Großeltern Adam und ihre Enkelin

Rolf Schönlau
Ratssitzung in Zofflingen

Volker Lohse
Kampf der B-Zeitung

Rechtsprechung

Stadtrechtsdirektor im Auftrage

Haushaltsmittel für die Ratsfraktionen

Bauordnungsverfügung über die Entfernung von Möbeln aus einem Treppenraum

Die unendliche Geschichte der Straßenreinigung in Brandenburg

Keine Belehrungspflicht bei Atemalkoholtest

Verkauf eines mangelhaften Grundstücks durch die Gemeinde

Private Nutzung von Sozialdaten durch Mitarbeiter in Jobcenter

Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

Aus unserer DVP-Schriftenreihe für Sie!

Wolfgang Frings/Lothar Spahlholz

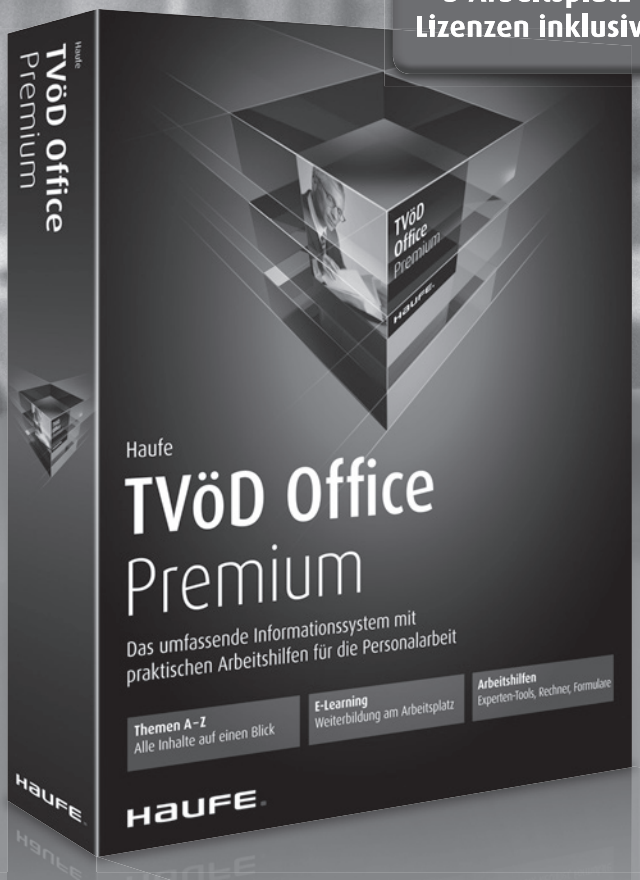
Das Recht der Gefahrenabwehr in Nordrhein-Westfalen

Seit dem Erscheinen der zweiten Auflage haben sich im Recht der Gefahrenabwehr und im Allgemeinen Verwaltungsrecht zahlreiche Änderungen ergeben, z.B. durch den Wegfall des Widerspruchsverfahrens vor Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage oder die Neufassung des Landeszustellungsgesetzes.
Diese und zahlreiche weitere Änderungen wurden in die jetzt vorliegende dritte Auflage eingearbeitet, so dass der Band dem derzeitigen Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung entspricht.
Das Buch richtet sich in erster Linie an die Studierenden der Studieninstitute für kommunale Verwaltung, des Instituts für öffentliche Verwaltung sowie der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen, aber auch an die in der Verwaltungspraxis mit Aufgaben der Gefahrenabwehr befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.
Zur optischen Verdeutlichung bestimmter Probleme oder Zusammenhänge wurden zahlreiche Schaubilder in den Text eingearbeitet. In einem Anhang wurden verschiedene Prüf- und Aufbauschemata, Musterfälle und Musterverordnungen aufgenommen, die für die Fallbearbeitung hilfreich sind und den Bezug zur Praxis herstellen.

3., überarbeitete Auflage
268 Seiten · 17 x 24 cm
EUR (D) 29,90
ISBN 978-3-7869-0834-0

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-01 | Fax 040/70 70 80-324 | vertrieb@dvp-digital.de. **www.dvp-digital.de**

3 Arbeitsplatz-Lizenzen inklusive!



Nur das Beste für Ihre TVöD-Personalarbeit

Mit dem neuen Haufe TVöD Office Premium nutzen Sie eine **einzigartige Informations- und Weiterbildungslösung** rund um Ihre Personalarbeit.
Nur das Beste für Sie:

- umfassende Praxisbeiträge und Kommentare zu Tarifrecht, allgemeinem Arbeitsrecht, Personalvertretungs- und Sozialrecht, Entgeltabrechnung und Personalmanagement
- 20 fachspezifische Online-Seminare und 4 qualifizierte e-Trainings
- zahlreiche praktische Arbeitshilfen

Jetzt 4 Wochen kostenlos testen:
Tel. 0800 72 34 248 (kostenlos)

www.haufe.de/tvoed-premium HAUFE.

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
65. Jahrgang 3/2014

Groß im Kleinen

Der ZEIT-Autor *Heinrich Wefing* stellt in der Ausgabe vom 29. August 2013 im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegenüber dem ehemaligen Bundespräsidenten *Christian Wulff* die Frage, ob das Vorgehen der Staatsanwaltschaft „verbissen, kleinlich, unverhältnismäßig" sei. *Wefing* verneint die Frage, weil bei „Lappalien" ebenso genau hingesehen werden müsse wie bei „Großskandalen". Der Autor präzisiert diesen Satz einige Zeilen weiter, indem er „Machenschaften mit 800 Euro" mit solchen „mit 80.000 Euro" vergleicht. In der causa *Wulff* geht es um Folgendes: Filmproduzent *G.* soll für das Ehepaar Wulff bei einem Oktoberfestbesuch Kosten in Höhe von ca. 720 € übernommen haben. Im Gegenzug, so der Vorwurf, habe *Wulff* einige Monate danach, wie von *G.* erbeten, bei einem Vorstandsvorsitzenden (vergeblich) brieflich dafür geworben, der Konzern möge einen Film von *G.* unterstützen. Die Kosten des Ermittlungsverfahrens werden mittlerweile auf ein- bis zwei Millionen Euro geschätzt (*Hannoversche Allgemeine Zeitung*, 23./24. März 2013; DIE ZEIT, a.a.O., mutmaßt „bis zu vier Millionen"). Selbstverständlich kann man den Standpunkt des *ZEIT*-Autors teilen und die äußerst aufwändigen Recherchen der Staatsanwälte als Fleißarbeit loben: Kleinvieh kann bekanntlich auch Mist machen und ein ausdrückliches Verbot der Kleinlichkeit gibt es im deutschen Recht nicht.

Das mag sich auch das Jobcenter Unstrut-Hainich-Kreis in Thüringen gedacht haben. Hartz-IV-Bezieher hatten wegen zu geringer Hilfeleistungen geklagt, es ging um ca. 100 €. Die Klage wurde vom *Sozialgericht Nordhausen* bis auf einen Betrag von 15 Cent abgewiesen. Wegen dieses Restbetrages, er ergab sich aus Rundungsdifferenzen einzelner Hilfeleistungen, legte das Jobcenter Berufung ein. Das *Landessozialgericht Erfurt* hat diesen prozessualen Amoklauf gestoppt (Urteil vom 11. Februar 2013 – L 9 AS 430/09) und die Behörde zur Zahlung von „Missbräuchlichkeitskosten" (600 €) verpflichtet.

In beiden Fällen drängt sich der Eindruck auf, die Behörden hätten genauso gehandelt, wie von *Wefing* angedeutet: verbissen, kleinlich, unverhältnismäßig.

Dabei bietet das deutsche Recht etliche Handhaben, um „Lappalien" schnell und kostengünstig zu beerdigen. Beispielsweise können strafrechtliche Ermittlungsverfahren nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt werden (und werden es auch in über 80 Prozent, die staatsanwaltschaftliche Praxis ist also – anders als der Fall *Wulff* vermuten lässt – ansonsten recht großzügig), bei nur schwer aufklärbaren Zweifeln in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht kann sich die Verwaltung mit dem Bürger vergleichen (s. § 106 VwGO, § 55 VwVfG). Das Opportunitätsprinzip im Polizei- und Ordnungsrecht sowie im Bereich der Ordnungswidrigkeiten erlaubt eine flexible Vorgehensweise gegen Störer und (Bußgeld-)Täter. Vorschriften lassen sich im Übrigen vielfach so oder so auslegen, ohne dass sich sagen ließe, dass nur eine Alternative die allein richtige ist. Es entspricht dann dem gesunden Menschenverstand, nicht starrsinng auf einer Position zu verharren. Dennoch gibt es immer wieder Fälle, in denen Behörden einen Bürger jahrelang wegen Kleinigkeiten durch die Gerichtsinstanzen jagen. Das ist kein neuartiges Phänomen. *Schneider* (Recht und Gesetz, 1967, S. 114) berichtet von einem Fiskalprozess, der wegen 2,50 DM bis zum *Bundesgerichtshof* gegangen ist.

Über die Gründe für Behördenkleinlichkeit lässt sich im Wesentlichen nur spekulieren. Es mag Beamtinnen und Beamte geben, die ihre „Kunden" aus purer Lust am Quälen schikanieren, die Regel dürfte das aber nicht sein. Näher liegt es, dass manche Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter „ihre" Fälle persönlich nehmen und sich in einem Vorgang verbeißen. Zuweilen glauben Behörden, Rechtsfragen, seien sie auch völlig belanglos, höchstrichterlich klären lassen zu müssen. Bis die Sache dann beim „Höchstgericht" angekommen ist, hat sich der Fall vielleicht mehr oder weniger elegant erledigt. Bürger geben im jahrelangen Gerichtsmarathon manchmal auf, bei älteren Beteiligten kann ihr Ableben den Rechtsstreit beenden. Wenn z.B. das *Bundesverwaltungsgericht,* egal wie, entschieden hat, ist man die Verantwortung los und muss sich keine eigenen Gedanken mehr machen.

Derartige Überlegungen wird freilich keine Behörde zugeben, vielleicht sind die Motive ja auch edler. In einigen Fällen geht es vermutlich schlicht um (übertriebenes) betriebswirtschaftliches Denken („Wir haben nichts zu verschenken"). Der Vorschlag eines Oberbürgermeisters, die Geschenke (s)einer Stadt zum 90. Geburtstag von Gemeindebürgern einzusparen, dürfte in diese Kategorie fallen. Der Hauptausschuss hat die Entscheidung über den Sparvorschlag allerdings vertagt: Dem Sparwillen stehe die Sorge gegenüber, kleinkariert zu handeln. Es wäre schön, wenn dieser Gedanke auch bei anderen Verwaltungsentscheidungen eine Rolle spielen würde.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im März 2014/Inhaltsverzeichnis

Jürgen Vahle
As Time Goes By 91
Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob die „öffentliche Ordnung" im Polizeirecht ein unentbehrliches Schutzgut oder nur ein funktionsloses Relikt ist. Nach einer gängigen Definition umfasst die öffentliche Ordnung die „Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird." auch wenn diese Definition des Preußischen Oberverwaltungsgerichts bereits mehr als 80 Jahre alt ist, kann sie weiterhin als weitgehend zutreffend angesehen werden. Was aber umstritten ist, ist die Frage nach den Inhalten dieser Definition. Abgesehen von der Tatsache, dass die Gesetzgeber sich redlich bemüht haben, ungeschriebene Regeln durch geschriebenes Recht zu ersetzen, haben sich auch die „herrschenden Anschauungen" im Laufe der Zeit deutlich verändert.
Anhand von Beispielen aus Rechtsprechung und Literatur werden sowohl der Wandel der Anschauungen, als auch der Einfluss des Gesetzgebers und nicht zuletzt des Grundgesetzes auf den Inhalt dieses unbestimmten Rechtsbegriffs verdeutlicht. Überzeugende Beispiele, die z.B. die Rückkehr dieses Schutzgutes in das Polizeigesetz NRW im Jahre 2010 hätten notwendig erscheinen lassen, waren aber seinerzeit nicht erkennbar und sind auch inzwischen nicht aufgetreten. Es bleibt also bei der weitgehend symbolischen Bedeutung dieses Schutzgutes.

Eckart Wehser
Polizeiliches Abschleppen verkehrszeichenwidrig in der Fußgängerzone geparkter KfZ 96
Abschleppmaßnahmen gehören zum Standardrepertoire des Polizei- und Ordnungsrechts und wurden in unzähligen Einführungsbeiträgen und Lösungsskizzen problematisiert. Bei der im Ausgangsfall erfolgten Entfernung eines verbotswidrig abgestellten KfZ machten allerdings zwei Umstände den Standard- zu einem Problemfall mit weiterem Diskussionsbedarf: So war die erst kurz zuvor eingeführte Regelung der Unmittelbaren Ausführung des § 70a Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (MVSOG) noch vor Erlass der Urteile des VG Schwerin sowie des OVG Mecklenburg-Vorpommern überstürzt novelliert worden. Somit waren die Gerichte genötigt, sich nicht nur dem seit langem umstrittenen Verhältnis von Unmittelbarer Ausführung und Sofortvollzug zu widmen, sondern auch zu berücksichtigen, wie sich die Auslegung der unterschiedlichen Fassungen des § 70 a MVSOG auf künftige Abschleppfälle auswirken würde. Außerdem erwies sich die Zuständigkeit der Polizei zur Entfernung verkehrszeichenwidrig abgestellter KfZ angesichts der prinzipiellen Übertragung dieser Aufgabe auf die Straßenverkehrsbehörden als problematisch.

Alfred Scheidler
Der Ablauf der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess 102
Die Verwaltungsgerichtsordnung regelt die mündliche Verhandlung, die mit Recht als Kernstück des Verwaltungsprozesses bezeichnet wird, primär in den §§ 101 bis 105. Die mündliche Verhandlung hat vor allem zwei Aufgaben: einerseits dient sie der Sachverhaltsermittlung, andererseits soll sie das Ergebnis der Vorbereitung und Vorberatung soweit bekannt geben, dass die Beteiligten wissen, auf welche Fragen es nach Auffassung des Gerichts ankommt. Vor diesem Hintergrund erläutert der Beitrag Vorbereitung, Ablauf und wesentliche Grundsätze der mündlichen Verhandlung.

Peter Eichhorn
ABC-Glossar-XYZ 106
Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt. Erläutert werden die Themen „Bürokratische Macht", „Kompetenzen", und „Nonprofit-Organisationen".

Fallbearbeitungen

Thomas Kulle
Die Großeltern Adam und ihre Enkelin 108
Gegenstand dieser Fallbearbeitung aus dem SBG XII ist die Frage nach Anspruch auf und ggf. Höhe von Leistungen zum Lebensunterhalt für ein Ehepaar und die im Haushalt lebende 14-jährige Enkelin.

Rolf Schönlau
Ratssitzung in Zofflingen 116
In dieser Fallbearbeitung aus dem Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen geht es zunächst um die Zuständigkeitsverteilung zwischen allgemeinem Vertreter und ehrenamtlichem Vertreter bei der Abwesenheitsvertretung des Bürgermeisters, wenn eine Ratssitzung vorzubereiten und zu leiten ist. Außerdem ist zu klären, wer über die Aufnahme von Tagesordnungspunkten entscheidet und ob insoweit eine gesetzliche Verpflichtung besteht. Des Weiteren geht es um Organzuständigkeit und Mehrheiten bei Änderung der Hauptsatzung, sowie abschließend um öffentliche Bekanntmachungen, Erweiterung der Tagsordnung in der Ratssitzung sowie Zuständigkeitsverteilung zwischen Organen der Gemeinde.

Volker Lohse
Kampf der B-Zeitung 119
Diese Klausur im Staats- und Verfassungsrecht befasst sich insbesondere mit dem Schutz der Pressefreiheit und dabei mit der Abwägung zwischen dem Schutz des Redaktionsgeheimnisses und dem Interesse eines Schriftstellers, über dort beobachtete Missstände in einem Buch berichten zu können. In einer Zusatzfrage geht es um die Bedeutung der Medien, speziell die von Presse und Rundfunk in der rechtsstaatlichen Demokratie.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Stadtrechtsdirektor im Auftrage
(BVerfG, Beschluss vom 28.12.2012 – 1 BvR 2620/11) 123

Haushaltsmittel für die Ratsfraktionen
(BVerwG, Urteil vom 05.07.2012 – 8 C 22/11) 123

Bauordnungsverfügung über die Entfernung von Möbeln aus einem Treppenraum
(OVG Münster, Beschluss vom 20.02.2013 – 2 A 239/12) 124

Die unendliche Geschichte der Straßenreinigung in Brandenburg
(VG Potsdam, Urteil vom 26.09.2013 – 10 K 2786/12) 126

Keine Belehrungspflicht bei Atemalkoholtest
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.04.2013 – (2 B) 53 Ss – Owi 58/13 (55/13)) 127

Verkauf eines mangelhaften Grundstücks durch die Gemeinde
(OLG Nürnberg, Urteil vom 07.01.2013 – 4 U 585/12) 128

Private Nutzung von Sozialdaten durch Mitarbeiter in Jobcenter
(SG Frankfurt/ M., Urteil vom 11.10.2012 – S 15 AL 510/10) 128

Schrifttum 131

Die Schriftleitung

Jürgen Vahle*

As Time Goes By

– Die „öffentliche Ordnung" im Polizeirecht: unentbehrliches Schutzgut oder funktionsloses Relikt? –**

A. Einleitung

Die „öffentliche Ordnung" gehört neben der „ öffentlichen Sicherheit" zu den tradierten Schutzgütern des Polizei- und Ordnungsrechts. Nach der Definition des *Preußischen Oberverwaltungsgerichts (PrOVG)*[1] – umfasst die öffentliche Ordnung die „Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird." Es liegt in der Natur der unbestimmten Rechts- oder Wertungsbegriffe, wie hier „öffentliche Ordnung", dass sie erhebliche Interpretationsspielräume bieten. Schon per definitionem variieren die ungeschriebenen Regeln nach Ort und insbesondere Zeit. Die Rocklänge der Frauen sowie ihre Dekolletés wurden um 1900 strenger beurteilt als in den „Goldenen Zwanzigern", deren Freizügigkeit 1933 wiederum durch – staatlich verordnete – Schicklichkeitsgebote („Die deutsche Frau raucht nicht") abgelöst wurde. Es kann aber um Wichtigeres gehen als um Kleiderfragen.

„Nach überkommener Auffassung stellt die Verletzung des allgemeinen patriotischen Empfindens durch parteipolitische und sonstige Meinungsäußerungen eine Störung der öffentlichen Ordnung dar." Dieser Satz steht in dem Lehrbuch „Gefahrenabwehr" von *Drews/Wacke/Vogel/Martens.*[2] Er ist aber ein – schon im Anschlusssatz kritisiertes – Zitat aus einem Kommentar des Jahres 1932.[3] Für Leserinnen und Leser des Jahres 2014 wirkt eine solche Aussage wie von einem fremden Planeten. Sie zeigt aber, wie eine Rechtsordnung mittels „offener" Wertungsbegriffe pervertiert werden kann. In einer Entscheidung des *PrOVG* aus dem Jahre 1938[4] heißt es: „Der Kreis der von der Polizei zum Schutze der Volksgemeinschaft im Interesse der öffentlichen Ordnung zu wahrenden Belange hat sich nach nationalsozialistischer Auffassung erheblich erweitert." Wie erheblich diese Ausweitung war, belegt ein Urteil des *Badischen Verwaltungsgerichtshofs (VGH),* in dem das das polizeiliche Verbot eines Frauenbundes der evangelischen Kirche wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung bestätigt wurde.[5]

Die Definition des *PrOVG* ist mit nur geringen Modifikationen auch heute noch gültig. Einige Gerichte nehmen explizit Bezug darauf.[6] Das Land Sachsen-Anhalt hat sie, angereichert um den „Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung" in das Gesetz über öffentliche Sicherheit und Ordnung übernommen (§ 3 Nr. 2). Der Status der „öffentlichen Ordnung" scheint indessen instabil. 1994 wurde das Schutzgut beispielsweise in Niedersachsen abgeschafft[7]; mittlerweile hat es aber erneut seinen Platz im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefunden (§ 2 Nr. 1 a). In Nordrhein-Westfalen musste die Polizei 20 Jahre ohne die „öffentliche Ordnung" zurechtkommen, bis die „Ordnung" im Rahmen einer Polizeirechtsnovellierung 2010 wieder in die Aufgabenzuweisung und die Generalklausel aufgenommen wurde. Je nach politischer Mehrheit kann sich der Trend jederzeit wieder zu Ungunsten der „öffentlichen Ordnung" drehen.

B. Anwendungsfelder

Die nachfolgende Zusammenstellung ist in einen „Altkomplex" und in „aktuelle Anwendungsfelder" gegliedert. Die zeitliche Zäsur (2000) ist fraglos etwas willkürlich. Eine gewisse sachliche Rechtfertigung liefert das Prostitutionsgesetz – ProstG – (2001), das einen Wandel bei der Beurteilung nicht nur hinsichtlich der „Gewerbsunzucht", sondern auch anderer gewerblicher Veranstaltungen mit sexuellem Charakter ausgelöst hat.

I. Rechtsprechung und Literatur im Zeitraum 1950 bis 2000

Zahlreiche Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und und Beispiele der Polizeirechtsliteratur befassen sich mit dem „äußeren Anstand" sowie der Sexualität in einem umfassenden Sinne.[8] Besonders kritisch beurteilten die Richter gewerbliche Veranstaltungen, deren „Gesamtcharakter durch die kommerziell motivierte Anstachelung primitiver sexueller Instinkte der Zuschauer" geprägt werde.[9]

1. Moral

„Die sittliche Ordnung will, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist." Mit Sätzen dieses Kalibers hat der *BGH* im Jahre 1952[10] den Kurs für die straf- und polizeirechtliche Beurteilung sexueller Vorgänge vorgegeben. Das Zusammenleben unverheirateter Personen (sog. Konkubinat) verstieß nach verbreiteter Ansicht damit auch gegen die öffentliche Ordnung i. S. des Polizei- und Ordnungsrechts. Erst recht galt dies nach Ansicht der Verwaltungsgerichte bei „gewerbsmäßiger Unzucht" (Prostitution).

---

* Prof. Dr. *Jürgen Vahle* lehrt an einer Fachhochschule in NRW.

** Der Beitrag ist mit freundlicher Genehmigung des Maximilian-Verlages der Festschrift „Recht – Verwaltung – Veränderung" zu Ehren des Chefredakteurs der DVP, *Werner Finke,* entnommen und nur an wenigen Stellen geändert/aktualisiert worden.

1 Urt. v. 9. 11. 1933 – PrOVG 91, S. 139, 140.

2 9. Aufl. 1986, S. 260.

3 *Drews/Lassar,* in: M. von Brauchitsch, Preußische Verwaltungsgesetze, II 1. Halbband, 22. Aufl., § 14 Anm. 10

4 JW 1938, S. 3004.

5 RVBl. 1938, S. 1047.

6 S. z. B. *VG Arnsberg,* Urt. v. 30. 11. 2001 – 3 K 1647/00.

7 S. hierzu *Ipsen,* Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 111, S. 53.

8 So die Überschrift eines Abschnitts in *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 2), S. 253.

9 *VGH München,* NVwZ 1984, S. 254.

10 Eine Mutter hatte dem Verlobten ihrer Tochter gestattet, bei dieser zu „nächtigen". Der Senat sah in dem nächtlichen Beisammensein einen Fall von „Unzucht". Folglich hatte sich die Mutter wegen Kuppelei strafbar gemacht (BGHSt. 6, S. 46).

Mit spürbarer Entrüstung weist das *OVG Münster* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1954[11] darauf hin, dass der Betrieb eines Bordells ein Angriff auf den ethischen Gehalt der Ehe und die Ordnung der Familie sei. Mildernde Umstände gab es nicht: „In jedem Fall" – so ein Beschluss des *OVG Lüneburg* aus dem Jahre 1973 – sei der Betrieb eines Bordells eine Störung der öffentlichen Ordnung.[12]
Ein Gastwirt, der seinen Betrieb so anlegte und führte, dass er günstige Bedingungen für die Anbahnung von geschlechtlichen Beziehungen zwischen Prostituierten und ihren Kunden bot, leistete folglich der „Unsittlichkeit" i. S. des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG Vorschub.[13]

2. Gewerbliche Veranstaltungen/Zurschaustellungen

Damenring- und –boxkämpfe waren bzw. sind ein beliebtes Dauerstreitthema und haben die Verwaltungsjustiz über Jahrzehnte hinweg beschäftigt. Für das *PrOVG* waren derartige „sportliche" Darbietungen eindeutig sittenwidrig.[14] *Hans*[15] sieht in Damenringkämpfen einen Angriff auf die öffentliche Ordnung zumindest dann, wenn die Damen in „anstößiger Kleidung" ringen. Der *VGH Mannheim*[16] erachtete solche Schaukämpfe ebenfalls als unvereinbar mit der öffentlichen Ordnung
Sofern die ringenden Damen dezent gekleidet waren, fanden sie immerhin Gnade in den Augen des *VGH Stuttgart.*[17] Die Oberrichter hielten das Damenringen allerdings für in hohem Maße geschmacklos und erwiesen sich zudem als Kenner des Frauenkörpers („weil sich der weibliche Körper zu echten sportlichen Ringkämpfen nicht eignet"). Großzügiger wurde über Striptease geurteilt; sogar in Kleinstädten stelle er keine Verletzung der öffentlichen Ordnung dar.[18] Allerdings durften keine „zu scharfen Zutaten"[19] verwendet werden.[20]
Bundesweit bekannt geworden sind die Rechtsstreitigkeiten um die sog. Peep-Shows, die heute allerdings in der Versenkung verschwunden sind. Nach widerstreitenden Urteilen der Instanzgerichte fällte das *Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)* in mehreren Grundsatzentscheidungen das Verdikt der Sittenwidrigkeit.[21] Auch technische Varianten der Peep-Shows – so z.B. die sog. Video-Telefon-Peepshow – teilten das rechtliche Schicksal des Grundmodells.[22]
Dem Einwand, der verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmung der Darstellerinnen werde nicht hinreichend Rechnung getragen, traten die Verwaltungsgerichte energisch entgegen.[23] *Drews/Wacke/Vogel/Martens* konstatierten allerdings 1986, dass die Rechtsprechung von „zunehmender Freizügigkeit der Anschauungen und Verhaltensweisen Zeugnis ablege.[24]

3. Obdachlosigkeit, Suizid

Lange Zeit wurde Obdachlosigkeit als Störung der öffentlichen Ordnung angesehen.[25]
Auch der „Selbstmord"[26] verstößt nach der älteren Polizeiliteratur, „wider die öffentliche Ordnung"[27],weil er in die Öffentlichkeit „ausstrahle".[28] Durch die Bezugnahme auf Vorschriften über die Unterbringung psychisch kranker Personen wurde zudem nahe gelegt, dass ein „Selbstmörder" nicht Herr seiner Sinne ist.[29]

4. Miscellanea

In einem Lehrbuch aus den Sechzigerjahren[30] werden folgende Verhaltensweisen als Verstöße gegen die „öffentliche Ordnung" genannt:

- Ein Zahnarzt aus einer Großstadt hat („vor wenigen Jahren", also um 1960) ein Grundstück in einem kleinen sauerländischen Ort erworben und darauf ein Sommerhaus gebaut. Einheimische beobachten ihn, wie er sonntags auf seinem Grundstück kleine Bäume pflanzt, und zeigen ihn. Der Arzt wird wegen Störung der Sonntagsruhe verurteilt. Zu Recht, wie *Schleberger* meint, der immerhin konzediert, „heute" (1967) könne man das nicht mehr als einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bezeichnen.[31]
- Ein Paar veranstaltet ein Happening gegen das Weihnachtsfest; hierbei posieren beide nackt vor einer großen Zuschauermenge und gehen mit einem (später geschlachteten) Schwein ins Bett (das Ekel erregende Spektakel wird in dem betreffenden Lehrbuch mit viel Liebe zum Detail geschildert).[32]
- Ein Mädchen geht im Sommer im Park einer Kleinstadt im Bikini spazieren[33] (in einer Großstadt hätte der Autor dasselbe Verhalten offenbar akzeptiert).

Auch nach *Prümm/Sigrist* [34] geht es in den Großstädten zügelloser zu als in der Provinz: „In Berlin kann es durchaus im Rahmen der öffentlichen Ordnung liegen, im ‚Tiergarten' nackt spazieren zu gehen, während dies in Bernau der öffentlichen Ordnung widersprechen kann."
Beliebt ist auch der Vergleich der (Un-)Sitten auf der Hamburger Reeperbahn mit den (angeblichen)Moralvorstellungen in bayerischen Dörfern und Kleinstädten, z. B. Oberammergau.[35]

II. Aktuelle Anwendungsfelder (ab 2000)

In Bezug auf die „Prostitution" hat sich seit der Jahrtausendwende eine liberalere Anschauung durchgesetzt. Im Gegensatz zur überkommenen Rechtsprechung[36] urteilte das *VG Berlin* – im Vorgriff auf das ProstG –, dass „Unsittlichkeit" i. S. des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG jedenfalls dann nicht vorliege, wenn die Prostitution von Erwachse-

11 OVGE 8, S. 320.
12 NJW 1974, S. 820; ebenso *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau,* Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1972, § 1 OBG Rdnr. 40 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des *OVG Münster* v. 6. 10. 1970 – IV A 722/69.
13 *BVerwG,* NVwZ 1991, S. 373, 374; NJW 1976, S. 986; s. auch *VGH Bad.-Württ.,* GewArch 1996, S. 209.
14 OVGE 91, S. 139.
15 *Schaeffers* Grundriss, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1976, S. 70 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des *VG Karlsruhe,* DÖV 1949, S. 476.
16 VerwRspr. 2, S. 71.
17 DVBl. 1950, S. 26; s. auch *VGH München,* NVwZ 1984, S. 254.
18 *BVerwG,* GewArch 1982, S. 139.
19 *Lohse,* Polizeirecht im Saarland, 1973, S. 72.
20 *VGH Mannheim,* GewArch 1971, S. 203 u. 255.
21 NJW 1982, S. 664; NJW 1996, S. 1423; krit. z. B. *Discher,* JuS 1991, S. 642.
22 *OVG Hamburg,* NVwZ-RR 1993, S. 293.
23 *BVerwG,* NJW 1992, S. 665; s. auch *OVG Nds.,* GewArch 1995, S. 109.
24 Fn. 2, S. 257. Leicht resignativ klingt die weitere Feststellung, mittlerweile begegne den Richtern (in Verwaltungsstreitverfahren) die „Servierin mit unbekleidetem Oberkörper" ebenso wie die „völlig nackte Barfrau".
25 S. z. B. *Oetelshoven,* Polizei- und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 1971, S. 30; *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau* (Fn. 12), § 1 OBG Rdnr. 40.
26 Der Wortteil „mord" ist irreführend, weil die Selbsttötung – ebensowenig wie die hierbei geleistete Beihilfe – nach deutschem Recht nicht strafbar ist.
27 *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau* (Fn. 12), § 1 OBG Rdnr. 40.
28 *Drews/Wacke,* Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961, S. 79.
29 S. z. B. *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau* (Fn. 11), § 1 OBG Rdnr. 40: „(vgl. dementsprechend § 11 PsychKG").
30 *Schleberger,* Ordnungs- und Polizeirecht, 5. Aufl. 1967.
31 Fn. 30, S. 38.
32 *Schleberger* (Fn. 30), S. 38.
33 *Schleberger* (Fn. 30), S. 37.
34 Allgemeines Sicherheits-und Ordnungsrecht, 1997, Rn. 40, S. 40.
35 *Mussmann,* Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 1992, Rn. 153, S. 116.
36 S. Fn. 11 u. 12.

nen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt werde.[37] Etwas später hat der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* die selbständig ausgeübte Prostitutionstätigkeit als Erwerbstätigkeit i. S. der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 50 EG= Art. 56, 57 AEUV) eingestuft.[38]
Diese Bewertung hat Einfluss auf andere „Freizeitvergnügen" auf sexuellem Gebiet:
Wenn die Prostitution nicht mehr per se unsittlich ist, kann für „Partnertausch, Gruppensex und die Beobachtung des Geschlechtsverkehrs durch andere Teilnehmer der Party" (= sog. Swingerclubs) nichts anderes gelten.[39]
Ein Kuriosum am Rande blieb demgegenüber der (dreiste, aber konsequente) Versuch eines Bordellbetreibers, die Vermittlungsdienste der Bundesagentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen. Das *Bundessozialgericht* beharrte auf dem Standpunkt, Prostitution sei auch nach Inkrafttreten des ProstG kein Beruf wie jeder andere; die Behörde sei deshalb nicht verpflichtet, Prostituierte als Arbeitnehmerinnen zu vermitteln.[39a] Steuerrechtlich ist man schon weiter: Selbständig tätige Prostituierte müssen Gewerbesteuer zahlen.[40]

Der „alte" Ordnungs-Kanon von Rechtsprechung und Literatur ist im Übrigen etwas entrümpelt und den neuen Zeiten angepasst worden. Das „Handbuch für die Ortspolizeibehörden Baden-Württemberg" von *Huttner* aus dem Jahre 2005[41] beispielsweise listet folgende Fallgruppen auf:

1) nacktes Herumlaufen („Flitzen", „Blitzen")
2) Störung eines Beerdigungszeremoniells
3) Behinderung von Hilfsmaßnahmen durch Schaulustige nach einem schweren Unglück
4) „Zwergenweitwerfen" (bei diesem „Spaß" im Diskotheken- Milieu lassen sich kleinwüchsige Menschen durch das Lokal werfen)
5) Zurschaustellen von Frauen hinter Gittern in einem Nachtclub[42]
6) „Damen-Schlamm-Catch oben ohne"
7) Peep-Shows
8) Betrieb eines „Laserdrome", bei dem die Teilnehmer mit Laserwaffen aufeinander schießen und so „Punkte" machen können. Auch die Verwaltungsgerichte haben derartige Veranstaltungen ganz überwiegend als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (= gute Sitten) bewertet.[43] Die europarechtlich garantierten Grundfreiheiten – freier Dienstleistungs- und Warenverkehr – stehen einem solchen Verbot nach Ansicht des *EuGH* nicht entgegen.[44]
9) Aggressives Betteln

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass Landstreicherei bis 1974 als strafbare Übertretung geahndet werden konnte (§ 361 StGB). In einem Lehrbuch des Jahres 1925[45] wird der Landstreicher als „arbeitsscheu" charakterisiert, dem ein „Hang zu ungeordnetem Leben" eigen sei. Landstreicher seien im Übrigen „weil fluchtverdächtig, vorläufig festzunehmen."

Diese Zusammenstellung findet sich – mit Variationen – in den meisten Lehrbüchern und Kommentaren zum Polizei- und Ordnungsrecht. Fallbeispiel 2 taucht zum Beispiel bei *Knemeyer*[46] als „Verspotten von Teilnehmern eines religiösen Umzugs" auf, Nr. 9 findet sich in der Version „Punks"bei *Ipsen.*[47] Zuweilen werden aber weitere Anwendungsfälle beigesteuert. *Roos*[48] nennt beispielsweise ein Schild an einer Gaststätte mit der Aufschrift „Nur für Deutsche". „Ultimate Fighting, eine Art Gladiatorenkampf, wird im Hinblick auf die darin liegende Tendenz zur Bejahung oder zumindest Bagatellisierung der Gewalt (auch) als Gefahr für die öffentliche Ordnung eingestuft.[49]

Schließlich hat die „öffentliche Ordnung" eine gewisse Renaissance im Versammlungsrecht erlebt. Die Zurschaustellung rechtsextremer Anschauungen – verbunden mit an sich nicht (strafrechtlich) verbotenen, aber einschlägigen Symbolen, insbesondere der Reichskriegsflagge – wird beispielsweise vom *OVG Münster* als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung i. S. des § 15 VersG bewertet.[50] Das *BVerfG* tendiert in seinem Dauerzwist mit den *Münsteraner* Richtern allerdings zur Zurückhaltung: Eine bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung rechtfertige in der Regel nicht das Verbot oder die Auflösung einer Versammlung, sondern lediglich Auflagen.[51]

III. Kontroverse um die „öffentliche Ordnung"

Das Schrifttum lehnt das Schutzgut „öffentliche Ordnung" heute mehrheitlich ab oder befürwortet eine sehr restriktive Auslegung.[52] Hat sich ein Autor insoweit einmal festgelegt, bleibt es in der Regel dabei. Eine prominenteAusnahme bildet *Goetz,* der das Lager gewechselt hat und nach anfänglicher Ablehnung[53] nunmehr die Beibehaltung der „öffentlichen Ordnung" in den Gefahrenabwehrgesetzen bzw. ihre Rückkehr als „sachgerecht" einstuft.[54]

Befürworter und Kritiker tauschen seit Jahrzehnten im Wesentlichen dieselben Argumente aus.

37 DVP 2001, S. 174; zustimmend *Hösch,* GewArch 2001, S. 112; ebenso *Pöltl,* Gaststättenrecht, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 64 ff.; a. A. wohl *Pauly,* GewArch 2002, S. 217, 225.
38 NVwZ 2002, S. 321.
39 *BVerwG,* GewArch 2003, S. 122; *VGH München,* GewArch 2002, S. 296.
39a NJW 2010, S. 1627, 1629.
40 BFH, Beschl. v. 20. 2. 2013 – GrS 1/12.
41 3. Aufl., S.10.
42 S. bereits *VGH München,* NVwZ 1992, S. 76.
43 *BVerwG,* GewArch 2007, S. 247 u. NVwZ 2002, S. 598; *OVG NRW,* NWVBl. 2001, S. 94 u. NWVBl. 1995, S. 473; *OVG Rh.-Pf.,* GewArch 1994, S. 374; a. A. *BayVGH,* GewArch 1994, S. 98.
44 NVwZ 2004, S. 1471.
45 *Lehnert,* Kleines Strafrechts- Lehrbuch für Polizeibeamte, S. 221.
46 Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2000, Rn. 102, S. 64.
47 Fn. 7, Rn. 108, S. 52.
48 Die Polizei 2004, S. 281, 284.
49 *Müller,* NdsVBl. 2011,S. 62.
50 NJW 1994, S. 2909.
51 NJW 1985, S. 2395, 2398; aber auch NJW 2001, S. 1409, 1410; s. zum Streitstand *Haurand,* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 2010, S. 46; *Beljin,* DVBl. 2002, S. 15.
52 *Baumann,* Rückkehr zur öffentlichen Ordnung? Dissertation, Universität Bonn 2008.
53 Beispielsweise noch in der 13. Auflage (2001) seines Lehrbuchs Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 123, 127, S. 53, 55.
54 15. Aufl. 2012, § 5 Rn. 30, S. 39.

1. Pars pro toto der Anhänger der „öffentlichen Ordnung" sei *Ipsen*[55] angeführt. Für ihn

a) ist die Einbeziehung außerrechtlicher Standards im Recht nicht ungewöhnlich (Beispiel: „gute Sitten" in den §§ 138, 826 BGB);

b) greifen verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf mangelnde Bestimmtheit angesichts der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht durch;

c) ist nicht zu befürchten, dass Polizei- und Verwaltungsbehörden zwangsweise zweifelhafte Moralvorstellungen durchsetzen könnten, weil die Letztentscheidung den Verwaltungsgerichten obliegt;

d) liegen in der „Differenz zwischen (insbesondere durch Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetze) verbotenem und (kraft Polizei- und Ordnungsrechts) verbietbarem Verhalten nicht unbeträchtliche Chancen für den inneren Frieden der Gesellschaft."

2. Die Kritiker[56] monieren, dass die „öffentliche Ordnung" auf Ordnungsvorstellungen einer nicht näher bestimmten Mehrheit Bezug nehme und deshalb nicht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspreche. Eine derartige Verweisung dürfe die eigentlich gebotene demokratische Normsetzung nicht ersetzen. Im Hinblick auf die nur schwer fassbaren und letztlich subjektiv bestimmten Elemente sei ein Rückgriff auf dieses Schutzgut nur unter großer Zurückhaltung und nur in seltenen Fällen möglich. Es dürfte insbesondere regelmäßig kaum möglich sein, in einer pluralistischen Gesellschaft eine verlässliche Mehrheitsmeinung zu einem bestimmten Vorgang zu ermitteln.

3. Eine umfassende Stellungnahme zu allen Argumenten ist hier schon aus Platzgründen nicht möglich. Es soll daher nur auf ein – allerdings wesentliches – Problem eingegangen werden: die Ermittlung der (kraft Definition) maßgeblichen „herrschenden Anschauungen". Demoskopische Untersuchungen, die streng genommen nötig wären, werden (schon aus Kostengründen) in aller Regel nicht in Auftrag gegeben.[57] Die Verwaltungsgerichte überspielen dieses empirische Defizit, indem sie das (fiktive) Mehrheitsvotum aus den Wertmaßstäben des Grundgesetzes – insbesondere den Grundrechten – ableiten.[58]

Beispiele:

1) Laserspiele (sog. Laserdromes) werden als unvereinbar mit der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG), dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und sogar dem staatlichen Gewaltmonopol (Art. 20 GG) eingestuft.[59]
2) Die Veranstaltung eines sog. Zwergenweitwerfens verletzt – so das *VG Neustadt*[60] – die Menschenwürde.

Letztlich entscheiden damit die Wertvorstellungen der Richter über das, was noch akzeptabel ist und was nicht. Verbal wird zwar an der tradierten Definition der „öffentlichen Ordnung" festgehalten, in Wirklichkeit handelt es sich um Richterrecht. Die u. a. von *Ipsen*[61] gerühmte richterliche Kontrolle wird durch das moralische Empfinden von Richtern gesteuert.

IV. Notwendigkeit des Schutzgutes

In einem Punkt stimmen die Verfechter und die Gegner der „öffentlichen Ordnung" überein. Beide betonen, dass das Schutzgut angesichts der starken (und weiter wachsenden) Normierung der meisten Lebensbereiche an Bedeutung eingebüßt hat. Allerdings wird behauptet, man könne auf den Begriff nicht verzichten, weil er den Zweck erfülle, für neuartige Fälle ein Eingriffsinstrumentarium bereitzuhalten.[62]

Die Polizeirechtsliteratur sieht in ihrer Mehrheit jedoch keinen oder nur einen äußerst kleinen Bedarf für das Schutzgut, wie nachfolgende Zitate belegen: „nur geringe Bedeutung"[63];„überzeugende Beispiele – vielleicht mit Ausnahme des Rechtsextremismus – nicht erkennbar"[64]; „läuft weitgehend leer"[65];„rechtspraktische Erforderlichkeit … muss bezweifelt werden"[66]. Bei der Anhörung zur Novellierung des Polizeigesetzes von Nordrhein-Westfalen im Jahre 2010 war ein von der Landesregierung beauftragter Gutachter außerstande, ein für die Praxis bedeutsames Beispiel für die Notwendigkeit der „öffentlichen Ordnung" zu nennen.
Unter diesen Umständen wäre eine ausführliche Begründung für die „Rückkehr" der „öffentlichen Ordnung" in das nordrhein-westfälische Polizeirecht zu erwarten gewesen. Wer einen Blick in die amtliche Begründung[66a] wirft, wird jedoch eines Besseren belehrt. Es findet sich nur der recht vage Hinweis, die Polizei werde dadurch „legitimiert, im Einzelfall auch gegen belästigendes Verhalten in der Öffentlichkeit, das noch unter der Schwelle einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 116 ff. OWiG bleibt, einzuschreiten". Die zitierten Vorschriften normieren (so die Überschrift des Gesetzesabschnitts) „Verstöße gegen die öffentliche Ordnung" (!) und verbieten groben Unfug in allen möglichen und unmöglichen Formen (z. B. nächtliches Grölen, „Nacktjoggen", Fäkieren auf der Straße). Was unterhalb dieser Schwelle liegt, dürfte kaum des Aufhebens wert sein und schwerlich die Polizei oder die Ordnungsbehörden auf den Plan rufen.
Die meisten, vielleicht sogar alle in der Praxis bedeutsamen Ordnungsstörungen werden durch Rechtsvorschriften, insbesondere durch Ordnungswidrigkeitentatbestände, erfasst, die zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gehören.[67]

55 Fn. 7, Rn. 112–115, S. 53 f.
56 Etwa *Haurand* (Fn. 51), S. 44–46.
57 Vgl. zur Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Sittlichkeitsklauseln *Kahl,* VerwArch 2008, S. 451.
58 S. z. B. *OVG Münster,* NWVBl. 2001, S. 94 und 1995, S. 473.
59 Fn. 58.
60 NVwZ 1993, S. 98.

61 Fn. 7
62 So schon *Schleberger* (Fn. 30), S. 39; ähnlich *Lohse* (Fn. 19), S. 73 f.
63 *Belz/Elzermann,* Polizeigesetz des Freistaates Sachsen, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 16.
64 *Haurand* (Fn. 51), S. 47.
65 *Möller/Warg,* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 98, S. 63.
66 *Pieroth/Schlink/Kniesel,* Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2008, S. 138 Rn. 51.
66a Landtags-Drucks. 14/10089 zu § 1 PolG NRW.
67 *Tegtmeyer,* in: Fokus Europa, hrsg. von Hoebink, 2001, S. 177.

Beispiele:

1) Das Vorgehen gegen „Nacktjogger" und sonstige Nacktauftritte in der Öffentlichkeit lässt sich wegen Verstoßes gegen Rechtsvorschriften (§ 118 OWiG: Belästigung der Allgemeinheit, u. U. § 183 StGB: Exhibitionistische Handlungen) rechtfertigen.[68]

2) Das Aufbringen von Graffiti durch sog. Sprayer – ein gern zitiertes Beispiel für die Notwendigkeit der „öffentlichen Ordnung" – ist regelmäßig eine Straftat (§§ 303, 304 StGB) und damit eine Störung der öffentlichen Sicherheit. [69]

3) Die Kriegsflagge der kaiserlichen Marine (ohne Hakenkreuz) ist zwar kein (gem. § 86a StGB)verbotenes NS-Symbol, jedoch kann das Zeigen dieser Flagge im Zusammenhang mit entsprechenden politischen Parolen den Straftatbestand der Volksverhetzung (§ 130 Abs. 1 StGB) erfüllen[70] und damit die öffentliche Sicherheit verletzen.[71] Fehlt es hingegen an einem politischen Hintergrund, dürfte das bloße Zeigen der Flagge weder strafbar sein noch gegen die öffentliche Ordnung verstoßen.[72]

4) Das von *Roos* (s. o. II.) angeführte Beispiel des Schildes an einer Gaststätte mit der Aufschrift „Nur für Deutsche" – oder eine vergleichbare Äußerung gegenüber einer konkreten Person – ist ebenfalls kein Nachweis für die Notwendigkeit des Schutzguts „öffentliche Ordnung". Die Verwehrung des Zutritts zu einem öffentlichen Lokal kann den Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB) erfüllen.[73] Im Hinblick auf die darin liegende Diskriminierung bestünden auch erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Gastwirts i. S. des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG.

5) Problematische, auf Herabwürdigung von Menschen angelegte gewerbliche Veranstaltungen bzw. Zurschaustellungen lassen sich mit den Mitteln des Gewerberechts (s. z. B. § 33a GewO) in den Griff bekommen.

6) In vielen Gemeinden ist aggressives Betteln qua ordnungsbehördlicher Verordnung verboten und mit einer Geldbuße bedroht. Überschreitet jemand die Grenze des zulässigen sog. stillen Bettelns, verletzt er deshalb die öffentliche Sicherheit. Aggressives Betteln ist zudem in der Regel eine Ordnungswidrigkeit i. S. des § 118 OWiG.

Einige Politiker befürworten die Übernahme der US- amerikanischen und malaysischen Null-Toleranz -Strategie („zero tolerance") gegenüber Ordnungsstörern[74] in Deutschland. Das ist aber kein Beleg für die Notwendigkeit der „öffentlichen Ordnung". Nicht fehlende Rechtsvorschriften führen zu teilweise bedenklichen Zuständen in etlichen (Groß-)Städten, sondern mangelnder Durchsetzungswille bzw. Personal.

Wie so oft werden auch in dieser Diskussion Vollzugsdefizite mit Normdefiziten verwechselt. Im Übrigen ist die „bessere Welt"[75] nicht auf Kosten der grundrechtlich geschützten Freiheiten anderer zu verwirklichen. Eine „Null-Toleranz" und damit die einschränkungslose Durchsetzung von Ordnungsvorstellungen wäre mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar.

V. Fazit

Die weitaus meisten Störungen des Soziallebens sind durch Rechtsvorschriften verboten. Die jeweilige Norm legt das sozialethische Minimum verbindlich fest; auf die Missbilligung der Bevölkerung(smehrheit) kommt es dann nicht an. Ordnungs- und Polizeibehörden, die über dieses Minimum hinaus verpflichtende ungeschriebene Regeln postulieren, bewegen sich auf rechtsstaatlich dünnem Eis. In einer permissiv-pluralistischen Gesellschaft[76] gibt es nur wenige sozialethische Standards, die die Mehrheit als „unerlässlich" für ein „geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben" bewertet. Man mag die „drastische Senkung sexualethischer Maßstäbe bedauern."[77] Gesetzgeber und Justiz haben jedoch nicht die Aufgabe, diese Entwicklung zwangsweise zu beenden, sofern Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Polizei- und Ordnungsbehörden dürfen kein „verlängerter Arm gesellschaftlicher Kräfte"[78] sein, die bestimmte Wertvorstellungen durchsetzen wollen. Die Flucht in die Wertentscheidungen des Grundgesetzes ändert an diesem Problem nichts Grundlegendes. Es ist bezeichnend, dass nicht selten Leute, deren Menschenwürde die Sicherheitsbehörden schützen wollen, gegen diesen „Schutz" protestiert und sogar gegen „Schutzmaßnahmen" (z. B. Gewerbeuntersagungen) geklagt haben. Geradezu rührend mutet heute die Begründung des *OVG Lüneburg*[79] an, warum Bordelle eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen: „Wenn es nach Art. 6 GG Aufgabe der staatlichen Organe ist, Ehe und Familie zu schützen, so können sie nicht gleichzeitig anerkennen, dass ein gewerbsmäßig dem entgeltlichen unehelichen (!) Geschlechtsverkehr dienendes Unternehmen mit der öffentlichen Ordnung übereinstimmt". Das staatliche „Organ" Bundestag konnte das sehr wohl gleichzeitig anerkennen, wie das Prostitutionsgesetz beweist.
Die angeblichen Lücken, die die „öffentliche Ordnung" schließen soll, gab und gibt es in der Regel gar nicht. Unvorhergesehene Beeinträchtigungen des Gemeinschaftslebens, die nicht durch eine Rechtsvorschrift untersagt sind, die aber ein (sofortiges) Eingreifen der Polizei- und Ordnungsbehörden zum Schutz sozialethischer Standards erfordern, sind äußerst selten. Notfalls lässt sich eine solche „Lücke" durch Erlass einer Rechtsnorm schließen. Dabei sollte der jeweilige Normgeber sorgfältig prüfen, ob das fragliche Verhalten tatsächlich sanktioniert werden muss oder vielmehr in einer liberalen Gesellschaft zu tolerieren ist. Es könnte nämlich ein „Ausweis gereifter Demokratie" sein, dass „alles nicht expressis verbis Verbotene erlaubt ist."[80]

68 *OLG Karlsruhe,* NStZ 2001, S. 587; *VG Karlsruhe,* NJW 2005, S. 3658 mit Anmerkung von *Vahle,* DVP 2006, S. 259; anders der Begründungsansatz des *OVG Münster,* DÖV 1996, S. 1052= DVP 1997, S. 174: Gefahr für die öffentliche Ordnung.
69 *Fischer,* Strafgesetzbuch, 61. Aufl. 2014, § 303 Rn. 19
70 *Fischer* (Fn. 69), § 130 Rn. 9.
71 *OVG Münster,* NJW 1994, S. 2909.
72 *VGH Mannheim,* NJW 2006, S. 635.
73 *BayObLG,* GewArch 1983, S. 238.
74 S. hierzu *Volkmann,* NVwZ 1999, S 225; *Roos,* KR 1999, S. 611.
75 *Volkmann* (Fn. 74), S. 232.
76 Fn. 7, Rn. 114, S. 54.
77 Wie *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 2), S. 258.
78 *Wagner,* Kommentar zum Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen, 1987, § 1 Rn. 61.
79 Fn. 12.
80 *Basdorf/Harms/Mosbacher,* Kleines Strafrichter-Brevier von *Friedrich-Karl Föhrig,* 2008, S. 37.

Eckart Wehser*

Polizeiliches Abschleppen verkehrszeichenwidrig in der Fußgängerzone geparkter KfZ

– Zu einem ganz „einfachen Fall" im Bermuda-Dreieck zwischen Ersatzvornahme, Sofortvollzug und unmittelbarer Ausführung –[1]

Abschleppmaßnahmen gehören zum Standardrepertoire des Polizei- und Ordnungsrechts und wurden in unzähligen Einführungsbeiträgen und Lösungsskizzen problematisiert[2]. Bei der im Ausgangsfall erfolgten Entfernung eines verbotswidrig abgestellten KfZ machten allerdings zwei Umstände den Standard- zu einem Problemfall mit weiterem Diskussionsbedarf: So war die erst kurz zuvor eingeführte Regelung der Unmittelbaren Ausführung (UA) des § 70 a Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (MVSOG) noch vor Erlass der Urteile des VG Schwerin[3] sowie des OVG M-V[4] überstürzt novelliert worden[5]. Somit waren die Gerichte genötigt, sich nicht nur dem seit langem umstrittenen Verhältnis von UA und Sofortvollzug (SV) zu widmen, sondern auch zu berücksichtigen, wie sich die Auslegung der unterschiedlichen Fassungen des § 70 a MVSOG auf künftige Abschleppfälle auswirken würde. Neben dem problematischen Verhältnis der Institute von UA und SV erwies sich ferner die Zuständigkeit der Polizei zur Entfernung verkehrszeichenwidrig abgestellter KfZ angesichts der prinzipiellen Übertragung dieser Aufgabe auf die Straßenverkehrsbehörden als problematisch.

I. Die Urteile des VG Schwerin und des OVG M-V im Überblick

Den Entscheidungen beider Gerichte lag eine polizeilich veranlasste, von einem Privatunternehmer durchgeführte Abschleppmaßnahme aus einer durch Verkehrszeichen (VZ) 242 ausgewiesen Fußgängerzone mit anschließender Verwahrung des KfZ und Kostenerhebung zugrunde. Die verantwortliche Polizeidirektion (PD)[6] hatte den Halter durch „Ordnungsverfügung" vom 16.5.1999 vom Abschleppen seines PKW unterrichtet. Dieser erhob am 1.10.1999 eine (erste) Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der „Verfügung", ohne darin seine Fahrereigenschaft zu bestreiten, welche das *VG* rechtskräftig abwies[7]: Die Klage sei mangels des erforderlichen Feststellungsinteresses schon *unzulässig*, da keine Wiederholungsgefahr bestehe. Sie sei aber auch *unbegründet,* da das polizeiliche Vorgehen weder als Sicherstellung noch – mangels polizeilicher Vollzugszuständigkeit – als Ersatzvornahme, im Ergebnis aber als rechtmäßige UA gem. § 70 a (a. F.) MVSOG zu qualifizieren sei. Dies gelte jedoch nicht mehr für die Neufassung der Bestimmung, da eine – kostenpflichtige – Entfernung eines verbotswidrig abgestellten KfZ dem Willen des Betroffenen widersprechen würde. Damit sei ein Eingreifen des § 70 a (n. F.) MVSOG in vergleichbaren Fällen für die Zukunft ausschließen.

Dagegen gab das VG[8] der (zweiten) Klage des Halters vom 8.12.1999 gegen den *Leistungsbescheid* der PD (vom 30.8.in Form des Widerspruchsbescheids vom 8.11.1999) statt, mit der dieser sich gegen die Auferlegung der Abschleppkosten wandte: Für den Bescheid habe die für eine UA erforderliche Gebührenverordnung nach § 100 I, III (a. F.) MVSOG[9] i.V.m. § 2 I 1 Landesverwaltungskostengesetz (VwKostG) M-V[10] gefehlt. Auch der inzwischen in Kraft befindliche § 70 a II MVSOG[11], der eine entsprechende Anwendung der „*Kostenerstattungsvorschriften im Verwaltungsvollzug*" vorsah, sowie § 5 n. F. Verwaltungsvollzugskostenverordnung M-V (VwVKVO)[12], der die „*für die Ersatzvornahme geltenden Kostenansätze*" des § 4 VwVKVO auch für die UA als maßgeblich erklärt, hätten außer Ansatz zu bleiben, da ausschließlich der im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung geltende Rechtszustand zu berücksichtigen gewesen sei. Schließlich scheide eine analoge Anwendung der Neuregelung auf den vorliegenden „Altfall" mangels planwidriger Lücke aus. Die seitens der PD gegen das stattgebende Urteil eingelegte Berufung hatte Erfolg. Das OVG M-V[13] bestätigte im Gegensatz zur Vorins-

---

* Leitender Regierungsdirektor a. D. Dr. *Eckart Wehser* war Fachbereichsleiter an der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung u. Rechtspflege Güstrow

1 Vgl. *Schwabe,* Das Abschleppen aus Fußgängerzonen: Grundsatzprobleme eines „ganz einfachen" Falles, NVwZ 1994, 629.

2 Vgl. etwa *Becker,* Das Abschleppen verbotswidrig geparkter Fahrzeuge als Klausurproblem, JA 2000, 677; *K. Fischer,* Das polizeiliche Abschleppen von KfZ, JuS 2002, 446; *Hong,* Altes und Neues zum Abschleppen …, Jura 2012, 473; weit. Nw. bei *Götz,* Allg. POR, 15. A. 2012, § 14 Rdnrn. 25 ff.; *Schenke,* POR, 7. A. 2011, Rdnrn. 710 ff., *Würtenberger/Heckmann (WH),* Polizeirecht in BW, 6. A. 2005, Rdnrn. 810 ff.; *Schieferdecker,* Die Entfernung von KfZ als Maßnahme staatlicher Gefahrenabwehr, 1998.

3 Urt. v. 29.10.2002, Az 7 A 2542/99 bzw. Urt. v. 29.10.2002, Az 7 A 3093/99. – Beide Urteile unveröffentlicht.

4 Urt. v. 23.2.2005, LKV 2006, 225 f. = NordÖR 2005, 328 f.

5 Das MVSOG v. 4.8.1992 (MVGVBl S. 498 i.d.F.d.G. v. 25.3.1998, MVGVBl S. 335; nunmehr i.d.F.d.G.v. 9.5.2011, MVGVBl S. 247) stellt eine weitgehende Übernahme des im Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetz (SchlHLVwG i.d.F. v. 2.6.1992, GVOBl S-H, S. 243) enthaltenen Polizei- und Ordnungsrechts dar. – Die UA des § 70 a MVSOG wurde eingeführt gem. 1. ÄndG zum MVSOG v. 9.2.1998 (MVGVBl S. 126) „*in Anlehnung an bewährte identische Regelungen anderer Bundesländer*" aufgrund unbefriedigender Erfahrungen mit der Durchsetzung von *Kostenerstattungsansprüchen* gegenüber den durch „zwanglose" Sofortmaßnahmen gem. § 81 MVSOG Begünstigten (Begründung, LT-Dr MV 2/2468, S. 31). Da es aber offenbar auch mit Hilfe des § 70 a MVSOG nicht gelang, sämtliche „angepeilten" Eil- Fälle zu erfassen, gestattet § 70 a n. F. (2. ÄndG zum MVSOG v. 24.10.2001, MVGVBl S. 386) nur noch Maßnahmen, die dem „*tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen*" des Verantwortlichen entsprechen, um (nochmals) „*den Unterschied zum Vollzug zu verdeutlichen*". Auf diese Weise sollten (endgültig) „Mehreinnahmen" in Gestalt von Gebühren/Auslagen sicher gestellt werden (LT- Dr MV 3/2337 S. 3). – Demgegenüber hat Schl. H. die dort in § 174 a. F. SchlHLVwG geregelte UA abgeschafft, um frühere, mit der Doppelregelung aufgetretene Abgrenzungsschwierigkeiten abzustellen.

6 Nunmehr „Polizeipräsidium" gem. § 2 I MV Polizeiorganisationsgesetz i.d.F.d. Bekanntmachung v. 30.11.2010, MVGVBl S. 674.

7 O. Fn. 3 – Az 7 A 2542/99, S. 11 f. – Da das OVG im Urteilstatbestand als Datum den 29.10.2000 (statt 2002) angibt, könnte man fälschlich vermuten, der Gesetzgeber habe ggf. mit dem 2. ÄndG zum MVSOG (s. o. Fn. 5) auf das – vermeintlich – aus dem Jahre 2000 stammende Urteil reagiert.

8 S. o. Fußn. 3, Az 7 A 3093/99.

9 I.d.F.d.G. v.25.3.1998, MVGVBl S. 335. – § 100 inzwischen aufgehoben und ersetzt durch § 114 MVSOG gem. 2. ÄndG zum MVSOG.

10 V. 4.10.1991, MVGVBl S. 366: „Die einzelnen Amtshandlungen, für die Verwaltungsgebühren erhoben werden …, sind durch Verordnung zu bestimmen."

11 S. o. Fußn. 5. – Aufgrund des 5. ÄndG zum MVSOG vom 24.3.2011, MVGVBl S. 176, LT-Dr MV 5/3735 S. l, wurde auch § 70 a II wieder aufgehoben und die Kostenhaftung des Störers nunmehr in § 114 III 2. HS MVSOG neu geregelt.

12 Vom 9.10.2002, MVGVBl S. 726; nunmehr i.d.F. vom 28.3.2012, MVGVBl S. 106.

13 O. Fn. 4, Gründe II. 3.

tanz die Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheids. Die für die formelle Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelanwendung erforderliche polizeiliche *Vollzugszuständigkeit* folge aus dem „besonderen Charakter" der durch die VZ „verlautbarten Ge- und Verbote". Dementsprechend erkannte das Gericht die Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid in den für die Durchführung einer *Ersatzvornahme* maßgeblichen §§ 89, 100 (a. F.) MVSOG i.V.m. §§ 2 VerwKostG M-V, 4 VwVKVO, während es § 70 a MVSOG als Rechtsgrundlage für Abschleppmaßnahmen bei verbotswidrig abgestellten KfZ für unanwendbar erklärte.

In der Auseinandersetzung mit den erwähnten Urteilen werden nachfolgend Abschleppmaßnahmen „mit VZ" prinzipiell als Ersatzvornahme qualifiziert, der Polizei jedoch eine entsprechende Vollzugszuständigkeit abgesprochen (II.). Daran schließt sich die Frage an, ob die Polizei verbotswidrig abgestellte KfZ auf Grundlage einer *Sofortmaßnahme* abschleppen darf, wenn gegen ein VZ verstoßen wurde (III.). Der anschließende Abschnitt widmet sich der Entscheidung des *OVG MV*, das die durchgeführte Abschleppmaßnahme überraschend als sofortige Ersatzvornahme qualifiziert, obwohl mit dem VZ ein vollziehbarer Titel vorlag (IV.). Den Schluss bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse, wobei schon hier festzustellen wäre, dass der Gesetzgeber mit seinem Schlingerkurs bei Einführung des § 70 a MVSOG der Praxis eher neue Probleme bereitet hat, welche aufgrund der Ausführungen des *OVG* zu Auslegung und Abgrenzung dieser Bestimmung gegenüber dem SV nicht geringer geworden sind (V.).

II. Die Qualifikation des Abschleppens „mit VZ" als Ersatzvornahme im Regelvollzug

1. Der mit der Berufung angegangene Kostenbescheid kann nur Bestand haben, sofern die Abschleppmaßnahme auf der fehlerfreien Anwendung einer einschlägigen Rechtsgrundlage beruht[14]. Bei der Bestimmung der Rechtsgrundlage für die Entfernung verbotswidrig abgestellter KfZ herrscht aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers, welcher der Praxis bisher keine Standardmaßnahme zur Verfügung gestellt hat[15], verbreitete Unsicherheit[16], was zur Folge hat, dass die beteiligten Akteure identische Fallvarianten regelmäßig unterschiedlich beurteilen. So wurde denn auch im Ausgangsfall von der Sicherstellung (§ 61), über die Ersatzvornahme im gestreckten bzw. Sofortigen Vollzug (§§ 80 I bzw. 81 i.V.m. 89) bis zur UA des § 70 a MVSOG (fast) jede denkbare Lösungsmöglichkeit vertreten[17].
Nach verbreiteter Auffassung[18] handelt es sich schon beim „normalen" Ver- oder Umsetzen eines KfZ, zumindest aber beim anschließenden Verbringen zu einem Verwahrplatz[19] um eine Sicherstellung, die als Standardmaßnahme den Rückgriff auf die Vollzugsvorschriften erübrigen würde. Diese Annahme scheitert jedoch regelmäßig daran, dass die (Polizei-)Behörden mit der Inbesitznahme bzw. Verwahrung des KfZ weder die erforderliche alleinige Sachherrschaft darüber anstreben, noch den Eigentümer/Besitzer von den Einwirkungsmöglichkeiten ausschließen wollen[20]. Vielmehr muss, falls der Inhaber zum "Tatort" zurückkehrt und bereit ist, den PKW selbst zu entfernen, der Vorgang sogar abgebrochen werden. Damit kann das Abschleppen von KfZ prinzipiell nicht als Sicherstellung betrachtet werden[21].

2. Stattdessen liegt für die Entfernung verkehrszeichenwidrig abgestellter KfZ die Qualifikation als Ersatzvornahme (im Regelvollzug) nahe: Die Behörde verfügt mit dem im VZ (242) enthaltenen *Wegfahrgebot*[22] über den erforderlichen, gem. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO (analog) vollziehbaren Titel, der nach §§ 41, 43 VwVfG MV in dem Moment wirksam wird, in dem der Fahrer in den Geltungsbereich des VZ gelangt und damit die Möglichkeit zu dessen Kenntnisnahme erhält[23]. Somit handelt es sich beim Abschleppen „mit VZ" um den „Normalfall" eines im Wege der Ersatzvornahme zu vollziehenden Verwaltungsaktes mit der einzigen Besonderheit, dass angesichts der mit dem Verkehrsverstoß bereits eingetretenen Störung die ansonsten erforderliche Androhung entfällt (§§ 87 I 2, 80 II MVSOG)[24].

3. Damit bliebe für die Qualifikation der (Abschlepp-)Maßnahme als *insgesamt* rechtmäßiger Ersatzvornahme „lediglich" die in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers beurteilte Frage zu klären, ob die Polizei für den Vollzug des Wegfahrgebots zuständig ist. Im Grundsatz bestimmt das Landesrecht darüber, welche Stelle als „Straßenverkehrsbehörde" i.S.d. §§ 45 1, 44 I 1 StVO die VZ aufstellt und vollzieht[25]. Entsprechend der Vorgabe des Art. 70 II 1 Landesverfassung MV[26], wonach Zuständigkeiten der öffentlichen Verwaltung durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, überträgt § 82 MVSOG (= § 7 I BVwVG) der Ausgangsbehörde wegen ihrer Sachnähe den Vollzug der von ihr erlassenen Verwaltungsakte. Somit sind die für die Aufstellung von VZ zuständigen Landräte bzw. Oberbürgmeister der

14 *WH* o. Fußn. 2, Rdn. 911; *Schenke* o. Fußn. 2, Rdnrn. 699, 703; *Götz* o. Fußn. 2, § 14 Rdn. 27; *OVG MV,* Urt. v. 17.9.2003, Az 3 L 196/99 – juris: Ein Kostenerstattungsanspruch besteht nur für eine rechtmäßige Ersatzvornahme; *OVG Hmb,* NVwZ-RR 2010, 263.

15 Eine gesetzliche Regelung sehen neuerdings § 22 II Thür. OBG sowie § 14 I S. 2 Hmb SOG vor: „Ein verbotswidrig abgestelltes … Fahrzeug wird i.d.R. sichergestellt, wenn es die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt oder eine Gefährdung … anderer Verkehrsteilnehmer nicht auszuschließen ist und der … Gefahr nicht mit einer Umsetzung … begegnet werden kann", dazu *OVG Hmb,* NVwZ–RR 2009, 995; *Waldhoff,* JuS 2010, 279.

16 Vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs,* VwVfG, 7. A. 2008, § 35 Rdn. 33.

17 Das *VG Schwerin* (Az 2542/99), S. 11, zitiert zusätzlich den sog. beschleunigten oder „abgekürzten" Vollzug des § 80 II MVSOG, dazu etwa *Poscher/Rusteberg,* JuS 2012, 27, 30; *Wehser,* LKV 2003, 253 ff.

18 In diesem Sinne etwa *Schoch,* Polizei- und OrdnungsR in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besond. VerwR, 14. A. 2008, Rdn. 240; *Götz* o. Fußn. 2, § 8 Rdn. 60, § 14 Rdn. 36.

19 Vgl. etwa *Pieroth/Schlink/Kniesel* (PSK), Polizei- und OrdnungsR, 7. A. 2012, § 19 Rdn. 4; *Gusy,* Polizei- und OrdnungsR, 8. A. 2011, Rdnrn. 290 ff.

20 Vgl. *WH* o. Fußn. 2, Rdn. 814 ff.; *Rachor* in Lisken/Denninger, Hdb. des PolR, 5. A. 2012, E Rdnrn. 668, 733.

21 So auch das *VG Schwerin* o. Fußn. 17, S. 10 f.: Es sei weder *„auf die Sache noch von der Sache"* eine Gefahr ausgegangen, welche die Beendigung des bisherigen Gewahrsams durch die Begründung eines öffentlich–rechtlichen Verwahrungsverhältnisses erforderlich gemacht habe. Ferner *OVG MV* o. Fußn. 4, Gründe II.2.

22 Etwa *OVG NRW,* NJW 1982, 2217. – Dazu, dass insoweit durchaus Unterschiede zwischen einer durch VZ 242 ausgewiesenen Fußgängerzone und dem normalen Halteverbotsschild (Z 282) existieren vgl. *Seidel/Reimer/Möstl* (SRM), Besond. VerwR, 3. A. 2009, 218: Die Frage der Nutzung einer Fußgängerzone als Parkplatz betrifft die mit der Widmung vorgenommenen Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und unzulässiger Sondernutzung. Das VZ 242 enthält also prinzipiell keine zusätzliche straßen-*verkehrsrechtliche* Anordnung, es verweist nur auf die *straßen*-rechtliche Beschränkung des Gemeingebrauchs.

23 BVerwG, stdge. Rspr. seit BVerwG E 27, 181, 184; vgl. ferner OVG SH, NVwZ-RR 2003, 647; *Fischer,* JuS 2002, 446; *Schieferdecker* o. Fußn. 2, 39 ff., 46 ff.; *Hong,* Jura 2012, 473, 475 f.

24 *Denninger* in Lisken/Denninger o. Fußn. 20, D Rdn. 158; vgl. ferner *Rachor* o. Fußn. 20, E Rdnrn. 733 f., *Kämmerer/Martini,* JA 2002, 955; *Klein,* JA 2004, 544; *WH* o. Fußn. 2, Rdnrn. 821 f.; *Muckel,* NWVBl 2004, 285; *Gersdorf,* NVwZ 1995, 1086; *Michaelis,* Jura 2003, 298 ff.; *BVerwG,* NVwZ 1988, 623 = DÖV 1988, 694; *BVerwG* E 102. 316 = NJW 1997, 1021; *OVG Hmb,* NJW 2001, 3647; *VGH BW,* NJW 1991, 1698; NJW 2002, 1002; NVwZ-RR 2003, 558; *OVG NRW,* NJW 2001, 2035; *Hess VGH,* NVwZ-RR 1999, 23, 25.

25 *BVerwG,* NJW 1982, 348; OVG MV o. Fußn. 4, Gründe II 4.

26 V. 23.5.1993, MVGVBl S. 372.

kreisfreien Städte[27] auch *„zuständige Vollstreckungsbehörden"* für die von ihnen ausgehenden Anordnungen, nicht aber sind dies die auf Landesebene angesiedelten Polizeibehörden[28]. Die regelmäßig angebotene Ersatz-Lösung, die Entfernung verkehrszeichenwidrig abgestellter KfZ mangels polizeilicher Zuständigkeit stattdessen als Vollzugshilfe zugunsten der Straßenverkehrsbehörden zu werten, scheitert daran, dass § 82 a MVSOG diese lediglich in Fällen der Anwendung unmittelbaren Zwangs, nicht aber für die Ersatzvornahme vorsieht.

Die Polizei könnte aber möglicherweise im Falle unvertretbarer Verzögerungen beim Abschleppen, etwa weil die Straßenverkehrsbehörden nach „Feierabend" oder an Wochenenden nicht erreichbar sind, eine (begrenzte) Eil-Zuständigkeit beanspruchen. Nach § 7 I 3 MVSOG darf sie zur Gefahrenabwehr diejenigen Maßnahmen ergreifen, die sie für unaufschiebbar hält, wozu auch das Abschleppen gehören könnte, vorausgesetzt, dass diese Aufgabe keiner anderen Stelle abschließend zugewiesen ist.

Vollzugsmaßnahmen dienen der Abwehr von Gefahren, die auf Verstößen gegen Verfügungen beruhen. Diese Aufgabe ist nach § 82 MVSOG gerade den für ihren Erlass zuständigen Behörden übertragen, weil sie aufgrund ihrer Sachnähe am ehesten dazu berufen sind, auch die notwendigen Verfahrensschritte für den Vollzug einzuleiten. Eine allgemeine subsidiäre Eil-Zuständigkeit der Polizei zur Durchsetzung fremder Verwaltungsakte außerhalb der Dienstzeiten der originär zuständigen Behörden würde dem Schutzmechanismus des Vollzugsrechts zuwiderlaufen[29]. Damit ist der Polizei die Durchsetzung einer im VZ enthaltenen Wegfahrverfügung auch als „Notfallvollstreckungsbehörde" untersagt, so dass sich etwaige von ihr angeordnete Maßnahmen mangels Vollzugszuständigkeit insgesamt als formell rechtswidrige Ersatzvornahme darstellen würden (§§ 80 I, 82, 89 MVSOG)[30].

Dennoch hat es nicht an Versuchen gefehlt, der Polizei entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung diese Zuständigkeit einzuräumen. Dafür sprächen *„handgreiflich praktische Bedürfnisse"*[31], die – wenig verklausuliert – von anderer Seite dahingehend konkretisiert werden, dass anderenfalls die Straßenverkehrsbehörden zur Errichtung eigener Außendienste gezwungen würden, ein *„vor dem Steuerzahler nicht zu verantwortendes Ergebnis"*[32]. Konkret soll diese Zuständigkeit, wenn schon nicht aus der subsidiären Eilfallkompetenz der §§ 36, 44 II StVO (die der Polizei eine selbständige Verwirklichung der Ziele der StVO erlaubten), so doch zumindest aus dem *„besonderen Charakter"* der Anordnungen der VZ folgen, da diese lediglich die Einzelweisungen ersetzten und der (Vollzugs-)Polizei nach § 80 II Nr. 2 VwGO (analog) bei *„funktioneller Betrachtung auch"* zugerechnet werden könnten[33]. Das *OVG MV* „untermauert" diese Begründung mit dem Hinweis darauf, es dürfe dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe eine langjähriger Verwaltungspraxis sowie dem Gewohnheitsrecht entsprechende, zu *„sachgerechte(n) Lösung(en)"* führende Auslegung *„diese(r) Bestimmung"*[34] verhindern wollen, nachdem schon der zum *„Lückenschluss"* eingeführte § 70 a MVSOG das Abschleppen nicht erfasse.

Gegen die auf § 80 II Nr. 2 VwGO abstellende Argumentation hatte bereits zuvor schon der *VGH BW*[35] in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Literaturmeinung[36] – wohltuend nüchtern – eingewendet, sie vermöge *„nicht darüber hinwegzutäuschen"*, dass *„die Zuständigkeit … ausdrücklich der Ausgangsbehörde"* zugewiesen werde und dass gesetzliche Zuständigkeitsordnung und verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt es untersagten, die *„Lücke im Vollstreckungsrecht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung"* zu schließen. Die vom *OVG MV* dessen ungeachtet aufrecht erhaltene Argumentation hat dem Gericht dementsprechend ungewöhnlich scharfe Kritik eingetragen: *„Die Ignorierung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung unter Hinweis auf ein „handgreiflich praktisches Bedürfnis" sowie wegen der „Funktionsgleichheit" und „wechselseitiger Austauschbarkeit" von VZ und Polizeivollzugsbeamten i.S.d. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO stellt einen glatten richterlichen Gesetzesbruch dar und versucht nur, das erwünschte Ergebnis (mit unbrauchbaren Argumenten) zu legitimieren; zuständige Vollzugsbehörde ist die Behörde, die die Grundverfügung erlassen hat, nicht eine andere Behörde, die die Verfügung unter bestimmten Voraussetzungen ggf. auch erlassen könnte"*[37]. Für das Landesrecht MV bleibt somit – gegen das *OVG* – im Ergebnis festzuhalten, dass die Polizei für den Vollzug der in den VZ enthaltenen Wegfahrgebote unzuständig ist.

III. Polizeiliches Abschleppen bei VZ-Verstößen als Sofortmaßnahme

1. Die Abgrenzung der UA zum SV

Polizeiliche Abschleppmaßnahmen wegen der Missachtung von Wegfahrgeboten der VZ lassen sich, wenn nicht als Regel-Ersatzvornahme, so doch ggf. als Eileingriff durchführen. Sowohl die UA wie der SV (§§ 70 a, 81 MVSOG=5a, 28 II MEEPolG) gestatten der Polizei Maßnahmen zur Beseitigung gegenwärtiger Gefahren auch ohne vorhandenen Titel, sofern der Störer selbst nicht (rechtzeitig) in Anspruch genommen werden kann. Da beide Institute keine eigenständigen Ermächtigungsgrundlagen darstellen, setzt ihre Anwendung voraus, dass die üblichen formellen und materiellen Voraussetzungen einer auf die Generalklausel (bzw. eine Standardermächtigung) gestützten *hypothetischen* Grundverfügung derart erfüllt sind, als wenn kein Eilfall vorläge[38]. Bei einer vorhandenen Doppelregelung, wie sie das MVSOG vorsieht, entstehen hinsichtlich des jeweiligen Anwendungsbereich beider Institute schwierige Abgrenzungsfragen: Während in denjenigen Ländern, deren Polizei- und Ordnungsrecht lediglich die „einspurige" Lösung von SV *oder* UA kennt[39], das jeweils vorhandene Institut das gesamte Spekt-

27 § 2 I bzw. § 4 II MVLVO zur Bestimmung der zuständigen Behörden auf dem Gebiet des Straßenverkehrs v. 1.7.1991 i.d.F. v. 11.12.1998, MVGVBl S. 913; zul. geä. d.G. v. 24.6.2010, MVGVBl S. 318.

28 *VG Schwerin* o. Fußn. 17, S. 14 f.

29 *Remmert,* VBlBW 2005, 41 f.; *Wehr,* Examens-Repetitorium Polizeirecht, 2. A. 2012, Rdn. 360; *„auch in unaufschiebbaren Fällen wachsen der Vollzugspolizei nicht Befugnisse zu, die ihr im Übrigen nicht zustehen. Die Subsidiarität der polizeilichen Gefahrenabwehr begrenzt ihre sachliche Zuständigkeit und erweitert sie nicht";* offen gelassen wird die Problematik der Eilzuständigkeit von *VGH BW,* VBlBW 2004, 213; *Götz* o. Fußn. 2, § 14 Rdn. 29 „zweifelhaft"; dafür offenbar *OVG Schleswig,* NordÖR 2000, 458, zu § 168 I 3 SH LVwG – Das VG o. Fußn. 17, S. 11 f. hält die §§ 82 a ff. MVSOG für eine abschließende Spezialregelung zur Durchsetzung fremder Verfügungen, wobei es verkennt, dass Vollzugshilfe bei der Ersatzvornahme nicht vorgesehen ist.

30 So prinzipiell auch das *VG Schwerin* o. Fn. 17, S. 11 f.

31 *OVG MV* o. Fußn. 4, Gründe II. 5 a.

32 *Schmidbauer/Steiner,* BayPAG, 3. A. 2011, § 25 Rdn. 87.

33 *OVG MV* o. Fußn. 4, Gründe II 5 b. – Unterstreichung im Original; ebenso *Sauthoff,* Öffentliche Straßen, 2. A. 2010, Rdn. 884.

34 Gemeint ist wohl § 82 MVSOG.

35 VBlBW 2004, 213, der die praktischen Bedürfnisse nicht verkennt.

36 *Rachor* o. Fußn. 20, E Rdn. 736: *„Mangels Identität von Ausgangs- und Vollstreckungsbehörde kann das Abschleppen … keine rechtmäßige Ersatzvornahme sein"; Remmert,* VBlBW 2005, 41; *Schieferdecker* o. Fußn. 2, 130 ff., 143 f; Hong, Jura 2012, 473, 476; S/R/M o. Fußn. 22, S. 219; *Oldiges* in Grimm/Papier, NRW Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, 287; *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 359.

37 *Schoch* o. Fußn. 18, Rdn. 289.

38 *Götz* o. Fußn. 2, § 12 Rdn. 21, § 13 Rdn. 4; *WH* o. Fußn. 2, Rdn. 798; *Gusy* o. Fußn. 19, Rdn. 441; *Schenke* o. Fußn. 2, Rdn. 567; *PSK* o. Fußn. 19, § 24 Rdn. 44; *Poscher/Rusteberg,* JuS 2012, 27, 29; *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 323.

39 Nur den SV kennen bspw. NRW und Schleswig- Holstein (o. Fußn. 5); ausschließlich die UA sieht bspw. § 8 BWPolG vor; weitere Nw. bei *Götz* o. Fußn. 2, § 12 Rdn. 16.

rum von Sofortmaßnahmen in einem umfassenden Sinn erfasst („*weiter* Zwangsbegriff")[40], setzt der SV bei vorhandener *Doppelregelung* aufgrund seiner Positionierung im Rahmen des Verwaltungs- „Zwangs" angeblich die *Brechung* des (mutmaßlich) entgegenstehenden Willens des Pflichtigen voraus. Demgemäß verbleiben nach dieser – vom Schrifttum eher als „Notlösung"[41] akzeptierten Auffassung – für die UA lediglich die sonstigen, „zwanglosen" Eilmaßnahmen. Gegen diesen „*engen* Zwangsbegriff"[42] spricht neben der Tatsache, dass schon der Wortlaut der einschlägigen Regelungen für die enge Auslegung wenig hergibt[43], vor allem, dass die Vollzugsvorschriften keineswegs durchgehend auf die behauptete Willensbeugung abstellen, greift doch die praktisch bedeutsame Ersatzvornahme auch dann, wenn der Verantwortliche einer Verfügung lediglich objektiv nicht nachkommt, während subjektive Gründe für sein Verhalten (etwa Bewusstlosigkeit) keine Berücksichtigung finden[44]. Anstatt auf das Merkmal des Zwanges abzustellen, erscheint es daher vorzugswürdig, in der UA eine spezielle gefahrenabwehrrechtliche Art von „Ersatzvornahme" zu sehen, die gegenüber dem SV einen Anwendungsvorrang genießt[45], welchen § 81 I 3 MVSOG dahingehend formuliert, dass „*Rechtsvorschriften, die die Voraussetzungen des SV abweichend regeln, unberührt bleiben*".

2. Polizeiliches Abschleppen wegen des VZ-Verstoßes im Wege der UA

a) Aufgrund dieses Anwendungsvorrangs kommt die UA als Rechtsgrundlage für polizeiliche Abschleppmaßnahmen zum Zuge, sofern der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme des Störers nicht (rechtzeitig) erreicht wird (§ 70 a a. F.) und diese seinem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen entspricht (§ 70 a n. F. MVSOG). Das Vorgehen mittels Eileingriffs erscheint aber aufgrund des Subsidiaritätsprinzips in Fällen als problematisch, bei denen bereits ein *Titel* vorliegt, dessen Vollzug ebenso effektiv zum Ziel führen würde[46]. Vorliegend ist mit der Wegfahr-Verfügung ein solcher Titel vorhanden[47], so dass „*die Beseitigung des verkehrswidrig abgestellten Fahrzeugs … durch zwangsweise Durchsetzung der … an den … (V)erantwortlichen ergangenen, im VZ verkörperten … Verfügung*" erreicht werden konnte[48]. Eine Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip soll allerdings gelten, sofern dem Titel die Vollstreckungsfähigkeit fehlt. So qualifiziert etwa der *Hess VGH*[49] das Abschleppen „*eines unter Verstoß gegen ein VZ rechtswidrig abgestellten Kraftfahrzeuges*" als UA, wenn die Voraussetzungen der Ersatzvornahme (im Regelvollzug) insbes. deswegen nicht erfüllt sind, weil „*eine andere als die für den Erlass der Grundverfügung zuständige Gefahrenabwehrbehörde Vollstreckungsmaßnahmen durchführt*"[50].

b) Folgt man dem, würde ein Eingreifen des § 70 a MVSOG voraussetzen, dass die Polizei für die Durchführung der UA formell und aufgrund einer einschlägigen Rechtsgrundlage auch materiell berechtigt wäre, den Fahrer wegen des Verkehrszeichenverstoßes zum Entfernen des KfZ zu verpflichten (hypothetische Grundverfügung)[51]. Sowohl die Zuständigkeitsregelung wie auch die Generalklausel (§§ 7 I 3; 13, 16 MVSOG) stellen darauf ab, dass eine polizeiliche Maßnahme der Abwehr von Gefahren für die öffentlichen Sicherheit dient. Es kann hier dahin stehen, ob die (lediglich) als Allgemeinverfügung zu qualifizierenden VZ einen Bestandteil der objektiven Rechtsordnung darstellen und damit etwaige, gegen sie gerichtete Verstöße die öffentliche Sicherheit gefährden[52]. Denn zumindest bewirkt die mit dem verbotenen Abstellen des KfZ in der Fußgängerzone gleichzeitig vorliegende Ordnungswidrigkeit (§§ 24 StVG, 49 III Nr. 4 StVO) eine fortgesetzte Störung der objektiven Rechtsordnung, so dass ein polizeiliche Einschreiten der Verhinderung von Normverstößen diente[53]. Damit liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer *hypothetischen* Wegfahr-Verfügung seitens der Polizei vor. Als problematischer erweist sich die Frage, ob – angesichts der originären Vollzugszuständigkeit der Straßenverkehrsbehörden – die Polizei zum Erlass einer derartigen Wegfahr-Verfügung *zuständig* wäre. Diese Zuständigkeit kann jedenfalls nicht allein auf dem Wechsel der Rechtsgrundlage von der Ersatzvornahme zur UA beruhen, indem letzterer quasi automatisch die Funktion einer „Zuständigkeitsergänzungsnorm" zur Durchsetzung von Verfügungen zuerkannt wird. Sie folgt auch nicht aus § 7 I 3 MVSOG, denn der im Vollzugsrecht angesiedelte Grundsatz der Identität von Erlass- und Vollzugsbehörde wirkt auch gegenüber der UA von Maßnahmen. Zwar gilt die ausschließliche Zuständigkeit der Erlassbehörde nach §§ 81 III, 82 MVSOG ausdrücklich nur für den SV; sieht man aber in der UA nichts anderes als eine spezielle Art polizeilicher Ersatzvornahme, muss die darin geregelte *Sperrwirkung* aufgrund der Funktionsgleichheit mit dem SV für § 70 a MVSOG entsprechende Anwendung finden. Damit verbleibt es dabei, dass die Polizei verkehrszeichenwidrig abgestellte KfZ weder auf der Grundlage der im VZ *enthaltenen*, noch auf Grundlage einer davon zu unterscheidenden eigenen, *den VZ–Verstoß* betreffenden hypothetischen Wegfahr-Verfügung unmittelbar abschleppen darf.

40 Dazu *Selmer/Gersdorf,* Verwaltungsvollstreckungsverfahren, 1996, 49, 51 f.; ferner *Goetz* o. Fn. 2, § 12 Rdn. 15; *Schoch* o. Fn. 18, Rdnrn. 287 f.; *Gusy* o. Fn. 19, Rdn. 440: „*Die UA ist eine Form des SV*"; PSK o. Fn. 19, § 24 Rdn. 41 f.; *Rachor* o. Fn. 20, E Rdnrn. 791, 818; *Poscher/Rusteberg,* JuS 2012, 27, 29; *Wehr* o. Fn. 29, Rdn. 314; *Wehser,* LKV 2001, 293, 295 f.; *Heise/Riegel,* MEEPolG, 2. A. 1978, § 5 a; *Enders,* Jura 1998, 365, 366 Fn. 15 …"*pragmatische Ausdehnung des jeweils geregelten Instituts ..*"; Nds OVG, NVwZ 1990, 786; *OVG Bln,* NVwZ-RR 1995, 575, NVwZ-RR 2000, 649.

41 Vgl. etwa *Enders,* Jura 1998, 365 f.; Schenke o. Fußn. 2, Rdn. 564. – Diese Auffassungen sind jedenfalls nicht als dringliche „Anregung" zur zusätzlichen Einführung des jeweils fehlenden Instituts anzusehen.

42 In diesem Sinne etwa *Denninger* o. Fußn. 24, D Rdn. 157; *Selmer/Gersdorf* o. Fn. 40, S. 54; vgl. auch *VG Schwerin* o. Fußn. 17, S. 6 f., 14, unter Hinweis auf die Überschrift des 8. Abschnitts, §§ 79 ff. MVSOG – „Erzwingung" von Handlungen pp.

43 *Schoch* o. Fußn. 18, Rdn. 288; vgl. auch Goetz o. Fußn. 2, § 12 Rdn. 15; Rachor o. Fußn. 20, E Rdn. 818 ff.; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, 311.

44 „*(D)ie Vorschrift redet … von Verwaltungszwang auch dort, wo es im strengen Sinn nicht um eine Zwangsmittelanwendung geht*", *Schmitt-Kammler,* NWVBl 1989, 389, 394; vgl. auch *Rachor* o. Fußn. 20, E Rdn. 791; *PSK* o. Fußn. 19, § 24 Rdn. 42: „*Die gesonderte Regelung der UA beruht auf der fälschlichen Annahme, bei Abwesenheit des Pflichtigen sei der SV nicht anwendbar, weil kein dem polizeilichen Handeln entgegen gesetzter Wille gebrochen werde; die Zwangsanwendung setzt aber gar kein Brechen … voraus …*"; *Möstl,* Jura 2011, 840, 851: „*eine häufig spekulative und unsichere Abgrenzung*".

45 *Goetz* o. Fußn. 2, § 12 Rdn. 15; *PSK* o. Fußn. 19, § 24 Rdn. 41; *Gusy* o. Fußn. 19, Rdn. 440; *Heyen* in Schütz/Classen, Staats- und VerwR in MV, 2. A. 2010, 174; *Kugelmann,* DÖV 1997, 153, 156, *Dens.* o. Fußn. 43, S. 311; *Rachor* o. Fußn. 20, E Rdn. 819; *Schoch* o. Fußn. 18, Rdn. 288 f. m. Fußn. 1479; *Möstl,* Jura 2011, 840, 851; *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 319; *Wehser,* LKV 2001, 293; *Hess VGH,* NVwZ-RR 1999, 23, 25. – Vgl. auch die entspr. Anwendung der für die Ersatzvornahme geltenden Kostenanschläge auf die UA gem. Anlage zu § 1 II Verwaltungsvollzugskostenverordnung (MVVwVKVO i.d.F. v. 28.3.2012, MVGVBl S. 106).

46 *Schieferdecker* o. Fußn. 2, 141 m. w. Nw.; *Samper/Honnacker,* BayPOG, 3. A. 2011, Art. 9 Rdn. 2. – Vgl. ferner *Schwabe,* NVwZ 1994, 629, 630 m. Nw.: „*Wer die Sicherstellung nicht für einschlägig hält, operiert in Anbetracht der vorhandenen Wegfahr- Verfügung zu Unrecht mit der UA*".

47 S. o. II. 2.

48 *OVG Koblenz,* DÖV 1986, 37 f.

49 NVwZ-RR 1999, 23, 25.

50 Darüber hinaus, wenn es an einer Grundverfügung bei Verstößen gegen ein unmittelbar in der StVO normiertes Ge- oder Verbot fehlt, ferner bei der Aufstellung eines VZ nach zunächst rechtmäßigem Abstellen sowie bei Inanspruchnahme eines Halters, der das KfZ nicht selbst abgestellt hat.

51 S. o. Fußn. 38.

52 Dafür *Remmert,* VBlBW 2005, 41 f, *Dies.,* NVwZ 2000, 642; immerhin würden auch die neuerdings in §§ 41 I, 42 II StVO angeordneten Befolgungspflichten dafür sprechen.

53 *Remmert,* NVwZ 2000, 644.

3. Polizeiliche Abschleppmaßnahmen in Form der UA ausschließlich zur Abwehr anderweitiger, durch den VZ-Verstoß ausgelöster Gefahren

Obige Feststellung schließt die Zuständigkeit der Polizei für Abschleppmaßnahmen nicht völlig aus. Eine belastbare Lösung muss sich aber anstatt auf (Zwangs-)maßnahmen wegen des VZ-Verstoßes auf die Durchsetzung solcher (hypothetischen) Verfügungen beschränken, die der Abwehr *anderweitiger* dringender Gefahren dienen, welche sich mittelbar, gleichsam als Nebenfolge zum verkehrszeichenwidrigen Abstellen des KfZ einstellen: Die unmittelbare Ausführung von Maßnahmen ist nicht deswegen ausgeschlossen, *„weil **auch** einem VZ zuwider gehandelt"* wurde[54]. Insofern würde ein polizeiliches Einschreiten und die Entfernung des ursächlich gewordenen PKW gegenüber dem abwesenden Halter nach § 70 a MVSOG, etwa zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Passanten, auch nicht gegen den Subsidiaritätsgrundsatz verstoßen, weil die Polizei eben nicht die vorhandene (Allgemein-)Verfügung der Straßenverkehrsbehörde als einer anderen Stelle, also nicht das im VZ enthaltene *Wegfahrgebot,* sondern eine eigenständige Anordnung unmittelbar ausführte, für welche die Zuständigkeit ohne weiteres aus § 7 I 3 MVSOG folgt. Die Situation ist damit derjenigen beim polizeilichen Abschleppen „ohne VZ" vergleichbar.

Inwieweit die konkreten Voraussetzungen für eine derartige (hypothetische) Verfügung vorliegen, kann als Tatfrage schwierig zu beurteilen sein. Im Ausgangsfall waren sie möglicherweise erfüllt, wenn das *VG Schwerin*[55] konstatiert, es sei – über den Verkehrszeichenverstoß hinaus – eine *„Funktionsbeeinträchtigung des Fußgänger- und Strandbahnverkehrs"* in der Fußgängerzone eingetreten. Insoweit hätte also eine auf Entfernung des ursächlich gewordenen PKW gerichtete hypothetische Verfügung der Polizei gegenüber dem abwesenden Halter nicht der Durchsetzung des im VZ enthaltenen Wegfahrgebots, sondern zulässiger Weise der Abwehr der für die Passanten aufgetretenen (Gesundheits-)Gefahren gedient. Damit kann der Entscheidung des *VG* zumindest im Ergebnis zugestimmt werden.

IV. Die Entscheidung des OVG MV – Sofortvollzug statt Unmittelbarer Ausführung als „Dritter Weg"?

1. Das *VG* hatte als Vorinstanz für den „Normalfall" des verbotswidrigen Abstellens eines PKW angenommen, der Störer habe *„der Grundverfügung nicht nachkommen"* wollen, so dass sich das Abschleppen – mangels polizeilicher Vollzugszuständigkeit – als formell rechtswidrige Ersatzvornahme darstellte[56]. Die Lösung „seines" Problems, eine passende alternative Rechtsgrundlage zu finden, erkannte das Gericht stattdessen in der erwähnten „Formel" des *Hess VGH*[57], wonach für Abschleppmaßnahmen „mit VZ" bei fehlender Identität von Ausgangs- und Vollzugsbehörde ausnahmsweise die UA eingreift. Allerdings hatte das *VG* im konkreten Fall beim Pflichtigen wegen seiner Weigerung, der Grundverfügung nachzukommen, eine Willensbeugung gesehen[58], so dass aufgrund dieser gleichsam „unwiderruflich" getroffenen Entscheidung zugunsten des *engen* Zwangsbegriffs die lediglich für zwanglose Maßnahmen stehende UA als Rechtsgrundlage (eigentlich) „verbrannt" schien. Als Ausweg aus dieser „Zwangslage" wechselte das Gericht von der ursprünglich vertretenen engen zu einer – angeblich vom Gesetzgeber gewollten – willensunabhängigen weiten Auslegung des § 70 a (a. F.) MVSOG als *„Auffangnorm zum flächendeckenden Lückenschluss"*[59]. Diese weite Auslegung ermöglichte dem *VG* zwar die Qualifikation der Maßnahme als UA, nötigte es aber zugleich, den Kostenbescheid mangels Ermächtigungsgrundlage („Vollzugsdefizit auf der Verordnungsebene") als rechtswidrig zu kassieren[60].

2. Die Konsequenz dieser Entscheidungen war, dass sowohl nach früherem wie nach geltendem Landesrecht eine „ausreichende Perspektive" zur Durchführung polizeilicher Abschleppmaßnahmen „mit VZ" fehlte: Zwar lag für den Zeitraum bis 2001 mit § 70 a (a. F.) MVSOG eine Rechtsgrundlage auf der Primärebene, aber keine entsprechende Kostenregelung vor. Andererseits stand der Praxis für den anschließenden Zeitraum zwar eine Regelung auf der Sekundärebene, aber mangels polizeilicher Vollzugszuständigkeit weder mit § 81, noch aufgrund der Neufassung mit § 70 a MVSOG[61] eine taugliche Rechtsgrundlage auf der Primärebene zur Verfügung.

Offenbar erkannte das *OVG MV* hier dringenden Handlungsbedarf. Dabei kam ihm entgegen, dass die vom *VG* in seiner ersten Entscheidung rechtskräftig vorgenommene Qualifikation der Maßnahme als UA nicht vorgreiflich war, da sich die Berufung lediglich gegen das zweite Urteil richtete, das mit dem *Kostenbescheid* einen anderen Streitgegenstand als die Abschleppmaßnahme betraf. Das *OVG* erkannte in der Entfernung des KfZ zunächst (anscheinend) ebenfalls eine normale Ersatzvornahme, indem es eingangs seiner Urteilsgründe feststellte, es habe sich im *„Ausgangspunkt"* um die *„Vollstreckung eines durch Verwaltungsakt angeordneten Gebots"* gehandelt[62]. Mit der im Gegensatz zum *VG* bejahten polizeilichen Vollzugszuständigkeit[63] waren die Voraussetzungen der Ersatzvornahme nach §§ 80 I, 82, 89 MVSOG insgesamt erfüllt, die Sache damit „entscheidungsreif", ein Eingehen auf weitere Rechtsgrundlagen (eigentlich) entbehrlich. Dennoch widmet sich das *OVG* überraschend dem Konkurrenzverhältnis des § 70 a zum § 81 MVSOG, indem es die als – *„gelegentlich nach anderen Landesrechten"* – apostrophierte, vom *VG*[64] übernommene „Hess. Formel"[65] zurückweist, wonach das Abschleppen bei fehlender Identität von Erlass- und Vollzugsbehörde ausnahmsweise eine UA darstellt[66]: *„Dem"*

54 *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 361: *„die für eine … Maßnahme erforderliche … Gefahr"* kann *„**nicht alleine damit begründet** werden…, dass gegen ein VZ verstoßen wurde"*; *Remmert*, VBl BW 2005, 41 f., ferner *Ruder*, KommJur 2004, 7, 13.

55 S. o. Fußn. 17, S. 16.

56 S. o. Fußn. 17, S. 12 ff., 15: Die Straßenverkehrsbehörde verfügte über *„einen sofort vollziehbaren Verwaltungsakt …, der gegenüber dem Fahrer … hätte vollstreckt werden können."*

57 S. o. Text bei Fußn. 49.

58 S. o. Fußn. 55.

59 S. o. Fußn. 17, S. 6 f., 13 ff., unter Hinweis auf LT – Dr MV 2/2468 S. 31, wonach die UA eine *„Regelungslücke"* für Fälle schließe, bei denen *„die Verantwortlichen … nicht (rechtzeitig) erreicht werden"* könnten. – Der Gesetzgeber hatte § 70 a MVSOG allerdings vorrangig als Kostengrundlage für „zwanglose" behördliche Handlungen im Interesse des Pflichtigen, jedoch nicht als Rechtsgrundlage für problematische Abschleppfälle gedacht. Als Beispielsfall, für den ein – nach § 81 MVSOG erforderlicher – entgegenstehender Wille nicht festgestellt werden könne, wird u. a. die Umsetzung von KfZ zur Eigentumssicherung aufgeführt, vgl. auch Fußn. 5. – Ähnlich, was die „Regelungslücke" betrifft, auch OVG MV o. Fußn. 4, Gründe II.3 sowie oben bei Fußn. 34.

60 S. o. Text bei Fußn. 8 (Az 3093/99).

61 S. o. Text bei Fußn. 7, Az 2542/99, S. 6, 9.

62 S. o. Fußn. 4, Gründe II.1.

63 S. o. Fußn. 4, Gründe II. 5 a sowie Text oben unter II.3.

64 Ebenso das vom *OVG* angeführte *VG Weimar,* LKV 2001, 574, das seinerseits den *Hess VGH* fast wörtlich zitiert. Vgl. allgemein zum thüring. Abschlepprecht *Skoda,* Thür VBl 2009, 138.

65 S. o. Text bei Fußn. 49.

66 Ob das *OVG* in dieser „landesrechtlichen" Formel ggf. eine *Abgrenzung* der UA zum *SV* erkennt, wird nicht deutlich. Tatsächlich grenzt der *VGH* im Anschluss an die bereits *erfolgte* Vorrang-Entscheidung *zugunsten* der UA diese nur noch zum *Regelvollzug* ab.

– so das *OVG* – könne für das Landesrecht MV *„nicht gefolgt werden"*: Bereits § 70 a (a. F.) MVSOG habe nach dem Willen des Gesetzgebers auch ohne den – lediglich klarstellenden – Zusatz der Neufassung eine dem mutmaßlichen Willen des Pflichtigen entsprechende behördliche Maßnahme vorausgesetzt. Diesem werde jedoch beim Abschleppen aufgrund der damit verbundenen Kostentragungspflicht i.d.R zuwider gehandelt, so dass die UA weder in der früheren, noch in der Neufassung derartige Maßnahmen erfasse[67].

Das vom *OVG* angeführte Kostenargument, das den § 70 a MVSOG als einschlägige Rechtsgrundlage ausschließen soll, dürfte kaum zutreffen. Denn für die Abgrenzung der UA zum SV des § 81 MVSOG auf Grundlage des „engen Zwangsbegriffs" muss zwischen dem Einverständnis des Pflichtigen mit der *hypothetischen* Grundverfügung[68], die die Behörde an seiner Stelle ausführt (bzw. ausführen lässt), und dessen Einverständnis mit der Ausführungshandlung („Vollzugsmaßnahme", einschließlich der Kosten) differenziert werden. So verfügen bspw. auch begünstigende Maßnahmen zur Eigentumssicherung über eine Doppelnatur: Zwar mag die tatsächlich ausgeführte (Sicherungs-)Maßnahme dem Interesse des Begünstigten entsprechen, sie entwickelt jedoch im Rahmen der anschließenden Kostenerstattung regelmäßig „lästige" Nebenwirkungen[69]. Entscheidend ist somit allein der Wille, der Grundverfügung nachzukommen, denn die eventuelle „Zwangsanwendung" soll gerade den Widerstand gegenüber dem zu *vollziehenden* Verwaltungsakt, nicht jedoch gegenüber der Vollzugsmaßnahme überwinden[70]. Die Kostenfolge taugt somit nicht als Differenzierungskriterium von UA und SV, dies auch deswegen, weil sie gem. § 114 MVSOG für beide Institute greift, also in jedem Fall zu (finanziell) belastenden Nebenwirkungen führt. Im Ergebnis konnte bzw. kann § 70 a MVSOG danach unter Zugrundelegung der Auffassung des *OVG* nicht nur bei Abschlepp-, sondern auch in sonstigen Fällen kaum zur Anwendung gelangen[71], was jedenfalls den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers, mit der UA eine effektive Kostengrundlage für (begünstigende) Eilmaßnahmen zu schaffen, widerspricht[72]. Konkret war demnach, anstatt nach der Bereitschaft zur Kostentragung, danach zu fragen, ob der Fahrer willens war, dem Wegfahrgebot des VZ Folge zu leisten. Dass letzteres nicht der Fall war, hatte er durch das verbotswidrige Abstellen des KfZ in der Fußgängerzone demonstriert[73]. Aus Sicht des vom *OVG* vertretenen engen Zwangsbegriffs konnte die Lösung ohne überflüssigen Umweg über die Zurückweisung der UA daher nur in der Annahme der regelmäßigen Ersatzvornahme gem. §§ 80 I, 89 MVSOG bestehen.

3. Das *OVG* belässt es jedoch bei der negativen Abgrenzung zum SV, ohne die seiner Auffassung nach einschlägige Rechtsgrundlage – positiv – zu benennen. Allerdings sprechen einige Indizien dafür, dass das Abschleppen tatsächlich als Regel-Ersatzvornahme qualifiziert werden sollte: Dazu gehört neben dem Hinweis darauf, dass der Ausgangsfall den Vollzug eines durch Verwaltungsakt verlautbarten Gebots betraf[74], vor allem die Feststellung, der Kostenbescheid beruhe auf den für die Durchführung einer Ersatzvornahme maßgeblichen §§ 89, 100 (a. F.) MVSOG i.V.m. §§ 2 MVVerwKostG, 4, 9 I (a. F.) MVVwVKVO[75]. Andererseits lauten die von der Veröffentlichungskommission autorisierten Leitsätze dahingehend, es handle sich um eine Ersatzvornahme *„in Form des sofortigen Vollzugs"*[76]. Ob damit die Auffassung des *OVG* zutreffend wieder geben wird oder den Leitsätzen ggf. ein Irrtum der Veröffentlichungskommission zugrunde liegt, kann allein mit Hilfe der Urteilsgründe nicht, sondern müsste seitens des Gerichts geklärt werden.

4. Sollten allerdings die Leitsätze die Rechtsauffassung des *OVG* inhaltlich zutreffend abbilden, lassen sich für den überraschenden Wechsel der Ausgangsposition vom (Regel-)Vollzug *mit* zum (Sofortigen) Vollzug *ohne* vorausgegangenen Verwaltungsakt in den Gründen keinerlei Anzeichen für eine Prüfung des – somit einschlägigen – § 81 MVSOG finden, die das Gericht ggf. an seinen „Ausgangspunkt" hätte erinnern und dazu veranlassen können, das Abschleppen im Unterschied zu den offiziellen Leitsätzen als Vorgehen nach §§ 80 I, 89 MVSOG zu kennzeichnen. Die stattdessen vorgenommene Qualifikation als SV war im Ergebnis unvereinbar mit dem Subsidiaritätsprinzip, weil die Durchsetzung des Wegfahrgebots im Regelvollzug den Parkverstoß ebenso effektiv beendet hätte[77]. Auch Anzeichen dafür, das *OVG* habe anstatt des Vollzuges des Wegfahrgebots die Durchsetzung eines *anderen* Verwaltungsakts im Blick gehabt[78], sind dem Urteil nicht zu entnehmen. Insgesamt scheint der kaum nachvollziehbare Positionswechsel wohl letztlich der Tatsache geschuldet, dass man in dem Bemühen, die „perspektivlose" Einordnung der Maßnahme als UA seitens des *VG* zu korrigieren, die eigene Ausgangsposition aus dem Blick verlor. Insgesamt überzeugen die Ausführungen des Urteils weder im Hinblick auf das Verhältnis der Institute von UA/SV zueinander, noch dahingehend, was die Qualifizierung polizeilicher Abschleppmaßnahmen „mit VZ" anlangt. Konsequenter wäre es gewesen, es dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber zu überlassen, praxistaugliche Regelungen für die Zukunft zu liefern. Dass dieser sich dazu verstehen könnte, die *„abstruse Doppelregelung"*[79] von SV und UA wieder abzuschaffen, erscheint allerdings kaum realistisch.

67 S. o. Fußn. 4, Gründe II. 4.

68 S. o. Fußn. 38.

69 *VG Schwerin* o. Fußn. 17, S. 8 f.

70 *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 317 f.; *Kugelmann,* DÖV 1997, 153, 157: *„Der Grund – VA, der infolge der Abwesenheit des Inhabers … nicht erlassen werden kann, richtet sich auf das Wegfahren des … geparkten PKW. Diesen VA wird der Fahrer idR befolgen wollen, um Sanktionen gerade zu vermeiden. Der Verwaltungszwang zielt auf die Durchsetzung des Wegfahrgebots. Ein entgegenstehender Wille kann also nur auf der nachgelagerten Vollstreckungsebene hins. der Zwangsmaßnahme … einschließlich der Kostentragung vorliegen. Der Wille bzgl. der Grundanordnung ist jedoch vom Willen zur Übernahme der Kosten zu trennen. … Stellte man auf die Zwangsmaßnahme ab, bliebe für die UA kaum ein Anwendungsbereich …".*

71 Vgl. schon vorige Fußn. a. E. – Anders sähe die Situation wohl nur aus, wenn mit dem unvermittelten polizeilichen Eingreifen für den Begünstigten erhebliche, über die Kostenfolge hinausgehende Schäden verhindert werden, vgl. die von *Rachor* o. Fn. 20, E Rdn. 820, angeführten – positiven – Beispiele zur Auslegung von § 70 a n. F. MVSOG (Bodenschutzmaßnahmen bei undichtem Heizöltank).

72 S. o. Fußn. 5.

73 Vgl. VG *Schwerin,* s. o. Text bei Fußn. 56. – Hier wird zugleich deutlich, dass die Analogie von Einzelweisungen der Polizeivollzugsbeamten mit den von VZ ausgehenden Anordnungen an ihre Grenzen stößt: Während der Betroffene den Anordnungen eines Polizeibeamten aufgrund seiner Befugnis zu unmittelbar greifenden Sanktionen (vermutlich) i.d.R. Folge leistet (vgl. Fußn. 70), ist bei einem VZ-Verstoß wegen der damit verbundenen geringeren Sanktions-Wahrscheinlichkeit das Gegenteil der Fall.

74 S. o. Fußn. 62.

75 S. o. Fußn. 4, Gründe II: *„Rechtsgrundlage für die Kostenforderung ist … § 89 MVSOG, wonach die Ersatzvornahme … ausgeführt wird. … Die im WS-Bescheid angeführten Rechtsgrundlagen für die Durchführung einer Ersatzvornahme (§§ 80–82 MVSOG) sind einschlägig."*

76 LKV 2006, 225 bzw. NordÖR 2005, 328.

77 S. Text o. Fußn. 46.

78 Vgl. *Wehr* o. Fußn. 29, Rdn. 357: *„Bemerkenswert … ist …, dass das Gericht … die Auffassung vertrat, es habe sich um einen SV* ***ohne vorherigen VA gehandelt****, was mit der Annahme, es werde* ***zugleich*** *ein* ***tatsächlich ergangener VA*** *vollstreckt, nur vereinbar ist, wenn der SV* ***nicht der Durchsetzung des VZ*** *diente."*

79 *Schwabe,* NVwZ 1994, 629.

V. Zusammenfassung und Ergebnisse

1. Das Abschleppen verkehrszeichenwidrig abgestellter KfZ wird regelmäßig als Ersatzvornahme im gestreckten Vollzug (§§ 80 I, 89 MVSOG, 28 I MEPolG) qualifiziert.

2. Probleme bereitet die Einordnung (vollzugs-)polizeilicher Abschleppmaßnahmen, da § 82 MVSOG den Vollzug von Verwaltungsakten prinzipiell der Erlassbehörde überträgt. Für die Aufstellung von VZ sind die Landräte und Oberbürgermeister als Straßenverkehrsbehörden zuständig, so dass es ausschließlich ihnen obliegt, deren Anordnungen und insbes. Wegfahrgebote, zu vollziehen. Es besteht insofern auch keine auf Eilfälle beschränkte Zuständigkeit der Polizei nach § 7 I 3 MVSOG. Polizeiliche Abschleppmaßnahmen „mit VZ" sind daher als *Ersatzvornahme* mangels Vollzugszuständigkeit formell rechtswidrig.

3. Polizeiliche Abschleppmaßnahmen „mit VZ" kommen auch nicht als Eileingriff in Form der UA bzw. des SV auf Grundlage einer hypothetischen Verfügung (§§ 13, 16 MVSOG) in Betracht. Die erforderliche Klärung des Konkurrenzverhältnisses beider Institute ergibt, dass § 70 a als speziellere Bestimmung dem SV des § 81 MVSOG vorgeht. Dementsprechend wird der Polizei verbreitet die Befugnis eingeräumt, verkehrszeichenwidrig abgestellte KfZ im Wege der UA zu entfernen. Diese Annahme erscheint problematisch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip, wonach der Vollzug vorhandener Titel gegenüber dem Vorgehen mittels Eileingriffs der Vorrang gebührt.

4. Polizeiliche Abschleppmaßnahmen können daher nur insofern mittels Eileingriffs erfolgen, als sie nicht der Durchsetzung des im VZ enthaltenen Wegfahrgebots in Form einer Allgemeinverfügung, sondern ausschließlich der Durchsetzung einer davon zu unterscheidenden *hypothetischen* Einzelanordnung der Polizei zur Abwehr anderweitiger Gefahren dienen.

5. Im Ausgangsfall weist das *OVG MV* die Qualifikation polizeilicher Abschleppmaßnahme „mit VZ" durch die Vorinstanz als UA (gem. § 70 a a. F. MVSOG) mit der Begründung zurück, sie würden aufgrund der damit verbundenen Kostenlast dem mutmaßlichen Interesse des Betroffenen widersprechen. Diese Begründung trägt nicht, da sich der entgegenstehende Wille auf die (hypothetische) Grundverfügung – das Wegfahrgebot – und nicht auf die Vollzugsmaßnahme (einschl. Kosten) beziehen muss.

6. Der Entscheidung des *OVG* kann aber auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie das polizeiliche Vorgehen stattdessen als – sofortige – Ersatzvornahme (§ 81 MVSOG) qualifiziert. Da mit dem VZ ein vollziehbarer Titel vorlag, für den das Gericht in entsprechender Anwendung des § 80 II VwGO auch die polizeiliche Vollzugszuständigkeit bestätigt, konnte die Lösung konsequenterweise nur in der Annahme einer Regel-Ersatzvornahme liegen. Zumindest insofern wäre eine Klarstellung seitens des *OVG* wünschenswert.

Alfred Scheidler*

Der Ablauf der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess

I. Einleitung

Die Verwaltungsgerichtsordnung regelt die mündliche Verhandlung, die mit Recht als Kernstück des Verwaltungsprozesses bezeichnet wird[1], primär in den §§ 101 bis 105 VwGO. So normiert § 101 VwGO, dass grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchzuführen ist, lässt aber auch Ausnahmen zu. § 102 VwGO enthält insbesondere Ladungsvorschriften, die §§ 103 und 104 VwGO befassen sich mit dem Gang der mündlichen Verhandlung und § 105 VwGO regelt die Niederschrift, indem er auf die Zivilprozessordnung (§§ 159 bis 165 ZPO) verweist. Regelungen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung finden sich in § 87 VwGO[2].
Die mündliche Verhandlung hat vor allem zwei Aufgaben: Zum Einen dient sie der Sachverhaltsermittlung, wie sich mittelbar § 104 Abs. 1 VwGO entnehmen lässt, demzufolge der Vorsitzende die Streitsache mit den Beteiligten tatsächlich und rechtlich zu erörtern hat, was letztlich ein Teil der Sachverhaltsaufklärung ist[3]. Zum anderen soll die mündliche Verhandlung das Ergebnis der Vorbereitung und Vorberatung soweit bekannt geben, dass die Beteiligten wissen, auf welche Fragen es nach Auffassung des Gerichts ankommt[4]. Im Verwaltungsprozess spielt die mündliche Verhandlung in der Regel eine wichtigere Rolle als im Zivilprozess, wo sie sich häufig in der Bezugnahme auf die gewechselten Schriftsätze erschöpft[5]. Der Mündlichkeitsgrundsatz dient der Richtigkeitsgewähr verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, der Transparenz des Verfahrens, der öffentlichen Kontrolle und damit auch dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Objektivität der Verwaltungsrechtsprechung[6].

II. Die Ladung zur mündlichen Verhandlung

1. Allgemeines

Der Mündlichkeitsgrundsatz (§ 101 VwGO) wird durch die Vorschriften über die Ladung zur mündlichen Verhandlung ergänzt und in seiner Funktion gesichert. So regelt § 102 VwGO die für die

* Dr. *Alfred Scheidler* ist Abteilungsleiter am Landratsamt Neustadt an der Waldnaab, daneben Lehrbeauftragter an der Universität Bayreuth und Dozent an der Bayerischen Verwaltungsschule.

1 *Ortloff/Riese,* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (Stand: Mai 2010), § 101 Rn. 2; *Scheidler,* in: Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (2013), § 101 Rn. 1; *Geiger,* BayVBl. 2006, 421; BVerwG, Urt. v. 9.12.2010, DVBl. 2011, 366.

2 Ausführlich dazu *Geiger,* BayVBl. 2006, 421 (423 ff.).

3 *Geiger,* BayVBl. 2006, 421 (422).

4 *Heckel,* VBlBW 2001, 1 (2); *Scheidler* (Fn. 1), § 101 Rn. 2.

5 *Brüning,* in: Posser/Wolff, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (2008), § 101 vor Rn. 1; *Redeker/von Oertzen,* Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (15. Aufl. 2010), § 101 Rn. 1.

6 *Dolderer,* in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung – Großkommentar (3. Aufl. 2010), § 101 Rn. 7; BVerwG, Urt. v. 9.12.2010, DVBl. 2011, 366.

Durchführung einer mündlichen Verhandlung einzuhaltende Ladungsfrist (Absatz 1) und schreibt den für die Wirksamkeit der Ladung notwendigen Hinweis auf die Folgen einer Säumnis vor (Absatz 2). Absatz 3 eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, Sitzungen auch außerhalb seines Sitzes abzuhalten, Absatz 4 stellt klar, dass die an Stelle der früheren Regelung über die Gerichtsferien eingeführte Bestimmung des § 227 Abs. 3 Satz 1 ZPO im Verwaltungsprozess nicht gilt. § 102 VwGO steht im engen Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör: Die Beteiligten sollen hinreichend Gelegenheit haben, sich auf die Verhandlung vorzubereiten und müssen wissen, dass bei Nichtteilnahme am Termin gleichwohl eine Entscheidung ergehen kann[7]. Da die Terminsbestimmung und die Ladung zur mündlichen Verhandlung in § 102 VwGO nur unvollständig geregelt sind, sind – von wenigen Ausnahmen abgesehen – (über § 173 VwGO) ergänzend die §§ 214 ff. ZPO heranzuziehen.

2. Terminsbestimmung

Anders als im Zivilprozess, bei dem die Terminsbestimmung „unverzüglich", d. h. in der Regel bereits bei Eingang der Sache, zu erfolgen hat (§ 216 Abs. 2 ZPO), ist im Verwaltungsprozess aufgrund des hier geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 86 Abs. 1 VwGO) die mündliche Verhandlung erst anzuberaumen, wenn die Sache entscheidungsreif ist. Insoweit gilt § 216 Abs. 2 ZPO im Verwaltungsprozess nicht[8]. Die Terminsbestimmung, die Zeit (Datum und Uhrzeit des Beginns der mündlichen Verhandlung) sowie Ort enthalten muss, erfolgt von Amts wegen (§ 173 VwGO i. V. m. § 216 Abs. 1 ZPO) durch den Vorsitzenden bzw. den Einzelrichter, wie sich aus dem (nur) insoweit – über § 173 VwGO – anwendbaren § 216 Abs. 2 ZPO und mittelbar aus § 102 Abs. 1 Satz 2 VwGO ergibt[9]. Wann und in welcher Reihenfolge die Verfahren terminiert werden, liegt im Ermessen des Vorsitzenden, der hierüber nach sachlichen Kriterien zu befinden hat, insb. nach Dringlichkeit der Sache, deren Bedeutung für den Rechtsschutzsuchenden oder Dauer der Anhängigkeit[10]. Erfolgt unangemessen lange keine Terminierung, so kann neuerdings[11] gem. § 173 Satz 2 VwGO i.V.m. § 198 Abs. 1 Satz 1 GVG nach vorheriger Verzögerungsrüge unter bestimmten Voraussetzungen ein Entschädigungsanspruch für denjenigen bestehen, der infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet[12].

3. Ladung

Sobald der Termin bestimmt ist, sind die Beteiligten gem. § 102 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu laden, grundsätzlich mittels Zustellung gem. § 56 VwGO. Die Ladung enthält den Termin für die mündliche Verhandlung, wie er vom Vorsitzenden festgelegt wurde und muss außer ihrem Zweck erkennen lassen, für wen sie bestimmt ist und welche Sache betroffen ist[13]. Der gem. § 102 Abs. 2 VwGO erforderliche Hinweis, dass beim Ausbleiben eines Beteiligten auch ohne ihn verhandelt und entschieden werden kann, dient dem rechtlichen Gehör[14]. Die Ladungsfrist, die u. a. den Zweck hat, den Beteiligten eine ausreichende Vorbereitung auf den Termin zu ermöglichen[15], beträgt mindestens zwei Wochen, beim Bundesverwaltungsgericht mindestens vier Wochen. Bei der Berechnung dieser Frist ist der Tag, an dem die Terminsladung zugestellt worden ist, nicht mitzurechnen. Soll daher die mündliche Verhandlung z. B. an einem Freitag stattfinden, muss bei der zweiwöchigen Ladungsfrist die Zustellung spätestens am Donnerstag der vorvergangenen Woche bewirkt sein[16]. In dringenden Fällen kann der Vorsitzende gem. § 102 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Ladungsfrist abkürzen; einer Anhörung der Beteiligten bedarf es hierfür nicht (§ 173 VwGO i. V. m. § 226 Abs. 3 ZPO). Die Dringlichkeit muss in der Natur des Rechtsstreits selbst oder in besonderen schutzwürdigen Interessen eines Beteiligten begründet sein; bloße gerichtsorganisatorische Gründe reichen nicht[17]. In Betracht kommt demgegenüber z. B. eine besondere Eilbedürftigkeit wegen einer kurzfristig bekannt gewordenen längeren Abwesenheit eines Beteiligten oder seines Vertreters, von Zeugen oder Sachverständigen[18]. Je weiter der Zeitraum zwischen Zugang der Ladung und mündlicher Verhandlung die gesetzliche Ladungsfrist unterschreitet, desto dringender müssen jedoch die Gründe für die Verkürzung der Frist sein[19]. Die Abkürzung der Ladungsfrist muss eine genaue Bestimmung des Zeitraums enthalten, der statt der in § 102 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorgesehenen Frist ausnahmsweise gelten soll[20]. Eine Abkürzung der Ladungsfrist, die den Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 Satz 2 VwGO nicht entspricht, stellt zwar als solche keinen die Revision rechtfertigenden Verfahrensmangel dar; sie kann jedoch unter besonderen Umständen als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beachtlich sein; das ist der Fall, wenn sich der Beteiligte in der verbleibenden Zeit nicht ausreichend auf den Termin vorbereiten konnte oder ihm die Teilnahme wegen der Frist unmöglich war und er den Rechtsverlust auch nicht anderweitig verhindern konnte[21].

III. Der Gang der mündlichen Verhandlung

1. Rechtsgrundlagen

Der Ablauf der mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess[22] ist vor allem in den §§ 103 und 104 VwGO geregelt; ergänzend kommen weitere Vorschriften der VwGO zum Tragen, nämlich insbesondere § 97 Satz 2 VwGO (Befragung von Zeugen und Sachverständi-

7 *Geiger,* in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (13. Aufl. 2010), § 102 Rn. 1.
8 *Geiger* (Fn. 7), § 102 Rn. 3; *Dolderer* (Fn. 6), § 102 Rn. 4; siehe auch *BayVGH,* Beschl. v. 11.8.1977, BayVBl. 1978, 212.
9 *Dolderer* (Fn. 6), § 102 Rn. 13; *Geiger* (Fn. 7), § 102 Rn. 11; *Ortloff/Riese* (Fn. 1), § 102 Rn. 4.
10 *Geiger* (Fn. 7), § 102 Rn. 3; *Kopp/Schenke,* Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar (17. Aufl. 2011), § 102 Rn. 4; *Redeker/von Oertzen* (Fn. 5), § 102 Rn. 1a.
11 Seit Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren am 3.12.2011 (BGBl. I S. 2302); zum Rechtsschutz nach alter Rechtslage siehe etwa VGH BW, Beschl. v. 25.1.1984, VBlBW 1984, 243.
12 Näher dazu *Schenke,* NVwZ 2012, 257; siehe auch *Scheidler,* BayVBl. 2012, 326 (327).
13 *Geiger* (Fn. 7), § 102 Rn. 15.
14 BVerwG, Beschl. v. 20.1.1995, NVwZ-RR 1995, 549 = DÖV 1995, 564.
15 BVerwG, Beschl. v. 22.12.2009, BauR 2010, 593.
16 BVerwG, Urt. v. 6.2.1987, NJW 1987, 2694
17 *Brüning* (Fn. 5), § 102 Rn. 15; *Kopp/Schenke* (Fn. 10), § 102 Rn. 11.
18 *Ortloff/Riese* (Fn. 1), § 102 Rn. 20.
19 BVerwG, Beschl. v. 22.12.2009, BauR 2010, 593.
20 BVerwG, Beschl. v. 8.4.1998, NJW 1998, 2377 = DVBl. 1999, 93.
21 BVerwG, Beschl. v. 22.12.2009, BauR 2010, 593; BVerwG, Beschl. v. 21.1.1997, Buchholz 310 § 102 VwGO Nr. 21; BVerwG, Beschl. v. 27.3.1998, Az.: 6 B 37.98 (juris); BVerwG, Urt. v. 6.2.1987, NJW 1987, 2694; BVerwG, Urt. v. 22.6.1984, NJW 1985, 340.
22 Zu Ausnahmen vom Mündlichkeitsgrundsatz (insb. gem. § 101 Abs. 2 und 3 VwGO) siehe *Scheidler* (Fn. 1), § 101 Rn. 7 ff.; dazu, dass der Verzicht auf mündliche Verhandlung nach § 101 Abs. 2 VwGO eine grundsätzlich unwiderrufliche Prozesshandlung ist, siehe OVG Münster, Beschl. v. 28.6.2013, Az.: 14 A 2512/10 (juris); zu den Anforderungen an den Verzicht siehe BVerwG, Beschl. v. 24.4.2013, Az.: 8 B 91/12 (juris).

gen durch die Beteiligten), § 86 Abs. 2 VwGO (Beweisanträge in der mündlichen Verhandlung) und § 86 Abs. 3 VwGO (Stellung sachdienlicher Anträge). Über § 173 VwGO sind außerdem die in den §§ 136 ff. ZPO normierten Grundsätze heranzuziehen, soweit sie nicht durch spezielle Regelungen der VwGO ersetzt werden[23]. Darüber hinaus sind über § 55 VwGO die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG), die Sitzungspolizei (§§ 176 ff. GVG) und die Gerichtssprache (§§ 184 ff. GVG) anwendbar.

2. Einstieg in die mündliche Verhandlung

Zu Beginn eines Sitzungstages eröffnet der Vorsitzende die Sitzung für diesen Tag. Dann wird die erste Sache (und nach deren Abschluss die jeweils folgende) aufgerufen und damit die mündliche Verhandlung eröffnet (§ 103 Abs. 1 VwGO)[24]. Mit dem Aufruf der Sache bekundet das Gericht, dass es mit der Verhandlung der Streitsache beginnt; er dient der Wahrung des rechtlichen Gehörs und stellt außerdem die Öffentlichkeit her[25]. Es folgt die Feststellung der (gem. § 105 VwGO i. V. m. § 160 Abs. 1 Nr. 4 ZPO im Protokoll festzuhaltenden) Präsenz.

Bei Säumnis eines Beteiligten kann auch ohne ihn verhandelt und entschieden werden, wenn er ordnungsgemäß geladen wurde (vgl. § 102 Abs. 2 VwGO). Es ist Sache jedes Beteiligten, es sich so einzurichten, dass er pünktlich zum Termin erscheinen kann. Es obliegt ihm grundsätzlich, gegen Verzögerungen Vorsorge zu treffen insbesondere dann, wenn er einen weiten Anfahrtsweg hat[26]. Im Hinblick auf die Bedeutung des Mündlichkeitsgrundsatzes und den Anspruch auf rechtliches Gehör ist es jedoch angebracht, dass das Gericht bei Säumnis eines Beteiligten noch eine Weile zuwartet, bevor es in die mündliche Verhandlung einsteigt, wenn anzunehmen ist, dass er doch noch kommt, sich also nur geringfügig verspätet. Dies ist der Fall, wenn dem Gericht aufgrund einer unmittelbar vor oder kurz nach Beginn der mündlichen Verhandlung eingegangenen Mitteilung bekannt ist, dass der Bevollmächtigte eines Beteiligten nicht pünktlich erscheinen kann, aber zur mündlichen Verhandlung kommen will und ein Zuwarten mit dem Interesse an der Einhaltung der Tagesordnung vereinbar ist[27]. Als Orientierungswert werden hierfür ca. zehn bis fünfzehn Minuten genannt[28]. Im Übrigen liegt es grundsätzlich im Ermessen des Vorsitzenden, ob er gleichwohl sofort die mündliche Verhandlung eröffnet oder noch eine gewisse Zeit abwartet. Dabei wird er einerseits das voraussichtliche Interesse des Beteiligten an der Teilnahme und andererseits das Interesse des Gericht sowie der an später angesetzten Sachen Beteiligten an möglichst pünktlicher Einhaltung der Tagesordnung berücksichtigen[29]. Ist zur Klärung des Sachverhalts die Anwesenheit des Beteiligten nötig, so ist – wenn er auch nach Einräumung einer kurzen Wartefrist nicht erscheint – die Sache zu vertagen[30].

3. Die mündliche Verhandlung

a) Verhandlungsleitung

Gem. § 103 Abs. 1 VwGO leitet die mündliche Verhandlung der Vorsitzende, der dies nicht delegieren und sich nicht auf ein gelegentliches Eingreifen beschränken darf[31]. Zur Verhandlungsleitung gehört zum einen die formelle Verhandlungsleitung, die die äußere Ordnung der Verhandlung betrifft, so dass er Prozessbeteiligte bei ungebührlichem Verhalten zur Ordnung rufen und nicht Beteiligte aus dem Sitzungssaal entfernen lassen kann (Sitzungspolizei, § 55 VwGO i. V. m. § 176 GVG). Zum anderen gehört dazu die materielle Verhandlungsleitung, derzufolge der Vorsitzende dafür Sorge zu tragen hat, dass die Verhandlung konzentriert und ohne unnötige Unterbrechung möglichst in einem Termin zu Ende gebracht wird (vgl. § 87 Abs. 1 Satz 1 VwGO)[32], evtl. auch durch gütliche Einigung (§ 106 VwGO).

b) Verlauf der mündlichen Verhandlung

aa) Aktenvortrag

Nach Aufruf der Sache trägt der Vorsitzende oder der Berichterstatter den wesentlichen Inhalt der Akten vor (§ 103 Abs. 2 VwGO); dieser Sachbericht ist ein wesentlicher Bestandteil der mündlichen Verhandlung, dessen Fehlen grundsätzlich einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt[33], der allerdings unbeachtlich ist, wenn die Beteiligten darauf verzichten[34]. Da der Aktenvortrag nicht lediglich zur Information der Verfahrensbeteiligten, sondern auch zur Unterrichtung der Mitglieder des Gerichts, insbesondere der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter, dient, damit diese sich ihre Überzeugung aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens bilden können (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO), muss der wesentliche Akteninhalt nach Ansicht des BVerwG auch dann vorgetragen werden, wenn in dem anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung keiner der Verfahrensbeteiligten oder lediglich einer von ihnen erscheint, der für seine Person auf den Sachvortrag verzichtet[35].

bb) Rechtsgespräch

Nach dem Sachbericht erhalten gem. § 103 Abs. 3 VwGO die Beteiligten das Wort, um ihre Anträge zu stellen und zu begründen; es folgt das Rechtsgespräch, d. h. der Vorsitzende hat gem. § 104 Abs. 1 VwGO die Streitsache mit den Beteiligten tatsächlich und rechtlich zu erörtern. Diese Reihenfolge ist aber nicht zwingend, so dass davon abgewichen werden kann, wenn eine sachgerechte Antragstellung erst nach den rechtlichen Erörterungen möglich ist[36]. Die Verpflichtung zum Rechtsgespräch ist Ausdruck der prozessualen Fürsorgepflicht, die das Gericht gegenüber dem Bürger hat. Der Umfang des Rechtsgesprächs bestimmt sich nach den Umständen der jeweiligen Streitsache: So wird es bei komplizierten Sachverhalten oder Rechtsfragen und bei wenig prozesserfahrenen Beteiligten ausführlicher sein müssen, als bei einfach gelagerten Fällen und wenn alle Beteiligten durch Anwälte vertreten sind[37]. Die Erörterung der Sach- und Rechtsfragen soll zur Sachaufklärung führen, soweit dies ohne Beweisaufnahme möglich ist; gleichzeitig sollen den Beteiligten damit die aus

23 *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 1.
24 *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 3; ders., BayVBl. 2006, 421 (427).
25 *Dolderer* (Fn. 6), § 103 Rn. 19.
26 OVG Münster, Beschl. v. 22.11.2001, NVwZ-RR 2002, 785; VG Ansbach, Urt. v. 29.11.2010, Az.: AN 14 K 10.30212 (juris Rn. 16).
27 BVerwG, Urt. v. 14.2.1979, NJW 1979, 1619; BVerwG, Beschl. v. 10.7.1985, NJW 1986, 206.
28 BVerwG, Beschl. v. 10.7.1985, NJW 1986, 206 (207); *Dolderer* (Fn. 6), § 103 Rn. 23; *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 9.
29 BVerwG, Beschl. v. 12.7.1995, NJW 1995, 3402; BVerwG, Beschl. v. 10.7.1985, NJW 1986, 206; a. A. (kein Ermessen, sondern Pflicht, zu warten) *Kopp/Schenke* (Fn. 10), § 103 Rn. 4.
30 BVerwG, Urt. v. 25.3.1987, NVwZ 1987, 805.
31 *Dolderer* (Fn. 6), § 103 Rn. 11.
32 *Dolderer* (Fn. 6), § 103 Rn. 4; *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 6.
33 BVerwG, Beschl. v. 18.4.1983, NJW 1984, 251.
34 BVerwG, Beschl. v. 2.1.1980, Buchholz 310 § 103 VwGO Nr. 4.
35 BVerwG, Beschl. v. 18.4.1983, NJW 1984, 251; ebenso für den Sozialgerichtsprozess BSG, Beschl. v. 25.1.2011, Az.: B 5 R 261/10 B (juris); a. A. *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 11.
36 *Geiger* (Fn. 7), § 103 Rn. 13; ders., BayVBl. 2006, 421 (427); *Dolderer* (Fn. 6), § 103 Rn. 38; *Kopp/Schenke* (Fn. 10), § 103 Rn. 8; *Ortloff/Riese* (Fn. 1), § 103 Rn. 46.
37 *Geiger* (Fn. 7), § 104 Rn. 3

Sicht des Gerichts wesentlichen rechtlichen Probleme nahegebracht werden und es soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, sich hierzu zu äußern[38]. Aus § 104 Abs. 1 VwGO folgt nicht die Pflicht des Gerichts, alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte umfassend zu erörtern. Insbesondere muss das Gericht die Beteiligten nicht vorab auf seine Rechtsauffassung oder die beabsichtigte Würdigung des Prozessstoffs hinweisen, weil sich die tatsächliche und rechtliche Würdigung regelmäßig erst aufgrund der Schlussberatung ergibt. Das Gericht ist also nicht verpflichtet, vor Verkündung des Urteils seine Rechtsauffassung mitzuteilen[39]. Eine Ausnahme hiervon gilt allerdings dann, wenn das Gericht seine Entscheidung auf einen bis dahin nicht erörterten tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt stützen will und damit dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach den bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte[40]. Das BVerwG hat sich in seinem Beschluss vom 4.7.2013[41] zum Umfang der Erörterung wie folgt geäußert: „Der Umfang der Erörterung nach § 104 Abs. 1 VwGO in der mündlichen Verhandlung ist an der jeweiligen konkreten Sachlage auszurichten und schließt ein, dass im Interesse der Übersichtlichkeit der Verhandlung der Vorsitzende die Erörterung auf Schwerpunkte beschränken darf. Das Gericht ist insbesondere bei Planfeststellungsverfahren mit umfangreichem Tatsachenvortrag nicht verpflichtet, mit den durch einen Rechtsanwalt vertretenen Beteiligten ein erschöpfendes Rechtsgespräch über alle von der Streitsache berührten oder für die Entscheidung der Streitsache erheblichen Rechtsfragen zu führen, wenn bereits hinreichend Gelegenheit bestand, zu bestimmten Gesichtspunkten Stellung zu nehmen oder diese sonst auf der Hand liegen".

Gem. § 104 Abs. 2 Satz 1 VwGO hat der Vorsitzende jedem Mitglied des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen. Damit wird sichergestellt, dass die beisitzenden Richter, auch die ehrenamtlichen, ihr Amt sachgerecht ausüben können[42].

cc) Schließen der mündlichen Verhandlung

Nach Erörterung der Streitsache, also wenn von niemandem mehr das Wort gewünscht wird, erklärt der Vorsitzende gem. § 104 Abs. 3 Satz 1 VwGO die Verhandlung für geschlossen. Dies kann auch konkludent dadurch geschehen, dass sich das Gericht zur Beratung zurückzieht[43]. Der Schluss der mündlichen Verhandlung legt den Zeitpunkt fest, ab dem weiteres Vorbringen der Beteiligten oder dem Gericht anderweit bekannt werdende Umstände für die aufgrund der mündlichen Verhandlung ergehende Entscheidung grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen sind[44]. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung kann das Gericht im Anschluss daran eine Entscheidung verkünden (§ 116 Abs. 1 Satz 1, HS 1 VwGO) oder einen besonderen Verkündungstermin hierfür anberaumen (§ 116 Abs. 1 Satz 1, HS 2 VwGO). Als weitere Alternative besteht die Möglichkeit, anstelle der Verkündung den Beteiligen die schriftliche Entscheidung zuzustellen (§ 116 Abs. 2 VwGO).

Abweichend von dem Grundsatz, dass nach Schluss der mündlichen Verhandlung weiteres Vorbringen nicht mehr berücksichtigt wird, kann das Gericht gem. § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO – nach seinem Ermessen[45] und auch ohne Antrag der Beteiligten[46] – die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beschließen. Dies soll den Parteien die sachgerechte Wahrnehmung ihrer Rechte, namentlich durch mündlichen Vortrag zu dem erst aufgrund der mündlichen Verhandlung gewonnenen Gesamtergebnis des Verfahrens, gewährleisten. Mit Blick auf diesen Zweck und den Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör kann sich das Ermessen des Gerichts zu einer Wiedereröffnungspflicht verdichten[47]. Das ist dann der Fall, wenn sich nach Schluss der mündlichen Verhandlung herausstellt, dass noch weitere Ermittlungen notwendig sind, etwa weil das Gericht seiner Frage- oder Hinweispflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, weil nachträglich ein Beweisantrag gestellt wurde, der in zulässiger Weise nicht abgelehnt werden kann oder weil sonst Umstände vorgetragen werden, aus denen sich ergibt, dass das Gericht entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen hat[48]. Eine Wiedereröffnung nach Wirksamwerden einer die Instanz abschließenden Entscheidung ist allerdings nicht möglich[49]; wirksam ist eine auf einer mündlichen Verhandlung beruhende Entscheidung dann, wenn sie verkündet oder – im Fall der Zustellung des Urteils gem. § 116 Abs. 2 VwGO – der Geschäftsstelle die vollständige Entscheidung oder jedenfalls der von den Richtern unterschriebene Tenor förmlich übergeben wurde; dass der Tenor den Beteiligten telefonisch oder per Telefax mitgeteilt wurde, ist nicht erforderlich[50].

Ist die Wiedereröffnung beschlossen worden, so haben die Beteiligten einen Anspruch auf Durchführung einer neuen mündlichen Verhandlung, in der sie nicht nur hinsichtlich des für die Wiedereröffnung maßgeblichen Umstands erneut vortragen können, sondern in der wie bei einer Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu verfahren ist[51].

IV. Zusammenfassung

Die mündliche Verhandlung als Kernstück des Verwaltungsprozesses dient der Sachverhaltsermittlung und der Information der Beteiligten darüber, worauf es aus Sicht des Gerichts für die Entscheidungsfindung ankommt. § 102 VwGO enthält Regelungen zur Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden und zur Ladung. In den §§ 103 und 104 VwGO finden sich die wichtigsten Bestimmungen zum Ablauf der mündlichen Verhandlung, dessen Hauptbestandteil das Rechtsgespräch ist, also die Erörterung der Streitsache durch den Vorsitzenden mit den Beteiligten (§ 104 Abs. 1 VwGO). Umfang und Dauer des Rechtsgesprächs bestimmen sich insbesondere nach Schwierigkeit der Streitsache und danach, ob Beteiligte anwaltlich vertreten sind oder nicht.

38 *Redeker/von Oertzen* (Fn. 5), § 104 Rn. 1; Ortloff (Fn. 1), § 104 Rn. 15; Birk, VBlBW 1983, 153 (155).
39 BVerwG, Beschl. v. 7.5.2008, Buchholz 310 § 108 Abs. 2 VwGO Nr. 75.
40 BVerwG, Urt. v. 27.1.2011, UPR 2011, 232; BVerwG, Beschl. v. 19.7.2010, Az.: 6 B 20.10 (juris Rn. 4); BVerwG, Beschl. v. 12.2.2008, Az.: 9 B 70/07 (juris Rn. 9); OVG Münster, Beschl. v. 23.8.2010, Az.: 1 A 3124/08 (juris Rn. 36); BayVGH, Beschl. v. 19.5.2010, Az.: 1 B 10.254 (juris Rn. 12).
41 BVerwG, Beschl. v. 4.7.2013, Az.: 9 A 7/13 u.a. (juris).
42 *Dolderer* (Fn. 6), § 104 Rn. 22.
43 *Geiger* (Fn. 7), § 104 Rn. 12; *Dolderer* (Fn. 6), § 104 Rn. 45.
44 *Dolderer* (Fn. 6), § 104 Rn. 47; *Ortloff* (Fn. 1), § 104 Rn. 71.
45 BVerwG, Beschl. v. 3.12.2008, Az.: 10 B 13/08 (juris Rn. 7); BVerwG, Beschl. v. 5.11.2001, NVwZ-RR 2002, 217; BVerwG, Urt. v. 3.7.1992, NJW 1992, 3185; *Geiger* (Fn. 7), § 104 Rn. 16; *Dolderer* (Fn. 6), § 104 Rn. 59; *Brüning* (Fn. 5), § 104 Rn. 13; enger: Ortloff (Fn. 1), § 104 Rn. 73.
46 *Geiger* (Fn. 7), § 104 Rn. 15; VG München, Beschl. v. 13.12.2010, Az.: M 8 K 09.3950 (juris Rn. 6).
47 BVerwG, Beschl. v. 3.12.2008, Az.: 10 B 13/08 (juris Rn. 7); BVerwG, Urt. v. 3.7.1992, NJW 1992, 3185; BVerwG, Urt. v. 11.11.1970, Buchholz 310 § 104 VwGO Nr. 3.
48 *Geiger* (Fn. 7), § 104 Rn. 16 m. w. N. aus dem Bereich des Zivilprozessrechts.
49 VG München, Beschl. v. 13.12.2010, Az.: M 8 K 09.3950 (juris Rn. 7).
50 VG München, Beschl. v. 13.12.2010, Az.: M 8 K 09.3950 (juris Rn. 7); OVG Weimar, Beschl. v. 26.1.2000, NVwZ 2000, 1308; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.3.1999, NVwZ-RR 2000, 125.
51 *Redeker/von Oertzen* (Fn. 5), § 104 Rn. 7; OVG Schwerin, Beschl. v. 16.6.2010, NVwZ-RR 2011, 128.

Peter Eichhorn*

ABC – Glossar – XYZ

Der Verwaltungssprache ergeht es wie anderen Fachsprachen: sie unterliegt einem ständigen Wandel. Neue Fragestellungen, Gegenstände, Sachverhalte, Methoden, Erfahrungen und Erkenntnisse bringen neue Begriffe hervor oder nutzen vorhandene Begriffe. Alte Fachausdrücke verschwinden. Die neuen oder mit verändertem Inhalt verwendeten Begriffe entstehen in Deutschland oder entstammen europarechtlichen Vorgaben. Sie gehen in die Gesetzgebung und in das Verwaltungshandeln ein und machen auch nicht vor angelsächsischen Termini halt. Das hier und in den folgenden Heften abgedruckte Glossar will dem Leser aktuelle und bedeutsame neue Wortprägungen erklären.

Bürokratische Macht

Im überkommenen Schema der Dreiteilung staatlicher Gewalt in Gesetzgebung (Konstitutive/Legislative), vollziehende Gewalt (Exekutive) und Rechtsprechung (Judikative) ist bürokratische Macht (Administrative) Teil der vollziehenden Gewalt; deren anderen Teil bildet die eigenständige Gewalt der Regierung (Gubernative). (Dass es immer wieder bedenkenswerte Ansätze gibt, Rechnungshöfe, Medien und Lobbyismus als weitere Gewalten bewusst zu machen, sei am Rand vermerkt.)

Zum Ausmaß staatlicher Macht in Deutschland hier einige jüngere Meinungen: Durch schrumpfende und einseitige Repräsentanz in den Parlamenten verlören diese an Legitimität und wegen des „Hochzonens" von Rechtsmaterien auf die europäische Ebene schwänden die Zuständigkeiten des Deutschen Bundestages und der Landtage. Auch das Regieren sei bei Bund und Ländern nur noch eingeschränkt möglich, denn globale Kapitalmärkte, Finanz- und Netzkonzerne, Nongovernmental Organizations und mehrheitlich beschlossene weltweite Abkommen diktierten die Regeln und es bliebe national lediglich der Vollzug vollendeter Tatsachen übrig. Die rechtsprechende Gewalt erleide nicht minder eine Demontage durch grassierende Betriebsjustiz, Mediatoren, Schlichter und gerichtliche „Deals".

Im Kontrast dazu wachse die Macht der (Vollzugs-)Bürokratie – volkssprachlich: die Macht der Bürokraten in deutschen Amtsstuben. Rechtsstaatlich und vom Standpunkt der Regierung aus betrachtet herrscht zwischen ihr und der Verwaltung ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Dieser formal richtigen Auffassung folgt weitgehend die öffentliche Meinung. Die alltägliche Praxis sieht hingegen anders aus. Die Arbeitsteilung zwischen den politischen und administrativen Funktionsträgern geschieht weniger hierarchisch nach dem Muster „die Regierung entscheidet und gestaltet, die Verwaltung handelt und verwaltet". Vielmehr begegnet man sich partnerschaftlich, wobei die Ministerialbürokratie ihre Position durchaus machtvoll einzusetzen weiß.

Die Verwaltungsangehörigen vereint die „Macht des Sachverstandes und der etablierten Organisation" (wie es Reinhold Zippelius, geb. 1928, Rechtsphilosoph und Staatsrechtslehrer, Erlangen, in seinem profunden Werk Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft) ausdrückt). Das Eigengewicht der Bürokratie rührt daher, dass sie über immenses Herrschaftswissen verfügt, auf Dauer eingerichtet ist und kompetente Fachleute normgesteuert kontinuierlich tätig sind.

Auf der „Herrschaft kraft Wissen" (wie Bürokratie vom Soziologen Max Weber (1864-1920) definiert wurde) gründet seit Jahrhunderten bürokratische Macht. Schon in der Antike und erst recht nach der Erfindung des Buchdrucks ließen wissenshungrige Landesherren und Kirchen Informationen aller Art zur Erforschung, Überwachung und Lenkung (im Sinne von Versorgung und Unterdrückung) ihrer Staaten und Kirchenvölker systematisch sammeln und speichern. Die Informationsflut nimmt durch die elektronisch vernetzten Medien auf öffentlicher, inzwischen nicht minder auf privater Seite vehement, ja in Ermangelung wirksamer Filter und Datenschutzregeln ungebremst zu.

Die Fachleute im Verwaltungsapparat können die früher geheim gehaltenen und heute zögerlich offenbarten (Er-)Kenntnisse zur Machtausübung nutzen. Gedacht ist dabei weniger an das Erheben und Auswerten von Statistikdaten oder das Ermitteln von Kartellvorgehen und anderer Straftaten. Bürokratische Machthaber bevorzugen heikle Informationen, die sie entweder gezielt und zur rechten Zeit verbreiten oder der Politik und Allgemeinheit vorenthalten. Macht sichert auch die den Bürger strapazierende Neigung von Bürokraten, den „Dienst nach Vorschrift" einem „Dienst am Kunden", vorzuziehen.

Belege dafür finden sich zuhauf. So ist ein Politiker als Behördenchef auf sachkundige Beratung der Fachleute angewiesen. Diese können ihn „thematisieren" und gemäß ihrer Denkrichtung instruieren. Das wiederum beeinflusst sein Arbeitspensum. Durch Ausklammern von Fragestellungen seitens der Berater verschieben sich unter Umständen behördlich unerwünschte politische Prioritäten. Im Übrigen bieten die Vorbereitung von Gesetzentwürfen und die Erarbeitung von Verordnungen der Ministerialbürokratie ausreichend Gelegenheit, auf das künftige Recht inhaltlich Einfluss zu nehmen. Gegenüber den Bürgern kann sich bürokratische Macht insoweit ausleben, als man sich hinter Paragraphen verschanzt, sie restriktiv auslegt und anwendet, Vorgänge zur Prüfung aufschiebt, die Rechtsprechung zum betreffenden Fall abwartet oder vom Antragsteller zusätzliche Nachweise fordert.

Wie mächtig Bürokraten tatsächlich sind, zeigt sich in ihrem Umgang mit Lobbyisten. Die Amtsinhaber können den Einflüsterungen entweder widerstehen oder sie erliegen ihnen und setzen sie bei den „betroffenen", „zuständigen" oder „maßgeblichen" Politikern bzw. politischen Instanzen durch (verharmlosend als „umsetzen" bezeichnet).

Machtvolles Handeln der Bürokratie ist nicht auf die Administrative begrenzt. Ihre Herrschaft lässt sich auch indirekt verwirklichen durch Wahlen von Beamten in ein Abgeordnetenmandat mit vielfältigen Ein- und Mitwirkungsmöglichkeiten (der sog. Fraktion der Beamten) auf verwaltungsrelevante Angelegenheiten (via Anhörungen, Beschlussfassungen, Diskussionen, Fragestunden, Gesetze usw.). Über geballte Macht verfügen die Interessenverbände der öffentlichen Dienstnehmer, die für bestimmte Rahmen- und Arbeitsbedingungen eintreten, sich an Personalratswahlen beteiligen und als

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn,* Emeritus der Universität Mannheim, ist Präsident der SRH Hochschule Berlin.

Tarifpartner die Entgelte für Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst verhandeln.

Kompetenzen

Darunter verstand man früher die Befugnisse bzw. Zuständigkeiten eines Dienstpostens. Inzwischen ist diese eher formale Begriffsbestimmung variantenreichen Begriffsinhalten gewichen. Im Managementsprachgebrauch liegt der Fokus auf Managementkompetenzen, das heißt auf den Kenntnissen (engl. knowledge) und dem Können (engl. skills) von Managern. Dieses Wording verbindet mit Kompetenzen Führungswissen, Fertigkeiten zur Umsetzung des Wissens und Verantwortungsbewusstsein.
Allgemein wird gern nach Kompetenzarten und Kompetenzzielen differenziert. Im Wesentlichen unterscheidet man Fachkompetenz, wozu Faktenwissen und Anwendungskompetenz zählen, Methodenkompetenz, Systemkompetenz, die ganzheitliches, interdisziplinäres und interkulturelles Handeln beinhaltet, und Sozialkompetenz. Welche Kompetenzart besondere Bedeutung genießt, hängt von den Merkmalen der öffentlichen Verwaltung (oder eines Unternehmens) ab. Ist sie primär aufsichtsinstanzlich oder programmgestaltend, als Untersuchungsamt oder als Vollzugsbehörde tätig? Arbeitet sie als Backoffice (ohne Publikumsverkehr) oder Frontoffice (mit Publikumsverkehr)? Handelt es sich um eine Verwaltung mit regionalem Einzugsgebiet oder mit internationaler Reichweite?
Man kann davon ausgehen, dass in keiner staatlichen oder kommunalen Verwaltung fachliche und soziale Kompetenzen fehlen dürfen. Erstere umfassen eine sach- und fachgerechte Anwendung qualifizierter Verwaltungsverfahren, letztere schließen die Fähigkeit zur Integration ein, das heißt sich selbst zu integrieren und auch andere Führungskräfte einzubeziehen. Häufig erkennbare Defizite in der sozialen Kompetenz sind Selbstüberschätzung und Rücksichtslosigkeit.
In der gegenwärtigen Bildungspolitik, Pädagogik und Didaktik auf nationaler und europäischer Ebene erfährt die Kompetenzterminologie eine spezifische Sprachregelung. Schüler und Auszubildende, Studierende und Berufstätige sollen ihre intellektuellen, persönlichen, kommunikativen und technokratischen Fähigkeiten entwickeln und Handlungskompetenz erlernen. Diese setzt sich aus Fachkompetenz, die Wissen und kognitive und praktische Fertigkeiten umfasst, und aus personaler Kompetenz zusammen. Darunter werden Sozialkompetenz (Kommunikations- und Teamfähigkeit) und Selbständigkeit (Eigenständigkeit, Lernkompetenz und Verantwortung) subsumiert.
Wesentlich ist für Lehr- und Lernprozesse das Erreichen von Kompetenzzielen. Ihnen vorgelagert sind zunächst Lernziele wie das Erlangen von Wissen (früher typisch für Schulen, inzwischen weisen die Zeugnisse im ersten Schuljahr keine Notenskala mehr auf, sondern eine Art Kompetenzkatalog), danach Qualifikationsziele wie das Anwenden von Methoden (wird sowohl in der beruflichen als auch akademischen Aus- und Weiterbildung angestrebt). Die Hauptzielsetzung, Kompetenzen zu fördern und zu gewinnen, besteht darin, Kenntnisse und Können in komplexen Situationen einzusetzen, Probleme optimal zu lösen und verantwortlich zu handeln. Das heißt: den Verstand gebrauchen und sich vernünftig verhalten! Der Verstand sagt, was möglich und unmöglich, machbar und nicht machbar, zweckmäßig und unzweckmäßig, rechtskonform und rechtswidrig ist. Die Vernunft unterscheidet zwischen sinnvoll und sinnlos. Kurzum: nicht alles, was möglich ist, muss auch getan werden. Hier kommt die Ethik ins Spiel mit Selbstbeschränkung, Ausgleich zwischen Freiheit und Bindung sowie sozialer Gerechtigkeit.

Nonprofit-Organisationen

Die Vielzahl von Betriebstypen bzw. Organisationseinheiten kann man unter anderem danach unterscheiden, ob und inwieweit sie primär auf Gewinn- oder auf Sachziele ausgerichtet sind. Erstere, die gewerblichen bzw. kommerziellen Unternehmen, setzen Kapital ein, um Produkte zu erstellen und zu verwerten, eine Rendite zu erwirtschaften und eine Dividende auszuschütten. Dagegen streben die Sachziele verfolgenden Betriebe nicht nach Profit, sondern bieten ihre (Ausbildungs-, Beratungs-, Betreuungs-, Erziehungs-, Gesundheits-, Kultur-, Sicherheits-, Sport-, Umwelt-, Verbands-, Vereins-, Verwaltungs- u.a.) Leistungen unentgeltlich, teilweise oder gänzlich kostendeckend, mitunter auch mit geringfügigem Gewinn an. Dieser Nonprofit-Berichtstyp ist sowohl in der privaten Wirtschaft als auch im öffentlichen Sektor weit verbreitet.
Sachzielorientierte private Betriebe sind beispielsweise Stiftungen, Sportvereine, Verbände, Dienste und Einrichtungen der freien Wohlfahrtsträger, private Schulen und Hochschulen usw. Kennzeichnend ist für sie, dass die Kosten ihrer Leistungsangebote über Einkünfte, Spenden, Beiträge, Umlagen, Zuschüsse sowie (via „sozial kalkulierte", administrative oder Marktpreise) mittels Umsatzerlösen finanziert werden. Die Erträge dienen dazu, den Stiftungs- oder Vereinszweck zu erfüllen bzw. die Nonprofit-Ziele zu erreichen, indem Aufwendungen geleistet und Gewinne für Investitionen einbehalten werden. Soweit diese Nonprofit-Betriebe in Deutschland vom zuständigen Finanzamt steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannt sind und damit im Wesentlichen keiner Gewinnbesteuerung unterliegen, dürfen erwirtschaftete Gewinne nicht ausgeschüttet werden. Wenn auch bei Nonprofit-Organisationen das Formalziel Rentabilität den Sachzielen untergeordnet ist, haben die beiden anderen Ziele der Formalzieltriade, nämlich die ständige Sicherung der Liquidität bzw. der Zahlungsfähigkeit und die Wahrung finanzieller Sekurität bei Kapitalanlagen bzw. der Schutz vor Vermögensverlusten, höchste Priorität. Denn davon hängt ab, ob die Nonprofit- bzw. Sachziele überhaupt erreicht werden können.
Als Prototypen öffentlicher Nonprofit-Organisationen gelten Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltungen, ebenso gesetzliche Sozialversicherungen, Kammern und andere Körperschaften öffentlichen Rechts wie staatliche Universitäten und Fachhochschulen und kommunale Zweckverbände. Die Sachzieldominanz ist bei ihnen offensichtlich. Die Aufrechterhaltung der Liquidität und die Erhaltung des öffentlichen Vermögens werden hingegen weniger präferiert, denn man ist als öffentlicher Aufgabenträger grundsätzlich gegen Insolvenz gefeit; verlorenes (monetäres) Kapital und (substanzielles) Vermögen werden notfalls ersetzt (z.B. durch Wiederaufbau, Ersatzfahrzeuge, Aufforstung oder Landrückgewinnung). Die Finanzierung staatlicher und städtischer Nonprofit-Leistungen geschieht hauptsächlich über Steuereinnahmen, zum Teil auch über Beiträge und Gebühren. Die Übergänge zu partiell profitaffinen Betrieben erweisen sich als fließend, wie man exemplarisch an Sparkassen, Landesbanken, Stadtwerken und anderen öffentlichen Unternehmen feststellen kann. Sie verlangen in der Regel kostenüberdeckende Marktpreise.
Für Nonprofit-Organisationen ist die beabsichtigte Nonprofit-Zielsetzung konstitutiv. Ein Jahresabschluss ohne Profit macht aus einem kommerziellen Unternehmen keinen Nonprofit-Betrieb. Schmunzeln wird man deshalb über die Aussage eines in die Bredouille geratenen Geschäftsmannes über sein Unternehmen: „This is a nonprofit organization. We didn't plan it that way. But it is."

Thomas Kulle*

Die Großeltern Adam und ihre Enkelin**

– Fallbearbeitung aus dem SGB XII –

Sachverhalt

Am 07.01.2014 spricht Herr Adam im Sozialamt der kreisfreien Stadt D in Nordrhein-Westfalen (NRW) vor. Er möchte Leistungen für seine Ehefrau und sich beantragen, weil ihre Renten nicht ausreichen, um den notwendigen Lebensunterhalt zu decken. In der Vergangenheit haben sie von Ersparnissen gelebt, die aber jetzt fast vollständig verbraucht sind.

Im Gespräch macht Herr Adam folgende Angaben:
Herr Adam (geb. 16.09.1945) und seine Ehefrau, Frau Adam (geb. 13.12.1948), leben in der kreisfreien Stadt D in NRW. Sie wohnen in einer 70 qm großen Wohnung zur Miete. Der Bedarf für Unterkunft incl. der berücksichtigungsfähigen Nebenkosten beträgt 600,00 € im Monat. An ein Versorgungsunternehmen wird ein monatlicher Abschlag für Heizung incl. der Warmwassererzeugung in Höhe von 90,00 € gezahlt. Im Haushalt lebt noch die 14-jährige Enkelin Anna. Die Eltern von Anna sind bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen. Daher wächst Anna bei ihren Großeltern auf.
Herr Adam bezieht eine Rente wegen Alters in Höhe von 700,00 € (netto). Frau Adam erhält zurzeit eine befriste Rente wegen voller Erwerbsminderung nach § 43 II 2 SGB VI i. V. m. § 102 II SGB VI in Höhe von 230,00 € (netto). Herr Adam ist Versicherungsnehmer einer Familienhaftpflichtversicherung, für die er einen Jahresbeitrag in Höhe von 60,00 € zahlt. Am 10.01.2014 ist der nächste Jahresbeitrag fällig. Auch besitzt er als Versicherungsnehmer eine Hausratversicherung, für die er einen monatlichen Beitrag in Höhe von 5,00 € leistet.

Enkelin Anna bezieht eine Vollwaisenrente in Höhe von 416,00 € (netto) im Monat und Kindergeld in Höhe von 184,00 € im Monat. Auch erhält sie einen monatlichen Betrag aus einer privaten Kapitallebensversicherung ihrer verstorbenen Eltern in Höhe von 1.000,00 €. Anna besucht die 9. Klasse eines Gymnasiums.

Herr Adam ist Eigentümer eines Golfs IV mit einem aktuellen Verkehrswert in Höhe von 1.500,00 €. Frau Adam besitzt ein Sparbuch, auf dem sich ein aktuelles Guthaben in Höhe von 1.500,00 € befindet. Auf dem gemeinsamen Girokonto befindet sich laut aktuellem Kontoauszug am 07.01.2014 ein Guthaben in Höhe von 25,00 €.

Aufgabe:

Prüfen Sie im Rahmen eines Gutachtens, ob und ggf. in welcher Höhe ein Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt im Januar 2014 in Betracht kommt.

Bearbeitungshinweise:

1. Die Zuständigkeit ist nicht zu prüfen.

2. Der Bedarf für Unterkunft und der Bedarf für Heizung sind nach der Höhe angemessen.

3. Die Beiträge zur Familienhaftpflichtversicherung und zur Hausratversicherung sind nach der Höhe angemessen.

4. Frau Adam und Herr Adam bilden zusammen mit Anna ein Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

5. Nach den Durchführungshinweisen der Familienkasse seitens der Bundesagentur für Arbeit bezieht ein Kind, das Vollwaise ist, Kindergeld für sich selbst.

6. Herr Adam legt eine Vollmacht seiner Ehefrau vor, nach welcher er für seine Frau Sozialleistungen beantragen darf.

7. Auslegungshinweis des Sozialamtes der kreisfreien Stadt D zu § 39 SGB XII:
Der Selbstbehalt nach § 39 SGB XII beträgt 1.200,00 €. Wenn eine einsatzpflichtige Person ein bereinigtes Einkommen über diesen Betrag erzielt, dann ist der Überschuss zu 50 % einzusetzen.

8. **Regelbedarfsstufen nach § 28 SGB XII in Euro (Anlage zu § 28 SGB XII)**

gültig ab	Regelbedarfsstufe 1	Regelbedarfsstufe 2	Regelbedarfsstufe 3	Regelbedarfsstufe 4	Regelbedarfsstufe 5	Regelbedarfsstufe 6
01.01.2014	391	353	313	296	261	229

Regelbedarfsstufe 1:
Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die als allein stehende oder allein erziehende Person einen eigenen Haushalt führt; dies gilt auch dann, wenn in diesem Haushalt eine oder mehrere weitere erwachsene Personen leben, die der Regelbedarfsstufe 3 zuzuordnen sind.

Regelbedarfsstufe 2:
Für jeweils zwei erwachsene Leistungsberechtigte, die als Ehegatten, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führen.

Regelbedarfsstufe 3:
Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die weder einen eigenen Haushalt führt, noch als Ehegatte, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führt.

---

* *Thomas Kulle* ist Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen und Lehrbeauftragter am Studieninstitut Westfalen-Lippe in Münster.

** Der Fall war Gegenstand einer 90-minütigen Klausur im Fach Sozialrecht in einem Kurs des modularen Angestelltenlehrgangs A II am Studieninstitut Westfalen-Lippe in Müster. Die Teilnehmenden erzielten einen durchschnittlichen Punktwert von 10 Punkten (= befriedigend).

Regelbedarfsstufe 4:
Für eine leistungsberechtigte Jugendliche oder einen leistungsberechtigten Jugendlichen vom Beginn des 15. bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.

Regelbedarfsstufe 5:
Für ein leistungsberechtigtes Kind vom Beginn des siebten bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres.

Regelbedarfsstufe 6:
Für ein leistungsberechtigtes Kind bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres.

Lösungsskizze[1]

Lösung

A. Vorüberlegungen bezüglich Enkelin A[2]

Fraglich ist, ob Enkelin A einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder nach dem SGB XII im Januar 2014 haben könnte.
Enkelin A ist 14 Jahre alt. Damit liegt § 7 I 1 Nr. 1 SGB II nicht vor. Somit kommt ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht in Betracht.
Fraglich ist, ob Enkelin A einen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII hat.
Es stellt sich besonders die Frage, ob sie hilfebedürftig ist. Nach § 27 I SGB XII ist hilfebedürftig, wer seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten kann. Auffällig ist bei Enkelin A, dass sie über ein Einkommen in Höhe von 1.600,00 € verfügt, mit dem sie eigentlich ihren Lebensunterhalt sicherstellen können müsste. Daher ist die Prüfung der Enkelin A an dieser Stelle vorzuziehen.

I. Nachrang

Der Nachrang der Sozialhilfe ergibt sich aus § 2 SGB XII. Nach § 11 IV 1 Nr. 3 SGB XII darf den Leistungsberechtigten eine Tätigkeit nicht zugemutet werden, wenn der Tätigkeit ein sonstiger wichtiger Grund entgegensteht. Für Enkelin A kommt die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft aufgrund ihres gegenwärtigen Schulbesuchs nicht in Betracht. Der Schulbesuch stellt einen wichtigen Grund im Sinne des § 11 IV 1 Nr. 3 SGB XII dar[3].

II. Bedarfsermittlung

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII setzt voraus, dass die Person hilfebedürftig ist. Dies bedeutet, dass die Personen ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus Einkommen und Vermögen bestreiten können. Daher stellt sich die Frage, wie hoch der notwendige Lebensunterhalt für Enkelin A ist.

1. Regelbedarf

Für die Gewährung eines Regelbedarfs ist nach den §§ 27 a, 28 SGB XII in Verbindung mit der nach der Anlage zu § 28 SGB XII eine sich ergebende Regelbedarfsstufe zu berücksichtigen. Die Regelbedarfsstufe 4 ist für eine leistungsberechtigte Jugendliche oder einen leistungsberechtigten Jugendlichen vom Beginn des 15. bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres anzuwenden. Enkelin A ist 14 Jahre alt. Somit befindet sie sich im 15. Lebensjahr. Somit ist bei Enkelin A ein Regelbedarf von 296,00 € zu berücksichtigen.

2. Bedarf für Unterkunft und Heizung

Nach § 35 I 1 SGB XII werden Leistungen für die Unterkunft in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht. Übersteigen nach § 35 II 1 SGB XII die Aufwendungen für die Unterkunft den der Besonderheit des Einzelfalls angemessenen Umfang, sind sie insoweit als Bedarf der Personen anzuerkennen, deren Einkommen und Vermögen nach § 27 II SGB XII zu berücksichtigen sind. Satz 1 gilt nach § 35 II 2 SGB XII so lange, als es diesen Personen nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate. Nach § 35 IV 1 SGB XII werden Leistungen für Heizung und zentrale Warmwasserversorgung in tatsächlicher Höhe erbracht, soweit sie angemessen sind. Wegen der sowohl in § 35 II 1 und 2 SGB XII als auch in § 35 IV 1 SGB XII genannten Rechtsfolgen ist die Angemessenheit der Bedarfe für Unterkunft und Heizung zu prüfen.

Der monatliche Bedarf für Unterkunft in Höhe von 600,00 € und der monatliche Bedarf für Heizung in Höhe von 90,00 € sind laut Bearbeitungshinweis Nr. 2 **nach der Höhe angemessen**.

Fraglich ist aber, ob der Bedarf für Unterkunft **nach der Größe angemessen** ist.
Laut Sachverhalt handelt es sich um eine 70 qm große Mietswohnung für drei Personen. In Nordrhein-Westfalen ist als angemessene Wohnungsgröße für eine einzelne Person 50 qm und zusätzlich für jede weitere Person eine Wohnfläche von 15 qm anzuerkennen[4]. Damit handelt es sich bei der 70 qm großen Mietswohnung für die Familie Adam auch um eine **nach der Größe angemessene** Wohnung.

Die Bedarfe für Unterkunft und die Bedarfe für Heizung sind kopfanteilig bei allen im Haushalt lebenden Personen zu berücksichtigen[5]. Damit ist bei Enkelin A ein monatlicher Bedarf für Unterkunft in Höhe von 200,00 € und ein monatlicher Bedarf für Heizung in Höhe von 30,00 € zu berücksichtigen.

1 Im Rahmen der Lösung wurde von den Teilnehmenden nicht die Erstellung einer Lösungsskizze erwartet. Dies ist aber zu empfehlen. Für die Erstellung der Lösungsskizze dieser Klausur sollten sich die Teilnehmenden bis zu 20 Minuten Zeit nehmen. Vom Abdruck einer Lösungsskizze wurde hier abgesehen

2 Enkelin A verfügt über ein monatliches Einkommen in Höhe von 1.600,00 €. Es handelt sich um ein recht hohes Einkommen für eine Person im Rahmen der Prüfung, ob diese Person einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII hat, so dass es wahrscheinlich ist, dass Enkelin A ihren eigenen Bedarf durch ihr Einkommen decken kann und damit nicht hilfebedürftig ist. Daher ist es im Rahmen des Schreibens eines Gutachtens hier sinnvoll, als erstes Enkelin A zu prüfen, ob ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder nach dem SGB XII in Betracht kommt, und als zweites dann Herrn A und Frau A. Somit ist die Prüfung der Enkelin A vorzuziehen. Dabei spielt es auch eine Rolle, dass Enkelin A mit ihren Großeltern keine Einsatzgemeinschaft im Rahmen des SGB XII bilden kann und daher auch getrennt zu prüfen ist.

3 LPK-SGB XII-Berlit § 11 Rdn. 19.

4 BSG, Urteil vom 16.05.2012, B 4 AS 109/11 R, DVP 2012, 177, 177f: Das Urteil ist nicht nur im Rahmen des SGB II zu berücksichtigen, sondern wegen der grundsätzlichen Bedeutung auch für angemessene Wohnflächen in Nordrhein-Westfalen im Rahmen des SGB XII.

5 BVerwGE 79, 17, 20ff; OVG Hamburg FEVS 54, 473, 475; BSGE 87, 228, 236.

Somit hat Enkelin A einen eigenen Bedarf in Höhe von 526,00 € monatlich.

III. Einsatz des Einkommens

Fraglich ist, ob Enkelin A über Einkommen verfügt.
Nach § 82 I 1 SGB XII gehören zum Einkommen alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert. Enkelin A bezieht zum einen eine monatliche Vollwaisenrente in Höhe von 416,00 € (netto). Zum anderen erhält sie als Vollwaise laut Bearbeitungshinweis Nr. 5 Kindergeld in Höhe von 184,00 € im Monat. Des weiteren bezieht sie einen monatlichen Betrag aus einer privaten Kapitallebensversicherung ihrer verstorbenen Eltern in Höhe von 1.000,00 €. Damit erzielt sie monatliches Einkommen in Höhe von 1.600,00 €. Möglichkeiten, dieses Einkommen zu bereinigen, bestehen nicht. Somit ist bei Enkelin A ein bereinigtes Einkommen in Höhe von 1.600,00 € im Monat zu berücksichtigen.

IV. Ergebnis

Enkelin A hat einen monatlichen Bedarf von 526,00 €. Diesen Bedarf kann sie durch ihr bereinigtes Einkommen in Höhe von 1.600,00 € monatlich decken. Damit ist Enkelin A nicht hilfebedürftig.

Daher spielt Enkelin A bis auf eine Ausnahme[6] beim weiteren Schreiben des Gutachtens keine Rolle mehr.

B. Berechnung für Herrn A und Frau A

I. Anspruchsvoraussetzungen nach dem SGB II

Bei Herrn A und Frau A kommen Sozialleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht. Derartige Leistungen sind im Rahmen des SGB II die Grundsicherung für Arbeitsuchende, und zwar Arbeitslosengeld II und Sozialgeld, und im Rahmen des SGB XII Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII und die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII.
Herr A hat mit seinen 68 Jahren offensichtlich die Altersgrenze nach § 7 a SGB II erreicht und Frau A ist wegen Bezugs einer befristeten Rente wegen voller Erwerbsminderung offensichtlich nicht erwerbsfähig, so dass offensichtlich keine Leistungen nach dem SGB II, sondern Leistungen nach dem SGB XII in Betracht kommen. Aber aufgrund von Vorrang- und Nachranggrundsätzen im Rahmen des SGB II und des SGB XII ist eine Abgrenzung zum SGB II erforderlich. Nach § 5 II 1 SGB II schließt der Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII aus. Dies besagt auch § 21 Satz 1 SGB XII, nach dem Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt erhalten. Nach § 5 II 2 SGB II sind Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII gegenüber dem Sozialgeld vorrangig. Aufgrund dieser Vorrang- und Nachranggrundsätzen ist zu Beginn zu prüfen, ob Leistungen nach dem SGB II für Herrn A und Frau A in Betracht kommen könnten.
Voraussetzung für einen Anspruch auf Leistungen in Form von Arbeitslosengeld II (Alg II) nach § 7 I 1 SGB II i. V. m. § 19 I 1 SGB II ist, dass eine Person aus der Familie Adam ein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter ist. Ein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter ist dann gegeben, wenn eine Person nach § 7 I 1 SGB II das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7 a SGB II noch nicht erreicht hat, die nach § 7 I 1 Nr. 2 SGB II erwerbsfähig ist, die nach § 7 I 1 Nr. 3 SGB II hilfebedürftig ist und die nach § 7 I 1 Nr. 4 SGB II ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD hat.

Fraglich ist, ob Herr A leistungsberechtigte Person ist.
Herr A ist im Januar 2014 68 Jahre alt. Er ist Geburtsjahrgang 1945. Fraglich ist, ob damit die Altersgrenze nach § 7 a SGB II erreicht wird. Nach § 7 a Satz 1 SGB II erreichen Personen, die vor dem 1. Januar 1947 geboren sind die Altergrenze mit Ablauf des Monats, in dem sie das 65. Lebensjahr vollenden. Somit erreicht Herr A mit seinen 68 Jahren die für ihn maßgebliche Altersgrenze von 65 Jahren[7]. Damit liegt § 7 I 1 Nr. 1 SGB II nicht vor. Somit ist Herr A kein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter. Auch ist Herr A wegen des Bezugs einer Rente wegen Alters nach § 7 IV 1 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Somit kommen für Herrn A Leistungen nach dem SGB II nicht in Betracht.

Fraglich ist, ob Frau A leistungsberechtigte Person ist.
Laut Sachverhalt erhält Frau A eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung nach § 43 II 2 SGB VI i. V. m. § 102 II SGB VI. Somit ist sie nicht erwerbsfähig. Damit liegt § 7 I 1 Nr. 2 SGB II nicht vor. Somit ist Frau A keine erwerbsfähige Leistungsberechtigte.

Fraglich ist, ob Enkelin A leistungsberechtigte Person ist.
Enkelin A ist nicht hilfebedürftig (siehe Prüfung oben). Selbst wenn Enkelin A hilfebedürftig wäre, würde ein Anspruch auf Alg II nicht in Betracht kommen. Enkelin A ist 14 Jahre alt. Damit liegt § 7 I 1 Nr. 1 SGB II nicht vor. Somit kommt für Enkelin A ein Anspruch auf Alg II nicht in Betracht.

Damit ist festzustellen, dass in der Familie Adam keine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person vorhanden ist, so dass ein Anspruch auf Leistungen in Form von Alg II nicht in Betracht kommt. Ein Anspruch auf Sozialgeld nach § 7 II 1 SGB II i. V. m. § 19 I 2 SGB II scheidet auch aus. Voraussetzung dafür ist, dass nach § 7 II 1 SGB II ein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter vorhanden ist, der bei der Familie Adam gerade nicht gegeben ist (siehe Prüfung oben). Somit kommen Leistungen nach dem SGB II für Familie Adam nicht in Betracht.

II. Hilfearten nach dem SGB XII

Die Sozialhilfe umfasst die in § 8 SGB XII genannten Hilfearten. Dabei hat der Träger der Sozialhilfe alle in Betracht kommenden Hilfen nach § 18 I SGB XII und nach § 20 SGB X zu prüfen (Gesamtfall- und Untersuchungsgrundsatz) und kann sich nach § 21 SGB X aller Beweismittel bedienen, die er nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Von den in § 8 SGB XII genannten Leistungen könnten Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII (§ 8 Nr. 1 SGB XII) und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII (§ 8 Nr. 2 SGB XII) in Betracht kommen.

6 Siehe Prüfung der Vermutung der Bedarfsdeckung unter II. 1. f.) nachfolgend.

7 Die Altersgrenze erhöht sich für alle Personen, die nach dem 31.12.1946 geboren sind, schrittweise von der Vollendung des 65. auf die des 67. Lebensjahres. Damit wird die Altersgrenze ab dem Jahr 2012 angehoben.

Nach § 19 II 2 SGB XII geht die Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII vor. Somit ist als erstes die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung und dann als zweites die Hilfe zum Lebensunterhalt zu prüfen.

1. Anspruchsvoraussetzungen nach dem SGB XII

a.) Leistungsberechtigter Personenkreis

aa.) Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung

Herr A und Frau A könnten einen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung haben.
Nach § 19 II 1 SGB XII i. V. m. § 41 I 1 SGB XII ist älteren und dauerhaft voll erwerbsgeminderten Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus Einkommen und Vermögen nach den §§ 82 bis 84 und 90 SGB XII bestreiten können, auf Antrag Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zu leisten.

Fraglich ist, ob Herr A und Frau A leistungsberechtigte Personen sind. Nach § 41 II 1 SGB XII ist wegen Alters leistungsberechtigt, wer die Altersgrenze erreicht hat. Herr A ist 68 Jahre alt und erreicht damit die Altersgrenze. Somit ist Herr A nach § 41 II SGB XII leistungsberechtigt. Frau A ist 65 Jahre alt. Nach § 41 II Satz 3 SGB XII wird die Altersgrenze für Personen, die nach dem 31. Dezember 1946 geboren sind, für den Geburtsjahrgang 1948 auf Vollendung eines Lebensalters von 65 Jahren und zwei Monaten angehoben. Damit erreicht Frau A im Januar 2014 noch nicht die für sie maßgebliche Altersgrenze von 65 Jahren und 2 Monaten. Somit liegt § 41 II SGB XII nicht vor.

Nach § 41 III SGB XII ist wegen einer dauerhaften vollen Erwerbsminderung nach Absatz 1 leistungsberechtigt, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat, unabhängig von der jeweiligen Arbeitslage voll erwerbsgemindert im Sinne des § 43 II SGB VI ist und bei dem unwahrscheinlich ist, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden kann. Laut Sachverhalt erhält Frau A eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung nach § 43 II 2 SGB VI i. V. m. § 102 II SGB VI. Damit bezieht Frau A zwar eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, aber die Rente ist befristet und damit nicht unbefristet und somit auch nicht dauerhaft. Somit liegt § 41 III nicht vor. Damit kommt für Frau A ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nicht in Betracht.

Für Herrn A sind die weiteren Voraussetzungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zu prüfen.
Herr A wohnt in der kreisfreien Stadt D in NRW und hat damit seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Nach § 43 III 2 SGB XII wird vermutet, dass das Einkommen der Unterhaltspflichtigen nach Satz 1 die dort genannte Grenze nicht überschreitet. Anhaltspunkte dafür, dass die Vermutung des § 43 III 2 SGB XII widerlegt werden kann, bestehen laut Sachverhalt nicht. Nach § 41 IV SGB XII hat nach diesem Kapitel keinen Anspruch, wer in den letzten zehn Jahren die Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Anhaltspunkte dafür sind laut Sachverhalt nicht ersichtlich. Schließlich müsste Herr A einen Antrag gestellt haben. Nach § 41 I 1 SGB XII ist auf Antrag Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zu leisten. Der Antrag muss in keiner bestimmten Form gestellt werden Es reicht, wenn aus mündlichen Erklärungen der Betroffenen deutlich der Wille erkennbar wird, Grundsicherung zu erhalten[8]. Laut Sachverhalt spricht Herr A am 07.01.2014 beim Sozialamt vor, um Leistungen zu beantragen. Damit liegt ein Antrag von Herrn A vor. Somit hat Herr A vorbehaltlich der Prüfung der Hilfebedürftigkeit einen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung.

bb.) Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt

Frau A könnte einen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt haben. Nach § 19 I SGB XII i. V. m. § 27 I SGB XII ist Personen Hilfe zum Lebensunterhalt zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können.
Frau A hat keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (siehe Prüfung oben). Somit könnte sie einen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt haben, wenn sie hilfebedürftig ist, was nachfolgend geprüft wird.

b.) Nachrang der Sozialhilfe

Der Nachrang der Sozialhilfe ergibt sich aus § 2 SGB XII. Nach § 2 I SGB XII erhält Sozialhilfe nicht, wer sich vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Im Rahmen des Einsatzes seiner Arbeitskraft gilt es besonders § 11 IV 1 SGB XII zu beachten.

Fraglich ist, ob Herr A seine Arbeitskraft einzusetzen hat.
Nach § 11 IV 1 Nr. 2 SGB XII darf den Leistungsberechtigten eine Tätigkeit nicht zugemutet werden, wenn sie ein der Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 35 SGB VI entsprechendes Lebensalter erreicht oder überschritten haben. Nach § 35 Satz 2 SGB VI wird mit Vollendung des 67. Lebensjahres die Regelaltersgrenze erreicht. Für Herrn A gilt aber noch, dass mit Vollendung des 65. Lebensjahres die Regelaltersgrenze erreicht wurde (siehe Prüfung oben). Damit darf Herrn A nach § 11 IV 1 Nr. 2 SGB XII keine Arbeit zugemutet werden. Somit ist bei Herrn A der Nachrang gewahrt.

Fraglich ist, ob Frau A ihre Arbeitskraft einzusetzen hat.
Nach § 11 IV 1 Nr. 1 SGB XII darf den Leistungsberechtigten eine Tätigkeit nicht zugemutet werden, wenn sie wegen Erwerbsminderung, Krankheit, Behinderung oder Pflegebedürftigkeit hierzu nicht in der Lage sind. Laut Sachverhalt bezieht Frau A eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung. Damit darf Frau A nach § 11 IV 1 Nr. 1 SGB XII keine Arbeit zugemutet werden. Somit ist bei Frau A der Nachrang gewahrt.

Laut Sachverhalt sind ggf. noch zu verfolgende Ansprüche nicht ersichtlich.

Inwieweit das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen den Ansprüchen auf Leistungen nach dem SGB XII entgegensteht, wird nachfolgend geprüft. Vorbehaltlich des Ergebnisses dieser Prüfung steht der Grundsatz des Nachranges einer Hilfeleistung nicht entgegen.

8 LPK-SGB XII-*Niewald* § 41 Rdn. 16.

c.) Bedarfsermittlung
Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII setzt voraus, dass die Personen hilfebedürftig sind. Dies bedeutet, dass die Personen ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus Einkommen und Vermögen bestreiten können.
Daher stellt sich die Frage, wie hoch der notwendige Lebensunterhalt für Herrn A und Frau A ist.
Dazu ist der Bedarf jeder einzelnen Person zu ermitteln.

Der Umfang der Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung bestimmt sich nach § 42 SGB XII. Die Vorschrift verweist im Einzelnen auf die relevanten Bedarfe im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII. Von den dort genannten Leistungen kommt die Berücksichtigung eines Regelbedarfs nach der Anlage zu § 28 SGB XII sich ergebenden Regelbedarfsstufe für die leistungsberechtigte Person nach § 42 Nr. 1 SGB XII und die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem 4. Abschnitt des 3. Kapitels SGB XII nach § 42 Nr. 4 SGB XII in Betracht.

aa.) Bedarfsermittlung für Herrn A
Fraglich ist, wie hoch der Bedarf von Herrn A ist.

(1) Regelbedarf
Bezüglich des Regelbedarfs verweist § 42 Nr. 1 SGB XII auf die Anlage zu § 28 SGB XII. Die Regelbedarfsstufe 2 gilt für jeweils zwei erwachsene Leistungsberechtigte, die als Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen. Herr A führt mit seiner Ehefrau einen gemeinsamen Haushalt. Damit ist bei Herrn A ein Regelbedarf in Höhe von 353,00 € zu berücksichtigen.

(2) Bedarf für Unterkunft und Heizung
Bezüglich des Bedarfs für Unterkunft und Heizung verweist § 42 Nr. 4 SGB XII auf den 4. Abschnitt des 3. Kapitels SGB XII. Dort findet § 35 SGB XII Anwendung (siehe Prüfung oben). Die Bedarfe für Unterkunft und die Bedarfe für Heizung sind kopfanteilig bei allen im Haushalt lebenden Personen zu berücksichtigen (siehe Prüfung oben). Damit ist bei Herrn A der monatliche Bedarf für Unterkunft in Höhe von 200,00 € und der monatliche Bedarf für Heizung in Höhe von 30,00 € zu berücksichtigen.
Somit beträgt der eigene Bedarf des Herrn A 583,00 € im Monat.

bb.) Bedarfsermittlung für Frau A
Fraglich ist, wie hoch der Bedarf von Frau A ist.
Bei Frau A ist ein Regelbedarf in Höhe von 353,00 € nach den §§ 27 a, 28 SGB XII in Verbindung mit der nach der Anlage zu § 28 SGB XII sich ergebenden Regelbedarfsstufe 2 zu berücksichtigen. Der monatliche Bedarf für Unterkunft beträgt bei Frau A 200,00 € und der monatliche Bedarf für Heizung 30,00 €.

Somit hat Frau A einen eigenen Bedarf in Höhe von 583,00 € im Monat.

d.) Einsatz des Einkommens
Nach § 41 I 1 SGB XII ist Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus Einkommen und Vermögen nach den §§ 82 bis 84 und 90 SGB XII bestreiten können. Nach § 27 I SGB XII ist Hilfe zum Lebensunterhalt Personen zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können. Damit ist das Einkommen von Herrn A und Frau A zu prüfen.

aa.) Einkommen von Herrn A
Fraglich ist, wie hoch das bereinigte Einkommen von Herrn A ist.
Nach § 82 I 1 SGB XII gehören zum Einkommen alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert mit Ausnahme der dort genannten nicht zu berücksichtigenden Leistungen. Auch sondergesetzliche Bestimmungen können regeln, dass Einkünfte nicht zu berücksichtigen sind. Herr A bezieht eine monatliche Rente wegen Alters in Höhe von 700,00 € (netto). Weiteres Einkommen ist nicht vorhanden. Bei der Altersrente handelt es sich um Einkommen im Sinne des § 82 I 1 SGB XII, das zu berücksichtigen ist. § 83 und § 84 SGB XII findet hier keine Anwendung. Auch sondergesetzliche Bestimmungen stehen einer Einkommensberücksichtigung nicht entgegen.

Es stellt sich die Frage, ob die Rente zu bereinigen ist.
Laut Sachverhalt bestehen folgende Anhaltspunkte dafür, dass eine Einkommensbereinigung nach § 82 II SGB XII in Betracht kommt:
Zum einen ist Herr A Versicherungsnehmer einer Familienhaftpflichtversicherung, für die er einen Jahresbeitrag in Höhe von 60,00 € zahlt. Der nächste Jahresbeitrag ist am 10.01.2014 fällig.
Zum anderen ist Herr A Versicherungsnehmer einer Hausratversicherung, für die er einen monatlichen Beitrag in Höhe von 5,00 € monatlich leistet.
Als Rechtgrundlage für die Einkommensbereinigung kommt § 82 II Nr. 3 SGB XII in Frage. Nach § 82 II Nr. 3 SGB XII sind von dem Einkommen Beiträge zu privaten Versicherungen, soweit diese Beiträge **nach Grund und Höhe angemessen** sind, abzusetzen. Damit soll gewährleistet werden, dass ausreichende Mittel für notwendige oder allgemein übliche Versicherungen zur Verfügung stehen[9]. Laut Bearbeitungshinweis Nr. 3 sind die Beiträge zur Familienhaftpflichtversicherung und zur Hausratversicherung **nach der Höhe angemessen.**

Fraglich ist aber, ob diese Versicherungen auch **nach dem Grund angemessen** sind.
Der unbestimmte Rechtsbegriff „dem Grund nach angemessen" muss mangels näherer Erläuterung im Gesetz und Gesetzesmaterialien aus der inneren Systematik der Vorschrift und aus ihrem Sinn und Zweck unter Berücksichtigung der dem SGB XII innewohnenden Zielsetzungen entwickelt werden. Davon ausgehend sind mit der Rechtsprechung als angemessen anzusehen Beiträge für solche Versicherungen, die einen der gesetzlichen Sozialversicherung vergleichbaren Schutz für die grundlegende Daseinsvorsorge gewährleisten, so dass die bezweckte Sicherung dem entspricht, was für in bescheidenen Verhältnissen lebende Bürger in einer ansonsten vergleichbaren Lage üblich ist. Eine Üblichkeit ist aus Praktikabilitätsgründen dann anzunehmen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass mehr als 50 % der Haushalte knapp oberhalb der Sozialhilfegrenze eine entsprechende Versicherung abschließen[10]. Angemessen sind solche in der Bevölkerung weitgehend üblichen Versicherungsbeiträge, die vernünftigerweise ein Risiko absichern, bei dessen Eintritt die weitere Lebensführung außerordentlich belastet wäre. Dies gilt insbesondere für eine private Haftpflichtversicherung und

9 LPK-SGB XII-*Geiger* § 82 Rdn. 78.
10 BSG, Urteil vom 29.09.2009, B 8 SO 13/08 R, FEVS 61, 364, 368ff.

eine Hausratversicherung[11]. Damit handelt es sich bei der Familienhaftversicherung und der Hausratversicherung auch um **dem Grund nach angemessene** Versicherungen.

Damit ist bei der Rente des Herrn A der monatliche Beitrag in Höhe von 5,00 € für die Hausratversicherung abzusetzen.

Fraglich ist aber, in welcher Höhe die Rente des Herrn A um den Versicherungsbeitrag für die Familienhaftpflichtversicherung zu bereinigen ist.
Zum einen wäre es möglich, den Jahresbeitrag in Höhe von 60,00 € auf zwölf Monate umzulegen, so dass die Rente um einen monatlichen Betrag in Höhe von 5,00 € aus der Familienhaftpflichtversicherung zu bereinigen wäre. Zum anderen könnte der Jahresbeitrag, der am 10.01.2014 fällig ist, aber auch in voller Höhe im Januar 2014 zu berücksichtigen sein.

Für die monatliche Umlegung und damit gegen die Übernahme des Jahresbeitrages spricht, dass der Träger der Sozialhilfe den leistungsberechtigten Personen Versicherungen für das volle Jahr bezahlen würde, obwohl es möglich sein könnte, dass die leistungsberechtigten Personen im nächsten oder in einem darauf folgenden Monat des Jahres nicht mehr hilfebedürftig sind.

Für die Übernahme des Jahresbeitrages und damit gegen die monatliche Umlegung spricht hier, dass zum einen, wenn bei Fälligkeit des Jahresbeitrages in Höhe von 60,00 € am 10.01.2014 lediglich der monatlich umgelegte Betrag in Höhe von 5,00 € berücksichtigt werden würde, dann würde der leistungsberechtigten Person ein Betrag in Höhe von 55,00 € weniger zur Deckung des Lebensunterhalts zur Verfügung stehen, denn an die Versicherung zahlt der Versicherungsnehmer im Januar den Jahresbeitrag in voller Höhe. Dies stellt aber einen nicht unerheblichen Betrag für eine hilfebedürftige Person dar, der dann zur Deckung des Lebensunterhalts fehlen würde. Zum anderen bietet der Sachverhalt hier keine Anhaltspunkte dafür, dass Herr A und Frau A kurzfristig ihre Hilfebedürftigkeit beenden könnten.
Damit ist in diesem Fall hier der Jahresbeitrag zu berücksichtigen.

Somit ist bei der Rente des Herrn A der Jahresbeitrag in Höhe von 60,00 € für die Familienhaftpflichtversicherung abzusetzen.

Bei der Zahlung einer Rente findet die Möglichkeit zur Einkommensbereinigung nach § 82 III SGB XII keine Anwendung.

Somit beträgt das bereinigte Einkommen von Herrn A 635,00 € im Monat.

bb.) Einkommen von Frau A
Fraglich ist, wie hoch das bereinigte Einkommen von Frau A ist.
Frau A erhält eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung in Höhe von 230,00 € (netto) im Monat. Anhaltspunkte dafür, dass Möglichkeiten einer Einkommensbereinigung bestehen, liegen nicht vor. Somit beträgt das bereinigte Einkommen von Frau A 230,00 € im Monat.

cc.) Einsatz des Einkommens im Rahmen der Einsatzgemeinschaft
Fraglich ist, wie Herr A und Frau A ihr Einkommen im Rahmen der Einsatzgemeinschaft einzusetzen haben.

11 LPK-SGB XII-*Geiger* § 82 Rdn. 80.

Im Rahmen des SGB XII ist der Leistungsanspruch für jede Person getrennt durch Zuordnung des eigenen Bedarfs und des für sie zu berücksichtigen Einkommens zu ermitteln[12]. Hat in einer Einsatzgemeinschaft mit zwei Personen die eine Person ein Einkommen, das genau ihren eigenen Bedarf deckt, die andere überhaupt kein Einkommen, so ist die erste Person nicht hilfebedürftig, die zweite in voller Höhe ihres Bedarfs. Erreicht das Einkommen der ersten Person nur die Hälfte des eigenen Bedarfs, so ist diese in Höhe des verbleibenden halben Restbedarfs hilfebedürftig, die zweite Person in voller Höhe des Bedarfs[13].
Frau A hat nach § 27 II 1 SGB XII ihre monatliche Rente wegen voller Erwerbsminderung in Höhe von 230,00 € für sich selbst einzusetzen. Sie kann mit ihrer Rente ihren eigenen Bedarf in Höhe 583,00 € im Monat nicht decken und ist damit hilfebedürftig.
Auch Herr A hat nach § 19 II 1 SGB XII seine monatliche bereinigte Rente wegen Alters in Höhe von 635,00 € für sich selbst einzusetzen. Damit kann Herr A seinen eigenen Bedarf in Höhe von 583,00 € im Monat decken und ist nicht mehr hilfebedürftig. Er erzielt sogar einen Überschuss in Höhe von 52,00 € im Monat, den er im Rahmen der Einsatzgemeinschaft nach § 27 II 2 SGB XII für seine Ehefrau einzusetzen hat.

e.) Einsatz des Vermögens
Nach § 90 I SGB XII ist grundsätzlich das gesamte verwertbare Vermögen einzusetzen. Verwertbar ist Vermögen dann, wenn es in angemessener Zeit durch Veräußerung, Verbrauch, Belastung oder auf sonstiger Weise zur Bedarfsdeckung in Geld umgewandelt werden kann und so tatsächlich als „bereites Mittel" verfügbar ist[14]. Ausnahmen dazu enthält § 90 II und § 90 III SGB XII.

Nach § 90 II Nr. 9 SGB XII darf die Sozialhilfe nicht vom Einsatz oder von der Verwertung kleinerer Barbeträge oder sonstiger Geldwerte abhängig gemacht werden.

Fraglich ist, was unter dem Begriff „kleinerer Barbeträge oder sonstiger Geldwerte" zu verstehen ist.
Dazu hat der Gesetzgeber die Verordnung zur Durchführung des § 90 II Nr. 9 SGB XII (VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII) erlassen, in welcher der Begriff näher konkretisiert wird. In der VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII sind Freibeträge als kleinere Barbeträge oder sonstige Geldwerte im Rahmen des SGB XII geregelt.

Aus dem Nebeneinander der Begriffe „kleinere Barbeträge oder sonstige Geldwerte" wird geschlossen, dass das Gesetz unter einem „sonstigen Geldwert" nicht jedweden geldwerten Vermögensgegenstand versteht, sondern nur Gegenstände, in denen – den Barbeträgen vergleichbar – ein jederzeit verfügbarer Geldwert wie Giro- und Sparguthaben verkörpert ist. Da es aber beim Einsatz und Vermögen entscheidend darauf abgestellt wird, dass damit Geld zur Deckung des sozialhilferechtlichen Bedarfs erlangt werden kann, bleiben mittelbar über § 90 II Nr. 9 SGB XII auch die weiteren – nicht schon nach § 90 II Nr. 1 bis 8 SGB XII geschonten – geldwerten Vermögensgegenstände unberücksichtigt, deren Verwertung nur zu kleineren Barbeträgen oder Geldwerten führen würden. Ergibt die Verwertung eines weiteren geldwerten

12 Im Rahmen des SGB XII wird diese Berechnungsmethode als vertikale Berechnungsmethode bezeichnet (siehe zur Problematik Kulle DVP 2012, 178, 178ff).
13 Siehe LPK-SGB XII-Geiger § 90 Rdn. 9.
14 BVerwGE 106, 105, 107ff; siehe Schellhorn/Schellhorn/Hohm-W. Schellhorn § 90 Rdn. 4ff.

Vermögensgegenstands aber einen darüber hinausgehenden größeren Betrag, ist der Vermögensgegenstand selbst nicht geschützt, sondern nur der Barbetrag oder Geldwert bis zur maßgeblichen Grenze. Praktisch umfasst der Schutzbereich des § 90 II Nr. 9 SGB XII damit nicht nur Barbeträge und sonstige Geldwerte, sondern auch die weiteren – nicht bereits durch § 90 II Nr. 1 bis 8 SGB XII geschützten – Vermögensgegenstände, soweit sie insgesamt „klein" sind.[15]

Im Gegensatz zum SGB II fehlt im SGB XII eine ausdrückliche Privilegierung von Kraftfahrzeugen. Denkbar ist ein Schutz über § 90 II Nr. 5 SGB XII. Ansonsten bleibt nur ein mittelbarer Schutz über § 90 II Nr. 9 SGB XII.[16]

Laut Sachverhalt ist Herr A Eigentümer eines Golfes IV mit einem aktuellen Verkehrswert in Höhe von 1.500,00 €. Frau A besitzt ein Sparbuch, auf dem sich ein aktuelles Guthaben in Höhe von 1.500,00 € befindet. Auf dem gemeinsamen Girokonto befindet sich laut aktuellem Kontoauszug am 07.01.2014 ein Guthaben in Höhe von 25,00 €.

Bei den drei Vermögensgegenständen handelt es sich um Vermögen i. S. des § 90 I SGB XII. Somit liegt Vermögen im Wert von 3.025,00 € vor.

Fraglich ist, ob dieses Vermögen im Wert von 3.025,00 € für die Bedarfsdeckung einzusetzen ist.
Daher stellt sich die Frage, ob die Vermögensgegenstände im Wert von 3.025,00 € über die Freibeträge von Herrn A und Frau A geschützt sind.
Nach § 1 I 1 Nr. 2 VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII sind kleinere Barbeträge oder sonstige Geldwerte i. S. des § 90 II Nr. 9 SGB XII, wenn die Sozialhilfe vom Vermögen der nachfragenden Person und ihres nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners abhängig ist, der nach Nummer 1 Buchstabe a oder b maßgebende Betrag zuzüglich eines Betrages von 614,00 € für den Ehegatten oder Lebenspartners und eines Betrages von 256,00 € für jede Person, die von der nachfragenden Person, ihrem Ehegatten oder Lebenspartner überwiegend unterhalten wird. Nach § 1 I 1 Nr. 1 a) VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII sind bei der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII 1.600,00 €, jedoch 2.600,00 € bei nachfragenden Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, sowie bei voll Erwerbsgeminderten im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung als „kleinere Barbeträge oder sonstige Geldwerte" zu berücksichtigen.
Herr A und Frau A sind verheiratet. Damit findet § 1 I 1 Nr. 2 VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII Anwendung. Frau A als nachfragende Person ist 60 Jahre alt. Damit erhält sie einen Freibetrag in Höhe von 2.600,00 €. Zuzüglich sind für Herrn A als Ehegatten 614,00 € zu berücksichtigen, so dass der Freibetrag insgesamt 3.214,00 € beträgt.

Fraglich ist, ob ein zusätzlicher Freibetrag für Enkelin A in Betracht kommt.
Nach § 1 I 1 Nr. 2 VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII ist ein Betrag von 256,00 € für jede Person zu berücksichtigen, die von der nachfragenden Person ihrem Ehegatten oder Lebenspartner überwiegend unterhalten wird.
Überwiegend unterhalten wird jemand, solange er tatsächlich – ohne dass es auf die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht ankommt – von dem Hilfesuchenden oder einer sonstigen Person der Einsatzgemeinschaft seinen überwiegenden Unterhalt, mehr als 50 %, erhält. Dies ist anzunehmen, wenn das eigene Einkommen des Unterhaltsbedürftigen 50 % des für ihn maßgeblichen Bedarfssatzes der Hilfe zum Lebensunterhalt nicht erreicht.[17]
Enkelin A ist nicht hilfebedürftig (siehe Prüfung oben). Sie kann mit ihrem Einkommen in Höhe von 1.600,00 € im Monat ihren eigenen Bedarf in Höhe von 526,00 € selbst decken. Damit wird sie von ihren Großeltern nicht überwiegend unterhalten. Somit kommt ein zusätzlicher Freibetrag für Enkelin A nicht in Betracht.

Somit beträgt der Freibetrag für Herrn A und Frau A 3.214,00 €. Damit sind die Vermögensgegenstände im Wert von 3.025,00 € über diesen Freibetrag geschützt.

Somit ist Vermögen nicht einzusetzen.

f.) Vermutung der Bedarfsdeckung
Fraglich ist, ob Enkelin A Einkommen für ihre Großeltern einzusetzen hat.
Wenn eine nachfragende Person gemeinsam mit anderen Personen in einer Wohnung oder in einer entsprechenden anderen Wohnung lebt, so wird nach § 39 Satz 1 SGB XII vermutet, dass sie gemeinsam wirtschaften (Haushaltsgemeinschaft) und dass die nachfragende Person von den anderen Personen Leistungen zum Lebensunterhalt erhält, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann.
Nach § 43 I 2. Halbsatz SGB XII findet § 39 Satz 1 SGB XII keine Anwendung[18].

Laut Bearbeitungshinweis Nr. 4 bilden Frau A und Herr A zusammen mit ihrer Enkelin eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Damit wird vermutet, dass sie gemeinsam wirtschaften.

Es stellt sich dann die Frage, in welcher Höhe Leistungen erwartet werden können.

In welchem Umfang Leistungen erwartet werden können, ist danach zu beurteilen, wie viel Geld den Mitbewohnern verbleiben soll. Dabei bestand bezüglich des § 16 Bundessozialhilfegesetz Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung in dem Grundsatz, dass den dort genannten Verwandten und Verschwägerten ein Einkommen belassen werden muss, welches deutlich über dem Bedarf der Hilfe zum Lebensunterhalt liegt[19].

Diesem Grundsatz ist auch bei der Anwendung des § 39 SGB XII zu folgen. Konkretisiert wurde die Höhe des Eigenbedarfs des Verwandten oder Verschwägerten zunächst dadurch, dass danach das Doppelte des Regelsatzes erforderlich war, um ein deutlich über dem Bedarf des notwendigen Lebensunterhalts liegendes Eigenbedarfsniveau zu erreichen. Daneben waren weitere Kosten in Ansatz zu bringen. Dabei wurden die Empfehlungen des Deutschen Vereins für die Heranziehung Unterhaltspflichtiger berücksichtigt, denn es konnte nach der Lebenserfahrung erwartet werden, dass der Herangezogene freiwillig das zahlt, was der Träger der Sozialhilfe einem Unterhaltspflichtigen zumutet.[20]

15 LPK-SGB XII-*Geiger* § 90 Rdn. 59.
16 Siehe LPK-SGB XII-*Geiger* § 90 Rdn. 71.
17 LPK-SGB XII-*Geiger* § 90 Rdn. 62.
18 Siehe auch LPK-SGB XII-*Conradis* § 39 Rdn. 1.
19 So bereits BVerwGE FEVS 28, 309, 312.
20 BVerwG, Urteil vom 29.02.1996, FEVS 46, 441, 442ff.

Eine Regelung über die Höhe der vermuteten Leistungen ist in § 1 II 1 der Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (Alg II-V) enthalten. Danach verbleiben als Eigenbedarf ein Freibetrag in Höhe des doppelten Regelbedarfs zuzüglich der anteiligen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie darüber hinausgehend 50 % der diesen Freibetrag übersteigenden Einnahmen. Diese Berechnung aus dieser Vorschrift kann auch nicht sinngemäß in das SGB XII übernommen werden, da in § 39 SGB XII ein weitergehender Personenkreis als in § 9 V SGB II i. V. m. § 1 II 1 Alg II-V erfasst wird.[21]

Als weiteren Ansatzpunkt für die Bemessung des Eigenbedarfs wurde auf die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht verwiesen. Denn grundsätzlich kann nicht erwartet werden, dass nur aufgrund des Zusammenlebens von nicht gesteigerten Unterhaltspflichtigen in einem Haushalt mehr geleistet wird als bei getrenntem Wohnen. Zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit wurde auf die damaligen Empfehlungen des Deutschen Vereins verwiesen[22], welche auf die bürgerlich-rechtlichen Selbstbehalte abstellte und darüber hinaus – im Gegensatz zum Unterhaltsrecht – nur den Einsatz von 50 % des anrechnungsfähigen Einkommens verlangten. In den Empfehlungen des Deutschen Vereins[23] wird auf die entsprechenden Regelungen zur Heranziehung Unterhaltspflichtiger verwiesen. Diese Berechnung entspricht der neueren Rechtsprechung zu den Unterhaltsansprüchen von Eltern gegenüber ihren Kindern, da jetzt auch nur der Einsatz von 50 % des den Freibetrags übersteigenden Einkommens verlangt wird[24].

Damit ergeben sich in der Regel höhere Freibeträge für die Mitbewohner als sie in § 1 II 1 Alg II-V für das SGB II vorgesehen sind. Es ist daher nicht zulässig, die Regelung des § 1 II 1 Alg II-V für die Berechnung nach § 39 SGB XII zu übernehmen. Jedoch dürften die in der Alg II-V genannten Beträge als Mindestbeträge auch im SGB XII angewendet werden können.[25]

Fraglich ist hier also, in welcher Höhe ein Einkommenseinsatz der Enkelin A für ihre Großeltern erwartet werden kann.

Nach Bearbeitungshinweis Nr. 7 liegt ein Auslegungshinweis des Sozialamtes der kreisfreien Stadt D zu § 39 SGB XII vor, nach welchem in Satz 1 der Selbstbehalt nach § 39 SGB XII 1.200,00 € beträgt. Wenn eine einsatzpflichtige Person nach Satz 2 des Auslegungshinweises ein bereinigtes Einkommen über diesen Betrag erzielt, dann ist der Überschuss zu 50 % einzusetzen.
Enkelin A verfügt über ein bereinigtes Einkommen in Höhe von 1.600,00 € im Monat (siehe Prüfung oben). Damit erzielt sie einen Überschuss in Höhe von 400,00 € im Monat, der dann zu 50 % einzusetzen ist. Somit hat sie einen Einkommenseinsatz in Höhe von 200,00 € im Monat zu leisten.

Es stellt sich dann die Frage, für wen dieser Einkommenseinsatz in Betracht kommt.

Herr A kommt für einen Einkommenseinsatz nicht in Frage. Zum einen ist er nicht hilfebedürftig (siehe Prüfung oben). Zum anderen findet die Vermutung der Bedarfsdeckung des § 39 Satz 1 SGB XII nach § 43 I 2. Halbsatz SGB XII für leistungsberechtigte Personen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung keine Anwendung.

Fraglich ist, warum der Gesetzgeber die Regelung des § 43 I 2. Halbsatz SGB XII für leistungsberechtigte Personen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung eingeführt hat.

In der Praxis spielt der Fall, dass erwachsene leistungsfähige Kinder ihre leistungsberechtigten Eltern nach dem 4. Kapitel SGB XII oder einen leistungsberechtigten Elternteil nach dem 4. Kapitel SGB XII, nach dem Tod des anderen Elternteils, in ihren Haushalt aufnehmen und diese dann zusammen eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden, eine große Rolle.
Dies geschieht deshalb, weil die Eltern sehr häufig zu betreuen sind, u. a. weil die Eltern pflegebedürftig sind bzw. ein Elternteil oder einzelne für den Lebensunterhalt erforderliche Tätigkeiten, wie z. B. Kochen, sich selber Versorgen usw., nicht mehr verrichten werden können.
Dadurch dass bei den erwachsenen leistungsfähigen Kindern die Vermutung der Bedarfsdeckung nach § 43 I 2. Halbsatz SGB XII für ihre leistungsberechtigten Eltern bzw. für einen leistungsberechtigten Elternteil nicht anzuwenden ist, wird zum einen eine persönliche Leistung, die innerhalb der Haushaltsgemeinschaft erbracht wird, honoriert und gleichzeitig ein Abschieben in eine stationäre Unterbringung entgegenwirkt. Dies dient auch der Entlastung öffentlicher Mittel, da eine stationäre Unterbringung teurer als eine Unterbringung bei den Kindern ist.
Zum anderen werden die leistungsberechtigten Eltern oder wird ein leistungsberechtigter Elternteil einen Antrag auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII beim zuständigen Träger der Sozialhilfe stellen, weil den leistungsberechtigten Personen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung bekannt ist, dass ihre leistungsfähigen Kinder wegen § 43 I 2. Halbsatz SGB XII kein Einkommen für sie einzusetzen haben und sie sich damit nicht gegenüber ihren Kindern genieren müssen, dass Kinder für sie im Alter Unterhaltszahlungen zu erbringen haben. Damit soll gerade der Altersarmut entgegenwirkt werden.

Somit ist der Einkommenseinsatz der Enkelin in Höhe von 200,00 € im Monat nur bei Frau A als Einkommen zu berücksichtigen.

2. Art und Weise, Höhe der Leistungen

a.) Vertretung

Ehegatten vertreten sich nicht gegenseitig. Damit muss Frau A ihren Ehemann für die Beantragung von Sozialleistungen beim Sozialamt der kreisfreien Stadt D bevollmächtigen. Laut Bearbeitungshinweis Nr. 6 ist dies der Fall. Somit kann Herr A seine Ehefrau vertreten.

b.) Geldleistung

Nach § 10 I SGB XII werden die Leistungen in Form von Geldleistungen nach § 10 I Nr. 2 SGB XII oder Sachleistung nach § 10 I Nr. 3 SGB XII erbracht. Nach § 10 III SGB XII haben grundsätzlich Geldleistungen Vorrang vor Gutscheinen oder Sachleistungen. Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen, bestehen laut Sachverhalt nicht. Somit sind die Leistungen als Geldleistung zu erbringen.

21 Siehe LPK-SGB XII-*Conradis* § 39 Rdn. 10.
22 BVerwG, Urteil vom 01.10.1998, FEVS 49, 55, 56ff.
23 Empfehlungen des Deutschen Vereins NDV 2002, 431, 440, Rdn. 66.
24 Siehe Empfehlungen des Deutschen Vereins FamRZ 2005, 1387, 1397, Rdn. 137.
25 LPK-SGB XII-*Conradis* § 39 Rdn. 12.

c.) Höhe der Leistungen
Die Höhe der monatlichen Leistung ergibt sich aus folgender Tabelle:

	Herr A (4. Kapitel SGB XII)	Frau A (3. Kapitel SGB XII)	insgesamt
Regelbedarf	353,00	353,00	706,00
Bedarf für Unterkunft	200,00	200,00	400,00
Bedarf für Heizung	30,00	30,00	60,00
Gesamtbedarf	583,00	583,00	1.166,00
Bereinigtes Einkommen	635,00	230,00	865,00
Gesamtbedarf	0,00	353,00	301,00
Überschuss	52,00		
Aus Überschuss		52,00	
Restbedarf		301,00	301,00
Einkommenseinsatz von Enkelin A		200,00	200,00
Gesamtanspruch	0,00	101,00	101,00

d.) anteilige Berechnung für Januar 2014
Die Sozialhilfe, mit Ausnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, setzt nach § 18 I SGB XII ein, sobald dem Träger der Sozialhilfe bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Leistungen vorliegen. Die Vorschrift des § 18 I SGB XII enthält den so genannten Kenntnisgrundsatz der Sozialhilfe. Danach ist für das Entstehen eines Anspruchs auf Sozialhilfe ein Antrag nicht erforderlich. Sozialhilfe setzt von Amts wegen ein, sobald bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung vorliegen[26]. Dem Sozialamt der kreisfreien Stadt D als Träger der Sozialhilfe wird durch Vorsprache des Herrn A am 07.01.2014 die Notlage der Frau A bekannt. Somit sind die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt ab dem 07.01.2014 zu erbringen.

Dies bedeutet, dass der oben berechnete Anspruch von Frau A in Höhe von 101,00 € im Monat für den Monat Januar 2014 **anteilig** zu berechnen ist.

Die **anteilige Berechnung** ergibt für Frau A im Januar 2014 einen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von 84,17 € (Berechnung: monatlicher Anspruch in Höhe von 101,00 € der Frau A : 30 Tage x 25 Tage).[27]

26 Grube/Wahrendorf-*Grube* § 18 Rdn. 3.

27 Besteht im Einzelfall ein sozialhilferechtlicher Anspruch für weniger als einen Monat, so ist der Anspruch stets auf 30 Tage zu verteilen und nur für die Tage des bestehenden Anspruchs ab Kenntnis des Trägers der Sozialhilfe zu leisten (so auch Hauck/Noftz-SGB XII-*Falterbaum* § 27 a Rdnr. 74, LPK-SGBXII-*Roscher* § 27 a Rdnr. 31).
Es wäre aber auch vertretbar, beim zu berechnenden Anspruch die tatsächlichen Tage des konkreten Monats zu berücksichtigen. Danach würde sich ein anteiliger Anspruch in Höhe von 81,45 € (= Berechnung 101,00 € : 31 Tage im Januar x 25 Tage) ergeben.
Für die Lösung mit der Berechnung von 30 Tagen spricht besonders § 64 V 2 und 3 SGB XII, aber auch § 41 I 2 SGB II.

Rolf Schönlau*

Ratssitzung in Zofflingen

– Fallbearbeitung aus dem Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen –

Sachverhalt:

Der Bürgermeister B der rd. 14.000 Einwohner umfassenden, nordrhein-westfälischen Gemeinde Zofflingen (Z) hat sich im Skiurlaub einen komplizierten Knochenbruch zugezogen und muss voraussichtlich für längere Zeit im Krankenhaus verweilen. Da in Kürze die nächste reguläre Ratssitzung ansteht, ist der zum allgemeinen Vertreter bestellte Beigeordnete V willens, die Vorbereitung und Leitung der Sitzung in die Hand zu nehmen. Der Fraktionsvorsitzende (F) der SPD-Fraktion, der gleichzeitig zum ehrenamtlichen „Ersten Stellvertreter" des Bürgermeisters gewählt ist, fühlt sich dadurch übergangen: Er ist der Meinung, dass er und nicht V hierfür zuständig ist. Nach einem klärenden Gespräch verständigen sich V und F schließlich auf folgende „Arbeitsteilung": V bereitet die Ratssitzung vor und F darf die Sitzung leiten.

Aufgabe:

Nehmen Sie zu dem aufgeworfenen Problem Stellung und erläutern Sie, ob die verabredete „Arbeitsteilung" in Ordnung ist.

Fortsetzung des Sachverhalts:

Die aus nur zwei Personen bestehende FDP-Fraktion hat den Vorschlag eingereicht, in die Tagesordnung für die nächste Ratssitzung auch den Punkt *„Umbenennung des Rathausplatzes in Hans-Dietrich-Genscher-Platz"* aufzunehmen. V hält dies für sinnlos und überflüssig, da bekannt sei, dass die anderen Fraktionen einen solchen Vorschlag nicht mittragen würden. Eine diesbezügliche Erörterung und Abstimmung im Rat sei daher von vornherein aussichtslos und bedeute eine unnütze Aufblähung der ohnehin schon vollen Tagesordnung.
Das Ratmitglied R, das keiner Fraktion angehört, hat den Tagesordnungspunkt *„Verbesserung der Kindergartensituation in Zofflingen"* angeregt. Diesen Punkt hält auch V für durchaus wichtig und interessant.

Aufgabe:

Prüfen Sie, ob V den von der FDP-Fraktion gewünschten Punkt in die Tagesordnung zur nächsten Sitzung aufnehmen muss. Nehmen Sie außerdem Stellung, inwieweit V berechtigt oder verpflichtet ist, den von R vorgeschlagenen Tagesordnungspunkt aufzunehmen.

* *Rolf Schönlau* ist Geschäftsführender Direktor der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Münster.

Fortsetzung des Sachverhalts:

Der Bürgermeister (B) ist schneller wieder genesen als erwartet, so dass er die von V anberaumte Sitzung selbst leiten kann: Gegenstand der Tagesordnung ist u. a. eine Änderung des § 11 der Hauptsatzung der Gemeinde Zofflingen. Die dazu unter TOP 3 vorgeschlagene Änderungssatzung hat folgenden Wortlaut:

§1
Der in § 11 Abs. 4 der Hauptsatzung angegebene Betrag für die Zuwendung zu den sächlichen und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung der Fraktionen (§ 56 Abs. 3 GO) wird von monatlich 10 € auf 12 € pro Fraktionsmitglied einer Fraktion erhöht.

§ 2
Diese Satzung tritt zum 01.04.2014 in Kraft.

Als es im Rat zur Abstimmung kommt, wird die o. g. Änderungssatzung mit 17 Ja-Stimmen (einschließlich der Stimme des Bürgermeisters) und 16 Enthaltungen beschlossen.

Aufgaben:

a.) Stellen Sie fest, ob die nach § 7 Abs. 3 GO notwendige Abstimmungsmehrheit zur Änderung der Hauptsatzung gegeben ist.

b.) Im Rahmen der Erörterungen zu dem o. g. Tagesordnungspunkt hatte das Ratsmitglied R angeregt, künftige Anpassungen der in der Hauptsatzung festgelegten Zuwendungen und Entschädigungssätze dem Finanzausschuss zur Entscheidung zu übertragen. Was halten Sie von diesem Vorschlag?

Fortsetzung des Sachverhalts:

Wenige Tage nach der Ratssitzung geht beim Landrat (L) das folgende Schreiben der Frau Achtsam (A) ein:

Astrid Achtsam
48222 Zofflingen
Hauptstraße 24

<u>An den Landrat</u>

Sehr geehrter Landrat,

ich bin Bürgerin ihrer kreisangehörigen Gemeinde Zofflingen. Seit der letzten Kommunalwahl verfolge ich das kommunalpolitische Geschehen mit Besorgnis. So war ich auch bei der Ratssitzung, die vorgestern stattgefunden hat, zugegen und glaube, dass Sie gegen einige dort gefasste Beschlüsse einschreiten müssen:

Unter TOP 6 hat der Rat nämlich einstimmig beschlossen, dass die öffentlichen Bekanntmachungen unserer Gemeinde künftig nicht mehr – wie bisher – im Zofflinger Amtsblatt, sondern nur noch im Internet und über den Lokalfunk „*Radio Hotplay*“ veröffentlicht werden sollen: Das sei angeblich moderner, zeitgemäßer und billiger. Ich fühle mich jedoch durch diese neue Regelung benachteiligt, da ich als älterer Mensch mit dem Computer bzw. dem Internet nicht vertraut bin und auch nur selten das (mehr auf junge Leute ausgerichtete) Programm unseres Lokalradios einschalte.

Wie ich inzwischen erfahren habe, wurde gegen Ende der Sitzung außerdem noch die Tagesordnung um einen Punkt erweitert. Bei diesem zusätzlichem Punkt, der ursprünglich gar nicht vorgesehen war, ging es um die Streichung verschiedener Vergünstigungen, die unsere Gemeinde den Senioren bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen gewährt. Hätte ich geahnt, dass dieses Thema, das mich besonders interessiert, noch auf die Tagesordnung gesetzt und diskutiert wurde, wäre ich bis zum Schluss gebliebenen und hätte die Ratssitzung nicht schon etwas früher verlassen. Offenbar ist man in unserer Gemeinde vor keiner Überraschung mehr sicher!
Nicht anders ist es auch zu erklären, dass sich der Rat neuerdings seiner Verantwortung entledigt, indem er wichtige Entscheidungen gar nicht mehr selber trifft:
Bei dem von der CDU-Fraktion eingebrachten Antrag, das „Bauamt“ und das „Umweltamt“ zu nur einem „Amt für Bauen und Umwelt“ zusammenzulegen, erklärte sich der Rat kurzerhand für unzuständig und beschloss, dass darüber der Bürgermeister zu entscheiden habe. Kein Wunder, dass die Finanzen unserer Gemeinde immer knapper werden, wenn vernünftige Vorschläge zur Verschlankung der Verwaltung und zur Kostenreduzierung einfach so vom Tisch gefegt werden!

Sehr geehrter Herr Landrat! Ich möchte Sie nun fragen, was Sie von diesen Vorkommnissen halten und zu unternehmen gedenken?

Hochachtungsvoll

Astrid Achtsam

Aufgaben:

Der Landrat hat Sie beauftragt, gutachtlich zu untersuchen, ob nach den Schilderungen der Frau A Gründe für ein aufsichtsbehördliches Eingreifen bestehen.

a.) Prüfen Sie daher die Rechtmäßigkeit der von A kritisierten Vorgehensweisen und Beschlüsse des Rates.

b.) Legen Sie dar, warum der Landrat in diesem Falle zuständig ist und welches weitere Vorgehen Sie dem Landrat empfehlen würden.

Lösung:

1. Die Vorbereitung, Einberufung und Leitung der Ratssitzung obliegen regulär dem Bürgermeister (vgl. § 40 Abs. 2 S. 3, § 47 Abs. 1 u. 2, § 48 Abs. 1, § 51 Abs. 1 GO[1]). Es stellt sich allerdings die Frage, wer ihn im Falle der Verhinderung zu vertreten hat:
Gem. § 67 Abs. 1 GO wählt der Rat aus seiner Mitte ehrenamtliche Vertreter, die den Bürgermeister bei der Leitung der Ratssitzung und bei der Repräsentation vertreten. Damit ist klargestellt, dass – wenn B verhindert ist – F als Erster Vertreter des Bürgermeisters die Ratssitzung jedenfalls zu leiten hat.
Ungeklärt ist hingegen, wem die Vorbereitung der Sitzung zukommen soll. Für die sog. „Vertretung im Amt" bestellt der Rat nach § 68 Abs. 1 Satz 1 GO einen Beigeordneten zum allgemeinen Vertreter des Bürgermeisters. Ob demnach die Vorbereitung der Sitzung zu den Aufgaben des ehrenamtlichen Vertreters nach § 67 GO oder zu den Aufgaben des allgemeinen Vertreters nach § 68 GO zählt, ist umstritten:
Teilweise ist unter Hinweis auf die frühere Rechtslage vor Abschaffung der sog. Doppelspitze die Ansicht vertreten worden, dass die Vorbereitung in der Verantwortung desjenigen liege, der auch die Sitzung leitet: Der Begriff der „Sitzungsleitung" sei daher erweiternd auszulegen. Dementsprechend sei der ehrenamtliche Vertreter in diesem Falle zuständig.[2]
Nach heute gängiger und praxisgerechter Ansicht ist mit Rücksicht auf den sprachlich eng gefassten Wortlaut des § 67 Abs. 1 GO jedoch davon auszugehen, dass nur die Leitung der Sitzung selbst in die Zuständigkeit des ehrenamtlichen Stellvertreters fällt. Die Vorbereitung der Ratssitzung ist danach Sache des allgemeinen Vertreters – hier also des V. [3] Diese Auslegung ist insbesondere auch deshalb praxisnäher und sachgerecht, weil dem Beigeordneten für seine Vorbereitungshandlungen der Verwaltungsapparat zur Verfügung steht.
Ergebnis: Folgt man dieser heute herrschenden Ansicht, so steht die zwischen V und F verabredete „Arbeitsteilung" mit der GO in Einklang und ist folglich nicht zu beanstanden.

2. Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GO hat der Bürgermeister Vorschläge in die Tagesordnung aufzunehmen, die ihm innerhalb der in der Geschäftsordnung bestimmten Frist von einem Fünftel der Ratsmitglieder oder einer Fraktion vorgelegt werden. Geht man davon aus, dass die FDP diese Frist eingehalten hat, so ist der in Vertretung für den Bürgermeister handelnde V in diesem Falle verpflichtet, den Vorschlag zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussicht des Beschlussvorschlags spielt dabei keine Rolle. Die Vorschrift dient vielmehr dem Minderheitenschutz und will u. a. auch die politischen Handlungsmöglichkeiten kleinerer Fraktionen sichern.
Anders als die FDP-Fraktion hat das einzelne Ratsmitglied R keinen Fraktionsstatus (vgl. § 56 Ab. 1 GO) und kann deshalb die Aufnahme des von ihm vorgeschlagenen Tagesordnungspunktes nicht erzwingen. Das schließt aber nicht aus, dass der Bürgermeister (bzw. V als Vertreter) den vorgeschlagenen Punkt freiwillig nach § 48 Abs. 1 S. 1 GO in die Tagesordnung aufnimmt.

3. a.) Nach § 50 Abs. 1 Satz 1 GO werden Beschlüsse zwar normalerweise mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst; dies gilt jedoch nur, „soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt". Speziell für die Hauptsatzung und deren Änderung verlangt das Gesetz indes eine besondere Beschlussqualität: Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 GO, (der dem § 50 Abs. 1 GO insoweit vorgeht), ist für diesen Fall eine absolute Mehrheit erforderlich, d. h. die Mehrheit der gesetzlichen Anzahl der Ratsmitglieder.
Die gesetzliche Mitgliederzahl lässt sich aus § 3 Abs. 2 KWahlG ablesen: Der Rat der 14.000-Einwohner-Gemeinde Zofflingen besteht demnach aus 32 Ratsmitgliedern.
Nötig waren für die Änderung der Hauptsatzung nach § 7 Abs. 3 S. 2 GO also die Stimmen von mindestens 17 Ratsmitgliedern. Zu prüfen ist, ob diese Mehrheit erreicht wurde:
Im vorliegenden Falle ist die Hauptsatzungsänderung exakt mit 17 Ja-Stimmen beschlossen worden, allerdings einschließlich der Stimme des Bürgermeisters. Es fragt sich daher, ob der Bürgermeister ebenfalls als „Ratsmitglied" anzusehen ist; (denn er wird ja nicht als „Ratsmitglied" gewählt, sondern in einem gesonderten Wahlgang zum „Hauptverwaltungsbeamten"): Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus § 40 Abs. 2 Satz 2 GO: Danach besteht der Rat aus den gewählten Ratsmitgliedern *und dem Bürgermeister.* Dieser ist also ‚kraft Gesetzes' ebenfalls als Mitglied des Rates anzusehen. Folglich ist die Änderung der Hauptsatzung hier mit der erforderlichen Mehrheit erfolgt.

b.) Eine Delegation der dem Rat obliegenden Zuständigkeiten könnte nach § 41 Abs. 2 GO in Betracht kommen. Danach kann dieser die Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten auf Ausschüsse übertragen. Das gilt allerdings nicht für solche Angelegenheiten, die in dem sog. Ausschließlichkeitskatalog des § 41 Abs. 1 Buchst. a) bis t) aufgeführt sind. Auf den vorliegenden Fall bezogen ist die Übertragung der Entscheidungszuständigkeit auf den Finanzausschuss nach § 41 Abs. 1 Buchst. f ausgeschlossen. Der Erlass und die Änderung von Satzungen ist demnach eine ausschließlich dem Rat vorbehaltene Aufgabe.

4. a.) Der zu TOP 6 gefasste Beschluss, die Bekanntmachungen der Gemeinde künftig ausschließlich im Internet und lokalen Rundfunk zu veröffentlichen, widerspricht dem § 4 Abs. 1 Buchst.a) bis c) der BekanntmachungsVO. Die verschiedenen grundsätzlichen Möglichkeiten einer öffentlichen Bekanntmachung sind dort näher

1 Die Abkürzung „GO" bezieht sich auf die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen

2 Vgl. *Kenneweg* in Dieckmann/Heinrichs (Hrsg.) Gemeindeordn. für das Land NRW, Komm., 1996, Erl. 1 zu § 67; *Müller,* Die Vertretung des hauptamtlichen Bürgermeisters nach der nordrhein-westf. GO, NWVBl.1999, 405 ff (406); *Schmitz,* Der stellvertretende Bürgermeister in Nordrhein-Westfalen, Verwaltungsrundschau 1997, 89 (90)

3 So etwa Mitteilungen des NWStGB 1995, 357; *Krell/Wesseler,* Das neue Kommunalrecht in NRW, 1994, Rn. 116; *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch,* Gemeindeordnug für das Land NRW, Loseblattkommentar III zu § 67 GO; *Held/Winkel/Wansleben* Kommunalverfassungsrecht in NRW, Loseblattkommentar, *(Kirchhof/Plückhahn)* 2.1 zu § 67 GO

aufgeführt: Demnach hat die Gemeinde nur die Wahl zwischen der Bekanntmachung im Amtsblatt, in einer mindestens einmal wöchentlich erscheinenden Zeitung oder durch Anschlag an der hierfür vorgesehenen Bekanntmachungstafel.
Auch die gegen Ende der Sitzung erfolgte Erweiterung der Tagesordnung ist nicht in Ordnung: § 48 Abs. 1 S. 5 GO sieht zwar vor, dass die Tagesordnung in der Sitzung durch Beschluss des Rates erweitert werden kann; Voraussetzung dafür ist jedoch, dass es sich um eine Angelegenheit handelt, die keinen Aufschub duldet oder von äußerster Dringlichkeit ist. Anhaltspunkte dafür, dass es bei der Streichung von Vergünstigungen für Senioren um eine unaufschiebbare Maßnahme ging, bietet der Sachverhalt nicht.
Die Frage der Zusammenlegung beider Ämter (Bauamt und Umweltamt) hat der Rat zu Recht nicht entschieden. Zwar ist er nach § 41 Abs. 1 GO grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig; dies gilt jedoch nur, „*soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt*". Genau dies ist hier jedoch nach § 62 Abs. 1 GO der Fall: Soweit es um die Organisation des Verwaltungsapparates und die Geschäftsverteilung geht, hat der Rat nämlich die durch § 62 Abs. 1 Satz 2 u. 3 GO geschützte Organisationsgewalt des Bürgermeisters zu respektieren. Nicht der Rat, sondern der Bürgermeister „leitet und verteilt die Geschäfte; dazu zählt auch die Entscheidung darüber, welche Ämter gebildet werden.

Ergebnis: In diesem Punkte hat sich der Rat somit rechtmäßig verhalten.

b.) Nach § 120 Abs. 1 GO ist der Landrat als Aufsichtsbehörde zuständig und führt die allgemeine Aufsicht (§ 119 Abs. 1 GO) über die Gemeinde Zofflingen.
Zum weiteren Vorgehen ist zu empfehlen, zunächst von dem Unterrichtungsrecht gem. § 121 GO Gebrauch zu machen und dem Bürgermeister der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Sollte sich der geschilderte Sachverhalt als zutreffend herausstellen, könnte der Landrat nach § 122 Abs. 1 GO den Bürgermeister anweisen, diejenigen Beschlüsse des Rates, die das geltende Recht verletzen, gem. § 54 Abs. 2 GO zu beanstanden. Sollte der Rat nach nochmaliger Beratung dann bei seinen Beschlüssen bleiben, hätte der Landrat die Möglichkeit, diese nach § 122 Abs. 1 aufzuheben.

Volker Lohse*

Kampf der B-Zeitung

– Klausur im Staats- und Verfassungsrecht –

A Fallaufgabe

Vor den deutschen Zivilgerichten hatte der V-Verlag AG (V), der in seinem umfangreichen Verlagsgeschäft auch die „B"-Zeitung (B) herausbringt, u. a. den in der nordrhein-westfälischen Großstadt K wohnenden Autor Anton Aufdecker (A) letztlich vergeblich verklagt: A hatte sich Informationen über die von ihm sehr kritisch beurteilten journalistischen Methoden und die redaktionelle Arbeit der B, eines seiner Auffassung nach die Meinungsbildung intensiv beeinflussenden Massenblatts, verschaffen wollen und sich deshalb nach Veränderung seines äußeren Erscheinungsbildes unter dem Decknamen D von V als freier Mitarbeiter vier Monate in deren Redaktion in der Landeshauptstadt H beschäftigen lassen. Seine Erlebnisse dabei und seine sehr kritischen Gedanken dazu veröffentlichte er in einem Buch mit dem Titel *Der Aufmacher – Der Mann, der bei B D war*.
In der Vorbemerkung von A zu diesem Buch heißt es u. a.: „Doch wurde nichts erfunden oder hinzugedichtet. Äußerungen und Dialoge habe ich teils direkt mitgeschrieben, teils nach Redaktionsschluss in Gedächtnisprotokollen festgehalten. Sie erscheinen im Buch zumeist in wörtlicher Rede, auch wenn sie nicht immer wortwörtlich sind, um ihren exemplarischen Charakter unmittelbar zu veranschaulichen."
V sieht in mehreren Passagen sein Recht auf Pressefreiheit, besonders auf das Redaktionsgeheimnis bei der B, das zu den Essentialien (Hauptpunkten) eines Pressebetriebs gehöre, verletzt. Der Schutz einer presse-spezifischen Vertraulichkeitszone gerade im redaktionellen Bereich sei ein substanzieller Bestandteil des Verfassungsgutes Pressefreiheit.
Er meint, nicht einmal die Äußerungen der beteiligten Redakteure/Journalisten auf einer alltäglichen Redaktionskonferenz der B dürfe A – auch unter Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten – in seinem Buch wiedergeben, schon gar nicht in wörtlicher Rede. Der Zeitdruck, unter dem die Arbeit für eine täglich erscheinende Zeitung stehe, verlange eine unbürokratische und unkonventionelle Arbeitsweise.
Ferner habe A auf S. 73 seines Buches das Entstehen seiner Reportage über Jugendliche, die sich in Spielhallen aufhielten, so geschildert, dass er den verantwortlichen Chefreporter telefonisch davon unterrichtet habe, dass er, A, dort nur arbeitslose Jugendliche angetroffen habe, die sich wiederholt vergeblich um eine Stelle beworben hätten. Daraufhin habe der geantwortet: „Lassen Sie mal, …, kommen Sie zurück, machen Sie bloß kein soziales Thema daraus! Wir haben Material da aus Stuttgart. Sie müssen es einhannoveranern. Suchen Sie jetzt mal in der Stadt einen der schönsten Gartenzwerge. Der Gartenzwerg feiert gerade hundertjährigen Geburtstag, ich geb' Ihnen Adressen von ein paar Gartenbedarfsgeschäften, lassen Sie ein Foto machen und kommen Sie dann her."
A verfasste dennoch einen Bericht über die Spielhallen und bildete in seinem Buch eine Manuskriptseite davon einschließlich der vom Chefreporter angebrachten handschriftlichen Änderungen ab. Die Bildunterschrift lautet: „Ich liefere das Spielhallen-Manuskript ab. Eigenhändig fälscht Sigi Trikoleit und dichtet Zitate hinein."
Schließlich behauptet A, für die Behandlung „politischer Themen" sei fast ausschließlich ein bestimmter Redakteur zuständig. „Entsprechend werden sie abgehandelt. CDU-Hauspostille, Gewerkschaften,

* Prof. Dr. *Volker Lohse* lehrte an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

** Dieser Klausur im Staats- und Verfassungsrecht liegt der Beschluss des 1. Senats des BVerfG vom 25. Januar 1984 – 1 BvR 272/81 (BVerfGE 66, 116) zugrunde.

Betriebsräte, Arbeitskonflikte, derartige Themen kommen während meiner viermonatigen Tätigkeit bei B nicht vor. Fast nur bei Streiks wird so was ‚Abwegiges' zum Thema. Und dann kann man sich darauf verlassen: Die Unternehmer haben recht!" (S. 91 f.).
Auf S. 126 führte er aus, dass die B „rechte Politik auch an den SPD-Wähler, an Arbeiter und Angestellte bringen" müsse. Politik müsse daher indirekt gemacht werden, „über Emotionen und Vorurteile: Aufputschen gegen Minderheiten, Schüren von Hass und Angst – am besten anhand unpolitisch scheinender Objekte (Triebtäter, Gastarbeiter): Das bringt die Stimmung, die sich zum kollektiven Schrei nach Todesstrafe, Rübe ab, Draufschlagen verdichten lässt. …" Diese Äußerungen des A auf S. 126 sind nach Meinung des V grundrechtlich nicht geschützte unwahre Tatsachenbehauptungen. A handele zudem aus ideologischer Gegnerschaft zu B.
A meint demgegenüber: Die Frage, ob V die beanstandeten Textstellen in seinem Buch gerichtlich verbieten lassen könnte, müsse vor allem unter Beachtung der Wertentscheidung des Grundgesetzes zugunsten der Meinungsfreiheit aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung beantwortet werden. Und dabei wiege das Interesse des V, seine innerbetriebliche Sphäre vor der Öffentlichkeit geheim zu halten und dadurch ihren Redaktionen den für deren Arbeit notwendigen Bereich der Vertraulichkeit zu sichern, deutlich geringer als sein Grundrecht, seine Meinung frei zu äußern. Die Tätigkeit der Presse sei immer „öffentliche Angelegenheit". Er, A, wolle gewichtige Missstände bei B aufdecken, z. B. die Einstellung der B-Journalisten zu ihrer Arbeit, ihr Verhältnis zu den Lesern sowie die Arbeitsbedingungen in der Redaktion. Das gelte vor allem angesichts des großen Verbreitungskreises des B. Schon durch die Ernsthaftigkeit und die Bedeutung seines Anliegens auf Information der Öffentlichkeit sei seine Art der Informationsbeschaffung durch „Einschleichen in eine Redaktion der B", also durch Täuschung ermöglichter Belauschung und Enthüllung, für sein Buch gerechtfertigt, selbst wenn diese Informationsbeschaffung illegal sei. Auszugehen sei dabei immer von den Interessen eines unbefangenen Durchschnittslesers der B. Die B fordere nach Aufmachung, Themenwahl und -behandlung zur Polarisierung der Standpunkte geradezu heraus. Und er, A, habe sich an dem geistigen Meinungskampf in diesem Sinne beteiligt.

V fragt Sie, ob in dem vorgenannten Verhalten des A ein Verstoß gegen seine Pressefreiheit liegt.

Bearbeiterhinweis:
Die Art. 14 GG und 12 GG sind wie auch einfach-gesetzliches Presserecht und §§ des BGB, selbst wenn sie nach der Fallkonstellation betroffen sein sollten, aus Zeitgründen hier n i c h t zu prüfen.

B Zusatzfrage

Warum sind die Medien, speziell Presse und Rundfunk, in der rechtsstaatlichen Demokratie von so besonderer Bedeutung, dass viele von den Medien als „Vierter Gewalt" sprechen (und Jean Jacques Rousseau bereits vor fast 300 Jahren von der Presse als „Vierter Säule des Staates" schrieb)?

Lösung

Zu A: Antwort auf die Fallfrage
Im Verhalten des A in den drei vom V-Verlag monierten Punkten liegt ein Verstoß gegen die Pressefreiheit des V aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn mindestens ein tatbestandlicher Verstoß des A dagegen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

I. Verletzung des Tatbestands der Pressefreiheit
(Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) des V durch A

1. Schutzbereich der Pressefreiheit
Die Pressefreiheit schützt Personen, die an der Presse durch Erstellung, Vervielfältigung von Druckerzeugnissen und deren Vertrieb mitarbeiten. Zur Presse im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gehören alle zur Vervielfältigung hergestellten und zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse unabhängig von der Art und Weise und den Inhalten der Berichterstattung.[1] Unter den nach Sinn und Zweck weit auszulegenden Begriff fallen auch Darstellungen unterhaltender Art, Anzeigen, Bilder, Nachrichten bis hin zu Disketten und CD-ROM etc. Damit fällt die B als Tageszeitung typischerweise unter den Pressebegriff.

a) Persönlicher Geltungsbereich der Pressefreiheit
Es fragt sich, ob V als Verlags-AG in den persönlichen Geltungsbereich der Pressefreiheit fällt. Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Der V hat die Rechtsform der Aktiengesellschaft, also einer juristischen Person des Privatrechts gewählt. Da er in der Lage ist, die B-Zeitung, also eine weit verbreitete Tageszeitung, herauszugeben, ist er – wie im Medienbereich auch andere AG (und GmbH) – in persönlicher Hinsicht durch das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt.

b) Sachlicher Geltungsbereich der Pressefreiheit
Inhaltlich beziehen sich die Vorwürfe des V auf die Tätigkeit des A als freier Mitarbeiter im Bereich der Redaktion der B-Zeitung in der Landeshauptstadt H(annover) und die damit in ursächlichem Zusammenhang stehende Publikation von Einzelheiten/Wertungen dazu durch A in seinem Buch „Der Aufmacher – Der Mann, der bei B D war".
Um eine Zeitung zu gestalten gehören zu dem begrifflich vom Verfassunggeber bewusst weit gefassten Pressebegriff nach Sinn und Zweck die Tätigkeiten der Informationsbeschaffung, der Informationsverarbeitung (einschließlich der Vervielfältigung/des Drucks) und der Informationsverbreitung.[2] Die Tätigkeiten des V und seiner Redaktion in H für die B fallen demnach unter die Pressefreiheit.

c) Zwischenergebnis
Die Pressefreiheit des V fällt also in den Schutzbereich der Pressefreiheit.

1 Begrifflich leitet sich „Presse" von „pressen", d. h. „drucken" ab und bezieht sich deshalb auf die Methode der Vervielfältigung und nicht auf den Inhalt des Veröffentlichten/des Produkts/der Produktion.
Auf die historischen Kämpfe um die Pressefreiheit weist eindrucksvoll § 143 Abs. 2–4 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849 (Paulskirchenverfassung) hin, hier: Absatz 2 „Die Preßfreiheit darf unter keinen Umständen und in keiner Weise durch vorbeugende Maaßregeln, namentlich Censur, Concessionen, Sicherheitsbestellungen, Staatsauflagen, Beschränkungen der Druckerei oder des Buchhandels, Postverbote oder andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendiert oder aufgehoben werden."

2 So mit Recht bereits BVerfG, Urt. des 1. Senats vom 5. August 1966 – 1 BvF 1/61 (BVerfGE 20, 162 (177)); BVerfG, Beschluss des 2. Senats vom 28. November 1973 – 2 BvL 42/73 (BVerfGE 36, 193 (202)); BVerfG, Beschluss des 2. Senats vom 6. Februar 1979 – 2 BvR 154/78 (BVerfGE 50, 234 (239)) und die ganz herrschende Rechtsprechung und Literatur.

2. Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit des V

In diesen Schutzbereich kann A unter Billigung der staatlichen Zivilgerichte (Teil der Judikative und damit der Staatsgewalt), die die Klage des V gegen ihn abwiesen, belastend eingegriffen haben. Einen Eingriff stellt jede staatliche Hoheitsmaßnahme dar, die final und imperativ gezielt, unmittelbar rechtlich oder faktisch dem Einzelnen, hier dem V, sein Handeln, das in den Grundrechts-Schutzbereich fällt, verbietet, ganz oder teilweise unmöglich macht oder auch nur erschwert. Das könnte durch die zivilgerichtlich gebilligten Angriffe des A hier geschehen sein. Die von V dem A vorgeworfenen Verhaltensweisen lassen sich nach ihrem Gewicht in drei Teilen erörtern:
a) die Jugendreportage, b) die Behandlung politischer Themen in B und c) der Bruch des Redaktionsgeheimnisses.

Zu a) Auf S. 73 seines o. g. Druckwerks schildert A die Entstehung und „Verarbeitung" seines Berichts über arbeitslose Jugendliche, die er in H in Spielhallen angetroffen hat. Da die Entstehung auch eines nicht oder nicht so gedruckten Manuskripts für eine Zeitung durch einen freien Mitarbeiter unter den Presseschutz fällt und A durch seine Schilderung die Redaktion angreift, liegt hier ein Eingriff vor.

Zu b) Bei den von A in seinem Buch auf S. 91f. bzw. S. 126 veröffentlichten Äußerungen zu einseitiger politischer und sozialer „Lastigkeit" der B, zur Todesstrafe etc. handelt es sich um Tatsachenbehauptungen, also um Mitteilungen von Texten/Textteilen, die in der B standen. Da A diese aber unter sehr vielen Tatsachen ausgewählt hat und nach dem Sachverhalt akzentuiert (bis polemisch), d. h. wertend in seinem Buch behandelt, greift er auch dadurch V an.
Zu c) Besonders gravierend ist als Angriff des A auf die Pressefreiheit des V hier der Bruch des Redaktionsgeheimnisses der Redaktion der B in H durch A. Er hat sich äußerlich getarnt und unter falschem Namen dort eingeschlichen, um Informationen für sein „Enthüllungsbuch" zu sammeln. Und in diesem Werk zitiert er dann wörtlich, wenn auch – wie er selbst schreibt – „nicht immer wortwörtlich" und unter Zuhilfenahme des Drucks einer Manuskriptseite aus Teilen der Arbeit dieser Redaktion. Das Redaktionsgeheimnis, das sowohl den Schutz des Vertrauensverhältnisses zur Presse und privaten Informanten[3] als auch die Geheimhaltung der Arbeit (in) der Redaktion (etc.) beinhaltet, greift A durch seine Informationsbeschaffung und -veröffentlichung hier an.
Nach allem wurde durch A, gedeckt durch die Entscheidungen der Zivilgerichte hier in die Pressefreiheit des V (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eingegriffen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich der Pressefreiheit des V

a) Schranken

Hier kann der Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts des V-Verlags auf Pressefreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn er verfassungsgemäß den qualifizierten Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 Abs. 2 GG konkretisiert oder eine verfassungsimmanente Schranke enthält.

aa) Schranke aus Art. 5 Abs. 2 GG und immanente Schranke

Als benannte Schranke aus Art. 5 Abs. 2 GG könnten hier die Allgemeinen Gesetze in Betracht kommen; sie bezieht sich auf alle in Abs. 1 normierten Grundrechte.[4] Deren beschränkende Wirkung muss aber ihrerseits im Lichte und in der Bedeutung des betroffenen Grundrechts gesehen und so ausgelegt werden, dass der besondere Wertgehalt des Grundrechts auf jeden Fall gewahrt bleibt[5] (Wechselwirkung als besondere Form der Verhältnismäßigkeit). Die Notwendigkeiten des Gemeinwohls und die Freiheitsbeschränkungen des Bürgers, hier des V-Verlags, müssen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.[6] Ein allgemeines Gesetz darf weder gegen eine bestimmte Meinung noch gegen den Prozess der freien Meinungsbildung oder gegen die freie Information als solche gerichtet sein; es muss vielmehr auf die Wahrung eines allgemeinen Rechtsguts gerichtet sein, dessen Schutz unabhängig davon ist, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise gefährdet oder verletzt wird.[7]
Mangels eines einschlägigen allgemeinen Schutzgesetzes kommt hier die Limitierung des Grundrechts des V Verlags durch eine verfassungsimmanente Schranke[8], d. h. ein kollidierendes Grundrecht des A (oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter)[9] in Betracht. Die Grundrechtsausübung des V Verlags dürfte dann nicht mit der Grundrechtsausübung des A vereinbar sein.

A könnte sich hier auf das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen.
Zur Tatbestandsmäßigkeit: A hat seine Erlebnisse als freier Mitarbeiter bei der B in einem Buch mit kritischen Textstellen zu Organisation und Arbeit von deren Redaktion in Hannover niedergelegt. Da alle im Sachverhalt zitierten Passagen aus diesem Buch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Meinens und des Dafürhaltens, d. h. persönliche Überzeugungen enthalten, liegen darin entgegen der Meinung des V keine bloßen (unwahren) Tatsachenbehauptungen. Dass sie reine Schmähkritik wären, geht aus dem Sachverhalt allerdings auch nicht hervor. Damit ist der Schutzbereich des Grundrechts des A aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hier verletzt.
Ein Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit des A läge in dem gerichtlichen Verbot (Unterlassungsurteil) der im Sachverhalt genannten zeitungskritischen Textstellen oder gar des ganzen Buchs des A mit dem Titel *Der Aufmacher – Der Mann, der B D war*. Damit würden Meinungsäußerung und -verbreitung des A beeinträchtigt. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre der Eingriff in den Schutzbereich, wenn eine der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG griffe.[10] Das kann hier die Pressefreiheit des V Verlags aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sein.

bb) Verhältnismäßigkeit

Somit ist hier bei der Beschränkung des Grundrechts des A die immanente Schranke mit dem Ziel des Ausgleichs durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG)[11] entscheidend und letztlich die Wechselwirkung zwischen den kollidierenden Grundrechten des V und des A.

3 BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 10. Mai 1983 – 1 BvR 385/83 („SPIEGEL-Urteil") (BVerfGE 64, 108 (114 f.)).

4 So schon BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 3. Oktober 1969 – 1 BvR 46/65 (BVerfGE 27, 71 (84).

5 BVerfGE 20, 162 (177) s. o. FN 1.

6 So schon BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 6. Oktober 1959 – 1 BvL 118/53 (BVerfGE 10, 118 (121).

7 BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 24. Mai 2005 – 1 BvR 1072/01 (BVerfGE 113, 63 (79); Jarass a.a.O. Rdnr. 56.

8 Dafür, dass diese Schranke neben einer benannten Schranke gelten kann, vgl. statt vieler BVerfG, Urteil des 2. Senats vom 24. September 2003 – 2 BvR 1436/02 (BVerfGE 108, 282 (297) (Islamisches Kopftuch).

9 Dazu näher BVerfGE 108, 282 (297) s. o. FN 8.

10 Eine Wesensgehaltsprüfung (vgl. Art. 19 Abs. 2 GG) wäre hier zu weit hergeholt.

11 BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08 (BVerfGE 124, 300 (331).

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht, ob die Einschränkung der Pressefreiheit des V durch die Meinungsäußerungen des A geeignet, erforderlich und angemessen ist.[12] Dabei muss dem grundrechtskollidierenden Verhalten des A ein legitimer Zweck innewohnen.
Schon die Antwort auf die Frage danach, ob das Ziel des A bei seinem Aufdeckungsjournalismus auf das Gemeinwohl gerichtet ist, erscheint zweifelhaft. Seine Kritik erfolgt nach den im Sachverhalt wiedergegebenen Zitaten massiv und holzschnittartig.

Zwar ist diese Kritik geeignet, einige Missstände in der Redaktion der B und bei deren Arbeit öffentlich zu machen, Missstände, die der einzelne Leser der B ohne weitere (ggf. interne) Informationen vermutlich nicht erkennen und bewerten kann.

Aber schon die Erforderlichkeitsprüfung, d. h. die Untersuchung, ob ein milderes Mittel – konkret eine mehr sachbezogene, das Redaktionsgeheimnis mehr wahrende[13], moderate Kritik – ausgereicht hätte, kann hier gegen A sprechen: Die Erlangung der Informationen durch ihn, der Umfang der Kritik und sein reißerischer Stil sind (mindestens) übertrieben.

Letztlich entscheidend für das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist hier, wie in vielen Fällen, die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der kritischen Meinungsäußerung des A. Seine schriftlichen Bemerkungen müssten in einem angemessenen Verhältnis zur Pressefreiheit des V stehen, um schutzwürdig zu sein.
Die Intention des A, die Arbeit der Redaktion der B (innerredaktionelle Arbeitsweise, Skandalmeldungen etc.) entlarvend an die Öffentlichkeit zu bringen, ist zumindest für Teile der (potenziellen) Leserschaft interessant. Auch kann für ein breites Publikum, von dem als Teil des Volkes (auch) Staatsgewalt ausgeht (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) für seine (Be-)Wertung bei der Lektüre der B eine Information über die auflagenfördernde Machart der Zeitung von Interesse und damit gewünscht sein.
Dabei muss aber – selbst wenn die Veröffentlichung rechtswidrig beschaffter oder erlangter Informationen grundsätzlich vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst wird – berücksichtigt werden, wie er die Informationen erlangt hat. Er hat sich unter Decknamen und mit Veränderung seines äußeren Erscheinungsbildes in arbeitsrechtswidriger Weise in die Redaktion der B in H eingeschlichen, um illegal Informationen zu erlangen. Mit seiner Buchkritik verletzte er das Redaktionsgeheimnis grob.[14] Die politische und gesellschaftliche Ausrichtung der B und Art und Aufmachung und Inhalt ihrer Beiträge decken seit Jahrzehnten einen bestimmten Teil des Pressespektrums in Deutschland ab; das zeigt der Verkaufserfolg. Selbst zum zweifelbehafteten, aber realen „Sturz" eines Bundespräsidenten hat das Blatt wesentlich beigetragen. A formuliert seine Kritik aber auch auf dem niedrigen Niveau, das er der B vorwirft. Seine schlussfolgernden Verallgemeinerungen und der für den Buchleser zumindest teilweise nicht nachprüfbare, von V bestrittene Wahrheitsgehalt seiner Äußerungen sprechen wie die Qualität seines Berichts eher gegen den Vorrang seines Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gegenüber der Pressefreiheit des V Verlags.

cc) Zwischenergebnis
Die konkrete, einzelfallbezogene Güterabwägung spricht also hier für die Unwirksamkeit der Beschränkung der Pressefreiheit des V durch die Meinungsäußerungsfreiheit des A.

b) Fehlende Beschränkung
Nach allem fehlt es hier an einer rechtswirksamen Beschränkung der Pressefreiheit des V.

II. Antwort auf die Fallfrage

In dem im Sachverhalt beschriebenen Verhalten des A liegt ein Verstoß gegen die Pressefreiheit des V.[15]

Zu B: Antwort auf die Zusatzfrage zur Bedeutung der Medien, speziell der von Presse und Rundfunk in der rechtsstaatlichen Demokratie

Gerade in einer vielfältig strukturierten und arbeitenden Gesellschaft zur Zeit einer unübersichtlichen Globalisierung (Mondialisierung) kommt der Presse korrespondierend dem größer gewordenen Informationsbedürfnis breiter Teile der heterogener gewordenen Bevölkerung (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. HS – Informationsfreiheit) gesteigerte Bedeutung zu.
Obwohl unbestritten ist, dass nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht", brauchen der Einzelne und die Gesellschaft als Ganzes nicht nur für Wahlen und Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) sondern als allgemeine Voraussetzungen für ihr Handeln Informationen und Kommentare der Medien.
Damit wurde die meinungsbeeinflussende, mächtige Presse i. w. S. (Medien) erst recht zu einer „Vierten Gewalt" im Staat (neben Gesetzgebender, Vollziehender und Richterlicher Gewalt). Ob sie damit eine öffentliche Aufgabe hat[16] oder nicht, ist für eine staatliche Inpflichtnahme der Presse wenig bedeutsam: Sie wird im GG nicht postuliert und darf schon wegen der begrifflichen Unbestimmtheit als unberechenbare Freiheitsbeschränkung nicht zu einer Verringerung der Gewährleistung der Pressefreiheit herangezogen werden.

In der rechtsstaatlichen Demokratie nach dem GG trägt die Presse vielfältig und bedeutsam zur Information der Bevölkerung bei. Dass Presse (-organe) dabei nicht etwa sachlich-politisch-kulturell-weltanschaulich neutral und qualitativ hochstehend sein muss (müssen) oder nur demokratiestaatlich relevante Nachrichten und/oder Kommentare bringen darf, verbietet sich schon wegen des weiten Umfangs des Pressebegriffs (einschließlich der „Yellow Press") und der Bedeutung, die die Verfassung einer vielfältigen, konkurrierenden Presse zumisst. Sie muss auch Zugang zu öffentlichen Veranstaltungen, Pressekonferenzen, Datensammlungen[17] etc. haben. Dass dabei (vermeidbare ?) Schwierigkeiten auftreten können, zeigt – vor allem wenn man den Zugang als Verschaffungs- und Leistungsanspruch

12 Allgemeine Meinung, vgl. schon BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 3. Januar 1982 – 1 BvR 848, 1047/77 …(BVerfGE 59, 231 (265) und BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 11. März 2003 – 1 BvR 426/02 (Benetton-Werbung).
13 Zu ebenfalls betroffenen Datenschutzproblemen vgl. *Vahle, Jürgen,* Datenschutz im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: DVP 2013, S. 183 – 195 (S. 192 ff.).
14 Bei der Klausurlösung kann man an dieser Stelle auch die einzelnen von V angeführten Verstöße im Text des A kritisch überprüfen.
15 Ein gegenteiliges Ergebnis ist nur schwer zu begründen/vertreten.
16 Besonders in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts (auch) in der juristischen Literatur und Rechtsprechung wurde dieses Thema viel erörtert (vgl. vMKStarck a. a. O. FN 74 ff. m. w. N. (vgl. auch ebda. Rdnr. 60).
17 Zum Zugang zu amtlichen Informationen vgl. statt vieler: BVerwG, Urteil vom 2. August 2012 – 7 C 7.12 mit Anmerkung von *Volland,* in: DVBl. 2013, S. 34 ff.

sieht – verbunden mit den zusätzlichen Gleichheitsproblemen (vgl. Art. 3 GG) exemplarisch die Verteilung von Presseplätzen im NSU-Strafprozeß beim OLG München im Frühjahr 2013. Gegen einen allgemeinen, verfassungsrechtlich gesicherten Informationsanspruch der Medien gegenüber staatlichen Behörden spricht aber letztlich dessen Unbestimmtheit/Unklarheit[18] (Grenzen dieser Begrenzung aber: Missbrauch durch den Staat und Minimalstandard für die Presse).

Wie weit der Staat im Interesse demokratischer Meinungs- und Willensbildung zur Sicherung einer Meinungsvielfalt (bzw. vice versa zum Kampf gegen Meinungsmonopole) verpflichtet ist, war und bleibt umstritten. Das BVerfG[19] fordert als Voraussetzung der Sicherung von Meinungsvielfalt „die Existenz einer relativ großen Zahl selbstständiger, vom Staat unabhängiger und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundanschauung miteinander konkurrierender Presseerzeugnisse". Nun dürfte das Problem staatlicher Maßnahmen „zur Erhaltung eines angemessenen Vielfaltsstandards" (Christian Starck, a. a. O. FN 84) sich im Frühjahr 2013 über die frühere Diskussion zu Pressesubventionen hinaus verändert haben und zwar durch die in den letzten Jahren verstärkte Konkurrenz durch öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk (Hörfunk und Fernsehen), Film und andere Medien, vor allem das Internet[20]. Hörfunk, Fernsehen und Telemedien (bis hin zum Pay-TV) hat der Staatsvertrag vom 26. Januar 2007 näher beschrieben. Ihre Bedeutung für die demokratische Meinungsbildung ist kaum zu überschätzen, schon weil sie so viele Menschen erreichen. Dabei geht es hier weniger um die besonders umstrittenen Werbesendungen (bis hin zur Wahlwerbung), sondern auch um auf den ersten Blick unverfängliche Sendungen wie „Politbarometer", Talkshows etc. Dazu besteht im Interesse der Vielfalt weitgehend Programmgestaltungsfreiheit.[21] Deren Grenzen etwa im Hinblick auf politische Beeinflussung der Hörer/Zuschauer in einer pluralistischen Demokratie justiziabel auszuloten, ist angesichts hoher Wirkungsintensität auf der und – als Kontrapunkt – schlechter werdenden Schulbildung äußerst schwierig, tabubehaftet und delikat. Dafür braucht man sich als Beispiel nur die intensive Wirkung des Mediums Fernsehen auf die Meinungsbildung, etwa in einem Lagerwahlkampf, und die Lebenshaltung der Bevölkerung[22] vor Augen zu führen.

Die „Veranstaltung von Rundfunk"[23] ist also insgesamt für die plurale Demokratie existenziell wichtig, auch wenn dabei bewusst in Kauf genommen wird, dass nicht gewählte Mitarbeiter der „Vierten Gewalt" Wahlverhalten beeinflussen (können).

18 Vgl. statt vieler *Wendt,* in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Art 5 GG Rdnr. 34 f. m. w. N.

19 Beschluss des 1. Senats vom 6. November 1979 – 1 BvR 81/76 (BVerfGE 52, 283).

20 Dazu in diesem Zusammenhang näher: *Jarass,* in: Jarass/Pieroth, GG Komm., Art. 5 GG Rdnr. 101, 101a.

21 Vgl. BVerfG, Urteil des 1. Senats vom 22. Februar 1994 – 1 BvL 30/88 (BVerfGE 90, 60 (80)).

22 Vgl. statt vieler BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 620/07 (BVerfGE 119, 309 (318)) und Beschluss des 1. Senats vom 20. Februar 1998 – 1 BvR 661/94 (BVerfGE 97, 298 (310).

23 *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Komm., Art. 5 I, II GG Rdnr. 167 ff. m. w. N.

Rechtsprechung

Stadtrechtsdirektor im Auftrage

(BVerfG, Beschl. v. 28.12.2012 – 1 BvR 2620/11)

Eine von der Gemeinde eingereichte Klage hat nur dann eine Wirkung, wenn für den Handelnden eine wirksame Vollmacht vorliegt.

(Nichtamtl Leitsatz)

Anmerkung:

Wenn eine Gemeinde ihre Rechte beim Verwaltungsgericht selbst wahrnehmen will, kommt es auf die Beachtung der maßgeblichen Vorschriften an.

Grundsätzlich gilt, dass der Oberbürgermeister/Bürgermeister gesetzlicher Vertreter der Gemeinde ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Schreiben der Gemeinde verwendet wird. Zur Vertretung der Gemeinde ist nicht schlechthin das Rechtsamt befugt. Eine solche Regelung muss hausintern getroffen werden; dabei kommt es nicht in Frage, einem Amt eine Vollmacht zu erteilen, sondern nur einer bestimmten Person. Ihr kann generell eine Vertretungsbefugnis erteilt werden. Darüber kann das Gericht einschränkungslos informiert werden.

Eine Vertretungsvollmacht liegt nicht vor, wenn nur ein Amt als Briefabsender in Frage kommt und die Unterschrift vom vorhandenen Stadtrechtsdirektor mit dem Zusatz „im Auftrag" geleistet wird. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist eine Verfassungsbeschwerde der Stadt nicht in zulässiger Weise erhoben worden, wenn sie nicht vom gesetzlichen Vertreter, also dem Oberbürgermeister/Bürgermeister ausgeht.

Es ist nicht notwendig, einem Gericht zu erklären, was der Zusatz „im Auftrag" bedeutet, wenn über die vorgesehene Wirkung vorher informiert worden ist. Dafür kommt eine Generalvollmacht in Frage, die jedoch eine bestimmte Person nennen muss. F. O.

Haushaltsmittel für die Ratsfraktionen

(BVerwG, Urt. v. 5.7.2012 – 8 C 22/11)

Für die Bemessung der Höhe von Haushaltsmitteln ist bei den Ratsfraktionen Artikel 3 Grundgesetz maßgebend.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die in den Gemeinderäten vertretenen Fraktionen sind auf Zuschüsse für ihre Tätigkeit angewiesen. Dabei handelt es sich um zweckgebundene Zuwendungen. Sie dienen dazu, die sächlichen und personellen Aufwendungen der Fraktionen für ihre Geschäftsführung ganz oder teilweise zu decken. Aber auch wenn die Gemeinde keine kostendeckenden Zuschüsse vorsieht, müssen die gewährten Mittel unter den Fraktionen nach einem Maßstab verteilt werden, der sich an deren tatsächlichem oder zu erwartenden Bedarf für ihre Geschäftsführung orientiert. Nichts anderes gilt, fasst man den allgemeinen Gleichheitssatz als Grundsatz der Chancengleichheit auf.

Fraktionszuschüsse wahren die Chancengleichheit der Fraktionen, wenn sie in diesem Sinne nach ihrem gesetzlichen Zweck bemessen und hierauf zu beschränken sind.
So hat das Bundesverwaltungsgericht folgende Auffassung vertreten: Die Verteilung von Haushaltsmitteln für die Geschäftsführungstätigkeit von Ratsfraktionen ist am allgemeinen Gleichheitssatz des Artikels 3 Grundgesetz und nicht am formalisierten Gleichheitssatz des Artikels 28 Grundgesetz zu messen. Der Verteilungsmaßstab muss sich am Zweck der Fraktionsbildung und dem daraus resultierenden Bedarf für die Fraktionsgeschäftsführung orientieren.

F. O.

Bauordnungsverfügung über die Entfernung von Möbeln aus einem Treppenraum

(OVG Münster, Beschl. v. 20. 2. 2013 – 2 A 239/12)

1. Die ordnungsbehördliche Eingriffsschwelle ist bei Brandgefahren tendenziell niedrig; dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass ggf. mit der Entstehung eines Brandes praktisch jederzeit gerechnet werden muss.

2. Maßgebliches Kriterium für die Ermessensbetätigung bei der Störerauswahl ist die Effektivität der Gefahrenabwehr.

3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Bauaufsichtsbehörde dazu, nicht wahllos gegen Baurechtsverstöße vorzugehen, sondern ihr Einschreiten systemgerecht auszugestalten.

4. Im Zusammenhang mit bauaufsichtsbehördlichem Einschreiten ist der Gleichbehandlungsgrundsatz erst dann verletzt, wenn die Behörde ohne erkennbaren sachlichen Grund – d. h. willkürlich – nur bezüglich einzelner baulicher Anlagen eine Bauordnungsverfügung erlässt und gegen andere vergleichbare Vorhaben nicht einschreitet.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

A. Zum Sachverhalt

Die Klägerin (K) ist Eigentümerin einer Wohnung im 2. Obergeschoss eines im Jahr 1892 erbauten Hauses, dessen Treppenhaus aus Holz ist. Die Wohnungstür liegt dem Treppenaufgang gegenüber und ist von diesem etwa 1,50 m entfernt. Vom 2. Obergeschoss führt eine schmale Treppe in den nicht bewohnten Dachboden. Unterhalb dieses Treppenaufgangs hat K einen Schuhschrank mit einer Tür aus Holz bzw. geflochtenem Bast aufgestellt. Darüber hinaus hat sie von der Treppe aus gesehen rechts vor der Wohnungseingangstür einen Holzschrank und vor dem Geländer zum Treppenhaus zwei würfelförmige Sitzkisten aus Holz mit einer Kissenauflage aufgestellt. Nachdem die beklagte Behörde (B) von einem anderen Wohnungseigentümer auf diese Möblierung hingewiesen worden war, erließ sie am 6. 9. 2010 nach Anhörung gegen K eine bauaufsichtliche Ordnungsverfügung „wegen Brandlasten im Treppenhaus eines Mehrfamilienhauses". Mit dieser Verfügung gab B der K unter Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, bis spätestens eine Woche nach Zustellung der Ordnungsverfügung die in dem Treppenhaus des Wohnhauses vor der Wohnung der K abgestellte Möblierung aus dem Treppenraum zu entfernen. Für den Fall, dass K dieser Forderung nicht fristgerecht oder nicht ausreichend nachkomme, drohte B ihr ein Zwangsgeld von 250,– € an. Zur Begründung führte B aus, durch die brennbaren Gegenstände im gemeinsamen Treppenhaus werde der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch nicht vorgebeugt. Im Gegenteil stellten diese Gegenstände insbesondere für K selbst eine Gefahr dar, wenn im Brandfall der Rettungsweg durch das Treppenhaus verqualmt und nicht mehr nutzbar sei. Erschwerend komme hinzu, dass die Treppe des Wohnhauses aus Holz sei.
K hat gegen die Verfügung Klage erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, die Ordnungsverfügung sei ungeeignet. Da das Treppenhaus aus Holz bestehe, würden sich schon deswegen Feuer und Rauch im Brandfall unabhängig davon ausbreiten, ob sie zusätzlich einen Holzschrank im Flur stehen habe. Überdies beeinträchtigten die beanstandeten Gegenstände weder den Rettungsweg noch wirksame Löscharbeiten. Zu berücksichtigen sei auch, dass es regelmäßig Streit zwischen ihr und einer weiteren Miteigentümerin der Wohnungseigentumsgemeinschaft gebe, die Mitarbeiterin der B sei. Dieser Streit werde nun ins öffentliche Recht verlagert. Das VG hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW biete keine Ermächtigungsgrundlage für die angegriffene Ordnungsverfügung. B habe die in Rede stehenden Brandgefahren nicht ausreichend geprüft und fehlerhaft gewichtet. B habe außerdem ihr Auswahlermessen in persönlicher Hinsicht fehlerhaft ausgeübt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der B war erfolgreich.

B. Zur Rechtslage

I. Zur Zulässigkeit der Klage

Das OVG bejaht sehr knapp die Erfüllung der Sachurteilsvoraussetzungen der Klage der K. In einer Klausurbearbeitung sollte darüber hinaus (kurz) auf den Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO), die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) und die Einhaltung von Form und Frist (§§ 74, 81 VwGO) eingangegen werden. Da hier keine Probleme vorlagen, würden entsprechende Ausführungen im Urteilsstil formuliert werden.

Die Klage ist – als **Anfechtungsklage** nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO gegen die nicht zwischenzeitlich erledigte Ordnungsverfügung der B vom 6. 9. 2010 – zulässig …

II. Zur Begründetheit

Der Senat fährt dann weiter aus: … aber unbegründet. Die Ordnungsverfügung der B vom 6. 9. 2010 (…) ist rechtmäßig und verletzt K nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

1. Der Senat klärt zunächst die hier einschlägige Ermächtigungsgrundlage: B konnte die Ordnungsverfügung auf den – hier anwendbaren – § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW stützten (vgl. zum Verhältnis zwischen § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW und § 14 Abs. 1 OBG NRW, sog. **Generalklausel**: OVG NRW, Beschluss v. 6. 8. 2009 – 5 E 760/09 –, juris Rn. 6 ff., Urteil v. 15. 7. 2002 – 7 A 3098/01 –, juris Rn. 52).

S*chulmäßig werden sodann zunächst die Voraussetzungen für das bauordnungsrechtliche Einschreiten geprüft (dazu 2.). Im Anschluss befasst sich der Senat mit der behördlichen Ermessensausübung (dazu 3.).*

2. Die **tatbestandlichen Voraussetzungen** für das in Rede stehende bauaufsichtliche Einschreiten sind gegeben. Ermessensfehler im Sinne von § 114 Satz 1 VwGO liegen nicht vor.

B durfte K gem. § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW aufgeben, die vor ihrer Wohnung abgestellte Möblierung wie (Schuh-)Schränke und Sitzbänke mit Polstern zu entfernen. Diese Möblierung ist eine den Erlass der Ordnungsverfügung rechtfertigende Brandgefahr.

§ 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW setzt voraus, dass es bei einem baurechtlich relevanten Vorgang – hier der Nutzung des Treppenraums – durch das Aufstellen von Möbelstücken – zu einem Verstoß gegen baurechtliche Vorschriften kommt oder dass ein solcher Verstoß – als Gefahr für die Baurechtsordnung – droht. § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW ist bei der Gefahrenabwehr ähnlich zu handhaben wie die ordnungsbehördliche Generalklausel des § 14 Abs. 1 OBG NRW, an die auch § 3 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW mit dem Ziel der Verhinderung eines Schadenseintritts hinsichtlich der allgemeinen Anforderungen an bauliche Anlagen anknüpft.
Eine „**Gefahr**" ist demgemäß ein Zustand, der den **Eintritt eines Schadens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit** erwarten lässt. Die Sachlage muss bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen. Ob eine solche Sachlage gegeben ist, lässt sich nur aufgrund einer Prognose beurteilen, die der zur Gefahrenabwehr Handelnde seinem Einschreiten zugrunde zu legen hat. Diese Prognose ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu treffen. Hat der zur Gefahrenabwehr Handelnde die Lage bis zum tatsächlichen Abschluss seines Einschreitens durch den nicht mehr rückgängig zu machenden Vollzug - „ex ante" gesehen – zutreffend eingeschätzt, durfte er mithin bis zum Abschluss seines Einschreitens vom Vorliegen einer Gefahr im Sinne eines hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritts ausgehen, wird die getroffene Maßnahme nicht deshalb im nachhinein rechtswidrig, weil die Prognose „ex post" betrachtet erschüttert wird.
Hinsichtlich des für ein gefahrenabwehrendes Tätigwerden der Bauaufsichtsbehörde erforderlichen **Wahrscheinlichkeitsgrads** gilt ein **gleitender Maßstab**. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt nicht die Gewissheit, dass der Schaden eintreten wird. Vielmehr ist der Eintritt eines Schadens schon bei einer nach der Lebenserfahrung begründeten Befürchtung der Gefahrenverwirklichung hinreichend wahrscheinlich. Bezüglich des Grads der Wahrscheinlichkeit ist insoweit zu differenzieren, als zum einen der **Rang des Rechtsguts** zu berücksichtigen ist, in das eingegriffen werden soll, und zum anderen aber auch das Gut, zu dessen Schutz vorgegangen werden soll. Je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit gestellt werden können. Insoweit geht in die Prognose eine wertende Abwägung ein.
Daraus folgt, dass die ordnungsbehördliche **Eingriffsschwelle bei Brandgefahren** tendenziell niedrig ist. Hinter der Brandschutzvorschrift des § 17 Abs. 1 BauO NRW – danach müssen bauliche Anlagen so beschaffen sein, dass der Entstehung eines Brands und der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt wird und bei einem Brand die Rettung von Menschen und Tieren sowie wirksame Löscharbeiten möglich sind – sowie den allgemeinen Anforderungen an bauliche Anlagen in § 3 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW steht die Vermeidung von Schäden an Leib und Leben einer unbestimmten Vielzahl von Menschen, die jederzeit eintreten können. Aus Gründen der Brandsicherheit kann die Bauaufsichtsbehörde zum Schutz dieser hochrangigen Rechtsgüter schon gefahrenabwehrend tätig werden, sobald eine **gewisse Wahrscheinlichkeit** gegeben ist, dass eine Gefahr für die Schutzziele des § 17 Abs. 1 BauO NRW eintreten könnte, falls bestimmte Brandschutzmaßnahmen nicht ergriffen werden. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass mit der Entstehung eines Brands praktisch jederzeit gerechnet werden muss. Ein fehlendes Brandereignis stellt nicht aus sich heraus einen Dauerzustand dar. Bei der insofern anzustellenden Prognose kommt der Einsatzpraxis der örtlichen Feuerwehr maßgebliche Bedeutung zu.
Daran anschließend kann die aus Gründen des Brandschutzes geforderte Beseitigung von Gegenständen aus dem Bereich eines notwendigen **Rettungswegs** (vgl. § 17 Abs. 3 BauO NRW) nicht nur mit der Brennbarkeit der Gegenstände begründet werden, sondern auch damit, dass sie im Brandfall den Durchgang für Retter und Bewohner des Hauses erschweren. Vor einem darauf gestützten ordnungsbehördlichen Einschreiten muss die Bauaufsichtsbehörde zwar prüfen, welche im Bereich von Rettungswegen vorhandenen Gegenstände in welcher Weise gefährlich werden könnten. Bei der gerichtlichen Überprüfung einer behördlichen Entscheidung in diesem Bereich ist im Hinblick auf die mit der Entstehung und Ausbreitung von Bränden verbundenen extremen Gefahren jedoch Großzügigkeit geboten. Im Brandfall können bei realistischer Betrachtung nicht nur brennbare Gegenstände zur Gefahr werden, sondern – etwa bei der innerhalb weniger Minuten nach Brandausbruch möglichen starken Verqualmung eines Rettungswegs – auch solche Gegenstände, die das Durchqueren des Rettungswegs behindern können. Entscheidend ist dabei, ob die Möglichkeit, sich in einem Rettungsweg ungehindert zu bewegen – etwa dadurch, dass Betroffene sich schnellstmöglich an den Wänden eines Treppenhauses entlang zum Ausgang begeben – durch Hindernisse eingeschränkt wird. Dies ist bei Möbelstücken im Bereich des Rettungswegs unabhängig davon zu befürchten, aus welchem Material sie bestehen. In jedem Fall ist es auch insofern Sache der Bauaufsichtsbehörde, im Interesse der Brandsicherheit effektiv und schnell zu handeln.
Ausgehend von diesen (Wahrscheinlichkeits-)Maßstäben sind die Voraussetzungen für ein Einschreiten der B auf der Grundlage von § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW erfüllt. Angesichts der dargestellten eminent **hohen Bedeutung des Brandschutzes** für das Leben und die Gesundheit von Menschen und der daraus folgenden tendenziell niedrigen behördlichen Eingriffsschwelle, verstößt die von K im Treppenhaus aufgestellte Holzmöblierung gegen §§ 17 Abs. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW und ist solchermaßen eine zu beseitigende Brandgefahr. Zum einen ist die Holzmöblierung ein zusätzlicher potentieller Brandherd, der sich in einem Holztreppenhaus – wie hier – im Brandfall verheerend auswirken kann, wenn das Feuer von den Holzmöbeln auf das Treppenhaus übergreift. Mit Blick auf diese Gemeingefahr, mit deren Eintritt jederzeit gerechnet werden muss, bewegt sich die vorliegende Fallgestaltung ordnungsrechtlich gesehen nicht im Bagatellbereich. Zum anderen wird durch die Holzmöbel, auch wenn das Feuer im Brandfall nicht von ihnen ausgehen sollte, nicht i. S. von §§ 17 Abs. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW hinreichend der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt, so dass (auch durch sie) bei einem Brand die Rettung von Menschen sowie wirksame Löscharbeiten erschwert werden können. Gerade in einem Holztreppenhaus, das schon für sich genommen eine Brandlast beinhaltet, ist zu gewährleisten, dass diese baulich immanente Brandgefahr nicht durch im Treppenhaus abgestellte Gegenstände, die brandbeschleu-

nigend wirken können, weiter gesteigert wird. Dessen ungeachtet sind die Holzmöbelstücke aber auch deswegen gefährlich, weil sie im Brandfall umkippen und/oder durch in der Paniksituation eines Brands flüchtende Personen verschoben werden können, weshalb sie nicht nur die Bedingungen der Flucht und der Rettung von Menschen zu verschlechtern geeignet sind, sondern auch die Bedingungen wirksamer Löscharbeiten durch die eintreffenden Einsatzkräfte der Feuerwehr. Auch aus diesem Grund ist in der gegebenen Gefahrenlage im Interesse der Brandsicherheit ein effektives und schnelles Handeln der B notwendig. Diese Gefahrenprognose wird durch die Einschätzung der örtlichen **Feuerwehr** bestätigt (*wird ausgeführt).*

3. Der Senat hält die Ordnungsverfügung – im Gegensatz zur Vorinstanz – nicht für ermessensfehlerhaft i. S. des § 114 Satz 1 VwGO:
Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem **Ermessen** zu handeln, prüft das Gericht nach dieser Vorschrift, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

a) Gemessen an diesem Maßstab hat B das ihr **in persönlicher Hinsicht** zustehende Auswahlermessen fehlerfrei ausgeübt.

Maßgebliches Kriterium für diese Ermessensbetätigung ist die **Effektivität der Gefahrenabwehr.**
Wenn K als Alleineigentümerin und Aufstellerin der Möbel aber entweder (sowohl) Zustandsstörerin nach § 18 Abs. 1 OBG NRW oder (als auch) Verhaltensstörerin nach § 17 Abs. 1 OBG NRW ist, hat sie die Gefahrenschwelle bei wertender Betrachtung unmittelbar selbst überschritten und steht damit der Gefahrenquelle am nächsten. In dieser eindeutigen Situation der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit der K trifft B im Zusammenhang mit der Abwehr von Brandgefahren keine Rechtspflicht, vorrangig andere Ordnungspflichtige wie den Wohnungseigentumsverwalter zur Gefahrenbeseitigung heranzuziehen oder dies ernsthaft zu erwägen.

b) Die Beklagte hat auch **in sachlicher Hinsicht** ermessensfehlerfrei entschieden.

aa) Sie hat ihr Ermessen in einer dem Zweck des § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW entsprechenden Weise ausgeübt. B hat **zur Gefahrenabwehr** gehandelt. Wer sie auf den vorliegenden Sachverhalt aufmerksam gemacht hat, der sie zu einem Einschreiten – wie ausgeführt – berechtigt, und aus welchen Motiven dies geschah, ist unerheblich. Sobald B von der Gefahrenlage wusste, musste sie ordnungsrechtlich mit ihr umgehen. Dass B sich jenseits dessen entscheidungserheblich von sachfremden Motiven hätte leiten lassen, weil die Beschwerdeführer, die sich in dieser Angelegenheit an sie gewandt haben, ein persönliches Näheverhältnis zu ihr hätten, ist nicht erkennbar.

c) B hat die gesetzlichen **Grenzen des Ermessens** nicht überschritten.

aa) Die Ordnungsverfügung vom 6. 9. 2010 ist **verhältnismäßig**. Insbesondere belastet sie K angesichts der zu vermeidenden Brandgefahr nicht unangemessen.K kann die aufgestellten Möbel ohne großen Aufwand wieder wegstellen. Um Stauraum vor ihrer Wohnung zu gewinnen, könnte K auf das von B angedachte Austauschmittel eines Stahlschranks oder eines ähnlichen nicht brennbaren Behältnisses zurückkommen.

bb) B hat die K nicht willkürlich unter Verstoß gegen den **Gleichbehandlungsgrundsatz** des Art. 3 Abs. 1 GG in Anspruch genommen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Bauaufsichtsbehörde dazu, nicht wahllos gegen Baurechtsverstöße vorzugehen, sondern ihr Einschreiten systemgerecht auszugestalten. Im Zusammenhang mit bauaufsichtsbehördlichem Einschreiten ist der Gleichbehandlungsgrundsatz erst dann verletzt, wenn die Behörde ohne erkennbaren sachlichen Grund – d. h. willkürlich – nur bezüglich einzelner baulicher Anlagen eine Bauordnungsverfügung erlässt und gegen andere vergleichbare Vorhaben nicht einschreitet. Bei einer Mehrzahl illegal genutzter Bauwerke in einem Gebiet ist es notwendig, dass die Behörde planmäßig vorgeht und weder in ihrem Plan noch bei der Ausführung willkürliche Ausnahmen macht. Die Bauaufsichtsbehörde ist jedoch nicht dazu verpflichtet, sämtliche vergleichbaren Nutzungen auf ihre Baurechtswidrigkeit hin zu überprüfen und stets „flächendeckend" zu bekämpfen (vgl. BVerwG, Beschluss v. 11. 3. 1991 – 4 B 26.91 –, juris Rn. 5; OVG NRW, Beschluss v. 23. 12. 2010 – 10 B 1407/10 –, S. 4 des amtlichen Umdrucks, Urteil v. 9. 12. 1994 – 10 A 1753/91 –, BRS 57 Nr. 249 = juris Rn. 23). Daran gemessen ist das Handeln der B unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass B den Fall der K willkürlich herausgegriffen und systemwidrig anders behandelt hat als vergleichbare Fälle. Im Ortstermin am 9. 1. 2013 haben die Vertreter der B erklärt, es sei ihre Verwaltungspraxis, gleichgelagerte Fälle der in Rede stehenden Art gleich zu behandeln, auch wenn eine flächendeckende Kontrolle von Mehrfamilienhäusern mit Holztreppenhaus im Stadtgebiet nicht stattfinde. Anlass, an dieser Erklärung zu zweifeln, besteht nicht.

*4. Der Senat weist abschließend darauf hin, dass auch die **Zwangsgeldandrohung** rechtmäßig sei. Sie stehe mit §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 60, 63 VwVG NRW im Einklang.*

J.V.

Die unendliche Geschichte der Straßenreinigung in Brandenburg

(Urteil des VG Potsdam vom 26. 09. 2013 – 10 K 2786/12)

1. Die Satzung der Gemeinde ist insgesamt nichtig.

2. § 49a Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 BbgStrG erlaubt es den Gemeinden, ihre Reinigungspflicht nach den Absätzen 1 und 2 durch Satzung auf die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke zu übertragen. Satzungsinhalt können daher nur solche Pflichten sein, die den Gemeinden selbst nach § 49a Abs. 1 und 2 BbgStrG obliegen. Eine Erweiterung der Pflichten über § 49a Abs. 4 BbgStrG ist daher verboten.

3. Es geht bei der Straßenreinigung nach dem BbgStrG um die Reinigung auf den Verkehrsflächen. Es können daher denknotwendigerweise keine Reingungspflichten für sonstige bauliche Anlagen (wie Hydranten, etc.) aufgegeben werden.

4. Die Grünpflege fällt ebenfalls nicht darunter. Solche Arbeiten fallen in die alleinige Verantwortlichkeit des Straßenbaulastträgers.

5. Auch ist die Reinigungspflicht von Straßen von der im BbgStrG nicht geregelten Abfallbeseitigung zu unterscheiden. § 49a BbgStrG stellt keine Ermächtigungsgrundlage dar für eine Übertragung von Abfallbeseitigungspflichten.

6. Zudem verstößt die gemeindliche Satzung gegen § 25 StVO. Fußgänger dürfen Straßen nur ausnahmsweise betreten; ansonsten müssten sie die Gehwege benutzen. Aus alledem ist zu schließen, dass Fußgänger = Anlieger keinesfalls verpflichtet werden können, auf Fahrbahnen Straßenreinigung vorzunehmen. Die bundesrechtlichen und vorrangig zu beachtenden Vorschriften der StVO können nicht durch Landesgesetz und/oder gemeindliche Satzung außer Kraft gesetzt werden. Dazu haben weder das Land Bbg noch die Gemeinden eine Gesetzeskompetenz.

7. Diese Grundsätze gelten auch für die Reinigung von Radwegen. Radwege sind kraft bundesrechtlicher Regelung der StVO den Radfahrern vorbehalten.

8. Darüber hinaus verstößt die angegriffene Straßenreinigungssatzung der Gemeinde gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Haben die Gemeinden nach dem BbgStrG Winterdienst nur zu leisten „soweit dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich ist", sind die in der Satzung getroffenen Verpflichtungen der Anlieger (z.B. ständiges Freihaltung von Schnee und Eis) unverhältnismäßig.

9. Schließlich sind die in der Satzung enthaltenen Vorschriften teilweise nicht bestimmt genug und widersprechen sich zudem in ihrem Regelungsgehalt.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Anmerkung:

Das VG Potsdam kommt daher in seiner Entscheidung zu Recht zu dem Ergenbis:

„Es wird festgestellt, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, die an ihre Grundstücke … anliegenden Straßen zu reinigen, insbesondere den Winterdienst durchzuführen."

In ihrer Mitteilung an die Gemeindeeinwohner teilte die Verwaltung der beklagten Gemeinde den Bürgern mit, dass Berufung gegen die Entscheidung des VG eingelegt werde und das Ergebnis des Berufungsverfahrens abgewartet werden soll.
In der Tat ist es so, dass eine obergerichtliche Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg angezeigt ist und abgewartet werden sollte. Dies gilt um so mehr, als verwaltungsgerichtliche Entscheidungen (nur) zwischen den am Prozeß Beteiligten ergehen und (lediglich) insofern Rechtswirkungen zeitigen; nicht jedoch eine irgendwie geartete Gesetzeskraft entfalten.

Das VG Potsdam hatte sich bereits in der Vergangenheit wiederholt mit der Straßenreinigung in brandenburgischen Gemeinden beschäftigt:

Mit Urteil vom 9. Dez. 2010 zum Az. 10 K 1885/06 hat es zutreffend festgestellt, dass *„die Reinigungspflicht der Anlieger nach § 49a Abs. 2 BbgStrG nur die Gehwege umfasst. Jenseits der angelegten Gehwege sowie der Fußgängerzonen und der verkehrsberuhigten Bereiche sind die Gemeinden selbst ohne Übertragungsmöglichkeit zum Winterdienst verpflichtet."*

Im Verwaltungsstreitverfahren zum Az. 10 K 144/77 äußerte das VG Potsdam darüber hinaus die Ansicht, *„Reinigungspflichten der Anlieger werden durch Satzung nach dem BbgStrG abschließend geregelt; nicht durch eine gemeindliche Gefahrenabwehrverordnung. Zur Straßenreinigung gehört nicht die Grünpflege."*

Vor Kurzem hat der VerfGH des Landes Berlin mit seiner Entscheidung vom 14. Nov. 2012 zum Az. VerfGH 8/11 die Übertragung der Reinigungspflicht für Gehwege auf die Anlieger zwar für verfassungskonform erklärt. Aber eben, (nur) für die Gehwege.

Es ist an der Zeit, dass sich die Gemeinden der bundesrechtlichen Vorgaben und der einzelnen Regelungen/Ermächtigungen der landesrechtlichen Straßengesetze – vor allem in Brandenburg des begrenzten Handlungsrahmens des § 49a BbgStrG – erinnern:

Wie in den anderen Straßengesetzen auch werden in §1 BbgStrG die öffentlichen Straßen bis hin zum Straßenbegleitgrün definiert und in den nachfolgenden Vorschriften differenziert behandelt. So folgt in § 9 BbgStrG die Straßenbaulast und die Aufgabe des Straßenbaulasträgers gem. § 9a BbgStrG – nicht etwa der Anlieger –, u.a. für einen *„verkehrssicheren Zustand der Straßen zu sorgen"*. Der *„Verunreinigung und Beschädigung von Straßen"* ist mit § 17 BbgStrG ein eigener Paragraph gewidmet, in dem – darauf weist das VG zu Recht hin – die Abfallbeseitigungspflicht ausdrücklich angesprochen wird; allerdings jedoch nicht als Pflicht der Anlieger; ebenfalls wird in § 20 BbgStrG die *„unerlaubte Sondernutzung der Straße"* durch Dritte einer eigenen Ermächtigungsgrundlage unterstellt. Wie zudem § 27 BbgStrG festlegt, dass *„Maßnahmen, welche das Straßenbegleitgrün betreffen, dem Straßenbaulastträger vorbehalten bleiben."* Diese unterschiedlichen Regelungen/Ermächtigungen gilt es zu beachten. Warten wir die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg ab.

E.B.

Keine Belehrungspflicht bei Atemalkoholtest

(OLG Brandenburg, Beschl. v. 16. 4. 2013 – (2 B) 53 Ss – Owi 58/13 (55/13)

1. Ein Beschuldiger darf in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder zu einem Atemalkoholtest gezwungen werden.

2. Die Polizei ist aber nicht verpflichtet, den Betroffenen über die Freiwilligkeit seiner Mitwirkung zu belehren.

Anmerkung:

Der Betroffene (B) ist vom AG wegen (fahrlässigen) Führens eines Kraftfahrzeuges mit einem Atemalkoholgehalt von 0,48 mg/l zu einer Geldbuße und einem Fahrverbot verurteilt worden. B hat gegen dieses Urteil Rechtsbeschwerde erhoben und geltend gemacht, er sei nicht darüber belehrt worden, dass er zu einem „Alcotest" nicht verpflichtet gewesen sei. Das Ergebnis der Messung sei deshalb nicht verwertbar. Die Beschwerde war erfolglos. Das OLG betont zwar, dass niemand gezwungen werden könne, zu seiner Verurteilung – sei es im Straf-, sei es im Bußgeldverfahren – beizutragen (s. Leitsatz 1). Eine andere Frage sei aber, ob Beschuldigte bzw. Betroffene über die Freiwilligkeit ihrer Mitwirkung belehrt werden müssten. Gesetzliche **Belehrungspflichten** gebe es nur in **besonderen Fällen** (etwa zum Schweigerecht eines Beschuldigten gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Eine analoge Anwendung dieser Norm auf Fälle, in denen keine aus-

drückliche Belehrungspflicht bestehe, scheide aus. Zwar könne eine **Blutprobe gem. § 81a StPO** auch auf freiwilliger Grundlage ohne richterliche Entscheidung entnommen werden, wenn der Beschuldigte einwillige. Die **Wirksamkeit der Einwilligung** setze voraus, dass der Beschuldigte die Sachlage und sein Weigerungsrecht kenne; demgemäß müsse die Polizei in der Regel über die Freiwillligkeit belehren. Das gelte indessen nicht bei freiwilligen Atemalkoholtests, die ansonsten als Beweismittel gar nicht zur Verfügung stünden.
Demgemäß hat der Senat ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt.

Ergänzender Hinweis:

Die Auffassung des OLG ist nicht unbestritten. Nach Meyer-Goßner (StPO, 56. Aufl. 2013, § 81a Rn. 4) „dürfte" die Belehrungspflicht im Falle des § 81a StPO auch für einen Atemalkoholtest gelten (mit Nachweisen auf land- und amtsgerichtliche Entscheidungen). Nach den Richtlinien zur „Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten; Sicherstellung und Beschlagnahme von Führerscheinen" (auf die sich die Bundesländer verständigt haben) ist die betroffene Person vor der Durchführung der Atemalkoholmessung ausdrücklich darüber zu belehren, dass die Messung nur mit ihrem Einverständnis durchgeführt wird. Aus der Missachtung einer Verwaltungsvorschrift folgt allerdings nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot.

J.V.

Verkauf eines mangelhaften Grundstücks durch die Gemeinde

(OLG Nürnberg, Urt. v. 7.1.2013 – 4 U 585/12)

Der Verkauf eines Grundstücks durch die Gemeinde ist mit einem Mangel behaftet, wenn die gewerbliche Nutzung nicht gesichert ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg stellt die beim Verkauf eines Grundstücks durch die Gemeinde nicht gesicherte gewerbliche Nutzung des Grundstücks einen Sachmangel im Sinne des BGB dar. Gemäß § 434 BGB weist eine Sache einen Sachmangel auf, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit oder, wenn eine solche Vereinbarung nicht existiert, die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung bzw. für die gewöhnliche Verwendung nicht aufweist.
Um nicht einen ungesicherten Rechtszustand bezüglich der gewerblichen Nutzung zu haben, hatte die Bauaufsichtsbehörde der Gemeinde den Grundstückskäufer aufgefordert, für die von der vorliegenden Baugenehmigung abweichende Nutzung des Gebäudes die nachträgliche Erteilung einer Baugenehmigung zu beantragen. Der Sachmangel bestand bereits darin, dass es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehlte, das Objekt auf Dauer für den vertraglich vorausgesetzten Zweck nutzen zu können. Zwischen den Parteien war vereinbart worden, dass das Anwesen gewerblich zu nutzen ist. Dieser Umstand war im Vorfeld des Kaufvertragsabschlusses zwischen den Parteien besprochen worden und hatte in mehrfacher Hinsicht auch in den notariellen Kaufvertrag Eingang gefunden. Der Kaufvertrag selbst sah eine Fortsetzung der bestehenden gewerblichen Mietverträge vor und enthielt den Hinweis darauf, dass eine Wohnnutzung nicht genehmigungsfähig wäre. Das Anwesen war vielmehr im Rahmen des Bestandsschutzes so wie er besteht weiter gewerblich zu nutzen. Nicht vereinbart war hingegen, dass auch eine bauaufsichtliche Genehmigung für die gewerbliche Nutzung vorliegt, vielmehr sollte die gewerbliche Nutzung ausweislich des Kaufvertrages auf Bestandsschutz beruhen.
Die Haftung der Gemeinde für den bestehenden Sachmangel war nicht wegen des vertraglich vereinbarten Haftungsausschlusses ausgeschlossen, weil sie den Mangel arglistig verschwiegen hatte. Der Vertragspartner einer Gemeinde soll nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden als derjenige einer natürlichen Person. Die Schlechterstellung wird dadurch vermieden, dass das innerhalb der Gemeinde typischerweise auf mehrere Wissensträger aufgespaltene Wissen der Gemeinde auch dann zugerechnet wird, wenn nicht ein Wissensträger selbst, sondern eine andere Person für die Gemeinde den Vertrag abschließt. Diese Wissenszurechnung beruht auf dem Gedanken, dass bei einer Gemeinde die wichtigen Informationen typischerweise in den Akten oder in elektronischen Daten festgehalten werden und für den für die Gemeinde Handelnden verfügbar sind. Hieraus folgt die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der internen Kommunikation. Dazu gehört zunächst die grundsätzliche Pflicht, wichtige Informationen zu speichern. Weiter ist es notwendig, dass solche Informationen von der Stelle, die sie erlangt hat an die Stelle weitergeleitet werden, die es angeht. Diese müssen solche Informationen abfragen, wenn sie bei ihnen gebraucht werden.

F. O.

Private Nutzung von Sozialdaten durch Mitarbeiter in Jobcenter

(SG Frankfurt/M, Urt. v. 11. 10. 2012 – S 15 AL 510/10, ZD 2013, S. 196)

Ein Mitarbeiter in einem Jobcenter, der Daten, die einzig zur Verwendung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung (SGB II) bestimmt waren, ausdruckt und für private Zwecke verwendet, obwohl weder eine dienstliche Veranlassung noch eine Genehmigung eines solchen Verhaltens vorlag, setzt einen wichtigen Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten um das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wegen des Eintritts einer Sperrzeit in der Zeit vom 1. 8. 2010 bis 23. 10. 2010 nach dem SGB III. Der 1974 geborene Kläger (K) meldete sich am 16. 7. 2010 persönlich bei der Beklagten (B) arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld mit Wirkung ab dem 1. 8. 2010. Er hatte in der Zeit vom 1. 1. 2008 bis 31. 7. 2010 als Büroangestellter der Stadt A-Stadt bei dem X-Jobcenter gearbeitet. Hierbei handelte es sich um ein bis zum 31. 12. 2010 befristetes Arbeitsverhältnis, welches durch Aufhebungsvertrag vom 14. 7. 2010 beendet wurde. K hatte zwei Datensätze von Kunden des X-Jobcenters, die nicht seinem Zuständigkeitsbereich angehörten, aufgerufen, aus-

gedruckt und für private Zwecke verwendet. Hierbei handelte es sich um die Daten des Herrn Y und eines Bekannten des K, mit welchem er sich um die Entlohnung einer Mitfahrgelegenheit stritt. Die Polizei wurde auf diesen Vorgang aufmerksam und durchsuchte das Büro des K. Im Zuge dessen wurde K in Handschellen aus dem Büro abgeführt. Auf dem formularmäßigen „Fragebogen bei eigener Kündigung oder Aufhebungsvertrag" führte K aus, dass ihm seine Arbeitgeberin die Wahl zwischen einer fristlosen Kündigung oder einem Auflösungsvertrag gegeben habe. Im Hinblick auf sein weiteres berufliches Fortkommen habe er sich für den Auflösungsvertrag entschieden. Mit Bescheid vom 26. 8. 2010 stellte B den Eintritt einer Sperrzeit in der Zeit vom 1. 8. 2010 bis 23. 10. 2010 fest. Während dieser Zeit ruhe der Anspruch auf Arbeitslosengeld. K habe das Beschäftigungsverhältnis bei der Stadt A-Stadt durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages selbst gelöst. Nach erfolglosem Widerspruch hat K Klage erhoben.

II. Zur Rechtslage (aus den Gründen)

Das VG hat die Klage als zwar zulässig, jedoch unbegründet abgewiesen. K stehe kein Anspruch auf Zahlung von Arbeitslosengeld nach dem SGB III in dem streitbefangenen Zeitabschnitt zu. Die Voraussetzungen für das Ruhen des Anspruchs wegen Eintritts der Sperrzeit in diesem Zeitraum seien erfüllt:

Hat ein Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer der **Sperrzeit** (§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGB III i. d. F. vom 21. 12. 2008 a. F. = § 159 Abs. 1 Satz 1 SGB III n. F.). Versicherungswidriges Verhalten liegt nach § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III a.F. (§ 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III n. F.) vor, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst oder durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe). Die Dauer der Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe beträgt zwölf Wochen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 SGB III a.F = § 159 Abs. 3 Satz 1 SGB III n. F.).
Die Regelung des § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III a.F. soll die Gemeinschaft der Beitragszahler vor willkürlich oder sogar schuldhaft herbeigeführter Arbeitslosigkeit schützen. Unter **Lösung des Beschäftigungsverhältnisses** wird hierbei die rechtliche Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses verstanden. Die Lösung kann grundsätzlich sowohl einseitig als auch zweiseitig herbeigeführt werden. Es kommt nur auf den tatsächlichen Geschehensablauf an, nicht auf mögliche Ereignisse, die ohne den Lösungssachverhalt ebenso hätten zum Ende des Arbeitsverhältnisses führen können. Nach dem **Wortsinn** und dem **Sachzusammenhang** ist unter dem Begriff „lösen" ein **aktives** Handeln des Arbeitnehmers und/oder Arbeitgebers zu verstehen, welches auf die rechtliche Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ausgerichtet ist (Niesel, 4. Auflage, SGB III, § 144 Rdnr. 9). Die Sperrzeit knüpft dabei nicht an die bloße Hinnahme einer (rechtswidrigen) Kündigung im Hinblick auf eine zugesagte Vergünstigung an, sondern setzt eine **aktive Mitwirkung des Arbeitnehmers** an der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und eine dadurch verursachte Arbeitslosigkeit voraus, wobei dann von einer aktiven Mitwirkung auszugehen ist, wenn der Arbeitnehmer einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit leistet (Bay. LSG, Urt. v. 3. 2. 2005, Az. L 11 AL 168/04).
Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Arbeitslosigkeit des K zum 1. 8. 2010 durch seine Mitwirkung in Gestalt des Abschlusses des **Aufhebungsvertrages** vom 14. 7. 2010 eintrat. Unerheblich ist hierbei, von wem die Initiative zum Abschluss des Aufhebungsvertrages ausging. Vielmehr genügt es, dass K durch seine Zustimmung zum Aufhebungsvertrag eine wesentliche Ursache für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gesetzt hat. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang gleichfalls, ob die Arbeitslosigkeit auch unabhängig vom Abschluss des Aufhebungsvertrages auf Grund einer ansonsten ausgesprochenen Arbeitgeberkündigung eingetreten wäre. Denn für die Beurteilung der Frage, ob eine Lösung des Beschäftigungsverhältnisses zum Eintritt der Arbeitslosigkeit geführt hat, kommt es allein auf den tatsächlichen Geschehensablauf an (BSG SozR 4100 § 119 Nr. 24; BSGE 77, 48/51; BSGE 89, 243/245). Keine Beachtung findet hiernach ein hypothetischer Geschehensablauf, zu der die angedrohte fristlose Kündigung gehört (vgl. BSGE 97, 1). K hat die Arbeitslosigkeit zum 1. 8. 2010 darüber hinaus zumindest grob fahrlässig herbeigeführt. Ein direkter Anschlussarbeitsplatz ist nicht ersichtlich und wird auch nicht vorgetragen. Vielmehr war K nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bei der Stadt A-Stadt tatsächlich arbeitslos. K stand für sein Verhalten nach Auffassung des Gerichts auch kein wichtiger Grund zur Seite. Nach std. Rspr. des BSG ist das Vorliegen eines **wichtigen Grundes** unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Sperrzeitregelung zu beurteilen. Sie soll die Solidargemeinschaft vor der Inanspruchnahme durch Leistungsberechtigte schützen, die den Eintritt des versicherten Risikos der Arbeitslosigkeit selbst herbeigeführt oder zu vertreten haben; eine Sperrzeit soll nur eintreten, wenn einem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung seiner Interessen und der Interessen der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten zugemutet werden kann. Dabei genügt es für die Bejahung eines wichtigen Grundes nicht, dass der Arbeitslose annimmt, er habe im Hinblick auf eine ansonsten drohende rechtmäßige Arbeitgeberkündigung einen wichtigen Grund für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Vielmehr muss der wichtige Grund **objektiv** vorgelegen haben (st. Rspr., vgl. nur BSGE 66, 94/101 f.; BSG SozR 3-4100 § 119 Nr. 11). Nach der Rspr. des BSG kann sich ein Arbeitnehmer im Falle der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag auf einen wichtigen Grund berufen, wenn ihm der Arbeitgeber mit einer **objektiv rechtmäßigen Kündigung aus einem von seinem Verhalten unabhängigen Grund** (insbesondere aus betriebsbedingten Gründen) droht und ihm die **Hinnahme dieser Kündigung nicht zuzumuten** ist (vgl. BSGE 89, 243/246 ff; BSGE 92, 74/81; BSG, Urt. v. 17. 11. 2005, Az. B 11a/11 AL 69/04 R; Urt. v. 2. 9. 2004, Az. B 7 AL 18/04 R). In Einzelfällen kann auf Grund sonstiger Umstände, etwa des Verhaltens des Arbeitgebers, ein wichtiger Grund auch bei einer (drohenden oder feststehenden, aber noch nicht erfolgten) **rechtswidrigen Kündigung** vorliegen (vgl. BSG, Urt. v. 2. 9. 2004, Az. B 7 AL 18/04 R; Urt. v. 17. 10. 2002, Az. B 7 AL 136/01). Vorliegend geht es um eine fristlose verhaltensbedingte Kündigung, die die Stadt A-Stadt dem K konkret in Aussicht gestellt hat, und nicht um eine vom Verhalten des K unabhängige Kündigung. Insoweit kommt allein ein wichtiger Grund wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin bei drohender rechtswidriger Kündigung in Betracht.

Die K von der Stadt A-Stadt in Aussicht gestellte fristlose Kündigung wegen des Ausdruckens der Datensätze ist nach Ansicht des VG jedoch rechtmäßig. Ein Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile

die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB). Dabei ist zunächst zu prüfen, ob ein Sachverhalt vorliegt, der an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung ohne Einhaltung einer Frist zu rechtfertigen. Danach ist in einem weiteren Schritt zu überprüfen, ob die konkrete Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile gerechtfertigt ist. Die Kammer führt aus:

Vorliegend ist das unstreitige Verhalten des K in Gestalt des Missbrauchs von Daten der Leistungsbezieher seiner Arbeitgeberin an sich als **wichtiger Grund** nach § 626 Abs. 1 BGB geeignet, das Arbeitsverhältnis fristlos zu beenden. Er hat sich unstreitig über zwingend anzuwendende Verhaltensregelungen seiner Arbeitgeberin hinweggesetzt und Daten, die einzig zur Verwendung im Rahmen deren gesetzlichen Ermächtigung (SGB II) bestimmt waren, ausgedruckt und für private Zwecke verwendet, obwohl weder eine dienstliche Veranlassung noch eine Genehmigung eines solchen Verhaltens vorlag. Im Rahmen der gebotenen **Interessenabwägung** ist sodann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum vereinbarten Beendigungstermin am 31. 10. 2010 nicht als zumutbar anzusehen. Mit seinem Verhalten hat K nicht nur gegen die innerbetrieblichen Richtlinien der Stadt A-Stadt und des X-Jobcenter verstoßen, sondern auch die hier zu schützenden Interessen Dritter – in Gestalt der Leistungsempfänger – verletzt. Bei den vom X-Jobcenter erhobenen Daten handelt es sich um vertrauliche Daten, wobei die Leistungsempfänger ein begründetes großes Interesse daran haben, dass die Angaben, die sie gegenüber dem Leistungsträger im Rahmen des Sozialrechtsverhältnisses machen, vertraulich behandelt werden. Insoweit ist nicht lediglich der Schutzbereich der Arbeitgeberin des K, sondern vielmehr auch **schutzbedürftige Interessen Dritter** verletzt, weswegen in der Gesamtschau eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar erscheint. Nach Auffassung des Gerichts war – entgegen der Auffassung des Klägervertreters – eine **Abmahnung** vor Ausspruch der Kündigung auch **nicht erforderlich**. Die verhaltensbedingte fristlose Kündigung setzt bei einem steuerbaren Verhalten in der Regel eine Abmahnung voraus (ultima-ratio-Prinzip), wobei keine Unterscheidung im Hinblick auf das Erfordernis einer Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung zwischen Störungen im Leistungsbereich und Störungen im Vertrauensbereich gemacht wird (vgl. z. B. BAG, Urt. v. 27. 11. 2003, Az. 2 AZR 692/02; Urt. v. 12. 1. 2006, Az. 2 AZR 21/05). Die Abmahnung hat sowohl Rüge-, Warn- und Hinweisfunktion. Nach Erteilung einer Abmahnung muss dem Arbeitnehmer grundsätzlich noch ausreichend Zeit gegeben werden, das beanstandete Verhalten aufzugeben. Die erforderliche Abmahnung ist mit konstitutiv für den Kündigungsgrund; bei ihrem Fehlen ist die Kündigung unwirksam. Mit dem Erfordernis einer einschlägigen Abmahnung vor Kündigungsausspruch soll vor allem dem Einwand des Arbeitnehmers begegnet werden, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht erkennen bzw. nicht damit rechnen können, der Arbeitgeber werde sein vertragswidriges Verhalten als so schwerwiegend ansehen (BAG, Urt. v. 7. 7. 2005, Az. 2 AZR 581/04). Auch wenn das Abmahnerfordernis stets zu prüfen ist, kann die Abmahnung in bestimmten Fällen – auch bei einmaligem Fehlverhalten – entbehrlich sein. Sie kann insbesondere dann **entbehrlich** sein, wenn eine **grobe Pflichtverletzung** Grund der Kündigung war, dem **Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit erkennbar** und die **Hinnahme der groben Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen** ist, also nicht erwartet werden kann, dass das Vertrauen zwischen den Parteien wiederhergestellt wird, oder wenn im Einzelfall besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer eine Abmahnung als nicht erfolgversprechend angesehen werden durfte, so etwa, wenn auch im Falle einer Abmahnung keine Aussicht auf eine Rückkehr des Vertragspartners zum vertragskonformen Verhalten mehr besteht (vgl z.B. BAG, Urt. v. 10. 6. 2010, Az. 2 AZR 541/09; Urt. v. 23. 6. 2009, Az. 2 AZR 103/08; Urt. v. 11. 12. 2003, Az. 2 AZR 36/03).

Bei Anwendung dieser Maßstäbe wäre – so das SG – vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung keine Abmahnung erforderlich gewesen. Denn K habe sich durch seinen Verstoß gegen die von ihm unterzeichneten Datenschutzbestimmungen grob arbeitsvertragswidrig verhalten und unter keinen Umständen mit der Hinnahme seines Verhaltens durch die Stadt A-Stadt rechnen können. Zwar berühre das monierte Verhalten des K nicht seine Arbeitsleistung als Verwaltungsangestellter. Jedoch habe er durch das Ausdrucken der Datensätze sich derart gravierend gegen die Bestimmungen seiner Arbeitgeberin zum Schutz der ihr anvertrauten Daten verhalten und damit seine arbeitsvertraglichen Obliegenheiten gravierend verletzt. Die Kammer führt insoweit aus:

Im Tätigkeitsbereich des K in hohem Umfang sensible Daten der Leistungsempfänger aus dem Bereich der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes gespeichert und verwaltet. Insoweit bestand in dem Verhalten des K nicht lediglich eine Missbrauchshandlung gegenüber seiner Arbeitgeberin, sondern auch gegenüber den betroffenen Leistungsempfängern. Das Verhalten des K hatte zur Folge, dass das **Vertrauensverhältnis** zu seiner Arbeitgeberin **dauerhaft zerstört** war. Die K konkret in Aussicht gestellte verhaltensbedingte fristlose Kündigung erscheint dem Gericht unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien gerechtfertigt. K konnte die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens erkennen und musste damit rechnen, dass seine Arbeitgeberin sein vertragswidriges Verhalten als so schwerwiegend ansehen würde, dass sie zu dem Mittel einer fristlosen Kündigung greifen würde. Die mit einer Abmahnung insbesondere verbundene Warn- und Hinweisfunktion kann bei der vorliegenden Fallgestaltung nicht eingreifen. Der von K begangene Vertrauensmissbrauch ist derart gravierend, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Dem K war es somit zumutbar, die drohende fristlose verhaltensbedingte rechtmäßige Arbeitgeberkündigung abzuwarten. K hat durch sein arbeitsvertragswidriges Verhalten den Anlass für den Abschluss des Aufhebungsvertrages gegeben. Die Drohung mit einer fristlosen verhaltensbedingten Kündigung, die sich in der Rechtmäßigkeitsprüfung durch das Gericht als objektiv rechtmäßig darstellt, stellte die Reaktion des Arbeitgeberin dar.
Eine Sperrzeit von zwölf Wochen bedeutet für K nach den für den Eintritt der Sperrzeit maßgebenden Tatsachen auch **keine besondere Härte** i. S. des § 144 Abs. 3 Nr. 2b SGB III (= § 159 Abs. 3 Nr. 2b SGB III). Eine besondere Härte liegt vor, wenn nach den Umständen des Einzelfalles die Regeldauer im Hinblick auf die für den Eintritt der Sperrzeit maßgebenden Tatsachen objektiv als unverhältnismäßig anzusehen ist. Derartige, eine besondere Härte begründende Umstände hat K weder dargelegt noch sind diese sonst erkennbar.

J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

E.B.	=	Prof. Dr. Edmund Beckmann
F.O.	=	Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
J.V.	=	Prof. Dr. Jürgen Vahle

Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2013, 672 Seiten, geb., € 59,90, ISBN 978-3-17-022567-1, Kohlhammer

Rund drei Jahre nach der zweiten Auflage liegt nunmehr die aktualisierte Version des Kommentars zum VwVfG vor. In die Neuauflage sind insbesondere das Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren und das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (Stichwort: E-Government) berücksichtigt worden. Im Übrigen wurden Rechtsprechung und Literatur bis Ende 2012 ausgewertet.
Der Rezensent hat anlässlich einer Besprechung der Vorauflage dem Konzept des Autors, sich auf „Grundstrukturen" des VwVfG zu konzentrieren, einen guten Erfolg bescheinigt. Auch die aktuelle Version hält an diesem Konzept fest. Der „Ziekow" bietet gut verständliche Erläuterungen, die eine schnelle Orientierung ermöglichen. Speziell Studierende und Berufsanfänger werden die Konzentration auf das Wesentliche begrüßen; zudem finden sie hinreichende Hinweise auf weiterführendes Schrifttum. Positiv hervorzuheben ist auch, dass die Kommentierung vielfach einzelne Vorschriften miteinander verknüpft. Wer allerdings Informationen zu Detailproblemen sucht – die vor allem die Verwaltungspraxis interessieren dürfte – wird gelegentlich „enttäuscht" und muss zu einem umfangreicheren Werk greifen.

Fazit: Der Kommentar von Ziekow ist insgesamt eine gelungene Alternative zu den bisherigen (Kurz-)Kommentaren zum VwVfG. Der unverändert gebliebene günstige Preis legt auch Referendaren und Studierenden die Anschaffung nahe.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Winkler, Beurkundungsgesetz, 17. Aufl. 2013, 956 Seiten, in Leinen, € 109,00, ISBN 978-3-406-64770-3, C. H. Beck

Mit der aktuellen Auflage ist der Kommentar auf den Stand Ende 2012 gebracht worden. Die Änderungsgesetze zur Bundesnotarordnung, die Einführung der Rechtsbeschwerde durch das FamFG, die Einführung eines zentralen Testamentsregisters und diverse Änderungen der Dienstordnung für Notare sind berücksichtigt worden. Ebenso hat der Autor die Rechtsprechung, insbesondere des BGH, eingearbeitet. Verschiedene Passagen wurden im Vergleich zur Vorauflage deutlich erweitert und vertieft, so z. B. zur eidesstattlichen Versicherung durch Notare und zur Unterschriftsbeglaubigung. Komplett neubearbeitet wurde § 54 (Rechtsmittel).
Adressaten des Kommentars sind zwar in erster Linie Notare und Gerichte. Das BeurkG gilt jedoch auch für sonstige Urkundsstellen (§ 1 Abs. 2) und ist damit auch für Beurkundungsfälle in Verwaltungsverfahren bedeutsam.

Fazit: Der Kommentar ist längst zum Standardwerk gereift, dessen Vorzüge nicht erneut gerühmt werden müssen. Ein „Muss" für jeden, der sich mit Problemen des Beurkundungsrechts zu befassen hat.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, 2883 Seiten, geb., € 179,00, ISBN 978-3-406-63877-0, C. H. Beck

Nur zwei Jahre liegen zwischen der aktuellen und der Vorgängerauflage.
Der (Spezial-)Kommentar bedarf im Grunde keiner Vorstellung mehr – er hat sich auf dem „Markt" durchgesetzt. Bereits die (hohe) Zahl der Neubearbeitungen spricht für sich bzw. für die herausragende Qualität des Kommentars. Die Kommentierung erstreckt sich nicht nur auf die Regelungen des BGB. Mitbehandelt werden beispielsweise Vorschriften des Wirtschaftsstrafgesetzes, der Betriebskostenverordnung und der Zivilprozessordnung. Letztere runden das Bild vorteilhaft ab, weil die Kenntnis des materiellen Rechts allein zur Rechtsverfolgung regelmäßig nicht genügt.
Aufbau und äußere Gestaltung folgen einem einheitlichen Muster, dessen Verwendung die praktische Handhabung des Werkes trotz seines Umfangs leicht macht. Im Anschluss an den Normtext folgt eine systematische Übersicht, bei der auf die jeweiligen Randnummern Bezug genommen wird. Die folgende alphabetische Schnellübersicht listet – ebenfalls unter Hinweis auf die Randnummern – Stichworte auf. Umfangreiche Literaturzusammenstellungen ermöglichen eine weitere Vertiefung des Problems – soweit das überhaupt erforderlich ist (es dürfte selten der Fall sein).
Auch inhaltlich lässt der Kommentar nach dem Eindruck des Rezensenten keine Wünsche offen. Die gute Verständlichkeit der Kommentierung beruht nicht zuletzt auf dem eingängigen und klaren Stil der Autoren.

Fazit: Ein unverzichtbares Erläuterungswerk, für jeden, der sich mit Fragen des Mietrechts zu befassen hat. Insbesondere (Fach-)Anwälte sollten das Buch stets in Griffweite haben.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Johlen (Hrsg.), Münchener Prozessformularbuch Bd. 7 Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, 1516 Seiten, in Leinen mit CD-ROM, € 165,00, ISBN 978-3-406-62947-1, C. H. Beck

Erfreulicherweise liegen wiederum nur knapp vier Jahre zwischen der dritten und der aktuellen Auflage des Handbuches. Anlass für die Neubearbeitung waren zum einen neue Fachgesetze bzw. Novellen, z. B. die Änderungen des KWG und des Bundesnaturschutzgesetzes.
Die bewährte Konzeption ist ansonsten beibehalten worden. Nach einzelnen Sachgebieten geordnet werden Muster für Rechtsbehelfe angeboten, die anschließend in Form von „Anmerkungen" umfassend erläutert werden. Die Muster befinden sich zudem auf einer beigefügten CD-ROM.

Fazit: Ein vorzügliches Handbuch, das in erster Linie für jeden mit Verwaltungsrechtsstreitigkeiten befassten Anwalt, darüber hinaus auch für Beschäftigte in Rechtsämtern der Behörden ein ausgezeichnetes Hilfsmittel darstellt.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl. 2014, 2685 Seiten, geb., € 85,00, ISBN 978-3-406-65234-9, C. H. Beck

Mit der neuen Auflage ist der Kommentar auf den Stand Herbst 2013 gebracht worden. Es war auch dieses Mal der Gesetzgeber, der gute Gründe für die Neubearbeitung geliefert hat. Die Änderungen betreffen zum einen Neuregelungen des Rechts der Sicherungsverwahrung. Hierzu äußert der Verfasser die Hoffnung, dass damit ein Schlusspunkt unter die jahrelang unsichere Regelung der Sicherungsverwahrung gesetzt worden sei. Des Weiteren ist mit § 226a der Sondertatbestand der „Verstümmelung weiblicher Genitalien" geschaffen worden. Zu Recht weist Fischer darauf hin, dass damit nicht etwa eine Strafbarkeitslücke geschlossen worden sei, weil die erfassten Taten schon bisher unter verschiedenen Gesichtspunkten strafbar gewesen seien. Problematisch erscheint die neue Norm zudem im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Man gewinnt zunehmend den Eindruck, dass es dem Gesetzgeber mehr auf „Publicity-Effekte" ankommt, als auf solide Arbeit. Es bleibt das besondere Gütekriterium des Kommentars, dass er den Finger auf derartige Schwachstellen legt.
Last, not least hat der Autor über 400 neue Entscheidungen – insbesondere des Bundesgerichtshofs – eingearbeitet.

Fazit: Der Kommentar gehört – es kann nicht oft genug betont werden – zum Besten auf dem Gebiet des Strafrechts. Für die mit Aufgaben der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr befassten Sicherheitsbehörden, Richter und Staatsanwälte sowie die Anwaltschaft ist er unverzichbar.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Creifelds, Rechtswörterbuch (Hrsg. Weber), 21. Aufl. 2014, 1573 Seiten, in Leinen, € 53,00, ISBN 978-3-406-63871-8, C. H. Beck

Das von Carl Creifelds begründete Werk ist nicht nur Juristen, sondern auch vielen Laien ein Begriff. Die hohe Zahl der Auflagen beweist, dass das „Rechtswörterbuch" seinen festen Platz in der Literaturlandschaft gefunden hat. Mehr als 12.500 Rechtsbegriffe aus den Bereichen Recht, Wirtschaft und Politik sind in der aktuellen Auflage zusammengestellt und erläutert. Rd. 500 Stichwörter sind zusätzlich aufgenommen worden. Berücksichtigt wurden zahlreiche Gesetzesnovellen, z. B. die Mietrechtsreform, das Patientenrechtegesetz und die Kostenrechtsreform. Die Erläuterungen sind wie gewohnt sehr gut verständlich und – wie Stichproben gezeigt haben – sehr sorgfältig. Im Anhang sind etliche Schaubilder/Graphiken abgedruckt, z. B. zum Aufbau und zur Organisation der Gerichtsbarkeit und zum Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens im Bund.

Fazit: Der angesprochene Adressatenkreis – „Juristen, Betriebe, Steuerberater, Studenten, Schüler, Lehrer" – wird wie bisher auch im aktuellen „Creifelds" einen verlässlichen Ratgeber finden.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

Herausgeber:

Staatssekretär a. D. Dr. ***Hans Bernhard Beus*** • Dr. ***Yvonne Dorf***, Ltd. Regierungsdirektorin, Fachbereichsleiterin Allgemeine Innere Verwaltung an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl • Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. ***Peter Eichhorn***, Präsident der SRH Hochschule, Berlin und Ehrenpräsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M. • ***Patricia Florack***, Ltd. Kreisrechtsdirektorin, Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln • Dr. ***Holger Franke***, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • ***Ernst Halle***, Verwaltungsdirektor, Studienleiter der Verwaltungsakademie Schleswig-Holstein, Bordesholm • ***Johannes Heinrichs***, Ltd. Regierungsdirektor, Leiter des Instituts für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Hilden • Prof. Dr. ***Ulrike Hermann***, Hochschule Osnabrück • Dr. ***Marita Heydecke***, Leiterin des Fachbereichs Weiterbildung bei der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg, Oranienburg • Prof. Dr. ***Michael Jesser***, Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Standortes Braunschweig des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Braunschweig • ***Horst Knechtel***, Schulleiter und Verbandsgeschäftsführer des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt und Bürgermeister der Stadt Darmstadt a.D. • Dr. ***Margrit Kölbach***, Studienleiterin der Verwaltungsseminare Darmstadt und Frankfurt a. M. • Prof. Dr. ***Michael Koop***, Präsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover • ***Klaus-Jochen Lehmann***, Ltd. Direktor a. D., Vorstandsvorsitzender der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Westfalen-Mitte • ***Reinhard Mokros***, Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen • Prof. Dr. ***Rainer O. Neugebauer***, Gründungsdekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt • ***Udo Post***, Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Standortes Oldenburg des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Oldenburg • ***Gabriele Reichel***, Studienleiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt, Magdeburg • ***Cornelia Rogall-Grothe***, Staatssekretärin im Bundesministerium des Innern, Berlin und Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik • Prof. Dr. ***Josef Konrad Rogosch***, Präsident der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz • Prof. Dr. ***Utz Schliesky***, Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages und Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • ***Christiane Schoppmeier-Pauli***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin der Abteilung Münster der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW • Dr. ***Ludger Schrapper***, Ministerialdirigent, Ministerium für Schule und Weiterbildung, Düsseldorf • Dr. ***Sabine Seidel***, Direktorin des Westfälisch-Märkischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Dortmund • ***Jörg Siekmeier***, Ltd. Verbandsverwaltungsdirektor, Leiter des Kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald • ***Reiner Stein***, Regierungsdirektor, Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • Prof. Dr. ***Udo Steiner***, Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. • ***Christiane Wallnig***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin des Studieninstituts des Landes Niedersachsen, Bad Münder • Prof. ***Holger Weidemann***, Studiendekan der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen, Hannover • ***Klaus Weisbrod***, Leiter der Zentralen Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz und Direktor der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz, Mayen • ***Ralf Uwe Wenzel***, Senatsrat, Referatsleiter beim Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen

Impressum

Redaktion:

Chefredakteur
Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,
Tel. und Fax (057 41) 52 68
Mobil: 0171/8 35 20 41
E-Mail: FINKE.LK@t-online.de

Regierungsdirektor Günter Haurand
Burgwiese 7, 33602 Bielefeld
E-Mail: haurand@web.de

Prof. Dr. Jürgen Vahle
Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,
E-Mail: jvahle@web.de

Prof. Holger Weidemann
Südstraße 16, 28857 Syke
Tel. (05 11) 1 60 94 09
E-Mail: holger.weidemann@nds-sti.de

Verlag: Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Georgsplatz 1, 20099 Hamburg
Tel. (0 40) 70 70 80-3 06, Telefax (0 40) 70 70 80-3 24
E-Mail: vertrieb@dvp-digital.de
www.dvp-digital.de
ISSN 0945-1196

Anzeigen: Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Georgsplatz 1, 20099 Hamburg,
Susanne Dürr, Tel. (040) 70 70 80-323,
Katharina Klockow, Tel. (040) 70 70 80-320,
Telefax (040) 70 70 80-324, E-Mail: vertrieb@dvp-digital.de
Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 29 gültig. Anzeigenschluss jeweils am 15. des Vormonats.

Auslieferung: Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart
Tel. 0711/6672-0, Fax 0711/66 72 19 74
koehler-mittler@svk.de

Produktionsmanagement:
impress media GmbH, Mönchengladbach

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 89,90 € einschl. 7 % Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 8,90 €. Bestellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg.

Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

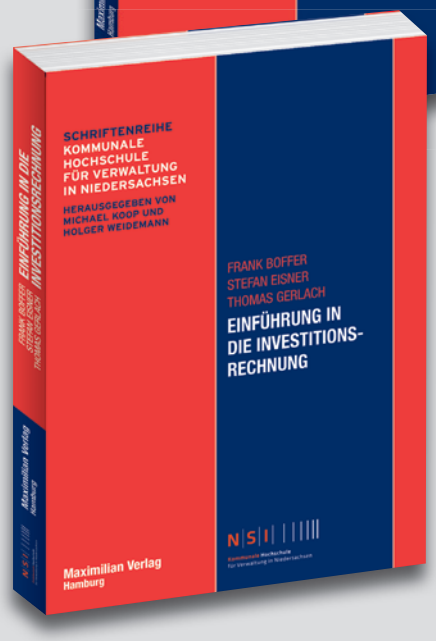
MEHR WISSEN. NEUE TITEL

DIE SCHRIFTENREIHE KOMMUNALE HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNG IN NIEDERSACHSEN

Peter Bittorf/Sabine Drape/Helmut Globisch/
Birgit Moldenhauer/Elke Scheske/Holger Weidemann:
Bescheidtechnik

Dieses Buch soll die künftigen Verwaltungsmitarbeiter auf die Prüfungen und die spätere Praxis vorbereiten. Ausbildung und Studium vermitteln zwar Fertigkeiten zur praktischen Anwendung des erlernten Wissens, die Berufspraxis erschöpft sich jedoch nicht ausschließlich darin, verfahrens- und materiell-rechtliche Fragen zu beleuchten. Damit sich die zukünftigen Verwaltungsmitarbeiter nach ihrer Ausbildung oder ihrem Studium nicht unvorbereitet unbekannten Aufgaben stellen müssen, sehen alle Studien- und Lehrgangsangebote Übungseinheiten zur Bescheidtechnik vor. Häufig fehlt es an geeigneten Anschauungs- und Übungsmaterialien. Die vorliegenden Mustertexte schließen diese Lücke und sind ideal für die Prüfungsvorbereitung geeignet.

Band 8, 120 Seiten, ISBN 978-3-7869-0904-0, 14,95 €



Jetzt neu in 3., überarbeiteter Auflage

Frank Boffer/Stefan Eisner/Thomas Gerlach:
Einführung in die Investitionsrechnung

Grundlage für die kommunale Investitionsentscheidung ist die Investitions- und Finanzierungsrechnung. Auch komplexe Entscheidungen können mit ihrer Hilfe wirtschaftlich sinnvoll getroffen werden. Das Buch beinhaltet die klassischen Verfahren der Investitionsrechnung mit Anwendungsbezug auf Investitionsentscheidungen in der Kommunalverwaltung. Das umfangreiche Übungsmaterial ermöglicht einen hohen Praxisbezug, ohne dabei wissenschaftlich theoretische Aspekte zu vernachlässigen. Zielgruppen sind sowohl Studierende als auch interessierte Praktiker.

Band 7, 300 Seiten, ISBN 978-3-7869-0905-7, 29,90 €

Jan Seybold/Wolfgang Neumann/Frank Weidner:
Niedersächsisches Kommunalrecht

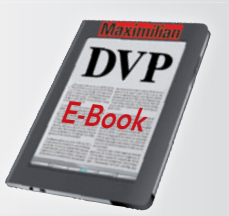
Dieses Werk ist ein Lehrbuch zum niedersächsischen Kommunalrecht auf der Basis des neu geschaffenen Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG). Es richtet sich hauptsächlich an Auszubildende und an Studierende.
Der Leser hat mit diesem Werk die Möglichkeit, Wissen in diesem Bereich zu erarbeiten, zu festigen und die Materie zu rekapitulieren. Auch Praktiker sind mit diesem Werk gut beraten, um sich kommunale Themen zu erarbeiten oder bekannte Themen auf der Basis des neuen NKomVG zu vertiefen.

Band 3, 256 Seiten, ISBN 978-3-7869-0903-3, 29,90 €

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80 -320 | Fax 040/70 70 80 -324 | vertrieb@dvp-digital.de

DVP E-BOOKS

Erhältlich in allen gängigen Online-Shops:



Frings/Spahlholz, **Das Recht der Gefahrenabwehr in NRW**
eISBN 978-3-7869-0972-9
€ 21,99

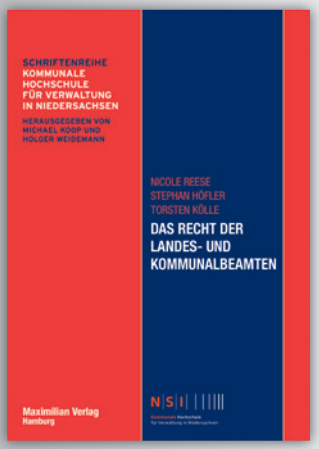
Sundermann, **Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern**
eISBN 978-3-7869-0974-3
€ 17,99

Eichhorn, **Management im Öffentlichen Dienst**
eISBN 978-3-7869-0971-2
€ 14,99

Sundermann, **Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen**
eISBN 978-3-7869-0970-5
€ 15,99

Weidemann/Rotaug/Barthel, **Besonderes Verwaltungsrecht**
eISBN 978-3-7869-0973-6
€ 15,99

Seybold/Neumann/Weidner, **Niedersächsisches Kommunalrecht**
eISBN 978-3-7869-0977-4
€ 21,99



Reese/Höfler/Kölle, **Das Recht der Landes- und Kommunalbeamten**
eISBN 978-3-7869-0980-4
€ 21,99

Kolkmann,
Privatrecht Band I
eISBN 978-3-7869-0981-1
€ 19,99

Kolkmann,
Privatrecht Band II
eISBN 978-3-7869-0982-8
€ 19,99

Besuchen Sie uns auf
www.dvp-digital.de

Maximilian Verlag · Georgsplatz 1 · 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-01· Fax 040/70 70 80-324 · vertrieb@dvp-digital.de