DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

65. Jahrgang
Mai 2014
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2014005

5/2014

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Günter Haurand
Schaubilder und Prüfungsschemata zur Aufhebung von Verwaltungsakten nach Verwaltungsverfahrensrecht

Wolfgang Mosbacher
Der Bericht aus Berlin

Fred Jüngerich
Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitungen

Michael Grosse/Dirk Weber
Hilfe zur Pflege und Kostenerstattung bei zu Unrecht erbrachten Leistungen

Udo Kunze
Der eigenwillige Herr Ahaus

Holger Weidemann
Die abgelaufene Baugenehmigung I

Rechtsprechung

Bindungswirkung eines Strafurteils im Disziplinarverfahren

Insolvenzordnung hat Vorrang vor Gewerbeordnung

Beihilfebescheide als grundsätzlich teilbare Verwaltungsakte

Anliegeranspruch auf Grundstückszufahrt

Verkehrssicherungspflicht im Freizeitpark

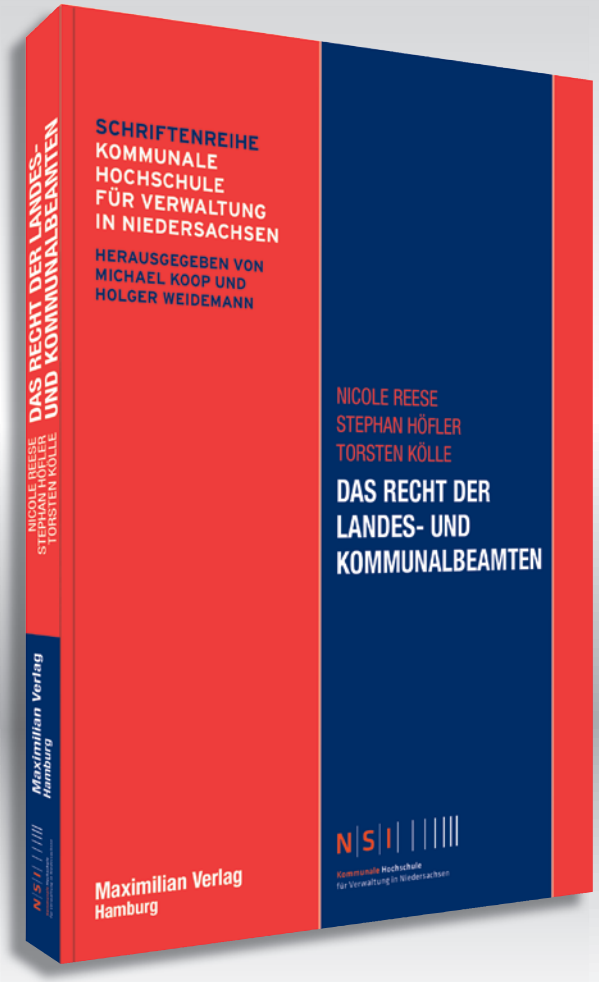
Schaden durch Wurzeln beim Nachbarn

Anforderungen an eine Verdachtskündigung

Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

Aus unserer NSI-Schriftenreihe für Sie!



Nicole Reese/Stephan Höfler/Torsten Kölle

Das Recht der Landes- und Kommunalbeamten

Das vorliegende Werk beschäftigt sich mit dem Beamtenrecht in den Bundesländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie den Körperschaften des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht der Länder unterstehen, wobei schwerpunktmäßig das niedersächsische Recht dargestellt wird. Da sich aber alle norddeutschen Küstenländer auf ein Mustergesetz zum Beamtenrecht geeinigt haben, bestehen in den Ländern Niedersachsen, Hamburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein praktisch gleichlaufende Regelungen.

Das Werk richtet sich gleichermaßen an Studierende und Praktiker. Es bietet nicht nur wichtiges Grundlagenwissen, sondern auch für alle wesentlichen Fragestellungen der Praxis wichtige Hinweise sowie Musterverfügungen.

244 Seiten · 17 x 24 cm
€ (D) 29,90
ISBN 978-3-7869-0902-6

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei:

Maximilian Verlag **www.dvp-digital.de**
Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-320 | Fax 040/70 70 80-324
vertrieb@dvp-digital.de

Aus unserer DVP-Schriftenreihe für Sie!

Welf Sundermann

Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern

Die Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 13. Juli 2011 und die Durchführungsverordnung zur Kommunalverfassung vom 9. Mai 2012 waren Anlass für eine vollständig bearbeitete Neuausgabe des Werkes Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern, die in unserer DVP-Schriftenreihe als Lehrbuch erscheint.
Es stellt das Kommunalverfassungsrecht themenbezogen dar und folgt dabei den einschlägigen Lehr- und Stoffverteilungsplänen. Als Lehr- und Lernbuch für Studenten an Fachhochschulen für öffentliche Verwaltung und Teilnehmende an den Aus- und Weiterbildungslehrgängen des kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern bietet das Werk einen Einstieg und Überblick zum Kommunalrecht dieses Bundeslandes. Aber auch die Praktiker in der Kommunalverwaltung und die Mitglieder in den politischen Gremien finden in diesem Band Hinweise für ihre tägliche Arbeit. Zahlreiche Schaubilder unterstützen die ausbildungs- und praxisgerechte Vermittlung des Stoffes.

192 Seiten · 17 x 24 cm
zahlr. Abb. und grafische Darstellungen · Broschur
EUR (D) 24,90
ISBN 978-3-7869-0865-4

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei:

Maximilian Verlag **www.dvp-digital.de**
Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-320 | Fax 040/70 70 80-324
vertrieb@dvp-digital.de

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
65. Jahrgang 5/2014

Kein Ehrenschutz für Amtsträger?

„Ich hau dir auf die Fresse." Das ist kein netter Satz, und die meisten derart Angesprochenen würden spontan eine adäquate körperliche Reaktion oder einen Strafantrag erwägen. Für die zweite Alternative hat sich ein Justizvollzugsbeamter entschieden, dem ein Besucher der Haftanstalt einen solchen Angriff auf das Gesicht in Aussicht gestellt hatte.

Herr X ist „offensichtlich durchgeknallt". Auch das klingt nicht besonders freundlich, wenngleich weniger bedrohlich als die „Fresse" – Ankündigung. Der so von einem Journalisten in einer TV-Sendung qualifizierte Staatsanwalt wollte diese Bewertung seiner Person nicht auf sich sitzen lassen und schaltete ebenfalls die Strafjustiz ein. „Dummschwätzer" nannte ein Stadtratsmitglied ein anderes Ratsmitglied und wurde prompt wegen Beleidigung angezeigt. Auf einem Volksfest eingesetzte Polizisten lasen auf dem T-Shirt eines Festbesuchers das Kürzel „A.C.A.B", übersetzten es (zutreffend) mit „All Cops Are Bastards" und fühlten sich in ihrer Ehre verletzt.

Was haben diese Rechtsfälle gemeinsam? Zum einen geht es um Äußerungen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes. Zweitens und bedeutsamer ist, dass die Urheber der Auslassungen dafür nicht verurteilt worden sind.

Der aggressive Besucher der Justizvollzugsanstalt habe nicht mit der Begehung eines Verbrechens gedroht, wie es § 241 StGB verlangt, sondern „nur" eine Körperverletzung (= Vergehen) angekündigt. Weder der Ausdruck „Fresse", noch ein bloßes „Duzen" seien geeignet, das Ehrgefühl eines anderen i. S. des § 185 StGB (Beleidigung) zu verletzen. *Dieter Bohlen* lässt grüßen. Es sei nicht angezeigt, bloße Unhöflichkeit und Aufmüpfigkeit gegenüber Staatsbediensteten zu bestrafen (Amtsgericht Hamburg, Urteil vom 10. März 2009 – 256 Cs 160/08). Die Äußerung „durchgeknallter Staatsanwalt" ist ebenfalls nicht zwingend eine Beleidigung, wie es das Amtsgericht Tiergarten und das Kammergericht angenommen hatten. Dem betroffenen Amtsträger sei nicht pauschal die geistige Gesundheit abgesprochen worden. Wegen des Zusammenhangs, in dem die Äußerung gefallen sei, handele es sich noch um eine – wenn auch polemische und überspitzte – grundrechtlich (Art. 5 Abs. 1 GG) geschützte Meinungsäußerung (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12. Mai 2009 – 1 BvR 2272/04). Entsprechendes gilt für die Bezeichnung „Dummschwätzer", weil sie lediglich eine sprachlich pointierte Bewertung im Kontext einer bestimmten Aussage des Betroffenen darstellen könne, nicht aber eine generelle Herabsetzung der Person (Bundesverfassungsgericht, DVBl. 2009, S. 243). Das Kürzel „A.C.A.B" auf dem T-Shirt wurde lediglich als straflose Kollektivbeleidigung gewertet, weil nicht erweislich just die Beamten gemeint gewesen seien, die auf dem Volksfest eingesetzt waren (Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil vom 1. Oktober 2012 – 1 St OLG Ss 211/12).

Am Ende sehen wir also eine Reihe von Amtsträgern, die in ihrer Hoffnung auf Bestrafung ihrer Opponenten enttäuscht wurden.

Zu Recht?

Die Frage ist kaum eindeutig zu beantworten, es geht um Werturteile, nicht um die Lösung einer mathematischen Aufgabe. Immerhin haben unabhängige Richter die strafrechtlichen Vorwürfe geprüft und letztlich für zu leicht befunden. Das deutsche Strafgesetzbuch kennt den Tatbestand der Beamtenbeleidigung – anders als das Preußische Allgemeine Landrecht (Zweiter Teil, Zwanzigster Titel, § 207: ggf. Verdoppelung der Strafe mit Rücksicht auf die „zugleich verletzte Ehrfurcht gegen den Staat") – nicht (mehr). Beamte und sonstige Amtsträger sind derzeit, abgesehen von der Regelung über das Strafantragsrecht des Dienstvorgesetzten (§ 194 Abs. 3 StGB), in puncto Ehrenschutz einem „normalen" Bürger gleichgestellt. Amtspersonen müssen – wie es das Amtsgericht Hamburg formuliert hat – alltägliche „Unhöflichkeiten" ertragen, auch wenn sie im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit stehen. Der hohe Respekt, der kraft Gesetzes und gesellschaftlicher Anschauung einem preußischen Verwaltungsinspektor zu bezeugen war, ist heute nur noch rechtshistorisch von Interesse. Das mag der eine oder andere Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung bedauern – eine Rückkehr in das 18. oder 19. Jahrhundert wird es nicht mehr geben. Stilbildend in der Gegenwart ist nicht zuletzt das Fernsehen. In verschiedenen Justizshows (*Salesch, Hold*) verhalten sich die Laiendarsteller – sie verkörpern Beschuldigte, Zeugen und Nebenkläger – oft wie pöbelnde Bierzeltbesucher. Unter dem Vorsitz eines milde lächelnden Richters reden sie bei Vernehmungen ungefragt dazwischen und beschimpfen sich nach Lust und Laune. Die Botschaft lautet: Nur so setzt man sich erfolgreich durch. Zuschauer von „Doku"-Formaten wie beispielsweise „Achtung, Kontrolle – Einsatz für Ordnungshüter"(Kabel eins) wissen andererseits, dass auch die darin auftretenden Amtspersonen zuweilen recht grob mit Bürgern umgehen. Sogar sehr friedliche Menschen werden dadurch zur Weißglut gereizt.

Es sollte nicht überraschen, dass manche Verwaltungskunden die Streit"kultur" des Fernsehens auch im richtigen Leben praktizieren. Hiergegen hilft, die Beispielsfälle zeigen es, Gelassenheit zumeist mehr als der Strafrichter!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im Mai 2014/Inhaltsverzeichnis

Günter Haurand

Schaubilder und Prüfungsschemata zur Aufhebung von Verwaltungsakten nach Verwaltungsverfahrensrecht. . . 179

Ein Verwaltungsakt kann sowohl durch die zuständige Behörde, als auch durch die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht aufgehoben werden. In diesem Beitrag wird nur die Aufhebung durch die Behörde betrachtet, die nicht im Rahmen bzw. als Vorverfahren eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Anders als dort hat der Beteiligte hier regelmäßig keinen Anspruch auf die Aufhebung, anders als dort geht es nicht nur um rechtswidrige Verwaltungsakte, anders als dort sind nicht die Spezialregelungen zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu beachten.
Die Aufhebung von Verwaltungsakten ist in den §§ 48 ff. VwVfG geregelt. Spezialvorschriften schließen den Rückgriff auf diese Vorschriften jedoch ganz oder teilweise aus. Eine Spezialregelung kann aber durch die §§ 48, 49 VwVfG ergänzt werden. Anhand von Schaubildern wird die Systematik der Vorschriften erläutert, anschließend wird in Stichworten der jeweilige Ablauf der Prüfung dargestellt.

Wolfgang Mosbacher

Der Bericht aus Berlin – Gesetzgebung des Bundes 2013/2014 182

Im Anschluss an die letzten Darstellungen zur Gesetzgebung in der DVP 2013 S. 196 wird hier die regelmäßige Berichterstattung über die Gesetzgebung des Bundes fortgesetzt. Der Berichtszeitraum umfasst die Bundesgesetzblätter Nr. 16 bis 77 aus dem Jahr 2013, sowie Nr. 1 bis 10 aus dem Jahr 2014.
Für die Verwaltungspraxis sind aus dem Berichtszeitraum besonders erwähnenswert: das E-Government-Gesetz, das Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts, das Gesetz über das Altersgeld für freiwillig ausscheidende Bundesbeamte, das Gesetz zur vertraulichen Geburt sowie Änderungen des Bundesvertriebenen- und des Europawahlgesetzes.

Fred Jüngerich

Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz. 185

In diesem Beitrag werden anhand von Beispielsfällen die Themen Ausschließungsgründe, Aussetzung von Ratsbeschlüssen und Beanstandungsrecht der Kommunalaufsichtsbehörde erläutert.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ. 189

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt. Erläutert werden die Themen „Grünflächenmanagement", „Investitionen", „Politischer Journalismus", „Städtepartnerschaften" und „Wirkungsorientierung".

Fallbearbeitungen

Michael Grosse/ Dirk Weber

Hilfe zur Pflege und Kostenerstattung bei zu Unrecht erbrachten Leistungen 192

Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als (Wiederholer-)Klausur im Studienabschnitt S 4 im Fach Sozialrecht vom Prüfungsamt der Fachhochschule ausgewählt wurde und von den Studierenden des Fachbereichs kommunaler Verwaltungsdienst zu bearbeiten war. In der Sache geht es um Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII sowie die mögliche Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nach § 45 Abs. 1 SGB X mit folgendem Kostenerstattungsanspruch gem. § 50 SGB X.

Udo Kunze

Der eigenwillige Herr Ahaus. 198

In diesem Fall aus dem Sozialverfahrensrecht (Schwerpunkt: Handlungsfähigkeit) wird vorrangig versucht, methodische Ansätze der Falllösung zu vermitteln und die Denkprozesse aufzuzeigen, die klar strukturiert und systematisch zu einem komprimierten Lernerfolg führen sollen. Ergänzt wird die Darstellung um eine Lernübersicht zur Handlungsfähigkeit (§ 12 VwVfG/§ 11 SGB X), die die erwähnten Normen anhand von kurzen Beispielen verständlicher macht.

Holger Weidemann

Die abgelaufene Baugenehmigung I. 209

In dieser Fallbearbeitung aus dem Baurecht ist zu prüfen, ob die Geltungsdauer einer Baugenehmigung verlängert werden kann, die erloschen ist, weil nicht innerhalb der gesetzlichen Frist mit der Bauausführung begonnen wurde.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Bindungswirkung eines Strafurteils im Disziplinarverfahren
(BVerwG, Beschluss vom 15.05.2013 – 2 B 20/12) 212

Insolvenzordnung hat Vorrang vor Gewerbeordnung
(OVG Münster, Beschluss vom 19.05.2011 – 4 B 1707/10) 213

Beihilfebescheide als grundsätzlich teilbare Verwaltungsakte
(OVG Münster, Beschluss vom 27.05.2013 – 1 A 2782/11) 214

Anliegeranspruch auf Grundstückszufahrt
(VG Gießen, Urteil vom 08.10.2012 – 4 K 1281/12) 216

Verkehrssicherungspflicht im Freizeitpark
(LG Frankenthal, Urteil vom 24.04.2013 – 2 S 292/12) 217

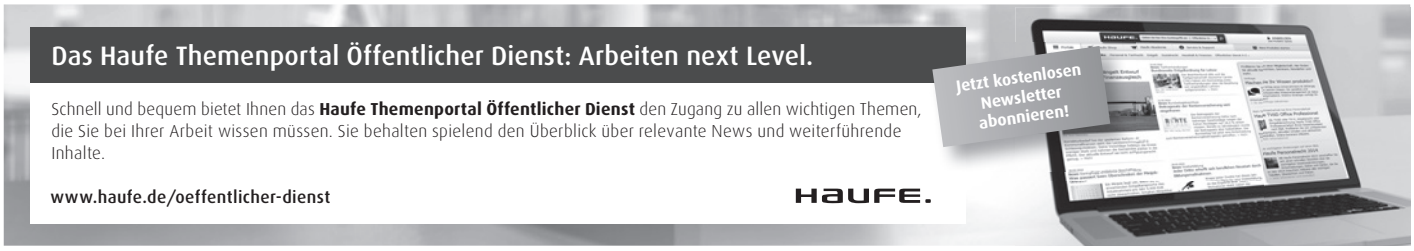
Schaden durch Wurzeln beim Nachbarn
(LG Itzehoe, Urteil vom 18.09.2012 – 6 O 388/11) 217

Anforderungen an eine Verdachtskündigung
(BAG, Urteil vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11) 218

Schrifttum 219

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Haufe-Lexware GmbH & Co. KG. Wir bitten um freundliche Beachtung!



Günter Haurand*

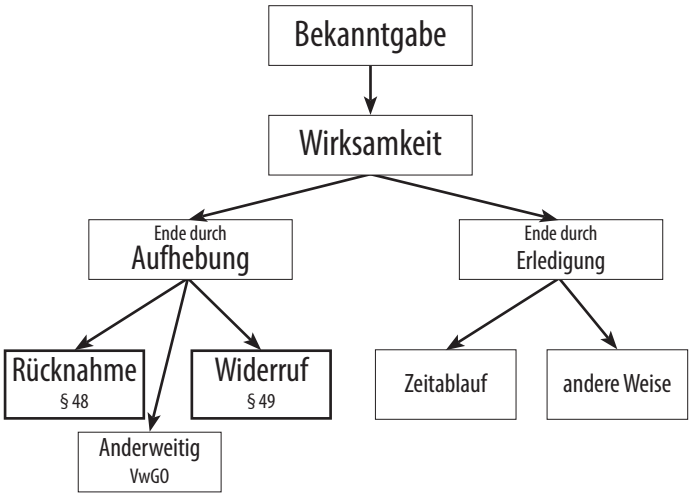
Schaubilder und Prüfungsschemata zur Aufhebung von Verwaltungsakten nach Verwaltungsverfahrensrecht

A. Einführung

1) Wirksamkeit und Aufhebung nach VwVfG

Unter dem Oberbegriff Aufhebung von Verwaltungsakten werden zusammengefasst
– die **Rücknahme rechtswidriger**
– und der **Widerruf rechtmäßiger** Verwaltungsakte
durch die zuständige Behörde. Grundsätzlich gehört auch die Aufhebung im Widerspruchs- oder Klageverfahren hierher, da auch sie die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes beendet. An dieser Stelle soll aber nur die Aufhebung durch die Behörde betrachtet werden, die nicht im Rahmen bzw. als Vorverfahren eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Anders als dort hat der Beteiligte hier regelmäßig keinen Anspruch auf die Aufhebung, anders als dort geht es nicht nur um rechtswidrige Verwaltungsakte, anders als dort sind nicht die Spezialregelungen zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu beachten.

Wirksamkeit von Verwaltungsakten

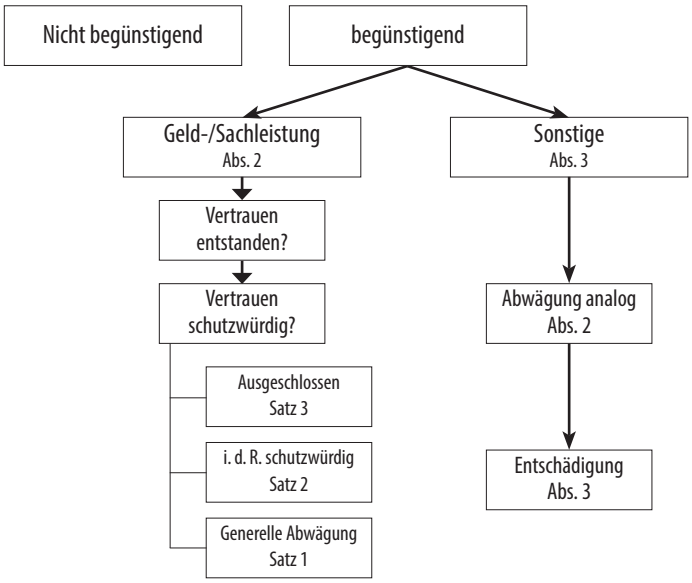


Die Aufhebung von Verwaltungsakten ist in den §§ 48 ff. VwVfG geregelt. Spezialvorschriften schließen den Rückgriff auf diese Vorschriften jedoch ganz oder teilweise aus (vgl. z.B. § 15 Abs. 2 und 3 GastG, §§ 17 ff. BImSchG, § 12 BeamtStG). Eine Spezialregelung kann aber durch die §§ 48, 49 VwVfG ergänzt werden (z.B. durch die Rücknahmefristbestimmung des § 48 Abs. 4 VwVfG, sofern sie die Jahresfrist nicht ausdrücklich ausschließt).

2) Rücknahme § 48 VwVfG

Die **Rücknahme** bezieht sich auf **rechtswidrige Verwaltungsakte.** Sie beruht immer auf § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Bei **begünstigenden Verwaltungsakten** (vgl. die Legaldefinition in § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) sind allerdings ergänzend die Einschränkungen der Absätze 2–4 zu beachten.

Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte



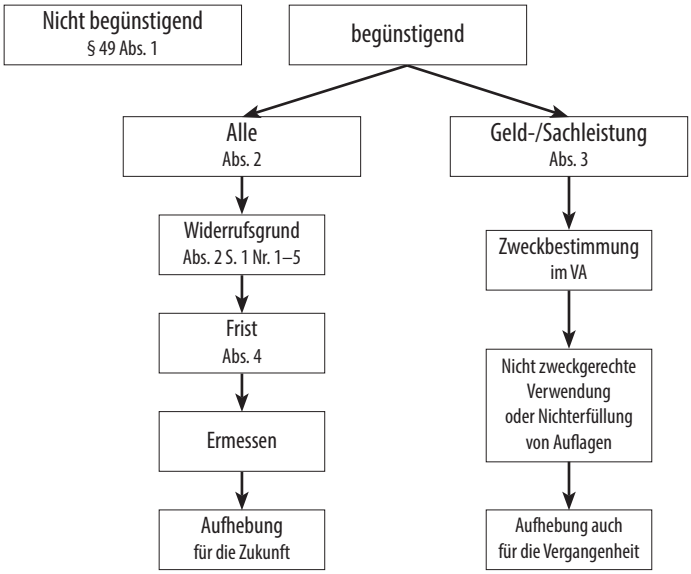
3) Widerruf § 49 VwVfG

Die Vorschrift des § 49 VwVfG regelt den **Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte.** Die Voraussetzungen sind strenger als in § 48 VwVfG, weil der aufzuhebende Verwaltungsakt eine Rechtslage geschaffen hat, die grundsätzlich auch für die erlassende Behörde verbindlich ist. Deshalb bestehen aber auch keine Bedenken, eine Aufhebung auch **rechtswidriger** Verwaltungsakte **entsprechend § 49 VwVfG** zuzulassen, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (»Erst-recht-Schluss«).
Der Widerruf **nicht begünstigender Verwaltungsakte** (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) ist gem. § 49 Abs. 1 VwVfG **grundsätzlich zulässig,** und zwar ganz oder teilweise mit Wirkung für die **Zukunft.** Unzulässig ist der Widerruf nur dann, wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen werden müsste oder wenn der Widerruf aus anderen Gründen unzulässig ist. Insbesondere bei rechtlich gebundenen Entscheidungen kommt ein Widerruf nur in Betracht, wenn sich die Sach- oder Rechtslage geändert hat.
Der **Widerruf begünstigender Verwaltungsakte** ist zunächst nur in den (abschließend geregelten) fünf Fällen des Absatzes 2 zulässig.

* Regierungsdirektor *Günter Haurand* lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

Er steht im **Ermessen** der Behörde. Die **Jahresfrist** des § 48 Abs. 4 VwVfG ist zu beachten (vgl. § 49 Abs. 2 Satz 2 VwVfG). Es kann ein **Anspruch auf Entschädigung** gegeben sein (§ 49 Abs. 6 VwVfG). Jedoch lässt § 49 Abs. 2 Satz 1 VwVfG den Widerruf des Verwaltungsakts nur mit Wirkung für die **Zukunft** zu. Die Rückzahlung von Subventionen könnte daher nach diesen Vorschriften nicht verlangt werden. § 49 Abs. 3 VwVfG enthält deshalb eine – ergänzende – Regelung über den Widerruf eines VA über eine **Geld- oder Sachleistung mit besonderer Zweckbestimmung der Leistung.** Die Besonderheit besteht darin, dass der Widerruf in diesen Fällen auch mit **Wirkung für die Vergangenheit** zugelassen ist.

Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte



4) Aufhebungsverfahren

Rücknahme und Widerruf erfolgen durch einen **neuen (rechtsgestaltenden) Verwaltungsakt.** Materieller Regelungsgehalt ist die (teilweise oder gänzliche) Aufhebung des zu prüfenden Verwaltungsakts. Das Verfahren zum Erlass des Aufhebungs-VA ist daher ein **eigenständiges Verwaltungsverfahren,** welches nach Maßgabe der §§ 9 ff. VwVfG formell korrekt abzuwickeln ist. Dies bedeutet, dass auch die Regelungen über Zuständigkeit, Form und Verfahren (erneut) zu beachten sind.
Die nachfolgenden Schemata sollen als Hilfe für einen sinnvollen Aufbau, nicht als bindende Vorgabe für zwingend in jeder Klausur zu behandelnde Punkte verstanden werden. Es kommt in einer Klausur darauf an, Schwerpunkte dort zu setzen, wo Voraussetzungen wirklich fraglich sind, dafür dann an anderer Stelle Punkte kurz oder auch gar nicht anzusprechen. Niemand sollte beweisen (müssen), dass man ein Schema auswendig lernen und fehlerfrei reproduzieren kann.
Grundlage der Darstellung ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, die aber weitgehend der des Bundsrechts und damit auch der Lage in anderen Bundesländern entspricht, die sich am Bundesrecht orientiert haben.

B. Prüfungsschemata

I. Zu prüfende Rechtsgrundlage bestimmen

An dieser Stelle soll keine (schriftliche) Vorprüfung erfolgen, sondern nur die Grundlage für die folgende Prüfung benannt werden, z.B. mit der Formulierung „Als Grundlage für eine Aufhebung des Subventionsbescheides kommt § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG in Betracht." Es geht hier nur darum, für die folgende (formelle und materielle) Prüfung der Rechtmäßigkeit des (geplanten oder bereits erfolgten) Aufhebungs-VA die passenden (Spezial-)Vorschriften ins Visier zu nehmen. Geht es z.B. um die Aufhebung einer Gaststättenerlaubnis, so ist § 15 GastG zu berücksichtigen, außerdem z.B. in NRW § 20 Abs.1 Satz 1 OBG, der für die „Zurücknahme einer rechtlich vorgesehenen ordnungsbehördlichen Erlaubnis" die Schriftform vorschreibt.

Soweit die Behörde im Klausur-Fall bereits eine Grundlage benennt, sollte hiervon ausgegangen werden. Ansonsten sollte die Grundlage genommen werden, die zum aufzuhebenden VA passt (rechtmäßig/rechtswidrig, begünstigend/nicht begünstigend).

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Aufhebung

1. Zuständigkeit

Grundsatz: Die Behörde, die den aufzuhebenden VA erlassen hat, ist auch für die Aufhebung zuständig.
Besonderheit: Bei **Änderung** der **örtlichen** Zuständigkeit ergibt sich diese aus § 48 V VwVfG NRW bzw. § 49 V VwVfG NRW (insbesondere, wenn die örtl. Zuständigkeit an den Wohnsitz des Beteiligten anknüpft). Fehlen spezielle Regelungen zur **sachlichen Zuständigkeit,** so ist diejenige Behörde zuständig, die im Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsakts sachlich zuständig wäre. Diese Behörde ist demgemäß auch befugt, den von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassenen rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben (BVerwG, NJW 2000, 1512).

2. Form

Formfreiheit gem. § 37 II VwVfG NRW, es sei denn Ordnungsverfügung i.S.v. § 20 OBG; vertretbar: gleiche Form wie aufzuhebender VA nötig, falls dieser schriftlich erging.

3. Verfahren

a) Anhörung gem. § 28 VwVfG NRW, wenn Aufhebung Eingriffscharakter hat; begünstigende Verwaltungsakte begründen auch dann eine Rechtsposition des Beteiligten, wenn sie rechtswidrig sind, z.B. weil sie durch Täuschung erschlichen wurden. Auch dann liegt somit bei der – aus Sicht der Behörde berechtigten und vom Gesetzgeber in § 48 II 4 VwVfG sogar verlangten – Aufhebung ein Eingriff in die Rechte des Begünstigten vor.

b) Begründung gem. § 39 VwVfG NRW bei schriftlichem VA

c) sonstige Verfahrensvorschriften, z.B. §§ 20, 21 VwVfG NRW

d) Bekanntgabe gem. § 41 VwVfG

Ausführungen zu 2. und 3. sind nur sinnvoll, wenn im Sachverhalt bereits eine Aufhebung erfolgt und somit zu prüfen ist. Wenn nur die Möglichkeit einer Aufhebung zu prüfen ist, muss auch nur die Zuständigkeit real vorliegen; eine Prüfung von Form und Verfahren wäre dann rein hypothetisch.

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Aufhebung

An dieser Stelle wird nur auf die (allgemeinen) Regelungen im VwVfG eingegangen.
Alternative Möglichkeiten einer rechtlichen Grundlage:

1) § 48 I 1 VwVfG NRW bei nicht begünstigendem VA

- VA (*aufzuhebende* Regelung – AusgangsVA)
- rechtswidrig (formell und/oder materiell)
- nicht begünstigend (→keine Einschränkungen aus Abs. 2–4)
- Ermessen (Aspekte z.B. : Bestandskraft ja/nein, Vertrauen Dritter, Schwere der Rechtswidrigkeit)

Rechtsfolge: Rücknahme ganz oder teilweise, für die Zukunft oder die Vergangenheit (soweit mgl.)

2) § 48 I 1 VwVfG NRW bei begünstigendem VA

- VA (*aufzuhebende* Regelung – AusgangsVA)
- rechtswidrig (formell und/oder materiell)
- begünstigend (§ 48 I 2 VwVfG NRW →Einschränkungen aus Abs. 2–4)
- bei **Geldleistungen** u.ä.: Abs. 2 und Abs. 4
  - darf nicht zurückgenommen werden bei **Vertrauen** (i.d.R. durch Erhalt der Leistung) und **Schutzwürdigkeit** (regelmäßig gegeben bei Verbrauch/ Disposition, ausgeschlossen in den Fällen des Satz 3 Nrn. 1–3; Interessenabwägung nötig, wenn kein Ausschluss nach Satz 3)
  - regelmäßig Rücknahme für die Vergangenheit bei Abs. 2 Satz 3.
  - Frist Abs. 4 (1 Jahr nach Kenntnis aller Umstände – Entscheidungsfrist)
  - Verhältnismäßigkeit (insbes. zur Rücknahme ganz oder teilweise)
  - Ermessen (soweit nicht bereits gebunden aus Abs. 2)
- bei **sonstigen Begünstigungen**: Abs. 3 und Abs. 4
  - Frist Abs. 4 (1 Jahr nach Kenntnis aller Umstände – Entscheidungsfrist)
  - Verhältnismäßigkeit (insbes. zur Rücknahme ganz oder teilweise, sofern teilbar)
  - Ermessen (nach h.M. Erwägungen wie zu Abs. 2, insbes. zum Vertrauen des Begünstigten)

3) § 49 I VwVfG NRW bei nicht begünstigendem VA

- VA (*aufzuhebende* Regelung – AusgangsVA)
- rechtmäßig (formell und materiell) – analoge Anwendung bei rechtswidrigem VA möglich
- nicht begünstigend (Definition aus § 48 I 2 VwVfG NRW)
- Ermessen (Aspekte z.B.: Bestandskraft ja/nein, Vertrauen Dritter, evtl. Pflicht zum Erlass derartiger Regelung – gebundener VA)

4) § 49 II Nr. 1 – 5 VwVfG NRW bei begünstigendem VA

- VA (*aufzuhebende* Regelung – AusgangsVA)
- rechtmäßig (formell und materiell) – analoge Anwendung bei rechtswidrigem VA möglich
- begünstigend (Definition aus § 48 I 2 VwVfG NRW)
- Abschließende Aufzählung Nrn. 1 – 5
  - zu Nr. 1: Vorbehalt allein ist nicht Widerrufsgrund
  - zu Nr. 2: Rechtswidrigkeit der Auflage steht Widerruf nicht entgegen, wenn bestandskräftig, es sei denn, dass Ermessensreduzierung auf Null zur Rücknahme der Auflage zwingt
  - zu Nr. 3: Änderung der Tatsachen gegenüber Situation bei Erlass des VA, nicht nur neue Erkenntnis über „alte" Tatsachen (→ VA rechtswidrig, wenn Behörde bei Erlass des VA objektiv Fehler begangen hat).
  - zu Nr. 4: nicht bei bloßer Änderung der Rechtsprechung
- Frist: § 49 II Satz 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 (1 Jahr nach Kenntnis aller Umstände – Entscheidungsfrist)
- Verhältnismäßigkeit (insbes. zum Widerruf ganz oder teilweise)
- Ermessen (Aspekte z.B.: Bestandskraft ja/nein, Vertrauen des Begünstigten)

Rechtsfolge: Widerruf ganz/teilweise nur für die Zukunft

5) § 49 III VwVfG NRW bei begünstigendem VA

- VA (*aufzuhebende* Regelung – AusgangsVA)
- rechtmäßig (formell und materiell) – analoge Anwendung bei rechtsw. VA mgl.
- Geld-/Sachleistung
- Zweckverfehlung (bei Zweckbestimmung im VA) oder
- Verstoß gegen Auflage (vgl. Abs. 2 Nr. 2)
- Frist: § 49 II Satz 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 (1 Jahr nach Kenntnis aller Umstände – Entscheidungsfrist)
- Ermessen(Aspekte z.B.: Bestandskraft ja/nein, Vertrauen des Begünstigten)
- Verhältnismäßigkeit (insbes. zum Widerruf ganz oder teilweise)

Rechtsfolge: Widerruf ganz/teilweise für die Vergangenheit und/ oder die Zukunft

IV. Besonderheiten des Europarechts

Die Gewährung von Subventionen wird heute insbesondere maßgeblich durch europarechtliche Vorgaben (sog. EU-Beihilfeverfahren) beeinflusst. Nach Art. 108 AEUV wird die EU-Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfe so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Stellt die Kommission fest, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt ist, so entscheidet sie, dass der betreffende Staat sie aufzuheben oder umzugestalten hat. Eine Subvention (Beihilfe) ist demgemäß **formell rechtswidrig**, wenn die Kommission nicht oder nicht rechtzeitig unterrichtet wird. Darüber hinaus können Subventionen auch **materiell gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen**, wenn sie unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind, weil sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel mit den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (Art. 107 AEUV).

EU-Beihilfen werden nach nationalen Recht zurückgefordert, insbesondere also nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Allerdings überlagert auch hier das EU-Recht das nationale Recht, insbesondere die darin enthaltenen Einschränkungen unter Vertrauensschutzgesichtspunkten (§ 48 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2–4).
Bereits bei formeller Rechtswidrigkeit trägt der Beihilfen-Empfänger ein erhebliches Rückforderungsrisiko. Ist die staatliche Beihilfe ohne Kontrolle der EU-Kommission nach Art. 108 AEUV bewilligt worden, so tritt das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten regelmäßig zurück. Maßgeblich wird auf das **öffentliche Interesse der Europäischen Gemeinschaft an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung** abgestellt. Ist die Beihilfe auch materiell gemeinschaftswidrig, ist **Vertrauensschutz ausgeschlossen**.
Auch die **Fristregelung** des § 48 Abs. 4 VwVfG ist wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht anzuwenden. Ebenso dürfte regelmäßig der **Entreicherungseinwand** (§ 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG: Verbrauch der gewährten Leistung) das öffentliche Rücknahmeinteresse nicht entfallen lassen.

V. Entschädigungs- und Erstattungsansprüche

Etwaige Entschädigungs- und Erstattungsansprüche können sich nach folgendem Schaubild ergeben:

Entschädigung und Erstattung

- § 48 III Behörde an Begünstigten
- § 49 VI Behörde an Begünstigtn in Fällen von § 49 III 2 Nr. 3–5
- § 49a Begünstigter an Behörde bei Rücknahme/Widerruf ex tunc
  - Nicht bei Wegfall der Bereicherung (812 ff. BGB)
  - Doch bei Kennen/Kennenmüssen der Gründe für Aufhebung
  - Leistungsbescheid über Entschädigungspflicht enthält u. U. konkludente Aufhebung der Begünstigung

Wolfgang Mosbacher*

Der Bericht aus Berlin

– Gesetzgebung des Bundes 2013/2014 –

In den Berichtszeitraum zwischen April 2013 und März 2014 fällt diesmal eine Bundestagswahl. Das macht sich in zweierlei Hinsicht bemerkbar: Zum einen brachte der Bundestag kurz vor Ablauf der letzten Legislaturperiode noch zahlreiche Gesetze auf den Weg, die nicht alle, aber zum Teil den Bundesrat passierten. Zum anderen dauerte die Regierungsbildung nach der Bundestagswahl Ende September bis kurz vor Weihnachten, so dass faktisch die Arbeit an Gesetzentwürfen in den Bundesministerien erst Anfang 2014 begann. Denn erst nach der endgültigen Billigung durch die Koalitionsparteien Mitte Dezember 2013 lag mit dem Koalitionsvertrag die politische Grundlage für neue Gesetze vor.
Für die Verwaltungspraxis sind aus dem Berichtszeitraum[1] besonders erwähnenswert: das E-Government-Gesetz, das Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts, das Gesetz über das Altersgeld für freiwillige ausscheidende Bundesbeamte, das Gesetz zur vertraulichen Geburt sowie Änderungen des Bundesvertriebenen- und des Europawahlgesetzes.

Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government)

Dieses am 1. August 2013 in Kraft getretene Gesetz (BGBl. I 2013, 2749) dient vor allem der Verwaltungsmodernisierung durch den Einsatz der Informationstechnologie. Dadurch sollen zum einen rechtliche Grundlagen für eine stärkere Nutzung des Internets und elektronischer Dienste (E-Mail, De-Mail, elektronischer Personalausweis) in der Kommunikation zwischen Bürger und Verwaltung konkretisiert werden. Zum anderen werden auch behördenintern Modernisierungsvorgaben normiert wie die elektronische Akte oder Vorgaben für elektronische Prozessdokumentationen.
Grundgedanke des E-Government-Gesetzes ist es, wie *Schliesky* zutreffend formuliert hat, nicht bloß bestehende Verwaltungsstrukturen zu elektrifizieren, sondern IT als Katalysator für IT-bedingte Veränderungen der Organisation und des Verfahrens zu nutzen.[2] Das Artikelgesetz umfasst zwei wesentliche Regelungsmaterien: Zum einen werden in 28 Gesetzen und Verordnungen Schriftformerfordernisse um Alternativen informationstechnischer Art ergänzt z.B. durch De-Mail.[3] Zum anderen enthält Art. 1 das E-Government-Gesetz (EGovG) des Bundes. Das erste E-Government-Gesetz Deutschlands war in Schleswig-Holstein bereits 2009 in Kraft getreten.[4]
Das EGovG gilt nach § 1 fast für die gesamte Bundesverwaltung sowie für Länder und Kommunen beim Vollzug des Bundesrechts. Dieser Punkt war durchaus umstritten zwischen Bund und Ländern, letztlich hat man sich aber für die jetzige Fassung verständigt.[5] Dies ist zu begrüßen, weil nur somit ein innovativer Vollzug des gesamten Bundesrechts gewährleistet ist.[6] Die Ausstrahlungswirkung des E-Government-Gesetzes ist damit natürlich sehr viel größer.
Ein wesentliches Ziel des Gesetzes ist es, dass Bürger und Unternehmen Verwaltungsverfahren möglichst durchgehend elektronisch, also medienbruchfrei (ohne ständigen Wechsel zwischen elektronischer Verarbeitung – Ausdrucken – Einscannen – elektronisch ablegen) durchführen können. Teils durch verpflichtende Regelungen, teils durch „soll"-Regelungen zielt das E-Government-Gesetz darauf, dass alle wesentlichen Schritte eines Verwaltungsverfahrens elektronisch durchgeführt werden.
Das beginnt mit der Pflicht zur Bereitstellung von Informationen im Internet (§ 3). Quasi als zweiter wichtiger Schritt eines möglichen Online-„Bestellvorgangs" ist geregelt, dass Behörden mindestens an

* Ministerialrat Dr. *Wolfgang Mosbacher,* Berlin
1 Die Bundesgesetzblätter Nr. 16 bis 77 aus dem Jahr 2013, sowie Nr. 1 bis 10 aus dem Jahr 2014.

2 *Schliesky,* DVP 2013, 420 (422).
3 Diese Form einer besonders sicheren, aber kostenpflichtigen E-Mail wird inzwischen von den meisten deutschen E-Mail-Providern wie web.de, gmx.de oder T-Online angeboten; vgl. *Schulz,* DÖV 2013, 882 (887 f.).
4 Details bei *Schliesky,* DVP 2013, 420 (422).
5 Einen guten Überblick bietet *Schliesky,* DVP 2013, 420 (422f).
6 Vgl. *Müller-Terpitz/Rauschhaus* MMR 2013, 10 (11).

einem elektronischen Bezahlsystem teilnehmen müssen, falls in dem Verwaltungsverfahren Gebühren oder sonstige Forderungen anfallen, § 4 EGovG. Der Bürger hat das Recht, erforderliche Nachweise elektronisch einzureichen, es sei denn, etwas anderes ist rechtlich bestimmt oder die Behörde verlangt im Einzelfall die Vorlage eines Originals, § 5 Abs. 1 EGovG. Der nächste Schritt betrifft die Verwaltung intern: Die Behörden des Bundes sollen ihre Akten elektronisch führen, § 6 EGovG; dies wird in der Praxis mit Sicherheit zu größeren Umstellungen in den Abläufen, aber auch in den Mentalitäten oder Gewohnheiten der Mitarbeiter führen. Folgerichtig sollen die Bundesbehörden statt Papierdokumenten eine elektronische Fassung verakten und vor allem die vorhandenen Papierdokumente vernichten oder zurückgeben, § 7 EGovG. Für die praktische Arbeit der Behörden bedeutsam ist auch § 13 EGovG, der Regelungen zu elektronischen Formularen enthält: Satz 1 stellt klar, dass kein Schriftformerfordernis vorliegt, wenn dies nicht explizit in einer Rechtsnorm angeordnet wird; ein bloßes Unterschriftenfeld in einem vorgeschriebenen Formular reicht für die Annahme einer Schriftform nicht aus.[7] Schließlich ist zu betonen, dass das E-Government-Gesetz technikoffen ist, wie § 2 Abs. 1 EGovG zeigt: Als einfachste Form des elektronischen Zugangs ist z.B. eine E-Mail ausreichend.

Allerdings enthält das Artikelgesetz auch eine wichtige Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes zur Ersetzung der Schriftform in § 3a Abs. 2 VwVfG: Der Ersatz der Schriftform wird technologie- und binnenmarktoffen normiert. Zum einen werden die Verwendung von De-Mail und die elektronische Identitätsfunktion des neuen Personalausweises ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen, zum anderen können andere sichere Verfahren durch Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates bestimmt werden.

Schließlich enthält das Gesetz weitere zahlreiche Regelungen in Fachgesetzen und Verordnungen, um E-Government-Angeboten in einzelnen Rechtsgebieten zu verbessern oder zu erweitern. Ein konkretes Beispiel erleichterter Kommunikation und Transaktion ist etwa die ab dem 1. Januar 2015 geplante Eröffnung eines Online-Portals rund um die KfZ-An-, Um- und Abmeldung. Ab dem genannten Datum soll zunächst die Abmeldung online möglich sein.

Gesetz zur Strukturreform des Gebührenrechts des Bundes

Dieses sehr umfassende Gesetz (BGBl. I 2013, 3154) enthält eine fachübergreifende Strukturreform, denn bisher war das Verwaltungsgebührenrecht des Bundes in über 200 Gesetzen und Rechtsverordnungen zersplittert. Zudem bestanden teilweise rechtliche Unsicherheiten bei der Kalkulation der Gebühren, die in Folge verwaltungsgerichtlicher Aufhebungen zu erheblichen Rückerstattungsansprüchen führten. Ziel des Gesetzes ist es, mehr Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen und zugleich Bürokratie abzubauen.

Einem kurzen Überblick über das Gesetz vorausgeschickt sei, dass die Gesetzgebungskompetenz für das Gebührenrecht als Annexkompetenz der jeweiligen Sachkompetenz folgt. Der Bund regelt also z.B. Gebühren im Ausländerrecht, die Länder Gebühren im Bereich der Schulen.[8]

Kernbestandteil des umfangreichen Artikelgesetzes ist das Gesetz über Gebühren und Auslagen des Bundes (Bundesgebührengesetz, BGebG). Es fasst allgemeine Regelungen zum Gebührenrecht des Bundes zusammen und enthält eine zentrale Ermächtigungsgrundlage für die Gebührennormierung. Ziel dieses Vor-die-Klammer-Ziehens ist es, die Fachgesetze und -verordnungen von gebührenrechtlichen Regelungen zu entlasten. Bisherige fachrechtliche Bestimmungen sollen in einheitlich aufgebauten Besonderen Gebührenverordnungen gebündelt werden. Gleichzeitig wird das bislang stark verflochtene Gebührenrecht von Bund und Ländern stärker getrennt. Das erleichtert für die Verwaltungspraxis letztlich auch die Rechtsanwendung.

Das Gesetz schafft eine rechtssichere und nachvollziehbare Grundlage für die Kalkulation der Gebühren auf Grundlage des Kostendeckungsprinzips, vgl. § 9 BGebG. Eine praxisgerechte Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben zum Kostendeckungsprinzip wird durch die Allgemeine Gebührenverordnung der Bundesregierung gewährleistet, § 22 Abs. 3 BGebG.

Gesetz über das Altersgeld für ausscheidende Beamte, Richter und Soldaten

Dieses Gesetz (BGBl. I 2013, 3386) stellt eine bemerkenswerte Reform für das Beamtenrecht auf Bundesebene dar. Denn das Beamtenverhältnis ist grundsätzlich ein lebenslanges Verhältnis und kein „Lebensabschnittsgefährte." Als Ausdruck des verfassungsrechtlich verbürgten Alimentationsprinzips (Art. 33 Abs. 5 GG) gewährt der Dienstherr dem Beamten im Ruhestand eine Pension.

Baden-Württemberg war bei dieser Reform des Pensionsrechts Vorreiter und hat dies für die Landesbeamten bereits eingeführt. Bisher galt, dass Beamte, die freiwillig aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden, in der Rentenversicherung nachversichert werden. Der bis zum Ausscheiden erdiente Pensionsanspruch wurde also bisher umgewandelt in einen entsprechenden Rentenanspruch. Für die Dienststellen war das freiwillige Ausscheiden stets mit der sofortigen Zahlung einer bestimmten Summe in die Rentenversicherung verbunden.

Dies ändert sich nunmehr, da der freiwillige ausscheidende Bundesbeamte, -richter oder Berufssoldat seinen Pensionsanspruch „mitnehmen" kann. Er erhält dann bei Erreichen der Regelaltersgrenze – also ab 2029 mit 67 Jahren – einen eigenen Pensionsanspruch, der neben mögliche andere Ansprüche aus der Rente tritt.

Anspruchsvoraussetzung ist, dass der Beamte mindestens 7 Jahre im Dienst war, davon 5 Jahre im Bundesdienst, § 3 Abs. 1 Altersgeldgesetz. Das Altersgeld wird um 15 % reduziert gegenüber dem normaler Weise in der Dienstzeit erdienten Pensionsanspruch. Dieser Abschlag soll falsche Anreize und einen Abgang von sehr guten Beamten verhindern. Allerdings hat der ausscheidende Beamte ein Wahlrecht, d.h. er kann sich auch nachversichern lassen in der Rente. Das Gesetz ist am 29. August 2013 in Kraft getreten.

Gesetz zur Hilfe für Schwangere und zur vertraulichen Geburt

Dieses Gesetz (BGBl. I 2013, 3458) stellt mit dem Inkrafttreten am 1. Mai 2014 eine konkrete Hilfsmaßnahme des Gesetzgebers dar, um für Schwangere in Notsitutationen einen Ausweg aufzuzeigen. Daher wird gesetzlich eine Ausnahme zu dem allgemeinen und auch ethisch außer Frage stehenden Grundsatz normiert, dass Eltern für ihre Kinder und insbesondere für deren physisches und psychisches Wohl zu sorgen haben. Auch das Grundgesetz spricht in Art. 6 Abs. 2 GG nicht nur von einem natürlichen Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder, sondern auch von der „zuvörderst ihnen obliegende[n] Pflicht." Das Elternrecht ist also nicht nur Abwehrrecht gegenüber dem Staat, sondern Art. 6 Abs. 2 GG enthält auch die Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder zu erziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat die bestehenden Rechte und Pflichten zu einer

7 Einzelheiten zu den (elektronischen) Formularen und dem Schriftformerfordernis im Gesetzentwurf, BT-Drs. 11/11473, S. 73f.

8 *Waldhoff*, JuS 2013, 765 (766).

„Elternverantwortung" zusammengezogen.[9] Die Lebenswirklichkeit zeigt jedoch, dass es (gerade gewordene) Eltern gibt, die ihrer elterlichen Verantwortung – aus welchen Gründen auch immer – nicht gerecht werden können. Daher sind in den letzten Jahren quer über Deutschland verteilt Baby-Klappen entstanden, damit verzweifelte Eltern oder alleinstehende Mütter ihre Kinder nicht einfach aussetzen, sondern in einem Krankenhaus anonym abgeben können.

Das Gesetz zur vertraulichen Geburt setzt noch früher an und zielt auf Schwangere in der letzten Phase der Schwangerschaft. Es möchte der in Not befindlichen Schwangeren einen andere Hilfeform anbieten: die vertrauliche Geburt. Nach einer Studie werden jährlich zwischen 20 und 35 Babys direkt nach der Geburt ausgesetzt oder getötet.[10] Um dies zu verhindern, wird die vertrauliche Geburt nunmehr auf eine rechtssichere Grundlage gestellt. Bei der gesetzlichen Regelung werden das Anonymitätsinteresse der Schwangeren, das Recht des Kindes, seine Herkunft zu kennen, sowie die Möglichkeit zur Adoption in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht.

Kernbestandteil des Gesetzes ist die Möglichkeit nach §§ 25, 26 SchwangerschaftskonfliktG, dass eine schwangere Frau ihr Kind in einem Krankenhaus vertraulich gebärt. Entscheidet sich eine Frau nach einer Beratung für diesen Weg, gibt sie einer Beratungsstelle statt ihres richtigen Namens ein Pseudonym mit Vor- und Nachnamen an. Zudem wählt sie einen Vornamen für das Kind. Der Beratungsstelle teilt die Mutter auch ihren richtigen Namen und ihre Adresse mit und zeigt einen Identitätsnachweis. Diese Angaben dienen dazu, den Herkunftsnachweis für das Kind zu erstellen, der in einem verschlossenen Umschlag nicht beim Standesamt, sondern zentral beim Bundesamt für Familien und zivilgesellschaftliche Aufgaben aufbewahrt wird, §§ 26, 27 SchwangerschaftskonfliktG. Die Mutter muss den Namen des Vaters nicht offenbaren.[11]

Mit dem 16. Geburtstag hat das vertraulich geborene Kind den Anspruch, den beim Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben zentral verwahrten Herkunftsnachweis einzusehen (Einsichtsrecht), § 31 Abs. 1 SchwangerschaftskonfliktG.

Schließlich enthält das Gesetz noch Änderungen im Staatsangehörigkeitsrecht, im Melderecht, im Personenstandsgesetz und des BGB. Wichtig ist die neue Regelung des § 1747 Abs. 4 BGB im Familienrecht, nach welcher der Aufenthalt der Mutter eines vertraulich geborenen Kindes als unbekannt gilt. Dadurch wird klargestellt, dass für eine Adoption nach § 1747 Abs. 1 BGB keine Einwilligung der Mutter erforderlich ist.

Änderung des Bundesvertriebenengesetzes

Das Bundesvertriebenengesetz (BVFG) konkretisiert die verfassungsrechtliche Bestimmung des Art. 116 Abs. 1 GG, wonach auch die Flüchtlinge oder Vertriebenen deutscher Volkszugehörigkeit und deren Ehegatten sowie Abkömmlinge, die im Gebiet des Deutschen Reiches in den Grenzen vom 31.12.1937 Aufnahme gefunden haben, Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sind. Mit dieser Regelung hat die Bundesrepublik Deutschland Verantwortung nicht nur für die Deutschen aus den Ostgebieten des früheren Reiches, sondern auch für das Schicksal der in Ost- und Südosteuropa lebenden deutschen Minderheiten übernommen.

Heute regelt das BVFG im Wesentlichen die Aufnahme von Spätaussiedlern und ihren Familienangehörigen. Daneben enthält das BVFG auch Bestimmungen, die der Integration dieser Gruppe sowie der Pflege des Kulturguts der Vertriebenen und Flüchtlinge und der Förderung der wissenschaftlichen Forschung hierzu dienen. Die hier besprochene Änderung des Bundesvertriebenengesetzes (BGBl. I 2013, 3554) betrifft die spätere Aufnahme von Ehegatten oder Abkömmlingen in den Aufnahmebescheid des Spätaussiedlers; bisher wurde von ersteren der Nachweis des Besitzes von Grundkenntnissen der deutschen Sprache vor der Ausreise aus dem Aussiedlungsgebiet verlangt. Die neu eingeführte Härtefallregelung in § 27 Abs. 2 BVFG zur Einbeziehung des Ehegatten oder Abkömmlings in den Aufnahmebescheid eines Spätaussiedlers ermöglicht Ausnahmen von den geforderten Deutschkenntnissen. Damit erhält das Bundesverwaltungsamt mehr Flexibilität bei der Rechtsanwendung.

Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes

Mit diesem Gesetz (BGBl. I 2013, 3749) hatte der Gesetzgeber vor allem versucht, eine 3%-Hürde für Europawahlen einzuführen, nachdem das Bundesverfassungsgericht 2011 die 5%-Hürde für die Wahlen zum Europäischen Parlament für verfassungswidrig erklärt hatte. Das Bundesverfassungsgericht war 2011 für viele überraschend von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewichen und hatte die Fünf-Prozent-Klausel gekippt.[12] Die Entscheidung fiel 2011 mit 5:3 Stimmen.

Nach dem Urteil von 2011 hatte der Gesetzgeber 2013 das Europawahlgesetz in mehreren Punkten geändert und vor allem eine 3%-Klausel eingeführt. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil erneut in einer knapp ergangenen 5:3-Entscheidung auch die 3%-Hürde für verfassungswidrig erklärt.[13] Das Bundesverfassungsgericht begründet seine Entscheidung damit, dass der schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht zu rechtfertigen sei. Das Bundesverfassungsgericht lässt eine Hintertür offen, indem es nicht ausschließt, dass der „Gesetzgeber angesichts veränderter Umstände eine ehemals bestehende, sodann jedoch aufgehobene Sperrklausel" einführt, „sei es in gleicher, sei es in anderer verfassungsrechtlich – namentlich vor dem Hintergrund der Gewährleistung der Mitwirkung der politischen Parteien an der politischen Willensbildung in Art. 21 Abs. 1 GG – nicht zu beanstandender Höhe." Kritisch am Urteil zu sehen ist allerdings, in welcher Weise das Gericht etwa die parlamentarische Praxis der Fraktionen im Europaparlament sieht. Es ist durchaus fraglich, ob allgemeine Aussagen wie „Auch wenn die Integrationskraft der Fraktionen im Europäischen Parlament nicht überbewertet werden darf …" verifizierbar sind und die Argumentationskraft des Gerichts durch eine solche eher soziologisch anmutende Analyse des Binnenlebens der Fraktionen in einem direkt gewählten Parlament steigt. Man darf gespannt sein, ob nach der Europawahl im Mai 2014 und dem dann erfolgenden Einzug kleinerer Parteien aus Deutschland in das Europaparlament erneut eine Diskussion um eine Sperrklausel aufkommen wird.

Daneben wurden aber noch andere Änderungen vorgenommen, die ab dieser Europawahl gelten: Die Anzahl der deutschen Europaabgeordneten wurde aufgrund europarechtlicher Vorgaben von 99 auf nunmehr 96 reduziert. Zudem hat der Gesetzgeber die weitergehenden Rechtsschutzmöglichkeiten, welche für die Bundestagswahl in der abgelaufenen Legislaturperiode eingeführt wurden, auch auf die Europawahlen übertragen. Damit können Vereinigungen, die vom Bundeswahlausschuss zurückgewiesen wurden, vor der Europawahl Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.

9 BVerfG 107, 150 (169); *Schmitt-Kammler/von Coelln* in: Sachs, GG, 2009, Art. 6 Rnr. 47.
10 Vgl. BT-Drs. 17/13062, S.1.
11 *Schwedler,* NZFam 2014, 193.
12 Kritisch etwa *Grzeszick,* EuR 2012, 667.
13 BVerfG, NVwZ 2014, 439.

Fred Jüngerich*

Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz**

Ausschließungsgründe, Aussetzung von Ratsbeschlüssen, Beanstandungsrecht der Kommunalaufsichtsbehörde

Sachverhalt

Ortsbürgermeister S der Ortsgemeinde H in der Verbandsgemeinde A hatte die Mitglieder des Ortsgemeinderats zu der am 24.10.2013 stattfindenden Ortsgemeinderatssitzung form- und fristgerecht gemäß § 34 GemO eingeladen.
Die Tagesordnung sah unter Punkt 4 der öffentlichen Sitzung das Thema „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage" und unter Punkt 11 der nichtöffentlichen Sitzung „Vertragsangelegenheiten" vor.
Zur Sitzung erschienen der Ortsbürgermeister und 7 weitere Ratsmitglieder, darunter der Erste Beigeordnete WL und der weitere Beigeordnete R sowie das Ratsmitglied W und das Ratsmitglied V.
Die gesetzliche Zahl der Ratsmitglieder in der Ortsgemeinde H beträgt, einschließlich des Ortsbürgermeisters, 9 Ratsmitglieder.
Der Ortsgemeinderat war damit beschlussfähig.

Einige Tage nach erfolgter Sitzung bat Ortsbürgermeister S die VG-Verwaltung A, die von ihm vorbereitete Sitzungsniederschrift anzufertigen. Er überreichte einige Unterlagen, aus denen sich unter anderem Folgendes ergab:

Tagesordnungspunkt 4
„Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage"
Information:
Am Donnerstag, 03.10.2013, ist im hinteren Teil unserer Rasensportanlage ein großer Baum umgefallen. Dadurch wurde der Ballfangzaun in diesem Bereich stark beschädigt. Für die erforderliche Instandsetzung dieser Zaunanlage legt der Ortsbürgermeister jeweils ein Angebot der Firma R (Ergänzung durch den Verfasser: Firmeninhaber ist zugleich der weitere Beigeordnete R) und der Firma O Draht und Zaun GmbH vor.
Laut Angebot der Firma R vom 20.10.2013 betragen die Instandsetzungskosten 4.046,00 € inkl. 19 % MwSt. Das Angebot der Firma O Draht und Zaun GmbH vom 22.10.2013 weist einen Angebotspreis von 3.372,28 € inkl. 19 % MwSt. aus und ist 14 Tage gültig.

Beschluss:
Der Ortsgemeinderat ermächtigt den Ortsbürgermeister, den Auftrag für die erforderlichen Instandsetzungsmaßnahmen des hinteren Ballfangzauns der Rasensportanlage an die mindestbietende Firma O Draht und Zaun GmbH laut vorliegendem Angebot vom 22.10.2013 zu vergeben.

Abstimmungsergebnis: einstimmig (7 Ja-Stimmen, 1 Stimmenthaltung).

Auf Nachfrage der VG-Verwaltung A erklärte Ortsbürgermeister S, dass es sich bei der einen Stimmenthaltung um die Stimmabgabe des weiteren Beigeordneten R gehandelt habe.

Tagesordnungspunkt 11
„Vertragsangelegenheiten"
Information:
Die Grundstücke im Eigentum der Ortsgemeinde H, Flur 13, Flurstück 2 (0,8311 ha) und Flur 16, Flurstück 48 (0,1569 ha), stehen zum 01.11.2013 zur weiteren Verwendung zur Verfügung.
Der Pachtvertrag über die beiden o.g. Grundstücke wurde zum 31.10.2013 schriftlich (Einschreiben mit Rückschein) am 13.03.2013 gekündigt. Ein Widerspruch gegen die Kündigung des bisherigen Pächters, V, ist nicht erfolgt.
Für das Grundstück Flur 13, Flurstück 2, kann ein Landpachtvertrag mit dem (neuen) Pächter, Herrn MW, abgeschlossen werden.
Das Grundstück Flur 16, Flurstück 48, wird zunächst nicht verpachtet. Es soll der Ortsgemeinde zum Anlegen einer Streuobstwiese zur Verfügung stehen. Daher kann derzeit keine endgültige Entscheidung getroffen werden.

Beschluss:
Zwecks Bildung rationeller Bewirtschaftungseinheiten in der Landwirtschaft nach den Förderrichtlinien des Landes Rheinland-Pfalz wird ein Landpachtvertrag für das Grundstück der Ortsgemeinde H, in der Gemarkung H, Flur 13, Flurstück 2, Größe 0,8311 ha, zum jährlichen Pachtpreis von 58,18 € (auf Basis von 70 €/ha) mit dem Pächter MW abgeschlossen. Die Pachtdauer läuft zunächst ein Jahr für die Zeit vom 01.11.2013 bis 31.10.2014, und das Pachtverhältnis besteht danach auf unbestimmte Zeit weiter, solange es nicht vom betreffenden Verpächter oder Pächter innerhalb einer Frist von drei Monaten zum Ende des jeweiligen Pachtjahres schriftlich gekündigt wird.

Abstimmungsergebnis: 3 Ja-Stimmen, 2 Nein-Stimmen, 3 Stimmenthaltungen

Auf Nachfrage der VG-Verwaltung A erklärte Ortsbürgermeister S, dass Ratsmitglied W der Vater des neuen Pächters MW sei. Er erklärte des Weiteren, dass der bisherige Pächter V und das Ratsmitglied V ein und dieselbe Person seien und dass dieser zu Tagesordnungspunkt 11 mit „Nein" gestimmt habe. Letztlich erklärte Ortsbürgermeister S, dass sich das Ratsmitglied W, als einer von Dreien, der Stimme enthalten habe.

Rechtliche Würdigung

Zu Tagesordnungspunkt 4
„Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage"
Es könnten rechtliche Bedenken wegen Vorliegens von Ausschließungsgründen für den weiteren Beigeordneten R bestehen.

---

* Verbandsgemeindeverwaltungsrat *Fred Jüngerich* ist Büroleiter der Verbandsgemeindeverwaltung Altenkirchen/Westerwald.

** Es handelt sich um die Hospitationsarbeit des Verfassers im Rahmen einer Fortbildungqualifizierung für das 4. Einstiegsamt (FQS A 14).

Gemäß § 22 Abs. 1 GemO dürfen Bürger und Einwohner, die ein Ehrenamt oder eine ehrenamtliche Tätigkeit ausüben, sowie hauptamtliche Bürgermeister und Beigeordnete nicht beratend oder entscheidend mitwirken,

1. wenn die Entscheidung ihnen selbst, einem ihrer Angehörigen im Sinne des Absatzes 2 oder einer von ihnen kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.

§ 22 GemO ist **tatbestandsmäßig** in folgende **Voraussetzungen** zu gliedern:

1. Betroffener Personenkreis
2. Persönliche Voraussetzungen
3. Sachliche Voraussetzungen

1. Betroffener Personenkreis:
Die Person muss als Bürger oder Einwohner ein Ehrenamt oder eine ehrenamtliche Tätigkeit für die Gemeinde ausüben.
Der weitere Beigeordnete R ist Bürger der Ortsgemeinde H im Sinne des § 13 Abs. 2 GemO; die einzelnen Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nrn. 1-3 GemO liegen kumulativ vor (dies war der VG-Verwaltung A bekannt).
Das Amt des weiteren Beigeordneten der Ortsgemeinde H ist ein Ehrenamt im Sinne des § 18 GemO; (§ 18 Abs. 1 Satz 1 HS 2 GemO: „Die Verpflichtung gilt nicht für das Ehrenamt des Bürgermeisters, der Beigeordneten, …, der Ratsmitglieder, … pp.“).

2. Persönliche Voraussetzungen:
Zu den persönlichen Voraussetzungen zählt das Gesetz unter anderem die sogenannte Selbstbetroffenheit („… wenn die Entscheidung ihnen selbst, …“).
Selbstbetroffenheit (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO) führt -bei Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen- zu einem Mitwirkungsverbot für die davon erfassten Personen.
Der weitere Beigeordnete R führt als Einzelunternehmer einen gewerblichen Betrieb, der sich unter anderem auf die Anlage von Zäunen spezialisiert hat.
Durch die Entscheidung zu Tagesordnungspunkt 4 „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage“ konnte der weitere Beigeordnete R als Selbstbetroffener evtl. einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erhalten. Er ist insbesondere nicht als Vertreter einer juristischen Person tätig, sondern vielmehr für sich selbst, als natürliche Person in Form des Einzelunternehmers.

3. Sachliche Voraussetzungen:
Die sachlichen Voraussetzungen ergeben sich aus den Begriffen des möglichen, unmittelbaren Vor- oder Nachteils (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO) und des unmittelbaren persönlichen oder wirtschaftlichen Interesses (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO). Letzteres kommt im vorliegenden Fall offenkundig nicht zum Tragen, da die Buchstaben a) bis c) sämtlich nicht greifen.
Die Prüfung der sachlichen Voraussetzungen konzentriert sich also auf den unmittelbaren Vor- oder Nachteil im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO.
Vor- oder Nachteil ist jede Auswirkung für den Betroffenen, die ihn besser oder schlechter stellt (Rn. 2.3.2 zu § 22 GemO, KVR RP).
Die Entscheidung, wer den Auftrag zur Instandsetzung des Ballfangzauns der Rasensportanlage erhielt, hatte sehr wohl einen Vor- bzw. Nachteil für den weiteren Beigeordneten R. Er hat ein wirtschaftliches Interesse daran, den Auftrag zur Instandsetzung des Ballfangzauns zu erhalten, da er hierdurch seinen Gewerbebetrieb gewinnmaximierend stärken kann.

Fraglich ist, ob auch Unmittelbarkeit vorlag.
Zum Teil wird aus dem Merkmal der Unmittelbarkeit gefolgert, es müsse eine direkte Kausalität zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem Eintritt des möglichen Vor- oder Nachteils vorliegen (formale Theorie) (Rn. 2.3.4.1 zu § 22 GemO, KVR RP). Der hessische VGH hat mit Urteil vom 03.10.1981 hierzu ausgeführt: „Ein Vorteil oder Nachteil ist stets dann unmittelbar, wenn die Entscheidung ohne Hinzutreten eines weiteren Umstands eine natürliche Person direkt berührt.“
Es gibt andere Theorien, z.B. die teleologisch-funktionale Interpretation, die auf den Empfängerhorizont eines Gemeindebürgers, der evtl. als Zuhörer an der Sitzung teilnimmt, abstellt. Man müsse fragen, welchen Eindruck es auf den Beobachter des kommunalen Entscheidungsprozesses mache, wenn gerade dieses – evtl. in seinen Interessen tangierte –Ratsmitglied mitwirke (Rn. 2.3.4.3 zu § 22 GemO, KVR RP).
Es mag dahin gestellt bleiben, welcher Theorie sich vorliegend angeschlossen wird. An die Entscheidung des Ortsgemeinderats, wer die Instandsetzung des Ballfangzauns der Rasensportanlage vornehmen soll, schließt sich lediglich noch ein privatrechtlicher Ausführungsakt des Ortsbürgermeisters (Vertragsschluss mit dem Auftragnehmer) an. Die Entscheidung, wer letztlich den Auftrag erhalten soll, kann nach dem Ratsbeschluss nicht mehr umgestoßen werden.
Unmittelbarkeit liegt mithin vor.

Als **Rechtsfolge** ist festzustellen, dass der weitere Beigeordnete R von der Beratung und Entscheidung zu Tagesordnungspunkt 4 „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage“ hätte ausgeschlossen werden müssen. Er hätte im für Zuhörer bestimmten Teil des Sitzungsraums Platz nehmen müssen (§ 22 Abs. 4 GemO). Der Umstand, dass sich der weitere Beigeordnete R der Stimme enthalten hat – und Stimmenthaltungen zählen bei der Feststellung der Stimmenmehrheit gemäß § 40 Abs. 4 Satz 1 GemO nicht mit – ist unerheblich, da er bereits an der Beratung hätte nicht mitwirken dürfen. Außerdem ist auch eine Stimmenthaltung eine „Entscheidung“ im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 GemO, nämlich die Entscheidung, sich der Stimme zu enthalten.

Weitere Rechtsfolge:
Gemäß § 22 Abs. 6 Satz 1 GemO ist eine Entscheidung unwirksam, wenn sie unter anderem unter Mitwirkung einer nach Abs. 1 ausgeschlossenen Person ergangen ist. Gemäß Satz 2 dieser Norm gilt sie jedoch als von Anfang an wirksam, wenn nicht innerhalb von drei Monaten ihre Ausführung vom Bürgermeister ausgesetzt oder sie von der Aufsichtsbehörde beanstandet wird.
Folglich ist der unter Tagesordnungspunkt 4 „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage“ gefasste Beschluss unwirksam und bleibt es auch, sofern keine Heilung durch Zeitablauf gemäß § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO eintritt.

Zu Tagesordnungspunkt 11
„Vertragsangelegenheiten“
Hier ist ebenfalls die Problematik des § 22 GemO hinsichtlich der Ratsmitglieder V und W zu prüfen.
Das Ratsmitglied V erfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 22 GemO offenkundig hinsichtlich des betroffenen Personenkrei-

ses, da auch er als Bürger der Ortsgemeinde H ein Ehrenamt, nämlich das Ehrenamt des Ratsmitglieds (§ 13 Abs. 2 i.V.m. § 18 Abs. 1 Satz 1 HS 2 GemO), ausübt.

Bei der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen ist festzustellen, dass das Ratsmitglied V bis zum Ablauf des Pachtverhältnisses am 31.10.2013 der alte Pächter des in Rede stehenden Grundstücks war. Damit ist er gleichfalls Selbstbetroffener im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO.

Zu prüfen ist, ob auch die sachlichen Voraussetzungen, also ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil, bei Ratsmitglied V vorlagen. Wie bereits festgestellt, ist Vor- oder Nachteil jede Auswirkung für den Betroffenen, die ihn besser oder schlechter stellt (Rn. 2.3.2 zu § 22 GemO, KVR RP). Ratsmitglied V ist Haupterwerbslandwirt und auf die Bewirtschaftung eigener sowie angepachteter Flächen angewiesen, weil es unter anderem damit Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und auch Gewinne erzielt. Sofern nun ein anderer Pächter (MW) die bislang von Ratsmitglied V bewirtschaftete Fläche anpachtet, ist dies für V nachteilig, weil ihm diese Fläche für den landwirtschaftlichen Haupterwerbsbetrieb dann künftig nicht mehr zur Verfügung stünde.
Die Unmittelbarkeit ist ebenfalls augenscheinlich zu bejahen, weil sich auch hier, ebenso wie bei der Auftragsvergabe unter Tagesordnungspunkt 4, an die getroffene Ratsentscheidung lediglich noch ein privatrechtlicher Ausführungsakt (Pachtvertrag) durch den Ortsbürgermeister anschließt. Die Entscheidung, wer zu welchen Konditionen neuer Pächter wird, kann nicht mehr durch weiteren (Rechts-) akt beeinflusst werden.
Aus all dem folgt, dass das Ratsmitglied V gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO von der Beratung und Entscheidung zu Tagesordnungspunkt 11 „Vertragsangelegenheiten" hätte ausgeschlossen werden müssen. Da es sich um einen Punkt in nichtöffentlicher Sitzung handelte, musste es den Sitzungsraum verlassen (Umkehrschluss aus § 22 Abs. 4 GemO, wonach ein ausgeschlossenes Ratsmitglied berechtigt ist, bei einer öffentlichen Sitzung sich in dem für Zuhörer bestimmten Teil des Sitzungsraums aufzuhalten).

Bei Ratsmitglied W ist gleichfalls der betroffene Personenkreis als erster Tatbestand des § 22 GemO zu bejahen, da auch er als Bürger der Ortsgemeinde H ein Ehrenamt, nämlich das Ehrenamt des Ratsmitglieds, im Sinne von § 13 Abs. 2 i.V.m. § 18 Abs. 1 Satz 1 HS 2 GemO für die Ortsgemeinde H ausübt.

Hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen ist er zwar nicht selbst betroffen, jedoch soll die in Rede stehende Pachtfläche an seinen Sohn, MW, verpachtet werden.
Zu prüfen ist, ob der Sohn MW zu den „Angehörigen" im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 2 GemO gehört.
Gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GemO gehören zu den Angehörigen im Sinne des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Verwandte bis zum dritten Grade.
Nach § 1589 Abs. 1 Satz 3 BGB bestimmt sich der Grad der Verwandtschaft nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten. Somit ist der Vater mit dem Sohn (in gerader Linie) im ersten Grad verwandt, weil sie eine Geburt, nämlich die Geburt des Sohnes, verbindet.
Somit liegen die persönlichen Voraussetzungen durch familiäre Beziehung (Angehörige) vor.
Die sachlichen Voraussetzungen sind gegeben, sofern die Entscheidung des Ortsgemeinderats dem Angehörigen, also dem Sohn MW, einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann.
Hinsichtlich der Definitionen/Auslegungen zu dieser tatbestandlichen Voraussetzung, wird auf die vorherigen Prüfungen verwiesen.
Der Sohn des Ratsmitglieds W, MW, ist ebenfalls Haupterwerbslandwirt und hatte, gleichermaßen wie das Ratsmitglied V, je nach Ausgang der Entscheidung des Ortsgemeinderats, einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil im Sinne der Norm.
Mithin war auch das Ratsmitglied W von der Beratung und Entscheidung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO auszuschließen. Es hätte den Sitzungsraum verlassen müssen (Umkehrschluss aus § 22 Abs. 4 GemO bei nichtöffentlicher Sitzung).

Als weitere Rechtsfolge ergibt sich auch hier, dass der zu Tagesordnungspunkt 11 „ Vertragsangelegenheiten" gefasste Beschluss gemäß § 22 Abs. 6 Satz 1 GemO unwirksam ist und es auch bleibt, sofern keine Heilung durch Zeitablauf nach § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO eintritt.

Die VG-Verwaltung A hat Ortsbürgermeister S auf diese Rechtsfolgen sowie auf die Heilungsvorschrift hingewiesen.

Heilungsmöglichkeiten nach § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO

Nach § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO gilt eine Entscheidung, die unter Mitwirkung eines nach § 22 Abs. 1 GemO auszuschließenden Ratsmitglieds oder nach rechtswidrigem Ausschluss eines vermeintlich befangenen Ratsmitglieds zustande gekommen ist, von Anfang an als wirksam, wenn nicht innerhalb von drei Monaten ihre Ausführung durch den Bürgermeister ausgesetzt (§ 42 GemO) oder eine Beanstandung durch die Aufsichtsbehörde (§ 121 GemO) erfolgt ist. Die Heilungsmöglichkeit durch Fristablauf dient der Rechtssicherheit. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Heilungsmöglichkeit durch Fristablauf bestehen nicht (Rn. 7.6 zu § 22 GemO, KVR RP mit Verweis auf OVG RP, Urteil vom 09.10.1979 -10 C 17/79-).

Aussetzung von Beschlüssen nach § 42 GemO

Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GemO hat der Bürgermeister die Ausführung eines Beschlusses auszusetzen, wenn der Gemeinderat einen Beschluss gefasst hat, der nach Ansicht des Bürgermeisters die Befugnisse des Gemeinderats überschreitet, gesetz- oder rechtswidrig ist oder die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit verletzt oder eine Ausgabe beschlossen hat, für die keine Deckung im Haushaltsplan vorhanden ist. Das Gesetz nennt die Rechts- und Gesetzwidrigkeit und weitere, einzelne Tatbestände, die ebenfalls zur Rechtswidrigkeit führen. Beispielsweise ist ein Beschluss, der die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit verletzt, mit § 93 Abs. 3 GemO sowie mit den Bestimmungen der §§ 93 ff. GemO insgesamt nicht kompatibel und damit (auch) rechtswidrig.
Nach dem Wortlaut des § 42 Abs. 1 GemO hat der Bürgermeister bei Vorliegen der Voraussetzungen einen rechtswidrigen Gemeinderatsbeschluss auszusetzen. Er ist somit nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Legalitätsprinzip) zur Ausübung der ihm von § 42 Abs. 1 GemO eingeräumten Befugnisse verpflichtet (Rn. 3.2 zu § 42 GemO, KVR RP).
Wegen der Pflicht zur Aussetzung rechtswidriger Beschlüsse (§ 42 Abs. 1 GemO) ist der Bürgermeister verpflichtet, einem nach der Sitzung bei ihm eingehenden Hinweis auf Mitwirkung eines befangenen Ratsmitglieds oder auf rechtswidrigen Ausschluss eines (vermeintlich dem Mitwirkungsverbot unterliegenden) Ratsmitglieds

nachzugehen. Er handelt rechtswidrig, wenn er ohne Klärung dieses Hinweises den Beschluss ausführt und/oder den Fristablauf nach § 22 Abs. 6 Satz 2 abwartet (Rn. 7.6 zu § 22 GemO, KVR RP).

Voraussetzung die Ausführung eines Beschlusses durch den Bürgermeister auszusetzen ist zunächst, dass ein rechtswidriger Gemeinderatsbeschluss vorliegt.
Wie zuvor festgestellt, ist sowohl die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 4 „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage", wie auch die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 11 „Vertragsangelegenheiten" wegen Mitwirkung von nach § 22 Abs. 1 GemO auszuschließenden Ratsmitgliedern rechtswidrig.
Des Weiteren muss es sich um einen ausführbaren Gemeinderatsbeschluss handeln. Beschlüsse sind Akte der Willensbildung durch übereinstimmende Willenserklärung der in einem vorgegebenen Verfahren vorgeschriebenen Mehrheit von Mitgliedern eines Organs. Es handelt sich dabei um Willensbekundungen, die ein Handeln, Dulden oder Unterlassen der Gemeinde oder eines ihrer Organe zum Gegenstand haben (Rn. 2.1 zu § 42 GemO, KVR RP).
Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen wird als **Rechtsfolge** die „Ausführung" des Gemeinderatsbeschlusses ausgesetzt. Damit knüpft § 42 Abs. 1 GemO inhaltlich an § 47 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GemO an, der dem Bürgermeister die Ausführung der Beschlüsse des Gemeinderats und der Ausschüsse überträgt. Hieraus folgt, dass die Aussetzung einen ausführbaren, also einen vom Bürgermeister zu vollziehenden Gemeinderatsbeschluss voraussetzt. Diese Voraussetzung liegt bei Beschlüssen vor, welche erst durch einen Vollzugsakt des Bürgermeisters Außenwirkung entfalten. Ausführungshandlung kann demnach der Erlass eines Verwaltungsakts oder die Abgabe einer, einen Vertragsabschluss bewirkenden Willenserklärung des Bürgermeisters sein (Rn. 2.1 zu § 42 GemO, KVR RP). Auch kann es sich bei der Ausführungshandlung um die Ausfertigung und öffentliche Bekanntmachung einer Satzung handeln; auch Realakte (z.B. die Einholung von Informationen im Rathaus) sind als Ausführungshandlung denkbar.

Im vorliegenden Fall schlossen sich bei beiden Tagesordnungspunkten von Ortsbürgermeister S abzugebende Willenserklärungen an. Bei der Beschlussfassung über die Instandsetzung des Ballfangzauns lag die Ausführungshandlung des Ortsbürgermeisters darin, mit der Firma O Draht und Zaun GmbH einen Werkvertrag (§ 631 BGB) über die Reparatur des Zauns abzuschließen. Bei der Beschlussfassung über die Vertragsangelegenheiten lag die Ausführungshandlung des Ortsbürgermeisters darin, mit dem neuen Pächter MW einen Pachtvertrag im Sinne von § 581 BGB abzuschließen. In beiden Fällen waren also die hierfür erforderlichen zivilrechtlichen Willenserklärungen von Ortsbürgermeister S abzugeben. Somit handelt es sich in beiden Fällen um ausführbare, rechtswidrige Ortsgemeinderatsbeschlüsse.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht expressis verbis nicht hervor, dass der ausführungs- und damit aussetzungsfähige Beschluss noch nicht ausgeführt sein darf. Dies ergibt sich jedoch bereits aus dem Umkehrschluss der Formulierung, „… die Ausführung des Beschlusses auszusetzen …".
Ist der Beschluss bereits ausgeführt, ist eine Verweigerung der Vollziehung nicht mehr möglich (Rn. 5.3 zu § 42 GemO, KVR RP, 7.96 – Lukas).

Als die VG-Verwaltung A von den wegen Verstoß gegen § 22 GemO rechtswidrigen Ortsgemeinderatsbeschlüssen Kenntnis erlangte, teilte Ortsbürgermeister S sogleich mit, dass die jeweiligen Ausführungshandlungen sowohl zu Tagesordnungspunkt 4 „Instandsetzung Ballfangzaun der Rasensportanlage", als auch zu Tagesordnungspunkt 11 „Vertragsangelegenheiten", bereits ausgeführt seien. Der Auftrag zur Reparatur des Ballfangzauns an die Firma O Draht und Zaun GmbH sei bereits erteilt, der Werkvertrag also bereits abgeschlossen. Ebenfalls sei der Pachtvertrag über die landwirtschaftliche Nutzfläche bereits mit dem neuen Pächter MW abgeschlossen, da beide Vertragsparteien (MW und Ortsbürgermeister S, als gesetzlicher Vertreter der Ortsgemeinde H) den Pachtvertrag bereits unterzeichnet hätten.
Somit blieb für eine Aussetzung der beiden Ratsbeschlüsse als Rechtsfolge des § 42 Abs. 1 GemO sowohl durch Ortsbürgermeister S, als auch durch den Bürgermeister der Verbandsgemeinde A, der nach § 69 Abs. 2 GemO hinsichtlich der Aussetzung von Beschlüssen nach § 42 GemO die gleiche Rechte- und Pflichtenstellung hat wie der Ortsbürgermeister, kein Raum mehr.

Beanstandungsrecht nach § 121 GemO

Gemäß § 121 GemO kann die Aufsichtsbehörde einen Beschluss des Gemeinderates und seiner Ausschüsse sowie Maßnahmen der Gemeindeverwaltung, die das bestehende Recht verletzen, beanstanden und verlangen, dass sie innerhalb einer von ihr bestimmten Frist aufgehoben werden. Sie kann ferner verlangen, dass das aufgrund derartiger Beschlüsse oder Maßnahmen Veranlasste rückgängig gemacht wird.
Eine staatsaufsichtliche Beanstandung **setzt** stets die Verletzung des geltenden Rechts **voraus**. Der Begriff umfasst das öffentliche Recht in Form von Bundes- und Landesgesetzen, Verordnungen sowie Satzungen und Gewohnheitsrecht, ausgenommen ist das bürgerliche Recht (Rn. 2.1 zu § 121 GemO, KVR RP).
Im vorliegenden Fall verstoßen die Beschlussfassungen des Ortsgemeinderats H zu Tagesordnungspunkt 4 und Tagesordnungspunkt 11 gegen die Bestimmungen des § 22 GemO und damit gegen eine landesgesetzliche Regelung.
Die Staatsaufsicht nach §§ 117 ff. GemO ist eine Rechtsaufsicht, die sich auf den Bereich der kommunalen Selbstverwaltung erstreckt.
Inhaltlich betreffen die Tagesordnungspunkte 4 und 11 freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 GemO, zu deren Erfüllung die Ortsgemeinde H bereits durch die in
Artikel 28 Abs. 2 GG und Artikel 49 Absätze 1 und 3 LV verankerte Selbstverwaltungsgarantie berechtigt ist.
Voraussetzung für eine Beanstandung nach § 121 GemO ist zwar -im Vergleich zu § 42 GemO- insbesondere nicht, dass die Folgen des Beschlusses oder der Maßnahme noch rückgängig gemacht werden können oder dass der Beschluss überhaupt ausführbar ist (Rn. 2.2 zu § 121 GemO, KVR RP mit Verweis auf OVG RP, Urteil vom 01.07.1974, AS 13, 412).
§ 121 Satz 3 GemO verbietet allerdings, einen beanstandeten Beschluss auszuführen. Dieses Verbot kann aber nur gelten, wenn der Beschluss überhaupt ausführbar ist oder wenn er noch nicht ausgeführt ist. Ist er bereits ausgeführt, so sind die Folgen rückgängig zu machen, wenn dies die Aufsichtsbehörde fordert und wenn dies rechtlich und praktisch noch möglich ist
(Rn. 3.1 zu § 121 GemO, KVR RP).
Die Aufsichtsbehörde kann also auch gegen einen schon ausgeführten rechtswidrigen Beschluss vorgehen und ihn beanstanden. Dabei

muss sie aber abwägen. In der Abwägung kann die Kommunalaufsichtsbehörde zum Ergebnis kommen – falls z.B. Rechte Dritter bereits entstanden sind –, dass ein Einschreiten für die Gemeinde nachteiliger würde und sie deshalb von kommunalaufsichtlichen Maßnahmen absieht.
Wenn die Kommunalaufsichtsbehörde Kenntnis von der Rechtswidrigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses erlangt, kann sie diesen nach § 121 Satz 1 GemO **rechtsfolgend** beanstanden und nach Satz 2 der Vorschrift verlangen, dass die Folgen des bereits ausgeführten Beschlusses rückgängig zu machen sind. Bei Verstößen gegen § 22 GemO muss sie jedoch die Drei-Monatsfrist der Heilungsregelung des § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO im Auge behalten, denn die Aufsichtsbehörde kann nur gegen einen (noch) rechtswidrigen Beschluss vorgehen, das heißt, eine Heilung durch Fristablauf nach § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO darf noch nicht eingetreten sein.

Im vorliegenden Fall muss die Kommunalaufsichtsbehörde (Kreisverwaltung A) nun abwägen – Ortsbürgermeister S hat als vertretungsberechtigtes Organ der Ortsgemeinde H bereits zwei wirksame zivilrechtliche Verträge (Werkvertrag und Pachtvertrag) abgeschlossen. Ein etwaiges Verlangen der Aufsichtsbehörde auf Rückgängigmachung der durch die Ausführung der beiden Beschlüsse entstandenen Folgen hat seine natürlichen Grenzen in den rechtlichen Möglichkeiten der Ortsgemeinde H, dem nachzukommen. Ein solches Verlangen, welches im Übrigen, genau wie die Beanstandungsentscheidung selbst, als belastender Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG zu qualifizieren ist, könnte der Ortsgemeinde H ein rechtlich und/oder tatsächlich unmögliches Handeln auferlegen, wenn die Zaunanlage beispielsweise bereits repariert ist. Auch könnte ein solches Verlangen zu etwaigen Schadensersatzansprüchen zu Lasten der Ortsgemeinde H führen, wenn sie beispielsweise von dem Pachtvertrag mit dem neuen Pächter MW wieder Abstand nehmen müsste. Mithin spricht Vieles dafür, die beiden getroffenen Ratsentscheidungen in den Genuss der Heilungsvorschrift durch Fristablauf nach § 22 Abs. 6 Satz 2 GemO kommen zu lassen. Sodann würden sich zumindest die beiden von Ortsbürgermeister S geschlossenen Verträge auf eine wirksame Handlungsgrundlage stützen, und die Ortsgemeinde H wäre nicht – beispielsweise wegen künftiger Schadensersatzansprüche gegen sie – durch ein Einschreiten der Kommunalaufsichtsbehörde unverhältnismäßig hoch benachteiligt.

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.

Grünflächenmanagement

Es gibt in Deutschland keine Kommune ohne begrünte Flächen. Die Pflege des Straßengrüns, von Bäumen, Büschen, Blumen, Parkanlagen und Biotopflächen auf öffentlichem Grund und Boden ist seit jeher eine kommunale Aufgabe mit hohem Stellenwert für die Bevölkerung. Die Begrünung wirkt positiv auf Gesundheit und Wohlbefinden, Naturerleben und Stadtklima. Sie kann das Stadtbild verschönern und die Attraktivität für Touristen erhöhen.
Doch die Pflege des Straßengrüns kommt ohne Grünflächenmanagement nicht mehr aus. Erschwerte Lebensbedingungen durch bauliche Verdichtungen, zunehmende Verkehrsströme, Klimawandel und fremde Krankheitserreger berühren Wachstum und Qualität der Pflanzen. Planung und Entwicklung der Grünflächen auf weite Sicht, teilweise für Jahrzehnte, erfordern Know-how in der Pflanzenbiologie und im Garten- und Landschaftsbau, konkret in Bezug auf Baumkataster und Baumkontrolle, Laubaustrieb und Laubfall, Klima, insbesondere Fröste und Widerstandsfähigkeit von Gewächsen, historische und kulturelle, ökologische und ökonomische Bedingungen sowie rechtliche Verpflichtungen. Das Management muss kooperieren mit den Ämtern für Stadtentwicklung, Naturschutz und Landschaftspflege, mit Bauämtern, Fuhrpark, Sportstätten, Friedhöfen, Versorgungs- und Verkehrsunternehmen, Straßenreinigung, Abfallentsorgung, nicht zuletzt auch mit der Wirtschaftsförderung. Fach- und Finanzfragen sind mit politischen Entscheidungsträgern zu klären. Vom Grünflächenmanagement erwartet man eine effiziente Pflanzenbeschaffung, Auftragsvergabe, Personal- und Technikeinsatzplanung, (Plan- und Ist-)Kostenrechnung samt Ermittlung der Folgekosten sowie organisatorische Vorkehrungen gegen Unwetter.

Investitionen

Im allgemeinen Sprachgebrauch verbindet man damit vermögenswirksame Ausgaben. Diese sog. investiven Ausgaben unterscheiden sich von konsumtiven Ausgaben dadurch, dass Geld in Sach- oder Finanzvermögen umgewandelt wird, beispielsweise Grundstücke oder Wertpapiere gekauft werden. Bei öffentlichen Investitionen ist diese enge Begriffsbestimmung gebräuchlich. Investiert der Staat oder eine Stadt, wird die Ausgabe buchhalterisch erfasst und geht in die kameralistische Vermögensrechnung oder kaufmännische Bilanz ein. Es hängt aber von Zielsetzung und Gegenstand einer Investition ab, ob man diesen oder einen erweiterten Investitionsbegriff verwendet. Frage: Lohnt es sich für ein Land, in die eine oder andere Hochschule zu investieren? Für eine Antwort zieht man alle staatlichen investiven und konsumtiven Ausgaben heran, d.h. die Landesmittel für Gebäude, Sachausstattung, Personal, Forschungsprojekte, Lehrveranstaltungen,

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

Exkursionen usw. Die Investition erfasst in diesem Fall also auch die Finanzierung der Beamtenbesoldung und Angestelltenvergütungen, der Unterhaltungsaufwendungen, Verbrauchsmittel und Betriebskosten – keineswegs nur die vermögenswirksamen Ausgaben.
Der Investitionsbegriff kann noch erweitert werden. Wenn die öffentlichen Hände zusätzlich zur Hochschulfinanzierung (z.B. Bafög-) Mittel oder Stipendien für die Studierenden bereit stellen, dann wird in akademische Bildung rundum investiert. Es bietet sich deshalb an, sämtliche staatlichen Ausgaben beispielsweise für Hochschulbildung in Beziehung zu setzen zu den daraus resultierenden ökonomischen Nutzen. Stellt man in Unternehmen dem Kapitaleinsatz (im Nenner) den in einer bestimmten Periode, z.B. in einem Jahr erzielten Gewinn (im Zähler) mal 100 gegenüber, erhält man die Rendite (in Prozent). Bei staatlichen Bildungsinvestitionen muss man langfristig rechnen. Von ihnen profitieren die Studierenden und Absolventen lebenslang infolge qualifizierter Beschäftigung und höherer Einkommen in Form einer Bildungsrendite; zugleich auch die Wirtschaft durch Fach- und Führungskräfte, Innovationen und Wachstum sowie durch die Verwendung der Einkünfte für Lebenshaltung, Käufe, Mieten usw. Ein Teil kommt dem Staat durch finanzielle Rückflüsse (Steuern, Gebühren, Beiträge und Sozialabgaben) in Form einer fiskalischen Rendite zugute. Nach OECD-Schätzungen beträgt sie über neun Prozent.
Verallgemeinert man diesen Ansatz, erbringen grundsätzlich öffentliche Investitionsausgaben auf weite Sicht diverse Haushaltseinnahmen unmittelbar und über Multiplikatoreffekte mittelbar. Ausnahmen bestätigen die Regel, wenn die Finanzierung durch Engpässe leidet oder sich die Investitionen als Reinfall erweisen. Zusätzlich zu den fiskalischen Effekten und der Schaffung von Dienstposten für den staatlichen und kommunalen Eigenbedarf führen öffentliche Investitionen in die Aus- und Weiterbildung, durch öffentliche Aufträge und Subventionen zu Arbeitsplätzen und Beschäftigung in der Wirtschaft.

Politischer Journalismus

Im Mittelpunkt des politischen Journalismus stehen Informationen und Interpretation der für die Bevölkerung relevanten tagespolitischen und zeitgeschichtlichen Ereignisse und Aktivitäten von Regierungen, Parlamenten, Kommunen, Parteien und weiteren politisch tätigen Interessengruppen. Berichterstattung und Öffentlichkeitsarbeit sowie konstruktive und kritische Auseinandersetzung erfolgen überwiegend durch Regierungs- und Ministeriumssprecher, Beauftragte für Presse, Medien oder Öffentlichkeitsarbeit, (Chef-)Redakteure und Korrespondenten von Nachrichtenagenturen, Rundfunk und Zeitungen. Im Hintergrund leisten oft Redenschreiber und Lobbyisten „handwerkliche" Hilfestellung. Sie alle sind journalistisch tätig, aber keine Politiker. Es begegnen sich also administrativ gebundene und freie Journalisten, letztere freilich regelmäßig eingebunden in den (Redaktions-)Status ihres Arbeitgebers oder Vertragspartners.
Instrumente des politischen Journalismus bilden vor allem Bekanntmachungen, Pressearbeit, -gespräche und -konferenzen, Informationsschriften, Informationsfilme und andere audio-visuelle Medienberichte und Kommentare. Die Breite des politischen Arbeitsbereichs bringt es mit sich, dass je nach Gesellschafts-, Finanz-, Wirtschafts-, Umwelt-, Verteidigungspolitik usw. spezifisch kommuniziert wird.
Der politische Journalismus lebt mehr vom Konflikt als vom Konsens. Die beteiligten „Funktionäre" ringen um Meinungsmacht – zumindest in demokratisch verfassten Staaten. In unfreien Ländern ist der politische Journalismus auf regierungsamtliche Verlautbarungen beschränkt und wird hinter den Kulissen mediatisiert. Insoweit haben Kommunikations- und Politikwissenschaft ein weites und anfechtungsreiches Betätigungsfeld. Sie ergründen gesellschaftliche und staatliche Rahmenbedingungen und die Vorgehensweisen der Institutionen und Personen und deren Wirkungen auf Allgemeinheit, Großorganisationen, Meinungsführer und Regime. Aufklärende wissenschaftliche Erkenntnisse über politischen Journalismus erfüllen häufig die Funktion eines Ventils, wenn Pressionen allzu stark werden.

Städtepartnerschaften

Sie sind ein schönes Beispiel dafür, wie komplex die Welt ist und aus welcher differenzierten Sicht man sie betrachten kann. Für die Kommunalpolitik erweisen sich Städtepartnerschaften mit Gemeinden im Ausland als ein effektvolles Mittel zu den Zwecken Völkerverständigung, (gegebenenfalls) Versöhnung, Kulturaustausch, Bürgertourismus und (womöglich) Handelsbeziehungen. Die ersten Partnerschaften nach dem Zweiten Weltkrieg gehen auf die 1950er Jahre zurück. Bis heute tragen sie dazu bei, die Menschen einander näher zu bringen. Mit Städtepartnerschaften lassen sich gute Entwicklungen anbahnen: Neugier über andere Menschen und Lebensweisen befriedigen, Vorurteile abbauen, Sprachbarrieren verringern, Gastfreundschaft praktizieren bis hin zum Austausch von Schülern, Auszubildenden und sog. Städtebotschaftern, die ein Jahr lang in der jeweiligen Partnerschaft leben und arbeiten. Selbst Stadtverwaltungen können voneinander lernen. Nicht ganz ausschließbare politische, administrative und finanzielle Hürden nehmen Bürgerschaft und Gemeindevertretung in Kauf. Jedenfalls profitieren Kommunalpolitiker und die Stadt insgesamt von der partnerschaftlichen Zusammenarbeit mit einer ausländischen Kommune. Von den Repräsentanten der Landespolitik darf man oft nur eingeschränkte Zustimmung zu Städtepartnerschaften erwarten. Die kommunalen Aktivitäten können unter Umständen mit rivalisierenden Partei- und Regierungsinteressen kollidieren.
Aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Warte riefen Partnerschaften zwischen deutschen Städten und Städten im Ausland – zumindest anfangs – Bedenken hervor. Als fragwürdig galt, dass sich Kommunen ohne legitimierte Zuständigkeit „außenpolitisch" betätigen, den örtlichen Wirkungskreis der kommunalen Selbstverwaltung überschritten und dafür sogar steuerfinanzierte Ausgaben (wiewohl in bescheidenem Umfang) leisteten. Doch Internationalität und Globalisierung machten nicht vor Kommunen halt und in der Gegenwart ist juristisch erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist.
Historisch betrachtet gab es schon in der Antike mehr oder weniger enge Verbindungen zwischen Städten in benachbarten, vereinzelt auch ferner liegenden und erreichbaren Ländern. Gemeint sind damit nicht militärisch besetzte Regionen, sondern hauptsächlich freiwillig vereinbarte Handelsbeziehungen zwischen Kaufleuten. Die Geschäfte wurden von den Städten gefördert (ohne schon den Terminus Städtepartnerschaft zu verwenden). Sie bescherten den Machthabern und der Bevölkerung Waren sowie Maut-, Zoll- und Steuereinnahmen.
Bis heute können sich Städtepartnerschaften für die jeweils ortsansässigen Unternehmen lohnen, wenn es zu Kooperationen bei Standortsuche und Niederlassungen, Beschaffung und Produktion, Logistik und Vertrieb kommt. Eine Partnerschaft vermag bei der anderen Stadt vermutlich helfen, Türen zu öffnen, Kontakte herzustellen, Vertrauen zu bilden und Risiken zu verringern.
Städtepartnerschaften heutiger Prägung vermitteln den Menschen ein positives Gefühl, einerseits für Fremdes aufgeschlossen zu sein, andererseits ihre Heimat bewusster zu erleben. Man relativiert den Alltag und es wächst eventuell eine Art von Zusammengehörigkeit

über Grenzen hinweg. Zukunftsängste, die viele plagen, lassen sich leichter ertragen, wenn sich durch Städtepartnerschaften bürgerschaftliche Friedensbewegungen verstärken. Indem sich die Bürger einer Stadt um die Bürger einer anderen Stadt kümmern, können Konsens und Solidarität mit den externen Partnern entstehen. Mit Blick auf sie sind interne Konflikte vielleicht eher zu bewältigen.
Den Städtepartnerschaften nehmen sich im Übrigen jeweils aus ihrer Perspektive an Regionalwissenschaftler (u.a. geografische und Großwetterlage, Verkehrssystem, Entfernungen und Zugänglichkeit), Sozialwissenschaftler (u.a. Gesellschaftsstruktur, soziologisch relevante Besonderheiten wie z.B. Ansehen, Bekanntheit, Weltoffenheit), Wirtschaftswissenschaftler (u.a. Wirtschaftssystem, Wirtschaftsstruktur, Wirtschaftskraft, Beschäftigungs- und Einkommensverhältnisse), Statistiker (u.a. Größenordnungen der Städte, Zahlenvergleiche, Entwicklungsperspektiven), Journalisten (u.a. Informations- und Kommunikationssysteme samt Medienfreiheit respektive Medienzensur), Mediziner (u.a. Gesundheitssystem, Ernährung, Lebenserwartung), Sportfunktionäre (u.a. Sporteinrichtungen und -wettbewerbe, Sportförderung) und Kulturträger (u.a. Bildende Künstler, Literaten, Musiker, Museen, Theater).
So kommunikativ und erlebnisreich Städtepartnerschaften sein mögen, lähmt die allgemein feststellbare Vereinsmüdigkeit auch das Engagement in den Freundeskreisen bzw. Partnerschaftsvereinen. In den Städten fehlt oft der ehrenamtliche Nachwuchs, so dass die „Stadtoberen" Initiativen ergreifen und Aktivitäten entfalten müssen. In Nürnberg ist bereits 1991 als einziger Stadt in Deutschland eigens ein Amt für Internationale Beziehungen eingerichtet worden, das 13 Partnerstädte und andere befreundete Kommunen betreut. Die meisten Städtepartnerschaften weist derzeit Köln mit 24 Partnerstädten auf, gefolgt von Berlin mit 17 und Darmstadt mit 15.
Während Städtepartnerschaften vertraglich vereinbart werden, bestehen ungezählte Freundschaften zwischen häufig benachbarten Kommunen ohne formale Regelungen. Abgewichen wird davon allerdings, wenn man gemeinsame Projekte verabredet oder sonstwie zusammenarbeitet etwa in der Daseinsvorsorge oder beim Betrieb kultureller Einrichtungen in der Region.

Wirkungsorientierung

So sperrig dieser Begriff auch sein mag, er ist eminent bedeutsam und wissenswert. Er drückt aus, was in Politik und Verwaltung eher selten vorkommt, nämlich darüber nachzudenken, wie Entscheidungen nicht nur auf den Entscheidungsgegenstand, sondern auf das Entscheidungsumfeld wirken. Will sagen: eindimensionales Entscheiden übersieht die vernetzten Zusammenhänge und weitreichenden Konsequenzen. Statt schlichte Ursache-Wirkungs-Relationen oder einfache Quotienten aus Plan- und Istgrößen oder Input und Output zu bilden, die die Problemstellung probat reduzieren und die Realität nur ausschnittsweise erfassen, müsste man gesamtheitlich ansetzen, um sich wirklichkeitsgetreu und widerspruchsfrei zu verhalten.
Sowohl in der rechts- und verwaltungswissenschaftlichen als auch in der betriebs- und volkswirtschaftlichen Wirkungsforschung wird beständig untersucht, welche Beziehungsgeflechte existieren, beispielsweise zwischen Erziehung, Milieu, Situation, Straftat und Opfer, zwischen städtischen Leistungsangeboten, Integrations- und Identitäts(un)willen, Infrastrukturnutzung, Verschmutzung und Vandalismus, zwischen Marketing, Kaufverhalten und Kundenzufriedenheit oder zwischen Marktvorgängen und positiven und negativen externen Effekten. In der Praxis von Legislative und Exekutive interessiert man sich schon lange für die den Haushaltsansätzen nachfolgenden Verpflichtungen, die Verwaltungskosten von Gesetzesvorhaben und die Folgekosten von Investitionen. Dank der wirkungsorientierten Budgetierung, die Wirkungsindikatoren zugrunde legt, lassen sich Erwartungen besser konkretisieren und berücksichtigen. Auch die Methoden der Gesetzesfolge- und Technikfolgeabschätzung helfen, kurzsichtige ad hoc-Beschlüsse zu vermeiden.
Von der hochgradig entwickelten ökonomischen Methodik können Behörden, Regierungen und Parlamente lernen. Betriebs- und volkswirtschaftliche Wirkungsanalysen widmen sich den außerhalb von Markt- und Zahlungsvorgängen entstehenden sog. externen Effekten. Der Betriebswirt untersucht die von Faktorbeschaffung, Leistungserstellung und Produktverwertung auf Mitarbeiter, Kunden, Konkurrenten, Lieferanten, Eigentümer und Gläubiger und weitere Betroffene (wie Gesellschaft, Staat und Natur) ausgehenden externen Effekte. Vom Standpunkt des Volkswirts aus will man wissen, wo sie in der Wirtschafts-, Sozial-, Rechts-, Staats- und Umweltordnung auftreten und wie man sie erfassen kann.
Die wirtschaftswissenschaftlichen Analysen ergänzen den Input an Ressourcen und den Output an Produkten um deren Auswirkungen (Outcome) und Einwirkungen (Impact). Beispielsweise fragt man, welche Effekte mit einer Arbeitszeitverkürzung für ein Amt, die Amtsinhaber und den Publikumsverkehr verbunden sind, wie sich die Umwandlung einer Durchgangsstraße in eine Einbahnstraße auf den örtlichen und regionalen Verkehr auswirkt und wie die Maßnahme auf die Anlieger und anderen Einwohner einwirkt. Die sog. wirkungsorientierte Verwaltungsführung, eigentlich eine wirkungsorientierte Planung, Steuerung und Überwachung von Vorhaben und Verfahren, greift dies auf und sucht analytische Methoden anzuwenden. Mit Hilfe der Deskription werden Wahrnehmungen mit einem speziellen Raum-Zeit-Bezug formuliert. Außer den deskriptiven Fragen „Was ist?" und „Was war?" fragt man „Warum ist das so?". Antworten bietet die Explikation mit erklärenden Aussagen, die einer empirischen Prüfung standhalten und damit als wahr gelten. Eng damit hängt die Prognose zusammen. Man stellt eine Hypothese auf und trifft die Annahme zu, lässt sich eine Wirkung vorhersagen, die dann letztlich der Bestätigung durch die Realität bedarf. Kommt es nicht zur prognostizierten Implikation, wird die Hypothese durch die Wirklichkeit zurückgewiesen. Die Zurückweisung empirischer Hypothesen heißt Falsifikation. Bei der Verifikation wird die Hypothese bestätigt, sichert aber nicht deren Wahrheitsgehalt.
Normalerweise geht man bei Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen so vor, dass Menschen etwas mit Dingen bzw. Sachen anstellen oder Führungskräfte Mitarbeiter anweisen oder einbeziehen. Die Reaktionen können aber umgekehrt verlaufen (engl. the material turn), so dass die bürokratische Organisation oder die öffentliche Infrastruktur die Personen prägt. Die erwartete Wirkung wird zur Ursache. Die durch Gesetzgebung und Verwaltungspraxis geschaffene Bürokratie formt das Verhalten von öffentlichen Bediensteten (deren Einstellung, Motivation und Mentalität) und von Bürgern und Unternehmen (deren Initiativen, Widerstand und Zivilcourage). In den Behörden können frustrierte Mitarbeiter die Organisation blockieren und den Leitern die Macht vermiesen oder gar entwinden. Das System der Infrastrukturen mit Leitungs- und Verkehrsnetzen, Bildungs-, Gesundheits-, Verwaltungs-, Verteidigungs- und Vorsorgeeinrichtungen, entstanden zur Deckung von Bedürfnissen, wirkt auf die Zeitgenossen zurück. Sie werden in ihrem individuellen und kollektiven Alltag durch die Infrastruktur determiniert. Staat und öffentliche Verwaltung dürfen diese Rückwirkungen ihrer Entscheidungen und Maßnahmen nicht vernachlässigen, weil sich sonst unkontrolliertes Geschehen breit machen kann.

Michael Grosse/Dirk Weber*

Hilfe zur Pflege und Kostenerstattung bei zu Unrecht erbrachten Leistungen

– Fallbearbeitung zur Sozialhilfe (SGB XII) –

Sachverhalt[1]:

Die Eheleute Helmut und Hannelore K (79 und 78 Jahre alt) wohnen in einem gemeinsamen Haushalt in der kreisfreien Stadt B in Nordrhein-Westfalen (Bereich des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe). Am 01.03.2013 beantragt Herr K beim Sozialamt der Stadt B für seine Ehefrau Leistungen der Hilfe zur Pflege.

Die Situation stellt sich wie folgt dar:

Frau K leidet an den Folgen eines schweren Schlaganfalles. Die für sie zuständige Pflegekasse hat die Einstufung in die Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) vorgenommen. Die Entscheidung der Pflegekasse beruht auf Tatsachen, die auch einer Entscheidung nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch zugrunde liegen würden. Die für Frau K erforderlichen Pflegeleistungen werden (nach Zeitanteilen jeweils zur Hälfte) von ihrem Ehemann und einem zugelassen Pflegedienst durchgeführt. Für den Einsatz des Pflegedienstes entstehen (angemessene) Kosten von monatlich 1.950,00 €. Die Pflegekasse erbringt die Sachleistung nach § 36 SGB XI in Höhe von monatlich 1.550,00 €.

Herr K bezieht eine Regelaltersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung von monatlich 962,00 € (netto) und eine Grundrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) von monatlich 226,00 €. Seine Ehefrau erhält ebenfalls eine Regelaltersrente von monatlich 690,00 € (netto). Herr K gibt an, dass die Eheleute neben dem üblichen und angemessenen Hausrat über kein weiteres Vermögen verfügen.

Für die von den Eheleuten K bewohnte Mietwohnung (ca. 58 qm) entstehen angemessene Unterkunftskosten (Grundmiete inklusive der umlagefähigen Nebenkosten) von 320,00 € und angemessene Heizkosten von 68,00 € im Monat.

Aufgabe 1

Prüfen Sie gutachtlich, ob und ggf. in welcher Höhe Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII für Frau K in Betracht kommen.

Abwandlung des Sachverhalts

Im August 2013 wird dem Träger der Sozialhilfe bekannt, dass die Eheleute K seit Jahren über Wertpapiere mit einem aktuellen Kurswert von ca. 28.500,00 € verfügen. Dies hatte Herr K bei seiner Vorsprache am 01.03.2013 nicht angezeigt, obwohl er im Zuge der Antragstellung auf seine Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 ff. SGB I hingewiesen wurde, insbesondere auf die Verpflichtung, vollständige und korrekte Angaben über die Einkommens- und Vermögenssituation zu machen.

Aufgabe 2

Prüfen Sie gutachtlich, ob und ggf. in welchem Umfang der Träger der Sozialhilfe einen Anspruch auf Kostenerstattung nach dem Zehnten Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) hat.

Bearbeitungshinweise:

1. Die Prüfung der formellen Voraussetzungen ist bei den Aufgaben 1 und 2 nicht vorzunehmen.
2. Gehen Sie davon aus, dass Ansprüche gegen andere Leistungsträger bereits realisiert sind oder weitere Ansprüche gegen andere als im Sachverhalt genannte Leistungsträger nicht in Frage kommen. Insoweit muss der Nachranggrundsatz nicht geprüft werden.
3. Gehen Sie davon aus, dass Herr K von seiner Ehefrau für die Antragstellung beim Sozialamt bevollmächtigt ist.
4. Der Regelbedarf der Regelbedarfsstufe 1 gemäß Anlage zu § 28 SGB XII beträgt ab dem 01.01.2013 382,00 €.

Lösung Aufgabe 1

1 Hilfeart, Gesamtfallgrundsatz, Anspruchsgrundlage

Die Sozialhilfe nach dem SGB XII ist – mit Ausnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung – durch den Gesamtfallgrundsatz und das Bedarfsdeckungsprinzip (vgl. § 18 SGB XII, § 20 SGB X) geprägt. Der Sozialhilfeträger hat danach einerseits den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln; andererseits ab Kenntnis der Hilfebedürftigkeit Leistungen zu erbringen, soweit und sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen. Daher sind grundsätzlich alle in Frage kommenden Hilfen des SGB XII in Betracht zu ziehen. Zur Prüfung aller in Frage kommenden Hilfen ist von Amts wegen das Verwaltungsverfahren einzuleiten (vgl. § 18 Satz 2 Nr. 1 SGB X i. V. m. § 18 SGB XII).
Die Aufgabenstellung verlangt aber nur eine (materielle) Prüfung dahingehend, ob Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII in Betracht kommen. Anspruchsgrundlage hierfür könnte § 19 Abs. 3 i. V. m. § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sein.

* *Michael Grosse* und *Dirk Weber* sind Dozenten an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW im Fach Sozialrecht.

1 Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als (Wiederholer-)Klausur im Studienabschnitt S 4 im Fach Sozialrecht vom Prüfungsamt der Fachhochschule ausgewählt wurde und von den Studierenden des Fachbereichs kommunaler Verwaltungsdienst zu bearbeiten war. Für die Bearbeitung standen insgesamt drei Zeitstunden zur Verfügung. Als Hilfsmittel waren alle unkommentierten Gesetzestexte zugelassen.

2 Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit muss lt. Bearbeitungshinweis nicht geprüft werden.

3 Materielle Rechtmäßigkeit

Hilfe zur Pflege wird nach dem 7. Kapitel SGB XII geleistet, soweit der leistungsberechtigten Person und ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nach den Vorschriften des 11. Kapitels SGB XII nicht zuzumuten ist (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII).

3.1 Voraussetzungen des 7. Kapitels SGB XII

3.1.1 Leistungsberechtigte Person

Nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedürfen, Hilfe zur Pflege zu leisten. Die Entscheidung der Pflegekasse über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch ist nach § 62 SGB XII auch der Entscheidung im Rahmen der Hilfe zur Pflege zu Grunde zu legen, soweit sie auf Tatsachen beruht, die bei beiden Entscheidungen zu berücksichtigen sind.

Die zuständige Pflegekasse hat für Frau K die Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) festgestellt. Die Entscheidung der Pflegekasse beruht laut Sachverhalt auf Tatsachen, die auch einer Entscheidung nach dem SGB XII zugrunde liegen würden. Diese Entscheidung ist für den Träger der Sozialhilfe gemäß § 62 SGB XII bindend (sog. Tatbestands- und Feststellungswirkung eines Verwaltungsaktes). Die Voraussetzungen des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sind erfüllt. Frau K gehört grundsätzlich zum anspruchsberechtigten Personenkreis. Die Bindungswirkung des § 62 SGB XII bedeutet des Weiteren, dass die Einordnung von Frau K als Schwerstpflegebedürftige aufgrund der von der Pflegekasse zuerkannten Pflegestufe III ebenfalls feststeht (vgl. § 64 Abs. 3 SGB XII).

3.1.2 Leistungen/Bedarfe

Im vorliegenden Fall ist die Pflege im häuslichen Bereich organisiert, so dass hier nur Leistungen der häuslichen Pflege in Betracht kommen.

Pflegegeld

Die Hilfe zur Pflege umfasst nach § 61 Abs. 2 SGB XII u. a. die häusliche Pflege, die nach den Sachverhaltsangaben ausreicht. In einem solchen Fall regeln die §§ 64 bis 66 SGB XII das Nähere dazu (vgl. § 63 Satz 2 SGB XII). In Betracht kommen im vorliegenden Fall ein Pflegegeld sowie die Übernahme der Kosten für den Einsatz des Pflegedienstes (besondere Pflegekräfte).
Schwerstpflegebedürftige erhalten (vorbehaltlich der Prüfung der Leistungskonkurrenz nach § 66 SGB XII und des 11. Kapitels SGB XII) nach § 64 Abs. 3 SGB XII ein Pflegegeld in Höhe des Betrages nach § 37 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB XI (z. Zt. 700,00 €).
Nach § 64 Abs. 5 Satz 1 SGB XII setzt der Anspruch auf Pflegegeld des Weiteren voraus, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellt. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise darauf, dass mit dem Pflegegeld die Organisation der Pflege durch nahe stehende Personen nicht vorgenommen werden kann. Vielmehr übernimmt Herr K Teile der notwendigen Pflegeleistungen. Deshalb ist davon auszugehen, dass mit Hilfe des Pflegegeldes die Pflege sichergestellt werden kann. Da das Pflegegeld in erster Linie eine Anerkennungszahlung für die Pflege durch Angehörige darstellt, ist es nicht erforderlich, dass mit dem Pflegegeld der gesamte Bedarf der Pflege gedeckt wird. Aus § 66 Abs. 2 Satz 1 SGB XII folgt vielmehr, dass Pflegepersonen und Pflegefachkräfte im Einzelfall nebeneinander eingesetzt werden können und Leistungen nach § 65 SGB XII neben den Leistungen nach § 64 SGB XII erbracht werden.

Kosten für den Einsatz besonderer Pflegekräfte

Ist neben der Pflege durch nahe stehende Personen die Heranziehung einer besonderen Pflegekraft (z. B. eines anerkannten Pflegedienstes) erforderlich, sind nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII die angemessenen Kosten zu übernehmen.
Der Einsatz des Pflegedienstes muss – neben oder anstelle der Pflege nach § 63 Satz 1 SGB XII (Übernahme der Pflege durch Nahestehende bzw. im Rahmen der Nachbarschaftshilfe) – **„erforderlich“** sein.
Der Einsatz des Pflegedienstes ist nicht erforderlich, wenn die Pflege auch durch die hier bereits vorhandene und tätige Pflegeperson (Herr K.) erbracht werden kann. Diesbezüglich ist festzustellen, dass der Pflegeaufwand bei Pflegestufe III wöchentlich im Tagesdurchschnitt mindestens fünf Stunden beträgt (vgl. § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XI). Dabei werden angesichts der körperlichen Einschränkungen von Frau K anspruchsvolle Pflegeverrichtungen durchgeführt werden müssen, die nur eine ausgebildete Fachkraft leisten kann. Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass Herr K mit 79 Jahren nicht mehr in der Lage ist, eine pflegebedürftige Person der Pflegestufe III ohne Unterstützung zu betreuen.
Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die ehrenamtliche Hilfe von Herrn K als Pflegeperson nicht ausreicht, um den pflegerischen Bedarf von Frau K zu decken. Es gibt schließlich keine Hinweise im Sachverhalt, die an der Erforderlichkeit des Pflegedienstes (auch im zeitlichen Umfang) Zweifel aufkommen lassen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass nach dem Sachverhalt der Pflegedienst die „notwendigen“ Verrichtungen durchführt.
Nach § 62 SGB XII ist der Sozialhilfeträger zwar inhaltlich an die Entscheidung der Pflegekasse über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit nach dem Elften Buch gebunden und damit an die Feststellung, welcher Grad der Pflegebedürftigkeit (Pflegestufe) vorliegt. Die Bindungswirkung erstreckt sich aber nicht auf den Leistungsumfang. Da die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung der Höhe nach begrenzt sind, hat der Sozialhilfeträger ausgehend von den Feststellungen der Pflegekasse zum Ausmaß der Pflegebedürftigkeit den tatsächlichen Bedarf zu decken (Bedarfsdeckungsgrundsatz). Auch in dieser Hinsicht können daher die erforderlichen Kosten des Pflegedienstes berücksichtigt werden.
Weiterhin können nur **„angemessene Kosten“** berücksichtigt werden. Die für die Pflegeleistungen zu zahlende Vergütung richtet sich nach den maßgeblichen Vergütungsvereinbarungen (vgl. § 75 Abs. 5 SGB XII). Es ist davon auszugehen, dass sich die Leistungen und die Rechnungsstellung des Pflegedienstes nach den entsprechenden Vergütungsvereinbarungen richten. Die Stadt B ist – da die Erforderlichkeit der Leistungserbringung bereits bejaht wurde – somit

grundsätzlich verpflichtet, die die Leistungen der Pflegekasse übersteigenden Kosten zu übernehmen.
Es handelt sich deshalb bei den in Rechnung gestellten Beträgen um angemessene Kosten im Rahmen des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII. Ein Ausschluss oder eine Einschränkungen der Berücksichtigung der Kosten für den Einsatz besonderer Pflegekräfte des Diakonischen Werkes kommt damit nicht in Betracht.
Damit ergeben sich zunächst die folgenden Bedarfe:

Bedarf	Betrag
Pflegegeld nach § 64 Abs. 3 SGB XII	700,00 €
Kosten der Pflegekraft nach § 65 Abs. 1 S. 2 SGB XII	1.950,00 €
Gesamtbedarf	**2.650,00 €**

3.1.3 Leistungskonkurrenz

Bestimmungen zu dem Fall einer Leistungskonkurrenz enthält § 66 SGB XII. Die Vorschrift verfolgt den Zweck, die Leistungserbringung zu harmonisieren, wenn ein oder mehrere Leistungsträger gleiche oder unterschiedliche Leistungen der Hilfe zur Pflege erbringen. Insbesondere sollen Doppelleistungen vermieden werden und dem Nachranggrundsatz der Sozialhilfe Geltung verschafft werden.
§ 66 SGB XII unterscheidet zwischen Anrechnungs- und Kürzungstatbeständen.

Anrechnung der Sachleistung aus der Pflegeversicherung

Gemäß § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII werden Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII insoweit nicht erbracht, als Pflegebedürftige in der Lage sind, zweckentsprechende Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften in Anspruch zu nehmen. Mit dieser Vorschrift wird der in § 2 SGB XII normierte Grundsatz der Nachrangigkeit der Sozialhilfe konkretisiert. Die leistungsberechtigte Person hat daher die vorrangigen zweckentsprechenden Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch zu nehmen, bevor der Träger der Sozialhilfe zur Leistung verpflichtet ist.
Im vorliegenden Fall erhält Frau K eine Sachleistung aus der Pflegeversicherung nach § 36 Abs. 3 SGB XI zur Finanzierung der Kosten für den Einsatz der Pflegekraft in Höhe von 1.550,00 €. Es handelt sich um die maximale Leistungshöhe der Pflegeversicherung, so dass sich Frau K nicht und auch nicht teilweise (vgl. die Formulierung „soweit" in § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII) auf den Nachranggrundsatz verweisen lassen muss und Leistungen der Sozialhilfe für den nicht gedeckten Teil der Pflegesachkosten ausgeschlossen sind. Damit kommt eine Berücksichtigung dieses Bedarfs im Rahmen der Sozialhilfe in Höhe von 400,00 € in Betracht.

Kürzung des Pflegegeldes

Gemäß § 66 Abs. 2 Satz 1 SGB XII werden die Leistungen nach § 65 SGB XII neben den Leistungen nach § 64 SGB XII erbracht. Grundsätzlich kann daher das Pflegegeld als Leistung nach § 64 Abs. 3 SGB XII neben den Leistungen für die Übernahme der Kosten für den Einsatz einer Pflegekraft als Leistung nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII erbracht werden. Werden Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII oder gleichartige Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften erbracht, **kann** das Pflegegeld um bis zu zwei Drittel gekürzt werden (vgl. § 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII). Bei der Sachleistung der Pflegeversicherung nach § 36 Abs. 3 SGB XI handelt es sich um eine dem § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII entsprechende Leistung. Im Übrigen werden vorliegend auch Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII erbracht (vgl. 3.1.2). Die Voraussetzungen für eine Kürzung des Pflegegeldes liegen damit vor.
Auf der Rechtsfolgeseite ist Ermessen zu berücksichtigen. Ermessen besteht sowohl hinsichtlich der Frage, „ob" eine Kürzung erfolgt (sog. Entschließungsermessen) als auch – für den Fall, dass eine Kürzung in Frage kommt – hinsichtlich der Höhe einer Kürzung (sog. Auswahlermessen). Maximal kann das Pflegegeld um bis zu zwei Drittel gekürzt werden. Ein Drittel des Pflegegeldes muss der leistungsberechtigten Person folglich verbleiben (§ 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII im Umkehrschluss).
Würde das Pflegegeld ungekürzt gezahlt, würde Pflegegeld für einen Pflegeumfang entsprechend einer alleinigen Pflege durch ehrenamtliche Pflegepersonen gezahlt. Damit käme es teilweise zu einer Doppelleistung von Leistungen der Pflegeversicherung und des Sozialhilfeträgers für eine durchgeführte Pflege im Gesamtumfang von mindestens fünf Stunden (der zeitliche Umfang für den Gesamtpflegeaufwand ist im Sachverhalt nicht angegeben). Herr K wird durch die vom Pflegedienst erbrachten Leistungen in nicht unerheblichem Umfang (nämlich zeitlich gesehen in etwa zur Hälfte) entlastet. Von einer Kürzungsmöglichkeit ist im Rahmen des Entschließungsermessens daher Gebrauch zu machen.
Für den Umfang der Kürzung (Frage des Auswahlermessens) können folgende Gesichtspunkte eine Rolle spielen:

- Umfang der Entlastung der Pflegeperson durch den Pflegedienst,
- Erhaltung der Pflegebereitschaft sowie Vorrang der häuslichen Pflege (vgl. § 13, § 63 SGB XII),
- Umfang der verbleibenden Pflegetätigkeiten der (ehrenamtlichen) Pflegepersonen im häuslichen Umfeld.

Herr K führt tägliche Pflegeverrichtungen im Umfang von mindestens 2 1/2 Stunden durch. Die Entlastung durch den Pflegedienst ist aufgrund des Alters von Herrn K geboten. Angesichts der vorliegenden Pflegestufe III ist weiterhin bei lebensnaher Interpretation des Sachverhalts davon auszugehen, dass eine professionelle Pflege über die ehrenamtlich durchgeführte Pflege als Ergänzung zwingend notwendig ist. Da Herr K durch den Einsatz des Pflegedienstes entlastet wird, andererseits aber immer noch einen beachtlichen Teil der Pflegeverrichtungen übernimmt, kommt unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung der Pflegebereitschaft eine Kürzung von 50 v. H. des Pflegegeldes in Betracht.[2]
Damit ergibt sich ein sozialhilferechtlich zu berücksichtigender Pflegegeldbedarf von 350,00 €.
Unter Berücksichtigung der Leistungskonkurrenz ist damit ein sozialhilferechtlicher Bedarf anzuerkennen in Höhe von:

- 400,00 € (ungedeckte Kosten der Pflegekraft nach Anrechnung der Leistungen der Pflegekasse),
- 350,00 € (gekürztes Pflegegeld zur Vermeidung von Doppelleistungen),
- insgesamt damit ein Bedarf von 750,00 €.

3.2 Voraussetzungen des 11. Kapitels SGB XII

3.2.1 Einsatzgemeinschaft

Nach § 19 Abs. 3 SGB XII kann die Hilfe zur Pflege nur geleistet werden, soweit dem Leistungsberechtigten und seinem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner die Aufbringung der

2 Auch andere Auffassungen bzw. andere Ergebnisse sind mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

Mittel aus dem Einkommen (vgl. §§ 82 bis 89 SGB XII) und dem Vermögen (vgl. §§ 90, 91 SGB XII) nach den Vorschriften des 11. Kapitels SGB XII nicht zuzumuten ist.
Der **zumutbare** Umfang bestimmt sich nach den Vorschriften des 11. Kapitels SGB XII. Die Aufbringung der Mittel zur Bedarfsdeckung ist insoweit nicht zuzumuten, wie das **Einkommen** eine **Einkommensgrenze nicht übersteigt** (vgl. § 85 SGB XII, § 87 SGB XII), in bestimmten Konstellationen auch vom Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze (vgl. § 88 SGB XII).
Zu berücksichtigen ist, dass Herr und Frau K nicht getrennt lebende Ehegatten sind. Gemäß § 19 Abs. 3 SGB XII ist damit das gemeinsame Einkommen und Vermögen beider Personen im Rahmen der hier vorliegenden **Einsatzgemeinschaft** zu berücksichtigen.

3.2.2 Einkommen von Frau K

Es ist zunächst das zu berücksichtigende Einkommen zu ermitteln. Zum Einkommen gehören alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert, unabhängig von Herkunft, Rechtsnatur und Steuerpflicht (vgl. § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, § 1 VO zu § 82 SGB XII).
Die Altersrente der Ehefrau fließt monatlich zu und stellt daher nach der Zuflusstheorie Einkommen dar. Gründe von ihrer Berücksichtigung abzusehen – vgl. § 82 Abs.1, §§ 83, 84 SGB XII – sind nicht ersichtlich. Die Nettorente steht daher in Höhe von 690,00 € grundsätzlich zur Bedarfsdeckung zur Verfügung.

3.2.3 Einkommen von Herrn K

Das Einkommen von Herrn K in Form der Regelaltersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von 962,00 € monatlich stellt ebenfalls Einkommen dar, da es monatlich zufließt. Es gibt keinen Anlass, von einer Berücksichtigung abzusehen. Bereinigungstatbestände (vgl. § 82 Abs. 2, Abs. 3 SGB XII) sind nicht ersichtlich. Damit stehen grundsätzlich 962,00 € zur Bedarfsdeckung zur Verfügung.
Des Weiteren verfügt Herr K über eine Grundrente nach dem Bundesversorgungsgesetz in Höhe von monatlich 226,00 €. Grundsätzlich handelt es sich auch hier um einen Zufluss im Bedarfszeitraum, so dass dieser Betrag als Einkommen zu werten ist. Eine Berücksichtigung scheitert aber an § 82 Abs. 1 SGB XII. Danach sind Grundrenten nach dem Bundesversorgungsgesetz von der Berücksichtigung als Einkommen ausgenommen. Damit steht dieser Betrag sozialhilferechtlich nicht zur Bedarfsdeckung zur Verfügung.
Damit ist ein Gesamteinkommen im Rahmen der Einsatzgemeinschaft nach § 19 Abs. 3 SGB XII in Höhe von 1.652,00 € zu berücksichtigen.

3.2.4 Einkommensgrenze

Dem Einkommen ist eine Einkommensgrenze gegenüberzustellen. Mit Ausnahme der Regelungen nach § 88 SGB XII – die hier nicht einschlägig sind – ist nur ein **zumutbarer** Einkommenseinsatz (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII) **oberhalb** der Einkommensgrenze zu prüfen.
Die Einkommensgrenze bestimmt sich nach § 85 Abs. 1 SGB XII, da Frau K als nachfragende Person nicht minderjährig und unverheiratet ist. Die Einkommensgrenze ergibt sich aus

1. einem Grundbetrag in Höhe des Zweifachen der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII,
2. den Kosten der Unterkunft, soweit die Aufwendungen hierfür den der Besonderheit des Einzelfalles angemessenen Umfang nicht übersteigen und
3. einem Familienzuschlag in Höhe des auf volle Euro aufgerundeten Betrages von 70 vom Hundert der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII für den nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner und für jede Person, die von der nachfragenden Person, ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner überwiegend unterhalten worden ist oder für die sie nach der Entscheidung über die Erbringung der Sozialhilfe unterhaltspflichtig werden.

Der Grundbetrag beläuft sich auf zweimal 382,00 € und damit insgesamt auf 764,00 €.
Der Familienzuschlag in Höhe von aufgerundeten 70 v. H. der Regelbedarfsstufe 1 (= 268,00 €) wird für Herrn K als nicht getrennt lebenden Ehegatten berücksichtigt.
Die angemessenen Kosten der Unterkunft belaufen sich auf 320,00 €. Die Heizungskosten bleiben bei der Berechnung der Einkommensgrenze unberücksichtigt. Dies ergibt sich aus einem systematischen Vergleich mit § 35 SGB XII. Dort wird zwischen Unterkunftskosten und Heizkosten als zwei Bedarfspositionen unterschieden, so dass dort, wo keine Unterscheidung getroffen ist, die Bedarfspositionen nur einzeln berücksichtigt werden können.[3]
Die Einkommensgrenze beträgt damit:

Gesamtfreibetrag nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII	764,00 €
Kosten der Unterkunft nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII	700,00 €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII	1.950,00 €
Einkommensgrenze	**1.352,00 €**

Ein Einkommensüberhang ist nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB XII nur **„in angemessenem Umfang“** – allerdings zwingend – einzusetzen. Ein Ermessen des Sozialhilfeträgers besteht auf der Rechtsfolgenseite nicht. Bei dem „angemessenen Umfang“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Behörde auch keinen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene einräumt, vielmehr der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt.[4]
Bei der Prüfung, welcher Umfang des Einkommenseinsatzes angemessen ist, sind insbesondere die Art des Bedarfs, die Art oder Schwere der Behinderung oder der Pflegebedürftigkeit, die Dauer und Höhe der erforderlichen Aufwendungen sowie besondere Belastungen der nachfragenden Person und ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen zu berücksichtigen (vgl. § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII).
Bei schwerstpflegebedürftigen Menschen nach § 64 Abs. 3 SGB XII und blinden Menschen nach § 72 SGB XII ist ein Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze in Höhe von mindestens 60 v. H. nicht zuzumuten (§ 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII).
Frau K ist schwerstpflegebedürftig i. S. des § 64 Abs. 3 SGB XII und erfüllt damit die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift sind mindestens 60 v. H. „des Einkommens über der Einkommensgrenze“ nicht zur Bedarfsdeckung zu fordern. Das Wort „mindestens“ bedeutet, dass auch eine höhere Freilassung und damit ein geringerer Einkommenseinsatz möglich ist.

3 Andere Auffassung jetzt BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R. Danach sind auch die Heizungskosten in die Berechnung der Einkommensgrenze mit aufzunehmen. Die Begründung überzeugt jedoch nicht.
4 Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.10.1989, 5 C 30/86, NDV 1990, 57 = FEVS 39, 93.

Fraglich ist, ob zunächst etwaige vorhandene Belastungen vom Einkommensüberhang abzusetzen sind oder erst der Einkommenseinsatz nach § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII zu ermitteln ist. Dafür gibt der Sachverhalt aber keine weiteren Hinweise. Damit bleibt es beim vom Gesetzgeber vorgeschlagenen „Regeleinkommenseinsatz" von 40 Prozent des Einkommens über der Einkommensgrenze.

Grundfreibetrag nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII	764,00 €
Kosten der Unterkunft nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII	320,00 €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII	268,00 €
Einkommensgrenze	**1.352,00 €**

Einkommen	1.652,00 €

Einkommensüberhang	**300,00 €**

Höchstgrenze (40 v. H. des Einkommensüberhangs	**120,00 €**

Aus den die Einkommensgrenze überschreitenden Beträgen ergibt sich demnach ein maximal einzusetzendes Einkommen in Höhe von 120,00 € monatlich.

3.2.5 Vermögen

Ein angemessener Hausrat ist gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII geschützt. Weiteres Vermögen ist nicht vorhanden.

4 Höhe der Hilfeleistung

Wie festgestellt wurde, ist ein Bedarf in Höhe von 750,00 € monatlich zu berücksichtigen. Die Eigenleistung ist in Höhe von monatlich 120,00 € festgesetzt worden. Damit ergibt sich eine Leistung der Hilfe zur Pflege in Höhe von monatlich 630,00 €.

5 Form der Hilfe, Leistung als Beihilfe oder als Darlehen

Nach § 10 Abs. 1 SGB XII werden die Leistungen als Dienstleistung, Geldleistung oder Sachleistung erbracht. Dabei hat die Geldleistung den Vorrang vor der Sachleistung. Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen, enthält der Sachverhalt nicht. Eine darlehensweise Hilfeleistung ist bezüglich der hier in Betracht kommenden Hilfe zur Pflege im Zwölften Buch Sozialgesetzbuch nicht vorgesehen.

6 Einsetzen der Hilfe

Die Sozialhilfe setzt nach § 18 Abs. 1 SGB XII ein, sobald dem Träger oder der beauftragten Stelle bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Hilfeleistung vorliegen. Maßgeblicher Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist die Antragstellung bei der Stadt B am 01.03.2013, so dass die hier in Betracht kommenden Leistungen ab diesem Zeitpunkt zu erbringen sind.

Lösung Aufgabe 2

1 Anspruchsgrundlage

Der Träger der Sozialhilfe könnte gemäß § 50 SGB X einen Kostenerstattungsanspruch gegen den begünstigten Hilfeempfänger (Frau K) haben.[5] Gemäß § 50 Abs. 1 SGB X sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Als Ermächtigungsgrundlage für eine Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes kommen die §§ 45 und 48 SGB X in Betracht. Die Vorschrift des § 48 SGB X ist anzuwenden, wenn ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden soll. Leistungen der Sozialhilfe unterliegen aber dem Bedarfsdeckungsprinzip und sind quasi täglich neu regelungsbedürftig. Soweit sie nicht ausdrücklich „auf Dauer" erlassen werden, z. B. durch die Formulierung „bis auf Weiteres" im Tenor, handelt es sich bei den monatsweise zu erbringenden Leistungen um „Einmal-Verwaltungsakte". Da im Sachverhalt diesbezüglich keine Aussagen vorhanden sind, kann von dem Regelfall ausgegangen werden, so dass es sich um „Einmal-Verwaltungsakte" bzw. Bewilligungsbescheide handelt, die monatlich konkludent neu erlassen werden.

Selbst Dauerverwaltungsakte werden nach § 45 SGB X aufgehoben, wenn der Verwaltungsakt von Anfang an (also bei Erlass) rechtswidrig ist. Laut Sachverhalt wurde bereits im Zeitpunkt der Bewilligung Vermögen nicht angegeben. Sofern sich im weiteren Verlauf der Prüfung herausstellt, dass der Bewilligungsbescheid hierdurch rechtswidrig gewesen ist, lag diese Rechtswidrigkeit bereits im Erlasszeitpunkt (d. h. zum Zeitpunkt der Bekanntgabe) vor. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist § 45 SGB X (und nicht § 48 SGB X) als Ermächtigungsgrundlage für die für eine Kostenerstattungsforderung notwendige Aufhebung zu prüfen.

2 Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit muss nicht geprüft werden (vgl. Bearbeitungshinweis 1).

3 Materielle Rechtmäßigkeit

3.1 Rechtswidrigkeit der begünstigenden Verwaltungsakte

Nach § 45 Abs. 1 SGB X dürfen anfänglich rechtswidrige, begünstigende (vgl. § 45 Abs. 1 SGB X) Verwaltungsakte (vgl. § 31 SGB X), auch nachdem sie unanfechtbar geworden sind, mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit (vgl. § 45 Abs. 4 SGB X) ganz oder teilweise unter den Einschränkungen des § 45 Abs. 2 bis 4 SGB X zurückgenommen werden. Ein **begünstigender** Verwaltungsakt liegt vor, wenn er ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat. Bei der Leistungsgewährung nach dem 7. Kapitel SGB XII handelt es sich um einen jeweils monatlich **begünstigenden** Verwaltungsakt, da eine Geldleistung erbracht wird.

Ein Verwaltungsakt ist **rechtswidrig**, wenn bei Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist (vgl. § 44 Abs. 1 SGB X). Das Recht könnte im vorliegenden Fall unrichtig angewandt worden sein, weil ungeschütztes und damit zur Bedarfsdeckung einzusetzendes Vermögen vorhanden war und damit die Leistungen ggf. zu hoch ausgefallen sind oder Leistungen nicht hätten erbracht werden dürfen.

5 Auf Kostenersatzansprüche gegenüber den Verursacher zu Unrecht erbrachter Leistungen nach dem SGB XII ist lt. Aufgabenstellung nicht einzugehen.

Bei den nicht angegeben Wertpapieren handelt es sich um Vermögen, da diese bereits vor der Bedarfszeit bzw. bei Antragstellung vorhanden waren. Das Vermögen ist i. S. des § 90 Abs. 1 SGB XII auch verwertbar, da die Wertpapiere jederzeit liquidiert werden und zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden können.

Hinweise darauf, dass das Vermögen nach den Regelungen der §§ 90 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 8 SGB XII geschützt ist, sind nicht ersichtlich. Gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b DVO i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 DVO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII ist für eine leistungsberechtigte Person, die Leistungen nach dem 7. Kapitel SGB XII bezieht, und ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten im Hinblick auf das zu berücksichtigende Vermögen eine Freigrenze in Höhe von 3.214,00 € anzuerkennen. Da es sich um einen zweckbindungsfreien Betrag handelt, kann dieser Wert als Freibetrag zum Schutz jeglichen Vermögens eingesetzt und behandelt werden. Damit kann er auch zum Schutz des Wertpapiervermögens eingesetzt werden.

Es verbleibt damit aber immer noch ein ungeschützter und zur Bedarfsdeckung einzusetzender Vermögenswert in Höhe von 25.286 €. Wäre dieses Vermögen angegeben worden bzw. dem Sozialhilfeträger bekannt gewesen, wären keine Leistungen (auch keine Teilleistungen) der Hilfe zur Pflege bewilligt worden, denn das Vermögen hätte ausgereicht, um den monatlichen Bedarf im Rahmen des 7. Kapitels SGB XII vollständig zu decken. Die Leistungsgewährung erfolgte also rechtswidrig.

Da das ungeschützte Vermögen im Erlasszeitpunkt bereits vorhanden und zur Bedarfsdeckung einzusetzen war, war der Bewilligungsbescheid von März 2013 **von Anfang an rechtswidrig**. Dies gilt auch für alle anderen fünf Bewilligungsbescheide. Zwar ist für die Leistungserbringung jeweils der aktuelle Bedarfszeitraum maßgebend, so dass es auf das in diesem Zeitraum **tatsächlich** vorhandene Vermögen ankommt. Es ist aber davon auszugehen, dass jeweils zum Erlasszeitpunkt ungeschütztes Vermögen in der o. g. Höhe vorlag, das vollständig zur Bedarfsdeckung ausgereicht hätte.

Letztlich ist aber auch diese Frage unerheblich, denn es kann nicht argumentiert werden, dass ein Teil des Vermögens bei richtiger und vollständiger Angabe aufgebraucht worden wäre. Einen fiktiven Vermögensverbrauch erkennt die Rechtsprechung nicht an. Bei Aufhebung der Leistungsbewilligung wegen fehlender Hilfebedürftigkeit aufgrund von Vermögen ist die gesamte überzahlte Leistung zu erstatten. Eine Beschränkung des Rückforderungsbetrages der Höhe nach auf den Wert des bei gesetzeskonformer Angabe einzusetzenden Vermögens erfolgt nicht.

Im vorliegenden Fall führt dies dazu, dass alle Bewilligungsbescheide zwischen März und August 2013 vollumfänglich rechtswidrig sind. Das Vermögen war jeweils nicht verbraucht und konnte wiederholt angerechnet werden. Soweit bei einer Aufhebung Ermessen zu berücksichtigen ist, kann ein fiktiver Vermögensverbrauch ggf. auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigt werden.

3.2 Einschränkungen (Vertrauensschutz) nach § 45 Abs. 2 SGB X

Eine Einschränkung für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes besteht nicht, wenn Vertrauensschutz nach § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X ausgeschlossen ist. In Frage kommen hier die Fälle des § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X oder des § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X. Zwar behandelt § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X eher den Fall des „aktiven Tuns" und § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X eher den Fall des „passiven Unterlassens". Werden aber Angaben seitens des Antragstellers unterlassen, steht nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X das Unterlassen von Angaben den unvollständigen Angaben gleich, wenn berechtigter Weise nach ihnen gefragt worden ist.

Die Frage nach Einkommen und Vermögen ist insofern berechtigt, da sich beides grundsätzlich auf die Höhe der in Betracht kommenden Leistungen auswirkt. Daher ist § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X näher zu prüfen.

Ein Verschulden in Form von **grober Fahrlässigkeit** liegt vor, wenn der Begünstigte hinsichtlich der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Dies ist zu bejahen, wenn einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt wurden (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff). In diesem Zusammenhang ist auf die persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit, den Bildungsstand, die Erfahrenheit oder das Einsichtsvermögen des Betroffenen abzustellen. Ob der Begünstigte Vorteile für sich erreichen wollte, ist dabei unbeachtlich.

Vorliegend hat Frau K ihr Vermögen nicht angegeben, obwohl sie auf ihre Mitwirkungspflichten nach § 60 SGB I hingewiesen worden ist. Wer auf seine Mitwirkungspflichten hingewiesen worden ist, ist darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Angabe von Einkommen und Vermögen für die Leistungsberechnung von erheblicher Bedeutung ist. Es ist nicht ersichtlich, dass Frau K aufgrund ihres geringen Bildungsstandes dies nicht nachvollziehen konnte. Der Vertrauensschutz ist damit ausgeschlossen.

Frau K kann sich auch nicht mit dem Hinweis entlasten, dass ihr Ehemann für sie als Bevollmächtigter gehandelt und sie von den unvollständigen Angaben im Zuge der Antragstellung nichts gewusst hat. In den Fällen, in denen sich der bzw. die Begünstigte (hier: Frau K) durch einen Bevollmächtigte vertreten lässt, muss sich der/die Vertretene das Verhalten des Vertreters nach § 85 Abs. 1 ZPO, §§ 164, 166, 278 BGB zurechnen lassen. Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Verfahrenshandlungen wirken für und gegen den von ihm Vertretenen. Dies folgt aus der analogen Anwendung von § 85 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf das Verwaltungsverfahren (vgl. auch § 164 BGB). Die Kenntnis und das „Kennenmüssen" bestimmter Umstände sowie das Verschulden des Bevollmächtigten (z. B. Fristversäumnis) muss der Vertretene gegen sich gelten lassen; vgl. §§ 166 Abs. 2 BGB (Wissenszurechnung), § 278 BGB (Verschuldenszurechnung).

Frau K kann sich somit nicht auf Vertrauensschutz berufen. Fehlt der Vertrauensschutz, kommt eine Abwägung mit dem öffentlichen Interesse nicht in Betracht (vgl. § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X). In den Fällen der Bösgläubigkeit (also in den Fallkonstellationen des § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X) ist eine Rücknahme für die Vergangenheit möglich (vgl. § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X). Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Voraussetzungen für die Rücknahme des Verwaltungsaktes für die **Vergangenheit** (d. h. für die Monate März bis August 2013) sind damit erfüllt.

3.3 Ermessen

Sofern kein objektiver Vertrauensschutz besteht, liegen Einschränkungen für die Rücknahme nach § 45 Abs. 2 SGB X nicht vor. Die Rücknahme erfolgt dann nach § 45 Abs. 1 SGB X und dort unter Beachtung einer fehlerfreien **Ermessensausübung**. Angesichts des vorwerfbaren Verhaltens, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Frage des sparsamen Umgangs mit Steuermitteln wird die Ermes-

sensabwägung dahingehend ausfallen, dass der Verwaltungsakt vollumfänglich zurückzunehmen ist (Ermessensreduzierung auf Null[6]).

Dies gilt sowohl hinsichtlich des gesamten Zeitraums als auch in inhaltlicher Hinsicht.

Wenn im hier problematischen Bewilligungszeitraum permanent ungeschütztes Vermögen vorhanden war, konnte das Vermögen Monat für Monat wiederholt angerechnet werden. Ein fiktiver Vermögensverbrauch parallel zur bewilligten Hilfeleistung findet nach ständiger Rechtsprechung[7] im Sozialleistungsrecht nicht statt. Bei Aufhebung der Leistungsbewilligung wegen fehlender Hilfebedürftigkeit aufgrund von Vermögen ist die gesamte überzahlte Sozialhilfeleistung zu erstatten. Eine Beschränkung des Rückforderungsbetrags der Höhe nach auf den Wert des bei gesetzeskonformer Angabe einzusetzenden Vermögens erfolgt nicht.
Allerdings ist eine solche Problemlage, wonach die erbrachte Hilfeleistung größer ist als das vorhandene Vermögen, hier nicht vorhanden. Insgesamt sind innerhalb von sechs Monaten im Rahmen der Hilfe zur Pflege 6 x 630,00 = 3.780,00 € gewährt worden. Dem gegenüber steht ein einzusetzendes Vermögen von 25.286,00 €. Damit wird der Hilfeempfänger durch die Kostenerstattung nicht „sanktioniert", weil der Kostenerstattungsbetrag das (Monat für Monat fiktiv einzusetzende und nicht verbrauchte) Vermögen nicht überschritten hat.
Weitere Gründe, von einer Rückforderung abzusehen, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

3.4 Rechtfolgen

Es sind alle sechs Bewilligungsbescheide gegenüber Frau K aufzuheben. Die Rücknahme der Bewilligungsbescheide muss gemäß § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen durch den zuständigen Leistungsträger erfolgen (vgl. § 45 Abs. 5 i. V. m. § 44 Abs. 3 SGB X). Diese **Entscheidungsfrist** beginnt regelmäßig frühestens mit Abschluss des Anhörungsverfahrens zu laufen und steht einer Rücknahme hier nicht entgegen.
Infolge der Aufhebung kommt es zum Kostenerstattungsanspruch gegen Frau K. Beide Verwaltungsakte (Aufhebungsentscheidung und Kostenerstattungsforderung) sollen in einem Festsetzungsbescheid miteinander verbunden werden (vgl. § 50 Abs. 1, Abs. 3 SGB X). Eine Einschränkung des Kostenerstattungsanspruchs ist nicht vorzunehmen (vgl. § 105 Abs. 2 SGB XII).

6 Teilweise wird in diesen Fallkonstellationen auch ein intendiertes Ermessen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.09.1992, 8 C 68/90, 8 C 70/90, BVerwGE 91, 82 = NJW 1993, 744) angenommen. Dann ist die Ermessensvorschrift als „Soll-Regelung" zu interpretieren. Dies führt dazu, dass das Nennen von Ermessensgesichtspunkten, die selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null in der Begründung erwähnt werden müssen, unterbleiben können. Das LSG Hamburg (LSG Hamburg, Urteil vom 31.05.2007, L 5 AS 42/06, EuG 2008, 221 = ZEV 2008, 544) führt dazu aus: „*Dass der Bescheid nachfolgend neben ausführlichen Vertrauensschutzerwägungen keine gesonderten Ermessenserwägungen enthält, ist unschädlich, weil sich letztere in einer bloßen Wiederholung der Vertrauensschutzerwägungen erschöpft hätten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes […], der sich der Senat anschließt, entfällt eine Begründungspflicht dann, wenn der zu treffenden Entscheidung durch das einschlägige Fachrecht eine bestimmte Richtung vorgegeben ist, d. h. kraft dieses Fachrechts das Ermessen im Regelfall fehlerfrei nur durch eine bestimmte Entscheidung – hier durch eine Entscheidung für die Rücknahme des Verwaltungsaktes – ausgeübt werden kann (sog. ´intendiertes Ermessen`) und ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vorliegt. Trifft das nämlich zu, bedarf es, wenn in dem durch das Gesetz vorgegebenen Sinne entschieden wird, keiner Abwägung des 'Für und Wider'; damit entfällt zugleich auch eine entsprechende Begründungspflicht. …*"

7 Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.12.1997, 5 C 7/96, BVerwGE 106, 105 – NJW 1998, 1879 – FamRZ 1998, 547 – FEVS 48, 145; LSG Baden-Württemberg, 05.08.2011, L 12 AS 4994/10, info also 2011, 223; LSG Berlin-Brandenburg, 12.03.2010, L 5 AS 2340/08, BeckRS 2010, 69579.

Udo Kunze*

Der eigenwillige Herr Ahaus

– Sozialverfahrensrecht (Schwerpunkt: Handlungsfähigkeit) und Didaktik zur Methodenlehre –

I. Vorbemerkungen

Meine langjährigen Erfahrungen als Fachlehrer für Allgemeines Verwaltungsrecht und Praktische Rechtsanwendung sowie als immer noch dazulernender Verwaltungspraktiker bestätigen mich darin, nicht nur mit einem interessanten Fall die Aufmerksamkeit des Lesers und des Lernenden zu wecken, sondern zugleich auf einen bleibenden und konkreten Lernerfolg hinzuführen, der als Transferwissen abrufbar bleibt. Zwar ist verständlich, dass sich bei der Präsentation eines komplexen Sachverhaltes sofort das Interesse in den Vordergrund drängt, die Lösung in Erfahrung bringen zu wollen, und zwar ohne sich der Mühe zu unterziehen, diese eigenständig zu erarbeiten. Ist aber das Ergebnis erst mal bekannt, wird sehr schnell die Notwendigkeit in den Hintergrund gedrängt, fortwährenden Lernnutzen daraus zu ziehen. Der Spannungsbogen flacht ab, und die eigentlich wissensbringenden Lernaktionen während und am Schluss der Lektüre bleiben zumeist aus.

Abweichend von bislang veröffentlichten Fällen mit Lösungen möchte ich deshalb den Versuch starten, den jeweiligen Ausführungen zur Musterlösung des Rechtsgutachtens die Gedanken und methodischen Ansätze voranzustellen oder folgen zu lassen, die den Lernprozess erst vertieft in Gang setzen, ihn verständlich sowie nachvollziehbar machen und die einen hohen Grad an Merkfähigkeit bieten.

Die Inhalte eines umfassenden Gutachtens zu einem komplexen Sachverhalt können sich vielleicht Denkakrobaten rein quantitativ und ohne Bezug zur Rechtsanwendung merken, nicht aber diejenigen, die die methodischen und inhaltlichen Wissensaspekte eines Rechtsfalles für die folgende Lehrgangszeit und spätere Arbeitspraxis abrufen möchten. Von daher wird nachfolgend der Schwerpunkt bei der Technik geistiger Arbeit gesehen und Denkprozesse aufgezeigt, die klar strukturiert und systematisch zu einem komprimierten Lernerfolg führen sollen.

Ausdrücklich wird vorab vorsichtshalber darauf hingewiesen, dass diese Vor- und Nachbemerkungen nicht Bestandteil des Gutachtens werden dürfen. Sie bilden allein das ab, was im Unterricht ergänzend zum Lösungsaufbau und zur Musterlösung erörtert werden sollte.

* Städtischer Direktor *Udo Kunze* ist Leiter des Fachbereiches Soziales und Gesundheit der Stadt Osnabrück und nebenamtlicher Fachlehrer beim Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V.

II. Sachverhalt

Am 9. Januar 2013 beantragte Herr Anton Ahaus, 51 Jahre alt, im Fachbereich Soziales und Gesundheit der Stadt Osnabrück Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gemäß §§ 41 ff. SGB XII.

Sachbearbeiterin Bärbel Ball prüfte das von Herrn Ahaus nicht vollständig ausgefüllte Antragsformular nur flüchtig, weil noch sechs Bürgerinnen und Bürger vor ihrer Bürotür auf sie warteten.
Sie kopierte nur in aller Eile den Bescheid der Deutschen Rentenversicherung über die dauernde Erwerbsminderungsrente in Höhe von monatlich 682,00 €.
Weil es sich aus ihrer Sicht um einen einfachen Sachverhalt handelt, bat sie Stadtinspektoranwärter Dieter Dach, die Herrn Ahaus gemäß §§ 41 ff. SGB XII zustehende Hilfe auszurechnen und den Bewilligungsbescheid vorzubereiten.
Wegen der erheblichen Arbeitsrückstände prüfte Frau Ball den Vorgang nur auf Plausibilität und unterzeichnete den Bescheid vom 23. Januar 2013 über die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen in Höhe von monatlich 79,00 € ab 1. Januar bis 31. Dezember 2013.
Frau Ball übersah dabei, dass Herr Ahaus die Fragen nach weiteren Einkünften und nach einer rechtlichen Betreuung nicht beantwortet, also den Antragsvordruck insoweit nicht vollständig ausgefüllt hatte. Die dem Bescheid beigefügte Rechtsbehelfsbelehrung war ordnungsgemäß.
Der Bescheid wurde am 26. Januar 2012 Herrn Ahaus bekannt gegeben.

Am 12. März 2013 rief die Sozialarbeiterin Frau Erna Ehrlich bei Frau Ball an und teilte mit, dass sie in der Wohnung des Herrn Ahaus den Bescheid über die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen vorgefunden habe und sie erstaunt darüber sei, dass sie nicht beteiligt wurde, denn seit August des Vorjahres sei sie vom Betreuungsgericht zur rechtlichen Betreuerin mit den Aufgabenkreisen Vermögenssorge, Behördenangelegenheiten und Gesundheit jeweils mit Einwilligungsvorbehalt bestellt worden.
Des Weiteren trug sie vor, ein solcher Antrag auf Gewährung von Sozialhilfe sei auch nicht gerechtfertigt gewesen, weil Herr Ahaus noch über eine Betriebsrente von monatlich 121,00 € verfügt und somit nicht hilfebedürftig sei.
Daraufhin erstellte Frau Ball folgenden Bescheid, der am 29. März 2013 der Betreuerin per Zustellungsurkunde zugestellt wurde:

Büroverfügung

Stadt Osnabrück · Postfach 44 60 · 49034 Osnabrück

DER OBERBÜRGERMEISTER
Fachbereich
Soziales und Gesundheit
Allgemeine Sozialleistungen
Stadthaus 2, Natruper-Tor-Wall 5
Zimmer 355, 49076 Osnabrück
(H) Rißmüllerplatz

Frau Ball
Tel 0541 323-1880
Fax 0541 323-15 1880
ball@osnabrueck.de
www.osnabrueck.de

1.
Per Zustellungsurkunde
Frau
Erna Ehrlich ab am: 27. März 2013
Rosenstraße 35
49074 Osnabrück

Datum/Ihr Zeichen **Datum / Unser Zeichen**
27. März 2013; 50-32

Grundsicherungsleistungen für Anton Ahaus

Sehr geehrte Frau Ehrlich!

Meinen Bescheid vom 23. Januar 2013 auf Gewährung von Grundsicherungsleistungen gemäß §§ 41 ff. SGB XII für den von Ihnen zu betreuenden Herrn Anton Ahaus hebe ich hiermit rückwirkend zum 1. Januar 2013 auf.

Die in der Zeit von Januar bis einschließlich März gezahlten 3 x 79,00 € = 237,00 € bitte ich zu erstatten und auf das unten genannte Konto bei der Sparkasse Osnabrück unter Angabe des Kassenzeichens 5.9950.320123.3 zu überweisen.

Zur Begründung verweise ich auf das mit Ihnen am 12. März 2013 geführte Telefongespräch, in dessen Verlauf Sie mir mitteilten, dass Herr Ahaus noch über eine Betriebsrente in Höhe von monatlich 121,00 € verfügt. Hilfebedürftigkeit bestand auch nach Ihrer Auffassung somit von Anfang an nicht.

Ab April 2013 habe ich die Zahlungen eingestellt.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung schriftlich oder zur Niederschrift bei der Stadt Osnabrück (Adresse siehe Briefkopf) Widerspruch eingelegt werden.

Mit freundlichen Grüßen
im Auftrag

gez. Ball

2. WV 30. April 2013

Mit Datum vom 6. Mai 2013 legte Frau Ehrlich per E-Mail (ohne qualifizierte elektronische Signatur) gegen den Bescheid Widerspruch ein. Zunächst trug sie vor, nach Erhalt des Bescheides versucht zu haben, Frau Ball telefonisch zu erreichen, was ihr jedoch nicht gelungen sei. Eine Kollegin habe sie bis zur Rückkehr der Frau Ball aus dem Urlaub in 14 Tagen vertröstet. Dieses Gespräch sei dann am 20. April 2013 zustande gekommen, hätte jedoch keine neuen Gesichtspunkte ergeben, denn Frau Ball bestand nach wie vor auf die Rückzahlung, die wegen der nicht angegebenen Betriebsrente gerechtfertigt sei.
In der Sache hielt Frau Ehrlich den Bescheid für rechtswidrig, weil aus dem Aufhebungsbescheid keine Ermessensgesichtspunkte hervorgingen.

Aufgabe:

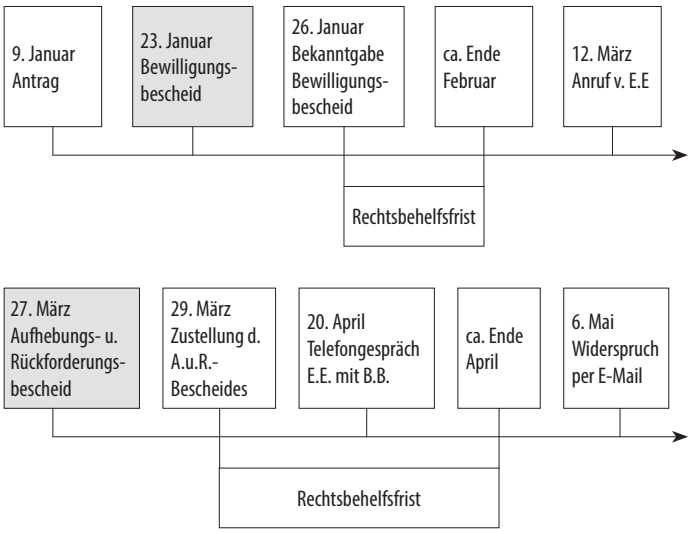
Fertigen Sie ein Rechtsgutachten!

III. Methodisches Vorgehen (1. Stufe)

1. Nach dem ersten Durchlesen **(Einstiegsphase)** muss der Sachverhalt noch ein weiteres Mal in Abschnitten gedanklich erfasst und verinnerlicht werden, weil erst beim zweiten Lesen die dargestellten Tatsachen durch die zuvor erlangte Kenntnis des gesamten Sachverhaltsverlaufs eine neue Bedeutung erhalten. Die erst am Ende stehende Aufgabenstellung führt also beim zweiten Durchdenken zu einer neuen Würdigung des Sachverhaltes (**Wiederholungsphase**), ohne sich allerdings schon lösungsorientiert festzulegen.

Keine vorschnellen Schlüsse! Aber erste Gedanken notieren!

2. Hilfreich ist vielfach, vor allem bei einem zeitlich gestreckten komplexen Sachverhalt, eine Zeitschiene auf einem Beiblatt zu erstellen, um den zeitlichen Ablauf optisch vereinfacht zur fortwährenden Orientierung während der Erstellung des Gutachtens transparent und merkfähig zu machen:



Diese Chronologie ist über die eigentliche Sachverhaltsdarstellung hinaus schon um verfahrensrechtlichte Aspekte angereichert, da erkennbar ist, dass die Rechtsbehelfsfristen eine Rolle spielen könnten. Zu früh wäre es allerdings, beide Fristen genau auszurechnen, denn ob dies erforderlich werden wird, ist zweifelhaft und bleibt deshalb abzuwarten. Es reichen deshalb zunächst Circa-Angaben.

Also keine vorschnellen Aktionen, die sich später als überflüssig herausstellen!

Eine solche einprägsame Übersicht des Geschehensablaufs hebt auch die beiden Bescheide hervor, um Verwechselungen (die leider häufig festzustellen sind) zu vermeiden.
Bitte auch keine vorschnellen Vorfestlegungen schon zu diesem Zeitpunkt, etwa durch eine gedankliche Fixierung auf ein Versäumnis der Rechtsbehelfsfrist, auf ein mögliches Verschulden der B.B. oder auf einen Vertrauensschutz des A.A. bei Rücknahme. Solche ersten Überlegungen, die im Brainstorming durchaus zulässig sind, müssen hinsichtlich des Ergebnisses noch offen bleiben und einer späteren intensiveren Prüfung vorbehalten bleiben.

Zügeln Sie Ihre Gedanken! Stichworte als Gedankenstütze geben Sicherheit!

3. Es folgt die **Vertiefungsphase,** in dem zunächst (durchaus unsortiert) Einzelprobleme identifiziert und sodann notiert werden, wie

- rechtliche Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt – Konsequenzen?
- Aufhebung eines von Anfang an rechtswidrigen Bescheides?
- Rechtsgrundlage für die Aufhebung?
- Anwendbarkeit des SGB/SGG?
- Widerspruchsform gewahrt?
- Widerspruchsfrist gewahrt?
- Anhörung vor Aufhebungsbescheid?
- Begründungsmangel im Aufhebungsbescheid?

Zu den Vorarbeiten zur Erstellung einer Lösungsskizze ist die nun einsetzende **Rückkopplungsphase** unerlässlich, das heißt, der Sachverhalt ist unter Abrufung des Fachwissens daraufhin durchzuprüfen, ob alle relevanten Problemfelder erfasst worden sind und ob der Sachverhalt zutreffend, also ohne fehlerhafte Korrekturen oder unzulässige Unterstellungen Grundlage der weiteren Handlungsschritte ist (**erste Kontrollphase**).

4. Entscheidend für die Erstellung eines hochwertigen Gutachtens ist die Fähigkeit des Rechtsanwenders, sich zielgerichtet und fallspezifisch Fragen zu stellen, die anschließend von ihm zu beantworten sind (deshalb verzichten manche darauf und wundern sich, warum das Gutachten schlecht bewertet worden ist). Wichtig ist dabei, dass sich aus einer Frage eine weitere ergeben kann, um sich auf diese Weise logisch voneinander abgeleitet und damit vertieft einer Rechtsproblematik detailliert zuzuwenden. Dies wäre ein planmäßiges und folgerichtiges Vorgehen.

Lösungsorientierte Fragen zu formulieren muss kontinuierlich geübt werden!

- Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich aus einer Betreuerbestellung mit Einwilligungsvorbehalt und welche Rechtsfolge tritt ein, wenn der Betreuer nicht einwilligte?

An dieser Stelle setzt das Gesetzesstudium ein, um eine rechtlich fundierte Antwort vorzubereiten.

Erkennbar ist in dieser Phase nämlich, dass die Klärung dieser Rechtsproblematik vorentscheidend sein wird, denn A. A. hat ohne die Einwilligung der E. E. gehandelt.
Wer an dieser Stelle nicht ins Detail geht, nimmt eine vorschnelle und damit falsche Weichenstellung in Kauf, die fatale Folgen hätte, denn die Lösung führt in eine ganz andere Richtung.

Also Ruhe bewahren und das Gespür für die Schwerpunktproblematik entwickeln!

Es folgt die Normsuche:

Der Einwilligungsvorbehalt ist in § 1903 BGB normiert. In Absatz 1 Satz 1 dieser Vorschrift ist geregelt, dass der zu Betreuende für eine Willenserklärung der (vorherigen) Einwilligung bedarf.

- Was ist aber, wenn diese nicht vorliegt, wie hier erkennbar?

Da auch dieser Frage nachgegangen werden muss, wird deutlich, dass Rechtsanwendung mühevoll sein kann und die richtige Lösung häufig im Detail versteckt liegt.

Daraus nehmen wir die Erkenntnis mit, eine Norm genau und vollständig zu lesen und sich in die Pflicht zu nehmen, auch eine Verweisungsnorm zu prüfen.
In § 1903 I S. 2 BGB wird auf § 108 BGB verwiesen: danach ist die ohne Einwilligung abgegebene Willenserklärung (es heißt dort zwar „Vertrag", aber die Vorschrift wird ja „entsprechend" angewendet) von der (nachträglichen) Genehmigung abhängig, das heißt, rechtstechnisch ist eine solche Willenserklärung schwebend unwirksam.
Dieser Ausflug ins Privatrecht ist einerseits unerlässlich, um den Sachverhalt diesbezüglich rechtlich einwandfrei würdigen zu können, er macht andererseits aber auch deutlich, dass verwaltungsverfahrensrechtliche Fallgestaltungen und die Anwendung von Vorschriften des Privatrechts sich nicht ausschließen, sondern sinnvoll ergänzen.

Aus diesen Erkenntnissen leitet sich die nächste Frage denklogisch ab, nämlich:

- Ist die Willenserklärung des A.A., Sozialhilfeansprüche geltend zu machen, dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen?

Öffentliches Recht ist dann anzuwenden, wenn nach der Subjektstheorie[1] ausschließlich ein Träger öffentlicher Verwaltung gesetzlich berechtigt oder verpflichtet wird.

- Welches Gesetz kommt zur Anwendung?

Zur Ausführung des hier allein maßgeblichen SGB XII ist die Verwaltung als Träger der Sozialhilfe (§§ 97 ff. SGB XII) ausschließlich verpflichtet, Sozialhilfe zu gewähren, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen.
Demzufolge wurde die Willenserklärung des A.A. im Bereich des öffentlichen Rechts abgegeben.

1 auch Sonderrechtstheorie genannt, s. *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer,* Kommentar zum SGG, C.H. Beck 2012, Rn. 3 c zu § 51, m.w.N.

Also verlassen wir nun das BGB und prüfen die sozialgesetzlichen Vorschriften.

Das SGB XII ist ein Buch neben vielen weiteren.

- In welchem könnte etwas darüber geregelt sein, wer Anträge stellen und Bescheide entgegen nehmen kann?
- Konnte A.A. also rechtswirksam handeln?

Im SGB XII findet sich keine Antwort. Es liegt nahe, das der Gesetzgeber eine solche grundsätzliche Regelung in die allgemeinen Bestimmungen aufgenommen hat, weil eine solche gleichermaßen für alle Bücher des SGB geltend soll. Deshalb wird man im SGB X fündig, und zwar wird im § 11 SGB X festgelegt, wer die Fähigkeit besitzt, Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Anträge stellen und Bescheide entgegennehmen sind Verfahrenshandlungen im Sinne dieser Vorschrift.

Der Blick fällt dann auf § 11 II SGB X, der eine hier relevante Regelung enthält.

Demzufolge hätte A.A. nach überschläglicher Prüfung des § 11 II SGB X einer Einwilligung seiner Betreuerin bedurft, um rechtswirksam den Antrag stellen und die Bescheide entgegennehmen zu dürfen.
Die Vorprüfungen dieser Fragestellung können nunmehr unterbrochen werden, weil erst die verbleibenden Einzelprobleme einer Aufarbeitung zugeführt werden müssen. An welcher Stelle ein vorläufiger Schnitt empfehlenswert ist, zeigt die Erfahrung. Die **Orientierungsphase** dient dazu, sich einen Überblick über die fallrelevanten Rechtsprobleme zu verschaffen. Die Detaillösungen folgen später. Dies dient zugleich der Schwerpunktbildung.

- Da wir uns im SGB-Anwendungsbereich befinden, könnte die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass des Aufhebungs- und Rückforderungsbescheides in §§ 44 ff. SGB X zu finden sein. Vertiefter sollte bei den Vorüberlegungen noch nicht eingestiegen werden.

Erst die festgestellten Kernprobleme nur anprüfen!
Die Subsumtion im Detail folgt später!

- Wurde die Widerspruchsform durch die E-Mail gewahrt?

Eine Normsuche ist unverzichtbar, zuweilen zeitaufwendig und mit Geduld anzugehen. Im Laufe der Zeit eignet man sich die Fähigkeit an, strukturiert zu suchen. Der Gesetzgeber könnte im SGG und/oder im SGB dazu etwas geregelt haben. § 65 a SGG gilt nur für die elektronische Kommunikation der Sozialgerichte. Innerhalb des SGB liegt es nahe, dass der Gesetzgeber eine Vorschrift in den Allgemeinen Teil (SGB I) aufgenommen hat, der für alle anderen Bücher auch gilt (wenn dort keine abweichenden speziellen Regelungen enthalten sind).
Bei einem Blick in die Inhaltsübersicht fällt § 36 a SGB I auf. Absatz 2 dieser Vorschrift wird später genauer zu prüfen sein.

- Die Widerspruchsfrist (siehe Zeitschiene) ist offensichtlich verstrichen. Es könnte das Wiederaufgreifen des Verfahrens (§ 84 II 3 i.V.m. § 67 SGG) zum Tragen kommen. Als Merkposten muss dies auf dem Beiblatt verankert werden, um später genauer zu subsumieren.

- Nach dem Sachverhalt spricht sehr viel dafür, davon auszugehen, dass eine Anhörung gemäß § 24 SGB X nicht stattgefunden hat, obwohl eine solche erforderlich gewesen wäre.
- Im Bescheid vom 27. März 2012 fehlt die Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung und für die Rückforderung. Diese gehört zu den rechtlichen Gründen als Bestandteil einer ordnungsgemäßen Begründung im Sinne des § 35 I SGB X.

Der Bescheid könnte also formell rechtswidrig sein.

- Dies leitet unmittelbar über zu der Frage, ob solche Verfahrensfehler geheilt werden können.

§ 41 I SGB X lässt eine Heilung zu.

Wer an dieser Stelle nicht den Grundsatz beachtet, eine zur Prüfung anstehende Rechtsnorm vollständig zu lesen und daraufhin gedanklich durchzuprüfen, ob diese fallendscheidend zur Anwendung kommen könnte, überfährt die richtige Weichenstellung und verpasst den Weg zum richtigen Ergebnis.

Fehlt nämlich wie hier in einem Bescheid die erforderliche Begründung oder ist die erforderliche Anhörung unterblieben, gilt gemäß § 41 III SGB X die Versäumung einer Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet, wenn der oder die formellen Fehler dafür ursächlich waren, dass die Frist versäumt worden ist.

IV. Methodisches Vorgehen (2. Stufe)

Ausgehend von dem Aufbauschema des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung e.V. zum Widerspruchsverfahren, das auf die VwGO und VwVfG abstellt, wird nachfolgend ein Prüfungsschema empfohlen, das die Vorschriften des SGG und des SGB zu Grunde legt:

Prüfungsschema
Bearbeitung einer Widerspruchsentscheidung nach SGB/SGG

A Vorprüfung

1. Ist die Eingabe als Widerspruch zu werten?
- ggf. Auslegung gemäß § 133 BGB analog

2. Was soll mit dem Widerspruch erreicht werden?

2.1 Aufhebung eines belastenden oder nicht begünstigenden (ablehnenden) VA (§§ 78 III, 54 I SGG)?
2.2 Erlass eines begünstigenden VA (§§ 78 III, 54 I SGG)?
2.3 Kombiniertes Aufhebungs- und Verpflichtungsbegehren (§§ 78 I, III, 54 I, IV SGG)?[2]

B Entscheidungszuständigkeit der Abhilfe-(Erlass-)Behörde (§§ 84, 85 SGG)

- bei Nichtabhilfe ist auf die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde abschließend unter E hinzuweisen

2 s. *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer,* a.a.O., Rn. 38 zu § 54

C Zulässigkeitsprüfung

1. Sozialrechtsweg (§ 51 SGG)?
1.1 öffentlich-rechtliche Streitigkeit?
1.2 nichtverfassungsrechtlicher Art (§ 39 II SGG)?[3]
1.3 Rechtswegzuweisung enumerativ (Zuständigkeitskatalog: § 51 I Nr. 1 bis 10)?

2. Statthaftigkeit (Widerspruch gesetzlich vorgesehen)?
2.1 Anfechtungswiderspruch: § 78 I SGG, § 31 SGB X?
oder
2.2 Verpflichtungswiderspruch: § 78 III SGG, § 31 SGB X?
2.3 Entbehrlichkeit des Vorverfahrens (§ 78 I 2 SGG)?
- Anwendung des § 4 a NAG SGG?
- spezialgesetzliche Regelungen?

2.4 isolierte Anfechtung behördlicher Verfahrenshandlungen?
- bis 24. Oktober 2013: analoge Anwendung des § 44 a VwGO als allgemeiner Rechtsgedanke[4]
- ab 25. Oktober 2013: § 56 a SGG[5]

3. Ordnungsgemäße Einlegung?
3.1 bei der richtigen Behörde (§ 84 I SGG)?
- bei der Ausgangs- oder Erlassbehörde?
- bei anderer inländischer Behörde (§ 84 II SGG)?

3.2 in der richtigen Form (§ 84 I SGG)?
- schriftlich?
- per E-Mail (§ 36 a SGB I)?
- zur Niederschrift?

3.3 in der zu beachtenden Frist?
- Monatsfrist (§§ 84 II 3, 66 I SGG)?
- Jahresfrist (§§ 84 II 3, 66 II SGG)?
- Fristberechnung gemäß §§ 187 ff. BGB (§§ 62, 26 SGB X)
- Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (§§ 84 II 3, 67 SGG)

4. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit?
4.1 Beteiligungsfähigkeit (§ 10 SGB X)?
4.2 Handlungsfähigkeit (§ 11 SGB X)?
4.3 ordnungsgemäße Vertretung (§ 13 SGSB X)?

5. Widerspruchsbefugnis? (§ 54 I 2 SGG analog)?
5.1 Anfechtungswiderspruch:
werden rechtlich anerkannte und geschützte Rechtspositionen möglicherweise verletzt?
- Adressatentheorie oder Möglichkeitstheorie (formelle Beschwer)[6]

5.2 Verpflichtungswiderspruch:
sind möglicherweise subjektiv-öffentliche Rechte des WF verletzt, weil
- ein Anspruch auf den begehrten VA besteht?
- oder auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (54 II 2 SGG, § 39 I SGB I)?

3 ebenda, Rn. 12 zu § 51
4 s. *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer,* a.a.O., Rn. 8 e zu § 54
5 eingefügt durch Art. 7 Nr. 4 im G vom 19. Oktober 2013, BGBl I Nr. 63, S. 3847
6 s. *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer,* a.a.O., Rn. 9 und 10 zu § 54

D Begründetheitsprüfung

1. Anfechtungswiderspruch (Ziel: Aufhebung eines belastenden oder nicht begünstigenden (ablehnenden) VA)

1.1 Rechtswidrigkeit des VA und Rechtsverletzung (materielle Beschwer)[7]
(§§ 78 I, 54 II 1, 131 I 1 SGG analog? (als Eingangshypothese)

1.1.1 Rechtsgrundlage (Ermächtigungs- oder Anspruchsnorm)?

1.1.2 formelle Rechtmäßigkeit?
- Zuständigkeit für den Erlass des VA?
- Verfahren eingehalten?
- Form beachtet? etc.

1.1.3 bei formeller Rechtswidrigkeit:
- Heilung (§ 41 SGB X) möglich? z.B. Nachholung der Begründung
- dennoch kein Anspruch auf Aufhebung (§ 42 SGB X)?

1.1.4 materielle Rechtmäßigkeit?
- Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungs- oder Anspruchsgrundlage
  – Auslegung nach der Methodik der Rechtsanwendung
- bei Ermessen: Ermessensfehler (§ 39 I SGB I)?
  – wenn Ermessensfehler: Nachschieben von Gründen gemäß § 41 II SGB X im Widerspruchsbescheid

1.2 tatsächliche Verletzung eigener (subjektiv-öffentlicher) Rechte des WF
(§ 131 I SGG analog)
- Abgrenzung zum Rechtsreflex

1.3 bei rechtmäßiger Ermessensentscheidung:
- Prüfung der Zweckmäßigkeit (§ 78 I SGG)

E Entscheidungsvorschlag

- Verfahrenshinweise (zum Beispiel Anhörung nachholen)
- Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde (§ 85 II SGG)
- Schriftform, Bekanntgabe oder Zustellung (§ 85 III SGG) des Widerspruchsbescheides
- Rechtsbehelfsbelehrung (§ 85 III 4 SGG)
- Inhalt und Form des Abhilfebescheides (§ 85 I SGG)
- gegebenenfalls Kostenlastenentscheidung (§ 63 SGB X)

2. Verpflichtungswiderspruch (Ziel: Erlass eines begünstigenden VA)

2.1 Rechtswidrigkeit der Ablehnung des begehrten VA, Rechtsverletzung des WF und besteht Rechtsanspruch auf den begehrten VA bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (§ 78 III, 54 II 1, 131 II, III SGG analog)? (als Eingangshypothese)

2.1.1 Rechtsgrundlage (Anspruchsnorm)?

2.1.2 formelle Rechtmäßigkeit des Ablehnungsbescheides?
- Zuständigkeit für den Erlass des VA?
- Antragserfordernis (§ 18 Nr. 1, 2 SGB X i.V.m. Spezialgesetz)
- Verfahren eingehalten?
- Form beachtet? etc.

2.1.3 bei formeller Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides:
- Heilung (§ 41 SGB X)?
- Anspruch auf Aufhebung (§ 42 SGB X)?

2.1.4 materielle Rechtmäßigkeit des Ablehnungsbescheids
- Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage
  – gegebenenfalls Auslegung nach der Methodik der Rechtsanwendung
- bei Ermessen: Ermessensfehler (§ 39 I SGB I)?
  – wenn Ermessensfehler:
  Nachschieben von Gründen gemäß § 41 II SGB X im Widerspruchsbescheid

2.2 tatsächliche Verletzung eigener (subjektiv-öffentlicher) Rechte des WF
(§ 131 II SGG analog)

2.3 bei rechtmäßiger Ermessensentscheidung:
- Prüfung der Zweckmäßigkeit (§ 78 I SGG)

2.4 Zwischenergebnis:
bei Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides oder Unzweckmäßigkeit Aufhebung des VA (insoweit Abhilfe)

2.5 besteht Anspruch auf Erlass des begehrten VA?

2.5.1 Anspruchsgrundlage?

2.5.2 formelle Rechtmäßigkeit?
- nur soweit Abweichungen von 2.1.2 und 2.1.3

2.5.3 materielle Rechtmäßigkeit?
- nur soweit Abweichungen von 2.1.4

E Entscheidungsvorschlag

- Zuständigkeit für Erlass des Verwaltungsakte?
- Verfahrenshinweise?
- Form und Bekanntgabe des Abhilfebescheides?
- Erlass des begehrten VA?
- gegebenenfalls Kostenlastentscheidung (§ 63 SGB X)?
- Erlass eines Widerspruchsbescheides mit erneuter und diesmal rechtmäßiger Ablehnung des Antrages?

V. Lösungsskizze (methodisches Vorgehen 3. Stufe)

1. Erst jetzt ist es an der Zeit, sich der Lösungsskizze zuzuwenden. Eine solche zeichnet sich dadurch aus, dass sie nur die wesentlichen, im Gutachten zu erörternden Rechtsprobleme spiegelstrichartig und in Stichworten ausweist, so dass der Gutachter sich bei Erstellung der Reinschrift daran orientieren kann. Eine Lösungsskizze stellt auch sicher, dass neben der Kontrollfunktion vor Beginn der Reinschrift ein systematischer und in sich stimmiger Aufbau des Gutachtens sichergestellt wird.

2. Beginnen wir mit der Vorprüfung, ob die Eingabe als Widerspruch zu werten ist, wird offensichtlich, dass Frau E.E. Widerspruch einlegt, also kein Anlass besteht, ein solches Begehren in analoger Anwendung des § 133 BGB auslegen zu müssen.
Der „problemorientierte Bearbeitungsansatz“[8] führt zu dem Ergebnis, darüber im Gutachten keine Ausführungen zu machen. Das Prüfungsschema dient zwar als Checkliste, was aber nicht bedeutet, stets zu jedem Punkt gutachtlich Stellung nehmen zu müssen.

Prüfungsschema gedanklich durchprüfen, aber nur das Wesentliche im Gutachten ausführen!

7 s. *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer,* a.a.O., Rn. 2 zu § 131

8 hierzu siehe *Weidemann,* DVP 5/2012, S. 197 (199 Fn. 4) m.w.N.

Empfehlenswert ist, sich schon bei der Erstellung der Lösungsskizze zu fragen, ob nach getaner gedanklicher Vorarbeit und den erzielten Zwischenergebnissen Ausführungen im Gutachten folgen sollten oder ob darauf ganz verzichtet werden kann. Wenn Ausführungen erforderlich sind, können diese komprimiert ausfallen, vielleicht sogar im Entscheidungsstil, oder aber es sind vertiefende Argumente auszuformulieren, weil die als Schwerpunkte erkannten Rechtsproblematiken ausführliche und gründliche Darlegungen verlangen.
Dass hier die E.E. für A.A. Widerspruch einlegt, steht außer Zweifel und muss deshalb nicht besonders geprüft werden.
Bedeutender ist vielmehr die Frage, was mit dem Widerspruch erreicht werden soll. Ziel ist allein, den belastenden Bescheid aufgehoben zu bekommen und von daher handelt es sich um einen Anfechtungswiderspruch. Das sollte im Entscheidungsstil vorangestellt werden.

3. Die Prüfungspunkte zur Entscheidungszuständigkeit der Abhilfebehörde und zur Statthaftigkeit können an dieser Stelle zunächst hintangestellt werden, da sich dazu keine Rechtsprobleme ergeben. Standardformulierungen dazu können später in das Gutachten aufgenommen werden. Die hat der Gutachter im Kopf und sind dann an passender Stelle abrufbar und einzufügen. Notizen dazu in der Lösungsskizze sind deshalb entbehrlich.

Eine problemorientierte Vorgehensweise spart Zeit für das Wesentliche:

Zur Widerspruchsform und zur Frist sowie zur Handlungsfähigkeit sind bereits Vorüberlegungen erfolgt, die in eine Lösungsskizze münden.

4. Zur Begründetheitsprüfung wird näher auf § 45 SGB X einzugehen sein, da die Bewilligung der Sozialhilfe unstrittig von Anfang an rechtswidrig war, somit die Anwendbarkeit des § 48 SGB X ausscheidet.

§ 50 SGB X könnte die Rechtsgrundlage für den Erstattungsanspruch sein.

An dieser Stelle ist das Grundwissen abzurufen, zwischen der rechtlichen Aufhebung eines Verwaltungsaktes und dem anschließenden Erstattungsanspruch zu differenzieren.

5. Aus dem Vorgenannten entwickelt sich nun eine Lösungsskizze, die nur die fallrelevanten Prüfungspunkte stichwortartig auflistet und die als „Leitfaden" für die Reinschrift dient. Hier nur die wesentlichen Stichwörter.

Zulässigkeit:
- Anfechtungswiderspruch!
- Form? § 36 a II SGB I: nein
- Monatsfrist § 84 I SGG i.V.m. § 66 I SGG
- Frist abgelaufen aber:
  fehlende Begründung und fehlende Anhörung → § 41 III SGB X = kein Verschulden!
  Wiedereinsetzung § 27 SGB X? ja
- Handlungsfähigkeit § 11 II SGB X? → A. A. handlungsunfähig! E.E. handelt für A.A.

Begründetheit:
- Tatbestandsmerkmal § 45 SGB X → ja, aber:
  = Verwaltungsakt
- rechtswirksam bekanntgegebener Bewilligungsbescheid? → nein, wegen Handlungsunfähigkeit des A.A.
- Erstattung ohne VA → § 50 II SGB X
- 45 SGB X gilt entsprechend → Vertrauensschutz wegen Handlungsunfähigkeit
- Aufhebung des Rücknahme- und Erstattungsbescheides → ja

An dieser Stelle setzt die **zweite Kontrollphase** ein, die Gelegenheit bietet, nochmals zu prüfen, ob alle relevanten Sachverhaltselemente sich in der Lösungsskizze wiederfinden. Erst dann kommt das Prüfungsschema einzelfallspezifisch zur Umsetzung durch Ausformulierung des Gutachtens.

VI. Rechtsgutachten (methodisches Vorgehen 4. Stufe)

Dem von Frau E.E. eingelegten Anfechtungswiderspruch ist abzuhelfen, wenn der Rechtsbehelf zulässig und begründet ist.

Entscheidungszuständigkeit der Abhilfebehörde

Ziel ist die Aufhebung des Bescheides vom 27. März, mit dem die Gewährung von Sozialhilfe nach §§ 41 ff. SGB XII aufgehoben wurde, so dass die Vorschriften des SGB Anwendung finden.
§ 62 SGB X verweist für förmliche Rechtsbehelfe (dazu zählt gemäß §§ 78 ff. SGG der Widerspruch) zunächst auf das SGG, wenn der Sozialrechtsweg gegeben ist. Dieser ist gemäß § 51 I Nr. 6 a SGG zulässig in Angelegenheiten der Sozialhilfe, die im SGB XII geregelt sind.
Die nach § 85 I SGG verpflichtende Abhilfe bei Begründetheit des Widerspruchs enthält keine Zuständigkeitsregelung. Gemäß § 62 SGB X finden somit die Vorschriften des SGB Anwendung, und zwar hier die spezialgesetzlichen Vorschriften der Sozialhilfe aus SGB XII.
Zur örtlichen Zuständigkeit verweist § 98 I SGB XII auf den tatsächlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten und das ist hier die Stadt Osnabrück.
Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Landesrecht (§ 97 II SGB XII). Nach dem Niedersächsischen Ausführungsgesetz zum SGB XII (Nds. AG SGB XII) ist der örtliche Träger zuständig, weil keine Zuständigkeit des überörtlichen Trägers nach § 6 II zum Tragen kommt.
Örtliche Träger sind nach § 1 Nds. AG SGB XII die Landkreise und kreisfreien Städte. Die Stadt Osnabrück ist gemäß § 14 VI des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes eine kreisfreie Stadt.
Die Stadt Osnabrück ist folglich zuständig, zunächst die Abhilfe zu prüfen.

Zulässigkeit des Widerspruchs

Die Statthaftigkeit des Widerspruchs ergibt sich aus § 78 I SGG, weil die Ausnahmetatbestände des zweiten Satzes hier nicht vorliegen. Eines Vorverfahrens bedarf es zwar nicht, wenn ein Gesetz dies für besondere Zwecke bestimmt, jedoch ist hier eine Entbehrlichkeit des Vorverfahrens gemäß § 4 a des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zum SGG nicht vorgesehen.

Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung

1. Der Widerspruch ist bei der Erlassbehörde ordnungsgemäß eingelegt (§ 84 I SGG).

2. Die Form des Widerspruchs, nämlich per E-Mail, ist nur gewahrt, wenn die Voraussetzungen des § 36 a II SGB I erfüllt werden. Die Schriftform ist gemäß § 84 I SGG verpflichtend und abweichende Rechtsvorschriften sind nicht vorhanden. Da die E-Mail nicht mit einer erforderlichen qualifizierten elektronischen Signatur versehen worden ist, wurde der Widerspruch nicht rechtswirksam eingelegt.

Die Stadt hat eine Hinweispflicht gemäß § 36 a III SGB I. Von daher könnte der Formmangel also ex nunc durch Zuleitung eines fehlerfreien Dokuments beseitigt werden.

3. Die Monatsfrist zur ordnungsgemäßen Einlegung eines Widerspruchs ist gemäß § 84 I SGG bereits abgelaufen. Die dem Bescheid beigefügte Rechtsbehelfsbelehrung entsprach den Voraussetzungen des § 66 I SGG.

3.1 Ob ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 84 II 3 i.V.m. § 67 II SGG besteht, hängt davon ab, ob Verschulden vorliegt und ob die zu beachtende Frist von einem Monat nach Wegfall des Hindernisses eingehalten worden ist.

3.2 Ist ein Bescheid wegen einer fehlerhaften Begründung oder einer nicht durchgeführten Anhörung formell rechtswidrig, gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet (§ 41 III SGB X).

3.2.1 Der angefochtene Bescheid vom 27. März 2013 enthält zwar den Hinweis auf die Rechtsgrundlage für die Bewilligung der Grundsicherungsleistungen, nicht jedoch die Ermächtigungsnorm für die Aufhebung des Bescheides und für den geltend gemachten Erstattungsanspruch. Die wesentlichen rechtlichen Gründe sind gemäß § 35 I 2 SGB X dem Bescheidadressaten mitzuteilen und dazu zählt auch die Rechtsgrundlage, auf die sich die Behörde zum Erlass des Verwaltungsaktes stützt. Dies ist unterblieben, so dass der Bescheid formell rechtswidrig ist.

3.2.2 Durch den Aufhebungsbescheid wird in die Sozialleistungsrechte des A.A. eingegriffen, indem eine Erstattung von Sozialleistungen gefordert wird, so dass eine Anhörung gemäß § 24 I SGB X erforderlich war. Die Voraussetzung für eine Ausnahme gemäß Absatz 2 dieser Vorschriften liegen nicht vor.
Der Telefonanruf der E.E. vom 12. März 2012 kann nicht als Anhörung gewertet werden, weil die Sachbearbeiterin nicht darauf hingewiesen hatte, dass sie beabsichtigt, einen Aufhebungs- und Erstattungsbescheid zu erlassen und Frau E.E. damit nicht Gelegenheit gegeben wurde, sich dazu zu äußern.

3.2.3 Durch diese formellen Fehler hat es Frau E.E. auch versäumt, rechtzeitig Widerspruch einzulegen, denn sie hat innerhalb der Widerspruchsfrist versucht, die Sachbearbeiterin telefonisch zu erreichen. Es war bei der Betreuerin Klärungsbedarf entstanden, was ausreichend ist, die Kausalität für die Fristversäumung zu begründen. Dabei ist unerheblich, dass Frau E.E. aus anderen Gründen die Aufhebung und Rückforderung für nicht gerechtfertigt hielt. Aus Gründen der Rechtsschutzgarantie sind keine strengen Anforderungen an die Kausalität zu stellen.

Die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist wurde also nicht verschuldet.

3.2.4 Für die Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat gilt für den Wegfall des Hindernisses gemäß § 67 II 1 SGG als maßgebliches Ereignis der Zeitpunkt der Nachholung der ordnungsgemäßen Begründung und der Anhörung (§ 41 III 2 SGB X). Von daher kann der Widerspruch noch bis dahin ordnungsgemäß eingelegt werden. Hierüber wäre Frau E.E. gemäß § 14 SGB I zu beraten.

4. Die Handlungsfähigkeit des A.A. bestimmt sich nach § 11 II SGB X. Nach bürgerlichem Recht ist A.A. verfahrenshandlungsfähig, wenn die Tatbestände der §§ 108 bis 113, 131 II und § 210 sowie § 1903 III erfüllt werden (§ 1903 I 2 BGB).
Keine dieser Vorschriften trifft hier zu und deshalb ist A.A. nicht handlungsfähig, sondern allein die rechtliche Betreuerin gemäß §§ 1901 I, 1902 BGB, die A.A. folglich vertritt.

5. Für die Widerspruchsbefugnis findet § 54 II SGG analog Anwendung. Nach der Adressatentheorie ist A.A. widerspruchsbefugt, weil sich gegen ihn der belastende Verwaltungsakt richtet.

Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung

Der (noch möglich einzulegende) Widerspruch wäre demzufolge zulässig.

Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist auch begründet, wenn der Aufhebungs- und Erstattungsbescheid sich als rechtswidrig erweist (§ 131 I SGG analog).

Ermächtigungsgrundlagen

- Ermächtigungsgrundlagen könnten §§ 45 I, 50 I SGB X sein, da die Bewilligung der Sozialhilfe von Anfang an rechtswidrig war, und zwar auf Grund der Tatsache, dass Herr A.A. bereits bei der Antragstellung über ausreichend Einkommen verfügte.
  Voraussetzung für die Rücknahme ist der Erlass eines rechtswirksamen Verwaltungsaktes.
  Für den Antrag auf Gewährung von Sozialhilfe war A.A. nicht handlungsfähig, so dass Rechtsunwirksamkeit der Antragstellung die Folge ist. Der Bescheid konnte A.A. nicht rechtswirksam bekannt gegeben werden, denn auch die Bekanntgabe, die zugleich Wirksamkeitsvoraussetzung ist (§ 39 I SGB X), setzt als Verfahrenshandlung ebenfalls Handlungsfähigkeit des Bescheidadressaten voraus.
  Die schwebende Unwirksamkeit dieser Verfahrenshandlungen gemäß § 1903 I S. 2 BGB i.V.m. 108 BGB ist dadurch beendet worden, dass die rechtliche Betreuerin weder die Antragstellung noch die Bekanntgabe des Bescheides in dem Telefongespräch am 12. März 2013 nachträglich genehmigte. Folglich war der Bescheid von Anfang an unwirksam. Einer Aufhebung gemäß § 45 SGB X bedurfte es mithin nicht.
- Der Anspruch auf Erstattung der zu Unrecht erbrachten Sozialhilfeleistungen könnte sich auf § 50 II SGB X stützen. § 45 SGB X findet danach entsprechende Anwendung.

Der Empfänger der zu Unrecht erhaltenen Sozialleistungen kann sich auf Vertrauensschutz berufen, es sei denn, es liegt eine arglistige Täuschung vor, es wurden unrichtige Angaben gemacht oder die Rechtswidrigkeit war bekannt (§ 45 II Nr. 1 bis 3 SGB X).
Die fehlerhafte Antragstellung war eine Verfahrenshandlung, die Handlungsfähigkeit voraussetzt. Da die unrichtigen Angaben des A.A. als Willenserklärung unwirksam waren, gilt folglich für ihn der Vertrauensschutz. Die Behörde kann sich dabei nicht auf Gutgläubigkeit berufen, weil Mängel durch Verletzung der Aufklärungspflichten nach dem Untersuchungsgrundsatz (§ 20 SGB X) zu ihren Lasten gehen. Die Behörde hätte bei Antragstellung prüfen müssen, ob A.A. handlungsfähig war.
Demzufolge hat die Stadt Osnabrück keinen Anspruch auf Erstattung.

Ergebnis

Der Bescheid vom 27. März 2013 ist mithin rechtswidrig und verletzt den A.A. in seinen Rechten.

Ein noch einzulegender Widerspruch wäre demzufolge begründet.

Die von Januar bis einschließlich März 2013 an A.A. gezahlten 237,00 € können nicht zurückgefordert werden.

Entscheidungsvorschlag

Die Behörde kann außerhalb eines Widerspruchsverfahrens einen Verwaltungsakt aufheben.[9]
Wegen der festgestellten Rechtswidrigkeit sollte dies geschehen, so dass sich ein noch einzulegender Widerspruch erübrigt.
Zugleich mit der Aufhebung des Rücknahme- und Erstattungsbescheides vom 27. März 2013 sollte aus Gründen der Rechtsklarheit auch der Bewilligungsbescheid vom 23. Januar 2013 aufgehoben werden, obwohl dieser nicht wirksam geworden ist.
Die Einstellung der Zahlung der Sozialhilfe ab April 2013 ist gerechtfertigt, weil der Bescheid unwirksam ist und kein Anspruch auf Weiterzahlung rechtswidriger Sozialhilfeleistungen besteht.

9 s. BVerwG-Urteil vom 28. April 2009 (Az. 2 A 8/08), zitiert nach *Beckmann*, DVP 3/11 S. 110 (113 Nr. 47)

VII Leitsätze als Merkskizze

Um die Lernerfolge nachhaltig zu verankern, ist zu empfehlen, eigene Leitsätze zu entwickeln, die in prägnanter Form die Probleme beschreiben und den Lernerfolg verfestigen.

„Der eigenwillige Herr Ahaus" dient als Gedächtnisstütze für die mit der Handlungsfähigkeit verbundene Rechtsproblematik und diese wiederum kann später auf andere Sachverhalte übertragen werden. So wird aus der zunächst induktiven Methode, also der „Herleitung allgemeiner Regeln aus Einzelfällen",[10] eine deduktive also die „Herleitung des Besonderen aus dem Allgemeinen".[11]

Beispiele:

rechtliche Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt „EV"	→	Verfahrenshandlungsfähigkeit ohne Einwilligung des Betreuers nur in Ausnahmesituationen z.B. Gewerbeanmeldung
Verfahrenshandlungen des zu Betreuenden mit EV ohne Einwilligung	→	schwebend unwirksam bis zur Genehmigung oder der Nichtgenehmigung durch den Betreuer
ohne Einwilligung und ohne nachträgliche Genehmigung	→	Rechtsunwirksamkeit der Verfahrenshandlung
Bekanntgabe eines Bescheides	→	setzt Handlungsfähigkeit voraus, da Bekanntgabe auch eine Verfahrenshandlung darstellt
Bekanntgabe an den zu Betreuenden mit EV	→	führt zur Unwirksamkeit des VA (§ 39 I SGB X)
fehlerhafte Begründung und/oder Anhörung	→	Versäumung der Rechtsbehelfsfrist gilt als nicht verschuldet, so dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist (Sondervorschrift § 45 III VwVfG/§ 41 III SGB X)
VA-Begründung ohne Rechtsgrundlage	→	fehlerhaft, weil wesentliche rechtliche Gründe fehlen
Schriftform per E-Mail gewahrt?	→	nur mit elektronischer Signatur nach SigG

10 zitiert nach Duden, die deutsche Rechtschreibung, 24. Auflage, S. 528, 304
11 zitiert nach Duden, die deutsche Rechtschreibung, 24. Auflage, S. 528, 304

Finke/Haurand/Sundermann/Vahle
Allgemeines Verwaltungsrecht
Lehrbuch | 10., überarb. Aufl. | 416 Seiten | DIN A5 | Broschur | € 22,50
ISBN 978-3-7869-0635-3
Die Verfasser des seit Jahren eingeführten Standardwerks stellen Aufbau und Aufgaben sowie Verfahren der öffentlichen Verwaltung, den Verwaltungsrechtsschutz, Verwaltungszwang und die anderen Bereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf dem neuesten Stand dar.
Die aktuelle, 10. Auflage berücksichtigt auch die jüngsten Entwicklungen im Bereich Gesetzgebung und Rechtsprechung – einschließlich der europäischen Ebene. Besonderes Augenmerk gilt nach wie vor der Methodik und Technik der Fallbearbeitung.

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder bei **Maximilian Verlag | Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg | Tel. 040/707080-306 | Fax 040/707080-324 | E-Mail: vertrieb@dvp-digital.de** | Lieferung im Inland versandkostenfrei | Irrtum und Preisänderung vorbehalten. Widerrufsbelehrung: Sie können Ihre Bestellung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen schriftlich widerrufen. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs an die Bestelladresse.

VIII Lernübersicht zur Handlungsfähigkeit (§ 12 VwVfG / § 11 SGB X)

lfd. Nr.	§ 12 VwVfG § 11 SGB X	Regelungsgehalt	Beispiel für eine Verfahrenshandlung	Besteht Handlungsfähigkeit?
1	I Nr. 1	nach BGB geschäftsfähige natürliche Personen (§ 2 BGB i.V.m. §§ 104 ff.)	der 20-jährige A. beantragt einen Reisepass	ja
2	I Nr. 1	nach BGB geschäftsfähige natürliche Personen (§ 2 BGB i.V.m. §§ 104 ff.)	der 12-jährige B. soll gemäß § 17 I Nds. SOG eine Platzverweisung wegen des Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz erhalten	Ordnungsrechtlich verantwortlich ist A, allerdings ist die Verfügung an die Eltern als gesetzliche Vertreter (§ 1629 I BGB) zu richten. Alternativ: Die Maßnahme kann sich auch gegen die Eltern richten, da sie die Aufsichtspflicht (§ 1631 I BGB) haben (§ 6 II Nds. SOG).
3	I Nr. 1	nach BGB geschäftsfähige natürliche Personen (§ 2 BGB i.V.m. §§ 104 ff.)	der 35-jährige C., der an einer paranoid-halluzinatorischen Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis leidet, beantragt gemäß § 55 II GewO eine Reisegewerbekarte	nein, weil er geschäftsunfähig ist (§ 104 Nr. 2 BGB), was allerdings nur ein Arzt feststellen kann.
4	I Nr. 2	beschränkt Geschäftsfähige (§ 106 BGB), die für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind	der 16-jährige D. entrichtet zum Eintritt ins städtische Schwimmbad eine Gebühr von 4,00 €, die er von seinem Taschengeld aufwendet	ja, i.V.m. § 110 BGB
5	I Nr. 2	beschränkt Geschäftsfähige (§ 106 BGB), die für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind	der 17-jährige E. hat mit Einwilligung seiner Eltern einen Arbeitsvertrag beim Bauunternehmen P. abgeschlossen und bittet das Gewerbeaufsichtsamt, ihm Auskunft über Sicherheitsbestimmungen am Arbeitsplatz zu geben	ja, i.V.m. § 113 BGB
6	I Nr. 2	… durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt	der 15-jährige F. beantragt Leistungen der Eingliederungshilfe für Behinderte gemäß §§ 53 ff. SGB XII An wen ist der Bescheid zu richten?	ja, i.V.m. § 36 SGB I § 36 SGB I schließt die Bekanntgabe an F. mit ein.
7	I Nr. 3	juristische Personen	dem Sportverein G. e.V. wird der Bewilligungsbescheid über Sportfördermittel bekannt gegeben	ja, i.V.m. § 21 BGB die Bekanntgabe hat an den Vorstand (§ 26 BGB) als gesetzlicher Vertreter zu erfolgen
8	I Nr. 3	Vereinigungen	die Straßengemeinschaft der Straße H. erhält für das geplante Straßenfest eine Sondernutzungserlaubnis	ja, i.V.m. §§ 705 ff. BGB; die Bekanntgabe hat an den Geschäftsführer (§ 710 BGB) als besonders Beauftragten zu erfolgen
9	I Nr. 4	Behörde	das Finanzamt I. erhält einen Gebührenbescheid über die Straßenreinigung vor dem Gebäude des Finanzamtes	ja, i.V.m. § 1 IV VwVfG Bekanntgabe an den Leiter des Finanzamtes
10	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	für die 41-jährige K. wurde vom Betreuungsgericht eine rechtliche Betreuerin bestellt (§§ 1896 ff. BGB), und zwar für den Aufgabenkreis Vermögenssorge, gleichwohl beantragt sie selbst Wohngeld	ja, denn K. wird dadurch nicht in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt
11	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	wie zu 10 Die Behörde will den Wohngeldbescheid bekannt geben (durch einfachen Brief)	wie zu 10 Der Bescheid ist nur dann nicht K. bekannt zu geben, wenn die Entgegennahme und das Öffnen der Post vom Aufgabenkreis des Betreuers durch Gerichtsbeschluss ausdrücklich angeordnet worden ist (§ 1986 IV BGB)

lfd. Nr.	§ 12 VwVfG § 11 SGB X	Regelungsgehalt	Beispiel für eine Verfahrenshandlung	Besteht Handlungsfähigkeit?
12	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	wie zu 10 Die Betreuerin beantragt Akteneinsicht	K. ist nicht mehr handlungsfähig, da die Betreuerin K. gemäß § 1902 BGB vertritt und deshalb berechtigt ist, für K. zu handeln. Die Betreuerin kann nämlich jederzeit das Verfahren an sich ziehen. Das hat gemäß III i.V.m. § 53 ZPO[12] zur Folge, dass K. als nicht mehr handlungsfähig gilt.
13	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	wie zu 10 Der Bescheid soll zugestellt werden	Der Bescheid ist der rechtlichen Betreuerin zuzustellen (§ 1 NVwZG i.V.m. § 6 I 2 VwZG).
14	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	wie zu 10 Die Betreuerin hat nach Antragstellung durch K. die Wohngeldbehörde gebeten, das weitere Verfahren mit ihr durchzuführen	Der Bescheid ist nunmehr der Betreuerin als gesetzliche Vertreterin bekannt zu geben (§§ 1902, 1901 I BGB, § 12 III VwVfG/§ 11 III SGB X i.V.m. § 53 ZPO), das heißt, K. gilt dadurch als nicht mehr verfahrenshandlungsfähig.
15	I Nr. 1	geschäftsfähige natürliche Person	wie zu 10 Die Betreuerin will Klage einreichen	K. gilt als prozessunfähig gemäß § 62 IV VwGO i.V.m. § 53 ZPO, so dass die Betreuerin allein prozessführungsbefugt ist.
16	II	mit Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB	für den 52-jährigen L. hat das Betreuungsgericht einen Betreuer bestellt mit den Aufgabenkreisen Sorge für die Gesundheit, des Vermögens und des Aufenthalts, jeweils mit Einwilligungsvorbehalt. Der Betreuer beantragt Leistungen gemäß §§ 41 ff. SGB XII (Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung)	Prüfungsschema: 1. Einwilligungsvorbehalt=Ja 2. betrifft den Gegenstand des Verfahrens? = ja, da Sozialleistungen zur Vermögenssorge gehören 3. Kann L. nach BGB ohne Einwilligung handeln? a) §§ 108 bis 113 BGB? = nein b) lediglich rechtlicher Vorteil (§ 1903 III 1 BGB)? = nein, da zum Beispiel Mitwirkungspflichten c) geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens (§1903 III 2 BGB)? = nein d) nach öffentlichem Recht handlungsfähig? = nein also: der Betreuer allein ist handlungsfähig in Vertretung für L., da L. handlungsunfähig ist
17	II	mit Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB	wie zu 16 1. Absatz L. stellt den Antrag selbst	Der Antrag ist gemäß § 1903 I 2 i.V.m. § 108 I BGB schwebend unwirksam. Der Antrag bedarf der Genehmigung des Betreuers.
18	II	mit Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB	wie zu 16 1. Absatz L. entrichtet von der Hilfe zum Lebensunterhalt, die ihm zum Teil als Taschengeld vom Betreuer zur Verfügung gestellt worden ist, die Gebühr zum Eintritt in das städtische Museum	L. ist handlungsfähig i.V.m. §§ 1903 I 2, 110 BGB

Folgen bei Rechtsverstößen

Die von Handlungsunfähigen vorgenommenen Verfahrenshandlungen sind unwirksam. Sie können aber gegebenenfalls durch eine (nachträgliche) Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam werden.

Die von der Behörde gegenüber dem Handlungsunfähigen durchgeführten Verfahrenshandlungen sind ebenfalls unwirksam.

12 § 53 ZPO: Prozessunfähigkeit bei Betreuung und Pflegschaft
„*Wird in einem Rechtsstreit eine prozessfähige Person durch einen Betreuer oder Pfleger vertreten, so steht sie für den Rechtsstreit einer nicht prozessfähigen Person gleich.*"
Übertragen auf das VwVfG / SGB X (§ 53 ZPO „gilt entsprechend") ist folglich damit geregelt:
Wird in einem Verwaltungsverfahren ein Beteiligter (§ 13 VwVfG / § 12 SGB X) durch einen rechtlichen Beteuer vertreten (oder Pfleger), so wird der Beteiligte für das Verfahren einer handlungsunfähigen Person gleichgestellt. Der Beteiligte gilt als verfahrenshandlungsunfähig und muss sich vom Betreuer vertreten lassen.
Damit wird vermieden, dass es zu unterschiedlichen Verfahrenshandlungen kommt. Nur diejenigen des Betreuers sind rechtlich wirksam, die des Beteiligten irrelevant.

Holger Weidemann*

Die abgelaufene Baugenehmigung I

Sachverhalt[1]

Diepholz, den 22. Januar 2014
AZ.: 122/3/2010

1. Vermerk

Heute sprach Herr Jakob Sauer vor, um über die Verwirklichung seines Bauvorhabens zu sprechen. Sauer war am 15. September 2010 (Aufgabe zur Post) die Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses mit Garage in 25432 Syke, Dorfstraße 14 erteilt worden. Sauer plante gewisse Veränderungen an der ursprünglichen Planung vorzunehmen und erkundigte sich nun, ob diese Änderungen ebenfalls baugenehmigungspflichtig seien. Im Frühjahr soll dann mit der Verwirklichung des Bauvorhabens begonnen werden. Da bisher noch nicht mit der Ausführung der Baumaßnahme begonnen wurde, ist die Baugenehmigung erloschen (§ 71 NBauO[2]). Ich habe Herrn Sauer auf diese Situation hingewiesen. Er zeigte sich verwundert und meinte, es müsse doch die Möglichkeit geben, die Geltungsdauer einer Baugenehmigung zu verlängern. So könne ihm doch nicht vorgeworfen werden, dass er bisher das Bauvorhaben nicht habe realisieren können. Seine ursprüngliche Absicht, für seine Familie in Syke ein Wohnhaus zu errichten, sei dann leider durch eine berufliche Veränderung verhindert worden. Seine Firma habe ihn – seinerzeit völlig unerwartet – für 2 Jahre in die USA geschickt. Nunmehr sei diese Zeit abgelaufen und seine neue Funktion in der Bremer Firma lässt es zu, dauerhaft in Norddeutschland zu bleiben. Habe Herrn Sauer auf die grundlegende Möglichkeit einer Fristverlängerung einer Baugenehmigung hingewiesen. Herrn Sauer wurde aber wenig Hoffnung auf einen positiven Bescheid gemacht. So würde ein möglicher Antrag doch recht spät kommen. Auch ist zweifelhaft, ob das Vorhaben heute überhaupt noch planungsrechtlich zulässig ist. So lag das Baugrundstück seinerzeit in einem sog. unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB). Seinerzeit sprachen planungsrechtliche Aspekte nicht gegen die Zulassung des Vorhabens. Zwischenzeitlich hat die Stadt aber ein Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplanes eingeleitet. Es ist beabsichtigt, hier ein Mischgebiet vorzusehen. Die Stadt hofft, so diesen Ortsteil positiv entwickeln zu können. Erst nach Abschluss des Planverfahrens wird sich zeigen, ob ein reines Wohnhaus an dieser Stelle noch zugelassen werden kann. Zudem hat die Stadt für diesen Bereich Anfang November eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) erlassen. Diese Veränderungssperre sieht u.a. vor, dass zur Zeit Bauvorhaben im Sinne des § 29 BauGB nicht durchgeführt werden dürfen.

Bertold Köhler

2. Herrn Bau-Ing. Möller z.K. m.d. Bitte regelmäßig vor Ort zu klären, ob mit der Ausführung der Baumaßnahme begonnen wurde.
Am 2. und 24. Februar wurde die Örtlichkeit aufgesucht. Es gab keine Bauaktivitäten.

Möller 25.2.

Jakob Sauer
28001 Bremen, 27. Januar 2014
Rembertiering 123 a
0421 171819 4

Landkreis Diepholz
Marktplatz 1
35551 Diepholz

Eingang: 29.1.2014

Bauvorhaben: Errichtung Wohnhaus in Syke

Sehr geehrte Damen und Herren,

im September 2010 ist mir die Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses mit Garage in 25432 Syke, Dorfstraße 14 genehmigt worden. Entgegen meiner ursprünglichen Planung konnte seinerzeit nicht mit dem Bauvorhaben begonnen werden. Ein Großauftrag meiner Firma führte mich für die Dauer von zwei Jahren in die USA. Seit Anfang 2013 bin ich nun wieder in der Bremer Niederlassung der Firma tätig. Meine neue berufliche Position eröffnet es mir nun, dauerhaft im hiesigen Raum seßhaft zu werden. Meine Familie freute sich sehr darauf, bald nach Syke ziehen zu können. Da wir in wenigen Monaten weiteren Nachwuchs erwarten, sollte der vorhandene Zuschnitt der Räumlichkeiten ein wenig verändert werden. Bei der Klärung der Frage, ob für diese Änderung eine weitere Genehmigung erforderlich wird, wurde mir recht schonungslos mitgeteilt, dass die vorhandene Baugenehmigung nicht mehr ausgeschöpft werden kann. Sie können sich vorstellen, wie geschockt wir waren, da unsere Familienplanung nun völlig über den Haufen geworfen wird.
Herr Köhler wies auf die Möglichkeit einer Verlängerung der Baugenehmigung hin. Ausdrücklich stelle ich hiermit den Antrag, die Baugenehmigung zu verlängern. Dass ich erst jetzt diesen Antrag stelle, bitte ich zu entschuldigen. Aber ich habe nicht gewusst, dass die zeitliche Wirkung einer Baugenehmigung begrenzt ist. Hätte ich dies gewusst, so hätte ich bereits im Sommer des letzten Jahres mit dem Bauvorhaben begonnen.

Mit freundlichen Grüßen

Jakob Sauer

---

* Prof. *Holger Weidemann* ist auf der Leitungsebene des Niedersächsisches Studieninstituts Hannover e.V., der zugleich Träger der Hochschule für kommunale Verwaltung in Niedersachsen ist, tätig

1 Trotz praxisnaher Gestaltung handelt es sich um einen **fiktiven Fall.**

2 Niedersächsische Bauordnung (NBauO) in der Fassung vom 3. April 2012 (Nds. GVBl. S. 46 ; abgedruckt: **DVP Landesausgabe Niedersachsen** Gliederungsziffer 71000 N. Die zentrale Norm hat folgenden Wortlaut:

§ 71 Geltungsdauer der Baugenehmigung und der Teilbaugenehmigung

Die Baugenehmigung und die Teilbaugenehmigung erlöschen, wenn innerhalb von drei Jahren nach ihrer Erteilung mit der Ausführung der Baumaßnahme nicht begonnen oder wenn die Ausführung drei Jahre unterbrochen worden ist. Wird die Baugenehmigung oder die Teilbaugenehmigung angefochten, so wird der Lauf der Frist bis zur rechtskräftigen Entscheidung gehemmt. Die Frist kann auf schriftlichen Antrag um jeweils höchstens drei Jahre verlängert werden. Sie kann rückwirkend verlängert werden, wenn der Antrag vor Fristablauf bei der Bauaufsichtsbehörde eingegangen ist.

Diepholz, 2. Februar 2014
AZ.: 122/3/2010

1. Vermerk
M.E. ist der Antrag auf Fristverlängerung verspätet eingegangen. Zwar kann die Frist auch rückwirkend verlängert werden, doch setzt dies voraus, dass der Antrag *vor* Fristablauf gestellt worden ist. Dies ist hier aber nicht geschehen. Auch sehe ich für eine Wiedereinsetzung keine Veranlassung. Es ist Aufgabe des Bauherrn, dafür zu sorgen, dass das Vorhaben zeitnah verwirklicht ggfs. rechtzeitig ein Verlängerungsantrag gestellt wird. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei allen Baugenehmigungen der Hinweis auf die Geltungsdauer einer Baugenehmigung aufgenommen wird. So ist es auch im Falle Sauer geschehen. Dass er diesen Hinweis praktisch nicht zur Kenntnis genommen hat, kann dem Landkreis nicht angelastet werden.

Bertold Köhler

2. Frau Sommer z.w.V.

Aufgabenstellung

1. Bitte prüfen Sie gutachtlich, ob dem Antrag auf Fristverlängerung entsprochen werden kann.
2. Fertigen Sie das abschließende Schreiben in dieser Angelegenheit

Bearbeitungshinweis

Die Stadt Syke hat 24.000 Einwohner und liegt im Landkreis Diepholz

Lösung

Aufgabenstellung 1 – Gutachten

1. Arbeitsziel
Es ist zu prüfen, ob dem Antrag des Herrn Sauer auf Verlängerung der Geltungsdauer der Baugenehmigung rechtmäßig entsprochen werden kann.

2. Rechtmäßigkeit
Dem Antrag kann entsprochen werden, wenn es eine Anspruchsgrundlage gibt und die formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen (Art. 20 Abs. 3 GG; Vorrang des Gesetzes[3]) vorliegen.

2.1 Anspruchsgrundlage
Als Anspruchsgrundlage kommt § 77 S. 3 und 4 NBauO in Betracht.

2.2 Formelle Anspruchsvoraussetzungen
2.2.1 Zuständigkeit
Sachlich und instanziell zuständig, über den Verlängerungsantrag zu entscheiden, ist die Bauaufsichtsbehörde. Dies sind nach § 58 Abs. 1 und § 57 Abs. 1 die Landkreise, die die Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde wahrnehmen. Hier handelt ein Landkreis. Die örtliche Zuständigkeit beurteilt sich § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG[4], da es um die Wirksamkeit einer Baugenehmigung geht und diese bezieht sich auf unbewegliches Vermögen. Da das Grundstück im Landkreis Diepholz liegt, ist dieser auch örtlich zuständig.
Damit ist der Landkreis insgesamt zuständig.

2.2.2 Antragserfordernis
Der nach § 77 S. 3 NBauO erforderliche Antrag muss schriftlich und fristgerecht eingereicht werden. Dem Formerfordernis ist mit dem Schreiben vom 27. Januar 2014 Genüge getan worden. Fristgerecht wäre er nach § 77 S. 4 NBauO dann eingereicht worden, wenn er bei der Bauaufsichtsbehörde vor Fristablauf eingegangen wäre. Die Baugenehmigung kann nur dann ihre Wirksamkeit einbüßen, wenn sie zuvor Wirksamkeit erlangt hat. Nach § 43 Abs. 1 S. 1 erlangt ein Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe die Wirksamkeit. Nach § 41 Abs. 2 VwVfG gilt ein Verwaltungsakt, der im Inland mit der Post übermittelt wird, regelmäßig mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekanntgegeben. Die Aufgabe zur Post erfolgte am 15. September 2010, damit gilt die Baugenehmigung mit dem 18. September als bekanntgegeben, da der Brief auch nicht später zugegangen ist. Er büßt nach § 43 Abs.2 VwVfG u.a. durch Zeitablauf seine Wirksamkeit ein. Nach § 77 S. 1 NBauO erlöschen Baugenehmigungen, wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach der Erteilung mit der Bauausführung begonnen wurde. Bisher ist, wie die Ortsbesichtigungen im Februar ergeben haben, mit der Ausführung des Bauvorhabens nicht begonnen worden. Damit hat die Baugenehmigung ersichtlich im September 2013 ihre Wirksamkeit eingebüßt[5]. Der Verlängerungsantrag ist aber erst Monate später und damit nach dem Fristablauf, bei der Bauaufsichtsbehörde eingegangen.
Eine andere Beurteilung könnte dann geboten sein, wenn die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 32 VwVfG vorliegen würden.[6] Nach § 32 Abs. 1 VwVfG ist es zunächst erforderlich, dass eine gesetzliche Frist versäumt wurde. Von gesetzlichen Fristen ist dann auszugehen, wenn sie abstrakt und generell gelten und die sachbearbeitende Behörde von sich aus nicht über sie verfügen darf.[7] § 77 NBauO begründet eine derartige gesetzliche Frist für die Antragstellung. Sie ist abstrakt-generell formuliert und entzieht sich der behördlichen Disposition. Der An-

3 Es ist strittig, ob bei der Prüfung eines Anspruchs im Rahmen eines sog. Anspruchsaufbaus ein Rückgriff auf den Vorrang des Gesetzes und damit Art. 20 Abs. 3 GG geboten ist. Dafür spricht, dass es zu den tragenden verfassungsrechtlichen Prinzipien gehört, dass die Verwaltung bei **jedem** Verwaltungshandeln den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit zu beachten hat. Die positive Bescheidung eines Antrages kann nur dann erfolgen, wenn die Entscheidung rechtmäßig ist. Ein Blick allein auf den Erwartungshorizont des Antragstellers würde den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht werden. Damit ist es durchaus vertretbar, dass bei der Klärung der formellen Anspruchsvoraussetzungen über den Bereich Zuständigkeit und Antragserfordernis hinaus weitere formelle Aspekte geklärt werden; z.B. handelt möglicherweise eine ausgeschlossenen Person (§§ 20 f. VwVfG), ist die notwendige Beteiligung einer anderen Behörde erfolgt (§ 36 BauGB), Beteiligung des Nachbarn im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens nach § 68 Abs. 2 NBauO

4 Das VwVfG das Bundes findet nach § 1 Abs. 1 NVwVfG grundsätzlich auch in Niedersachsen Anwendung; Einzelheiten zu den Wechselbeziehungen zwischen bundesrechtlichen und landesrechtlichen Regelungen siehe *Weidemann,* Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz (NVwVfG) – Kommentar in: Praxis der Kommunalverwaltung, Nds, Loseblattsammlung, Einf. Ziff 1 ff; § 1 Rdnr. 1 ff; ferner *Brandt,* S. 164 ff in Brandt/Schinkel (Hrsg.), Staats- und Verfassungsrecht für Niedersachsen, Baden-Baden 2002; *Weidemann,* Nds.VBl. 2010, S. 263 ff. Durch die Verweisungsnorm des Landes Niedersachsen finden durchweg die Bestimmungen des Bundes in Niedersachsen Anwendung. Im weiteren Verlauf dieses Beitrages werden nur die Normen des VwVfG des Bundes genannt, es sei denn, das Landesrecht weist eigenständige verfahrensrechtliche Regelungen auf.

5 Angesichts der eindeutigen Zeitläufe ist es hier entbehrlich, eine konkrete Fristberechnung vorzunehmen.

6 So auch *Burzynska* in Große-Suchsorf, Niedersächsische Bauordnung-Kommentar, 9. Aufl., § 71 Rdnr. 21 m.N.; siehe auch BVerwG NVwZ-RR 1990, S. 86; NJW 1997, S. 2966

7 *Kallerhoff* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 32 Rdnr. 8

trag ist vor Ablauf der Geltungsfrist der Baugenehmigung zu stellen. Diese Frist ist versäumt worden. Weiter muss nach § 32 Abs. 1 S. 1VwVfG diese Frist ohne Verschulden versäumt worden sein. Kein Verschulden liegt vor, wenn der Betroffene die gebotene und nach den Umständen zumutbare Sorgfalt eingehalten hat, d.h. diejenige Sorgfalt nicht außer acht gelassen hat, die für einen gewissenhaften, seine Rechte und Pflichten sachgerecht wahrenden Verfahrensbeteiligten geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen zumutbar war.[8] Abzustellen ist dabei auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Mangelnde Rechtskenntnis kann regelmäßig eine Fristversäumnis nicht entschuldigen.[9] Es ist schon zweifelhaft, ob Sauer sich auf mangende Rechtskenntnis berufen kann.[10] Es liegen auch keine besonderen Umstände vor, die eine andere Beurteilung rechtfertigen würden.So enthielt bereits der Bauschein einen Hinweis auf die begrenzte Geltungsdauer der Baugenehmigung. Der Bauherr hatte damit hinreichende Kenntnisse über die Rechtslage. Es war im daher ohne Weiteres möglich, die Bedeutung dieser gesetzlichen Bestimmung zu erkennen und bei seinem weiteren Vorgehen zu beachten. Es liegt damit keine unverschuldete Fristversäumung vor. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht vor. Der Antrag ist damit nicht fristgerecht bei der Bauaufsichtsbehörde eingegangen.

2.2.3 Ergebnis

Die formellen Anspruchsvoraussetzungen liegen damit nicht vor.

3. Ergebnis

3.1 Entscheidung

Der Antrag ist abzulehnen.

3.2 (Weitere) formelle Aspekte

3.2.1 Form des Verwaltungsakts

Nach § 37 Abs. 2 VwVfG kann der Verwaltungsakt mündlich, schriftlich, elektronisch oder auf andere Weise bekanntgegeben werden. Aus Beweissicherungsgründen empfiehlt sich die Schriftform. Er muss nach § 37 Abs. 3 S. 1 die erlassende Behörde erkennen lassen und eine Unterschrift aufweisen.

3.2.3 Begründung

Nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist ein schriftlicher Verwaltungsakt zu begründen, sofern nicht eine Ausnahme nach Absatz 2 greift. So bedarf es nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG keiner Begründung, wenn die Behörde einem Antrag entspricht. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Der Antrag wurde gerade abgelehnt. Damit ist eine Begründung erforderlich. Die Begründung muss den Anforderungen des § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG entsprechen.

3.2.3 Rechtsbehelfsbelehrung

Nach § 37 Abs. 6 VwVfG ist die Behörde verpflichtet, der Entscheidung eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen.

3.3 Wirksamkeit/Bekanntgabe

Nach § 43 Abs. 1 VwVfG bedarf der Verwaltungsakt zu seiner Wirksamkeit der Bekanntgabe. Hier empfiehlt sich die Übermittlung des Schriftstücks mittels Übergabeeinschreiben[11] nach den §§ 41 Abs. 5 VwVfG, 1 Abs. 1 NVwZG und 2 und 4 VwZG.

Aufgabenstellung 2 – Bescheidentwurf[12]

Landkreis Diepholz
Der Landrat
Marktplatz 1 * 35551 Diepholz

Diepholz, den 25. Februar 2014
AZ.: 122/3/2010

1.) Übergabe-Einschreiben
Jakob Sauer
Rembertiering 123 a **ab.: 25. 2.2014**
28001 Bremen

Errichtung Wohngebäude und Garage in Syke
hier: Fristablauf der Baugenehmigung
Ihr Antrag vom 27. Januar 2014

Sehr geehrter Sauer,

1. Ihr Antrag vom 27. Januar 2013, Ihnen die Geltungsdauer der Baugenehmigung vom 15. September 2010 zur Errichtung eines Wohnhauses mit Garage in 25432 Syke, Dorfstraße 14 zu verlängern, wird hiermit abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens haben Sie zu tragen.

Begründung:

Zu 1)

Sie haben am 27. Januar 2014 den Antrag gestellt, die Frist für die Geltungsdauer der Ihnen im September 2010 erteilten Baugenehmigung zu verlängern. Der Antrag war abzulehnen, da die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verlängerung der Baugenehmigung nicht vorliegen.

Nach § 71 Satz 2 Niedersächsische Bauordnung (NBauO) in der Fassung vom 3. April 2012 (Nds. GVBl. S. 46[13]) ist Ihre Baugenehmigung erloschen, da Sie mit der Ausführung der Baumaßnahme nicht innerhalb von drei Jahren nach Erteilung der Baugenehmigung begonnen haben. Die Drei-Jahresfrist war im September 2013 verstrichen. Bis heute ist jedoch mit der Verwirklichung der Baumaßnahme nicht begonnen worden. Zwar kann auf einen entsprechenden Antrag hin die Geltungsdauer der Baugenehmigung verlängert werden , dies setzt aber einen schriftlichen Antrag voraus, der fristgerecht bei der Bauaufsichtsbehörde eingereicht wird. U.U. ist auch eine rückwirkende Fristverlängerung möglich. Dies ist aber nach § 71 Satz 4 NBauO nur

8 Vgl. *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, § 32 Rdnr. 20 mit umfangreichen Nachweisen

9 *Kallerhoff,* Fn. 7, § 32 Rdnr. 23

10 BVerwG NJW 1997, S. 2966

11 Zwar handelt es sich lediglich um die Ablehnung eines Antrages, doch sind für den potentiellen Bauherrn weitreichende Konsequenzen mit dieser Entscheidung verbunden. Zudem empfiehlt sich der Hinweis in der Ablehnung, dass er mit der Verwirklichung des Bauvorhabens nicht beginnen darf.

12 Der nachfolgende Bescheidentwurf orientiert sich an dem Muster 15 aus: *Bittorf/Drape/Globisch/Moldenhauer/Scheske/Weidemann,* Bescheidtechnik – Mustertexte für Studium und Praxis, S. 90 ff.

13 Gut vertretbar ist es, die konkreten Gesetzesquellen als Fußnote im Schreiben aufzunehmen. Dies kann u.U. die Lesbarkeit des Bescheides erhöhen.

möglich, wenn der Antrag vor Fristablauf bei der Bauaufsichtsbehörde eingegangen ist. Das ist hier aber nicht geschehen. Der Antrag ist erst am 29. Januar 2014 bei mir, und damit über drei Monate nachdem die Baugenehmigung ihre Geltungsdauer eingebüßt hat, eingegangen.

§ 1 Abs. 1 Nds. Verwaltungsverfahrensgesetz (Nds. GVBl. S. 361) in Verbindung mit § 32 Verwaltungsverfahrensgesetz (BGBl. I S. 2749) kann zwar bei einer Versäumung einer gesetzlichen Frist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Dies setzt aber u.a. voraus, dass die Fristversäumung ohne Verschulden erfolgt ist. Diese Voraussetzung ist hier gerade nicht gegeben. Sie müssen sich die verspätete Antragstellung zurechnen lassen. Sie haben bei der Klärung der Frage, wann eine rechtzeitige Antragstellung zu erfolgen hat, nicht die Sorgfalt an den Tag gelegt, die geboten und Ihnen nach den Umständen des Einzelfalls zumutbar war. Die seinerzeit erteilte Baugenehmigung enthielt bereits den ausdrücklichen Hinweis auf die zeitlich begrenzte Geltungsdauer dieser Genehmigung. Es war Ihnen zuzumuten, rechtzeitig vor dem Verstreichen der drei Jahre die erforderlichen Schritte einzuleiten, um ein Erlöschen der Baugenehmigung zu vermeiden.

Zu 2)
Sie haben Anlass zu diesem Verfahren gegeben und haben damit die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 1, 3, 5 und 13 Nds. Verwaltungskostengesetz (Nds. GVBl. S. 471) in Verbindung mit § 1 Anlage, Ziff. 1.10 Baugebührenordnung (vom 13. Januar 1998, Nds. GVBl. S. 3 zuletzt geändert am 19. Juni 2013 Nds. GVBl. S. 176). In Kürze werde ich Ihnen hierzu einen gesonderten Kostenfestsetzungsbescheid zuleiten.

Hinweis:
Vorsorglich weise ich darauf hin, dass mit der Verwirklichung des Bauvorhabens nicht begonnen werden darf. Sollte dies dennoch erfolgen, handelt es sich um die Verwirklichung einer Baumaßnahme ohne die erforderliche Baugenehmigung und diese Handlung kann dann als Ordnungswidrigkeit gewertet werden. Ordnungswidriges Verhalten kann nach § 80 mit einer Geldbuße bis zu 500.000 € geahndet werden.

Rechtsbehelfsbelehrung
Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch beim Landkreis Diepholz, 35551 Diepholz, Marktplatz 1 eingelegt werden.[14]

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrage

Sabine Sommer
2. Wvl. 15.3.2014 (OB durchführen)

14 Es handelt sich insoweit um die gesetzlichen Mindestanforderungen, die eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten muss. Es ist durchaus vertretbar, weitere Informationen aufzunehmen. Sofern dies geschieht, müssen diese Informationen aber vollständig sein. So ist es durchaus vertretbar, Informationen über die Form des Rechtsbehelfs aufzunehmen. So kann nach § 70 Abs. 1 VwGO der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden. In der Spruchpraxis der Gerichte ist aber gegenwärtig umstritten, ob beim Hinweis auf die Form auch eine Information zur Möglichkeit der elektronischen Widereinspruchslegung mit aufzunehmen ist. Zur Kontroverse siehe *Weidemann,* DVP 2013, S. 367 ff.

Rechtsprechung

Bindungswirkung eines Strafurteils im Disziplinarverfahren

(BVerwG, Beschl. v. 15. 5. 2013 – 2 B 20/12)

1. Die Feststellungen in einem (rechtskräftigen) Strafurteil sind grundsätzlich auch für ein sich anschließendes Disziplinarverfahren bindend.

2. Ein Wegfall der Tatsachenfeststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils kommt nur dann in Betracht, wenn anderenfalls auf der Grundlage eines offenkundig unrichtigen oder aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbaren Sachverhalts entschieden werden müsste.

(Nichtamtliche Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Polizeibeamtin B wurde durch amtsgerichtliches Urteil aus dem Jahre 2004 wegen Unterschlagung verurteilt. Das AG stellte fest, dass B im Vorjahr bei einem Einsatz mit einem Kollegen in der Wohnung einer verstorbenen Person aus einer dort aufgefundenen Geldbörse einen 20-€-Schein und einen 10-€-Schein sowie aus einem Umschlag in einer Tasche einen 100-€-Schein entnommen und sich zu Unrecht angeeignet habe. Auf die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung der B wurde das Strafmaß vom LG auf eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 50 € reduziert. Ein Wiederaufnahmeantrag der B blieb erfolglos. Im Jahre 2006 wurde wegen dieses und weiterer Anschuldigungspunkte Disziplinarklage gegen B erhoben.
Das VG hat B aus dem Dienst entfernt, ihre Berufung beim OVG blieb erfolglos. B hat gerügt, dass das OVG sich auf die Feststellungen im Strafurteil gestützt habe, statt weitere Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben; hierin sieht sie einen Aufklärungsmangel.

II. Zur Rechtslage

Grundsätzlich haben die Verwaltungsgerichte und Behörden selbst die erforderlichen Beweise zu erheben und den Sachverhalt (von Amts wegen) zu erforschen (s. § 86 VwGO und § 24 VwVfG). Eine Bindung an tatsächliche Feststellungen, die in anderen Verfahren getroffen wurden, scheidet in der Regel aus. Eine Bindungswirkung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn sie gesetzlich besonders angeordnet wird; regelmäßig hat der Gesetzgeber dies nur für gerichtliche Urteile bestimmt. Die wichtigsten Fälle betreffen die Entziehung der Fahrerlaubnis (s. § 3 Abs. 4 StVG), die Gewerbeuntersagung (§ 35 Abs. 3 GewO) und – was im Falle

der B relevant ist – das Disziplinarverfahren (s. z. B. § 23 LDG NRW). Der Senat führt insoweit aus:

Gem.§ 53 Abs. 1 ThürDG erhebt das Gericht die erforderlichen Beweise. Demnach hat es grundsätzlich selbst diejenigen Tatsachen festzustellen, die für den Nachweis des Dienstvergehens und die Bemessung der Disziplinarmaßnahme von Bedeutung sind. Entsprechend § 86 Abs. 1 VwGO folgt daraus die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen der Sachaufklärung zu ergreifen, die sich nach Lage der Dinge aufdrängen. Dies gilt gem. § 60 Abs. 2 Satz 1 ThürDG auch für die Berufungsinstanz.
Diese Aufklärungspflicht wird durch § 16 Abs. 1 Satz 1 ThürDG eingeschränkt. Danach sind die **tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Strafverfahren** im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat, für das Gericht **bindend**. Nach Satz 2 hat das Gericht jedoch die nochmalige Prüfung solcher Feststellungen zu beschließen, deren Richtigkeit seine Mitglieder mit Stimmenmehrheit bezweifeln.

Hinweis: *Eine Satz 2 vergleichbare Regelung gibt es im Bundesrecht (s. § 23 BDG) und in anderen Ländern nicht (s. z. B. § 23 LDG NRW). S. aber die nachfolgenden Ausführungen des BVerwG zur Bindung an die Feststellungen eines Strafgerichts.*

Die gesetzliche Bindungswirkung dient der **Rechtssicherheit**. Sie soll verhindern, dass zu ein- und demselben Geschehensablauf unterschiedliche Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Daher sind die Verwaltungsgerichte nur dann berechtigt und verpflichtet, sich von den Tatsachenfeststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils zu lösen und den disziplinarrechtlich bedeutsamen Sachverhalt eigenverantwortlich zu ermitteln, wenn sie ansonsten „sehenden Auges" auf der Grundlage eines unrichtigen oder aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbaren Sachverhalts entscheiden müssten. Dies ist etwa der Fall, wenn die Feststellungen in einem entscheidungserheblichen Punkt unter offenkundiger Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind. Hierunter fällt auch, dass das Strafurteil auf einer Urteilsabsprache beruht, die den rechtlichen Anforderungen nicht genügt. Darüber hinaus entfällt die Bindungswirkung, wenn Beweismittel eingeführt werden, die dem Strafgericht nicht zur Verfügung standen und nach denen seine Tatsachenfeststellungen zumindest auf erhebliche Zweifel stoßen (vgl. Urteile v. 29. 11. 2000 – BVerwG 1 D 13.99 – BVerwGE 112, 243 <245> = Buchholz 235 § 18 BDO Nr. 2 S. 5 f. und v. 16. 3. 2004 – BVerwG 1 D 15.03 – Buchholz 232 § 54 Satz 3 BBG Nr. 36 S. 81 f.; Beschlüsse v. 24. 7. 2007 – BVerwG 2 B 65.07 – Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 4 Rn. 11, v, 26. 8. 2010 – BVerwG 2 B 43.10 – Buchholz 235.1 § 57 BDG Nr. 3 Rn. 5 und v. 15. 3. 2013 – BVerwG 2 B 22.12 – juris Rn. 6 ff.).

Wird dies geltend gemacht, so sind die Verwaltungsgerichte erst dann befugt, dem Vorbringen weiter nachzugehen und schließlich über eine Lösung nach der entsprechenden Norm zu entscheiden, wenn das Vorbringen hinreichend substantiiert ist. **Pauschale Behauptungen oder bloßes Bestreiten** genügen **nicht**. Es müssen tatsächliche Umstände dargetan werden, aus denen sich die **offenkundige Unrichtigkeit** ergeben kann. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das OVG die Feststellungen der Strafurteile nach § 16 Abs. 1 ThürDG als im Disziplinarverfahren bindend angesehen und unter ausführlicher Würdigung der vorgebrachten Einwände die Möglichkeit einer Lösung von der Bindungswirkung nach § 16 Abs. 1 Satz 2 ThürDG zu Recht verneint. B hat keine Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, dass die Feststellungen der Strafgerichte hinsichtlich der Unterschlagung offenbar unrichtig waren oder unter offenkundiger Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind (*wird ausgeführt*).

J.V.

Insolvenzordnung hat Vorrang vor Gewerbeordnung

(OVG Münster, B. v 19.05.2011 – 4 B 1707/10)

Während eines laufenden Insolvenzverfahrens darf eine Gewerbeuntersagungsverfügung grundsätzlich nicht erlassen werden.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

In wirtschaftlich schwieriger Zeit nimmt die Anzahl von Insolvenzen zu. Verbunden mit einer Insolvenz sind meist Steuerschulden und rückständige Sozialversicherungsbeiträge, was bei Gewerbetreibenden i. d. R. zu einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit führt.
In dem vom OVG Nordrhein-Westfalen entschiedenen Fall wandte sich der Antragsteller gegen eine Gewerbeuntersagungsverfügung, die aufgrund von Steuer-, Abgaben- und Beitragsschulden in Höhe von mehr als 20.000,00 Euro ergangen war.
Obwohl die Gewerbeuntersagungsverfügung bestandskräftig wurde, duldete die Antragsgegnerin die Fortsetzung des Betriebes. Nachdem der Antragsteller beim Amtsgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt hatte, bestellte das Amtsgericht durch Beschluss einen vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete an, dass Verfügungen des Antragstellers über Gegenstände seines Vermögens nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 InsO). In einem weiteren Beschluss des Amtsgerichtes wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.
Das OVG hatte darüber zu entscheiden, ob eine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit während eines Insolvenzverfahrens zulässig ist. Dies wurde vom OVG verneint.
Nach § 12 GewO finden Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, während eines Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 der Insolvenzordnung angeordnet sind, und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 der Insolvenzordnung) keine Anwendung in bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.
Hierdurch soll die Fortführung des Betriebs im Interesse der Gläubiger und Schuldner sichergestellt werden. Mit der Einsetzung des Insolvenzverwalters ist sichergestellt, dass der Schuldner keine Vermögensdispositionen mehr treffen kann, die eine ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens gefährden könnten.
Das OVG ist weiterhin der Auffassung, dass die zwangsweise Durchsetzung einer Gewerbeuntersagung während eines Insolven-

zverfahrens selbst dann nicht möglich ist, wenn die Gewerbeuntersagungsverfügung zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon bestandskräftig ist, der Betrieb aber geduldet wird.
In Übereinstimmung mit dem OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 03.11.2010, 6 A 10676/10, stellte das OVG allerdings fest, „dass die Vollziehung der Gewerbeuntersagung aber dann mit § 12 GewO im Einklang steht, wenn sich der Antragsteller aufgrund der Verletzung von Zahlungs- und Erklärungspflichten als gewerberechtlich unzuverlässig erweist, die aus seiner gewerblichen Tätigkeit im Anschluss an die Freigabeerklärung resultieren".
Zum Verhältnis zwischen insolvenz- und gewerberechtlichen Untersagungsverfahren wird ergänzend auf die Entscheidung des VG Gelsenkirchen, B. v. 15.11.2010, 7 L 1045/10, hingewiesen.

G.T.

Beihilfebescheide als grundsätzlich teilbare Verwaltungsakte

(OVG Münster, Beschl. v. 27. 5. 2013 – 1 A 2782/11, NWVBl. 2013, S. 442)

1. Wird gegen einen Beihilfebescheid Widerspruch nur in dem Umfang eingelegt, in welchem die mit dem Beihilfeantrag begehrte Erstattung über die festgesetzte Beihilfe hinausgeht, so darf im Widerspruchsverfahren die Festsetzung der Beihilfe auf einen bestimmten Betrag, nicht zu Lasten des Beihilfeberechtigten geändert („verbösert") werden.

2. Die Möglichkeit zur (teilweisen) Rücknahme des Beihilfebescheides nach § 48 VwVfG NRW bleibt davon unberührt.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Kläger (K) hat gegen einen Beihilfebescheid insoweit Widerspruch erhoben, als ihm keine höhere als die im Beihilfebescheid festgesetzte Beihilfe wegen einer Zahnbehandlung gewährt worden ist. Die Widerspruchsbehörde des Landes NRW – Beklagter (B) – setzte auf den Widerspruch eine geringere als die mit dem Ausgangsbescheid gewährte Beihilfe fest. K hat hiergegen Klage erhoben und geltend gemacht, die „Verböserung" sei wegen des teilweisen Eintritts der Bestandskraft rechtswidrig. Das VG hat der Klage stattgegeben, weil B mit der teilweisen Aufhebung des Ausgangsbescheids seine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die Bescheidung des Widerspruchs überschritten habe. Diese Befugnis reiche nicht über den Gegenstand des Widerspruchsverfahrens hinaus. Der Widerspruchsbescheid finde auch in § 48 VwVfG NRW keine Grundlage, da wegen des durchgreifenden Vertrauensschutzes die Voraussetzungen für eine Rücknahme nicht vorlägen. Der Antrag des B, die Berufung zuzulassen, war erfolglos.

II. Zur Rechtslage

Die geltend gemachten Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 VwGO liegen nach Ansicht des OVG nicht vor. Der Senat führt im Einzelnen aus:

1. Hiervon ausgehend bestehen zunächst **keine ernstlichen Zweifel** an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung i.S. des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Zweifel solcher Art sind begründet, wenn zumindest ein einzelner tragender Rechtssatz der angefochtenen Entscheidung oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird und sich die Frage, ob die Entscheidung etwa aus anderen Gründen im Ergebnis richtig ist, nicht ohne weitergehende Prüfung der Sach- und Rechtslage beantworten lässt. In Anwendung dieser Grundsätze ist die Berufung nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen.

Gegenstand des Rechtsstreits ist, ob der gegenüber K in einem beihilferechtlichen Verfahren erlassene Widerspruchsbescheid insoweit rechtswidrig ist, als er die für eine beim K durchgeführte Zahnbehandlung zu gewährende Beihilfe niedriger als im Beihilfebescheid festsetzte.

a) Das Zulassungsvorbringen macht nicht – zumindest nicht in substantiierter argumentativer Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil – geltend, dass ein Teilverpflichtungswiderspruch nach dem Verfahrensrecht generell unzulässig sei. B sieht allerdings für die Anwendbarkeit eines solchen Rechtsbehelfs im Bereich der Beihilfefestsetzung allenfalls einen eng begrenzten Raum. Denn dort fehle es – wie auch im vorliegenden Fall – häufig an der erforderlichen Teilbarkeit des Verwaltungsakts. Das gelte namentlich dann, wenn bezogen auf einen bestimmten Beihilfeantrag in dem zugehörigen Festsetzungsbescheid nicht etwa bestimmte Arztrechnungen (als Gesamtheit) gesondert beurteilt, sondern lediglich einzelne streitige Positionen aus einer solchen Rechnung ganz oder teilweise herausgekürzt worden seien. Nach dem hier für die Beurteilung der Beihilfefähigkeit der (Höhe der) Aufwendungen mit bedeutsamen (zahn-)ärztlichen Gebührenrecht stünden eine Reihe von Gebührenziffern in einem untrennbaren Zusammenhang dergestalt, dass sie etwa nicht gemeinsam oder nicht doppelt oder nur in einer bestimmten Kombination abgerechnet werden dürften. Die einzelnen GOZ-Ziffern könnten demzufolge bezogen auf eine Behandlung/Rechnung nicht isoliert betrachtet und beurteilt werden. Die Zulassung eines beschränkt eingelegten Widerspruchs würde in solchen Fällen zu sachlichen Verschiebungen und ungerechtfertigten Ergebnissen führen. Dieses Vorbringen überzeugt aus den nachfolgenden Gründen nicht:

Die nachträgliche Änderung von Verwaltungsakten, um die es hier mit Blick auf die Änderung des Beihilfefestsetzungsbescheids des B v. 26. 1. 2010 durch den streitgegenständlichen Widerspruchsbescheid v. 21. 12. 2010 entscheidend geht, unterliegt rechtlichen Beschränkungen. Solche ergeben sich– unabhängig von einem Rechtsbehelfsverfahren – schon aus dem Verwaltungsverfahrensrecht. So **bindet ein Verwaltungsakt** mit Eintritt seiner mit der Bekanntgabe einsetzenden äußeren Wirksamkeit (§ 43 VwVfG NRW) den **Adressaten** und die **erlassende Behörde**. Das gilt bereits vor Eintritt der formellen und der materiellen Bestandskraft, welche diese Bindungswirkung lediglich noch weiter verfestigen. Außerhalb eines Rechtsbehelfsverfahrens kann sich die Behörde von einem wirksam gewordenen Verwaltungsakt daher nur nach Maßgabe der besonderen Bestimmungen und Voraussetzungen für die Rücknahme oder den Widerruf (§§ 48, 49 VwVfG NRW) lösen. Sowohl die angesprochene Bindungswirkung als auch die nach Unanfechtbarkeit (ohne weitergehende inhaltliche Bedeutung) eintretende materielle

Bestandskraft des Verwaltungsakts erstrecken sich grundsätzlich **allein auf den Entscheidungssatz** und nicht auch auf die – auch nicht die wesentlichen – Gründe der getroffenen Regelung.

Greift der Betroffene den Verwaltungsakt mit einem Rechtsbehelf wie hier dem Widerspruch an, so gilt für den Umfang der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Behörde und insbesondere hinsichtlich der Möglichkeit einer Verböserung der im Ausgangsbescheid getroffenen Regelung ergänzend Folgendes: Die **Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde** wird durch den **jeweiligen Streit- bzw. Verfahrensgegenstand begrenzt,** der im Widerspruchsverfahren nicht verändert werden kann. Die Widerspruchsbehörde kann aus diesem Grunde im Widerspruchsverfahren keine – den Ausgangsbescheid verbösernden – Belastungen verfügen, die über den Gegenstand des Widerspruchsverfahrens hinausgehen. Ist der Widerspruch vom Widerspruchsführer beschränkt worden (Teilanfechtung bzw. -verpflichtung), stellt sich dementsprechend die Frage der reformatio in peius nur in dem durch die Beschränkung bestimmten Umfang des Rechtsbehelfs. Im Übrigen verbleibt es dagegen bei der oben angeführten Bindungswirkung des Ausgangsbescheides und tritt (nach Ablauf der Widerspruchsfrist) in entsprechendem Umfang die **Teilbestandskraft** des Verwaltungsakts hinzu. Das hat zur Folge, dass die Widerspruchsbehörde **in dem Widerspruchsverfahren die vom Widerspruch nicht erfassten Teile des Verwaltungsakts nicht ändern kann.** Richtig ist allerdings, dass die beschränkte Einlegung eines Widerspruchs die **Teilbarkeit** des betroffenen Verwaltungsaktes notwendig voraussetzt. Auch das erweist sich vorliegend aber nicht als problematisch. Denn wie schon das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, sind **Geldforderungen bzw. -leistungen** sowie darauf bezogene Verwaltungsakte (Geldleistungsverwaltungsakte) **prinzipiell teilbar,** ohne dass noch weitere Voraussetzungen hinzukommen müssen (vgl. etwa schon BVerwG, Urt. v. 26. 4. 1974 – 7 C 30.72 –, Buchholz 401.67 Schankerlaubnissteuer Nr. 16 = juris, Rn. 24, und OVG Lüneburg, Urt. v. 26. 4. 1967 – I A 287/65 –, OVGE MüLü 23, 39 = NJW 1968, 125 = DÖV 1968, 138 = juris (dort nur LS).

Eine slche Teilbarkeit ist insbesondere auch insoweit gegeben, als die Behörde einer beantragten/beanspruchten Geldleistung durch Verwaltungsakt nur teilweise entspricht, die geltend gemachte Leistung also nur in Höhe eines von ihr zuvor auf der Grundlage der maßgeblichen Tatsachen und Rechtsvorschriften berechneten Teilbetrages gewährt. In einem solchen Fall, wie er auch hier vorliegt, hat die Behörde die Frage der Teilbarkeit des Verwaltungsakte durch die erfolgte Teilstattgabe gewissermaßen selbst, und zwar positiv, „vorentschieden". Denn andernfalls hätte dem Antrag entweder voll entsprochen werden müssen oder aber er wäre im Ganzen abzulehnen gewesen. Im vorstehenden Sinne hat sich aber B hier gerade nicht verhalten.

Für **Beihilfefestsetzungsbescheide** gelten in diesem Zusammenhang keine wesentlichen Besonderheiten. Das schließt auch Fälle ein, in denen – wie hier – das ärztliche bzw. zahnärztliche Gebührenrecht zugleich Bedeutung dafür hat, ob und in welchem Umfang bestimmte Aufwendungen beihilfefähig sind. Wie der Senat bereits entschieden hat, können Positionen in Arztrechnungen, welche die Beihilfestelle für die Anerkennung der beihilfefähigen Aufwendungen ausgeschieden oder nicht in voller Höhe berücksichtigt hat, auch in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zu den bereits zugesprochenen Anteilen des geltend gemachten Beihilfeanspruchs einen teilbaren Streitgegenstand bilden. Dabei kommt es zumindest in aller Regel auch nicht zu den von B befürchteten sachlichen Verschiebungen und ungerechtfertigten Ergebnissen:

Wird ein Beihilfebescheid lediglich teilweise, nämlich wie hier nur in Höhe der versagten weiteren (also über einen bestimmten Betrag hinausgehenden) Beihilfe angegriffen, bedeutet dies nicht, dass der Festsetzungsstelle im Rahmen der Prüfung des Widerspruchs auch in Bezug auf die Tatsachen- und Berechnungsgrundlagen des auf den Beihilfeantrag entfallenden Anspruchs eine „Gesamtbetrachtung" grundsätzlich verwehrt wäre. Wegen der oben dargestellten Beschränkung der Bindungswirkung des Verwaltungsakts auf den Entscheidungssatz (also die Festsetzung einer Beihilfe in bestimmter Höhe), die auch für das Rechtsbehelfsverfahren Bedeutung hat, darf sie vielmehr in dem Widerspruchsverfahren durchaus prüfen, welches der zutreffende, der Rechtslage entsprechende Beihilfegesamtbetrag ist. Denn nur ausgehend von diesem Gesamtbetrag lässt sich sodann feststellen, ob und ggf. in welchem Umfang der Betroffene auf seinen Widerspruch hin Anspruch auf eine höhere als die im Ausgangsbescheid festgesetzte Beihilfe hat. Die Bindungswirkung und die teilweise eingetretene Bestandskraft des Ausgangsbescheides hindern die Behörde in diesem Zusammenhang letztlich nur daran, einen Beihilfebetrag festzusetzen, der unterhalb desjenigen liegt, der im Grundbescheid festgesetzt wurde. Die beim Teilverpflichtungswiderspruch nach den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossene Verböserung im Widerspruchsverfahren bezieht sich dementsprechend allein auf den als Entscheidungssatz des Festsetzungsbescheides ausgeworfenen Beihilfebetrag. Auf die Gründe, die für die Ermittlung dieses Betrages maßgeblich waren (z.B. die Bewertung einzelner Positionen der Arztrechnung oder sonstige Berechnungsgrundlagen) wie auch auf deren Richtigkeit kommt es insoweit nicht an.

Hiervon ausgehend gehen die Ausführungen des B zur angeblichen fehlenden Teilbarkeit von Beihilfebescheiden (bzw. diesen zugrunde liegenden Arztrechnungen) nach einzelnen Gebührenpositionen im Wesentlichen ins Leere. Lediglich zur näheren Verdeutlichung führt der Senat hierzu ergänzend noch aus: B hat beispielhaft angeführt, Nr. 227 GOZ (alt) könne für denselben Zahn nicht mehrfach berechnet werden. Die Gewährung einer Beihilfe hänge somit davon ab, ob der Zahnarzt diese Gebührenziffer pro Zahn nur ein Mal oder aber (fehlerhaft) mehrere Male angesetzt habe. Daraus erwachsen aber nicht die von B befürchteten Schwierigkeiten im Falle der Zulassung der Teilbarkeit der in der Rechnung ausgewiesenen Aufwendungen sowie der darauf (insgesamt) gewährten Beihilfe. Denn wäre die fragliche Gebührenziffer in dem ergangenen Beihilfebescheid bei den beihilfefähigen Aufwendungen für die Behandlung eines bestimmten Zahns bereits berücksichtigt worden, ergäbe sich daraus lediglich, dass eine nochmalige Berücksichtigung in dem Widerspruchsverfahren mit beschränktem Gegenstand nicht in Betracht kommt. Insofern ergäben sich unter dem Gesichtspunkt der Teilbarkeit von Beihilfebescheid und Beihilfeanspruch also keine Abgrenzungs- bzw. Zuordnungsprobleme. Wäre umgekehrt in dem bestandskräftig gewordenen Teil des Bescheides (rechnerisch betrachtet) die in Rede stehende Nummer des Gebührenverzeichnisses irrtümlich nicht oder nicht richtig berücksichtigt worden, stünde ihrer nunmehr erstmaligen bzw. zutreffenden Berücksichtigung in dem auf den abgelehnten Teil des Beihilfeantrags bezogenen Widerspruchsverfahren nichts im Wege. Kann eine bestimmte Gebüh-

renziffer nur oder nicht in Kombination mit einer anderen Ziffer in Ansatz gebracht werden, gilt Entsprechendes.

Zusammenfassend ist danach Folgendes festzuhalten: Ein Beamter oder Richter, der wie K gegen einen Beihilfebescheid Widerspruch nur in dem Umfang einlegt, in dem der festgesetzte Beihilfebetrag hinter dem Inhalt seines Beihilfeantrags zurückbleibt, kann (dem Umfang der eingetretenen Bindungswirkung des Festsetzungsbescheides Rechnung tragend) auf seinen Widerspruch hin keine Leistung verlangen, die zusammen mit der gemäß dem Bescheid zu gewährenden Beihilfe in der Summe über das hinausgeht, was ihm für den Beihilfeantrag insgesamt an Beihilfe nach geltendem Recht zusteht. Auf der anderen Seite darf die Beihilfefestsetzungsstelle einen derart nur teilweise angegriffenen Beihilfebescheid im Widerspruchsverfahren nicht zu Lasten des Widerspruchsführers dahingehend verbösern, dass die im Endbetrag zu gewährende Beihilfe geringer als die im Ausgangsbescheid festgesetzte Beihilfe bemessen wird. Das gilt bei Beachtung der weiter bestehenden Wirksamkeit sowie teilweise eingetretenen Bestandskraft des Ausgangsbescheides auch dann, wenn nach dem materiellen Beihilferecht insgesamt nur ein Anspruch auf eine niedrigere als die in diesem Bescheid festgesetzte Beihilfe besteht.

b) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils ergeben sich ferner nicht aus dem Vorbringen des B zu dem Teil der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe, der sich auf § 48 VwVfG NRW bezieht.

Dies gilt unbeschadet dessen, ob der als „Widerspruchsbescheid" bezeichnete Bescheid des B mit Blick auf bestimmte dahin deutende Formulierungen seiner Begründung der Sache nach eventuell als Rücknahmebescheid ausgelegt werden könnte. Eine solche Auslegung wäre hier jedenfalls nicht durch den beschränkten Gegenstand des Widerspruchsverfahrens gesperrt. Denn das **Rücknahmeverfahren** und das **Widerspruchsverfahren sind zwei voneinander unabhängige Verfahren.** Der Berufungszulassung steht in diesem Zusammenhang aber entgegen, dass B zu § 48 VwVfG NRW nicht zielführend vorgetragen hat. Seinen Darlegungen in der Antragsbegründung zufolge soll diese Vorschrift mit ihren Voraussetzungen hier schon gar nicht einschlägig sein. Der streitgegenständliche Widerspruchsbescheid stütze sich (trotz Erwähnung der betreffenden Norm als Rechtsgrundlage: „Ich hebe deshalb den Beihilfebescheid gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG NW auf …") nicht auf § 48 VwVfG NRW; es habe sich nicht um eine Rücknahme gehandelt. Damit scheidet mit Blick auf das Darlegungserfordernis (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) bereits aufgrund der verlautbarten eigenen Rechtsauffassung des B eine Zulassung der Berufung wegen einer etwaigen Auslegungsmöglichkeit und sachlichen Rechtfertigung des streitgegenständlichen „Widerspruchsbescheides" als (Teil-)Rücknahmebescheid aus. Im Übrigen überzeugt es aber auch nicht, dass B (hilfsweise) einen **Vertrauensschutz** des K nach § 48 Abs. 2 VwVfG NRW gerade wegen der erfolgten Widerspruchseinlegung verneint. Dabei wird verkannt, dass die Rücknahme einen **anderen Verfahrensgegenstand** beträfe als denjenigen des (hier auf den Ablehnungsteil des Beihilfebescheides beschränkten) Widerspruchsverfahrens. Damit fehlt es im Ergebnis zugleich an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit den Argumenten, aus denen heraus das Verwaltungsgericht den aus seiner Sicht durchgreifenden Vertrauensschutz bejaht hat.

2. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen weist die Rechtssache auch **keine besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten** i.S. des § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf; namentlich können die Erfolgsaussichten des angestrebten Rechtsmittels danach nicht schon als offen bezeichnet werden. Der in Rede stehende Zulassungsgrund wird nicht schon dadurch erfüllt, dass ein Verfahrensbeteiligter sich in dem Verfahren stellende Rechtsfragen (im Übrigen hier ohne nähere Erläuterung) als schwierig einstuft und/oder auf bisher angeblich fehlende einschlägige Rechtsprechung hinweist.

3. Die Berufung kann schließlich auch **nicht** wegen der noch geltend gemachten **grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache** nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen werden.

Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung i. S. dieser Vorschrift, wenn sie eine konkrete noch nicht geklärte Rechts- oder Tatsachenfrage aufwirft, deren Beantwortung sowohl für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts von Bedeutung war als auch für die Entscheidung im Berufungsverfahren **erheblich** sein wird und die **über den konkreten Fall hinaus wesentliche Bedeutung für die einheitliche Anwendung oder für die Weiterentwicklung des Rechts** hat. Die Klärungsbedürftigkeit fehlt deshalb, wenn sich die als grundsätzlich bedeutsam bezeichnete Frage auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts nach allgemeinen Auslegungsmethoden und auf der Basis der bereits vorliegenden Rechtsprechung ohne Weiteres beantworten lässt.

Der Senat hält insoweit bereits die von B aufgeworfene Frage für „nicht zielführend" und verweist ergänzend auf die zum Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel (s. o. 1.) angeführten Gründe.

J.V.

Anliegeranspruch auf Grundstückszufahrt

(VG Gießen, Urt. v. 8.10.2012 – 4 K 1281/12)

Durch den Ausbau einer Straße und die Anlegung eines öffentlichen Parkplatzes darf einem Privatgrundstück nicht der Anschluss an das öffentliche Straßennetz genommen werden.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Grundstücke sind nur dann benutzbar, wenn sie von einem öffentlichen Verkehrsweg aus zu erreichen sind, was jedoch nicht immer zutrifft.
So hat sich das Verwaltungsgericht Gießen mit einer Situation befasst, wo die Gemeinde vor dem Grundstück einen Stellplatz angelegt hatte. Auch war eine andere Pflasterung dieser Fläche und ein Pflanzbeet angelegt worden. Dem stand der Bebauungsplan nicht entgegen. Er enthielt nur Festsetzungen über die Art der zulässigen baulichen Nutzung. Sonst war dem Bebauungsplan nicht zu entnehmen, dass die Anordnung von Stellflächen für die Anlieger vorgenommen werden sollte.
Durch den Ausbau der Straße hatte die Gemeinde aber nicht in zumutbarer und nicht hinnehmbarer sowie rechtwidriger Weise den Anliegergebrauch beeinträchtigt.
Der Gemeingebrauch garantiert Anliegern die eine nach den jeweiligen Umständen zumutbare Erreichbarkeit ihres Grundstücks. Er vermittelt keinen objektiv – öffentlichen Leistungsanspruch eines

Anliegers darauf, durch einen seinen Vorstellungen entsprechenden Straßenausbau die beliebige Möglichkeit der Zufahrt auf sein Grundstück zu erhalten. Zwar hat der Straßenanlieger das Recht auf Erhaltung des Zugangs von und zur Straße zu Fuß und Wagen. Indes hat er grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass er bei der Anlegung oder beim Ausbau von Straßen von Schwierigkeiten verschont bleibt. Der Straßenanlieger hat vielmehr solche Schwierigkeiten hinzunehmen, die sich aus der Gestaltung der öffentlichen Straße ergeben. Der Anlieger kann demnach die Unterlassung des Straßenausbaus oder Maßnahmen zur Erhaltung der Leichtigkeit seiner Zufahrt nicht verlangen. Anders kann die öffentlich-rechtliche Lage nur dann sein, wenn sich aus der baulichen Gestaltung der Straße für den Anlieger in verkehrsrechtlicher Hinsicht nicht nur Schwierigkeiten, sondern echte Gefahren ergeben, wenn also ein polizeiwidriger Zustand entsteht. Dann und erst dann hat der Träger der Straßenbaulast dafür zu sorgen, dass der Anlieger seine Zufahrt, die er nach der Konzeption der Straßenplanung gefahrlos benutzen konnte, auch zukünftig ungefährdet befahren darf. Gewährleistet ist danach vor allem der Zugang und die Zugänglichkeit des Grundstücks von der Straße her, was gegeben ist, wenn das Grundstück mit Kraftfahrzeugen erreicht werden kann. Diese Gewährleistung der Zugänglichkeit umfasst jedoch keine Garantie hinsichtlich der Ausgestaltung und des Umfangs der Grundstücksverbindung mit der Straße. Auch vermittelt sie keinen Anspruch auf vorteilhafte Verkehrsverbindungen sowie die Bequemlichkeit und Leichtigkeit des Zugangs und Abgangs.
An der Zugänglichkeit des Grundstücks und der Zufahrt hatte sich nichts verändert. Die Zufahrt zur Garage war nicht besonders erschwert worden. Es gab eine Schleppenkurvendarstellung mit einer ausreichenden Fahrbahnbreite, die eine Zufahrt ermöglichte. Die Einfahrt auf das Grundstück war ohne unzumutbaren Aufwand möglich.
Der angelegte Stellplatz führte für den Anlieger auch nicht zu einer derartigen Veränderung, dass die Zufahrt nur mit unzumutbarem Aufwand bewältigt werden konnte. Es war ein Seitenstreifen vorhanden, so dass für das Rangieren die volle Straßenbreite zur Verfügung stand.

F. O.

Verkehrssicherungspflicht im Freizeitpark

(LG Frankenthal, Urt. v. 24.4.2013 – 2 S 292/12)

Die Verkehrssicherungspflicht gilt nur für Objekte, die nicht rechtzeitig erkennbar sind. Objekte, die gefährlich sind, müssen entsprechend gesichert werden.

Begründung:

Wer davon ausgeht, dass Bürger ein Grundstück besuchen, muss damit rechnen, dass die Besucher auf die Situation nicht eingehen. Kommen die Besucher zu einem Schaden, machen sie vielfach den Grundstückseigentümer verantwortlich und verlangen Schadensersatz.
Kinder hatten einen Freizeitpark besucht. Dort waren auf einem Weg unregelmäßig bearbeitete Natursteine als Gehwegbegrenzung vorhanden. Neben dem Gehweg waren grobe Metallscheiben, Gewindestangen und große Muttern vorhanden. Diese Einrichtungen waren ohne weiteres erkennbar. Ein Besucher verletzte sich jedoch an einem Gewindebolzen des Stützpfeilers und machte dafür die Gemeinde verantwortlich.
Generell gilt, dass derjenige, der durch Eröffnung und Betreiben eines Freizeitparks eine Gefahrenquelle schafft, alle nach Lage der Verhältnisse notwendigen Vorkehrungen zum Schutz von Besuchern treffen muss. Allerdings muss nicht jeder abstrakten Gefahr durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden, eine absolute Gefahr kann und muss nicht gewährleistet werden. Haftungsbegründend wird eine Gefahr erst dann, wenn sich die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass andere verletzt werden. Es bedarf nur solcher Sicherungsmaßnahmen, die ein verständiger und umsichtiger und in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schaden zu bewahren. Speziell für die Benutzung von Wegen gilt darüber hinaus, dass der Benutzer grundsätzlich die Verkehrsfläche so hinnehmen muss, wie sie sich ihm darbietet und sein Verhalten den gegebenen Verhältnissen anpassen muss. Er muss nur in geeigneter Weise vor denjenigen Gefahren gewarnt werden, die für den sorgfältigen Benutzer nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar sind bzw. auf die er sich nicht oder nicht rechtzeitig einstellen kann.
Nach diesen Grundsätzen lag bezüglich der Gehwegbegrenzungssteine keine Pflichtverletzung vor. Jeder Fußgänger muss bei Benutzung eines Weges mit gewissen Unebenheiten rechnen und sich darauf einstellen. Da die Fortbewegung auf Gehwegen relativ langsam stattfindet, besteht sogar eine günstige Möglichkeit, Gefahren rechtzeitig zu erkennen. Mit derartigen technischen Ausgestaltungen an Gehwegrändern muss ein Besucher ohne weiteres rechnen.
Die andere Betrachtungsweise galt nicht deshalb, weil der Geschädigte ein Kleinkind war und die Gemeinde von ihrer Zielsetzung her den Weg bewusst für gesunde Menschen und Kinder eröffnet hatte. Zur Abwehr der altersbedingten besonderen Gefahren sind zuerst die aufsichtspflichtigen Eltern verpflichtet; davon kann auch der Verantwortliche ausgehen.
So lag schon bei der Ausgestaltung des Randbereichs am Gehweg keine Verkehrssicherungspflichten der Gemeinde vor, da diese Bauart offensichtlich als Hindernis weithin erkennbar war und die Gemeinde sich auch bei einem kleinen Kind mangels anderweitiger Anhaltspunkte darauf verlassen darf, dass dieses sich nicht unbeaufsichtigt einige Schritte von den Eltern weg in einen für ihn ungewohnten Gefahrenbereich begibt.
Etwas anderes ergab sich nicht daraus, dass sich in einem gewissen Abstand neben dem Gehweg eine Pfeilerkonstruktion befand. Auch dieses Hindernis war für die Eltern ohne weiteres aus großer Entfernung erkennbar. Die Eltern mussten die Gefahrensituation erkennen. Die Gefahrenquelle war nicht so ungewöhnlich, dass sie durch Abpolsterung gegen Sturz gesichert werden musste. Regelmäßig befinden sich neben Gehwegen in Parks oder Anlagen oder neben Straßen harte, bisweilen auch scharfkantige und ungepolsterte Hindernisse.
Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wurde zurückgewiesen.

F.O.

Schaden durch Wurzeln beim Nachbarn

(LG Itzehoe, Urt. v. 18.9.2012 – 6 O 388/11)

Wenn Baumwurzeln auf ein Nachbargrundstück hinüberwachsen und einen Schaden verursachen, lässt sich der Schaden durch eine Folie vor der Grenze verhindern.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die Wurzeln eines Baumes wachsen in unterschiedlichen Richtungen, aber auch über die Grenze zu einem Nachbargrundstück. Durch die Wurzeln kann ein Schaden auf dem Nachbargrundstück verursacht werden, so dass dafür Schadensersatz beansprucht wird.
Der Eintritt eines solchen Schadens kann verhindert werden, wenn bei der Baumpflanzung in der Nähe der Grenze der Überwuchs durch eine Folie verhindert wird.

F.O.

Anforderungen an eine Verdachtskündigung

(BAG, Urteil vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11)

Eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung nur wirksam, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten.

(amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt:

Der Betreiber eines Getränkemarktes stellte anlässlich einer Revision fest, dass innerhalb von sechs Monaten Leergutdifferenzen von mehr als 7.000 Euro aufgetreten waren. Da er davon ausging, dass dies durch Unregelmäßigkeiten im Kassenbereich bedingt war, vereinbarte er mit dem Vorsitzenden des Betriebsrats eine auf vier Wochen beschränkte Videoüberwachung. Dabei wurde festgestellt, dass sich unter der Leergutkasse ein Plastikbehälter befand, in dem sich entgegen den Kassenanweisungen kleinere Geldbeträge befanden. Aus dieser sog. Klüngelgeldkasse entnahm eine Beschäftigte mehrfach Geld und steckte es in ihre Hosentasche. Sie behauptet, dass sie es für dienstliche Zwecke eingesetzt habe. Der Betreiber des Getränkemarktes geht dagegen davon aus, dass das Geld eigennützig entwendet wurde. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte er außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich wegen des Verdachts der Untreue und Unterschlagung. Die Arbeitnehmerin erhob Kündigungsschutzklage.
Das Arbeitsgericht Bielefeld (Urteil vom 29.06.2010 – 1 Ca 2998/09) hatte die Klage abgewiesen. Das LAG Hamm (Urteil vom 15.07.2011 – 11 Sa 1781/10) hat auf die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung erkannt, die ordentliche Kündigung aber als wirksam angesehen.

Entscheidung

Auch nach Meinung der obersten Arbeitsrichter ist die außerordentliche Kündigung unwirksam. Über die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung muss das Landesarbeitsgericht erneut entscheiden. Insoweit verweist das BAG den Fall zurück.
In ihrer Entscheidung betonen die Erfurter Richter zunächst, dass auch sog. Verdachtskündigungen grundsätzlich möglich sind. Sie führen aus, dass als wichtiger Grund „an sich" nicht nur erhebliche nachgewiesene Pflichtverletzungen geeignet sind. Auch der dringende, auf objektive Tatsachen gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB bilden.
Wie bei einer nachgewiesenen Pflichtverletzung muss auch bei einem dahingehenden dringenden Verdacht eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. In einer Gesamtwürdigung ist das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen.
Welche Umstände dafür heranzuziehen sind, lässt sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind nach Auffassung des BAG aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen der Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen bisheriger Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmittel unzumutbar sind.
Vorliegend geht das BAG davon aus, dass dem Arbeitgeber der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung als milderes Mittel zumutbar war. Ob die vom Arbeitgeber hilfsweise ausgesprochene Kündigung wirksam ist, konnten die obersten Arbeitsrichter jedoch nicht entscheiden und haben daher den Fall an das LAG zurückverwiesen.
Die Vorinstanz hatte die Wirksamkeit dieser Kündigung als Verdachtskündigung bejaht. Die zugrunde liegenden Erwägungen werden nach Meinung der obersten Arbeitsrichter den rechtlichen Anforderungen aber nicht gerecht. Das BAG führt dazu aus, dass eine Verdachtskündigung nicht als außerordentliche Kündigung erklärt werden muss, sondern auch als ordentliche Kündigung erklärt werden kann. Sie unterliegt in diesem Fall jedoch keinen geringeren Anforderungen. Das bedeutet, dass sie nur dann sozial gerechtfertigt ist, wenn Tatsachen vorliegen, die auch eine außerordentliche fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Das setzt zunächst einen sehr starken Tatverdacht voraus. Zudem muss die inhaltliche Bewertung des fraglichen Verhaltens und die Interessenabwägung auch im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG zu dem Ergebnis führen, dass das Verhalten – wäre es erwiesen – eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde.
Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des BAG hier nicht erfüllt. Das Landesarbeitsgericht muss nun prüfen, ob möglicherweise nicht nur der Verdacht einer Straftat besteht, sondern diese als nachgewiesen angesehen werden kann. Gelingt dieser Nachweis, kann die ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Bedeutung

Mit dieser Entscheidung hat das BAG die ordentliche Verdachtskündigung auf Fälle beschränkt, die auch bei Nachweis der Tatsachen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden. Besteht der Verdacht eines Verhaltens, das – sollte es zutreffen – nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigt, ist eine Verdachtskündigung nicht möglich. Dem Arbeitgeber ist nach Meinung der Erfurter Richter trotz des entsprechenden Verdachts die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar.
Für die Praxis bedeutet das, dass bei dem bloßen Verdacht einer Pflichtverletzung immer geprüft werden muss, ob die strengen Anforderungen erfüllt sind, die an eine außerordentliche Verdachtskündigung gestellt werden. Ist das nicht der Fall scheidet automatisch auch eine ordentliche Kündigung aus.

A.D.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:
A.D. = Prof. Dr. Arnd Diringer
F.O. = Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
G.T. = Günter Thiel
J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

Glotzbach, Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz-Praxiskommentar, 5. Aufl., Siegburg 2013, Verlag W. Reckinger

Gerade die Finanz- und Schuldenkrise zeigt: Die beste Forderung nützt nichts, wenn sie nicht realisiert wird. Andernfalls drohen Forderungsabschreibungen, welche die eigene Finanz- und Vermögenslage bedrohen können. Dies gilt im Kern auch für staatliche Stellen. Das Vollstreckungsrecht ist insofern unverändert besonders bedeutsam. Ins Blickfeld rückt deshalb das bereits in fünfter Auflage vorliegende Werk von Glotzbach.

Wie schon tradiert, ist dieser Praxiskommentar fundiert, trotzdem gut lesbar und übersichtlich aufgebaut. Über die vollständige Paragrafenkommentierung des hessischen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (nachfolgend HessVwVG) hinaus ist im Anhang die hessische Vollstreckungskostenordnung, die Vollstreckungsvergütungsverordnung sowie eine durchdachte Muster-Dienstanweisung für Vollziehungsbeamte beigefügt. Zuvorderst dem Praktiker wird damit das hessische Vollstreckungsrecht mehr oder minder abschließend in kompakter Form an die Hand gegeben.

Besonders hervorzuheben sind zu dieser Neuauflage beispielsweise die Erläuterungen zu § 17a HessVwVG. Danach kann die Vollstreckungsbehörde *bereits zur Vorbereitung* von Vollstreckungsmaßnahmen die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Pflichtigen ermitteln. Umfassend sind sodann die Ausführungen zur Vermögensauskunft (§ 27).[1] Die Erklärungen zu dieser sehr langen Vorschrift sind – gerade auch für juristisch nicht vorgebildete Anwender – sehr gut nachvollziehbar. Hervorgehoben wird, warum – jedenfalls in Hessen – die Abnahme der Vermögensauskunft nicht vor Ort sondern nur in den Räumen der Vollstreckungsbehörde möglich ist.[2] Auch die Straftatbestände bei Falschangaben werden nutzbringend aufgeführt. Allenfalls zur an sich schon selten anzuwendenden Norm des § 60 bzgl. des dinglichen Arrestes könnte künftig evtl. eine kleine Ergänzung hin zum hessischen Hinterlegungsgesetz für die Leser eingepflegt werden. Denn nicht zuletzt aufgrund des Frankfurter Flughafens kommt es gerade in Hessen doch öfters einmal zu (polizeilichen) Sicherstellungen, die dann im Wege der Arrestierung in Verbindung mit einem Antrag nach §§ 21 f. des hessischen Hinterlegungsgesetzes im Wege der Verwaltungsvollstreckung einzuziehen sein können.

Glotzbach setzt sich bekanntermaßen seit jeher für kommunale Kassenfragen intensiv ein. Es freut einen gleichwohl, wenn man in seiner eigenen Auffassung bestärkt wird, ein Beispiel: „Durch das Medium der ‚Internetversteigerung' haben die Sachpfändungen allerdings wieder sprunghaft zugenommen, wodurch dem Stellenwert der Vollziehungsbeamten wieder die Bedeutung beizumessen ist, die ihm der Gesetzeswortlaut verleiht".[3] Und dies kann man eigentlich auf das gesamte novellierte Vollstreckungsrecht ausweiten. Denn Vollstreckungsfragen erleben nicht zuletzt durch das aktuell hervorstechende Thema des Forderungsmanagements jüngst auch innerhalb der Kommunalverwaltungen wieder einen Bedeutungszuwachs.

Das Buch ist ein Muss für jeden hessischen Vollziehungsbeamten und generell empfehlenswert für hessische Vollstreckungsbehörden. Aber auch über die Landesgrenzen hinaus empfiehlt sich die Lektüre, nicht nur in Anbetracht der dortigen Erledigung von Amtshilfe- bzw. Vollstreckungsersuchen. Zwar sind selbstverständlich Besonderheiten wie beispielsweise der fehlenden Antragsmöglichkeit hessischer Vollstreckungsbehörden zur Eintragung von Zwangssicherungshypotheken zu beachten (den Antrag muss in Hessen der Gläubiger stellen).[4] Aufgrund der recht ausführlichen Besprechung der einzelnen Vorschriften ist das Werk aber auch für Vollstreckungspraktiker außerhalb von Hessen sinnvoll. Überdies für Gerichtsvollzieher, die ggf. von hessischen Kommunen beauftragt werden sowie für Rechtspfleger, die jedenfalls im Rahmen der Immobiliarvollstreckung Anknüpfungspunkte haben. Kurzum: Eine gelungene Fortschreibung des tradierten Praxiskommentars.

Ralf Klomfaß, Mainz

1 Den Hintergrund bildet das Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, welches zum 1.1.2013 in Kraft trat, vgl. Gesetz v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2258.

2 Vgl. *Glotzbach:* Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz-Praxiskommentar, § 27, S. 85.

3 *Glotzbach:* Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz-Praxiskommentar, § 27, S. 30 m. w. Nachw.; vgl. weiterführend zur Internetversteigerung sodann § 37, S. 111 f.

4 Vgl. *Glotzbach:* Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz-Praxiskommentar, § 58, S. 147; anders aufgrund allgemeinerer Wortwahl in Rheinland-Pfalz, vgl. § 59 II 1 LVwVG RLP.

Posser/Wolff, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2014, 1.484 Seiten, in Leinen, € 119,00, ISBN 978-3-406-59722-0, C. H. Beck

Auf die zweite Auflage des anzuzeigenden Kommentars haben die Nutzer relativ lange warten müssen; die erste Auflage stammt aus dem Jahre 2008. Das in der Reihe der Beck'schen Online-Kommentare erschienene Werk ist damit auf den Stand 1. Juli 2013, teilweise darüber hinaus, gebracht worden. § 59 VwGO wurde gestrichen (und durch eine Ergänzung des § 37 VwVfG ersetzt), neu eingefügt wurden die §§ 55a ff. (elektronische Kommunikation) und § 102a (Videokonferenztechnik). Die ersteren treten allerdings teilweise erst 2018/2022 in Kraft, um genügend Vorlauf für die Schaffung der technischen Voraussetzungen zu haben. Auch die Literatur wurde umfassend aktualisiert.

Die äußere Gestaltung des Kommentars ist einheitlich und überzeugend. Im Anschluss an den Normtext findet sich ein „Überblick", der insbesondere Geschichte und systematische Stellung der Vorschrift erläutert und z. T. rechtspolitische Ausblicke gewährt.

Im Anschluss an den Überblick finden sich „Übersichten", in denen unter Bezugnahme auf Randnummern auf die einzelnen Kommentierungen verwiesen wird. Der Kommentar ist sehr lesefreundlich; das Druckbild ist elegant und übersichtlich. Im laufenden Text der Erläuterungen werden die Schlüsselbegriffe allerdings in unterschiedlicher Dichte per Fettdruck hervorgehoben; in der Kommentierung der §§ 68 ff. wird z. B. nur sparsam davon Gebrauch gemacht. Es würde die Lesbarkeit steigern, wenn die Zitate in Fußnoten untergebracht würden. In der Sache bietet der „Posser/Wolff" eine solide Information über das Verwaltungsprozessrecht. Die Argumentationstiefe wahrt die Balance zwischen praktischer Notwendigkeit und wissenschaftlicher Gründlichkeit. Die Verzahnungen mit anderen Gesetzen (z. B. dem GVG, der ZPO, aber auch landesrechtlichen Regelwerken) werden hinreichend deutlich gemacht.

Fazit: Ein gelungener Kommentar, der sich zu Recht auf dem (hart umkämpften) Markt behauptet hat.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar Strafgesetzbuch, Band 5: §§ 263–358, 2. Auflage, München 2014, XLVII, 2618 Seiten, in Leinen, 395,00 Euro, ISBN 978-3-406-60295-5, Verlag C.H. Beck

Der „Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch" ist aufgrund seiner hervorragenden Qualität aus der strafrechtlichen Fachdiskussion nicht mehr wegzudenken. Er ist für den einschlägig ausgerichteten Praktiker (Richter, Staatsanwalt, Strafverteidiger) und wissenschaftlich Tätigen ein exzellentes, gehaltvolles Nachschlagewerk. In seiner Vollständigkeit befasst sich der Großkommentar mit seinem Umfang von insgesamt 8 Bänden intensiv mit dem Strafgesetzbuch und ausgewählten Vorschriften zum Nebenstrafrecht.

Der mittlerweile ebenfalls in Neuauflage erschienene Band 5 (§§ 263–358 StGB) beinhaltet die Kommentierung zu besonders praxisrelevanten Straftatbeständen. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu Betrug und Untreue sowie die Erläuterungen der Urkundendelikte und wichtiger gemeingefährlicher Straftaten (Brandstiftungsdelikte sowie Gefährdungstatbestände im Straßenverkehr). Darüber hinaus werden u. a. die Straftaten im Amt, die jüngst teilweise reformierten Straftaten gegen die Umwelt, die Straftaten gegen den Wettbewerb und die Insolvenzstraftaten eingehend behandelt.

Ausgewiesene Experten aus Wissenschaft und Praxis gewährleisten als Bearbeiter der einzelnen Strafrechtsnormen wiederum eine aktuelle, sachkundige, profunde und gewissenhafte Kommentierung mit argumentativem Tiefgang.

Auch der in Neuauflage erschienene Band bietet zuverlässig und in vorbildlicher Weise zahlreiche Nachweise aus Rechtsprechung und Fachliteratur. Ausdifferenzierte Übersichten vor der Behandlung komplexerer Strafnormen gestatten die zielsichere Recherche anlässlich einzelner Fragestellungen; die Möglichkeit der schnellen Orientierung wird durch die Hervorhebung der Schlüsselbegriffe im Fließtext sowie das umfangreiche und ausdifferenzierte Sachverzeichnis ebenfalls forciert.

Im Ergebnis lässt sich folgendes festhalten: Es handelt sich um einen Kommentar, der keine Wünsche offen lässt.

Prof. Dr. B. Blum, 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.

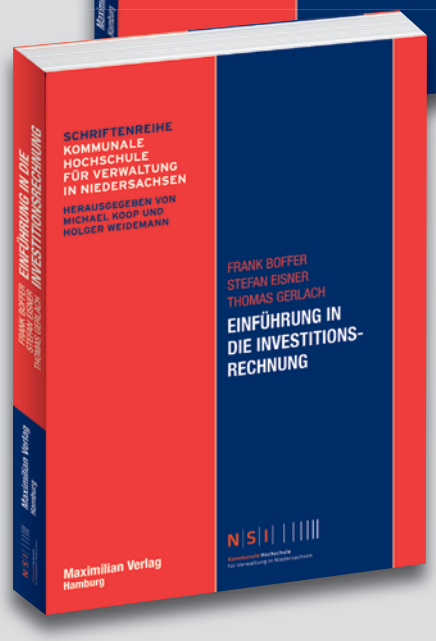
MEHR WISSEN. NEUE TITEL

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

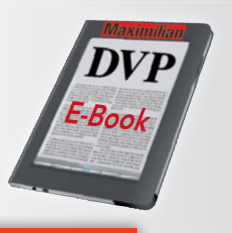
Dieses Werk ist ein Lehrbuch zum niedersächsischen Kommunalrecht auf der Basis des neu geschaffenen Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG). Es richtet sich hauptsächlich an Auszubildende und an Studierende.
Der Leser hat mit diesem Werk die Möglichkeit, Wissen in diesem Bereich zu erarbeiten, 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

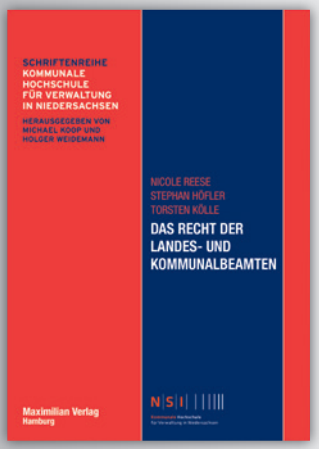
Sundermann, **Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern**
eISBN 978-3-7869-0974-3
€ 17,99

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