DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

65. Jahrgang
Dezember 2014
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2014012

12/2014

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Mike Wienbracke
Rechtsquellen des EU-Rechts – Teil 2

Simon Kempny
Der bundesstaatliche Finanzausgleich in der rechtspolitischen Diskussion

Jan Seybold
Das kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot für Mitglieder kommunaler Vertretungen in Niedersachsen

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitung

Dirk Weber
Sozialhilferecht/Sozialverfahrensrecht

Rechtsprechung

Standplatzvergabe für Weihnachtsmarkt

Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts auf registrierte Benutzer einer irischen Niederlassung in Deutschland

Kündigung wegen (symptomloser) HIV-Infektion

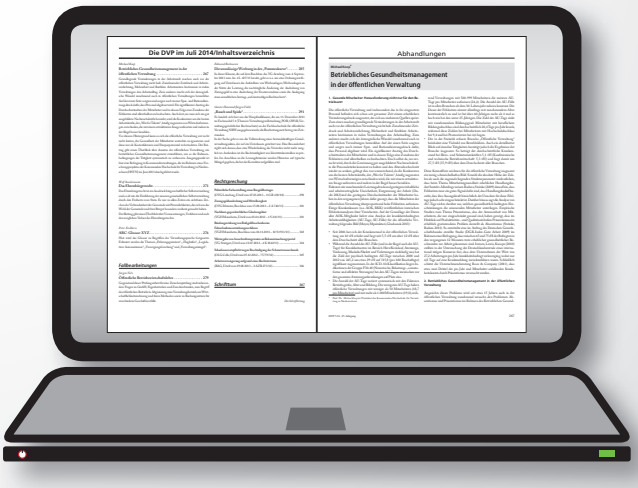
Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

DVP
Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!

Unsere Fachzeitschrift DVP geht neue Wege!
Ab 01.07.2014 ist sie als ePaper erhältlich.
Sie haben die Wahl:

Lieferung nur als ePaper zum Jahrespreis von	89,90 €*
Lieferung wie gehabt als Printausgabe zum Jahrespreis von	89,90 €*
Lieferung als ePaper und Printausgabe zum Jahrespreis von	99,90 €*



Nutzen Sie die Möglichkeit, unsere Abhandlungen, Fallstudien, Rechtsprechungsbeiträge und Klausurentipps auch unterwegs und „papierfrei" zu lesen!

Bitte bestellen Sie direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-323 | Fax 040/70 70 80-324 | vertrieb@dvp-digital.de
oder über unsere Homepage: **www.dvp-digital.de**

Hiermit bestelle ich:

- ○ die DVP-Zeitschrift als Printausgabe zu 89,90 €* (12 Ausgaben pro Jahr inkl. Versandkosten)
- ○ die DVP-Zeitschrift als ePaper zu 89,90 €* (12 Ausgaben pro Jahr)
- ○ die DVP-Zeitschrift als Printausgabe und ePaper zu 99,90 €* (12 Ausgaben pro Jahr inkl. Versandkosten)

Name/Vorname

PLZ/Ort

Straße/Hausnr.

E-Mail (notwendig bei ePaper-Bestellung)

Datum/Unterschrift

Widerrufsbelehrung: Sie können Ihre Bestellung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen schriftlich oder mündlich widerrufen. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs an die Bestelladresse. * unverbindliche Preisempfehlung. Irrtum und Preisänderung vorbehalten.

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
65. Jahrgang 12/2014

Vertrauen

„Deutsche haben großes Zutrauen in den Rechtsstaat" lautet die Überschrift eines Artikels in der Neuen Juristischen Wochenschrift (Heft 35/2014, S. 10). Die Zeitschrift berichtet darin über eine Umfrage des Instituts für Demoskopie in Allensbach, die im Auftrag der FAZ durchgeführt wurde. Die Bundesbürger wurden zu staatlichen Institutionen und den normativen Grundlagen befragt. Mit 87 % Zustimmung liegt das Grundgesetz an der Spitze der Vertrauens-Skala (die „Gesetze" an sich kommen „nur" auf 72 %), das Schlusslicht bilden die politischen Parteien mit 22 %. Ansonsten rangieren die üblichen Verdächtigen ganz vorn: das Bundesverfassungsgericht (Platz 2 mit 79 %) und die Polizei (Rang 3 mit 74 %). Die übrigen Gerichte teilen sich einen Rang mit dem Bundespräsidenten (66 %), der vor der Bundesregierung (59 %) platziert wurde. Die Verwaltung gehört nicht zu den Favoriten: Nur 45 % der Bürger vertrauen ihr.

Ich habe mich gefragt, warum die Leute so abgestimmt haben und zum Beispiel die Gerichte für vertrauenswürdiger gehalten werden als die Verwaltung. Ein Grund könnte darin liegen, dass Richter als unabhängiger gelten. Das erklärt vielleicht auch den besseren Rang des Bundespräsidenten im Verhältnis zur Bundesregierung, der vermutlich zudem die größere Nähe zu den Parteien schadet.

Das Zustandekommen der „Zutrauens"-Skala hat ansonsten, wie ich glaube, hauptsächlich mit Psychologie zu tun. Distanz schafft Respekt – das wissen bzw. wussten Diktatoren genau so wie die alten Hollywood-Stars die ihren Fans nicht zu nahe kommen wollten. Aus der Entfernung wirken viele Menschen und Dinge großartig, wenn man sich ihnen nähert, schrumpfen sie auf Normalmaß.

Über das Grundgesetz wird mit Hochachtung geschrieben. In Festreden werden die Grundrechte, insbesondere die Menschenwürde, beschworen – Lob, wohin man blickt. Die meisten Bundesbürger wissen nicht genau, was darin steht, vermuten aber, dass es für unser Land gut ist. Das Bundesverfassungsgericht gilt als Hüter des Grundgesetzes, dessen Glanz färbt auf das Gericht ab und beschert ihm den nächst hohen Rang. Nur wenige der Befragten dürften mit dem Bundesverfassungsgericht persönlich zu tun gehabt haben. Gegebenenfalls sind sie höchstwahrscheinlich mit einer Verfassungsbeschwerde (Erfolgsquote: im unteren einstelligen Prozentbereich) gescheitert.
Auch die sonstigen Gerichte profitieren vom Distanz-Bonus, weil die meisten Befragten nur die Fernseh-Justiz in Gestalt der zupackenden und gerechten Richter vom Schlage einer *Barbara Salesch* und eines *Alexander Hold* kennen dürften. Wer selbst einen Prozess geführt hat, erlebt eine andere Wirklichkeit, sein Urteil über Gerichte fällt in der Regel negativer aus.
Mit der Verwaltung haben die Leute öfter zu tun. Diese Kontakte werden nicht selten als unangenehm empfunden, Zutrauen entsteht so nicht. Die vom Beamtenbund organisierte „Bürgerbefragung öffentlicher Dienst 2013" bestätigt das: Diejenigen, die häufigeren Kontakt mit Behörden haben, beklagen sich eher als nur sporadische Behördenbesucher über die Behandlung bei den Behörden. Die Polizei ist die Ausnahme von der Regel. Ihren Gewerkschaften ist es, anders als dem Beamtenbund, gelungen, für ein hervorragendes Image zu sorgen. Die meisten Bürgerinnen und Bürger sind zudem nicht kriminell und erleben die Polizei daher auch nicht als Gegner, sondern, jedenfalls tendenziell, als Freund und Helfer. Da spielt es keine Rolle, dass die Aufklärungsquote bei manchen Delikten (u. a. Einbruchsdiebstahl und Fahrraddiebstahl) trostlos ist.

Der eine oder andere Beamte oder Tarifbeschäftigte mag das relativ geringe Vertrauen der Bürger in die Verwaltung bekümmert zur Kenntnis genommen haben. Misstrauische und respektlose „Verwaltungskunden" können es den Beschäftigten schwer machen. Das gehört aber zum Berufsrisiko. Eine bürgerfreie Verwaltung wird es auch im Zeitalter des E- Government eben so wenig geben wie eine studentenfreie Hochschule. Und angesichts so mancher unfreundlicher Medienberichte über den öffentlichen Dienst und abschätziger Äußerungen aus dem Munde von Politikern (z. B. „faule Säcke" in Bezug auf Lehrer) sind 45 % doch gar nicht so schlecht.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im Dezember 2014/Inhaltsverzeichnis

Mike Wienbracke

Rechtsquellen des EU-Rechts – Teil 2 487

Im Anschluss an die Darstellung in der Oktober-Ausgabe der DVP (2014, S. 416) wird hier der Überblick über die Rechtsquellen des EU-Rechts fortgesetzt.

Erläutert werden zunächst die Richtlinien, die grundsätzlich eine Pflicht der Mitgliedstaaten begründen, sie durch Erlass eines entsprechenden innerstaatlichen Rechtsakts in nationales Recht umzusetzen. Darin unterscheiden sie sich von den Verordnungen, die unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat gelten. In Ausnahmefällen können aber auch Richtlinien unmittelbare Rechtswirkungen entfalten, wenn sie nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurden, unbedingt sind und inhaltlich hinreichend genau bestimmte Regelungen enthalten, die eine Anwendung im Einzelfall ermöglichen. Dies kann allerdings nicht zu einer unmittelbaren Wirkung zulasten von Bürgern führen.

Als weitere Quelle des EU-Sekundärrechts werden abschließend Beschlüsse dargestellt, die unmittelbar Rechte und Pflichten der Adressaten begründen, sowohl gegenüber bestimmten Individuen, als auch gegenüber den Mitgliedstaaten. Möglich sind auch adressatenlose Beschlüsse, die nur unionsintern bindend sind.

Der Beitrag wird abgeschlossen mit einer Erläuterung der Normenhierarchie, d.h. des Verhältnisses der Rechtsquellen des EU-Rechts zueinander und zum nationalen Recht.

Simon Kempny

Der bundesstaatliche Finanzausgleich in der rechtspolitischen Diskussion 493

Dieser Beitrag befasst sich mit der aktuellen Frage einer „Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommune", die Thema der Abteilung Öffentliches Recht des 70. Deutschen Juristentages war.

Die Abteilung Öffentliches Recht hat ihre Empfehlungen an die gesetzgebende Gewalt in 25 (zum Teil untergliederten) Beschlüssen niedergelegt und in sieben Abschnitte gegliedert. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Beschlüsse und versucht eine erste Würdigung einiger ausgewählter Punkte. Angesprochen werden die Themen „Herausforderungen der Föderalismusreform III", „Grundlagen" (u.a. Staatsausgabenrecht), „Primäre Steuerverteilung", „Horizontaler Finanzausgleich", „Vertikaler Finanzausgleich", „Verschuldung" und „Änderungsbedarf im Landesrecht und im Recht des kommunalen Finanzausgleichs".

Jan Seybold

Das kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot für Mitglieder kommunaler Vertretungen in Niedersachsen gemäß § 41 NKomVG 498

Sowohl in der Praxis, als auch in der Aus- und Fortbildung und damit verbundenen Prüfungsaufgaben sind Mitwirkungsverbote eine häufig anzutreffende Problematik.

Ausgehend von der Rechtslage in Niedersachsen und im Vergleich zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen werden Hintergrund, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen erläutert. In diesem 1. Teil der Darstellung geht es u.a. um den Sinn und Zweck des Mitwirkungsverbots und den persönlichen und den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschriften.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 505

Hier wird das Glossar zu Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt. Erläutert werden die Themen „Hochschulautonomie", „Internationalisierung", „Voucher-System" und „Wirtschaftsförderung".

Fallbearbeitung

Dirk Weber

Sozialhilferecht/ Sozialverfahrensrecht 508

Gegenstand dieser Klausur sind die Erfolgsaussichten eines Widerspruchs gegen einen Aufhebungs- und Erstattungsbescheid gem. §§ 45 und 50 SGB X. Vertiefend einzugehen ist hier u.a. auf die Einhaltung der Widerspruchsfrist sowie deren Berechnung bei Zustellungsproblemen sowie auf die materiellen Voraussetzungen der Rücknahme (insbes. Rechtswidrigkeit, Vertrauensschutz, Entscheidungsfrist).

Rechtsprechung

Standplatzvergabe für Weihnachtsmarkt
(OVG Lüneburg, Urteil vom 16.05.2012 – 7 LB 52/11) 522

Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts auf registrierte Benutzer einer irischen Niederlassung in Deutschland
(VG Schleswig, Beschluss vom 14.02.2013 – 8 B 60/12) 524

Kündigung wegen (symptomloser) HIV-Infektion
(BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12) 525

Schrifttum 527

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Verlag C.H. BECK oHG. Wir bitten um freundliche Beachtung!

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

Mike Wienbracke*

Rechtsquellen des EU-Rechts – Teil 2

II. Richtlinien

1. Grundsatz: Zweistufiges Rechtsetzungsverfahren

Die Richtlinie (engl.: „*directive*"), welche trotz ihres nur geringen Anteils von „weniger als 10%"[1] aller unionalen Rechtsakte in Praxis und Klausur gleichwohl eine herausragende Rolle spielt, gilt nicht wie die Verordnung „unmittelbar *in* jedem Mitgliedstaat" (Art. 288 Abs. 2 Satz 2 2. Hs. AEUV), sondern ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV „*für* jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird" (dies sind üblicherweise alle) verbindlich.[2] Im Ausgangspunkt erschöpft sich der normative Gehalt einer Richtlinie daher in der Pflicht der Mitgliedstaaten als alleinigen Adressaten, die Richtlinie durch Erlass eines entsprechenden innerstaatlichen Rechtsakts in nationales Recht umzusetzen.[3] Aufgrund dieses zweistufigen Rechtsetzungsverfahrens (1. Erlass der Richtlinie durch die zuständigen EU-Organe, z.B. RL 1999/44/EG; 2. Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten, z.B. §§ 474 ff. BGB) besitzen Richtlinien als nicht-supranationales Unionsrecht in den Mitgliedstaaten grundsätzlich keine unmittelbare Geltung bzw. Wirkung – und sind damit auch nicht unmittelbar anwendbar –, sondern entfalten ihre Rechtsfolgen erst mittelbar über den jeweiligen nationalen Transformationsakt (Richtlinie als indirektes Rechtsetzungsinstrument).[4] Im deutschen Recht trifft die Richtlinie als „‚eigentümlicher Rechtsakt' des Unionsrechts" auf keine Entsprechung.[5]

Doch selbst für die Mitgliedstaaten ist eine Richtlinie ausweislich des Wortlauts von Art. 288 Abs. 3 AEUV nur „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel" („gestufte Verbindlichkeit"[6]). Die Ziele (engl.: „*results*", Ergebnisse) einer Richtlinie erschließen sich typischerweise aus deren einleitenden Bestimmungen und den Begründungserwägungen, vgl. Art. 296 Abs. 2 AEUV.[7] Als Mittel zur Umsetzung namentlich von solchen Richtlinien, die auf eine Berechtigung oder Verpflichtung von Privatpersonen abzielen, kommen mit Blick auf das aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgende Gebot der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*") nur „unzweifelhaft verbindlich[e]"[8] Normen mit Außenwirkung wie z.B. (Parlaments-)Gesetze oder Rechtsverordnungen, aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit nicht hingegen etwa auch Verwaltungsvorschriften (keine Richtlinienumsetzung durch Richtlinien, Erlasse etc.), oder gar eine schlichte innerstaatliche (Rechtsprechungs- oder Verwaltungs-)Praxis in Betracht (Rechtsnormvorbehalt).[9] Ist derartiges nationales Recht einmal erlassen, so darf es während der Geltungsdauer der betreffenden Richtlinie nicht ersatzlos aufgehoben und kein dieser widersprechendes weiteres mitgliedstaatliches Recht geschaffen werden (Sperrwirkung).[10]

Zudem sind aufgrund von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 288 Abs. 3 AEUV alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten (Behörden und Gerichte) mit Ablauf der jeweiligen Umsetzungsfrist im Rahmen der in diesem anerkannten Methoden („soweit wie möglich"[11]) verpflichtet, nicht nur die speziell zur Umsetzung einer Richtlinie erlassenen Vorschriften in deren Licht, d.h. richtlinienkonform, so auszulegen bzw. fortzubilden (Analogie), dass das mit ihr verfolgte Ziel erreicht wird (z.B. ist § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB wegen Art. 3 der RL 1999/44/EG dahingehend zu interpretieren, dass die „Lieferung einer mangelfreien Sache" auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst),[12] sondern darüber hinaus das „gesamte nationale Recht"[13] (Privat-, Straf- und Öffent-

* Prof. Dr. iur. *Mike Wienbracke,* LL. M. lehrt Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und Verwaltungsrecht sowie Europarecht am Fachbereich Wirtschaftsrecht der Westfälischen Hochschule Gelsenkirchen, Bocholt, Recklinghausen.

1 *Schroeder,* Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 40.

2 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 51; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 89.

3 *Arndt/Fischer/Fetzer,* Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 171; *Herdegen,* Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 36; *Hobe,* Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 28.

4 *Ahlt/Dittert,* Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 51, 57; *Hobe,* Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 28; *Sauer,* Staatsrecht III, 2. Auflage 2013, § 8 Rn. 8, 18; *Schroeder,* Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 40, 48; *Streinz,* Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 486.

5 *Oppermann/Classen/Nettesheim,* Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 83 unter Hinweis auf *Constantinesco.* „Eine entfernte Ähnlichkeit mag mit der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG [a.F.] bestehen", siehe *Ahlt/Dittert,* Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 51.

6 *Streinz,* Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 474. Ob inhaltlich ein Spielraum existiert, hängt von der Ermächtigungsgrundlage (z.B. Art. 153 Abs. 2 Satz 1 lit. b) AEUV: „Mindestvorschriften") sowie der Ausgestaltung der jeweiligen Richtlinie ab, siehe *Doerfert,* Europarecht, 5. Auflage 2012, Rn. 137.

7 *Oppermann/Classen/Nettesheim,* Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 90.

8 EuGH, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845 (Rn. 48) – *Dillenkofer u.a.*

9 *Arndt/Fischer/Fetzer,* Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 175 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 387; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 92; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 477, 481, 483 unter Hinweis u.a. auf EuGH, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 – *TA Luft*. Vgl. auch EuGH, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303 (Rn. 18, 21 f.) – *Vergaberichtlinien*.

10 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 98.

11 EuGH, NJW 2012, 509 (510) – *Dominguez*; BGHZ 192, 148 (158); BAGE 111, 247 (255), jeweils m.w.N. Entsprechende Spielräume werden insbesondere durch Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe eröffnet, siehe *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 185.

12 EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (Rn. 26) – *von Colson und Kamann*; verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 (Rn. 116) – *Pfeiffer u.a.*; Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 (Rn. 111, 115) – *Adeneler*; Rs. C-378/07, Slg. 2009, I-3071 (Rn. 200) – *Angelidaki u.a.*; BGH, NJW 2010, 2651 (2652); BGHZ 179, 27 (34 f.); 187, 268 (276 ff.); 192, 148 (154 ff.); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 400 ff.; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 29; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 499. Vgl. auch EuGH, Rs. C-109/09, Slg. 2011, I-1309 (Rn. 53) – *Lufthansa ./. Kumpan* m.w.N.: „Das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem AEU-Vertrag immanent." Vor Ablauf der Umsetzungsfrist sieht sich BGHZ 138, 55 (59 f.) m.w.N. zur richtlinienkonformen Auslegung „befugt". Das im Text genannte Beispiel veranschaulicht die Überformung auch von alltäglichen deutschen Rechtsfragen durch das Europarecht, siehe *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 29 a.E.

13 EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 (Rn. 115) – *Pfeiffer u.a.* m.w.N. Siehe auch *Hecker*, JuS 2014, 385 ff.; *Herrstahl*, JuS 2014, 289 ff.; *Kühling*, JuS 2014, 481 ff.; *Leenen*, Jura 2012, 753 ff. Im Fall einer „überschießenden Umsetzung" besteht dagegen keine EU-rechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung (siehe *Schroeder,* Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 69 unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161 [Rn. 32 f.] – *Leur-Bloem*), was zu einer gespaltenen Normauslegung führen kann, siehe *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 401.

liches Recht) – und zwar „gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt."[14] Diese Pflicht, bei der es sich um einen Unterfall der Auslegung bzw. Fortbildung des nationalen Rechts nach Maßgabe des gesamten EU-Rechts handelt,[15] „wird jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze [des Unionsrechts] und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt und darf […] nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen."[16]

Darüber hinaus entfaltet eine Richtlinie gem. Art. 297 Abs. 2 UAbs. 2 bzw. 3 AEUV schon mit ihrer Veröffentlichung/Bekanntgabe Rechtswirkungen und zwar i.d.S., dass „alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten"[17] bereits vor Ablauf der jeweiligen Umsetzungsfrist aufgrund von Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV sowie der betreffenden Richtlinie selbst verpflichtet sind, „während dieser Frist den Erlaß von Vorschriften [zu] unterlassen […], die geeignet sind, das in d[…]er Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen"[18] (Vor- bzw. Präventivwirkung i.S.e. Verbots der Schaffung von vollendeten Tatsachen;[19] z.B. dürfen auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist solche Gebiete nicht zerstört werden, die nach Fristablauf aufgrund einer Richtlinie durch nationales Recht unter Schutz gestellt werden müssen; „Pflicht zur ‚Stillhaltung'"[20]). Demgegenüber wird der nationale Gesetzgeber durch eine Richtlinie nicht an einer über deren Mindestbestimmungen hinausgehenden (überschießenden) „Umsetzung" gehindert.[21]

Erfüllen die Mitgliedstaaten ihre sich neben Art. 288 Abs. 3 AEUV auch aus Art. 4 Abs. 3 EUV sowie der jeweiligen Richtlinie selbst ergebende und von der Kommission überwachte (Art. 17 Abs. 1 EUV) Umsetzungspflicht innerhalb der dort ausdrücklich genannten Frist (siehe z.B. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/84/EG) durch Inkraftsetzen eines i.d.R. materiellen Gesetzes nicht, so begründet dies eine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 258 f. AEUV und kann u.a. zu einem als allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU-Primärrechts anerkannten unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat führen (s.u.).[22] Praktische interne Probleme eines Mitgliedstaats, die z.B. aus dessen Bundesstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) resultieren, dispensieren aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts auch vor dem nationalen Verfassungsrecht ebenso wenig von der Pflicht zur frist- und ordnungsgemäßen Umsetzung einer Richtlinie wie der Hinweis auf den Verstoß eines anderen Mitgliedstaats hiergegen; anders als im Völkerrecht gilt der Reziprozitätsgrundsatz im EU-Recht nämlich nicht.[23]

2. Ausnahme: Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Erweist sich die Richtlinie gegenüber der Verordnung mithin als der „geschmeidigere […] Rechtsakt"[24], so sehen die Verträge (z.B. Art. 115 AEUV) Kompetenzen zum Erlass von Richtlinien denn auch vornehmlich in solchen Bereichen wie etwa dem Binnenmarkt vor, in denen es nicht um Rechtsvereinheitlichung, sondern um -angleichung (Harmonisierung) unter Wahrung der Eigenheiten der nationalen Rechtsordnungen geht.[25] Umgekehrt ist die Umsetzungsbedürftigkeit von Richtlinien aus EU-Sicht allerdings mit dem nicht nur theoretischen Nachteil von Umsetzungsdefiziten, d.h. ihrer entweder völlig fehlenden oder aber verspäteten bzw. inhaltlich unzureichenden Transformation in nationales Recht verbunden, worunter letztlich die Einheitlichkeit des Unionsrechts leidet.[26] Hätten es die Mitgliedstaaten danach in der Hand, den Eintritt der von einer Richtlinie beabsichtigten Rechtswirkungen durch schlichte Nichtumsetzung sogar vollständig zu vereiteln, so würde hierdurch den gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich ihres Ziels verbindlichen Richtlinien unter Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV ihre praktische Wirksamkeit („*effet utile*") genommen.[27] Vor diesem Hintergrund sowie unter Hinweis auf Art. 267 AEUV erkennt der EuGH[28] in einem vom BVerfG mit Blick auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV akzeptierten „Stück Rechtsfortbildung"[29] einer einzelnen Richtlinienbestimmung[30] in bestimmten personalen Konstellationen (s.u.) ausnahmsweise dann „unmittelbare Wirkung" i.S.e. „unmittelbare[n] Anwendbarkeit"[31] (engl.: „*direct effect*") zu, wenn diese

14 EuGH, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135 (Rn. 8) – *Marleasing.* „Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gilt für ein nationales Gericht besonders dann, wenn ein Mitgliedstaat […] der Ansicht [ist], daß die bereits geltenden Vorschriften seines nationalen Rechts den Anforderungen der betreffenden Richtlinie genügten", siehe EuGH, Rs. C-334/92, Slg. 1993, I-6911 (Rn. 21) – *Wagner Miret*.

15 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 78; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 399.

16 EuGH, Rs. C-268/06, Slg. 2008, I-2483 (Rn. 100) – *Impact* m.w.N.

17 EuGH, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 (Rn. 118 f., 122) – *Adeneler.*

18 EuGH, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411 (Rn. 41, 45) – *Inter-Environnement Wallonie.*

19 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 47; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 505 mit dem Hinweis in Fn. 115, dass diese Wirkung dem Frustrationsverbot des Art. 18 WVRK entspreche.

20 BVerwGE 107, 1 (22).

21 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 387; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 89. Zu den anderweitigen insoweit zu beachtenden Vorgaben siehe EuGH, Rs. C-227/09, Slg. 2010, I-10273 (Rn. 55) – *Accardo* („Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts"); *Wienbracke*, Einführung in die Grundrechte, 2013, Rn. 116 m.w.N. (nationales Verfassungsrecht, v.a. Grundrechte).

22 EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Rn. 35) – *Francovich*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 387; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 91, 97; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 42 f.; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 458, 480. „Selbstverständlich bedarf es einer Umsetzung der Richtlinie nicht, wenn das innerstaatliche Recht bereits den dort aufgestellten Anforderungen entspricht", BGHZ 138, 55 (60).

23 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 52; *Oppermann/Classen/Nettesheim,* Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 89, 91; *Schroeder,* Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 42, 44 (Fn. 58). Dort und bei *Haratsch/Koenig/Pechstein,* Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 385 Nachweise zur EuGH-Rechtsprechung.

24 *Oppermann/Classen/Nettesheim,* Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 83. Mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, 4 EUV erweist sich die h.M. (z.B. *Schmidt,* in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auflage 2003, Art. 249 EGV Rn. 38 m.w.N.), wonach auch Richtlinien mit hohem Detaillierungsgrad (z.B. Art. 2, 3 RL 2000/84/EG) rechtmäßig seien, als nicht unproblematisch, vgl. *Arndt/Fischer/Fetzer,* Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 174; *Herdegen,* Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 37.

25 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 51; *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 37; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 475.

26 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 41; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 476. In der Praxis werden Verordnungen denn auch gegenüber Richtlinien bevorzugt, siehe *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 86.

27 EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (Rn. 12) – *van Duyn* mit dem weiteren Hinweis darauf, dass aus Art. 288 AEUV kein dahingehender Umkehrschluss zu ziehen sei, dass anderen Rechtsakten als Verordnungen niemals eine unmittelbare Wirkung zukommen könne; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 486.

28 Grundlegend: EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (Rn. 25) – *Becker.*

29 BVerfGE 75, 223 (241) – *Kloppenburg* m.w.N. A.A. noch BFHE 143, 383 (386 ff.).

30 Die Voraussetzungen der „unmittelbaren Wirkung" brauchen nicht für alle, sondern nur für diejenigen Bestimmungen der betreffenden Richtlinie vorliegen, um deren „unmittelbare Anwendbarkeit" es jeweils geht, siehe *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 58.

31 Zur Terminologie siehe *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 45, 47; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 50.

- trotz Fristablaufs nicht ordnungsgemäß („vollständig und richtig“[32]) in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde,
- unbedingt ist, d.h. „eine Verpflichtung [enthält], die weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung versehen ist und ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahmen der [Unions-]Organe oder der Mitgliedstaaten bedarf“[33] und
- inhaltlich hinreichend genau bestimmt ist, so dass sich bereits aus ihr selbst heraus, d.h. ohne nationalen Umsetzungsakt, eine eindeutige Verpflichtung der Mitgliedstaaten bzw. korrespondierende Rechte des Einzelnen – namentlich Anspruchsinhaber, -inhalt und -gegner – ergeben, m.a.W. die betreffende Richtlinienbestimmung „*self-executing*“ bzw. rechtlich i.d.S. vollkommen ist, dass sie sich zur unmittelbaren Anwendung durch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten im konkreten Einzelfall eignet (Justiziabilität).[34]

a) Unmittelbare vertikale Wirkung zugunsten des Bürgers

Sind die drei vorgenannten Voraussetzungen erfüllt und betrifft der inhaltliche Regelungsgegenstand der jeweiligen Richtlinienbestimmung das Verhältnis des Einzelnen gegenüber dem Staat,[35] so „kann ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, den einzelnen nicht entgegenhalten, daß er die aus dieser Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat“[36] („Rechtsgedanke des *venire contra factum prorium*“[37]). Vielmehr vermag sich der Betreffende dann gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat[38] direkt auf die ihn *begünstigende* Regelung einer Richtlinie zu berufen, welche die insofern fehlende nationale (Umsetzungs-)Rechtsnorm ersetzt (positive unmittelbare Wirkung; Sanktionsgedanke); richtlinienwidrige Vorschriften des nationalen Rechts sind unangewendet zu lassen (Ausschluss- bzw. negative unmittelbare Wirkung).[39] Diese vertikale Direktwirkung von Richtlinien zugunsten des Einzelnen gegenüber dem hinsichtlich seiner Richtlinienumsetzungspflicht jeweils säumigen Mitgliedstaat besteht unabhängig davon, ob die betreffende Richtlinienbestimmung ein subjektives Recht des Einzelnen begründet (str.[40]) oder sich umgekehrt negativ auf subjektive (z.B. Nachbar-)Rechte Dritter auswirkt (Richtlinien mit Doppelwirkung im Dreiecksverhältnis Bürger-Staat-Bürger[41]) und ist von den nationalen Behörden und Gerichten jeweils von Amts wegen zu beachten – und nicht etwa dann erst, wenn der Bürger dies ausdrücklich geltend macht.[42]

Beispiel:[43]
Um den Arbeitnehmern einen Mindestschutz bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu gewähren, hat die EU eine Richtlinie mit u.a. folgenden Bestimmungen erlassen:
Art. 1: „(1) Diese Richtlinie gilt für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen […] gegen Arbeitgeber, die zahlungsunfähig […] sind.“
Art. 3: „(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit […] Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nichterfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen […], die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen, sicherstellen. (2) Der in Absatz 1 genannte Zeitpunkt ist nach Wahl der Mitgliedstaaten
– entweder der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers,
– oder der Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers […].
Art. 5: „Die Mitgliedstaaten legen die Einzelheiten […] der Mittelaufbringung […] der Garantieeinrichtungen fest, wobei sie […] folgende Grundsätze beachten […]: Die Arbeitgeber müssen zur Mittelaufbringung beitragen, es sei denn, daß diese in vollem Umfang durch die öffentliche Hand gewährleistet ist.“
Arbeitnehmer AN war im EU-Mitgliedstaat M bei Arbeitgeber AG zu einem Monatslohn i.H.v. 2.000 Euro beschäftigt. AG stellte am 1.6.02 die Lohnzahlung an AN ein, wurde am 1.9.02 insolvent und kündigte AN deswegen am 1.12.02. Enttäuscht über die Kündigung erhob AN, der in der Hoffnung auf eine Besserung der finanziellen Verhältnisse bis zu diesem Zeitpunkt weiter bei AG gearbeitet hatte, vor dem zuständigen nationalen Arbeitsgericht Klage gegen AG, das diesen zur Zahlung des für die Zeit vom 1.6. bis 1.12.02 noch ausstehenden Lohns i.H.v. insgesamt 12.000 Euro (= 6 x 2.000 Euro) an AN verurteilte. Weil M trotz Fristablaufs in 01 die o.g. Richtlinie nicht in nationales Recht umgesetzt hatte, war das Urteil für AN wegen der Zahlungsunfähigkeit des

32 *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 494.
33 EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (Rn. 13/14) – *van Duyn*.
34 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (Rn. 52) – *Marshall*; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 58; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 193; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 390 f.; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 30; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 104 ff.; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 49 (Fn. 68), 50 f., 57; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 494.
35 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 56 f.
36 EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (Rn. 24) – *Becker*.
37 *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 190. Vgl. auch *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 58: „*Estoppel*-Prinzip“.
38 Hierunter fallen nach EuGH, Rs. C-157/02, Slg. 2004, I-1477 (Rn. 24) – *Rieser* auch Private, sofern sie „kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen ha[ben] und […] hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet [sind], die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen“.
39 EuGH, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (Rn. 23) – *Ratti*; Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 (Rn. 25) – *Becker*; Rs. C-103/88, Slg. 1989, 1839 (Rn. 31) – *Fratelli Costanzo*; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 59; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 189; *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 47; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 30; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 63; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 486. Die richtlinienkonforme Rechtsfindung ist gegenüber der zulässigen unmittelbaren Richtlinienwirkung vorrangig und hat unabhängig davon zu erfolgen, ob die Voraussetzungen für Letztere vorliegen oder nicht, siehe *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 399; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 293. Der – „fließend[e]“ (*Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 500) – Unterschied zwischen beiden liegt darin, dass es bei der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung um die Anwendung nationalen Rechts geht, das im Gegensatz zur Richtlinie selbst auch dem Einzelnen entgegengehalten werden kann, siehe *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 29.
40 Nachweise zum Meinungsstreit bei *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 288 AEUV Rn. 66 ff.
41 Der private Dritte (z.B. Konkurrent) muss seine Belastung quasi als Reflex des Rechts des Begünstigten (z.B. zunächst unterlegener Bieter im Vergabeverfahren), sich auf die im Verhältnis zum betreffenden Mitgliedstaat unmittelbar anwendbare Richtlinienvorschrift berufen zu können, hinnehmen, siehe *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 61 m.w.N.
42 EuGH, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723 (Rn. 57) – *Delena Wells* m.w.N.; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 60; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 199; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 391, 397; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 53 unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-237/07, Slg. 2008, I-6221 – *Janecek*; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 487 unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599 (Rn. 20) – *Peterbroeck*.
43 Nach EuGH, Rs. C-6/90, Slg. 1991, I-5357 – *Francovich*.

AG allerdings wertlos. AN möchte daher nunmehr wissen, ob er die 12.000 Euro von M beanspruchen kann?
Ein unmittelbar auf die vorstehenden Richtlinienbestimmungen gestützter Anspruch des AN gegen M auf Zahlung von 12.000 Euro besteht nicht. Zwar ist allgemein anerkannt, dass im auch hier gegebenen Fall einer den Bürger begünstigenden, vom betreffenden Mitgliedstaat trotz Fristablaufs nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzten Richtlinie diese über den Wortlaut von Art. 288 Abs. 3 AEUV hinaus im Verhältnis Bürger-Staat unmittelbare Wirkung entfalten kann. Die Voraussetzungen hierfür sind vorliegend aber nicht erfüllt. Zwar ist Art. 1 Abs. 1 der hiesigen Richtlinie unbedingt und hinreichend genau bestimmt, so dass das nationale Gericht feststellen kann, ob jemand (hier: AN) zu dem Personenkreis gehört, dem die Richtlinie zugutekommen soll. Dies gilt trotz des den Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie eingeräumten Wahlrechts hinsichtlich des Garantiezeitpunkts auch im Hinblick auf den Inhalt der Garantie. Denn dieser Bestimmung lässt sich jedenfalls eine Mindestgarantie entnehmen: Weil der andere dort genannte Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (hier: 1.12.02) zwangsläufig später liegt als der ersterwähnte Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (hier: 1.9.02), muss zumindest für den durch Letzteren begrenzten Zeitraum (hier: 1.6.–1.9.02) die Befriedigung der Ansprüche (hier: 3 x 2.000 Euro = 6.000 Euro) sichergestellt werden. Jedoch verfügt der Mitgliedstaat nach Art. 5 der Richtlinie über einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Person des Schuldners des Garantieanspruchs. Danach trifft die Zahlungsverpflichtung die Garantieeinrichtungen, deren Finanzierung entweder durch die Arbeitgeber oder die öffentliche Hand erfolgen kann. Vermag sich AN zur Begründung des von ihm gegenüber M geltenden gemachten Anspruchs daher nicht unmittelbar auf die vorgenannten Richtlinienbestimmungen zu berufen, so könnte ihm jedoch ein unionsrechtlich begründeter Schadensersatzanspruch zustehen (wird hier nicht weiter ausgeführt).

b) Keine unmittelbare vertikale Wirkung zulasten des Bürgers

Demgegenüber kann sich ein Mitgliedstaat gegenüber einem Privaten nicht mit Erfolg unmittelbar auf eine den Letzteren – etwa in Gestalt einer Strafmaßnahme oder eines Verwaltungsakts – *belastende*, vom Ersteren aber nicht umgesetzte Richtlinie berufen.[44] Denn der nach Art. 288 Abs. 3 AEUV „verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit [des Bürgers] beruht, sich vor einem nationalen Gericht [gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat] auf die [von diesem nicht fristgemäß umgesetzte] Richtlinie zu berufen, [besteht] nur für ‚jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird'"[45] („[k]eine umgekehrte vertikale Direktwirkung von Richtlinien zulasten Einzelner"[46]). Andernfalls würde der im Hinblick auf die Richtlinienumsetzung untätige Mitgliedstaat für seine Nichtbeachtung des Unionsrechts in Verkehrung des Sanktionszwecks der unmittelbaren Wirkung von bestimmten, den Bürger begünstigenden Richtlinienbestimmungen denn auch noch belohnt bzw. würde der säumige Mitgliedstaat sich treuwidrig verhalten, wenn er eine Richtlinie zunächst nicht umsetzt, sich sodann aber zum eigenen Vorteil auf die nicht umgesetzte Richtlinie gegenüber dem Bürger beruft.[47] Folglich kann „eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen"[48], „sondern nur Rechte"[49]. Hierdurch nicht ausgeschlossen werden allerdings solche Belastungen von Privatpersonen, die sich mittelbar daraus ergeben, dass die Mitgliedstaaten ihre Pflichten (z.B. zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung) aus einer von ihnen nicht fristgemäß umgesetzten Richtlinie erfüllen (sog. objektive unmittelbare Richtlinienwirkung); die Rechtsgrundlage für die Belastung des Privaten ergibt sich in solchen Fällen nämlich bereits aus nationalem Recht (z.B. dem VwVfG).[50]

c) Keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen den Bürgern

Nichts anderes gilt schließlich dann, wenn die Verpflichtung eines Einzelnen (z.B. Unternehmer) als Gegenstück aus der in einer Richtlinienbestimmung vorgesehenen Begünstigung eines anderen (z.B. Verbraucher) resultieren würde (keine unmittelbare horizontale Drittwirkung von Richtlinien zwischen Privaten; str.[51]) – und zwar weder i.S.e. echten bzw. positiven Horizontalwirkung (Richtlinie als Anspruchsgrundlage) noch i.S.e. unechten bzw. negativen Horizontalwirkung, d.h. der Außerachtlassung richtlinienwidrigen nationalen Rechts.[52] Denn „die Richtlinie [ist] nach Artikel [288 Abs. 3 AEUV] ‚für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist' – und nur für diesen – verbindlich […]. Eine Ausdehnung [d]er Rechtsprechung [zur unmittelbaren Wirkung bestimmter Richtlinien im Verhältnis Bürger-Staat] auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern hieße, der [Union] die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlaß von Verordnungen zugewiesen ist"[53], vgl. Art. 288 Abs. 2 Satz 2 2. Hs. AEUV. Auch aus dem o.g. Sanktionsgedanken ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang nichts anderes, hat der Einzelne – im Gegensatz zum jeweiligen Mitgliedstaat – doch keinen Einfluss auf die ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung.[54] „Daraus folgt, dass sogar eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich

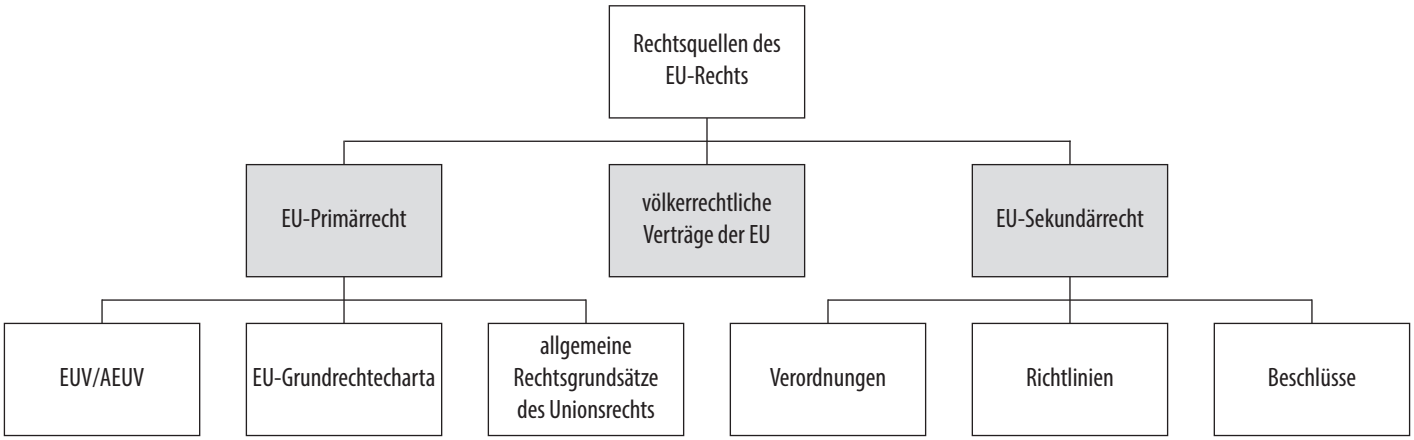
44 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 393.
45 EuGH, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969 (Rn. 9) – *Kolpinghuis Nijmegen*.
46 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 60.
47 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (Rn. 49) – *Marshall*; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 195; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 393; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 58. *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 488 m.w.N. weist zudem noch auf die Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts hin.
48 EuGH, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565 (Rn. 73) – *Berlusconi u.a.* m.w.N.
49 EuGH, verb. Rs. C152/07 bis C154/07, Slg. 2008, I-5959 (Rn. 35) – *Arcor*.
50 EuGH, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189 (Rn. 26) – *Großkrotzenburg*; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 60; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 398; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 108; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 488 m.w.N.
51 Zur a.A. siehe die Nachweise bei GA Colomer, Schlussanträge in den verb. Rs. C152/07 bis C154/07, Rn. 100 – *Arcor*.
52 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (Rn. 48) – *Marshall*; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 61; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 394 f., dort (Rn. 395) auch zu den sich aus EuGH, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201 – *CIA Security International* und EuGH, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 – *Unilever Italia* ergebenden Besonderheiten bzgl. „technischer Vorschriften" (zu den verschiedenen Lesarten dieser Urteile siehe *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 62); *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 48.
53 EuGH, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 (Rn. 22, 24) – *Faccini Dori*.
54 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 61; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 394; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 59.

Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden kann,“[55] steht im Übrigen doch auch „der Grundsatz der Rechtssicherheit der Begründung von Verpflichtungen für den Einzelnen durch Richtlinien entgegen“[56] (dieser müsste beurteilen, ob die Voraussetzungen für die unmittelbare Wirkung bzw. Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung erfüllt sind).[57] Erleidet der Einzelne durch die nicht fristgemäße oder nur unzulängliche Umsetzung einer Richtlinie in das nationale Recht einen Schaden, weil das von dieser vorgeschriebene Ziel auch nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung erreicht zu werden vermag (s.o.), so kann er diesen vielmehr vom betreffenden Mitgliedstaat ersetzt verlangen,[58] wenn „die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem einzelnen Rechte zu verleihen, […] der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und schließlich […] zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.“[59]

Im Ergebnis relativiert der EuGH den aus dem Vorstehenden folgenden Grundsatz, dass „eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann“[60], allerdings zum einen dadurch wieder, dass er ebenfalls bei Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Unionsbürgern auch ohne konkreten Umsetzungsakt eine richtlinienkonforme Auslegung des vorhandenen nationalen Rechts postuliert, auf dessen Grundlage der Einzelne sehr wohl belastet werden kann (mittelbare horizontale Drittwirkung von Richtlinien zwischen Privaten).[61] Zum anderen hat der EuGH in der Rs. *Kücükdeveci*[62] in der dortigen Richtlinienbestimmung eine Konkretisierung eines allgemeinen Grundsatzes des primären[63] Unionsrechts erblickt mit der Folge, dass das diesem entgegenstehende, einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht zugängliche nationale Recht unangewendet bleiben musste.

III. Beschlüsse

Die in der Unionspraxis außerordentlich wichtigen und häufig verwendeten Beschlüsse (engl.: „*decisions*“) sind gem. Art. 288 Abs. 4 Satz 1 AEUV „in allen ihren Teilen verbindlich“, d.h. erzeugen unmittelbar Rechtswirkungen (Rechte und Pflichten).[64] Sofern „sie an bestimmte Adressaten gerichtet [sind], so sind sie nur für diese verbindlich“, siehe Art. 288 Abs. 4 Satz 2 AEUV. Aufgrund dieser Geltung entweder gegenüber bestimmten Individuen (natürliche und juristische Personen, z.B. gem. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003; sog. individualgerichteter Beschluss) oder Mitgliedstaaten (z.B. gem. Art. 108 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV; sog. staatengerichteter Beschluss) unterscheiden sich derartige Beschlüsse von den jeweils für eine unbestimmte Vielzahl von Personen geltenden Verordnungen (s.o.) und sind mit dem deutschen Verwaltungsakt (§ 35 Satz 1 VwVfG) vergleichbar.[65] Allerdings können staatengerichtete Beschlüsse unter denselben Voraussetzungen wie Richtlinien (s.o.) unmittelbare Wirkung auch für einzelne Personen erzeugen.[66] Dagegen kann sich ein Einzelner in einem gegen einen anderen Einzelnen geführten Rechtsstreit nicht mit Erfolg auf einen staatengerichteten Beschluss berufen, der mithin – ebenso wie eine Richtlinie (s.o.) – keine horizontale Wirkung entfaltet.[67] Auch die Frage nach dessen etwaiger umgekehrter vertikaler Wirkung hat der EuGH verneint.[68] Im Gegensatz zu den vorstehenden, allesamt adressatengerichteten Beschlüssen (vormals: „Entscheidungen“ i.S.v. Art. 249 Abs. 4 EGV), die typischerweise zur Regelung eines konkret-individuellen (Einzel-)Falls dienen, erfasst Art. 288 Abs. 4 Satz 1 AEUV auch adressatenlose Beschlüsse, die normativen Charakter haben und anders als Verordnungen nur für die Einrichtungen der EU, d.h. unionsintern,



55 EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 (Rn. 109) – *Pfeiffer u.a.*
56 EuGH, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723 (Rn. 56) – *Delena Wells.*
57 *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 49; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 112.
58 EuGH, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 (Rn. 112) – *Adeneler* m.w.N.
59 EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 (Rn. 51) – *Brasserie du Pêcheur.*
60 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 (Rn. 48) – *Marshall.*
61 EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 (Rn. 115) – *Pfeiffer u.a.* m.w.N.; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 61, 79; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 31 f.
62 EuGH, Rs. C-555/07, Slg. 2010, I-365 (Rn. 49 ff.) – *Kücükdeveci* unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 (Rn. 77) – *Mangold*. Zur von BVerfGE 126, 286 – *Honeywell/Mangold* nicht geteilten Kritik hieran in der Literatur („*Ultra-vires*-Akt“) siehe *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 61 m.w.N.
63 *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 493.
64 *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 205; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 38; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 114.
65 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 404 unter Hinweis auf EuGH, verb. Rs. 41/70 bis 44/70, Slg. 1971, 411 (Rn. 16/22) – *International Fruit Company*; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 511, 513.
66 *Herdegen*, Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 54 unter Hinweis auf EuGH, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 (Rn. 5 ff.) – *Leberpfennig.*
67 EuGH, Rs. C-80/06, Slg. 2007, I-4473 (Rn. 20 ff.) – *Carp*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 409. Dort (Rn. 410) auch zur Frage, ob Entsprechendes ebenfalls für individualgerichtete Beschlüsse gilt.
68 EuGH, Rs. 30/75, Slg. 1975, 1419 (Rn. 12/16) – *UNIL-IT*. Aus der Literatur siehe *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 74.

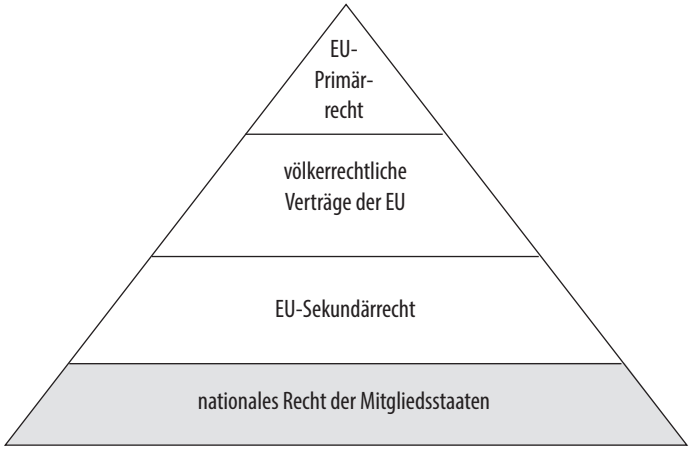
unmittelbar bindend sind (z.B. Geschäftsordnungen, vgl. Art. 232 Abs. 1, 240 Abs. 3, 249 Abs. 1 AEUV).[69]

Schluss

Ebenso wie in Bezug auf die Normen des deutschen Rechts der Fall, existiert auch im Hinblick auf die vorgenannten Quellen des EU-Rechts ein Stufenbau der Rechtsnormen.[70] Danach steht – vergleichbar mit dem innerstaatlichen Verhältnis des GG zum einfachen Bundes- und Landesrecht – das EU-Primärrecht an der Spitze der unionsrechtlichen Normenpyramide.[71] Es bildet (Ermächtigungs-) „Grundlage, Rahmen und Grenze"[72] für das von ihm abgeleitete und im Rang nachstehende EU-Sekundärrecht als eine Art einfache Gesetzesebene sowie den Maßstab, an dem sich dessen Rechtmäßigkeit bzw. Gültigkeit beurteilt, vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 EUV und Art. 2 Abs. 6 AEUV; aufgrund dieses Vorrangs ist namentlich das EU-Sekundärrecht primärrechtskonform auszulegen.[73] Entsprechendes gilt im Verhältnis des insoweit als Basisrechtsakt fungierenden EU-Sekundärrechts zu dem diesem gegenüber nachrangigen EU-Tertiärrecht, vgl. Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV.[74] Völkerrechtliche Verträge der EU stehen im (Zwischen-) Rang unter dem EU-Primärrecht (vgl. Art. 218 Abs. 11 AEUV) und über dem EU-Sekundärrecht (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV).[75] Im Verhältnis zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten sind sämtliche vorgenannten Rechtsquellen des EU-Rechts vorrangig.[76]

Beispiel:[77]
Die Richtlinie 2006/24/EG vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten greift in unverhältnismäßiger Weise (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 EU-GrCh) in den Schutzbereich der höherrangigen Unionsgrundrechte der Art. 7 f. EU-GrCh ein und ist deshalb ungültig.

Untereinander sind die auf derselben Stufe der unionsrechtlichen Normenhierarchie angesiedelten Rechtssätze jeweils gleichrangig (so ausdrücklich z.B. Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV und Art. 1 Abs. 2 Satz 2 AEUV bzgl. des EUV und AEUV).[78] Zur Auflösung von insoweit ggf. entstehenden Normenkonkurrenzen gelten die allgemeinen juristischen Regeln „*lex specialis derogat legi generali*"[79] und „*lex posterior derogat legi priori*"[80].[81] Lässt sich das jeweilige normative Spannungsverhältnis auch hierdurch nicht beseitigen, so sind die im konkreten Fall miteinander konfligierenden rangleichen Rechte im Wege der bereits aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten praktischen Konkordanz miteinander zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.[82]



Beispiel:[83]
Weil die österreichische Behörde B die von den Demonstranten D vorgenommene mehrstündige Blockade der Brennerautobahn als wichtigste Transitroute zwischen Deutschland und Italien nicht verboten hat, konnte das Unternehmen U die von diesem von Modena (I) nach München (D) transportierten Unionswaren nicht rechtzeitig an seinen Auftraggeber liefern und erlitt dadurch Verdiensteinbußen.
Der durch diese mitgliedstaatliche Untätigkeit bewirkte Eingriff in den Schutzbereich der Grundfreiheit des U aus Art. 34 AEUV könnte mit Blick auf das ebenfalls primärrechtlich verortete (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 2. Hs. EUV) Unionsgrundrecht von D aus Art. 12 Abs. 1 EU-GrCh[84] auf Versammlungsfreiheit gerechtfertigt sein. Ob B diese widerstreitenden Interessen im konkreten Fall i.S.e. praktischen Konkordanz zu einem schonenden Ausgleich gebracht hat, hängt von den näheren Umständen ab.

69 *Arndt/Fischer/Fetzer,* Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 205; *Schroeder,* Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 70 f.; *Streinz,* Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 511; *Vedder,* in: ders./Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 288 AEUV Rn. 46. Näher hierzu *Borchardt,* Die rechtlichen Grundlagen der europäischen Union, 5. Auflage 2012, Rn. 538. Im vorstehenden Schaubild ist das für die juristische Ausbildung weniger relevante EU-Tertiärrecht nicht berücksichtigt.

70 *Herdegen,* Europarecht, 16. Auflage 2014, § 8 Rn. 1.

71 *Ahlt/Dittert,* Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 49; *Haratsch/Koenig/Pechstein,* Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 367; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 19, 21.

72 EuGH, Rs. 26/78, Slg. 1978, 1771 (Rn. 9/14) – *Viola*.

73 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 49; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Auflage 2010, Rn. 164; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 10; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 19, 64 ff., § 10 Rn. 39; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Auflage 2013, § 6 Rn. 7.

74 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 367, 379 m.w.N.; *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 466.

75 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 106; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 449. Die zwingenden Regeln des allgemeinen Völkerrechts („*ius cogens*") gehen jedem Unionsrecht vor, siehe *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 10 Rn. 78.

76 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 9 Rn. 21.

77 Nach EuGH, NJW 2014, 2169 – *Digital Rights Ireland*. Im nachfolgenden Schaubild (vgl. *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 49) ist das für die juristische Ausbildung weniger relevante EU-Tertiärrecht nicht berücksichtigt.

78 Vgl. *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Rn. 446, 466. A.A. *Kotzur*, in: Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Auflage 2010, Art. 288 Rn. 5: Vorrang der Verordnung gegenüber Richtlinien und Beschlüssen; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Auflage 2014, § 10 Rn. 37: Das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts stünden – auch soweit sie dem EU-Primärrecht angehören – im Rang unter dem EUV/AEUV.

79 Lat.: „Das spezielle Gesetz verdrängt das allgemeine Gesetz".

80 Lat.: „Das spätere Gesetz verdrängt das frühere Gesetz".

81 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Auflage 2014, Rn. 371, 379. Näher hierzu siehe *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 63 ff. m.w.N.

82 *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 268, 274 f.

83 Nach EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 – *Schmidberger*; *Ahlt/Dittert*, Europarecht, 4. Auflage 2011, S. 274. Dort auch zu weiteren Konstellationen wie „Grundfreiheiten als Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundrechten".

84 Die Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts kommen als gegenüber Art. 34 AEUV niederrangige Normen von vornherein nicht als Grundlage für die Rechtfertigung eines Eingriffs in die höherrangige Warenverkehrsfreiheit in Betracht, siehe *Wienbracke*, Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage 2014, Rn. 640 (Fn. 190).

Simon Kempny*

Der bundesstaatliche Finanzausgleich in der rechtspolitischen Diskussion

Zu den Beschlüssen der Abteilung Öffentliches Recht des 70. Deutschen Juristentages

I. Rechtspolitische Wegweisungen im Vorfeld einer „Föderalismusreform III"

Vom 16. bis zum 19. September 2014 fand in der niedersächsischen Landeshauptstadt Hannover der 70. Deutsche Juristentag statt. Die Ständige Deputation hatte bei der Wahl der Beratungsgegenstände der Abteilungen ein bemerkenswertes, in der Geschichte des Deutschen Juristentages immer wieder zu beobachtendes Gespür für die Aktualität rechtspolitischer Fragen bewiesen. Besonders das Thema der Abteilung Öffentliches Recht hätte passender nicht sein können. Unter der Überschrift „Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen" standen genau diejenigen Fragen auf der Tagesordnung, die nach den Vorstellungen der Bundesregierung und der Koalitionsparteien bis zum Jahresende einer grundsätzlichen Beantwortung mit langfristiger Wirkung zugeführt werden sollen. Die Bundesrepublik bedarf einer „Föderalismusreform III", nachdem die Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen zunächst im Zuge der „Föderalismusreform I" aufgeschoben und dann im Zuge der „Föderalismusreform II" nur höchst ausschnittsweise, im Wesentlichen in Gestalt einer Änderung des Staatsschuldenrechts (Stichwort „Schuldenbremse") in Angriff genommen wurde.

Die Abteilung Öffentliches Recht hat ihre Empfehlungen an die gesetzgebende Gewalt in 25 (zum Teil untergliederten) Beschlüssen niedergelegt und in sieben Abschnitte gegliedert. Erstens werden unter der Überschrift „Herausforderungen der Föderalismusreform III" abstrakte Ziele und Aufgaben beschrieben. Zweitens werden in den „Grundlagen" Aussagen zu Mitteln und Wegen der Zielerreichung und Aufgabenerledigung getroffen sowie der Bereich des Staatsausgabenrechts behandelt. Drittens bis fünftens werden Empfehlungen hinsichtlich der „Primären Steuerverteilung", des „Horizontalen Finanzausgleichs" und des „Vertikalen Finanzausgleichs" gegeben, bevor ein sechster Abschnitt zu „Verschuldung" und ein siebter zu „Änderungsbedarf im Landesrecht und im Recht des kommunalen Finanzausgleichs" die Vorlage beschließen.

Im Folgenden soll ein Überblick über die Beschlüsse gegeben und eine erste Würdigung einiger ausgewählter Punkte versucht werden.

II. Der Abschnitt zu den „Herausforderungen der Föderalismusreform III"

Der dreigeteilte Beschlussvorschlag Nr. 1 ist den Zielen der Verteilung der finanziellen Ressourcen im Bundesstaat gewidmet. Als oberstes Ziel wird die Ausstattung der einzelnen Gebietskörperschaften (namentlich Bund, Länder, Kreise und Gemeinden) in einer ihren Aufgaben angemessenen Weise genannt, wobei die Autonomie der einzelnen Körperschaften zu wahren und zu fördern sei (Buchst. a). Ziel solle auch die Herstellung von Transparenz sein (Buchst. b). Ferner sei die Herstellung und Wahrung gleichwertiger Lebensverhältnisse zu ermöglichen (Buchst. c). Die Dreiteilung entsprach dem abnehmenden Grad der Einigkeit über die angesprochenen Reformziele. Wurde Buchst. a noch einstimmig (36:0:0[1]) und Buchst. b mit nur einer Gegenstimme und einer Enthaltung (34:1:1) angenommen, spiegelte sich im Abstimmungsergebnis zu Buchst. c (24:5:7) wider, dass eine Mehrheit, aber keineswegs alle Stimmberechtigten gleichwertige Lebensverhältnisse im ganzen Bundesgebiet für ein Reformziel erachteten.

Mit der Annahme des Buchst. c spricht die Abteilung sich für eine stärkere Unitarisierung der Bundesrepublik aus, denn bisher ist die Gleichwertigkeit beziehungsweise Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse kein eigenständiges Staatsziel, sondern lediglich Voraussetzung für ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Bundes auf bestimmten Gebieten der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 GG) und Richtgröße bei der vertikalen Umsatzsteuerverteilung (Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 GG).[2] Dem Votum der Abteilung liegt ein von historischen Urbildern weit entferntes[3] Verständnis von Bundesstaatlichkeit (vergleiche Art. 20 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG), überspitzend könnte man sogar sagen: der „gefühlte Einheitsstaat" zugrunde[4]. Ungleichheiten zwischen den Ländern erscheinen nicht mehr als erwarteter Regelfall, sondern im Gegenteil als rechtfertigungsbedürftiger, letzten Endes zu verhütender Ausnahmefall. Angesichts der vorgefundenen bedeutenden Unterschiede zwischen den Ländern dürfte dies dazu führen, dass die Anforderungen an die Umverteilungsleistungen des Finanzverteilungssystems insgesamt zumindest nicht sinken werden.

Mit dem viergeteilten Beschluss Nr. 2 erklärt die Abteilung, ab 2019 (dem Auslaufen des „Solidarpakts II") habe der bundesstaatliche Finanzausgleich nicht mehr von Sonderlagen der „neuen" Länder, sondern von gesamtdeutschen Problemlagen auszugehen. Als zentrale Aufgaben der anstehenden Reform werden benannt: erstens die

* Akademischer Rat a.Z. Dr. *Simon Kempny,* LL.M., ist Habilitand am Institut für Staatsrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. *Wolfram Höfling,* M. A.) und war (zusammen mit Prof. Dr. *Ekkehart Reimer*) Gutachter der Abteilung Öffentliches Recht des 70. Deutschen Juristentages. Er nahm an den Abstimmungen nicht teil, war aber anwesend.

1 Die Stimmenangabe in dieser den Gepflogenheiten des Deutschen Juristentages entsprechenden Weise steht für 36 Ja-Stimmen, 0 Nein-Stimmen und 0 Enthaltungen. Die Schwankung der Gesamtstimmenzahl erklärt sich insbesondere daraus, dass im Verlauf des etwa eine Stunde währenden Abstimmungszeitraums verschiedentlich Stimmberechtigte den Sitzungssaal betraten und verließen.

2 In Art. 91a Abs. 1 GG ist nur von einer „Verbesserung der Lebensverhältnisse" die Rede.

3 *S. Kempny*, Die Staatsfinanzierung nach der Paulskirchenverfassung, 2011, S. 291 f.

4 Vergleiche *U. Haltern*, VVDStRL 73 (2014), 103 (117 ff., 136 ff.); geschichtlich auch schon *A. Hensel*, Der Finanzausgleich im Bundesstaat, 1922, S. 104 ff.

Anpassung der föderalen Finanzbeziehungen an die im Jahre 2009 eingeführte „Schuldenbremse“[5], namentlich durch Ausstattung der Länder mit alternativen Einnahmeinstrumenten (Buchst. a, 30:5:1), zweitens die Steigerung der Transparenz der Finanzströme im Finanzausgleich zwecks Versachlichung der Diskussion zwischen Geber- und Nehmerländern (Buchst. b, 36:1:0), drittens ein Ausgleich im Spannungsverhältnis zwischen Anreizeffizienz einerseits und der Gewährleistung aufgabengerechter bedarfsorientierter Ausstattung andererseits bei Verantwortung jeder Ebene für ihre Haushaltspolitik (Buchst. c, 34:1:2), viertens die Berücksichtigung des demographischen Wandels und die Unterstützung notwendiger Anpassungen (Buchst. d, 35:1:1).

Angesichts der vielfach unsachlich geführten, auf den Länderfinanzausgleich nach Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG beschränkten und somit verzerrten wie verzerrenden politischen Debatte ist namentlich die Forderung nach mehr Erkennbarkeit der Finanzströme zu begrüßen. Das Gutachten hatte darauf hingewiesen, dass jenseits der Art. 106, 107 GG bedeutende, aber selten im Zusammenhang betrachtete Umverteilungskanäle bestehen, und eine Ausleuchtung dieses „verdeckten Finanzausgleichs“ empfohlen.[6] Die Aussprache in der Abteilung leistete in diesem Zusammenhang einen nicht zu unterschätzenden Beitrag, indem insbesondere für den Landwirtschaftsbereich (mit Zahlen unterlegte) Angaben über unterschiedliche Prämien- und Kofinanzierungssätze zusammengetragen wurden.

III. Der Abschnitt zu den „Grundlagen“

Die für den föderalen Finanzausgleich vorgreifliche Frage der Länder(neu)gliederung beantwortete der Juristentag dahingehend, dass eine Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen ohne Neugliederung der Länder möglich sei und deren Unterschiedlichkeiten Rechnung zu tragen habe (Beschluss Nr. 3, 37:0:0).

Es ist zu begrüßen, dass die Abteilung einerseits deutlich ausgesprochen hat, dass es auch für den gegenwärtigen Länderzuschnitt einen besseren Finanzausgleich geben kann und – dies ist hinzuzufügen – geben muss, dass sie aber andererseits eine Formulierung gefunden hat, welche einer tiefer nach den Wurzeln greifenden Lösung für den Fall, dass sie doch einmal nötig dünken sollte, Raum lässt.

Der aufgabengerechten Ausstattung der einzelnen Körperschaften mit eigenen Steuerquellen soll nach dem mehrheitlichen Willen der Abteilung Vorrang vor einer horizontalen Umverteilung und vertikalen Zuweisungen haben (Beschluss Nr. 4, 30:5:2).

Hiermit wollte die Abteilung – dies sei klarstellend gesagt – nicht verlangen, dass das Verbundsystem aufgegeben werde (das heißt, die Gemeinschaftsteuern als solche abgeschafft würden); mit „eigenen Steuerquellen“ waren nicht *ausschließliche* Ertragszuweisungen gemeint. Stattdessen ging es um die Forderung, dass die Ertragszuweisung so ausgestaltet werden solle, dass sie möglichst wenig horizontalen und vertikalen Umverteilungsbedarf nach sich ziehe.

An den bestehenden Verboten der Aufgabenübertragungen und Finanztransfers im Verhältnis Bund–Kommunen sowie am Konnexitätsprinzip auf Landesebene sei festzuhalten (Beschluss Nr. 5, 28:4:2).[7] Im Verhältnis Bund–Länder empfiehlt die Abteilung, beim Grundsatz der Vollzugskausalität gemäß Art. 104a Abs. 1 GG zu bleiben (Beschluss Nr. 6 Buchst. a, 34:0:3), erklärt jedoch, je unausweichlicher der Bundesgesetzgeber Ausgaben der Länder durch Leistungsgesetze veranlasse, desto stärker trete der Gedanke der Gesetzeskausalität in den Vordergrund (Beschluss Nr. 6 Buchst. b, 35:0:2).

Das gegenwärtige Verfassungsrecht unterscheidet zwischen Geld- und anderen Leistungsgesetzen (Art. 104a Abs. 3 und 4 GG). Bei Geldleistungsgesetzen erachtet die Abteilung die angesichts der hohen Normierungsdichte verbleibenden Ausführungsspielräume für so gering, dass es einer bundesseitigen Befugnis zu Einzelweisungen nicht bedürfe. Sie empfiehlt die Streichung der Bestimmung des Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG, wonach Geldleistungsgesetze bei mindestens hälftiger Kostentragung durch den Bund im Auftrage des Bundes ausgeführt werden (Beschluss Nr. 6 Buchst. c, 30:1:6). So deutlich die Mehrheit hier war, so gespalten war die Abteilung in der Frage, ob die Unterscheidung zwischen Geld- und sonstigen (Sach-/Dienst-)Leistungsgesetzen aufgegeben werden solle. Der Antrag, die Unterscheidung unter der Bedingung, dass die Kostenübernahme seitens des Bundes bei Sach- und Dienstleistungsgesetzen auf Kostenpauschalen begrenzt werde, für entbehrlich zu erklären, wurde mit 13 zu 17 Stimmen bei 6 Enthaltungen abgelehnt (Beschluss Nr. 6 Buchst. d).

Das Gutachten hatte aufgezeigt, dass der während der „Föderalismusreform I“ vorgebrachte Beweisgrund, bei Nichtgeld-Leistungsgesetzen bestehe insbesondere angesichts des im Vergleich zu Geldleistungsgesetzen größeren Ausführungsspielraums kein Bedürfnis nach einer Kostenübernahme durch den Bund, durch die Staatspraxis widerlegt sei. Bund und Länder haben inzwischen einvernehmlich zu einer Umgehung des Kostenübernahmeverbots bei Nichtgeld-Leistungsgesetzen gegriffen.[8] Deshalb wäre es zu begrüßen gewesen, wenn die Abteilung entweder die Geltung des Verbots bekräftigt und damit Umgehungen desselben als verfassungswidrig bezeichnet hätte oder die Aufhebung des Verbots befürwortet und somit einer Legalisierung der entgegenstehenden Staatspraxis das Wort geredet hätte.

Was das Vorgehen im Rahmen des anstehenden Reformprozesses betrifft, so erklärt die Abteilung, dass neben Bund und Ländern auch die Kreise und Gemeinden institutionell zu beteiligen seien. Eine zusätzliche unabhängige Expertenkommission wird mehrheitlich für entbehrlich gehalten (Beschluss Nr. 7 Buchst. a, 18:12:6). Ganz überwiegend wird empfohlen, Verfassungsänderungen nicht von vornherein auszuschließen (Beschluss Nr. 7 Buchst. b, 35:1:1).

Dass ein vorzeitiger Ausschluss von Verfassungsänderungen widersinnig wäre, weil er höchstwahrscheinlich eine langfristig tragfähige Lösung ausschlösse, liegt angesichts der Kleinteiligkeit, aber auch der gleichzeitig festzustellenden Unvollständigkeit der gegenwärtigen Finanzverfassungsartikel[9] auf der Hand. Die Erklärung gegen

5 Art. 109 Abs. 2 und 3, Art. 115 Abs. 2 GG in der Fassung gemäß Art. 1 Nr. 4 Buchst. a und b des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.7.2009 (BGBl. I, S. 2248).

6 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 24 ff.

7 Mit der Annahme des Beschlusses Nr. 5 verwarf die Abteilung einen Alternativantrag des Inhalts, Aufgabenübertragungen vom Bund an die Kommunen künftig bei entsprechendem finanziellen Mehrbelastungsausgleich wieder zuzulassen.

8 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 34 f., 38.

9 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 11 f.

eine unabhängige Expertenkommission mag vom wissenschaftlichen Standpunkt aus zu bedauern sein; mit dem Willen zur Zuversicht kann man sie als Bekenntnis der Praxis werten, man erachte die theoretische Vorarbeit bereits als in hinreichendem Maße geleistet – in der Tat mangelt es weniger an wissenschaftlichem Schrifttum als an der politischen Bereitschaft, dessen Vorschläge aufzugreifen – und wolle nun den Reformprozess beschleunigen.

Was die Abteilung in ihrem Grundlagenabschnitt noch hätte behandeln können, ist die Frage des Maßstäbegesetzes an und für sich: ob es sich dabei nicht um einen staatsrechtlichen Irrweg handele[10], der baldmöglichst verlassen werden solle. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht seine anstehende Entscheidung über den Normenkontrollantrag von Bayern und Hessen[11] dazu nutzt, von diesem Ansatz wenigstens stillschweigend (ein ausdrückliches Aufgeben wäre wohl zu viel verlangt) abzurücken.

IV. Der Abschnitt zur „Primären Steuerverteilung"

Fast einstimmig war die Abteilung der Auffassung, das gegenwärtige Mischsystem aus Bundes-, Länder- und Gemeinschaftsteuern sowie die Umsatzsteuerverteilung nach dem sogenannten Deckungsquotenverfahren – letztere als veränderliches Element – sollten beibehalten werden (Beschluss Nr. 8, 35:0:1). Der Solidaritätszuschlag solle abgeschafft und bei fortbestehendem gesamtstaatlichen Finanzbedarf in den allgemeinen Einkommen- und Körperschaftsteuertarif integriert werden (Beschluss Nr. 9, 23:5:9).

Mit Blick auf die Länder stellt die Abteilung fest, sie benötigten über die gegenwärtig bestehende Möglichkeit der Festsetzung des Grunderwerbsteuersatzes (Art. 105 Abs. 2a S. 2 GG) hinaus autonom gestaltbare Steuerquellen (Beschluss Nr. 10 Einleitung, 26:6:5). Präzisierend verlangt die Abteilung zum ersten – mit deutlicher Mehrheit –, die Länder müssten die Gesetzgebungskompetenzen bei denjenigen Steuern, deren Ertrag ihnen ausschließlich zustehe, ausüben können (Beschluss Nr. 10 Buchst. a, 25:6:6). Zum zweiten – mit knapper Mehrheit – verlangt die Abteilung, den Ländern ein Zu- beziehungsweise Abschlagsrecht zur Einkommen- und Körperschaftsteuer zuzugestehen. Starken Finanzkraftunterschieden zwischen den Ländern könne zum Beispiel durch die Festlegung von Steuersatzkorridoren Rechnung getragen werden (Beschluss Nr. 10 Buchst. b, 18:15:4).[12]

Die Wendung unter Nr. 10 Buchst. a, die Länder müssten die Gesetzgebungskompetenzen bei den ertragsmäßig ausschließlich ihnen zustehenden Steuern „ausüben können", wurde deshalb gewählt, weil man keine Aussage zu der Frage treffen wollte, inwieweit die gegenwärtigen Bundesgesetze über Landessteuern (Art. 106 Abs. 2 GG) angesichts zwischenzeitlicher Änderungen noch von der Fortgeltungsanordnung des Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG erfasst seien. Von dem Zu- „beziehungsweise" Abschlagsrecht zur Einkommen- und Körperschaftsteuer unter Nr. 10 Buchst. b sollte auch ein Zu- *und* Abschlagsrecht erfasst sein.

Ein Antrag (Nr. 11 Buchst. b der Beschlussvorlage), bei der horizontalen Verteilung des Lohn- und Einkommensteueraufkommens künftig teilweise vom Wohnsitz- zum Betriebsstättenprinzip überzugehen, welcher unter anderem damit begründet wurde, dass dann die „Einwohnerveredelung" der Stadtstaaten zurückgeführt werden könne, wurde durch mehrheitliche (27:8:2) Annahme eines Antrags, beim gegenwärtigen Recht zu bleiben (Nr. 11 Buchst. a der Beschlussvorlage, als Beschluss Nr. 11 in der juristentagsamtlichen Zusammenstellung), weil das Wohnsitzprinzip am ehesten einer bedarfsgerechten Steuerzuweisung entspreche, erledigt.

Ebenfalls umstritten war die künftige Rolle der Gewerbesteuer. Die Abteilung nahm einen Antrag an (21:12:4), wonach den Gemeinden ein Hebesatzrecht auf die Einkommensteuer gemäß Art. 106 Abs. 5 S. 3 GG eröffnet werden solle. Auf diese Weise ließen sich Defizite der Gewerbesteuer mit ihrer Volatilität und ihrer interkommunalen Aufkommensstreuung abmildern (Beschluss Nr. 12 Buchst. a der Beschlussvorlage, als Beschluss Nr. 12 in der juristentagsamtlichen Zusammenstellung). Damit lehnte die Abteilung es ab, gemäß einem Gegenantrag (Beschluss Nr. 12 Buchst. b der Beschlussvorlage) festzustellen, die Möglichkeit kommunaler Zu- und Abschläge auf die Einkommensteuer würde angesichts derzeit vorhandener struktureller Unterschiede bei der Belastung mit Sozialausgaben die Disparität zwischen armen und reichen Kommunen verstärken. Der Gegenantrag verwies darauf, dass die Einnahmen aus der Gewerbesteuer sich insbesondere durch eine Verbreiterung ihrer Bemessungsgrundlage (woran man sowohl in sachlicher wie in persönlicher Hinsicht dachte) stabilisieren ließen.

Wie zahlreiche vorausgegangene zeigte auch die Gewerbesteuerdebatte auf dem 70. Deutschen Juristentag wieder einmal, wie nahezu unauflöslich verbunden die steuerrechts- und die finanzverfassungsrechtspolitische Debatte sind. Die von vielen Stimmen aus der Steuerrechtswissenschaft erhobene Forderung nach einer Abschaffung der Gewerbesteuer[13] ist zumindest auch deshalb bislang unerhört geblieben, weil die Gewerbesteuer ein bedeutender „Rechnungsposten [im Rahmen der] Steuerverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden"[14] und für viele Gemeinden die Hauptsteuerquelle[15] ist. Schließlich empfiehlt die Abteilung noch, der bisher nicht mit Steuerertragskompetenzen ausgestatteten Kreisebene wegen ihrer Bedeutung als Trägerin von Sozialleistungen eine eigene, bedarfsorientierte Beteiligung am Umsatzsteueraufkommen zuzuweisen (Beschluss Nr. 13, 22:6:9).

10 Beanstandung etwa bei *Ch. Waldhoff*, Die Verwaltung 2006, 155 (161 ff.); *H.-J. Blanke*, ZaöRV 2005, 71 (89); *J. Wieland* in: L. Osterloh/K. Schmidt/H. Weber (Hrsg.), FS für P. Selmer, 2004, S. 973 (977 ff.); *S. Korioth*, ZG 2002, 335 (345 f.); *H.-P. Schneider/U. Berlit*, NVwZ 2000, 841 (843 f.); *J. Wieland*, DVBl 2000, 1310 (1312 ff.); *P. Helbig*, KJ 33 (2000), 433 (438 ff.); *M. Heintzen* in: I. von Münch/Ph. Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl., 2012, Art. 106 Rn. 31; *K. Maciejewski*, Von der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im bundesstaatlichen Finanzausgleich, 2007, S. 70 ff.

11 Geschäftszeichen 2 BvF 1/13.

12 Mit der Annahme der Teile des Beschlusses Nr. 10 verwarf die Abteilung einen Alternativantrag des Inhalts, festzustellen, dass der Umbau der bundesstaatlichen Ordnung in eine wettbewerbsföderalistisch geprägte Grundstruktur sich nicht empfehle und dass eine Steuerautonomie der Länder oder sonstige Anreizeffekte keine Voraussetzung föderaler Gestaltungsautonomie seien.

13 Siehe nur *H. Montag* in: Tipke/Lang (Begr.), Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 12 Rn. 1 f.

14 *D. Birk/H. Tappe/M. Desens*, Steuerrecht, 16. Aufl., 2013, Rn. 1360.

15 Siehe *S. Kempny* in: Erasmus Universiteit Rotterdam (Hrsg.): Lokaal formeel belastingrecht in Nederland, België en Duitsland (= Erasmus Studiecentrum voor Belastingen van Lokale overheden: ESBL-brochure nr. 14), 2014, S. 107 (110).

Hierin zeigt sich ein seit längerem zu beobachtender Hang zur vertikalen Auffächerung der Finanzverfassung. Kam die Urfassung des X. Abschnitts des Grundgesetzes einem zweistufigen, nur Bund und Länder kennenden und die Kommunen vollständig mediatisierenden Modell noch nahe, so ist mittlerweile, zumal seit der Einfügung des Art. 106 Abs. 5a GG[16], nur noch von einer „hinkenden Mediatisierung der Kommunen“[17] zu sprechen. Die Bundesfinanzverfassung stellt die Gemeinden fühlbar selbständiger (weniger von der Landesgesetzgebung abhängig) als die Gemeindeverbände (siehe auch die Unterscheidung in Art. 106 Abs. 6 S. 1 GG). Nach der Empfehlung der Abteilung soll nun die Kreisebene hinsichtlich des Umfangs bundesfinanzverfassungsrechtlicher Gewährleistungen an die Gemeindeebene herangeführt werden. Ob diese ganze Entwicklung zu den 2006[18] aufgerichteten Aufgabenübertragungsverboten (Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG) passt und ob eine Vergrößerung des Kreises der Ertragsberechtigten allfällige Reformen betroffener Steuern nicht erschwert, kann nur die Zeit zeigen.

V. Der Abschnitt zum „Horizontalen Finanzausgleich“

Zu Beginn der Abstimmungen über die Anträge des Abschnitts „Horizontaler Finanzausgleich“ lehnte die Abteilung mit 15 Neingegen 11 Ja-Stimmen bei 11 Enthaltungen einen Antrag ab (Beschluss Nr. 14 Buchst. a), welcher verlangte, die Abschöpfungsraten des Länderfinanzausgleichs durch einen Übergang zu einem Ressourcenausgleich, der auf den Bemessungsgrundlagen der zentralen Gemeinschaft- und Ländersteuern aufsetze, „anreizkompatibler“ auszugestalten. Ebenso wenig eine Mehrheit fand ein Antrag, zu erklären, Grenzabschöpfungsberechnungen unterstellten eine real nicht bestehende Steuerungs- und Anreizwirkung und seien kein Grund, den horizontalen Finanzausgleich „anreizkompatibler“ auszugestalten (Beschluss Nr. 14 Buchst. c, 11:19:5). Mit knapper Mehrheit (14:12:10) angenommen wurde dagegen ein Antrag, eine Erhöhung des Selbstbehalts an überdurchschnittlichen Steuereinnahmenzuwächsen gemäß § 7 Abs. 3 FAG zu fordern (Beschluss Nr. 14 Buchst. b).

Die Beschlüsse zu Nr. 14 zeigen, wie unterschiedlich und teilweise unentschlossen die Stimmberechtigten der Abteilung finanzwissenschaftlichen Anreiztheorien gegenüberstanden. Weder empfehlen die Beschlüsse, den horizontalen Finanzausgleich grundsätzlich danach auszurichten, noch sprechen sie jenen Ansätzen die rechtspolitische Beachtlichkeit ab. Es bleibt der zaghafte Schritt, den Selbstbehalt nach § 7 Abs. 3 FAG zu erhöhen. Das ist anreiztheoretisch „kleine Münze“ und zeigt: Die Wirtschaftswissenschaft bleibt aufgerufen, ihre Theorien stärker zu untermauern und über ihre Fachgrenzen hinweg zu vermitteln; die Rechtspolitik bleibt aufgerufen, sich mit den Ergebnissen der Wirtschaftswissenschaft eingehender zu befassen und die eigene (selbstverständlich kritische) Meinungsbildung zu befördern.

Unter Nr. 15 der Beschlussvorlage stand (nach einem bestandsaufnehmenden Einleitungsteil zur Systematik der Absätze des Art. 107 GG) in Gestalt zweier Alternativanträge die in der Aussprache streitig erörterte Frage zur Entscheidung an, ob die Beibehaltung oder Abschaffung des sogenannten Umsatzsteuervorausgleichs, den Art. 107 Abs. 1 S. 4 Teilsätze 2 und 3 GG erlauben, aber nicht erzwingen (während nach § 5 Abs. 1 S. 1 MaßstG Ergänzungsanteile gewährt werden „sollen“), empfohlen werden solle. Buchst. a lautete: „Der Umsatzsteuervorausgleich […] ist Teil der originären Steuerverteilung. Um das Volumen des horizontalen Länderfinanzausgleichs nicht zu erhöhen, ist er deshalb beizubehalten.“ Dagegen stand folgender Buchst. b: „Der Umsatzsteuervorausgleich ist als bedarfsorientiertes Instrument der Umverteilung ein Fremdkörper auf der Ebene der primären Steuerertragszuteilung und sollte deshalb entfallen.“ Mit 22 Ja- zu 9 Nein-Stimmen bei 5 Enthaltungen nahm die Abteilung den Buchst. a an.

Dieser Beschluss ist bedauerlich. Damit setzt die Abteilung sich in Widerspruch zu ihrem Beschluss Nr. 2 Buchst. b, wonach sie es (zu Recht) als Aufgabe der anstehenden Reform bezeichnete, die Transparenz der Finanzströme im Finanzausgleich zu steigern, um die Diskussion zwischen den Ländern zu versachlichen. Die vergangene und gegenwärtige politische Diskussion zeigt, dass gerade der Umsatzsteuervorausgleich – dessen Volumen das des Länderfinanzausgleichs im engeren Sinne (das heißt, gemäß Art. 107 Abs. 2 S. 1 und 2 GG) deutlich übersteigt und der namentlich Nordrhein-Westfalen überhaupt erst zum „Nehmerland“ macht[19] – sich vorzüglich dazu eignet, im schopenhauerschen Sinne eristische Dialektik zu betreiben. Die Wissenschaft, die sich wiederholt – nicht zuletzt in den Juristentagsgutachten 2004[20] und 2014[21] – für seine Abschaffung ausgesprochen hat[22], hat das (mit Eigenrationalitäten des politischen Betriebs erklärliche) Votum zur Kenntnis zu nehmen, darf und sollte aber selbstverständlich begründete Kritik weiterhin vorbringen.

Weit weniger umstritten war die Frage des Grades der künftigen Berücksichtigung der kommunalen Finanzkraft im Länderfinanzausgleich. Die Abteilung beschloss die Empfehlung, die derzeit gemäß § 8 Abs. 3 FAG (siehe auch § 8 Abs. 4 MaßstG) bei 64 % liegende Berücksichtigung auf 100 % zu erhöhen (Beschluss Nr. 16, 26:3:5).

Zur Einwohnergewichtung (§ 9 Abs. 2 und 3 FAG, § 8 Abs. 3 MaßstG) nahm die Abteilung nicht umfassend, wohl aber in Bezug auf das Stadtstaatenprivileg Stellung. Mit großer Mehrheit wurde die Empfehlung beschlossen, die höhere Einwohnergewichtung zugunsten der Stadtstaaten zurückzuführen oder ganz abzuschaffen (Beschluss Nr. 17 Einleitung, 26:2:6). Eine Zurückführung sei bereits aufgrund der seit 2005 vermehrt erfolgten Übernahme von Kosten für Sozialleistungen durch den Bund (genannt wurden die Kosten der Unterkunft [und Heizung], das sogenannte Bildungs[- und Teilhabe-]paket, die Grundsicherung im Alter sowie das BAföG) geboten (Beschluss Nr. 17 Buchst. a, 25:3:7). Eine zusätzliche Begründung, welche einen Zusammenhang zu der unter Nr. 11 abgelehnten Möglichkeit des (Teil-)Übergangs zum Betriebsstättenprinzip bei der Einkommensteuerzerlegung herstellen wollte – die Antragsteller

16 Art. 1 Nr. 2 Buchst. b des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.10.1997 (BGBl. I, S. 2470), bezweckte einen Ausgleich für den Wegfall der Gewerbekapitalsteuer (BT-Drs. 13/8348, S. 14 f.).

17 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 23.

18 Durch Art. 1 Nr. 9 und 10 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006 (BGBl. I, S. 2034).

19 Dies hatte der Referent *L. P. Feld* in seinem der Abteilung vorgelegten Begleitmaterial eindrucksvoll graphisch veranschaulicht. Zur Umverteilungswirkung des Umsatzsteuervorausgleichs siehe auch *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht September 2014, S. 41.

20 *P. M. Huber*, Gutachten D zum 65. DJT, 2004, S. D 99.

21 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 100 f.

22 Siehe etwa *M. Broer*, KStZ 2014, 125 (126 f.).

machten geltend, auf die sogenannte Einwohnerveredelung könne verzichtet werden, wenn den besonderen Infrastrukturaufgaben der Ballungszentren durch stärkere Berücksichtigung des Betriebsstättenprinzips bei der primären Steuerverteilung Rechnung getragen würde –, lehnte die Abteilung dagegen ab (Beschluss Nr. 17 Buchst. b, 5:26:6).

Ohne hier zu der Frage der Richtigkeit oder inhaltlichen Überzeugungskraft der abgelehnten Begründung Stellung nehmen zu wollen, verdient doch der Umstand hervorgehoben zu werden, dass sie ein Schlaglicht auf einen wichtigen und in der öffentlichen Debatte oft zu kurz kommenden Gesichtspunkt wirft: auf die Verwobenheit aller Teile des bundesstaatlichen Finanzausgleichs. Um ein Ergebnis herbeizuführen, gibt es oft viele Stellschrauben, deren gleich- oder gegeneinander gerichtete Wirkweisen aufzuklären ebenso notwendig wie mühsam ist.

VI. Der Abschnitt zum „Vertikalen Finanzausgleich"

Zur (nach dem herkömmlichen Modell) vierten Stufe des bundesstaatlichen Finanzausgleichs, die auf Art. 107 Abs. 2 S. 3 GG beruht, enthielt die Beschlussvorlage der Abteilung vier Anträge, die allesamt mit großer Mehrheit angenommen wurden. Unter Nr. 18 wird festgestellt, dass der Bund für besondere Aufgaben der Länder und Kommunen, an deren Erfüllung ein gesamtstaatliches Interesse bestehe, weiterhin durch Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen (SoBEZ) aufkommen müsse (32:0:3). Allgemeine Bundesergänzungszuweisungen (BEZ) seien zurückzuführen. Sie seien als Fehlbetrags-BEZ nicht verzichtbar, soweit sich eine aufgabenangemessene Finanzausstattung einzelner Länder auf andere Weise nicht erreichen lasse; insbesondere blieben sie notwendig, wenn das Ausgleichsvolumen im horizontalen Länderfinanzausgleich klein gehalten werden solle (Beschluss Nr. 19, 31:1:3). Härtefall-BEZ könnten helfen, die Anpassung an veränderte Finanzzuweisungen im Übergang abzumildern (Beschluss Nr. 20, 34:0:2). Bei den besonderen Hilfen für strukturschwache Regionen und aufgrund von Sonderbelastungen (Art. 91a, 104b, 106 Abs. 8 GG), sei künftig das gesamte Bundesgebiet in den Blick zu nehmen, um neben den weiterhin förderungsbedürftigen Regionen in Mitteldeutschland auch strukturschwache Regionen in anderen Teilen der Bundesrepublik einzubeziehen (Beschluss Nr. 21, 32:0:2).

Mit diesem letzten Beschluss konkretisiert die Abteilung ihre in Beschluss Nr. 2 getroffene (zutreffende) Grundaussage, dass der Finanzausgleich ab 2019 kein verlängerter „Aufbau Ost" mehr sein solle[23], sondern „kompassblind" auf Spannungslagen einzugehen haben werde. Als bedauerlich kann angesehen werden, dass die Abteilung, obschon die Angelegenheit in der Aussprache streitig erörtert wurde, keine Empfehlung zu den gegenwärtigen SoBEZ gemäß § 11 Abs. 3a und 4 FAG (siehe auch § 12 Abs. 6 MaßstG) abgab.

VII. Der Abschnitt zur „Verschuldung"

Mit der Fortentwicklung des Staatsschuldenrechts befasste die Abteilung sich in zwei (untergegliederten) Beschlüssen.

Der Beschluss Nr. 22 ist der sogenannten Schuldenbremse gewidmet. Zunächst wurde mit bemerkenswerter Einstimmigkeit beschlossen, dass sie beizubehalten sei (Beschluss Nr. 22 Einleitung, 36:0:0). Sodann standen verschiedene Verschärfungs- und Ausdehnungsempfehlungen zur Abstimmung. Die meisten wurden ebenfalls einstimmig oder mit nicht mehr als drei Gegenstimmen verabschiedet. Dies betrifft die Forderungen, dass die deutschen Bestimmungen mit den europäischen Verschuldungsgrenzen abgestimmt sein müssten und nicht verschuldungsfreundlicher sein dürften (Buchst. a, 34:0:1), dass in die Berechnung der Schuldenstände die Verschuldung der Kommunen und der Sozialversicherungsträger ausdrücklich einzubeziehen sei (Buchst. b, 31:2:2) und dass alle Bundesländer zum einen die „Schuldenbremse" in Landesverfassungsrecht überführen (Buchst. d Unternr. 1, 32:3:1) und zum andern einfachgesetzlich „zeitnahe und wirksame" Kontrollverfahren und -mechanismen einführen sollten (Buchst. d Unternr. 2, 34:0:0), sowie die Ablehnung landesverfassungsrechtlicher sogenannter Strukturanpassungsklauseln[24] (Buchst. e, 31:3:1). Weniger überwältigend, aber immer noch deutlich, war die Mehrheit, welche zu fordern beschloss, die dem Bund im Unterschied zu den Ländern zugestandene voraussetzungslose jährliche Nettoneuverschuldung in Höhe von 0,35 % des Bruttoinlandsprodukts zu streichen (Buchst. c, 15:10:9).

Der Beschluss Nr. 23 hat die Bestands-(„Alt-")Schuldenproblematik zum Gegenstand. Die grundsätzliche Frage, ob (auch zum Einstieg in ein verschärftes neues Staatsschuldenrecht) Bestandsschulden vergemeinschaftet werden, etwa in einen Altschuldenfonds überführt werden sollten, verneinte die Abteilung mit 24:9:2 Stimmen (Buchst. a). Unabhängig davon soll aber nach Lösungen für die kommunalen Altschulden gesucht werden (Buchst. b, 27:1:7).

Die geforderten Verschärfungen der „Schuldenbremse" sind angesichts des Standes der öffentlichen Verschuldung[25] nachdrücklich zu begrüßen – erst recht, da in jüngster Zeit Lockerungsandeutungen hinsichtlich der Bindung der Länder die Runde machen.[26] In aere alieno nulla salus.

VIII. Der Abschnitt zum „Änderungsbedarf im Landesrecht und im Recht des kommunalen Finanzausgleichs"

Auf einen bis in die Abstimmungsphase hinein Umformulierungen unterliegenden Antrag Nr. 24 Buchst. a hin beschloss die Abteilung mit großer Mehrheit bei freilich hoher Enthaltungsquote (18:4:14), dass die Erstattung der notwendigen Ausgaben der Kommunen im

23 In diesem Zusammenhang soll vor dem Hintergrund der in jüngster Zeit erhobenen, zum Teil deutlich anders lautenden finanzpolitischen Forderungen an die Nr. 4 der als „Solidarpakt II" bekannt und nachmals Rechtsbegriff gewordenen (siehe *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 15 Fn. 23) parlamentarischen Entschließung von 2001 erinnert werden: „Der Deutsche Bundestag nimmt zur Kenntnis und begrüßt die Erklärung der Regierungschefs der ostdeutschen Länder, dass damit nach einer Generation, d. h. ab 2020, ein teilungsbedingter infrastruktureller Nachholbedarf nicht mehr geltend gemacht wird." (BT-Drs. 14/6577, S. 2; vergleiche BR-Drs. 485/01, S. 3).

24 Vor Augen hatte man Art. 117 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b LVerf-RP.

25 Dieser betrug nach vorläufigen Zahlen des Statistischen Bundesamtes zum 30.6.2014 für Bund, Länder und Kommunen zusammen (ohne Sozialversicherung) rund 2.044.158.000.000 Euro (*Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung vom 19.9.2014 – 336/14).

26 Beunruhigend gegenwärtig muten *Hensels* folgende Sätze aus dem Jahre 1922 an: „Man hat damals vieles nur deshalb versäumt, weil man die allzu hohe Belastung der Untertanen scheute, und weil man vor unsachgemäßem Verpolitisieren der Finanzfragen zu keiner wirklich brauchbaren Einigung gelangen konnte. Lieber schob man durch weitgehende Anleihepolitik die Sorgen einer fernen Zukunft zu." (*A. Hensel*, Der Finanzausgleich im Bundesstaat, 1922, S. 170 f.).

Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs nicht nivelliert werden dürfe. Außerdem sprach sie sich dafür aus, Verfassungsbestimmungen der Länder, die den kommunalen Finanzausgleich nur im Rahmen der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes vorsehen oder mit Blick auf dabei zu berücksichtigende Aufgaben des Landes einschränken, aufzuheben (Beschluss Nr. 24 Buchst. b, 21:5:9).

Schließlich nahm die Abteilung den demographischen Wandel in den Blick und stellte fest, dass die Notwendigkeit der Anpassung daran vor allem die Kommunalebene betreffe, weshalb hier bei der Verteilung der Schlüsselzuweisungen geeignete Anpassungshilfen vorzusehen seien (Beschluss Nr. 25, 30:3:3).

Dass die Abteilung den demographischen Wandel in ihre Überlegungen und Beschlüsse einbezogen hat, verdient Beifall. Soweit die Alterung der Bevölkerung regional unterschiedlich ausfallen wird, wird auch die Rentenversicherung als umverteilende Größe zumindest einmal in den Blick zu nehmen sein.[27]

IX. Ausblick

Auch wenn *Margaretens* berühmter Seufzer[28] in Bezug auf den bundesstaatlichen Finanzausgleich, folgt man *Albert Hensels* grundlegender Schrift[29], insoweit der Einschränkung bedarf, dass am Golde nicht restlos alles hänge, so ist das allgemeine Drängen danach doch unübersehbar.

Nach dem politischen Fahrplan von Bund und Ländern sollen noch in diesem Herbst wesentliche Grundentscheidungen über den Finanzausgleich in der Bundesrepublik Deutschland ab 2020 getroffen werden. Die Verhandlungen der Abteilung Öffentliches Recht des 70. Deutschen Juristentages in Hannover haben einige Spuren gezogen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in den anstehenden Debatten nachweisen lassen werden. So verlangt es nicht allzu viel Einbildungskraft (oder Selbstüberschätzung eines Gutachters), es für nicht völlig zufällig zu halten, dass der Bundesminister der Finanzen am Tag nach dem Ende des Juristentages in einer überregionalen Tageszeitung mehr Gestaltungsrechte für Länder und Kommunen bezüglich ihrer Einnahmen und Ausgaben forderte[30] und die Bundesbank in ihrem Monatsbericht September 2014 zu mehr Steuerautonomie der Länder und mehr Durchsichtigkeit des gesamten Finanzausgleichs (unter anderem durch Abschaffung des Umsatzsteuervorausgleichs[31]) riet[32]. Es bleibt spannend.

27 *S. Kempny/E. Reimer*, Gutachten D zum 70. DJT 2014, S. D 25.
28 Faust I, Verse 2802–2804.
29 Der Finanzausgleich im Bundesstaat, 1922, S. 172 f.
30 *W. Schäuble*, FAZ vom 20.9.2014, S. 10.
31 *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht September 2014, S. 49.
32 *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht September 2014, S. 44 ff.

Jan Seybold*

Das kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot für Mitglieder kommunaler Vertretungen in Niedersachsen gemäß § 41 NKomVG

– Hintergrund, Voraussetzungen und Rechtsfolgen in einem Vergleich mit der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen gemäß § 31 GO NRW – (Teil 1)

A. Einleitung

Das in den gesetzlichen Regelungen der Bundesländer aufgenommene Mitwirkungsverbot enthält hinsichtlich seiner konkreten Voraussetzungen je nach Bundesland eine unterschiedliche Ausprägung. Allerdings sind auch Gemeinsamkeiten zu finden.
Die vorliegende Darstellung bezieht sich prioritär auf die niedersächsische Rechtslage. Dennoch soll zum Vergleich das nordrhein-westfälische Kommunalrecht herangezogen werden. Während die gesetzliche Bezeichnung in Niedersachsen „Mitwirkungsverbot" lautet, trägt die entsprechende Vorschrift in Nordrhein-Westfalens Gemeindeordnung die Überschrift „Ausschließungsgründe".
Mit dem vorliegenden Vergleich sollen Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufgeführt werden. Dies entspricht dem System des Föderalismus, bei dem die Gesetzgebungskompetenz für manche Rechtsgebiete – so auch für das Kommunalrecht – bei den Bundesländern liegt. Der Vorteil dieses Vorgehens besteht darin, dass jedes Bundesland die für es selbst passenden Regelungen schafft, dabei aber auch von der Möglichkeit Gebrauch macht, seine eigenen Vorschriften mit denen anderer Bundesländer zu vergleichen, um auch durch diesen Vergleich gegebenenfalls Verbesserungen im eigenen Recht herzustellen.[1]
Es dürfte klar sein, dass es sich bei diesem Beitrag nicht um eine vollständige Abhandlung sämtlicher Probleme des Mitwirkungsverbots unter Einbeziehung aller wichtigen Entscheidungen der Rechtsprechung und Meinungen in der Literatur handeln kann. Dies ist allein schon aufgrund des Umfangs der Darstellung nicht möglich.
Die folgende Struktur ergibt sich aus der für juristische Gutachten zu empfehlenden Prüfungsreihenfolge, nach welchem die Un-

* Prof. Dr. *Jan Seybold MLE* ist hauptamtlich am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V. (NSI) und an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN) tätig, u.a. als Fachkoordinator für Kommunalrecht.

1 Siehe diese Möglichkeit zum Wettbewerb andeutend *Grzeszick,* in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Stand März 2006, Art. 20 Rdnr. 28 und *Bauer,* in Dreier, Grundgesetz, Band II, 2. Auflage 2006, Art. 20 Rdnr. 19. Kritisch zum Umfang der Möglichkeiten eines solchen Wettbewerbs *Huster-Rux,* in Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2. Auflage 2013, Art. 20 Rdnr. 33.

tersuchung des Mitwirkungsverbots vorgenommen werden sollte.[2] Anders als dies in der Vergangenheit der Fall war,[3] sollten in Prüfungsarbeiten die Ausnahmen vom Mitwirkungsverbot erst nach dem Grundsatz geprüft werden. Dies entspricht der auch in anderen Rechtsgebieten angewandten Reihenfolge.[4]

Die vorliegende Untersuchung der relevanten gesetzlichen Vorschriften soll sich nur auf die Mitglieder der Vertretung beziehen, sodass eine Anwendung der Betrachtung ehrenamtlich Tätiger oder in das Ehrenamt[5] Berufener, auf die die Vorschriften ebenfalls anwendbar sind, unterbleibt. Mit dem Begriff der kommunalen Vertretung ist der gemäß § 7 Abs. 1 NKomVG verwendete Oberbegriff für den (Samt-)Gemeinderat, den Kreistag und die Regionsversammlung gemeint, was sich aus § 7 Abs. 2 NKomVG ergibt.

Obwohl auf die beiden im Titel genannten Vorschriften immer wieder verwiesen wird und beide Normen zum Mitwirkungsverbot immer wieder starken Änderungen unterworfen wurden,[6] soll der derzeitige Wortlaut beider Normen nicht mit abgedruckt werden, da dies sehr viel Platz beanspruchen würde und die gesetzlichen Vorschriften (unter anderem auch über das Internet) leicht verfügbar sind.

B. Sinn und Zweck des Mitwirkungsverbots

Einerseits möchte der Gesetzgeber regelmäßig die freiwillige Beteiligung der Bevölkerung, zum Beispiel durch eine ehrenamtliche Tätigkeit, mittels verschiedener Maßnahmen fördern,[7] andererseits schränkt er genau diese auch gesetzlich ein. So ist unter den in den Regelungen der § 41 NKomVG und § 31 GO NRW genannten Voraussetzungen eine Mitwirkung dieser Personen ausgeschlossen. Wie rechtfertigt der Gesetzgeber solche Eingriffe? Lässt sich nicht manch ein Ratsmitglied wählen, um einige Entscheidungen in eigenem Interesse zu beeinflussen?

Das kommunalrechtliche Mitwirkungsverbot soll bestimmte Interessenkonflikte vermeiden.[8] Der Gesetzgeber hat die genannten gesetzlichen Vorschriften geschaffen, damit das private Interesse das öffentliche möglichst nicht negativ beeinflusst bzw. sogar der Anschein einer solchen Beeinflussung (der „böse Schein") vermieden wird.[9] Ein Konflikt zwischen öffentlichem und eigenem privaten Interesse, den jeder an Entscheidungen Beteiligte in sich tragen könnte, soll nicht zulasten des öffentlichen Interesses ausgehen. Waechter weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Mitwirkungsverbot für ein Ratsmitglied in solchen Fällen zur Anwendung komme, „weil dann die Verallgemeinerbarkeit seines Interesses nicht mehr unterstellt werden kann".[10]

Der Umgang mit einem solchen oder einem ähnlichen Interessenkonflikt ist auch in anderen Rechtsgebieten üblich: So regeln §§ 20, 21 VwVfG, dass in Verwaltungsverfahren bestehende Interessenkonflikte vermieden werden sollen.[11] In den privat- bzw. zivilrechtlichen Normen der Stellvertretung findet sich auch die Regelung eines Problems sich möglicherweise widersprechender Interessen: So kann es geschehen, dass ein von einer Vertragspartei eingesetzter Stellvertreter[12] zugleich für die andere Vertragspartei tätig sein möchte. Da in einem Vertrag die Interessen zumeist gegenläufig sind (z.B. begehrt bei einem Kaufvertrag der Käufer in der Regel für gleiches Geld möglichst viel Ware bzw. die gleiche Ware für möglichst wenig Geld; beim Verkäufer ist dies in der Regel umgekehrt), ist diese Konstellation grundsätzlich problematisch. Dementsprechend enthält § 181 BGB ein grundsätzliches Verbot der Mehrfachvertretung, um die Gefahr des Interessenkonflikts zu vermeiden.[13] Somit sind die Regelungen des § 41 NKomVG und des § 31 GO NRW „in guter Gesellschaft".

Bei der Schaffung, der Auslegung und der Anwendung der Vorschriften über ein Verbot der Mitwirkung müssen sich Gesetzgebung, Rechtsprechung und kommunales Vertretungsorgan immer wieder darüber bewusst sein, dass trotz des Wunsches nach „Sauberkeit der Verwaltung"[14] praktikable Ergebnisse erreicht werden.

Beispiel 1:
In der finanziell schwachen Gemeinde G (5.892 Einwohnerinnen und Einwohner und damit gemäß §§ 45 Abs. 1 S. 2, 46 NKomVG 17 Mitglieder der Vertretung) soll über die Erhöhung der Hundesteuer diskutiert werden. Zehn Mitglieder des Gemeinderats sind Hundehalter, haben also als Privatperson kein Interesse an einer Erhöhung der Hundesteuer. Würde man diese zehn Ratsmitglieder ausschließen, so wäre dies deutlich mehr als die Hälfte. Betrachtet man den geschilderten Fall hinsichtlich seiner praktischen Konsequenzen, so kann dies bedeuten, dass die finanziell schwache G bei Ablehnung des Antrags zur Erhöhung der Hundesteuer stattdessen die Grundsteuer erhöhen würde. Von dieser Entscheidung wären direkt und indirekt alle betroffen, da sowohl Grundeigentümer eine Mehrbelastung hätten, als auch die Mieter und Pächter, auf die diese Mehrbelastung umgelegt werden könnte. Zudem ist somit die Frage „Wird die Erhöhung der Hundesteuer beschlossen?" in der obigen Konstellation verknüpft mit der Frage der Erhöhung der Grundsteuer. Daher sind auch die Grundbesitzer (indirekt) betroffen von der Entscheidung über die Erhöhung der Hundesteuer. Spätestens hier müsste deutlich werden, dass nicht jede mögliche Betroffenheit zum Ausschluss von der Entscheidung führen darf.

2 Siehe hierzu *Seybold/Neumann/Weidner,* Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. Auflage 2013, S. 234.
3 Siehe noch *Sandfuchs,* Niedersächsisches Kommunalrecht, 19. Auflage 2006, S. 429.
4 Zum Beispiel wird im Zivilrecht erst die gemäß § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche Frist zu prüfen sein, bevor danach auf eventuelle Ausnahmen nach §§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 5, 440 BGB eingegangen wird; ebenso sind im Allgemeinen Verwaltungsrecht erst die Voraussetzungen für die nach § 28 Abs. 1 VwVfG grundsätzlich erforderliche Anhörung zu prüfen, bevor eventuelle Ausnahmen nach § 28 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG untersucht werden. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine Frage nach rechtlicher (Un-)Richtigkeit, sondern nur um eine Beachtung des Willens des Gesetzgebers, den Grundsatz nicht mit einem prioritären Abstellen auf Ausnahmen zu ignorieren. Auch dient eine Verständigung auf ein solches Vorgehen der Einheitlichkeit der Lehre in der Ausbildung, insbesondere bei der Bewertung von Prüfungen.
5 Zu dem auch in Niedersachsen ungenau benutzten Begriff des „Ehrenamtes" siehe *Ihnen,* Kommunalrecht Niedersachsen, 6. Auflage 2003, S. 320 und *Seybold,* DVP 2010, 411 (412) sowie *Seybold,* DVP 2013, 11 (15).
6 Vgl. nur *Ihnen,* Kommunalrecht Niedersachsen, 6. Auflage 2003, S. 113.
7 Vgl. z.B. Entwurf des Gesetzes zur Zusammenfassung und Modernisierung des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts, LT-Drs. 16/2510, S. 90.
8 *Gern,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Rdnr. 510; Geis, Kommunalrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 160.
9 Vgl. *OVG Münster,* NVwZ 1984, 667 (668); vgl. *Gern,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Rdnr. 511; vgl. *Burgi,* Kommunalrecht, 4. Auflage 2012, Rdnr. 49; vgl. *OVG Koblenz,* NVwZ-RR 2004, 134 (135).
10 *Waechter,* Kommunalrecht, 3. Auflage 1997, Rdnr. 352.
11 Siehe hierzu z.B. *Suckow/Weidemann,* Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsschutz, 16. Auflage 2014, Rdnr. 138–141.
12 Soweit im vorliegenden Text bei Personen der besseren Lesbarkeit halber die männliche Form gewählt wurde, gilt sie selbstverständlich gleichsam für die weibliche.
13 Vgl. *Ellenberger,* in Palandt, BGB, 73. Auflage 2014, § 181 Rdnr. 1 f.
14 *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 1.

Neben dem bereits oben dargestellten Spannungsverhältnis zwischen dem privaten und dem öffentlichen Interesse besteht für den Gesetzgeber ein weiteres Problem: Werden die Voraussetzungen eines Mitwirkungsverbots weit ausgelegt, so kann dies erhebliche Auswirkungen auf die Mehrheitsverhältnisse in einem gewählten Gremium haben.[15] Dies ist insbesondere der Fall, wenn sogar die Mehrheit der kommunalen Vertretung von dem Mitwirkungsverbot erfasst wäre, sodass sogar die Funktionsfähigkeit des Gremiums beeinträchtigt wäre.[16] Immerhin wird in einem solchen Fall in Niedersachsen gemäß § 65 Abs. 3 NKomVG die Beschlussfähigkeit nicht (wesentlich) beeinträchtigt, da § 41 NKomVG ein gesetzliches Abwesenheitshindernis in diesem Sinne darstellt.[17] In Nordrhein-Westfalen wird diese Frage unterschiedlich beantwortet.[18] Eine Beeinträchtigung des Wählerwillens durch extensive Auslegung des Mitwirkungsverbots bleibt dennoch. Außerdem bestünde durch eine weite Auslegung die Gefahr, dass die in der kommunalen Vertretung wichtige Sachkunde – wenn auch nur indirekt – als letztlich unerwünscht angesehen wird.[19]

Beispiel 2:
Im Rat der nordrhein-westfälischen Stadt S wird über eine bauliche Verschönerung der Haupteinkaufsstraße beraten und entschieden. Zuvor wurde festgestellt, dass vier Ratsmitglieder der A-Partei, die sich der Förderung der örtlichen Kaufleute verschrieben haben, an der Beratung und der Abstimmung nicht teilnehmen dürfen, weil für sie als von der Entscheidung betroffenen Kaufleute ein Ausschließungsgrund gemäß § 31 GO NRW vorliegt. Der Ausschluss der vier Ratsmitglieder sorgt jedoch nicht nur für den positiven Aspekt, dass die Gefahr und auch allein der Anschein einer Befangenheit vermieden werden. Vielmehr besteht auch der durchaus negative Effekt, dass mit diesen vier Ratsmitgliedern auch Vertreter der Kaufleute der gesamten Stadt nicht mehr an der Entscheidung mitwirken dürfen. Als solche wurden sie aber in die Vertretung gewählt, sodass durch den Ausschluss dieser Personen dem Wählerwillen entgegengewirkt wird.

Legt man hingegen, um dies zu verhindern, das Mitwirkungsverbot sehr eng aus, besteht die Gefahr, dass Einzelinteressen das öffentliche Interesse überlagern.[20]
Nach allem bleibt festzuhalten, dass trotz der Bedeutsamkeit der Vorschriften zum Mitwirkungsverbot, § 31 GO NRW und § 41 NKomVG, bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen weder zu restriktiv noch zu extensiv vorgegangen werden darf.

15 Hierauf weist u.a. *Koch,* in Ipsen, NKomVG, 1. Auflage 2011, § 41 Rdnr. 39 hin.
16 Vgl. für Parlamente Achterberg, AöR 109 (1984), 505 (530 f.); vgl. *von Arnim,* JA 1986, 1 (2).
17 *Blum,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 65 Rdnr. 21.
18 Während *Wansleben,* in Held/Winkel/Wansleben, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 31. Nachlieferung Dezember 2013, § 31 Anm. 6 der Auffassung ist, wegen des Mitwirkungsverbot ausgeschlossene Ratsmitglieder seien bei der Überprüfung der Beschlussfähigkeit nicht mitzuzählen, wird auch vertreten, das Mitwirkungsverbot wirke sich sehr wohl auf die Beschlussfähigkeit aus, so *Hofmann/Theisen/Bätge,* Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 15. Auflage 2013, S. 296.
19 Vgl. hierzu *Hofmann/Beckmann,* Praktische Fälle aus dem Kommunalrecht, 10. Auflage 2013, S. 173; vgl. auch *Meyer,* LKV 2003, 118 (119 f.).
20 Auch *Gern,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Rdnr. 510 stellt den diesbezüglich für den Gesetzgeber vorliegenden Abwägungsprozess dar; *Geis,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 160 weist darauf hin, dass die Regelungen zum Mitwirkungsverbot auf einer Abwägung zwischen einem demokratischen und einem rechtsstaatlichen Anliegen beruhen.

C. Anwendbarkeit des Mitwirkungsverbots

Entsprechend dem oben dargestellten Sinn und Zweck des Mitwirkungsverbots muss die Frage nach dessen Anwendbarkeit geklärt werden: Für welche (Gruppen von) Personen soll dieser Interessenkonflikt vermieden werden?

I. Die Rechtslage in Niedersachsen

Das Mitwirkungsverbot bezieht sich vom Wortlaut des § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG nur auf „ehrenamtlich Tätige". Die gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 NKomVG geregelte Pflicht zu Ehrenamt und ehrenamtlicher Tätigkeit ist gegensätzlich zu dem in § 54 Abs. 1 NKomVG grundsätzlich geregelten freien Mandat.[21] Daher ist eine direkte Anwendung des § 41 NKomVG für Abgeordnete nicht möglich. Der Gesetzgeber hat aber durch die Verweisungsvorschrift des § 54 Abs. 3 NKomVG dafür gesorgt, dass das Mitwirkungsverbot des § 41 NKomVG auch für Abgeordnete gilt.

Beispiel 3:
Ratsfrau Schmiedebach ist der Ansicht, das Mitwirkungsverbot des § 41 NKomVG finde auf sie gar keine Anwendung. Wenn es zu untersuchen gilt, ob für Ratsfrau Schmiedebach ein Mitwirkungsverbot besteht, so darf § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG nicht direkt herangezogen werden. Vielmehr ergibt sich die Anwendbarkeit erst über § 54 Abs. 3 NKomVG.

Muss ein mögliches Mitwirkungsverbot des Hauptverwaltungsbeamten untersucht werden, so hat § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG ebenfalls keine direkte Geltung. Für die Verwaltungsspitze ist es noch offensichtlicher, dass sie nicht ehrenamtlich tätig ist. Bei. dem Hauptverwaltungsbeamten handelt es sich nicht um einen Abgeordneten, da sich aus der Unterscheidung des § 45 Abs. 1 S. 2 NKomVG ergibt, dass Mitglieder der Vertretung zum einen der Hauptverwaltungsbeamte und zum anderen die Abgeordneten sind. Dementsprechend gilt für ein mögliches Mitwirkungsverbot § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG auch nicht über die Verweisungsvorschrift des § 54 Abs. 3 NKomVG. Der Gesetzgeber hat für diese Fälle § 87 Abs. 4 NKomVG vorgesehen. Diese Norm erklärt § 41 NKomVG für Beschäftigte der Kommune für anwendbar. Zu Beschäftigten in diesem Sinne zählt auch der Hauptverwaltungsbeamte.[22]

II. Die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen zum Vergleich

Die dem Mitwirkungsverbot entsprechende Regelung des § 31 Abs. 1 GO NRW gilt gemäß ihrem Wortlaut (zunächst nur) für ehrenamtlich Tätige oder in ein Ehrenamt Berufene.
Damit ist in Nordrhein-Westfalen – wie auch in Niedersachsen – die Regelung über das Mitwirkungsverbot des § 31 GO NRW nicht direkt anwendbar, sondern über eine Verweisungsvorschrift, den § 43 Abs. 2 GO NRW. Diese Vorschrift bezieht alle Personen ein, die „Ratsmitglied" sind. Von diesem Begriff sind in Nordrhein-Westfalen gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GO NRW – anders als dies in Niedersachsen gemäß § 45 Abs. 1 S. 2 NKomVG der Fall ist – nicht

21 Siehe hierzu bereits *Seybold,* DVP 2013, 66 (68); vgl. ähnlich *Armbrust,* Einführung in das niedersächsische Kommunalrecht, 1. Auflage 2007, S. 87
22 Siehe auch *Ipsen,* in Ipsen, NKomVG, 1. Auflage 2011, § 87 Rdnr. 16; vgl. *Thiele,* NKomVG, 1. Auflage 2011, § 87 Erl. 4.

auch der Hauptverwaltungsbeamte umfasst. Folglich unterlag dieser in Nordrhein-Westfalen nach früherer Rechtslage keinem Mitwirkungsverbot.[23] Durch die Einführung des § 50 Abs. 6 GO NRW im Jahre 2007 wird jedoch nach derzeitiger Rechtslage der Hauptverwaltungsbeamte erfasst.[24] Im Ergebnis stimmen also die Regelungen über die Anwendbarkeit des Mitwirkungsverbots für Mitglieder der Kommunalvertretung in Niedersachsen und in Nordrhein-Westfalen überein.

D. Der persönliche Anwendungsbereich

Da Personen zwangsläufig mit anderen agieren, denen sie unterschiedlich nahestehen, ergeben sich hieraus mit mehr oder weniger hoher Wahrscheinlichkeit Interessenkonflikte. Dennoch darf auch hier nicht jegliche Nähe zu Personen, die von einer kommunalen Entscheidung betroffen sind, zu einem Mitwirkungsverbot führen. Wäre ein Mitwirkungsverbot schon gegeben, wenn eine Person, für die man (keine) Sympathien hegt, von dieser Entscheidung profitieren würde, so dürften manche Ratsmitglieder möglicherweise gar nicht mehr an Beratungen und Entscheidungen mitwirken.

I. Die Rechtslage in Niedersachsen

1. Die betroffene Person selbst

Naheliegend ist zunächst, dass eine Person, die von einer Entscheidung selbst profitieren könnte, grundsätzlich nicht mitwirken darf. Dementsprechend bestimmt § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NKomVG, dass sich das Mitwirkungsverbot auf diejenigen Personen bezieht, die selbst durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erhalten könnten.

Beispiel 4:
Ratsherr Schatzschneider soll zum Ehrenbürger der niedersächsischen Stadt S ernannt werden. Bei dieser Entscheidung, die gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 3 NKomVG der Rat zu treffen hätte, wäre für Ratsherrn Schatzschneider der persönliche Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots erfüllt.

2. Ehepartner oder Lebenspartner/-in

Gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NKomVG fällt eine Person auch dann unter den persönlichen Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots, wenn sich aus der Entscheidung ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil für den Ehepartner sowie die Lebenspartnerin bzw. den Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes ergeben kann.
Nach einer Scheidung ist der persönliche Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots nicht mehr einschlägig, da dann keine Ehe bzw. Lebenspartnerschaft mehr vorliegt.

Beispiel 5:
Der Rat der Gemeinde F muss entscheiden, ob der Neubau des Gemeindehauses durch das Bauunternehmen des Herrn Zieler durchgeführt wird. Die ehemalige Ehefrau der Herrn Zieler sitzt im Rat der Gemeinde F. Sie ist nicht vom Mitwirkungsverbot erfasst, da sie wegen der Scheidung nicht mehr Ehepartnerin im Sinne des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NKomVG ist.

Die Auswirkung der Scheidung der Ehe bzw. der Aufhebung der Lebenspartnerschaft auf den persönlichen Anwendungsbereich wird in § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NKomVG – anders als in § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 NKomVG[25] – nicht wortwörtlich beschrieben. Allerdings ist es aus sich selbst heraus verständlich, dass nach einem offiziellen Trennungsakt keine Ehe bzw. keine Lebenspartnerschaft mehr besteht, sodass der persönliche Anwendungsbereich hierdurch nicht mehr gegeben ist.

3. Verwandte

Gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 NKomVG ist der persönliche Anwendungsbereich auch erfüllt, wenn sich Auswirkungen auf Verwandte bis zum dritten Grad ergeben können.
Die Verwandtschaft ist geregelt in § 1589 BGB, der eine Abstammung voraussetzt, aus der sich eine Verwandtschaft in gerader Linie oder in der Seitenlinie ergibt. Gemäß § 1589 Abs. 1 S. 3 BGB ergibt sich der Grad der Verwandtschaft nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.
Hieraus ergeben sich für den persönlichen Anwendungsbereich gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 NKomVG:

- Eltern und Kinder (Verwandte 1. Grades),
- Großeltern, Enkel und Geschwister (Verwandte 2. Grades) und
- Urgroßeltern, Urenkel, Nichten, Neffen, Tanten, Onkel (Verwandte 3. Grades).[26]

Beispiel 6:
Ratsherr Holsten möchte an der Entscheidung über die Umbenennung des ursprünglich nach seinem Urgroßvater benannten Holsten-Platzes mitwirken. Allerdings ist der persönliche Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 NKomVG gegeben, da es sich bei seinem Urgroßvater um seinen Verwandten 3. Grades handelt. Wenn also die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Mitwirkungsverbots gegeben sind, darf Ratsherr Holsten nicht mitwirken.

4. Verschwägerte

Außerdem umfasst der persönliche Anwendungsbereich gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 NKomVG auch Verschwägerte bis zum zweiten Grade. Zu beachten ist, dass bei der Schwägerschaft die sie erzeugende Ehe nicht schon als Grad der Schwägerschaft gezählt wird.

Beispiel 7:
Der Vater des Schwiegervaters der Ratsfrau Mönch soll vom Rat der Stadt zum Ehrenbürger ernannt werden. Frau Mönch und der Vater ihres Schwiegervaters stehen dabei zueinander im Verhältnis der Schwägerschaft. Nicht korrekt wäre es, den Ehemann als Ver-

23 Vgl. *Geiger,* in Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage 2012, § 31 Erl. 2.

24 Vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung, Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung – GO-Reformgesetz, LT-Drs. 14/3979, S. 138 f.; *Geiger,* in Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage 2012, § 50 Erl. 7; *Rehn/Cronauge/Lennep/Knirsch,* Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Stand Juli 2013, § 50 Erl. VII; *Hofmann/Theisen/Bätge,* Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 15. Auflage 2013, S. 295; a.A. *Wansleben,* in Held/Winkel/Wansleben, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 31. Nachlieferung Dezember 2013, § 31 Anm. 1.

25 Siehe hierzu unten, Punkt D. I. 4.

26 *Seybold/Neumann/Weidner, N*iedersächsisches Kommunalrecht, 3. Auflage 2013, S. 229; vgl. ähnlich, wenn auch hinsichtlich der Beispiele knapper *Schmidt-Recla,* in Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 19/1, 13. Auflage, Stand Frühjahr 2012, § 1589 Rdnr. 5.

schwägerten ersten Grades, den Schwiegervater als Verschwägerten zweiten Grades und dessen Vater als Verschwägerten dritten Grades anzusehen. Vielmehr ist der Schwiegervater Verschwägerter ersten Grades und dessen Vater im zweiten Grade mit ihr verschwägert.

Außerdem wichtig ist, dass zum Beispiel eine Schwägerschaft gemäß § 1590 Abs. 1 S. 1 BGB nur zwischen dem einen Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten besteht. Das bedeutet, dass beispielsweise keine Schwägerschaft gegeben ist zwischen dem einen Ehegatten und dem Ehepartner der Schwester des anderen Ehepartners (sog. „Schwippschwägerschaft").[27]

Beispiel 8:
Ratsfrau Rohde möchte bei einer Entscheidung des Gemeinderats über einen Grundstücksverkauf an Herrn Büssing mitwirken. Herrn Büssings Ehefrau ist aber die Schwester des Herrn Rohde, Ehemann der Ratsfrau Rohde. Hier ist der persönliche Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 NKomVG nicht gegeben, da nur eine „Schwippschwägerschaft" vorliegt.

Außerdem geht aus § 1590 Abs. 1 S. 1 BGB hervor, dass keine Schwägerschaft zwischen den Verwandten des einen und den Verwandten des anderen Ehegatten besteht.[28]

Beispiel 9:
Der Schwiegervater der Tochter der Ratsfrau Rohde möchte ein Grundstück an die Gemeinde verkaufen. Fraglich ist, ob Ratsfrau Rohde bei dieser Entscheidung im Rat mitwirken darf. Auch hier ist der persönliche Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 NKomVG nicht gegeben, da die Schwägerschaft gemäß § 1590 Abs. 1 S. 1 BGB nur ausgehend von einem Ehegatten ermittelt werden kann.

Bereits oben[29] wurde in einem anderen Zusammenhang die Auswirkung einer Ehescheidung bzw. der Aufhebung der Lebenspartnerschaft auf das Mitwirkungsverbot betrachtet. Aus § 1590 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass die Schwägerschaft auch nach der Ehescheidung fortbesteht. Demgegenüber wirkt sich im Kommunalrecht die Ehescheidung auf das Mitwirkungsverbot aus, welches für bisher Verschwägerte nicht mehr gilt.[30] Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 NKomVG, nach dem die Schwägerschaft nur während des Bestehens der Ehe oder der Lebenspartnerschaft relevant ist.

Beispiel 10:
Ratsfrau Mönch ist inzwischen von ihrem Ehemann geschieden. Der Vater des Schwiegervaters ist zwar gemäß § 1590 Abs. 2 BGB weiterhin Verschwägerter der Ratsfrau Mönch. Allerdings ist der persönliche Anwendungsbereich, insbesondere § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 NKomVG, nicht gegeben. Ratsfrau Mönch unterliegt also keinem Mitwirkungsverbot.

5. Eine von ihnen kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretene Person

Gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 NKomVG ist der persönliche Anwendungsbereich auch dann gegeben, wenn sich die Auswirkung der Entscheidung auf eine Person bezieht, die von der zur Entscheidung berufene Person kraft Gesetzes oder Vollmacht vertreten wird.
Da im Zivil-/Privatrecht üblicherweise zu unterscheiden ist zwischen rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Vertretungsmacht,[31] greift auch § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 NKomVG hierauf zurück, um die Gefahr von Interessenkonflikten zu verringern. Beispielsweise fallen hierunter Fälle der Vormundschaft (§ 1793 BGB), der Betreuung (§§ 1896, 1902 BGB), der Vorstandstätigkeit bei einem eingetragenen Verein (§ 26 Abs. 2 BGB) oder bei einer Aktiengesellschaft (§§ 76 ff. AktG) sowie der Prokura (§§ 48 ff. HGB). In diesen genannten Fällen kann es leicht zu widerstreitenden Interessen kommen. Diese werden gesetzlich unwiderleglich vermutet.[32]

Beispiel 11:
Ratsfrau Rose ist im Vorstand des örtlichen Schützenvereins. Der Rat der Stadt hat in einer Sitzung über die Frage zu entscheiden, ob der Verein das bisher nur gepachtete Grundstück, auf dem sich das Schützenhaus befindet, kaufen darf. Hier findet der persönliche Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 NKomVG Anwendung, um zu vermeiden, dass Ratsfrau Rose in einen Interessenkonflikt gerät, der die (möglichst) objektive Entscheidung gefährdet.

6. Entgeltlich Beschäftigte

Der persönliche Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots ist auch gegeben, wenn ein Fall des § 41 Abs. 2 NKomVG vorliegt, nach dem zugleich eine entgeltliche Beschäftigung bei einer natürlichen oder juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts oder einer Vereinigung gegeben ist. In dieser Situation kann insofern eine Interessenkollision bestehen, als ein Mitglied der Vertretung als solches einerseits das öffentliche Wohl der Kommune im Blick haben muss, aber andererseits die Vermutung besteht, dass es sich gleichzeitig gegenüber der natürlichen oder juristischen Person zu loyalem Handeln verpflichtet fühlt und er als Mitarbeiter sicherlich auch von den Interessen seines Chefs bzw. des Unternehmens beeinflusst ist. Ein in diesem Falle gemäß § 41 Abs. 2 NKomVG bestehendes Mitwirkungsverbot trägt dieser Situation Rechnung.

Beispiel 12:
Ratsherr Pander ist Angestellter der Zimmerei Wellenbrink GmbH. Im Rat der Stadt soll über die Frage diskutiert und entschieden werden, ob und zu welchen Konditionen mit der Wellenbrink GmbH ein Werkvertrag zur Sanierung der Stadthalle abgeschlossen werden soll. Ratsherr Pander ist einerseits als Mitglied des Rates verpflichtet, im Sinne der Stadt zu handeln, indem er den aus der Sicht der Stadt besten Anbieter zu den für die Stadt besten Konditionen befürwortet. Andererseits dürfte Ratsherr Pander als Mitarbeiter der Wellenbrink GmbH ein Interesse daran haben,

27 Vgl. *Schmidt-Recla,* in Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 19/1, 13. Auflage, Stand Frühjahr 2012, § 1590 Rdnr. 1.
28 Vgl. *Schmidt-Recla,* in Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 19/1, 13. Auflage, Stand Frühjahr 2012, § 1590 Rdnr. 1.
29 Siehe hierzu oben, Punkt D. I. 2.
30 *Thiele,* NKomVG, 1. Auflage 2011, § 41 Erl. 2; *Koch,* in Ipsen, NKomVG, 1. Auflage 2011, § 41 Rdnr. 14; Entwurf eines Gesetzes zur Reform des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts, LT-Drs. 13/1450, S. 105; vgl, auch *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 13.
31 Vgl. *Ellenberger,* in Palandt, BGB, 73. Auflage 2014, Einf. v. § 164 Rdnr. 5.
32 *Geis,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2014, Rdnr. 163; *VG Koblenz,* NVwZ-RR 2006, 717 (718).

dass die GmbH Vorteile erhält und Nachteile vermeidet. Wegen dieses Interessenkonflikts fällt Ratsherr Pander gemäß § 41 Abs. 2 NKomVG in den persönlichen Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots.

II. Die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen zum Vergleich

Vorab sei angemerkt, dass der persönliche Anwendungsbereich des Mitwirkungsverbots in Nordrhein-Westfalen gemäß § 31 Abs. 1 GO NRW (und davor in § 23 Abs. 1 S. 1 GO NRW a.F.) bereits seit deutlich längerer Zeit – und nicht erst wie im Jahre 2011 in Niedersachsen – durch eine Auflistung in Nummern optisch gut erkennbar ist.

1. Die betroffene Person selbst

Auch in Nordrhein-Westfalen gehört gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NRW die betroffene Person selbst zum persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift.

Beispiel 13:
Wird in der nordrhein-westfälischen Stadt S über die Verleihung des Ehrenbürgerrechts für Ratsherrn Vogts entschieden, wofür gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 Buchst. d) GO NRW der Rat zuständig ist, so ist gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NRW der persönliche Anwendungsbereich gegeben.

2. Einem seiner Angehörigen

Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NRW reicht es für einen Ausschließungsgrund auch aus, dass einer der Angehörigen des Entscheidungsträgers betroffen ist. Im Gegensatz zum niedersächsischen Recht findet sich im 1. Absatz aber nicht bereits die Konkretisierung des Begriffs des Angehörigen. Dieser ist vielmehr in § 31 Abs. 5 GO NRW näher bestimmt. Gemäß § 31 Abs. 5 S. 1 GO NRW sind Angehörige in diesem Sinne der Ehegatte und die eingetragene Lebenspartnerin bzw. der eingetragene Lebenspartner (Nr. 1), Verwandte und Verschwägerte gerader Linie sowie durch Annahme als Kind verbundene Personen (Nr. 2), Geschwister (Nr. 3), Kinder der Geschwister (Nr. 4), Ehegatten der Geschwister und Geschwister der Ehegatten (Nr. 5), eingetragene Lebenspartnerinnen und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der eingetragenen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner (Nr. 6) sowie Geschwister der Eltern (Nr. 7). Es fällt auf, dass in Nordrhein-Westfalen sowohl der Ehegatte als auch Verwandte und Verschwägerte zu den Angehörigen in diesem Sinne zählen. Während in Niedersachsen die Grade der Verwandt- bzw. Schwägerschaft abstrakt aufgeführt werden, ist in Nordrhein-Westfalen eine konkrete Bezeichnung der erfassten Personen erfolgt. Dies ermöglicht dem Rechtsanwender eine bessere (schnellere und wohl fehlerfreiere) Überprüfung, ob der persönliche Anwendungsbereich gegeben ist oder nicht.

Beispiel 14:
Nach dem Ur-Urgroßvater des Ratsherrn Netzer ist in der nordrhein-westfälischen Stadt S eine Straße benannt, die nun durch den Rat der S umbenannt werden soll. Es stellt sich die Frage, ob Ratsherr Netzer von der Beratung und Entscheidung ausgeschlossen werden darf bzw. muss. Für den persönlichen Anwendungsbereich kommt nur § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NRW in Betracht, nachdem eine Auswirkung für einen seiner „Angehörigen" gegeben sein muss. Diese Voraussetzung trifft auf den Urgroßvater zu, da er Verwandter in gerader Linie gemäß § 31 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GO NRW ist. Somit ist der persönliche Anwendungsbereich des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NRW für Ratsherrn Netzer erfüllt. (Anders wäre der Fall nach niedersächsischem Recht zu lösen gewesen wären, da gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 NKomVG Verwandte nur bis zum dritten Grad unter den persönlichen Anwendungsbereich fallen, hier aber eine Verwandtschaft vierten Grades vorliegt.)

Gemäß § 31 Abs. 5 S. 2 GO NRW ist der persönliche Anwendungsbereich bei Scheidung für die in § 31 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1, 2, 5 und 6 GO NRW genannten Personen nicht gegeben. Kritisch angemerkt werden muss an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber bei dieser Formulierung nicht ganz sauber gearbeitet hat. Vom Wortlaut her gesehen seien bei einer Scheidung „die unter den Nummern 1, 2, 5 und 6 genannten Personen" (also alle) nicht als Angehörige anzusehen. Gemeint ist aber sicherlich nicht, dass bei geschiedenen Ratsmitgliedern auch ihre Verwandten nicht mehr im persönlichen Anwendungsbereich berücksichtigt werden dürften. Hier zeigt sich der Nachteil der Verweisung des § 31 Abs. 5 S. 2 GO NRW bzw. dass in § 31 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 GO NRW sowohl Verwandte als auch Verschwägerte aufgeführt werden.

E. Der sachliche Anwendungsbereich

Würde es der Gesetzgeber ausreichen lassen, dass die Entscheidung auf eine der oben genannten nahestehenden Personen *irgendeine* Auswirkung hat, so wären vermutlich bei jeder Entscheidung eine große Anzahl von Mitwirkungsverboten gegeben. Es war und ist also die Aufgabe des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich in sachlicher Hinsicht auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen.

I. Die Rechtslage in Niedersachsen

Der sachliche Anwendungsbereich des § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG ist gegeben, wenn die Entscheidung einer vom persönlichen Anwendungsbereich erfassten Person einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Vorteil ist jede Verbesserung der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen Lage.[33] Beispielsweise wäre ein solcher Vorteil gegeben, wenn die betroffene Person eine finanzielle Förderung erhält oder ein Grundstück zu günstigen Konditionen erwerben oder verkaufen darf. Auch ein immaterieller Vor- oder Nachteil, wie zum Beispiel der Ansehensgewinn oder –verlust, reicht aus,[34] z.B. bei der Umbenennung einer Straße.[35]
Wie sich bereits aus dem Wort „kann" in § 41 Abs. 1 S. 1 NKomVG ergibt, muss ein Vor- oder Nachteil nicht mit Sicherheit entstehen oder sogar entstanden sein. Welche konkrete Anforderung jedoch tatsächlich erforderlich ist, wird teilweise theoretisch wie praktisch recht undeutlich beschrieben. So heißt es, in einer Entscheidung des VGH Mannheim, der Vor- bzw. Nachteil müsse „konkret möglich, d.h. hinreichend wahrscheinlich sein."[36] Entscheidend ist aber, dass der Gesetzeswortlaut in Niedersachsen (wie auch in Nordrhein-Westfalen) von „kann" spricht, also die bloße Möglichkeit ausreichen

33 Vgl. *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 7; vgl. *Bock,* BWGZ 2009, 484 (485).
34 *Röhl,* Jura 2006, 725 (727); *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 7; *Peine,* JZ 1985, 914 (918); *VGH Mannheim,* NVwZ 1994, 193 (193).
35 Vgl. im Ergebnis *OVG Lüneburg,* NdsVBl. 2014, 102 (104).
36 *VGH Mannheim,* NVwZ 1984, 193 (193 f.); vgl. ebenso *Bock,* BWGZ 2009, 484 (484 f.).

lässt. Zudem ist, ausgehend vom Sinn und Zweck der Vorschrift, der Begriff des Vor- und Nachteils weit auszulegen, sodass auch aus diesem Grund die (reale) Möglichkeit eines Vor- und Nachteils ausreicht.[37] Letztlich ist bei der Anwendung der Norm die Frage, ob die Möglichkeit in einem konkreten Fall gegeben ist, auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen.[38] Hierfür spricht schon allein die Tatsache, dass sich Grade der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit im konkreten Fall kaum zahlenmäßig darstellen und dadurch kategorisieren und eindeutig voneinander abgrenzen lassen.

Der mögliche Vor- oder Nachteil muss nach § 41 Abs. 1 S. 1 unmittelbar sein. Wie genau der Begriff der Unmittelbarkeit ausgelegt wird, ist hoch umstritten.[39] Der Gesetzgeber selbst definiert in § 41 Abs. 1 S. 2 NKomVG die Unmittelbarkeit dergestalt, dass nur derjenige Vor- oder Nachteil erfasst wird, der sich aus der Entscheidung selbst ergibt, ohne dass, abgesehen von der Ausführung von Beschlüssen nach § 85 Abs. 1 Nr. 2, weitere Ereignisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen. Da es sich bei der in § 85 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG genannten Ausführung der Beschlüsse um eine Pflicht des Hauptverwaltungsbeamten handelt, kann diese nicht als ein relevanter Zwischenschritt angesehen werden, der die Unmittelbarkeit entfallen lässt.[40] Mit der Einführung der gesetzlichen Definition der Unmittelbarkeit wollte der Gesetzgeber die Handhabbarkeit der Vorschrift im Interesse der Rechtssicherheit verbessern.[41] Hierbei hat er sich inhaltlich für einen formal-kausalen Zusammenhang zwischen der Mitwirkung und dem dadurch entstehenden Vor- oder Nachteil entschieden.[42]

Ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil kann beispielsweise bei einer Entscheidung der Vertretung über die Umbenennung einer Straße bestehen.[43] Als problematisch wird z.T. die Unmittelbarkeit insbesondere bei Grundstückskaufverträgen durch die Kommune gesehen. Nach einer Ansicht sei hierbei die Unmittelbarkeit zu verneinen, da als Zwischenschritt noch ein notariell zu beurkundender Grundstückskaufvertrag abgeschlossen werden muss.[44] Eine andere Ansicht bejaht die Unmittelbarkeit des Beschlusses der Vertretung bei Grundstückskaufverträgen, da es sich bei der Unterzeichnung durch den Hauptverwaltungsbeamten und der notariellen Beurkundung lediglich um Ausführungsakte des Beschlusses handele.[45] Dies ist nicht nur inhaltlich überzeugend, sondern entspricht auch der derzeitigen Rechtlage in Niedersachsen, sodass die letztgenannte Ansicht vorzugswürdig ist.

Bei Flächennutzungsplänen wird die Unmittelbarkeit teilweise verneint, da die rechtlichen Wirkungen erst mit der Genehmigung und Bekanntmachung eintreten,[46] teilweise wird grundsätzlich von einer Vermutung der Unmittelbarkeit ausgegangen,[47] teilweise wird differenziert, ob der Flächennutzungsplan erstmalig aufgestellt oder ein bestehender Flächennutzungsplan geändert wird.[48]

Ein typischer Fehler im juristischen Gutachten im Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit soll an dem folgenden Beispielsfall verdeutlicht werden.

Beispiel 15:
Ratsherr Krüger ist bei der Möbel Hussmann GmbH beschäftigt, die zwecks Expansion von der Stadt ein Grundstück erwerben möchte. Ratsherr Krüger fällt unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 41 Abs. 2 NKomVG. Es kommt also für die Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs des Mitwirkungsverbots darauf an, ob *die Möbel Hussmann GmbH* einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil haben könnte. *Auf der Basis des § 41 Abs. 2 NKomVG* ist hingegen irrelevant, ob Ratsherr Krüger selbst durch seine Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil haben könnte. Nicht selten wird in Klausuren aber genau dieser Fehler begangen, indem im vorliegenden Fall darauf abgestellt wird, dass Ratsherr Krüger durch eine ausbleibende Expansion seines Arbeitgebers seinen Arbeitsplatz verlieren könnte oder durch Befürwortung einer für das Unternehmen ungünstigen Entscheidung, Repressalien erleben könnte. Dies kann zwar sehr wohl geprüft werden, wenn auf § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NKomVG abgestellt wird, wobei hier (wohl) die Unmittelbarkeit eines Vor- bzw. Nachteils zu verneinen sein wird.

II. Die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen zum Vergleich

Wie auch in Niedersachsen, so verlangt auch § 31 Abs. 1 GO NRW, dass die Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Ebenfalls übereinstimmend mit der Rechtslage in Niedersachsen ist, dass auch in Nordrhein-Westfalen der Begriff des Vor- oder Nachteils weit ausgelegt werden muss.[49] Er muss nicht materiell sein, sondern es reicht auch ein immaterieller Vor- oder Nachteil aus.[50] Insoweit stimmen also die niedersächsische und die nordrhein-westfälische Rechtslage überein.

Gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 GO NRW ist der Vor- bzw. Nachteil unmittelbar, wenn die Entscheidung eine natürliche oder juristische Person direkt berührt. Diese Definition unterscheidet sich vom Wortlaut

37 Generell *Peine,* JZ 1985, 914 (918) und *Ehlers,* in Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 21 Rdnr. 23; vgl. nur für Niedersachsen *Schlette,* NdsVBl. 1995, 188 (190) und *OVG Lüneburg,* OVGE 27, 442 (444) und für Nordrhein-Westfalen *Rehn/Cronauge/Lennep/Knirsch,* Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Stand Juli 2013, § 31 Erl. I. 1. und Erl. II 1. sowie im Ergebnis ebenso *Wansleben,* in Held/Winkel/Wansleben, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 31. Nachlieferung Dezember 2013, § 31 Anm. 3.1.

38 *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 7; *Wansleben,* in Held/Winkel/Wansleben, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 31. Nachlieferung Dezember 2013, § 31 Anm. 3.1.

39 Vgl. *Meyer,* in Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 8 f.; vgl. *Hofmann/Theisen/Bätge,* Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 15. Auflage 2013, S. 297 f.; vgl. *Molitor,* JA 1992, 303 (303–305); *Bock,* BWGZ 2009, 484 (485) und *von Arnim,* JA 1986, 1 (3) bezeichnen jeweils die Unmittelbarkeit als eines der „umstrittensten Elemente" des Mitwirkungsverbots.

40 Ähnlich begründet *von Gern,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Rdnr. 511.

41 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts, LT-Drs. 13/1450, S. 105.

42 *Meyer, i*n Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, 3. Auflage 2014, § 41 Rdnr. 9; kritisch bezüglich dieser formalen Vorgehensweise, da hierdurch der Blick auf den Interessenkonflikt verloren gehe, *Koch,* in Ipsen, NKomVG, 1. Auflage 2011, § 41 Rdnr. 9 f.; ebenfalls kritisch hierzu *Behrens,* in Blum u.a., KVR Nds./NGO, 31. Nachlieferung 2010, § 26 Rn. 23 f.

43 Vgl. *OVG Lüneburg,* NdsVBl. 2014, 102 (104).

44 Vgl. noch *VGH Kassel,* NVwZ 1982, 44 (44).

45 *Bock,* BWGZ 2009, 484 (485); *Ruff,* KommJur 2009, 201 (204); *Borchmann,* NVwZ 1982, 17 (19); sich diesem anschließend VGH Kassel, NVwZ-RR 2014, 563 (564 f.).

46 *Behrens,* in Blum u.a., KVR Nds./NGO, 31. Nachlieferung 2010, § 26 Rn. 57; ebenso *Ihnen,* Kommunalrecht Niedersachsen, 6. Auflage 2003, S. 118 f.

47 So im Ergebnis *Molitor,* JA 1992, 303 (307).

48 Vgl. z.B. *OVG Münster,* DVBl. 1980, 68 (69); kritisch zu dieser Auffassung *Molitor,* JA 1992, 303 (305).

49 *Buhren,* Allgemeines Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 7. Auflage 2004, S. 56.

50 *Hofmann/Beckmann,* Praktische Fälle aus dem Kommunalrecht, 10. Auflage 2013, S. 26; *Geiger,* in Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage 2012, § 31 Erl. 4.; vgl. *Hofmann/Theisen/Bätge,* Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 15. Auflage 2013, S. 297.

von derjenigen des § 41 Abs. 1 S. 2 NKomVG. Die nordrhein-westfälische Regelung beinhaltet bei wörtlicher Anwendung die Gefahr einer zu engen Auslegung des Mitwirkungsverbots. So würde nämlich nach dieser Definition ein Beschluss der Vertretung über den Verkauf eines Grundstücks an eine Privatperson nicht als ein unmittelbarer Vorteil für diesen angesehen werden.[51] Es bedarf nämlich noch eines – wenn auch formalen – Zwischenschritts, nämlich der Unterzeichnung und notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags, sodass der Beschluss der Vertretung das Mitglied der Vertretung oder seine Angehörigen nicht „*direkt* berührt" im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 2 GO NRW. Ein so verstandenes Mitwirkungsverbot wäre aber sicherlich nicht im Sinne einer durch das Mitwirkungsverbot angestrebten „sauberen Kommunalverwaltung".[52] Daher wird die Regelung als sprachlich „missglückt" bezeichnet,[53] obwohl die Einführung der Definition der Unmittelbarkeit Klarheit und Rechtssicherheit bewirken sollte.[54] Letztlich ist aber eine weite Auslegung des § 31 Abs. 1 S. 2 GO NRW dahingehend vorzunehmen, dass eine direkte kausale Beziehung zwischen der Entscheidung und dem Vor- bzw. Nachteil bestehen muss.[55] Unmittelbarkeit in diesem Sinne liegt dann nicht (mehr) vor, wenn zwischen die Entscheidung und Eintritt des Vor- oder Nachteils eigenständige Geschehnisse treten, die ihrerseits ablaufprägend und einflussnehmend sind.[56] Demgegenüber ist die Unmittelbarkeit nicht etwas schon aus dem Grund zu verneinen, dass zwischen der Entscheidung und dem möglichen Vor- oder Nachteil weitere Ursachen liegen.[57] Eine Unmittelbarkeit wäre beispielsweise nicht gegeben, wenn ein Bauunternehmer, der Mitglied der Vertretung ist, bei dem Beschluss über die Frage, ob ein Neubau des Rathauses vorgenommen werden soll, darauf hofft, nach einer Ausschreibung den Zuschlag zu erhalten.[58] Im Vergleich mit der niedersächsischen Rechtslage ist das Kriterium der Unmittelbarkeit zwar hinsichtlich des Wortlauts unterschiedlich, aber inhaltlich besteht diesbezüglich im Grunde eine Übereinstimmung.

– Der Beitrag wird in der Januar-Ausgabe fortgesetzt.

51 Vgl. *Borchmann,* NVwZ 1982, 17 (19); vgl. *VGH Kassel,* NVwZ-RR 2014, 563 (564).

52 Vgl. ähnlich *Ehlers,* in Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 21 Rdnr. 24 und *Borchmann,* NVwZ 1982, 17 (19).

53 *Ehlers,* in Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage 2007, § 21 Rdnr. 24; vgl. *Molitor,* JA 1992, 303 (303).

54 Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen und der Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, LT-Drs 10/4890, S. 2.

55 *Geiger,* in Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage 2012, § 31 Erl. 4; vgl. *Sundermann,* Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 7. Auflage 2009, Rdnr. 47.

56 *OVG Münster,* DÖV 2012, 286 (286); *Rehn/Cronauge/Lennep/Knirsch,* Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Stand Juli 2013, § 31 Erl. II. 2.

57 *Gern,* Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, Rdnr. 511.

58 Vgl. *Hofmann/Theissen/Bätge,* Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 15. Auflage 2013, S. 298.

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.

Hochschulautonomie

Vorweg eine wahre Begebenheit. Bei einem allerdings viele Jahre zurückliegenden Besuch der Rektoren bzw. Präsidenten der Europäischen Hochschulkonferenz in der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich, einer der renommiertesten Universitäten in Europa, sagte der ETH-Präsident zum Verhältnis zwischen seiner Institution und dem Eidgenössischen Department für Wirtschaft, Bildung und Forschung in Bern Folgendes: Die ETH Zürich ist dem Department zugeordnet, nicht aber unterstellt. Im ETH-Bereich versteht man das Department als Serviceeinrichtung im Sinne der Lieferung von Auskunfts-, Beratungs-, Finanz- und Förderungsleistungen, auch der Unterstützung von Kontakten zur Wirtschaft und zum Ausland. Man selbst sei eine Hohe Schule der Wissenschaft, der das Ministerium dient. Den Teilnehmern verschlug es angesichts der umgekehrten Subordination in ihren Ländern die Sprache. (Die Aufsichtsfunktion nimmt der ETH-Rat wahr, der auch für die strategische Führung im Rahmen des Leistungsauftrages des Bundes verantwortlich ist.)

Dieser Grad an Hochschulautonomie hat weder in Deutschland noch in anderen europäischen Ländern ein Pendant. Hierzulande gerieren sich die Kultus- und Wissenschaftsministerien als oberste Behörden, die die Rechts- und teilweise die Fachaufsicht gegenüber den auf der Ebene von Mittelbehörden eingerichteten Hochschulen (Universitäten, Kunst-, Musik- und Fachhochschulen) ausüben. Die Ministerialbürokratie verlor in allen Bundesländern in den vergangenen Jahren zwar etwas an Einfluss, weil Globalbudgets und Hochschulräte (regelmäßig mit Beteiligung Externer aus der Wirtschaft) detaillierte finanzielle Festlegungen nicht mehr erlaubten. Sie pocht aber auf das Erfordernis, wonach Landtag und Landesregierung als einzige demokratisch legitimiert sind und sich verantworten müssen, wofür die Steuergelder an den Hochschulen verwendet werden. Dementsprechend sucht das Wissenschaftsministerium in Nordrhein-Westfalen (mit 37

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

staatlichen Hochschulen immerhin das Schwergewicht unter den Ländern) seine Kontrolle mittels Ziel- und Leistungsvereinbarungen zwischen jeder Hochschule und dem Land zu festigen. Die Hochschulautonomie wird zusätzlich durch eine Vielzahl neuer Regelungen über Aufgaben, Fächerstruktur, Gremien (zugunsten von Studierenden) und Personal-, Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten begrenzt.
Dagegen verwahren sich die Hochschulen mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei." Aus Managementsicht geht es um die machtrelevanten Entscheidungsspielräume. Versteht man staatliche Hochschulen als für Forschung und Lehre ausgegliederte staatliche Organisationseinheiten, ist die Vorgabe rechtlicher und finanzieller Rahmenbedingungen nachvollziehbar. Freilich lässt sich darüber befinden, wie eng oder weit der Rahmen zu ziehen ist. In der Vergangenheit betonte man die rechtlich zwingende Planung, Steuerung und Überwachung der Infrastruktur der Hochschule. Ministerium und nachgeordnete Behörden sorgten – vielfach bis heute – für Flächennutzung, Bebauung, Ausstattung, Besoldung und Versorgung. Der Kanzler, der früher die Voraussetzungen für ein Richteramt erfüllen musste, übte das Amt des Agenten für den Prinzipal, das Ministerium, aus und führte den Hochschulhaushalt, das Verwaltungspersonal und die Wirtschaftsverwaltung. Akademische Angelegenheiten der Studiengänge und Forschungsprojekte oblagen den Beratungen und Beschlüssen der Hochschulgremien und unterlagen der ministeriellen Genehmigung.
Die weltweite Entwicklung konkurrierender Kunst und konkurrierender Wissenschaft mit Vergleichen und Bewertungen (engl. Benchmarks) der Forschungs- und Lehrkonzepte und des Rankings der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit staatlicher und privater Hochschulen macht in Deutschland vor Universitäten und Fachhochschulen, Professoren und dem gesamten Personal, selbst vor den Studierenden und vor den die Absolventen einstellenden Arbeitgebern oder Dienstherrn nicht Halt. In dieser Konstellation globaler Herausforderung können außengelenkte bzw. fremdbestimmte sowie vermögens- und finanzbezogen amputierte Hochschulen nicht mehr bestehen. Staatliche Hochschulen lassen sich inzwischen weder als Bildungsmonopole noch als Behörden sui generis qualifizieren. Man muss sie – zumindest in Deutschland – als staatlich alimentierte Nonprofit-Unternehmen führen. Bezieht man ihre vielfältigen Tochtergesellschaften, Fördervereine, Anstalten und Stiftungen für Forschung, Weiterbildung, Service, Marketing, Publikationen, Sport, Körperschaftsvermögen, Vermietung, Alumnibetreuung, Universitätskliniken, Gasthäuser und Auslandsaktivitäten ein und erweitert die „Konzernarchitektur" um Studentenwerke, Studienkollegs, Didaktikzentren usw., mendeln sie sich zu Nonprofit-Konglomeraten.
Sie zu managen, das heißt über akademische und wirtschaftliche Zielsetzungen, Strategien, Prozesse und Strukturen in heterogen zusammengesetzten Gremien zu beraten und zu beschließen und operativ zu handeln, erweist sich nach Außen und im Innern als so kompliziert, dass Hochschulen ein gerüttelt Maß an Freiheit und Selbstständigkeit bedürfen. Vom Inhaltlichen der Künste und Wissenschaften her gesehen sind sie ohnehin kompetent, und formalrechtlich kontrollieren Senate, Universitäts- bzw. Hochschulräte, Fakultäts- bzw. Fachbereichsräte, Kuratorien, Konzile, Aufsichts-, Verwaltungs- und Stiftungsräte die Sach- und Personalentscheidungen der Leitungsorgane. Dennoch: Unternehmerisch tätige Staatshochschulen sind in Deutschland eine Illusion. Staatshochschulen müssen derzeit damit leben, dass der Staat aus (partei-)politischen Gründen sie alimentiert, ihnen eine Finanzierung über Studiengebühren verwehrt und ihre Abhängigkeit vom sog. goldenen Zügel (lies: von den Unterhaltszahlungen) zur planwirtschaftlichen Lenkung nutzt. Private Universitäten und Fachhochschulen können wenigsten in diesem finanziellen Bereich marktwirtschaftlich agieren, ansonsten beschränkt das jeweilige Landeshochschulrecht auch ihr Aktivitätsspektrum.

Internationalisierung

Sie ist eine unaufhaltsame Entwicklung, die nationale Grenzen in mehrfacher Hinsicht überschreitet. Dank der weltweiten Logistik, Informations- und Kommunikationstechnik öffnen sich die Staaten für Menschen und Waren, Dienstleistungen und Kapitalströme. Regierungen und Parlamente, Unternehmen und Verbände schließen internationale Abkommen; selbst in den Gerichten wächst die Internationalität von Prozessen und Urteilen. Vorreiter dieser Internationalisierung waren seit Jahrhunderten Entdecker, Eroberer, Missionare, Geistes- und Naturwissenschaftler, Mediziner, Juristen, Künstler und Sportler. War die Internationalisierung früher auf Teilbereiche, Regionen und Kontinente beschränkt, erstreckt sie sich heute auf den ganzen Globus.
Für Staat und öffentliche Verwaltung in Deutschland ist die Internationalisierung zuvörderst an die Hierarchie von Recht und Gesetz und Rechtsprechung geknüpft. Inter- und multinationale Abkommen, Richtlinien (z.B. der EU), Verträge, Völkerrecht, Mitgliedschaften und Gerichtsentscheidungen dominieren die heimischen Souveränitätsrechte. Die Urteile des EU-Gerichtshofs tangieren sogar die Grundrechte, deren Schutz sich in erster Linie auf europäischer Ebene abspielt. Innerhalb solcher Vorgehen erfolgt der Grundrechtsschutz in Deutschland, so dass das Bundesverfassungsgericht kaum mehr oberste und originäre Entscheidungsmacht beanspruchen kann. Auch das sog. Vorabentscheidungsersuchen zielt in diese Richtung, wenn ein nationales Gericht den Europäischen Gerichtshof um die verbindliche Auslegung des EU-Rechts bittet.
Durch die europäische Prädominanz erreicht Europa eine innere Kohäsion – durchaus vergleichbar mit Art. 31 Grundgesetz („Bundesrecht bricht Landesrecht"), der den staatlichen Zusammenhalt in Deutschland gewährleistet.
Der Internationalisierung folgt die Internationalität. Sie ist weniger gut ablesbar am Umfang nationaler Bindungen an internationale Gebote und Verbote, sondern besser ersichtlich an Hand der Handelsbilanz, Lizenzbilanz, der Niederlassung ausländischer Firmen hierzulande und einheimischer Firmen im Ausland, der Zahl ausländischer Beschäftigter, der Zahl der Ein- und Auswanderer, der Studierendenmobilität (mit Incomern und Outgoern), der Geschäfts- und Ferienreisenden ins Aus- und Inland, der Beteiligung an internationalen Konferenzen, Kooperationen, Forschungs- und Entwicklungsprojekten, Produkten, Publikationen, des Gebrauchs fremder Sprachen usw. In den Behörden, Schulen, Hochschulen, Rundfunkanstalten, Sozialversicherungen, Krankenhäusern und bei Trägern öffentlicher Belange (nach dem Städtebauförderungsgesetz) äußert sich die Internationalität im Ausmaß angewandten Diversity Managements, das nationale Bedingungen mit internationalen Erfordernissen zu harmonisieren versucht.

Voucher-System

Man kennt es von der Touristikbranche. Im Reisebüro oder via Internet kauft man beispielsweise Hotelleistungen und erhält dafür einen Gutschein. Diesen Voucher löst man in einem vereinbarten Hotel ein. Er kann auch eine Hotelkette umfassen und die Wahl des zur Kette gehörenden Hotels (in der einen oder anderen Stadt) frei stellen. Das Agenturgeschäft bzw. der Vermittlungsdienst mit Buchung und Abrechnung facht dann gegebenenfalls den ketteninternen Wettbewerb an. Enthält der Voucher auch Leistungen anderer gelisteter Hotels (z.B. für eine zehntägige Rundreise in Skandinavien, Kanada oder USA), wird er zu einem generellen Konkurrenzstimulanz.

Milton Friedman (1912–2006), Wirtschaftsprofessor, Liberalist und einflussreicher Vertreter der Chicagoer Schule, entwarf 1955 ein Voucher-System für Bildungsträger. Danach sollen ihnen öffentliche Mittel nicht mehr unmittelbar, sondern über den Umweg über Schüler und Auszubildende zufließen. An die Stelle der Objektförderung tritt die Subjektförderung. Der auf den Namen der Person lautende und nicht übertragbare Bildungsgutschein ermöglicht die Auswahl eines Bildungsträgers. Dieser löst den Gutschein zur Finanzierung seiner Kosten bei der Staatskasse ein. Der Wert des Vouchers ist bei Friedman grundsätzlich unabhängig vom elterlichen Einkommen.

Man kann Voucher auch auf einkommensschwache Bevölkerungskreise beschränken. Letzteres macht die Bundesagentur für Arbeit, wenn sie Gutscheine für berufliche Weiterbildung nach § 81 Abs. 4 Sozialgesetzbuch III für bestimmte Bildungsziele, regional begrenzt und zeitlich befristet Arbeitslosen und Arbeitnehmern zur Verfügung stellt und ihnen die Auswahl eines Trägers der Weiterbildung überlässt. In bescheidenem Umfang existieren in manchen Städten Ansätze, Gutscheine zu verkaufen oder (mit oder ohne Antrag) zu verschenken, um zum Beispiel Kindertagesstätten auswählen, Lernmittel beziehen, Nachhilfeunterricht aussuchen, in Sportvereinen trainieren und Volkshochschulkurse belegen zu können. Auch hier spielen soziale Gesichtspunkte die Hauptrolle, zu wettbewerblichen Wirkungen kommt es nur am Rande.

Es ist eine offene Frage, ob man mit Hilfe eines Voucher-Systems die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit von Schulen und Hochschulen in Deutschland erhöhen kann. Abgesehen von ideologischen Antworten, wonach staatliche Bildungseinrichtungen ihre Leistungen prinzipiell unentgeltlich anzubieten haben, ist die Voucher-Finanzierung höchst umstritten. Sie würde zwar Anreize stimulieren, Qualität und Kosten von Lehrkonzepten transparent zu gestalten, kompetente Lehrkräfte zu gewinnen und im Unterricht stärker Wert zu legen auf Interesse, Didaktik, Anwendungen und Wertevermittlung. Aber der Wettbewerb um leistungsfähige Schüler in Verbindung mit der sozialen Segregation benachteiligter oder behinderter Schüler und Studenten würde unter Umständen nur Teilerfolge bescheren. Es bleiben womöglich die Schulleistungen diskriminierter Gruppen zurück, scheiden Schulen oder Hochschulen aus Konkurrenzgründen aus dem Bildungsmarkt aus und müssen Versorgungsengpässe von staatlicher Seite insbesondere aufgrund der Schulpflicht kompensiert werden.

Trotz des Für und Wider des Voucher-Systems sollte man es in Pilotprojekten testen. Ein Nebeneinander von Objekt- und Subjektfinanzierung käme einem pluralen Schul- und Hochschulsystem entgegen und würde die bisherige Finanzierung der staatlichen Bildungseinrichtungen samt der staatlichen Direktsubventionen an private Bildungseinrichtungen auf den Prüfstand stellen.

Wirtschaftsförderung

Sie kann aus zwei Perspektiven betrachtet werden: volkswirtschaftlich-funktional und betriebswirtschaftlich-institutionell. Die erstgenannte Ansicht wird seit 400 Jahren diskutiert und teilweise realisiert. Die Territorialstaaten im 17. Jahrhundert verschrieben sich dem Merkantilismus. Sie förderten den Außenhandel – verbanden damit eine Protektion des Binnenhandels – und das Gewerbe. Im heutigen Sprachgebrauch handelt es sich um die Gestaltung und Beeinflussung des Wirtschaftssystems (Ordnungspolitik), einzelner Wirtschaftsabläufe (Prozesspolitik) und Wirtschaftsbereiche (Strukturpolitik). Oft verwendete Termini lauten in diesem Zusammenhang Industriepolitik, Beschäftigungspolitik, Regionalpolitik, Mittelstandspolitik, Subventionen und Regulierung.

Aus betriebswirtschaftlich-institutioneller Warte (salopp: Froschperspektive im Unterschied zur obigen Vogelperspektive) interessieren vor allem Fragen, welche Instrumente auf der kommunalen Ebene wie und mit welchem Erfolg eingesetzt werden (können). Kommunalpolitik und Kommunalverwaltungen fördern die örtliche Wirtschaft auf zweierlei Weise.

Sie schaffen erstens die Voraussetzungen für einen attraktiven Wirtschaftsstandort. Die ortsansässigen Handwerks-, Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen erwarten für sich unbürokratisches Agieren, eine intakte Infrastruktur und akzeptable Belastungen mit Steuern, Gebühren und Beiträgen. Sie begrüßen es, wenn die Gemeinde aktiv ist in puncto Haus- und Wohnungsbau, Schulen, Gesundheits- und Kultureinrichtungen, Ladengeschäfte sowie Erholungs- und Freizeitstätten, weil dies den Mitarbeitern und deren Familien zugute kommt. Im Hinblick auf die Kunden und Lieferanten und alle Einwohner unterstützen hohe Beschäftigung und Einkommen die Kaufkraft vor Ort.

Außer einer kontinuierlichen Bestandspflege und Entwicklung richtet sich die kommunale Wirtschaftsförderung zweitens an potentielle Unternehmen, Verbände und Behörden, um sie für seine Ansiedlung, Umsiedlung oder Existenzgründung zu gewinnen. Dazu bedarf es eines geeigneten Flächennutzungsplans, der Erschließung von Grundstücken, der benötigten Verkehrsanbindung und allgemein einer bedarfsadäquaten Ausstattung mit kommunalen Diensten und Einrichtungen. Eine unmittelbare Begünstigung einzelner Unternehmen verträgt sich jedoch nicht mit Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag i.d.F. vom 2. Oktober 1997, wenn dadurch der Wettbewerb verfälscht wird, die Förderung also andere Unternehmen diskriminiert.

Der kommunalen Wirtschaftsförderung widmen sich Bau-, Liegenschafts- oder eben Wirtschaftsförderungsämter und in größeren Städten und in den meisten Landkreisen Wirtschaftsförderungs-GmbHs. Gesellschafterinnen sind die Gemeinden, oft beteiligen sich auch Sparkassen und Volksbanken. Von ansiedlungswilligen Unternehmen wird es geschätzt, wenn sie „aus einer Hand" bedient werden, so dass man die administrativen Aufgaben gern bündelt. Als Aufgaben stellen sich unter anderem die Beratung von Betrieben, die Ermittlung von Standorten, der Erwerb und Tausch von Grundstücken und Gebäuden, vor allem auch ein zielstrebiges Marketing. Um Ansiedlungswildwuchs zu vermeiden und eine inspirierende, arbeitsteilige und kostengünstige Organisation namentlich für junge Unternehmen zu erreichen, sind häufig Innovations- und Technologieparks errichtet worden. In manchen Gemeinden in den alten Bundesländern bietet die Konversion Möglichkeiten, ehemalige oder abzuwickelnde Kasernen hierfür zu nutzen, während Kommunen in den neuen Bundesländern gegen Leerstände und Industriebrachen ankämpfen.

Dirk Weber*

Sozialhilferecht/Sozialverfahrensrecht

Sachverhalt:

Siehe anliegenden Aktenauszug.

Aufgabe:

Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten des Widerspruchs! Soweit Sie den Widerspruch für unzulässig halten, prüfen Sie hilfsgutachtlich weiter.

Bearbeitungshinweise:

1. Nehmen Sie von dem anliegenden Aktenauszug Kenntnis.
2. Unterstellen Sie, dass alle im Sachverhalt bzw. Aktenauszug getätigten Angaben bzw. Äußerungen richtig sind.
3. Soweit im Aktenauszug auf eine Anlage verwiesen wird, können Sie unterstellen, dass die Anlage (z. B. Vollmacht, Abdruck des Sparbuches) jeweils beigefügt wurde.
4. Die Multiple Sklerose (MS) ist eine chronische, fortschreitende, entzündliche Erkrankung des Zentralnervensystems (Gehirn und Rückenmark). Symptome der Multiple Sklerose sind u.a. Seh- und Sprachschwierigkeiten (verschwommene Sicht, unkontrollierbare Augenbewegungen, unklare Artikulation), Koordinations- und Gleichgewichtsschwierigkeiten und damit verbundene Schwindelgefühle, spastische Lähmungen. Die Multiple Sklerose führt also zu überwiegend körperlichen Problemen.
5. Frau Mechthild Munter ist 55 Jahre alt. Sie wurde von der Pflegekasse in die Pflegestufe 3 „eingeordnet".
6. Es ist zu unterstellen, dass das Abhilfeverfahren erfolglos durchgeführt wurde.
7. Eine Aufgabendelegation auf Städte und Gemeinden hat der Kreis Weser bezüglich der Hilfe zur Pflege nicht vorgenommen.
8. Der Rücklauf der Postzustellungsurkunde bestätigt den Zugang des Aufhebungs- und Erstattungsbescheides bei Frau Munter am 08.02.2014.
9. Die Beteiligung sozial erfahrener Personen (§ 116 SGB XII) ist nicht zu problematisieren.
10. Anlage: Kalender

Februar 2014	März 2014
01 Sa	01 Sa
02 So	02 So
03 Mo	03 Mo
04 Di	04 Di
05 Mi	05 Mi
06 Do	06 Do
07 Fr	07 Fr
08 Sa	08 Sa
09 So	09 So
10 Mo	10 Mo
11 Di	11 Di
12 Mi	12 Mi
13 Do	13 Do
14 Fr	14 Fr
15 Sa	15 Sa
16 So	16 So
17 Mo	17 Mo
18 Di	18 Di
19 Mi	19 Mi
20 Do	20 Do
21 Fr	21 Fr
22 Sa	22 Sa
23 So	23 So
24 Mo	24 Mo
25 Di	25 Di
26 Mi	26 Mi
27 Do	27 Do
28 Fr	28 Fr
	29 Sa
	30 So
	31 Mo

6 7 8 9 10 11 12 13

* Oberregierungsrat *Dirk Weber* ist hauptamtlicher Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

Bitte besuchen Sie uns im Internet unter
www.dvp-digital.de

KREIS WESER *DER LANDRAT*

Kreis Weser – Der Landrat – 32111 Weserdorf

Mechthild Munter
Westerflex-Straße 12

31111 Weserdorf

Abteilung 4
Fachgebiet 4.3
Sozialhilfe und Kriegsopferfürsorge
Ansprechpartner/in
Herr Müller
Zimmer 338
Telefon 05111/11-338
Zentrale 05111/11-0
Telefax 05111/11011-5125

Weserdorf, 04.02.2013

Mein Zeichen (Bitte stets angeben)
Mü/12345

Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)
hier: Anhörung gemäß § 24 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) zur Rücknahme und Erstattung von Leistungen nach dem SGB XII

Sehr geehrte Frau Mechthild Munter,

Sie erhalten seit dem 01.01.2005 Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff. Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) in Form der häuslichen Pflegehilfe.

Mit Bewilligungsbescheid vom 03.01.2005 habe ich Ihnen Leistungen der Hilfe zur häuslichen Pflege entsprechend den Möglichkeiten der Pflegestufe 3 gewährt. Im Rahmen Ihres Antrags gaben Sie an, über 3.214,00 € Sparguthaben zu verfügen. Die monatlichen Leistungen wurden Ihnen jeden Monat neu überwiesen, ohne dass ich meinen Leistungszeitraum begrenzt habe. Aufgrund formblattmäßigen Überprüfungsantrags auf Weitergewährung von Pflegeleistungen vom 05.01.2010 wurde die Sozialhilfe weiter bewilligt. Änderungen in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen wurden nicht vorgetragen.

Auf Seite 3 des Formblattes, unmittelbar über für Ort, Datum und Unterschrift des Antragstellers vorgesehenen Zeilen, findet sich folgender Hinweis:

„Vorstehende Angaben habe ich nach bestem Wissen und Gewissen gemacht, insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind von mir lückenlos angegeben worden. Mir ist bekannt, dass ich wegen wissentlich falscher Angaben strafrechtlich verfolgt werden kann und zu Unrecht erlangte Hilfe erstatten muss".

Des Weiteren wurden Sie im ursprünglichen Bewilligungsbescheid auf Ihre Mitwirkungsverpflichtungen hingewiesen.

Ein Datenabgleich mit dem Bundesamt für Finanzen hat jetzt ergeben, dass Sie im Jahr 2012 Zinserträge in Höhe von 4.000,00 € erhalten haben. Dies lässt darauf schließen, dass Sie über ein Vermögen deutlich über der Vermögensfreigrenze verfügen. Solches Vermögen ist vorrangig vor der Gewährung von Sozialhilfeleistungen einzusetzen. Das „ungeschützte Vermögen" führt vermutlich dazu, dass Sie Sozialhilfeleistungen zu Unrecht erhalten haben.

Aufgrund des dargestellten Sachverhalts ist zu prüfen, ob eine Aufhebung aller in der Vergangenheit gewährten Leistungen in Frage kommt und die überzahlten Leistungen von Ihnen nach § 45, § 50 SGB X zu erstatten sind. Für die Zukunft werde ich voraussichtlich meine bisher erbrachten Leistungen einstellen.

Um die genaue Höhe des Erstattungsbetrages festzustellen, bitte ich Sie, mir das bisher hier nicht bekannte Sparbuch, auf dem die o.g. Zinserträge zu verzeichnen sind, vorzulegen. Weitere mir nicht bekannte Sparguthaben sind ebenfalls anzuzeigen.

Bevor ein entsprechender Aufhebungs- und Erstattungsbescheid erlassen wird, ist Ihnen als Beteiligten nach § 24 Absatz 1 SGB X Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

Ich gebe Ihnen daher vor meiner Entscheidung die Möglichkeit, sich bis zum 20.02.2013 zu dem dargestellten Sachverhalt zu äußern. Sollten Sie von Ihrem Anhörungsrecht keinen Gebrauch machen, werde ich nach Aktenlage entscheiden.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

Müller

(Unterschrift)

Hinweis auf § 45 SGB X:

Gemäß § 45 Abs. 1 SGB X darf ein Verwaltungsakt, der einen rechtlich erheblichen Vorteil gewährt, soweit er rechtswidrig ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt darf nicht zurück genommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

Auf den Vertrauensschutz gem. § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X kann sich ein Begünstigter nicht berufen, soweit

1. er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat,

2. der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Betroffene vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat, oder

3. er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat.

Ludwig Munter
Westerflex-Straße 12
31111 Weserdorf

Weserdorf, 11.02.2013

An
Kreis Weser – Der Landrat
Abteilung Sozialhilfe
Herr Müller
32111 Weserdorf

Eingang:
12.02.2013

Ihr Schreiben vom 04.02.2013
Wahrnehmung des Anhörungsrechts

Sehr geehrter Herr Müller,

zunächst einmal weise ich auf die anliegend beigefügte Vollmacht vom 09.02.2013 hin. Danach bin ich als Ehemann von Mechthild Munter bevollmächtigt, die Interessen meiner Ehefrau „in allen Angelegenheiten rund um die Frage zur Rückzahlungsforderung des Sozialamtes“ wahrzunehmen (vgl. beigefügte Vollmacht).
Ich nehme im Namen meiner Ehefrau wie folgt zu den Vorwürfen Stellung:

Meine Ehefrau ist zwar geistig nicht eingeschränkt, infolge der fortgeschrittenen multiplen Sklerose-Erkrankung aber in ihrer motorischen Sprachfähigkeit stark behindert. Die übliche Kommunikation mit den Pflegekräften und den Verwandten, insbesondere mit meiner im Haus wohnenden 86-jährigen Schwiegermutter, beschränkt sich naturgemäß auf den unmittelbar notwendigen Kommunikationsbereich im Rahmen der Verrichtungen des täglichen Lebens. Für dritte Personen ist eine Kommunikation über Sachverhalte, die über die unmittelbaren Lebensbedürfnisse hinausgehen, stark erschwert und zeitintensiv, da diesbezügliche Gespräche meine Ehefrau stark anstrengen und situationsbedingt Erschöpfung und Unwillen hervorrufen. Der Gesundheitszustand meiner Ehefrau hat sich in den letzten Jahren weiter verschlechtert.

Zur Erhaltung des bisherigen persönlichen Umfeldes bewohnt meine Ehefrau seit etwa zwei Jahren eine behinderten- und altersgerecht ausgebaute Wohnung. Ein Dachgeschossausbau ist fest eingeplant. Der Dachgeschossausbau ist erforderlich, um eine separate eigene Wohnung für eine oder zwei Betreuungspersonen zu schaffen, die in Zukunft sicher meine Ehefrau, möglicherweise aber auch meine Schwiegermutter und ggf. auch mich vor allem nachts betreuen müssen. Zu Dritt haben wir uns seit Jahren in gegenseitiger Hilfsbedürftigkeit und Hilfegewährung stark aneinander gewöhnt und wollen unter allen Umständen im angestammten Wohnbereich bleiben. Die Kosten des Ausbaues hat ein Architekt auf brutto 195.000,00 € geschätzt.

Das Vermögen meiner Ehefrau und mir umfasst auf unserem bislang nicht angegebenen Sparbuch 253.571,18 €. Eine Zusammenstellung ist in der Anlage beigefügt. Daraus können Sie ersehen, dass unser Guthaben ab dem 01.01.2006 – also ein Jahr nach Hilfebeginn – stetig angewachsen ist, von zunächst ca. 3.214,00 € (auf dem angegebenen Sparbuch) auf die heutige Summe. Vgl. Zusammenstellung in der Anlage.

Im Hinblick auf die geschilderten Kommunikationserschwernisse sind weder bei meiner Ehefrau noch bei mir in der Vergangenheit Sozialhilfeleistungen thematisiert worden. Erst auf Ihr Schreiben hin habe ich mich der Angelegenheit angenommen. Die Ersparnisse sind durch jahrelanges Ansparen der Rentenzahlungen gebildet worden, die von meiner Schwiegermutter auf das Konto getätigt wurden. Weder ich noch meine Ehefrau haben von einer derartig hohen Summe gewusst. Ein Teil der Ersparnisse ist sicherlich auch durch eigene Rücklagen gebildet worden, weil Kosten der Lebensführung durch meine Schwiegermutter getragen wurden.

Mit freundlichen Grüßen

Ludwig Munter

(Unterschrift)

KREIS WESER — **DER LANDRAT**

Kreis Weser – Der Landrat – 32111 Weserdorf

Mit Postzustellungsurkunde
Mechthild Munter
Westerflex-Straße 12

31111 Weserdorf

Abteilung 4
Fachgebiet 4.3
Sozialhilfe und Kriegsopferfürsorge
Ansprechpartner/in
Herr Müller

Zimmer	338
Telefon	05111/11-338
Zentrale	05111/11-0
Telefax	05111/11011-5125

Weserdorf, 07.02.2014

Mein Zeichen (Bitte stets angeben)
Mü/12345

Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)
hier: Rücknahme- und Erstattungsbescheid gemäß den §§ 45 und 50 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X)

Sehr geehrte Frau Munter,

1. hiermit nehme ich meinen Bewilligungsbescheid vom 03.01.2005 mit Wirkung ab dem 01.01.2006 sowie alle weiteren betreffenden, ggf. konkludent per Überweisung ergangenen, Bewilligungsbescheide bis zum 31.03.2013 zurück (§ 45 Absatz 1 SGB X).
2. Die für Sie zu Unrecht erbrachten Leistungen in dem o.g. Zeitraum in Höhe von 100.018,00 € fordere ich gemäß § 50 Absatz 1 SGB X von Ihnen zurück. Die genaue Ermittlung dieses Betrages können Sie der Sachverhaltsschilderung entnehmen.

Begründung:

I. Sachverhaltsdarstellung

Sie haben vom 01.01.2005 bis zum 31.03.2013 Leistungen der Hilfe zur Pflege erhalten. Ab dem 01.04.2013 habe ich die Hilfe wegen vorrangig einzusetzendem Vermögen eingestellt. Ihr Vermögen beläuft sich zum Zeitpunkt der Leistungseinstellung auf 253.571,18 €.

Insgesamt ist in dem Zeitraum ab dem 01.01.2006 eine Überzahlung von 100.018,00 € entstanden. Diese Überzahlung ergibt sich aus monatlichen Zahlungen von mir in Höhe von 1.163,00 €, die ich für Leistungen der häuslichen Pflege, insbesondere für Leistungen in Form der besonderen Pflegekraft (§ 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII), aufgebracht habe.

Da Sie während des gesamten Zeitraums über vorrangig einzusetzendes Vermögen verfügten, war meine Hilfeleistung während des gesamten Bewilligungszeitraums rechtswidrig.

Mit Schreiben vom 04.02.2013 habe ich Ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 24 SGB X gegeben. Von Ihrem Anhörungsrecht haben Sie bzw. ihr Ehemann stellvertretend Gebrauch gemacht. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich auf Ihr eigenes Schreiben.

II. Rechtliche Würdigung

Aufgrund des Sachverhaltes bin ich gemäß § 45 SGB X berechtigt, meine Bewilligungsbescheide mit Wirkung für die Vergangenheit aufzuheben, denn die Leistungsgewährung war rechtswidrig.

Die Bescheide waren rechtswidrig, weil Sie vorrangig ihr Vermögen einzusetzen haben. Da dies nicht geschah, habe ich unter Verstoß gegen sozialhilferechtliche Vorschriften zu Unrecht Sozialhilfe ausgezahlt.

Gemäß § 45 Abs. 2 SGB X kann ich begünstigende rechtswidrige Verwaltungsakte nur unter Beachtung von Vertrauensschutz zurücknehmen. Einen solchen Vertrauensschutz genießen Sie nicht, da Sie auf Ihre Mitwirkungsverpflichtungen hingewiesen worden sind und daher wissen mussten oder zumindest grob fahrlässig nicht wussten, dass die Sozialhilfegewährung rechtswidrig ist. In allen Bescheiden und Anträgen ist darauf hingewiesen worden, dass Sie jedes Einkommen und Vermögen und jede Änderung der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse mitteilen müssen. Das Vorhandensein von den o.g. hohen Vermögenswerten muss Ihnen bekannt gewesen sein.

Soweit mir Ermessen hinsichtlich der Rücknahme eingeräumt ist, kann es auch zu keiner anderen Entscheidung kommen. Sozialhilferechtliche Zahlungen werden aus allgemeinen Steuermitteln finanziert. Es ist daher notwendig, mit diesen Mitteln sparsam umzugehen. Es ist vor dem beschriebenen Hintergrund nicht gerechtfertigt, zu Unrecht ausgezahlte Sozialhilfemittel beim Begünstigten zu belassen. Es ist deshalb gerechtfertigt, von einer Rücknahme nicht, auch nicht teilweise, abzusehen.

Gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Insgesamt fordere ich somit gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X von Ihnen die für die Zeit vom 01.01.2006 bis 31.03.2013 unrechtmäßig erbrachten Leistungen i. H. v. insgesamt 100.018,00 € zurück.

Bitte zahlen Sie den rückständigen Betrag auf folgendes Forderungskonto ein:

Kreis Weser, Sparkasse Weser, IBAN DE23 4766 0123 0012 0902 11. Als Verwendungszweck ist folgendes Zeichen „Mü 12345“ und ihr Name anzugeben.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der im Kopf dieses Schreibens angebenden Stelle einzulegen. Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, so würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet werden.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

Müller

(Unterschrift)

Ludwig Munter
Westerflex-Straße 12
31111 Weserdorf

Weserdorf, 11.03.2014

Eingang:
11.03.2014

An
Kreis Weser – Der Landrat
Abteilung Sozialhilfe
Herr Müller
32111 Weserdorf

Ihr Schreiben vom 07.02.2014
Hier: Widerspruch

Sehr geehrter Herr Müller,

Ihr o.g. Schreiben, bei meiner Ehefrau wohl am 08.02.2014 eingegangen, habe ich erst am 18.02.2014 „zu Gesicht" bekommen. Meine Frau hatte mir erst an diesem Tag das Schreiben weitergereicht.

Hiergegen erhebe ich **Widerspruch.** Zur Begründung verweise ich auf meine Äußerungen im Rahmen der getätigten Anhörung.

Ich hoffe, Sie ändern noch einmal Ihre Meinung. Gerade im Rahmen des auszuübenden Ermessens kann man – finde ich – auch zu einer anderen Entscheidung kommen. Oder würden Sie gerne 100.000,00 € zurückzahlen? Ich finde, Sie hätten wenigestens eine nur anteilige Rückforderung in Erwägung ziehen können.

Vor allem gebe ich zu bedenken, dass bei einer Hilfeempfängerin der Pflegestufe 3 mit schwerster Erkrankung und einem sich verschlechternden Gesundheitszustand nicht verlangt werden kann, die absolute Vollständigkeit und Richtigkeit sowie Äußerungen in den Anträgen zu verstehen. Meine Ehefrau hat den Antrag vom Januar 2005 sowie den Weiterbewilligungsantrag nur unterschrieben, ausgefüllt wurde er von meiner betagten Schwiegermutter. Ich finde, dass hier auch eine Verantwortung Ihrerseits vorhanden ist, so dass Sie auch Rückfragen und Nachforschungen hätten vornehmen müssen, wenn eine Schwersterkrankte mit zittriger Unterschrift einen solchen Antrag stellt.

Mit freundlichen Grüßen

Ludwig Munter

(Unterschrift)

Lösung

Der Widerspruch hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

1.1 Sozialrechtsweg, § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG analog

Das Widerspruchsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren (vgl. auch § 62 SGB X), dessen (erfolglose) Durchführung zugleich Sachentscheidungsvoraussetzung eines späteren gerichtlichen Verfahrens ist. Deshalb muss derselbe Rechtsweg wie für die gerichtliche Klage gegeben sein. Hier ist der **Sozialrechtsweg** nach der zu § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO geltenden abdrängenden Sonderzuweisung gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG analog eröffnet, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in einer Angelegenheit der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) handelt. Die streitentscheidenden Normen sind dort – im SGB XII – zu suchen.

1.2 Statthaftigkeit, § 78 SGG

Die Statthaftigkeit des Widerspruchs richtet sich nach § 78 SGG. Danach ist der Widerspruch nur statthaft, wenn richtige Klageart im Sozialrechtsstreit entweder die Anfechtungsklage (§ 78 Abs. 1 SGG) oder die Verpflichtungsklage (§ 78 Abs. 3 SGG) ist. Gemäß § 78 Abs. 1 SGG ist vor Erhebung der Anfechtungsklage die Recht- und Zweckmäßigkeit des (angegriffenen) Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nachzuprüfen. Die Anfechtungsklage strebt die Aufhebung des Verwaltungsaktes an (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 1 SGG). Dies ist auch hier das Ziel der Widerspruchsführer, wenn sie die Beseitigung des Aufhebungs- und Erstattungsverfügung vom 07.02.2014 begehren.

Der Widerspruch ist aber weiterhin nur statthaft, wenn die in Streit befindliche Aufhebungs- und Erstattungsverfügung als Verwaltungsakte im Sinne des § 31 SGB X zu qualifizieren sind.

Hieran bestehen im Ergebnis keine Zweifel, da alle Merkmale – auch ohne nähere Überprüfung – erfüllt sind. Ein entsprechendes Ergebnis erzielt auch die sog. **Kehrseitentheorie**: da der Erstattungsanspruch einschließlich der Aufhebungsentscheidung die Kehrseite zum Leistungsanspruch darstellt und die Bewilligung in Form des Verwaltungsaktes erfolgt, teilt der Erstattungsanspruch als Kehrseite der Bewilligung dessen rechtliche Eigenschaft als Verwaltungsakt.

Im Ergebnis liegen somit zwei Verwaltungsakte vor (Aufhebungsentscheidung und Erstattungsbegehren). Beide Verwaltungsakte sind eng miteinander verbunden (vgl. § 50 Abs. 3 Satz 2 SGB X), so dass der Widerspruch sich gegen beide Verwaltungsakte richtet.

Ein Ausnahmegrund, der ein Absehen von der Durchführung des Widerspruchverfahrens rechtfertigt (vgl. § 78 Abs. 1 Satz 2 SGG), ist nicht ersichtlich. Insbesondere sind die Bestimmungen des § 110 JustG NRW nicht zu beachten, da diese Norm sich nur auf Ausnahmeregelungen zu § 68 VwGO bezieht.

Der Anfechtungswiderspruch ist damit statthaft.

1.3 Beteiligungsfähigkeit

Gemäß § 62 2. HS. SGB X i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X[1] sind Beteiligte diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat. Die Vorschrift kommt dann zum Zuge, wenn kein Antrag vorliegt und die Behörde von Amts wegen tätig wird.

Beteiligter kann nur der sein, der von einer Maßnahme behördlich betroffen ist. Die Eigenschaft als Beteiligter verlangt das Vorliegen der Beteiligungsfähigkeit. Beteiligungsfähigkeit besitzen nach § 62 2. HS. SGB X i.V.m. § 10 Nr. 1 SGB X natürliche Personen. Mechthild Munter ist Inhaltsadressatin („materielle Adressatin") des Aufhebungsbescheides. An sie richtet das Jobcenter ihr Aufhebungs- und Erstattungsbegehren. Sie ist damit von der Regelung materiell betroffen und Subjekt des Verfahrensrechtsverhältnisses (bzw. im Gerichtsstreit: Prozessrechtsverhältnis). Als natürliche Person ist sie auch beteiligungsfähig.
Die Beteiligungsfähigkeit des Kreises Weser folgt aus § 10 Nr. 1 SGB X. Danach sind juristische Personen beteiligungsfähig. Der Kreis Weser ist eine Gebietskörperschaft (§ 1 KrO NRW). Körperschaften sind juristische Personen des öffentlichen Rechts.

1.4 Handlungsfähigkeit

Gemäß § 62 2. HS SGB X i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 SGB X sind natürliche Personen handlungsfähig, wenn sie nach bürgerlichen Recht geschäftsfähig sind. Frau Munter ist 50 Jahre alt, damit volljährig und grundsätzlich geschäftsfähig.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich auch keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit aus Gründen der Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB. Die Krankheit Multiple Sklerose ist auch „nur" eine körperliche Erkrankung und keine geistige. Damit ist die Handlungsfähigkeit gegeben.

Soweit sich Frau Munter durch ihren Mann vertreten lässt, ist eine solche Vertretung ausdrücklich nach § 62 2. HS SGB X i.V.m. § 13 SGB X erlaubt. Einschränkungen können sich nur aus der Vollmacht ergeben. Die Vollmacht soll aber „alle" Angelegenheiten rund um die Fragen des Rückforderungsanspruchs umfassen. Daher ist die Vollmacht dahingehend auszulegen, dass sie auch die Durchführung des Widerspruchverfahrens umfasst.

Für den Kreis Weser handelt der Landrat als gesetzlicher Vertreter (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 SGB X i.V.m. § 42 lit. e) KrO NRW).

1.5 Widerspruchbefugnis, § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG analog

Der Widerspruchsführer muss nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG analog behaupten (können), selbst und unmittelbar in einem subjektiven Recht möglicherweise verletzt zu sein. Frau Munter ist von einem belastenden und eingreifenden Aufhebungs- und Erstattungsbescheid betroffen. Der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes kann sich immer zumindest auf eine potentielle Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG berufen, da niemand sich durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit einschränken lassen muss (sog. Adressatentheorie). Die Widerspruchbefugnis ist daher zu bejahen.

1.6 Ordnungsgemäße Widerspruchseinlegung

Zu überprüfen sind die Voraussetzungen des § 84 SGG. Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 SGG ist der Widerspruch binnen eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerten bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Stelle einzureichen, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Die Monatsfrist gilt nicht, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt wurde (§ 66 Abs.2 SGB X). Eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheides, löst aber die Jahresfrist aus (§ 66 Abs. 2 Satz 1 SGG).

Die Belehrung über den Rechtsbehelf (§ 36 SGB X, § 84 SGG, § 66 Abs.1 SGG) ist in der Aufhebungs- und Erstattungsverfügung erfolgt. Fraglich ist, ob sie richtig ist.

Wählt die Behörde eine förmliche Zustellung des Bescheides (wie hier in Form einer Postzustellungsurkunde), ist an Stelle der Bekanntgabe auf die Zustellung abzustellen, da der Begriff „Bekanntgabe" zu unpräzise ist und deshalb nicht verwandt werden darf[2]. Der Grund für diese notwendige Differenzierung hinsichtlich der eindeutigen Verwendung der Rechtsbegriffe „Bekanntgabe" und „Zustellung" liegt darin, dass die rechtlich wirksame Zustellung und die tatsächliche Bekanntgabe auseinanderfallen können, so dass beim Empfänger Verwirrung über den Fristlauf entstehen kann.

1 Die Vorschriften § 70 SGG (Beteiligungsfähigkeit) und § 71 SGG (Prozessfähigkeit) des Sozialgerichtsgesetzes können ebenfalls angewandt werden. Da die §§ 77 ff. SGG, die die Regelungen im Sozialgerichtsgesetz für das Widerspruchsverfahren beinhalten, aber keinen Verweis auf die genannten Paragraphen vornehmen, gelten die §§ 70, 71 SGG bei genauer juristischer Betrachtung nur für das Gerichtsverfahren.

2 Vgl. BSG, Urteil vom 09.12.2008, B 8/9b SO 13/07 R, FEVS 60, 550.

Bei der Formulierung der hier verwendeten Rechtsbehelfsbelehrung wurde darauf geachtet. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist daher korrekt, so dass die Monatsfrist für die Erhebung des Widerspruchs zu beachten ist.

An der Einhaltung der Monatsfrist können Zweifel bestehen. Der Aufhebungs- und Erstattungsbescheid, gegen den sich der Widerspruch richtet, ist mittels Postzustellungsurkunde gemäß § 65 Abs. 2 SGB X i.V.m. § 3 VwZG NRW ausweislich der Einlassung von Frau Munter bzw. dem Bearbeitungshinweis am 08.02.2014 zugestellt und damit bekanntgegeben. Gemäß § 3 Abs. 2 VwZG NRW i.V.m. § 177 ZPO findet die Zustellung grundsätzlich durch Übergabe des Schriftstücke an die Person, der dieses zugestellt werden soll, statt[3]. Eine Drei-Tages-Vermutung gibt es bei der Postzustellungsurkunde nicht.

Gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 SGG endet eine nach Monaten bestimmte Frist mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher nach Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt. Der Tag der Bekanntgabe war der 08.02.2014, seine Zahl entspricht der 08.03.2014. Die Widerspruchsfrist läuft daher gemäß § 64 Abs.2 SGG[4] am 08.03.2014, 24:00 Uhr ab. Dieser Tag ist ein Samstag. In einem solchen Fall endet gemäß § 64 Abs. 3 SGG die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages, mithin am 10.03.2014 (24:00 Uhr). Der Widerspruch ist der Kreisverwaltung frühestens am 11.03.2014 zugegangen und damit nicht mehr fristgerecht.

Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn ein anderer Fristbeginn in Frage kommt. Als Fristbeginn könnte der Tag gelten, indem der bevollmächtigte Ehemann Kenntnis von dem Aufhebungs- und Erstattungsbescheid erhalten hat. Dieser Tag ist der 18.02.2014.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG NRW **sind** Zustellungen an den Bevollmächtigten zu richten, wenn er schriftliche Vollmacht vorgelegt hat. Herr Munter hat als Ehemann schriftliche Vollmacht vorgelegt. Die Behörde hatte bei der Frage des Adressaten des Bescheides kein Auswahlermessen und musste sich daher an Herrn Munter wenden. Soweit die Behörde der Vorschrift nicht folgt, ist keine wirksame Bekanntgabe erfolgt. Insofern kann auch keine Frist beginnen. Nicht bekanntgegebene Verwaltungsakte sind sogar unwirksam (§ 39 Abs. 1 SGB X im Umkehrschluss).

Eine Heilung kann nach § 8 VwZG erfolgt sein. Lässt sich danach die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist der Bescheid unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, gilt der Bescheid als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist (vgl. auch § 189 ZPO[5]). Die Vorschrift bezieht sich nur auf die **fehlerhafte** Zustellung („formgerechte Zustellung"), nicht aber auf die fehlende Zustellung (str., a. A. gut vertretbar[6]). Ist also an eine falsche Person zugestellt, kommt eine Heilung nach § 8 VwZG grundsätzlich nicht in Frage. Die fehlende Heilung führt dazu, dass bereits keine Zustellung im Sinne des § 2 Abs. 1 VwZG NW erfolgt ist.

Als geheilt anzusehen ist ein Zustellungsmangel aber auch nach dem Grundsatz der „**überholenden Kausalität**" dann, wenn der Adressat die Handlungen vorgenommen hat, die ihm durch den in Frage stehenden Verwaltungsakt aufgegeben waren oder für die der Verwaltungsakt maßgeblich war, z. B. einen Rechtsbehelf eingelegt hat und sich aus der fehlerhaften Bekanntgabe keine weiteren Nachteile ergeben. Er kann sich dann nachträglich nicht mehr darauf berufen, dass die Bekanntgabe oder Zustellung fehlerhaft war. Unabhängig von § 8 VwZG entfallen die Folgen einer fehlerhaften Zustellung außerdem, sobald ein gegen den Verwaltungsakt in Betracht kommender Rechtsbehelf, ohne dass der Mangel gerügt wurde, eingelegt wird.[7] Hier ist der Bescheid Herrn Munter als dem eigentlich Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen. Es kann daher von einem Zugang ausgegangen werden, und zwar in dem Moment, indem es Herr Munter von seiner Ehefrau tatsächlich erhalten hat. Dies war nach eigener Bestätigung der 18.02.2014. Eine „Heilung" ist insofern nur für die Zukunft möglich und nicht für die Vergangenheit.

Spätestens aus der Erhebung des Widerspruchs ergibt sich der Nachweis des tatsächlichen Zugangs. Damit ist der Verstoß gegen zwingende Zustellungsvorschriften durch den tatsächlichen Zugang geheilt. Erst am 18.02.2014 galt (im Rahmen der hier vorliegenden Fiktionsregelung) der Bescheid als zugestellt. Der am 11.03.2014 erhobene Widerspruch ist damit innerhalb eines Monats noch fristgemäß im Sinne des § 84 SGG erhoben worden.

Der Kreis Weser ist die Stelle, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Der Kreis ist daher auch die richtige Stelle, bei der der Widerspruch zu erheben ist.

Der Widerspruch ist schriftlich zu erheben. Schriftform bedeutet auch Unterschrift des Widerspruchsführers (vgl. § 126 Abs. 3 BGB). Der Widerspruch wurde schriftlich mit Unterschrift von Herrn Munter eingereicht. Herr Munter vertritt die eigentliche Widerspruchsführerin Frau Munter kraft gewillkürter Vollmacht (§ 13 Abs. 1 SGB X). Die Vollmacht ermächtigt zu allen das Verwaltungsverfahren betreffenden Verfahrenshandlungen. Das Handeln von Herrn Munter wird gemäß § 85 Abs. 1 ZPO analog seiner Ehefrau zugerechnet.
Der Widerspruch wurde also ordnungsgemäß erhoben.

3 Sofern niemand in der Wohnung/den Geschäftsräumen und Einrichtungen angetroffen werden kann, findet gemäß § 3 Abs. 2 VwZG NRW i.V.m. § 180 ZPO die Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten statt. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück nach § 180 S. 2 ZPO als zugestellt.

4 Überwiegend wird angenommen, dass sich die Fristberechnung nach § 64 SGG und nicht nach §62 2. HS SGB X, § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. §§ 187 ff. SGG richtet. Dafür spricht, dass § 64 SGG im Kapitel der „gemeinsamen Verfahrensvorschriften" des Sozialgerichtsgesetzes steht und insofern das Sozialgerichtsgesetz nach § 62 SGB X vorrangig anzuwenden ist. Darüber hinaus verweist § 84 Abs. 2 Satz 3 SGG auf § 66 SGG, der seinerseits inhaltlich an § 64 SGG (Fristablauf) anknüpft. Ergebnisrelevante Unterschiede bestehen in Anwendung beider Fristberechnungsmöglichkeiten aber nicht. Soweit das BGB Anwendung finden soll, gilt: Gemäß § 187 BGB handelt es sich bei der Widerspruchsfrist um eine sog. Ereignisfrist, weil der Tag der Zustellung (Bekanntgabe) ein Ereignis darstellt. Dies bedeutet, dass gemäß § 187 Abs. 1 BGB der Tag des Ereignisses (hier Zustellung) nicht bei dem Fristbeginn berücksichtigt wird. Fristbeginn ist mithin der 09. Februar 2014, 0:00 Uhr. Fristende ist gemäß § 188 Abs. 2 BGB der 08. März 2014, 24:00 Uhr. Dieser Tag ist ein Samstag. In einem solchen Fall endet gemäß § 193 BGB die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages, mithin am 10.03.2014 (24:00 Uhr).

5 § 189 ZPO lautet: Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist.

6 Es wird die Auffassung vertreten, dass § 8 Abs. 1 VwZG NRW nur Zustellungsfehler anlässlich des Zustellungsvorganges erfasst und ein zugestelltes Schriftstück voraussetzt.

7 VG Greifswald, Beschluss vom 02.02.2000, 2 A 1516/99, juris; vgl. auch Hessischer VGH, Urteil vom 11.03.1985, V OE 5/82, juris.

2. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde folgt aus § 85 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGG. Danach erlässt den Widerspruchsbescheid in Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung die Selbstverwaltungsbehörde, soweit nicht durch Gesetz anderes bestimmt wird.

Gemäß § 1 Abs. 1 AG-SGB XII NRW führen die Kreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der Sozialhilfe (örtliche Träger) und die Landschaftsverbände als überörtliche Träger der Sozialhilfe (überörtliche Träger) die Aufgaben der Sozialhilfe als Selbstverwaltungsangelegenheit durch, soweit sie nicht Geldleistungen nach dem Vierten Kapitel SGB XII erbringen. Die Hilfe zur Pflege wird als Sozialhilfeaufgabe nach dem 7. Kapitel SGB XII vom Kreis Weser durchgeführt. Damit handelt es sich um eine Selbstverwaltungsaufgabe. Der Kreis Weser ist zuständige Widerspruchsbehörde und überprüft seinen eigenen Bescheid nochmals selbst.[8]

3. Begründetheit:

Der Widerspruch ist begründet, wenn der Aufhebungs- und Erstattungsbescheid rechtswidrig ist und Frau Munter dadurch beschwert ist (§ 78 Abs. 1 SGG, § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG); bei Ermessensverwaltungsakten ist der Widerspruch auch dann begründet, wenn ein rechtmäßiger Verwaltungsakt unzweckmäßig ist (vgl. § 78 Abs. 1 Satz 1 SGG).
Ermächtigungsgrundlage für die Erstattungsforderung für zu Unrecht geleistete Hilfe ist § 50 Abs. 1 SGB X. Soweit danach ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist, sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten. Der Widerspruch richtet sich gegen den gesamten Bescheid, mithin sowohl gegen die Aufhebungs- als auch gegen die Erstattungsentscheidung (s.o.). Beide Entscheidungen stellen Verwaltungsakte dar. Dabei ist die Erstattungsforderung von der Aufhebungsentscheidung inhaltlich abhängig. Vorrangig ist daher die Aufhebungsentscheidung zu überprüfen.
Diese kann aus formellen und/oder materiellen Gründen rechtswidrig sein.

3.1 Formelle Rechtmäßigkeit

3.1.1 Zuständigkeit

Zuständig für die Rücknahme des Verwaltungsaktes ist nach § 45 Abs. 5 i. V. m. § 44 Abs. 3 SGB X die zuständige Behörde. Die Vorschrift gilt im Unterschied zu § 48 Abs. 5 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) aufgrund des anderen Wortlauts nicht nur für die örtliche Zuständigkeit, sondern auch für die sachliche Zuständigkeit[9]. Es ist danach die Behörde zuständig, die den Leistungsfall wegen dem tatsächlichen oder gewöhnlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten aktuell bearbeitet. Der aktuell leistungserbringende Träger soll – nach dem Wortlaut – also auch für die Aufhebung zuständig sein.

Selbst bei einem zwischenzeitlichen Umzug soll – entgegen dem Wortlaut – für die Rücknahme eines Verwaltungsakts der Träger zuständig, der den Bewilligungsbescheid erlassen hat, auch wenn aktuell ein anderer Träger für die leistungsberechtigte Person zuständig ist[10].

Für die Aufhebung und den Erstattungsanspruch als **Kehrseite des Leistungsanspruchs ist die Behörde zuständig, die den Verwaltungsakt erlassen hat**, um dessen Rücknahme bzw. Aufhebung es geht.[11]

Es ist also zu untersuchen, wer die Bewilligungsbescheide zuständig war, da sich hieraus auch die Zuständigkeit für die Aufhebungs- und Erstattungsentscheidung ergibt.[12]

Die **sachliche Zuständigkeit** ergibt sich aus § 97 Abs. 1 SGB XII, § 97 Abs. 2 SGB XII i.V.m. § 2 lit.a) AG-SGB XII NRW i.V.m. § 2 AV-SGB XII. Danach wird für Leistungen der Hilfe zur häuslichen Pflege ein überörtlicher Träger nicht bestimmt. Deshalb verbleibt es bei der Regelzuständigkeit des § 97 Abs. 1 SGB XII, wonach für die Sozialhilfe grundsätzlich der örtliche Träger zuständig ist, soweit nicht der überörtliche Träger für zuständig erklärt wird.

Für die Sozialhilfe örtlich zuständig ist der Träger der Sozialhilfe, in dessen Bereich sich die Leistungsberechtigten tatsächlich aufhalten (§ 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Mechthild Munter wohnt in Westerdorf im Kreis Weser. Der Kreis Weser ist damit auch tatsächlich zuständig.

Eine Aufgabenübertragung der Zuständigkeiten nach § 99 SGB XII hat nicht stattgefunden. Deshalb verbleibt es bei der Zuständigkeit des Kreises Weser.

3.1.2 Anhörung

Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (§ 24 Abs. 1 SGB X).

Die Aufhebungs- und Erstattungsentscheidung stellt einen Verwaltungsakt dar (s.o.). Dieser ist auch „eingreifend", da sich eine vorhandene Rechtsposition (ein „status quo") verschlechtert, indem zuvor bewilligte Leistungen gemindert und damit entzogen wird. Ein status quo verwandelt sich also in einen status quo minus.

Beteiligte des Verfahrens ist Frau Munter (s.o., vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X).

Eine Anhörung war notwendig und ist auch durchgeführt worden. Es ist unschädlich, dass das Anhörungsrecht vom Bevollmächtigten wahrgenommen wurde. Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 3 SGB X ermächtigt die Vollmacht zur Wahrnehmung der Verfahrenshandlungen. Dazu gehört auch die Anhörung.

Die im Anhörungsschreiben gemachten Angaben beinhalteten alle entscheidungserheblichen Informationen, damit sich Frau Munter bzw. Herr Munter sachgerecht äußern konnte. Vor diesem Hintergrund beinhaltete das Schreiben u.a. die wesentliche Information,

8 Selbst bei einer etwaigen Delegation der Aufgabe auf Städte und Gemeinden (vgl. § 99 Abs. 1 SGB XII) erlassen die Kreise als örtliche Träger der Sozialhilfe den Widerspruchsbescheid (§ 99 Abs. 1 HS 2 SGB XII).

9 Vgl. BSG, Urteil vom 09.06.1999, B 6 KA 70/98 R, juris.

10 Vgl. BSG, Urteil vom 23.05.2012, B 14 AS 133/11 R, SGb 07/2013. 416; OVG Münster, Urteil vom 22.01.1998, 8 A 940/96, FEVS 49, 6 = ZFSH/SGB 2001, 416 = NWVBl. 1998, 356; SG Detmold, Urteil vom 24.06.2010, S 6 AY 68/09, ZfF 2011, 200.

11 Bayerischer VGH, Urteil vom 09.08.1999, 4 B 99.779, juris = NVwZ 2000, 829.

12 Folgt man der Kehrseitentheorie, ist auch diese Prüfung nicht notwendig.

dass bislang Vermögen bei der Berechnung der Leistungshöhe unberücksichtigt geblieben ist. Außerdem wurde die beabsichtigte Maßnahme in Aussicht gestellt. Damit bestand hinreichend Möglichkeit zur Stellungnahme, von der Herr Munter als Bevollmächtigter auch Gebrauch gemacht hat.

3.1.3 Bekanntgabe

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist der Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Daher ist der Verwaltungsakt **grundsätzlich** an den **Beteiligten zu adressieren.** Insoweit ist Frau Munter richtiger Bekanngabeadressat.

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 SGB X kann die Bekanntgabe gegenüber dem Bevollmächtigten vorgenommen werden. Bei Anwendung dieser Vorschrift kann es ermessensgerecht sein, trotz Bevollmächtigung (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 SGB X) den Verwaltungsakt – wie hier geschehen – an Frau Munter und nicht an den bevollmächtigten Ehemann zuzustellen.

Allerdings wird auch diese Vorschrift im Fall der förmlichen Zustellen durch § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG NRW verdrängt. Dann entfällt das Wahlrecht, wenn der Bevollmächtigte – wie hier – schriftliche Vollmacht vorgelegt hat. Danach muss an den Bevollmächtigten zugestellt werden. Gegen diese Vorschrift wurde verstoßen. Die nicht wirksame (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 1 SGB X) Bekanntgabe aufgrund des Zustellungsfehlers wird aber gemäß § 8 VwZG NRW geheilt (s.o.).

3.1.4 Begründung

Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist zu begründen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 SGB X). In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X). Die Begründung von Ermessensentscheidungen muss auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist. Die Ausübung des Ermessens orientiert sich an den Maßstäben des § 39 SGB I.

Der Aufhebungs- und Erstattungsbescheid ist zwar nicht umfänglich begründet, genügt aber im Ergebnis den Anforderungen. Die tragenden Gründe der Entscheidung sind der Beteiligten mitgeteilt worden. Hierzu gehört das verschwiegene Vermögen und die dadurch hervorgerufene Rechtswidrigkeit der Sozialhilfegewährung. In rechtlicher Hinsicht ist die Ermächtigungsgrundlage genannt (hier: § 45 SGB X), auf dem der Verwaltungsakt ruht. Des Weiteren wurden die maßgebenden Tatbestandsmerkmale (Rechtswidrigkeit, Vertrauensschutz) im Rahmen einer Subsumtion kurz erläutert. Auf der Rechtsfolgeseite wurde Ermessen ausgeübt, indem insbesondere der fiskalische Gesichtspunkt für eine Aufhebung für die Vergangenheit betont wurde.

Zwar geht der Bescheid unzureichend auf die im Rahmen der Anhörung und in der Widerspruchsbegründung vorgetragenen Sachargumente von Herrn Munter ein. § 35 SGB X verlangt aber nur die Darlegung der „wesentlichen" Gründe. Dieser Anforderung wurde Rechnung getragen.

Soweit dennoch ein Mangel in der Begründung gesehen wird, kann dieser durch den Widerspruchsbescheid nach § 41 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGB X geheilt werden.

3.1.5 Form

Ein Verwaltungsakt kann grundsätzlich schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden (vgl. § 33 Abs. 2 Satz 1 SGB X). Nach § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB X ist die zu erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen. Diese Festsetzung soll mit der Aufhebungsentscheidung verbunden werden (§ 50 Abs. 3 Satz 2 SGB X). Damit ist vorgegeben, dass der Verwaltungsakt schriftlich erlassen werden muss. Dieser Anforderung wurde Rechnung getragen.

3.2 Materielle Rechtmäßigkeit

3.2.1 Bestimmtheit

Sowohl die Erstattungsforderung als auch die Aufhebungsentscheidung müssen inhaltlich hinreichend bestimmt sein (§ 33 Abs. 1 SGB X).

Das Bestimmtheitserfordernis als materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung verlangt zum einen, dass der Verfügungssatz eines Verwaltungsaktes nach seinem Regelungsgehalt in sich widerspruchsfrei ist und den Betroffenen bzw. Beteiligten bei Zugrundelegung der Erkenntnismöglichkeiten eines verständigen Empfängers in die Lage versetzen muss, sein Verhalten daran auszurichten[13]. Zum anderen muss der Verwaltungsakt eine geeignete Grundlage für seine zwangsweise Durchsetzung bilden[14].

Eine Aufhebungs- und Erstattungsverfügung muss

- den oder die Bescheide nennen, die aufgehoben werden sollen (Datum des/der aufzuhebenden Bescheide),
- der Inhaltsadressat nennen, der von der Aufhebung betroffen ist,
- den inhaltlichen und zeitlichen Aufhebungsumfang nennen,
- die Hilfeart nennen, um die es geht.

Der vorliegende Bescheid benennt den ursprünglichen sowie die Folgebescheide, erklärt die monatlichen Aufhebungsbeträge in der Begründung, spezifiziert den konkreten Erstattungsbetrag, benennt Frau Munter als Betroffene sowie die Rücknahme der ursprünglich gewährten Hilfe zur Pflege. Ein Verstoß gegen die Bestimmtheitsanforderungen ist nicht ersichtlich.

Soweit Folgebescheide nicht konkret benannt werden, genügt dies dennoch den Anforderungen an die Bestimmtheit, weil die Folgebescheide – sollte sie es geben – hinreichend bestimmbar sind. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass weitere Bewilligungsbescheide im Rücknahmezeitraum nicht erlassen worden sind. Schließlich werden auch alle Bewilligungen in vollem Umfang zurückgenommen. Insoweit ist der Tenor nicht missverständlich.

Die Erstattungsforderung nimmt Bezug auf die Rücknahmeentscheidung und ist deshalb ebenfalls bestimmt genug.

13 BSG, Urteil vom 17.12.2009, B 4 AS 20/09 R, BSGE 105, 194 = SGb 2010, 663, m.w.N.
14 BVerwG, Urteil vom 20.04.2005, 4 C 18/03, BVerwGE 123, 261 = NVwZ 2005, 933.

3.2.2 Ermächtigungsgrundlage

3.2.2.1 Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 50 Abs. 1 SGB X sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Für die Aufhebung von Verwaltungsakten kommen die §§ 44 ff. SGB X in Frage. Davon behandeln die §§ 45 und 48 SGB X die Aufhebung von rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten.

§ 45 SGB X findet Anwendung, wenn der Verwaltungsakt bereits zum Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war und deswegen geändert werden sollte. § 48 SGB X findet Anwendung, soweit nach Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung eine wesentliche Änderung eintritt.

Leistungen der Sozialhilfe (SGB XII) nach dem 3. sowie 5. bis 9. Kapitel unterliegen – mit Ausnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII – dem Bedarfsdeckungsprinzip. Leistungen sollen danach keine rentenähnlichen Dauerleistungen darstellen, sondern nur eine individuelle, gegenwärtige und damit konkrete Notlage im laufenden Monat beseitigen[15]. Insofern ist ein in der Sozialhilfe ergangener Verwaltungsakt kein Dauerverwaltungsakt. Sofern nicht in jedem Monat ein neuer förmlicher Bescheid erlassen wird, sondern nur die tatsächliche Auszahlung vorgenommen wird, stellt die Auszahlung einen nach § 33 Abs. 2 SGB X konkludent ergangenen Verwaltungsakt dar[16].

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Behörde ausdrücklich die Hilfegewährung als Dauerverwaltungsakt beabsichtigt. Dies kann z.B. dadurch geschehen, dass Sie die Leistung durch Datumsangaben für einen bestimmten Zeitraum gewährt oder indem sie die Leistung „bis auf Weiteres" und damit zunächst unbegrenzt bewilligt.

Aus dem Anhörungsschreiben des Kreises Weser ergibt sich, dass ein Bewilligungszeitraum ausdrücklich nicht vorgesehen war; der Hilfefall sollte also nicht für eine gewisse Zeit in die Zukunft und damit auf gewisse Dauer geregelt werden, sondern in Abhängigkeit von der jeweiligen Bedürftigkeit, demnach stets zur Behebung einer gegenwärtigen Notlage. Damit gilt der Regelfall, so dass es sich eine monatliche Neugewährung handelt und nicht um einen Dauerverwaltungsakt.

In solchen Fällen sind die ergangenen Verwaltungsakte nach § 45 SGB X aufzuheben.

3.2.2.2 Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

3.2.2.2.1 Begünstigender, rechtswidriger Verwaltungsakt

Gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB X darf ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt) auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen des 45 Abs.2 bis Abs.4 SGB X ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden, soweit er rechtswidrig ist.

Die Begünstigung ergibt sich daraus, dass durch den Bewilligungsbescheid vom 03.01.2005 sowie alle Folgebewilligungen der Anspruch auf häusliche Hilfe zur Pflege als Geldleistung bestätigt wurde.

Zu prüfen ist, ob die aufzuhebenden Bewilligungsbescheide rechtswidrig sind bzw. waren.

Eine formelle Rechtswidrigkeit der aufzuhebenden Bescheide steht nicht zur Diskussion und bedarf keiner Betrachtung.

In Frage kommt eine materielle Rechtswidrigkeit. Gemäß § 19 Abs. 3 SGB XII wird Hilfe zur Pflege geleistet, soweit den Leistungsberechtigten, ihren nicht getrennt lebenden Ehegatten die Aufbringung der Mittel nicht aus dem Einkommen oder Vermögen nach den Vorschriften des Elften Kapitels (§§ 82 ff. SGB XII) zuzumuten ist.

Frau Munter erfüllt offensichtlich die sachlichen Voraussetzungen für einen Leistungsbezug. Sie gilt aufgrund der Feststellung der Pflegeversicherung als pflegebedürftig (vgl. Bearbeitungshinweis). Der Sozialhilfeträger ist an die Feststellung der Pflegeversicherung gemäß § 62 SGB XII gebunden. Die Voraussetzungen nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII können als erfüllt betrachtet werden. Frau Munter gehört zum anspruchsberechtigten Personenkreis.

Gemäß § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII können die angemessenen Kosten einer besonderen Pflegekraft übernommen werden, soweit diese erforderlich sind. Hinsichtlich des Leistungsumfangs ergeben sich ebenfalls keine Hinweise auf eine fehlerhafte Leistungserbringung.

Fraglich ist allein, ob die wirtschaftlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Rechtswidrigkeit kann sich aus dem verschwiegenen Vermögen ergeben.

Gemäß § 90 Abs. 1 SGB XII muss es sich zunächst um verwertbares Vermögen handeln. Das verschwiegene Vermögen beträgt ca. 253.000,00 €. Da es auf dem Sparbuch der Eheleute liegt, kann es dort jederzeit zur Deckung der Sozialhilfekosten abgehoben und eingesetzt werden. Soweit das Sparbuch dem Ehemann gehört, hat dies auf die Entscheidung keine Auswirkung, weil der Ehemann sein Vermögen ebenfalls für seine Ehefrau einsetzen muss (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII).

In der Äußerung von Herrn Munter im Rahmen der Anhörung wird zum Ausdruck gebracht, dass das Guthaben durch Einzahlungen der Schwiegermutter entstanden sei. Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass es sich nicht um Vermögen von dem Ehepaar Munter handelt. Dagegen spricht aber, dass es sich um das Sparbuch der Eheleute handelt und daher zu deren Vermögen zählt. Es ist auch unerheblich, von wem die Gelder auf dem Sparbuch stammen – ob aus Ansparungen der Eheleute oder Schenkungen der Schwiegermutter. Maßgeblich ist allein die Inhaberschaft des Sparbuchs. Alles andere – z.B. ein Treuhandkonto – müsste vorgetragen werden und einem Fremdvergleich (Vertrag zwischen Dritten) standhalten. Eine von dem Normalfall abweichende Regelung ist von Herrn Munter nicht konkretisiert vorgetragen oder nachgewiesen. Nach den Regeln der objektiven Beweislast geht auch die Unerweislichkeit einer vom Normalfall abweichenden, atypischen Fallgestaltung – hier also die Möglichkeit, die Eheleute

15 Vgl. BVerwG, Urteil vom 30.11.1966, 5 C 29/66, BVerwGE 25, 307 = FEVS 14, 243 = NDV 1967, 281; BVerwG, Urteil vom 14.07.1977, 5 C 23/76, FEVS 26, 1.

16 Vgl. BSG, Urteil vom 17.06.2008, B 8/9b AY 1/07 R, BSGE 101, 49 = FEVS 60, 193 = NVwZ-RR 2009, 243; BSG, Urteil vom 29.10.1992, 10 RKg 4/92, NZS 1993, 279; BVerwG, Urteil vom 15.11.1967, 5 C 71/67, BVerwGE 28, 216 = FEVS 15, 361 = NDV 1968, 113; OVG Münster, Urteil vom 24.03.1993, 24 A 1093/90, NDV 1994, 72 = FEVS 44, 330 = NVwZ 1993, 393.

Munter hätten die Gelder trotz ihrer Kontoinhaberschaft (möglicherweise) nicht zugestanden – zu Lasten derjenigen, die eine Abweichung vom Normalfall behaupten (hier: Eheleute Munter).

Es handelt sich mithin um verwertbares Vermögen im Sinne von § 90 Abs. 1 SGB XII.

Ein Schutz dieses Vermögens kann sich aus § 90 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII ergeben. Danach darf die Sozialhilfe nicht abhängig gemacht werden vom Einsatz eines sonstigen Vermögens, solange es
- nachweislich
- zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung
- eines Hausgrundstücks im Sinne des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII bestimmt ist,
- soweit dieses Wohnzwecken behinderter (§ 53 Abs. 1 Satz 1 SGB XII und § 72 SGB XII) oder pflegebedürftiger Menschen (§ 61 SGB XII) dient oder dienen soll und
- dieser Zweck durch den Einsatz oder die Verwertung des Vermögens gefährdet würde.

Diesen Vermögensschutz machen die Eheleute Munter geltend, wenn sie vortragen, dass zur Erhaltung des bisherigen persönlichen Umfeldes seit etwa zwei Jahren ein behinderten- und altersgerechter Ausbau der Dachgeschosswohnung geplant sei.

Allerdings ist dieser Ausbau nicht für Frau Munter vorgesehen, sondern für zwei Betreuungspersonen. Nach § 90 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII ist das Vermögen nur geschützt, wenn es dem Wohnzweck pflegebedürftiger Menschen selbst dient. Einen eigenen – sogar pflege- und behindertengerechten – Wohnraum besitzen die Eheleute bereits. Es wäre mit den Grundsätzen des Sozialhilferechts (z.B. Existenzsicherung, Bedarfsdeckung, Nachrangprinzip, Ausfallbürge, steuerfinanzierte Leistung etc.), das ein Leben nur in bescheidenen Verhältnissen sichern will, nicht vereinbar, wenn Sozialhilfeempfängern eine über den Normalfall hinausgehende besondere Privilegierung zukommt, indem deren Haus über den gewöhnlichen Standard hinaus für betreuende Dritte ausgebaut wird.

Nach § 90 Abs.2 Nr. 3 i.V.m. § 90 Abs. 2 **Nr. 8** SGB XII ist im Sinne der sog. „Kombinationstheorie" auch nur ein **angemessenes** Haus für die hilfebedürftigen Personen und ihrer Angehörigen bzw. in der Einsatzgemeinschaft lebenden Angehörigen geschützt. Dritte Personen werden von der Vorschrift nicht erfasst, so dass für diese die Angemessenheitsgrenze nicht erweitert werden darf. Die „Angemessenheit" bezieht sich sowohl auf die Größe als auch auf den Wert. Ein Dachgeschoßausbau, deren Wert sich auf 195.000,00 € beläuft und damit den Immobilienwert beträchtlich steigert, dürfte die Angemessenheitsgrenze deutlich überschreiten.
Hinzu kommt, dass eine Betreuung bereits durch Pflegekräfte erfolgt, so dass die Unterbringung von weiteren Betreuungskräften unverhältnismäßig erscheint. Die Erforderlichkeit eines solchen Ausbaus ist daher auch vor diesem Hintergrund fragwürdig.

Zwar kann durch den Begriff „Erhaltung" die Vorschrift auch dahingehend ausgelegt werden, dass eine Immobilie ebenfalls geschützt werden soll, die „nur" zweckdienlich verbessert werden soll. Aber selbst unter einer solchen Annahme ist eine **„baldige"** Verbesserung der räumlichen Umgebung nicht konkret feststellbar. Der Architekt hat die voraussichtlichen Kosten nur „geschätzt". Eine **konkrete, zeitnahe Beauftragung** des Architekten ergibt sich aus dem Vortrag der Beteiligten nicht.

Die Tatsache, dass bereits seit zwei Jahren der Ausbau geplant sei und die Unterbringung von zwei Betreuungspersonen nicht konkret vorgetragen ist, lässt darauf schließen, dass eine Investition in naher Zukunft nicht geplant ist. Eine „baldige" Investition ist daher nicht vorgetragen.

Mithin ist ein Vermögensschutz über § 90 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII nicht erzielbar.

Der Barbetrag nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII beläuft sich ebenfalls nur auf 3.214,00 € (§ 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII, § 96 Abs. 2 SGB XII i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 VO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII). Dieser nicht zweckgebundene Vermögensschonbetrag ist seit dem 01.01.2006 überschritten.

Hinweise auf eine Härte nach § 90 Abs. 3 SGB XII liegen nicht vor.

Vor dem beschriebenen Hintergrund liegen die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Hilfe zur Pflege ab dem 01.01.2006 nicht mehr vor. Ab diesem Zeitpunkt wurde die Hilfe rechtswidrig gewährt.

3.2.2.2.2 Rücknahme unter den einschränkenden Bedingungen des § 45 Abs. 2 bis Abs. 4 SGB X

In Betracht kommt die Rücknahme der Verwaltungsakte für die Vergangenheit, rückwirkend ab dem 01.01.2006. Nur in den Fällen der Bösgläubigkeit im Sinne von § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X (und § 45 Abs. 3 Satz 2 SGB X) kann der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X).

Zu prüfen sind also die Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X.

Bei der Frage der „Bösgläubigkeit" bzw. generell bei der Frage des subjektiven Vertrauensschutzes (vgl. § 45 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 SGB X) sind die Verhältnisse bei Erlass (Bekanntgabe) des aufzuhebenden Verwaltungsaktes maßgebend. Das bedeutet, dass ein im Zeitpunkt des Erlasses entstandenes Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes nicht dadurch beseitigt wird, dass der Begünstigte erst später die Rechtswidrigkeit erkennt oder hätte erkennen können.[17] Allerdings ist dies vorliegend unerheblich, da die Bewilligungen monatlich neu erfolgten (s.o.).

Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 3 **Nr. 3** SGB X[18] kann sich der Begünstigte trotz des Verbrauchs von Leistungen (vgl. § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X)

17 Vgl. BSG, Urteil vom 04.02.1998, B 9 V 24/96 R, SGb 1998, 409.

18 Die Klausurbearbeiter können ebenso gut auf § 45 Abs. 2 Satz 3 **Nr. 2** SGB X abstellen. Zwar behandelt § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X eher das „aktive Tun" und § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X eher das „passive schuldhafte Unterlassen". Der verschuldeten unvollständigen oder unrichtigen (aktiven) Angabe von Umständen im Sinne von § 45 Abs. 2 Satz 3 **Nr. 2** SGB X steht das **Verschweigen bzw. Unterlassen** von Umständen gleich, wenn eine **Mitteilungspflicht** nach § 60 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 SGB I deshalb bestand, weil die Umstände für die fragliche Leistung rechtlich erheblich waren und dies dem Betroffenen auch bekannt war oder sein musste. Dies ist hier zu bejahen, weil die Beteiligten aufgrund der Hinweise im Antrag und durch Hinweise auf ihre Mitwirkungsverpflichtungen wussten, dass die Vermögensverhältnisse leistungserheblich sind.
Zwischen den unterlassenen Angaben und der Hilfegewährung besteht auch eine Kausalität. Der Kreis Weser hat erst durch einen Datenabgleich mit dem Bundesamt der Finanzen von den wirklichen Vermögensverhältnissen erfahren, nicht aber aufgrund der Angaben von Frau Munter während des Sozialhilfebezuges. Die unrichtigen Angaben der Frau Munter über ihre Vermögensverhältnisse waren somit ursächlich für die rechtswidrige Sozialhilfegewährung.

auf Vertrauen nicht berufen, soweit er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt. Der Betroffene muss die einfachsten, ganz nahe liegenden Überlegungen nicht angestellt und deshalb dasjenige nicht beachtet haben, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss. Die Beurteilung hat unter Berücksichtigung der individuellen Einsicht- und Urteilsfähigkeit des Leistungsempfängers zu erfolgen.[19]

Die Hilfeempfängerin hat den Antrag persönlich unterschrieben. Sie wurde auf ihre Mitwirkungspflichten wie auch auf die besondere Bedeutung der Einkommens- und Vermögensangaben für die Sozialhilfegewährung aufmerksam gemacht. Letzteres unmittelbar durch eine entsprechende Textpassage oberhalb ihrer Unterschrift.

Das für die Hilfeempfängerin die Vermögensangaben nicht völlig bedeutungslos sind bzw. waren zeigt sich darin, dass Sie ein Sparkonto immer angegeben hat. Sie hätte folglich auch wissen müssen, dass die Vermögensentwicklung dem Kreis Weser anzuzeigen ist. Zwar kommt es auf die persönliche Einsichtsfähigkeit an. Frau Munter ist aber nicht geistig behindert, sondern lediglich körperlich erkrankt. Der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit scheidet insoweit nicht krankheitsbedingt aus (wie z.B. bei einer Demenz). Die Einsichtsfähigkeit als Voraussetzung eigenverantwortlichen Handelns hat im Übrigen auch Herr Munter nicht in Zweifel gezogen, wenn er sich im Rahmen der Anhörung dahingehend äußert, dass seine Ehefrau zwar geistig nicht eingeschränkt sei, in Folge der fortgeschrittenen Erkrankung jedoch ihre motorische Sprachfähigkeit stark behindert sei.

Trotz der Sprachbehinderung war daher Frau Munter in der Lage, die Bedeutung von wahrheitsgemäßen Angaben und die Folgen ihrer Nichtbeachtung bei Beantragung von Sozialhilfe zu erfassen.

Nach den Äußerungen von Herrn Munter sind auf dem Sparbuch nicht nur Einzahlungen der Schwiegermutter, sondern auch eigene Einzahlungen getätigt worden. Des Weiteren erfordert die Eröffnung eines Kontos auf den Namen eines Kontoinhabers dessen Unterschrift; ein veränderter Kontostand führt regelmäßig zur schriftlichen Information des Kontoinhabers über den Kontostand – auch wenn es sich um ein Sparbuch handelt. Auch unter diesem Blickwinkel ist es unwahrscheinlich, dass Frau Munter nichts von dem Sparbuch wusste.

Es ist weiter widersprüchlich, wenn einerseits das Geld für einen Dachgeschoßausbau angespart werden soll und andererseits lt. eigener Aussage keine Kenntnis über die Höhe der Geldbeträge vorhanden sein soll. Die Behauptung von Herrn Munter, er und seine Ehefrau haben weder von den Konten noch von den darauf befindlichen Geldern Kenntnis gehabt, diese seien vielmehr quasi heimlich von deren (Schwieger-) Mutter angelegt worden, erscheint daher als Schutzbehauptung.

Verstärkt wird dies weiterhin dadurch, dass es sich nach Aussage von Herrn Munter um eine besonders enge Beziehung zwischen dem Ehepaar Munter und der (Schwieger-)Mutter handelt. Herr Munter gibt zu verstehen, dass es sich um ein von gegenseitiger Hilfsbereitschaft geprägtes Verhältnis handelt. Angesichts eines solchen Verhältnisses ist kaum vorstellbar, dass bei derartig guten Beziehungen ein großes Vermögen verschwiegen wird.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass Frau Munter die Fehlerhaftigkeit ihrer Angaben kannte, mindestens aber hätte sie die Rechtswidrigkeit der Hilfegewährung erkennen können.

Soweit man im Rahmen der Antragstellung von einem schuldlosen Handeln von Frau Munter ausgehen sollte, weil der Antrag ganz überwiegend von der Schwiegermutter ausgefüllt wurde, ist deren Handeln Frau Munter als Vertreterin zuzurechnen. Auch wenn keine schriftliche Vollmacht bestand, konnte der Sozialhilfeträger von einer Duldungsvollmacht ausgehen.

Es kommt ferner nicht darauf an, stets aufs Neue bei jedem Sozialhilfeantrag grob fahrlässig falsche oder unvollständige Angaben gemacht zu haben. Es reicht vielmehr aus, wenn dieser Schuldvorwurf bei Beginn des rechtswidrigen Leistungsbezugs zutrifft. Solange einzusetzendes Vermögen vorhanden ist, welches einer Sozialhilfegewährung (ganz oder teilweise) entgegen steht, „beruhen" alle folgenden Gewährungsbescheide auf den erstmals vorsätzlich oder fahrlässig gemachten falschen Angaben zum Vermögen. Das ergibt sich aus der Überlegung, dass der Kreis Weser bei wahrheitsgemäßer Angabe der Vermögensverhältnisse spätestens ab dem 01.01.2006 solange keine Hilfe mehr gewährt hätte, bis ein nicht mehr bedarfsdeckendes Vermögen (über der Freigrenze) hätte angegeben werden können.

Vorhandenes einzusetzendes Vermögen kann damit, solange es noch nicht eingesetzt oder verwertet wurde, Frau Munter Monat für Monat entgegengehalten werden; und zwar selbst dann, wenn es den Bedarf für den Bedarfszeitraum nicht gedeckt hätte. Ein fiktiver Vermögensverbrauch findet nicht statt. Bei Aufhebung der Leistungsbewilligung wegen fehlender Hilfebedürftigkeit aufgrund von Vermögen ist die gesamte überzahlte Leistung zu erstatten.[20]

Dies ist vorliegend unproblematisch, da der Vermögensbetrag höher ist als die gewährte Sozialhilfe. Im vorliegenden Fall wären demnach 100.018,00 € zu erstatten.
Im Ergebnis entfällt damit der Vertrauensschutz von Frau Munter. Eine Abwägung mit dem öffentlichen Interesse kommt nach § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X in einem solchen Fall nicht mehr in Betracht. Damit sind Einschränkungen für eine Rücknahme aus § 45 Abs. 2 SGB X nicht vorhanden.

3.2.2.2.3 Entscheidungsfrist

Die Rücknahme könnte aber aufgrund der Regelung in § 45 Abs. 4 SGB X eingeschränkt sein (vgl. § 45 Abs. 1 SGB X: „Rücknahme nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4").

Zu prüfen ist die Frist des § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X von einem Jahr, innerhalb derer die Behörde nach Kenntnisnahme von den eine Rücknahme begründenden Umständen reagieren muss. Bei der Frist handelt es sich um eine **Entscheidungsfrist**. Sie beginnt erst zu laufen, wenn

19 Vgl. BSG, Urteil vom 08.02.2001, B 11 AL 21/00 R, juris = FEVS 52, 494; Wiesner in: von Wulffen, Kommentar zum SGB X, 6. Auflage, § 45 Rn. 24.

20 BVerwG, 19.12.1997, 5 C 7/96, BVerwGE 106, 105 = NJW 1998, 1879 = FamRZ 1998, 547 = FEVS 48, 145; bestätigt durch 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.

- der Behörde **alle Tatsachen** bekannt sind **und**
- diese Tatsachen eine Rücknahmeentscheidung der Behörde **rechtfertigen und**
- – über den Wortlaut hinaus – die Behörde die **subjektive Erkenntnis der Rechtswidrigkeit** des Ausgangsbescheides gewonnen hat.[21,22]

Die Information aus dem Datenabgleich mit dem Finanzamt genügt nicht. Aufgrund dieser Basis hatte die Behörde nicht die Information über die Höhe des Vermögens. Dies ist wiederum für den Aufhebungsumfang von Bedeutung.

Die Tatsachen müssen so ausreichend bekannt sein, dass sie den Schluss für eine Rücknahme rechtfertigen. Der Kreis Weser hatte vollständige und gesicherte Tatsachenkenntnis erst mit der Vorlage des Sparbuchs, weil sich hieraus die Höhe des Vermögens ergibt. Dies geschah im Rahmen des Anhörungsschreibens von Herrn Munter am 11.02.2013.

Darüber hinaus genügt alleinige Tatsachenkenntnis nicht. Notwendig ist die Kenntnis über alle Umstände, die die Rücknahme **rechtfertigen**. Hierzu gehören auch die (subjektiven) Vertrauensschutzgesichtspunkte, die sich in der Regel erst im Rahmen einer durchgeführten Anhörung ergeben. Die Jahresfrist beginnt damit regelmäßig erst **nach erfolgter Anhörung**. Von seinem Anhörungsrecht hat Herr Munter mit Schreiben vom 11.02.2013 Gebrauch gemacht. Sofern das Schreiben der Behörde am darauffolgenden Tag zugegangen ist (siehe Eingangsstempel) und damit bekannt wurde, lief gemäß § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB ab dem nächsten Tag (13.02.2013) die Entscheidungsfrist.

Fraglich ist, ob die einjährige Entscheidungsfrist eingehalten worden ist. Die Entscheidungsfrist endet am 12.02.2014 (vgl. § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 188 Abs. 2 1. Alt. BGB). Der Rücknahme- und Erstattungsbescheid datiert vom 07.02.2014 und bewegt sich damit noch (knapp) innerhalb der Jahresfrist. Allerdings kommt es nicht darauf an, wann der Bescheid geschrieben worden ist oder abgesandt wurde, sondern wann dem Betroffenen der Festsetzungsbescheid **bekanntgegeben** wurde (§ 39 Abs. 1 SGB X, § 37 Abs. 1 SGB X).

Dies ist hier besonders problematisch, weil Frau Munter der Bescheid als Beteiligte des Verfahrens am 08.02.2014 mittels Postzustellungsurkunde zugestellt und damit bekannt gegeben wurde. Wie bereits oben ausgeführt, ist diese Bekanntgabe jedoch unwirksam, da an die falsche Person zugestellt wurde. Eine Heilung der Bekanntgabe ist erst am 18.02.2014 erfolgt und damit außerhalb der Jahresfrist.

Nach Ablauf der Entscheidungsfrist kann der Verwaltungsakt nicht mehr zurückgenommen werden. Der Ablauf der Jahresfrist steht also der Rücknahme entgegen.

Der Widerspruch ist zulässig und wegen Ablauf der Entscheidungsfrist begründet. Er hat daher Aussicht auf Erfolg.

Hilfsgutachtlich ist folgendes ergänzend zu sagen, soweit die Auffassung vertreten wird, dass die Aufhebung innerhalb der Entscheidungsfrist stattgefunden hat.

3.2.2.2.4 Rechtsfolge

Sofern für die Rücknahme keine Einschränkungen nach § 45 Abs. 2 SGB X bestehen, eröffnet § 45 Abs. 1 SGB X in einer solchen Fallkonstellation der Behörde die Möglichkeit, im Rahmen einer pflichtgemäßen (vgl. § 39 SGB I) Ermessensentscheidung über die Aufhebung des Bewilligungsbescheides zu entscheiden.

Die Ermessensausübung in dem Rücknahme- und Erstattungsbescheid beinhaltet nur in knapper Form Ermessensausübungen, indem insbesondere der Verzicht auf die Rücknahme rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte dem Erfordernis der ordentlichen Bewirtschaftung öffentlicher Mittel entgegengestellt wird. Kurz wird erwähnt, dass deshalb auch eine teilweise Aufhebung nicht möglich ist.

Weitere Ausführungen zum Ermessen sind dann nicht erforderlich, wenn im Rahmen der Rücknahme von Bescheiden gemäß § 45 SGB X und gerade in den Fällen der Bösgläubigkeit die Grundsätze des so genannten intendierten (gelenkten) Ermessens vertreten wird.[23]

Soweit unabhängig davon ein Ermessensfehler gesehen wird, ist dieser inhaltlicher Art. Aber auch inhaltliche Begründungsfehler können im Widerspruchsverfahren durch die Widerspruchsbehörde geheilt werden, soweit das Wesen des Verwaltungsaktes nicht verändert wird (sog. Nachschieben von Gründen).
Die Widerspruchsbehörde kann dann zusätzlich darauf abstellen, dass

- ein rechtmäßiger Zustand hergestellt werden muss, damit alle Sozialhilfefälle gleich behandelt werden;
- ein besonders ausgeprägtes schuldhaftes Verhaltens seitens Herrn und Frau Munter vorliegt, bei der über viele Jahre ein besonders hoher Vermögenswert nicht angezeigt wurde;
- ein teilweises Absehen von der Rücknahme angesichts der beträchtlichen Vermögenswerte sogar ermessensfehlerhaft wäre. Es ist zwar richtig, dass Frau Munter schwer krank ist, so dass an eine teilweise Rücknahme zu denken ist. Allerdings verbleiben selbst bei Durchsetzung der Rückforderung noch ca. 3/5 ihres Vermögens. Möglicherweise empfindet Frau Munter den Vermögensverlust angesichts ihres Gesundheitszustandes als besonders hart, weil sie hiervon erhöhte Kosten, die sie als Pflegebedürftige hat,

21 Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.01.2001, 8 C 8/00-, NJW 2001, 1440, BVerwG, Urteil vom 05.08.1996, 5 C 6/95, FEVS 47, 385, BVerwG, Urteil vom 19.12.1995, 5 C 10/94, DVBl 1996, 867; Beschluss des Großen Senats vom 19.12.1984 – BVerwG Gr. Sen. 1 und 2.84 –, BVerwGE 70, 357 (362 f., 364 f.) = NJW 1985, 819 = DVBl. 1985, 522.

22 Die subjektive Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Ausgangsbescheides bietet Möglichkeiten, den Beginn der Entscheidungsfrist durch die Behörde zu beeinflussen, ggf. sogar zu manipulieren. Die Behörde muss insoweit nur glaubhaft machen, z.B. durch einen Aktenvermerk, dass sie erst später die Bedeutung der Tatsachen für die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit erkannt hat. Faktisch beginnt die Jahresfrist in solchen Fällen dann, wenn der Sachbearbeiter den fertigen Rücknahmebescheid „im Kopf hat". Für den Sozialrechtsbereich ist eine höchstrichterliche Klärung zur Frage, ob über den Wortlaut hinaus die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit den Fristbeginn auslöst, noch nicht erfolgt. Das LSG Schleswig-Holstein (Urteil vom 19.11.2013, L 7 R 3/11) ist (mit guten Argumenten) der Meinung, dass die Jahresfrist „nur" aufgrund der objektiven Kenntnis der die Rücknahme ermöglichenden Tatsachen zu laufen beginnt, nicht hingegen die subjektive Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Fristbeginn auslöst.

23 Vgl. BayVGH, Urteil vom 19.12.2001, 12 B 99.1796, juris; BVerwG, Urteil vom 25.09.1992, 8 C 68/90, 8 C 70/90, BVerwGE 91, 82 = NJW 1993, 744; LSG Hamburg, Urteil vom 31.05.2007, L 5 AS 42/06, EuG 2008, 221 = ZEV 2008, 544.

decken kann. Der Gesetzgeber hat jedoch den Schutz eigenen Vermögens und damit die Einschränkung des sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatzes auf die im § 90 Abs. 2, Abs. 3 SGB XII genannten Fälle und vergleichbare Härtefälle beschränkt. Eine Härte ist jedenfalls dann nicht zu bejahen, wenn dem Hilfeempfänger nach Durchsetzung der Rückforderung noch 3/5 des Gesamtvermögens oder ca. 150.000,00 € verbleiben.

Vor diesem Hintergrund ist dann in sachgerechter Weise eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Rückzahlung zu Unrecht gewährter öffentlicher Gelder und dem Interesse des Hilfeempfängers am Fortbestand der rechtswidrigen Begünstigung ausgeübt worden.

3.2.3 Erstattungsforderung

Gemäß § 50 Abs. 1 SGB X sind, wenn ein Verwaltungsakt (auch durch Rücknahme) aufgehoben worden ist, erbrachte Sozialleistungen, zu erstatten. Im Gegensatz zur Rücknahmeentscheidung unterliegt die Rückforderung der dadurch zu Unrecht gewährten Leistungen keiner Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde.

4. Ergebnis der hilfsgutachtlichen Lösung

Soweit die Entscheidungsfrist der rechtmäßigen Aufhebung nicht entgegen stehen sollte, ist der Widerspruch zulässig, aber unbegründet. Er hat dann keine Aussicht auf Erfolg.

Rechtsprechung

Standplatzvergabe für Weihnachtsmarkt

(OVG Lüneburg, Urt. v. 16. 5. 2012 – 7 LB 52/11)

1. Das Kriterium der Attraktivität als Auswahlmaßstab für die Zulassung zu Weihnachtsmärkten in Fällen nicht ausreichender Kapazität begegnet als solches keinen prinzipiellen Bedenken; dieses Vergabeverfahren ist im Grundsatz gut geeignet, die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance im Rahmen des § 70 Abs. 3 GewO zu garantieren

2. Wenn aber in einem bestimmten Marktsegment die Attraktivität allein keine plausible Entscheidung begründen kann, ist zur Erreichung einer sachgerechten Ermessensausübung entweder das Kriterium der Attraktivität weiter auszudifferenzieren oder es ist auf zusätzliche objektive Kriterien zurückzugreifen; durch das andernfalls zum zentral bedeutsamen Maßstab erwachsende Kriterium „bekannt und bewährt" wird die Zulassungschance von Neubewerbern nicht hinreichend gewahrt.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Kläger (K) begehrt die Feststellung, dass die Ablehnung seines Antrags auf Zulassung zur Teilnahme am Weihnachtsmarkt 2009 in Hannover rechtswidrig gewesen ist. Mit Schreiben vom 10.3.2009 bewarb sich K neben weiteren 36 Bewerbern mit seinem Glühwein- und Feuerzangenbowlenstand um die Zulassung zur Teilnahme am Hannoveraner Weihnachtsmarkt, der von der Beklagten (B) in der Zeit vom 25.11. bis 23.12.2009 veranstaltet wurde. Seinem Antrag waren Lichtbilder des Standes sowie eine Liste über sein Warenangebot beigefügt. Mit Bescheid vom 29.5.2009 lehnte B diesen Antrag ab. Sie verwies auf die hohe Bewerberzahl, angesichts derer ihre Auswahlkommission eine Bewertung der Angebote anhand der Vergaberichtlinien für den Weihnachtsmarkt habe vornehmen müssen. Auswahlkriterium seien dabei vorrangig die Attraktivität nach Maßgabe des weihnachtlichen Warenangebots und der weihnachtlichen Gestaltung sowie ergänzend die Zuverlässigkeit der Bewerber nach dem Kriterium „bekannt und bewährt" gewesen. Unter dem Gesichtspunkt der Attraktivität sei der Stand des K als gleichwertig gegenüber den Mitbewerbern anzusehen, doch seien die Mitbewerber mit vergleichbarem Angebot unter dem Gesichtspunkt „bekannt und bewährt" vorzugswürdig. Sie, B, habe sich bei der Auswahlentscheidung nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen und nicht gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Ihre Auswahlkommission teile alle Bewerbungen in die Hauptkategorien „Kunsthandwerk und Weihnachtsartikel" sowie „Imbiss- und Getränkestände" ein und habe dazu wiederum sachliche Untergruppen gebildet. Die Zuweisung einer Anzahl bestimmter Standplätze je Kategorie diene der Zielsetzung, ein möglichst breit gefächertes Angebot zu schaffen. Das Kriterium der Attraktivität bemesse sich nach der weihnachtlichen Gestaltung der Stände und des Angebots. Von den 37 Bewerbern der Unterkategorie „Getränke" hätten nur 15 berücksichtigt werden können. Davon seien 11 Bewerber ausgewählt worden, bei denen die weihnachtliche Dekoration und Gestaltung der Stände als ausreichend angesehen wurde, um sogleich eine uneingeschränkte Zusage zu erhalten. Die Angebote weiterer fünf Bewerber, darunter auch das des K, hätten dem Kriterium der Attraktivität mit geringen Abstrichen entsprochen. Den vier Konkurrenten des K sei daraufhin nach Maßgabe des Hilfskriteriums „bekannt und bewährt" der Vorzug eingeräumt worden, da sie sich bereits in den vergangenen Jahren als zuverlässig erwiesen hätten. Diese vier Bewerber hätten daher eine Zusage mit der Auflage erhalten, die weihnachtliche Gestaltung ihrer Stände nach Maßgabe der „Dekorationsvorschriften" zu verbessern. Das VG hat die Klage des K abgewiesen; seine Berufung war demgegenüber erfolgreich.

II. Zur Rechtslage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage des K (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in entsprechender Anwendung) ist unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr – die ein Feststellungsinteresse begründet – zulässig und auch begründet. Die Auswahlentscheidung zulasten des K entspricht nach Ansicht des OVG nicht den Voraussetzungen des § 70 Abs. 3 GewO. Der Senat führt aus:

1. Grundsätzlich haben Marktteilnehmer gem. § 70 Abs. 1 GewO einen **Anspruch auf Zulassung** zu einem nach § 69 GewO **festgesetzten Weihnachtsmarkt**. Ein Veranstalter kann jedoch aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller von der Teilnahme ausschlie-

ßen (§ 70 Abs. 3 GewO). Insofern steht es grundsätzlich in seinem gerichtlich nur beschränkt nachprüfbaren Ermessen, nach welchem System er die erforderliche Auswahlentscheidung zwischen mehreren Anbietern trifft (Nds. OVG, Urt. v. 26.08.1981 – 9 A 65/81 –, NVwZ 1983, 49 <50>; Urt. v. 16.06.2005 – 7 LC 201/03 –, NVwZ-RR 2006, 177). Dieses **Verteilungsermessen** unterliegt neben den jede Ermessensentscheidung bindenden Grundsätzen vor allem den sich aus den Grundsätzen der Marktfreiheit ergebenden Schranken, da der in § 70 Abs. 1 GewO niedergelegte Grundsatz der Marktfreiheit durch die Ermessensregelung in dessen Abs. 3 nur modifiziert, nicht aber aufgehoben werden sollte (BVerwG, Urt. v. 27.04.1984 – 1 C 24.82 – NVwZ 1984, 585). Eine Auswahlentscheidung nach einem System, das **Neu- oder Wiederholungsbewerbern,** die nicht auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahr der Antragstellung noch in erkennbarem zeitlichen Turnus eine **Zulassungschance** einräumt, liegt in jedem Fall außerhalb der Ermessensgrenzen des § 70 Abs. 3 GewO (vgl. BVerwG Urt. v. 27.04.1984 – 1 C 24.82 – NVwZ 1984, 585; Nds. OVG, Urt. v. 18.07.2002 – 7 LB 3835/01 –, NJW 2003, 531 <532>).

2. Diesen Anforderungen halte die angegriffene Auswahlentscheidung der B nicht stand:

In dem hier betroffenen Angebotssegment „Getränke" auf einem Weihnachtsmarkt führt die konkrete Standplatzvergabe nach dem primären Kriterium der Attraktivität und einer nachgeschalteten Entscheidung nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt" in der Regel dazu, dass Neubewerber gegenüber den Altbeschickern in einer Weise benachteiligt werden, die ihnen keine realistische Zulassungschance eröffnet.

a) Die Anwendung des Kriteriums der **Attraktivität** als Auswahlmaßstab für die Zulassung zu Weihnachtsmärkten in Fällen nicht ausreichender Kapazität begegnet als solche keinen prinzipiellen Bedenken. Dieses Vergabeverfahren ist im Grundsatz gut geeignet, die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance im Rahmen des § 70 Abs. 3 GewO zu garantieren (OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 22.12.2000 – 11 A 11462/99 – Rz. 5 bei juris; VG Hannover, Urt. v. 09.12.2008 – 11 A 1537/07 –, GewArch 2009, 82 <83>; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 13). Vor allem in Ansehung der auf Weihnachtsmärkten vertretenen Anbieter von Kunsthandwerk und Weihnachtsartikeln ist dieses Kriterium durchaus gängig und vielfach geeignet, so schwierig eine Attraktivität im Einzelnen zu bestimmen oder zu vergleichen sein mag (vgl. VG Mainz, Urt. v. 16.02.2009 – 6 K 560/08 MZ – GewArch 2010, 313), eine sachgerechte Differenzierung vorzunehmen. Das Kriterium der Attraktivität kann daher grundsätzlich auch als **zulässiger Bewertungsmaßstab** für die einzelnen Anbieter i**nnerhalb bestimmter Marktsegmente** herangezogen werden, soweit dadurch Unterschiede identifiziert werden können, mögen sie auch gering sein (Bay. VGH, Beschl. v. 20.07.2011 – 22 ZB 10.1135 –, BayVBl. 2012, 118 <119>).

b) In dem hier **konkret** zu beurteilenden Marktsegment der Glühwein- und Feuerzangenbowlenstände erweist sich das **Attraktivitätskriterium** in der Art und Weise, wie es von B ausgestaltet wurde, als **untauglich zur Binnendifferenzierung** im Sinne einer qualitativen Unterscheidung der Bewerber. Das nach Maßgabe der Vergaberichtlinien der B damit regelmäßig zentral zum Einsatz kommende Sekundärkriterium „bekannt und bewährt" kann **realistische Zulassungschancen** von Neubewerben nicht sichern. B hat das Attraktivitätskriterium auf mehreren Stufen angewendet. Sie hat nach Maßgabe ihrer Vergaberichtlinien zunächst auf die „Attraktivität des Weihnachtsmarktes" insgesamt abgehoben, um eine Angebotsvielfalt zu gewährleisten. Dies hat zu einer Einteilung in die zwei Hauptkategorien „Kunsthandwerk, Spielwaren, Weihnachtsartikel, Kinderkarussells und Haushaltswaren" sowie „Getränke, Imbiss, Imbiss und Getränke, Süßwaren sowie Obst- und Gewürze" nebst weiteren Untersegmenten geführt, die sich im Wesentlichen aus der Auflistung in der Bezeichnung der Hauptkategorien erschließen. Innerhalb dieser Untersegmente ist die Attraktivität der Angebote primär nach den gleichrangig zur Anwendung gekommenen Auswahlkriterien „Weihnachtliche Gestaltung der Stände" und „Weihnachtliche Gestaltung des Angebots" spezifiziert worden. Ausweislich des Protokolls der Auswahlkommissionssitzung am 23.4.2009 hat diese Vorgehensweise in dem vorliegend relevanten Segment „Getränke" dazu geführt, dass neben Bewerbern, die aus anderen Gründen (z.B. fehlenden Unterlagen) auszuscheiden waren, auch elf Bewerber abgelehnt wurden, weil sie keine bzw. eine nur sehr unzureichende weihnachtliche Gestaltung nachweisen konnten. Bei den verbliebenen Bewerbern ist B jedoch zu der Auffassung gelangt, dass mit Blick auf das Getränkeangebot sämtlicher Bewerber keine weitere Differenzierung mehr möglich sei, weil sich das Kriterium „weihnachtliche Gestaltung des Angebots" für eine nähere Positivdifferenzierung als unergiebig erwiesen habe. Ebenso hat sich gezeigt, dass dem Kriterium „weihnachtliche Gestaltung der Stände" keine maßgebliche Unterscheidungskraft für eine notwendige positive Binnendifferenzierung zukam, weil auch insofern die Ausstattung der konkurrierenden Stände jeweils entsprechende weihnachtliche Gestaltungsmerkmale aufwies. Entsprechend ist K in der Begründung zum angegriffenen Bescheid mitgeteilt worden, dass seine „Bewerbung hinsichtlich der Dekoration als gleichwertig gegenüber anderen Bewerbern anzusehen" sei. Verbleibende Unterschiede zwischen den elf vorrangig ausgewählten Bewerbern und den restlichen fünf Bewerbern waren so marginal, dass sie B nicht zur Differenzierung zwischen den verbleibenden Bewerbern befähigten, sondern – nach Zuschlagserteilung durch Anwendung des Kriteriums „bekannt und bewährt" – im Wege von Nebenbestimmungen den Dekorationsvorgaben der B angepasst werden sollten.

c) Damit hat B ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Die Auswahlentscheidung muss transparent und sachgerecht erfolgen (VGH BW, Urt. v. 01.10.2009 – 6 S 99/09 –, BWGZ 2011, 613; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 70 Rn. 43; Wagner, in: Friauf, GewO, Stand: Nov. 2011, § 70 Rn. 58). **Sachgerecht** im obigen Sinne kann die Entscheidung nur dann sein, wenn sie die **Eigenheiten des jeweiligen Marktsegments** berücksichtigt. Während es etwa bei den Marktsegmenten „Kunsthandwerk" oder „Karusselle" unter dem Gesichtspunkt der Attraktivität des Angebots durchaus greifbare Unterschiede gibt, ist dies bei Ständen für Glühwein etc. nur eingeschränkt der Fall. Diese zeichnen sich durch ein so hohes Maß an Ähnlichkeit aus, dass eine sinnvolle Unterscheidbarkeit nicht gegeben ist; alle vertreiben ein nahezu identisches Getränkeangebot und verfügen im Regelfall über eine ähnliche äußere weihnachtstypische Gestaltung. Diese Eigenart macht die Stände in gewisser Weise austauschbar und hat dazu geführt, dass die Weihnachtsmärkte der meisten Städte in dieser Hinsicht einander zum Verwechseln ähneln.

Wenn aber im Marktsegment „Getränke" die **Attraktivität** am Maßstab der Weihnachtlichkeit **allein keine plausible Entschei-**

dung begründen kann, ist zur Erreichung einer sachgerechten Ermessensausübung entweder das Kriterium der Attraktivität **weiter auszudifferenzieren** oder es ist auf **zusätzliche objektive Kriterien** zurückzugreifen. Denn durch das nach der Vergaberichtlinie der B andernfalls zum zentral bedeutsamen Maßstab erwachsende Kriterium „bekannt und bewährt" wird die Zulassungschance von Neubewerbern nicht hinreichend gewahrt. Daran gemessen ist die Auswahlentscheidung der B ermessensfehlerhaft, denn sie hat ihre Auswahlkriterien, wie es in diesem Marktsegment erforderlich gewesen wäre, um Zugangschancen der Neubewerber zu sichern, weder ergänzt noch weiter ausdifferenziert. Es liegt im sachgerecht auszuübenden Ermessen der B, auf welche Weise sie dieses Defizit behebt. Unter dem Gesichtspunkt der weiteren Ausdifferenzierung wäre es etwa denkbar, die von K hervorgehobenen Aspekte der **Fußbodenisolierung** und einer **Beheizung** als weitere Attraktivitätskriterien heranzuziehen, denn Isolation und Beheizung von Getränkeständen auf einem Weihnachtsmarkt können in Anbetracht der typischen Witterungsverhältnisse in der Vorweihnachtszeit durchaus Attraktivitätsvorteile bieten. Gleiches gilt für die **Barrierefreiheit** unter dem Aspekt einer Erreichbarkeit auch für gehbehinderte Besucher. Unter dem Gesichtspunkt der Ergänzung um weitere Kriterien wäre es beispielsweise auch denkbar, einzelne Standplätze **speziell für Neubewerber** vorzusehen (dazu OVG Hamburg, Urt. v. 04.11.1986 – Bf VI 12/86 –, GewArch 1987, 303 <304 f.>) oder im Wege des **Losverfahrens** zu vergeben, was Neubewerbern ebenfalls bessere Chancen als das Kriterium „bekannt und bewährt" böte (vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 04.10.2005 – 6 B 63.05 –, NVwZ-RR 2006, 786; Nds. OVG, Urt. V. 16.06.2005 – 7 LC 201/03 –, NVwZ-RR 2006, 177 <178>). Die bisherige Zulassungspraxis verletzt jedenfalls die in § 70 Abs. 1 GewO verankerte Marktfreiheit des K. Er muss angesichts des im Segment „Getränke" übermäßig häufig vom Hilfs- zum Hauptkriterium aufrückenden Auswahlgrundsatzes „bekannt und bewährt" stets in Kauf nehmen, nicht berücksichtigt zu werden. Denn ein Neubewerber muss sich diesen Status erst erarbeiten, was aber nicht möglich ist, wenn bei Kapazitätsmängeln regelmäßig bekannte und bewährte Altbewerber bevorzugt werden (vgl. BVerwG Urt. v. 27.04.1984 – 1 C 24.82 –, NVwZ1984, 585). Eine realistische Möglichkeit zur Zulassung ist K nach der bisher praktizierten Vergabepraxis somit auf absehbare Zeit verwehrt.

J.V.

Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts auf registrierte Benutzer einer irischen Niederlassung in Deutschland

(VG Schleswig, Beschl. v. 14.2.2013 – 8 B 60/12)

1. Eine Zustellung der Anordnung einer deutschen Behörde im Ausland durch Einschreiben mit Rückschein ist möglich, soweit die Zustellung von Dokumenten unmittelbar durch die Post völkerrechtlich zulässig ist.

2. Letzteres ist im Fall der Republik Irland gegeben, da sie eine Zustellung von Verwaltungsakten durch deutsche Behörden auf ihrem Territorium duldet.

3. Die Anwendung deutschen öffentlich-rechtlichen Datenschutzrechts steht nicht zur Disposition von Vertragsparteien.

4. Zur (Nicht-)Anwendung des deutschen Datenschutzrechts gegenüber einer irischen Teledienste-Anbieterin mit Niederlassung in Deutschland.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Datenschutzaufsichtsbehörde (Antragsgegner – Ag.) erließ gegenüber der Antragstellerin (Ast.) eine auf § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG i. V. mit § 13 Abs. 6 Telemediengesetz (TMG) gestützte Anordnung und ordnete die sofortige Vollziehung des Bescheides an. Die Ast. ist eine irische Teledienste-Anbieterin. Sie hatte Konten von Nutzern in Schleswig-Holstein allein wegen des Grundes der Nichtangabe oder nicht vollständigen Angabe von Echtdaten bei der Registrierung gesperrt. Der Ag. verweist insoweit auf § 13 Abs. 6 TMG, wonach Diensteanbieter verpflichtet seien, die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Der Antrag gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 5 VwGO) war erfolgreich.

II. Zur Rechtslage

Das VG bewertet den Antrag als zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Anträge ist – so die Kammer – gegeben, da der streitgegenständliche **Bescheid** gegenüber der Ast. **wirksam** geworden ist. Es erfolgte eine ordnungsgemäße Zustellung im Ausland gem. § 154 Abs. 1 Nr. 1 LVwG (= *z. B. § 9 Abs. 1 Nr. 1 LZG NRW*). Danach ist eine Zustellung im Ausland durch Einschreiben mit Rückschein möglich, soweit die Zustellung von Dokumenten unmittelbar durch die Post **völkerrechtlich zulässig** ist. Letzteres ist der Fall, da die Republik Irland eine Zustellung von Verwaltungsakten durch deutsche Behörden auf ihrem Territorium duldet (zu den völkerrechtlichen Voraussetzungen vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 27.5.2011 – 27 L 1602/10 –, Juris m.w.N., dort auch zur Zulässigkeit der Verwendung der deutschen Sprache bei ausländischen Adressaten).

2. Begründetheit

Die gerichtliche Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO ergeht regelmäßig auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung. Gegenstand der Abwägung sind das Aufschubinteresse des Betroffenen einerseits und das öffentliche Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung spielt auch die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, der vollzogen werden soll, eine erhebliche Rolle. Insoweit nehmen die Verwaltungsgerichte zumindest eine „summarische" Prüfung der Sach- und Rechtslage vor. Das VG kommt hier zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche Anordnung rechtswidrig ist. Für die genannte Anordnung finde das deutsche materielle Datenschutzrecht – und damit § 13 Abs. 6 TMG – keine Anwendung.

*a) Eine **wirksame Rechtswahl** des deutschen materiellen Datenschutzrechts liegt nach Ansicht des VG nicht vor.*

Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) unterliegt ein zivilrechtlicher Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht, wobei jedoch diese Verordnung **nicht auf Eingriffsnormen** i. S. des Art. 9 Rom I-VO Anwendung findet. Um solche handelt es sich jedoch bei den **öffentlich-rechtlichen Datenschutzregelungen** des BDSG und des TMG. Die Anwendung deutschen öffentlich-rechtlichen Datenschutzrechtes steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien.

*b) Das deutsche Datenschutzrecht sei auch nach § 1 Abs. 5 BDSG nicht anwendbar. Nach § 1 Abs. 5 **Satz 1** BDSG findet das BDSG keine Anwendung, sofern eine in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum belegene verantwortliche Stelle personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt, es sei denn, dies erfolgt durch eine Niederlassung im Inland. Nach § 1 Abs. 5 **Satz 2** BDSG findet das BDSG Anwendung, sofern eine verantwortliche Stelle, die nicht in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum belegen ist, personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt. Die Kammer führt insoweit aus:*

aa) Die Regelung in § 1 Abs. 5 BDSG stellt eine (unvollkommene) Umsetzung von Art. 4 RL 95/46/EG dar. Nach Art. 4 Abs. 1 **a)** RL 95/46/EG wendet jeder Mitgliedstaat die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaates besitzt. Wenn der Verantwortliche eine Niederlassung im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedsstaaten besitzt, ergreift er die notwendigen Maßnahmen, damit jede dieser Niederlassungen, die im jeweils anwendbaren einzelstaatlichen Recht festgelegten Verpflichtungen einhält. Nach Art. 4 Abs. 1 **c)** RL 95/46/EG wendet jeder Mitgliedsstaat seine Vorschriften auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an, die von einem für die Verarbeitung Verantwortlichen ausgeführt werden, der nicht im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassen ist und zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreift, die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedsstaates belegen sind, es sei denn, dass diese Mittel nur zum Zweck der Durchfuhr durch das Gebiet der europäischen Gemeinschaft verwendet werden.Gemäß Erwägungsgrund 19 der RL 95/46/EG setzt eine **Niederlassung** im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraus.

bb) Das VG prüft die vorgenannten Alternativen des § 4 Abs. 1 der RL auf ihre Anwendbarkeit in concreto:

(1) Entgegen der Auffassung des Ag. ergibt sich die Anwendbarkeit deutschen materiellen Datenschutzrechtes nicht über § 1 Abs. 5 Satz 1 BDSG i. V.mit Art. 4 Abs. 1 **a)** RL 95/46/EG.

§ 1 Abs. 5 Satz 1 BDSG ist richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Anwendbarkeit des BDSG nach dieser Vorschrift bei Vorhandensein einer Niederlassung der verantwortlichen Stelle im Inland sich nur soweit erstreckt, wie die **Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Niederlassung** in Rede steht. Mit der Verarbeitung personenbezogener Daten hat die Niederlassung der Ast. (in Hamburg) jedoch offenbar nichts zu tun (*wird ausgeführt*).

(2) Auch die Regelungen des § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG i. V. mit Art. 4 Abs. 1 **c)** RL 95/46/EG, die eine **verantwortliche Stelle außerhalb der EU bzw. des EWR** voraussetzen, führten vorliegend nicht zur Anwendbarkeit deutschen materiellen Datenschutzrechts. Die Ast. erfüllt mit ihrem am Standort Dublin vorhandenen Personal und den dortigen Einrichtungen die Voraussetzungen für die Annahme des Vorhandenseins einer **Niederlassung in Irland**. Es ist auch davon auszugehen, dass die hier relevanten personenbezogenen Daten im Rahmen der Tätigkeit dieser Niederlassung verarbeitet werden. Als **Verarbeitung** personenbezogener Daten („Verarbeitung") ist jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten, wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verarbeitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten zu verstehen (Art. 2 b) RL 95/46/EG). … Wenn der für die Verarbeitung personenbezogener Daten Verantwortliche eine relevante Niederlassung in einem Mitgliedsstaat der EU besitzt und dessen nationales Recht daher gem. Art. 4 Abs. 1 a) RL 95/46/EG Anwendung findet, ist Art. 4 Abs. 1 c) RL 95/46/EG nicht anwendbar (Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 8/2010 zum anwendbaren Recht vom 16.12.2010, S. 23 f.). Die Tatsache, dass ein für die Verarbeitung Verantwortlicher, der außerhalb der EU bzw. EWR niedergelassen ist, im Mitgliedsstaat A, in dem er keine Niederlassung hat, Mittel verwendet, kann folglich nicht die Anwendbarkeit des Rechts dieses Mitgliedsstaates auslösen, falls der für die Verarbeitung Verantwortliche bereits eine Niederlassung im Mitgliedsstaat B hat und die personenbezogenen Daten im Rahmen der Tätigkeit dieser Niederlassung verarbeitet (Art.-29-Datenschutzgruppe, a.a.O., S. 24).

Ergänzender Hinweis:

Das OVG hat die Beschwerde gegen den Beschluss des VG zurückgewiesen. Es bleibt danach bei der aufschiebenden Wirkung der Klage im Hauptverfahren. Anderer Auffassung zur Disposition über die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts sind allerdings – wie das VG selbst angibt – das LG Berlin (siehe Urteil vom 6. März 2012 – 16 O 551/10) und Polenz, VuR 2012, Seite 207 ff.).

J.V.

Kündigung wegen (symptomloser) HIV-Infektion

(BAG, Urt. v. 19. 12. 2013 – 6 AZR 190/12)

1. Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist unwirksam (§ 134 BGB i. V. mit §§ 7 Abs. 1, 1 und 3 AGG).

2. Eine symptomlose HIV-Infektion hat eine Behinderung i. S. des AGG zur Folge.

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Beklagte (B) stellte den Kläger K) mit Arbeitsvertrag vom 1.12. 2010 als chemisch-technischen Assistenten ein. Sie produziert Arzneimittel zur Krebsbehandlung, die intravenös verabreicht werden. K sollte (ausschließlich) im sog. Reinraum eingesetzt werden. Das Arbeitsverhältnis war bis zum 5.12.2011 befristet, wobei die ersten sechs Monate als Probezeit galten, innerhalb derer das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden konnte. Anlässlich seiner Einstellungsuntersuchung teilte K dem Betriebsarzt mit, er sei HIV-infiziert. K ist symptomfrei. Er hat einen Grad der Behinderung von 10. Der Betriebsarzt äußerte Bedenken gegen einen Einsatz des K im Reinraum. Im „Standard Operating Procedure" (SOP) der B, die den – auf EU-Vorgaben beruhenden – „Leitfaden der Guten Herstellungspraxis" umsetzen, heißt es:

„Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, die, soweit es praktisch möglich ist, sicherstellen, dass in der Arzneimittelherstellung niemand beschäftigt wird, der an einer ansteckenden Krankheit leidet oder offene Verletzungen an unbedeckten Körperstellen aufweist."

Nachdem B die HIV-Infektion des K bekannt geworden war, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit K zum 24. 1. 2011, weil andere Beschäftigungsmöglichkeiten nicht vorhanden seien. K hat geltend gemacht, die Kündigung diskriminiere ihn, weil seine HIV-Infektion alleiniger Kündigungsgrund sei. Die Vorinstanzen haben seine Kündigungsschutzklage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des K.

II. Zur Rechtslage

Der Senat hat der Revision stattgegeben und den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen. Das Gericht prüft zunächst die **Anwendbarkeit des AGG**, weil hieran Zweifel im Hinblick auf § 2 Abs. 4 AGG („Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz") bestehen können. Im Schrifttum wird teilweise - mit unterschiedlichen Ansätzen - angenommen, die Ausschlussregel des § 2 Abs. 4 AGG erfasse Kündigungen während der **Wartezeit** und im **Kleinbetrieb** nicht. Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Den speziell auf Kündigungen zugeschnittenen Regelungen solle nach der Entstehungsgeschichte des AGG und nach Sinn und Zweck des § 2 Abs. 4 AGG Anwendungsvorrang zukommen.

Damit ist entscheidungserheblich, ob eine Behinderung des K i. S. des § 1 AGG vorliegt (1.) und er ggf. deswegen anlässlich der Kündigung benachteiligt wurde (2.).

1. Der Senat bejaht die erste Frage. Die symptomlose **HIV-Infektion** des K hat nach Ansicht des Senats eine **Behinderung i. S. des AGG** zur Folge. Unerheblich sei dabei, dass die Leistungsfähigkeit des K nicht eingeschränkt sei. Es genüge, dass er in interpersonellen Beziehungen und bei der Arbeit **Stigmatisierungen** ausgesetzt sein könne. Eine Diskriminierung des K durch die angegriffene Kündigung komme deshalb in Betracht.

2. Die der Kündigung zugrunde liegenden Überlegungen könnten Anhaltspunkte für einen Zusammenhang zwischen der Kündigungserklärung und einem Merkmal nach § 1 AGG sein. Dieser Zusammenhang könne sich aus der Kündigungsbegründung oder anderen Umständen ergeben. Es reiche aus, wenn eine **Anknüpfung der Kündigung** an ein **Diskriminierungsmerkmal** zumindest in Betracht komme. Dies ist nach Ansicht des Senats hier der Fall, weil B die HIV-Infektion als Ausschlussmerkmal für einen Einsatz im sog. Reinraum ansehe. Der Senat lässt die Begründung der Vorinstanz, das Fehlen einer HIV-Infektion sei eine berufliche Anforderung und damit ein zulässiger Grund für die Ungleichbehandlung (§ 8 Abs. 1 AGG), nicht gelten. Ein Arbeitgeber könne sich nur dann auf den Rechtfertigungsgrund des § 8 Abs. 1 AGG berufen kann, wenn auch **angemessene Vorkehrungen** i. S. des Art. 5 der einschlägigen europäischen Richtlinie (RL 2000/78/EG und der UN-Behindertenrechtskonvention nicht zu einer Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers führen würden. Unterlasse der Arbeitgeber die danach gebotenen Vorkehrungen und könne er den Arbeitnehmer deshalb nicht einsetzen, sei dieser Umstand regelmäßig nicht auf die Behinderung des Arbeitnehmers, sondern auf die Untätigkeit des Arbeitgebers zurückzuführen.

Beurteilungsgrundlage für die Rechtfertigungsprüfung sei dabei nicht der ursprüngliche (ausgeschriebene) Arbeitsplatz, sondern der **mit verhältnismäßigem Aufwand geänderte Arbeitsplatz**. Die SOP der B entbinde diese nicht von der Pflicht, im zumutbaren Rahmen angemessene Vorkehrungen zur Beschäftigung des K im Reinraum zu treffen. Entgegen der Annahme der B stehe bisher nicht fest, dass die HIV-Infektion des K mit diesem Regelwerk nicht im Einklang stehe bzw. nicht zumindest damit in Einklang zu bringen sei. Der Arbeitgeber müsse bei einem Behinderten, der an einer ansteckenden Krankheit leide, die ihm zumutbaren Vorkehrungen treffen, um a) einerseits dem Behinderten eine (leidensgerechte) Tätigkeit zu ermöglichen, b) andererseits aber Ansteckungsgefahren für Kollegen oder Dritte, insbesondere die Empfänger der erzeugten Arzneimittel, mit der erforderlichen Sicherheit verhindern zu können.

Damit werde von B nicht verlangt, sehenden Auges ein messbares, ernsthaftes Risiko einzugehen, mit HI-Viren kontaminierte Präparate in den Verkehr zu bringen und sich damit erheblichen, unter Umständen die Existenz gefährdenden Schadensersatzrisiken auszusetzen. Bisher sei aber weder vorgetragen, geschweige denn festgestellt, dass es überhaupt ein messbares Risiko einer Kontamination gebe. Das AGG wolle gerade solchen, aus bloß diffusen Befürchtungen und der Weigerung des Arbeitgebers, die konkreten Risiken zu ermitteln und mögliche Änderungen der Arbeitsabläufe auch nur in Erwägung zu ziehen, resultierenden Benachteiligungen entgegenwirken. Nach Maßgabe des ergänzten Vortrags der B werde das LAG nunmehr zu prüfen haben, ob B durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des K im Reinraum hätte ermöglichen könne. Nur wenn das nicht der Fall sei, sei die Kündigung wirksam.

J.V.

Autor der Rechtsprechungsbeiträge:
J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

Dörndorfer, Rechtspflegergesetz, Kommentar, 2. Auflage 2014, XXIX, 491 S., geb., € 109,00, ISBN 978 3 406 59289 8, C.H. Beck, München

Dies ist ein Kommentar vom Praktiker für Praktiker. Das Werk hat ein angenehm handliches Format und einen gut verständlichen Inhalt. Der Kommentar ist auf aktuellem Stand und berücksichtigt die zahlreichen Reformgesetze der letzten Zeit.
Nach einer sehr lesenswerten Einleitung über die Historie beschränkt sich der Kommentar auf die Erläuterung der aktuellen Rechtslage und verzichtet auf Spekulationen über nach wie vor ungeklärte Statusfragen. Der Kommentar ist empfehlenswert nicht nur für Praktiker im Gerichtsalltag sondern auch für im Ausbildungs- und Forschungsbereich Tätige.

Fazit: Ein gelungenes und hilfreiches Werk, dem weitere Auflagen zu wünschen sind.

Sabine Weier, Rechtspflegerin

Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG.VwZG, Kommentar, 10. Aufl. 2014, 590 Seiten, in Leinen, € 75,00, ISBN 978-3-406-64794-9, C. H. Beck

Nach dem Tode von Michael App zeichnet Arne Schlatmann als Herausgeber des gut eingeführten Kommentars veranwortlich. Er hat auch – zusammen mit Wolfgang Mosbacher, Bernd Stammberger und Thomas Troidl sowie dem Begründer des Werkes, Hanns Engelhardt – wesentliche Teile des Werkes verfasst. Die Neubearbeitung war nicht zuletzt aufgrund mehrerer gesetzlicher Neuregelungen im Bundesrecht notwendig. Zu nennen sind hier beispielsweise § 10 VwVG und § 284 AO. Darüber hinaus mussten Änderungen im Zustellungs-und Vollstreckungsrecht der Länder eingearbeitet werden.
Der Kommentar ist auf den Stand 1. Januar 2014 gebracht worden. Stichproben haben gezeigt, dass die Kommentatoren ihrer Aktualisierungspflicht sorgfältig nachgekommen sind.

Fazit: Ein ausgezeichneter Handkommentar, der zur Grundausstattung jeder Verwaltungsbehörde und der Justiz gehören sollte.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, 12. Aufl. 2014, 1.367 Seiten, geb., € 139,99, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-022136-9

Sechs Jahre liegen zwischen der aktuellen und der 11. Auflage des Kommentars. Anlass für die Neuarbeitung war dieses Mal nicht primär der „Fleiß" des Gesetzgebers: Die Verfasser weisen im Vorwort darauf hin, dass es nur relativ wenige Änderungen der Baunutzungsverordnung gegeben habe. Allerdings sind auch die größeren Änderungen des Baugesetzbuches in den Jahren 2011 und 2013 für die Anwendung der Baunutzungsverordnung von Bedeutung. Darüber hinaus waren Literatur und Rechtsprechung einzuarbeiten bzw. zu aktualisieren; die einschlägige Judikatur wurde bis Januar 2014 berücksichtigt. Auch die Neuauflage überzeugt auf Anhieb. Die Kommentierung folgt einem einheitlichen Schema. Auf den Normtext folgen Hinweise auf die Vorgänger-Regelungen der aktuellen Fassung, so dass auch ältere Literatur und Rechtsprechung sinnvoll verwendet werden kann.
In den anschließenden Übersichten wird auf die Randnummern sowie ggf. die Absätze der kommentierten Vorschrift Bezug genommen. Damit ist ein schneller Zugriff auf das gesuchte Stichwort gewährleistet, zumal in Ansehung des umfassenden Stichwortregisters.
Die Rechtsprechungsnachweise sind allerdings auch in dieser Auflage im Fließtext enthalten – wünschenswert wäre aus Sicht des Rezensenten die Unterbringung in Fußnoten. Im kommentierenden Text werden Schlüsselbegriffe per Fettdruck hervorgehoben. Aufgelockert wird die Darstellung durch – optisch hervorgehobene – Auszüge aus einschlägigen Gerichtsentscheidungen. Im Anhang befinden sich relevante Normwerke (z. B. 4. BImSchVO, TA-Luft); das erspart das Nachschlagen in anderen Textsammlungen. Inhaltlich bietet auch die aktuelle Auflage eine gründliche und kenntnisreiche Kommentierung unter Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen in Rechtsprechung und Literatur.

Fazit: Der Kommentar von „Fickert/Fieseler" ist eine wichtige, wenn nicht gar unverzichtbare Informationsquelle bei der Lösung einschlägiger bau(planungs)rechtlicher Fragen.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Groscurth, Examenskurs VwGO für Studenten und Referendare, 1. Aufl. 2014, 236 Seiten, kart., € 29,99, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-026198-3

Der Autor, als Praktiker und Prüfer im Juristischen Staatsexamen fachlich und didaktisch ausgewiesen, hat ein Werk vorgelegt, das sich primär an Studenten und Rechtsreferendare wendet.
Darüber hinaus eignet es sich auch für Studierende an Fachhochschulen für die öffentliche Verwaltung, deren Lehrpläne – nicht zuletzt infolge Abschaffung bzw. Beschränkung des Widerspruchsverfahrens – auch das Verwaltungsprozessrecht umfassen. In Nordrhein-Westfalen beispielsweise müssen die Absolventen in der Lage sein, verwaltungsprozessuale Problemstellungen zu bearbeiten und Schriftsätze zu entwerfen. Auch Anwälten, die entsprechende Mandate wahrnehmen, kann es gute Dienste leisten. Der Autor stellt zum einen die wesentlichen Aspekte des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einschließlich Eilverfahren dar (Beteiligte, Verfahrensgrundsätze, Zulässigkeitsvoraussetzungen, Begründetheitsprüfung). Die Darstellung wird aufgelockert durch zahlreiche Hinweise und Klausurempfehlungen sowie durch Formulierungsbeispiele. Auf derartige Hilfen werden Studenten, die Urteile oder Beschlüsse entwerfen, gern zurückgreifen. Sehr nützlich sind weiterhin die im Abschlusskapitel genannten „typischen Klausurfehler" und die Hinweise zu ihrer Vermeidung. Der Rezensent kann sich diesen Hinweisen in jedem Punkt anschließen.

Fazit: Ein gelungener „Examenskurs", dessen Durcharbeitung den angesprochenen Adressaten ans Herz gelegt werden kann. Preis und Leistung stehen in einem ausgezeichneten Verhältnis.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, Beamtenstatusgesetz, Kommentar, 2010, 502 Seiten, kart., € 59,00, Kommunal- und Schul-Verlag, ISBN 978-3-8293-0881-6

Der von vier Praktikern verfasste Kommentar bietet eine umfassende Erläuterung des für Bundes- und Landesbeamte gleichermaßen bedeutsamen Gesetzes. Die Gliederung der Kommentierung überzeugt: Im Anschluss an den Gesetzestext findet sich eine Übersicht über die anschließende detaillierte Darstellung. Zwar haben die Autoren auf die üblichen Randnummern verzichtet, dank des Stichwortverzeichnisses ist jedoch ein schneller Zugriff auf das gesuchte Problem gewährleistet.
Charakteristisch für die Ausführungen sind eine klare Sprache und die Verwendung zahlreicher, optisch hervorgehobener Beispiele. Streitfragen werden nicht ausgespart, sondern unter gründlicher Auswertung von Literatur und Rechtsprechung gelöst.

Fazit: Ein überzeugender Kommentar, dem weitere Auflagen zu wünschen sind.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

NomosGesetze, Heckmann/Huber/Numberger, Landesrecht Bayern, 10. Aufl. 2014, 798 Seiten, € 22,00, ISBN 978-3-8487-1647-0; Sodan/Kuhla, Landesrecht Berlin, 10. Aufl. 2014, 840 Seiten, € 22,00, ISBN 978-3-8487-1648-7; von Brünneck/Wolff/Sombert, Landesrecht Brandenburg, 17. Aufl. 2014, 814 Seiten, € 24,00, ISBN 978-3-8487-0568-9; von Zezchwitz, Landesrecht Hessen, 24. Aufl. 2014, 967 Seiten, € 22,90, ISBN 978-3-8487-1333-2; Götz/Starck, Landesrecht Niedersachsen, 22. Aufl. 2014, 780 Seiten, € 22,00, ISBN 978-3-8487-0569-6; Mayen/Sachs/Seibert, Landesrecht Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2014, 1014 Seiten, € 22,90, ISBN 978-3-8487-1660-9; Hufen/Jutzi/Westenberger, Landesrecht Rheinland-Pfalz, 23. Aufl. 2014, 983 Seiten, ISBN 978-3-8487-1332-5; Kluth/Robra, Landesrecht Sachsen-Anhalt, 17. Aufl. 2014, 822 Seiten, € 24,00, ISBN 978-3-8487-1650-0; alle im Nomos-Verlag

Die vorliegenden Textsammlungen (Stand: Juni bzw. Juli und August 2014) enthalten alle landesrechtlichen Rechtsvorschriften, die im Rahmen der Ausbildung an den Universitäten und Fachhochschulen mit juristischen Fächern relevant sind. Stichproben haben gezeigt, dass Novellen wie gewohnt zuverlässig eingearbeitet wurden. Zur Benutzerfreundlichkeit tragen die umfangreichen und sorgfältigen Stichwortregister bei, die ein schnelles Auffinden des gesuchten Problems ermöglichen. Das Preis- und Leistungsverhältnis ist ausgesprochen attraktiv.

Reg.-Dir. G. Haurand, 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,*** 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 • Prof. Dr. ***Iris Wiesner,*** Vizepräsidentin der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen

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,
Ballindamm 17, 20095 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: L.A.CH. SCHULZ
Gesellschaft für Anzeigen, Werbung und Verlag mbH
Mattentwiete 5, 20457 Hamburg
Michael Witte Tel.: (040) 36 98 04-0
info@lachschulz.de
www.lachschulz.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

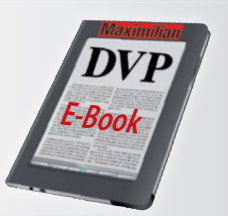
Druck und Bindung:
DZA Druckerei zu Altenburg, Altenburg

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.

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

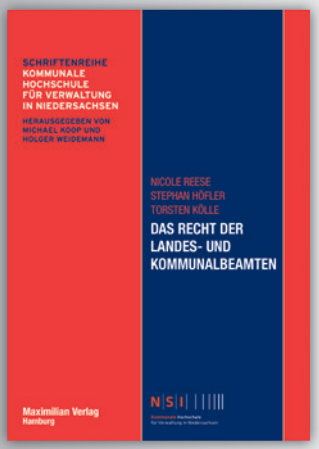
Sundermann, **Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern**
eISBN 978-3-7869-0974-3
€ 17,99

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 · Ballindamm 17 · 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-01· Fax 040/70 70 80-324 · vertrieb@dvp-digital.de

Ich will Informationen, die für mich verständlich sind. Und die juristisch Bestand haben.

rehm. ganz klar.

Jetzt neu entdecken!
www.rehmnetz.de

Fachinformationen und Arbeitshilfen
für die öffentliche Verwaltung:

- Arbeits- und Tarifrecht
- Beamtenrecht
- Personalvertretungsrecht
- Personalmanagement
- Haushaltsrecht
- Bau- und Umweltrecht
- Vergaberecht

::rehm

::rehm, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH,
München & Heidelberg. WAN 518546 / Dezember 2014