DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

66. Jahrgang
Juli 2015
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2015007

7/2015

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Florian Lechner
Letzter Ausweg „Bettensteuer“?

Arno Berning
Straßenbaubeitragssatzung oder Wirtschaftswegeverband

Fred Jüngerich
Der beitragsrechtliche Ablösungsvertrag

Fallbearbeitungen

Dirk Weber
Das Arbeitgebermodell bei der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII

Holger Greve
Lehrerin mit Kopftuch – reloaded

Thomas Gerlach
Ausgewählte Fallbeispiele im Kommunalen Ressourcenmanagement

Rechtsprechung

Privatfinanzierung einer Straßenausbaumaßnahme durch Anlieger

Anfechtung einer gegen Miteigentümer ergangenen Beseitigungsverfügung für ein ungenehmigtes Carport

Diskriminierung einer Bewerberin aufgrund (angeblich zu) geringer Körperlänge

Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

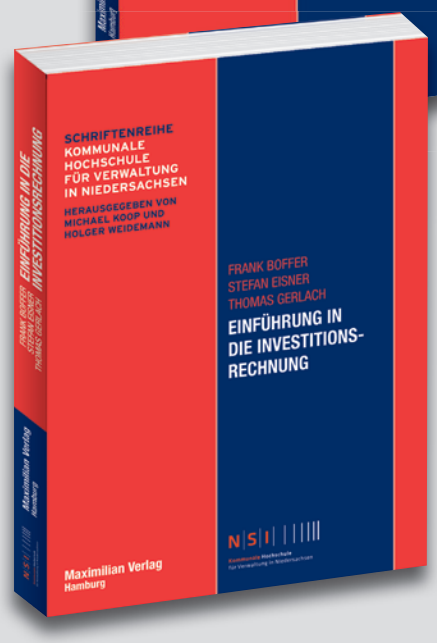
MEHR WISSEN. NEUE TITEL

DIE SCHRIFTENREIHE KOMMUNALE HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNG IN NIEDERSACHSEN

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

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

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



3., überarbeitete Auflage

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

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

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

Jan Seybold/Wolfgang Neumann/Frank Weidner: Niedersächsisches Kommunalrecht

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

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

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80 -320 | Fax 040/70 70 80 -324 | vertrieb@dvp-digital.de

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
66. Jahrgang 7/2015

„Dickmacher“

„Dickmacher mit Promille“ lautet die Überschrift eines Artikels in der Tageszeitung „Neue Westfälische“ vom 30. April 2015. Spontan habe ich gedacht, die Zeitung gibt Diättipps für Leute, die gern Alkohol konsumieren und wegen ihres „Bierbauchs“ traurig sind. Es geht aber um Folgendes: Europa-Parlamentarier fordern, dass bei Wein, Bier oder anderen alkoholischen Getränken eine Kalorienangabe auf der Verpackung steht. Zudem soll es Warnhinweise für Alkohol am Steuer und für schwangere Frauen geben. Der Ausschuss für Umwelt und Gesundheit hat dafür gestimmt, er fordert einen entsprechenden Gesetzesvorschlag von der EU-Kommission.

Manuela Bergmann vom Deutschen Institut für Ernährungsforschung liefert eine wissenschaftliche Begründung für den EU-Vorstoß. Die Forscherin hat herausgefunden, dass Alkohol bei Männern ein höheres Körpergewicht begünstigt, trinkende Frauen müssen mit einem größeren Taillenumfang rechnen. Sie hält es allerdings für gesundheitlich bedeutsamer, wenn der Alkoholgehalt angegeben wird, weil übermäßiges Trinken diverse Krankheiten verursachen kann. Gibt man das Stichwort „Gefährliche Lebensmittel“ bei Google ein, erhält man ca. 479.000 Einträge. Es gibt Listen gefährlicher Lebensmittel, darauf findet man beispielsweise die Muskatnuss und rohe Bohnen.
Leute, die sich hauptsächlich von Muskatnüssen, rohen Bohnen und Bier ernähren, leben gefährlich.
Wer zu wenig isst, spielt ebenfalls mit seiner Gesundheit. Bei Fernsehsendungen, in denen dünne künftige „Germany's next Top Models“ auftreten, sollten Warnhinweise eingeblendet werden, um Nachahmungseffekte einzudämmen.

Nicht ohne Risiko ist es übrigens auch, zu schnell Auto oder Motorrad zu fahren. Die EU sollte dafür sorgen, dass der *Helene-Fischer*-Titel „Mit keinem andern“ („über die Autobahn mit 300 fahr'n, das kann ich nur mit dir“) indiziert wird. Zumindest müsste auf oder in Kraftfahrzeugen, die schneller als die Richtgeschwindigkeit (130 km/h) laufen, ein Warnhinweis stehen.

Leute, die sich Dinge anschaffen, die sie sich nicht leisten können, laufen Gefahr, sich finanziell zu ruinieren. Neben Luxusartikeln in Schaufenstern, beispielsweise sündhaft teuren Armbanduhren, werden vielleicht bald Schilder mit der Aufschrift stehen:
„Können Sie sich diesen Artikel wirklich leisten? Denken Sie an Ihre Dispokredit-Grenze! Ihre EU-Kommission.“ Ein Vorbild wäre die bereits verpflichtende Warnung vor den Gefahren des Lottospielens.

Gregory Miller und *Carsten Wrosc*h von der British-Columbia-Universität in Vancouver haben herausgefunden, dass Jugendliche mit sehr viel Ehrgeiz auf dem besten Wege zu einer chronischen Erkrankung sind. Im Hinblick auf die seelische und körperliche Verfassung sei es wesentlich vernünftiger, sich von hochgesteckten Lebenszielen zu verabschieden. Ehrgeizige Eltern, die ihre mittelmäßig begabten Sprösslinge partout auf ein Gymnasium schicken wollen, muss man eindringlich vor den möglichen Nebenwirkungen dieser Absicht warnen.

Die EU-Parlamentarier meinen es wahrscheinlich nicht einmal böse mit unvernünftigen, zu viel essenden, zu viel trinkenden und zumindest gelegentlich über ihre Verhältnisse lebenden Leuten.
Muss man die Menschen aber wirklich ständig darauf hinweisen? Wer seine Sinne halbwegs beisammen hat, weiß, dass alles, was übertrieben wird, schädlich sein kann. „Alle Dinge sind Gift, und nichts ist ohne Gift. Allein die Dosis macht, dass ein Ding kein Gift ist“ (*Paracelsus*).

Das gilt auch für die Europäische Union und ihre Aktivitäten.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im Juli 2015/Inhaltsverzeichnis

Florian Lechner
Letzter Ausweg „Bettensteuer“? 267
Viele Kommunen bewegen sich an den Grenzen ihrer finanziellen Handlungsfähigkeit. Klassische Instrumente der Haushaltskonsolidierung, wie z. B. die Erhöhung der Gewerbesteuer- oder Grundsteuersätze, sind in vielen Gemeinden ausgereizt. Dies hat zur Folge, dass zunächst Einsparungen bei der Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben, beispielsweise in den Bereichen Kultur und Tourismus, vorgenommen werden.
Es gibt aber auch Versuche, neue Einnahmequellen zu eröffnen. Etliche Gemeinden haben eine sog. Kulturförderabgabe für Übernachtungen eingeführt, bisweilen auch als „Bettensteuer“ oder „Übernachtungssteuer“ bezeichnet.
Den verfassungsrechtlichen Rahmen bietet Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG. Demnach wird den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern gegeben, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind. Dieses Recht kann wiederum in den jeweiligen Kommunalabgabengesetzen der Länder an die Kommunen weitergegeben werden. Die Zulässigkeit der Steuer ist in verschiedenen Urteilen geprüft worden und wird im Beitrag erläutert. Dargestellt werden u.a.
– *der Begriff der (Aufwands-)Steuer,*
– *das Prinzip der Örtlichkeit,*
– *die indirekte Steuer,*
– *das Gleichartigkeitsverbot und*
– *das Zustimmungserfordernis.*

Arno Berning
Straßenbaubeitragssatzung oder Wirtschaftswegeverband. 270
Auch im zweiten Beitrag geht es um die Finanzierung kommunaler Aufgaben. Erörtert wird eine akzeptable nachhaltige Finanzierung der kommunalen Wirtschaftswege. Als Wirtschaftswege der Kommunen werden die Wege im Außenbereich der Kommunen bezeichnet, die von geringer oder keiner überörtlichen Bedeutung sind und deren Funktion vor allem in der Erschließung land- und forstwirtschaftlicher Flächen und im Außenbereich privilegierter Vorhaben besteht. Der Zustand der Wirtschaftswege insbesondere in den alten Bundesländern ist sehr schlecht und entspricht oftmals nicht mehr den Anforderungen der modernen Land- und Forstwirtschaft.
Dargestellt werden verschiedene Ansätze zur Deckung der erforderlichen Finanzbedarfe durch die Kommunen, zunächst die Einbeziehung der Wirtschaftswege in die Straßenbaubeitragssatzung nach dem KAG NRW. Eingegangen wird hier insbesondere auf die Kriterien für eine differenzierte Beitragsbelastung. Eine völlig andere rechtliche Möglichkeit zur Finanzierung der erforderlichen Aufwendungen für die Wirtschaftswege ist die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes, der als Körperschaft des öffentlichen Rechts (mit den an den Wirtschaftswegen anliegenden Grundstückseigentümern/Erbbauberechtigten und der Kommune als Mitglieder) die erforderlichen Maßnahmen aus den Mitgliedsbeiträgen finanziert. Die Voraussetzungen und Vorteile dieser Alternative werden ebenfalls erläutert.

Fred Jüngerich
Der beitragsrechtliche Ablösungsvertrag. 278
Der Ablösungsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, bei dessen Abschluss der (Erschließungs- oder Ausbau-)Beitrag im Ganzen vor Entstehen der Beitragspflicht abgelöst wird. Auch hier geht es also um die Finanzierung kommunaler Infrastruktur, insbesondere die Herstellung und den Ausbau von Straßen. Da die Ablösung endgültig ist, tragen sowohl die beitragsberechtigte Gemeinde/Stadt, wie auch der Beitragsschuldner ein gewisses Kostenrisiko, denn wegen der genannten Endgültigkeit der Ablösung wird nach Herstellung bzw. nach Ausbau der Straße nicht mehr „spitz“ abgerechnet.
Der Beitrag befasst sich insbesondere mit dem Abschluss einer derartigen Vereinbarung und prüft anhand der Rechtslage in Rheinland-Pfalz, wer den Abschluss der Verträge mit den Beitragspflichtigen vornimmt und die Verträge unterzeichnet.

Fallbearbeitungen

Dirk Weber
Das Arbeitgebermodell bei der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. 282
Die Organisation der Pflege durch selbst beschaffte Pflege- oder Assistenzkräfte gewinnt in der Praxis eine zunehmende Bedeutung. Anhand eines Beispielfalls aus der Rechtsprechung wird das sog. „Arbeitgeber- bzw. Assistenzmodell“ vorgestellt. Dabei wird die bislang dazu ergangene Rechtsprechung herangezogen und erläutert, wann und unter welchen Bedingungen ein solches Modell zulässig ist.
Zusätzlich wird der Frage nachgegangen, ob eine Vergleichsberechnung bzw. Einkommensbereinigung nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für den Sozialhilfeträger notwendig wird, wenn eine pflegebedürftige Person zugleich erwerbsfähig und erwerbstätig ist und deshalb dem Grunde nach in das Existenzsicherungssystem des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch fällt.

Holger Greve
Lehrerin mit Kopftuch – reloaded 294
Gegenstand dieser Fallbearbeitung ist eine Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot, als Lehrerin im Schuldienst ein Kopftuch tragen zu dürfen. Die Fallbearbeitung basiert auf der Entscheidung des BVerfG, DVP 2015 S. 212 (Heft 5).

Thomas Gerlach
Ausgewählte Fallbeispiele im Kommunalen Ressourcenmanagement 300
Diese Fallbeispiele sind unter anderem als Klausurübungen für Masterstudierende bzw. Bachelorstudierende im Hauptstudium in verwaltungsbetriebswirtschaftlichen Fächern konzipiert. Gleichzeitig vermögen sie Anregungen für praktische Ressourcenentscheidungsprobleme zu geben.

Rechtsprechung

Privatfinanzierung einer Straßenausbaumaßnahme durch Anlieger
(OVG Lüneburg, Urteil vom 04.03.2014 – 10 LC 85/12) 302

Anfechtung einer gegen Miteigentümer ergangenen Beseitigungsverfügung für ein ungenehmigtes Carport
(OVG Münster, Beschluss vom 13.02.2014 – 2 A 984/13) 303

Diskriminierung einer Bewerberin aufgrund (angeblich zu) geringer Körperlänge
(VG Schleswig, Urteil vom 26.03.2015 – 12 A 120/14)..... 304

Schrifttum 307

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Wolters Kluwer Deutschland GmbH. Wir bitten um freundliche Beachtung!

Florian Lechner*

Letzter Ausweg „Bettensteuer"?

I. Ausgangslage

Die Finanzlage deutscher Kommunen spitzt sich zu. Dies liegt nicht allein an dem Umstand, dass sich in den letzten Jahren die Ausgaben z. B. für Sozialleistungen erhöht haben. Vielmehr sind deutliche Mindereinnahmen hinsichtlich der Gewerbesteuer, sinkende Anteile an der Einkommenssteuer sowie Einbußen der Zuweisungen im Wege des kommunalen Finanzausgleiches Gründe für diese Entwicklung.[1] Verschärft wird die Situation durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, mit dem seit 1. Januar 2010 der Mehrwertsteuersatz für Übernachtungsleistungen von bisher 19 auf sieben Prozent gesenkt wurde und mit welchem Einnahmeverluste des öffentlichen Sektors in Höhe von 900 Millionen Euro pro Jahr einhergehen.[2]
Um als Kommune auch weiterhin handlungsfähig zu bleiben, ist es notwendig, Maßnahmen der Haushaltskonsolidierung zu ergreifen. Hierbei sind jedoch die klassischen Instrumente, wie z. B. die Erhöhung der Gewerbesteuer- oder Grundsteuersätze in vielen Gemeinden ausgereizt.[3] Dies hat zur Folge, dass zunächst Einsparungen bei der Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben, beispielsweise in den Bereichen Kultur und Tourismus, vorgenommen werden.[4]
Aus dieser Not heraus entwickelte sich in den Verwaltungen deutscher Kommunen ein Erfindungsreichtum, um neue Einnahmequellen zu akquirieren. So führte die Stadt Weimar im Jahr 2005 erstmals eine Kulturförderabgabe für Übernachtungen ein.[5] Seit 2010 folgten weitere Kommunen, darunter die Städte Köln, Lübeck, Hamburg, Trier und Bingen am Rhein. Dabei verwendeten sie Synonyme wie z. B. „Kulturförderabgabe", „Bettensteuer" oder „Übernachtungssteuer". Mittlerweile haben über 20 Städte diese Steuer als neue Einnahmequelle etabliert.[6] In Mecklenburg-Vorpommern erhebt die Landeshauptstadt Schwerin seit dem 06. Mai 2014 als erste Kommune eine derartige Abgabe. Die Wismarer Bürgerschaft hat in ihrer Sitzung vom 26. März 2015 beschlossen, ab 01. April diesen Jahres ebenso eine Übernachtungssteuer einzuführen.
Im Juli 2012 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Satzungen der Städte Trier und Bingen am Rhein dergestalt verfassungswidrig seien, soweit die Kulturförderabgabe bei beruflich bedingten Übernachtungen erhoben werde.[7] Nach diesem Grundsatzurteil kam es jedoch zu weiteren Klageverfahren, sodass zum jetzigen Zeitpunkt keine Rechtssicherheit herrscht und sich die Einführung dieser Steuer als schwierig herausstellt.[8] Insofern sollen im Folgenden die Entwicklungen der Rechtsprechung nachvollzogen und sodann aufgezeigt werden, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen eine solche Abgabe erhoben werden kann.

II. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen

Den verfassungsrechtlichen Rahmen bietet Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG. Demnach wird den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern gegeben,[9] „solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind".[10] Dieses Recht kann wiederum in den jeweiligen Kommunalabgabengesetzen der Länder an die Kommunen weitergegeben werden,[11] woraus sich zunächst allerdings keine Pflicht der Landesgesetzgeber zur Übertragung ergibt. Regelmäßig wurde bisher in den Flächenländern diese Übertragung vorgenommen, wohingegen in den Stadtstaaten die Ermächtigung weiterhin auf Landesebene verblieb.[12] In Mecklenburg-Vorpommern ist die Ermächtigung durch § 3 Abs. I KAG M-V in Übereinstimmung mit Art. 73 LVerf M-V an die Gemeinden weitergereicht worden.[13]
Hiervon ausgehend unterliegt die Prüfung der in Rede stehender Kulturförderabgabe als örtliche Aufwandsteuer den in Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG normierten Merkmalen. Das Vorliegen dieser Merkmale wurde u. a. in den Urteilen des BVerwG, des OVG Schleswig, des OVG Münster sowie des VGH München geprüft und soll im Folgenden dargelegt werden.

III. Die Kulturförderabgabe als örtliche Aufwandsteuer

1. Der Steuerbegriff

Im KAG M-V findet sich keine Legaldefinition zum Begriff der Steuern.[14] Vielmehr wird durch § 12 Abs. 1 KAG M-V auf § 3 Abs. 1 S. 1 AO verwiesen, wodurch der bundesrechtliche Steuerbegriff auch als Landesrecht gilt.[15] Demnach sind Steuern Geldleistungen, die

---

* LL.B *Florian Lechner* ist derzeit Masterstudent (Verwaltungswissenschaften) an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin. Des Weiteren ist er Dozent an der Hochschule Wismar, Fak. Wirtschaftswissenschaften, im Studiengang Wirtschaftsrecht für die Module Staatsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht.

1 *Tolkmitt/Berlit,* Not macht erfinderisch – Möglichkeiten und Grenzen einer Kultur(förder)abgabe der Gemeinden, LKV 2010, 385 (385)

2 *Wagner,* Kulturförderabgabe vor Gericht, Kulturpolitische Mitteilung Nr. 134, 2011, 16 (16); *Rutemöller,* Hotelsteuern und Kulturförderabgaben, ZRP 2010, 108 (108); *Wegner,* Zulässigkeit einer „Kulturförderabgabe" als kommunale Steuer im Freistaat Bayern, BayVbl. 2011, 261 (261)

3 *Patt,* Die Kulturförderabgabe in Form der Eintrittsgabe als örtliche Aufwandsteuer, SächsVBl. 2012, 25 (25)

4 *Tolkmitt/Berlit,* (Fn. 1), 385 (385); *Wagner,* (Fn. 2), 16 (16); *Rutemöller,* (Fn. 2), 108 (108)

5 *Meier,* Die Übernachtungssteuer – ein Zwischenruf, ZKF 2010, 265 (265); *Petry,* Die „Weimarer Bettensteuer", Thüringer Exportschlager für leere Stadtkassen oder ein Irrweg?, BB 2010, 2860 (2860)

6 *Wagner,* (Fn. 2), 16 (16)

7 Pressemitteilung – Übernachtungssteuer teilweise verfassungswidrig, http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2012&nr=71

8 vgl. hierzu OVG Schleswig, Urt. v. 07.02.2013 – 4 KN 1/12; OVG Schleswig, Urt. v. 06.02.2014 – 4 KN 2/13; OVG Münster, Urt. v. 23.10.2013 – 14 A 314 bis 317/13; OVG Münster, Urt. v. 23.01.2013 – 14 A 1860/11; BVerwG, Beschl. v. 20.08.2014 – B 7.14 bis 10.14

9 BVerfGE 40, 56 (60); *Heintzen* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz (Kommentar), 6. Auflage, 2012, Art. 105, Rn. 58; *Jachmann* in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz (Kommentar), 6. Auflage, 2010, Art. 105, Rn. 54

10 Art. 105 Abs. IIa S. 1 Grundgesetz

11 *Dürrschmidt,* „Bettensteuer" und ermäßigte Umsatzsteuer im verfassungsrechtlichen Widerspruch?, KStZ 2013, 1 (1); *Patt,* (Fn. 3), 25 (26); *Rutemöller,* (Fn. 2), 108 (108)

12 *Quaas,* Kommunales Abgabenrecht, 1. Auflage, 1997, Rn. 7 u. 8

13 *Siemers* in: Aussprung/Siemers/Holz, Kommunalabgabengesetz Mecklenburg-Vorpommern (Kommentar), Loseblattsammlung, Stand Juli 2014, § 3, Rn. 1.1

14 Vgl. hierzu die Abgabegesetze andere Bundesländer, § 3 KAG S-H § 3 bbgKAG, § 7 hessKAG, § 3 KAG-LSA, § 3 KAG ND, § 3 KAG NW, Art. 3 BayKAG

15 so etwa in § 4 Abs. I Nr. 1 lit. b) hessKAG, § 4 Abs. I Nr. 1 lit. b) KAG ND, § 13 Abs. I Nr. 1 lit. b) KAG-LSA, § 12 Abs. I Nr. 1 lit. b) KAG NRW

keine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.[16]
Abzugrenzen vom Steuerbegriff sind die Termini der Gebühren und Beiträge. Steuern entsprechen im Gegensatz zu Gebühren und Beiträgen keiner Gegenleistung für eine durch die erhebende öffentliche Körperschaft erbrachte Leistung, sondern müssen vom Steuerpflichtigen voraussetzungslos erbracht werden.[17]
Vor diesem Hintergrund könnte die Bezeichnung „Kulturförderabgabe" zu Irritationen führen, da sie nicht etwa von einer Steuer, sondern lediglich von einer Abgabe spricht.[18] Jedoch kommt es nicht darauf an, wie der Normgeber eine Abgabe betitelt, vielmehr wird sie durch ihren materiellen Inhalt klassifiziert.[19]
Sodann entschied auch das BVerwG, dass die Kulturförderabgabe eine Steuer darstelle, da sie von den Städten ohne unmittelbare Gegenleistung erhoben werde und der Erzielung von Einkünften zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs diene.[20] Dieser Auffassung folgte ebenfalls das OVG Münster.[21]

2. Aufwandsteuer

Gem. Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG ist es nicht ausreichend, dass allgemein eine Steuer einschlägig ist. Vielmehr muss es sich hierbei um eine Aufwandsteuer handeln.
Aufwandsteuern sind nach ständiger Rechtsprechung Steuern, die an die Einkommensverwendung zum persönlichen Lebensbedarf knüpfen, durch welche eine besondere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck gebracht wird. Diese Leistungsfähigkeit zeigt sich regelmäßig durch den Konsum, also durch den Gebrauch von Gütern, das Halten eines Gegenstandes oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen.[22] Bei einer Kulturförderabgabe soll der Aufwand, den ein Gast bei einer entgeltlichen Übernachtung in einem Beherbergungsbetrieb verursacht, versteuert werden.[23]
Ausgehend von diesem Besteuerungsgegenstand herrscht in der Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass die Kulturförderabgabe grundsätzlich eine Aufwandsteuer darstellt, da hier eine besondere Einkommensverwendung zum Ausdruck gebracht wird, die beispielsweise über die Befriedigung des Grundbedürfnisses Wohnraum hinausgeht.[24] Jedoch kann eine Aufwandsteuer „nicht für Gegenstände oder Dienstleistungen erhoben werden, die nicht der Einkommensverwendung (privatem Aufwand), sondern allein der Einkommenserzielung dienen (…)".[25] Aus diesem Grund liegt kein Aufwand vor, soweit die Übernachtung vor dem Hintergrund der Berufs- oder Gewerbeausführung bzw. einer freiberuflichen Tätigkeit vorgenommen wird.[26] Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Übernachtungen, die zwar im Zusammenhang mit der Berufsausübung erfolgen, aber nicht zwangsläufig die Folge selbiger sind, dennoch Aufwand darstellen.[27]
Somit ist festzustellen, dass die Kulturförderabgabe lediglich dann eine Aufwandsteuer i. S. d. Art. 105 Abs. IIa S.1 GG darstellt, soweit sich der Steuergegenstand auf nicht berufsbedingte Übernachtungen bezieht.

3. Das Prinzip der Örtlichkeit

Für eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG muss es sich ferner um eine örtliche Aufwandsteuer handeln.
Das BVerfG bezeichnet diejenigen Steuern als örtlich, „die an örtliche Gegebenheiten, vor allem an die Belegenheit einer Sache oder einem Vorgang, im Gebiet der steuererhebenden Gemeinde anknüpfen und wegen Begrenzung ihrer unmittelbaren Wirkungen auf das Gemeindegebiet nicht zu einem die Wirtschaftseinheit berührenden Steuergefälle führen können".[28] Insofern ist charakteristisch, dass die Steuern einen „örtlich bedingten Wirkungskreis"[29] aufweisen.
Die Grundsatzurteile des BVerwG vom 11.07.2012 erläutern das Vorliegen der Örtlichkeit nicht. Sie setzen dieses vielmehr voraus. Das lässt sich zum einen daraus schließen, dass das BVerwG den Schwerpunkt seiner rechtlichen Prüfung auf das Vorliegen einer Aufwandsteuer gelegt und dieses grundsätzlich bestätigt hat. Zum anderen monierte das Gericht auch keine fehlende Zuständigkeit, diese Steuer zu erheben, was im argumentum e contrario darauf schließen lässt, dass die Örtlichkeit gegeben ist. Darüber hinaus wurde in jüngerer Rechtsprechung konstatiert, dass es sich bei besagter Kulturförderabgabe um eine örtliche Aufwandsteuer im Sinne des Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG handele.[30]
Im Ergebnis liegt mit der Kulturförderabgabe eine örtliche Aufwandsteuer vor.

4. Die Kulturförderabgabe als indirekte Steuer

Fraglich ist, ob die Erhebung der Kulturförderabgabe in Form einer indirekten Aufwandsteuer zulässig ist.
Indirekte Steuern, wie z. B. die Vergnügungssteuer, setzen grundsätzlich bei dem Gewerbetreibenden an, der die jeweilige Dienstleistung erbringt, wobei Steuerschuldner und Steuerträger nicht identisch sind.[31] D. h. die Steuer wird nicht von der wirtschaftlich belasteten Person, dem Übernachtungsgast, an die Steuerbehörde abgeführt, sondern stellvertretend von einem anderen Steuerschuldner, ergo dem Betreiber des Beherbergungsunternehmens. Hieraus ergibt sich, dass die Erhebung als indirekte Steuer grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn die Belastung auf den eigentlichen Verursacher abgewälzt werden kann. Diese Abwälzbarkeit beruht auf der Erwägung, dass lediglich der Einfachheit halber zunächst vom Betreiber die Steuer

16 BVerfG, NJW, 1984, 785 (785)
17 *Siemers,* (Fn. 13), § 3, Rn. 1.2
18 *Mickisch,* Die Übernachtungssteuer als neue kommunale Einnahmequelle, ZKF 2010, 169 (169)
19 OVG Schleswig, Urt. v. 07.02.2013 – 4 KN 1/12, Rn. 87
20 BVerwG, Urt. v. 11.07.2012 – 9 CN 2.11, Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 11.07.2012 – 9 CN 1.11, Rn. 12
21 OVG Münster, Urt. v. 23.10.2013 – 14 A 314 bis 317/13, Rn. 41; BVerwG, Beschl. v. 20.08.2014 – B 7.14 bis 10.14: OVG Münster, Urt. v. 23.01.2013 – 14 A 186,0/11, Rn. 53
22 BVerfGE 16, 64 (74); BVerfGE 49, 343 (354); BVerwGE 99, 303 (305); BVerwGE 96, 272 (281); BVerfGE 123, 1 (15)
23 VGH München, Urt. v. 22.03.2012 – 4 BV11.1909, Rn. 40; OVG Schleswig, (Fn. 19), Rn. 86
24 So das BVerwG, (Fn. 20), Rn. 14, 15, dem folgten ausnahmslos das OVG Münster, das OVG Schleswig sowie der VGH München
25 BVerwG, (Fn. 20), Rn. 14, OVG Münster, Urt. v. 23.01.2013 – 14 A 1860/11, Rn. 55
26 BVerwG, (Fn. 20), Rn. 16; *Meier,* (Fn.), 265 (266 f.)
27 BVerwG, (Fn. 20), Rn. 15
28 BVerfGE 16, 306 (327); BVerfG, (Fn. 16), 785 (786); *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz (Kommentar), 12. Auflage, 2012, Art. 105, Rn. 28
29 Ausführlich zum „örtlich bedingten Wirkungskreis": *Seer* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Auflage, 2013, § 2, Rn. 52; *Heintzen,* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 60; BVerfGE 40, 56 (61)
30 OVG Münster, Urt. v. 23.01.2013 – 14 A 1860/11, Rn. 41
31 BVerfGE 31, 8 (19); *Englisch* in: Tipke/Lang Steuerrecht, 21. Auflage, 2013, § 18 Rn. 122; *Hey* in: Tipke/Lang Steuerrecht, 21. Auflage, 2013, § 7, Rn. 20

erhoben wird. Letztlich soll sie jedoch von demjenigen aufgebracht werden, der den jeweiligen Aufwand betreibt, und der wirtschaftliche Nachteil nicht bei demjenigen verbleiben, der den steuerpflichtigen Tatbestand zur Gewinnerzielung anbietet.[32]

Grundsätzlich hat das BVerwG in seinen Urteilen vom – und seiner Ansicht folgend auch das OVG Schleswig – keine Bedenken hinsichtlich der Erhebungstechnik der Steuer gesehen, da in der Regel der Beherbergungsunternehmer die Steuer auf den Übernachtungsgast abwälzen kann, auch wenn diese Abwälzung nicht in jedem Einzelfall gelingt.[33]

Konträr zu dieser Rechtsauffassung urteilte das OVG Münster. Die zur Disposition stehende Satzung zur Erhebung einer Kulturförderabgabe in der Stadt Dortmund wurde vom Satzungsgeber dergestalt formuliert, als dass nur beruflich bedingte Übernachtungen besteuert und die Abgabe als indirekte Steuer erhoben wurde. Nach Meinung des OVG Münster sei die vorliegende Satzung rechtswidrig und folglich nichtig, da sie den Betreiber des Beherbergungsbetriebs zum Steuerschuldner bestimme. Ansprüche aus einem Steuerschuldverhältnis entstünden, sobald der Tatbestand erfüllt sei. Nur wem diese Erfüllung des Steuertatbestandes zugerechnet werden könne, dürfe zum Steuerschuldner bestimmt werden.[34]

Das Tatbestandselement der entgeltlichen Übernachtung und der daraus resultierende Konsumaufwand könne dem Betreiber als Abgabeschuldner zugerechnet werden. Zum weiteren Tatbestandsmerkmal des privaten Charakters stünde der Betreiber jedoch in keinerlei Beziehung, da er zu dessen Verwirklichung keinen Beitrag leiste. Vielmehr könne dem Beherbergungsgast dieses Merkmal zugerechnet werden, da er selbst über den Zweck seiner Übernachtung entscheide. Diese lediglich lockere Beziehung des Betreibers zum Steuergegenstand verbiete es, ihn zum Steuerschuldner zu bestimmen.[35]

Das Rechtsmittel der Revision wurde in diesem Urteil nicht zugelassen. Hiergegen hat die Stadt Dortmund Beschwerde beim BVerwG eingelegt, welche jedoch mit Beschluss vom 20.08.2014 zurückgewiesen wurde. Verwiesen wurde dabei insbesondere auf das Fehlen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache. Es betreffe in vorliegender Sache die Auslegung landesrechtlicher Normen. Weiterhin ergebe sich diese grundsätzliche Bedeutung auch nicht aus der abweichenden Rechtsprechung des OVG Schleswigs bzw. des BVerwG.[36]

Insoweit ist zu konstatieren, dass mit o. g. Beschluss das Urteil des OVG Münster vom 23.01.2013 rechtskräftig und sodann die Dortmunder Übernachtungssteuersatzung rechtswidrig und infolgedessen nichtig ist. Die Stadt Dortmund hat reagiert und eine geänderte Satzung mit Datum vom 08.10.2014 beschlossen, in der einerseits gem. § 6 der Satzung Steuerschuldner nunmehr der Übernachtungsgast ist die Abgabe nunmehr als direkte Steuer erhoben wird. Andererseits wurde gem. § 4 Abs. I der Satzung der Steuersatz von 5 % auf 7,5 % angehoben; auch vor dem Hintergrund, dass aufgrund des Urteils des OVG Münster etwa 1,7 Millionen Euro an Hoteliers zurückgezahlt werden müssen.

Wenngleich dem Urteil des OVG Münster und deren aufgezeigtem Lösungsweg nicht zwingend gefolgt werden muss – örtliche Aufwandsteuern als indirekte Steuern zu erheben ist gängige Verwaltungspraxis und vom BVerwG regelmäßig als rechtmäßig anerkannt[37] – ist festzuhalten, dass landesrechtliche Vorschriften (hier das KAG NW) der Dortmunder Übernachtungssteuersatzung entgegenstanden. Diese Vorschriften sind letztinstanzlich von den Oberverwaltungsgerichten auszulegen. Nichts anderes hat das BVerwG in ihrem Beschluss festgestellt. Im Ergebnis bedeutet das Urteil vom OVG Münster allerdings nicht, dass die Erhebung einer Steuer auf entgeltliche Übernachtungen rechtlich nicht umsetzbar ist. Es bedeutet lediglich, dass in Nordrhein-Westfalen eine derartige Abgabe nur als direkte Steuer zulässig ist.

IV. Gleichartigkeitsverbot

Schließlich darf nach dem Wortlaut des Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG die Kulturförderabgabe bundesrechtlichen Steuern nicht gleichartig sein. In Betracht kommt hier eine Gleichartigkeit mit der Umsatzsteuer.

Zunächst ist festzustellen, dass das Gleichartigkeitsverbot herkömmliche Verbrauch- und Aufwandsteuern nicht tangiert, wobei die Herkömmlichkeit dann zu bejahen ist, soweit die jeweilige Steuer bis zum 01. Januar 1970 bereits bestanden hat.[38] Eine Kulturförderabgabe ist jedoch keine herkömmliche Steuer, weshalb eine Gleichartigkeit nicht gegeben sein darf. Es ist davon auszugehen, dass eine nicht herkömmliche Steuer im Allgemeinen bzw. eine Kulturförderabgabe im Speziellen dann einer Bundessteuer nicht gleichartig ist, wenn sie die steuerbegründenden Tatbestände dieser nicht erfüllt. Danach sind Steuergegenstand, Steuermaßstab, Art der Erhebungstechnik sowie wirtschaftliche Auswirkungen, insbesondere das Abschöpfen der selben Steuerquelle, zu vergleichen.[39]

Das BVerwG konstatierte in seinen Grundsatzurteilen vom 11.07.2012, dass aufgrund einer signifikanten Anzahl von Unterschieden von einer Gleichartigkeit der Kulturförderabgabe mit der Umsatzsteuer nicht ausgegangen werden könne.[40]

Zwar beziehen sich beide Steuern auf die Leistungsfähigkeit des Übernachtungsgastes und knüpfen im Kern an den einheitlichen Vorgang des entgeltlichen Leistungsaustausches an, wodurch sie sich auch wirtschaftlich ähnlich auswirken. Jedoch bemisst sich die Kulturförderabgabe nach einem an Übernachtungen orientierten pauschalen Betrag, während die Umsatzsteuer das Leistungsentgelt besteuert und sich proportional zum Umsatz verhält. Auch unterscheiden sich die jeweils zu prüfenden Kulturförderabgaben durch ihre zeitlich begrenzte Steuerpflicht von der unbefristet zu entrichtenden Umsatzsteuer. Darüber hinaus differenzieren sich die Abgaben im Kreis der Steuerschuldner, da im Gegensatz zur Umsatzsteuer die Kulturförderabgabe lediglich von volljährigen Gästen entrichtet werden muss. Schließlich liegen Unterschiede auch in der Erhebungstechnik vor. Die Umsatzsteuer wird aufgrund einer bloßen Steuervoranmeldung erhoben, im Gegensatz hierzu bedarf es für die Erhebung einer Kulturförderabgabe eines Steuerbescheides. [41]

Dieser Rechtsauffassung folgten auch das OVG Münster sowie das OVG Schleswig.[42]

Daher ist die Kulturförderabgabe bundesrechtlichen Steuern nicht gleichartig.

32 BVerfGE 31, 8 (19 f.); OVG Schleswig, (Fn. 19), Rn. 89
33 OVG Schleswig, (Fn. 19), Rn. 110
34 OVG Münster, (Fn. 30), Rn. 113 ff.
35 OVG Münster, (Fn. 30), Rn. 120 f.
36 BVerwG, Beschl. v. 20.08.2014 – B 7.14 bis 10.14, Rn. 3 bis 5
37 BVerfGE 123, 1; BVerfGE 31, 8; BVerfGE 40, 56
38 *Heintzen,* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 63; *Jachmann,* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 66; *Pieroth,* (Fn.28), Art. 105, Rn. 29
39 BVerfGE 98, 106 (125); BVerfGE 65, 325 (351); BVerfGE 40, 56 (62); *Patt,* (Fn. 3), 25 (27); *Dürrschmidt,* (Fn. 11), 1 (3)
40 BVerwG, (Fn. 20), Rn. 26
41 BVerwG, (Fn. 20), Rn. 27
42 OVG Münster, Urt. v. 23.10.2013 – 14 A 314 bis 317/13, Rn. 55; OVG Schleswig, (Fn. 19), Rn. 101

Im Ergebnis ist ferner festzustellen, dass die Kulturförderabgabe eine örtliche Aufwandsteuer i. S. d. Art. 105 Abs. IIa S. 1 GG darstellt, wodurch die Gemeinden gem. § 3 Abs. I KAG M-V grundsätzlich ermächtigt werden, diese zu erheben.

V. Zustimmungserfordernis

Eine Besonderheit, die sich in § 3 Abs. II KAG M-V, aber auch in Abgabegesetzen anderer Bundesländer finden lässt,[43] stellt der Zustimmungsvorbehalt dar. Demnach muss vor Einführung einer bisher noch nicht erhobenen Steuer die Zustimmung des Ministeriums für Inneres und Sport im Einvernehmen mit dem Finanzministerium beantragt werden, wie es aktuell Schwerin bezüglich ihrer Übernachtungssteuer tat. Sodann wird die jeweilige Steuersatzung rechtlich geprüft,[44] wobei gem. § 3 Abs. II S. 3 KAG M-V kein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung besteht. Strittig ist jedoch, inwieweit die Versagung der Zustimmung auf politischen bzw. zweckmäßigen Aspekten beruhen darf. Wäre eine derartige Versagung zulässig, hätten Gemeinden keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Erlass einer Abgabesatzung, was wiederum das Recht der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. II GG, Art. 72 Abs. I LVerf M-V gefährdet. Die kommunale Selbstverwaltung darf insoweit nur aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, jedoch fehlt es an dieser ausdrücklichen Ermächtigung im KAG M-V. Vielmehr findet der Genehmigungsvorbehalt gem. § 78 Abs. II, III KV M-V Anwendung, was zur Folge hat, dass Genehmigungen nur bei rechtswidrigen Beschlüssen bzw. Anordnungen der Gemeinde versagt werden dürfen.[45]
Eine Konkretisierung der Ermessensausübung erfährt Art. 2 Abs. III S. 3 BayKAG. Demnach kann die Genehmigung durch das Staatsministerium des Inneren versagt werden, wenn u. a. steuerliche und volkswirtschaftliche Interessen des Staates beeinträchtigt werden. Sodann wurde die Genehmigung der Münchener Übernachtungssteuersatzung versagt, da diese in Kollision mit den genannten Interessen stehe. Bestätigt wurde diese Versagung durch den VGH München. Dieser ist der Meinung, dass die Besteuerung von Übernachtungen im Widerspruch zum Wachstumsbeschleunigungsgesetz und deren Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes stünde.[46] Eine Übertragung auf Mecklenburg-Vorpommern zeigt sich jedoch als zweifelhaft, da ein Kriterium wie in Art. Abs. III S. 2 BayKAG in § 3 Abs. II KAG M-V nicht zu finden ist.[47]
Ungeachtet dessen hat das Ministerium für Inneres und Sport M-V mit Datum vom 21.03.2014 der Schweriner Übernachtungssteuersatzung zugestimmt, auch wenn mit dieser politische Interessen im Konflikt stehen. Eine explizite Zustimmung zur Satzung ist hierdurch künftig obsolet. Durch die bereits erteilte Zustimmung zur Schweriner Satzung handelt es sich bei der Kulturförderabgabe in Mecklenburg-Vorpommern um keine neue Steuer mehr i. S. d. § 3 Abs. II KAG M-V.

VI. Fazit

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die Erhebung einer Kulturförderabgabe unter den oben genannten Voraussetzungen grundsätzlich möglich ist. Der Satzungsgeber ist dabei angehalten, eine Differenzierung zwischen beruflich bedingten sowie touristischen Übernachtungen herauszuarbeiten. In Nordrhein-Westfalen ist diese Abgabe ferner nur als direkte Steuer rechtskonform. Gänzlich unzulässig ist eine Erhebung derzeit in bayerischen Kommunen, da das Staatsministerium für Inneres – bestätigt durch den VGH München – die Steuer als unvereinbar mit Art. 2 Abs III S. 2 BayKAG sieht und insoweit die Zustimmung zur Münchener Satzung versagt hat. In Mecklenburg-Vorpommern stellt seit der Schweriner Übernachtungssteuer das Zustimmungserfordernis hingegen kein Problem mehr dar.
Für weitere Städte, die von hohen Besucherzahlen am „Urlaubsland Mecklenburg-Vorpommern" profitieren, könnte die ministeriale Zustimmung der Startschuss für eine mögliche „Kulturförderabgabe" bzw. „Übernachtungssteuer" sein, wenngleich langwierige Klageverfahren durch Hoteliers zu befürchten sind. Ob deshalb aus politischen Erwägungen von einer Einführung Abstand genommen werden sollte, muss jede Kommune letztlich für sich selbst entscheiden.

43 Vgl. § 2 Abs. III bayKAG, § 2 Abs. II KAG NW, § 2 Abs. IV ThürKAG, § 2 Abs. II saarlKAG
44 *Birk* in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht (Kommentar), Loseblattsammlung, Stand September 2014, § 3, Rn. 15
45 *Siemers,* (Fn. 13), § 3, Rn. 1.7
46 VGH München, (Fn. 23), Rn. 45 ff.
47 *Siemers,* (Fn. 13), § 3, Rn. 1.7

Arno Berning*

Straßenbaubeitragssatzung oder Wirtschaftswegeverband

– wie ist eine akzeptable nachhaltige Finanzierung der kommunalen Wirtschaftswege möglich? –

1. Einleitung

Viele Wege in den Außenbereichen der Kommunen befinden sich in einem schlechten Zustand. Ursächlich hierfür ist neben ihrem Alter vor allem die Nutzung, die in den letzten Jahren insbesondere durch den Einsatz immer schwererer und größerer landwirtschaftlicher, forstwirtschaftlicher und gewerblicher Nutzfahrzeuge erfolgt. Diese Entwicklung geht häufig einher mit der Errichtung immer gewaltigerer landwirtschaftlicher und energiewirtschaftlicher Anlagen, deren Erschließung das Wegenetz im Außenbereich vor zusätzliche neue Herausforderungen stellt. Die Kommunen sind ganz überwiegend als Eigentümer oder anderweitig Unterhaltungsverpflichtete für den notwendigen verkehrssicheren Zustand dieser Wegenetze verantwortlich. Angesichts ihrer allseits bekannten finanziellen Nöte können sie sich dieser Situation nur bedingt unter Einbeziehung möglichst aller Nutznießer der Wegenetze stellen. Im folgenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, welche Lösungsmöglichkeiten die Rechtsordnung für die Kommunen bereit hält. Dabei sollen als Finanzierungsmöglichkeiten, insbesondere die Erhebung von Beiträgen auf der Grundlage einer Straßenbaubeitragssatzung nach dem KAG (Kommunalabgabengesetz), der Erhebung von Beiträgen im Rahmen eines Wirtschaftswegeverbandes nach dem WVG (Wasserverbands-

* Regierungsdirektor *Arno Berning* ist hauptamtlicher Dozent an der FHöV NRW

gesetz) einander gegenübergestellt werden. Soweit auf Landesrecht Bezug genommen wird, ist dies nordrhein-westfälisches Recht. Die übrigen Bundesländer verfügen über vergleichbare Regelungen.

2. Begriff und Probleme der Wirtschaftswege

Zunächst ist zu klären, welche Wege vom Begriff der Wirtschaftswege hier angesprochen und erfasst werden. Sodann ist festzustellen, welche finanziellen Belastungen bezüglich dieser Wege entstehen und welche rechtlichen Möglichkeiten zur Erlangung der erforderlichen finanziellen Mittel in Betracht kommen. Abschließend ist zu bewerten, welcher rechtlichen Option zur Finanzierung der Vorzug gebührt.

2.1. Was sind kommunale Wirtschaftswege?

Als Wirtschaftswege der Kommunen werden die Wege im Außenbereich der Kommunen bezeichnet, die von geringer oder keiner überörtlichen Bedeutung sind und deren Funktion vor allem in der Erschließung land- und forstwirtschaftlicher Flächen und im Außenbereich privilegierter Vorhaben besteht. Sie werden weder zu den Bundes-, Landes, Kreis- oder Gemeindestraßen nach Straßen- und Wegerecht gerechnet (§ 3 Abs. 1 StrWG NRW).
Stattdessen werden sie auch gerne als Feld-, Wald-, Wiesen- oder sonstige Wirtschaftswege bezeichnet.[1] Sie sind „öffentliche Straßen/Wege" und als solche „sonstige öffentliche Straßen" nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 StrWG NRW, wenn sie eine entsprechende Widmung durch Allgemeinverfügung gemäß § 6 StrWG NRW erhalten haben. Häufig werden sie aber auch nur durch öffentlich-rechtlicher Entschließung zur Benutzung zur Verfügung gestellt, was die Verwendung der üblichen Beschilderung und die Anwendung der StVO dennoch einschließt. Auch in solch einem Fall können sie allerdings nach der Rechtsprechung Gegenstand einer Straßenbaubeitragssatzung nach § 8 KAG NRW sein, der vom Begriff einer „öffentlichen Straße" ausgeht.[2] In Nordrhein-Westfalen wie auch im gesamten Bundesgebiet wurden vor 50 Jahren nicht nur zahlreiche Wirtschaftswege im Rahmen der Flurbereinigung z. T. neu geschaffen sondern das Wirtschaftswegenetz wurde auch mit Mitteln des „Grünen Plans", einem bundesweiten Programm zur Modernisierung der Landwirtschaft, asphaltiert oder gar gepflastert.[3] Eigentümer blieben nur z. T. anliegende Landwirte bei Unterhaltsverpflichtung der Gemeinden für die Grünstreifen oder evtl. angrenzende Gräben.[4] In der Regel hatten oder erhielten die Gemeinden aber das Eigentum an den Wegen. In diesem Beitrag soll deshalb auf die Darstellung der Unterhaltung von Wirtschaftswegen durch die Teilnehmergemeinschaften nach dem Flurbereinigungsgesetz (§§ 18, 42 FlurbG) verzichtet werden.

2.2. Das Problem der Finanzierung der erforderlichen straßenbaulichen Maßnahmen durch die Kommunen

Wie bereits einleitend geschildert ist der Zustand der Wirtschaftswege insbesondere in den alten Bundesländern sehr schlecht. Wege die in den Jahren 1960–1970 z.B. mit einer Breite von 2,20 m für eine Achslast von 3 t angelegt wurden, werden heute nicht selten von Schleppern mit einer Achslast bis zu 10 t und mit Maschinen von 3 m Breite benutzt. Aufgrund der allgemeinen finanziellen Situation der Kommunen wurden viele Wirtschaftswege nur notdürftig geflickt. Nach Expertenschätzung beläuft sich der gegenwärtige bundesweite Investitionsstau auf 40–50 Mrd €.[5]
Auf der Grundlage der Kommunalabgabengesetze der Länder und deren Möglichkeit zur Erhebung von Beiträgen von den anliegenden Grundstückseigentümern (Bsp. § 8 KAG NRW) auf der Grundlage von Straßenbaubeitragssatzungen, haben sich folgende Begriffe für finanziell relevante bauliche Maßnahmen an Straßen und Wege gebildet: Herstellung, Erneuerung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung, Unterhaltung und Instandsetzung.

Herstellung: Der Begriff erfasst die erstmalige Herstellung einer Straße. Dagegen handelt es sich um eine Erneuerung, wenn bei einer nachmaligen – nochmaligen – Herstellung die Wiederherstellung des früheren Ausbauzustandes angestrebt wird.[6] Erfolgt die nochmalige Herstellung in einer die Benutzbarkeit positiv beeinflussenden Art und Weise, handelt es sich um eine Verbesserung.[7]

Erneuerung: Sie liegt vor, wenn bei einer nachmaligen Herstellung der frühere Ausbauzustand wieder angestrebt wird. Eine Erneuerung kann sich aber nicht nur auf die gesamte Straßenfläche sondern auch auf einzelne oder mehrere Teilanlagen (Fahrbahn/Bürgersteig) oder Teile einer Teilanlage (Fahrbahndecke) beziehen. Die beitragsfähige Erneuerung setzt immer den Ablauf der Nutzungszeit voraus.[8] Ebenso ist die korrekte vorherige beitragsfreie Durchführung der Unterhaltung und Instandhaltung eine Voraussetzung.[9]

Verbesserung: Es handelt sich um eine nochmalige Herstellung in einer die Benutzbarkeit positiv beeinflussenden Art und Weise und somit anderen Zweckbestimmung.[10]

Erweiterung: Die Erweiterung ist gegeben bei einer räumlichen Ausdehnung einer Verkehrsanlage.[11] Sie ist ein Fall der Verbesserung ohne eigenständige Bedeutung.[12]

Anschaffung: Sie bezeichnet den Erwerb einer Verkehrsanlage (Bsp.: Privatstraße) von einem anderen Funktionsträger und erfasst Entschädigungsleistungen, die im Rahmen der Durchführung der baulichen Maßnahmen für notwendigen Grunderwerb zu erbringen sind.[13]

Unterhaltung und Instandsetzung: Unterhaltung und Instandsetzung sind nach den KAG der Länder beitragsfreie Maßnahmen der Träger der Straßenbaulast. Die Unterhaltung ist nach den KAG der

1 zur verkehrsrechtlichen Betrachtung siehe BGH Urt. v. 18.11.1975 – VI ZR 172/74
2 vgl. OVG Münster, KStZ 1977, 220 f.
3 vgl. Bericht im Weser Kurier v. 27.10 2013 „Wirbel um Trecker Maut"
4 so *Jobst-Ulrich Lange,* Das Wegerecht an Wirtschaftswegen, Landwirtschaftliches Wochenblatt v. 28.04.2000
5 siehe Bericht in Landwirtschaftliches Wochenblatt Westfalen-Lippe v. 26.04.2013
6 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 290; 292 m. w. N.
7 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 301 ff m. w. N.
8 vgl. OVGE Münster 31, 65 ff.
9 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 292 m. w. N.
10 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 301 ff m. w. N.
11 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 300 m. w. N.
12 vgl. OVG Münster, Beschl. v. 23.01.1975 – 2 B 389/74
13 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 290a

Sammelbegriff für Maßnahmen kleineren Umfanges zur Substanzerhaltung von Straßenbefestigungen nicht über die volle Fahrstreifenbreite.[14] Die Instandsetzung erfasst alle intensiveren Maßnahmen, die noch keine beitragsfähige Erneuerung sind wie die Beseitigung der Folgen der Verlegung von Versorgungsleitungen oder die Erneuerung lediglich von Deckschichten im Rahmen einer Oberflächenbehandlung in voller Fahrstreifenbreite.[15]
Neben diesem engen Begriff der Unterhaltung bei Anwendung der KAG, besteht ansonsten der weite Unterhaltungsbegriff.[16] Er umfasst, bezogen auf den baulichen Zustand des Wirtschaftsweges, die laufende Pflege, die Erneuerung, die Verbesserung und die Erweiterung der Wirtschaftswege.[17] Art und Umfang der Unterhaltung orientieren sich an der für den Wirtschaftsweg festgelegten Zweckbestimmung. Letztere unterliegt allerdings auch dem Wandel der Zeit, z. Bsp. den Erfordernissen sich verändernder landwirtschaftlicher Maschinen. Insoweit hat die Gemeinde bei der Erfüllung der Unterhaltspflicht einen Ermessensspielraum.[18]

Begrifflich nicht erfasst und somit nicht beitragsmäßig umlagefähig ist die Renaturierung und der Rückbau von Wirtschaftswegen. Es fehlt hier auch am Vorteil i. S. d. KAG für die Beitragspflichtigen. Dabei kann sich im Hinblick auf die mittel- und langfristigen Kosten der Rückbau eines gepflasterten oder asphaltierten Wirtschaftsweges zu einem geschotterten Weg als sinnvoll erweisen.

3. Die unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten zur Deckung der erforderlichen Finanzbedarfe durch die Kommunen

Zur Deckung der Finanzbedarfe für die Durchführung der jeweils gebotenen baulichen Maßnahmen an den Wirtschaftswegen stehen den Kommunen verschiedene rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung. Die einfachste Lösung wäre die Finanzierung der Wirtschaftswege aus dem kommunalen Steueraufkommen unter besonderer Berücksichtigung der Grundsteuer A. Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Wirtschaftswege auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes – KAG – in die Straßenbaubeitragssatzung der Kommune mit einzubeziehen, ergänzt um die Möglichkeit der Erhebung besonderer Wegebeiträge und Benutzungsgebühren nach § 9 und § 6 KAG. Ebenfalls möglich wäre die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes auf der Rechtsgrundlage des Wasserverbandsgesetzes – WVG.

3.1. Die steuerliche Lösung

Die kommunalen Steuereinnahmen dienen per Definition der „Steuer“ der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs der Kommunen. Dieser ist bereits erheblich größer als ihr Steueraufkommen. Letzteres lässt sich auch nicht in dem erforderlichen Maß noch steigern, weil bereits heute zumindest in NRW die Kommunen gezwungen sind die beachtlichen fiktiven Hebesätze des Landes nicht zu unterschreiten, um nicht entsprechende Kürzungen der Landeszuweisungen herbeizuführen. Kurzum die vorhandenen Steuermittel gestatten nicht die erforderliche Finanzierung der notwendigen baulichen Maßnahmen. Hinzu kommt, dass allgemeine Finanzmittel bereits in die Finanzierung der Beitragsmodelle fließen müssen, die sich an den Nutznießern der Wirtschaftswege orientieren, da auch die Allgemeinheit natürlich zu ihnen zählt.

3.2. Die Einbeziehung der Wirtschaftswege in die Straßenbaubeitragssatzung nach dem KAG NRW

Nach § 8 Abs. 1 KAG NRW sollen die Kommunen Beiträge für die dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen, Wege und Plätze erheben, soweit nicht das Baugesetzbuch anzuwenden ist. Sie sollen gemäß Abs. 2 S. 1 erhoben werden, für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung und Verbesserung. Sie sind nicht zu erheben für die Unterhaltung und Instandsetzung (siehe Begriffserläuterungen oben). Die Beiträge sollen gemäß Abs. 2 S. 3 u. 4 von den anliegenden Grundstückseigentümern und im Falle von Erbbaurechten von den Erbbauberechtigten als Gegenleistung für die Möglichkeit der Inanspruchnahme und den wirtschaftlichen Vorteilen der Straßen, Wege und Plätze erhoben werden. In ihrer Höhe sind sie gemäß Abs. 4 u. 6 an den Vorteilen zu bemessen unter Berücksichtigung auch des Vorteils für die Allgemeinheit und die Gemeinde selbst.
Die Erhebung der Beiträge darf gemäß § 2 i. V. m. § 1 Abs. 1 s. 1 KAG NRW nur auf Grund einer Satzung erfolgen.

3.2.1. Die rechtlichen Grundlagen im Hinblick auf die Wirtschaftswege

Hinsichtlich der Einbeziehung der kommunalen Wirtschaftswege in eine Straßenbaubeitragssatzung ergeben sich folgende rechtliche Fragen:
1. Können die Wirtschaftswege auch bei fehlender Widmung in die Straßenbaubeitragssatzung einbezogen werden?
2. Findet auf die erstmalige Herstellung eines Wirtschaftsweges das Baugesetzbuch Anwendung?
3. Welche Kriterien gelten für eine differenzierte Beitragsbelastung?
4. Wie kann die Finanzierung der Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten erfolgen?

3.2.1.1. Können die Wirtschaftswege auch bei fehlender Widmung in die Straßenbaubeitragssatzung einbezogen werden?

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, fehlt den Wirtschaftswegen häufig eine straßenrechtliche Widmung (sie sind insoweit Privatstraßen ihrer jeweiligen Gemeinde) und werden aufgrund öffentlich-rechtlicher Entschließung zur Benutzung zur Verfügung gestellt. Nach der Rechtsprechung genügt dies, um sie als öffentliche Anlagen (Straßen, Wege und Plätze) i. S. d. KAG zu sehen.[19] Um sie über eine Straßenbaubeitragssatzung abrechnen zu können, ist es allerdings erforderlich, dass die Wirtschaftswege als Abrechnungsgegenstand ausdrücklich in der Satzung genannt werden.[20]

3.2.1.2. Findet auf die erstmalige Herstellung eines Wirtschaftsweges das Baugesetzbuch Anwendung?

Die Straßenbaubeitragssatzung nach dem KAG findet auf Straßen, Wegen und Plätzen keine Anwendung, soweit Beiträge nach dem

14 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 289b ff m. w. N.
15 dazu OVG Münster, NWVBl.2000, 144
16 siehe *Cosson,* Das Recht der Wirtschaftswege, Köln1988, S. 129 ff.
17 dazu Pr.OVGE, Bd. 32, 126
18 so *Cosson,* Das Recht der Wirtschaftswege, Köln 1988, S. S. 129
19 vgl. OVGE MüLü 32, 302 ff.; VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, 355 ff.
20 *Grünewald* in Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, München (Loseblattsammlung – Stand: Juni 2014, Teil G Rn. 61

Baugesetzbuch abgerechnet werden können (siehe § 8 Abs. 1 KAG NRW). Die Abrechnung nach dem KAG ist insoweit nachrangig – subsidiär. Im Hinblick auf die Wirtschaftswege käme insbesondere ihre erstmalige Herstellung i. S. d. § 128 Abs. 1 Nr. 2 BauGB als nach Baugesetzbuch abzurechnender Erschließungsaufwand in Betracht. Dies würde aber voraussetzen, dass die Wirtschaftswege öffentliche zum Anbau bestimmte Straßen, Wege oder Plätze i. S. d. § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB sind. Dies wird von der Rechtsprechung aber gerade verneint.[21] Während Grundstücke im Innenbereich oder im überplanten Bereich typischerweise Baugrundstücke sind, ist dies im Außenbereich nicht der Fall, woran auch nichts einzelne privilegierte Vorhaben nach § 35 BauGB ändern. Daneben fehlt es den Wirtschaftswegen i. d. R. an der straßenrechtlichen Widmung, die hier für die Öffentlichkeit der Anlage nach § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB verlangt wird.[22]

3.2.1.3. Welche Kriterien gelten für eine differenzierte Beitragsbelastung?

Voraussetzung für die Beitragserhebung dem Grunde und der Höhe nach ist der wirtschaftliche und nicht der ideelle Vorteil, den die Anlage für die Erschließungssituation der anliegenden Grundstücke den jeweiligen Eigentümern bzw. Erbbauberechtigten bietet.[23]
Erhoben wird der umlagefähige Beitrag. Dieser ergibt sich nach Abzug des Gemeindeanteils und ggf. gewährten Zuwendungen Dritter vom ermittelten beitragsfähigen Aufwand.[24] Der Gemeindeanteil liegt bei Wirtschaftswegen zwischen 50 und 20 % je nach Funktion (Schulbusstrecke, überörtliches Radwegenetz etc.).[25]

Als beitragsfähiger Aufwand kommen nur die Kosten der in § 8 KAG NRW allein genannten Maßnahmen in Betracht. Es gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit, d. h., die Maßnahmen müssen im schutzwürdigen Interesse der Anlieger bzgl. der Kosten dem Grunde und der Höhe nach geboten sein. Über die Erforderlichkeit entscheidet die Gemeinde durch Ermessensausübung. Zum beitragsfähigen Aufwand gehören nicht Unterhaltung und Instandsetzung. Sie sind aber durch die Gemeinde dennoch zu leisten. Dies gilt für den gesamten Zeitraum der Nutzungsdauer der Anlage bzw. Teilanlage. Geschieht dies nicht, sind die ansonsten beitragsfähigen Aufwendungen nicht umlagefähig.[26] Letzteres ist allerdings nach der Rechtsprechung dann irrelevant, wenn die übliche Nutzungsdauer erkennbar überschritten und der Verschleiß sichtbar ist.[27] Im Falle einer Verbesserungsmaßnahme bedarf es für die Beitragsfähigkeit nicht des Ablaufs der üblichen Nutzungsdauer. Auch ein Reparaturstau ist nicht hinderlich, soweit nicht bewusst deswegen die „Flucht in eine Verbesserung" gesucht wird.[28]

21 siehe BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 – IVC1.75
22 siehe *Dirnberger* in Jäde/Dirnberger/Weiss, Kommentar Baugesetzbuch Baunutzungsverordnung, Stuttgart 2010, § 127 BauGB Rn. 24 ff. m .w. N.
23 so OVG Koblenz KStZ 1978,214; VGH München NVwZ-RR 1993, 212
24 *Grünewald* a.a.O. Rn. 121
25 vgl. *Thomas,* Sanierung/Unterhaltung/Finanzierung der Wirtschaftswege, Wegebautagung, Berlin, 18. April 2013 (PDF) http://de.dwa.de/tl_files/_media/content/PDFs/Abteilung_WAW/mj/BeitragThomas-kl. (heruntergeladen am 23.12.2014) unter Verweis auf § 4 Abs. 3 Mustersatzung StGB
26 siehe *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 292 m. w. N.; *Grünewald* a.a.O. Rn. 63
27 siehe u. a. VGH München Urt. v. 07.07.1994 – 6B92.3657; OVG Münster Beschl. v.09.06.2000 – 15A6119/96, Urt. v. 28.08.2001, NWVBl 2002,150
28 siehe Driehaus *in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsa*mmlung – Stand: März 2013) § 8 Rn. 309 m. w. N.

3.2.1.3.1. Es gelten folgende Feststellungen bezüglich der Nutzungsdauer bei Wirtschaftswegen und der Erforderlichkeit einer Erneuerungs- oder Verbesserungsmaßnahme:

Das OVG Münster geht zunächst grundsätzlich davon aus, dass es keine allgemein gültige Zeitspanne für die Dauer der Nutzung einer Straße gibt. Es ist der Auffassung, dass diese vom vorherigen Ausbau und der verkehrlichen Funktion abhängt.[29] Der Bayerische VGH vertritt in ständiger Rechtsprechung bei einer „normalen Straße" hinsichtlich der Fahrbahn eine übliche Nutzungszeit von 20 bis 25 Jahren.[30] Der Ablauf dieser Zeitspanne dient danach als zusätzliches Indiz für die Erforderlichkeit der Erneuerung der Fahrbahn ohne die Feststellung über den notwendigen tatsächlichen Verschleiß der Fahrbahn zu ersetzen. Für eine schwach belastete Straße hat das OVG NRW in der Vergangenheit mal 26[31], mal 27[32] Jahre Nutzungszeit als Indiz für das Erfordernis der Erneuerung der Fahrbahn festgestellt, für die Erneuerung der Beleuchtung 30 Jahre[33], für einen Regenwasserkanal 33 Jahre[34], für einen Straßenentwässerungskanal 80 Jahre[35] und einen Gehweg 20 Jahre[36]. Da die meisten Wirtschaftswege i. d. R. älter als 30 Jahre sind, ohne Gehwege und Beleuchtung und statt mit Kanälen mit Gräben ausgestattet sind, stellt sich bei ihnen i. d. R. auch nicht das Problem noch nicht abgelaufener Nutzungszeit. Unproblematisch ist deshalb der Ablauf der üblichen Nutzungszeit als Erfordernis für die Erneuerung.

3.2.1.3.2. Folgende Feststellungen gelten bezüglich der Festlegung des Verhältnisses zwischen Anliegeranteil und Gemeindeanteil am beitragsfähigen Gesamtaufwand bei Wirtschaftswegen:

Der umlagefähige Beitrag ist der beitragsfähige Aufwand abzüglich des Gemeindeanteils und evtl. Zuwendungen Dritter. Der Gemeindeanteil ist am Vorteil der Allgemeinheit durch die Straßenbaumaßnahme zu messen. Er ist Bestandteil des Beitragssatzes und dieser wiederum Mindestinhalt der vom Rat zu beschließenden Straßenbaubeitragssatzung. Der Rat trifft hier eine nur begrenzt überprüfbare Ermessensentscheidung. Die erforderliche Differenzierung beim Beitragssatz bzgl. des Vorteils der Allgemeinheit hat sich am Straßentyp und der jeweiligen Teilanlage zu orientieren. Hauptverkehrsstraßen sind anders zu bewerten wie reine Anliegerstraßen. Bürgersteige dienen den Anliegern aber nicht dem überörtlichen Durchgangsverkehr. Letztlich müssen die in der Satzung getroffen prozentualen Festsetzungen auch im Vergleich zueinander schlüssig sein. Der Verteilungsmaßstab bleibt dennoch ein Wahrscheinlichkeitsmaßstab, da die wirtschaftlichen Vorteile für die Grundstücke nicht messbar sind. Das auszuübende Ermessen findet hier seine Schranken bzgl. des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes – Art. 3 Abs. 1 GG – im Willkürverbot. Für Wirtschaftswege wird allgemein, je nach Intensität der Durchgangsverkehre über die reinen Anliegerverkehre hinaus, ein gemeindlicher Anteil von 20 bis 50% für angemessen

29 OVG Münster, Beschl. v. 04.08.2004 – 15 A 2556/04
30 VGH München, Beschl. v. 27.07.2009 – 6ZB07.812 m. w. N.
31 OVG Münster 1992 – 2B494/92
32 OVG Münster 1997 – 15A1391/94
33 OVG Münster 2000 – 15A4756/96
34 OVG Münster 2002 – 15A2128/00
35 OVG Münster 1999 – 15A4406/99
36 OVGE 31, 65(69)

gehalten.[37] Der umlagefähige Beitrag liegt demnach zwischen 80 bis 50%. Im Falle besonderer straßenbaulicher Aufwendungen bei gewerblichen Anlagen im Außenbereich (Biomassekraftwerke, Kies- und Sandgruben, Windenergieanlagen etc.) kommt eine Erhöhung des Gemeindeanteils in Betracht verbunden mit einer gesonderten Beitragsabrechnung mit dem Eigentümer über eine Satzung nach § 9 KAG NRW. Diese Möglichkeit ist insbesondere auch für Hofstellen, Wohngrundstück und andere Anlagen im Außenbereich geboten.

3.2.1.3.3. Folgende Regeln (Beitragsmaßstab/Verteilungsmaßstab) gelten für die Verteilung des umlagefähigen Beitrags auf die Anlieger (Grundstückseigentümer /Erbbauberechtigte):

Die Verteilung des umlagefähigen Beitrags auf die Anlieger hat sich am Umfang des wirtschaftlichen Vorteils unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Beitragsgerechtigkeit zu orientieren. Zu beachten ist auch das Äquivalenzprinzip, wobei hier an die Stelle der tatsächlichen Nutzung die Möglichkeit zur Nutzung tritt und wegen fehlender Messbarkeit des Vorteils der Wahrscheinlichkeitsgrundsatz und die Praktikabilität.

Für die land- und forstwirtschaftlichen Flächen, auf deren Eigentümer nunmehr der umlegungsfähige Beitrag zu verteilen ist, bietet sich die Grundstücksflächengröße als geeignetster Verteilungsmaßstab an.[38]

Für das landwirtschaftliche Grundstück ist es im Hinblick auf den wirtschaftlichen Vorteil des Weges unerheblich, ob es mit großer Länge oder Tiefe am Weg liegt. Entscheidend ist nur die von der Größe bestimmte Menge der Ernte und die dafür erforderliche Nutzung von Maschinen. Frontlängenmaßstab und Tiefenbegrenzung sind deshalb unbeachtlich.

Ein anderer als der Flächengrößenmaßstab ist auch nicht für forstwirtschaftliche Grundstücke geboten. Die Inanspruchnahme der Wirtschaftswege ist hier nicht geringer. Da diese maßgebend ist und nicht der aus dem Grundstück erwirtschaftete Ertrag, ist die Gleichbehandlung angemessen.[39]

Fraglich ist, wie mit mehrfacherschlossenen Grundstücken und sog. Eckgrundstücken zu verfahren ist. Das Erschließungsrecht orientiert sich bei der Beantwortung dieser Frage am Erschließungsvorteil und sieht bei Eckgrundstücken i. d. R. deshalb eine Ermäßigung auf 2/3 des Beitrags je Straße vor. Bei mehrfacherschlossenen Grundstücken in einer Erschließungseinheit ist der Erschließungsaufwand gemäß § 131 Abs. 1 S. 2 BauGB nur einmal zu berücksichtigen. Soweit es um die nachmalige Herstellung oder Verbesserung einer Anlage nach KAG geht wird die Auffassung vertreten, dass der ausgleichspflichtige Vorteil die Verbesserung der Anlage ist. Dieser Verbesserungsvorteil wird für alle Grundstücke gleich gewertet soweit nicht das Grundstück bereits an einer weiteren Straße mit entsprechend verbesserter Ausstattung liegt. Für Eckgrundstücke wird es im Ausbaubeitragsrecht aber z. T. auch als zulässig angesehen einen pauschalierten verminderten Beitrag wie im Erschließungsrecht zu erheben.

37 siehe Fußnote 25
38 dazu BVerwGE 18, 324 ff.
39 so *Cosson,* Das Recht der Wirtschaftswege, Köln 1988, S.159

3.2.1.4. Die Finanzierung besonderer Aufwendungen für Wirtschaftswege durch Beiträge und Gebühren nach dem KAG neben der Straßenbaubeitragssatzung

Besondere Aufwendungen beim Bau nicht öffentlicher (gewidmeter) Wirtschaftswege können über besondere Wegebeiträge nach § 9 KAG NRW auf der Grundlage einer Satzung abgerechnet werden. Über Benutzungsgebühren nach § 6 i. V. m. § 4 KAG NRW besteht die Möglichkeit auf der Grundlage einer Satzung, den durch die Beiträge nicht abrechenbaren Unterhaltungsaufwand beim Verursacher abzurechnen.

3.2.1.4.1. Besondere Wegebeiträge

Besondere Aufwendungen beim Bau von Wirtschaftswegen, die im Zusammenhang mit gewerblichen Einrichtungen, der Bewirtschaftung und Ausbeutung von Grundstücken (Hofstellen, Ton- u. Kiesgruben, Windkraftanlagen etc.) erforderlich sind, können neben dem Straßenbaubeitrag für den gewöhnlichen Aufwand nach § 8 KAG NRW, ergänzend auf der Grundlage einer Satzung als besonderer Wegebeitrag nach § 9 KAG NRW von dem Eigentümer des betroffenen Grundstücks erhoben werden.[40] Die Wegeverbindung dieser Grundstücke zum öffentlichen Straßennetz muss durch ihre besonders intensive Nutzung einen aufwendigeren Straßenbau als er für die übrigen Wirtschaftswege erfordern (gemeindliches Ermessen!). § 9 KAG NRW findet nur Anwendung auf Straßen, die nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind. Sofern Straßen dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, finden entsprechende straßenrechtliche Vorschriften Anwendung. In NRW ist dies § 16 Abs. 1 StrWG NRW. Neben der Beitragserhebung nach Fertigstellung der Straße auf der Grundlage einer Satzung besteht die Möglichkeit, den bestehenden Erstattungsanspruch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zu vereinbaren. [41]
Soweit eine Satzung über besonderen Wegebeitrag erlassen wird, muss sie Angaben über die Beitragspflichtigen, den Beitragsmaßstab und die Fälligkeit enthalten. Als sinnvollster Verteilungsmaßstab bei mehreren Beitragspflichtigen kommen die jeweilige Entfernung zum öffentlichen Straßennetz und das durchschnittlich auf das Jahr bewegte Gesamtgewicht in Betracht. Bei mehreren Anliegern kommt so folgende Formel zur Anwendung: Beanspruchungszahl (Gewicht in t x Entfernung in Km = Beanspruchungszahl) x Betrag des Zusatzaufwandes dividiert durch die Summe der Beanspruchungszahlen.[42]

3.2.1.4.2. Benutzungsgebühren

Als Möglichkeit zur Finanzierung der Wirtschaftswege kommt auch die Erhebung von Benutzungsgebühren nach den KAG (§ 6 i. V. m. § 4 KAG NRW) in Betracht. Da für die Straßenbaufinanzierung mit den §§ 8 und 9 KAG NRW spezielle beitragsrechtliche Regelungen bestehen, ist nur eine Abrechnung von Unterhaltungs- und Instandhaltungskosten über Gebühren denkbar.
Im Unterschied zu den Beiträgen können Benutzungsgebühren nur für die tatsächliche Nutzung und nicht bereits für die Nutzungsmöglichkeit erhoben werden. Bei der Fülle der möglichen Nutzer

40 siehe *Cosson,* Das Recht der Wirtschaftswege, Köln1988, S.162
41 *Driehaus* in Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Berlin (Loseblattsammlung – Stand: März 2013) § 9 Rn. 4
42 siehe *Cosson,* Das Recht der Wirtschaftswege, Köln1988, S.162 f.

und der unterschiedlich intensiven Nutzungen ist die Festlegung eines Maßstabs zur Gebührenerhebung, der dem Willkürverbot und den Gebührengrundsätzen genügt eine besondere Herausforderung. Wenn eine Gebührenerhebung überhaupt praktizierbar ist, dann nur mit erheblichem Verwaltungsaufwand. Praktisch kommt der Gebühr als „Wirtschaftswegemaut" deshalb keine Bedeutung zu.[43]

3.2.2. Der einmalige und der laufende organisatorische Aufwand bei der Anwendung einer Straßenbaubeitragssatzung zur Finanzierung der Wirtschaftswege

Die Erhebung von Beiträgen und Gebühren nach dem KAG NRW setzt den Erlass entsprechender Satzungen voraus. Formell zuständig sind dafür die Räte nach § 41 Abs. 1 S. 2 f) GO NRW. Die Vorbereitung durch die jeweilige Verwaltung ist insoweit nicht mit besonderem Aufwand verbunden als entsprechende Mustersatzungen und die erforderlichen Daten zur Verfügung stehen bzw. leicht zu beschaffen sind.

3.3. Die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes

Eine völlig andere rechtliche Möglichkeit zur Finanzierung der erforderlichen Aufwendungen für die Wirtschaftswege ist die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes, der als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit den an den Wirtschaftswegen anliegenden Grundstückseigentümern/Erbbauberechtigten und der Kommune als Mitglieder, die erforderlichen Maßnahmen aus den Mitgliedsbeiträgen finanziert.

3.3.1. Die rechtlichen Grundlagen

Die gesetzliche Grundlage für die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes ist das Wasserverbandsgesetz (WVG), ein Bundesgesetz und die jeweilige Verbandssatzung (§ 6 WVG). Hinzu kommt ein formelles Landesgesetz als Ausführungsgesetz zum WVG . In NRW das AGWVG NRW. Es regelt in vier Teilen Haushalts-, Rechnungs- und Prüfungswesen, Bekanntmachungsverfahren, Gebührenfreiheit und die Auflösung bestehender Verbände. Desweiteren bestehen in den Ländern Verordnungen über die zuständigen Aufsichtsbehörden nach dem WVG. Gemäß § 1 Abs. 1 WVG kann zur Erfüllung der in § 2 WVG genannten Aufgaben ein Wasser- und Bodenverband als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet werden. Nach § 2 Nr. 3 WVG können die Herstellung und Unterhaltung von ländlichen Wegen und Straßen, vorbehaltlich abweichender Regelung durch Landesrecht, die Aufgabe des Verbandes sein. Da es keine landesrechtlichen Einschränkungen in NRW gibt, ist die Errichtung eines solchen Verbandes als Selbstverwaltungskörperschaft nach dem WVG zulässig. In der Begründung zum Gesetzentwurf wird hier bzgl. der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf Art. 74 Nr. 11 GG verwiesen und als Gesetzesgegenstand werden die Förderung der landwirtschaftlichen Erzeugung und die Sicherung der Ernährung genannt.[44]

3.3.2. Gegenstand – „Unternehmen" – des Verbandes:

„Unternehmen" – Gegenstand des Verbandes ist die Herstellung und Unterhaltung der Wirtschaftswege im Verbandsgebiet (§ 5 WVG). Erfasst werden die straßenrechtlich sonstigen öffentlichen Straßen und Wege im Außenbereich unabhängig von einer Widmung. Mit „Unterhaltung" nach § 2 N r. 3 WVG ist der weite Unterhaltungsbegriff (Aufrechterhaltung der erforderlichen Nutzbarkeit)[45] gemeint und nicht der enge nach § 8 KAG. Da der Name des Verbandes gemäß § 3 Abs. 1 WVG seine Hauptaufgabe erkennen lassen soll, ist die Bezeichnung „Wirtschaftswegeverband" angemessen.

3.3.3. Mitglieder des Verbandes:

Verbandsmitglieder können nach § 4 WVG insbesondere Eigentümer/Erbbauberechtigte von Grundstücken und Anlagen und Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere die Kommune im Verbandsgebiet sein. Mitglieder und zugleich Beteiligte sind nach § 8 Abs. 1 WVG Personen, wenn: – sie aus der Durchführung der Verbandsaufgabe einen Vorteil haben oder zu erwarten haben, – von ihren Anlagen oder Grundstücken nachteilige Einwirkungen auf das Verbandsunternehmen (Herstellung und Unterhaltung der Wirtschaftswege) ausgehen oder zu erwarten sind oder – sie voraussichtlich Maßnahmen des Verbandes zu dulden haben. Für das Errichtungsverfahren hat die Aufsichtsbehörde die Beteiligten festzustellen (§ 13 Abs. 1 S. 1 WVG). Ebenfalls festzustellen hat sie nach § 13 WVG die auf jedes Mitglied/Beteiligten entfallende Stimmenzahl. Maßstab dafür ist das Ergebnis der annähernden Ermittlung des Vorteils bzw. Nachteils, den der Beteiligte/das Mitglied durch die Durchführung der Verbandsaufgaben hat. Bei mehr als zwei Mitgliedern verlangt der Minderheitenschutz, dass niemand mehr als zwei Fünftel der Stimmen haben darf (§ 13 Abs. 1 S. 3 WVG). Bewährt hat sich als Grundlage der Stimmenzuteilung der Flächenmaßstab, d. h., mit Blick auf die an die Wirtschaftswege angrenzenden Flächen z. Bsp. 1 Stimme je ha und 1 Stimme als Minimum für jedes Mitglied. Im Unterschied zur fehlerhaften Beteiligtenfeststellung (§ 13 Abs. 3 WVG) führt die fehlerhafte Stimmenzahlfestlegung zur Unwirksamkeit der Satzung und des Errichtungsbeschlusses.[46] Die Beschlussfähigkeit und das Beschlussverfahren regelt § 15 WVG. Die Beschlussfähigkeit besteht, wenn die anwesenden Mitglieder mindestens die Hälfte der Stimmen nach § 13 Abs. 1 WVG auf sich vereinen. Für die Beschlussfassung genügt die einfache Mehrheit der Stimmen.[47]

3.3.4. Organe des Verbandes:

Gemäß § 46 WVG sind Organe des Verbandes die Verbandsversammlung als Versammlung der Verbandsmitglieder und der Vorstand. An die Stelle der Verbandsversammlung kann ein Verbandsausschuss als Vertreterversammlung der Verbandsmitglieder treten, soweit die Satzung (§ 6 WVG) dies bestimmt. Hat der Verband keine Verbandsversammlung, obliegen deren Aufgaben einem Verbandsausschuss (§ 49 Abs. 1 WVG). Dieser wird von den Mitgliedern in bestimmten in der Satzung festgelegten Zeitabständen gewählt. Die Verbandsversammlung/der Verbandsausschuss (§ 49 Abs. 1 WVG) wählt und abberuft die Vorstandsmitglieder und ihre Stellvertreter. Sie/Er wählt den Schaubeauftragten beschließt über die Satzung, die Geschäftspolitik, Umgestaltung und Auflösung des Verbandes (§ 47 WVG). Sie/Er beschließt insbesondere den Haushalt, den der

43 so auch StGB-NRW-Arbeitshilfe
44 BT Drucksache 11/6764 Begründung A III 2. a)
45 siehe *Reinhardt* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 2 Rn. 13
46 *Seche* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 13 Rn. 27
47 *Seche* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 15 Rn. 8

Vorstand aufstellt und damit über die Durchführung der Maßnahmen des Verbandes (§ 47 Abs.1 Nr. 5 WVG). Besteht der Vorstand aus einer Person, so ist diese Verbandsvorsteher ansonsten der Vorstandsvorsitzende (§ 52 Abs. 1 WVG). Im Verbandsausschuss ist der Verbandsvorsteher Vorsitzender ohne Stimmrecht (§ 50 Abs. 2 WVG). Mitglieder des Verbandsvorstandes können nicht zugleich Mitglieder des Verbandsausschusses sein (§ 52 Abs. 2 WVG). Die Sitzungen der Verbandsversammlung/des Verbandsausschuss sind nicht öffentlich (§ 48 Abs. 1 WVG). Der Verbandsvorsteher hat beim Verbandsausschuss die Mitglieder in bestimmten Zeitabständen über die Angelegenheiten des Verbandes zu unterrichten (§ 51 WVG). Der Vorstand vertritt den Verband gerichtlich und außergerichtlich (§ 55 Abs. 1 WVG). Der Verband ist auch berechtigt einen oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen (§ 57 WVG).

3.3.5. Die Verbandsschau:

Der Vorstand sorgt für die Durchführung der Verbandsschau, deren Zweck die Gewinnung von Erkenntnissen über die Erforderlichkeit der zu treffenden Maßnahmen ist (§§ 44, 45 WVG). Deren Durchführung ist abhängig von einem entsprechenden Beschluss der Verbandsversammlung/des Verbandsausschusses (§ 47 Abs. 1 Nr. 5 WVG).

3.3.6. Die Errichtung des Verbandes:

Die Errichtung eines Verbandes (§ 7 WVG) kann nach dem WVG in drei unterschiedlichen Formen erfolgen. Sie kann 1. durch einstimmigen Beschluss der Beteiligten mit aufsichtsbehördlicher Genehmigung der Verbandssatzung erfolgen. 2. durch einen Mehrheitsbeschluss der Beteiligten, die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Errichtung und der Satzung sowie die Heranziehung nicht einverstandener oder anderer Beteiligter (Beteiligte, die der Errichtung des Verbandes nicht zustimmen, können auch gegen ihren Willen als Verbandsmitglieder herangezogen werden (§ 9 WVG)) als Verbandsmitglieder in dem Genehmigungsakt und 3. von Amts wegen. Soweit die Satzung keinen späteren Zeitpunkt vorsieht, entsteht der Verband mit deren öffentlichen Bekanntmachung (siehe § 13 AGWVG NRW) und in den Fällen 1. und 2. der des Genehmigungsaktes. Die Satzung muss mindestens die in § 6 Abs. 2 WVG aufgelisteten Regelungen treffen. Wenn die Aufgabe, die durch den Verband wahrgenommen werden soll anderweitig besser gelöst werden kann, kann aus Gründen des öffentlichen Interesses die Genehmigung der Errichtung versagt werden. In NRW sind gemäß § 1 der Verordnung über zuständige Aufsichtsbehörden nach dem WVG i. V. m. § 72 Abs. 1 WVG zuständige untere Aufsichtsbehörde der Landrat, obere Aufsichtsbehörde die Bezirksbehörde und oberste Aufsichtsbehörde das Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz.

3.3.7. Kriterien für die Beitragserhebung

Der Verband finanziert seine Aufgaben mittels Beiträge, die als öffentliche Abgaben durch die Mitglieder/Beteiligte zu zahlen sind (§ 29 WVG). Sie sind für die Betriebe als Betriebsausgaben steuerlich absetzbar.[48] Neben Geldleistungen können auch Sach- und Dienstleistungen als Beiträge erbracht werden (§ 28 Abs. 2 WVG). Die Höhe des Beitrags bemisst sich nach dem Vorteil des Mitglieds/Nutznießers von der Aufgabenerledigung bzw. der dabei entstehenden Kosten, wobei eine annähernde Ermittlung der Vorteile und Kosten ausreicht. Für bestimmte Maßnahmen kann die Satzung die tatsächlich für die einzelnen Grundstücke entstehenden Kosten als Beiträge festsetzen oder grundsätzlich einen abweichenden Beitragsmaßstab festlegen (§ 30 WVG). Letzteres gestattet, das Vorteilsprinzip außer Acht zu lassen. Es ist strittig, ob das Vorteilsprinzip Vorrang hat und ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu seiner Außerachtlassung besteht.[49] Zu beachten ist in jedem Fall das rechtsstaatliche Willkürverbot – Art. 3 Abs. 1 GG. Die Satzung sollte deshalb immer über eine Härtefallklausel gemäß § 28 Abs. 6 WVG verfügen. Nicht umlagefähig sind im Übrigen nach OVG Münster solche Kosten, die ausschließlich im öffentlichen Interesse wie Naturschutz oder Landschaftspflege liegen.[50] Für die Umlegung der Beitragslast auf die einzelnen Mitglieder geben die Beitragsmaßstäbe keinen Hinweis. Im Wesentlichen kommen dafür zwei unterschiedliche Veranlagungsmodelle in Betracht[51]:

1. Abrechnung nach dem Solidarprinzip: Der Aufwand für die Maßnahme (Bsp.: Erneuerung eines Wirtschaftsweges) wird nach Abzug des in der Satzung festgelegten gemeindlichen Anteils für die Allgemeinheit (i. d. R. 30 %) auf die Mitglieder nach Flächeninhalt im Verbandsgebiet (vgl. Flächenmaßstab[52] bei Straßenbaubeitragssatzung nur für Anlieger) verteilt.

Beispiel: Aufwand für die Maßnahme = 100.000 €
– Abzug 30% Gemeindeanteil = 70.000 €
– Gesamtfläche im Verbandsgebiet: 5.000 ha
70.000 € : 5.000 = 14 € Beitrag je Hektar
– Mitglied A verfügt über 6 ha = 84 €

2. Abrechnung im Einzelfall nach Verursacher- bzw. Vorteilsprinzip: Der Aufwand für die Maßnahme wird nach Abzug des in der Satzung festgelegten gemeindlichen Anteils für die Allgemeinheit (i. d. R. 30 %) nur auf die Anlieger des betroffenen Weges nach Flächeninhalt ihrer dort angrenzenden land- und forstwirtschaftlichen Grundstücke (vgl. Flächenmaßstab bei Straßenbaubeitragssatzung nur für Anlieger) verteilt.

Beispiel: Aufwand für die Maßnahme = 100.000 €
– Abzug 30% Gemeindeanteil = 70.000 €
– Gesamtfläche der Anlieger: 100 ha
70.000 € : 100 = 700 € Beitrag je Hektar
– Mitglied A verfügt über 6 ha = 4.200 €

Durch eine Finanzierung der Maßnahme über mehrere Jahre ist es dem Verband möglich, die Kosten von Maßnahmen über Kredite auf mehrere Jahre zu verteilen und so die Abrechnung auf mehrere Beiträge zu verteilen.

48 siehe http://www.betriensausgaben.de/lexikon/beiträge-057 (heruntergeladen 23.12.2014)

49 *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §30 Rn. 72

50 OVG MS, ZfW 2002, 118 ff.; dazu auch *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 28 Rn. 54

51 dazu *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §30 Rn. 76 ff.

52 zum Flächenmaßstab bei der Abrechnung *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §
30 Rn. 83 ff.

Problematisch wäre die Abrechnung eines erforderlichen, besonders aufwendigen Wegeausbaus nach dem Solidarprinzip. Mit Rücksicht auf Art. 3 Abs. 1 GG besteht hier die Möglichkeit den üblichen Aufwand nach dem Solidarprinzip abzurechnen und den besonderen Aufwand nach dem Verursacher bzw. Vorteilsprinzip.[53] Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Wirtschaftswege im Verbandsgebiet je nach Ausbauart in unterschiedliche Klassen aufzuteilen und die Abrechnung nach dem Solidarprinzip bezogen auf die jeweilige Klasse nach dem Flächenmaßstab vorzunehmen.[54] Ergänzend zum maßnahmebezogenen Beitrag hat jedes Mitglied sich an den Betriebskosten des Verbandes regelmäßig im Rahmen eines Grundbeitrags zu beteiligen. Zulässig ist auch ein Mindestbeitrag für Grundstücke von geringer Größe, um das Heranziehungsverfahren zu erleichtern.[55] Durch die beitragsmäßige Erfüllung ihrer anteiligen Verpflichtung zur Herstellung und Unterhaltung (weiter Unterhaltungsbegriff) des Wirtschaftswegenetzes des Verbandes im Rahmen einer Solidargemeinschaft erfüllen die Beitragspflichtigen die Voraussetzungen der drei möglichen Beitragsmaßstäbe nach § 30 Abs. 1 S. 1 WVG – 1. Vorteilsmaßstab, 2. Leistungsübernahmemaßstab und 3. Nachteilbegegnungsmaßstab.[56]

1. Vorteilsmaßstab: Der Beitrag ist gerechtfertigt, soweit sich die Position des Mitglieds materiell durch die Tätigkeit des Verbandes verbessert hat. Indem der Verband den Mitgliedern gestattet mit relativ geringem regelmäßigen Beitragsaufwand und der Möglichkeit günstiger Finanzierung, einschließlich der Möglichkeit eigener Hand- und Spanndienste, ihre Flächen über die Wirtschaftswege sehr gut erreichen und bewirtschaften zu können, verschafft er ihnen einen materiellen Vorteil.

2. Leistungsübernahmemaßstab: Durch die Übertragung der Verpflichtung zur Herstellung und Unterhaltung des Wirtschaftswegenetzes auf den Verband, hat nunmehr dieser auch den Anspruch auf anteilige Refinanzierung der Kosten seiner Maßnahmen im Interesse der dortigen Anlieger durch die Anlieger.

3. Nachteilbegegnungsmaßstab: Der Verband hat einen Anspruch auf Refinanzierung seiner Maßnahmen anteilig durch die Mitglieder, soweit er dadurch nachteilige Einwirkungen beseitigt, die diese herbeigeführt haben. Letztere sind in der abnutzenden Inanspruchnahme des Wirtschaftswegenetzes zu sehen.

Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 WVG reicht eine annähernde Ermittlung der Kosten und Vorteile aus. Danach sind die gesetzlichen Anforderungen an die Bestimmung der Höhe der Verbandsbeiträge insgesamt deutlich geringer als bei der Erhebung von kommunalabgaberechtlichen Beiträgen. Tragfähige Prognosen und Schätzungen sind bei der Verbandsbeitragserhebung zulässig.

Möglich ist somit auch, dass der Verband ein jährliches festes Budget beschließt, mit dem die erforderliche Unterhaltung und die sukzessive Erneuerung (inklusive der Option des Rückbaus einzelner Wege) des Wegenetzes finanziert wird.[57]

3.3.8. Der einmalige und der laufende organisatorische Aufwand

Die Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes bedarf eines erheblichen zeitlichen Aufwandes, wenn sie nicht von Amts wegen erfolgt. Wenn ein einstimmiger Beschluss der Beteiligten angestrebt werden soll, besteht das Erfordernis zahlreicher Gespräche mit den Beteiligten über die Vorzüge eines Verbandes und die gewünschten speziellen Satzungsregelungen. Ist die Errichtung durch Mehrheitsbeschluss und Heranziehung nicht einverstandener oder anderer Beteiligter als Verbandsmitglieder vorgesehen, so ist zu beachten, dass die Heranziehung durch die Aufsichtsbehörde ein rechtsbehelfsfähiger VA ist. Von der Gemeinde Schiffdorf in Niedersachsen, die eine von wenigen Kommunen im Bundesgebiet mit einem Wirtschaftswegeverband ist, werden die Errichtungskosten auf ca. 10.000 € und der Zeitraum bis zur Aufnahme der Tätigkeit auf gut zwei Jahre geschätzt.[58]

4. Die wesentlichen Unterschiede zwischen einer Lösung durch Einbeziehung in eine Straßenbaubeitragssatzung und der Gründung eines Wirtschaftswegeverbandes

Der Wirtschaftswegeverband unterscheidet sich vor allem dadurch von der Abrechnung nach KAG, dass Entscheidungen über die Durchführung erforderlicher Unterhaltungsmaßnahmen durch die Mitglieder und somit Beitragszahler getroffen werden. Der Beitrag kann im Verband auf solidarischer Grundlage erhoben werden und als jährliche Belastung des Einzelnen über eine Finanzierung erträglich gestaltet werden. Ferner kann auch statt eines Beitrags in Geld eine Arbeitsleistung vereinbart werden. Vorteilhaft ist ebenfalls, dass der Verbandsbeitrag im Unterschied zum Beitrag nach KAG als Betriebsausgabe absetzbar ist. Nachteilig für den Verband und vorteilhaft für die Kommune ist dagegen die Geltung des weiten Unterhaltungsbegriffs für den Verband. Unterhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten, die nach dem KAG von den Kommunen nur mittels Benutzungsgebühren abrechenbar wären, was praktisch unterbleibt, sind Angelegenheit des Verbandes. Innerhalb des Verbandes kann diesem Umstand allerdings Rechnung getragen werden bei der Festlegung des gemeindlichen Anteils am beitragsfähigen Aufwand. Im Unterschied zu den Satzungen nach KAG ist die Errichtung des Verbandes sehr zeitintensiv. Ist der Verband allerdings erst mal errichtet und hat seine Arbeit aufgenommen, ist der organisatorische Aufwand vertretbar.

5. Fazit

Die dauerhafte notwendige Finanzierung der erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung und Unterhaltung der Wirtschaftswege einschließlich eines möglicherweise im Einzelfall gebotenen sinnvollen Rückbaus lässt sich am umfassendsten mittels eines Wirtschaftswegeverbandes erledigen. Trotz seiner zeitaufwendigen Errichtung bietet er sowohl der Kommune als auch und gerade den Mitgliedern und Beitragszahlern erhebliche finanzielle Vorteile, indem er eine Finanzierung über regelmäßige kleinere Beiträge oder gar ersatzweise Ar-

53 siehe *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 30 Rn. 79

54 siehe *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, § 30 Rn. 48

55 dazu m. w. N. *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §30 Rn. 54 f.

56 siehe dazu *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §30 Rn. 58 ff.

57 dazu *Cosack* in Reinhardt/Hasche, WVG Kommentar, München 2011, §30 Rn. 48

58 siehe Gemeinde Nordwalde, „Wegeinfrastruktur im Außenbereich", S. 9 – http://www.nordwalde.de/pics/medien/1_13991169413/infopapierKonzeptentw.pdf (heruntergeladen 14.12.2014)

beitsleistungen ermöglicht. Die steuerliche Absetzbarkeit der Beiträge als Betriebsausgaben ist dabei ein zusätzliches Argument. Besonders vorteilhaft ist schließlich für die Mitglieder und Beitragszahler, dass sie selbst über die Erforderlichkeit der straßenbaulichen Maßnahmen entscheiden. Im Ergebnis ist der Errichtung eines Wirtschaftswegeverbandes zur Finanzierung von Wirtschaftswegen deshalb der Vorzug gegenüber einer Finanzierung nach dem KAG zu geben.

6. Ergänzende Anmerkung:

Seit Anfang 2013 befindet sich ein Gesetzentwurf[59] der CDU Fraktion im Gesetzgebungsverfahren des Landtags NRW, der die Ergänzung des KAG NRW um die Einführung sog. wiederkehrender Straßenbaubeiträge vorsieht. Ziel ist eine Finanzierung der notwendigen Erweiterung und Verbesserung von Straßen, Wegen und Plätzen über zumutbare Beiträge für den Bürger als Beitragsschuldner.
Der Entwurf sieht zum einen durch Ergänzung des § 8 KAG NRW die Einführung der Möglichkeit einer Verteilung der Beitragsschuld auf fünf Jahresraten vor und zum anderen durch Schaffung eines neuen § 8 a KAG NRW die Möglichkeit, mittels Satzung jährliche Investitionsaufwendungen über wiederkehrende Straßenbeiträge abzurechnen. Dazu werden zunächst Straßen, Wege und Plätze, die in einem räumlich, funktionalen Zusammenhang stehen, zu einem möglichst großen Abrechnungsgebiet zusammengefasst. Die jährlichen Investitionsaufwendungen für ihre Erweiterung und Verbesserung werden ohne Unterhaltung und Instandhaltung und nach Abzug des Gemeindeanteils auf die im Abrechnungsgebiet befindlichen Grundstücke umgelegt. Die Einführung solcher wiederkehrenden Straßenbeiträge ist bislang in Rheinland-Pfalz, dem Saarland, Thüringen und Hessen erfolgt. In Schleswig-Holstein und Niedersachsen wird über diese Option nachgedacht. Mit Rücksicht auf die zahlreichen Probleme[60], die die Umsetzung der angestrebten Gesetzesänderung in der Praxis mit sich bringt, bleibt abzuwarten, ob der Entwurf als Gesetz beschlossen wird. Besonders hervorzuheben ist die Kritik des Städte- und Gemeindebundes[61], dass sich wiederkehrende Beiträge nach der Regelung in Rheinland-Pfalz[62] als „endlos" erwiesen haben und deshalb einer Gebühr vergleichbar seien, so dass es dann eigentlich konsequent wäre, eine Straßenerhaltungsgebühr einzuführen. Kritisiert wird darüber hinaus die Notwendigkeit komplexer Überleitungsregelungen mit Rücksicht auf die in der Vergangenheit bereits erfolgten Beitragsabrechnungen.

59 LT Drucksache 16/2124

60 Stellungnahme des Städte- und Gemeindebundes NRW, LT Stellungnahme 16/1301

61 siehe Fußnote 60

62 zur Verfassungsmäßigkeit wiederkehrender Strraßenausbaubeiträge nach § 10 a KAG RP siehe BVerfG Beschl. v. 25.06.2014 – 1 BvR 668/10 –, – 1 BvR 2104/10 –

Fred Jüngerich*

Der beitragsrechtliche Ablösungsvertrag

– kommunalverfassungsrechtliche Verpflichtungserklärung oder Verwaltungsgeschäft? –

Einführung:

Bei der erstmaligen Herstellung einer Straße (Erschließung) ist eine Gemeinde verpflichtet, den umlagefähigen Erschließungsaufwand abschließend durch eine Beitragserhebung nach Maßgabe der §§ 127 ff. Baugesetzbuch (BauGB) und der einschlägigen Ortssatzung zu decken. Beim Ausbau einer (vorhandenen) Straße gilt dies sinngemäß, als in diesem Fall die Investitionsaufwendungen – nach Abzug des Gemeindeanteils – durch Beitragserhebung nach den Bestimmungen des Kommunalabgabengesetzes (KAG RP) und der einschlägigen Ortssatzung gedeckt werden.
Die Beitragserhebung erfolgt grundsätzlich durch Verwaltungsakt (Beitragsbescheid) an den beitragspflichtigen Grundstückseigentümer. Von diesem Grundsatz der Beitragserhebung lässt im Falle der Erschließung § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB eine Ausnahme zu. Er gestattet den Gemeinden, Verträge über die Ablösung des Erschließungsbeitrags „im Ganzen vor Entstehung der Beitragspflicht" abzuschließen, sofern sie zuvor wirksame Bestimmungen durch Satzung über die Ablösung getroffen haben. Das Gesetz erlaubt eine Ablösung ausschließlich im Wege des Vertrags zwischen Gemeinde und dem – ansonsten beitragspflichtigen – Grundstückseigentümer. Der Erlass eines Verwaltungsakts ist insoweit rechtswidrig.[1]

Trotz Fehlens entsprechender Regelungen im rheinland-pfälzischen KAG (die KAGs anderer Bundesländer sehen solche zum Teil vor) können Ablösungsverträge auch beim Ausbau einer – bereits vorhandenen- Straße gleichfalls in den übrigen Bundesländern abgeschlossen werden, da es sich bei der Ablösung um ein allgemein geltendes, beitragsrechtliches Rechtsinstitut handelt.
Der Ablösungsvertrag ist also ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, bei dessen Abschluss der (Erschließungs- oder Ausbau-)Beitrag im Ganzen vor Entstehen der Beitragspflicht abgelöst wird.[2]
Eine Ablösungsvereinbarung darf nur abgeschlossen werden, so lange für das betreffende Grundstück eine sachliche Beitragspflicht noch nicht entstanden ist; danach ist ein Abschluss ausgeschlossen. Es soll weder für den Beitragspflichtigen noch für die Gemeinde möglich sein, nach Entstehen der Beitragspflicht von den nunmehr feststehenden Beträgen abzuweichen. Auch sollen die Beitragspflichtigen nicht die Beitragsentstehung abwarten können, um hinterher ihre Entscheidung danach auszurichten, ob der Beitragssatz oder eine Ablösungsvereinbarung günstiger wäre.[3] Der Beitrag wird also nicht über das Veranlagungsverfahren, sondern durch einen Vertrag – aber vor Entstehen der Beitragspflicht – erhoben.

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

1 Vgl. *Driehaus,* Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Auflage, Seite 504 ff.

2 So auch *Driehaus,* Kommunalabgabenrecht, § 8, Rn. 152 mit Verweis auf OVG Koblenz, Urteil vom 15.01.1976 – 6 A 53/73

3 *Driehaus,* Kommunalabgabenrecht, § 8, Rn. 153 a mit Verweis auf VGH Kassel, Beschluss vom 03.01.2003 – 5 TG 3094/02

Da die Ablösung demnach endgültig ist, tragen sowohl die beitragsberechtigte Gemeinde/Stadt, wie auch der Beitragsschuldner ein gewisses Kostenrisiko, denn wegen der genannten Endgültigkeit der Ablösung wird nach Herstellung bzw. nach Ausbau der Straße nicht mehr „spitz" abgerechnet.

Folge:
Wenn die Erschließung/der Ausbau teurer wird, zahlt die Gemeinde die Mehrkosten alleine; verringern sich die kalkulierten Baukosten, bekommt der beitragspflichtige Grundstückseigentümer nichts zurück (= Ablösungswirkung).[4]

Sofern die beitragsberechtigte Gemeinde/Stadt nun eine rheinland-pfälzische Ortsgemeinde ist, stellt sich die Frage, ob der Abschluss des Ablösungsvertrags eine Verpflichtungserklärung im Sinne von § 49 Gemeindeordnung (GemO) ist, die folglich nach § 47 Abs. 1 GemO vom Ortsbürgermeister zu unterschreiben ist, da er die (Orts-)Gemeinde nach außen vertritt oder ob es sich hierbei um ein Verwaltungsgeschäft im Sinne von § 68 Abs. 1 GemO handelt, welches von der Verbandsgemeindeverwaltung im Namen der Ortsgemeinde und in deren Auftrag ausgeführt wird. Im letzteren Fall bedarf der Ablösungsvertrag zur rechtlichen Wirksamkeit der Unterschrift des Bürgermeisters der Verbandsgemeinde.

Sachverhalt:

Die verbandsangehörige Stadt A (6.500 Einwohner) gehört zur Verbandsgemeinde A im Landkreis A. Der Stadtbürgermeister der verbandsangehörigen Stadt A ist ebenfalls Bürgermeister der Verbandsgemeinde A im Wege der Personalunion (§ 71 GemO). Die Stadt A beabsichtigt, eine Stadtstraße mit Nebenanlagen auszubauen. Der Stadtrat hat sich durch Beschluss einstimmig dafür ausgesprochen entsprechend den zuvor wirksam getroffenen Bestimmungen in der Ausbaubeitragssatzung, zur Erhebung der Ausbaubeiträge den anliegenden Grundstückseigentümern alternativ zum herkömmlichen Beitragsbescheid den Abschluss eines Ablösungsvertrags anzubieten. Ein Großteil der beitragspflichtigen Anlieger möchte von der Alternative des Abschlusses eines Ablösungsvertrags Gebrauch machen. Es stellt sich nun die Frage, wer den Abschluss der Verträge mit den Beitragspflichtigen vornimmt und die Verträge unterzeichnet.

1. der (ehrenamtliche) Stadtbürgermeister, da er gem. § 47 Abs. 1 GemO die Stadt A nach außen vertritt und zugleich der Abschluss des Ablösungsvertrags auch eine Verpflichtungserklärung im Sinne von § 49 GemO ist, die gem. § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GemO nicht zu den Verwaltungsgeschäften zählt, die die Verbandsgemeindeverwaltung für ihre Ortsgemeinden führt

oder

2. der (durch die Personalunion mit dem Stadtbürgermeister personenidentische) Bürgermeister der Verbandsgemeinde, da § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO besagt, dass die „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" zu den Verwaltungsgeschäften zu zählen ist und es sich, im Sinne der Regelung der vorgenannten Norm bei dem Abschluss eines beitragsrechtlichen Ablösungsvertrags auch um „Verwaltung gemeindlicher Abgaben" handelt.

4 Internet; http://www.erwin-ruff.de/erschlbeitrag_sonderformen.html

Rechtliche Würdigung:

Der Hintergrund dieser Frage kann differenziert betrachtet werden. Zunächst werden die unstrittigen Punkte nochmals dargelegt:

1. Die Verbandsgemeindeverwaltung führt gem. § 68 Abs. 1 Satz 1 GemO die Verwaltungsgeschäfte der Ortsgemeinden in deren Namen und in deren Auftrag. Nach Satz 2 Nr. 1 dieser Vorschrift zählt zu den Verwaltungsgeschäften auch die „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben". Ausbaubeiträge sind unstrittig Abgaben im Sinne von § 94 Abs. 1 GemO. Soweit man nun die Auffassung vertritt, dass der Abschluss einer Ablösungsvereinbarung im Bereich des Erschließungs-/Ausbaubeitragsrechts unter die „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" zu subsumieren ist, muss man folgerichtig schließen, dass der Bürgermeister der Verbandsgemeinde als Leiter der Verbandsgemeindeverwaltung (§ 64 Abs. 2 i. V. m. § 47 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz GemO) die Ablösungsverträge im Namen und im Auftrag der Stadt A schließen muss; hierzu zählt insbesondere die Unterschrift als Vertragsschließender.

2. Zur Führung der Verwaltungsgeschäfte zählen gem. § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GemO insbesondere nicht, die Unterzeichnung von Verpflichtungserklärungen nach § 49 GemO. Nach dieser Vorschrift bedürfen Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform.
   Sie sind nur dann rechtsverbindlich, wenn sie vom Bürgermeister (bei einer Ortsgemeinde vom Ortsbürgermeister) oder dem zur allgemeinen Vertretung berufenen Beigeordneten oder einem ständigen Vertreter unter Beifügung der Amtsbezeichnung handschriftlich unterzeichnet sind. Verpflichtungserklärungen im Sinne von § 49 GemO sind Rechtsgeschäfte des privaten und öffentlichen Rechts, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtet sind und die die Gemeinde auch tatsächlich verpflichten.[5] Ausgenommen sind beispielsweise dingliche Verträge, Stundungen, Niederschlagungen usw. Diese Ausnahmebeispiele greifen beim Ablösungsvertrag nicht.
   Bei Verpflichtungserklärungen, die für eine Ortsgemeinde abgegeben werden sollen, ist neben § 49 GemO die Bestimmung des § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GemO zu beachten. Danach gehört die Unterzeichnung von Verpflichtungserklärungen nicht zu den Verwaltungsgeschäften, die die Verbandsgemeindeverwaltung für die Ortsgemeinden führt. Zuständig ist also allein der Ortsbürgermeister; eine vom Bürgermeister der Verbandsgemeinde unterzeichnete Verpflichtungserklärung muss deshalb für die Ortsgemeinde grundsätzlich als unwirksam angesehen werden.[6] Die Kommentierung zu § 68 GemO bekräftigt dies und ergänzt insoweit, dass § 49 GemO lediglich für bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärungen ein Formerfordernis enthält, während die Zuständigkeit des Bürgermeisters als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde nach § 47 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GemO unberührt bleibt.[7]

Die entscheidende Frage ist also, ob ein beitragsrechtlicher Ablösungsvertrag eine Verpflichtungserklärung im Sinne von § 49 GemO ist. Das VG Koblenz hat in seinem Urteil vom 05.08.2002, Az.: 8 K 125/02. KO über die Wirksamkeit eines Ablösungsvertrags entschie-

5 Rn. 1.2 zu § 49 GemO, KVR RP
6 Rn. 2.2 zu § 49 GemO, KVR RP
7 Rn. 5.8 zu § 68 GemO, KVR RP

den, der vom Ortsbürgermeister der vertragsschließenden Ortsgemeinde unterzeichnet war. Allerdings hat das Verwaltungsgericht zu der kommunalrechtlichen Einordnung des Ablösungsvertrags als Verpflichtungserklärung nach § 49 GemO nicht Stellung genommen. Vielmehr lässt das VG Koblenz diese Frage außer Acht und führt in den Entscheidungsgründen aus, dass die dort in Rede stehende Ablösungsvereinbarung formnichtig gewesen sei. Die Ablösungsvereinbarung hätte als öffentlich-rechtlicher Vertrag gem. § 57 VwVfG der Schriftform bedurft. Zur Schriftform gehört die Unterschrift beider Vertragspartner auf derselben Urkunde (§ 126 Abs. 2 BGB i. V. m. § 62 VwVfG). Sei einer der Vertragspartner eine juristische Person, so könne diese nur durch ihren gesetzlichen Vertreter handeln (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). Eine Gemeinde würde zwar grundsätzlich durch ihren Bürgermeister vertreten (§ 47 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GemO), dieser Grundsatz erführe jedoch eine Ausnahme im Verhältnis der Ortsgemeinde zur Verbandsgemeinde, denn die Verwaltungsgeschäfte der Ortsgemeinde würden im vorliegenden (Beitrags-)Fall von der Verbandsgemeindeverwaltung im Namen der Ortsgemeinde geführt (§ 68 Abs. 1 Satz 1 GemO). Da zu den Verwaltungsgeschäften u. a. auch die Verwaltung der gemeindlichen Abgaben zähle (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO) und der Abschluss einer Ablösungsvereinbarung im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts zur Verwaltung der gemeindlichen Abgaben gehöre (§ 123 Abs. 1 i. V. m. § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB), hätte der Bürgermeister der Verbandsgemeinde im Namen der Ortsgemeinde unterschreiben müssen. Die Unterschrift des Ortsbürgermeisters, der in dem entschiedenen Fall unterschrieben hatte, genüge nicht, sondern führe vielmehr zur Nichtigkeit der Ablösungsvereinbarung (§ 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 125 BGB).
Auf die Abgrenzungsproblematik des § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 i. V. m. § 49 GemO zu § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO – also „Verpflichtungserklärung" zu „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" – geht das Gericht nicht ein.

Kritisch lässt sich die verwaltungsgerichtliche Entscheidung unter folgenden Argumentationen beleuchten:

a) Das in § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO bezeichnete Verwaltungsgeschäft „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" setzt den Erlass von Bescheiden aufgrund ortsgemeindlicher Abgabensatzungen voraus.[8] Zum Erlass dieser Bescheide wird die Verbandsgemeindeverwaltung dann im Namen und im Auftrag der Ortsgemeinde einseitig tätig. In einem Widerspruchs- und Klageverfahren bleibt nach wie vor die Ortsgemeinde passivlegitimiert, wird allerdings nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GemO von der Verbandsgemeindeverwaltung, respektive dem Bürgermeister der Verbandsgemeinde (da ebenfalls Verwaltungsgeschäft), vertreten. Anders, und insoweit das VG-Urteil in Frage stellend, könnte sich die Situation bei einer vertraglichen Ablösung der Ausbaubeiträge darstellen. Die verwaltungsseitige Erstellung und Vorbereitung der Ablösungsverträge stellen definitionsgemäß Verwaltungsgeschäfte dar, da diese auf den Vollzug einer Entscheidung des Stadtrats gerichtet sind. Vertragspartner der beitragspflichtigen Grundstückseigentümer ist die verbandsangehörige Stadt A, die gem. § 47 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GemO durch den Stadtbürgermeister vertreten wird. Mithin ist auch der Stadtbürgermeister im Außenverhältnis für den Vollzug zuständig. Soweit sich der Stadtrat der verbandsangehörigen Stadt A für eine vertragliche Ablösung der Ausbaubeiträge entschieden hat, kann die Auffassung vertreten werden, dass die Unterstützung der Verbandsgemeindeverwaltung im Rahmen des § 68 Abs. 1 GemO nach der Erstellung des unterschriftsreifen Vertragsentwurfs endet. Für die Abgabe der Willenserklärung – und folglich für die Unterzeichnung des Ablösungsvertrags – wäre dann der (ehrenamtliche) Stadtbürgermeister als Vertreter der verbandsangehörigen Stadt A nach § 47 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GemO unter Beachtung des § 49 GemO zuständig.

b) Eine weitere das Urteil des VG Koblenz hinterfragende Rechtsauffassung stellt weniger auf die nach § 47 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GemO vorliegende Berechtigung des Stadtbürgermeisters, die verbandsangehörige Stadt A bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen im Sinne von § 49 GemO nach außen vertreten zu dürfen, ab, sondern konzentriert sich mehr auf die Frage, ob der Abschluss des Ablösungsvertrags tatsächlich eine Verpflichtungserklärung im Sinne von § 49 GemO ist.
Ein beitragsrechtlicher Ablösungsvertrag entfaltet eine sogenannte Ablösungswirkung. Diese verhindert, dass für das „abgelöste" Grundstück eine (sachliche) Beitragspflicht entsteht und keine „Spitzabrechnung" erfolgt. Es gilt festzustellen, zu welchem Zeitpunkt diese Ablösungswirkung entsteht.
Sie entsteht nach herrschender Meinung nicht bereits mit Abschluss des Ablösungsvertrags, sondern erst mit der Zahlung auf einen Ablösungsvertrag.[9] Dies bedeutet, dass das Recht der Gemeinde, im Falle der Verteuerung der Maßnahme eine Nachforderung auf den Ablösungsbetrag zu erheben, sowie das Recht des Grundstückseigentümers im umgekehrten Fall eine Erstattung zu erhalten, erst mit der Zahlung des Ablösungsbetrags wegfällt.
Somit wird die verpflichtende Wirkung gegenüber der Gemeinde, nämlich auf etwaige Nachforderungen bei Verteuerungen der Baumaßnahme zu verzichten, nicht schon durch den Abschluss des Ablösungsvertrags begründet, sondern erst durch die einseitige Handlung (= Zahlung) des Beitragspflichtigen. Baut man diesen Gedanken weiter aus, so folgert daraus, dass bei Vertragsabschluss auf Seiten der Gemeinde – noch – gar keine Verpflichtung im Sinne von § 49 GemO vorliegt, sondern dass diese erst später im Moment der Zahlung durch den Beitragspflichtigen entsteht.
Dies bedeutet, dass der Ausschlusstatbestand des § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GemO im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – noch – nicht greift und stattdessen ein Verwaltungsgeschäft zu bejahen sein könnte. Das wiederum bestätigt die Unterschriftsnotwendigkeit des Bürgermeisters der Verbandsgemeinde, wie im Urteil des VG Koblenz dargelegt.

c) Aber auch diese Schlussfolgerung vermag es nicht, unkommentiert zu bestehen.
Was den Zeitpunkt des Entstehens der Ablösungswirkung (= Zahlungszeitpunkt) anbelangt, darf hinterfragt werden, ob es sein kann, dass die vertragsschließende Stadt nach Abschluss (= Unterschrift) des Ablösungsvertrags die rechtliche Wirkung desselben (= Wegfall des Rechts der Nachforderung im Falle der Verteuerung der Maßnahme) gar nicht mehr beeinflussen kann, sondern diese dann alleinig vom Verhalten des Beitragspflichtigen (= Zahlung) abhängt. Um sich als Gemeinde verpflichten zu können, muss die

8 Rn. 5.2 zu § 68 GemO, KVR RP

9 So auch *Driehaus,* Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Auflage, Seite 505 ff.

Gemeinde doch auch – noch – die Möglichkeit der Einflussnahme im Hinblick auf die rechtliche Wirkung des Vertrags haben. Insoweit darf die unter b) aufgezeigte Rechtsauffassung zumindest in Frage gestellt werden.

d) Losgelöst von alldem sollte zur finalen Rechtsfindung aber nochmals die Vorschrift des § 49 GemO näher betrachtet werden. Durch den Ablösungsvertrag verzichtet die Gemeinde auf eine etwaige Nachforderung auf den gezahlten Ablösungsbetrag, sofern die Baumaßnahme teurer wird, als vor Vertragsschluss geplant. Dieser Verzicht auf Nachforderung könnte jedoch keine „Verpflichtung" der beitragserhebenden Stadt im Sinne von § 49 GemO darstellen, weil sie sich in diesem Fall zu nichts „verpflichtet", sondern lediglich auf die Geltendmachung des Rechts zur Erhebung einer eventuellen Nachforderung durch Vereinbarung verzichtet.

Der Begriff „Verpflichtung" im Sinne von § 49 GemO ist durchaus restriktiv auszulegen. Mit „Verpflichtung" muss insoweit – eher – ein aktives Tun seitens der Gemeinde einhergehen, vor allem, wenn man die Funktion des § 49 GemO betrachtet.

Die Funktion des § 49 GemO umfasst

- den Schutz der Gemeinde vor unüberlegten und übereilten Erklärungen des zur Außenvertretung berufenen Organs,
- die Klarheit und Unbestreitbarkeit gemeindlicher Erklärungen, die nicht mehr dem Bereich der laufenden Verwaltung zuzuordnen sind,
- das Interesse der klaren Verantwortung des zur Außenvertretung Berechtigten gegenüber dem Gemeinderat und einer einwandfreien Rechnungslegung.

Insbesondere die Formulierung „Schutz der Gemeinde vor unüberlegten und übereilten Erklärungen des zur Außenvertretung berufenen Organs" macht deutlich, dass § 49 GemO sich als ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Schutzvorschrift darstellt.[10]

Somit kann insgesamt festgehalten werden, dass der Abschluss eines Ablösungsvertrags nicht von der Funktion des § 49 GemO erfasst ist. Vielmehr müssen für den Abschluss des Ablösungsvertrags wirksame, satzungsmäßige Ablösungsbestimmungen vorliegen. Bei Vorliegen derselben ist es dann obsolet, die Gemeinde vor „unüberlegten und übereilten Erklärungen des zur Außenvertretung berufenen Organs (= Bürgermeister)" zu schützen, weil es solche aufgrund der Satzungsregelung nicht geben kann.

Betrachtet man also den Nachforderungsverzicht seitens der Gemeinde, gleichgültig zu welchem Zeitpunkt, nicht als Verpflichtung/Verpflichtungserklärung im Sinne von § 49 GemO und verneint damit in Bezug auf den Ablösungsvertrag die Regelung des § 68 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GemO (zu den Verwaltungsgeschäften zählen nicht, u. a. die Unterzeichnung von Verpflichtungserklärungen nach § 49 GemO), bleibt immer noch die Frage, ob der Abschluss des Ablösungsvertrags sodann – automatisch – unter die Regelung des § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO (Verwaltung der gemeindlichen Abgaben) fällt und mithin als Verwaltungsgeschäft, das die Verbandsgemeindeverwaltung für die Ortsgemeinde/Stadt führt, zu subsumieren ist. Nur dann wäre die Unterschriftsnotwendigkeit des Bürgermeisters der Verbandsgemeinde unter den Ablösungsvertrag der verbandsangehörigen Stadt A auch expressis verbis untermauert. Wie bereits an voriger Stelle erwähnt, nennt Rn. 5.2 zu § 68 GemO, KVR RP den „Erlass von Bescheiden aufgrund ortsgemeindlicher Abgabensatzungen" im Kontext mit der „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" im Sinne von § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO. Der Abschluss von Ablösungsverträgen ist

Vereinbarung
über die Ablösung eines Ausbaubeitrags für die Verkehrsanlage „XY-Straße"
– in der Stadt A –
(Ortsgemeinde)

Zwischen

der Stadt A
(Ortsgemeinde)
– vertreten durch den Bürgermeister der Verbandsgemeinde A, Name –

und

Herrn/Frau
– nachstehend Ablösende genannt –

wird folgender Vertrag über die Ablösung des Ausbaubeitrags nach dem Kommunalabgabengesetz (KAG) geschlossen:

§ 1
Allgemeines
Der Ausbaubeitrag für den Ausbau der XY-Straße, durch die das Grundstück des Ablösenden erschlossen wird, wird abgelöst.

§ 2 ff.

A, den _____

_____
Name
Bürgermeister der Verbandsgemeinde A

10 So auch Rn. 1.1 zu § 49 GemO, KVR RP

dort nicht ausdrücklich genannt, was aber nicht ausschließt, diese insoweit als Alternative zum herkömmlichen Abgabenbescheid anzusehen und damit der Begründung des VG-Urteils Koblenz vom 05.08.2002 beizutreten.

Fazit:

Kommt man nach alldem zu dem Ergebnis, dass beitragsrechtliche Ablösungsverträge keine Verpflichtungserklärungen im Sinne von § 49 GemO sind und vertritt zugleich die Auffassung, dass der Abschluss dieser Verträge – gleichfalls wie der Erlass von Beitragsbescheiden – unter den Begriff „Verwaltung der gemeindlichen Abgaben" fällt und mithin als Verwaltungsgeschäft nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GemO zu qualifizieren ist, so müssen die in Rede stehenden und auf die verbandsangehörige Stadt A lautenden Ablösungsverträge vom Bürgermeister der Verbandsgemeinde A unterzeichnet werden. Soweit die Ablösungsverträge der verbandsangehörigen Stadt A mit dem Dienstsiegel versehen werden, ist das Dienstsiegel der Stadt A – und nicht der Verbandsgemeinde A – zu verwenden, da die Stadt A die vertragsschließende Kommune ist.

(Anmerkung des Verfassers: Die Notwendigkeit, Verpflichtungserklärungen im Sinne von § 49 GemO, neben der nach wie vor erforderlichen eigenhändigen Unterschrift und der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters/Beigeordneten, auch mit dem Dienstsiegel der sich verpflichtenden Kommune zu versehen, ist mit Erlass des Landesgesetzes zur Einführung der kommunalen Doppik (KomDoppikLG) vom 02.03.2006 (GVBl. Seite 57) entfallen.)

Fallbearbeitungen

Dirk Weber*

Das Arbeitgebermodell bei der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII

Vorbemerkung:

Die Organisation der Pflege durch selbst beschaffte Pflege- oder Assistenzkräfte gewinnt in der Praxis eine zunehmende Bedeutung. Die Pflegeberatung der Sozialhilfeträger klammern diese Hilfemöglichkeit vorzugsweise aus, weil sie – und nicht die Pflegekasse – durch das in § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XIII verankerte **Arbeitgeber- bzw. Assistenzmodell** mit hohen Kosten belastet werden. Nicht ganz zu unrecht beklagen die Sozialhilfeträger eine durch den Gesetzgeber vorgenommene Missachtung des der Sozialhilfeleistung zugrunde liegenden Nachrangprinzips.
Das Arbeitgebermodell kommt vorwiegend bei noch jüngeren pflegebedürftigen Behinderten zum Einsatz. Erachtet man in diesen Fällen sowohl den Umfang der Pflege als auch die Pflege im häuslichen Umfeld in Abhängigkeit des Einzelfalls für angezeigt und notwendig, handelt es sich um eine beim Arbeitgebermodell vergleichsweise kostengünstige Variante. Würde der Pflegebedürftiger einen (professionellen) Pflegedienst beanspruchen, wären die Kosten auch für den Sozialhilfeträger um ein vielfaches höher.
Nachfolgend wird anhand eines Beispielfalls aus der Rechtsprechung[1] das sog. „Arbeitgeber- bzw. Assistenzmodell" vorgestellt. Dabei wird die bislang dazu ergangene Rechtsprechung herangezogen und dargestellt, wann und unter welchen Bedingungen ein solches Modell zulässig ist. Mit dem dargestellten Beispiel werden zugleich die näheren Rahmenbedingungen für die Beteiligten verdeutlicht, unter denen das Arbeitgebermodell zu akzeptieren oder abzulehnen ist.

In der nachfolgenden Falldarstellung wird zusätzlich der Frage nachgegangen, ob eine **Vergleichsberechnung** bzw. **Einkommensbereinigung nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II)** für den Sozialhilfeträger notwendig wird, wenn eine pflegebedürftige Person zugleich erwerbsfähig und erwerbstätig ist und deshalb dem Grunde nach in das Existenzsicherungssystem des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch fällt. In diesem Zusammenhang wird das **Urteil des BSG vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R** zum Einkommenseinsatz in der Sozialhilfe kritisch betrachtet, wonach im Ergebnis eine Einkommensbereinigung nach dem SGB II erfolgen soll.

Sachverhalt:

Der 38-jährige Paul P. (P), erwerbsfähig und erwerbstätig, leidet an einer weit fortgeschrittenen Muskeldystrophie (Muskelschwäche), einer beatmungspflichtigen respiratorischen Insuffizienz (Störung der äußeren mechanischen Atmung) sowie einer Herzinsuffizienz. Er ist auf einen Spezialrollstuhl, Rund-um-die-Uhr-Pflegeleistungen in allen Bereichen und Hilfe bei der hauswirtschaftlichen Versorgung angewiesen. Nachts muss er u.a. zwischen fünf- und achtmal durch eine Pflegekraft gelagert werden; etwa drei- bis viermal pro Nacht muss seine Nasen-Mund-Maske gerichtet werden, wozu er eine Assistenzkraft per Ruftaste heranzieht.
In der gesetzlichen Pflegeversicherung wurde P der Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) zugeordnet. Ihm sind ein Grad der Behinderung (GdB) von 100 sowie die Merkzeichen „G", „aG" und „H" („außergewöhnliche Gehbehinderung" sowie „Hilflosigkeit") zuerkannt.
Seine Betreuung und Pflege stellt P durch mehrere – etwa zehn – von ihm selbst über eine Suchbörse oder Zeitungsannoncen angeworbene und angelernte Kräfte sicher. Die Einarbeitung erfolgte durch die vorhandenen Assistenzkräfte und nach den Anweisungen des P. Diese Kräfte arbeiteten in 24-stündigen Schichten mit mehrtägigen Pausen zwischen den Einsatztagen. Mit den Betreuungskräften schloss P

* Oberregierungsrat *Dirk Weber* lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in NRW.

1 Der Fall ist angelehnt an: BSG, Urteil vom 28.02.2013, B 8 SO 1/12 R, juris = FEVS 65, 66; LSG NRW, Urteil vom 28.11.2011, L 20 SO 82/07, juris = FEVS 64, 34. Hinsichtlich der Pflegebedürftigkeit (Pflegestufe III) und dem Umfang der Pflegebedürftigkeit hat der Verfasser keinerlei Änderungen vorgenommen. Deshalb erscheint die Einstufung als „erwerbsfähig im Sinne von § 8 SGB II" als fraglich – trotzdem wurde dies jedoch in den Urteilen nirgends thematisiert oder angezweifelt.

jeweils einen schriftlichen Arbeitsvertrag, in dem diese sich verpflichteten, monatlich in der Regel eine bestimmte Mindeststundenzahl zu einem Stundenlohn von 8,50 € zu arbeiten. Die Arbeitszeit begann um 16.00 Uhr und endete jeweils um 16.00 Uhr des Folgetages, wobei nach dem Vertragswortlaut die Ruhezeiten gemäß dem Arbeitszeitgesetz gewährleistet sein sollten. Dieses Pflegekonzept weist P dem zuständigen Leistungsträger nach.

P beantragt am 01.03. die Übernahme der anfallenden Kosten – insbesondere Lohn- und Lohnnebenkosten in Höhe von 11.628,00 € monatlich (sog. „Arbeitgeber-Brutto"[2], d. h. einschließlich des Arbeitgeberanteils für die Sozialversicherung und der Unfallversicherung [ca. 7,3 % Krankenversicherung + 9,95 % Rentenversicherung + 1,5 % Arbeitslosenversicherung + 1,025 % Pflegeversicherung + 1,60 % gesetzliche Unfallversicherung).

In diesen Kosten berücksichtigt sind die Kosten der Pflegekräfte ohne qualifizierte Ausbildung nebst Umlagen und Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung sowie Urlaubs- und Weihnachtsgelder. Eine Unterbringung in einem Pflegeheim lehnt er ab, da er in seiner Wohnung noch gesellschaftlichen Kontakt pflegt und er in einem Heim weitestgehend von der Gesellschaft isoliert wäre. Außerdem wäre es noch schwieriger, dass er seinen Beruf ausüben könnte.

P legt Wert auf eine kontinuierliche Betreuung seiner ausgewählten Mitarbeiter. Er beantragt deshalb zusätzlich Sozialhilfepflegegeld nach § 64 SGB XII, um seinen Mitarbeitern neben dem Lohn auch Motivations- und Anerkennungszahlungen zu leisten.

Weiterhin beantragt P die Übernahme der anteiligen Mietkosten für die jeweils anwesende Pflegeperson. Die bei P anfallenden Unterkunftskosten (angemessene Kaltmiete plus umlagefähige Nebenkosten) betragen für eine 64 m² große Wohnung 400,00 € pro Monat. Die angemessenen Heizkosten belaufen sich auf 60,00 € monatlich. Er könne einen Aufenthalts- und Ruhe- bzw. Bereitschaftsraum von 16 m² für die Pflegekräfte nicht zusätzlich finanzieren. Er sei aufgrund seiner Pflegebedürftigkeit auf die Anwesenheit eines Assistenten in der Wohnung auch während der Nachtstunden dringend angewiesen. Die Pflegekräfte müssten die Möglichkeit haben, sanitäre Einrichtungen zu nutzen und sich Essen zuzubereiten. Die entsprechende Verpflichtung zur Bereitstellung eines Ruheraums als Arbeitgeber folge aus § 618 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Denn die Pflegekräfte seien in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen. Ihnen müsse ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in den sie sich bei Arbeitsunterbrechungen und während Bereitschaftszeiten zur Erholung bzw. zum Schlafen zurückziehen könnten. Sachlich handele es sich um eine Leistung der Hilfe zur Pflege, da ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Pflegebedürftigkeit und den erhöhten Kosten für die Wohnung bestehe. Der Sozialhilfeträger hat Bedenken hinsichtlich der Übernahme der anteiligen Miete. Vielmehr seien die Kosten der Unterkunft ausschließlich Bestandteil der Hilfe zum Lebensunterhalt.

Aus seiner Tätigkeit als Bildungs- und Sozialberater bei der Arbeitsgemeinschaft Behinderung und Studium e.V. erzielt er ein monatliches Nettoeinkommen, u.a. nach Abzug der Kosten der gesetzlichen Pflegeversicherung, von 1.313,20 €. Für seine private Hausrat- und Haftpflichtversicherung entrichtet P monatlich angemessene 10,00 €. Auf seinem Sparbuch befindet sich ein Betrag von 2.600,00 €. Außerdem besitzt er einen angemessenen Hausrat. P ist grundsätzlich in der Lage, mehr als drei Stunden pro Tag unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes erwerbstätig zu sein.

Die zuständige Kreisverwaltung hat Bedenken, den Antrag des P zu bewilligen. Sie weist darauf hin, dass für die Betreuung des P ein Heim zur Verfügung steht, dessen Kosten sich auf „nur" 3.700,00 € / Monat belaufen. Hinsichtlich des Assistenzzimmers ist sie der Meinung, dass die Kosten vermieden werden könnten, wenn statt einer 24-Stunden-Schicht für eine Einzelperson eine 8-Stunden-Schicht mit sich abwechselnden Personen vereinbart werden.

P macht u.a. geltend, dass das alternative Heim ca. 10 km entfernt liege und hier keine Heimbewohner gleichen Alters leben würden (diese Angaben sind zutreffend).

Aufgaben

Prüfen Sie gutachtlich, ob die beantragen Leistungen im Antragsmonat übernommen werden können! Eine formelle Rechtmäßigkeitsprüfung ist nicht vorzunehmen.

Hinweise:

- Leistungen der Eingliederungshilfe kommen nicht in Frage.
- Ein ambulanter Pflegedienst nimmt für seine Leistungen ca. 40,00 € pro Stunde (brutto).
- Auf die §§ 618, 619 BGB wird hingewiesen.

Verordnung über Arbeitsstätten

Arbeitsstättenverordnung

§ 6 Arbeitsräume, Sanitärräume, Pausen- und Bereitschaftsräume, Erste-Hilfe-Räume, Unterkünfte

(1) Der Arbeitgeber hat solche Arbeitsräume bereitzustellen, die eine ausreichende Grundfläche und Höhe sowie einen ausreichenden Luftraum aufweisen.

(2) [1]Der Arbeitgeber hat Toilettenräume bereitzustellen. [2]Wenn es die Art der Tätigkeit oder gesundheitliche Gründe erfordern, sind Waschräume vorzusehen. [3]Geeignete Umkleideräume sind zur Verfügung zu stellen, wenn die Beschäftigten bei ihrer Tätigkeit besondere Arbeitskleidung tragen müssen und es ihnen nicht zuzumuten ist, sich in einem anderen Raum umzukleiden. [4]Umkleide-, Wasch- und Toilettenräume sind für Männer und Frauen getrennt einzurichten oder es ist eine getrennte Nutzung zu ermöglichen. [5]Bei Arbeiten im Freien und auf Baustellen mit wenigen Beschäftigten sind Waschgelegenheiten und abschließbare Toiletten ausreichend.

(3) [1]**Bei mehr als zehn Beschäftigten, oder wenn Sicherheits- oder Gesundheitsgründe dies erfordern, ist den Beschäftigten ein Pausenraum oder ein entsprechender Pausenbereich zur Verfügung zu stellen.** [2]Dies gilt nicht, wenn die Beschäftigten in Büroräumen oder vergleichbaren Arbeitsräumen beschäftigt sind und dort gleichwertige Voraussetzungen für eine Erholung während der Pause gegeben sind. [3]Fallen in die Arbeitszeit regelmäßig und häufig Arbeitsbereitschaftszeiten oder Arbeitsunterbrechungen und sind keine Pausenräume vorhanden, so sind für die Beschäftigten Räume für Bereit-

2

Kostenart	Beitrag AG	Beitrag AN
Rentenversicherung	9,45 %	9,45 %
Gesetzliche Krankenversicherung	7,30 %	8,20 %
Arbeitslosenversicherung	1,50 %	1,50 %
Pflegeversicherung	1,025 %	1,025 %
Gesetzliche Unfallversicherung	1,60 %	–
Stand 2014		

schaftszeiten einzurichten. [4]Schwangere Frauen und stillende Mütter müssen sich während der Pausen und, soweit es erforderlich ist, auch während der Arbeitszeit unter geeigneten Bedingungen hinlegen und ausruhen können.
(4) Erste-Hilfe-Räume oder vergleichbare Einrichtungen müssen entsprechend der Unfallgefahren oder der Anzahl der Beschäftigten, der Art der ausgeübten Tätigkeiten sowie der räumlichen Größe der Betriebe vorhanden sein.
(5) Für Beschäftigte hat der Arbeitgeber Unterkünfte bereitzustellen, wenn Sicherheits- oder Gesundheitsgründe, insbesondere wegen der Art der ausgeübten Tätigkeit oder der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Personen, und die Abgelegenheit des Arbeitsplatzes dies erfordern und ein anderweitiger Ausgleich vom Arbeitgeber nicht geschaffen ist.
(6) Für Sanitärräume, Pausen- und Bereitschaftsräume, Erste-Hilfe-Räume und Unterkünfte nach den Absätzen 2 bis 5 gilt Absatz 1 entsprechend.

Lösung

1. Hilfeart, Gesamtfallgrundsatz, Anspruchsgrundlage

Das SGB XII ist – mit Ausnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung – durch den Gesamtfallgrundsatz und das Bedarfsdeckungsprinzip (vgl. § 18 SGB XII, § 20 SGB X) geprägt. Der Sozialhilfeträger hat danach einerseits den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln; andererseits ab Kenntnis der Hilfebedürftigkeit Leistungen zu erbringen, soweit und sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen. Daher sind grundsätzlich alle in Frage kommenden Hilfen des Zwölften Buches Sozialgesetzbuches (SGB XII) in Betracht zu ziehen. Zur Prüfung aller in Frage kommenden Hilfen ist von Amts wegen das Verwaltungsverfahren einzuleiten (vgl. § 18 Satz 2 Nr. 1 SGB X i. V. m. § 18 SGB XII).
P begehrt u.a. auch die Übernahme der Unterkunftskosten für das Assistenzzimmer in seiner Wohnung. Die Übernahme dieser Leistungen im Rahmen der Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten oder Vierten Kapitel SGB XII kommt aus mehreren Gründen nicht in Frage:

- P ist erwerbstätig und im Sinne von § 8 SGB II erwerbsfähig. Leistungen zum Lebensunterhalt kommen, wenn überhaupt – nur nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch in Frage.
- Bei einem Nettoeinkommen von 1.313,20 € ist er unter Berücksichtigung der angegebenen Unterkunftskosten von insgesamt 460,00 € nicht hilfebedürftig, um Leistungen zum Lebensunterhalt zu erhalten.
- Als Kosten der Unterkunft sind grundsätzlich nur solche Aufwendungen zu verstehen, die der Schaffung eines geschützten räumlichen Lebensmittelpunktes mit einer gewissen Privatsphäre einschließlich der Möglichkeit, private Gegenstände zu verwahren, dienen sollen.[3] Das Assistenzzimmer dient nicht dem P, sondern seiner Angestellten. Es dient damit zum ordnungsgemäßen Ablauf der Pflegeleistungen.

Im konkreten Fall kommen aber Leistungen nach dem siebten Kapitel SGB XII in Form der „Hilfe zur Pflege" in Frage. Im Rahmen dieser Leistungen ist zu prüfen, ob auch die Kosten für das Assistenzzimmer übernommen werden können. Überschneidungen zwischen Unterkunftskosten und der Hilfe zur Pflege sind grundsätzlich denkbar[4].
Sollten in diesem Rahmen die Kosten nicht übernommen werden können, käme eine Leistung nach § 73 SGB XII in Frage. Die Hilfe in sonstigen Lebenslagen lässt sich als Öffnungsklausel qualifizieren, die eine Ermächtigung zur Rechtsfortbildung an die Verwaltung hinsichtlich vom Gesetzgeber übersehener oder nicht zu erkennender Sozialhilfetatbestände beinhaltet. Diese Anspruchsgrundlage ist zu prüfen, wenn es keine spezialgesetzliche Leistung gibt.
Eine Hilfe zur Weiterführung des Haushalts dürfte ausscheiden, da es nicht primär um eine Haushaltshilfe geht, sondern um Pflegehilfe. Die Leistungen nach dem 5. bis 9. Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XII) stehen auch Personen offen, die erwerbstätig sind und prinzipiell in das Leistungssystem des SGB II fallen. § 5 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II sowie § 21 SGB XII Regeln nur das Verhältnis von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch einerseits und nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch andererseits. Damit ist der Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt, die hier nicht in Frage kommen (s.o.), **neben** den Leistungen nach dem 5. bis 9. Kapitel und umgekehrt grundsätzlich nicht ausgeschlossen[5].

2. Nachranggrundsatz

Sozialhilfe erhält nicht, wer sich, vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens, selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält (§ 2 Abs. 1 SGB XII).
Zu prüfen sind daher Selbst- und Fremdhilfemöglichkeiten.
P setzt bereits seine Arbeitskraft ein und erzielt hieraus Einkommen. Insoweit trägt er ausreichend seinen Selbsthilfeobliegenheiten Rechnung, obwohl ihm der Einsatz seiner Arbeitskraft aufgrund seiner Pflegebedürftigkeit nur sehr eingeschränkt zumutbar ist (vgl. § 11 Abs. 4 Nr. 1 SGB XII).
Grundsätzlich ist anzumerken, dass die Einhaltung des Nachranggrundsatzes regelmäßig keine leistungsversagende Bedeutung zukommt; es sei denn, vorhandene Ansprüche sind ohne weiteres sofort realisierbar[6]. Bei dem Nachranggrundsatz handelt es sich insofern „nur noch" um einen Programmsatz.
Sofort realisierbare und zur Deckung des Pflegebedarfs vorrangig in Anspruch zu nehmende (vgl. § 13 Abs.3 Nr.1 SGB XI, § 2 SGB XII) Fremdhilfemöglichkeiten sind grundsätzlich Leistungen der Pflegeversicherung. Sie sind aus der Sicht des Sozialhilfeträgers ggf. im Rahmen der sog. Leistungskonkurrenz nach § 66 SGB XII zu berücksichtigen.
Der Pflegebedürftige P möchte dabei keine Sachleistungen der Pflegeversicherung erhalten, sondern Geldmittel, damit er die von ihm angestellte Pflegekräfte entlohnen kann. Eine solche Leistung ist im SGB XII in § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XII indirekt vorgesehen.

3 BSG, Urteil vom 14.04.2011, B 8 SO 19/09 R, juris, Rn. 14, mwN = NVwZ-RR 2011, 822.

4 BSG, Urteil vom 14.04.2011, B 8 SO 19/09 R, juris, Rn. 17 = NVwZ-RR 2011, 822.

5 Ebenso: BSG, Urteil vom 11.12.2007, B 8/9b SO 13/06 R, info also 2008, 139 (Kurzwiedergabe); SG Köln, Urteil v. 24.08.2006, S 13 (21) SI 438/05, juris.

6 Vgl. BSG, Urteil vom 26.08.2008, B 8/9b SO 16/07 R, juris, Rn. 15 = FEVS 60, 346 = FamRZ 2009, 44; BSG, Urteil vom 02.02.2010, B 8 SO 21/08 R, Rn. 13; BSG, Urteil vom 22.03.2012, B 8 SO 30/10 R, juris, Rn. 25 = NVwZ-RR 2012, 968.

Man spricht in diesem Zusammenhang – ohne dass dies ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird – von einem sog. Arbeitgebermodell, weil der Pflegebedürfte selbst als Arbeitgeber eigene Pflegekräfte anstellt. In einem solchen Modell oder Konzept ist zu beachten, dass nach § 36 Abs. 1 Satz 3 SGB XI eine Pflegesachleistung nur dann von der Pflegekasse vergütet wird, wenn mit geeigneten Pflegekräften bzw. dem Pflegedienst (vgl. § 71 Abs. 1 SGB XI) ein Versorgungs- und Vergütungsvertrag nach § 72, § 77, § 82 SGB XI abgeschlossen wurde. Will der Pflegebedürftige P mit von ihm selbst gewählten Pflegekräften einen eigenen Arbeitsvertrag abschließen, ist er von den Pflegesachleistungen der Pflegekasse (§ 36 SGB XI) ausgeschlossen. An Stelle von Pflegesachleistungen kommen aus der Sicht der Pflegeversicherung nur Pflegegeldzahlungen nach § 37 SGB XI in Frage, weil dieses weitestgehend zweckbindungsfrei gezahlt wird. Beim Pflegegeld muss „nur" sichergestellt werden, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise selbst sicherstellt (§ 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI)

Ob und inwieweit sich der Leistungsberechtigte auf die Sachleistungen der Pflegeversicherung auch bei der Wahl des hier gewählten Arbeitgebermodells im Sinne des § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XII durch den Sozialhilfeträger verweisen lassen muss, wird später im Rahmen der Leistungskonkurrenz nach § 66 Abs. 4 SGB XII geprüft. Ein vorrangiger Anspruch des Pflegebedürftigen P auf Leistungen der Pflegekasse, die diese nach § 77 SGB XI zu erbringen hätte, kommt ebenfalls nicht in Frage. Nach § 77 SGB XI soll die Pflegekasse auch mit Einzelpersonen zur Sicherstellung der häuslichen Pflege einen Vertrag abschließen. Ein solcher Vertrag scheitert daran, dass die Pflegekräfte dann nicht gleichzeitig mit dem Pflegebedürftigen ein Beschäftigungsverhältnis eingehen dürfen (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 4 SGB XI). Damit ist eine Leistungserbringung durch die Pflegekasse im Rahmen des sog. Arbeitgebermodell – wie es vorliegend praktiziert wird – auch nach § 77 SGB XI ausgeschlossen.

Ein Verweis des Leistungsberechtigten P auf die möglichen Leistungen der Pflegekasse nach § 77 SGB XI – indem der P mit den von ihm ausgesuchten Pflegekräften keinen Vertrag abschließt – kommt nicht in Frage, weil dann von den Pflegekräften (nur) Leistungen erbracht werden, die auf der Vereinbarung zwischen Pflegekasse und Pflegekraft beruhen. Die Pflegekasse wird aber nur dann einem Vertrag zustimmen, wenn bestimmte Qualitätsanforderungen bei Durchführung der Pflegesachleistungen garantiert sind (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 2 SGB XI, vgl. § 36 Abs. 1 Satz 4 SGB XI). Maßstab dieser auch im Rahmen des § 77 SGB XI zu stellenden Qualitätsanforderungen sind die Sachleistungen, die von den Pflegediensten erbracht werden. Demgegenüber kennzeichnet sich das Arbeitgebermodell durch eine große Gestaltungshoheit des Pflegebedürftigen aus, durch wen und wie die Bedarfsdeckung erreicht wird. Die inhaltliche Ausrichtung der häuslichen Pflege durch Einzelpersonen, die von der Pflegekasse beschäftigt werden (hohe fachliche Anforderungen, konkrete Vorgaben der Leistungsdurchführung), ist damit nicht Deckungsgleich mit dem hier gewählten und i.d.R. flexibel ausgestaltbaren Arbeitgebermodell, so dass ein Vertragsabschluss durch die Pflegekasse nach § 77 SGB XI keine vorrangige Alternative darstellt.[7]

Bei selbst sichergestellter Pflege kommt damit von der Pflegekasse ausschließlich das Pflegegeld und nicht die (höhere) Sachleistung in Betracht.

7 Vgl. zum Problemkreis auch Hessisches LSG, Urteil vom 26.08.1999, L 14 P 1113/97, juris.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Hilfe zur Pflege wird nach dem 7. Kapitel SGB XII geleistet, soweit der leistungsberechtigten Person und ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nach den Vorschriften des 11. Kapitels SGB XII nicht zuzumuten ist (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII). Da P nicht verheiratet ist noch in einer Partnerschaft lebt, kommt es hinsichtlich der wirtschaftlichen Voraussetzungen nur auf seine eigenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse an.

3.1. Sachliche Voraussetzungen des 7. Kapitels SGB XII

3.1.1. Leistungsberechtigte Person

Nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedürfen, Hilfe zur Pflege zu leisten.

Die Pflegekasse hat laut Sachverhalt für P die Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) festgesetzt. Die Entscheidung der Pflegekasse über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch ist nach § 62 SGB XII auch der Entscheidung im Rahmen der Hilfe zur Pflege zu Grunde zu legen, soweit sie auf Tatsachen beruht, die bei beiden Entscheidungen zu berücksichtigen sind.

Damit ist die Entscheidung für den Träger der Sozialhilfe gemäß § 62 SGB XII bindend (sog. Tatbestands- und Feststellungswirkung eines Verwaltungsaktes). Die Voraussetzungen des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sind erfüllt.

P erfüllt somit die sachlichen Voraussetzungen und gehört grundsätzlich zum anspruchsberechtigten Personenkreis. Die Bindungswirkung des § 62 SGB XII bedeutet des Weiteren, dass die Einordnung von P als Schwerstpflegebedürftiger aufgrund der von der Pflegekasse zuerkannten Pflegestufe III ebenfalls feststeht (vgl. § 64 Abs. 3 SGB XII).

3.1.2. Leistungen

Die Hilfe zur Pflege umfasst zahlreiche Leistungen, die sich in den Leistungsgruppen stationäre Pflege, teilstationäre Pflege und häusliche Pflege wiederspiegeln. Die einzelnen Leistungen sind in § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII aufgeführt.

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 SGB XII sowie § 63 Satz 1 SGB XII haben ambulante Leistungen Vorrang vor teilstationären und stationären Leistungen. Insofern ist dem Wunsch des Leistungsberechtigten P, die Pflege im häuslichen Umfeld zu ermöglichen, Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang ist auch § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB XII zu beachten, wonach Wünschen des Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, entsprochen werden soll, soweit sie angemessen sind.

Dieses Wunsch- und Wahlrecht besteht aber nur im Rahmen der vorhandenen gesetzlichen Möglichkeiten. Bedenken bestehen hier vor allem darin, dass die ambulante Pflege mehr als doppelt so hohe Kosten verursacht, als es bei einer stationären Unterbringung der Fall wäre.

Der Mehrkostenvorbehalt des § 13 Abs. 1 Satz 3 SGB XII könnte einer Übernahme der Aufwendungen i. H. v. 11.628,00 € pro Monat

entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift gilt der Vorrang der ambulanten Leistung nicht, wenn eine Leistung für eine geeignete stationäre Einrichtung zumutbar und eine ambulante Leistung mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. Unverhältnismäßige Mehrkosten sind immer dann anzunehmen, wenn die ambulanten Kosten 75%-100% oberhalb der stationären Kosten liegen.[8]

Ausweislich des Wortlauts von § 13 Abs. 1 Satz 3, Satz 4 SGB XII ist aber vorrangig die **Zumutbarkeit** einer stationären Unterbringung zu prüfen. Dabei ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen (vgl. § 9 Abs. 1 SGB XII). Eine Unzumutbarkeit ist dann zu bejahen, wenn ein behinderter und/oder pflegebedürftiger Mensch in einem stationären Heim sozial isoliert leben würde. Im vorliegenden Fall ist P erst 38 Jahre alt. Ein Leben im Heim mit gleichaltrigen wird nur schwer realisierbar sein. Ein Heim, welches für P in Frage kommt, ist eher für die Betreuung älterer Personen vorgesehen. Damit besteht die Gefahr, dass P den gesellschaftlichen Kontakt zu seinem bisherigen Berufs- und Freundeskreis verliert. In diesem Zusammenhang ist es allerdings zu vernachlässigen, dass das Heim 10km vom bisherigen Wohnsitz entfernt liegt. Es handelt sich hier um eine überwindbare Entfernung, die den Besuch von Verwandten und Bekannten weiterhin zulässt.

Da P auch einem Beruf nachgeht, stellt sich die Frage, ob die Selbst- und Berufsverwirklichung in einer eigenen Wohnung nicht besser realisiert werden kann. Gerade dies ermöglicht eine eigenständige Lebensführung und Lebensgestaltung. Der selbstbestimmten Lebensführung als Kernbereich des Grundrechts auf Menschenwürde kommt gerade im Sozialhilferecht ein überragender Rang zu.

Will der Sozialhilfeträger auf eine vorrangige stationäre und damit kostengünstigere und geeignete Unterbringungs- oder Pflegeeinrichtung verweisen, die den berechtigten Wünschen des Antragstellers und seinem Hilfebedarf Rechnung trägt, muss er diese Einrichtung benennen und trägt – nach hier vertretener Auffassung – nach den Regeln der objektiven Beweislast die Darlegungslast, weil der Grundsatz des Vorrangs von ambulanten Leistungen aus § 13 SGB XII zu entnehmen ist. Vor dem beschriebenen Hintergrund wird hier vertreten, dass eine stationäre Heimaufnahme nicht zumutbar ist.[9]

Damit ist dem P ein Vorrang der häuslichen Pflege einzuräumen. Reicht im Fall des § 61 Abs. 1 SGB XII häusliche Pflege aus, soll der Sozialhilfeträger darauf hinwirken, dass die Pflege einschließlich der hauswirtschaftlichen Versorgung durch Personen, die dem Pflegebedürftigen nahe stehen, oder als Nachbarschaftshilfe übernommen werden. Die ehrenamtliche Hilfe durch Verwandte oder Bekannte stellt im Vergleich zur professionellen Hilfe daher einen Primäranspruch dar. Dieser wird in erster Linie durch die Zahlung von Pflegegeld honoriert. Es ist daher ein Anspruch auf Pflegegeld als Erstes zu prüfen.

3.1.2.1. Pflegegeld

In Betracht kommt im vorliegenden Fall zunächst die Zahlung von Sozialhilfe-Pflegegeld nach § 64 SGB XII.

Schwerstpflegebedürftige erhalten (vorbehaltlich der Prüfung der Leistungskonkurrenz nach § 66 SGB XII und des 11. Kapitels SGB XII) nach § 64 Abs. 3 SGB XII ein Pflegegeld in Höhe des Betrages nach § 37 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB XI (z. Zt. 728,00 €).

Nach § 64 Abs. 5 Satz 1 SGB XII setzt der Anspruch auf Pflegegeld des Weiteren voraus, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellt.

Angesichts der laufenden Kosten von mehr als 11.600,00 € kann mit dem Pflegegeld die Pflege nicht sichergestellt werden. Das Pflegegeld soll nach seiner Zielrichtung auch nicht der Bezahlung von Arbeitskräften dienen, sondern soll als Motivationshilfe und Aufwendungsersatz für „ehrenamtliche" Tätigkeiten naher Angehöriger oder Bekannter ausgezahlt werden. Insofern kann daran gedacht werden, die Zahlung von Pflegegeld als **nicht zweckdienliche Leistung** im konkreten Fall zu versagen.

Andererseits begehrt P **neben** der Übernahme der Kosten seiner angestellten Personen **zusätzlich** die Zahlung von Pflegegeld. Mit diesem will er gerade erreichen, dass er in der Lage ist, Geschenke und Gratifikationen an seine Mitarbeiter auszuzahlen, damit deren Motivation zur Pflege erhalten bleibt.

Es ist zu berücksichtigen, dass das Pflegegeld eine pauschalierte Leistung darstellt, dessen Zielrichtung eben nicht „nur" darin besteht, die Pflege sicherzustellen. Es kommt gerade nicht darauf an, dass der Pflegebedürftige den gesamten pflegerischen Bedarf mit dem Pflegegeld abdecken muss. Weil das Pflegegeld gerade nicht zur Entlohnung von Pflegepersonen oder Pflegekräften, sondern in erster Linie zur Förderung und Erhaltung der Pflegebereitschaft bestimmt ist, kommt es neben Pflegesachleistungen oder den Kosten für besondere (bzw. im Bereich der Pflegekasse: „geeignete") Pflegekräfte in Frage. Mit dem Pflegegeld müssen auch keine messbaren wirtschaftlichen Belastungen vorliegen, auf die mit dem Pflegegeld reagiert werden. § 64 Abs. 5 Satz 1 SGB XII dient nur dazu, eine Zweckverfehlung der Pflegegeldgewährung etwa in Folge bestimmungswidriger Verwendung des Pflegegeldes oder bei Mängeln der selbst organisierten Pflege zu verhindern.

Schließlich ist anzuführen, dass der Gesetzgeber nach § 66 Abs. 2 SGB XII selbst davon ausgeht, dass neben Pflegegeld Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII – wie z. B. die Kosten der besonderen Pflegekräfte – möglich sein sollen.

Selbst im hier gewählten Arbeitgebermodell kann sich der Leistungsberechtigte P als Arbeitgeber nicht nur darauf beschränken, stets nur den „tariflichen Lohn" zu bezahlen. Es wird immer wieder Situationen geben, in denen der Pflegebedürftige eine neben dem Lohn hinausgehende notwendige materielle Anerkennung für die Hilfe geben muss. Im Ergebnis kann damit das Sozialhilfepflegegeld nach § 64 Abs. 3, Abs. 5 SGB XII selbst bei durchgeführter Pflege durch Pflegekräfte und selbst bei einer „Rund-um-die-Uhr-Versorgung" im Rahmen eines Arbeitgebermodells gewährt werden.[10]

3.1.2.2. Kosten der Pflegekraft

Ist
- neben oder anstelle der Pflege nach § 63 Satz 1 durch nahe stehende Personen
- die Heranziehung einer besonderen Pflegekraft
- erforderlich,

sind nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII
- die angemessenen Kosten

zu übernehmen.

8 Vgl. LSG NRW, Beschluss vom 06.02.2014, L 20 SO 436/13 B ER, juris, Rn. 47 ff.; BVerwG, Urteil vom 11.02.1982, 5 C 85/80, juris.

9 Vgl. zu diesem Problemkreis auch: Vgl. Sächsisches LSG, Beschluss vom 12.02.2014, L 8 SO 132/13 B ER, juris, Rn. 20, 21.

10 Vgl. zum Themenkomplex: BVerwG, Urteil vom 05.07.2003, 5 C 7/02; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 09.01.2006, L 23 B 1009/05 SO ER.

Die hier genannten Tatbestandsmerkmale sind darauf hin zu überprüfen, ob die im Rahmen des Arbeitgebermodells anfallenden Kosten nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII übernommen werden können.

Besondere Pflegekräfte

Fraglich ist zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit der Norm. Daran kann gezweifelt werden, wenn die ausgewählten und angelernten studentischen Hilfskräfte keine „besonderen Pflegekräfte" darstellen.

Der Gesetzgeber unterscheidet die Begriffe „Pflegeperson" von dem Begriff der „besonderen Pflegekräfte". Die Pflegeperson wird indirekt in § 63 Satz 1 SGB XII und direkt z. B. in § 65 Abs. 1 Satz 1 SGB XII erwähnt (Aufwendungen und Beihilfen für „Pflegepersonen"). Eine Legaldefinition findet sich in § 19 SGB XI, die angesichts des identischen Pflegebegriffs im SGB XI und im SGB XII auch für das SGB XII gelten dürfte. Danach sind Pflegepersonen Personen, die nicht erwerbsmäßig einen Pflegebedürftigen i.S.d. § 14 SGB XI (gleich § 61 SGB XII) in seiner häuslichen Umgebung pflegen.

Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass die häusliche Pflege durch im Haushalt des Pflegebedürftigen lebende Familienangehörige sichergestellt wird. Zu den Pflegepersonen in diesem Sinne gehören auch Nachbarn, Freunde und ehrenamtliche Helfer. Bei der Ausübung der Pflegetätigkeit durch diese Personen liegt Nichterwerbsmäßigkeit vor, wenn die finanzielle Entschädigung für ihre Pflegetätigkeit durch den Pflegebedürftigen die Höhe des Pflegegeldes nicht übersteigt.[11]

§ 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII stellt den Einsatz einer Pflegekraft unter den Vorbehalt, dass eine Pflegeperson nicht ausreicht. Daraus folgt grundsätzlich, dass die Pflegekraft im Gegensatz zur Pflegeperson die Pflege erwerbstätig ausführt und daher tendenziell eine gegenüber der Pflegeperson hervorgehobene Qualifizierung besitzt. Das SGB XI spricht deshalb auch von „geeigneten Pflegekräften" (§ 36 Abs. 1 Satz 3 SGB XI), mit denen die Pflegekasse nur deshalb einen Versorgungsvertrag abschließt, weil sie über die notwendigen fachlichen Fähigkeiten verfügen. In der Regel sind Pflegekräfte daher professionelle und ausgebildete Fachkräfte, die bei einem Pflegedienst beschäftigt sind.

Auch das SGB XII spricht von „Pflegekräften". Besondere Kräfte im Sinne des SGB XII sind daher regelmäßig Fachkräfte wie Krankenschwestern, Krankenpfleger, Familienhelfer(innen) und Hauswirtschafter/Hauswirtschafterinnen u.Ä.[12].

Mangels fachlicher Eignung der Personen, die von P ausgewählt worden sind, ist die Annahme gerechtfertigt, dass es sich nicht um Pflegekräfte im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII handelt.

P hat seine Assistenzkräfte über eine entsprechende Börse oder Zeitungsannoncen gefunden. Es handelte sich also nicht um Personen, zu denen von vornherein ein familiäres oder sonstiges persönliches Näheverhältnis bestand. Insofern handelt es sich auch nicht zwingend um Pflegepersonen.

Allerdings weicht der Begriff der „besonderen Pflegekraft" von demjenigen der „geeigneten Pflegekraft" i.S.v. § 36 Abs. 1 Satz 3 SGB XI ab. Daraus ist zu schlussfolgern, dass die „besondere Pflegekraft" im Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber ermöglichten „Arbeitgebermodell" nicht verpflichtend eine Fachkraft sein muss und/oder bei einem gemäß § 71 Abs. 1, § 72 SGB XI zugelassenen Pflegedienst beschäftigt oder auf der Grundlage eines Vertrages nach § 77 Abs. 1 SGB XI pflegerisch tätig sein muss. Besondere förmliche Qualifikationsanforderungen sind zumindest im Arbeitgebermodell wegen der mit der Arbeitgeberstellung des zu Pflegenden verbundenen Gestaltungshoheit und der vom Gesetzgeber in § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XII zum Ausdruck gebrachten Privilegierung nicht zu stellen, sodass es unerheblich ist, dass die vom Kläger beschäftigten Pflegekräfte nicht über eine besondere Ausbildung im pflegerischen Bereich verfügen. Der Begriff der „besonderen" Pflegekräfte findet sich deshalb auch ausdrücklich in der Vorschrift des § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII wieder – der Vorschrift für das dort geregelte Arbeitgebermodell. Für die Einstufung der Assistenzkräfte des P als besondere Pflegekräfte i.S.v. § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII bzw. § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII ist es also unschädlich, dass sie nicht über eine formale pflegerische Ausbildung verfügen, sondern von bereits vorhandenen Kräften und nach den Anweisungen des P angelernt wurden.[13]

Es ist allerdings der Besonderheit der Sicherstellung der Pflege durch selbst beschaffte Leistungen geschuldet, bei der der Pflegebedürftige die besonderen Pflegekräfte selbst aussucht, dass er über die Eignung dieser Pflegekräfte darlegungspflichtig ist[14]. Hinweise darauf, dass P dieser Nachweispflicht nicht nachkommt, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Im Gegenteil: P legt sein Pflegekonzept dem Sozialhilfeträger vor.

Erforderlichkeit der besonderen Pflegekräfte / Sekundäranspruch auf Übernahme der Kosten der Pflegesachleistungen im Rahmen der Sozialhilfe

Der Einsatz der Pflegekräfte muss – neben oder anstelle der Pflege nach § 63 Satz 1 SGB XII (Übernahme der Pflege durch nahestehende Personen bzw. im Rahmen der Nachbarschaftshilfe) – „**erforderlich**" sein. Der Einsatz der Pflegekräfte ist nicht erforderlich, wenn die Pflege auch durch Pflegepersonen erbracht werden kann. Allerdings sind an die vorrangige Erbringung von Pflegeleistungen durch Pflegepersonen keine besonders hohen Anforderungen zu stellen. Da auch nahestehende Angehörige nicht zur Pflege gezwungen werden können, ist die Erforderlichkeit von Pflegekräften nur im Ausnahmefall zu verneinen bzw. nur im Ausnahmefall auf existente Pflegepersonen zu verweisen[15].

Darüber hinaus besteht im vorliegenden Fall eine umfangreiche Pflegebedürftigkeit mit einem Pflegeaufwand bei Pflegestufe III (vgl. § 15 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XI). Der Einsatz von Pflegekräften ist also erforderlich.

Die „Erforderlichkeit" verlangt aber auch eine **Prüfung hinsichtlich des Umfangs** der eingesetzten Pflegekräfte. Gerade im Arbeitgebermodell ist ein Pflegemodell oder Pflegekonzept nachzuweisen. Das Arbeitgebermodell setzt ein umfassendes, konkretes Konzept voraus, dass die Sicherstellung der Pflege belegt. Das Angebot muss dem festgestellten pflegerischen Bedarf entsprechen und weder hinter

11 *Kulbe*, in Sommer, Kommentar zum SGB XI (Haufe SGB Office, HaufeIndex 2177734), § 19 SGB XI, Rn. 2.1.

12 BSG, Urteil vom 26.08.2008, B 8/9b SO 18/07 R, juris, Rn. 17 = SGb 2009, 620 ; Schellhorn in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 18. Auflage 2010, § 65 SGB XII Rn. 13.

13 BSG, Urteil vom 28.02.2013, B 8 SO 1/12 R, juris, Rn. 17 = FEVS 65, 66; LSG NRW, Urteil vom 28.11.2011, L 20 SO 82/07, juris, Rn. 51 m.w. Literaturnachweisen = FEVS 64, 34.

14 LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 03.03.2011, L 8 SO 24/09 B ER, juris, Rn. 46.

15 Wenn z. B. die Tochter mangels Berufstätigkeit und „sonstiger Auslastung" „uneingeschränkt" als Pflegepersonen zur Verfügung steht, vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13.03.2012, L 8 SO 29/11 B ER.

dem pflegerischen Bedarf zurückbleiben noch darüber hinausgehen[16]. Ein solches Konzept mit einer „Rund-um-die-Uhr-Betreuung" und Schichtbetrieb einschließlich Einweisung und Anlernen hat P dem Sozialhilfeträger nachgewiesen. Angesichts der schweren Pflegebedürftigkeit und Erkrankung sowie der daraus resultierenden erforderlichen Unterstützungsmaßnahmen dürften auch keine Bedenken hinsichtlich der 24stündigen Betreuung für eine alleinstehende Person bestehen.

Sofern und soweit ein solches Konzept, wie hier, glaubhaft nachgewiesen ist, kann der Pflegebedürftige P – anschließend – seine Gestaltungsvorstellungen zur Realisierung der Pflege im Rahmen seines Wunsch- und Wahlrechtes nach § 9 Abs. 2 SGB XII einfließen lassen. Insofern steht das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit in Bezug zu § 9 SGB XII (Sozialhilfe nach der Besonderheit des Einzelfalls). Was im Einzelfall erforderlich ist, richtet sich vor allem nach der Person des Pflegebedürftigen, der Art des Bedarfs und den örtlichen Verhältnissen[17].
Im vorliegenden Fall ist es problematisch, dass P seine Pflege durch eine Ein-Personen-24-Stunden-Betreuung realisieren will und deshalb ein **Assistenzzimmer** benötigt. Erachtet man aber die Durchführung der Pflege im vorgesehenen Umfang für erforderlich, so fällt die individuelle Gestaltung und Ausführung der Pflege aufgrund der vom Gesetzgeber in § 9 SGB XII genannten einzelfallorientierten Pflege in die Kompetenz des Pflegebedürftigen selbst. Insbesondere im Arbeitgebermodell besitzt der Pflegebedürftige eine eigene zu respektierende Gestaltungshoheit in der Art der Erbringung von Pflegeleistungen. Darüber hinaus lässt sich der 24-Stunden-Betrieb auch rechtfertigen, weil sich hierdurch die Abstimmungsprozesse im Vergleich zu den auf 8-Stunden beschränkten Schichten vermeiden lassen. Schließlich besteht bei einem 8-Stunden-Betrieb auch die Gefahr einer zeitlichen Lücke in der Versorgung, wenn sich die Pflegekraft verspäten sollte.
Nach alledem ist das vom pflegebedürftigen P gewählte Modell hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „erforderlich" nicht zu beanstanden.

Angemessene Kosten der besonderen Pflegekräfte

Weiterhin ist zu klären, ob es sich bei den entstehenden Kosten um „angemessene Kosten" im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII handelt. Bei einem Stundensatz von 8,50 € handelt es sich um eine im Rahmen des Mindestlohns bewegende Vergütung. Soweit der Umfang der Pflegeleistungen für notwendig erachtet wird (s.o.), können deshalb auch die monatlichen Lohn- und Lohnnebenkosten von 11.628,00 € als angemessen angesehen werden.
Die Übernahme der Kosten für das Assistenzzimmer sind davon abhängig, ob sie zum Leistungskomplex gehören, die im Rahmen des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII übernahmefähig sind. Auch hier liegt erneut die Besonderheit in dem vom Pflegebedürftigen gewählten Arbeitgebermodell, dass in § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XII zumindest mittelbar vorausgesetzt wird. Soweit der Gesetzgeber von einem solchen vom Leistungsberechtigten wählbaren Modell ausgeht, gesteht er auch Gestaltungsmöglichkeiten zu. Deshalb beschränkt § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII die Übernahme von Kosten nicht nur auf die unmittelbar durch die Pflege hervorgerufenen Kosten, also die Lohn- und Lohnnebenkosten. Die Privilegierung des Arbeitgebermodells erlaubt auch die Übernahme von Nebenkosten, die im Rahmen des Arbeitgebermodells anfallen.
Soweit der Pflegebedürftige als Arbeitgeber fungiert, ist er zumindest bei dem hier für erforderlich erachteten Ein-Personen-24-Stunden-Betrieb zur Vorhaltung eines Ruheraums i.S.v. § 6 Abs. 3 ArbStättV i.V.m. Ziff. 4.2 des Anhangs zu § 3 Abs. 1 ArbStättV nach § 618 Abs. 1, § 619 BGB verpflichtet.
Als angemessene Kosten für das Assistenzzimmer können daher 16 m²/64 m² angesetzt werden, d. h. im konkreten Fall 100,00 € (auch ein anderer Betrag ist vertretbar).
Damit liegen alle Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII vor, so dass vorbehaltlich der weiteren Prüfung (Leistungskonkurrenz, wirtschaftliche Voraussetzungen), die Kosten der von P angestellten besonderen Pflegekräfte im Umfang von 11.628,00 € plus 100,00 € = 11.728,00 € übernommen werden können.

3.1.3. Leistungskonkurrenz

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

Anrechnung der Sachleistung aus der Pflegeversicherung, § 66 Abs. 4 SGB XII

Gemäß § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII werden Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII insoweit nicht erbracht, als Pflegebedürftige in der Lage sind, zweckentsprechende Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften in Anspruch zu nehmen. Mit dieser Vorschrift wird der in § 2 SGB XII normierte Grundsatz der Nachrangigkeit der Sozialhilfe konkretisiert. Die leistungsberechtigte Person hat daher die vorrangigen zweckentsprechenden Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch zu nehmen, bevor der Träger der Sozialhilfe zur Leistung verpflichtet ist.
Zweckentsprechende Leistungen zu den hier nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII nachgefragten Leistungen stellen die Pflegesachleistungen der Pflegeversicherung nach § 36 SGB XI dar – also die Übernahme der Kosten eines anerkannten Pflegedienstes (vgl. § 72 Abs. 1 SGB XI). Aufgrund des Nachranggrundsatzes ist eine Verweisung auf einen günstigeren Pflegedienst grundsätzlich denkbar. §§ 2 und 66 SGB XII verfolgen das Ziel, Dispositionen des Pflegebedürftigen zu Lasten des Sozialhilfeträgers zu vermeiden. Der Pflegebedürftige hat alles zu unternehmen, um die Belastung der Sozialhilfe möglichst gering zu halten. § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII umfasst sowohl die Pflicht des Pflegebedürftigen, sich um vorrangige Leistungen zu bemühen, als auch das Gebot, im Leistungsspektrum des vorrangigen Bereichs die Leistung zu wählen, die die Sozialhilfe finanziell am stärksten entlastet. Das hier nach § 66 Abs. 4 Satz 2, Satz 3 SGB XII gewählte Arbeitgebermodell schließt ebenfalls grundsätzlich eine Verweisung auf einen kostengünstigeren Pflegedienst nicht aus.
Unterstellt man aber die bereits bejahte Notwendigkeit einer 24-Stunden-Pflege im häuslichen Bereich, kostet ein professionell

16 vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 15.09.2006, L 7 SO 4051/06 ER-B, juris, Rn. 5, 6.
17 *Schellhorn* in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, 18. Auflage 2010, SGB XII, § 65 Rn. 10.

agierender Pflegedienst (vgl. Bearbeitungshinweis) 40,00 €/Stunde x 30,42 Tage x 24 Stunden = 29.203,20 €. Von diesen Kosten kann die Pflegeversicherung aufgrund der dieser zugrunde legenden „Teilkasko-Leistungen" nur einen Betrag von 1.612,00 € übernehmen. Damit stellt der Pflegedienst keine kostengünstigere Variante dar. Ein Verweis auf diese in Abhängigkeit des Einzelfalls vorrangig in Anspruch zu nehmende Leistung kann damit unterbleiben.

Muss sich P als Pflegebedürftiger vor dem geschilderten Hintergrund nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme eines Pflegedienstes verweisen lassen, kann er nach § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII seine Pflege durch von ihm beschäftigte besondere Pflegekräfte sicherstellen.

In diesem Fall darf der Sozialhilfeträger nicht auf die vorrangige (vgl. § 2 SGB XII, § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII, § 13 Abs. 5 SGB XI) Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen der Pflegeversicherung (§ 36, § 77 Abs. 1 SGB XI) verweisen, weil die Pflegeversicherung keinen Versorgungs- und Vergütungsvertrag mit den Pflegekräften abgeschlossen hat und deshalb an einer Leistungserbringung gehindert ist. Die Kosten des Arbeitgebermodells müssen daher vom Sozialhilfeträgerübernommen werden, allerdings ist das nach § 37 SGB XI geleistete Pflegegeld der Pflegeversicherung auf die Leistungsauszahlung an den Pflegebedürftigen zwingend anzurechnen (§ 66 Abs. 4 Satz 3 SGB XII). Aus diesem Grund reduziert sich der Leistungsanspruch des P auf Übernahme der Kosten der besonderen Pflegekräfte von 11.728,00 € auf 11.000,00 €, da das Pflegegeld der Pflegestufe III 728,00 € beträgt (§ 37 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 Buchstabe d SGB XI).

Kürzung des Sozialhilfe-Pflegegeldes, § 66 Abs. 2 SGB XII

Gemäß § 66 Abs. 2 Satz 1 SGB XII werden die Leistungen nach § 65 SGB XII neben den Leistungen nach § 64 SGB XII erbracht. Grundsätzlich kann daher das hier zu gewährende Sozialhilfe-Pflegegeld als Leistung nach § 64 Abs. 3 SGB XII neben den Leistungen der Kosten der Pflegekraft als Leistung nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII erbracht werden.

Die Vorschrift ist auch nicht im Arbeitgebermodell unanwendbar, weil P bereits über eine „Rund-um-die-Uhr" Betreuung zurückgreifen kann. Es kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang P ein Pflegebedarf verbleibt, der nicht durch die Pflegeleistungen gedeckt wird, deren Kosten Sozialhilfeträger auf der Grundlage von § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII tragen. Das Pflegegeld nach § 64 SGB XII ist weder ein Entgelt für die Pflegeperson noch dient es dazu, den Pflegeaufwand in sonstiger Weise abzugelten. Eine Pflegegeldgewährung geht nach ihren gesetzlichen Zielen nicht ins Leere, wenn der Pflegebedürftige eine „Rund-um-die-Uhr-Versorgung" durch von ihm beschäftigte, ihm vertraglich zur Pflegeleistung verpflichtete besondere Pflegekräfte erhält.[18]

Werden Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII oder gleichartige Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften erbracht, **kann** das Pflegegeld um bis zu zwei Drittel gekürzt werden (vgl. § 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII).

Die Voraussetzungen für eine Kürzung des Pflegegeldes (Leistungen nach § 65 Abs. 1 SGB XII) liegen vor.

Auf der Rechtsfolgeseite ist Ermessen zu berücksichtigen. Ermessen besteht hinsichtlich der Frage, „ob" eine Kürzung erfolgt (sog. Entschließungsermessen) als auch – für den Fall, dass eine Kürzung in Frage kommt – hinsichtlich der Höhe einer Kürzung. Maximal kann das Pflegegeld um bis zu zwei Drittel gekürzt werden. Ein Drittel des Pflegegeldes muss der leistungsberechtigten Person folglich verbleiben (§ 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII im Umkehrschluss).

18 BVerwG, Urteil vom 03.07.2003, 5 C 7/02, juris, Rn. 13 = FEVS 55, 97.

Im konkreten Fall ist zu beachten, dass im Normalfall Pflegegeld als Anerkennung für die Durchführung der Pflege gewährt wird; darüber hinaus wird Pflegegeld zur Deckung von materiellen Aufwendungen der Pflegeperson ausgezahlt. Hier werden die Pflegekräfte für ihre Pflegetätigkeit bereits entlohnt. Deshalb bedarf es grds. keiner weiteren Anerkennungszahlung oder der Zahlung zur Deckung von materiellen Aufwendungen, um die Pflege aufrechtzuerhalten. Andernfalls käme es zu einer Doppelleistung des Sozialhilfeträgers für die durchgeführte Pflege. Um dieser Zielrichtung der Vorschrift Rechnung zu tragen, ist eine andere Lösung als die Kürzung des Pflegegeldes ermessensfehlerhaft.

Ohnehin muss das Pflegegeld selbst bei größtmöglicher Kürzung in Höhe von einem Drittel verbleiben. Diese dann verbleibende Summe ist ausreichend, damit der Pflegebedürftige P Anerkennungszahlungen und Motivationszuwendungen an seine Mitarbeiter auskehren kann. Gemäß § 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII wird das Pflegegeld deshalb auf 242,67 € gekürzt.

Anrechnung des Pflegeversicherungs-Pflegegeldes auf das Sozialhilfe-Pflegegeld, § 66 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB XII

Gemäß § 66 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB XII ist das Pflegeversicherungs-Pflegegeld in dem Umfang, in dem es geleistet wird, auf das Sozialhilfepflegegeld anzurechnen.

Nach dem Wortlaut liegen die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift vor, so dass kein Sozialhilfepflegegeld mehr auszuzahlen wäre. Zu beachten ist aber, dass nach § 66 Abs. 4 Satz 3 SGB XII das Pflegeversicherungspflegegeld bereits auf die Kosten der besonderen Pflegekräfte angerechnet wurde und damit verbraucht ist. § 66 Abs. 4 Satz 3 SGB XII genießt als Spezialregelung einen Anwendungsvorrang und stellt damit eine vorrangig vorzunehmende Anrechnung des Pflegeversicherungspflegegeldes dar.[19] Eine Anrechnung auf der Grundlage von § 66 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB XII ist nur soweit möglich, wie das nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch gewährte Pflegegeld nicht bereits durch die nach § 66 Abs. 4 SGB XII vorrangige Anrechnung „verbraucht" ist. Damit kommt eine weitere Kürzung des Sozialhilfepflegegeldes in Höhe von 242,67 € nicht in Frage.

3.2. Voraussetzungen des 11. Kapitels SGB XII

3.2.1. Einkommensermittlung von Herrn P

Nach § 19 Abs. 3 SGB XII kann die Hilfe zur Pflege nur geleistet werden, soweit dem Leistungsberechtigten die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen (vgl. §§ 82 bis 89 SGB XII) und Vermögen (vgl. §§ 90, 91 SGB XII) nach den Vorschriften des Elften Kapitels dieses Buches nicht zuzumuten ist.

Der **zumutbare** Umfang bestimmt sich nach den Vorschriften des 11. Kapitels SGB XII. Die Aufbringung der Mittel ist soweit nicht zuzumuten, wie **das Einkommen eine Einkommensgrenze nicht übersteigt** (vgl. § 85 SGB XII, § 87 SGB XII), in bestimmten Konstellationen auch dann, wenn das Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze liegt (vgl. § 88 SGB XII).

Einkommen ist grundsätzlich jeder Zufluss in Geld oder Geldeswert, welches im Bedarfszeitraum zufließt, unabhängig von Herkunft und Rechtsnatur der Geldmittel (§ 1 VO zu § 82 SGB XII, § 82 Abs. 1 SGB XII).

19 BVerwG, Urteil vom 03. Juli 2003, 5 C 7/02, juris, Rn. 10 ff. = BVerwGE 118, 297-300.

Damit stellt auch das Pflegegeld der Pflegeversicherung Einkommen im Sinne der Zuflusstheorie dar. Die Leistungen der Pflegeversicherungen bleiben jedoch als Einkommen bei Sozialleistungen, deren Gewährung von Einkommen abhängig ist, unberücksichtigt (§ 13 Abs. 5 Satz 1 SGB XII).

Das Einkommen von P aus seiner Erwerbstätigkeit stellt Einkommen dar, da es im Bedarfszeitraum März zufließt. Es gibt auch keinen Grund, das Einkommen nicht zu berücksichtigen (§§ 82 Abs.1, § 83, § 84 SGB XII). Um das sozialhilferechtlich zu berücksichtigende Einkommen zu ermitteln, ist von den Bruttoeinnahmen auszugehen (vgl. § 3 Abs. 3 Satz 1 VO zu § 82 SGB XII).

Das Einkommen von P aus Erwerbstätigkeit beläuft sich nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 82 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB XII) auf 1.303,20 €.

Weiter abzuziehen sind auch die mit der Erzielung des Einkommens verbundenen notwendigen Ausgaben (vgl. § 82 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII).

Als Aufwendungen für Arbeitsmittel kann – wenn wie hier keine konkreten und höheren Aufwendungen nachgewiesen werden – im Rahmen einer Ermessensentscheidung ein Betrag von 5,20 € berücksichtigt werden. Es handelt sich um einen Absetzungsbetrag nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 5 VO zu § 82 SGB XII (vgl. Klammerzusatz in § 3 Abs. 5 SGB XII). Im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit fallen immer Aufwendungen an. Im Steuerrecht wird deshalb z. B. eine Werbungskostenpauschale anerkannt, ohne dass für diese Pauschale ein Nachweis erfolgt. Deshalb ist es ermessensgerecht, auch hier 5,20 € anzusetzen.

Die Hausratversicherung kann nach § 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII anerkannt werden, wenn es sich dem Grunde und der Höhe nach um eine angemessene Versicherung handelt. Die Hausratversicherung sichert ein übliches Lebensrisiko ab und ist bei weiten Teilen der Bevölkerung, auch bei solchen, die über ein Einkommen knapp oberhalb der Sozialhilfegrenze verfügen, eine anerkannte und auch bestehende Versicherung. Der in Höhe von 10,00 € entrichtete Beitrag ist ebenfalls als angemessen zu bezeichnen. Die für die Versicherung entrichteten Beiträge können daher einkommensmindernd berücksichtigt werden.

Weitere private Versicherungen (z. B. Unfallversicherung) sind nicht benannt worden.

Weitere Aufwendungen werden nicht nachgewiesen oder geltend gemacht.

Ein Freibetrag wegen Erwerbstätigkeit gem. § 82 Abs. 3 Satz 1 SGB XII ist nicht abzuziehen. Dieser ist ausdrücklich nur für Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem 3. und 4. Kapitel SGB XII, nicht aber für andere Hilfearten wie die der Hilfe zur Pflege vorgesehen.

Aus dem Blickwinkel des SGB XII beläuft sich das zu berücksichtigende Einkommen von P mithin auf 1.298,00 €.

Es stellt sich die Frage, ob es im konkreten Fall notwendig ist, hinsichtlich der Einkommensermittlung eine **Vergleichsberechnung** nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch vorzunehmen. Hierfür spricht zunächst, dass P als erwerbstätige und erwerbsfähige Person dem Grunde nach in das Existenzsicherungssytem des SGB II „fällt". Es erscheint aus Gleichbehandlungsgründen angezeigt, von dem P nicht einen Einkommenseinsatz im SGB XII zu verlangen, den er nach dem SGB II ebenfalls nicht leisten müsste.

Im SGB II könnte bei P an Stelle der Arbeitsmittelpauschale und dem Ansatz der Hausratversicherung der Grundfreibetrag nach § 11b Abs. 2 SGB II vom Einkommen abzuziehen sein. Nach § 11b Abs. 2 Satz 1 SGB II ist bei erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, die erwerbstätig sind, anstelle der Beträge nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3-5 SGB II ein Betrag von monatlich 100,00 € abzusetzen. Beträgt das monatliche Einkommen mehr als 400,00 €, gilt Satz 1 nicht, wenn der erwerbsfähige Leistungsberechtigte nachweist, dass die Summe der Beträge nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 – 5 SGB II den Betrag von 100,00 € übersteigt (§ 11b Abs. 2 Satz 2 SGB II).

P weist keine höhere Aufwendungen als 100,00 € nach. Im SGB II würde P daher einen (im Vergleich zum SGB XII höheren) Einkommensabsetzbetrag in Höhe von 100,00 € geltend machen können. An Stelle von 1.298,00 € würde der Leistungsträger bei der Ermittlung des zumutbaren Einkommenseinsatzes einen Einkommensbetrag von 1.213,20 € (1.313,20 € abzüglich 100,00 €) zugrunde legen. Der Erwerbstätigenfreibetrag bliebe sowohl im SGB XII als auch im SGB II unberücksichtigt, weil diesem Freibetrag keine materiellen Aufwendungen zugrunde liegen, sondern als reine Freibeträge mit Arbeitsanreizfunktion zu verstehen sind und deshalb bei der Ermittlung des zumutbaren Einkommenseinsatzes bei der Hilfe zur Pflege unberücksichtigt gelassen werden können (vgl. § 82 Abs. 3 SGB XII; BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R, juris, Rn.22).

Für die sog. Mischfallkonstellationen (sog. Gemischte Bedarfsgemeinschaft: eine Person der Einsatzgemeinschaft fällt in das Existenzsicherungssystem des SGB II, eine andere Person der Einsatzgemeinschaft fällt in das Existenzsicherungssystem des SGB XII) hat das Bundessozialgericht mehrfach die notwendige **Gleichbehandlung** von Personen herausgestellt, die einerseits ein Teil der Einsatzgemeinschaft nach dem SGB XII sind (z. B. bei Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII) und für die daher (zwingend) eine Leistungsberechnung nach dem SGB XII notwendig wird, andererseits selbst aber leistungsberechtigte Personen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch sind. Diese Personen dürfen nicht schlechter gestellt werden als andere SGB II-Leistungsberechtigte – mit der Konsequenz, dass eine **Vergleichsberechnung** notwendig wird und i.d.R. die höheren Einkommens- und Vermögensfreibeträge des SGB II auch im SGB XII über die Härteklauseln (§ 82 Abs. 3 Satz 3, § 90 Abs. 3 SGB XII) zu berücksichtigen sind.[20] Dies soll sicherstellen, dass das individuelle Existenzminimum des jeweils maßgebenden Existenzsicherungssytems (SGB II / SGB XII) nicht unterschritten wird.[21] Als Grundsatz hat die Rechtsprechung herausgearbeitet, dass sich durch die gemischte Bedarfsgemeinschaft weder positive

20 „Es gilt der Grundsatz, dass die Berechnung der Sozialhilfeleistung nach Maßgabe des SGB XII nicht dazu führen darf, dass Einkommen, das nach der Zielsetzung des SGB II geschont werden soll, gleichwohl zu Gunsten der dem SGB XII unterworfenen Personen verwertet werden muss. Besonderheiten des SGB II können zur Vermeidung einer anderenfalls bestehenden Ungleichbehandlung von gemischten Bedarfsgemeinschaften mit reinen Bedarfsgemeinschaften etwa im Rahmen von Härtefallregelungen – bei Einkommen § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XII, bei Vermögen § 90 Abs. 3 SGB XII – berücksichtigt werden. Deshalb ist letztlich noch eine Vergleichsberechnung nach Maßgabe des SGB II für die diesem System unterworfenen Personen erforderlich" (BSG, Urteil vom 09.06.2011, B 8 SO 20/09 R, juris, Rn. 24).

21 BSG, Urteil vom 16.10.2007, B 8/9b SO 2/06 R, juris, Rn. 15 ff. (zur Gleichbehandlung hinsichtlich der Höhe des Regelsatzes); BSG, Urteil vom 09.06.2011, B 8 SO 20/09 R, juris, Rn. 19, 20 sowie Rn. 24 = FEVS 63, 433 (zur Einkommens- und Vermögensbehandlung); Vgl. auch Fallbearbeitung von Weber, DVP 2012, 325; BSG, Urteil vom 20.09.2012, B 8 SO 13/11 R, juris = FEVS 64, 461 (gemischter Vermögensfreibetrag aus SGB II-Vermögensfreibetrag und Freibetrag nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII).
Für den umgekehrten Fall (fehlende Hilfebedürftigkeit im SGB XII): vgl. grundlegend: BSG, Urteil vom 15.4.2008, B 14/7b AS 58/06 R, juris, Rn. 29 ff.; vgl. BSG, Urteil vom 17.10.2013, B 14 AS 58/12 R, juris.

noch negative Auswirkungen ergeben dürfen[22]. Die notwendige Vergleichsberechnung führt daher im Ergebnis dazu, dass unberücksichtigtes oder freigelassenes Einkommen in einem Leistungssystem genauso im anderen Leistungssystem behandelt wird – ggf. nur auf unterschiedlichen Wegen (z. B. über die Härteklauseln).
Diese Argumentationslinie betraf bislang nur Existenzsicherungsleistungen (Leistungen zum Lebensunterhalt) und war und ist in sich schlüssig.
Das Bundessozialgericht (BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R, juris, Rn.21 ff.) vertritt die Auffassung, auch in einem wie hier vorliegenden Fall, bei dem ausschließlich Sozialhilfe („Hilfe zur Pflege") nachgefragt wird, müsse die normative Wertung für eine dem Grunde nach in das Zweite Buch Sozialgesetzbuch fallende Person berücksichtigt werden. P müsse nicht für seinen besonderen sozialhilferechtlichen Bedarf Einkommen einsetzen, das er im für ihn dem Grunde nach geltenden Existenzsicherungssystem des SGB II nicht einsetzen müsse bzw. für andere Zwecke genutzt werden dürfe[23].
Bedenken gegen diese Auffassung bestehen deshalb, weil bei ambulanten Leistungen nach dem 5.-9. Kapitel i.d.R. **nur ein zumutbarer bzw. angemessener Einkommenseinsatz oberhalb der Einkommensgrenze verlangt werden kann** (vgl. § 19 Abs. 3, § 85, § 87 SGB XII; nur in seltenen Fällen kann ein Einkommenseinsatz nach § 88 SGB XII unter der Einkommensgrenze verlangt werden). Da die Einkommensgrenze (u.a. durch den doppelten Ansatz der Regelbedarfsstufe 1) eine Schutzgrenze zur Verhinderung eines Bezugs von Existenzsicherungsleistungen darstellt, führt die großzügigere Einkommensbereinigung (im Rahmen einer Vergleichsberechnung nach dem SGB II) nicht zwingend dazu, dass eine nachfragende Person schlechter gestellt wird als andere SGB II-Leistungsberechtigte. Denn im vorliegenden Fall würde P selbst bei einer großzügigen Einkommensbereinigung nach dem SGB II nicht hilfebedürftig „auf Leistungen zum Lebensunterhalt". Deshalb kann der der Vergleichsberechnung zugrunde liegende Gedanke – Gleichberechtigung (Art. 3 GG) von leistungsberechtigten Personen, die im Ergebnis Leistungen nach denselben oder mindestens vergleichbaren Existenzsicherungssystemen erhalten – nicht auf den hier vorliegenden Fall übertragen werden. P wird bei einem Einkommenseinsatz oberhalb der Einkommensgrenze nicht hilfebedürftig auf Leistungen zum Lebensunterhalt. Damit werden **unterschiedliche Personengruppen** verglichen. **Mangels Vergleichsgruppe** kann bereits die Meinung vertreten werden, dass eine Vergleichsberechnung nicht notwendig ist.
Eine Vergleichsberechnung für P aus Gründen der Gleichbehandlung ist nicht notwendig, weil die Feststellung der Hilfebedürftigkeit durch Ermittlung des Einkommenseinsatzes im SGB XII einem anderen System folgt. Die Einkommensgrenze verhindert bei vergleichsweise starken Einkommensbeziehern den Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt. Ziel der Gegenüberstellung von Einkommen und Einkommensgrenze ist die Berechnung einer angemessenen Beteiligung an den Sozialhilfeaufwendungen und nicht der vollständige Einsatz des bereinigten Einkommens zur Deckung des Bedarfs.
Relevant wird eine Vergleichsberechnung erst dann, wenn ein Einkommen unterhalb der Einkommensgrenze vorliegt, weil dann auch ein Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt gegeben sein könnte. Dies ist dann aber keine Frage, die sich der Sozialhilfeträger stellen muss, der ambulante Leistungen zur häuslichen Pflege berechnet. In einem solchen Fall würden lediglich Pflegeleistungen ohne Einkommens- oder Vermögenseinsatz – also ohne Eigenanteil – erbracht. Der der Vergleichsberechnung zugrunde liegende Gedanke – Sicherstellung des individuellen Existenzminimums nach dem jeweils maßgebenden Existenzsicherungssytems (SGB II / SGB XII) – spielt bei Beachtung der Einkommensgrenze keine Rolle.
Relevant ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht eine Ungleichbehandlung zu einer Vergleichsgruppe im oben beschriebenen Sinne, sondern eine **Benachteiligung**, je nach Sichtweise maximal eine **Schlechterstellung bei fehlender Vergleichsgruppe**: würde das Einkommen nach den Vorgaben des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch bereinigt, stünde regelmäßig geringeres Einkommen zur Verfügung. Bei einem Einkommen oberhalb der Einkommensgrenze kommt damit nur ein geringerer Einkommenseinsatz in Frage. Da aber der Erwerbstätigenfreibetrag (s.o.) außer Betracht bleibt, bleiben Unterschiede hinsichtlich des Einkommenseinsatzes von vergleichsweise geringem Gewicht.
Die Vergleichsberechnung und Einkommensbereinigung nach dem SGB II kann auch nur der Ausnahmefall sein, weil diese nur im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung möglich ist und von den gesetzlichen Vorgaben des SGB XII grundsätzlich nicht getragen wird.
Die Notwendigkeit einer Vergleichsberechnung verlangt also eine besondere Rechtfertigung. Nicht jede Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG führt überdies auch zu einem Verstoß. Sofern man von einer Ungleichbehandlung bzw. Schlechterstellung ausginge, müsste diese schon von einigem Gewicht sein.
Im vorliegenden Fall ist anzuführen, dass bei einem Einkommenseinsatz oberhalb der Einkommensgrenze besondere Situationen (besondere Belastungen, besondere Aufwendungen, Art und Schwere der Behinderung oder Pflegebedürftigkeit, vgl. § 87 Abs. 1 SGB XII) berücksichtigt werden können. Insofern finden einzelfallbedingte Gründe – sogar über den Ansatz eines „pauschalierten Grundfreibetrages nach § 11b Abs. 2 SGB II" hinaus – ausreichend Beachtung.
Nach hier vertretener Auffassung zwingt diese (vergleichsweise geringfügige) Benachteiligung bzw. Schlechterstellung nicht dazu, mit Hilfe von Art. 3 Abs. 1 GG eine Vergleichsberechnung nach dem SGB II vorzunehmen.
Die Anmerkungen im Urteil des Bundessozialgerichts zum Einkommenseinsatz bei einer ausschließlichen Pflegebedürftigkeit (BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R, juris, Rn. 21 ff.) dürften daher als noch nicht abschließend geklärt angesehen werden. Angesichts der eher oberflächlichen Argumentation im Urteil sind sie eher als obiter dictum[24] einzustufen.
Insgesamt ist im vorliegenden Fall von einem **sozialhilferechtlich** bereinigten Einkommen in Höhe von 1.298,00 € auszugehen.

3.2.2. Einkommensgrenze

Dem Einkommen ist eine Einkommensgrenze gegenüberzustellen. Mit Ausnahme der Regelungen nach § 88 SGB XII – die hier nicht einschlägig sind – ist nur ein **zumutbarer Einkommenseinsatz** (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII) oberhalb der Einkommensgrenze zu prüfen.
Die Einkommensgrenze bestimmt sich nach § 85 Abs. 1 SGB XII,

22 *Schmidt* in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 82 SGB XII, Rn. 47.
23 BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R, juris, Rn. 21.
24 Ein **obiter dictum** (lat. „nebenbei Gesagtes") ist eine in einer Entscheidung eines Gerichtes geäußerte Rechtsansicht, die nicht zur Urteilsbegründung dient und damit die gefällte Entscheidung nicht trägt, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit dazu bot.

da P als nachfragende Person volljährig ist. Die Einkommensgrenze ergibt sich aus

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

Der Grundbetrag beläuft sich auf zweimal 399,00 € und damit insgesamt auf 798,00 €.

Mangels Ehegatten oder eines Partners/Partnerin sowie einer überwiegend unterhaltenen Person kommt der Ansatz eines Familienzuschlages nicht in Frage.

Die angemessenen Kosten der Unterkunft belaufen sich auf 400,00 €. Die Heizungskosten bleiben bei der Berechnung der Einkommensgrenze nach hier vertretener Auffassung unberücksichtigt. Dies ergibt sich aus einem systematischen Vergleich mit § 35 SGB XII. Dort wird zwischen Unterkunftskosten und Heizkosten als zwei Bedarfspositionen unterschieden, so dass dort, wo keine Unterscheidung getroffen worden ist, die Bedarfspositionen nur einzeln berücksichtigt werden können. Unverhältnismäßig hohe Heizkosten können ggf. teilweise nach § 87 Abs. 1 SGB XII als besondere Belastung berücksichtigt werden.[25]

Da die für das Assistenzzimmer anfallenden Kosten bereits Bestandteil der Hilfe zur Pflege nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII sind, sind sie insoweit allerdings nicht mehr bei der Ermittlung der Einkommensgrenze zu berücksichtigen. Dies würde zu einer nicht zu rechtfertigenden Doppelberücksichtigung im Rahmen der Hilfe zur Pflege führen

Die Einkommensgrenze beträgt damit:

Grundfreibetrag nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII	798,00 €
Kosten der Unterkunft nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII	300,00 €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII für Partner	– €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII für überwiegend unterhaltene Personen	– €
Einkommensgrenze	**1.098,00 €**

Ein Einkommensüberhang ist nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB XII nur „**in angemessenem Umfang**" – allerdings zwingend – einzusetzen. Ein Ermessen des Sozialhilfeträgers besteht auf Rechtsfolgenseite nicht. Bei dem „angemessenen Umfang" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Behörde auch keinen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene einräumt, vielmehr der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt.[26]

Bei der Prüfung, welcher Umfang des Einkommenseinsatzes angemessen ist, sind insbesondere die Art des Bedarfs, die Art oder Schwere der Behinderung oder der Pflegebedürftigkeit, die Dauer und Höhe der erforderlichen Aufwendungen sowie besondere Belastungen der nachfragenden Person und ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen zu berücksichtigen (vgl. § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Bei schwerstpflegebedürftigen Menschen nach § 64 Abs. 3 SGB XII und blinden Menschen nach § 72 SGB XII ist ein Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze in Höhe von mindestens 60 v. H. nicht zuzumuten (§ 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII). P ist schwerstpflegebedürftig i. S. d. § 64 Abs. 3 SGB XII und erfüllt damit die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII sind mindestens 60 v. H. „des Einkommens über der Einkommensgrenze" freizulassen. Das Wort „mindestens" bedeutet, dass auch eine höhere Freilassung und damit ein geringerer Einkommenseinsatz möglich ist.

Die Regelung des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bestimmt eine Höchstgrenze der Zumutbarkeit des Einkommenseinsatzes mit 40 v. H. des Einkommensüberhanges, bezogen auf die Einkommensgrenze des § 85 SGB XII und den daraus folgenden Einkommensüberhang. Das Gesetz regelt in § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII, welche Kriterien bei der Bestimmung des angemessenen Umfanges insbesondere zu berücksichtigen sind, und schreibt in § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII für eines dieser Kriterien eine verbindliche Mindestgrenze fest. Der in § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII genannte Personenkreis wird durch die Art der Behinderung (blinde Menschen i. S. d. § 72 SGB XII) oder die Schwere der Behinderungsfolgen (Schwerstpflegebedürftige) bestimmt. Das Gesetz schreibt mithin einen Mindestfreibetrag bei besonderer und konkretisierter Ausprägung des in § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII genannten Kriteriums der „Art oder Schwere der Behinderung" vor. Sind die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII erfüllt, bildet dieser Freibetrag (als Spezialregelung) mithin den Ausgangspunkt für die Bestimmung des angemessenen Umfanges. Denn nur dann kann die Funktion des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII als Höchstgrenze für einen Einkommenseinsatz erfüllt sein.[27]

Soweit hier die Schwerstpflegebedürftigkeit von P berücksichtigt wird, kann also maximal 200,00 € x 40 % = 80,00 € als Einkommenseinsatz verlangt werden. In Anwendung dieses Kriteriums kann hier auch vertreten werden, den Einkommenseinsatz weiter zu vermindern, weil die Schwere der Behinderung und Pflegebedürftig-

25 In der hier schon mehrfach erwähnten Entscheidung widerspricht das Bundessozialgericht dieser Auffassung (BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R, juris, Rn. 25). Danach sind Heizkosten nach Sinn und Zweck der Vorschrift als „Kosten der Unterkunft" zu berücksichtigen. Der Verweis auf die differenzierte Behandlung von Unterkunfts- und Heizkosten in § 35 SGB XII wäre zu vernachlässigen, da in § 85 SGB XII von „den Kosten der Unterkunft" gesprochen würde, während in § 35 SGB XII die Formulierung „Leistungen für die Unterkunft" und „Leistungen für die Heizung" verwendet worden sei. Eine Korrektur über § 87 SGB XII wäre systemwidrig, weil es sich bei den Heizkosten gerade nicht um besondere, sondern übliche Belastungen handelt, die bei jedem unabhängig von den in § 87 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 SGB XII bezeichneten Kriterien entstehen. Diese Begründung überzeugt nicht restlos. Soll nach Sinn und Zweck der tatsächliche Bedarf in der Einkommensgrenze berücksichtigt werden, so hätte der Gesetzgeber z. B. auch Mehrbedarfe, einmalige Bedarfe oder Bildungs- und Teilhabeleistungen in die Berechnung der Einkommensgrenze aufgenommen. Es wird deshalb an der Auffassung festgehalten, nur die Kosten der Unterkunft ohne die Heizkosten in die Einkommensgrenze einzubeziehen. Vgl. *Weber* in: SGB II und SGB XII für Studium und Praxis, Leistungsrecht, Band 1, S. 554 f. Das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung ist in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales der hier vertretenen Meinung beigetreten. Als Begründung wird angeführt, dass eine im Wege eines Obiter Dictum geäußerte Rechtsansicht nicht als hinreichend höchstrichterlich geklärt angesehen werden könne. Darüber hinaus würde die ganz überwiegende Kommentarliteratur sowie Rechtsprechung eine andere Ansicht vertreten (Niedersächsisches Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung, Rundschreiben vom 13.11.2014, Az. 101.11 – 20 00 05/10.11.85-1.)

26 Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.10.1989, 5 C 30/86, NDV 1990, 57 = FEVS 39, 93.

27 Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2013, B 8 SO 8/12 R , juris, Rn. 28; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.02.2012, L 7 SO 3580/11, juris, Rn. 35.

keit – angesichts einer notwendigen 24-Stunden-Betreuung für eine erwerbsfähige und – tätige Person – besonders ausgeprägt ist.
Insofern ist auch die besondere schicksalhafte Betroffenheit des P in die Überlegungen einzubeziehen.
Nach § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII ist weiterhin die „Dauer der erforderlichen Aufwendungen" in die Erwägung zum angemessenen Einkommenseinsatz einzubeziehen. Bei einmaligen Leistungen ist regelmäßig ein erhöhter Einkommenseinsatz zu verlangen; bei dauerhaft notwendigen Leistungen ist tendenziell ein geringerer Einkommenseinsatz zu verlangen.
Insgesamt erscheint es sachgerecht, wenn ein Einkommenseinsatz von nur 20 Prozent des Einkommens über der Einkommensgrenze verlangt wird.
Unter Zugrundelegung der übrigen in § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII genannten Kriterien, für deren besondere Berücksichtigung im konkreten Fall kein Anlass besteht, könnte dann noch eine niedrigerer Einkommenseinsatz in Betracht kommen.
Die Höchstgrenze ermittelt sich wie folgt:

Grundfreibetrag nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII	798,00 €
Kosten der Unterkunft nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII	300,00 €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII für Partner	– €
Familienzuschlag nach § 85 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII für überwiegend unterhaltene Person	– €
Einkommensgrenze	**1.098,00 €**

bereinigtes anrechenbares Einkommen	**1.298,00 €**

Einkommensüberhang	**200,00 €**

Höchstgrenze (20 v. H. des Einkommensüberhangs, § 87 Abs. 1 S. 3 SGB XII)	**40,00 €**

Aus den o. g. die Einkommensgrenze überschreitenden Beträgen ergibt sich demnach ein maximal einzusetzendes Einkommen für den Monat März in Höhe von 40,00 €.

3.2.3. Vermögen

Ein angemessener Hausrat ist gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII geschützt.
Das Sparvermögen kann über den nicht zweckgebundenen Vermögensfreibetrag in Höhe von 2.600,00 € geschützt werden (vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII; § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) VO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII), so dass es nicht verwertet werden muss.

4. Höhe der Hilfeleistung

Wie festgestellt wurde, ist ein Bedarf in Höhe von 11.000,00€ monatlich zu berücksichtigen. Die Eigenleistung ist in Höhe von monatlich 40,00 € festgesetzt worden. Damit ergibt sich eine Leistung der Hilfe zur Pflege in Höhe von monatlich 10.960,00 €.

5. Form der Hilfe, Leistung als Beihilfe oder als Darlehen

Nach § 10 Abs. 1 SGB XII werden die Leistungen als Dienstleistung, Geldleistung oder Sachleistung erbracht. Im vorliegenden Fall kommt davon nur die Geldleistung in Betracht.

6. Einsetzen der Hilfe

Sozialhilfe setzt nach § 18 Abs. 1 SGB XII ein, sobald dem Träger oder der beauftragten Stelle bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Hilfeleistung vorliegen. Wie bereits oben ausgeführt, setzt die Hilfe am 01.03. ein, da maßgeblicher Zeitpunkt der Kenntniserlangung im konkreten Fall die Antragstellung ist (vgl. § 18 Abs. 2 SGB XII).

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer veranstaltet die

„7. Speyerer Tage zum Friedhofs- und Bestattungsrecht"

am 10. und 11. September 2015
in der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer
Wissenschaftliche Leitung: Prof. *Dr. Ulrich Stelkens*

Das Tagungsprogramm sieht folgende Vorträge vor:

Donnerstag, 10. September 2015

- **Friedhofsplanungs- und -genehmigungsverfahren**
  (Prof. Dr. Jan Ziekow, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)
- **Rechtsfragen des Grabnutzungsrechts**
  (Torsten F. Barthel, LL.M., Rechtsanwalt Berlin)
- **Ökologisierung des Friedhofs- und Bestattungswesens**
  (Prof. Dr. Dr. Tade Matthias Spranger, Rheinische Friedrichs-Wilhelms-Universität Bonn)
- **Gebührenkalkulation in der Praxis**
  (Dipi.-Kauffrau Mirjam Naß, Schüllermann Consulting GmbH, Mainz)
- **Praxisbericht: Defizitausgleich bei kirchlichen Friedhöfen**
  (Roger Bodin, Leiter des Amtes für Aufsicht und besondere Dienstleistungen, Evangelisch-Lutherischer Kirchenkreis Nordfriesland, Breklum)

Freitag, 11. September 2015

- **Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten bei Friedhofssatzungen**
  (Prof. Dr. Christoph Brüning, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel)
- **Bestattergewerbe als zulassungspflichtiges Gewerbe? Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda**
  (Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)
- **Bestattungsrecht in den Niederlanden: Andere Antworten auf dieselben Fragen?**
  (Prof. Dr. Oswald Jansen, Rechtsanwalt und Leiter der Rechtsabteilung der Stadt Den Haag, Professor an der Maastricht University)

Anmeldeschluss: 31. August 2015. Anmeldungen sind u. a. möglich im Internet unter **www.uni-speyer.de/Weiterbildung/Jahresprogramm.htm**

Ansprechpartner für Teilnehmer: Lioba Diehl, Tel.: 06232/654-226 und Edith Göring; Tel.: 06232/654-269, Fax: 06232/654-488, E-Maii:Tagungssekretariat@unispeyer.de, http://www.uni-speyer.de

Holger Greve*

Lehrerin mit Kopftuch** – reloaded

Sachverhalt

Die 1977 in Deutschland geborene Z ist türkischer Abstammung und besitzt seit 1999 die deutsche Staatsangehörigkeit. Sie ist muslimischen Glaubens und trägt seit ihrem 17. Lebensjahr aus religiösen für sie verpflichtenden Gründen in der Öffentlichkeit ein Kopftuch. Als angestellte Lehrerin im Land N erteilt sie in mehreren Schulen im Bereich des Schulamts R muttersprachlichen Unterricht in türkischer Sprache. Sie verrichtet ihren Schuldienst stets mit einem Kopftuch, ohne dass ihre Vorgesetzten oder auch die Schüler und deren Eltern hieran Anstoß genommen hätten. Nachdem sie zu Beginn des Schuljahres 2012/13 weiterhin mit dem Kopftuch zum Dienst erschienen war, wies die Schulleiterin sie darauf hin, dass mit der Änderung des Schulgesetzes für das Land N (SchulG) zum 1. August 2012 nunmehr der Dienst in der Schule ohne Kopfbedeckung zu verrichten sei. Demgegenüber erklärte die Z, dass sie mit ihrem Kopftuch kein politisches oder sonstiges Zeichen setzen wolle und auch den Schulfrieden nicht gefährde. Nach einer erneuten Anhörung der Z sprach das Land N im November 2013 schriftlich eine Abmahnung aus. Darin hielt es der Z das Tragen des Kopftuchs als Pflichtenverstoß vor und kündigte arbeitsrechtliche Maßnahmen bis hin zur Kündigung an, falls sie nicht künftig dauerhaft ohne Kopftuch in der Schule erscheinen sollte. Das Tragen des islamischen Kopftuchs könne den Schulfrieden gefährden und den Eindruck hervorrufen, dass die Beschwerdeführerin gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach Art. 3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftrete. Die Z kam der Aufforderung nicht nach. Nach Zustimmung des Personalrats erklärte das Land N daraufhin im Februar 2014 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2014. Die Z ging gerichtlich zunächst gegen die Abmahnung und später gegen die Kündigung vor. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht wiesen die Klagen ab. Eine Revision zum Bundesarbeitsgericht (BAG) blieb erfolglos, sodass die Z sodann Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche Entscheidung des BAG vor dem BVerfG einlegt.

§ 57 SchulG N

Lehrerinnen und Lehrer

(4) Lehrerinnen und Lehrer dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 7 und 12 Abs. 6 der Verfassung des Landes N und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1. Das Neutralitätsgebot des Satzes 1 gilt nicht im Religionsunterricht und in den Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen.

Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet?

Bearbeitervermerk: Die Verfassungsmäßigkeit von § 57 Abs. 4 Satz 3 SchulG N ist nicht zu prüfen.[1]

Die Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit[2]

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 90 ff. BVerfGG erfüllt sind.

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für die Verfassungsbeschwerde ergibt sich aus der enumerativen Zuweisung nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG.

II. Beteiligtenfähigkeit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „jedermann")

Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG kann „jedermann" mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103 und Art. 104 GG verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben. Beschwerdefähig ist demnach, wer Träger eines als verletzt gerügten Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts sein kann.[3] Z ist als natürliche Person Grundrechtsträge-

* Regierungsrat Dr. *Holger Greve* ist Referent im Bundesministerium des Innern. Der Beitrag gibt nur seine persönliche Auffassung wieder und wurde nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst.

** Die Fallbearbeitung basiert auf der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u. 1 BvR 1181/10; siehe bereits zuvor EGMR, NJW 2001, 2871 ff.; BVerfGE 108, 282 ff.; BVerwGE 121, 140 ff.; 131, 242 ff.; BAGE 132, 1 ff.; BAG, NZA-RR 2010, 383 ff.; NZA-RR 2011, 162 ff.; NZA 2014, 1407 ff.; StGH Hessen, NVwZ 2008, 199 ff.; BayVerfGH, NVwZ 2008, 420 ff.; siehe aus der Literatur etwa nur *Bader,* NVwZ 2006, 1333 ff.; *Baer/Wrase,* JuS 2003, 1162 ff.; dies., KritV 2006, 401 ff.; *Böckenförde,* NJW 2001, 723 ff.; *Heinig,* ZevKR 57 (2012), 82 ff.; *H. Hofmann,* NVwZ 2009, 74 ff.; *Isensee,* JZ 2010, 317 ff.; *Klein,* DÖV 2015, 464 ff.; *Kloepfer,* DÖV 2006, 45 ff.; *Kokott,* Der Staat 44 (2005), 343 ff.; *Pofalla,* NJW 2004, 1218 ff.; *Sachs,* JuS 2015, 571 ff.; *Sacksofsky,* VVDStRL 68 (2009), 7 ff.; *Schwabe,* DVBl. 2015, 570 ff.; *Traub,* NJW 2015, 1338 ff.; *Vahle,* DVP 2015, 212 ff.; *Walter/v. Ungern-Sternberg,* DVBl. 2008, 488 ff., 880 ff.; *Wiese,* Lehrerin mit Kopftuch, 2008; *Wißmann,* ZJS 2015, 299 ff.

1 Siehe dazu BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, Rn. 123 ff. sowie das Sondervotum des RiBVerfG *Schluckebier* und der RiBVerfG *Hermanns.*

2 Zur Verfassungsbeschwerde in der Fallbearbeitung siehe auch *Greve,* ZJS 2008, 624 ff.; ders., DVP 2009, 297 ff.; vertiefend *Klein/Sennekamp,* NJW 2007, 945 ff.; *Scherzberg/Mayer,* Jura 2004, 373 ff., 513 ff.

3 BVerfGE 28, 314 (323); 129, 78 (91); siehe auch Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl. 2013, Rn. 628.

rin und ist somit als jedermann i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG beteiligtenfähig.

III. Beschwerdegegenstand (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Akt der öffentlichen Gewalt")

Z müsste sich gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt wenden. Fraglich ist, ob von dem Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nur Akte der Exekutive oder auch solche der Judikative (und Legislative) erfasst sind. An anderen Stellen des Grundgesetzes, so insbesondere bei Art. 19 Abs. 4 GG, ist darunter nur die Exekutive zu verstehen. Unter Berücksichtigung der materiellen Grundrechtsbindung von Exekutive, Legislative und Judikative nach Art. 1 Abs. 3 GG wird die prozessuale Durchsetzbarkeit durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gewährleistet, sodass nicht nur Akte der Exekutive, sondern auch solche der Judikative und Legislative erfasst sind.[4] Ferner müsste auch ein Akt der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegen. Hierunter fallen alle Maßnahmen (Tun oder Unterlassen) von vollziehender, gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt.[5] Vorliegend wendet sich Z ausschließlich gegen die Entscheidung des BAG, also gegen das letztinstanzliche Gerichtsurteil. Dieses Urteil ist ein Akt der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG und damit tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Behauptung, in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein"

Beschwerdebefugt ist, bei wem die Möglichkeit besteht, in den Grundrechten betroffen zu sein. Die Beschwerdeführerin muss also durch die Maßnahme der öffentlichen Gewalt betroffen bzw. beschwert sein und zwar selbst, gegenwärtig und unmittelbar.[6] Eine Popularverfassungsbeschwerde ist demnach unzulässig.[7] Eine Beschwerdebefugnis besteht sowohl, wenn die Möglichkeit einer Schutzbereichseröffnung vorliegt, als auch, wenn bei eröffnetem Schutzbereich ein Eingriff oder eine Verletzung möglich ist.[8]
Vorliegend erscheint es als möglich, dass die Z durch das die Abmahnung und Kündigung bestätigende Urteil des BAG in ihrem Recht der Glaubensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletzt wurde, da die dem arbeitsgerichtlichen Verfahren zugrunde liegende Verbotsbestimmung des § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N möglicherweise nicht mit dem Recht der Glaubensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG vereinbar ist.

V. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und „Subsidiarität" der Verfassungsbeschwerde

Da gegen Urteile des BAG kein weiterer Rechtsbehelf im Instanzenzug gegeben ist, ist auch der Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erschöpft.
Auch der „Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde" steht hier ihrer Zulässigkeit nicht entgegen: Nach diesem – vom BVerfG letztlich in erweiternder Auslegung des § 90 Abs. 2 BVerfGG „gefundenen" – Grundsatz hat der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs alle anderweitig bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, die geeignet sind, die Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder ohne Inanspruchnahme des BVerfG im praktischen Ergebnis dasselbe zu erreichen.[9] Dadurch soll vor allem gewährleistet werden, dass dem BVerfG infolge der fachgerichtlichen Vorprüfung der Beschwerdepunkte ein bereits eingehend geprüftes Tatsachenmaterial vorliegt und ihm auch die Fallanschauung und die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die sachnäheren Fachgerichte vermittelt werden.[10]

VI. Form (§ 23 BVerfGG) und Frist (§ 93 Abs. 1 BVerfGG)

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist die Einhaltung der Form des § 23 BVerfGG und der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG zu unterstellen.

Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Anordnung nicht mehr das Kopftuch zu tragen, die durch das Urteil des BAG bestätigt wird, Z in ihrem Recht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletzt.[11]

I. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Fraglich ist zunächst, ob sich die Z sich als Angestellte im öffentlichen Dienst auf ihr Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen kann, da sie in ihrer Funktion als Lehrerin auf Seiten des Staates steht. Auch wenn ein Nähe- und Pflichtenverhältnis zum Staat besteht, was bei Beamten unzweifelhaft noch ausgeprägter ist, folgt hieraus nicht, dass der jeweils betroffene Amtswalter seiner Grundrechtsberechtigung enthoben wird. Ein solches „besonderes Gewaltverhältnis", das zu einer Schutzbereichsbegrenzung führen würde, besteht gerade nicht,[12] vielmehr kann sich auch die Z in ihrer Funktion als Lehrerin an einer staatlichen Schule auf ihr Jedermann-Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen.[13]

b) Sachlicher Schutzbereich

Ferner müsste die von Z vorgebrachte religiöse Verpflichtung des Bedeckungsgebots auch sachlich von der Glaubensfreiheit erfasst werden. Art. 4 GG garantiert in Absatz 1 die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, in Absatz 2 das Recht der ungestörten Religionsausübung. Beide Absätze des Art. 4 GG enthalten ein umfassend zu verstehendes einheit-

4 *Bethge,* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 42. Lfg. Oktober 2013, § 90 Rn. 176.
5 Statt vieler *Kloepfer,* Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 19 Rn. 260.
6 BVerfGE 100, 313 (354); 108, 370 (384); 109, 279 (307 f.); 129, 124 (167); *Bethge,* in: Maunz /Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 42. Lfg. Oktober 2013, § 90 Rn. 342; *Lenz/Hansel,* BVerfGG, 2013, § 90 Rn. 291.
7 *Benda/Klein,* Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 565.
8 Siehe dazu etwa *Zuck,* Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl. 2013, Rn. 682.
9 BVerfGE 74, 102 (113); 77, 381 (401); 81, 22 (27) stRspr; *Sperlich,* in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 90 Rn. 127; siehe auch *Peters/Markus,* JuS 2013, 887 ff.
10 BVerfGE 79, 1 (20); 86, 382 (386); 114, 258 (279).
11 Eine Beeinträchtigung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht sowie Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 3 Abs. 2 GG (Gebot der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen) ist vorliegend nachrangig und wird auch vom BVerfG (Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 96) nur kurz angesprochen.
12 Grundlegend hierzu BVerfGE 33, 1 ff. – Strafgefangenenentscheidung; siehe dazu *Loschelder,* in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 202 Rn. 13 ff. m.w.N; siehe zur ursprünglichen Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis etwa *Windmann,* Die Grundrechte im Beamtenverhältnis, Diss. 1958, S. 32 ff.
13 BVerfG, Beschl, v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 84; dies gilt auch für verbeamtete Lehrerinnen vgl. BVerfGE 108, 282 (297).

liches Grundrecht.[14] Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit (forum internum), zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten (forum externum).[15] Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.[16] Dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze, sondern auch solche religiösen Überzeugungen, die ein Verhalten als das zur Bewältigung einer Lebenslage richtige bestimmen.[17] Demnach kommt es auch nicht darauf an, dass andere Richtungen des Islam ein als verpflichtend geltendes Bedeckungsgebot für Frauen nicht kennen.[18] Es reicht aus, dass die Betrachtung einer religiösen Verpflichtung unter den verschiedenen Richtungen des Islam verbreitet ist und insbesondere auf zwei Stellen im Koran (Sure 24, Vers 31; Sure 33, Vers 59) zurückgeführt wird.[19] Mithin ist der Schutzbereich von Art. 4 GG eröffnet.

II. Eingriff

Ein Eingriff ist jede staatliche Maßnahme, die dem einzelnen die Ausübung seiner Grundrechte ganz oder teilweise unmöglich macht bzw. erschwert, egal ob die Wirkung mittelbar oder unmittelbar, final oder unbeabsichtigt, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang ist.[20] Vorliegend erweist sich die auf § 57 Abs. 4 SchulG N gestützte, vom BAG bestätigte Untersagung des Tragens der in Rede stehenden Kopfbedeckungen angesichts des von der Z als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebots als schwerwiegender Eingriff in ihr Grundrecht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG.[21]

III. Rechtfertigung

Die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG ist vorbehaltlos gewährleistet. Grundlagen für einschränkende Gesetze müssen sich daher aus der Verfassung selbst ergeben (verfassungsimmanente Schranken), etwa aus Grundrechten Dritter oder Gemeinschaftswerten von Verfassungsrang.[22] So ergibt sich auch aus systematischer Stellung und Wortlaut deutlich, dass Art. 4 GG vorbehaltlos gewährleistet wird und nicht dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV unterliegt.[23] Als mit der Glaubensfreiheit in Widerstreit tretende Verfassungsgüter kommen hier neben dem staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG), der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler (Art. 4 Abs. 1 GG) in Betracht.[24] Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande, auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.[25]

Für die Einschränkung der Glaubensfreiheit bedarf es einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. So erfordert der Parlamentsvorbehalt, dass der Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen hat.[26] Dies gilt vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte – wie hier die positive und negative Glaubensfreiheit sowie das elterliche Erziehungsrecht – nach dem Wortlaut der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss.[27] Hier ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien im Wege der praktischen Konkordanz jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie eine solche Festlegung für die Ausübung dieser Freiheitsrechte wesentlich ist.[28]

Einschränkendes Gesetz ist vorliegend § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N. Dieses Gesetz müsste als wirksame Schranke verfassungsgemäß sein.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist hier auszugehen. Dem Land N obliegt gemäß Art. 70 GG die Gesetzgebungszuständigkeit, da das GG keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Schulrecht, das der Kulturhoheit der Länder obliegt, begründet.[29] Die Ordnungsgemäßheit des Gesetzgebungsverfahrens ist mangels gegenteiliger Angaben zu unterstellen.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Gründen in einer öffentlichen Schule verstößt gegen das in § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N geregelte Verbot, in der Schule politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen abzugeben, die geeignet sind, die

14 BVerfGE 24, 236 (245 f.); 32, 98 (106); 44, 37 (49); 83, 341 (354); 108, 282 (297); 125, 39 (79).

15 *Kloepfer,* Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 60 Rn. 36 ff.

16 Vgl. BVerfGE 108, 282 (297).

17 BVerfGE 108, 282 (297).

18 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 89; BVerfGE 108, 282 (298 f.).

19 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 89 m.w.N.

20 Siehe dazu *Bethge,* VVDStRL 57 (1998), 7 ff.; *Hillgruber,* in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 89 ff.; *Voßkuhle/Kaiser,* JuS 2009, 313 ff.

21 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 90; ob es sich vorliegend um einen wirklich schwerwiegenden Eingriff handelt, ist durchaus diskutabel. Hinsichtlich einer verbeamteten Lehrerin haben die RiBVerfG *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* in einem Sondervotum zur ersten Kopftuchentscheidung des BVerfG einen schwerwiegenden Eingriff ausdrücklich vereint (vgl. BVerfGE 108, 282 <314 ff.>). Hiergegen spreche, dass ein verbeamteter Lehrer auf Seiten des Staates stehe und sich deshalb nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen könne wie jemand, der nicht in die Staatsorganisation eingegliedert ist. Vielmehr seien die Lehrer an Grundrechte gebunden, weil sie an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhaben und daher auch dem staatlichen Neutralitätsgebot verpflichtet seien. Siehe hierzu auch *Schwabe,* DVBl. 2015, 570 (571), der ein multipolares Grundrechtsverhältnis in der Schule in Bezug auf die Lehrkräfte verneint.

22 BVerfGE 28, 243 (260 f.); 41, 29 (50 f.); 41, 88 (107); 44, 37 (49 f., 53); 52, 223 (247); 93, 1 (21); 108, 282 (297); dazu auch *Sachs,* JuS 2015, 571 (572).

23 BVerfGE 33, 23 (29); 52, 223 (246); 93, 1 (21); siehe auch *Kloepfer,* Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 60 Rn. 57; *Maurer,* ZevKR 49 (2004), 311 (330); *Morlok,* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 123 f. m.w.N.; eine andere Auffassung vertrat für eine kurze Zeit etwa das BVerwG (vgl. BVerwGE 112, 227 ff.).

24 BVerfGE 108, 282 (299); BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 98.

25 BVerfGE 28, 243 (261); 108, 282 (297); *Kloepfer,* Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 60 Rn. 56.

26 BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 83, 130 (142); siehe auch *Burkiczak,* in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 129 ff.; *Kloepfer,* JZ 1984, 685 ff.

27 BVerfGE 108, 282 (311).

28 BVerfGE 108, 282 (311); a.A. Sondervotum der RiBVerfG *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* (vgl. BVerfGE 108, 282 <314 ff.>), die darauf hinweisen, dass die grundrechtlich unterschiedliche Lage des Lehrers einerseits sowie der Schüler und Eltern andererseits eine gesetzliche Grundlage nicht erfordern, da der Lehrer primär grundrechtsverpflichtet und nicht grundrechtsberechtigt sei. Würde man dies außer Acht lassen, würden sich die Freiheitsansprüche des Lehrers damit gegen Schüler und Eltern richten und die Freiheit derer verkürzen, um derentwillen mit der Wesentlichkeitstheorie der Gesetzesvorbehalt im Schulrecht ausgedehnt worden sei.

29 BVerfGE 75, 40 (66 f.); 98, 218 (248); 106, 62 (132).

Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Somit stellt § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N einen abstrakten Gefährdungstatbestand dar.
§ 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N könnte jedoch gegen Art. 4 GG verstoßen, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht eingehalten wurde.

3. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.[30]

a) Legitimer Zweck

Der Landesschulgesetzgeber verfolgt mit dem Verbot äußerer religiöser Bekundungen im Sinne des § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N, auch soweit er solche durch religiös konnotierte Bekleidung und insbesondere durch das in typischer Weise getragene islamische Kopftuch erfasst wissen will, legitime Ziele. Sein Anliegen ist es, den Schulfrieden und die staatliche Neutralität zu wahren, so den staatlichen Erziehungsauftrag abzusichern, gegenläufige Grundrechte von Schülern und Eltern zu schützen und damit Konflikten in dem von ihm in Vorsorge genommenen Bereich der öffentlichen Schule von vornherein vorzubeugen.[31]

b) Geeignetheit

Geeignet ist eine staatliche Maßnahme, wenn mit ihrer Hilfe das angestrebte Ziel gefördert werden kann. Maßstab ist dabei allein die Zwecktauglichkeit, womit nur krass ungeeignete Mittel von vornherein ausscheiden. Wie das BVerfG in seiner ersten Kopftuchentscheidung im Jahre 2003[32] durch den Zweiten Senat[33] im Einzelnen dargelegt hat, ist der Landesgesetzgeber zuständig und berechtigt, eine gesetzliche Bestimmung zu erlassen, die den möglichen Konflikt widerstreitender Grundrechte der Lehrkräfte, Schüler und Eltern sowie des mit Verfassungsrang ausgestatteten staatlichen Erziehungsauftrags regelt. Die Maßnahme ist daher geeignet, zur Förderung des Schulfriedens und Gewährleistung der staatlichen Neutralität beizutragen.

c) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde.[34] Vorliegend hatte das BVerfG in seiner ersten Kopftuchentscheidung aus dem Jahre 2003 dem Landesschulgesetzgeber bei der Ausgestaltung des multipolaren Grundrechtsverhältnisses, das gerade die bekenntnisoffene öffentliche Schule besonders kennzeichnet, einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt, wobei ausdrücklich auch die Möglichkeit eines religiösen Bekundungsverbots zur Abwehr einer abstrakten Gefährdung des Schulfriedens und der staatlichen Neutralität angesprochen wurde.[35] Ein milderes Mittel um den Schulfrieden zu gewährleisten und den kollidierenden Grundrechten Dritter und den verfassungsrechtlich fundierten Gemeinschaftsgütern Rechnung zu tragen, erscheint vorliegend aufgrund des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, der nur einer eingeschränkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, nicht ersichtlich.[36]

d) Angemessenheit (das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

aa) Abwägungsmaßstäbe

Dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf.[37] Der Gesetzgeber hat das Individualinteresse, das durch einen Grundrechtseingriff beschnitten wird, den Allgemeininteressen, denen der Eingriff dient, angemessen zuzuordnen. Abzuwägen ist hier im Wege der praktischen Konkordanz[38] die Glaubensfreiheit der Z mit den kollidierenden Grundrechten und Gemeinschaftsgütern von Verfassungsrang.
Der Landesschulgesetzgeber muss bei einem weitgehend vorbeugend wirkenden Verbot äußerer religiöser Bekundungen ein angemessenes Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts des Lehrpersonals auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit ebenso wahren, wie er bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des Eingriffs mit dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit beachten muss.[39]
Im Rahmen der Abwägung muss vorliegend gewichtet werden, ob einer der gegenläufigen verfassungsrechtlich verankerten Positionen ein solches Gewicht zukommt, als dass bereits die abstrakte Gefahr ihrer Beeinträchtigung ein Verbot zu rechtfertigen vermag, wenn auf der anderen Seite das Tragen religiös konnotierter Bekleidung oder Symbole nachvollziehbar auf ein als imperativ verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist.

bb) Negative Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG)

Die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) gewährleistet die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben; das bezieht sich auch auf Riten und Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellen. Die Einzelnen haben in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, allerdings kein Recht darauf, von der Konfrontation mit ihnen fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Davon zu unterscheiden ist aber eine vom Staat geschaffene Lage, in welcher der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist.[40]
Das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule

30 Vgl. BVerfGE 109, 279 (335 ff.); 115, 320 (345) stRspr.; siehe dazu etwa *Klatt/Meister,* JuS 2014, 193 ff.; *Voßkuhle,* JuS 2007, 429 ff.; *Wienbracke,* ZJS 2013, 438 ff.
31 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 99.
32 BVerfGE 108, 282 (309).
33 BVerfGE 108, 282.
34 BVerfGE 92, 262 (273).
35 BVerfGE 108, 282 (309 f.).
36 Hierauf weisen auch die RiBVerfG *Schluckebier* und *Hermanns* in ihrem Sondervotum hin, vgl. Sondervotum, Rn. 2. Demgegenüber wird von der entscheidungstragender Mehrheit im Ersten Senat die Erforderlichkeit bezweifelt, sofern bereits eine abstrakte Gefährdung für die Anordnung eines Kopftuchverbots genüge, BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 100. Generell zum Verhältnis Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung *Britz,* Jura 2015, 319 ff.
37 Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 109, 279 (349 ff.); 113, 348 (382) stRspr.
38 Begriffsprägend *Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff. Gemeint ist ein Ausgleich der gegenläufigen Interessen (Grundrechte bzw. Verfassungsgüter) mit dem Ziel ihrer Optimierung. Lässt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat. Siehe auch BVerfGE 35, 202 (225); 59, 231 (261ff.); 67, 213 (228).
39 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 102.
40 BVerfGE 93, 1 (15 f.); BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 104.

und Unterricht durch pädagogisches Personal kann den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schüler beeinträchtigen. Es eröffnet zumindest die Möglichkeit einer Beeinflussung der Schulkinder sowie von Konflikten mit Eltern, was zu einer Störung des Schulfriedens führen und die Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule gefährden kann. Auch die religiös motivierte und als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung interpretierbare Bekleidung von Lehrkräften kann diese Wirkungen haben.[41] Vorliegend befinden sich die Schülerinnen und Schüler wie auch beim staatlich aufgehängten Kruxifix im Klassenraum ebenfalls in einer unausweichlichen Situation, da sie sich infolge der allgemeinen Schulpflicht während des Unterrichts ohne Ausweichmöglichkeit einer vom Staat angestellten Lehrerin gegenüber sehen, die ein islamisches Kopftuch trägt. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass die kopftuchtragende Lehrerin sich ihrerseits auf Grundrechte berufen kann, während die staatlich angeordnete Anbringung eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen bekenntnisoffenen Pflichtschule gerade keinen Grundrechtsschutz genießt.[42] Fraglich ist indes, ob das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch das Lehrpersonal geeignet ist, die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler zu beeinträchtigen. Nach Auffassung der entscheidungstragenden Mehrheit des Ersten Senats wird die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler grundsätzlich nicht beeinträchtigt, solange die Lehrkräfte, die nur ein solches äußeres Erscheinungsbild an den Tag legen, nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben werben und die Schülerinnen und Schüler über ihr Auftreten hinausgehend zu beeinflussen versuchen.[43]

cc) Elterngrundrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als natürliches Recht und umfasst zusammen mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht; daher ist es zuvörderst Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten.[44] Dem entspricht das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die den Eltern als falsch oder schädlich erscheinen.[45] Jedoch enthält Art. 6 Abs. 2 GG keinen ausschließlichen Erziehungsanspruch der Eltern. Eigenständig und in seinem Bereich gleichgeordnet neben den Eltern übt der Staat, dem nach Art. 7 Abs. 1 GG die Aufsicht über das gesamte Schulwesen übertragen ist, in der Schule einen eigenen Erziehungsauftrag aus.[46] Ein etwaiger Anspruch, die Schulkinder vom Einfluss solcher Lehrkräfte fernzuhalten, die einer verbreiteten religiösen Bedeckungsregel folgen, lässt sich aus dem Elterngrundrecht danach nicht herleiten, soweit dadurch die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler nicht beeinträchtigt ist.[47]

dd) Staatlicher Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) und staatliche Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität (Art. Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG)

Fraglich ist, ob der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG), der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, der Betätigung der positiven Glaubensfreiheit der Pädagoginnen durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs entgegen steht. Das Grundgesetz begründet für den Staat als Heimstatt aller Staatsbürger in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität. Es verwehrt die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagt die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger.[48] Der Staat hat auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten[49] und darf sich nicht mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft identifizieren.[50] Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes ist gekennzeichnet von Offenheit gegenüber der Vielfalt weltanschaulich-religiöser Überzeugungen und gründet dies auf ein Menschenbild, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geprägt ist.[51] Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist indessen nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet auch im positiven Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern.[52]

Dies gilt auch für den vom Staat in Vorsorge genommenen Bereich der Schule, für den seiner Natur nach religiöse und weltanschau-

41 BVerfGE 108, 282 (303).

42 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 105.

43 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 106; zustimmend auch *Wißmann,* ZJS 2015, 299 (301 f.). Die Anforderungen an eine spürbare Beeinträchtigung der negativen Religionsfreiheit von Schülerinnen und Schülern werden mit der Entscheidung des Ersten Senats erheblich erhöht. Die Argumentation erscheint auch unter Berücksichtigung des Kruxifix-Beschlusses des BVerfG (BVerfGE 93, 1 ff.) aus dem Jahre 1995 indes durchaus widersprüchlich und nur wenig überzeugend, zumal die Lehrerin als Vorbild für die Schülerinnen und Schüler und der oftmals bestehenden emotionalen Bindung in aller Regel ein größeres Einwirkungspotenzial entfalten dürfte als ein Kreuz an der Wand, sodass hier erst recht von einer Beeinträchtigung der negativen Religionsfreiheit auszugehen ist. Hierauf weist auch das überzeugende Sondervotum der RiBVerfG *Schluckebier* und *Hermanns* (vgl. Sondervotum, Rn. 10 ff.) hin. So unterscheide sich das Maß der Betroffenheit bereits grundlegend von dem, das beim Zusammentreffen verschiedener religiöser Bekenntnisse und Bekundungen im gesellschaftlichen Alltag gegeben sei. Zudem komme dem Lehrpersonal eine Autoritäts- und Vorbildfunktion zu, die auch eine erzieherische Einwirkung umfasse und daher unweigerlich zu Reaktion führen würde. Die Befolgung bestimmter religiöser Bekleidungsregeln durch das Lehrpersonal treffe mithin auf Personen, die aufgrund ihrer Jugend in ihren Anschauungen noch nicht gefestigt seien, Kritikvermögen und Ausbildung eigener Standpunkte erst erlernen sollen und daher auch einer mentalen Beeinflussung besonders leicht zugänglich seien. Auch könne das Tragen religiös konnotierter Kleidung durch Pädagogen schließlich zu Konflikten innerhalb der Schülerschaft und unter den Eltern führen und sie befördern, zumal wenn die Betroffenen möglicherweise ähnlichen, aber hinsichtlich bestimmter religiöser Regeln – wie etwa dem Bedeckungsgebot – verschiedenen Glaubensrichtungen angehören, in denen unterschiedliche Anschauungen über das „richtige" glaubensgeleitete Verhalten herrschen.

44 BVerfGE 41, 29 (44, 47 f.); 52, 223 (236); 93, 1 (17).

45 BVerfGE 93, 1 (17).

46 BVerfGE 34, 165 (183); 41, 29 (44); 108, 282 (301).

47 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 107; eine andere Ansicht erscheint im Hinblick auf die mögliche Beeinträchtigung der negativen Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler sehr gut vertretbar. Siehe auch die Ausführungen in Fn. 43.

48 BVerfGE 19, 206 (216); 24, 236 (246); 33, 23 (28); 93, 1 (17).

49 BVerfGE 19, 1 (8); 19, 206 (216); 24, 236 (246); 93, 1 (17); 108, 282 (299 f.).

50 BVerfGE 30, 415 (422); 93, 1 (17); 108, 282 (300).

51 BVerfGE 41, 29 (50); 108, 282 (300 f.).

52 BVerfGE 41, 29 (49); 93, 1 (16).

liche Vorstellungen von jeher relevant waren.[53] Danach sind etwa christliche Bezüge bei der Gestaltung der öffentlichen Schule nicht ausgeschlossen; die Schule muss aber auch für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte offen sein.[54] Weil Bezüge zu verschiedenen Religionen und Weltanschauungen bei der Gestaltung der öffentlichen Schule möglich sind, ist für sich genommen auch die bloß am äußeren Erscheinungsbild hervortretende Sichtbarkeit religiöser oder weltanschaulicher Zugehörigkeit einzelner Lehrkräfte – unabhängig davon, welche Religion oder Weltanschauung im Einzelfall betroffen ist – durch die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität nicht ohne Weiteres ausgeschlossen.[55] In dieser Offenheit bewahrt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.[56]

Das an eine abstrakte Gefährdung der in § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N genannten Schutzgüter anknüpfende strikte und landesweite Verbot einer äußeren religiösen Bekundung ist jedenfalls für die hier gegebenen Fallkonstellationen den betroffenen Grundrechtsträgerinnen nicht zumutbar und verdrängt in unangemessener Weise deren Grundrecht auf Glaubensfreiheit.[57] Denn mit dem Tragen eines Kopftuchs durch einzelne Pädagoginnen ist – anders als dies beim staatlich verantworteten Kreuz oder Kruzifix im Schulzimmer der Fall ist[58] – keine Identifizierung des Staates mit einem bestimmten Glauben verbunden.[59] Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen einem nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen Glaubensgebot Folge leisten. Dadurch erhält ihre Glaubensfreiheit in der Abwägung mit den Grundrechten der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, die der weltanschaulich-religiös neutrale Staat auch im schulischen Bereich schützen muss, ein erheblich größeres Gewicht als dies bei einer disponiblen Glaubensregel der Fall wäre.[60]

Ein etwaiges Kopftuchverbot ist daher aufgrund der schwerwiegenden Eingriffs in die Glaubensfreiheit der betroffenen Lehrkräfte nur dann angemessen, wenn das äußere Erscheinungsbild der Lehrkräfte zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität führt oder wesentlich dazu beiträgt.[61] Dies wäre etwa in einer Situation denkbar, in der – insbesondere von älteren Schülern oder Eltern – über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen mit Nachdruck vertreten und in einer Weise in die Schule hineingetragen würden, welche die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtigte, sofern die Sichtbarkeit religiöser Überzeugungen und Bekleidungspraktiken diesen Konflikt erzeugte oder schürte.[62] Bei Vorliegen einer solchermaßen begründeten hinreichend konkreten Gefahr ist es den grundrechtsberechtigten Pädagoginnen und Pädagogen mit Rücksicht auf alle in Rede und gegebenenfalls in Widerstreit stehenden Verfassungsgüter zumutbar, von der Befolgung eines nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebots Abstand zu nehmen, um eine geordnete, insbesondere die Grundrechte der Schüler und Eltern sowie das staatliche Neutralitätsgebot wahrende Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags sicherzustellen.[63] Das Gewicht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des pädagogischen Personals in der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule erfordert demnach jedenfalls für die hier gegebenen Fallkonstellationen eine reduzierende verfassungskonforme Auslegung des § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N, soweit er äußere religiöse Bekundungen untersagt. Hierfür ist das Merkmal der Eignung, den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität zu gefährden oder zu stören, dahin einzuschränken, dass von der äußeren religiösen Bekundung nicht nur eine abstrakte, sondern eine hinreichend konkrete Gefahr für die in § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG N genannten Schutzgüter ausgehen muss.[64]

IV. Ergebnis

Z ist in ihrer Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG verletzt, da das Kopftuchverbot ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität angeordnet wurde.[65] Mithin hat die Verfassungsbeschwerde der Z Erfolg.

53 BVerfGE 41, 29 (49); 52, 223 (241).
54 BVerfGE 41, 29 (51); 52, 223 (236 f.).
55 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 111.
56 BVerfGE 41, 29 (50).
57 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 112.
58 BVerfGE 93, 1 (15 ff.).
59 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 112.
60 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 112.
61 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 113.
62 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 113; zu einer derartigen Konstellation BVerwGE 141, 223 ff.; sowie die Vorinstanz OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2010, 1310 ff.; kritisch *Muckel*, JA 2015, 476 (478).
63 BVerfG. Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 113.
64 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Rn. 116. Der Erste Senat verschärft mit seiner Entscheidung die Anforderungen für ein Kopftuchverbot. Demgegenüber hat der Zweite Senat in seiner damaligen Entscheidung zum Kopftuchverbot (BVerfGE 108, 282 ff.) es weitgehend dem Gestaltungsspielraum der zuständigen Landesgesetzgeber zugeschrieben, gesetzlich zu regeln, inwieweit er religiöse Bezüge in der Schule zulässt oder wegen eines strikteren Neutralitätsverständnisses aus der Schule heraushält, sodass bereits eine abstrakte Gefahr für ein Kopftuchverbot ausgereicht hat (vgl. das überzeugende Sondervotum des RiBVerfG *Schluckebier* und der RiBVerfG *Hermanns*). Diesen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bezüglich des multipolaren Grundrechtsverhältnisses Schule engt der Erste Senat nun beträchtlich ein, was auch insoweit problematisch erscheint, da die gegenläufigen Grundrechtspositionen der Schülerinnen und Schüler sowie Eltern als auch Neutralitätsgebot und Schulfrieden gegenüber der Glaubensfreiheit des Lehrpersonals im Ergebnis nur noch eine untergeordnete Rolle einnehmen. Verkannt wird hierbei auch, dass das Neutralitätsgebot des Staates auch Auswirkung auf das Lehrpersonal hat, das auf Seiten des Staates steht und sich diesem Gebot nicht entziehen kann, da gerade das Lehrpersonal in der staatlichen bekenntnisoffenen Schule in Ausübung einer öffentlichen Amtstätigkeit für den Staat auftritt. Es besteht gerade nicht die klassische grundrechtliche Abwehrposition des Bürgers gegen den Staat, sondern eine Einbindung in die Neutralitätspflicht des Staates. Die Argumentation des Ersten Senats scheint auch insoweit angreifbar, als dass das Vorliegen einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in der Regel daran festgemacht wird, dass eine erhebliche Konfliktlage anknüpfend an die Reaktion von Schülerinnen und Schülern oder Eltern entsteht, sofern vom Lehrpersonal nicht selber eine nach außen tretende missionarische oder werbende Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler vorgenommen wird. Gefahrenabwehrrechtlich müsste daher grundsätzlich zunächst gegen die Handlungsstörer vorgegangen werden und nicht gegen das Lehrpersonal, das im Rahmen seiner Grundrechtsausübungsfreiheit handelt. Die Argumentation des Ersten Senats führt mithin dazu, dass die Person des Störers vertauscht wird. Auch rein praktisch erscheint der Ansatz des Ersten Senats problematisch, da so die Konflikte nicht aufgrund einer abstrakt generellen Regelung einer Lösung zugeführt werden, sondern konkret einzelfallbezogen in die Schulen hineingetragen werden, sodass es zu einer erheblichen Verrechtlichung des Schulbetriebs und einer Steigerung des Konfliktpotenzials kommen kann. Aufgrund der nun abweichenden Entscheidung des Ersten Senats wäre aus Gründen einer abweichenden Fortbildung des Verfassungsrechts durchaus eine Divergenzvorlage an das Plenum des BVerfG gemäß § 16 BVerfGG in Betracht zu ziehen gewesen, wenngleich die verfassungsprozessrechtlichen Anforderungen (vgl. BVerfGE 4, 27 <28>; 77, 84 <104>; 96, 375 <404>; 112, 1 <23>) dies nicht erfordern, da nicht von entscheidungstragenden Gründen des Zweiten Senats in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 (BVerfGE 108, 282) abgewichen worden ist.
65 Eine andere Ansicht ist vorliegend insbesondere unter Berücksichtigung der ersten Kopftuchentscheidung des Zweiten Senats des BVerfG aus dem Jahre 2003 (BVerfGE 108, 282 ff.) sehr gut vertretbar. Siehe auch die Ausführungen in den Fn. 21, 36, 43 und 64 sowie das Sondervotum des RiBVerfG *Schluckebier* und der RiBVerfG *Hermanns*.

Thomas Gerlach*

Ausgewählte Fallbeispiele im Kommunalen Ressourcenmanagement

Zahlreiche wirtschaftswissenschaftliche Fragestellungen reflektieren auf die optimale Allokation knapper Ressourcen. Knappheit ist die negative Diskrepanz zwischen Verfügungsmenge und Bedarfsmenge. Eine Ressource beschreibt im allgemeinen Sinn ein knappes Mittel, um einen bestimmten Zweck zu realisieren. Ressourcen können prinzipiell in materielle und immaterielle Ressourcen differenziert werden. Materielle Ressourcen beinhalten Betriebsmittel, Geldmittel, Rohstoffe, Energie und menschliches Arbeitspotenzial, während unter immaterielle Ressourcen Wissen, Kreativität etc. subsumiert werden können . Im Rahmen eines effektiven kommunalen ***Ressourcenmanagements*** sind Ressourcen bezogen auf die jeweilige verwaltungsbetriebliche Zielsetzung optimal zu allozieren.

Die vorliegenden Fallbeispiele sind unter anderem als Klausurübungen für Masterstudierende bzw. Bachelorstudierende im Hauptstudium in verwaltungsbetriebswirtschaftlichen Fächern konzipiert. Gleichzeitig vermögen sie Anregungen für praktische Ressourcenentscheidungsprobleme zu geben.

Fall (1): Optimale Bewirtschaftung der Ressource Holz

Wir betrachten einen kommunalen Forstbestand , der zum Zeitpunkt $t = 0$ angelegt wurde. Die zeitliche Entwicklung des Holzwertes V erfolge entsprechend der differenzierbaren Funktion $V = V(t)$ mit t als Zeitparameter und ökonomischer Dispositionsvariable. Es sei der optimale Abholzungszeitpunkt t^* zu ermitteln. Zielvariable ist der Barwert V_0, der sich durch Diskontierung des zukünftigen Holzwertes ergibt . Als Opportunitätskostensatz fixieren wir eine marginale Zeitpräferenzrate i (z.B. Zinsrate) . Die entsprechende Zielfunktion lautet

$$(1)\quad \max V_0(t) = V(t)e^{-it}.$$

Die notwendige Maximalwertbedingung ergibt sich durch Differenziation nach t mit anschließender Nullsetzung gemäß

$$(2)\quad V_0'(t) = V'(t)e^{-it} - iV(t)e^{-it} = e^{-it}(V'(t) - iV(t)) = 0.$$

(2) ist erfüllt für $V'(t) - iV(t) = 0$. Eine Äquivalenzumformung ergibt $V'(t)/V(t) = i$. Die linke Seite beschreibt die *relative Änderungsrate des Holzwertes* zum Zeitpunkt t, d.h. $\rho_V(t) = V'(t)/V(t)$.

Zum optimalen Abholzungszeitpunkt ist die ***relative*** Änderungssrate ***des Holzwertes gleich der marginalen Zeitpräferenzrate.*** Wir formulieren die entsprechende Optimalitätsbedingung gemäß

$$(3)\quad \rho_V(t^*) = i\,.$$

Übersteigt die Änderungsrate des Holzwertes den Opportunitätskostensatz erscheint ein weiteres Wachstum des Waldbestandes rational. Fällt die Holzwertänderungsrate dagegen kleiner aus als der Opportunitätskostensatz, erscheint ökonomisch eine Abholzung mit opportunitätsadäquater Alternativverwendung indiziert (Ein konkretes Beispiel befindet sich in Chiang, A.C et al S. 187).

Fall 2: Intertemporale Verwendung von Budgetmitteln

Sei $\bar{z}$ das gesamte Budgetvolumen, z_t das Budgetverwendungsvolumen in der Periode t, $u_t(z_t)$ der Nutzen in der Periode t aus der Verwendung des Budgetvolumens in der Periode t und i in diesem Fall eine adäquate diskrete Zeitpräferenzrate. Den intertemporalen Gesamtnutzen der Budgetverwendung ermitteln wir gemäß der Gesamtnutzenfunktion

$$(4)\quad u(z) = \sum_{t=0}^{n} u_t(z_t)(1+i)^{-t}\,.$$

Diesen Gesamtnutzen maximieren wir unter der Restriktion, dass das gesamte Budgetverwendungsvolumen das vorhandene Budgetvolumen nicht übersteigt. Das entsprechende Optimierungsproblem lautet

$$(5)\quad \max u(z) = \sum_{t=0}^{n} u_t(z_t)(1+i)^{-t}\ \mathrm{udN} \sum_{t=0}^{n} z_t = \bar{z}\,.$$

Zur Lösung bilden wir die Lagrangefunktion

$$(6)\quad L = \sum_{t=0}^{n} u_t(z_t)(1+i)^{-t} + \lambda\left(\bar{z} - \sum_{t=0}^{n} z_t\right).$$

Die Optimalitätsbedingungen ergeben sich aus den gleich Null gesetzten partiellen Ableitungen nach den periodenspezifischen Budgetverwendungen z_t gemäß

$$(7)\quad \begin{aligned} \frac{\partial L}{\partial z_0} &= \frac{du_0}{dz_0} - \lambda = 0 \\ \frac{\partial L}{\partial z_1} &= \frac{du_1}{dz_1}(1+i)^{-1} - \lambda = 0 \\ &\vdots \\ \frac{\partial L}{\partial z_n} &= \frac{du_n}{dz_n}(1+i)^{-n} - \lambda = 0 \\ \frac{\partial L}{\partial \lambda} &= \bar{z} - \sum_{t=0}^{n} z_t = 0\,. \end{aligned}$$

* *Prof. Dr. Thomas Gerlach* lehrt an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen, Hannover.

Auflösung der Bedingungen nach dem ***Lagrangemultiplikator*** **λ** und anschließende Gleichsetzung ergibt den Ausdruck

$$(8)\quad \frac{du_0}{dz_0} = \frac{du_1}{dz_1}(1+i)^{-1} = \ldots = \frac{du_n}{dz_n}(1+i)^{-n} = \lambda .$$

Es handelt sich um ein elementares Ergebnis der Ressourcenökonomie und wird nach dessen Entwickler Hotelling als Hotelling-Regel (Hotelling S. 152) bezeichnet. Allgemein ist auf der optimalen Ressourcenabbautrajektorie der diskontierte Grenznutzen der Ressourcenverwertung in allen Perioden gleich und entspricht dem Lagrangemultiplikator **λ**. Dieser gibt das Ausmaß der Nutzenzunahme (Grenznutzen) an, wenn von der knappen Ressource eine Mengeneinheit mehr verfügbar ist. **λ** ist als Schattenpreis für eine weitere Ressourceneinheit zu interpretieren. Bezogen auf den Fall optimaler intertemporaler Budgetverwendung halten wir analog folgendes Ergebnis fest:

> Auf der optimalen Budgetverwendungstrajektorie ist der diskontierte Grenznutzen der periodenspezifischen Budgetverwendungen in allen Perioden gleich.

λ gibt in diesem Fall die Höhe des Grenznutzens an, wenn das Budgetvolumen um eine Einheit erhöht wird. Bei finanzieller Mittelknappheit wäre folglich das spezifische Budget zu erhöhen, bei dessen Ausschöpfung der erzielte Grenznutzen maximal ist.

Fall (3): Optimaler Einsatz von Marketingressourcen im städtischen Badezentrum

Ein städtisches Badezentrum disponiere auf Basis der konjekturalen Preisabsatzfunktion $p(x) = a - bx$, die einen annahmegemäß affin-linearen Zusammenhang zwischen Besuchszahl (*x*) und Preisforderung (p) abbildet. **a** beschreibt den Prohibitivpreis, **a/b** die Sättigungsmenge. Die besuchsabhängige Kostenfunktion laute allgemein **K(x).** Neben der Angebotsmenge bzw. der Preisforderung sei über das Werbebudget **Q** zu disponieren. Der Prohibitivpreis möge sich um $\alpha\sqrt{Q}$ erhöhen, wobei **α** den Werbewirkungskoeffizienten beschreibt. Zielvariable sei der Gewinn, Dispositionsvariable zunächst die Besuchszahl (Mengenfixierung). Wir formulieren die entsprechende Zielfunktion

$$(9)\quad \max G(x) = \left(a + \alpha\sqrt{Q} - bx\right)x - K(x) - Q$$

und bilden die notwendigen Bedingungen für ein Gewinnmaximum gemäß

$$(10)\quad \begin{aligned} \frac{\partial G}{\partial x} &= a + \alpha\sqrt{Q} - 2bx - K'(x) = 0 \\ \frac{\partial G}{\partial Q} &= \frac{\alpha x}{2\sqrt{Q}} - 1 = 0 . \end{aligned}$$

Eine Lösung dieses Gleichungssystems führt zu der gewinnmaximalen Angebotsmenge x^* und zum optimalen Werbebudget Q^*. Die Erfüllung der hinreichenden Bedingungen ist aus der Problemstruktur implizit gegeben, daher soll auf deren Darstellung verzichtet werden.

Durch Einsetzen von x^*, Q^* in die Preisabsatz- und Gewinnfunktion ergibt sich das Ergebnisquadrupel (p^*, x^*, Q^*, G^*).

Zur Ableitung eines weiteren Zusammenhangs formulieren wir das Problem allgemein bei Preisfixierung, d.h. der Preis sei nunmehr Dispositionsvariable. Die Zielfunktion lautet

$$(11)\ \max G(p) = px(p, Q) - K[x(p, Q)] - Q.$$

Für die Optimalitätsbedingungen erhalten wir

$$(12)\quad \begin{aligned} \frac{\partial G}{\partial p} &= p\frac{\partial x}{\partial p} + x - K'(x)\frac{\partial x}{\partial p} = 0 \\ \frac{\partial G}{\partial Q} &= p\frac{\partial x}{\partial Q} - K'(x)\frac{\partial x}{\partial Q} - 1 = 0 \end{aligned}$$

Äquivalenzumformungen der zweiten Bedingungsgleichung von (12) führen zu

$$(13)\ K'(x) = p - \frac{Q}{\varepsilon_{xQ}x}$$

ε_{xQ} beschreibt die ***Werbebudgetelastizität der Nachfrage*** und quantifiziert das Verhältnis zwischen der relativen Änderung der Nachfragemenge und der relativen Änderung des Werbebudgets. Sie ist ein Maß für die Reaktionsempfindlichkeit der Nachfragemenge auf Änderungen der Werbebudgets.

Wir betrachten die ***Amoroso-Robinson-Relation*** (Tietze, S. 388) gemäß

$$(14)\ E'(x) = p\left(1 + \frac{1}{\varepsilon_{xp}}\right)$$

und setzen gemäß des Formalen Funktionaltheorems $E'(x) = K'(x)$ die Ausdrücke (13) und (14) gleich: $p + p/\varepsilon_{xp} = p - Q/\varepsilon_{xQ}x$.

Eine Äquivalenzumformung führt zu dem ***Dorfman-Steiner-Theorem*** (Dorfman/Steiner, S. 830)

$$(15)\ \frac{Q}{px} = \left|\frac{\varepsilon_{xQ}}{\varepsilon_{xp}}\right| .$$

Das Dorfman-Steiner-Theorem besagt, dass bei optimaler Fixierung des Preises und des Werbebudgets das Verhältnis zwischen dem monetären Werbeaufwand und dem Erlös mit dem betraglichen Verhältnis zwischen Werbeelastizität der Nachfrage und Preiselastizität der Nachfrage übereinstimmt.

Fall (4): Optimale Beschaffung von Material bei knappen Lagerkapazitäten

Disponiert ein Betrieb über n verschiedene Materialarten , so ermitteln wir prinzipiell für jede Materialart **j = 1, …, n** die optimale Bestellmenge M^*_j nach der bekannten Bestellmengenformel (*Corsten/Gössinger,* S.491) gemäß

$$(16)\ M^*_j = \sqrt{\frac{2V_j k_{Bj}}{q_j(1+i)}}$$

wobei V_j die Periodenbedarfsmenge, k_{Bj} die Kosten pro Bestellvorgang, q_j den Materialstückpreis sowie $(1 + i)$ den Lager- und Zinskostensatz beschreibt. Es handelt sich um ein freies Optimum, d.h. es werden keine potenziellen Restriktionen mit Engpasswirkung berücksichtigt.

Wir nehmen an, dass die vorhandene Lagerkapazität eine Engpasssituation hervorruft. In diesem Fall liegt ein restringiertes Bestellmengenoptimierungsproblem vor. (*Bloech/Lücke,* S. 206 f.) Sei **F** die vorhandene Lagerkapazität sowie a_j der Lagerkoeffizient der Materialart **j** so lautet das Problem gemäß

$$(17)\ \min K(M_1, \ldots, M_n) = \sum_{j=1}^{n} V_j q_j + \frac{V_j}{M_j} k_{Bj} + \frac{1}{2} M_j q_j (1+i) \text{ udN } \sum_{j=1}^{n} a_j M_j \leq F.$$

Durch Einführung einer Schlupfvariablen wandeln wir die Ungleichheitsrestriktion in eine Gleichheitsrestriktion um und formulieren die Lagrangefunktion gemäß

$$(18)\ L(M_1, \ldots, M_n, \lambda, y) = \sum_{j=1}^{n} V_j q_j + \frac{V_j}{M_j} k_{Bj} + \frac{1}{2} M_j q_j (1+i) + \lambda \left(\sum_{j=1}^{n} a_j M_j + y^2 - F \right).$$

Hierbei bezeichnet λ wiederum den Lagrangemultiplikator und y^2 die freie Lagerkapazität. Die Schlupfvariable befindet sich in der 2. Potenz, damit diese bei der Differenziation nicht verschwindet. Die Optimalitätsbedingungen ergeben sich gemäß

$$\frac{\partial L}{\partial M_j} = -\frac{V_j}{M_j^2} k_{Bj} + \frac{1}{2} q_j (1+i) + \lambda a_j = 0, j = 1, \ldots, n$$

$$(19)\ \frac{\partial L}{\partial y} = 2\lambda y = 0$$

$$\frac{\partial L}{\partial \lambda} = \sum_{j=1}^{n} a_j M_j + y^2 - F = 0.$$

Aus den Optimalitätsbedingungen ergeben sich die optimalen Bestellmengen für jede Materialart gemäß

$$(20)\ M^*_j = \sqrt{\frac{2V_j k_{Bj}}{q_j(1+i) + 2\lambda a_j}},\ j = 1, \ldots, n$$

Aus den letzten beiden Optimalitätsbedingungsgleichungen von (19) geht hervor, dass entweder jeweils λ oder **y** den Wert 0 aufweist. Für einen Wert $\lambda = 0$ reicht die vorhandene Lagerfläche zur Deckung der Summe der Flächenbedarfe der optimalen Bestellmengen aller Materialarten aus $(y > 0)$. Die Lagerfläche stellt somit keinen knappen Faktor dar und der Schattenpreis beträgt entsprechend $\lambda = 0$. Eine Vergrößerung der Lagerfläche würde somit keinen Beitrag zur Kostenreduktion leisten. Wirkt die Lagerflächenbeschränkung dagegen restriktiv, existiert beim Zusammentreffen der Bestellmengen keine Leerfläche, sodass $y = 0$ gilt.

Literatur

Bloech, J./Lücke, W.: Produktionswirtschaft, Stuttgart 1982

Busse von Colbe, W./Laßmann, G.: Betriebswirtschaftstheorie Bd. 1 Grundlagen, Produktions- und Kostentheorie, 5.A., Berlin 1991

Chiang, A.C/Wainwright, K./Nitsch, H.: Mathematik für Ökonomen, München 2011

Corsten, H./Gössinger, R.: Produktionswirtschaft, 13.A., München 2012

Dorfman, R./Steiner, P.O.: Optimal Advertising and optimal Quality, American Economic Review 44, S. 826–836

Fandel, G.: Produktions- und Kostentheorie, 8.A., Heidelberg 2010

Feess, E.: Mikroökonomie, 2. Aufl., Marburg 1997

Hotelling, H.: The economics of exhaustable Resources, Journal of Political Economy (39), S.137–175.

Tietze, J.: Einführung in die angewandte Wirtschaftsmathematik, 17. Aufl., Wiesbaden 2014

Rechtsprechung

Privatfinanzierung einer Straßenausbaumaßnahme durch Anlieger

(OVG Lüneburg, Urt. vom 4.3.2014 – 10 LC 85/12 in: NdsVBl. 2014, S. 166 ff.)

1. Die vollständige Privatfinanzierung einer Straßenausbaumaßnahme durch Anlieger der Straße ist unzulässig.

2. Die entsprechende Vereinbarung der Anlieger mit der Gemeinde stellt eine Umgehung der Bestimmungen des Nds. Kommunalabgabengesetzes i.V.m der Straßenausbaubeitragssatzung der Gemeinde dar.

3. Ein vollständig privatfinanzierter Straßenausbau ist mit dem öffentlichen Verständnis der Wahrnehmung der Aufgabe der Straßenbaulast nicht vereinbar.

Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Klage ist eine kommunalaufsichtliche Beanstandungsverfügung des beklagten Landkreises. Mit dieser Verfügung wurden Ratsbeschlüsse der kreisangehörigen Gemeinde beanstandet. Diese Ratsbeschlüsse hatten zum Inhalt, dass die Anlieger von bestimmten Gemeindestraßen auf eigene Kosten die Fahrbahndecken durch den Auftrag einer Deckenschicht von 4 bis 5 cm zu erneuern haben. Dies

wurde von den Einverständniserklärungen aller Anlieger sowie der Überweisung eines freiwilligen Reparaturbeitrages abhängig gemacht.

Aus den Gründen:

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Beanstandung nach § 130 Abs. 1 S. 1 der Niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO[1]) sind erfüllt, da die betroffenen Ratsbeschlüsse das Gesetz verletzen. Verletzung eines Gesetzes ist begrifflich mit einem Rechtsverstoß gleichzusetzen. Eine Beanstandung ist damit nicht nur zulässig, wenn die beanstandete Maßnahme der Gemeinde gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt, sondern auch dann, wenn Beschlüsse der Kommune mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen, wie etwa dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Gleichheitssatz oder dem Bestimmtheitssatz nicht vereinbar sind. Die betroffenen Ratsentscheidungen, wonach die Anlieger auf eigene Kosten die Fahrbahndecke durch fachgerechten Auftrag einer Deckschicht von 4 bis 5 cm zu erneuern haben, verletzen aufgrund von Verstößen gegen abgabenrechtliche Grundsätze das Gesetz.
Den rechtlichen Rahmen bilden vorliegend das Niedersächsische Kommunalabgabengesetz (NKAG) und die Satzung über die Erhebung von Beiträgen nach § 6 NKAG für straßenbauliche Maßnahmen (SABS). Bei den geplanten Maßnahmen handelt es sich um eine beitragsfähige Maßnahme, auf die das Straßenausbaubeitragsrechts anwendbar ist. Die strittige Straßenbaumaßnahme stellt eine beitragsfähige Verbesserung der Teileinrichtung Fahrbahn der Straße dar. Das Modell der vollständigen Privatfinanzierung der Straßenbaumaßnahme durch die Anlieger verstößt gegen die Regelungen des NKAG und der kommunalen Straßenausbaubeitragssatzung, da eine von den Bestimmungen dieser Rechtsvorschriften abweichende Vereinbarung grundsätzlich unzulässig ist. Nach § 6 Abs. 1 S. 1 NKAG können Gemeinden und Landkreise zur Deckung ihres Aufwandes für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung und Erneuerung ihrer öffentlichen Einrichtungen Beiträge von den Grundstückseigentümern erheben, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser öffentlichen Einrichtungen besondere wirtschaftliche Vorteile bietet, soweit nicht privatrechtliche Entgelte erhoben werden. Nach Maßgabe dieser gesetzlichen Vorgaben erhebt die Gemeinde nach § 1 Abs. 1 SABS Beiträge von den Grundstückseigentümern bei Straßenausbaumaßnahmen. Die Gemeinde trägt nach § 4 Abs. 1 SABS zur Abgeltung des öffentlichen Interesses von dem beitragsfähigen Aufwand nur den Teil, der auf die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtungen durch die Allgemeinheit oder die Gemeinde entfällt. Den übrigen Teil haben dann die Beitragspflichtigen zu tragen. Der von den Beitragspflichtigen zu tragende Anteil schwankt, je nach Einstufung der Straße, zwischen 30 % und 75 %. Weder nach den gesetzlichen, noch nach den satzungsrechtlichen Bestimmungen ist die Übernahme des vollen Aufwandes durch die Beitragspflichtigen vorgesehen. Die in den beanstandeten Ratsbeschlüssen enthaltene Regelung, wonach die Anlieger freiwillig 100% der Kosten übernehmen, stellt somit eine Umgehung dieser Bestimmungen dar. Soweit der Ortsgesetzgeber eine wirksame Straßenausbaubeitragssatzung erlassen hat, ist die betreffende Gemeinde kraft dieser ortsgesetzlichen Anordnung auch zur Beitragserhebung verpflichtet. Die Bindungswirkung dieser Straßenausbaubeitragssatzung gilt zu Lasten aber auch zu Gunsten des Beitragspflichtigen. Der Grundsatz, dass die Abgabenerhebung nur nach Maßgabe der Gesetze und nicht abweichend von den gesetzlichen Regelungen aufgrund einer Vereinbarung zwischen Abgabenschuldner und Abgabengläubiger erfolgen kann, ist für den Rechtsstaat so fundamental, dass eine Verletzung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu betrachten ist, das Nichtigkeit zur Folge hat.
Nach derzeitiger Rechtslage ist in Niedersachsen das Modell einer 100-prozentigen Privatfinanzierung von Straßen nicht möglich.[2]
Zu berücksichtigen ist ferner, dass ein – entgegen den abgabenrechtlichen Vorgaben – privatfinanzierter Straßenbau mit dem öffentlichen Verständnis der Wahrnehmung der Aufgaben aus der Straßenbaulast nicht vereinbar ist. Nach § 9 Abs. 1 des Nds. Straßengesetzes (NStrG) umfasst die Straßenbaulast alle mit dem Bau und der Unterhaltung der Straßen zusammenhängenden Aufgaben. Nach § 10 Abs. 1 NStrG obliegt der Bau und die Unterhaltung der öffentlichen Straßen sowie die Überwachung der Verkehrssicherheit den Organen und Bediensteten der damit befassten Körperschaften als Amtspflichten in Ausübung öffentlicher Gewalt. Gefordert sind damit die Träger der Straßenbaulast. Die Straßenbaulast ist eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge. Sie gehört zur schlichten Hoheitsverwaltung und wird im Interesse der Allgemeinheit erfüllt. Staat und Kommunen werden bei der Planung, Anordnung und Durchführung von Straßenbaumaßnahmen im Rahmen hoheitlicher Gewalt tätig. Für den Zustand von Bestandteilen einer öffentlichen Straße ist allein der Träger der Straßenbaulast verantwortlich. Teil dieser Baulast ist auch die Finanzierung notwendiger Maßnahmen. Aus der Prämisse, dass es sich bei der Straßenbaulast um eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge im Interesse der Allgemeinheit handelt, folgt, dass dem Einzelnen weder ein Anspruch auf Erfüllung der Straßenbaulast zusteht, noch er aus der Nichterfüllung Ansprüche ableiten kann. Diese Zielrichtung darf mit Blick auf die Interessen der Allgemeinheit nicht dadurch umgangen werden, indem auf Wunsch der Anlieger ein sog. anliegerfinanzierter Straßenbau durchgeführt wird. Denn die Interessen der Allgemeinheit werden nicht mehr gewahrt, wenn einzelne Anlieger allein aufgrund vorhandener finanzieller Möglichkeiten die Straße nach ihren individuellen Vorgaben ausbauen. Dies würde auf lange Sicht zu einem unerträglichen Missverhältnis der Straßenverhältnisse in einkommensschwache und einkommensstarke Regionen führen. Die Wahrnehmung der Aufgaben aus der Straßenbaulast ist eine öffentliche Aufgabe im Interesse der Allgemeinheit, die einer Wahrnehmung durch Private grundsätzlich entgegensteht.

H.W.

Anfechtung einer gegen Miteigentümer ergangenen Beseitigungsverfügung für ein ungenehmigtes Carport

(OVG Münster, Beschl. v. 13. 2. 2014 – 2 A 984/13)

1. Für die Klage eines Miteigentümers gegen eine an andere Miteigentümer gerichtete baurechtliche Beseitigungsverfügung fehlt die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO.

1 Die NGO wurde durch das Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG) abgelöst. Mit § 173 enthält das NKomVG eine vergleichbare Regelung. Hiernach kann die Kommunalaufsichtsbehörde Beschlüsse und andere Maßnahmen einer Kommune sowie Bürgerentscheide beanstanden, wenn sie das Gesetz verletzen.

2 In einzelnen Bundesländern gibt es dagegen besondere Regelungen zur Finanzierung von Straßen; siehe z.B. das Kommunalabgabengesetz des Landes Brandenburg (dazu Landtagsdrucksache 3/6324) , in NRW das Gesetz über Immobilien- und Standortgemeinschaften und in Sachsen das Gesetz zur Belebung innerstädtischer Einzelhandels- und Dienstleistungszentren.

2. Nicht durch die Beseitigungsverfügung, sondern erst durch eine spätere Duldungsverfügung erfolgt (erstmalig) ein Eingriff in das Eigentumsrecht des nicht mit der Beseitigungsverfügung selbst in Anspruch genommenen Miteigentümers.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Beklagte gab den Eheleuten H durch Ordnungsverfügung auf, einen (auch) in ihrem Miteigentum stehenden ungenehmigten Carport zu beseitigen. Die Klägerin (K), die Tochter der H und ebenfalls Miteigentümerin, hat gegen diese Ordnungsverfügung Klage erhoben. Sie hat sich u. a. darauf berufen, sie könne später Rechtsnachfolgerin der H werden. Das VG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klage sei bereits unzulässig. K fehle die Klagebefugnis, weil sich eine mögliche Rechtsverletzung (insbesondere des Art. 14 Abs. 1 GG) nicht bereits durch die gegenüber den Eheleuten H ergangene Verfügung ergebe. Auch der Antrag auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg, weil nach Ansicht des OVG keine hinreichenden Zweifel an der Rechtmäßigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung bestehen.

II. Zur Rechtslage

1. Für die Klage der K ist der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die streitentscheidenden Normen der BauO gehören zum öffentlichen Recht.

2. Statthafte Klageart ist die **Anfechtungsklage** (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO), weil sich die Klage gegen einen bauordnungsrechtliche Verfügung und damit gegen einen Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVG NRW richtet.

3.Zweifelhaft ist die **Klagebefugnis** (§ 42 Abs. 2 VwGO). K ist **nicht Adressatin** der Abrissverfügung, so dass die entsprechende (Adressaten-)Theorie nicht eingreift. Es bedarf also der **Möglichkeit einer Rechtsverletzung** (sog. Möglichkeitstheorie). In Betracht kommt eine Verletzung des **Eigentumsgrundrechts** aus Art. 14 Abs. 1 GG.

a) Dann müsste bereits in einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungsverfügung ein Eingriff in das (Mit-)Eigentumsrecht liegen. Erforderlich ist insoweit die Klärung, welche Rechtswirkungen sich aus dem möglicherweise betroffenen Miteigentum ergeben. Anerkannt ist, dass eine Beseitigungsverfügung nicht deshalb rechtswidrig ist, weil ihrer Befolgung private Rechte entgegenstehen. Derartige **Drittrechte** berühren allein die zwangsweise Durchsetzung der Verfügung, sie bilden ein **Vollzugshindernis** (s. nur OVG Münster, BRS 44, Nr. 208). Die Grundverfügung (Abrissverfügung) ergeht daher unbeschadet der privaten Rechte Dritter, lässt diese also unberührt. Sie regelt nur die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Adressaten. Das Vollzugshindernis kann – abgesehen vom Einverständnis der Inhaber der privaten Rechte – durch Erlass einer **Duldungsverfügung** beseitigt werden. Gegen diese Duldungsverfügung können sich die Betroffenen im Klagewege wehren. Erst in diesem Verfahren sind ggf. mögliche Verletzungen in öffentlichen Rechten zu prüfen. Mangels einer möglichen Rechtsverletzung durch die Beseitigungsverfügung steht den zivilrechtlich Berechtigten mithin keine Klagebefugnis zu. Anders können die Dinge nur hinsichtlich einer der Verfügung beigefügten **Zwangsmittelandrohung** liegen, weil hierdurch das Vollzugshindernis missachtet wird (s. hierzu HessVGH, DÖV 1996, S. 383).

b) Hieraus folgt für den Streitfall: Die Beseitigungsverfügung als solche spricht gegenüber der K – an diese ist die Verfügung nicht gerichtet – keine rechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden aus. Da K sich auf ihr Eigentumsrecht beruft, ist ein Vollzug der Beseitigungsverfügung erst nach Erlass einer sog. Duldungsverfügung möglich. Diese unterliegt einer eigenständigen gerichtlichen Kontrolle. Auch aus einer etwaigen **Rechtsnachfolge** der K in die Miteigentümerposition ihrer Eltern ergibt sich ihre Klagebefugnis nach Ansicht des OVG nicht. Damit sei lediglich eine hypothetische spätere Betroffenheit, keine für die Annahme einer Klagebefugnis erforderliche aktuelle Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufgezeigt.

***Hinweis**: Abschließend verweist der Senat hilfsweise darauf, dass die Klage jedenfalls (auch) unbegründet wäre. Die Beseitigungsverfügung verletze die K nicht in ihren Rechten.*

J.V.

Diskriminierung einer Bewerberin aufgrund (angeblich zu) geringer Körperlänge

(VG Schleswig, Urt. v. 26. 3. 2015 – 12 A 120/14)

1. Körperlängenanforderungen im Rahmen einer Stellenausschreibung können eine mittelbare Benachteiligung von Frauen gem. § 3 Abs. 2 AGG wegen des Geschlechts (§ 1 Var. 3 AGG) bewirken.

2. Eine solche Benachteiligung ist nach § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG nur gerechtfertigt, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich begründet und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind oder die spezielle Ausnahme nach § 8 Abs. 1 AGG vorliegt.

3. Der öffentlichen Verwaltung ist im Rahmen der ihr zustehenden Personal- und Organisationshoheit die Möglichkeit eingeräumt, den Kreis der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt aufgrund sachlicher Erwägungen einzuengen.

4. Bei der Festlegung eines Anforderungsprof ils ist der Dienstherr allerdings nicht frei, sondern an die Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. Die Formulierung von Ausschlusskriterien bedarf mithin schon deshalb eines sachlichen Grundes.

5. Die Festsetzung von Mindestkörpergrößen bei Polizeibeamten ist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt, um eine störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben zu gewährleisten. Allerdings ersetzt auch der hohe Rang des Ziels nicht den Nachweis der Rechtfertigung der konkreten Maßnahme (hier verneint).

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Klägerin (K) bewarb sich als Volljuristin mit beiden juristischen Staatsexamina bei der Bundespolizeiakademie auf eine Stellenausschreibung um Einstellung in den Vorbereitungsdienst des höheren Polizeivollzugsdienstes der Bundespolizei. Mit Schreiben vom 2. 12. 2013 wurde die Bewerbung der K abgelehnt. Sie könne nicht berücksichtigt werden, da sie die Mindestanforderungen der Einstellungsvoraussetzung Körperlänge nicht erfülle. Mit 1,58 m Körperlänge werde die Einstellungsvoraussetzung von mindestens 1,63 m nicht erfüllt. Diese Mindestanforderung ist in den Richtlinien für die Auswahl und Einstellung von Bewerberinnen und Bewerbern für den mittleren und gehobenen Polizeivollzugsdienst in der Bundespolizei festgehalten:

„… Die Mindestkörperlänge beträgt für Bewerberinnen 1,63 m und für Bewerber 1,65 m. Bei besonders geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern kann diese Grenze um bis zu 2 cm unterschritten werden. Die Körperlänge soll nicht mehr als 1,95 m befragen. Bei besonders geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern kann diese Grenze um bis zu 2 cm überschritten werden … “.

In der Stellenausschreibung für den höheren Dienst war die Mindestkörperlänge seitens der Beklagten (B) zum Gegenstand des Anforderungsprofils gemacht worden. Der Widerspruch der K gegen ihre Ablehnung war erfolglos; Klage hat sie nicht erhoben. Mit Schreiben vom 24. 1. 2014 machte K gegenüber B Entschädigungsansprüche aufgrund von Diskriminierung nach dem AGG geltend. K erhielt eine Eingangsbestätigung, jedoch keine Sachentscheidung. Sie erhob deshalb unter dem 15. 4. 2014 Klage zum ArbG Lübeck, welches die Klage an das VG verwies. Die Forderung der K beläuft sich auf mindestens 10.000 €.

II. Zur Rechtslage

Das VG hat der Klage teilweise stattgegeben. K stehe der geltend gemachte Entschädigungsanspruch zwar dem Grunde, jedoch nicht der Höhe nach zu.

1. Die Nichtberücksichtigung in einem Auswahlverfahren für ein öffentliches Amt sei zunächst abstrakt geeignet, einen Anspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG auszulösen. Die Beteiligten unterfallen dem **persönlichen Anwendungsbereich** des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Als **Bewerberin** für ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis im höheren Polizeivollzugsdienst der B gelte K gem. § 6 Abs. 1 Satz 2 i.V.mit § 24 AGG als **Beschäftigte** i. S. des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes; B als möglicher (künftiger) Dienstherr sei **Arbeitgeber** i. S. dieses Gesetzes (§ 6 Abs. 2 AGG unter Bezugnahme auf das BVerwG, Urt. v. 03. 3. 2011 – 5 C 16/10 –, BVerwGE 139, 135 ff.).

2. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG ist ein Verstoß gegen das **Benachteiligungsverbot** des § 7 Abs. 1 AGG. Zwar wird der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nur in § 15 Abs. 1 AGG als Tatbestandsvoraussetzung für den Ersatz materieller Schäden ausdrücklich genannt. Dem Charakter des § 15 AGG als umfassender Regelung der finanziellen Einstandspflicht des Arbeitgebers bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entspricht es aber, auch die Entschädigung immaterieller Schäden nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG an einen derartigen Verstoß zu binden (BVerwG a.a.O.).

Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht des VG erfüllt.

a) Zwar sei die Körperlänge der K – entgegen ihrem Vortrag – nicht als eine **Behinderung** i. S. von § 1 Var. 6 AGG anzusehen. Nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2013 liege K 9 cm unter der für ihre Altersgruppe ermittelten Durchschnittslänge. Es erscheine der Kammer fernliegend, diese Abweichung vorliegend als eine Behinderung in Erwägung zu ziehen (vgl. auch Nr. 18.7 Stichwort „Kleinwuchs“ der GdS-Tabelle zur Versorgungsmedizin-Verordnung, wonach ein Grad der Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft erst unterhalb von 141 cm nach Abschluss des Wachstums in Betracht kommt). Es liege insoweit **keine unmittelbare Diskriminierung** wegen Behinderung gem. § 3 Abs. 1 AGG vor.

b) Zwischen den Beteiligten war allerdings unstreitig, dass die **Körperlängenanforderungen** eine **mittelbare Benachteiligung von Frauen** gem. § 3 Abs. 2 AGG wegen des Geschlechts (§ 1 Var. 3 AGG) bewirken. Eine solche mittelbare Benachteiligung ist nach § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG nur gerechtfertigt, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein **rechtmäßiges Ziel sachlich begründet** und die **Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich** sind oder die spezielle Ausnahme nach § 8 Abs. 1 AGG vorliegt. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Die damit im AGG formulierten Anforderungen sind jedenfalls was die Anknüpfung an von einem Bewerber nicht beeinflussbare Merkmale angeht dieselben, die auch an eine Begrenzung des Bewerberkreises durch ein **beamtenrechtliches Anforderungsprofil** zu stellen sind. So ist der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der ihr zustehenden Personal- und Organisationshoheit zwar die Möglichkeit eingeräumt, den Kreis der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt aufgrund sachlicher Erwägungen einzuengen. Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen oder die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen werden und müssen nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden. Dies gilt grundsätzlich auch für Bewerber, die zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen (BVerwG, Beschl.v. 20. 6. 2013 – 2 VR 1/13 – BVerwGE 147, 20 ff.).

Bei der Festlegung eines Anforderungsprofils ist der Dienstherr allerdings nicht frei, sondern an die **Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG** gebunden. Die Formulierung von Ausschlusskriterien bedarf mithin schon deshalb eines sachlichen Grundes. Wird um des Sachgrundes willen ein Ausschlusskriterium formuliert, das – wie vorliegend – den besonderen Regelungsbereich des AGG berührt, muss sich dieses überdies im Lichte von § 8 Abs. 1 AGG als unter Berücksichtigung des sachlichen Grundes verhältnismäßig in Bezug

auf die begründete mittelbare Beeinträchtigung darstellen. Daran fehlt es nach Auffassung der Kammer hier.

B hat sich hinsichtlich der Festsetzung von Mindestkörperlängen bei Polizeivollzugsbeamten auf die störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben berufen, die durch die geschilderten Probleme gefährdet werde. Es wurde insoweit auf ein Urteil des VG Düsseldorf (v. 2. 10. 2007 – 2 K 2070/07) verwiesen, in dem es u. a. heißt:

„Grundsätzlich ist die Festsetzung von Mindestkörpergrößen bei Polizeibeamten sachlich gerechtfertigt, um eine störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben zu gewährleisten. Vor dem Erlass vom 9. März 2006 ist es in den verschiedensten Bereichen bei der Polizeiausbildung und im operativen Einsatz zu Problemen bei unterdurchschnittlich kleinen Polizeibeamten beiderlei Geschlechts gekommen. … Derartige, größenbedingte Probleme lassen sich durch die Einführung von Mindestgrößen jedenfalls für den Polizeinachwuchs beheben. Dass es sich bei der störungsfreien Aufgabenwahrnehmung durch die Polizei um ein rechtmäßiges Ziel handelt, bedarf keiner weiteren Ausführungen.“

Dass die störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben ein angemessenes Ziel sein kann, um dessen Realisierung willen eine mittelbare Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann, steht auch für die erkennende Kammer außer Frage. Allerdings ersetze auch der hohe Rang des Ziels nicht den **Nachweis der Rechtfertigung der konkreten Maßnahme.** Die Angemessenheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme sei (erst dann) nachgewiesen, wenn sie im Hinblick auf das verfolgte Ziel nicht unvernünftig erscheine und auf Beweismittel mit einer gewissen Beweiskraft gestützt sei.

Hinsichtlich des streitgegenständlichen höheren Dienstes habe B die Körperlängenanforderungen, die sie für den **mittleren und den gehobenen Dienst** in Richtlinien gefasst hat, in analoger Anwendung zum Gegenstand des Anforderungsprofils gemacht. Die Kammer sieht diese Argumentation bereits aufgrund ihrer Pauschalität nicht als hinreichend im Sinne einer zulässigen Beschränkung von Art. 33 Abs. 2 GG und der Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung gem. § 8 AGG an. Es sei im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht erkennbar, dass das Körperlängenerfordernis von derartiger belegbarer Aussagekraft wäre, dass das den Männer und Frauen erheblich ungleich treffenden Eingriff bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Ämtern rechtfertige. Die Darstellung der von B angeführten „Probleme“ bleibe im Allgemeinen, ohne dass zumindest interne Untersuchungen oder ähnliches vorgelegt worden wären. Vielerorts, wenn nicht bei globaler Betrachtung sogar überwiegend, werde zumeist auch aufgrund indirekter Benachteiligung von Frauen oder einzelner Ethnien auf ein Mindestlängenkriterium verzichtet und stattdessen auf individuelle Merkmale wie körperliche Fitness und Abwehrfähigkeiten abgestellt (unter Berufung auf eine Studie aus dem Jahr 2011 „Minimum body height requirements for police officers – an international comparison”, SIAK-Journal – Journal for Police Science and Practice (Vol. 1), 52–61, verfügbar unter http://dx.doi.org/10.7396/IE_2011_E). Nach dieser Studie beruhten Mindestkörpergrößenvorgaben weniger auf einem wissenschaftlich belegten grundsätzlichen Eignungsvorteil, sondern auf der eher evolutionär/traditionellen Annahme, dass Körperlänge mit körperlicher Leistungsfähigkeit gleichzusetzen sei und dass im Aufeinandertreffen von Polizeikräften mit Gewaltbereiten die Körpergröße einen psychologischen Vorteil darstellen kann.

Der pauschale Vortrag der B in diesem Verfahren genüge deshalb nicht. Dies gelte umso mehr, als die für die analoge Übertragung der für den mittleren und gehobenen Dienst geltenden Anforderungen auf den von der K angestrebten **höheren Dienst** angeführten Gründe ebenfalls alles andere als zwingend erschienen. So mögen sich durchaus ggf. im höheren Dienst „große“ Aufstiegsbeamte und „kleine“ Direkteinstiegsbeamte begegnen. Das von B angeführte Gleichheitsproblem könne die Kammer darin allerdings nicht erkennen. Entgegen der Darlegungen der B seien auch die Aufgaben der unterschiedlichen Laufbahnen jedenfalls nach Abschluss der entsprechenden vorbereitenden Verwendungen ganz überwiegend andere. Selbst wenn man innerdienstliche Akzeptanzgesichtspunkte für eine mögliche Rechtfertigung berücksichtigt, würde das bemühte Szenario der „kleinen Führungskraft“ doch überbetont (wird ausgeführt).

3. Hinsichtlich der **Höhe** der zugesprochenen **Entschädigung** hat die Kammer als maßgeblich berücksichtigt, dass vorliegend nur eine mittelbare Benachteiligung in Rede steht, die zudem nicht ohne Weiteres offensichtlich ist. Die Forderung von Mindestkörperlängen seitens der B sei zudem durch ein wichtiges Gemeinschaftsgut motiviert, vergleichbare Regelungen im Polizeibereich zudem weit verbreitet. K dürfte dies auch vor ihrer Bewerbung bekannt gewesen sein. Sie habe zudem den auf ihren Bewerbungsverfahrensanspruch gestützten primären Rechtsschutz nur bis ins Widerspruchsverfahren verfolgt und nicht z.B. durch Klage oder auch einen Antrag auf gerichtlichen Eilrechtsschutz zum Ausdruck gebracht, dass ihr der Zugang zum Auswahlverfahren für den Vorbereitungsdienst der B nachhaltig wichtig sei. Sie treffe deshalb ein anspruchsminderndes Mitverschulden. Die Kammer hält deshalb ein Monatsbruttogehalt der Besoldungsgruppe A 13, niedrigste Erfahrungsstufe, nach der im Zeitpunkt der Ablehnungsentscheidung gültigen Tabelle (3.780,31 €) für einen angemessenen Entschädigungsbetrag.

Ergänzender Hinweis:

Der Entscheidung ist, jedenfalls unter den konkreten Umständen (Bewerbung einer Juristin um eine Stelle im höheren Polizeivollzugsdienst), zuzustimmen. Die Kammer hat überzeugend begründet, dass der Verzicht auf eine Mindestkörperlänge nicht bedeutet, dass nicht auf andere Weise eine hinreichende körperliche Eignung definiert und überprüft werden könnte. Das Gericht verweist etwas süffisant auf darauf hin, dass die polizeiintern geltenden internen Vorschriften theoretisch bereits um bis zu 197 cm – 161 cm = 36 cm kürzere Führungskräfte erlauben. Die Argumentation der B zu ihrer Ausnahmepraxis im Bereich des Spitzensports (wegen des „Ansehens Deutschlands in aller Welt“ und zur Motivation der Menschen, „mitzumachen und nachzueifern“), hat die Kammer ebenfalls nicht überzeugt. Die betroffenen Spitzensportler stünden verkürzt (!) dargestellt nämlich nur deshalb in Diensten der B, weil diese sich mit ihnen positiv darstellen könne. Das VG hat nach §§ 124 Abs. 2 Nr. 3, 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO die Berufung zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe.

J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:
J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle
H.W. = Prof. Holger Weidemann

NomosGesetze: Dolde/Kirchhof/Stilz Landesrecht Baden-Württemberg, 11. Aufl. 2015, 934 Seiten, € 22,00, Nomos ISBN 978-3-8487-1935-8; Schefold/Ernst/Stauch, Landesrecht Bremen, 17. Aufl. 2015, 792 Seiten, € 22,00 Nomos, ISBN 978-3-8487-0053-0; Brüning/Ewer/Schmalz, Landesrecht Schleswig-Holstein, 22. Aufl. 2015, 962 Seiten, 24,00 €, Nomos, ISBN 978-3-8487-1939-6

Die vorliegenden Textsammlungen (Stand: Februar 2015) enthalten alle landesrechtlichen Rechtsvorschriften, die im Rahmen der Ausbildung an den Universitäten und Fachhochschulen relevant sind. Das Preis- und Leistungsverhältnis ist attraktiv und legt insbesondere Studierenden die Anschaffung nahe. Umfangreiche Stichwortverzeichnisse machen die Ausgaben sehr benutzerfreundlich.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Grosse/Kulle/Weber, SGB II und SGB XII für Studium und Praxis – Leistungsrecht (Band 1), Fachbuch mit praktischen Übungen und Lösungen, 6. vollständig überarbeitete Auflage 2015, ISBN 978-3-939203-72-8, 627 Seiten, 24,50 €, Verlag Bernhardt-Witten (nur direkt beim Verlag zu beziehen: http://www.bernhardt-schuenemann.de/)

Das umfangreiche Werk der Autoren *Grosse/Kulle/Weber* beleuchtet das materielle Leistungsrecht des SGB II und SGB XII auf insgesamt 627 Seiten. Allein das SGB II wird auf insgesamt 270 Seiten behandelt. Dabei werden detaillierte Antworten auf die relevanten Problemstellungen im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gegeben. Das Buch wird damit seiner eigenen Titelbezeichnung und den damit verbundenen Ansprüchen gerecht. Besonders Erwähnenswert erscheint hier das Kapitel „Anreize und Sanktionen" zu sein. Das Thema – bearbeitet von *M. Grosse* – wird auf insgesamt 25 Seiten ausführlich behandelt und dürfte inhaltlich einer Kommentierung kaum nachstehen.
Demgegenüber nehmen die Existenzsicherungsleistungen des 3. und 4. Kapitels SGB XII einen – im Vergleich – bescheideneren Umfang ein (insgesamt 130 Seiten). Angesichts der thematischen Nähe und der vielen Berührungspunkte zum SGB II ist es aber sinnvoll, sich hier auf das Wesentliche zu konzentrieren. Damit ist das Buch für Studierende auch lesetechnisch im Rahmen der Vorbereitung für Prüfungen zu bewältigen. Bei den Hilfen nach dem 5. bis 9. Kapitel SGB XII nimmt die „Hilfe zur Pflege" einen Schwerpunkt ein. Auch dies entspricht der Bedeutung dieser Hilfeart in Theorie und Praxis. In bemerkenswert gelungener Form schaffen es die Autoren, die Brücke zwischen den rechtlichen Grundlagen und der gängigen Praxis zu schlagen. Beispielsweise werden die Leistungskomplexe der ambulanten Pflegedienste (Seiten 506–512) abgebildet, so dass deutlich wird, welche Leistungen zu welchen Preisen bei der Übernahme der Pflegekraftkosten in Frage kommen. Auch die in der Praxis zunehmende Bedeutung selbst beschaffter Pflegekräfte im Rahmen des sog. „Arbeitgebermodells" (§ 66 Abs. 4 SGB XII) wird thematisch aufgenommen.

Fazit: Das Lehrbuch schafft es, Theorie und Praxis miteinander zu verknüpfen. Den Autoren gelingt es, die Brücke zwischen aktueller Rechtsprechung und praktischer Handhabung aufzuzeigen. Übungen und Fallbeispiele (mit entsprechenden Lösungshinweisen) dürften den Auszubildenden und Studierenden bei der Erarbeitung der umfangreichen Stofffülle entgegenkommen. Studierende und Auszubildende empfinden es möglicherweise als nachteilhaft, dass sich das Buch nicht ausschließlich an die „amtlichen Stoff- und Lehrpläne" hält. Wie im Vorwort zur 5. Auflage von den Autoren selbst angesprochen, sollten Auszubildende und Studierende daher mit ihren Dozenten klären, welche Kapitel für die Ausbildung bzw. das Studium relevant sind, um der in diesem Lehrbuch gebotenen hohen Informationsmenge „Herr zu werden".

Grosse/Kulle/Weber, SGB II und SGB XII für Studium und Praxis – Sozialverwaltungsverfahren und Rückabwicklungsansprüche (Band 2), Fachbuch mit praktischen Übungen und Lösungen, 6. vollständig überarbeitete Auflage 2015, ISBN 978-3-939203-73-5, 474 Seiten, 21,50 €, Verlag Bernhardt-Witten (nur direkt beim Verlag zu beziehen: http://www.bernhardt-schuenemann.de/)

Das von D. Weber verfasste Lehrbuch dürfte schon allein deshalb ein Alleinstellungsmerkmal in der Literaturwelt des Sozialleistungsrechts besitzen, weil es das erste Buch ist, dass das Sozialverwaltungsverfahren (einschließlich der Rückabwicklungsansprüche) für die Leistungsträger des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch beleuchtet. Insofern ist es bereits konkurrenzlos. Das Lehrbuch ist verständlich geschrieben und besticht gleichzeitig durch detaillierte Ausführungen, die auch für die Praxis von Bedeutung sind. Zahlreiche interessante Beispiele und Übungen (mit den entsprechenden Lösungshinweisen) machen das Sozialverwaltungsverfahren nach dem SGB X für den Leser nachvollziehbar und verständlich. Für Lehrende ist es eine wahre Fundgrube an Fällen, Beispielen und Übungen, die auch für die eigene Vorlesung verwendet werden können.
Einen Schwerpunkt bilden die Ausführungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten (§§ 44 ff. SGB X) sowie die dazu besonders zu beachtenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Hervorzuheben sind auch die – insbesondere für die Praxis relevanten – Kapitel 6 und 7 (Überleitung von Ansprüchen nach § 93 SGB XII, Kostenersatz nach §§ 102 ff. SGB XII). Unter Einbeziehung der neuesten Rechtsprechung werden hier die Refinanzierungsvorschriften der Sozialhilfeträger transparent und nachvollziehbar sowie unter Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung – gemessen am Schwierigkeitsgrad der Thematik – gut verständlich erläutert.
Angesichts der Komplexität, die das Sozialverwaltungsverfahren im Zusammenhang mit den spezialgesetzlichen Bestimmungen und Strukturprinzipien des SGB II und SGB XII gefunden hat, hilft das Buch auch den zahlreichen Quereinsteigern in der Praxis, um sich die für die Praxis wichtigen Basiskenntnisse des Verwaltungsverfahrens anzueignen und sich hier zurecht zu finden. Diese müssen sich allerdings damit „anfreunden", dass das Buch eine große Stofffülle bietet.

Fazit: Das Lehrbuch ist uneingeschränkt zu empfehlen. Es ist aktuell, anschaulich, mit vielen Beispielen versehen und gleichzeitig detailliert. Es sollte bei keinem Studenten, keinem Jobcenter und keinem Sozialamt fehlen, weil es ein wertvolles Ausbildungs- und Studienbuch ist und für die Praxis ein wertvolles Nachschlagewerk darstellt. Nebenbei bemerkt erscheint das Preis-Leistungsverhältnis für dieses Lehrbuch erstaunlich gut.

Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, 2036 Seiten, in Leinen € 64,00, ISBN 978-3-406-67630-7, C. H. Beck

Wiederum ein Jahr nach der 20. Auflage haben die Autoren eine überarbeitete Kommentierung vorgelegt. Das Werk ist in puncto Rechtsprechung Literatur auf den Stand Ende 2014 gebracht worden. Ein Schwerpunkt der Neubearbeitung liegt auf der Kommentierung des Rechtsschutzes bei überlanger Verfahrensdauer.
Der *„Kopp/Schenke"* ist damit nach wie vor einer der ganz „großen" Kommentare zur VwGO. Die Vorzüge des Kommentars sind auch in dieser Fachzeitschrift mehrfach ausführlich gewürdigt worden: klare Struktur, gründliche Auswertung von Schrifttum und Rechtsprechung, fundierte Auseinandersetzung mit Streitfragen und modernen Entwicklungen, ausgezeichnete Handhabbarkeit. Als weiteres Lob sei hinzugefügt, dass es dem Verlag gelungen ist, den äußerst moderaten Preis zu halten.

Fazit: Der *„Kopp/Schenke"* bleibt die „erste Adresse" für die öffentliche Verwaltung, die Verwaltungsjustiz und mit Problemen aus dem Bereich des Verwaltungsprozessrechts befasste Rechtsanwälte. Und natürlich wäre es sträflich leichtsinnig, den Kommentar bei häuslichen Arbeiten im Rahmen des Studiums und der Referendarausbildung zu ignorieren.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 58. Aufl. 2015, 2442 Seiten, in Leinen € 89,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-67500-3

Die Strafprozessordnung ist nicht nur für die Strafverfolgungsbehörden relevant. Auch die mit Ordnungswidrigkeitenverfahren befassten Verwaltungsbehörden müssen das Gesetz aufgrund der Generalverweisung in § 46 Abs. 1 OWiG anwenden. Für die Lösung von Problemen aus der StP0 ist der *„Meyer-Goßner/Schmitt"* für viele, wenn nicht gar die meisten Praktiker die erste Wahl. Und das völlig zu Recht! Mit der Neuauflage ist der bestens eingeführte Kommentar in puncto Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung auf den Stand Februar 2015 gebracht werden. Mehr Aktualität ist wohl kaum möglich. Die Neuauflage erfasst eine Vielzahl von Entscheidungen im Strafverfahrensrecht für den Zeitraum März 2014 bis März 2015.Neu bearbeitet worden ist die Kommentierung zum Anfangsverdacht (§ 152 Rn. 4 ff.). Dies gilt insbesondere für die Verdachtsschöpfung bei einem legalen Verhalten und bei Verhaltensweisen, die in einem Grenzbereich zwischen strafrechtlich relevantem und irrelevantem Verhalten angesiedelt sind.

Fazit: Etwas Besseres auf dem Gebiet der Kommentarliteratur zum Strafverfahrensrecht dürfte schwer zu finden sein.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Stoffels, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, C. H. Beck, 525 Seiten, kart. € 79, 00, ISBN 978-3-406-64260-9

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) betrifft jeden Verbraucher und jeden, der als Unternehmer am Rechtsverkehr teilnimmt. Dies gilt auch für die Träger öffentlicher Verwaltung, soweit sie als „Fiskus" privatwirtschaftlich tätig sind, beispielsweise bei der Beschaffung von sächlichen Hilfsmitteln. Fehlende Kenntnisse bzw. mangelndes Verständnis für die Fallen der ABG haben Kommunen viel Geld gekostet (zu denken ist etwa an die berühmt-berüchtigten Cross-Border-Leasing-Verträge). Auch die Problematik von Klauseln in Arbeitsverträgen kann eine Verwaltungsbehörde beschäftigen. Das vorliegende Buch des Hochschullehrers Stoffels bietet eine kompakte und kenntnisreiche Darstellung der Grundlagen des AGB-Rechts, insbesondere im BGB.
Etliche Beispiele machen die Ausführungen anschaulich. Hervorzuheben ist die sehr sorgfältige Einarbeitung der Literatur und Rechtsprechung, die sich auf dem Stand September 2014 befinden. Auch wenn nicht jedes Problem gelöst wird, findet man doch regelmäßig Hinweise auf weiterführende Judikate oder ergänzendes Schrifttum. Der Rezensent hat das Werk unter diesem Aspekt mehrfach erfolgreich „getestet."
Angesichts der Stofffülle und der hervorragenden systematisch Durchdringung des komplexen Gebiets ist der Preis durchaus angemessen.
Fazit: Ein gelungenes und sehr instruktives Handbuch, dessen Anschaffung allen, die Fragen aus dem Gebiet der AGB beschäftigt, empfohlen wird.

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 Hochschule 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,*** Ltd.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 • ***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. ***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. • Prof. Dr. ***Jürgen Stember,*** Dekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt • ***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 Hochschule 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

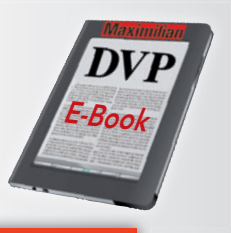
Druck und Bindung:
DZA Druckerei zu Altenburg, Altenburg

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

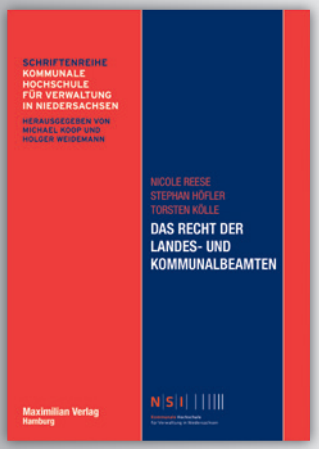
Sundermann, **Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern**
eISBN 978-3-7869-0974-3
€ 17,99

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

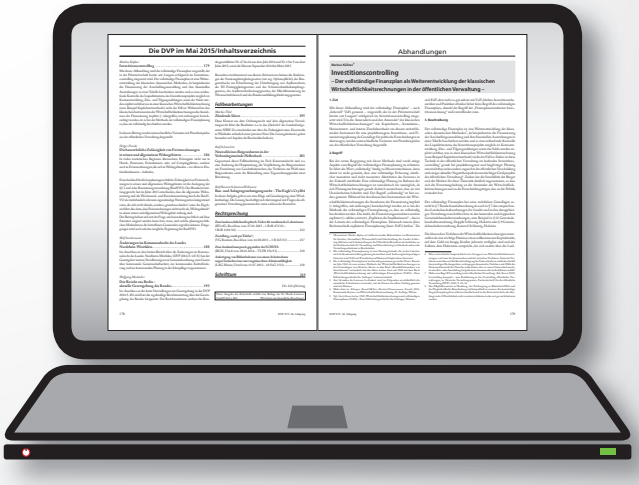
Besuchen Sie uns auf
www.dvp-digital.de

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

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.