

DDVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

60. Jahrgang
Januar 2009
ISSN 0945-1196
C 2328

1/2009

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Reiner Stein

Fehlerhafte Verwaltungsakte und ihre Folgen

Jürgen Vahle

Grundlagen des Bürgerschaftsrechts

Matthias Schmitz und Thomas Schneidewind

Zum Begriff des Abzugskapitals in der kommunalen Gebührenkalkulation

Alfred Scheidler

Alkoholexzesse auf Flatrate-Partys –
Was können Behörden dagegen tun?

Bernd Bak

Controlling kompakt – eine Einführung in
das Controlling öffentlicher Verwaltungen

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitungen

Carsten Lund

Die abgeschnittene Gaststätte

Rechtsprechung

Verteilung von „Antistrafzetteln“

Schrifttum

Maximilian-Verlag
Hamburg



Sehr geehrte Leserinnen und Leser der DVP!

Ab der Januar-Ausgabe 2009 – dem Beginn des 60. Jahrgangs der DVP – werden wir zwei zusätzliche Rubriken in die Zeitschrift aufnehmen. Erstmals enthält diese Ausgabe ein Editorial. Dies soll eine dauerhafte Rubrik sein, die auch Gastautoren ein Forum bietet.

Das Editorial kann sich auf aktuelle Tagesprobleme als auch auf zeitlose Fragestellungen aus den Bereichen Recht, Wirtschaft und Sozialwissenschaften beziehen. Angesichts des begrenzten räumlichen Umfangs geht es dabei nicht darum, ein Problem von allen Seiten zu beleuchten und in aller Tiefe, sondern kurz – aber durchaus pointiert – auszuloten.

Außerdem möchten wir – beginnend ab Januar 2009 – regelmäßig in einer weiteren Rubrik über die Gesetzgebung des Bundes berichten. Umfang und zeitlicher Rhythmus dieser Beiträge hängt von der Aktivität des Gesetzgebers ab. Der erste Bericht wird voraussichtlich in der März-Ausgabe erscheinen.

Mit herzlichen Grüßen

Ihr Chefredakteur *Werner Finke*

Die DVP im Januar 2009/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Reiner Stein

Fehlerhafte Verwaltungsakte und ihre Folgen 2

Sowohl in Klausuren, als auch in der Praxis stellt sich oftmals die Frage nach der Rechtmäßigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit eines bereits erlassenen oder noch zu erlassenden Verwaltungsakts.

Die Darstellung besteht aus einer kurzen Einführung und einem in drei Schritten aufeinander abgestimmten Prüfungsprogramm zur Feststellung der Fehlerhaftigkeit und der Fehlerfolgen sowie zur Untersuchung der Korrekturmöglichkeiten. Der Inhalt wird zusammengefasst in einem Aufbauschema mit Nennung der jeweiligen Fehlerfolge und der in Betracht kommenden Korrekturmöglichkeiten.

Jürgen Vahle

Grundlagen des Bürgschaftsrechts 10

Mit einer Bürgschaft sichert der Bürge die Forderung eines Gläubigers gegen einen Dritten, den sog. Hauptschuldner. Fällt dieser aus, so muss der Bürge die Schuld bezahlen. Der Beitrag erläutert den Bürgschaftsvertrag, insbesondere die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, Abgrenzungsfragen, die inhaltliche Wirksamkeit der Verpflichtung und die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld (Akzessorietät). Eingegangen wird auch auf Sonderformen, wie z.B. die Mitbürgschaft, die Nachbürgschaft oder die Ausfallbürgschaft.

Matthias Schmitz und Thomas Schneidewind

Zum Begriff des Abzugskapitals in der kommunalen Gebührenkalkulation 15

Zweck der vorliegenden Abhandlung ist es, den Begriff des Abzugskapitals und seine kostenrechnerische Bedeutung herauszuarbeiten und kritisch im Hinblick auf seine praktische Anwendung sowohl in privatwirtschaftlichen Betrieben, als auch in der kommunalen Gebührenkalkulation zu betrachten.

Alfred Scheidler

Alkoholexzesse auf Flatrate-Partys 24

Alkoholmissbrauch durch Jugendliche wird durch neue Veranstaltungskonzepte von Diskothekenbetreibern und Partyveranstalter z.T. systematisch gefördert und ausgenutzt. „Flatrate-Partys“, „Koma-Saufen“ und „1-Euro-Partys“ führen zum unkontrollierten und übermäßigen Alkoholkonsum, der nicht nur unmittelbare gesundheitliche Folgen, sondern auch eine Zunahme von Aggressionsdelikten und die vermehrte Teilnahme von Alkoholisierten am Straßenverkehr mit sich bringt. Unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtsprechung und des Diskussi-

onsstandes in der Literatur werden im Beitrag die derzeitigen Möglichkeiten der Behörden zur Reaktion hierauf erläutert. Gleichzeitig wird aber auch schon ein Blick auf sich abzeichnende künftige Rechtsentwicklungen geworfen.

Bernd Bak

Controlling kompakt – eine Einführung in das Controlling öffentlicher Verwaltungen 29

Der Begriff des „Controllings“ wird keineswegs überall in gleicher Weise verstanden. Der Beitrag erläutert daher die Inhalte und verschiedenen Anwendungsbereiche des Controllings in der öffentlichen Verwaltung.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 34

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Fallbearbeitungen

Carsten Lund

Die abgeschnittene Gaststätte 36

Gegenstand dieser Prüfungsklausur aus dem AVR sind Fragen aus dem Bereich öffentliches Sachenrecht/ Straßen- und Wegerecht (insbesondere die Einziehung einer Straße), der öffentlich-rechtliche Vertrag und das Staatshaftungsrecht.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält eine Entscheidung zu dem Thema

Verteilung von „Antistrafzetteln“ (BVerfG, Beschluss vom 20.02.2007 – 1 BvR 2633/03 41

Schrifttum

44

Die Schriftleitung

Liebe Leserinnen und Leser,

DEUTSCHE VERWALTUNGS- PRAXIS

60. Jahrgang

1/2009

Impressum

Schriftleitung:

Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,
Tel. und Fax (05741) 52 68
Mobil: 0171/8 35 20 41
eMail: FINKE.LK@t-online.de

Prof. Dr. Jürgen Vahle

Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,
Tel. (0521) 12 32 23

Verlag:

Maximilian-Verlag, Georgsplatz 1, 20099 Hamburg
Tel. (040) 70 70 80-306, Telefax (040) 70 70 80-324
eMail: vertrieb@koehler-mittler.de
www.deutsche-verwaltungs-praxis.de
ISSN 0945-1196

Anzeigen: Maximilian-Verlag, Hanna Fronert,
Hochkreuzallee 1, 53175 Bonn,
Tel. (0228) 3 07 89-0, Telefax (0228) 3 07 89-15,
eMail: maxibonn@t-online.de

Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 25 gültig. Anzeigen-
schluss jeweils am 10. des Vormonats. Die Verwendung
von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Wer-
bezwecke ist nicht gestattet.

Auslieferung:

Runge Verlagsauslieferung GmbH
Bergstraße 2, 33803 Steinhausen,
Tel. (052 04) 91 81-30, Fax (052 04) 91 81-91

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint
in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 79,90 € einschl.
7% Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 7,80 €. Be-
stellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian-
Verlag, Dr. Kurt Schober GmbH & Co. KG, Postfach
104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements
schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein An-
spruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere
Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg.
Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS
enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheber-
rechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheber-
rechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des
Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfälti-
gungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspei-
cherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmi-
gung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe
gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt.
Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekenn-
zeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der
Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redak-
tion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugs-
weisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Ein-
sender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für
amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion
keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskrip-
te und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch
die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag
auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

Druck:

Humbach & Nemazal, Pfaffenhofen

das Leben ist gefährlich, wie jeder weiß, und das Böse ist – so der treffende Refrain eines deutschen Schlagers – immer und überall. Zahlreiche Gefahren bedrohen speziell Leben und Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger. Nicht nur in einem einsamen Park zur Nachtzeit, sondern auch in den eigenen vier Wänden lauern Gefahren. Heimwerker tragen abgetrennte Gliedmaßen in die Notfallaufnahme des Krankenhauses und verwegene Hausfrauen scheuen kein Absturzrisiko, um den Fensterscheiben im achten Stock den ultimativen Glanz zu verpassen. Diese durchaus realen alltäglichen Schreckensszenarien sind keine Privatsache. Allein die enormen volkswirtschaftlichen Kosten zur Beseitigung der Schadensfolgen (insbesondere im Gesundheitsbereich) zeigen die gesamtgesellschaftliche und politische Dimension des Problems.

Es ist daher das Recht des Staates, derlei Gefahrenherde auszumerzen oder zumindest auf ein erträgliches Maß zu reduzieren. Wo immer menschliche Gesundheit bedroht ist – durch wen oder was auch immer – verpflichtet der hohe Wert der Grundrechte den Staat sogar zu schützendem Einschreiten (*Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, Rn. 94). Dies gilt auch für Risiken, denen sich volljährige Bürgerinnen und Bürger leichtfertig selbst aussetzen, z.B. durch Nichtanlegen eines Sicherheitsgurts beim Autofahren (*BVerfG*, NJW 1987, S. 180: Gurtpflicht ist verfassungskonform). Den Gefahren des (Passiv-) Rauchens sind die Bundesländer durch Erlass von Nichtraucherchutzgesetzen entgegengetreten. Lotto-Spieler lesen auf den Werbeplakaten für den Lotto-Jackpot Suchtwarnungen in derselben Buchstabengröße und Präventionsfachkräfte stehen bereit, um den um Rubbellose anstehenden Kunden von seinem Vorhaben abzubringen (*DER SPIEGEL* Nr. 25/2008, S. 46). Staunend wird der Betrachter Zeuge des seltenen Vorgangs, dass ein Dealer vor seinen eigenen Produkten warnt.

Fortschritte also, wohin das Auge blickt.

Doch das ist kein Grund, sich auf den Lorbeeren auszuruhen, denn neue und schwer wiegende Gefahren sind in das Visier der Politik geraten. Lassen wir beispielsweise (den ehemaligen) Verbraucherschutzminister *Horst Seehofer* zu Wort kommen (http://www.tagesschau.de/inland/meldung_38548.html):

„Die Zunahme von Übergewicht und Fettleibigkeit stellt vor allem auf Grund der gesundheitlichen Folgewirkungen ein ernstzunehmendes gesellschaftliches Problem dar.“

Seine Amtsvorgängerin *Renate Künast* greift den Ball flugs auf und schießt ihn in das Tor des Unternehmens *Ferrero*, dessen Produkte „viel zu fett und zu süß“ seien. Der Bundesärzterverband hat die Politiker konsequenterweise aufgefordert, „wie beim Nichtraucherschutz auch beim Thema Übergewicht und Fettleibigkeit endlich Handlungsbedarf zu erkennen.“ Hinzuzufügen wäre: und energisch durchzugreifen. Informations- und Warnhinweise sowie Appelle an die Einsicht einer zunehmend fülliger werdenden Gesellschaft sind – wie die Erfahrung lehrt – nicht genügend. Ein probates Mittel der Verhaltenssteuerung ist das Steuerrecht, das auch hier eingesetzt werden könnte. Eine maßvoll erhöhte Besteuerung der „Dickmacher“ – z.B. Mehrwertsteuer von 49 % – würde die Nachfrage nach Süßigkeiten und Bierergänzungslebensmitteln vermutlich merklich verringern.

Die Anstrengungen des Gesetzgebers zur Eindämmung des übermäßigen Alkoholkonsums (sog. *Leges Flarate: Krüger u. van der Schoot*, DVBl. 2008, S. 697; s. z.B. den Gesetzesentwurf zum Bremischen Gaststättengesetz, Drucks. 17/140) sind lobenswert, greifen jedoch zu kurz. Denn trotz (zumindest gefühlter) Konsumschwäche wird in Gaststätten nicht nur unvernünftig getrunken, sondern auch maßlos gegessen.

In Anlehnung an einschlägige Regierungsentwürfe Bayerns und Bremens sei deshalb hier ein Vorschlag für eine weitere Vorschrift unterbreitet:

„Im Gaststättengewerbe ist es verboten, Speisen in einer Form anzubieten oder zu vermarkten, die geeignet ist, dem unmäßigen Essen (Völlerei) Vorschub zu leisten.“

Da der Erfindungsreichtum geschäftstüchtiger Gastronomen kaum unterschätzt werden kann, wie z.B. die Gründung von Vereinen/Clubs zur Umgehung des Rauchverbots beweist, wäre die vorgeschlagene Norm extensiv auszulegen. Die verharmlosende Abbildung eines Schnitzels auf der Speisekarte muss ebenso verschwinden wie der Sangria-Eimer aus gewissen mallorquinischen Kneipen.

Sollte ein solches Gesetzesvorhaben auf nationaler Ebene am Widerstand der Hotel- und Gaststättenverbände oder (schlimmer) des schlemmenden Volkes scheitern, wäre das kein begründeter Anlass zur Resignation. Auf die Europäische Kommission ist, wenn es um die entschlossene Förderung der Wohlfahrt der Bevölkerung geht, immer Verlass gewesen.

Völlerei ist übrigens nur **eine** der sieben Todsünden.

Es gibt noch viel zu tun!

Prof. Dr. J. Vahle

Reiner Stein*

Fehlerhafte Verwaltungsakte und ihre Folgen

Vorbemerkung

Die Rechtmäßigkeitsprüfung eines Verwaltungsaktes ist die klassische Aufgabenstellung einer Klausur im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Doch nicht nur der Student hat sich mit fehlerhaften Verwaltungsakten zu befassen. Auch in der Verwaltungspraxis ist vom Verwaltungsbediensteten regelmäßig eine umfassende Rechtsprüfung einer (entweder bereits erlassenen oder noch zu erlassenden) Verwaltungsentscheidung vorzunehmen.

Dreh- und Angelpunkt dieser Rechtmäßigkeitsprüfung ist die sog. „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“, die nicht ganz zu Unrecht von Verwaltungsrechtslehrern im Unterricht wegen ihrer Komplexität gelegentlich als „Königsdisziplin“ bezeichnet wird.

Nach dieser Lehre sind zwei zentrale Ausgangsfragen zu stellen: Wann ist ein Verwaltungsakt fehlerhaft und welche Rechtsfolgen müssen aus der Fehlerhaftigkeit geschlossen werden. Schließlich ist im Falle einer Fehlerhaftigkeit nach passenden Korrekturmöglichkeiten zu suchen.

In der folgenden Darstellung findet sich nach einer kurzen Einführung ein in drei Schritten aufeinander abgestimmtes Prüfungsprogramm:

Prüfung auf Fehlerhaftigkeit → Feststellung der Fehlerfolgen → Prüfung von Korrekturmöglichkeiten.

Ein **Aufbauschema** zur Prüfung von Fehlerquellen (mit Nennung der jeweiligen Fehlerfolge und der in Betracht kommenden Korrekturmöglichkeiten) schließt die Abhandlung ab.

(Der Beitrag wird im nächsten Heft mit einer Fallbearbeitung fortgesetzt).

I. Einleitung (Überblick über die zentralen Rechtsbegriffe)

Zunächst soll ein Überblick über die zentralen Rechtsbegriffe gegeben werden. Diese Rechtsbegriffe lassen sich in drei Gegensatzpaare einordnen: „fehlerfreie/fehlerhafte Verwaltungsakte; rechtmäßige/rechtswidrige Verwaltungsakte; wirksame/unwirksame Verwaltungsakte.“

Ein Verwaltungsakt ist „**fehlerhaft**“, wenn er nicht den Anforderungen entspricht, die die Rechtsordnung an ihn stellt¹. Umgekehrt lässt sich dann sagen, dass ein Verwaltungsakt „fehlerfrei“ ist, wenn er mit geltendem Recht in Einklang steht.

„**Rechtswidrig**“ ist ein Verwaltungsakt dann, wenn er solche Fehler enthält, die zur Anfechtbarkeit (bzw. „Vernichtbarkeit“) oder gar zur Nichtigkeit führen.

Zu beachten ist, dass nicht alle Fehler zur Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes führen! Es gibt einige (wenige) Ausnahmefälle, die sich in zwei Gruppen unterteilen lassen.

Einmal sind dies die „kleineren“ offenkundigen Formalfehler des § 42 VwVfG M-V². Dabei geht es um Fehler in der Erklärungshandlung (etwa offensichtliche Schreib- oder Rechenfehler). Solche Fehler sind unbeachtlich und lösen nur einen Berichtigungsanspruch aus.

In der zweiten Gruppe geht es um Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung (§ 58 I VwGO) oder deren Unterlassung mit der „atypischen“ (vom Gesetzgeber besonders bestimmten) Rechtsfolge des § 58 II

VwGO, wonach sich die Rechtsbehelfsfrist des Bürgers auf ein Jahr verlängert.

Auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes wirken sich diese Fehler also gar nicht aus. Insoweit erscheint es nicht ganz präzise, die beiden Begriffe „fehlerhaft“ und „rechtswidrig“ synonym zu gebrauchen³. In der Ausbildungsliteratur wird für diese Fälle teilweise der Begriff „unrichtiger Verwaltungsakt“ gebraucht⁴.

Der Schluss auf die Rechtswidrigkeit sagt noch nichts darüber aus, ob ein rechtswidriger Verwaltungsakt **wirksam** ist oder etwa nicht. Nach § 43 I VwVfG M-V⁵ wird ein Verwaltungsakt mit seiner **Bekanntgabe** wirksam. Mangels gegenteiliger Angaben im Gesetzeswortlaut spielt es dabei keine Rolle, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Dies bestätigt auch der nächste Absatz dieser Vorschrift, denn aus § 43 II VwVfG M-V⁶ folgt, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte grundsätzlich wirksam sind und somit Rechtsfolgen sowohl für die Behörde wie auch den Bürger entfalten.

Unwirksam kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt aber werden, wenn er entweder vom Bürger erfolgreich mit einem Rechtsbehelf (Anfechtungswiderspruch/Anfechtungsklage) angefochten, oder von der Verwaltung selbst aufgehoben wird.

Von vornherein unwirksam sind die „nichtigen Verwaltungsakte“ (vgl. § 43 III VwVfG M-V⁷). Dies lässt sich leicht nachvollziehen wenn man weiß, dass (nur) „besonders schwerwiegende“ Fehler i.S.d. § 44 II/I VwVfG M-V⁸ zur Nichtigkeit führen.

Um den nichtigen, unwirksamen Verwaltungsakt i.S.d. §§ 44, 43 III VwVfG M-V (der ja im Ergebnis ein hochgradig „rechtswidriger“ Verwaltungsakt ist) vom rechtswidrigen, aufhebbaren Verwaltungsakt i.S.d. § 43 II VwVfG M-V besser abgrenzen zu können, werden in der „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“ die Begriffe „**Nichtigkeit**“ (Fall der §§ 44 II/I, 43 III VwVfG M-V) und „**schlichte Rechtswidrigkeit**“ (Fall des § 43 II VwVfG M-V) verwendet (näher dazu unter III. Feststellung der Fehlerfolgen).

* Regierungsdirektor Reiner Stein ist Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege in Güstrow und Dozent für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht am Fachbereich Allgemeine Verwaltung an selbiger Fachhochschule.

1 Statt Vieler: Maurer, 16. Aufl., 2006, § 10, Rdn. 2.

2 Aus Praktikabilitätsgründen wird nachfolgend auf das VwVfG des Landes Mecklenburg-Vorpommern (VwVfG M-V) abgestellt. Dies erscheint auch unproblematisch, da die Regelungen in den Landes-VwVfG der verschiedenen Bundesländer ohnehin nahezu identisch sind. Allein das Verfahrensrecht des Landes Schleswig-Holstein im Allgemeinen Verwaltungsgesetz des Landes S-H (LVwG S-H) ist anders aufgebaut. Deshalb werden die jeweils relevanten Rechtsgrundlagen des LVwG S-H durch **Synopsen** in Fußnoten angegeben. Dies gilt auch für die entsprechenden Vorschriften im Sozialverwaltungsverfahren (SGB X) und in der Abgabenordnung (AO). Vgl. die entspr. Vorschriften zu § 42 VwVfG M-V: §§ 111 LVwG S-H; 38 SGB X; 129 AO.

3 So etwa Maurer, (Fn. 1), § 10, Rdn. 2; vgl. aber Wolff/Bachoff/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., 2000, § 49, Rdn. 1, die Rechtswidrigkeit als „Fehlerhaftigkeit im engeren Sinne“ bezeichnen.

4 Vgl. etwa bei Jaworsky in: Gienulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht (Ein Basisbuch), 7. Aufl., 2004, Rdn. 347 f.

5 Entsprechend §§ 112 I LVwG S-H; 39 I SGB X; 124 I AO.

6 Entsprechend §§ 112 II LVwG S-H; 39 II SGB X; 124 II AO.

7 Entsprechend §§ 112 III LVwG S-H; 39 III SGB X; 124 III AO.

8 Entsprechend §§ 113 I/II LVwG S-H; 40 I/II SGB X; 125 I/II AO.

II. Prüfung auf Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes (als erster Schritt)

Zunächst muss festgestellt werden, ob der Verwaltungsakt denn überhaupt fehlerhaft ist. Das ist regelmäßig der **erste Schritt** in einer Fallbearbeitung. Die Bandbreite möglicher Fehlerquellen ist dabei groß. In der Ausbildung bedient man sich dabei verschiedenster **Prüfungs- bzw. Aufbauschemata**, die inzwischen mehr oder weniger standardisiert sind und zwischen formellen und materiellen Voraussetzungen unterscheiden.

Anmerkung zum beigefügten Aufbauschema (abgedruckt am Ende der Abhandlung)

In aller Regel tragen die in der Ausbildungsliteratur verwendeten Aufbau-Prüfungsschemata die Bezeichnung „Die Rechtmäßigkeitsprüfung belastender Verwaltungsakte“ Mit dieser Bezeichnung wird deutlich, dass nach diesen Schemata nur diejenigen Fehler erfasst werden können, die zur Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit (also der schwersten Form der Rechtswidrigkeit) führen. Die ganze Bandbreite aller möglichen Fehlerquellen findet sich dort also nicht. Insoweit bleiben hier die unbeachtlichen Formalfehler sowie Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung außen vor. In dieser Darstellung sollen aber auch diejenigen Fehler berücksichtigt werden, die im Ergebnis nicht zur Rechtswidrigkeit führen. Es findet also eine umfassende Fehlerprüfung statt (was in der Bezeichnung des beigefügten Aufbauschemas „Fehlerquellen des Verwaltungsaktes“ auch zum Ausdruck kommt).

Bevor man bei einer Fallbearbeitung mit der formellen und materiellen Fehlerprüfung beginnt, muss man zunächst bei einem belastenden Verwaltungsakt prüfen, ob dieser auf eine gesetzliche **Ermächtigungsgrundlage** gestützt werden kann. Dies ist notwendigerweise der erste Schritt vor der Fehlerprüfung. Im Übrigen darf nicht vergessen werden, dass sich (*mittelbar oder unmittelbar*) aus der Ermächtigungsgrundlage auch spezielle formelle Voraussetzungen (*hins. Zuständigkeit, Verfahren, Form*) ergeben können.

1. Die Notwendigkeit einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage

Aus dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes folgt, dass jeder belastende Verwaltungsakt auf eine wirksame und ausreichende gesetzliche **Ermächtigungsgrundlage** (*Befugnisnorm*) gestützt werden muss⁹. Erforderlich ist danach ein formelles Gesetz oder eine sonstige Rechtsnorm (*Rechtsverordnung oder Satzung, die ihrerseits als untergesetzliche Rechtsnormen wieder einer formell-gesetzlichen Ermächtigung bedürfen*).

Bei der Suche nach der passenden Ermächtigungsgrundlage ist der „Subsidiaritätsgrundsatz“ zu beachten. Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz, der teilweise spezialgesetzlich geregelt ist (*vgl. etwa in §§ 35 VIII GewO; 12 II SOG M-V*), gehen spezielle Vorschriften den allgemeinen Vorschriften (*insbesondere den sog. „Generalklauseln“*) vor¹⁰.

Die im Fall einschlägige Ermächtigungsgrundlage muss weiterhin wirksam, d. h. mit höherrangigem (*Verfassungs-*) Recht in Einklang stehen.

Klausurhinweis

Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage sollte nur dann erfolgen, wenn der Sachverhalt Hinweise auf eine mögliche Unwirksamkeit bietet. Ist die Rechtsgrundlage einmal kein formelles Gesetz, sondern nur eine untergesetzliche Rechtsnorm (Rechtsverordnung oder Satzung), so ist an dieser Stelle zunächst die Wirksamkeit der Rechtsverordnung/Satzung zu prüfen.

Damit eine Rechtsvorschrift eine „Ermächtigungsgrundlage“ für einen belastenden Verwaltungsakt sein kann, muss sie **zwei Voraus-**

setzungen erfüllen: sie muss auf der Tatbestandsseite die materiellen Voraussetzungen für die Verwaltungsmaßnahme regeln sowie auf der Rechtsfolgenseite die Befugnis der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsaktes (*sog. „VA-Befugnis“*) beinhalten.

Die „VA-Befugnis“ betrifft die Frage, ob die Behörde durch den Gesetzgeber ermächtigt wurde, gerade durch einen Verwaltungsakt zu handeln, oder ob sie sich möglicherweise einer anderen Handlungsform bedienen muss. Ist eine solche Befugnis nicht erkennbar, so ist die Behörde darauf verwiesen, mittels anderer Handlungsformen tätig zu werden¹¹.

Eine VA-Befugnis kann sich aber auch aus der Auslegung¹² der gesetzlichen Vorschrift oder aus gewohnheitsrechtlicher Anerkennung ergeben, insbesondere wenn es um typische Über-/Unterordnungsverhältnisse geht. So gehört es nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG zu den hergebrachten und gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, dass beamtenrechtliche Ansprüche des Staates auch ohne ausdrückliche Ermächtigung durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden können¹³. In diesem Zusammenhang ist auch die von der Rechtsprechung entwickelte „Kehrseiten-theorie“¹⁴ zu beachten, wonach die Rückforderung einer Leistung (*als „actus contrarius“*) durch Verwaltungsakt erfolgen kann, wenn die Gewährung der Leistung zuvor durch einen Verwaltungsakt erfolgte.

Klausurhinweis

Die VA-Befugnis ist bei einer Fallbearbeitung nur dann zu prüfen, wenn die Ermächtigungsgrundlage keinerlei Anhaltspunkte bietet, dass die Behörde im Fall durch Verwaltungsakt handeln darf.

2. Die formellen und materiellen Fehlermöglichkeiten bei einem (belastenden) Verwaltungsakt

Die **formellen Prüfungspunkte** beziehen sich auf das **Zustandekommen** des Verwaltungsaktes. Es geht hier um die Zuständigkeit der Erlassbehörde, die ordnungsgemäße Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensbestimmungen (*insbesondere im Vorbereitungsstadium*) sowie die Beachtung der gesetzlich geforderten Formalien beim Erlass des Verwaltungsaktes.

⁹ Zur näheren Bestimmung hierfür hat das BVerfG die „**Wesentlichkeitstheorie**“ entwickelt. Darin formuliert das BVerfG als Grundformel, dass „der Gesetzgeber verpflichtet ist, -losgelöst vom Merkmale des Eingriffs- in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“, dies also nicht der Verwaltung zu überlassen; vgl. BVerfGE 49, 148 (165).

¹⁰ So gehen etwa die Sondervorschriften über Rücknahme und Widerruf im Gaststättenrecht nach § 15 GastG den allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG M-V (entspr. §§ 116, 117 LVwG S-H; 44-48 SGB X; 130, 131 AO) vor.

¹¹ Vgl. P. Stelkens/U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Kommentar), § 35, Rdn. 21; Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 44, Rdn. 54 ff.. Begründet wird dies insbes. mit der vollstreckungsrechtlichen (Titel-) Funktion des VA, wonach die Behörde berechtigt ist, ohne Beschreitung des Klageweges die durch VA begründeten Rechte und Pflichten selbst durchsetzen zu können; vgl. hierzu Moenikes, Die „VA-Befugnis“ der Verwaltungsbehörden, JA-Übungsblätter, 1983, 139 ff.; a. A. Maurer, der grundsätzlich von der implizierten Befugnis der Verwaltung ausgeht, öffentlich-rechtliche Pflichten durch VA -auch ohne spezifische Handlungsermächtigung- zu konkretisieren und mithin folgert, der Vorbehalt des Gesetzes beziehe sich nicht auch auf die Handlungsform, vgl. Maurer, (Fn. 1), § 10, Rdn. 5; differenzierend Osterloh, Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des VA?, JuS 1983, 280 ff.

¹² Dabei ist in der Rechtsprechung die Tendenz zu beobachten, die VA-Befugnis durch eine weite Gesetzesauslegung herzuleiten, vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 12), § 44, Rdn. 59, m.w.N.

¹³ Grundlegend hierzu BVerwGE 19, 242 ff. Zur Zulässigkeit einer Rückforderung zuviel gezahlter (Anwärter-)Bezüge durch Verwaltungsakt vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 372 (373) unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG. Zur Bestätigung und näheren Begründung der bisherigen Rechtsprechung vgl. BVerwGE 28, 1 ff.

¹⁴ Vgl. nur bei Maurer, (Fn. 1), § 10, Rdn. 7.

Die **materielle Prüfung** bezieht sich auf den **Inhalt** des Verwaltungsaktes.

Zu den materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gehört insbesondere, dass der Verwaltungsakt durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist sowie bei Ermessensentscheidungen ermessensfehlerfrei ist, dem Verhältnismäßigkeits- und dem Bestimmtheitsgrundsatz (§ 37 I VwVfG M-V¹⁵) entspricht.

Hinsichtlich der einzelnen Prüfungspunkte wird auf das am Ende dieser Abhandlung beigefügte Aufbauschema „**Fehlerquellen des Verwaltungsaktes**“ verwiesen.

III. Feststellung der Fehlerfolgen (als zweiter Schritt)

Wenn bei der Fehlerprüfung (nach dem Prüfungsschema) ein „Fehler“ entdeckt wird, so muss im nächsten Schritt geprüft werden, wie sich dieser Fehler auf den Verwaltungsakt auswirkt.

Die unterschiedlichen Fehler, die bei einem Verwaltungsakt auftreten können, kann man grob unterteilt nach dem „Schweregrad“ des Fehlers in **drei Gruppen** erfassen:

Die **erste Gruppe** umfasst unbeachtliche Formalfehler sowie Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung. Verwaltungsakte mit solchen Fehlern bezeichnet man in der Ausbildungsliteratur als „**unrichtige Verwaltungsakte**“¹⁶.

In die **zweite Gruppe** gehören Verwaltungsakte mit „mittelschweren Fehlern“; man spricht hier zur besseren Verständlichkeit üblicherweise von „**schlicht rechtswidrigen Verwaltungsakten**“.

Die **dritte Gruppe** erfasst die schweren „pathologischen“ Fälle. Verwaltungsakte mit besonders schweren Fehlern sind „**nichtige Verwaltungsakte**“.

Ein Verwaltungsakt ist nichtig, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 44 III VwVfG oder einer speziellen Nichtigkeitsnorm vorliegen. Zweckmäßigerweise wird die Feststellung der Nichtigkeit nach dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ in vier Schritten und in folgender Reihenfolge geprüft:

Zunächst ist zu prüfen, ob eine spezielle Nichtigkeitsnorm vorhanden ist (etwa bei nichtiger Beamtenernennung §§ 11 BBG, 13 LBG M-V). Ist eine spezielle Norm nicht ersichtlich, so wird auf § 44 VwVfG M-V abgestellt und zuerst geprüft, ob der Fehler im sog. „Positivkatalog“ des § 44 II VwVfG M-V (als absoluter Nichtigkeitsgrund) aufgeführt ist. Im nächsten Schritt wird der „Negativkatalog“ des § 44 III VwVfG M-V überprüft. Falls sich der Fehler in der dort genannten Aufzählung findet, so ist eine Nichtigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers auszuschließen. Falls nicht, kann möglicherweise eine Nichtigkeit anhand der „Generalklausel“ des § 44 I VwVfG M-V in Betracht kommen. Hierbei sind die beiden Tatbestandsmerkmale der Generalklausel, nämlich Vorliegen eines „besonders schwerwiegenden Fehlers“¹⁷ und „Offenkundigkeit“¹⁸ (sog. Evidenz), zu prüfen.

1. Fehlerfolgen beim „unrichtigen Verwaltungsakt“

Die Fehler, die einem „unrichtigen Verwaltungsakt“ zu Grunde liegen, sind einmal die **unbeachtlichen Formalfehler** i.S.d. § 42 VwVfG M-V¹⁹.

Nach dieser Norm werden nur offenkundige (also für die Beteiligten erkennbare) Unrichtigkeiten in der Erklärungshandlung erfasst. Wie im Gesetz bereits ausgeführt, sind dies offenbare Schreib- oder Rechenfehler oder ähnliche offenbare Unrichtigkeiten. Bei solchen Fehlern, die offensichtlich allein auf ein Versehen des Sachbearbeiters zurückzuführen sind, liegt kein Verstoß gegen konkrete Rechtsnormen vor. Der Verwaltungsakt wird dadurch nicht rechtswidrig²⁰.

Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung oder gar völliges Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung führt ebenso wie unbeachtliche Formalfehler i.S.d. § 42 VwVfG M-V nicht zur Rechtswidrigkeit. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber eine besondere („atypische“) Rechtsfolge in § 58 II VwGO angeordnet, wonach sich die Frist zur Einlegung des Rechtsbehelfs (von einem Monat) ein Jahr verlängert.

Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung, wenn die in § 58 I VwGO genannten zwingend erforderlichen Bestandteile fehlen (Bezeichnung des Rechtsbehelfs, der Verwaltungsbehörde bzw. des Gerichts, den Sitz sowie die Rechtsbehelfsfrist). Unrichtig ist eine Rechtsbehelfsbelehrung aber auch, wenn sie (etwa auf Grund unrichtiger Zusätze) geeignet ist, beim betroffenen Bürger einen Irrtum über die Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und dadurch die Rechtsbehelfseinlegung zu erschweren²¹.

2. Fehlerfolgen beim „schlicht rechtswidrigen Verwaltungsakt“

Unter dem Begriff des „schlicht rechtswidrigen Verwaltungsaktes“ versteht man einen Verwaltungsakt, der weder an einem offenkundigen Formalfehler i.S.d. § 42 VwVfG M-V bzw. einer fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung noch an einem besonders schwerwiegenden Fehler mit Nichtigkeitsfolge (i.S.d. § 44 VwVfG M-V) leidet²². Nach dieser Negativabgrenzung handelt es sich im Ergebnis also um Verwaltungsakte mit „mittelschweren Fehlern“.

Die Folgen eines schlicht rechtswidrigen Verwaltungsaktes ergeben sich aus § 43 II VwVfG M-V.

Nach dieser Vorschrift ist der schlicht rechtswidrige Verwaltungsakt so lange voll wirksam, bis er entweder von der Verwaltung zurückgenommen bzw. widerrufen oder auf Betreiben des Bürgers im Rechtsbehelfsverfahren aufgehoben wird. Wird der schlicht rechtswidrige Verwaltungsakt nicht vom Bürger innerhalb der einschlägigen Rechtsbehelfsfristen angefochten, so erlangt er (trotz seiner Rechtswidrigkeit!) formelle Bestandskraft. Ein formell bestandskräftiger Verwaltungsakt kann vom Bürger nicht mehr mit förmlichen Rechtsbehelfen (Widerspruch oder Klage) angefochten werden. Die Behörde kann einen bestandskräftigen Verwaltungsakt (soweit er auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist) mit Zwangsmitteln vollziehen.

3. Fehlerfolgen beim „nichtigen Verwaltungsakt“

„Nichtige Verwaltungsakte“ leiden unter besonders gravierenden Fehlern, was bereits aus einer Betrachtung der im „Positivkatalog“ des § 44 II VwVfG M-V aufgezählten Nichtigkeitsgründen deutlich wird.

Die Fehlerfolge eines nichtigen Verwaltungsaktes ergibt sich bereits aus seinem Begriff. „Nichtigkeit“ bedeutet „Unwirksamkeit“.

15 Entsprechend §§ 108 ILVwG S-H; 33 I SGB X; 119 I AO.

16 Vgl. etwa bei Jaworsky in: Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, (Fn. 4), Rdn. 347 f.

17 „Besonders schwerwiegende Fehler“ i.S.d. § 44 I VwVfG M-V sind solche, die in einem so eklatanten Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zu Grunde liegenden Wertvorstellungen stehen, dass es unerträglich wäre, wenn die mit ihnen behafteten Verwaltungsakte Rechtswirkungen hätten. Die in Abs. I erwähnten „besonders schwerwiegenden“ Fehler müssen in Tragweite und Schwere grundsätzlich den in Abs. II genannten Gründen vergleichbar sein.

18 Offenkundigkeit oder „Evidenz“ des Fehlers i.S.d. § 44 I VwVfG M-V bedeutet, dass die schwere Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes für einen Durchschnittsbürger ohne weiteres ersichtlich sein muss. Die so genannten „Parallelwertung in der Laiensphäre“ reicht aus, d. h., exakte Kenntnis und Subsumtion verletzter Rechtsnormen sind nicht erforderlich. Zur Vertiefung siehe bei Maurer, (Fn. 1), § 10, Rdn. 31 f.

19 Entsprechend §§ 111 LVwG S-H; 38 SGB X; 129 AO.

20 Anders selbstverständlich, wenn der Behörde ein inhaltlicher (Denk- bzw. Berechnungs-)Fehler unterlaufen ist.

21 Vgl. Stein, Bescheidtechnik, 1. Aufl., 2007, Rdn. 243 ff.; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 15. Aufl., 2007, § 58, Rdn. 10 ff.

22 Ähnliche Abgrenzung auch bei Jaworsky in: Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, (Fn. 4), Rdn. 327.

Diese Folge hat auch der Gesetzgeber in § 43 III VwVfG M-V klar und deutlich ausgesprochen. Durch diese Regelung will der Gesetzgeber dafür sorgen, dass besonders schwerwiegend fehlerhafte Verwaltungsentscheidungen nicht erst angefochten oder von der Behörde aufgehoben werden müssen. Unwirksame Verwaltungsakte sind zwar existent, erzeugen aber keine Rechtswirkungen und binden daher weder Behörde noch Bürger²³.

IV. Prüfung von Korrekturmöglichkeiten (als dritter Schritt)

Nach Feststellung des Fehlers und seiner (*unmittelbaren*) Folge wird in einem **dritten Schritt** geprüft, ob der Fehler – soweit er überhaupt beachtlich ist – eventuell „korrigiert“ werden kann.

1. Korrekturmöglichkeiten beim „unrichtigen Verwaltungsakt“

Die Korrekturmöglichkeiten bei einem **unbeachtliche Formalfehler i.S.d. § 42 VwVfG M-V** (*offenbare Schreib- oder Rechenfehler oder ähnliche offenbare Unrichtigkeiten*) ergeben sich unmittelbar aus § 42 VwVfG M-V selbst.

Nach Satz 1 dieser Vorschrift kann die Verwaltungsbehörde solche Fehler jederzeit (*auch nach Einlegung von Rechtsbehelfen oder Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes*) berichtigen. Aus Satz 2 der Vorschrift ergibt sich sogar eine Berichtigungspflicht bei berechtigtem Interesse eines davon betroffenen Bürgers. Die Berichtigung wirkt auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurück. Nach herrschender Meinung wird die Berichtigung nicht als Verwaltungsakt angesehen²⁴.

Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung können jederzeit durch Berichtigung geheilt werden. Im Falle einer fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung erfolgt die „Heilung“ durch Nachholung. Eine zeitliche Grenze setzt allerdings die Ausschlussfrist des § 58 II VwGO. Die Frist beginnt dann mit der Bekanntgabe der korrigierten bzw. nachgeholt, fehlerfreien Rechtsbehelfsbelehrung zu laufen²⁵. Die Berichtigung bzw. Nachholung kann in einem einfachen behördlichen Schreiben erfolgen²⁶.

2. Korrekturmöglichkeiten beim (*schlicht*) rechtswidrigen Verwaltungsakt

2.1 Die „Heilung“ nach § 45 VwVfG M-V²⁷

Einige fehlerhafte Verwaltungsakte können aus Gründen der Verfahrensökonomie von der Behörde nach § 45 VwVfG M-V geheilt werden. In Betracht kommen hier allein die im Katalog des § 45 I VwVfG M-V aufgezählten Verfahrens- oder Formfehler²⁸.

Nicht heilbar sind diese Verfahrens- oder Formfehler allerdings dann, wenn der Fehler (*ausnahmsweise*) einmal so schwerwiegend ist, dass er zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führt²⁹.

Eine „Heilung“ des Verfahrens- oder Formfehlers tritt aber erst dann ein, wenn die Verwaltungsbehörde eine wirkliche Heilungsmaßnahme (*„Nachholungshandlung“*) vornimmt, was bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz zulässig ist.

Umstritten ist, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Heilung eines **Verstoßes gegen die Anhörungspflicht** in § 28 I VwVfG M-V allein durch die Durchführung eines **Widerspruchsverfahrens** (*also ohne ausdrückliche Nachholungshandlung*) nach § 45 I Nr. 3 VwVfG M-V erfolgen kann.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG³⁰ soll dieser formelle Fehler durch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens dann als geheilt angesehen werden, wenn der Betroffene ausreichend Möglichkeit zur Stellungnahme hat und sich die Widerspruchsbehörde

mit seinem Vorbringen bei ihrer Entscheidung (*dem zu erlassenden Widerspruchsbescheid*) auseinandersetzt. Dies setzt also voraus, dass zunächst von der Ausgangsbehörde ein mit Gründen versehener Bescheid erlassen wurde, der die Auffassung der Ausgangsbehörde zum Ausdruck bringt und dem Betroffenen auch bewusst macht, nimmere durch Widerspruchseinlegung seine Ansicht zu der behördlichen Entscheidung vortragen zu können.

Eine Berücksichtigung der Stellungnahme des Bürgers im Widerspruchsverfahren ist freilich nur möglich, wenn dieser seinen Rechtsbehelf auch begründet. Als nicht ausreichend muss somit die bloße Möglichkeit erachtet werden, Widerspruch erheben und diesen auch begründen zu können. Erst eine tatsächlich abgegebene Begründung des Widerspruchs – die überdies gesetzlich nicht verlangt wird – ermöglicht es der Widerspruchsbehörde, ein konkretes Vorbringen bei ihrer Widerspruchsentscheidung zu berücksichtigen³¹. Unter diesen Voraussetzungen kann der Sinn der Anhörung, nämlich die Entscheidung unter Berücksichtigung der Äußerung des Beteiligten, in vollem Maße erreicht und der Heilungsvorschrift des § 45 I VwVfG M-V entsprochen werden³².

2.2 Die Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG M-V³³

Ist eine Heilung des Verfahrens- oder Formfehlers einmal nicht möglich³⁴, so kann ein solcher Fehler (*oder auch ein örtlicher Zuständigkeitsfehler*) nach dem Wortlaut des § 46 VwVfG M-V dann folgenlos bleiben, „wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat“.

Mit anderen Worten darf der (*formelle*) Fehler also keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Sachentscheidung haben; die inhaltliche Entscheidung dürfte also offensichtlich auch unter Beachtung der formellen Vorschrift nicht anders ausfallen. Das ist insbesondere bei gebundenen Entscheidungen oder bei einer Ermessensreduzierung auf Null (*sog. Fälle der Alternativlosigkeit*) der Fall.

23 Obwohl unwirksame Verwaltungsakte keine Rechtswirkungen erzeugen und insbesondere vom Bürger nicht beachtet werden müssen, kann der Bürger trotzdem in bestimmten Situationen ein rechtliches Interesse daran haben, die Unwirksamkeit behördlich feststellen zu lassen (etwa um einen bestimmten Rechtsschein auszuschießen). Dies kann er mit einem Antrag an die Behörde nach § 44 V VwVfG M-V (vgl. die gleichlautenden §§ 113 V LVwG S-H, 40 V SGB X sowie entsprechend für die Finanzbehörden § 125 V AO) erreichen. Auch gibt es natürlich Fälle, in denen die Nichtigkeit zwischen Behörde und Bürger strittig ist und die Beteiligten unterschiedliche Auffassungen darüber haben. In diesen Fällen kann der Bürger eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (*sog. „Nichtigkeitsfeststellungsklage“* gem. § 43 I VwGO) hinsichtlich des umstrittenen Verwaltungsakts vor dem Verwaltungsgericht erheben. Zur Vertiefung siehe bei *Mauer*, (Fn. 1), § 10, Rdn. 37.

24 Vgl. *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Kommentar), 10. Aufl., 2008, § 42, Rdn. 13 f.

25 Vgl. *Kopp/Schenke*, (Fn. 21), § 58, Rdn. 8 m.w.N.

26 Dies gilt auch für die Nachholung/Berichtigung einer Rechtsbehelfsbelehrung zu einem Widerspruchsbescheid. Eine Zustellung ist deshalb nicht erforderlich, weil die Rechtsbehelfsbelehrung kein Bestandteil des Widerspruchsbescheides ist und der Zustellungszwang des § 73 III VwGO sie daher nicht ergreift; gleichwohl ist eine Zustellung aus Gründen der Rechtssicherheit empfehlenswert; vgl. *Pietzner/Ronellenfötsch*, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 11. Aufl., 2005, § 48, Rdn. 16.

27 Entsprechend §§ 114 LVwG S-H; 41 SGB X; 126 AO.

28 Beispiele für solche Verfahrens- oder Formfehler sind: unterbliebene Mitwirkung Dritter, Beteiligung befangener Amtsträger, fehlende Anhörung, fehlende Begründung.

29 Vgl. *Stein*, *Die Anhörung im Verwaltungsverfahren* nach § 28 VwVfG, VR 1997, 238 (239).

30 Vgl. BVerwGE 66, 111 (114 f.).

31 So im Ergebnis auch bei *Schmidt*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 2007, Rdn. 551 f.; *Beaucamp*, *Heilung und Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern im Verwaltungsverfahren*, JA 2007, 117 (118).

32 Ausführlich und mit weiteren Nachweisen dazu *Stein*, *Die Anhörung im Verwaltungsverfahren* nach § 28 VwVfG, VR 1997, 238.

33 Entsprechend §§ 115 LVwG S-H; 42 SGB X; 127 AO.

34 Insoweit genießt § 45 VwVfG M-V Vorrang vor § 46 VwVfG M-V. Im Übrigen ist in einer Fallbearbeitung § 46 VwVfG M-V erst zu erörtern, wenn die materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes feststeht.

In der Folge bleibt im Falle des § 46 VwVfG M-V die (*schlichte*) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zwar bestehen, doch wird (*nach wohl h. M.*)³⁵ dem Bürger ein Aufhebungsanspruch versagt, wenn im konkreten Fall die Behörde ohne den Verfahrens- bzw. Formfehler in der Sache den gleichen Verwaltungsakt sofort wieder fehlerfrei neu erlassen könnte³⁶. Ein vom Bürger eingelegter Anfechtungswiderspruch (*oder eine Anfechtungsklage*) wäre insoweit erfolglos³⁷.

2.3 Das „Nachschieben von Gründen“

Das sog. „Nachschieben von Gründen“ im Widerspruchsverfahren oder im Verwaltungsprozess ist eine „Reparaturmöglichkeit“ bei materiell-rechtswidrigen Verwaltungsakten. Eine gesetzliche Regelung existiert hierfür nicht; insoweit sind die von der Rechtsprechung hervorgebrachten Grundsätze hier maßgebend.

Es handelt sich dabei um den Fall, dass ein Verwaltungsakt mit der gegebenen Begründung schlicht rechtswidrig ist, aber mit einer anderen Begründung durchaus rechtmäßig sein kann. Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Behörde etwa den Sachverhalt unter die Tatbestandsbegriffe falsch subsumiert hat (*also etwa anstatt „öffentlicher Sicherheit“ fälschlicherweise „öffentliche Ordnung“ bejaht hat*) oder die Entscheidung etwa auf eine falsche Ermächtigungsgrundlage gestützt hat (*beispielsweise unter Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip eine Sonderordnungsvorschrift nicht erkannt hat, die inhaltlich die gleichen Voraussetzungen enthält*).

Beim sog. „Nachschieben (*oder Auswechseln*) von Gründen“³⁸ wird lediglich eine materiell fehlerhafte Begründung (*oder eine fehlerhafte Ermächtigungsgrundlage*) nachgebessert bzw. durch eine „richtige“ ausgetauscht, ohne dass an der Regelung des Verwaltungsaktes etwas geändert wird. Es wird also nur die Rechtfertigung der getroffenen Regelung korrigiert.

2.4 Die Umdeutung nach § 47 VwVfG M-V³⁹

Ferner gibt es die Möglichkeit, einen schlicht rechtswidrigen, fehlerhaften Verwaltungsakt in einen rechtmäßigen und fehlerfreien Verwaltungsakt umzudeuten (§ 47 VwVfG M-V). Eine solche Korrektur beseitigt den Fehler und macht den Verwaltungsakt wieder rechtmäßig. Dabei wird (*nach wohl h. M.*) allerdings kein neuer Verwaltungsakt erlassen, sondern nur der Verwaltungsakt mit einer neuen Regelung aufrechterhalten⁴⁰. Dieser Korrekturmöglichkeit liegt die Idee zu Grunde, dass eine einmal getroffene behördliche Entscheidung nicht unnötig rückgängig gemacht werden soll, wenn sie sich auf eine andere als die ursprünglich gedachte Grundlage stützen lässt. Entspricht also ein rechtswidriger Verwaltungsakt den formellen und materiellen Voraussetzungen eines anderen Verwaltungsaktes, so soll letzterer über § 47 VwVfG M-V als erlassen angesehen werden können⁴¹. Der ursprüngliche Verwaltungsakt besteht damit mit „neuem“ Inhalt fort⁴². Dabei sind allerdings die Einschränkungen in Abs. II und III zu beachten. Danach darf insbesondere ein gebundener Verwaltungsakt nicht in einen Ermessens-Verwaltungsakt umgedeutet werden. Zuständig für die Umdeutung ist die Ausgangsbehörde und im Widerspruchsverfahren die Widerspruchsbehörde. Nach ganz herrschender Meinung ist auch das zulässigerweise angerufene Verwaltungsgericht zu einer Umdeutung berechtigt⁴³.

3. Korrekturmöglichkeiten beim nichtigen Verwaltungsakt

Wie aus § 43 III VwVfG M-V folgt, ist ein nichtiger Verwaltungsakt unwirksam und erzeugt (*wie oben dargestellt*) keinerlei Rechtswirkungen. Insoweit bedarf er auch keiner Korrektur. Nichtige Verwaltungsakte sind daher einer „Heilung“ i.S.d. § 45 VwVfG M-V nicht zugänglich; auch scheidet eine „Unbeachtlichkeit“ i.S.d. § 46 VwVfG M-V aus (*vgl. hierzu auch die ausdrückliche gesetzliche Klarstellung in §§ 45 I, 46 VwVfG M-V*).

Erwähnt seien hier allerdings einige spezielle Sonderfälle im Beamtenecht, bei denen beispielsweise eine nichtige Beamtenernennung durch rückwirkende Bestätigung „geheilt“ werden kann und damit als von Anfang an wirksam gilt (*vgl. §§ 8 I 2 BRRG, 11 I 2 BBG, 13 II LBG M-V*). Hierbei handelt es sich aber um sehr seltene und überdies auch im Rahmen der allgemeinen Fehlerlehre als systemwidrig anzusehende Ausnahmefälle.

Ferner gibt es die Möglichkeit, auch einen nichtigen Verwaltungsakt in einen rechtmäßigen und fehlerfreien Verwaltungsakt nach § 47 VwVfG M-V umzudeuten, denn diese Vorschrift ist sowohl bei schlicht rechtswidrigen als auch bei nichtigen Verwaltungsakten anwendbar⁴⁴.

V. Sonderfall: Fehlerhafte Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes

Nicht systematisch einzuordnen in die „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“ sind die Fälle der fehlerhaften Bekanntgabe von Verwaltungsakten.

Während im Fall der fehlenden Bekanntgabe von Verwaltungsakten übereinstimmend in Literatur und Rechtsprechung von der Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes (*bzw. von einem sog. „Nichtakt“*) gesprochen wird, sind die (*gesetzlich nicht geregelten*) Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe strittig. Teilweise wird vertreten, dass ein Verstoß gegen gesetzliche Bekanntgabe- bzw. Zustellungsvorschriften zur Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes führen müsse⁴⁵. Demgegenüber vertritt die wohl herrschende Meinung unter Berücksichtigung der Bedeutung der §§ 43, 44 VwVfG M-V die Auffassung, dass ein Verstoß gegen Bekanntgabe- bzw. Zustellungsbestimmungen (*soweit nicht gleichzeitig ein Nichtigkeitsgrund i.S.d. § 44 III VwVfG M-V vorliegt*) nicht zur Unwirksamkeit führen könne. In solchen Fällen sei grundsätzlich von einem wirksamen Verwaltungsakt auszugehen, der einer Heilung zugänglich sei (*etwa nach §§ 102 VwVfG M-V, 8 VwZG/153 LVwG S-H*). Überdies komme hier eine Unbeachtlichkeit des Bekanntgabefehlers i.S.d. § 46 VwVfG M-V in Betracht⁴⁶. Zu beachten ist jedoch, dass in solchen Fällen (*als Folge des Verstoßes gegen die Bekanntgabebestimmungen*) die Rechtsbehelfsfristen nicht in Lauf gesetzt werden⁴⁷.

35 Siehe die Übersicht über den Meinungsstand bei Kopp/Ramsauer, (Fn. 24), § 46, Rdn. 41 ff.

36 Insoweit soll § 46 VwVfG M-V der Verfahrensökonomie dienen. Zur Vertiefung: Schnapp/Henkenötter, Wann ist ein Verwaltungsakt fehlerhaft?, JuS 1998, 624.

37 Zur Frage der Rechtsverletzung i.S.d. § 113 I 1 VwGO vgl. Schnapp/Cordewener, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts? JuS 1999, 147 (151). Umstritten ist auch, ob § 46 VwVfG die Möglichkeit der Behörde ausschließt, den (formell) rechtswidrigen Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG zurückzunehmen; vgl. Kopp/Ramsauer, (Fn. 25), § 46, Rdn. 45. Diese Problematik dürfte allerdings in der Praxis kaum bedeutsam sein, da die Behörde kaum Anlass sehen wird, einen unbeachtlichen Fehler durch Rücknahme zu beseitigen.

38 Zum „Nachschieben von Gründen“ vgl. die Leitentscheidung des BVerwG in BVerwGE 39, 191 (195), die zugleich Ausdruck der herrschenden Literaturmeinung ist.

39 Entsprechend §§ 115 a LVwG S-H; 43 SGB X; 128 AO.

40 Vgl. zum Streitstand: Kopp/Ramsauer, (Fn. 24), § 47, Rdn. 7.

41 Schnapp/Cordewener, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts? JuS 1999, 147.

42 Insoweit stellt die Umdeutung im weiteren Sinne eine „Heilung“ des rechtswidrigen Verwaltungsaktes dar.

43 Vgl. Kopp/Ramsauer, (Fn. 24), § 47, Rdn. 35 a.

44 Vgl. Kopp/Ramsauer, (Fn. 24), § 47, Rdn. 12; Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 11), § 47, Rdn. 31; a. A. Meyer in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 8. Aufl., 2004, § 47, Rdn. 8.

45 Insoweit wird hier die gleiche Folge wie bei einer fehlenden Bekanntgabe gefolgert; vgl. Kopp/Ramsauer, (Fn. 24), § 41, Rdn. 25.

46 Ausführlich hierzu unter Darstellung des Sach- und Streitstandes Schmidt, (Fn. 31), Rdn. 483 f.

47 Zustimmung Schmidt, (Fn. 31), Rdn. 484; Pietzner/Ronellenfisch, (Fn. 26), § 33, Rdn. 9.

Fehlerquellen des Verwaltungsaktes⁴⁸

I. Fehlen einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG); Subsidiaritätsprinzip beachten (spezielle EGL gehen vor); Verfassungsmäßigkeit der EGL nur erörtern, wenn untergesetzliche Rechtsnorm (etwa Gefahrenabwehr-Verordnungen) bzw. bei besonderen Anhaltspunkten; ggf. VA-Befugnis prüfen.

Das Fehlen einer gesetzlichen EGL führt als materieller Fehler zur schlichten Rechtswidrigkeit (und damit zur Anfechtbarkeit) des Verwaltungsaktes (VA).

II. Formelle Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes

1. Fehlende Zuständigkeit der Erlassbehörde

1.1 Sachliche Unzuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bezieht sich auf die Zuständigkeit eines bestimmten Organs (Behörde) eines Verwaltungsträgers zur Erledigung einer bestimmten Sachaufgabe (erfolgt meist aus speziellen Vorschriften – ggf. i.V.m. Zuständigkeits-VO).

1.2 Inanzielle Unzuständigkeit

Bei mehrstufigem Behördenaufbau muss grundsätzlich die Behörde der „unteren Instanz“ handeln.

1.3 Örtliche Unzuständigkeit

Falls keine Spezialnorm, auf § 3 VwVfG M-V (§§ 31 LVwG S-H; 2 SGB X) abstellen;

bei fehlerhafter örtlicher Zuständigkeit evt. Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG M-V (§§ 115 LVwG S-H; 42 SGB X; 127 AO) prüfen.

2. Verletzung von Verfahrensvorschriften

§§ 9 ff. VwVfG M-V (teilw. auch spezielle Regelungen), insbesondere:⁴⁹

- *keine Mitwirkung ausgeschlossener Personen bei möglicher Interessenkollision gem. §§ 20, 21 VwVfG M-V (§§ 81, 81 a LVwG S-H; 16, 17 SGB X; 82, 83 AO);*
- *Anhörung des Betroffenen vor Erlass eines eingreifenden VA nach § 28 I VwVfG M-V (§§ 87 I, LVwG S-H; 24 I SGB X; 91 I AO); Verstöße gegen Verfahrensvorschriften führen i.d.R. zur schlichten Rechtswidrigkeit (und damit zur Anfechtbarkeit) des VA. Vgl. aber die Heilungsmöglichkeiten nach § 45 I Nr.1, 3–5 VwVfG M-V (§§ 114 LVwG S-H; 41 SGB X; 126 AO) sowie die evt. Unbeachtlichkeit des rechtswidrigen VA nach § 46 VwVfG M-V.*
- *Fehlende Bekanntgabe führt zur Unwirksamkeit des VA. Bei fehlerhafter Bekanntgabe/Zustellung ist VA wirksam; Heilungsmöglichkeiten (§§ 102 VwVfG M-V, 8 VwZG (153 LVwG S-H)) bzw. § 46 VwVfG M-V (§§ 115 LVwG S-H; 42 SGB X; 127 AO) prüfen.*

3. Verletzung von Formvorschriften

§§ 37 II, III, 39 I VwVfG M-V (§§ 108, 109 LVwG S-H; 33 II, III, 35 I SGB X; 119 II, III, 121 AO) -teilw. auch spezielle Regelungen. Beispielsweise:

- *Nichterkennbarkeit der Ausgangsbehörde (§ 39 I VwVfG M-V) führt als besonders schwerwiegender Formfehler gem. § 44 II Nr. 1 VwVfG M-V zur Nichtigkeit und damit Unwirksamkeit (§ 43 III VwVfG M-V).*
- *Fehlen einer vorgeschriebenen Urkunde führt als besonders schwerwiegender Formfehler gem. § 44 II Nr. 2 VwVfG M-V zur Nichtigkeit und damit Unwirksamkeit (§ 43 III VwVfG M-V).*
- *Fehlende Begründung (tatsächliche und rechtliche Gründe) eines elektronischen/schriftlichen VA (§ 39 I VwVfG M-V). Bei Verstoß gegen das Begründungserfordernis wird VA schlicht rechtswidrig und anfechtbar. Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr.2 VwVfG M-V und evt. Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG M-V prüfen.*
- *Offenkundige Formalfehler i.S.d. § 42 VwVfG M-V (§§ 111 LVwG S-H; 38 SGB X; 129 AO); in der Erklärungshandlung sind unbeachtlich (keine Rechtswidrigkeit) und lösen nur einen Berichtigungsanspruch aus.*
- *Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung (§ 58 I VwGO). Bei fehlerhafter oder vollständig fehlender Rechtsbehelfsbelehrung „atypische Fehlerfolge“ des § 58 II VwGO, d.h. Verlängerung der Frist auf ein Jahr (keine Rechtswidrigkeit des VA!).*

⁴⁸ Die umfassende Bezeichnung bringt zum Ausdruck, dass das nachfolgende Prüfungsschema nicht auf diejenigen Fehler beschränkt ist, die zur schlichten Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit führen.

⁴⁹ Die nachfolgenden Beispiele sind nur exemplarisch und deshalb nicht abschließend (gleiches gilt bei den Formfehlern).

III. Materielle Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes

1. Fehler auf der Tatbestandsseite der Ermächtigungsgrundlage

- ▶ Prüfung, ob die **Tatbestandsvoraussetzungen** der EGL erfüllt sind
- bei **unbestimmten Rechtsbegriffen**⁵⁰ („Unzuverlässigkeit“, „öffentliche Ordnung“) Auslegung erforderlich; bei falscher Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (wird überwiegend als „Subsumtionsfehler“ bezeichnet) ist der VA grundsätzlich schlicht rechtswidrig und damit anfechtbar.
Beachte die „**Heilungs-Möglichkeit**“ bei Subsumtionsfehlern. Falls es wegen dieses Fehlers zu einem Widerspruchsverfahren kommt, so kann die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid die Entscheidung nunmehr auf die richtigen Tatbestandsbegriffe stützen, sofern dadurch der VA nicht wesentlich geändert wird⁵¹. Die Widerspruchsbehörde kann also mit heilender Wirkung unzutreffende rechtliche Gründe durch zutreffende ersetzen. Dies bezeichnet man als sog. „Nachschieben von (Rechts-)Gründen“ (bzw. Austausch der Gründe). Diese (gesetzlich nicht geregelte) „Heilungs-Möglichkeit“ ist von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelt worden.
- wenn (ausnahmsweise) Beurteilungsspielraum (etwa bei Prüfungsentscheidungen) auf Beurteilungsfehler (bestimmte Verfahrensfehler, wie etwa Fehlbesetzung einer Prüfungskommission) prüfen.

2. Fehler auf der Rechtsfolgenseite der Ermächtigungsgrundlage

- ▶ bei **gebundenen Normen** (Erkennungszeichen: „ist“, „muss“) auf Übereinstimmung mit gesetzlich vorgeschriebener Rechtsfolge prüfen;
- ▶ bei **Ermessensnormen** (Erkennungszeichen: „kann“, „darf“) hat die Behörde Handlungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite der Norm in zweifacher Hinsicht:
 1. **Entschließungsermessen** (→ Handlungsspielraum, OB gehandelt wird, sog. „Opportunitätsprinzip“);
 2. **Auswahlermessen** (→ Handlungsspielraum, WIE und gegen WEN gehandelt wird = sog. Auswahlermessen hins. des Mittels und des Adressaten).

Die Behörde muss bei Ermessensentscheidungen die Grenzen des § 40 VwVfG M-V (§ 73 LVwG S-H) beachten, sonst handelt sie rechtswidrig. Die fehlerfreie Ausübung des Ermessens unterliegt einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung (§ 114 S. 1 VwGO).

Arten von Ermessensfehlern

- **Ermessensnichtgebrauch** (auch „Ermessensausfall“ bzw. „Ermessensunterschreitung“ genannt)
Behörde stellt keinerlei Ermessenserwägungen an, etwa aus Nachlässigkeit oder weil sie irrtümlich annimmt, sie sei rechtlich zum Handeln verpflichtet.
Beim Ermessensnichtgebrauch (als sog. „Vorgangsfehler“) ist der VA grundsätzlich schlicht rechtswidrig und damit anfechtbar.
Beachte aber die „**Heilungs-Möglichkeit**“ beim Ermessensnichtgebrauch im Widerspruchsverfahren. Danach kann die Widerspruchsbehörde (als „Reparaturbetrieb“) Ermessensgründe ergänzen und bei Ermessensnichtgebrauch erstmals die notwendigen Ermessenserwägungen anstellen. Teilweise wird dies als „Nachschieben von Ermessenserwägungen“ bezeichnet⁵². Voraussetzung ist aber, dass die Widerspruchsbehörde die Entscheidung der Ausgangsbehörde im Ergebnis halten kann⁵³.
- **Ermessensfehlgebrauch** (auch „Ermessensmissbrauch“ genannt)
 - Behörde hält sich bei der Ermessensentscheidung nicht an die gesetzlichen Zielvorstellungen;
 - Behörde stellt sachfremde Erwägungen an (auch bei Entscheidungen aus persönlichen Gründen oder aus politischem Opportunismus);
 - **Tatsachenfehler** (bei unzutreffenden tatsächlichen Feststellungen);
 - **strukturelle Begründungsmängel** (Außerachtlassung wesentlicher Gesichtspunkte);
 - Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 I GG) im Falle der Selbstbindung der Behörde durch vorausgegangenes Verhalten oder durch Verwaltungsvorschriften.

Auch der Ermessensfehlgebrauch führt als „Vorgangsfehler“ zunächst zur schlichten Rechtswidrigkeit (und damit zur Anfechtbarkeit) des VA. Beachte aber auch hier die „**Heilungs-Möglichkeit**“ der Widerspruchsbehörde, die ggf. im Widerspruchsverfahren durch eine neue Ermessensentscheidung (bzw. Ergänzung der Ermessensgründe⁵⁴) diesen Begründungs- bzw. Abwägungsfehler „reparieren“ kann⁵⁵.

50 Unbestimmte Rechtsbegriffe sind Gesetzesbegriffe, die (überwiegend) auf der Tatbestandsseite einer Ermächtigungsgrundlage stehen und bei der Rechtsanwendung auszulegen sind. Die Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe ist grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar.

51 Vgl. hierzu die Grundsatzentscheidung des BVerwG in: BVerwGE 39, 191 (195).

52 So etwa bei *Schenke*, Das Nachschieben von Ermessenserwägungen, JuS 2000, 351, unter Berufung auf BVerwGE 106, 351.

53 Durch diese Heilungsmöglichkeit wird also ein neues, selbstständiges Verwaltungsverfahren überflüssig („Reparatur geht vor Kassation“). Zur Vertiefung sei der Artikel von *Heilmann*, Die Prüfung von Ermessensentscheidungen im Widerspruchsverfahren, DVP 1994, 403 ff. empfohlen.

54 Die Ergänzung einer bisher unzureichenden Ermessensausübung ist auch unter den Voraussetzungen des § 114 S. 2 VwGO im Verwaltungsprozess möglich, sofern diese Gründe bereits bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen und die Ergänzung überdies nicht zur einer Wesensänderung des Verwaltungsaktes führt. Ein Ermessensnichtgebrauch dagegen wird von dieser Vorschrift nicht erfasst. Zur Vertiefung siehe bei *Decker*, Die Nachbesserung von Ermessensentscheidungen im Verwaltungsprozessrecht und ihre verfahrensrechtliche Bedeutung gem. § 114 S. 2 VwGO, JA 1999, 154.

55 Vgl. die Nachweise oben zum Ermessensnichtgebrauch.

- **Ermessensüberschreitung**

Behörde überschreitet die gesetzlichen Grenzen des Ermessens, etwa indem sie eine nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegende Rechtsfolge wählt (beispielsweise eine Gebühr i.H.v. 500,- € verlangt, obwohl nach der einschl. Gebührensatzung nur eine Gebühr von 100,- bis 300,- € erhoben werden kann).

Eine Ermessensüberschreitung führt zu einem „Ergebnisfehler“. Der VA ist damit schlicht rechtswidrig und anfechtbar (ohne Heilungsmöglichkeit der Widerspruchsbehörde).

Sonderfall: Ermessensreduzierung auf Null

Ermessen ist praktisch ausgeschlossen, wenn (ausnahmsweise) wegen besonderer Fallumstände nur eine Entscheidungsmöglichkeit in Betracht kommt

–beispielsweise bei dringenden Gefahren für ein besonders wichtiges Rechtsgut im Polizei- und Ordnungsrecht;

–wenn Behörde eine Zusage i.S.d § 38 VwVfG M-V (§§108 a LVwG S-H; 34 SGB X) gemacht hat;

–wenn Behörde sich durch eigene Verwaltungspraxis festgelegt hat (Fall der Selbstbindung der Verwaltung); insoweit gebietet Art. 3 I GG eine Gleichbehandlung.

3. Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Teilweise ist es spezialgesetzlich geregelt (vgl. etwa § 15 SOG M-V). Beim Erlass von VA ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip dann anwendbar, wenn die Behörde einen Spielraum hat (insbes. einen Ermessenspielraum), nicht jedoch bei einer sich aus dem Gesetz zwingend ergebenden Rechtsfolge⁵⁶.

Eine Unverhältnismäßigkeit liegt vor bei:

- **Ungeeignetheit** der Maßnahme

wenn mit dem Mittel der erstrebte Zweck nicht zumindest gefördert werden kann.

- **Fehlender Erforderlichkeit** der Maßnahme

wenn ein anderes, gleich wirksames, aber den Betroffenen weniger belastendes Mittel in Betracht kommt.

- **Unangemessenheit** der Maßnahme

wenn das Mittel zu einem Nachteil führt, der zum erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Bei der anzustellenden Abwägung der betroffenen Rechte/Rechtsgüter ist zu prüfen, ob die behördliche Maßnahme mit den Grundrechten des betroffenen Bürgers vereinbar ist (Schutzbereich des Grundrechts → Eingriff → Rechtfertigung des Eingriffs). Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz machen den VA grundsätzlich schlicht rechtswidrig und damit anfechtbar; eine „Heilbarkeit“ kommt hier nicht in Betracht.

4. Falscher Adressat der Maßnahme

Spezielle Adressatenregelungen ergeben sich teilweise speziell aus dem anzuwendenden Gesetz (etwa: „Gewerbetreibender“, „Gastwirt“, „Störer“ i.S.d. SOG M-V, „Anlagenbetreiber“).

5. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. § 37 I VwVfG M-V (§§ 108 I LVwG S-H; 33 I SGB X; 119 AO)

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz, muss aus dem VA klar erkennbar sein, WER (Erlassbehörde) vom WEM (Adressat des VA) WAS (Inhalt) verlangt. Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls und darauf an, welcher Grad der Bestimmtheit bei Erlass des VA möglich und (auch für seinen Vollzug) erforderlich war. Grundsätzlich gilt, dass Unklarheiten zu Lasten der Behörde gehen.

Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz führt zur (schlichten) Rechtswidrigkeit und damit zur Anfechtbarkeit des VA.

6. Tatsächliche und rechtliche Undurchführbarkeit der Maßnahme

Die Erfüllung des VA muss dem Adressaten objektiv möglich sein (also keine „objektive Unmöglichkeit“ i.S.d. § 44 II Nr. 4 VwVfG M-V)⁵⁷ und darf auch keine Handlung verlangen, die gegen die Rechtsordnung verstoßen würde (sog. „rechtliche Unmöglichkeit“ i.S.d. § 44 II Nr. 5 VwVfG M-V, also wenn durch die aufgegebene Handlung eine rechtswidrige Tat, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, begangen werden würde).

Eine tatsächliche oder rechtliche Undurchführbarkeit des erlassenen VA i.S.d. § 44 II Nr.4 und Nr. 5 VwVfG M-V (§§ 113 II Nr. 4, 5 LVwG S-H; 40 II Nr. 3, 4 SGB X; 125 II Nr. 2, 3 AO) führt also zur Nichtigkeit und damit zur Unwirksamkeit des VA.

⁵⁶ BVerwG in NJW 1971, 1712 (1715).

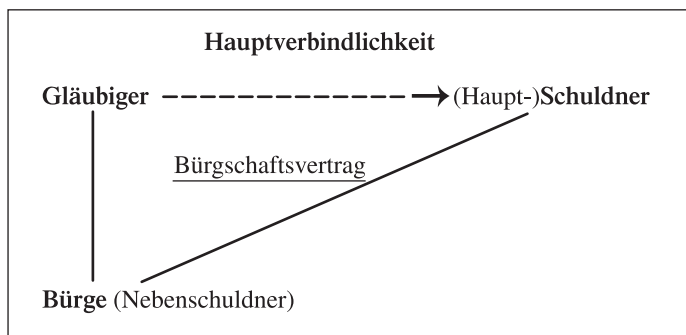
⁵⁷ Daneben gibt es noch die Fälle der sog. „subjektiven tatsächlichen Unmöglichkeit“ und der „rechtlichen Unmöglichkeit im Übrigen“ die in der Folge unter den Voraussetzungen des § 44 I VwVfG M-V zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führen können.

Dieser DVP-Ausgabe ist das Jahresarhaltsverzeichnis 2008 beigelegt

Grundlagen des Bürgschaftsrechts

A. Einleitung

Mit einer Bürgschaft **sichert** der Bürge die **Forderung eines Gläubigers gegen einen Dritten**, den sog. **Hauptschuldner**. Fällt dieser aus, so soll der Bürge die Schuld bezahlen müssen. Dabei wird der **Bürgschaftsvertrag** grundsätzlich zwischen **Gläubiger und Bürgen** geschlossen; der Zustimmung des Schuldners bedarf es nicht. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge einseitig gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB). **Parteien des Bürgschaftsvertrages** sind der **Gläubiger der Hauptverbindlichkeit** und der **Bürge**, nicht jedoch der Hauptschuldner. Gläubiger, Hauptschuldner und Bürge bilden ein »**Dreiecksverhältnis**«, bei dem folglich mehrere Rechtsbeziehungen zu unterscheiden sind.



Zwischen Gläubiger und (Haupt-)Schuldner besteht ein Schuldverhältnis, das eine Verbindlichkeit des Schuldners begründet. Hierbei handelt es sich in aller Regel um einen Darlehensvertrag oder ein Teilzahlungsgeschäft. Diese Verbindlichkeit soll der Bürge sichern. Im Verhältnis Bürge- Hauptschuldner sind ebenfalls unterschiedliche Rechtsbeziehungen – regelmäßig ein Vertragsverhältnis – denkbar. Vielfach handelt es sich um ein Auftragsverhältnis (§§ 662 ff. BGB), d.h. die unentgeltliche Übernahme der Verpflichtung zur Bürgschaftsübernahme. Wird für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages ein Entgelt gefordert (z.B. von einer Bank), so kann es sich auch um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) handeln. Mängel im Verhältnis Bürge-Hauptschuldner berühren die Wirksamkeit einer Bürgschaft nicht.

II. Der Bürgschaftsvertrag

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten

Der Gläubiger gewinnt zu seiner Forderung gegenüber dem Hauptschuldner eine zusätzliche Forderung gegen den Bürgen. Charakteristisch für die Bürgschaft ist, dass die Zahlungsverpflichtung **ohne erkennbare Gegenleistung** eingegangen wird (etwa mit Rücksicht auf nähere persönliche/verwandtschaftliche oder geschäftliche Beziehungen zum Schuldner). Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ist von derjenigen des Bürgen getrennt und selbständig und folglich auch keine Gegenleistung für die Bürgschaftsverpflichtung. Als bloße Kreditsicherung fällt der Bürgschaftsvertrag somit **nicht** in den Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB über das **Verbraucherdarle-**

hen (EuGH, NJW 2000, S. 1323). Im Gegensatz dazu wird eine Bürgschaft von der **EU-Richtlinie 85/577 über Haustürgeschäfte** (s. jetzt § 312 BGB) erfasst (EuGH, NJW 1998, S. 1295). Im Einklang damit bejaht der BGH nunmehr ein **Widerrufsrecht des Bürgen** (§§ 312, 355 BGB), wenn es sich für den Bürgen um ein Verbraucher- und Haustürgeschäft handelt (NJW 2006, S. 846; zustimmend Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl. 2007 § 765 Rn 12).

2. Abgrenzungsfragen

Der Bürge begründet durch seine Erklärung eine **eigene neue Verbindlichkeit**, die der **Sicherung einer anderen Forderung** dient. Es handelt sich also bei der Bürgschaft nicht um einen – ebenfalls möglichen – selbständigen **Garantievertrag**. Bei einem Garantievertrag übernimmt der Garant eine eigene selbständige Verpflichtung, die vom Bestehen der Hauptschuld **unabhängig** ist (keine sog. Akzessorietät i. S. des § 767 BGB; s. näher u. Ziff. II, 5). Im Gegensatz zur Bürgschaft haftet ein Garant auch dann, wenn die Schuld des Hauptschuldners nicht oder nicht mehr besteht. Die Garantiehaftung ist mithin nicht ungefährlich. An das Vorliegen eines solchen Garantievertrages sind deshalb sehr hohe **Anforderungen** zu stellen. Insbesondere das **eigene Interesse des Garanten an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit** kann ein Indiz für einen solchen Garantievertrag sein.

Entsprechende Kriterien gelten hinsichtlich der Abgrenzung der Bürgschaft zur **Mitdarlehensnehmerschaft**. Echter Mitdarlehensnehmer ist deshalb nur, wer ein eigenes sachliches und/oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta entscheiden darf. Das ist ein Problem der Vertragsauslegung, wobei es die Kredit gebende Bank nicht in der Hand hat, durch bestimmte Formulierungen einen Mithaftenden zu einem gleichberechtigten (Mit-)Darlehensnehmer zu machen und damit den Nichtigkeitsfolgen des § 138 Abs. 1 BGB (s. dazu u. Ziff. II, 4 b) zu entgehen (BGH, DB 2002, S. 1367).

Die Bürgschaft ist des weiteren vom (gesetzlich nicht geregelten) **Schuldbeitritt** zu unterscheiden. Beim Schuldbeitritt tritt der »Neuschuldner« (Beitretender) in ein bestehendes Schuldverhältnis ein und übernimmt die Verbindlichkeit des »Altschuldners« neben diesem als eigene. Besteht die Hauptschuld nicht, so geht folglich der »Beitritt« ins Leere. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Schuldbeitritt damit zwar von dem Bestehen der Schuld des Haupt- oder Altschuldners abhängig, **nach** dem Zeitpunkt des Beitritts jedoch nicht mehr. Ein Schuldbeitritt wird daher – wie ein Garantieverprechen – nur dann anzunehmen sein, wenn ein **eigenes wirtschaftliches Interesse** des Beitretenden gegeben ist (BGH, FamRZ 2002, S. 1694). In **Zweifelsfällen** ist deshalb im Ergebnis (nur) eine **Bürgschaft** anzunehmen, die auch vom Gesetzgeber als »Normalfall« der personalen Kreditsicherung vorgesehen ist. Allerdings ist in der Praxis ein Zuwachs anderer Sicherungsformen zu Lasten der Bürgschaft festzustellen (Coester-Waltjen, Jura 2001, S. 742, 745), dem nur durch analoge Anwendung der für die Bürgschaft geltenden Grundsätze entgegen gewirkt werden kann.

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

Zu den verwandten Rechtsinstituten gehört weiterhin der **Kreditauftrag** (§ 778 BGB). Er hat jedoch nur eine geringe praktische Bedeutung (Brödermann, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl. 2008, § 778 Rn 1).

3. Formzwang

Das **Bürgschaftsversprechen** des Bürgen – also nur dessen einseitige Erklärung – muss aus Gründen des Übereilungsschutzes **schriftlich** abgegeben werden (§§ 766, 126 BGB). Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in **elektronischer Form** (vgl. § 126a BGB) ist **ausgeschlossen** (§ 766 Satz 2 BGB). Verstöße gegen das Schriftformerfordernis führen zur **Nichtigkeit** der Bürgschaftserklärung (§ 125 Satz 1 BGB). Der **Mangel der Form** wird allerdings durch die **Erfüllung** der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen **geheilt** (§ 766 Satz 3 BGB).

Die Bürgschaftsurkunde muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sein; die **notarielle Beurkundung** ersetzt die Schriftform (§ 126 Abs. 4 BGB). An das Zustandekommen des (formgerechten) Bürgschaftsvertrages werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Schickt der Bürge z.B. seine schriftliche Erklärung einem abwesenden Gläubiger zu – der zuvor die Bürgschaftsübernahme verlangt hatte – so genügt es für den Vertragsschluss, dass der Gläubiger die Urkunde erhält (BGH, NJW 1997, S. 2233). Ausnahmsweise bedarf es der Schriftform nicht, wenn der Bürge **Vollkaufmann** ist und die Übernahme der Bürgschaft für ihn ein **Handelsgeschäft** darstellt (§ 350 HGB).

Die schriftliche Bürgschaftserklärung muss die **wesentlichen Teile** eines Bürgschaftsvertrages zumindest in hinreichend klaren Umrissen erkennen lassen (BGH, NJW 1989, S. 1484). Demgemäß müssen aus der Urkunde die **Hauptverbindlichkeit** – für welche die Bürgschaft übernommen wird –, die Person des **Gläubigers** und des **Hauptschuldners** hervorgehen. Nicht eindeutige Formulierungen in der Bürgschaftsurkunde können zwar ggf. durch Auslegung behoben werden. Unausräumbare Unklarheiten über den Umfang der Bürgschaftsverpflichtung fallen indessen dem **Gläubiger zur Last**. Die Risiken bzw. Haftungsgründe, für die eine Bürgschaft übernommen wird, müssen in der entsprechenden Urkunde wenigstens in Ansatzpunkten aufgenommen werden.

Bei einer sog. **Blankobürgschaft** – der Empfänger der Bürgschaftsurkunde wird ermächtigt, die vom Bürgen bereits unterzeichnete Urkunde auszufüllen – ist erforderlich, dass die Ausfüllungsermächtigung alle notwendigen Angaben zur Ergänzung der Bürgschaft enthält und vom Bürgen schriftlich erteilt worden ist (BGH, NJW 1996, S. 1467).

Die Verletzung des Schriftformzwangs kann ausnahmsweise unschädlich sein, sofern die Berufung auf den Formmangel unredlich ist. Die Rechtsprechung ist mit der Anwendung des Grundsatzes von **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) indessen sehr zurückhaltend. Der Arglisteinwand kann im Einzelfall durchgreifen, wenn der Bürge den Gläubiger arglistig von der Formwahrung abgehalten hat oder wenn er die Bürgschaft selbst als gültig behandelt, daraus Vorteile gezogen und zusätzlich das Vertrauen des Gläubigers auf die Wirksamkeit der Bürgschaftsabrede gefördert hat (BGH, NJW-RR 1987 S. 42).

Die Bürgschaftsurkunde wird einem „**Schuldschein**“ i. S. des § 371 BGB gleichgestellt; hieraus kann sich ein **Rückgabeanspruch zugunsten des Bürgen** ergeben, nicht aber des Hauptschuldners (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, S. 668).

4. Inhaltliche Wirksamkeit der Bürgschaftsverpflichtung

a) Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln

Auf den Bürgschaftsvertrag finden die allgemeinen BGB-Bestimmungen über Rechtsgeschäfte Anwendung.

Beispiel: Dem Bürgen steht als Partei eines (schuldrechtlichen) Vertrages grundsätzlich ein nicht ausschließbares Kündigungsrecht zu (s. im einzelnen bei »Mietbürgschaft«: OLG Düsseldorf, NJW 1999, S. 3128).

Auch ist eine Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) möglich. Das **Anfechtungsrecht** des Bürgen nach § 119 Abs. 2 BGB (Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person) ist allerdings naturgemäß eingeschränkt. Dies gilt vor allem hinsichtlich eines Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Schuldners, weil gerade die (fehlende) Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners in den Risikobereich des Bürgen fällt. Werden Bürgschaften durch **kommunale Selbstverwaltungskörperschaften** erteilt, so kann eine aufsichtsbehördliche **Genehmigung** vorgeschrieben sein. Fehlt diese, so ist der Bürgschaftsvertrag bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam (BGH, NJW 1999, S. 3335). Schließlich kann ein Bürgschaftsgläubiger seinen Anspruch nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) verwirken, wenn er unter Verletzung seiner Vertragspflichten gegenüber dem Hauptschuldner dessen wirtschaftlichen Zusammenbruch schuldhaft verursacht, also den Bürgschaftsfall selbst herbeiführt, und jeden Rückgriff des Bürgen vereitelt (BGH, NJW 2004, S. 3779).

Beispiel: Ein Kreditinstitut führt den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners dadurch herbei, dass es pflichtwidrig die Einlösung eines Schecks verweigert, obwohl dies keine unzulässige Überziehung des Kreditrahmens bedeutet hätte.

b) Sittenwidrigkeit

Gesichtspunkte des Bürgenschutzes wegen (drohender) **Überforderung** spielten bis Anfang der 90er Jahre praktisch keine Rolle. Die speziell von den Banken bei der Kreditvergabe ausgeübte Absicherungspraxis, auch nicht berufstätige und mehr oder weniger vermögenslose **Ehegatten, Lebensgefährten oder nahe Angehörige** als Bürgen mit zu verpflichten, wurde im Regelfall von den Gerichten nicht als sittenwidrig eingestuft. Eine **Wende** in dieser Frage ist mit der Entscheidung des BVerfG vom 19.10.1993, (NJW 1994, S. 36) eingeleitet worden. Hiernach werden die Zivilgerichte verpflichtet, die »**strukturell ungleiche Verhandlungsstärke**« der Partner und die »**ungewöhnlich starke Belastung** eines Bürgen« zu berücksichtigen und solche Bürgschaftsbelastungen notfalls zu korrigieren, um die grundrechtliche Gewährleistung der **Privatautonomie** in Art. 2 Abs. 1 GG sicherzustellen. Bei Übernahme einer Bürgschaft durch vermögenslose Familienangehörige des Kreditnehmers müsse im Rahmen der gerichtlichen Inhaltskontrolle geprüft werden, ob die vereinbarte Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sei; insoweit können nicht nur Kreditinstitute, sondern auch **andere Kreditgeber** (z.B. eine Kapitalgesellschaft, die sich gewerbsmäßig mit der Vermittlung von Finanzierungen und Bausparverträgen befasst: BGH, NJW 2002, S. 746, 747) strukturell „überlegen“ sein.

Nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts kann indessen angenommen werden, dass der Vertrag kausal auf einer »strukturellen« Ungleichheit der Parteien beruht. Anderenfalls wäre jeder Bürgschaftsvertrag, bei dem ein wirtschaftlich schwacher und geschäftsunerfahrener Bürger einer Bank gegenübersteht, unwirksam.

Denn im Regelfall ist die Kredit gebende Bank dem Bürgen wirtschaftlich (weit) überlegen. Eine interessengerechte Lösung lässt sich über eine verstärkte **Aufklärungs- und Nachforschungspflicht** der Kreditinstitute herbeiführen.

In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung – insbesondere des BGH – eine Reihe von **Kriterien** herausgearbeitet, die für bzw. gegen die Annahme der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft sprechen. Im einzelnen können folgende Gesichtspunkte in die Abwägung einfließen:

(a) das **außergewöhnlich hohe Haftungsrisiko** des Bürgen in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse;

(b) die Abschbarkeit einer **lebenslangen Belastung** aufgrund des zu erwartenden (insbesondere beruflichen) Werdeganges des Bürgen (»Schuldturm«);

(c) die nur **eingeschränkte Fähigkeit** zu eigenverantwortlicher Entscheidung und Beurteilung der **Risiken** bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages; diese kann etwa beruhen auf

– einem nur knapp über der Volljährigkeitsgrenze liegenden Alter des Bürgen,

– einer geringen Vorbildung in wirtschaftlich/kaufmännischer bzw. juristischer Hinsicht,

– allgemeiner geschäftlicher Unerfahrenheit;

(d) eine **Bagatellisierung** der aus der Bürgschaft erwachsenden Gefahren (insbesondere durch den Gläubiger); z.B. Erklärung eines Filialleiters einer Bank: »Hier, bitte, unterschreiben Sie mal. Sie gehen keine große Verpflichtung ein; ich benötige das für meine Akten« (BVerfG, NJW 1994, S. 36);

(e) **familiäre** oder **partnerschaftliche** (s. zu letzteren: OLG Zweibrücken, NJW 1994, S. 1726) **Bindungen zum Hauptschuldner**, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit des Bürgen zu beeinträchtigen (**Ausnutzung einer seelischen Zwangslage**);

(f) eine **Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit** des die Bürgschaft übernehmenden (Lebens-)Partners (etwa: Bank **droht** mit Fälligkeitsstellung eines hohen Darlehensbetrages, den der Ehemann bereits zum Aufbau eines Unternehmens verwendet hat; **Überumpelung** des Bürgen: BGH, NJW 1997, S. 1980).

Der BGH geht davon aus, dass auch **in der Vergangenheit liegende** Verträge von der geänderten Rspr. betroffen sein können (NJW 1996, S. 924). Auch das **In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung** – mit der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung – hat an dieser Rspr. **nichts** geändert (OLG Celle, NJW-RR 2006, S. 131; OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, S. 2392; Tiedtke, NJW 2005, S. 2498). Die **Vollstreckung** aus einem früheren Urteil über die Forderung aus einer Bürgschaft, die nach diesen Grundsätzen wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist, kann indessen regelmäßig **nicht** mit einer Schadensersatzklage nach § 826 BGB abgewehrt werden (BGH, NJW 2002, S. 2940).

Einer Ausdehnung der Regeln auf **dingliche Sicherungsgeschäfte** – z.B. Bestellung einer Sicherungsgrundschuld – hat der BGH grundsätzlich widersprochen (NJW 2002, S. 2633).

Die „Überforderungsregeln“ gelten weiterhin **nicht** für Bürgschaften, die von **Gesellschaftern** (z.B. einer GmbH oder KG) für Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernommen werden; etwas anderes kann nur gelten, wenn der Gesellschafter ausschließlich Strohmannfunktion hat, die Mithaftung nur aus emotionaler Verbundenheit mit der

hinter ihm stehenden Person übernimmt und beides für die Kredit gebende Bank evident ist (BGH, NJW 2002, S. 956).

Tendenziell (noch) geringer sind die Anforderungen an die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft eines finanziell abhängigen **Abkömmlings** des Hauptschuldners. Eine Verletzung des § 138 BGB wird (schon) angenommen, wenn für das Kind eine **nicht hinnehmbare Belastung** im Hinblick auf seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse begründet wird (BGH, NJW 1997, S. 52). Regelmäßig wird die Leistungsfähigkeit eines Kindes durch Übernahme einer Bürgschaft krass überfordert. Eltern, die ihre Kinder in eine solche missliche Lage versetzen, verstoßen zudem gegen das **Rücksichtnahmegebot** des § 1618a BGB. Steht die Forderungshöhe ersichtlich außer Verhältnis zu den Vermögens- und Einkommensverhältnissen des Kindes, so wird **vermutet**, dass die Bank sich der Erkenntnis des rechtlich zu missbilligenden Verhaltens der Eltern verschlossen hat (BGH, NJW 1997, S. 52). Bei **Geschwisterbürgschaften** stellt der BGH darauf ab, ob zwischen ihnen eine vergleichbar enge persönliche Beziehung bestand (NJW 1998, S. 597).

Allein die Tatsache, dass ein Bürge **wirtschaftlich überfordert** ist und bei Vertragsschluss und auch künftig die Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, führt jedoch nicht automatisch zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Liegt allerdings eine krasse finanzielle Überforderung vor, so spricht nach Ansicht des BGH eine **tatsächliche (widerlegbare) Vermutung** dafür, dass sich der verbürgende Ehegatte oder nahe Angehörige nicht von seinen Interessen und von einer vernünftigen wirtschaftlichen Risikoeinschätzung leiten lassen, sondern dass die Bank die **emotionale Beziehung** zwischen Hauptschuldner und Bürgen in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

Beispiel: Eine Bank veranlasste bei einem von ihr finanzierten Hauskauf die Lebensgefährtin des Käufers, dem Darlehensvertrag über 425 000 DM beizutreten und über diese Summe auch noch ein (abstraktes) Schuldanerkenntnis abzugeben, obwohl sie nur über ein Einkommen von rd. 1 500 DM netto verfügte und auch nicht Eigentümerin des Hauses werden sollte (OLG Köln, NJW-RR 1995, S. 1197).

Es ist Sache des **Gläubigers**, diese Vermutung zu **widerlegen**. Die tatsächliche Vermutung kann vor allem dann widerlegt sein, wenn der Bürge ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta **unmittelbare** und **ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile** – etwa rechtliche Beteiligung an dem finanzierten Objekt – erwachsen (BGH, NJW-RR 2004, S. 337). Zur Widerlegung genügt es allerdings nicht, dass der Bürge in dem künftigen Gewerbebetrieb des Hauptschuldners an verantwortlicher Stelle mitarbeiten soll (BGH, DB 2005, S. 771).

Beispiel: Die mittellose und mithaftende Ehefrau war nicht geschäftlich unerfahren (Studium der Betriebswirtschaft nach langjähriger Tätigkeit als Sekretärin in der Wirtschaft), zudem war sie am Geschäftsbetrieb des Kredit nehmenden Ehemanns nicht uninteressiert und auch nicht ohne internen Einfluss (OLG Köln, BB 1995, S. 2081).

Letztlich kommt dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt der Überforderung des Bürgen (grobes Missverhältnis zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit) zumindest in Grenzfällen eine **ausschlaggebende Bedeutung** zu. Eine – zur Sittenwidrigkeit führende – „krasse“ finanzielle Überforderung liegt im Wesentlichen vor, wenn der Bürge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussichtlich nicht in der Lage ist, die **laufenden Zinsen der Hauptschuld dauerhaft aufzubringen** (BGH, NJW 1996, S. 1274). Entscheidend ist das **pfändbare Einkommen und Vermögen des Bürgen**.

Beispiel: Bei einer Bürgschaft von mehreren 100.000 € und einem Bürgeneinkommen von 500 bis 1.000 € wird man hiernach leicht(er) zur Annahme einer krassen finanziellen Überforderung kommen. Beläuft sich die Bürgschaftsschuld hingegen auf (nur) rd. 40.000 DM (monatliche Belastung von ca. 600 DM), so kann davon ausgegangen werden, dass eine solche Verbindlichkeit auch von einem wirtschaftlich nicht besonders starken Schuldner in zumutbarer Weise getilgt werden kann (OLG Koblenz, NJW-RR 1995, S. 1260: Sittenwidrigkeit verneint).

An einer Überforderung kann es fehlen, wenn der Bürge seine Verbindlichkeit durch **Einsatz einer ihm gehörenden Immobilie** tilgen kann (BGH, NJW 2001, S. 2466; dabei spielt es keine Rolle, ob der Bürger das Grundstück bzw. Haus selbst bewohnt oder vermietet hat. Auf dem Grundbesitz ruhende dingliche Belastungen sind freilich wertmindernd zu berücksichtigen (BGH, NJW 2002, S. 2228).

Als rechtfertigender **Zweck** einer Bürgschaft wird insbesondere der Schutz des Kreditgebers vor **Vermögensverschiebungen** nicht mehr generell anerkannt. Denn ein solcher Zweck kann die Übersicherung des Gläubigers nicht rechtfertigen (BGH, NJW 2002, S. 2228 u. S. 2230). Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Parteien im Bürgschaftsvertrag eine **Haftungsbeschränkung** des Bürgen vereinbart haben, die verhindert, dass der Bürge auch ohne Vermögensverschiebung in Anspruch genommen wird (BGH, a. a. O.). Konsequenterweise hat der BGH bereits früher verlangt, einen Bürgschaftsvertrag im Falle einer Auflösung der Lebensgemeinschaft – wegen Veränderung bzw. **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** – u. U. anzupassen (BGH, NJW 1997, S. 1003 u. 1005; 1996, S. 2088).

5. Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld

Die bereits erwähnte Abhängigkeit (**Akzessorietät**) der Bürgschaft von der Hauptschuld (§ 767 BGB) bedeutet einen entsprechenden Schutz des Bürgen vor unberechtigter Inanspruchnahme. Ist die **Hauptschuld nicht oder nicht mehr** vorhanden, so besteht **auch die Bürgschaftsverpflichtung nicht (mehr)**. Dies kann z.B. der Fall sein bei Nichtigkeit der Hauptschuld infolge wirksamer Anfechtung (§ 119, 123, 142 BGB) oder Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Entsprechendes gilt, wenn die Hauptschuld durch Aufrechnung mit Gegenforderungen untergegangen ist (vgl. §§ 387 ff. BGB). Auch ein **Vergleich des Gläubigers im Insolvenzverfahren** über das Vermögen des Hauptschuldners mit dem Insolvenzverwalter – wonach die durch Bürgschaft gesicherte Forderung unter bestimmten Voraussetzungen erlöschen soll – „schlägt“ auf die Bürgenverbindlichkeit durch (BGH, NJW 2003, S. 59). Ein formularmäßiger Verzicht auf Einreden des Bürgen ändert hieran nichts, weil solche Abreden wegen unangemessener Benachteiligung des Bürgen gem. § 307 BGB unwirksam sind.

Die **Beweislast** dafür, dass die Forderung durch den Hauptschuldner getilgt ist, trifft allerdings den Bürgen.

Auch in **prozessrechtlicher Hinsicht** wirkt sich die Akzessorietät der Bürgschaft aus. Ist die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen worden, so kann sich auch der Bürge hierauf berufen. Ändert sich allerdings die Hauptschuld wegen Verschuldens (z.B. Verzug), so ist auch eine an die Stelle der Hauptforderung tretende Ersatzforderung – etwa auf Schadensersatzleistung – durch die Bürgschaft gesichert (§ 767 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Umgekehrt ist selbstverständlich, dass **spätere Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners** (also nach Übernahme der Bürgschaft) den

Umfang der Bürgenverpflichtung **nicht** berühren (§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB).

III. Einzelheiten der Bürgschaftsforderung

Der »Ernstfall« tritt ein, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger nicht erfüllt bzw. erfüllen kann. In diesem Fall wird der Gläubiger naturgemäß versuchen, sich bei dem Bürgen schadlos zu halten. Dieser muss dann die Hauptforderung erfüllen oder – wenn dies nach ihrem Inhalt durch den Bürgen nicht möglich ist – Geldersatz leisten. Für den Bürgen bestehen jedoch verschiedene **Verteidigungsmöglichkeiten**, mittels deren er sich ganz oder doch zumindest vorübergehend gegen seine Inanspruchnahme wehren kann.

1. Einreden

Der Bürge kann sich u. U. auf eine Einrede berufen, wonach die Bürgschaftsschuld – trotz Bestehens – vom Gläubiger (einstweilen) nicht durchgesetzt werden kann. Derartige Einreden müssen aber vom Bürgen **geltend gemacht** werden, von Amts wegen sind sie nicht zu beachten. Diese Verteidigungsmittel können sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben, wobei die jeweilige Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten maßgeblich ist.

Einreden aus der Beziehung **Bürge/Gläubiger** sind etwa die Verjährung oder ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen einer eigenen Forderung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Dem Bürgen stehen ferner alle Einreden zu, die der **Hauptschuldner gegen den Gläubiger** hat (§ 768 BGB). Diese Einreden (z.B. Verjährung der Forderung des Gläubigers) behält der Bürge auch dann, wenn der Hauptschuldner auf sie verzichtet (s. dazu BGH, NJW 1998, S. 981). Auch ein umfassender **formularmäßiger Ausschluss** hinsichtlich der Geltendmachung von Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen wäre mit dem Grundgedanken der Abhängigkeit der Bürgenschuld unvereinbar und deshalb **unwirksam** (BGH, NJW 2001, S. 1857 u. 2327).

Des Weiteren kann sich der Bürge darauf berufen, dass der **Hauptschuldner seine Verbindlichkeit durch Anfechtung beseitigen kann** (§ 770 Abs. 1 BGB), z.B. wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung (§§ 119, 123 BGB). **Verzichtet** der Hauptschuldner allerdings auf die Ausübung seines Anfechtungsrechts, so **entfällt** diese Einrede (HKBGB/Staudinger, 2. Aufl. 2002, § 770 Rn 3). Diese Verteidigungsmöglichkeit gilt entsprechend in Fällen der Gewährleistungsrechte (z.B. bei fehlerhafter Lieferung nach Kaufvertragsrecht).

Hat der Gläubiger dem Schuldner gegenüber eine **Aufrechnungsmöglichkeit** – wegen einer Forderung des Schuldners –, so steht dem Bürgen das Recht zu, die Leistung unter Hinweis darauf zu verweigern, der Gläubiger könne sich durch Aufrechnung befriedigen (§ 770 Abs. 2 BGB). Ein **formularmäßiger Ausschluss** dieser Einrede ist zumindest dann unangemessen und **unwirksam**, wenn dies auch für eine unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderung des Hauptschuldners gelten soll (BGH, NJW 2003, S. 1521). Anders liegen die Dinge bei **individualvertraglicher** Abmachung. Der Ausschluss allein hindert den Bürgen aber nicht, sich darauf zu berufen, dass die Hauptschuld infolge einer bereits erklärten Aufrechnung erloschen sei (BGH, NJW 2002, S. 2867).

Eine Besonderheit der Bürgschaft ist schließlich die **sog. Einrede der Vorausklage** (§§ 771 ff. BGB). Grundsätzlich kann hiernach der Bürge die Befriedigung des Gläubigers ablehnen, solange dieser nicht erfolglos versucht hat, gegen den Hauptschuldner vorzugehen. In der **Praxis** ist diese Verteidigungsmöglichkeit **weitgehend aufgehoben**. Dies gilt zum einen dann, wenn der Bürge ein **Vollkaufmann**

ist und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft (s. § 343 HGB) darstellt (§ 349 HGB). Zudem **verzichtet der Bürge** regelmäßig – auf Druck des Gläubigers – auf diese Einrede, indem er sich als **Selbstschuldner** verbürgt (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Weitere gesetzliche Ausschlussgründe sind z.B. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptschuldners oder dessen Vermögensverfall (vgl. § 773 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BGB).

2. Aufgabe von Sicherheiten

Mit der **Befriedigung** des Gläubigers durch den Bürgen erwirbt dieser kraft Gesetzes die **Hauptforderung** und die für sie bestellten **Sicherheiten** (§§ 774, 412, 401 BGB). An dem Bestand solcher »Sicherheiten« (z.B. Hypothek, Pfandrecht) ist der Bürge naturgemäß sehr interessiert. Hieraus zieht § 776 BGB die Konsequenzen: **Gibt der Bürge** eine für die Hauptforderung bestellte **Sicherheit auf**, so wird der Bürge in dem Maße befreit, in dem er aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz verlangen können.

Ein **formulärmäßiger Verzicht** des Bürgen auf diese Rechte ist **unwirksam**, weil der Bürge hierdurch unangemessen benachteiligt wird (BGH, NJW 2002, S. 295).

IV. Sonderformen

1. Mitbürgschaft

Selbstverständlich können sich auch mehrere für die Schuld des Hauptschuldners verbürgen (**Mitbürgschaft**; § 679 BGB). Die Mitbürgen haften dann als Gesamtschuldner – jeder kann auf einen Teilbetrag oder auf die ganze Schuld in Anspruch genommen werden – und können deshalb untereinander **Ausgleichsansprüche** erheben.

2. Nachbürgschaft

Von einer **Nachbürgschaft** spricht man, wenn ein (Nach-)Bürge dem Gläubiger dafür einsteht, dass der »Vorbürge« die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt (vgl. zum Forderungsübergang bei Befriedigung des Gläubigers: OLG Köln, WM 1995, S. 1224).

3. Ausfallbürgschaft

Eine vorzugsweise von Behörden verwendete Bürgschaftsform ist die **sog. Ausfall(Schadlos)bürgschaft**. Ein »Ausfallbürge« haftet (nur), wenn der Gläubiger trotz Zwangsvollstreckung beim Schuldner – ggf. beim (Vor-)Bürgen – und mangels sonstiger Sicherheiten einen Ausfall gehabt hat. Der Einrede der Vorausklage (s. o. Ziff. III, 1) bedarf es somit nicht. Die Haftung des Ausfallbürgen **erlischt**, wenn der Gläubiger selbst den Haftungsfall durch einen Sorgfaltsmangel verschuldet (BGH, NJW 1979, S. 646).

4. Höchstbetragsbürgschaft

Die Bürgschaft kann auch für **künftige oder auch nur bedingte** Verbindlichkeiten übernommen werden (§ 765 Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist stets, dass die künftige Verbindlichkeit **hinreichend bestimmbar** ist, z.B. aus einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung (Bankverbindung) hervorgeht. Hauptfall dieser Möglichkeit ist die – zumeist der Höhe nach beschränkte – **Kreditbürgschaft**. Diese kann als »Höchstbetragsbürgschaft« ausgestaltet sein. Insofern wird eine **betragsmäßige Grenze** festgelegt, bis zu welcher der Bürge dem Gläubiger maximal haften will. Soll die Bürgschaftsverpflichtung auch die den Höchstbetrag überschreitenden **Neben-**

kosten – Zinsen, Provisionen etc. – erfassen, so muss dies eindeutig vereinbart werden.

5. Bürgschaft auf erstes Anfordern

Eine **besonders scharfe Haftung** löst die »**Bürgschaft auf erstes Anfordern**« aus. Diese Form der Kreditsicherung ist besonders häufig im **Interbankenverkehr**, bei der **Konzernfinanzierung** und in **Bauverträgen** (s. zu entsprechenden Sicherungen am Bau: Schulze-Hagen, BauR 2007, S. 170; May, BauR 2007, S. 187). Der Bürge ist auf jeden Fall (vorläufig) zur Zahlung verpflichtet und erst danach berechtigt, eventuelle **Einwendungen** in einem **Rückforderungsprozess** geltend zu machen (so z.B. BGH, NJW 1999, S. 570). Es liegt auf der Hand, dass diese Bürgschaftsform für den Bürgen **äußerst gefährlich** ist. Der Gläubiger muss grundsätzlich nicht die Schlüssigkeit der Hauptforderung darlegen, sondern **nur die urkundlich vorgeschriebenen Voraussetzungen** erfüllen.

Beispiel: Bezieht sich eine solche Bürgschaft auf „fällige“ Hauptansprüche, so genügt es, wenn der Gläubiger die Fälligkeit behauptet (BGH, NJW 1997, S. 255).

Einwendungen aus dem Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner sind nur dann beachtlich, wenn **offenkundig** ist, dass der Gläubiger seine formale Rechtsstellung **missbraucht**, also der materielle Bürgschaftsfall offenkundig nicht eingetreten ist (BGH, NJW 2002, S. 1493), z.B. bei unstreitig fehlender Fälligkeit der gesicherten Forderung.

Das Recht, Zahlung auf erstes Anfordern zu verlangen, entfällt nach Ansicht des BGH auch dann, wenn der **Gläubiger insolvent** geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat (NJW 2002, S. 3170). Dem Gläubiger verbleiben aber die Rechte aus einer **gewöhnlichen Bürgschaft**.

6. Zeitbürgschaft

Diese Bürgschaftsform liegt vor, wenn sich der Bürge für die bestehende Verbindlichkeit nur auf bestimmte **Zeit** verbürgt hat. Der Bürge wird nach Ablauf der bestimmten Zeit „frei“, wenn nicht der Gläubiger unverzüglich bestimmte **rechterhaltende Maßnahmen** trifft (§ 777 Abs. 1 Satz 1 BGB). Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage (s. o. Ziff. III, 1) nicht zu, so wird er nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich **anzeigt**, dass er ihn in Anspruch nehme (§ 777 Abs. 1 Satz 2 BGB). Rechtsfolge der rechtzeitigen Anzeige ist der Fortbestand der Bürgschaftsverpflichtung im Umfang der Hauptschuld zum maßgeblichen Zeitpunkt (§ 777 Abs. 2 BGB).

V. Rückgriff des Bürgen

Leistet der (Haupt-)Schuldner auf seine Verbindlichkeit, so **erlischt** die gegen ihn gerichtete Forderung und damit **auch die Bürgenhaftung**. Leistet demgegenüber der **Bürge an den Gläubiger**, so geht die Hauptforderung nicht unter, sondern – mit den **akzessorischen Sicherungen** (Nebenrechte, z.B. Pfandrechte) auf den Bürgen über (§ 774 Abs. 1 BGB). Aus dem Grundverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner kann sich auch ein eigener Aufwendungsersatzanspruch ergeben, z.B. bei einem Auftrag (§ 670 BGB). Ein solcher Anspruch steht neben der kraft Gesetzes auf den Bürgen übergebenen Hauptschuld. Trotz dieser Regressrechte bleibt die Bürgschaft nach wie vor eine gefährliche Angelegenheit, zumal bei Insolvenz des Hauptschuldners Ansprüche gegen diesen praktisch leer laufen.

Zum Begriff des Abzugskapitals in der kommunalen Gebührenkalkulation

– eine kritische Betrachtung –

Einleitung

Sowohl privatwirtschaftliche Betriebe als auch die Kommunalverwaltungen ermitteln im Zuge der praktizierten Kostenrechnung für die Preis- bzw. Gebührengestaltung die im Rahmen des Leistungserstellungsprozesses angefallenen Kosten. Eine Kostenart ist die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals. In diesem Kontext besitzt der Begriff des Abzugskapitals eine besondere Bedeutung. Zweck der vorliegenden Abhandlung ist es, den Begriff des Abzugskapitals und seine kostenrechnerische Bedeutung herauszuarbeiten und kritisch im Hinblick auf seine praktische Anwendung sowohl in kommerziell-gewinnstrebenden privatwirtschaftlichen Betrieben als auch in der kommunalen Gebührenkalkulation zu betrachten.

Hierzu werden zunächst im Abschnitt A. die für den Fortgang der Abhandlung erforderlichen begrifflichen kostenrechnerischen Grundlagen erörtert, wie sie sich in der Privatwirtschaft darstellen. Die Einbindung der Privatwirtschaft geschieht insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 6 Abs. 2 Kommunalabgabengesetz Mecklenburg-Vorpommern (KAG M-V)¹ beim Kostenbegriff auf die „[...] nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen auf Basis des wertmäßigen Kostenbegriffs ansatzfähigen Kosten“ verweist. Durch diese Aussage verweist der Gesetzgeber explizit auf den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff.

Der Begriff des Abzugskapitals ist im Zusammenhang mit der kalkulatorischen Verzinsung des gebundenen betriebsnotwendigen Kapitals als eine Kostenart zu erörtern. Anschließend erfolgt eine kritische Würdigung des Abzugskapitals bei der Ermittlung der Höhe der kalkulatorischen Verzinsung in kommerziell-gewinnstrebenden Betrieben, die mit praktischen Beispielen untermauert wird.

Der Abschnitt B. zeigt auf, wie das Abzugskapital im Zuge der Kalkulation von kommunalen Benutzungsgebühren zu behandeln ist. So wird in diesem Kontext der Einfluss des Abzugskapitals sowohl auf die kalkulatorischen Abschreibungen als auch auf die kalkulatorische Verzinsung anhand von praktischen Beispielen verdeutlicht und kritisch betrachtet.

A. Das Abzugskapital in der Privatwirtschaft

I. Zu Begriff und Inhalten des Abzugskapitals

1. Kostenrechnerische Grundbegriffe

Zur Verdeutlichung der erforderlichen kostenrechnerischen Grundbegriffe ist vom Leistungsprozess des Betriebs auszugehen. Dies bedeutet beispielhaft, dass bei Beschaffungsmaßnahmen eines Betriebs der Kauf und die Bezahlung einer Maschine zu einem Geldabfluss (= Ausgabe) führt.² Setzt der Betrieb diese Maschine zur Güter- oder Dienstleistungsproduktion ein, unterliegt dieses Einsatzgut einer Wertminderung³ (= Aufwand/Kosten). Dem Verbrauch des Einsatzgutes Maschine folgt ein Wertzuwachs in Form von produzierten Gütern

oder Leistungen (= Ertrag/Leistung), der schließlich beim Verkauf der produzierten Güter und Leistungen auf dem Markt zu Geldzuflüssen in den Betrieb führt (= Einnahme).

Ausgaben entsprechen jeglichem Geldabfluss in einer Rechnungsperiode und unter Aufwendungen versteht man den gesamten bewerteten⁴ Verbrauch an Gütern und Leistungen in einer Rechnungsperiode. Die betriebswirtschaftlichen Kosten hingegen stellen den bewerteten leistungsbefähigten Gütereinsatz einer Rechnungsperiode dar. Anhand von drei Merkmalen lässt sich dieser *wertmäßige*⁵ Kostenbegriff charakterisieren:

1. mengenmäßiger Verbrauch an Einsatzgütern (= *Mengenkomponente*),
2. monetäre Bewertung des Verbrauchs (= *Wertkomponente*) und
3. Leistungsverbundenheit⁶ des Verbrauchs (= *Zweckkomponente*).

Eine Abgrenzung der drei Begriffe Ausgabe, Aufwand und Kosten erscheint entbehrlich, so dass hier auf die in umfangreicher Breite vorhandene Literatur zu dieser Thematik hingewiesen wird.⁷

Eine bedeutsame Kostenart, die sich aus der Gliederung nach der Kostenerfassung⁸ ergibt, stellen die kalkulatorischen Kosten dar. Kalkulatorische Kosten sind Zusatzkosten, da der durch sie erfasste

* Dipl.-Kfm., Dipl.-Verwaltungswirt (FH) Matthias Schmitz ist Beamter im Innenministerium Mecklenburg-Vorpommern und nebenamtlicher Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Güstrow.

** Dipl.-Oec. Dr. Thomas Schneidewind vertritt in Halberstadt die Professur „Public Management“ am Fachbereich Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz.

1 Gleichlautende Aussagen finden sich in den Kommunalabgabengesetzen der übrigen Bundesländer, so bspw. in § 6 Abs. 2 KAG Nordrhein-Westfalen, § 5 Abs. 2 KAG Niedersachsen oder § 12 Abs. 2 KAG Thüringen.

2 Eine weiterführende Unterscheidung zwischen Ausgaben und Auszahlungen einerseits und Einnahmen und Einzahlungen andererseits soll an dieser Stelle nicht erfolgen; vgl. hierzu bspw. ausführlich Däumler, Klaus-Dieter und Grabe, Jürgen (2003), S. 18 ff sowie Schierenbeck, Henner (1995), S. 495 f.

3 Wem dieses Beispiel fremd ist, möge sich die Wertminderung seines privaten Kfz durch die dauerhafte Nutzung vorstellen. Eine ursprüngliche Anschaffungsausgabe in Höhe von 20.000 € lässt sich durch den Nutzer beim Verkauf nach einjähriger Nutzung des Kfz nicht mehr erzielen, da sich das Kfz in der Zwischenzeit „verbraucht“ hat.

4 Der Verbrauch ist dann bewertet, wenn er in Geldeinheiten („€“) ausgedrückt wird.

5 Alternativ existiert der *pagatorische* Kostenbegriff, dessen Ausgangsbasis nicht der reale betriebliche Güterverbrauch, sondern einer aus Zahlungen abgeleiteten Betrachtung mit entsprechenden Geldabflüssen zu den verschiedenen Wirtschaftspartnern ist.

6 Dient ein ermittelter Verbrauch nicht dem originären Zweck des Betriebs, so stellt dieser Verbrauch keine Kosten dar. Dies ist bspw. bei Spenden von kommerziell-gewinnstrebenden Betrieben an wohltätige Organisationen der Fall.

7 Siehe hierzu stellvertretend für viele andere Wöhe, Günter und Döring, Ulrich (2004), S. 828 ff. sowie Gornas, Jürgen (1992), S. 77 ff.

8 Weitere Kostenarten sind bspw. Personal-, Sach- und Kapitalkosten, Kosten für Leistungen Dritter und Kosten für Steuern, Gebühren und Beiträge (gegliedert nach Art der verbrauchten Produktionsfaktoren), Beschaffungs-, Lagerhaltungs-, Fertigungs-, Verwaltungs- und Vertriebskosten (gegliedert nach betrieblichen Funktionsbereichen), Einzel- und Gemeinkosten (gegliedert nach Verrechnungsart), fixe und variable Kosten (gegliedert nach Änderungen in der Kapazitätsausnutzung) sowie primäre und sekundäre Kosten (gegliedert nach der Herkunft); vgl. dazu auch Wöhe, Günter und Döring, Ulrich (2004), S. 1088 ff.

Werteverbrauch in der Finanzbuchhaltung entweder überhaupt nicht oder in anderer Höhe verrechnet wird. Zu dieser Gruppe von Kostenarten gehören der kalkulatorische Unternehmerlohn, die kalkulatorische Miete, die kalkulatorischen Wagniszuschläge, die bewertungsbedingten erhöhten kalkulatorischen Abschreibungen⁹ sowie die kalkulatorischen Zinsen.

In der Erfolgsrechnung werden ausschließlich die für das Fremdkapital gezahlten Zinsen als Aufwand verrechnet. Der Betrieb aber muss im Erlös eine Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaften, da es ansonsten zweckmäßiger wäre, das für die betriebliche Leistungserstellung verwandte Eigenkapital in einer anderen Verwendungsart zinsbringend anzulegen.¹⁰ Zweck dieser Vorgehensweise ist die vollständige Abbildung der betrachteten Kalkulation mit sämtlichen positiven und negativen Ergebnisbeiträgen. Fallen beispielsweise in einem Betrieb, der über genügend Eigenmittel verfügt, keine Zinsaufwendungen für Fremdkapital an, so bedeutet dies nicht, dass das erforderliche Kapital kostenlos verfügbar ist. Vielmehr verzichtet der Betrieb als Eigenkapitalgeber auf Zinserträge aus alternativen Anlageformen. Anders ausgedrückt: Die kalkulatorischen Zinsen sind als ein Entgelt für die Nutzung von Eigenkapital zu betrachten. Aus diesem Grunde werden in der Kostenrechnung für das gesamte im Leistungsprozess eingesetzte Kapital kalkulatorische Zinsen angesetzt. Das im Leistungsprozess erforderliche und eingesetzte Kapital wird als *betriebsnotwendiges Kapital* bezeichnet.¹¹

Um die kalkulatorischen Zinsen ermitteln zu können, ist zunächst das betriebsnotwendige Kapital zu errechnen. Die Grundlage für das betriebsnotwendige Kapital bildet das betriebsnotwendige Vermögen. Hierzu zählen sämtliche Vermögensteile des Umlauf- und Anlagevermögens, die fortlaufend dem Betriebszweck dienen.

	Wert (in €)	Summe (in €)
I Anlagevermögen (betriebsnotwendig)		
– Grundstücke und Gebäude	1.000.000	
– Maschinen	500.000	
– Werkzeuge	150.000	
– Büroausstattung	50.000	
Σ_I	Betriebsnotwendiges Anlagevermögen	1.700.000
II Umlaufvermögen (betriebsnotwendig)		
– Vorräte	500.000	
– Forderungen	100.000	
– Zahlungsmittel	200.000	
Σ_{II}	Betriebsnotwendiges Umlaufvermögen	800.000
Σ_I + Σ_{II}	Betriebsnotwendiges Vermögen	2.500.000

Abb. 1: Betriebsnotwendiges Vermögen

Bei den jeweiligen Wertansätzen ist allerdings nicht von den Bilanzwerten auszugehen, sondern bei den Posten des Anlagevermögens entweder von den kalkulatorischen Restwerten (Restwertverzinsung) oder von den halben Anschaffungskosten¹² (Durchschnittswertverzinsung). Bei den kalkulatorischen Restwerten handelt es sich um die um kalkulatorische Abschreibungen verminderten Anschaffungskosten. Da bei der Methode der Restwertverzinsung die kalkulatorischen Zinsen im Zeitablauf mit den fallenden Restwerten auch kontinuierlich sinken, werden die einzelnen Abrechnungsperioden ungleichmäßig belastet. Unter der Annahme gleicher Produktionsbedingungen bedeutet dies, dass sowohl die ermittelten Gesamt- als auch die Stückkosten über die Nutzungsdauer des betrachteten Vermögensteils jährlich sinken. Bei der Durchschnittswertverzinsung hingegen sind die kalkulatorischen Zinsen im Zeitablauf konstant, weil sie bei abnutzbaren Anlagegütern auf der

Grundlage der halben Anschaffungskosten ermittelt werden. Unter der Voraussetzung einer linearen Abschreibung sind deshalb die halben Anschaffungskosten über die Nutzungsdauer durchschnittlich im Betrieb gebunden.

Aus Gründen der Praktikabilität ist die Durchschnittswertverzinsung der Restwertverzinsung vorzuziehen, da mit „geglätteten“ Werten über die Nutzungsdauer von zu verzinsenden Vermögensteilen gerechnet werden kann.

Graphisch ist der Unterschied zwischen den jährlichen Restwerten und dem Durchschnittswert unter der Annahme einer linearen Abschreibung eines einzigen Vermögensteils in der Abbildung 2 verdeutlicht.

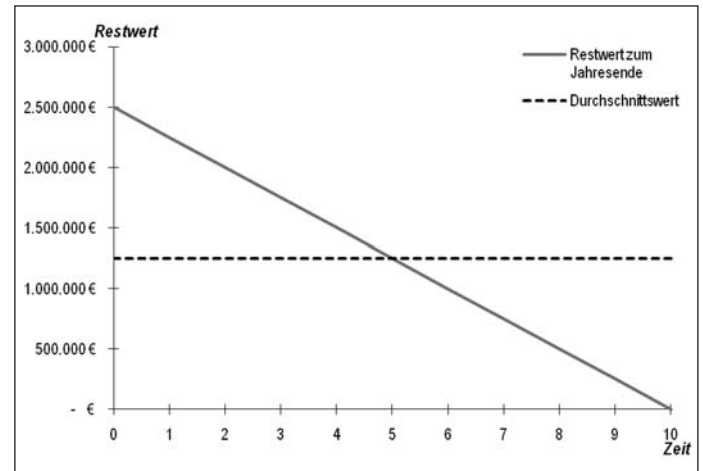


Abb. 2: Betriebsnotwendiges Vermögen nach Restwert- und Durchschnittswertmethode

Zur mathematischen Ermittlung sei auf das in der obigen Abbildung 1 angeführte Beispiel zurückgegriffen, bei dem nun eine Nutzungsdauer von 10 Jahren unterstellt sei.

9 Erfolgt in der Kostenrechnung bspw. eine Abschreibung auf den Wiederbeschaffungswert eines Anlagegutes, so sind die damit verbundenen Abschreibungsbeträge höher als die bilanziellen Abschreibungswerte, wenn man eine lineare Abschreibung zugrundelegt.

10 Vgl. u.a. Walter, Wolfgang G. und Wünsche, Isabella (2005), S. 131.

11 Vgl. bspw. Olfert, Klaus (2005), S. 126 sowie Pinnekamp, Heinz-Jürgen (1998), S. 62.

12 Beim Begriff der Anschaffungskosten handelt es sich um einen im Steuer- sowie Handelsrecht grundlegenden Wertmaßstab für angeschaffte Vermögensgegenstände. Allgemein sind diese definiert als zu leistende Aufwendungen zum Erwerb von Vermögensgegenständen und ihre Versetzung in einen betriebsbereiten Zustand, sofern sie dem jeweiligen Vermögensgegenstand zugeordnet werden können. Nach § 255 Abs. 1 HGB werden die Anschaffungskosten nach dem folgenden Schema ermittelt:

	Anschaffungspreis	bei umsatzsteuerabzugsberechtigten Unternehmen der Nettokaufpreis
+	Nebenkosten	z.B. Bezugskosten, Zölle, Notar, Fundament, Montage, Zulassung, Makler etc.
+	Nachträgliche Anschaffungskosten	z.B. Erschließung, Umbau, Zubehör, etc.
./.	Anschaffungsminderungskosten	z.B. Rabatte, Boni, Skonti, Gutschriften wg. Mängelrügen etc.
=	handels- und steuerrechtlich aktivierbare Anschaffungskosten	

Leider führt der handels- und steuerrechtliche Begriff der Anschaffungskosten immer wieder zu Verwirrungen im Kontext der Kostenrechnung. Entsprechend der drei oben angeführten Merkmale (Mengen-, Wert- und Zweckkomponente) des wertmäßigen Kostenbegriffs handelt es sich bei den Anschaffungskosten nicht um betriebswirtschaftliche *Kosten*, sondern lediglich um *Ausgaben*!

N	Restwert zum Jahresende	Gemittelter Restwert ¹³	Durchschnittswert
1	2.250.000 €	2.375.000 €	1.250.000 €
2	2.000.000 €	2.125.000 €	1.250.000 €
3	1.750.000 €	1.875.000 €	1.250.000 €
4	1.500.000 €	1.625.000 €	1.250.000 €
5	1.250.000 €	1.375.000 €	1.250.000 €
6	1.000.000 €	1.125.000 €	1.250.000 €
7	750.000 €	875.000 €	1.250.000 €
8	500.000 €	625.000 €	1.250.000 €
9	250.000 €	375.000 €	1.250.000 €
10	-€	125.000 €	1.250.000 €

Abb. 3: Jährliche Restwerte und Durchschnittswerte des betriebsnotwendigen Vermögens

2. Zum Begriff des Abzugskapitals

Betriebsnotwendiges Anlagevermögen und Umlaufvermögen ergeben das betriebsnotwendige Vermögen. Von diesem Wert sind, so zumindest wird es in der auf die kommerziell-gewinnstrebenden Betriebe ausgerichteten theoretischen Betriebswirtschaftslehre oft dargestellt¹⁴, jeweils Kapitalbeträge abzuziehen, die dem Betrieb zinslos zur Verfügung stehen, wie z.B. Anzahlungen von Kunden oder Lieferantenkredite. Diese Kapitalbeträge werden als **Abzugskapital** bezeichnet.¹⁵

Ausschlaggebendes Kriterium für den Abzug von Kapitalbeträgen ist, dass keine Zinsen entstehen, auch nicht in Form entgangener Zinserträge aus ungenutzten alternativen Anlagemöglichkeiten.

Für die Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals ist vom betriebsnotwendigen Vermögen das Abzugskapital zu subtrahieren. Die Verzinsung des Betrags zum Kalkulationszinsfuß (= Zinssatz)¹⁶ stellt die kalkulatorischen Zinsen dar. Das nachstehende Beispiel greift die Darstellung zum betriebsnotwendigen Vermögen aus der Abbildung 1 auf und verdeutlicht die Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals pro Jahr.

$\Sigma_I + \Sigma_{II}$	Betriebsnotwendiges Vermögen	2.500.000 €
./.	Abzugskapital [bspw. Anzahlungen & Lieferantenkredite]	500.000 €
=	Betriebsnotwendiges Kapital	2.000.000 €
	Durchschnittswert des betriebsnotwendigen Kapitals	1.000.000 €
	4,5 % Zinsen p.a.	<u>45.000 €</u>

Abb. 4: Beispiel für die Ermittlung des durchschnittlichen betriebsnotwendigen Kapitals und der kalkulatorischen Verzinsung

Wie bereits erörtert, wird in der Theorie der Betriebswirtschaftslehre vielfach vermittelt, dass das einem Betrieb zinslos zur Verfügung stehende Kapital von der kalkulatorischen Verzinsung auszunehmen sei. Dies fußt auf dem Grundgedanken, dass aus dem bilanziellen Anlage- und Umlaufvermögen die nicht betriebsnotwendigen Produktionsmittel herauszunehmen sind. Darunter fallen ungenutzte Maschinenkapazitäten, leerstehende Produktions- und Verwaltungsgebäude sowie brachliegende Grundstücke. Die beispielhaft angeführten Produktionsmittel sollen in der kalkulatorischen Zinsrechnung deshalb unberücksichtigt bleiben, weil das in ihnen gebundene Kapital nicht zur Erstellung der betrieblichen Produktion beiträgt.¹⁷

Angemerkt sei, dass in der kalkulatorischen Zinsrechnung auch immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, für die gem. § 248 Abs. 2 HGB ein Aktivierungsverbot¹⁸ besteht, zu berücksichtigen sind, da sie Kapital binden. Von Bedeutung ist dies, da nur

das Kapital zu verzinsen ist, das auch Eingang in die Produktionsleistung des entsprechenden Betriebs findet, und nicht das Kapital, dessen Ausweis entsprechend den einschlägigen Rechtsvorschriften gebzw. verboten ist.

II. Kritische Betrachtung des Abzugskapitals in der praktischen Anwendung

In der betriebswirtschaftlichen Standardliteratur wird die Mehrheitsmeinung¹⁹ vertreten, dass nicht betriebsnotwendige Teile von Umlauf- und Anlagevermögen aufgrund der zinslosen Überlassung keiner kalkulatorischen Verzinsung unterliegen und somit keinen Eingang in die Kostenrechnung finden dürfen. Diese Mehrheitsmeinung soll im Folgenden kritisch betrachtet werden, und zwar aus sachlogischer und formaler Sicht.

In der Literatur werden, wie bereits oben dargelegt, im Kontext der Behandlung des Abzugskapitals oftmals die Beispiele der erhaltenen Kundenanzahlungen oder der Lieferantenkredite angeführt. Bisher unbestritten ist, dass sowohl Kundenanzahlungen als auch Lieferantenschulden einen Teil des täglichen Geschäfts eines Betriebs ausmachen. Angesichts der Praxis in den jeweiligen Betrieben gibt es keinen triftigen Grund, die damit zusammenhängende Vermögenssumme nicht auch kalkulatorisch zu verzinsen! Schließlich soll doch das Kapital, welches zur Produktionsleistung eines Betriebs beiträgt, entsprechend verzinst werden. Insofern kann argumentiert werden, dass eine stringente Sachlogik – einerseits soll für die Produktionsleistung erforderliches Kapital verzinst werden, andererseits wiederum nicht – nicht vorhanden ist.

Aus formaler Sicht soll anhand der bereits angeführten Beispiele der Kundenanzahlung und des Lieferantenkredits aufgezeigt werden, dass die unter dem Abzugskapital subsummierten finanzwirtschaftlichen Vorgänge oftmals eben nicht zinsfrei zur Verfügung stehen.²⁰

Das **erste Beispiel** greift die **Kundenanzahlung** auf. So ist es in bestimmten Zweigen der Privatwirtschaft²¹ üblich, sowohl bereits vor Beginn des Produktionsprozesses als auch nach teilweiser Fertigstellung eines Wirtschaftsgutes Anzahlungen von Kunden zu verlangen. Vor dem Hintergrund der Herstellung von teilweise sehr speziellen Gütern trifft der Produzent mit der Forderung nach einer Kundenanzahlung Vorsorge im Hinblick auf eine mögliche Nichtabnahme.

13 Die (mathematisch korrekten) jährlichen *gemittelten Restwerte* ergeben sich aus dem Mittel der jeweiligen jährlichen Restwerte zu Jahresbeginn und Jahresende.

14 Vgl. hierzu u.a. Schweitzer, Marcell und Küpper, Hans-Ulrich (1998), S. 121 sowie Schierenbeck, Henner (1995), S. 626.

15 Vgl. stellvertretend für viele andere Wöhe, Günter und Döring, Ulrich (2004), S. 1097 f. und Schweitzer, Marcell und Küpper, Hans-Ulrich (1998), S. 121.

16 Der Kalkulationszinsfuß gleicht dem Zinssatz der günstigsten Fremdkapitalbeschaffungsmöglichkeit.

17 Diese Vorgehensweise basiert auf dem Regierungserlass über „Allgemeine Grundsätze der Kostenrechnung“ vom 16. Januar 1939 und den später darauf aufbauenden „Allgemeinen Regeln zur industriellen Kostenrechnung“; vgl. dazu Moews, Dieter (1989), S. 101.

18 Gem. § 248 Abs. 2 HGB handelt es sich hierbei um nicht entgeltlich erworbene Vermögenswerte des Anlagevermögens. Dies bedeutet, dass es sich um selbst erstellte oder kostenlos zur Verfügung gestellte Vermögenswerte handelt. Derartige Vermögenswerte können Forschungs- und Entwicklungsprojekte oder auch selbst erstellte Software sein.

19 Kritik an der Behandlung des Abzugskapitals findet sich bspw. bei Walter, Wolfgang G. und Wünsche, Isabella (2005), S. 132 sowie Kosiol, Erich (1979), S. 189 f.

20 Vgl. hierzu auch Walter, Wolfgang G. (2000), S. 112.

21 Derartige Geschäftspraktiken sind in der auftragsorientierten Einzelfertigung zu finden, wie bspw. im Großanlagenbau (u.a. Schiffs-, Maschinen- und Wohnungsbau).

Als eine günstige und kurzfristig ausgelegte Finanzierungsquelle stehen die Kundenanzahlungen, so jedenfalls der originäre Grundgedanke des Abzugskapitals, dem produzierenden Betrieb zinslos zur Verfügung. Dieser Darstellung ist nur in dem Fall zuzustimmen, wenn eine Anzahlung in voller Höhe, also ohne eingeräumte Rabatte oder Skonti, getätigt wird. Sofern diese Voraussetzung nicht gegeben ist und ein monetärer Abschlag von der ursprünglichen vereinbarten Anzahlung stattfindet, liegt zum Zeitpunkt der Anzahlung eine diskontierte (abgezinst) Zahlung vor. Diese Zahlung ist faktisch nicht mehr zinsfrei! In der betrieblichen Praxis lassen sich die Kunden ihre zu leistenden Vorauszahlungen oftmals mit entsprechenden Preisreduktionen „vergüten“.

Beispielhaft sei eine um 3 % p.a. verringerte Kundenanzahlung zu Jahresbeginn am 1. Januar 2008 anstelle einer Zahlung bei Leistung oder Lieferung zu Jahresmitte am 30. Juni 2008 in Höhe von 100.000 € gedacht. In einem solch gelagerten Fall liegt zu Jahresbeginn eine diskontierte Zahlung in Höhe von 98.522,17 € vor. Die Ermittlung des Zahlungsbetrags erfolgt unter den gegebenen Bedingungen in mehreren Schritten:

1. Umrechnung des Jahreszinssatzes:

$$\text{Unterjähriger Zinssatz} = \frac{\text{Jahreszinssatz} \times \text{Kreditzeitraum in Tagen}}{\text{Jahrestage}}$$

$$\frac{3 \times 180 \text{ Tage}}{360 \text{ Tage}} = 1,5 \%$$

2. Berechnung des Vorauszahlungsbetrags:

$$\text{Vorauszahlungsbetrag} = \frac{\text{Endbetrag} \times 100}{100 + \text{Unterjähriger Zinssatz}}$$

$$\frac{100.000 \text{ €} \times 100}{100 + 1,5} = 98.522,17 \text{ €}$$

Das **zweite Beispiel** stellt auf den **Lieferantenkredit** ab. Wenn ein Betrieb Leistungen oder Lieferungen von einem anderen Betrieb erhält, entsteht eine Kreditbeziehung zwischen den Beteiligten, sofern der leistungs- oder lieferungsempfangene Betrieb seine ausstehenden Schulden nicht umgehend begleicht. In der betrieblichen Praxis bezeichnet man diese Vorgehensweise als Einräumung eines Zahlungsziels. Wie die diskutierte Kundenanzahlung steht auch der Lieferantenkredit für den Kreditnehmer, also den leistungs- oder lieferungsempfangenden Betrieb, nur scheinbar zinslos zur Verfügung. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei einem Lieferantenkredit nicht um ein zinslos zur Verfügung gestelltes Darlehen, da der Verzicht eines Skontoabzugs einer Zinszahlung entspricht. Wird bspw. einem leistungs- bzw. lieferungsempfangenden Betrieb ein Zahlungsziel von 30 Tagen und ein Skontoabzug von 2,5 % bei Barzahlung eingeräumt, so entspricht dies einer jährlichen Verzinsung von 30,77 %, wie die nachstehende mathematisch korrekte Berechnung²² aufzeigt:

$$\text{Jährlicher Zins} = \frac{\text{Skontosatz} \times 100 \times 360}{(100 - \text{Skontosatz}) \times (\text{Zahlungsziel} - \text{Skontofrist})}$$

$$\frac{2,5 \times 100 \times 360}{(100 - 2,5) \times (30 \text{ Tage} - 0 \text{ Tage})} = 30,77 \%$$

Faktisch ist die jährliche Verzinsung sogar noch höher, wenn dem Kreditnehmer innerhalb des Zahlungsziels eine Skontofrist von bspw. zehn Tagen gewährt wird:

$$\frac{2,5 \times 100 \times 360}{(100 - 2,5) \times (30 \text{ Tage} - 10 \text{ Tage})} = 46,15 \%$$

Dies bedeutet, dass durch den Skontoverzicht eine „versteckte“ Zinszahlung von jährlich 30,77 % bzw. 46,15 % erfolgt.

III. Zwischenergebnis

Das Abzugskapital, so wie es sich in der theoretischen Betriebswirtschaftslehre darstellt, ist im Hinblick auf die zu praktizierende Kostenrechnung problembehaftet.

Zum einen werden die immer wiederkehrenden Beispiele der Kundenanzahlung und der Lieferantenkredite als typische zinslose Finanzvorgänge angeführt. Beispielhaft wurde oben aufgezeigt, dass ein Lieferantenkredit faktisch nicht zinsfrei ist. Bei der Kundenanzahlung ist zu unterscheiden zwischen Anzahlungen mit und ohne gewährten Abschlägen. Sofern dem Kunden für seine Vorauszahlung ein Abschlag gewährt wurde, ist auch der Lieferantenkredit nicht mehr als zinsfrei zu charakterisieren, da eine abgezinsten Zahlung vorliegt.

B. Das Abzugskapital im Kontext der kommunalen Gebührenkalkulation

I. Grundlagen

Nach § 6 Abs. 1 S. 2 KAG M-V²³ sollen die im Rahmen des Gebührenaufkommens vereinnahmten Gelder die voraussichtlichen Kosten²⁴ decken. Kosten sind nach § 6 Abs. 2 S. 1 KAG M-V²⁵ wertmäßig ansatzfähige Kosten²⁶, die betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen.

Das in § 6 Abs. 1 S. 2 KAG M-V normierte Kostendeckungsprinzip muss in zwei Richtungen verstanden sein. Einerseits sollen alle ansatzfähigen Kosten durch die Gebühren gedeckt werden, andererseits dürfen die kalkulierten Gebühreneinnahmen nicht die prognostizierten Kosten überschreiten. Sind die Gebühreneinnahmen höher als die Kosten, greift die Ausgleichsregelung nach § 6 Abs. 2d S. 2 KAG M-V.²⁷ Um die in der Durchführung komplizierten (Nach-) Berechnungsverfahren zu verhindern bzw. zu minimieren, sollte eine möglichst genaue Kostenkalkulation der Gebührenkalkulation vorausgehen. Hiervon zu unterscheiden sind die von Anfang an geplanten Gewinne, die zulässig sind.²⁸

Betriebswirtschaftlich ansatzfähige Kosten²⁹ sind vor allem die aufwandsgleichen Kosten und die kalkulatorischen Kosten. Je nach

22 Üblicherweise wird in der kaufmännischen Praxis mit einer Überschlagsrechnung, also einer Näherungslösung gearbeitet, die die jährliche Verzinsung hinreichend genau ermittelt:

$$\text{Jährlicher Zins} = \frac{\text{Skontosatz}}{\text{Zahlungsziel} - \text{Skontofrist}} \times 360$$

23 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

24 Vgl. Gaweł, Erik (1999), S. 106.

25 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

26 Vgl. Heßhaus, Matthias (1997), S. 64.

27 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

28 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 53.

29 Vgl. Cosack, Tilman (2003), S. 242.

Art der Berücksichtigung des Abzugskapitals unterscheiden sich auch die Auswirkungen auf die Kostenkalkulation und somit auf die zu entrichtende Gebühr.

Auch wenn in § 6 Abs. 2 S. 1 KAG M-V³⁰ Kosten unter Heranziehung der Betriebswirtschaftslehre definiert werden, so sind durch die Eigentümlichkeit des Gebührencharakters nicht alle Grundsätze der Betriebswirtschaftslehre zu übernehmen. Welche Kosten hierbei in welcher Höhe für die Gebührenkalkulation übernommen werden können, soll in den folgenden Ausführungen näher diskutiert werden. Hierbei soll der Focus insbesondere in der Behandlung des Abzugskapitals liegen, welches sowohl in der Ausweisung der Abschreibungen als auch in der Berechnung der kalkulatorischen Zinsen Besonderheiten aufweist.

Nach §§ 6, 8 KAG M-V³¹ werden die Gemeinden verpflichtet, Gebühren und Beiträge zu erheben. Ein Abweichen hiervon ist nur in besonderen Fällen möglich. Für Gebühren sind hier vor allem die §§ 4 ff. KAG M-V³², § 21 und § 50 Abs. 4 Ziffer 3 StrWG M-V³³ in Verbindung mit den örtlichen Gebührensatzungen einschlägig. Die Wichtigkeit der Thematik lässt sich bereits an der Regelung des § 22 Abs. 3 Ziffer 11 KV M-V³⁴ erkennen. Hiernach können Entscheidungen über die Ermittlung des Satzes öffentlicher Abgaben durch die Gemeindevertretung nicht übertragen werden.³⁵

II. Kalkulatorische Abschreibungen

1. Ausgangssituation

Ein Abwasserbetrieb weist zum 1. Januar 2007 über Anlagekarteen folgende Werte aus (Auszug):

Sachanlagen	Anschaffungswert	Nutzungsdauer	Jährliche Abschreibung
Grundstücke und Gebäude (davon Gebäude)	1.500.000 € 1.200.000 €	50 Jahre	24.000 €
Abwasserreinigungsanlagen	4.000.000 €	10 Jahre	400.000 €
Abwassersammlungsanlagen	9.000.000 €	20 Jahre	450.000 €
Maschinen und maschinelle Anlagen	500.000 €	10 Jahre	50.000 €
Fahrzeuge	600.000 €	5 Jahre	120.000 €
Betriebs- und Geschäftsausstattung	150.000 €	10 Jahre	15.000 €
Summe	15.750.000 €		1.059.000 €

Die Anlagekartei des gleichen Abwasserbetriebes weist zum 1. Januar 2008 folgende Werte aus (Auszug):

Sachanlagen	Restbuchwert	Nutzungsdauer	Jährliche Abschreibung
Grundstücke und Gebäude (davon Gebäude)	1.476.000 € 1.176.000 €	50 Jahre	24.000 €
Abwasserreinigungsanlagen	3.600.000 €	10 Jahre	400.000 €
Abwassersammlungsanlagen	8.550.000 €	20 Jahre	450.000 €
Maschinen und maschinelle Anlagen	450.000 €	10 Jahre	50.000 €
Fahrzeuge	480.000 €	5 Jahre	120.000 €
Betriebs- und Geschäftsausstattung	135.000 €	10 Jahre	15.000 €
Summe	14.691.000 €		1.059.000 €

Im Rahmen der Gebührenkalkulation sollen die kalkulatorischen Kosten ermittelt werden. Anhand der vorgegebenen Angaben lassen sich hierbei die kalkulatorischen Abschreibungen³⁶ und die kalkulatorischen Zinsen³⁷ berechnen.

Die kalkulatorischen Abschreibungen³⁸ betragen demnach jährlich 1.059.000 €. An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass sich die kalkulatorischen Abschreibungen an der Nutzungsdauer des jeweiligen Anlagegutes orientieren und nicht mit der bilanziellen Abschreibung identisch sein müssen (§ 6 Abs. 2a S. 7 KAG M-V)³⁹. Weiterhin müssen Abschreibungen linear vorgenommen werden, um der Vorgabe der „Gleichmäßigkeit“ nachzukommen.⁴⁰ Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit wäre aber ebenso bei der Abschreibung nach Leistungsmengen erfüllt.⁴¹ Das KAG M-V erlaubt ausdrücklich die Abschreibung nach § 6 Abs. 2a S. 7⁴² in dieser Form. Bei der Position Grundstücke und Gebäude wurde die Abschreibung nur bezüglich der Gebäude durchgeführt, da bei Grundstücken in der Regel kein Werteverzehr vorliegt.⁴³

2. Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerte

Grundsätzlich sind die Anlagewerte nach Anschaffungsausgaben bzw. Herstellungskosten zu bemessen (§ 6 Abs. 2a S. 4 KAG M-V⁴⁴). Nach § 6 Abs. 2a S. 5 KAG M-V⁴⁵ kann aber aus besonderen wirtschaftlichen Gründen auch der Wiederbeschaffungszeitwert⁴⁶ zu Grunde gelegt werden. Denkbar wäre hier z.B. die gefährdete Liquidität des Betriebes, wenn er auf die geringeren Anlagewerte abschreiben würde⁴⁷.

Beispiel: Anlagegut Fahrzeuge, Nutzungsdauer 5 Jahre

Periode	Anschaffungsausgaben	Lineare Abschreibung	Restbuchwert
1	600.000 €	120.000 €	480.000 €
2		120.000 €	360.000 €
3		120.000 €	240.000 €
4		120.000 €	120.000 €
5		120.000 €	1 €

Die Abschreibungssumme ist bei der linearen Abschreibung gleich den Anschaffungsausgaben. Sie wird lediglich gleichmäßig auf die Nutzungsperioden entsprechend des Werteverzehrs verteilt.

30 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

31 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

32 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

33 GVOBl. M-V 1993, S. 42.

34 GVOBl. M-V 2004, S. 205.

35 Vgl. Gentner, Sabine in: Darsow, Thomas, Gentner, Sabine, Glaser, Klaus-Michael und Meyer, Hubert (2005), S. 138.

36 Vgl. Gawel, Erik (1995), S. 271 ff.

37 Vgl. ebd., S. 294.

38 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 85.

39 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

40 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 92.

41 Vgl. Niehoff, Karin (2001), S. 146.

42 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

43 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 85.

44 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

45 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

46 Niehoff, Karin (2001), S. 147 f.

47 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 86.

Pe-ri-ode	Anschaf-fungs-ausgaben	In-dex	Wiederbe-schaffungs-zeitwert	Anfangs-stand Abschrei-bung	Zugang Abschrei-bung	Rest-buchwert
0	600.000 €	805				600.000 €
1		810	603.727 €		120.745 €	479.255 €
2		835	622.360 €	120.745 €	124.472 €	354.783 €
3		860	640.994 €	245.217 €	128.199 €	226.584 €
4		887	661.118 €	373.416 €	132.224 €	94.360 €
5		908	676.770 €	505.640 €	135.354 €	1 €
Σ					640.994 €	

In diesem Beispiel wurde über die Wiederbeschaffungszeitwerte abgeschrieben. Dieser ergibt sich nach der Formel:

$$\frac{\text{Anschaffungsausgabe} \times \text{Index (t)}}{\text{Index (t}_0\text{)}} = \text{Wiederbeschaffungszeitwert}$$

Für die Periode 1 ergibt sich somit:

$$\frac{600.000 \text{ €} \times 810}{805} = 603.727 \text{ €}$$

Dabei wird der errechnete Wiederbeschaffungszeitwert durch die Nutzungsdauer dividiert, um den jährlichen Abschreibungsbetrag zu ermitteln. Der jährliche Abschreibungsbetrag wird danach vom Restbuchwert abgezogen. Zu beachten ist, dass in der letzten Abschreibungsperiode auf einen Erinnerungswert von 1 € gebucht wird, damit sich kein negatives Anlagevermögen ergibt.

Insgesamt wurden somit 640.994 € abgeschrieben. Ein um nahezu 41.000 € höherer Wert als bei der Abschreibung auf Anschaffungs-ausgaben. Dies sind dann Kosten, die in der Gebührenkalkulation berücksichtigt werden können.

Die Verfahrensweise der Abschreibung auf Wiederbeschaffungs-zeitwerte wird durch die Verfasser insgesamt als bedenklich aufge-fasst. Zum Einen werden Kosten ausgewiesen, die nichts mit dem aufgewandten Kapital gemein haben und zum Anderen wird auf die Reinvestition eines Wirtschaftsgutes in der Zukunft abgestellt, das in gleicher Art und Güte wieder beschafft werden müsste.⁴⁸ Es stellt sich hierbei die Frage, wer denn nach Ende der Nutzungsdauer eine Investition für ein Anlagegut tätigt, das überhaupt nicht mehr dem neuesten technischen Standard entspricht. Weiterhin ist wie z.B. in der IT-Technologie damit zu rechnen, dass eine Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerte durch den Preisverfall nicht einmal die Ursprungsausgabe decken wird.

3. Einfluss des Abzugskapital auf die Abschreibungen

Nach § 6 Abs. 2a S. 1 KAG M-V⁴⁹ sind die Anlagewerte um Bei-träge und ähnliche Entgelte zu kürzen. Diese Regelung korrespon-dierte auch mit § 44 Kommunalverfassung M-V⁵⁰ und dem dort veran-kerten Ausschließlichkeitsprinzip. Demnach kann ein Tatbestand, der einen Beitrag ausgelöst hat keine Gebühr nach sich ziehen und umgekehrt. Die Kürzung des Anlagekapitals kann dabei auf einmal oder durch eine ertragswirksame Auflösung erfolgen (§ 6 Abs. 2a S. 3 KAG M-V)⁵¹.

Werden Zuschüsse durch Dritte geleistet, kann man hier grund-sätzlich drei Fallkonstellationen unterscheiden:

1. Wird der Zuschuss unter der Auflage gewährt, dass der Gebüh-renzahler hierdurch entlastet werden soll, so muss der Zuschuss im Rahmen der Abschreibung vom Anlagevermögen abgezogen werden.⁵²

2. Wurde der Zuschuss ausdrücklich zur Erhöhung des Eigenkapi-tals gezahlt, so ist nach § 6 Abs. 2a S. 2 KAG M-V⁵³ kein Abzug vom Anlagevermögen vorzunehmen. Hier kommt es analog zu Alternative 1 auf den Willen des Zuschussgebers an⁵⁴.

3. Den größten Ermessensspielraum lässt die dritte Alternative zu, indem der Zuschussgeber keine Angaben zur Verwendung macht bzw. nicht definiert, wem der Zuschuss zum Vorteil gereichen soll. Hiernach ist eine Kürzung der Anlagewerte zulässig, darf aber nicht durchgeführt werden, wenn dadurch die Tilgung von Inves-titionskrediten gefährdet wäre (§ 6 Abs. 2a S. 2 KAG M-V⁵⁵). Nach Wortlaut des Gesetzes ist hier also eine Prüfung vorzuneh-men, ob der Gebührenzahler entlastet werden soll, indem die Kos-ten durch Reduzierung der Abschreibungsbeträge gesenkt wer-den. Dies entspricht dem Grundsatz, dass auch Anlagegüter, die über Zuschüsse finanziert wurden einem Werteverzehr unterliegen und die Herkunft des Kapitals dabei zweitrangig ist.

III. Kalkulatorische Verzinsung

1. Grundlagen

Bei den nach § 6 Abs. 2 S. 2 KAG M-V⁵⁶ in die Gebührenkal-kulation einzubeziehenden kalkulatorischen Kosten, ist auch eine angemessene Verzinsung des aufgewandten Kapitals zu berück-sichtigen.

Das KAG M-V eröffnet drei Möglichkeiten für die Ermittlung der kalkulatorischen Zinsen. Diese werden als

- Durchschnittswertmethode,
- Abzugs-Restwertmethode
- Auflösungs-Restwertmethode und

bezeichnet.

Als Besonderheit sei hier erwähnt, dass entgegen der betriebs-wirtschaftlichen Methodik, die kalkulatorischen Zinsen auf das Ei-gen- und Fremdkapital zu ermitteln, auf eine Eigenkapitalverzinsung verzichtet werden kann (§ 6 Abs. 2b S. 4 KAG M-V⁵⁷). Weiter-hin ist eine kalkulatorische Verzinsung auf Wiederbeschaffungszeit-werte ausgeschlossen. Das heißt, dass neben der Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten eine zweite lineare Abschreibung auf Basis von Anschaffungs-ausgaben geführt werden muss, um die kalkulatorischen Zinsen ermitteln zu können.⁵⁸

2. Durchschnittswertmethode

Würde die Berechnung der kalkulatorischen Zinsen auf den **An-fangswert** des Anlagevermögens (Restbuchwert des Vorjahres) des jeweiligen Jahres bezogen sein, kommt man bei einem Zinssatz von 6 % zu folgenden Werten:

48 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 86.

49 GVOBL M-V 2005, S. 146.

50 GVOBL M-V 2004, S. 205; vgl. zudem Deiters, Thomas in: Darsow, Thomas, Gent-ner, Sabine, Glaser, Klaus-Michael und Meyer, Hubert (2005), S. 287 ff.

51 GVOBL M-V 2004, S. 205.

52 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 89.

53 GVOBL M-V 2005, S. 146.

54 Vgl. Siemers, Hartmut in Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 91.

55 GVOBL M-V 2005, S. 146.

56 GVOBL M-V 2005, S. 146.

57 GVOBL M-V 2005, S. 146.

58 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 76.

2007: 6 % von 15.750.000 € = 945.000 €
 2008: 6 % von 14.691.000 € = 881.460 €
 2009: 6 % von 13.632.000 € = 817.920 €
 2010: 6 % von 12.573.000 € = 754.380 €
 2011: 6 % von 11.514.000 € = 690.840 €

Die Summe der kalkulatorischen Zinsen beträgt somit 4.089.600 €. Dividiert durch die fünf Abrechnungsperioden entspricht dies einer durchschnittlichen Zinsbelastung von 817.920 €.

Wird als Basis der Wert des Anlagevermögens zum **Ende der Periode** gewählt (Restbuchwert des laufenden Jahres), so lassen sich folgende Werte feststellen:

2007: 6 % von 14.691.000 € = 881.460 €
 2008: 6 % von 13.632.000 € = 817.920 €
 2009: 6 % von 12.573.000 € = 754.380 €
 2010: 6 % von 11.514.000 € = 690.840 €
 2011: 6 % von 10.455.000 € = 627.300 €

Die Summe der kalkulatorischen Zinsen beträgt somit 3.771.900 €, dividiert durch die fünf Abrechnungsperioden entspricht dies einer durchschnittlichen Zinsbelastung von 754.380 €.

Nach § 6 Abs. 2d S. 1 KAG M-V⁵⁹ darf im Bereich der Abwasserbeseitigung ein Kalkulationszeitraum von fünf Jahren zu Grunde gelegt werden. Eine Berechnung der kalkulatorischen Zinsen nach den Anlagewerten zu Beginn der Abrechnungsperiode würde über einen Zeitraum von fünf Jahren dann einen Wert von 4.089.600 € und zum Ende der Abrechnungsperioden einen Wert von 3.771.900 € betragen. Allerdings sind die Abschreibungen hier in voller Höhe zu Beginn der Periode festgestellt worden. Der tatsächliche Werteverzehr muss sich im Laufe der Periode erst noch realisieren. Bezieht man die kalkulatorische Verzinsung auf den Restwert zu Beginn einer Periode, so kommt es zu höheren Werten. Gleichfalls kommt es entsprechend zu geringen Werten, wenn man die Verzinsung auf das gebundene Kapital zum Ende einer Periode bezieht. Der Zinsberechnung mit Bezug auf die Mitte der Rechnungsperiode ist daher der Vorzug zu geben. Exemplarisch bedeutet dies, dass für das erste Jahr bei dem Anlagegut Abwasserreinigungsanlagen ein Wert von 3.800.000 € als aufgewandtes Kapital angenommen wird. Zu Beginn des ersten Jahres war ein Wert von 4.000.000 € zu verzeichnen, zum Ende nach Abzug der kalkulatorischen Abschreibung ein Wert von 3.600.000 €. Im Mittel waren somit für das Jahr 3.800.000 € in der Anlage gebunden.

Die Beträge für die kalkulatorische Verzinsung zur Mitte der Periode stellen sich dann wie folgt dar:

2007: 6 % von 15.220.500 € = 913.230 €
 2008: 6 % von 14.161.500 € = 849.690 €
 2009: 6 % von 13.102.500 € = 786.150 €
 2010: 6 % von 12.043.500 € = 722.610 €
 2011: 6 % von 10.984.500 € = 659.070 €

Die Summe der kalkulatorischen Zinsen beträgt somit 3.930.750 € dividiert durch die fünf Abrechnungsperioden entspricht dies einer durchschnittlichen Zinsbelastung von 786.150 €.

Die oben gezeigten Berechnungen beziehen sich auf einen Kalkulationszeitraum von fünf Jahren, indes ist aber dem Wortlaut nach 6 Abs. 2b S. 3 KAG M-V⁶⁰ der um die Hälfte reduzierte Wert des aufgewandten Kapitals für die Zinskalkulation maßgeblich. Der Zeitraum über die Gebührenkalkulation und die Zinskalkulation sind demnach nicht identisch. Die Berechnung der kalkulatorischen Zinsen stellt sich hiernach wie folgt dar:

Sachanlagen	Anschaffungswert	Anschaffungswert	6 % Zinsen
		2	
Grundstücke und Gebäude (davon Gebäude)	1.500.000 €	300.000 € ⁶¹	27.000 €
	1.200.000 €	600.000 €	36.000 €
Abwasserreinigungsanlagen	4.000.000 €	2.000.000 €	120.000 €
Abwassersammelungsanlagen	9.000.000 €	4.500.000 €	270.000 €
Maschinen und maschinelle Anlagen	500.000 €	250.000 €	15.000 €
Fahrzeuge	600.000 €	300.000 €	18.000 €
Betriebs- und Geschäftsausstattung	150.000 €	75.000 €	4.500 €
Summe	15.750.000 €		490.500 €

Die kalkulatorischen Zinsen betragen je Abrechnungsperiode 490.500 €. Über die richtige Methodik zur Berechnung der kalkulatorischen Zinsen lässt sich trefflich streiten. Für die Berechnung nach den einzelnen Perioden spricht vor allem die tatsächliche Bindung des Kapitals im Unternehmen. Mit Fortlauf der Zeit und der einhergehenden kalkulatorischen Abschreibung nimmt auch das gebundene Kapital sukzessive ab. Die jährliche Berechnung der kalkulatorischen Zinsen ist demnach den „Lebensverhältnissen“ entsprechend.

Bei der Durchschnittsmethode, wie sie nach KAG M-V gefordert ist, fallen zunächst geringere kalkulatorische Zinsen an, als sie rechnerisch bestehen würden. Hingegen werden sie zum Ende der Nutzungsdauer der Anlagegüter entsprechend höher ausfallen. Für diese Berechnungsform sprechen vor allem die Trivialität und die gleichmäßige Belastung des Gebührenzahlers. Gerade im Bereich der Abwasserentsorgung kann man feststellen, dass der Nutzen für den Gebührenzahler zu einer frühen Periode gleich dem Nutzen ist, wie es zu späteren Perioden der Fall ist. Das Abwasser wird nämlich weder zu einem früheren Zeitpunkt noch zu einem späteren Zeitpunkt „besser“ entsorgt.

3. Abzugs-Restwertmethode

Die bisherigen Berechnungen gingen davon aus, dass weder Fremdkapital noch Abzugskapital zur Finanzierung des Anlagevermögens notwendig waren. Der in der Praxis weitaus häufigere Fall ist aber derart gestaltet, dass nicht nur Eigenkapital zur Finanzierung des Vermögens genutzt wird. Bei der Berechnung der kalkulatorischen Zinsen muss die Herkunft des Kapitals berücksichtigt werden.

Davon ausgehend, soll das oben dargestellte Anlagevermögen wie folgt finanziert worden sein:

Anlagevermögen:	15.750.000 €
Einmalige Zuwendung des Landes:	3.750.000 € (zur Entlastung Beitragszahler)
Eigenkapital:	8.000.000 €
Fremdkapital:	4.000.000 €

Nach § 6 Abs. 2 S. 2 KAG M-V⁶² soll eine angemessene Verzinsung des aufgewandten Kapitals erfolgen. Durch die Mischung von Fremd- und Eigenkapital zur Finanzierung des Anlagevermögens wäre die reine Heranziehung des Fremdkapitalzinseszinses bzw. des Guthabenzinssatzes als fehlerhaft anzusehen. Die Berechnung eines ein-

⁵⁹ GVOBl. M-V 2005, S. 146.

⁶⁰ GVOBl. M-V 2005, S. 146.

⁶¹ Da das Grundstück keinem Werteverzehr unterliegt, ist der volle Anschaffungswert anzusetzen.

⁶² GVOBl. M-V 2005, S. 146.

heitlichen kalkulatorischen Mischzinssatzes⁶³ ist hier als einschlägig zu betrachten. Dabei soll sowohl der Fremdkapitalzinssatz und der Guthabenzinssatz als auch die Gewichtung der Kapitalherkunft berücksichtigt werden. Wenn der Guthabenzins 6 % und der Fremdkapitalzins 9 % betragen, käme man zu folgendem Ergebnis:

$$\frac{2}{3} \times 6\% + \frac{1}{3} \times 9\% = 7\%$$

Hierbei wurde berücksichtigt, dass das Verhältnis Eigen- zu Fremdkapital 2:1 beträgt. Der kalkulatorische Mischzinssatz soll im Folgenden mit 7 % gegeben sein.

Der für die Berechnung notwendige Betrag des aufgewandten Kapitals errechnet sich nach § 6 Abs. 2b S. 1 KAG M-V⁶⁴ durch die um Zuschüsse Dritter und Abschreibungen reduzierten Anschaffungsausgaben⁶⁵.

Es ergibt sich somit folgendes aufgewandtes Kapital:

2007: Anlagevermögen	15.750.000 €
Abzugskapital	<u>- 3.750.000 €</u>
	12.000.000 €

Kalkulatorische Zinsen: 7 % von 12.000.000 € = 840.000 €

Durch den vollen Ansatz des Anlagevermögens, ohne den während des Jahres vollzogenen Werteverzehr zu berücksichtigen, würden die Gebührenzahler zu hoch belastet. Aus Vereinfachungsgründen wird daher in der Praxis oft die vollständige Abschreibung berücksichtigt. Dies führt allerdings auch nicht zu einer verursachungsgemäßen Belastung, da hier zu geringe Kosten kalkuliert wären. Daher ist der Berechnung zur Mitte der Abrechnungsperiode vor dem Hintergrund der Bürohengerechtigkeit und dem realen Werteverzehr der Vorzug zu geben⁶⁶.

Für 2007 ergibt sich dann folgende Berechnung:

2007: Anlagevermögen	15.750.000 €
Hälfte Abschreibungen	<u>- 529.500 €</u>
aufgewandtes Kapital	15.220.500 €
Abzugskapital	<u>- 3.750.000 €</u>
	11.470.500 €

Kalkulatorische Zinsen: 7 % von 11.470.500 € = 802.935 €

In der Kalkulation für 2008, die analog zu 2007 berechnet wird, müssen lediglich die jährlichen Abschreibungswerte vom aufgewandten Kapital abgezogen werden.

2008: Anlagevermögen	15.220.500 €
Abschreibungen	<u>- 1.059.000 €</u>
aufgewandtes Kapital	14.161.500 €
Abzugskapital	<u>- 3.750.000 €</u>
	10.411.500 €

Kalkulatorische Zinsen: 7 % von 10.411.500 € = 728.805 €

Durch die Art der Berechnung bei der Abzugs-Restwertmethode entsteht mit dem Laufe der Zeit ein immer geringer werdender Anteil der Zinslast an der Gesamtgebühr. Mit zunehmenden Abrechnungsperioden und fehlenden erneuten Investitionen führt diese Methode aber zu einem negativen aufgewandten Kapital und würde somit auch zu negativen Zinsen führen. In einem anderen Zusammenhang urteilte das OVG Greifswald⁶⁷, dass bei Erreichung der kalkulierten Nut-

zungsdauer eine Abschreibung unter Null nicht zulässig ist, auch wenn eine weitere Nutzung stattfindet. Allerdings bedeutet dies in diesem Beispiel, dass keine kalkulatorischen Zinsen anfallen. Der Gesichtspunkt der Korrektur soll an dieser Stelle nicht betrachtet werden.

4. Auflösungs-Restwertmethode

§ 6 Abs. 2b S. 2 KAG M-V⁶⁸ erlaubt es, alternativ zu den vorangestellten Methoden, mittels eines gewichteten Abschreibungssatzes Zuschüsse und Beiträge Dritter aufzulösen. Diese Methode verlangt eine jährlich zu aktualisierende Kalkulation, da sich der gewichtete Abschreibungssatz jährlich ändert.

Formal errechnet sich der gewichtete Abschreibungssatz⁶⁹ durch die Division der Summe der Abschreibungen, multipliziert mit 100, dividiert durch die Summe des aufgewandten Kapitals zum 1. Januar des zu berechnenden Jahres. Die Gewichtung erfolgt daher, dass im Allgemeinen ein Zuschuss nicht einem bestimmten Anlagegut zugeschrieben werden kann. Aus diesem Grund wird ein über alle Anlagegüter entsprechender Abschreibungssatz berechnet, der den jeweiligen Nutzungsdauern Rechnung trägt.

$$\frac{\Sigma \text{Abschreibungen} \times 100\%}{\Sigma \text{aufgewandtes Kapital}} = \text{gewichteter Abschreibungssatz}$$

Somit würde der gewichtete Abschreibungssatz für das Jahr 2007

$$\frac{1.059.000 \text{ €} \times 100\%}{15.750.000 \text{ €}} = 6,72380952\%$$

betragen.

Das aufgelöste Abzugskapital berechnet sich dann wie folgt:

$$2007: 6,72380952\% \text{ von } 3.750.000 \text{ €} = 252.142,86 \text{ €}$$

Der Restbuchwert für das Abzugskapital errechnet sich dann aus der Differenz des ursprünglichen Zuschusses und dem errechneten Abzugskapital:

$$2007: 3.750.000 \text{ €} - 252.142,86 \text{ €} = 3.497.857,14 \text{ €}$$

Die Berechnung der kalkulatorischen Zinsen erfolgt dann über die Summe der Restbuchwerte am Ende des zu berechnenden Jahres, abzüglich des aufgelösten Abzugskapitals, multipliziert mit dem kalkulatorischen Mischzinssatz.

63 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 81.

64 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

65 Auch wenn im Gesetz wörtlich „Anschaffungskosten“ steht, können aus der Betrachtungsweise der Ermittlung kalkulatorischer Kosten nur Anschaffungsausgaben gemeint sein. Daher ist der hier genutzte Ausdruck willentlich ersetzt worden.

66 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 76.

67 Urteil vom 7.11.1996, Az: 4 K 11/96.

68 GVOBl. M-V 2005, S. 146.

69 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 77.

2007 Restbuchwerte (Ende 2007) oder Anfangsvermögen – Abschreibungen
 – aufgelöstes Abzugskapital (2007)
 = aufgewandtes Kapital
 x kalkulatorischen Mischzinssatz
 = kalkulatorische Zinsen

14.691.000 €
 – 3.497.857,14 €
 = 11.193.142,86 €
 x 7 % = 783.520 €

Für 2008 fallen dann folgende kalkulatorische Zinsen an:

Der gewichtete Abschreibungssatz für 2008 beträgt

$$\frac{1.059.000 \text{ €} \times 100 \%}{14.691.000 \text{ €}} = 7,208495 \%$$

7,208495 % von 3.750.000 € = 252.142,86 €

Der Restbuchwert für das Abzugskapital errechnet sich dann aus der Differenz des Wertes des Abzugskapitals (Ende 2007) und dem errechneten Abzugskapital:

2008: 3.497.857,14 € – 270.318,56 € = 3.227.538,58 €

2008 Restbuchwerte (Ende 2008) oder Anfangsvermögen – Abschreibungen
 – aufgelöstes Abzugskapital (2008)
 = aufgewandtes Kapital
 x kalkulatorischen Mischzinssatz
 = kalkulatorische Zinsen

13.632.000 €
 – 3.227.538,58 €
 = 10.404.461,42 €
 x 7 %
 = 728.312,30 €

Fazit

Auch wenn im KAG M-V die wertmäßig ansatzfähigen Kosten nach betriebswirtschaftlichen Methoden zitiert werden, muss festgestellt werden, dass diese nicht in Gänze übernommen werden können. Gerade was in der theoretischen Betriebswirtschaftslehre unter den Begriff Abzugskapital subsummiert und entsprechend für kommerziell-gewinnstrebende Betriebe behandelt wird, hat für das Gebührenrecht in Mecklenburg-Vorpommern keine Relevanz. Hier muss entgegen der Lehre begründet werden bzw. wird von einer Kann-Regelung ausgegangen, wenn abzugsfähiges Kapital dann auch tatsächlich abgezogen wird und dem Gebührenzahler somit zu Gute kommt. Bei der kalkulatorischen Verzinsung hingegen sind die Zuschüsse und Beiträge Dritter, die als Abzugskapital definiert werden können, aus der Berechnung auszuschließen.⁷⁰ Allerdings besteht hier durch die geschickte Auswahl der verschiedenen Methoden die Möglichkeit Liquiditätsvorteile zu erlangen.

Dies als Fehler des Gesetzgebers zu konstatieren, wäre jedoch zu kurz gegriffen. Der Gesetzgeber, der die Problematik erkannt hat, sieht in erster Sicht die zu erhaltende wirtschaftliche Kraft der Betriebe, die mit der Daseinsfürsorge beschäftigt sind. Hier gilt es, hohe Allgemeingüter wie die Wasserver- und entsorgung auf Dauer durch leistungsfähige Betriebe für die Allgemeinheit zu sichern. Auf der anderen Seite steht die „Gebührengerechtigkeit“, nach der nicht eine

Generation für dieselbe Anlage mehrfach bezahlen soll und die Nachfolgegeneration eine lukrative Erbschaft antreten kann.

Kritisch wird durch die Verfasser die Möglichkeit gesehen, dass Fehlplanungen in die Kosten mit eingerechnet werden können. Überdimensionierte Anlagen dürfen nicht durch erhöhte Abschreibungen in Ansatz gebracht werden.⁷¹ Die Erstellung einer überdimensionierten Anlage verlangt aber ebenso eine Planung, die streng genommen dann auch als Fehlplanung zu klassifizieren wäre. Und weiter schlussfolgernd könnte die Fehlplanung dann in die Kostenkalkulation eingehen; das Ergebnis – die überdimensionierte Anlage – aber nicht. Abgesehen davon würde ein privater Unternehmer eine Fehlplanung in seine Kostenkalkulation nicht einbringen, da er damit auf dem Markt unter Konkurrenz kaum wettbewerbsfähig wäre. Der Gesetzgeber selbst lässt die Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerten auch nur in begründeten Ausnahmefällen zu.

Eher zurückhaltend wird auch die Möglichkeit in Anspruch genommen, dass durch das Umlagevermögen⁷² gebundene Kapital in Ansatz zu bringen. Aus gesetzlicher Sicht spricht nichts dagegen, dieses im Rahmen des betriebsnotwendigen Kapitals zu berücksichtigen.

Insgesamt verlangt die Kostenkalkulation im Rahmen des Gebührenrechts eine genaue Arbeitsweise, damit eine Überdeckung und die damit einhergehende Rückzahlungsverpflichtung bzw. Ausgleichsverpflichtung innerhalb von drei Jahren erspart bleibt. Je detaillierter sich die Kostenkalkulation an den wahren „Lebensumständen“ orientiert, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Gebührenkalkulation durch das Gericht aufgehoben werden. Hierzu sind fundierte Kenntnisse in den Begrifflichkeiten und deren Bedeutung notwendig, die erst eine justifizierte Gebührenkalkulation möglich machen.

Literatur

Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008): Kommentar zum KAG M-V, Schwerin 2008.

Cosack, Tilman (2003): Kommunale Abwasserbeseitigung und Abgabenerhebung: Risikomanagement aus rechtlicher Sicht, Wasserrecht und Wasserwirtschaft Band 39, Berlin 2003.

Darsow, Thomas, Gentner, Sabine, Glaser, Klaus-Michael und Meyer, Hubert (2005): Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 3. Auflage, Schwerin 2005.

Däumler, Klaus-Dieter und Grabe, Jürgen (2003): Kostenrechnung 1: Grundlagen, Herne/Berlin 2003.

Gawel, Erik (1995): Die kommunalen Gebühren: Ökonomische, ökologische und rechtliche Ansätze einer gesamtwirtschaftlichen Neuorientierung, Finanzwissenschaftliche Forschungsarbeiten Band 64, Berlin 1995.

Gawel Erik (1999): Betriebswirtschaftliche Probleme der Gebührenkalkulation: Interdependenz kalkulatorischer Kostenarten und Verständnis „betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ als Probleme der Bemessung kommunaler Benutzungsgebühren, Berlin 1999.

Gornas, Jürgen (1992): Grundzüge einer Verwaltungskostenrechnung, 2. Auflage, Baden-Baden 1992.

Heßhaus, Matthias (1997): Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren: zu den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen im Kommunalabgabenrecht unter besonderer Berücksichtigung des Landes NW, Stuttgart u.a. 1997.

70 Zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Gawel, Erik (1995), S. 303 f.

71 Vgl. Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008).

72 Siemers, Hartmut in: Aussprung, Jürgen, Siemers, Hartmut und Holz, Bernd (2008), S. 75.

Kosiol, Erich (1979): Kosten- und Leistungsrechnung, Berlin und New York 1979.

Moews, Dieter (1989): Kosten- und Leistungsrechnung, 3., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, München und Wien 1989.

Niehoff Karin (2001): Kommunale Benutzungsgebühren: Ermittlung und Analyse in einem zahlungsorientierten Modell, Wiesbaden 2001.

Olfert, Klaus (2005): Kostenrechnung, 14., aktualisierte und durchgesehene Auflage, Ludwigshafen 2005.

Pinnekamp, Heinz-Jürgen (1998): Kosten- und Leistungsrechnung: Einführung in die Interne Erfolgsrechnung, Kostenkontrolle und Entscheidungsrechnung, München 1998.

Schierenbeck, Henner (1995): Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 12., überarbeitete Auflage, München 1995.

Schweitzer, Marcell und Küpper, Hans-Ulrich (1998): Systeme der Kosten- und Erlösrechnung, 7., überarbeitete und erweiterte Auflage.

Walter, Wolfgang G. (2000): Einführung in die moderne Kostenrechnung; Grundlagen, Methoden, Neue Ansätze, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Wiesbaden 2000.

Walter, Wolfgang G. und Wünsche, Isabella (2005): Einführung in die moderne Kostenrechnung, 3., überarbeitete Auflage, Wiesbaden 2005.

Wöhe, Günter und Döring, Ulrich (2004): Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21., neubearbeitete Auflage, München 2004.

Alfred Scheidler*

Alkoholexzesse auf Flatrate-Partys – Was können die Behörden dagegen tun?

I. Einleitung

Unter vielen Jugendlichen herrscht die Grundeinstellung vor, dass man sich in Gemeinschaft mit anderen nur dann so richtig amüsieren kann, wenn man einen gewissen Alkoholspiegel erreicht hat. Da hochprozentige Spirituosen in Diskotheken oder Kneipen in der Regel relativ teuer sind, wird nicht selten schon zu Hause bis zu einem gewissen Alkoholisierungslevel „aufgetankt“ oder es werden auf dem Parkplatz vor der Diskothek im Auto Alkoholika deponiert, um dort aus dem Kofferraum immer wieder einmal kostengünstig „nachzutanken“. Während derartige Praktiken mit dem zur Verfügung stehenden gesetzlichen Instrumentarium behördlicherseits kaum in den Griff zu bekommen sind, kann einer anderen Erscheinungsform drohender Alkoholexzesse durchaus mit behördlichen Maßnahmen entgegengetreten werden, nämlich den so genannten Flatrate-Partys.

Wohl wissend um die Trinkgewohnheiten Jugendlicher und deren meist beschränkter finanzieller Möglichkeiten haben vor allem Diskothekenbetreiber und Partyveranstalter neue Veranstaltungskonzepte entwickelt, die sich mit Schlagworten wie eben „Flatrate-Party“, daneben aber auch „Billigpartys“, „Ballermann-Partys“, „Koma-Saufen“, „1-Euro-Partys“ oder „Doppeldecker-Partys“ umschreiben lassen. Bei Flatrate-Partys etwa werden alkoholische Getränke ohne Mengenbegrenzung zu einem einmalig zu entrichtenden Pauschalpreis angeboten, sei es, dass der Eintrittspreis bereits die unbegrenzte Abgabe bestimmter alkoholischer Getränke mit umfasst, sei es dass eigens eine „Flatrate“ dafür bezahlt werden muss.¹ Da jeder, der die Flatrate, also den Pauschalpreis entrichtet hat, versucht sein wird, auf seine Kosten zu kommen und mindestens so viel zu trinken, dass er den bezahlten Preis wieder „herein bekommt“, liegt die Gefahr von Alkoholexzessen auf der Hand.² Gleiches gilt für Veranstaltungen, bei denen der Gast zwei Getränke für den Preis von einem Getränk erhält (sog. „Doppeldecker-Partys“) oder bei denen alkoholische Getränke zu einem Billigpreis angeboten werden („1-Euro-Partys“).

Derartige Veranstaltungen tragen mit dazu bei, dass der Alkoholmissbrauch unter Jugendlichen immer mehr zunimmt: Nach Angaben des Fachverbandes Drogen und Rauschmittel ist in Deutschland bereits jeder vierte junge Mensch suchtfährdet. Bis zu fünf Millio-

nen Jugendliche und junge Erwachsene im Alter zwischen 15 und 25 Jahren konsumierten zu viel Alkohol und Drogen, wobei das Einstiegsalter für Alkohol bei 12,1 Jahren liege.³ Ohne dass hier auf Alkoholmissbrauch als gesellschaftliches Problem und die negativen Folgen übermäßigen Alkoholkonsums im Einzelnen eingegangen werden kann, sei nur noch darauf hingewiesen, dass ein zu hoher Alkoholspiegel wegen des damit verbundenen Abbaus von Hemmschwellen zu einer Zunahme von Aggressionsdelikten wie Körperverletzungen führt⁴ und bei einer Teilnahme des Alkoholisierten am Straßenverkehr verheerende Folgen nach sich ziehen kann. Auch haben schon Fälle Schlagzeilen gemacht, in denen Jugendliche an den Folgen einer Alkoholvergiftung gestorben sind.⁵

Es liegt daher im öffentlichen Interesse, nach rechtlichen Handhaben zu suchen, um dem Problem beizukommen. Unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtsprechung⁶ und dem Diskussionsstand in der Literatur⁷ sollen nachfolgend die gesetzlichen Möglichkeiten herausgearbeitet werden, die nach derzeitiger Gesetzeslage bestehen. Gleichzeitig soll aber auch schon ein Blick auf sich abzeichnende künftige Rechtsentwicklungen geworfen werden. Ansatzpunkte im geltenden Recht finden sich im Gaststättenrecht und im Jugendschutzrecht.

* Dr. Alfred Scheidler ist am Landratsamt Neustadt an der Waldnaab u. a. für Gaststättenrecht zuständig, daneben Lehrbeauftragter an der Universität Bayreuth und Dozent an der Bayer. Verwaltungsschule.

1 Vgl. den Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“ auf seiner Sitzung vom 23./24.5.2007, wiedergegeben bei Schönleiter/Stenger, GewArch 2007, 285.

2 Vgl. Korden, GewArch 2000, 11; VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388 = NJW 2008, 1015.

3 Scheidler, GewArch 2007, 276 (277) m. w. N.

4 Vgl. BayVGh, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428.

5 Näher dazu Scheidler, DÖV 2008, 189 (190).

6 Siehe etwa BayVGh, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428; VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388; VG Leipzig, Beschl. v. 12.12.2007, Az.: 5 K 1095/07; VG Berlin, Beschl. v. 16.11.2007, Az.: 4 A 364.07; VG Neustadt an der Weinstraße, Beschl. v. 7.9.2007, GewArch 2007, 496.

7 Siehe etwa Krüger/van der Schoot, DVBl. 2008, 697; Schröder/Führ, NVwZ 2008, 145; Scheidler, DÖV 2008, 189; ders., GewArch 2007, 276; Biermann, DVP 2007, 472; Kaller/Jukl, KommJur 2007, 441; Engelbrecht, KommunalPraxis BY 2007, 409.

II. Gaststättenrecht

1. Gaststättenrechtliche Auflagen

a) Auflagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG

aa) Voraussetzungen der Vorschrift

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG können Auflagen jederzeit zum Schutz der Gäste gegen Ausbeutung und gegen Gefahren für Leib, Leben, Gesundheit oder Sittlichkeit erteilt werden. Gestützt auf diese Vorschrift (daneben auch auf § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG) hat die Stadt Nürnberg gegenüber dem Betreiber einer Diskothek und einer Pilsstube eine Anordnung erlassen, wonach es der Betreiber zu unterlassen habe, seine Gaststättenbetriebe an Tagen zu betreiben, für die mit Angeboten für alkoholische Getränke unter 1,50 Euro pro Getränk erworben werde und an denen Getränke zu solchen Preisen abgegeben würden.⁸ Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat das VG Ansbach den Antrag des Betreibers nach § 80 Abs. 5 VwGO abgewiesen⁹, was der BayVGH mit Beschluss vom 21.8.2007 bestätigte.¹⁰ Der BayVGH maß dabei der Verhütung von alkoholbedingten Gesundheitsgefährdungen durch Körperverletzungsdelikte, wie sie im Umfeld der Gastronomiebetriebe des Betreibers verstärkt festgestellt wurden, besondere Bedeutung bei und stufte daher das Aufschubinteresse des Betreibers weniger schwer ein als das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der sofortigen Vollziehbarkeit.

Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG können „jederzeit“ erteilt werden, also nicht nur bei Erteilung der gaststättenrechtlichen Erlaubnis (vgl. § 2 GastG), sondern auch im Nachhinein.¹¹ Damit erlaubt die Vorschrift die Anpassung der Erlaubnis an zum Zeitpunkt der Erteilung nicht vorhersehbare Entwicklungen. Sie stellt eine weniger einschneidende Maßnahme als der Widerruf der Erlaubnis (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 GastG) bei Vorliegen der Versagungsgründe des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG dar, dient damit auch dem Schutz der durch die aufgeführten Fallgruppen in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG geschützten Rechtsgüter.¹²

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG ermöglicht Auflagen u. a. zum Schutz gegen Gefahren für Leben und Gesundheit. Eine Gefährdung der Gesundheit der Gäste ist gegeben, wenn der Gastwirt im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG dem Alkoholmissbrauch Vorschub leistet.¹³ Vorschubleisten von Alkoholmissbrauch liegt nicht nur dann vor, wenn gegen die der Alkoholprävention dienenden gaststättenrechtlichen Verbote oder die entsprechenden Jugendschutzbestimmungen oder gegen behördliche Auflagen verstoßen wird, sondern auch in Fällen grundsätzlich erlaubten Alkoholausschanks, wenn übermäßiger Alkoholkonsum begünstigt wird.¹⁴ Bei Klärung der Frage, was übermäßig ist, ist zu berücksichtigen, dass der Alkoholkonsum grundsätzlich erlaubt und gesellschaftlich sogar akzeptiert ist, der Gast also eine gewisse Eigenverantwortung für seine Gesundheit hat. Allein die Tatsache, dass Alkohol ausgeschenkt wird, kann daher eine Auflage nach § 5 GastG nicht rechtfertigen.¹⁵ Ein übermäßiger Alkoholkonsum liegt nach zustimmungswürdiger Auffassung des BayVGH jedenfalls aber dann vor, wenn Jugendliche oder junge Erwachsene so stark alkoholisiert sind, dass sie sich zu Exzessen, wie z.B. Körperverletzungsdelikten, hinreißen lassen. Ein Vorschubleisten kommt auch dann in Betracht, wenn der Gastwirt durch sein Preiskonzept konkludent ankündigt, Alkoholmissbrauch zuzulassen, was auch durch Abgabe von Alkohol zu sehr niedrigen, nicht kostendeckenden Preisen geschehen kann.¹⁶ Hinzukommen muss aber, dass eine sorgfältige Bewertung der Umstände des Einzelfalls ergibt, dass Alkoholmissbrauch bei diesem Preiskonzept auch tatsächlich zu erwarten ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn erfahrungsgemäß nach der konkreten Betriebsart der Gaststätte und nach der sozialen Zusammensetzung der Besucher der Schluss gerechtfertigt ist, dass von einem Anreiz zum Alkoholmissbrauch auch Gebrauch gemacht werden wird.¹⁷

Von der Ermächtigung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG darf eine Behörde nur Gebrauch machen, wenn ein konkretes Vorkommnis Anlass zu der Befürchtung gibt, Leben oder Gesundheit der Gäste seien gefährdet.¹⁸ Indizien dafür, dass übermäßiger Alkoholkonsum begünstigt wird, lassen sich bereits Ankündigungen wie „Saufen bis zum Umfallen“ oder „Koma-Partys“ entnehmen; wird eine Veranstaltung nämlich unter ein solches Motto gestellt, so liegt der Schluss nahe, dass der Veranstalter nicht beabsichtigt, einem eventuellen Alkoholmissbrauch entgegen zu treten.¹⁹

bb) Verhältnismäßigkeit

Sollen Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG (nachträglich) festgesetzt werden, so müssen diese geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.²⁰ Dies wäre dann zu verneinen, wenn eine Behörde allein gegen einen einzigen Diskothekenbetreiber vorgehe, andere mit gleichartigen Betriebs- und Preiskonzepten aber unangetastet ließe, da dann die meist jungen Diskothekenbesucher angesichts ihrer hohen Mobilität wohl auf andere Diskotheken mit gleichartigen Betriebs- und Preiskonzepten ausweichen, ohne ihr missbräuchliches Verhalten zu ändern.²¹ Für den mit Beschluss vom 21.8.2007 entschiedenen Fall nahm der BayVGH dies deshalb nicht an, weil die Behörde von den anderen Diskothekenbetreibern freiwillige Selbstbeschränkungsverpflichtungen erlangt habe. Den Einwand, dass ein Großteil der anderen Diskothekenbetreiber sich generell nicht an die freiwilligen Selbstbeschränkungsverpflichtungen halte, ließ der BayVGH nicht gelten, da diese Behauptung nicht hinreichend belegt sei.²²

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bleibt auch zu beachten, dass durch den Erlass von Auflagen dem Betreiber nicht etwa der Betrieb der Diskothek als solcher, sondern allein das konkrete, auf den Ausschank von Alkohol zu Billigpreisen setzende Gastronomiekonzept untersagt wird. Ein Betrieb unter „normalen“ Bedingungen bleibt ihm weiterhin möglich.²³

cc) Hinreichende Bestimmtheit der Auflage

Gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG (bzw. der entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift) müssen Anordnungen hinreichend bestimmt sein. Dazu muss die von der Behörde getroffene Entscheidung für den Betroffenen vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein, damit dieser sein Verhalten darauf einstellen kann. Dementsprechend genügt eine Auflage mit der Maßgabe an den Gewerbetreibenden, bei

8 Siehe dazu *Kaller/Jukl*, KommJur 2007, 441; *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409.

9 VG Ansbach, Beschl. v. 20.7.2007, Az.: AN 4 S 07.1986.

10 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428.

11 *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht (5. Aufl. 2008), Rn. 403; *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409 (410).

12 VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388.

13 VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388; dem folgend BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428; siehe auch *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (147).

14 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428 unter Hinweis auf *Scheidler*, GewArch 2007, 276 (277); *Michel/Kienzle/Pauly*, GastG (14. Aufl. 2003), § 4 Rn. 14; *Metzner*, GastG (6. Aufl. 2002), § 4 Rn. 55.

15 *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (146).

16 Vgl. den Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“ auf seiner Sitzung vom 23./24.5.2007, wiedergegeben bei *Schönleiter/Stenger*, GewArch 2007, 285; *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409 (410); kritisch hingegen *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (146 f.).

17 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428; siehe auch *Korden*, GewArch 2000, 11 (12 f.).

18 BVerwG, Beschl. v. 22.2.1990, DÖV 1990, 571; *Korden*, GewArch 2000, 11 (12).

19 *Korden*, GewArch 2000, 11 (12); ähnlich VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388; siehe auch *Scheidler*, GewArch 2007, 276 (277).

20 BVerwG, Beschl. v. 22.2.1990, DÖV 1990, 571.

21 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428 (429).

22 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428 (429).

23 *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409 (411).

der angebotenen Bewirtungsform darauf zu achten, dass die Gäste nicht im Übermaß von dem dargebotenen Angebot Gebrauch machen, nicht dem Bestimmtheitserfordernis.²⁴

dd) Ermessensausübung

§ 5 Abs. 1 GastG ist eine Ermessensvorschrift, d. h. es steht grundsätzlich im Ermessen der Behörde, ob sie bei Vorliegen der Voraussetzungen einschreitet. Allerdings verdichtet sich das von der Vorschrift eingeräumte Ermessen dann auf Null, wenn zum Schutz der Gäste ein Eingreifen der Behörde nach Lage des Falles erforderlich ist.²⁵ Dies dürfte unstreitig z. B. dann der Fall sein, wenn mehrmals insbesondere jugendliche Gäste einer Diskothek wegen Alkoholvergiftung in ein Krankenhaus eingeliefert werden mussten.

An einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung fehlt es dann, wenn die Behörde unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) willkürlich einen Gaststättenbetreiber, gegen den sie Anordnungen erlässt, herausgreift, andere aber ungeschoren lässt. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz ist etwa dann nicht gegeben, wenn eine Behörde einen Diskothekenbetreiber als einzigen Gastwirt in Haftung nimmt, wenn dieser als Einziger die Einhaltung einer von mehreren Gastwirten eingegangenen freiwilligen Selbstbeschränkungsverpflichtung offen ablehnt und die Behörde damit offen herausfordert. Auch kann es gerechtfertigt sein, zunächst den gravierendsten Fall herauszugreifen und die weniger schweren Fälle gesprächsweise zu bereinigen, wenn dies Erfolg verspricht.²⁶

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass z. B. die so genannten „All-inclusive-Reisen“ unbeanstaltet bleiben²⁷: Im Gegensatz zu den „All-inclusive-Reisen“ steht bei den leichter zugänglichen und deutlich kostengünstigeren Flatrate-Partys und vergleichbaren Veranstaltungen der anonyme unbegrenzte Zugriff auf alkoholische Getränke und der gemeinschaftliche übermäßige Alkoholgenuss im Vordergrund. Auch der Verkauf von alkoholischen Getränken an einer Tankstelle an einzelne Kunden unterscheidet sich von den Flatrate-Partys ganz erheblich, denn der Anreiz, sich als Kunde über Stunden an einer Tankstelle aufzuhalten und Alkohol im Übermaß zu konsumieren, ist als recht gering anzusehen. Gerade die Kombination von Musik, gemeinsamem Tanz und Treffen mit Gleichaltrigen macht den von finanziellen Ressourcen unabhängigen Alkoholgenuss attraktiv und gefährlich.

b) Auflagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG

In dem von BayVGH mit Beschluss vom 21.8.2007 entschiedenen Fall hat die Behörde (Stadt Nürnberg) als Grundlage für ihre Anordnung neben § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG auch Nr. 3 herangezogen. Danach können Auflagen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und sonst gegen erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit erteilt werden. § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG konnte im vorliegenden Fall deshalb als Ermächtigungsgrundlage für die von der Stadt Nürnberg gemachte Auflage dienen, weil im Umfeld der betroffenen Diskothek eine deutliche Verschärfung der Sicherheitslage durch alkoholbedingte Aggressionsdelikte zu verzeichnen war. Die Auflage diente damit jedenfalls dem Schutz der Allgemeinheit.

Alkoholexzesse, wie sie für Flatrate-Partys und gleichgelagerte Veranstaltungen symptomatisch sind, bringen in aller Regel aber auch erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke mit sich, etwa durch übermäßiges Grölen Betrunkener²⁸ oder aufgrund von Vandalismus, so dass Auflagen auch unter diesem Gesichtspunkt nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG gerechtfertigt sind. Wie bei § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG sind auch hier die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit

und der Bestimmtheit zu beachten und die Behörde hat eine sachgerechte Ermessensentscheidung zu treffen.

c) Auflagen nach § 12 Abs. 3 GastG

Flatrate-Partys und ähnliche Veranstaltungen finden nicht nur im Rahmen eines konzessionierten Gaststättenbetriebs (insbesondere in Diskotheken) statt, sondern sind immer häufiger auch eingebettet in Veranstaltungen aus besonderem Anlass, wie z. B. so genannte Beach-Partys in Freibädern, Sommerfeste oder Bier- oder Weinfeste. Gemäß § 12 Abs. 1 GastG kann aus besonderem Anlass der Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf gestattet werden.²⁹

Ein besonderer Anlass für die Gestattung eines Gaststättenbetriebes liegt vor, wenn die betreffende gastronomische Tätigkeit an ein kurzfristiges, nicht häufig auftretendes Ereignis anknüpft, das außerhalb der gastronomischen Tätigkeit selbst liegt.³⁰ Typische Beispiele hierfür sind Karnevalsveranstaltungen³¹, traditionelle Kirchweihfeste³², Schützenfeste³³, Vereinsfeste³⁴ oder Sommerfeste³⁵. Die Gestattung derartiger Veranstaltungen kann gemäß § 12 Abs. 3 GastG mit Auflagen verbunden werden, im hier interessierenden Zusammenhang also mit einer Auflage, die Flatrate- oder Billigangebote von Alkohol verbietet. Hierbei sind die durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorzunehmenden Abwägungen weniger weitgehend, als beim Inhaber einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 GastG, da der Gewerbetreibende, dessen Zuverlässigkeit nicht eingehend geprüft wurde, sogar mit dem Widerruf der Gestattung rechnen musste.³⁶

Ist von vorneherein erkennbar, dass eine Veranstaltung „aus besonderem Anlass“ im Sinne von § 12 Abs. 1 GastG ausschließlich als Flatrate- oder Billigparty abgehalten werden soll, wofür Namensgebung und Bewerbung eindeutige Indizien liefern³⁷, so ist die Gestattung zu versagen, denn es liegt ein Verstoß gegen § 20 Nr. 2 GastG vor, wonach es verboten ist, alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene zu verabreichen.³⁸ Gemäß § 12 Abs. 3 GastG ist die Erteilung einer Gestattung zwar unter Auflagen möglich, so dass theoretisch die Auflage gemacht werden kann, keine pauschalierten Preise für den Alkoholausschank festzulegen. Eine solche Auflage nimmt den Veranstaltungen aber den Sinn, so dass die Veranstalter an einer Gestattung mit einer dementsprechenden Auflage oftmals kein allzu großes Interesse mehr haben dürften. Akzeptieren sie die Auflage trotzdem, ist bei der behördlichen Überwachung ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob bei Durchführung der Veranstaltung die Auflage tatsächlich beachtet wird.³⁹

24 Korden, GewArch 2000, 11 (12); Scheidler, DÖV 2008, 189 (191).

25 Korden, GewArch 2000, 11.

26 BayVGH, Beschl. v. 21.8.2007, GewArch 2007, 428 (429) unter Hinweis auf Metzner, GastG (6. Aufl. 2002), § 18 Rn. 67.

27 VG Hannover, Beschl. v. 11.7.2007, GewArch 2007, 388 (389).

28 Allgemein zur Berücksichtigung von Lärmimmissionen bei der Zulassung von Gaststätten siehe Wehser, LKV 2008, 59.

29 Siehe dazu Frotscher/Kramer (Fn. 11), Rn. 402.

30 BVerwG, Urt. v. 4.7.1989, DÖV 1990, 70 = BVerwGE 82, 189; OVG Lüneburg, Urt. v. 15.1.1992, GewArch 1993, 29; allgemein zu § 12 Abs. 1 GastG siehe auch Korden, GewArch 2000, 11 (13); Scheidler, GewArch 2007, 276 (277).

31 OVG Koblenz, Urt. v. 14.9.2004, Az.: 6 A 10949/04; OVG Koblenz, Beschl. v. 13.2.2004, GewArch 2004, 217.

32 VG Mainz, Beschl. v. 6.9.2001, Az.: 6 L 829/01.MZ.

33 OVG Lüneburg, Urt. v. 17.5.1995, GewArch 1996, 117.

34 OVG Koblenz, Beschl. v. 11.3.1992, GewArch 1994, 256; VG Kassel, Beschl. v. 8.5.2001, Hess. Städte- u. Gemeindezeitung 2001, 311; BayVGH, Beschl. v. 5.6.1990, GewArch 1990, 419.

35 VG Freiburg, Urt. v. 21.8.1991, GewArch 1992, 110.

36 Korden, GewArch 2000, 11 (13).

37 Vgl. Korden, GewArch 2000, 11 (12).

38 Korden, GewArch 2000, 11 (13); Scheidler, GewArch 2007, 276 (277 f.).

39 Scheidler, GewArch 2007, 276 (278).

2. Widerruf der gaststättenrechtlichen Erlaubnis

Nach § 15 Abs. 2 GastG ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG rechtfertigen würden.⁴⁰ Die Entscheidung ist zwingend, ohne dass der Behörde insoweit ein Ermessensspielraum eingeräumt wäre, jedoch in den stets zu beachtenden Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁴¹ Ein Widerruf der Erlaubnis scheidet daher aus, wenn Auflagen als das mildere Mittel gleich geeignet sind, den gewünschten Erfolg herbeizuführen.⁴²

Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG, auf den § 15 Abs. 2 GastG verweist, ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt; als Beispiele hierfür führt die Vorschrift insbesondere an, dass der Antragsteller dem Alkoholmissbrauch Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Jugendschutzes nicht einhalten wird. In einem solchen Fall ist die Erlaubnis nach § 15 Abs. 2 GastG zwingend zu widerrufen, ohne dass der Behörde ein Ermessen zusteht. Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG sind bei Flatrate-Partys und ähnlichen Veranstaltungen aus den genannten Gründen in der Regel erfüllt.⁴³

Würden bereits Auflagen erteilt und hat sich der Gastwirt darüber hinweggesetzt, so ist die Möglichkeit eines Widerrufs der Erlaubnis nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 GastG zu prüfen, die anders als im Falle des § 15 Abs. 2 GastG im Ermessen der Behörde steht.

In beiden Fällen, sowohl § 15 Abs. 2 als auch § 15 Abs. 3 Nr. 2 GastG, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Dies führt dazu, dass ein Widerruf noch nicht durch einen einmaligen Verstoß gerechtfertigt werden kann, da hier immerhin das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berührt ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist aber jedenfalls dann gewahrt, wenn der Widerruf ausgesprochen wird, nachdem der Gastwirt „beharrlich und fortgesetzt“⁴⁴ gegen seine ihm obliegenden Verpflichtungen verstoßen hat. Da es bei der Verhinderung von Flatrate-Partys vor allem um den Schutz von Jugendlichen geht⁴⁵ und der Schutz der Jugend allgemein ein Ziel von bedeutsamem Rang ist⁴⁶, sollte man jedoch die Eingriffsschwelle, ab der man den Widerruf auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für zulässig erachtet, nicht allzu hoch ansetzen und daher bereits einen wiederholten Verstoß genügen lassen, insbesondere dann, wenn der Gastwirt nach einem ersten Verstoß auf die Konsequenzen im Wiederholensfalle ausdrücklich hingewiesen wurde.⁴⁷

3. Repressive Maßnahmen

Wer einer Auflage oder Anordnung nach § 5 GastG nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt, handelt gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 GastG ordnungswidrig.⁴⁸ Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden. Für das Bußgeldverfahren gelten gemäß § 46 Abs. 1 OWiG im Wesentlichen die Vorschriften der Strafprozessordnung. Allerdings liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 47 Abs. 1 OWiG im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde (Opportunitätsprinzip), was sich auch aus dem Wortlaut von § 28 Abs. 3 GastG („kann“) ergibt. Die Höhe der Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen (§ 17 Abs. 4 OWiG).⁴⁹

III. Jugendschutzrecht

1. Gesetzliche Verbote

Da Flatrate-Partys gerade auf ein jugendliches Publikum abzielen und dessen Alkoholkonsum bis hin zu lebensgefährlichen Alkoholex-

zessen begünstigen, kommt im vorliegenden Zusammenhang auch dem Jugendschutzgesetz eine wichtige Bedeutung zu. Ihm unterliegen Kinder, also Personen, die noch nicht 14 Jahre alt sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG) und jugendliche Personen, die 14, aber noch nicht 18 Jahre alt sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG). Kinder und Jugendliche sollen vor Gefahren bewahrt werden, die typischerweise mit dem Aufenthalt in Gaststätten, vor allem der Konfrontation mit Alkoholkonsum und seinen Folgen verbunden sind.⁵⁰ Besondere Vorschriften zum Jugendschutz in der Öffentlichkeit finden sich im 2. Abschnitt des Jugendschutzgesetzes (§§ 4 bis 10 JuSchG), wobei hier vor allem die §§ 4 und 9 JuSchG von Bedeutung sind. § 4 Abs. 1 JuSchG enthält Bestimmungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen in Gaststätten. § 9 JuSchG regelt die Abgabe von alkoholischen Getränken an Kinder und Jugendliche. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG dürfen an Kinder und Jugendliche generell keine Spirituosen abgegeben werden. Andere alkoholische Getränke dürfen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG nicht an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgegeben werden, es sei denn, Jugendliche werden von einer personensorgeberechtigten Person (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 JuSchG) begleitet (§ 9 Abs. 2 JuSchG).

Werden Kinder oder Jugendliche zu einer Flatrate-Party zugelassen und wird uneingeschränkt Alkohol an sie ausgetrenkt, so verstößt der Veranstalter gegen § 4 bzw. § 9 JuSchG.⁵¹ Hinsichtlich der Konsequenzen aus solchen Verstößen ist zu unterscheiden: Zum einen zieht der Verstoß gaststättenrechtliche Konsequenzen nach sich; insofern liegt eine Verklammerung zwischen dem Jugendschutz- und dem Gaststättengesetz vor. Zum anderen können derartige Verstöße als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Die entsprechenden Bußgeldtatbestände enthält § 28 JuSchG.

2. Verklammerung mit dem Gaststättengesetz

§ 4 Abs. 1 GastG, der die Versagungsgründe für die gaststättenrechtliche Erlaubnis auflistet, führt u. a. Unzuverlässigkeit als Versagungsgrund an. Neben dem bereits unter II. 1a) angesprochenen Tatbestand, dass dem Alkoholmissbrauch Vorschub geleistet wird, führt § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG als Beispiel für Unzuverlässigkeit ausdrücklich auch den Fall an, dass Vorschriften des Jugendschutzes nicht eingehalten werden.

Da das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG nicht nur dazu führt, dass die gaststättenrechtliche Erlaubnis zu

40 Siehe allgemein dazu OVG Koblenz, Beschl. v. 25.1.2007, GewArch 2007, 165; BVerwG, Beschl. v. 10.1.1996, GewArch 1996, 250; *Frotscher/Kramer* (Fn. 11), Rn. 404 ff.

41 VG Ansbach, Urt. v. 13.11.2006, Az.: 4 K 06.02082; *Scheidler*, GewArch 2007, 276 (278).

42 *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409 (410); allgemein zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit dem Widerruf einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis siehe *Krugmann*, GewArch 1995, 398.

43 Vgl. den Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“ auf seiner Sitzung vom 23./24.5.2007, wiedergegeben bei *Schönleiter/Stenger*, GewArch 2007, 285.

44 Vgl. VG Ansbach, Urt. v. 13.11.2006, Az.: 4 K 06.02082 im Falle der Missachtung von Auflagen und Sperrzeitbestimmungen.

45 § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG benennt ausdrücklich auch Verstöße gegen Vorschriften des Jugendschutzes.

46 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.1.1988, BVerfGE 77, 346; VG Regensburg, Urt. v. 31.3.2003, Az.: RO 5 K 02.338.

47 *Scheidler*, GewArch 2007, 276 (278); restriktiver *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (148).

48 Zu weiteren denkbaren Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit Flatrate-Partys siehe *Scheidler*, GewArch 2007, 276 (278).

49 Vgl. dazu *Scheidler*, in: Feldhaus (Hrsg.), BImSchG (Stand: April 2008), § 62 Rn. 54.

50 VG Regensburg, Urt. v. 31.3.2003, Az.: RO 5 K 02.338.

51 Siehe demgegenüber die deutlich restriktivere Auffassung von *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (146).

versagen ist, sondern auch dazu, dass eine bereits erteilte Erlaubnis zu widerrufen ist, wenn solche Gründe erst nachträglich vorliegen, hat ein Verstoß gegen Vorschriften des Jugendschutzgesetzes ebenfalls zur Folge, dass die Erlaubnis gemäß § 15 Abs. 2 GastG zu widerrufen ist. Auch hier ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, d. h. ein einmaliger Verstoß gegen Jugendschutzbestimmungen rechtfertigt noch nicht den Widerruf der Erlaubnis. Wegen des hohen Ranges des Jugendschutzes muss es sich aber auch nicht um „beharrliche und fortgesetzte“ Verstöße handeln, sondern es genügt wiederholtes Handeln.

3. Bußgeldtatbestände

Gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 5 JuSchG handelt ordnungswidrig, wer als Veranstalter oder Gewerbetreibender entgegen § 4 Abs. 1 oder 3 JuSchG einem Kind oder einer jugendlichen Person den Aufenthalt in einer Gaststätte gestattet. Verstöße gegen die Verbote des § 9 Abs. 1 JuSchG stellen Ordnungswidrigkeiten nach § 29 Abs. 1 Nr. 10 JuSchG dar. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einem Bußgeld bis zu fünftausend Euro geahndet werden (§ 28 Abs. 5 JuSchG).

IV. Zusammenfassung und Ausblick auf die künftige Rechtsentwicklung

Wie aufgezeigt, bietet die derzeit geltende Gesetzeslage den zuständigen Behörden durchaus Möglichkeiten, gegen Flatrate-Partys rechtlich vorzugehen: Mit derartigen Veranstaltungen wird dem Alkoholmissbrauch Vorschub geleistet und bei Zulassung von Kindern und Jugendlichen zu solchen Veranstaltungen liegt in der Regel auch ein Verstoß gegen Bestimmungen des Jugendschutzgesetzes vor. Beides rechtfertigt den Widerruf einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis nach § 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG. Ein solcher Widerruf kommt auch in Betracht, wenn gegen Auflagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG verstoßen wird. Solche Auflagen können unter bestimmten Voraussetzungen auch das Verbot der Abgabe von alkoholischen Getränken zu übermäßig verbilligten Preisen zum Gegenstand haben. Als milderes Mittel sind (nachträgliche) Auflagen gegenüber einem Widerruf immer vorrangig in Betracht zu ziehen.

Eine Gestattung „aus besonderem Anlass“ (§ 12 Abs. 1 GastG), wie sie für Flatrate-Partys oftmals beantragt wird, ist zu versagen, wenn Namensgebung und Bewerbung eindeutige Indizien dafür liefern, dass alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene verabreicht werden, so etwa mit der Bezeichnung „Saufen bis zum Umfallen“ oder

„Saufen bis der Arzt kommt“. § 28 GastG bzw. § 28 JuSchG ermöglichen es, bei Verstößen gegen die einschlägigen gaststättenrechtlichen bzw. jugendschutzrechtlichen Bestimmungen Bußgelder zu erheben.

Ein Ausblick auf die künftige Rechtsentwicklung hat zu berücksichtigen, dass sich mit der Föderalismusreform⁵² die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht geändert hat; diese liegt nunmehr bei den Ländern (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG).⁵³ Solange die Länder nicht tätig werden, gilt nach der Übergangsvorschrift des Art. 125a Abs. 1 GG das Bundesgaststättenrecht fort.⁵⁴ Bestrebungen, auf Länderebene ein Gaststättengesetz zu schaffen, laufen derzeit z.B. in Bayern.⁵⁵ Trotz der bereits bestehenden rechtlichen Möglichkeiten, gegen Flatrate-Partys vorzugehen, ist für ein Bayerisches Gaststättengesetz angedacht, zusätzlich ein ausdrückliches Verbot von Flatrate-Partys und ähnlichen Veranstaltungen zu schaffen.⁵⁶ Damit soll über das bereits vorhandene gaststättenrechtliche Instrumentarium hinaus ein eindeutiges Zeichen gesetzt und den Behörden ein effektives Handlungsinstrumentarium zur Verfügung gestellt werden. Es soll klargestellt werden, dass es gesellschaftlich nicht akzeptabel ist, wenn im Rahmen von konzessionierten Gaststättenbetrieben oder von gestattungspflichtigen Veranstaltungen alkoholische Getränke ohne Mengenbegrenzung zu einem pauschalen oder unangemessen niedrigen Preis angeboten werden. Das trotz der bereits bestehenden Möglichkeiten erforderliche klare politische Signal seitens des Gesetzgebers kann nur mit einem ausdrücklichen Verbot gesetzt werden. Ein Verbot der Flatrate-Angebote wurde daher auch schon von der Innenministerkonferenz im Juni 2007 in Berlin gefordert.⁵⁷ Trotz der bereits bestehenden rechtlichen Möglichkeiten behördlichen Einschreitens würde dies keine Überreglementierung darstellen, da ein direktes gesetzliches Verbot den behördlichen Handlungsdruck erhöhen und die Vollziehbarkeit vereinfachen würde.

52 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I S. 2034, in Kraft getreten am 1.9.2006; allgemein dazu *Nierhaus/Rademacher*, LKV 2006, 385; *Fritz*, apf 2007, 104; *Mayen*, DRiZ 2007, 51; *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209; speziell für das Gewerberecht *Höfling/Rixen*, GewArch 2008, 1.

53 Näher dazu *Höfling/Rixen*, GewArch 2008, 1 (6); *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, GG-Kommentar (11. Aufl. 2008), Art. 74 Rn. 127.

54 Siehe dazu *Fritz*, apf 2007, 104 (116); *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Fn. 53), Art. 125a GG Rn. 2.

55 Siehe dazu einen ersten Überblick in KommunalPraxis BY 2007, 420 sowie *Engelbrecht*, KommunalPraxis BY 2007, 409 m. w. N.

56 Im Hinblick auf Art. 12 GG kritisch zu einem generellen Verbot *Schröder/Führ*, NVwZ 2008, 145 (148).

57 183. Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (IMK) in Berlin, Pressemitteilung Nr. 27 vom 01.06.2007



Klein/Niehués/Siegel Bürgerliches Recht

Grundriss | 480 Seiten | Broschur
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0664-3

In die komplexen Zusammenhänge des Zivilrechts führt dieses Lehrbuch auf verständliche Weise anhand zahlreicher Beispiele ein. Praxisnah werden die Fragestellungen erörtert, die für das Gesamtverständnis des Bürgerlichen Rechts, aber auch für die in der öffentlichen Verwaltung speziell erforderlichen Kenntnisse von Bedeutung sind. Zugunsten der ausführlichen Darstellung

des Vertragsrechts, Familien- und Erbrechts wurden andere Kapitel, die für die universitäre Juristenausbildung relevant sind, allenfalls in Grundzügen dargestellt. Studierende der Verwaltungsfachhochschulen und Studieninstitute, aber auch Studierende anderer Fachbereiche, von denen juristische Kenntnisse erwartet werden, erwerben hier ein fundiertes Grundwissen des Zivilrechts.



Karl Michael Reineck Allgemeine Staatslehre und Deutsches Staatsrecht

464 Seiten | DIN A5 | Broschur
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0667-4

Das Standard-Lehrbuch ist aus Anlass der Föderalismusreform in komplett überarbeiteter Auflage erschienen. Karl Michael Reineck, ehemaliger Leiter des Studieninstituts für kommunale Verwaltung in Bielefeld, hat die wesentlichen Neuerungen der Reform in die 15. Auflage seines Werkes eingearbeitet, von der Abwechslungsgesetzgebung der Länder bis zum Verbot der Aufgabenübertragung durch den Bund an die Kommunen. Wie in den Voraufgaben auch bietet das Buch eine konzentrierte Darstellung der Allgemeinen Staatslehre und eine systematische Abhandlung des geltenden deutschen Staatsrechts. Für die EU sind die Organe und Entscheidungsabläufe nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und dem Beitritt von zwölf neuen Mitgliedern („Osterweiterung“) entsprechend dem Vertrag von Nizza dargestellt.

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

Controlling kompakt – eine Einführung in das Controlling öffentlicher Verwaltungen

1. Controlling: Begriff

Einen Eindruck von der unterschiedlichen Interpretation des Controllings in der Praxis vermittelt ein Blick in die Stellenanzeigen für Controller-Stellen. Das Spektrum der Stellenanzeigen reicht vom Buchhalter über den Kostenrechner und Kalkulator bis hin zum Spezialisten für den Aufbau eines modernen Planungs- und Kontrollsystems. Auch die zahlreiche Fachliteratur liefert zum Teil sehr unterschiedliche Begriffsdefinitionen.

Aufgrund der vermeintlichen Wortverwandtheit drängt es sich für viele auf, Controlling mit dem deutschen Wort „Kontrolle“ zu übersetzen. Das würde aber nur einen Vergleich des Geplanten mit den tatsächlichen Ist-Werten bedeuten und der modernen Ausrichtung des Controllings nicht gerecht.

Der Begriff „to control“ stammt aus dem angelsächsischen Sprachraum und bedeutet steuern, lenken oder auch beeinflussen. Statt nur festzustellen, was und wie es in der Vergangenheit ablief, soll Controlling zukunftsorientiert ausgerichtet sein. Das Controlling ist deshalb an der Vereinbarung von Zielen und Teilzielen beteiligt und überprüft permanent die Zielerreichung. Insofern spielt auch der Aspekt der „Kontrolle“ in der Arbeit des Controllings eine gewisse Rolle. Kontrolle ist die Voraussetzung für einen wesentlichen Bestandteil des Controlling, nämlich die aufgrund von entsprechenden Abweichungsanalysen entwickelten Vorschläge für notwendige Kurskorrekturen, um die angestrebten Ziele letztlich doch noch zu erreichen.

Die enge Zusammenarbeit von Manager und Controller ist eine Voraussetzung für den Unternehmenserfolg. Dies gilt selbstverständlich auch für die öffentliche Verwaltung. Das Setzen von Zielen sowie die Planung, Umsetzung und Kontrolle von Maßnahmen gehört zu den typischen Aufgaben einer Führungskraft. Der Controller hilft ihr mit seinen Daten bzw. Informationen, die richtigen Entscheidungen zu treffen.

Man findet in diesem Zusammenhang auch einen Vergleich mit der Seefahrt, bei der die Führungskraft als „Kapitän“ die notwendigen Entscheidungen (Kommandos) auf der Brücke gibt, der Controller als „Lotse“ dabei aber mit seinen wichtigen Informationen dafür sorgt, dass der Kapitän die richtigen Entscheidungen treffen kann und das Schiff (die Verwaltung) durch sicheres Gewässer lenkt bzw. „auf Kurs“ hält.

Aufgrund der obigen Darstellung kann Controlling folgendermaßen definiert werden:

Controlling dient der Unterstützung der Entscheidungsträger (Politik, Verwaltungsführung, Führungskräfte) durch die zukunftsorientierte Bereitstellung und Auswertung von Informationen zur Steuerung des Verwaltungshandelns.

Untersuchungsobjekte des Controllings können dabei Fachbereiche, Sachgebiete oder einzelne Aufgaben sein. Im Hinblick auf die Strukturen im Neuen Kommunalen Finanzmanagement (NKF) rücken hier die Ebenen Produktbereich, Produktgruppe oder das einzelne Produkt in den Mittelpunkt der Betrachtung.

2. Strategisches und operatives Controlling

Generell üblich und auch notwendig ist eine Unterteilung in strategisches und operatives Controlling. Das **strategische Controlling** ist mittel- bis langfristig angelegt (z.B. auf einen vier- oder fünfjährigen Zeitraum) und befasst sich mit grundlegenden Fragestellungen der Verwaltungsführung. Für ein Unternehmen ist es wichtig zu wissen, welche Produkte in welchen Geschäftsfeldern den dauerhaften Unternehmenserfolg sichern. Die strategische Ausrichtung zielt also darauf ab, vorhandene Stärken zu bewahren und auszubauen und gleichermaßen rechtzeitig neue Erfolgspotentiale zu nutzen, d.h. Chancen zu ergreifen. Mit Hilfe des strategischen Controllings sollen die langfristigen Ziele gesichert werden.

Auch die Kommunalverwaltung muss sich fragen, welche Dienstleistungen sie künftig für welche Zielgruppen anbieten will oder aufgrund gesetzlicher Vorgaben muss, und welche Ressourcen sie dabei unter Beachtung einer sich permanent wandelnden Umwelt einsetzen kann. Die externe Orientierung richtet sich dabei u.a. auf die Bedürfnisse der Bürger, den demographischen Wandel, die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die Wettbewerbssituation am Markt usw. Der Leitsatz für das strategische Controlling lautet – stark vereinfacht formuliert: **“Künftig die richtigen Dinge tun!”**

Das **operative Controlling** ist dagegen kurzfristig ausgestaltet und im Regelfall auf ein Jahr beschränkt. Die Konzentration richtet sich im Wesentlichen darauf, die kurzfristigen Ziele zu erreichen. Die Steuerung der Kosten im Rahmen des Rechnungswesens spielt hier eine große Rolle, man verwendet überwiegend interne Informationsquellen und richtet den Blick verstärkt auf die eigenen Abläufe innerhalb der Verwaltung. Der vereinfachte Leitsatz für das operative Controlling lautet: **„Die Dinge jetzt richtig tun!“**

In der Praxis ergibt sich zwangsläufig eine Verknüpfung der beiden Controllingansätze. Die langfristigen strategischen Ziele der Verwaltung müssen in operationale Teilziele „herunter gebrochen“ werden. Setzt sich die Verwaltung z.B. das strategische Ziel, in fünf Jahren die Anzahl der Kinderbetreuungsplätze für unter Dreijährige von derzeit 50 auf 300 Plätze zu erhöhen, hätte das operative Controlling die Aufgabe zu überprüfen, ob das erste Teilziel, die Erweiterung auf 120 Plätze im Jahr 2008, erreicht wird. Das strategische Controlling darf die langfristige Zielsetzung nicht aus dem Auge verlieren und würde gegebenenfalls Zielveränderungen anregen, wenn aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen (Einwohnerzahlen) eine Kurskorrektur angebracht erscheint.

3. Einsatzbereiche des Controllings

Die Komplexität der betrieblichen Zusammenhänge hat dazu geführt, dass sich eigenständige Controllingbereiche gebildet haben, die sich mit speziellen Fragestellungen befassen und dafür zum Teil eigene Methoden bzw. Verfahrensweisen entwickelt haben. Hier eine Auswahl:

* Bernd Bak ist hauptamtlicher Dozent und Fortbildungsbeauftragter am Studieninstitut für kommunale Verwaltung Emscher-Lippe

• **Finanzcontrolling**

Die Anfänge des Controllings in Kommunalverwaltungen sind sicher dem Finanzcontrolling zuzuordnen. Die Überwachung der bereit gestellten Mittel im Haushaltsplan und der gebildeten Budgets hatte schon immer eine zentrale Bedeutung für die Kämmerei. Nach der Delegation der Finanzverantwortung auf die Fachbereiche unterstützten die ersten Controller in den Verwaltungen die Kämmereien von dort aus bei dieser Aufgabe. Auch im Neuen Kommunalen Finanzmanagement (NKF) mit seinem Drei-Komponenten-System (Ergebnisrechnung, Finanzrechnung und Bilanz) ist das Finanzcontrolling unersetzlich.

• **Beteiligungscontrolling**

Kommunen können ihre Aufgaben nicht nur in der klassischen Form als Amt oder Fachbereich selbst erledigen, sondern sich auch an privatrechtlichen Rechtsformen (GmbH, AG) beteiligen. Eine Einflussnahme erfolgt in den jeweiligen Gremien. Das Beteiligungscontrolling soll dabei den Vertretern in diesen Gremien die notwendigen Informationen zur Steuerung dieser sog. Eigengesellschaften liefern. Vor dem Hintergrund des nach § 116 GO NRW aufzustellenden NKF-Gesamtabschlusses wird das Controlling in diesem Bereich vor neue Herausforderung gestellt.

• **Kostencontrolling**

Die Kosten- und Leistungsrechnung (KLR) wurde bisher überwiegend nur in den sog. kostenrechnenden Einrichtungen eingesetzt, um dort in erster Linie die Gebühren und Entgelte für spezielle kommunale Dienstleistungen (z.B. Müllabfuhr, Straßenreinigung, Wochenmärkte, Bestattungen) zu kalkulieren. Im Rahmen des NKF soll nun eine KLR zur Unterstützung der Verwaltungssteuerung und für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit bei der Aufgabenerfüllung geführt werden (vgl. § 18 GemHVO NRW). Insbesondere im Vergleich zur alten Kameralistik, die nur Einnahmen und Ausgaben gegenüber stellte, bietet die KLR mit ihrer verbrauchsorientierten Rechnungsgröße, den Kosten, ein Instrument, das deutlich aussagekräftigere Informationen zur Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns bietet.

• **Gemeinkostencontrolling**

Ein Spezialgebiet der KLR befasst sich mit den Gemeinkosten. Das sind die Kosten, die nicht direkt einem Produkt (Kostenträger) zugeordnet werden können, weil nach dem Verursachungsprinzip kein direkter Zusammenhang besteht oder eine Berechnung einzelner Teilbeträge nicht möglich bzw. unverhältnismäßig aufwändig ist. Beispiele: Energiekosten, Büromaterial, Fortbildungskosten, aber auch Personalkosten von Führungskräften oder Aufwandsentschädigungen für politische Gremien. Je nach Aufgabenbereich kann dieser Gemeinkostenblock zum Teil mehr als die Hälfte der Gesamtkosten ausmachen. Das Gemeinkostencontrolling versucht, diese Kostenteile zunächst zu identifizieren und dann zu reduzieren.

• **Personalcontrolling**

Bei der Produktion von Dienstleistungen verursacht die Ressource „Personal“ im Regelfall die meisten Kosten – das trifft auch für die öffentliche Verwaltung zu. Aber nicht nur das Kostencontrolling spielt hier eine wichtige Rolle. Auch Fragen der Alterstruktur, der Qualifikation der Bediensteten, der Mitarbeiterzufriedenheit oder der Rekrutierung von neuem Personal müssen in entsprechende Ziele umgesetzt werden, die es zu erreichen gilt. Einige Kennzahlen aus diesem Bereich sind in Abb. 3 aufgeführt.

Aktuell zeichnet sich mit dem Personalentwicklungscontrolling ein weiteres Spezialgebiet ab. Personalentwickler müssen immer häufiger die Frage beantworten, was Qualifizierungsmaßnahmen gebracht haben, also welchen Nutzen Fortbildung hat. Zur Evaluation von Qualifizierungsmaßnahmen sind hier spezielle Instrumente zu verwenden.

• **Qualitätscontrolling**

Der Preis muss stimmen – die Qualität aber auch. Während die oben dargestellten Controllingbereiche überwiegend den wirtschaftlichen Aspekt der Aufgabenerfüllung im Fokus haben, darf der Qualitätsgedanke aber nicht aus dem Auge verloren werden. Das Qualitätscontrolling befasst sich u.a. mit der Kundenzufriedenheit und erhebt in erster Linie mittels Kundenbefragungen die benötigten Informationen. Auch die Einrichtung eines zentralen Beschwerdemanagements zielt in diese Richtung. Qualitätsmanagement soll die Strukturen und Abläufe in der Verwaltung so gestalten und steuern, dass die Voraussetzung für eine optimale Qualitätserfüllung geschaffen wird. Dazu gehört auch, bestimmte Standards für die Leistungserstellung festzulegen (z.B. Bearbeitungszeiten, Wartezeiten, Reinigungsintervalle, Anzahl von Kontrollgängen usw.), deren Einhaltung zu überprüfen und sicher zu stellen.

4. Der Controllingprozess

Obwohl Controlling nicht nach starren Regeln abläuft, sondern immer auch die individuellen Besonderheiten „vor Ort“ beachten muss, gibt es Vorgehensweisen, die sich bewährt haben und die immer wieder anzutreffen sind. Am konkreten Beispiel des Produktes „Erteilung von Baugenehmigungen“ soll aufgezeigt werden, wie Controlling in der Praxis des Bauordnungsamtes aussehen könnte.

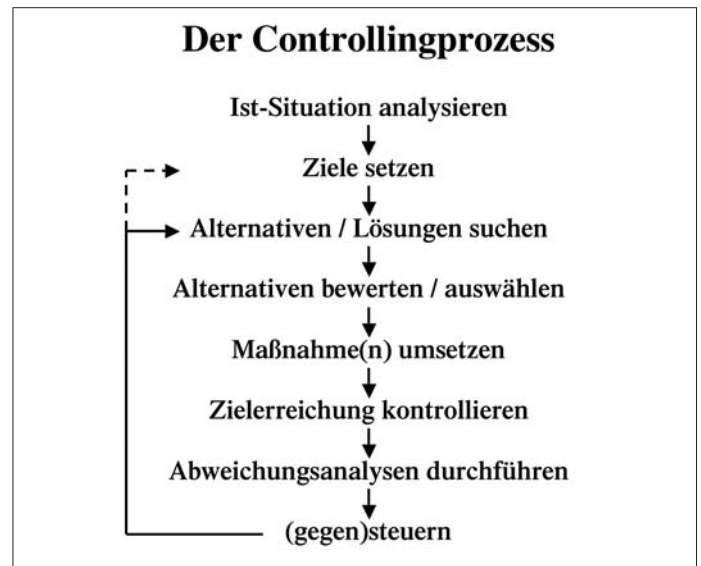


Abb. 1: Der Controllingprozess

Der typische Controllingprozess (vgl. Abb. 1) beginnt im Regelfall mit einer Ist-Analyse. Der Controller verschafft sich einen Überblick über die aktuelle Situation. Eine denkbare Methode hierzu ist eine Stärken-Schwächen-Analyse, die gemeinsam mit den Beschäftigten durchgeführt wird. Weitere Informationen können mit einer Dokumentenanalyse und dem Laufzettelverfahren erhoben werden. Die durchschnittliche Bearbeitungszeit der Baugenehmigungen für Einfamilienhäuser (Doppelhaushälften) von 28 Tagen und die Wider-

spruchsquote (Anzahl der eingelegten Widersprüche im Verhältnis zu den erteilten Bescheiden) von 18 % erscheinen den Verantwortlichen zu hoch.

Ausgehend von den gewonnenen Kenntnissen und den ermittelten Ursachen für die erhobenen Werte werden anschließend Ziele formuliert. Die Bearbeitungszeit der Baugenehmigungen soll innerhalb des nächsten halben Jahres in 95 % der Fälle auf 20 Tage verkürzt werden, die Widerspruchsquote im selben Zeitraum auf 5 % sinken.

Um diese Ziele zu erreichen, muss nun nach geeigneten Lösungen bzw. Alternativen gesucht werden. Vorschläge hierzu können gemeinsam mithilfe verschiedener Kreativitätstechniken erarbeitet werden, daneben ist auch die Beteiligung an einem interkommunalen Leistungsvergleich denkbar. Die einzelnen Lösungsvorschläge werden miteinander verglichen und bewertet (z.B. im Hinblick auf die Effektivität, die entstehenden Kosten, die Möglichkeit der eigenständigen und kurzfristigen Umsetzung etc.). Hat man sich dann – z.B. mit Hilfe einer Nutzwertanalyse – für eine konkrete Maßnahme entschieden, ist diese umzusetzen. Bezogen auf das Beispiel könnte man zur Reduzierung der Bearbeitungszeiten von Baugenehmigungen organisatorische Veränderungen bei der notwendigen Beteiligung anderer Fachbereiche vornehmen, die Widerspruchsquote soll durch intensive Fortbildung der Mitarbeiter gesenkt werden.

Nach dem vereinbarten Zeitraum ist zu prüfen, ob die angestrebten Ziele auch tatsächlich erreicht wurden. Wird anhand einer Kontrolle festgestellt, dass dies nicht der Fall, sind im Rahmen von Abweichungsanalysen die Ursachen zu ermitteln. Diese können innerhalb der Verwaltung liegen (z.B. organisatorische Veränderungen greifen noch nicht wie geplant), aber auch außerhalb der Verwaltung zu finden sein (z.B. hat der Gesetzgeber in der Zwischenzeit zusätzliche statische Prüfungen vorgeschrieben, die das Genehmigungsverfahren verzögern).

Da weiterhin die Zielerreichung angestrebt wird, ist nun eine (Gegen-)Steuerung erforderlich. Es sind wiederum Lösungen (konkrete Maßnahmen) zu erarbeiten, mit denen auf die Abweichungen reagiert wird. Da diese Schritte bis zur endgültigen Zielerreichung eventuell mehrfach wiederholt werden, spricht man auch vom Controllingkreislauf. Unter Umständen muss in Einzelfällen auch einmal das gesetzte Ziel korrigiert bzw. angepasst werden, wenn sich herausstellt, dass es mit keinen Maßnahmen zu erreichen ist, weil es schlicht zu hoch angesetzt wurde.

5. Controlling und Ziele

Ziele haben eine zentrale Bedeutung für das betriebswirtschaftliche Handeln. Sie bilden in der Zukunft liegende angestrebte Zustände ab und sind somit entwickelte Soll-Vorstellungen. Sie dienen als Orientierungspunkt für künftiges Handeln, d.h. durch den Vorgabecharakter beeinflussen und lenken sie zielgerichtet die Aktivitäten der Beteiligten.

Ziele sind die Grundvoraussetzung für Controlling. Wenn nicht festgelegt wird, was erreicht werden soll, kann man anschließend auch nicht kontrollieren, ob man es geschafft hat. Insofern ist die Formulierung bzw. Vereinbarung von Zielen notwendig, um deren Erreichung später im Rahmen des Controllings zu überprüfen und ggfls. erforderliche Steuerungsmaßnahmen einleiten zu können.

Das Thema „Ziele“ bzw. „Zielvereinbarungen“ ist in den Verwaltungen derzeit vor unterschiedlichen Hintergründen aktuell. Bei der Führungstechnik „Management by Objectives“ (MbO – Führen mit Zielen) beschränkt sich die Führungskraft weitgehend auf Zielvorgaben und deren Überprüfung. Nicht der Weg, sondern das Erreichen der Ziele wird kontrolliert. Angestrebt wird dabei die optimale Durchführung der übertragenen Aufgaben.

Im Zusammenhang mit dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und der dort vorgesehenen Gewährung von Leistungsentgelten spielen Zielvereinbarungen ebenfalls eine wichtige Rolle. Das Arbeiten mit Zielvereinbarungen auf den unterschiedlichen Ebenen (Rat und Verwaltungsführung, Verwaltungsführung und Führungskräfte, Führungskräfte und Mitarbeiter) wird in den Verwaltungen zum Teil auch unter dem Stichwort „Kontraktmanagement“ praktiziert, wobei dann der geschlossene „Kontrakt“, d.h. der „Vertrag“, die vereinbarten Ziele enthält.

Auch das neue kommunale Haushaltsrecht sieht Ziele vor. So sollen nach § 12 GemHVO NRW für die gemeindliche Aufgabenerfüllung produktorientierte Ziele unter Berücksichtigung des einsetzbaren Ressourcenaufkommens und des voraussichtlichen Ressourcenverbrauchs festgelegt sowie Kennzahlen zur Zielerreichung bestimmt werden. Diese Ziele und Kennzahlen sollen zur Grundlage der Gestaltung der Planung, Steuerung und Erfolgskontrolle des jährlichen Haushalts gemacht werden.

Da die Formulierung konkreter Ziele manchmal nicht ganz einfach ist und vielen Beteiligten noch die notwendige Übung darin fehlt, werden Ziele häufig zu allgemein ausgedrückt, so dass es mangels klarer Vorgaben zu Schwierigkeiten im oben beschriebenen Controllingprozess kommen kann. In der Praxis haben sich deshalb Ziele bewährt, die nach der Formel „SMART“ formuliert werden (vgl. Abb. 2).

Kriterien für eine sinnvolle Zielformulierung:	
S pezifisch-konkret	präzise und eindeutig formuliert: keine allgemeinen Formulierungen wie „wollen wirtschaftlicher sein“, sondern „wir haben die Kosten gesenkt“
M essbar	die Zielerreichung muss objektiv überprüfbar sein: nicht „wir wollen mehr Teilnehmer haben“, sondern „die Teilnehmerzahl ist um 5 % gestiegen“
A ttraktiv	positiv formuliert, motivierend: die Zielformulierung beschreibt bereits den beabsichtigten Endzustand (vgl. die beiden obigen Beispiele)
R ealistisch	das Ziel soll durch eigenes Verhalten erreichbar und beeinflussbar sein: es ist anspruchsvoll und spornt zu guten Leistungen an
T erminiert	notwendig ist ein klaren Zeitrahmen: durch Vorgabe eines konkreten Termins (bis zum 31.12. des Jahres) oder Zeitraums (innerhalb von drei Monaten)

Abb. 2: Kriterien für eine Zielformulierung

6. Controlling und Kennzahlen

Neben den Zielen sind somit auch Kennzahlen zu entwickeln. Kennzahlen stellen komplexe Sachverhalte gebündelt in konzentrierter Form dar und sind wesentlicher Bestandteil des Controllings. Bereits bei der Festlegung der Ziele ist darüber nachzudenken, mit welchen Kennzahlen man die Zielerreichung messen kann.

Als „Kennzahl“ wird dabei ein konkreter Zusammenhang oder Sachverhalt beschrieben, z.B. die Anzahl der entsorgten Tonnen Restmüll oder der Anteil des Anlagevermögens am Gesamtvermögen. Die in Tabellen oder Berichten aufgeführten „Zahlen“ stellen dann den jeweiligen aktuellen Wert zu einem bestimmten Stichtag dar, z.B. hier 1.200 Tonnen entsorgter Müll im 1. Quartal 2008 oder 75 % Anlagevermögen bezogen auf die Bilanz für das Jahr 2007.

Kennzahlen kann man in absolute Zahlen und Verhältniszahlen unterscheiden. **Absolute Zahlen** sind Summen, Differenzen oder Mittelwerte, die bezogen auf konkrete Sachverhalte ermittelt werden.

Beispiele sind die Anzahl der Einwohner, der Teilnehmer an VHS-Kursen, der erteilten Baugenehmigungen, der ausgeliehenen Bücher, der neu eingestellten Mitarbeiter, der eingegangenen Beschwerden, die Höhe des Zuschussbedarfs in einem Produktbereich oder die durchschnittliche Kosten der letzten drei Jahre.

Verhältniszahlen entstehen dadurch, indem man aus zwei absoluten Zahlen eine „relative“ macht, d.h. die beiden Ausgangswerte zueinander ins Verhältnis setzt. Hier differenziert man in Gliederungs-, Beziehungs- und Indexzahlen.

• **Gliederungszahlen**

Sie bilden das Verhältnis einer Teilmenge zur Gesamtmenge ab und werden daher als Prozent- oder Promillewert dargestellt. Beispiele: Anteil der Personalkosten an den Gesamtkosten, Anteil der Erlöse aus Elternbeiträgen an den Gesamterlösen im Bereich der Kindertagesstättenfinanzierung, Anteil der Teilzeitkräfte an der Gesamtmitarbeiterzahl, Anteil der auswärtigen Besucher an der Gesamtbesucherzahl einer städtischen Einrichtung (jeweils in %).

• **Beziehungszahlen**

Sie bilden das Verhältnis von zwei unterschiedlichen Wertgrößen, die aber in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Sie werden berechnet, indem man den Quotienten aus den jeweils in Beziehung stehenden Zahlen bildet, z.B. Kosten pro Buchausleihe, Personalkosten je Mitarbeiter, Fixkosten je durchgeführtes Seminar, Pro-Kopfverschuldung je Einwohner.

• **Indexzahlen**

Sie geben das Verhältnis zweier gleichartiger Werte zu unterschiedlichen Zeitpunkten an. Die Ausgangsgröße (auch Standardwert oder Basiszahl genannt) wird mit 100 gleichgesetzt und eine Veränderung als Steigerung bzw. Verminderung dieses Basiswertes in Prozent ausgedrückt. Bezogen auf das ausgewählte Beispiel einer Bücherei lautet die Berechnung des neuen Indizes für das 1. Quartal 2008:

$$\frac{\text{Wert des aktuellen Quartals} \times 100}{\text{Ausgangsquartal}}$$

$$\frac{8.400 \text{ (1. Quartal 2008)} \times 100}{8.000 \text{ (4. Quartal 2007)}} = 105,0$$

Quartal	Ausleihe Sachbücher	Indexzahlen
4. Quartal 2007	8.000	100,0
1. Quartal 2008	8.400	105,0
2. Quartal 2008	8.600	107,5
3. Quartal 2008	8.750	109,4

Die Indexreihe macht deutlich, dass sich die Anzahl der Ausleihen um 9,4 % zum Basiswert gesteigert hat.

Die Berechnung der einzelnen Werte von Kennzahlen ist in der Regel unproblematisch. Viel schwieriger ist es dagegen, aus der Masse der theoretisch möglichen Kennzahlen die Sachverhalte bzw. Zusammenhänge auszuwählen, die dem Controller in seiner täglichen Arbeit Rückschlüsse auf die zu beantwortenden Fragestellungen liefern. Die Forderung, „Zahlenfriedhöfe“ zu vermeiden, macht deutlich, dass auch im Controlling der Spruch „weniger ist manchmal mehr“ zutreffend ist. Wenn die Entscheidungsträger vom Controller mit Daten und Zahlen „eingedeckt“ werden, geht der Blick für das Wesentliche verloren.

Zu bedenken ist dabei, dass nicht das Erheben der Werte im Mittelpunkt steht, sondern die Analyse der ermittelten Daten. Welche Rückschlüsse lassen sich aus den gewonnenen Informationen ziehen? Die nach der Ist-Analyse (Bestandsaufnahme) folgenden Schritte des dargestellten Controllingprozesses sind erheblich zeitintensiver.

Wie umfangreich die Kennzahlenarbeit eines Controllers ausfallen kann, soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden. Vor dem Hintergrund des neuen kommunalen Finanzmanagements hat der Innenminister NRW in gemeinsamer Arbeit mit den Aufsichtsbehörden der Gemeinden, der überörtlichen Gemeindeprüfungsanstalt (GPA) und Vertretern der örtlichen Rechnungsprüfern (VERPA) zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Kommunen ein NKF-Kennzahlen-Set entwickelt, das allein 19 finanzwirtschaftliche Kennzahlen enthält und das die Aufsichtsbehörden laut Runderlass vom 03.01.2007 anwenden sollen.

Die Abb. 3 macht deutlich, wie viele unterschiedliche Kennzahlen allein im Teilbereich des Personalcontrollings erhoben werden können, wobei die aufgeführten Kennzahlen längst nicht abschließend sind.

Ausgewählte Personalkennzahlen

Personalstruktur

- Männer-/Frauenquote
- Anteil der Teilzeitarbeiter
- Anteil der Bediensteten mit flexibler Arbeitszeit
- Durchschnittsalter der Bediensteten
- Netto-Personalbedarf
- Altersstruktur

Personalentwicklung

- jährliche Weiterbildungszeit pro Mitarbeiter
- Personalentwicklungskosten pro Mitarbeiter
- Anteil der Personalentwicklungskosten an den Personalkosten
- Bewerberquote (Bewerber pro Ausbildungsplatz)
- Ausbildungsquote
- Übernahmequote der Auszubildenden
- Personalbeschaffungskosten je Einstellung

Mitarbeitermotivation

- Fehlzeitenquote
- Fluktuationsquote
- Mitarbeiterzufriedenheit (laut Mitarbeiterbefragung)
- Überstundenquote
- Entgeltstruktur

Abb. 3: Ausgewählte Personalkennzahlen

7. Vergleiche als Controllinginstrumente

Das zielorientierte Arbeiten mit Kennzahlen gehört zum Standardinstrumentarium eines Controllers. Eine Kennzahl allein sagt jedoch meist nicht viel aus. Die Aussagekraft von Kennzahlen wird erst dadurch erheblich gesteigert, dass man die ermittelten Werte mit anderen Werten vergleicht. Typische Vergleichsarten sind der Zeitvergleich, der Soll-Ist-Vergleich und der Betriebsvergleich, der im kommunalen Sprachgebrauch als interkommunaler Leistungsvergleich bezeichnet wird.

• **Zeitvergleich**

Beim Zeitvergleich werden die Ist-Daten vergangener Perioden den aktuellen Ist-Werten gegenüber gestellt. Dadurch lassen sich Trends oder Entwicklungen erkennen. Durch den Zeitvergleich kann

man die Ampel- bzw. Frühwarnfunktion von Kennzahlen nutzen. Die regelmäßige Erhebung der Daten schafft die Möglichkeit, bei Fehlentwicklungen noch korrigierend eingreifen zu können.

Hier wird deutlich, dass ein jährlicher Vergleich der Kennzahlen nur in den seltensten Fällen ausreichen wird. Vielmehr sind in der Regel unterjährige Zeitvergleiche (monatlich, vierteljährlich) erforderlich, um z.B. Kostenentwicklungen, den Rückgang von Teilnehmerzahlen oder den Anstieg von Unfallhäufungen an bestimmten Straßenkreuzungen rechtzeitig zu erkennen.

Voraussetzung für den Zeitvergleich ist, dass die Kennzahlen nach derselben Systematik erhoben (berechnet) werden. Die Durchführung eines Zeitvergleichs liefert natürlich nicht die Gründe für eine bestimmte Entwicklung, sie macht aber deutlich, dass der aufgezeigte Trend eine intensivere Analyse der möglichen Ursachen erforderlich macht.

• Soll-Ist-Vergleich

Bei dieser Vergleichsform werden die tatsächlichen Ist-Daten mit vorgegebenen Plandaten (Sollwerten) verglichen. Zu Beginn einer Planungsperiode (meist das Kalenderjahr, das auch mit dem Haushaltsjahr identisch ist) werden die Kennzahlen festgelegt, die je nach Inhalt entweder erreicht (z.B. Anzahl der Besucher) oder nicht überschritten (z.B. Gesamtkosten) werden sollen.

Planwerte haben eine wichtige Orientierungsfunktion für alle am Prozess Beteiligten, das Handeln aller Akteure kann auf das Erreichen (oder eben Nichterreichen) der Kennzahl ausgerichtet werden. Damit stellen die Planwerte auch ein Instrument der Selbst- und Fremdkontrolle dar. Die Mitarbeiter des betroffenen Fachbereiches können anhand der Daten des Controllings erkennen, ob sie im wahrsten Sinne des Wortes im „Soll“ sind, außen stehende Dritte wie der Rat, Ausschüsse oder Wirtschaftsprüfer im Bereich des Finanzcontrollings erkennen aber ebenfalls, ob die Vorgaben eingehalten wurden.

Ist dies nicht der Fall, lösen Soll-Ist-Vergleiche Abweichungsanalysen aus, in denen nach den möglichen Ursachen für die Differenzen und entsprechenden Gegenmaßnahmen gesucht wird. Auch hier empfiehlt es sich, die Vergleiche unterjährig durchzuführen, um noch rechtzeitig gegensteuern zu können. Als Ergebnis einer Abweichungsanalyse ist auch denkbar, dass unrealistische Ziele korrigiert werden müssen.

• Betriebsvergleich (interkommunaler Leistungsvergleich)

Bei Betriebsvergleichen (auch: Branchenvergleich) verlässt man den internen Bereich und stellt seine Kennzahlen denen anderer Betriebe gegenüber. Im kommunalen Bereich gibt es seit Anfang der neunziger Jahre auf Initiative der Bertelsmann-Stiftung und der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) die sog. Interkommunalen Leistungsvergleiche. In „Vergleichsringen“ stellen die beteiligten Kommunen ihre Produkte nach einer zuvor festgelegten Systematik gegenüber und erheben eine Vielzahl von Kennzahlen, z.B. zur Wirtschaftlichkeit der Leistungserstellung oder zur Kunden- und Mitarbeiterzufriedenheit.

Diese Vorgehensweise dient als Ersatz für den in vielen Verwaltungsbereichen fehlenden echten Wettbewerb. Durch den interkommunalen Leistungsvergleich soll die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Leistungserstellung verbessert werden. Das folgende Beispiel mit rein fiktiven Werten soll dies verdeutlichen:

Wenn bei der Kommune A für die Genehmigung einer Baugenehmigung für eine Doppelhaushälfte Kosten in Höhe von 245 € anfallen, in Kommune B für dasselbe Produkt aber nur Kosten in Höhe von 160 € entstehen, drängt sich zwangsläufig die Frage nach den Ursa-

chen hierfür auf. In den Vergleichsringen werden – mittlerweile meist internetgestützt und nur für die Beteiligten einsehbar – die Positionen der jeweiligen Verwaltungen dargestellt. Der Austausch mit den besser abschneidenden Verwaltungen soll Lernprozesse in Gang setzen und den „Blick über den Tellerrand“ ermöglichen. Vergleicht man sich mit dem „Spitzenreiter“ in einer Kategorie, spricht man von „Benchmarking“, dem „Lernen vom Besten“.

Dieses Instrument liefert dem Controller wichtige zusätzliche Informationen. Ausgehend von dem gerade verwendeten Beispiel der Kosten einer Baugenehmigung könnte es sein, dass in der Kommune A die Kosten in den letzten drei Jahren von 280 € über 270 € und 255 € auf die derzeit aktuellen 245 € gesenkt wurden. Ein Zeitvergleich würde hier einen positiven Trend (Kostensenkung) sichtbar machen.

Lautete die Zielvorgabe für dieses Jahr, die Kosten auf 250 € zu senken, hat man auch diesen Soll-Wert unterschritten und ein vermeintlich positives Ergebnis erzielt. Erst der interkommunale Leistungsvergleich macht deutlich, dass die 245 € von anderen Kommunen erheblich „unterboten“ werden und offensichtlich noch Optimierungsmöglichkeiten bestehen. Der interkommunale Leistungsvergleich eröffnet also noch einmal ganz andere Sichtweisen.

So ist es nicht verwunderlich, dass die Zahl der Vergleichsringe in den letzten Jahren immer mehr zugenommen hat. Derzeit versuchen rund 3.000 Kommunen (mit Doppelnennungen durch Teilnahme an mehreren Vergleichsringen, ohne Doppelnennung: 900) in 220 Vergleichsringen der KGSt, Optimierungspotentiale aufzudecken und von ihren Vergleichspartnern zu lernen.

8. Controlling und Berichtswesen

Ein funktionierendes Controlling ist nur mithilfe eines zuverlässigen und gut strukturierten Berichtswesens möglich. Nur wenn die entscheidungsrelevanten Informationen rechtzeitig den Entscheidungsträgern zur Verfügung stehen, können notwendige Steuerungsmaßnahmen beschlossen und umgesetzt werden. Ziel des Berichtswesens ist es somit, zeitnah und möglichst aktuell eine hohe Transparenz der Verwaltungsabläufe zu sichern.

Standardberichte enthalten regelmäßig die wichtigsten Kennzahlen und werden monatlich oder vierteljährlich nach einer festgelegten Struktur erstellt. Bei monatlichen Berichten besteht zum Teil die Gefahr der Informationsüberflutung, deshalb sind die Inhalte auf die wesentlichen Fakten zu beschränken. Vorteil der regelmäßigen Berichterstattung ist die Tatsache, dass sich niemand mit dem Argument „herausreden“ kann, er habe von bestimmten Ergebnissen oder Entwicklungen nichts gewusst.

Die Standardberichte werden durch sog. **Abweichungsberichte** ergänzt, wenn sich die tatsächliche Entwicklung von den Vorgaben erheblich unterscheidet. Hierzu ist es erforderlich, Toleranzgrenzen festzulegen, bei deren Überschreiten eine entsprechende Berichterstattung vorzunehmen ist. So kann z.B. (in Abhängigkeit vom Budget) vereinbart werden, dass erst bei Kostenüberschreitungen ab 5 % oder bei Ertragsrückgängen ab 2.000 € eine Abweichungsanalyse zu erstellen ist.

Ein wesentliches Kriterium für die Qualität eines solchen Berichts liegt darin, dass nicht nur die Abweichung aufgezeigt wird, sondern die Auswirkungen auf die Zielerreichung, mögliche Ursachen, alternative Maßnahmen zur Gegensteuerung und konkrete konstruktive Lösungsvorschläge dargestellt werden.

Daneben gibt es noch **Bedarfsberichte**, die meist auf aufgrund eines besonderen Anlasses von der Verwaltungsführung angefordert oder vom Controller initiativ erstellt werden, wenn die Informationen aus den anderen Berichten nicht ausreichen (z.B. wenn die völlig unerwartete Schließung eines großen Unternehmens mit 800 Arbeits-

plätzen zu erheblichen Konsequenzen in den verschiedensten Aufgabenbereichen der Kommune führen würde). Wegen der meist kurzfristigen Anforderung werden diese Berichte auch „Ad-hoc-Berichte“ genannt.

Alle Berichtsformen haben zwei Dinge gemeinsam: Sie sind **empfängerorientiert** auszugestalten, d.h. je nach der hierarchischen Stufe des Berichtsadressaten sind die Informationen entweder weiter zu komprimieren (Rat, Verwaltungsführung) oder detaillierter aufzubereiten (Führungskräfte, Sachgebietsleiter). Man spricht deshalb häufig von einer pyramidenähnlichen Ausgestaltung des Berichtswesens, bei der die Kennzahlen und Informationen ausgehend von einer breiten Basis auf der Fachbereichsebene nach oben hin immer weiter zusammengefasst und gebündelt werden, um den Rat letztlich nur noch sog. Spitzenkennzahlen vorzulegen (z. B. Medienumsatz in der

Bücherei, Quote der Sozialleistungsempfänger, Kostendeckungsgrade bei den einzelnen Produkten).

Daneben sorgt die ansprechende und verständliche **optische Aufbereitung der Daten** bei den Berichtsempfängern für die notwendige Klarheit. Tabellen, insbesondere aber die verschiedenen Diagrammformen, die man mit der üblichen Standard-Software erstellen kann, verdeutlichen Zusammenhänge oft auf einen Blick und ersparen seitenlange textlastige Passagen. Liniendiagramme eignen sich für Zeitvergleiche, Soll-Ist-Vergleiche werden häufig in Säulen- oder Balkendiagrammen dargestellt. Kreisdiagramme stellen den augenblicklichen Anteil von Teilgrößen an einer Gesamtgröße besonders anschaulich dar (z.B. Anteile einzelner Kostenarten an den Gesamtkosten oder die Anteile einzelner Medien am Gesamtmedienbestand einer Bücherei).

Peter Eichhorn*

ABC – Glossar – XYZ

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

Coaching und Supervision

Beide Begriffe beinhalten begleitende Beratung. Beim Coaching (engl. für Anleitung, Unterweisung) steht die zielgerichtete und ergebnisorientierte Betreuung im Vordergrund. Der Übergang zur Supervision (engl. für Leitung, (Ober-) Aufsicht) ist fließend; bei ihr kommt es mehr auf eine gemeinsame Suche von Klient und Supervisor nach Verbesserungen an. Coaching berät oft einzelne Fach- und Führungskräfte, während Supervision sich gern an Gruppen und Abteilungen wendet und über das berufliche Handeln reflektiert. In Ministerien greift man inzwischen häufiger auf diese Beratungsmethoden zurück; ursprünglich wurden sie nur in gewerblichen Unternehmen angewandt. Unternehmens- und Personalberater bieten diese Dienstleistungen auch für gemeinnützige Unternehmungen und Verbände an, etwa in der Freien Wohlfahrtspflege für haupt- und ehrenamtliche Mitglieder von Leitungs- und Überwachungsorganen.

Sowohl die obersten Staatsbehörden und selbst nachgeordnete Behörden als auch Kreis- und Stadtverwaltungen bedienen sich dieser Dienste bei Reorganisationen, Aus- und Eingliederungen (Out- und Insourcing), Ausschreibungen, Städteplanungen, Standortverlagerungen und neuerdings zunehmend bei der Einführung von Informations- und Kommunikationstechnologie sowie doppelter kaufmännischer Buchführung und Rechnungslegung (Doppik).

Anders als die übliche Beratung, die maßgeschneiderte Lösungen für betriebliche Probleme erarbeitet, zielen Coaching und Supervision auf fachkundige Begleitung auf gleicher Augenhöhe und wollen Selbstaktivierung und Selbstbesinnung fördern.

Internes Kontrollsystem (IKS)

Mit diesem neueren Organisationsinstrument in Kommunalverwaltungen soll fehlerhaftes Verwaltungshandeln vermieden werden; umgekehrt ausgedrückt will man die Einhaltung von Richtlinien gewährleisten und Schäden verhindern, die durch das eigene Personal oder Dritte verursacht werden. Das IKS stellt die Verlässlichkeit insbesondere finanzieller Daten sicher, identifiziert finanzielle, rechtliche und leistungswirtschaftliche Risiken und kontrolliert die (formale und materielle) Ordnungsmäßigkeit des Verwaltungshandelns.

Es gelten vier Grundsätze beim IKS als hilfreich. 1. Das Prinzip der Transparenz, wonach für einzelne Prozesse Sollkonzepte zu erarbeiten sind, die einem Außenstehenden erkennen lassen, inwieweit Beteiligte dem Sollkonzept folgen. 2. Das Vier-Augen-Prinzip: An den Vorgängen haben stets zwei Fachleute mitzuwirken, so dass zum Beispiel nicht nur eine Person über Vermögensgegenstände der Kommune verfügen kann. 3. Das Prinzip der Funktionstrennung: Es besagt, dass Auftragsbefüllung (die operative Zuständigkeit und Verantwortung) und Auftragskontrolle (Soll-Ist-Vergleich) getrennt sein müssen. 4. Das Prinzip der Mindestinformation, durch das Mitarbeiter nur diejenigen Daten erhalten, die sie für ihre Arbeit benötigen.

Die organisatorischen und technischen Sicherungsmaßnahmen sowie die Kontrollen des IKS dürfen nicht mit der kommunalen Rechnungsprüfung verwechselt werden. Die Rechnungsprüfung bei den Kommunen ist eine unabhängige Prüfung und gehört zwar mit dem IKS zum Internen Überwachungssystem, hat aber als öffentliche Finanzkontrolle den kommunalen Jahresabschluss und die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsführung zu prüfen und die Gemeindevertretung und letztlich die Öffentlichkeit als Adressaten. Die kommunale Rechnungsprüfung prüft ihrerseits Aufbau und Funktion des IKS.

Jobcenter

Die über 350 Arbeitsgemeinschaften (Argen) bzw. Jobcenter in Deutschland bilden Mischverwaltungen zwischen dem Bund und den meisten Kommunen. Der Bund finanziert über die Bundesagen-

* Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn ist Präsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt am Main.

tur für Arbeit die Arbeit der Jobcenter, insbesondere die Arbeitsmarktdienstleistungen und hier die Betreuung und Vermittlung der Langzeitarbeitslosen. Die Kommunen bringen bei den gemeinsam wahrzunehmenden Aufgaben die soziale Betreuung ein; dabei hilft ihnen die Nähe zu den Problemen der Erwerbslosen und Familien. Einzelne Kommunen wählten stattdessen das sog. Optionsmodell, das die gesamte Betreuung der Arbeitslosen allein ihnen überlässt. Da es für die Zusammenarbeit der Bundesagentur für Arbeit und der Kommunen nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom Dezember 2007 keine Grundlage im Grundgesetz gibt, diese Mischverwaltung sich demnach als verfassungswidrig erweist, haben sich die Arbeits- und Sozialminister von Bund und Ländern zu einer entsprechenden Grundgesetzänderung entschlossen. Ziel ist es, die Arbeitslosen weiter aus einer Hand durch die bürgernahen Jobcenter zu bedienen. Die Arbeit der Jobcenter ist auch wegen deren Personalsituation umstritten: es fehle an technischer Ausstattung und fachlicher Qualifikation, um die etwa sieben Millionen (!) Langzeitarbeitslosen und Hartz IV-Empfänger fördern und fördern zu können.

Networking

Genauer Online-Networking entstammt der Internet-Welt. Mit Hilfe der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnologie vernetzen sich Interessierte zu offenen und dynamischen Online-Communitys. Nutzer kommen und gehen. Sie versprechen sich ungehinderten Anschluss an eine Web-Gemeinschaft. Der einzelne User sucht in seiner privaten oder beruflichen Situation den Kontakt zu regionalen, nationalen oder globalen Pools. Er ist auf Kontakte aus, um Information zu erhalten oder auszutauschen, einer Gruppe anzugehören, Neugier zu befriedigen oder Spaß zu haben.

Im öffentlichen Dienst dient dem einzelnen Mitarbeiter Online-Networking dazu, um Personen kennenzulernen, häufig über Dritte, die Probleme lösen helfen. Die Gruppenbildung erfolgt dann oft unter gemeinsamer Fragestellung, Reformbestrebung, Rechtsentwicklung, Rechtsauslegung und Rechtsanwendung und hat den Vorteil meist niedriger Transaktions- und Folgekosten. Die Netzwerk-Community etabliert sich durch den sog. Grundsatz der Selbstähnlichkeit der Networker. Er ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Networker häufig in Ausbildung, Erfahrung und Karriere sowie in Denk- und Handlungsweisen ähneln. Diese Eigenschaften teilen sie im Übrigen mit den sog. Fachbruderschaften, einer Gruppierung von Referenten und anderen Experten zur Bewältigung gemeinsamer Aufgaben über Fachbehörden und Verwaltungsebenen hinweg (kritisch manchmal auch Ressortkumpaneie genannt).

Rechnungsprüfung

Hauptaufgabe der Rechnungsprüfung bei Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen ist die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Haushaltswirtschaft. Dazu gehören nicht nur Prüfungen der Einhaltung des Haushaltsplans und der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit der (kameralistischen) Jahresrechnung, sondern auch Prüfungen der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung. Der Rechnungsprüfung unterliegen außerdem Kassenprüfungen, Prüfungen von Fördermitteln (bei erhaltenen oder verwendeten Zuschüssen), Prüfungen von Forderungen, technische Prüfungen bei Investitionen und Vergabeproofungen (insbesondere im Straßenbau und Hochbau). Die Rechnungsprüfung erstreckt sich auch auf die Wirtschaftsführung und Rechnungslegung der § 26 BHO/LHO-Betriebe auf der staatlichen Ebene sowie auf die kommunalen Eigenbetriebe; außerdem auf die Prüfung der Betätigung und der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung von öffentlichen Unternehmen in einer privaten Rechtsform.

Prüfungsgegenstände bilden in erster Linie Einnahmen und Ausgaben, Verpflichtungsermächtigungen, Vermögen und Schulden, kurzum finanzielle Rechnungsdaten samt der Kosten und Leistungen, soweit Kostenrechnungen existieren. Bei den kaufmännisch rechnenden Bundes-, Landes- und Kommunalunternehmen (in öffentlich- oder privatrechtlichen Rechtsformen) werden die Erfolgskategorien Erträge und Aufwendungen geprüft. Der Übergang von der Kameralistik zur Doppik in der Ämter- bzw. Kernverwaltung hat für die Rechnungsprüfung weitreichende Folgen. An die Stelle der bisherigen Jahresrechnung tritt der (doppische) Jahresabschluss, in Zukunft sogar ein konsolidierter Jahresabschluss unter Einbeziehung sowohl der Ämter als auch wesentlichen Beteiligungen und Unternehmen der betreffenden Gebietskörperschaft. Die Rechnungsprüfung nähert sich insoweit der Abschlussprüfung durch Wirtschaftsprüfer. Von deren Erfahrungen mit Konzernarchitektur, Produktions- und Marktbedingungen und mit den sich einbürgernden internationalen Rechnungslegungsstandards können Rechnungsprüfer lernen. Da im öffentlichen Verwaltungs- und Wirtschaftsbereich immer häufiger Wirtschaftsprüfer für Prüfungsaufträge gewonnen werden, lernen auch sie von den Erfahrungen der Rechnungsprüfer mit Planungswerken, Verwaltungsverfahren sowie Rechts- und Sozialstaatlichkeit.

Bei der Rechnungsprüfung dominieren bisher als Prüfungsschwerpunkte das Vermeiden von Fehlverhalten und das Herbeiführen von Korrekturen. Neuerdings wird zunehmend eine Steuerungsfunktion derart erwartet, dass die Prüfungen dazu beitragen, Entscheidungen besser zu fundieren. Aus der Finanzkontrolle wird mehr und mehr eine Effektivitäts- und Effizienzkontrolle. Es soll demnach geprüft werden, ob und inwieweit politische Zielvorgaben erreicht worden sind und wie zweckmäßig dies geschehen ist.

Während die herkömmliche Rechnungsprüfung in erster Linie auf die Rechnungslegung fokussiert ist, wird die der good public governance verpflichtete Rechnungsprüfung außer der ökonomischen Dimension metaökonomische (kulturelle, sportliche, gesundheitliche, ökologische, wissenschaftliche usw.) Ziele und Bezüge aufweisen. Aus einer Prüfung der Rechnungslegung wird eine Prüfung der Rechenschaftslegung.

Institutionen der Rechnungsprüfung sind in Deutschland der Bundesrechnungshof, die Landesrechnungshöfe (der 16 Länder) mit nachgeordneten staatlichen Rechnungsprüfungsämtern als mittlere Behörden und die kommunalen Rechnungsprüfungsämter. Alle genießen weitgehende Unabhängigkeit. Die Mitglieder des Bundesrechnungshofes und der meisten Rechnungshöfe der Länder besitzen sogar richterliche Unabhängigkeit. An der Stelle oder in Ergänzung kommunaler Rechnungsprüfungsämter finden sich in manchen Ländern Rechnungsprüfungsausschüsse oder Gemeindeprüfungsanstalten, letztere nehmen meist Aufgaben der überörtlichen Prüfung wahr.

Die Feststellungen der Rechnungsprüfer gehen in einen Rechnungsprüfungsbericht ein, der dem Parlament bzw. dem Gemeinderat vorgelegt wird und die Grundlage für die Entlastung der Regierung oder des (Ober-)Bürgermeisters bildet. (Zu Einzelheiten der Rechnungsprüfung siehe VERWALTUNGSLEXIKON, hrsg. von Peter Eichhorn u.a., 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002.)

DVP – Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!



 www.deutsche-verwaltungs-praxis.de

Carsten Lund*

Die abgeschnittene Gaststätte

A. Sachverhalt

In der kreisfreien schleswig-holsteinischen Stadt S befindet sich die W-Straße. Das Grundstück, auf dem sich die W-Straße befindet, steht im Eigentum der S. Die Straße führt nur zur Gaststätte des G. Auf anderem Wege ist die Gaststätte nicht erreichbar.

S verkauft mit notariellem Vertrag das Grundstück an K. In dem Vertrag verpflichtet sich S zur Einziehung der W-Straße. Diese erfolgt durch Veröffentlichung im Mitteilungsblatt der S und wird nach Ablauf von einem Monat und zwei Wochen auch vollzogen. Die Situation des G hat S grob fahrlässig übersehen. Wegen der ausbleibenden Gäste erleidet G monatlich einen Schaden von 5.000 €.

Beantworten Sie bitte gutachtlich folgende Fragen:

1. Ist die Einziehung rechtmäßig?
2. Ist der Vertrag zwischen K und S wirksam? Sprechen Sie dabei alle in Betracht kommenden Punkte an.
3. Hat G – die Rechtswidrigkeit der Einziehungsverfügung unterstellt – einen Amtshaftungsanspruch gegen S auf Ersatz des mittlerweile erlittenen Schadens?

B. Lösungsvorschlag

I. Rechtmäßigkeit der Einziehungsverfügung

Die Einziehungsverfügung ist rechtmäßig, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen der Einziehung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 oder 2 des Straßen- und Wegegesetzes¹ (StrWG)² erfüllt sind.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formellen Voraussetzungen beider in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen sind identisch. Es muss zunächst die zuständige Behörde gehandelt haben. In Ermangelung gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass die Einziehung vom Oberbürgermeister der Stadt S als deren Konkretionsorgan³ verfügt wurde.⁴ Es handelte deshalb die zuständige Behörde, wenn die Stadt S der für die Einziehung zuständige Rechtsträger ist. Träger der Straßenbaulast für die Gemeindestraßen sind gemäß § 13 StrWG⁵ die Gemeinden. (Kreisfreie) Städte sind nach § 59 Abs. 1 der Gemeindeordnung (GO)⁶ Gemeinden mit Stadtrecht. Die Stadt S ist deshalb zuständiger Träger der Straßenbaulast, wenn es sich bei der W-Straße um eine Gemeindestraße handelt. Die W-Straße dient lediglich dem Verkehr zur Gaststätte des G. Deshalb ist anzunehmen, dass es sich bei ihr um eine Ortsstraße als Unterfall der Gemeindestraße (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a StrWG⁷) handelt. Die Stadt S ist also richtiger Rechtsträger, weshalb auch die zuständige Behörde handelte.

Zudem wurde mit der Veröffentlichung im Mitteilungsblatt der Stadt die Form der §§ 8 Abs. 5 StrWG⁸, 110 Abs. 3 und 4 des Landesverwaltungsgesetzes (LVwG) (= § 41 Abs. 3 und 4 VwVfG) i. V. m. §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 3 der Landesverordnung über die örtliche Bekanntmachung und Verkündung eingehalten. Bedenken bestehen jedoch hinsichtlich der Einhaltung des Verfahrens. Zwar wurde insbesondere das Auslegungserfordernis des § 8 Abs. 3 StrWG⁹ beachtet. Allerdings verletzt die grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Situation des

G den Amtsermittlungsgrundsatz des § 83 LVwG (= § 24 VwVfG).¹⁰ Die Einziehungsverfügung ist deshalb insoweit formell rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit ist allerdings nur beachtlich außerhalb der Fälle des § 115 LVwG (= § 46 VwVfG), also dann, wenn nicht offensichtlich ist, dass die Entscheidung trotz des Verfahrensfehlers materiell rechtmäßig ist.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Einziehungsverfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die sachlichen Voraussetzungen mindestens einer der in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen vorliegen.

a) § 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG kann eine Straße eingezogen werden, wenn sie keine Verkehrsbedeutung mehr hat. Dafür ist nicht erforderlich, dass die Straße gar nicht mehr benutzt wird. Fehlende Verkehrsbedeutung wird vielmehr auch dann anzunehmen sein, wenn auf der Straße nur noch ein geringer und unbedeutender Verkehr besteht.¹¹ Davon könnte hier auszugehen sein. Die eingezogene W-Straße führt nur zur Gaststätte des G. Deshalb wird sie lediglich von diesem, seinen Zulieferern und seinen Gästen benutzt. Jedoch ist die Verkehrsbedeutung relativ zu bestimmen.¹² Eine Straße, die nur zu einer Gaststätte führt, kann auch nur insoweit Verkehrsbedeutung haben. Diese besteht unverändert fort. Vom Wegfall der Verkehrsbedeutung ist daher nicht auszugehen. Das ist umso mehr der Fall, als keine alternative Strecke zur Gaststätte vorhanden ist. Die Einziehungsvoraussetzung des § 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG liegt mithin nicht vor.

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Freiherr-vom-Stein-Institut – Wissenschaftliche Forschungsstelle des Landkreistages Nordrhein-Westfalen an der Universität Münster. Der Fall wurde als Abschlussklausur zu der Lehrveranstaltung „Allgemeines Verwaltungsrecht“ (öffentliches Sachenrecht, öffentlich-rechtlicher Vertrag und Staatshaftungsrecht) am 13.3.2008 an der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung in Altenholz gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 240 Minuten.

- 1 Nicht anders bezeichnete landesrechtliche Normen sind im Folgenden solche aus Schleswig-Holstein.
- 2 Inhaltsgleich § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 StrWG MV; tatbestandlich identisch bei Unterschieden auf Rechtsfolgenreihe §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 1. und 2. Alt. StrG HE (kann), 8 Abs. 1 Satz 1, 1. und 2. Alt. StrG NI (soll), 7 Abs. 2 Satz 1, 1. und 2. Alt. StrWG NW (soll), 37 Abs. 1 Satz 1, 1. und 2. Alt. LStrG RP (ist).
- 3 Dazu *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982, Rn. 233.
- 4 Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 StrG HE ist zuständige Straßenbaubehörde das Verwaltungsorgan der betroffenen Körperschaft. Das ist gemäß § 9 Abs. 2 GO HE der Magistrat.
- 5 Entspricht §§ 43 StrG HE, 48 Satz 1 StrG NI, 47 Abs. 1 StrWG NW, 14 StrWG MV, 14 LStrG RP.
- 6 Vergleichbar §§ 13 Abs. 1 GO HE, 14 Abs. 1 GO NI, 13 Abs. 2 Satz 1 GO NW, 8 Abs. 3 KV MV, 4 Abs. 2 GemORP.
- 7 Ebenso nach § 3 Nr. 3 lit. a StrWG MV; nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StrWG NW: Gemeindestraße – Anliegerstraße; nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 StrG HE, 3 Abs. 1 Nr. 3 StrG NI, 3 Nr. 3 lit. a LStrG RP: Gemeindestraße.
- 8 Entspricht §§ 6 Abs. 3 StrG HE, 8 Abs. 3 StrG NI, 7 Abs. 1 Satz 3 StrWG NW, 9 Abs. 5 StrWG MV, 37 Abs. 2 LStrG RP.
- 9 Entspricht §§ 6 Abs. 2 Satz 1 StrG HE, 8 Abs. 2 StrG NI, 7 Abs. 4 Satz 1, 2. Halbsatz StrWG NW, 9 Abs. 3 StrWG MV, 37 Abs. 3 Satz 1 LStrG RP.
- 10 Vgl. BVerwGE 25, 88 (90).
- 11 *Gröller*, in: Wilke/Gröller, StrWG, 3. Aufl. 1999 ff., Stand: Februar 2007, § 8 Rn. 13.
- 12 *Gröller* (o. Fn. 11), § 8 Rn. 16.

b) § 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG ist eine Straße einzuziehen, wenn das öffentliche Interesse an ihrer Einziehung gegenüber entgegenstehenden privaten Interessen überwiegt. Vorliegend spricht das kommunale Interesse an der Veräußerung der Straße für ihre Einziehung. Zwar bestimmt § 6 Abs. 6 StrWG¹³, dass privatrechtliche Verfügungen die Widmung unberührt lassen. Jedoch ist nicht davon auszugehen, dass K das Grundstück bei fehlender Zusicherung der Einziehung gekauft hätte. Zumindest dürfte es dann zu einer Kaufpreisminderung gekommen sein. Fraglich ist aber, ob dieses rein fiskalische Interesse als solches des öffentlichen Wohls eingeordnet werden kann. Dafür könnten Gesichtspunkte allgemeiner Haushaltsentlastung sprechen. Solche sind aber allein nicht ausreichend.¹⁴ Auch sonst würde es das Privatinteresse des G am Fortbestand der straßenrechtlichen Widmung nicht überwiegen. Das gilt auch dann, wenn zusätzlich das private Interesse des K am lastenfreien Erwerb des bislang der Straße dienenden Grundstücks in die Abwägung eingestellt wird. Für G hängt seine Existenz als Gastwirt von dem Vorhandensein der W-Straße ab. Infolge des faktischen Vollzugs der Einziehung hat er einen monatlichen Verlust von 5.000 € erlitten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht ihm mangels objektiv berufsregelnder Tendenz¹⁵ der Einziehung zwar nicht die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG zur Seite. Jedoch wird allemal in seine Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG eingegriffen.¹⁶ Das monetäre Interesse der Stadt wird zudem durch die von G zu entrichtenden Steuern gemindert. Auch die Einziehungsvoraussetzung des § 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG ist deshalb nicht erfüllt. Die Einziehungsverfügung ist mithin nicht nur formell, sondern auch materiell rechtswidrig.

II. Wirksamkeit des Vertrags

Der Vertrag zwischen S und K ist wirksam, wenn er ordnungsgemäß zustande gekommen und nicht nichtig oder sonst unwirksam ist.

1. Vorliegen eines Verwaltungsvertrags

Dies beurteilt sich nach den Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag in §§ 121 ff. LVwG (= §§ 54 ff. VwVfG), wenn er als Verwaltungsvertrag¹⁷ i. S. d. § 121 Satz 1 LVwG (= § 54 Satz 1 VwVfG) zu qualifizieren ist. Ein Verwaltungsvertrag ist danach dann anzunehmen, wenn durch Vertrag ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben wird. Die Einziehung der W-Straße ist öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Die Einziehung bestimmt sich nach § 8 Abs. 1 StrWG. Diese Norm ist nach der modifizierten Subjektstheorie¹⁸ dem öffentlichen Recht zuzurechnen, weil sie einen Träger hoheitlicher Gewalt zumindest einseitig berechtigt. Die Kaufabrede ist hingegen dem Zivilrecht zuzurechnen. Es liegt also ein Mischvertrag vor.

Die Einordnung solcher gemischter Verträge ist umstritten. Zuweilen werden sie in einen zivilrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil zerlegt.¹⁹ Danach wäre nur die Einziehungsabrede am Maßstab der §§ 121 ff. LVwG zu messen, die Kaufabrede demgegenüber am Maßstab des Zivilrechts. Das ist abzulehnen. Kauf- und Einziehungsabrede sind Teil eines einheitlichen Vertragswerks. Die Einziehung ist – neben der Übereignung des Grundstücks – Gegenleistung für die Kaufpreiszahlung. Zudem würde die Differenzierung zwischen den einzelnen Vertragsabreden zu einer Rechtswegzersplitterung führen. Für den öffentlich-rechtlichen Teil wäre der Verwaltungsrechtsweg gegeben, Ansprüche aus dem zivilrechtlichen Part wären hingegen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.²⁰ Entsprechend ist die Rechtsnatur eines Vertrags einheitlich zu bestimmen.²¹

Weite Teile der Rechtsprechung folgen dabei der Schwerpunkttheorie. Danach ist maßgeblich für die Zuordnung eines Vertrags entweder zum öffentlichen Recht oder zum Zivilrecht, welcher Vertragsbestandteil dem Rechtsverhältnis sein Gepräge gibt.²² Für eine schwerpunktmäßige Zuordnung zum Zivilrecht spricht vorliegend, dass es sich bei der Einziehung „nur“ um eine weitere Gegenleistung handelt. Vertragscharakteristisch beispielsweise i. S. d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB wäre demgemäß die zivilrechtlich zu qualifizierende Grundstückskaufabrede. Allerdings wird der Schwerpunkt des Vertrags immer dann im öffentlichen Recht zu sehen sein, wenn die öffentlich-rechtliche Komponente für die Vertragspartner wesentliches Gewicht hat.²³ Das ist hier der Fall. Ohne die Verpflichtung zur Einziehung wäre der Vertrag wohl nicht geschlossen worden. Mit der Schwerpunkttheorie ist also von einem einheitlich öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen. Zum selben Ergebnis kommt man mit der h. L., wonach das Vorhandensein schon einer öffentlich-rechtlichen Komponente, hier der Einziehungsabrede, den gesamten Vertrag dem öffentlich-rechtlichen Regime unterwirft.²⁴ Die §§ 121 ff. LVwG finden also Anwendung.

2. Unwirksamkeit nach § 125 Abs. 1 LVwG

Von der Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen und ordnungsgemäßer Vertretung der Stadt ist auszugehen. Zweifel an dem wirksamen Zustandekommen des Vertrags ergeben sich jedoch zunächst aus § 125 Abs. 1 LVwG (= § 58 Abs. 1 VwVfG). Danach wird ein Vertrag, der in Rechte Dritter eingreift, erst wirksam mit der schriftlichen Zustimmung des Dritten. Bis dahin ist er schwebend unwirksam nach §§ 129 Satz 2 LVwG (= § 62 Satz 2 VwVfG), 184 BGB. Eine schriftliche Zustimmung des G zum Vertragsschluss liegt nicht vor. Der Vertrag ist deshalb schwebend unwirksam, wenn die Zustimmung des G erforderlich gewesen ist. Ein Zustimmungserfordernis ist dann anzunehmen, wenn der Dritte ein subjektives öffentliches Recht hat, das durch den Vertrag in rechtlich relevanter Weise beeinträchtigt wird.²⁵ Dabei bedarf es keiner Differenzierung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.²⁶ Der Vollzug des vorliegenden Vertrags würde in die Eigentumsfreiheit des G eingreifen. Zumindest wegen des Nicht-Vorliegens der straßenrechtlichen Einziehungsvoraussetzungen wäre der Eingriff in Ermangelung einer Ermächtigungsgrundlage nicht gerechtfertigt. G hätte also ein subjektives öffentliches Recht auf sein Unterbleiben. Seine Zustim-

13 Entspricht §§ 4 Abs. 4 StrG HE, 6 Abs. 4 StrG NI, 6 Abs. 6 StrWG NW, 7 Abs. 6 StrWG MV, 36 Abs. 6 LStrG RP.

14 Vgl. BVerwG, NVwZ 1986, 754 (755); OVG Weimar, Urt. v. 24.9.2007, 4 N 70/03 (juris); Schmidt-Aßmann, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 115.

15 Dazu Tettinger, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 73 ff.

16 Vgl. Gröller (o. Fn. 11), § 8 Rn. 22 f.

17 Die Begriffe des öffentlich-rechtlichen Vertrags im verwaltungsverfahrenrechtlichen Sinne und des Verwaltungsvertrags sind synonym. Jedoch ist die Bezeichnung als Verwaltungsvertrag präziser. Öffentlich-rechtliche Verträge sind dem Wortsinn nach insbesondere auch völkerrechtliche Verträge, sonstige Staatsverträge und Konkordate. Sie werden aber gerade nicht von den §§ 121 ff. LVwG erfasst (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 14 Rn. 7).

18 Dazu Maurer (o. Fn. 17), § 3 Rn. 17 f.; Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 29 ff.

19 Vgl. OLG Schleswig, NJW 2004, 1052 (1053) m. N.

20 Vgl. Vahle, VR 1988, 401.

21 Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 444 f.

22 BGHZ 76, 16 (20 f.); OLG Schleswig, NJW 2004, 1052 (1053).

23 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 54 Rn. 31.

24 Z. B. Maurer (o. Fn. 17), § 14 Rn. 11.

25 Kopp/Ramsauer (o. Fn. 23), § 58 Rn. 5.

26 So die h. L., z. B. Albert, in: Foerster/Friederssen/Rohde (Hrsg.), LVwG, 1968 ff., Stand: Februar 2008, § 125 Erl. 2.

mung wäre daher erforderlich. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den straßenrechtlichen Besonderheiten. Zwar sieht § 8 Abs. 3 Satz 1 StrWG kein Zustimmungserfordernis der Betroffenen vor, sondern verlangt lediglich eine Auslegung mit Einwendungsmöglichkeit. Hieraus folgt allerdings nicht, dass eine Zustimmung auch im Vorfeld des Vertragsschlusses nicht erforderlich ist. Der Vertrag entfaltet erhöhte Bindungswirkung. Mit § 126 Abs. 1 bis 3²⁷ LVwG (= § 59 Abs. 1 und 2 VwVfG) hat der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen Vertragstreue und Gesetzesvorbehalt geschaffen.²⁸ Auch ein rechtswidriger Vertrag ist i. d. R. wirksam. Er kommt deshalb insbesondere als Rechtsgrundlage für den Erlass eines ansonsten rechtswidrigen Verwaltungsakts in Betracht. Anders als bei einem Verwaltungsakt, der nicht auf einen Vertrag rückführbar ist, hat der betroffene Dritte also regelmäßig nicht nachträglich die Möglichkeit, diesen durch einen Rechtsbehelf zu beseitigen. Das erfordert immer dort ein Korrektiv, wo Rechte Dritter betroffen sind.²⁹ Dem wird durch das Zustimmungserfordernis in § 125 Abs. 1 LVwG Rechnung getragen. Auf die Zustimmung kann also auch nicht wegen der Verfahrensgestaltung im Straßenrecht verzichtet werden. Schwebende Unwirksamkeit nach § 125 Abs. 1 LVwG ist folglich gegeben.

3. Nichtigkeit nach § 126 Abs. 2 Nr. 1 LVwG

In Betracht kommt ferner Nichtigkeit nach § 126 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 LVwG (= § 59 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 VwVfG).

a) Subordinationsrechtlicher Vertrag

Dafür muss der Verwaltungsvertrag als solcher i. S. d. § 121 Satz 2 LVwG (= § 54 Satz 2 VwVfG) einzuordnen sein; es muss sich um einen subordinationsrechtlichen Vertrag handeln.³⁰ Das ist dann der Fall, wenn die Behörde anstatt des Vertragsschlusses auch einen Verwaltungsakt in der konkreten Rechtsbeziehung an ihren Vertragspartner richten kann. Bei der Einziehung handelt es sich um eine sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 106 Abs. 2 LVwG (= § 35 Satz 2 VwVfG) und damit um einen Verwaltungsakt.³¹ Auch hier ist unschädlich, dass der Vertrag nicht unmittelbar an ihre Stelle tritt, sondern sich auf die Verpflichtung zur Einziehung beschränkt; auch Verfügungsverträge sind als subordinationsrechtlich einzuordnen, wenn sie auf Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet sind. Fraglich ist jedoch, ob auch das Merkmal des Erlasses gegenüber dem Vertragspartner gegeben ist. Zweifel daran ergeben sich zunächst, weil sachbezogene Allgemeinverfügungen den rechtlichen Status von Sachen betreffen, aber keinen unmittelbaren Adressaten haben.³² Jedoch sind sie Anknüpfungspunkt für Rechte und Pflichten. Sie wenden sich so zumindest mittelbar an Personen.³³ Weiter zeichnet sich eine Allgemeinverfügung gerade dadurch aus, dass sie sich (mittelbar oder unmittelbar) an einen – bestimmten oder zumindest bestimmbar – Personenkreis richtet.³⁴ Die Behörde hätte also keinen Verwaltungsakt exklusiv gegenüber K erlassen können. Das ist aber auch nicht erforderlich. § 126 Abs. 2 LVwG bezweckt eine Annäherung an die Rechtsfolgen rechtswidriger Verwaltungsakte. Dadurch soll eine „Flucht ins Vertragsrecht“ verhindert werden.³⁵ Es ist daher nur entscheidend, dass überhaupt eine einseitige Regelung in Betracht kommt, von der zumindest auch der Vertragspartner betroffen ist. Das ist hier der Fall. K ist als angehender Grundstückseigentümer zumindest absehbar vom Fortbestehen oder Nicht-Fortbestehen der Widmung betroffen. Ein subordinationsrechtlicher Vertrag liegt also vor.

b) § 126 Abs. 2 Nr. 1 LVwG

Nichtigkeit nach § 126 Abs. 2 Nr. 1 LVwG ist anzunehmen, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Abzu-

stellen ist dafür beim Verpflichtungsvertrag wiederum auf die zu erlassende Maßnahme. Fraglich ist also, ob die Einziehung der W-Straße, ein Verwaltungsakt, nichtig wäre. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten bestimmt sich nach § 113 LVwG (= § 44 VwVfG). In Betracht kommt hier der Nichtigkeitsgrund des § 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG (= § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG). Danach ist ein Verwaltungsakt immer dann nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt. Ein Sittenverstoß kann sich daraus ergeben, dass die Einziehung der Straße dem G die Möglichkeit zum Betrieb seiner Gaststätte nimmt. In subjektiver Hinsicht ist zunächst erforderlich, dass S diesen Umstand kannte oder kennen musste.³⁶ Letzteres ist der Fall. Die Unkenntnis der S von der Lage des G beruht auf grober Fahrlässigkeit. Weiter muss die Einziehung auch objektiv sittenwidrig sein. Der Begriff der guten Sitten in § 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG ist identisch mit dem in § 138 Abs. 1 BGB.³⁷ Er ist erfüllt bei Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.³⁸ Bei Ausfüllung dieser Generalklausel sind insbesondere auch die Wertungen des GG zu berücksichtigen.³⁹ Durch den Wegfall der Möglichkeit zum Weiterbetrieb der Gaststätte wird G seiner Existenz beraubt. Das stellt einen schweren Eingriff in seine Eigentumsfreiheit dar. Dieser ist unverhältnismäßig und (auch) deshalb nicht gerechtfertigt. Auf Seiten der Stadt stehen nur – soweit ersichtlich nicht einmal zwingende – rein fiskalische Interessen. Ein mögliches Notwegrecht nach § 917 BGB hat außer Betracht zu bleiben. Einerseits ist das Notwegrecht regelmäßig ein Weniger im Verhältnis zur öffentlichen Straße. Es gewährleistet nur die ordnungsgemäße Nutzung des betroffenen Grundstücks,⁴⁰ nicht aber eine darüber hinausgehende.⁴¹ Andererseits ist sein Bestehen subsidiär zum Vorhandensein einer öffentlichen Straße, nicht umgekehrt. Das kommt darin zum Ausdruck, dass nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB Voraussetzung des Bestehens eines Notwegrechts zunächst das Fehlen einer Verbindung mit einem öffentlichen Weg ist. Zudem besteht das Recht nur „bis zur Hebung des Mangels“. Ein Sittenverstoß ist deshalb zu bejahen. Ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt wäre also nichtig, weshalb auch Nichtigkeit des zu seinem Erlass verpflichtenden Verwaltungsvertrags anzunehmen ist.

c) § 126 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 LVwG

Nichtigkeit nach den anderen Voraussetzungen des § 126 Abs. 2 LVwG ist dagegen nicht anzunehmen. So ist nicht ersichtlich, dass die Rechtswidrigkeit der Einziehungsverpflichtung den Vertragsschließenden bekannt war (Nr. 2). Auch liegt kein unzulässiger Vergleichsvertrag vor (Nr. 3), noch lässt sich die Stadt eine unzulässige Gegenleistung versprechen (Nr. 4). Zwar normiert § 123 Abs. 1 Satz

27 § 126 Abs. 3 LVwG hat keine Entsprechung im VwVfG.

28 Albert (o. Fn. 26), § 126 Erl. 1.

29 Vgl. Maurer (o. Fn. 17), § 14 Rn. 30.

30 Kritisch zu dieser Terminologie Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 381 ff.

31 Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998, S. 56; Zörner, NZV 2002, 261 (262); ausdrücklich § 7 Abs. 1 Satz 1 StrWG NW.

32 Vgl. Weidemann, VR 2005, 217 (218).

33 Maurer (o. Fn. 17), § 9 Rn. 33.

34 Vgl. Ruffert, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 20 Rn. 35 ff.

35 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 54 Rn. 14.

36 Kopp/Ramsauer (o. Fn. 23), § 44 Rn. 49.

37 VG Berlin, NVwZ 1988, 757 (757); Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fn. 35), § 44 Rn. 147; kritisch dazu aber Knieß, in: Foerster/Friederssen/Rohde (o. Fn. 26), § 113 Erl. 3 (Nr. 6).

38 St. Rspr. seit RGZ 48, 114 (124); Brox/Walker, BGB AT, 31. Aufl. 2007, Rn. 329.

39 Vgl. BVerfG, NJW 1994, 36 (38); 1990, 1469 (1470).

40 RGZ 79, 116 (119); Bassenge, in: Palandt (Hrsg.), BGB, 67. Aufl. 2008, § 917 Rn. 4.

41 Vgl. speziell für eine Gaststätte BGH, MDR 1958, 592.

2 LVwG (= § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) u. a., dass Leistung und Gegenleistung in einem sachlichen Zusammenhang stehen müssen, wovon bei einer finanziellen Gegenleistung nur für die Einziehung regelmäßig nicht auszugehen wäre. Hier dient die Geldzahlung jedoch dem Grundstückskauf.

4. Nichtigkeit nach § 126 Abs. 1 LVwG

Schließlich kann die Nichtigkeit des Vertrags noch aus § 126 Abs. 1 LVwG (= § 59 Abs. 1 VwVfG) folgen. Danach ist Nichtigkeit auch dann anzunehmen, wenn sie sich aus entsprechender Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt. Zumindest aus formellen Gründen wird Nichtigkeit nach BGB-Vorschriften aber nicht anzunehmen sein. Insbesondere genügt der Vertrag der notariellen Form nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. In materieller Hinsicht ist jedoch an §§ 134 und 138 Abs. 1 BGB zu denken.

a) § 134 BGB

Nach § 134 BGB ist ein Vertrag nichtig, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Wegen der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz ist vom Vorliegen eines Verbots hinsichtlich des Erlasses eines Verwaltungsakts immer dann auszugehen, wenn insoweit keine Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist.⁴² Das ist hier der Fall; die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 StrWG sind nicht erfüllt. An sich wäre also schon deshalb Nichtigkeit auch nach § 134 BGB anzunehmen. Jedoch würde dann jede einfache Rechtswidrigkeit für die Annahme von Nichtigkeit ausreichen. Dadurch würde § 126 Abs. 2 und 3 LVwG sinnentleert. Es soll also – entgegen der früheren Rechtsprechung⁴³ – nicht jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit führen. Für Nichtigkeit nach §§ 126 Abs. 1 LVwG, 134 BGB wird deshalb qualifizierte Rechtswidrigkeit gefordert.⁴⁴ Diese liegt insbesondere⁴⁵ vor, wenn die Vertragsschließenden sich – bewusst oder unbewusst – über präzise gesetzliche Vorgaben hinwegsetzen oder ein Handlungsformverbot missachtet wird.⁴⁶ Die Einziehungsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 StrWG sind ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe⁴⁷ und damit nicht hinreichend präzise für die Annahme eines qualifizierten Gesetzesverstößes. Es kann aber ein Handlungsformverbot eingreifen. Ein Handlungsformverbot kann sich ausdrücklich oder implizit aus dem Gesetz ergeben. Ein ausdrückliches Handlungsformverbot ist nicht ersichtlich. Insbesondere besteht keine Festlegung nur auf die Handlungsform der Allgemeinverfügung.⁴⁸ Implizit bestehen Handlungsformverbote gerade in besonders gleichheitssensiblen Bereichen, beispielsweise im Steuer- oder Prüfungsrecht. Dazu zählt das Straßenrecht aber nicht. Es erscheint nicht von vornherein falsch, dem Einzelnen im Wege des Vertrags eine über das Normalmaß hinausgehende Mitwirkung bei der Sachentscheidung zuzubilligen.

Ein implizites Handlungsformverbot kann sich aber speziell für die Einziehung aus den für sie geltenden besonderen Verfahrensanforderungen ergeben.⁴⁹ So hat die Auslegung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 StrWG den Sinn, den Betroffenen Gehör zu verschaffen. Ihre Einwendungen sind bei der Sachentscheidung zu berücksichtigen.⁵⁰ Eine ähnliche Konstellation findet sich im Baurecht. Dort ist bei Erlass eines Bauleitplans das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB zu beachten. Insoweit besteht ein Handlungsformverbot, wenn die Gemeinde sich durch den Vertragsschluss ihrer Planungshoheit entäußern würde. Das ergibt sich nunmehr ausdrücklich aus § 1 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz BauGB, war zuvor aber auch schon anerkannt.⁵¹ Dadurch wird die Vornahme der gebotenen Abwägung sichergestellt.⁵² In dem Schutz der Abwägung könnte ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke zu sehen sein. Es könnte auch für die Einziehung ein Handlungsformverbot dann anzunehmen sein,

wenn die auf Ermessensseite (§ 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG) oder im Tatbestand (§ 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG) gebotene Berücksichtigung von Individualinteressen vernachlässigt zu werden droht. Allerdings scheint das Schutzbedürfnis bei Einziehungsverfügungen, die als Verwaltungsakt erlassen werden, wegen der Rechtsqualität der Maßnahme geringer als bei Bebauungsplänen, die gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung erlassen werden; es liegt kein Normsetzungsvertrag vor.⁵³ Für § 8 Abs. 1 Satz 1 StrWG gilt zudem, dass nicht jede Ermessensentscheidung Schutz durch ein Handlungsformverbot erfordert. Ansonsten wäre die Differenzierung zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen in § 123 Abs. 2 LVwG (= § 56 Abs. 2 VwVfG) obsolet. Auch bei § 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG stellt sich die Frage nach den Schutzinteressen anders dar als im Bauplanungsrecht. Der Schutz der bauplanungsrechtlichen Abwägung begründet sich vor allem aus deren fehlender gerichtlicher Substituierbarkeit.⁵⁴ Bei dem öffentlichen Wohl und den privaten Interessen handelt es sich aber um unbestimmte Rechtsbegriffe. Sie unterliegen wegen Art. 19 Abs. 4 GG vollumfänglich gerichtlicher Kontrolle.⁵⁵ Vom Eingreifen eines Handlungsformverbots ist damit nicht auszugehen;⁵⁶ Nichtigkeit nach § 134 BGB ist zu verneinen.

b) § 138 Abs. 1 BGB

Hingegen ist Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu bejahen. Wegen der identischen Voraussetzungen von §§ 126 Abs. 2 Nr. 1, 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG und § 138 BGB kann insoweit auf die Ausführungen zur Nichtigkeit der Einziehungsverfügung verwiesen werden. Zwar ist für die Nichtigkeit eines Vertrags regelmäßig ein subjektives Element der Sittenwidrigkeit auch beim Vertragspartner zu fordern.⁵⁷ Das ist bei K allerdings gegeben. Es ist anzunehmen, dass er das Grundstück vor Abschluss des Kaufvertrags in Augenschein genommen hat. Dabei hätte er auf die Lage des G aufmerksam werden müssen. Auch seine Unkenntnis beruht also auf grober Fahrlässigkeit.

5. Umfang der Nichtigkeit

Nichtigkeit ist hinsichtlich der Einziehung gegeben nach §§ 126 Abs. 2 Nr. 1, 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG und §§ 126 Abs. 1 LVwG, 138 BGB, schwebende Unwirksamkeit nach § 125 Abs. 1 LVwG. Frag-

42 Vgl. Maurer (o. Fn. 17), § 14 Rn. 41.

43 Beispielsweise BVerwGE 49, 359 (361 f.); 4, 111 (114 f.).

44 So die h. M., z. B. BVerwGE 98, 58 (63); 89, 7 (10); Gurlit, in: Erichsen/Ehlers (o. Fn. 34), § 31 Rn. 21. Nach a. A. soll § 134 BGB gänzlich unangewendet bleiben. So Bleckmann, NVwZ 1990, 601 (602).

45 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen Maurer (o. Fn. 17), § 14 Rn. 42.

46 Vgl. OVG Münster, NVwZ 1984, 522 (524).

47 Gröller (o. Fn. 11), § 8 Rn. 18.

48 Anders möglicherweise die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen (vgl. o. Fn. 31). In diese Richtung gehend wohl Hengst/Majcherek, StrWG NW, 1998 ff., Stand: Dezember 2006, § 7 Erl. 1, wenn dort ausgeführt wird, dass der Einzelne keinen Anspruch auf Einziehung hat.

49 Vgl. Gurlit (o. Fn. 44), § 31 Rn. 24.

50 Gröller (o. Fn. 11), § 8 Rn. 42.

51 Vgl. Krebs, VerwArch. 72 (1981), 49.

52 Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 1 Rn. 31.

53 Vgl. Bonk (o. Fn. 35), § 54 Rn. 141; allgemein zu einem Anspruch auf Rechtsetzung Sodan, NVwZ 2000, 601.

54 Krautzberger (o. Fn. 52), § 1 Rn. 31.

55 Vgl. BVerfGE 84, 34 (49 f.); BVerwG, NVwZ 1991, 568 (569).

56 Entsprechend muss auch nicht auf Unwirksamkeit nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 LVwG eingegangen werden. Zweifelhaft ist ohnehin, ob diese Norm mit Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar ist, weil nach § 126 Abs. 3 Satz 2 LVwG die Unwirksamkeit nur von einer der Parteien und nur innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss geltend gemacht werden kann. Damit wird ein bestehendes gesetzliches Verbot zur Disposition der Vertragsparteien gestellt.

57 Heinrichs, in: Palandt (o. Fn. 40), § 138 Rn. 8.

lich ist, ob das zur Nichtigkeit bzw. schwebenden Unwirksamkeit⁵⁸ des gesamten Vertrags führt. Davon ist gemäß § 126 Abs. 4 LVwG (vergleichbar § 59 Abs. 3 VwVfG) dann auszugehen, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne seinen nichtigen oder unwirksamen Teil geschlossen worden wäre. Es ist anzunehmen, dass K das Grundstück nur frei von öffentlichen Lasten erwerben wollte. Es ist folglich von der Nichtigkeit und schwebenden Unwirksamkeit des gesamten Vertrags auszugehen.

III. Amtshaftungsanspruch

Möglicherweise hat G einen auf Ersatz seines monatlichen Schadens gerichteten Amtshaftungsanspruch gegen S aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG.

1. Tatbestand

Dafür muss der Tatbestand des Amtshaftungsanspruchs erfüllt sein.

a) Haftungsrechtlicher Beamter

Das setzt zunächst eine Handlung eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne voraus. Als Handlung kann einerseits auf den Erlass der Einziehungsverfügung, andererseits auf ihren Vollzug⁵⁹ abgestellt werden. Der Vollzug dürfte durch Aufstellung der Zeichen 250 (Verbot für Fahrzeuge aller Art) und 259 (Verbot für Fußgänger) StVO erfolgt sein. Einziehung und Vollzug erfolgten durch den Oberbürgermeister der Stadt S als zuständige Behörde. In Ermangelung gegenteiliger Angaben ist als Handelnder auf den Oberbürgermeister als monokratischer Behördenleiter abzustellen.⁶⁰ Fraglich ist also, ob dieser haftungsrechtlicher Beamter ist. Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff ist weiter als der statusrechtliche.⁶¹ Zumindest jeder statusrechtliche Beamte ist deshalb auch haftungsrechtlicher Beamter. Der Oberbürgermeister ist gemäß §§ 61 Abs. 1, 57c Abs. 1 GO⁶² statusrechtlicher Beamter. Eine Handlung eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne ist also gegeben. Davon ist auch dann auszugehen, wenn der handelnde Beamte hier nicht individualisierbar sein sollte, weil zumindest eine Handlung einer Behörde gegeben ist.⁶³

b) Ausübung eines öffentlichen Amtes

Weiter muss die Einziehung bzw. ihr Vollzug in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgt sein. Eine Maßnahme erfolgt zumindest dann in Ausübung eines öffentlichen Amtes, wenn sie sich nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften bestimmt.⁶⁴ Das trifft auf die Einziehungsverfügung zu. Gleiches gilt für deren Vollzug. Die Aufstellung von Straßenschildern ist ebenfalls eine Allgemeinverfügung.⁶⁵ Sie liegt damit nach § 106 Abs. 1 LVwG (= § 35 Satz 1 VwVfG) notwendig „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“. Einziehung und Vollzug geschahen also in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

c) Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht

Die Einziehung bzw. ihr Vollzug müssen eine drittbezogene Amtspflicht verletzen. Die Einziehungsverfügung kann nicht auf § 8 Abs. 1 StrWG gestützt werden und ist deshalb rechtswidrig. Sie ist sogar nach § 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG nichtig. Ihr Vollzug ist – obwohl an sich indes Bestandskraft eingetreten wäre – ebenfalls rechtswidrig. Wegen der Nichtigkeit der Einziehungsverfügung fehlt der erforderliche (vollziehbare) Grundverwaltungsakt. Wegen des Vorbehalts des Straßenrechts⁶⁶ kommt eine – losgelöst zu betrachtende – straßenverkehrsrechtliche Ermächtigung nicht in Betracht. Verfügung

und Vollzug verletzen deshalb zumindest die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln, die sich aus der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG ableiten lässt.⁶⁷ Fraglich ist aber, ob diese Amtspflicht auch drittbezogen ist. Davon ist auch hier bei Vorliegen eines subjektiven öffentlich Abwehrrechts auszugehen. Für G folgt dieses in personeller und sachlicher Hinsicht verfassungsrechtlich aus Art. 14 Abs. 1 GG. Auf einfachgesetzlicher Ebene ergibt sich der Drittbezug aus der gebotenen Abwägung öffentlicher und privater Interessen in § 8 Abs. 1 Satz 2 StrWG. Die Verletzung einer in Bezug auf G drittbezogenen Amtspflicht ist somit zu bejahen.

d) Verschulden

Zudem muss die Amtspflichtverletzung auch schuldhaft sein. Das ist dann der Fall, wenn dem Oberbürgermeister diesbezüglich Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fallen. Vorsatz ist das Wissen und Wollen hinsichtlich der Verwirklichung eines Tatbestands,⁶⁸ Fahrlässigkeit gemäß § 276 Abs. 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Vorsatz wird zu verneinen sein. Es ist nicht ersichtlich, dass der Oberbürgermeister von der Amtspflichtwidrigkeit seines Handelns ausging. (Grobe) Fahrlässigkeit ist ihm hingegen schon vorzuwerfen. So ist die Einziehungsverfügung nichtig wegen Sittenwidrigkeit. Sie verstößt also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Das hätte dem Oberbürgermeister bei hinreichender, grob fahrlässig aber unterlassener Sachverhaltsaufklärung auffallen müssen. Entsprechend hätte er auch erkennen müssen, die Einziehungsverfügung nicht erlassen oder vollziehen zu dürfen. Die Amtspflichtverletzung ist damit auch schuldhaft.

e) Adäquat kausale Schadenszufügung

Sie ist auch adäquat kausal⁶⁹ für den bei G monatlich entstehenden Schaden von 5.000 €. So wäre dieser ohne die amtspflichtwidrige Einziehungsverfügung bzw. ihren Vollzug nicht entstanden; Umstände, die ausnahmsweise die Zurechnung entfallen lassen, sind nicht ersichtlich. Der Schadenseintritt war damit nach allgemeiner Lebenserfahrung hinreichend wahrscheinlich.

f) Nichtvorliegen eines Haftungsausschlussgrundes

Schließlich darf kein Haftungsausschlussgrund vorliegen. Der Haftungsausschlussgrund nach § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB scheidet in Ermangelung eines Richterspruchs aus. Gleiches gilt für § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil G nicht ersichtlich von anderer Stelle seinen Schaden ersetzt verlangen kann. Somit kommt einzig der Haftungsausschluss-

58 Zur entsprechenden Anwendbarkeit von § 126 Abs. 4 LVwG auf die Fälle des § 125 Abs. 1 LVwG vgl. *Bonk* (o. Fn. 35), § 58 Rn. 23.

59 Zwar bedarf die Einziehung regelmäßig keines Vollzugs; sie wirkt unmittelbar auf die öffentlich-rechtliche Eigenschaft der Straße ein. Jedoch kann ein äußerlich erkennbarer Umsetzungsakt ratsam sein, um die Entstehung einer tatsächlichen öffentlichen Straße zu verhindern und eine Haftung zu vermeiden.

60 Für Hessen vgl. o. Fn. 4.

61 *Vahle*, DVP 2004, 221 (222).

62 Ebenso §§ 61 Abs. 4 Satz 2 GO NI, 62 Abs. 1 Satz 1 GO NW, 37 Abs. 4 Satz 2 KV MV, 57 Abs. 1 Satz 1 GemORP.

63 Vgl. BGH, WM 1960, 1304 (1305).

64 *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 113.

65 Vgl. *Maurer* (o. Fn. 17), § 9 Rn. 36 ff.

66 Zum Vorbehalt des Straßenrechts und zum Vorrang des Straßenverkehrsrechts vgl. *Weidemann*, DVP 2006, 97 (98).

67 Vgl. *Wienhues* (o. Fn. 64), Rn. 116.

68 *Heinrichs* (o. Fn. 57), § 276 Rn. 10.

69 Zu diesem Erfordernis BGH, NJW 1998, 138 (140); *Müller*, DVP 2005, 52 (53).

grund nach § 839 Abs. 3 BGB in Frage. Danach bestünde der Amtshaftungsanspruch dann nicht, wenn G vorsätzlich oder fahrlässig die Schadensabwendung durch Ergreifen eines Rechtsmittels unterlassen hätte. Der Begriff des Rechtsmittels ist weit zu verstehen.⁷⁰

Erfasst wird insbesondere auch der Widerspruch nach §§ 119 Abs. 1 LVwG (= § 79 VwVfG), 68 ff. VwGO. Widerspruch wurde von G nicht eingelegt. Jedoch ist zu beachten, dass die Einziehungsverfügung nach § 113 Abs. 2 Nr. 6 LVwG nichtig ist. Es handelt sich bei ihr also um einen Nichtakt, der keine Wirksamkeit entfaltet. Zwar könnte gleichwohl Widerspruch eingelegt werden.⁷¹ Auch kämen ein auf Nichtigkeitsfeststellung gerichteter behördlicher Antrag nach § 113 Abs. 5, 2. Halbsatz LVwG (= § 44 Abs. 5, 2. Halbsatz VwVfG) oder eine verwaltungsgerichtliche Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 VwGO in Betracht. Diese Rechtsbehelfe wirken jedoch nur deklaratorisch. Gegen einen nichtigen Verwaltungsakt findet in der Sache kein Rechtsbehelf statt. Zudem bewirkt § 113 Abs. 2 LVwG, dass bei Verwaltungsakten, die an einem der dort bezeichneten schwerwiegenden Fehler leiden, kein Rechtsschutz gesucht werden muss. Es gleichwohl zu fordern, würde dieser Wertung nicht gerecht. Entsprechend kann G nicht auf Widerspruch oder Anfechtungsklage verwiesen werden. Gleiches gilt wegen der Akzessorietät von Hauptsache und Eilverfahren⁷² auch für möglichen Eilrechtsschutz⁷³. Entsprechend ist auch Rechtsschutz wegen der Vollstreckungshandlung nicht zu verlangen. Dafür spricht § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO. Soweit der Vollziehungshandlung eigenständige Verwaltungsaktsqualität zukommt, ist sie zudem ohnehin nichtig, weil sie an denselben Fehlern leidet wie der Grundverwaltungsakt.

Möglicherweise hätte G aber von der Möglichkeit des § 8 Abs. 3 Satz 1 StrWG Gebrauch machen und Einwendungen gegen die Ein-

ziehung erheben müssen. Dafür spricht der Charakter der Einwendungsfrist als Ausschlussfrist nach § 8 Abs. 4 StrWG. Jedoch werden durch sie lediglich die von der zuständigen Stelle in ihre Entscheidung einzustellenden Belange begrenzt. Eine Beschränkung der Nachprüfbarkeit wird durch sie nicht bewirkt. Eine Mitwirkungspflicht im Vorfeld würde zudem die Handlungsobliegenheiten des Betroffenen überproportional erweitern. Auch der Haftungsausschlussgrund des § 839 Abs. 3 BGB greift also nicht ein. Die – positiven und negativen – Tatbestandsvoraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs sind damit erfüllt.

2. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite steht ein Anspruch gegen den Verwaltungsträger, für den der jeweilige Beamte im haftungsrechtlichen Sinne tätig wurde. Das ist die Stadt S. Diese hat G daher seinen Schaden zu ersetzen. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB bildet zwar die Naturalrestitution den Regelfall des Schadensersatzes. Sie ist im Amtshaftungsrecht aber historisch bedingt ausgeschlossen.⁷⁴ G hat deshalb nach § 251 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen S in Geld. Da ihm kein Mitverschulden nach § 254 BGB vorzuwerfen ist, ist dieser auf den vollen erlittenen Schaden von monatlich 5.000 € gerichtet.

⁷⁰ Wienhues (o. Fn. 64), Rn. 191.

⁷¹ BVerwGE 18, 154 (155); Kopp/Ramsauer (o. Fn. 23), § 43 Rn. 48.

⁷² Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 158.

⁷³ Zu diesem als Rechtsmittel i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB, Vahle, DVP 2006, 221 (226).

⁷⁴ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 110.

RECHTSPRECHUNG

Verteilung von „Antistrafzetteln“

(BVerfG, Beschl. v. 20. 2. 2007 — 1 BvR 2633/03)

1. Zu dem Recht auf freie Meinungsäußerung gehört gerade auch die Freiheit, die Äußerung in eine möglichst effektive Form zu kleiden; hierzu kann auch die Verteilung von sog. Antistrafzetteln gehören, mit denen Autofahrern konkrete Handlungsanweisungen für die Einlegung von Rechtsmitteln in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren erteilt werden.

2. Zu den Schranken der Meinungsfreiheit gehört auch das Rechtsberatungsgesetz (RBerG).

3. Wird durch das Verbot einer Beratungstätigkeit zugleich eine über den Zweck der Beratung hinausgehende Meinungsäußerung unterdrückt, die mit der Beratung untrennbar verbunden ist und der die Beratung als Protestmittel dient, muss bei der erforderlichen Zuordnung der widerstreitenden Belange auch der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung getragen werden.

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist eine Verurteilung zur Zahlung einer Geldbuße wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsbe-

ratungsgesetz (RBerG). In der Gemeinde G. ist ein größeres Gebiet straßenverkehrsrechtlich als Parkscheibenzone gekennzeichnet. Nach den Feststellungen des im Ausgangsverfahren erkennenden AG stehen die dazu aufgestellten Verkehrszeichen so hinter einem Zebrastrifen, dass sie von kaum einem Kraftfahrer, der die Situation nicht kennt, wahrgenommen werden. Das auch für die Ahndung von Verkehrsordnungswidrigkeiten in G. zuständige AG stellt Verfahren wegen eines Verstoßes gegen die Parkscheibenpflicht daher regelmäßig ein, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Schilder übersehen wurden. Der Beschwerdeführer (Bf.) führt eine Kampagne gegen die Beschilderung der Parkscheibenzone. Er hat sich dazu an verschiedene Stellen gewandt, eine Bürgerinitiative gegründet und die Presse informiert, die mehrfach über sein Anliegen berichtete. Im Rahmen seiner Kampagne ließ er Pkw-Fahrern, die einen Verwarnungszettel wegen einer fehlenden Parkscheibe erhalten hatten, mehrfach einen »Antistrafzettel« zukommen, der folgenden Wortlaut hatte:

»Verehrte(r) Kollegin/Kollege,

die Bürgerinitiative (BI) hat an Ihrem Kfz. einen Strafzettel der Gemeinde G. bemerkt. Vermutlich wird Ihnen vorgeworfen:

»Im Bereich eines eingeschränkten Halteverbots für eine Zone (Zeichen 290/292) geparkt«

- entweder »ohne von außen gut sichtbare Parkscheibe«
- oder »mit nicht richtig eingestellter Park schein«
- oder »mit Parkscheibe Zeit überschritten«.

Falls auch Sie trotz gewissenhafter Suche keine einschlägigen Verkehrsschilder wahrgenommen haben, und wenn Sie sich daher – wie unzählige Kraftfahrer(innen) vor Ihnen – keiner Schuld bewusst sind,

dann stellt Ihnen die BI hiermit kostenlos Wissen und Erfahrung zur Verfügung, damit Sie sich praktisch ohne Zeit- und Kostenaufwand erfolgreich gegen den ungerechten Strafzettel wehren können, wenn Sie wollen.

Wir freuen uns auch auf Ihre telefonischen Mitteilungen und Anfragen.

1. Zahlen Sie nicht, sondern warten Sie einfach ab.
2. In drei bis vier Wochen bekommt der Kfz.halter vom G. Computer eine »Anhörung des Betroffenen – Eilsache!«. Füllen Sie als Fahrer(in) das Formular mit Ihren Personalien aus. Zur Sache schreiben Sie nur: »Siehe Beilage«. Das Muster der Beilage finden Sie hier auf der Rückseite. Sie brauchen es nur zu kopieren und zu ergänzen.
3. Wenn die Gemeinde G. Sie trotzdem weiter verfolgen will, erhalten Sie weitere drei bis vier Wochen später aus G. eine letzte Zahlungsaufforderung. Bis dahin wird es keinen Cent teurer.

4. Wenn Sie nicht zahlen, bekommen Sie weitere drei Wochen später vom G. Computer einen Bußgeldbescheid. Er wird teurer, weil zu dem Verwarnungsbetrag jetzt knapp 20 Euro Gebühren dazukommen.

5. Gegen den Bußgeldbescheid müssen Sie innerhalb einer Woche Einspruch einlegen. Als Begründung schreiben Sie:

Zur Begründung verweise ich auf die Anhörung des Betroffenen. Hiermit beantrage ich beim zuständigen Amtsgericht,

- a) die Akte E. (2 Owi 53 Js 13259/02 des Amtsgerichts F.) beizuziehen, auf die ich mich vollinhaltlich berufe,
- b) Herrn Landrat K. und seinen Chauffeur, Herrn F., im Landratsamt F. als Zeugen zu laden,
- c) vorsorglich und hilfsweise: vom Lehrstuhlinhaber für Psychologie (speziell: Wahrnehmungspsychologie) einer deutschen Hochschule ein wissenschaftliches Gutachten über den m.E. für durchschnittliche Verkehrsteilnehmer »unmöglichen« Standort der Zonenparkschilder im Ampelbereich der G. Kirchenstraße einzuholen.

6. Die BI steht Ihnen in jeder Phase des Verfahrens kostenlos mit Rat und Tat zur Seite. Anruf genügt. Keine Rechtsberatung!«

Dem »Antistrafzettel« war jeweils ein Vorschlag für die Begründung eines Einspruchs gegen einen Bußgeldbescheid beigelegt. Das AG verurteilte den Bf. wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1, § 1 Abs. 1 des Rechtsberatungsgesetzes (RBERG) zu einer Geldbuße in Höhe von 250 €. Der Bf. betriebe eine geschäftsmäßige Rechtsberatung. Dafür komme es nur auf eine wiederholte Ausübung an. Dass der Bf. mit der Rechtsberatung ein allgemeines Ziel verfolge, ändere an der Tatsache einer geschäftsmäßigen Rechtsberatung nichts. Das Bayerische Oberste Landesgericht verwarf die Rechtsbeschwerde des Bf. mit am 6.11.2003 zugestelltem Beschluss als unbegründet. Bei der Beurteilung der Frage, ob fremde Rechtsangelegenheiten besorgt würden, sei auf den Schwerpunkt der Tätigkeit des Betroffenen abzustellen. Der Bf. verfolge primär die rechtliche Seite der Angelegenheit, da er nicht generell auf die seiner Ansicht nach mangelhafte Kennzeichnung der Parkscheibenzonen hinweise, sondern Wissen und Erfahrung gezielt den Verkehrsteilnehmern zur Verfügung stelle, die Empfänger einer Verwarnung geworden seien. Der Bf. erteile den Betroffenen damit rechtlichen Rat bis hin zur vorformulierten Begründung des Einspruchs, um durch die Bekanntgabe seines Wissens die Rechtsangelegenheit der Adressaten von Verwarnungen konkret zu fördern. Welche Aktivitäten die von dem Bf. gegründete Bürgerinitiative sonst betrieben habe, könne dahinstehen. Das Verhalten des Bf. sei nicht durch die Pressefreiheit gerechtfertigt. Das Schreiben sei nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden, sondern nur an bestimmte Kraftfahrer gerichtet, so dass es nicht von der Pressefreiheit geschützt werde. Der Schutzzweck des RBERG sei betroffen, weil die Adressaten des Schreibens ohne Kenntnis der näheren Umstände des Einzelfalls in ein weiteres kostenverursachendes Bußgeldverfahren gelockt würden.

heiten besorgt würden, sei auf den Schwerpunkt der Tätigkeit des Betroffenen abzustellen. Der Bf. verfolge primär die rechtliche Seite der Angelegenheit, da er nicht generell auf die seiner Ansicht nach mangelhafte Kennzeichnung der Parkscheibenzonen hinweise, sondern Wissen und Erfahrung gezielt den Verkehrsteilnehmern zur Verfügung stelle, die Empfänger einer Verwarnung geworden seien. Der Bf. erteile den Betroffenen damit rechtlichen Rat bis hin zur vorformulierten Begründung des Einspruchs, um durch die Bekanntgabe seines Wissens die Rechtsangelegenheit der Adressaten von Verwarnungen konkret zu fördern. Welche Aktivitäten die von dem Bf. gegründete Bürgerinitiative sonst betrieben habe, könne dahinstehen. Das Verhalten des Bf. sei nicht durch die Pressefreiheit gerechtfertigt. Das Schreiben sei nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden, sondern nur an bestimmte Kraftfahrer gerichtet, so dass es nicht von der Pressefreiheit geschützt werde. Der Schutzzweck des RBERG sei betroffen, weil die Adressaten des Schreibens ohne Kenntnis der näheren Umstände des Einzelfalls in ein weiteres kostenverursachendes Bußgeldverfahren gelockt würden.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Bf. eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

II. Zur Rechtslage:

Das Gericht hat die Verfassungsbeschwerde angenommen und ihr stattgegeben. Im einzelnen führt die Kammer aus:

„Die Verfassungsbeschwerde ist auch **begründet**. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Bf. in seinem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten **Grundrecht auf freie Meinungsäußerung**.

1. Die angegriffenen Entscheidungen greifen in die Meinungsfreiheit des Bf. ein, indem sie die Verteilung der »Antistrafzettel« als Ordnungswidrigkeit ahnden.

a) Der **Sinngehalt** der in dem »Antistrafzettel« verbreiteten Äußerung erschöpft sich nicht in der rechtlichen Beratung, die als solche durch Art. 2 Abs. 1 GG und nicht durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG grundrechtlich geschützt wird. Unmittelbar enthält der »Antistrafzettel« zwar vorwiegend eine Handlungsanweisung an den Empfänger, in einer bestimmten Weise gegen seine Verwarnung vorzugehen. Aus den Umständen der Verteilung des Zettels wie aus seinem Inhalt selbst geht jedoch für einen objektiven Empfänger erkennbar hervor, dass der »Antistrafzettel« in erster Linie nicht dem individuellen Rechtsschutz dient, sondern mit ihm durch die **Bürgerinitiative** ein bestimmtes **allgemeines Ziel** verfolgt wird. Ein als ungerecht angesehenes Verhalten der Gemeinde soll bekämpft werden. Einzelne Betroffene sollen mobilisiert werden, um das Anliegen der Bürgerinitiative zu fördern und so ihre Tätigkeit zu unterstützen. Aus der Verteilung der »Antistrafzettel« spricht auch für denjenigen, der das sonstige Vorgehen des Beschwerdeführers nicht kennt, der allgemeine Protest gegen die Art der Beschilderung der Parkscheibenzonen. Für einen informierten Beobachter fügt sich der »Antistrafzettel« als ein Element in die von dem Bf. betriebene Kampagne ein.

b) Die Eröffnung des Schutzbereichs des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG kann nicht mit der vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz vorgebrachten, auch in den angegriffenen Entscheidungen anklingenden Erwägung verneint werden, die Meinungsfreiheit schütze lediglich den allgemein gehaltenen Hinweis auf vermeintliche Missstände, nicht aber die konkrete Förderung fremder Rechtsangelegenheiten. Zu dem Recht auf freie Meinungsäußerung

gehört gerade auch die Freiheit, die Äußerung in eine **möglichst effektive Form** zu kleiden (vgl. BVerfGE 7, 198 <210>; 93, 266 <289>; 97, 391 <398>). Der Bf. verleiht seinem kommunikativen Anliegen dadurch Durchschlagskraft, dass er die akut von der Beschilderung betroffenen Personen unmittelbar anspricht und um Mitwirkung an der Verwirklichung des Anliegens der Bürgerinitiative wirbt. Den politisch Verantwortlichen soll durch massenhaftes Einlegen von Rechtsmitteln vor Augen geführt werden, dass die von ihnen getroffene verkehrspolitische Maßnahme verfehlt ist. Diese **Proteststrategie** würde erheblich weniger Erfolg versprechen, wenn der Bf. lediglich allgemein dazu aufriefe, Rechtsbehelfe gegen eine Verwarnung zu ergreifen. Es stünde zu erwarten, dass angesichts verbreiteter Rechtsunkenntnis, wie das anzustellen ist, und regelmäßig niedrigen Verwarnungssummen deutlich weniger Betroffene dieser Aufforderung folgten, weil das für sie mit größerem Aufwand verbunden wäre. Diesen Aufwand nimmt der Bf. den Betroffenen weitgehend ab, indem er ihnen detaillierte Hinweise erteilt und ein vorformuliertes Schreiben zur Verfügung stellt. Im Rahmen der von dem Bf. erdachten Vorgehensweise sind konkrete rechtliche Handlungsanweisung und allgemeiner Hinweis auf einen Missstand untrennbar verbunden.

2. Die Meinungsfreiheit ist nicht unbeschränkt gewährleistet. Sie findet ihre **Schranken** unter anderem nach Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch das RBerG gehört (vgl. BVerfGK 2, 231 <235>; 3, 77 <83>).

a) Was **erlaubte Rechtsbesorgung** i. S. des RBerG ist, bedarf angesichts der generalklauselartigen Umschreibung der Abklärung im Einzelfall, die einerseits die durch das Gesetz geschützten Belange und andererseits die Freiheitsrechte des Einzelnen berücksichtigt und dabei auch den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung trägt (vgl. zu Art. 12 GG BVerfGE 97, 12 <28>; zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG BVerfGK 2, 231 <235>; 3, 77 <83 f.>).

Wird durch das Verbot einer Beratungstätigkeit zugleich eine über den Zweck der Beratung hinausgehende Meinungsäußerung unterdrückt, die mit der Beratung untrennbar verbunden ist und der die Beratung als Protestmittel dient, muss bei der erforderlichen Zuordnung der widerstreitenden Belange auch der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit (vgl. BVerfGE 7, 198 <208 f.>; 93, 266 <292>) Rechnung getragen werden.

b) Nach diesem Maßstab genügen die angegriffenen Entscheidungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Ihnen lässt sich nicht entnehmen, ob die Gerichte überhaupt erkannt haben, dass im vorliegenden Fall das Grundrecht des Bf. auf freie Meinungsäußerung zu beachten war. Das AG erwähnt Art. 5 Abs. 1 GG in seinem Urteil überhaupt nicht. Das Bayerische Oberste Landesgericht erwägt lediglich, ob der Schutzbereich der Pressefreiheit berührt ist, überprüft die Verurteilung des Bf. jedoch nicht am Maßstab der Meinungsfreiheit. Auch in der Sache lassen die angegriffenen Entscheidungen nicht erkennen, dass das kommunikative Anliegen des Bf. und die daraus folgende grundrechtliche Fundierung seiner Tätigkeit beachtet und in eine abwägende Zuordnung der betroffenen Belange eingestellt wurden. Beide Gerichte halten vielmehr dieses Anliegen im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz ausdrücklich für unbeachtlich.

c) Die angegriffenen Entscheidungen beruhen auch auf der Verken- nung der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Es ist nicht auszu- schließen, dass die Gerichte zu einem für den Bf. günstigeren Ergeb-

nis gekommen wären, wenn sie die Bedeutung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung für den vorliegenden Fall erkannt hätten.

aa) Das RBerG verfolgt den von dem BVerfG in seiner Rechtsprechung anerkannten Zweck, die Rechtsuchenden und die Rechtspflege vor den Folgen einer nicht hinreichend qualifizierten Rechtsberatung zu schützen (vgl. BVerfGE 97, 12 <30 f.>). Diese Belange können eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich rechtfertigen (vgl. zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG BVerfGK 2, 231 <235>; 3, 77 <85>). Der Meinungsfreiheit des Bf. kann jedoch nicht allein durch eine abstrakte Gegenüberstellung der möglicherweise betroffenen Interessen Rechnung getragen werden. Dieses Grundrecht verlangt vielmehr eine **einzelfallbezogene Abwägung**, bei der alle wesentlichen Umstände zu berücksichtigen sind (vgl. BVerfGE 93, 266 <293>).

bb) Hier wird insbesondere zu **prüfen** sein, inwieweit von der Tätigkeit des Bf. **tatsächlich eine Gefahr für die durch das RBerG geschützten Güter** ausgeht und ob diese Gefahr so schwer wiegt, dass das Äußerungsinteresse des Bf. zurücktreten muss. Zugunsten der Meinungsfreiheit des Bf. kann dabei ins Gewicht fallen, dass er seine rechtsberatende Tätigkeit auf eine Gruppe von Sachverhalten beschränkt, die sich in ihrer rechtlichen Beurteilung nicht wesentlich unterscheiden. Er verteilt den von ihm erstellten »Antistrafzettel« nach den Feststellungen der Gerichte nur an Personen, die in der von ihm wegen mangelhafter Beschilderung bekämpften Parkscheibenzone eine Verwarnung wegen einer fehlenden oder nicht den Anforderungen genügenden Parkscheibe erhalten haben. Zu Beginn des Schreibens stellt er zudem ausdrücklich klar, auf welche Situation seine Ratschläge zugeschnitten sind und dass es sich um die Aktion einer Bürgerinitiative handelt. Angesichts des begrenzten Umfangs der Tätigkeit des Bf. und ihrer unmittelbaren Ausrichtung auf sein verkehrspolitisches Ziel kann und muss die abstrakte Wertung des RBerG, dass die Rechtsberatung durch Personen, die keine entsprechende Erlaubnis haben, Gefahren birgt, auf ihr Gewicht hinsichtlich der konkreten Beratungstätigkeit des Beschwerdeführers überprüft werden. Für eine verfassungsrechtlich tragfähige Gefahrenabschätzung reicht der pauschale Hinweis des Bayerischen Obersten Landesgerichts, die Adressaten des Schreibens würden ohne Kenntnis der näheren Umstände des Einzelfalls in ein weiteres kostenverursachendes Bußgeldverfahren gelockt, nicht aus. Er weist keinen Bezug zu den Besonderheiten des vorliegenden Falls auf. Dass ein rechtliches Vorgehen gegen einen Strafbettel zunächst Kosten verursacht, hat nichts mit den Risiken einer unqualifizierten Rechtsberatung zu tun. Soweit das RBerG dem Schutz der Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat dient, ist dieser Schutzzweck im vorliegenden Fall nur geringfügig berührt. Der kostenlos verteilte »Antistrafzettel« spiegelt nach Form und Inhalt nicht vor, sein Verfasser verfüge über eine besondere juristische Qualifikation. Zudem sind angesichts des Bagatelcharakters der betroffenen Verkehrsverstöße die Kosten selbst eines erfolglosen Einspruchsverfahrens für die Empfänger nicht übermäßig hoch. Dagegen kann unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer geordneten Rechtspflege insbesondere von Belang sein, wie komplex die rechtlichen Beurteilungen sind, die den Hinweisen in dem »Antistrafzettel« zugrunde liegen. Erweisen sich die Sachverhalte, auf die der Bf. seine Tätigkeit beschränkt, als typisierbar und rechtlich einfach zu beurteilen, so kommt den Schutzzwecken des RBerG gegenüber der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 <208>; stRspr) nur geringes Gewicht zu. Sollte der von dem Bf. erteilte Rechtsrat tatsächlich einen aussichtsreichen Weg weisen, gegen die betroffenen Verwarnungen vorzugehen, was nach den Ausführungen des AG zu der Beschilderung möglich erscheint, kann sich daraus ein Indiz dafür ergeben, dass die Komplexität der Angelegenheit begrenzt ist.“

III. Ergänzender Hinweis:

In mehreren Entscheidungen hat das BVerfG eine restriktive Handhabung des – aus dem Jahre 1935 – stammenden RBerG angemahnt (s. DVP 2006, S. 256; 2005, S. 83). Die Botschaft aus Karlsruhe hat offenbar wenig gefruchtet. So sah sich das Gericht erneut genötigt, dem Amts- und Oberrichtern in dem geschilderten Bußgeldverfahren in den Arm zu fallen. Die Tage des RBerG sind freilich gezählt; es wird abgelöst durch das Gesetz über außerdienstliche Rechtsdienstleistungen (RDG), das im Wesentlichen am 17.7.2008 in Kraft getreten ist. Das RDG erlaubt zwar unentgeltliche Rechtsdienstleistungen auch außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen, verlangt aber, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Rechtsberatung erlaubt ist, oder einen Volljuristen bzw. unter dessen Anleitung erfolgt (§ 6).

„Anleitung“ erfordert eine an Umfang und Inhalt der zu erbringenden Rechtsdienstleistung ausgerichtete Einweisung und Fortbildung sowie eine Mitwirkung bei der Erbringung der Rechtsdienstleistung, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist. Auch unter der Herrschaft dieser Regelungen würde eine verfassungskonforme Auslegung zu keiner anderen Entscheidung des Antistrafzettel-Falles führen. Entgegen der politischen Begleitmusik ist die Rechtsdienstleistung in Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern Europas stark reglementiert; von einer Liberalisierung der Rechtsberatung kann alles in allem (immer noch) nicht gesprochen werden.

J.V.

Autor des Rechtsprechungsbeitrags:

J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

SCHRIFTTUM

Diegmann/Hoffmann/Ohlmann, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 2008, 206 Seiten, € 38,00, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-018893-8

Das Spielrecht ist – wie die zunehmende Zahl von Gerichtsentscheidungen belegt – zu einer dynamischen Rechtsmaterie avanciert. Die sog. Globalisierung hat auch diesen Geschäftszweig erfasst. Konsequenterweise musste sich der EuGH mit dem Glücksspielrecht mehrfach befassen. Von grundlegender Bedeutung für die weitere Entwicklung in Deutschland ist schließlich das Sportwettenurteil des BVerfG v. 28.3.2006 (NJW 2006, S. 1261), wonach die Ausgestaltung eines staatlichen Spielmonopols primär an der Suchtprävention ausgerichtet werden muss. Nicht zuletzt zur Rettung ihrer Monopole haben die Bundesländer darauf mit dem Glücksspielstaatsvertrag reagiert, der seit dem 1.1.2008 in Kraft ist. Sportwetten bilden allerdings nur einen Ausschnitt aus dem Spielwesen. „Angereichert“ wird es durch Klassenlotterien, Fernsehlotterien, dem Gewinnsparen und den Spielen in Spielbanken und anderen gewerblichen Spielstätten. Das vorliegende Handbuch gibt einen sehr instruktiven Überblick über die Facetten des Spielrechts unter Einschluss der europarechtlichen Vorgaben. Die berufliche Ausrichtung der Autoren bürgt für Sachkunde.

Diegmann und Hoffmann waren als Referatsleiter im Innenministerium des Saarlandes an der Erarbeitung des Glücksspielstaatsvertrages beteiligt, Ohlmann ist Justitiar der Saarland-Sporttoto GmbH. In einem „Praxis“handbuch hätte man sich allerdings mehr Informationen über die tatsächliche Handhabung der normativen Vorgaben – insbesondere zum Spielerschutz (Rn. 236 ff.) – gewünscht.

Fazit: Ein umfassendes, sachlich fundiert informierendes Handbuch, das einen guten Überblick über die aktuelle Rechtslage auf dem Sektor des Spielwesens in Deutschland bietet.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Haug, Staats- und Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2008, 266 Seiten, kart., € 20,00, C. F. Müller, ISBN 978-3-8114-5000-4

Der Untertitel bringt die Inhalte des vorliegenden Buches zutreffend zum Ausdruck: „Fallbearbeitung, Übersichten, Schemata.“ Hauptanliegen des Verfassers ist es, die juristische Falllösungstechnik in den Kernbereichen des öffentlichen Rechts (Staats- und Verwaltungsrecht) zu vermitteln. Im Anschluss an eine kurze Einführung über die Zielsetzung des Buches und den Standort des öffentlichen Rechts wird demgemäß die juristische Methodik einschließlich Fallbearbeitungstechnik in Form eines knappen Abrisses behandelt. Fallbeispiele sorgen für die notwendige Anschaulichkeit. Den Hauptteil des Buches bilden 19 Klausuren, die ausführlich gelöst und mit erklärenden Randbemerkungen versehen sind. Eingestreut sind zahlreiche Aufbauhilfen und Schemata sowie kurze thematische Abhandlungen (z.B. zur Aufhebung von Verwaltungsakten). Das Werk kann und will kein herkömmliches Lehrbuch ersetzen. Es entfaltet seinen Nutzen vielmehr in Kombination und Ergänzung zu einem Lehrbuch.

Fazit: Wer das Buch von Haug durcharbeitet, hat einen bleibenden Vorteil, wenn es um die sachgemäße Bearbeitung von Klausuren geht.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Posser/Wolff, Verwaltungsgerichtsordnung, 2008, 1306 Seiten, in Leinen, € 108,00. C. H. Beck, ISBN 978-3-406-55538-1

Das vorliegende Werk ergänzt die Reihe der VwGO-Kommentare um einen sog. Praxis-Kommentar. Beteiligt an der Neuerscheinung sind zahlreiche Vertreter aus Wissenschaft und Justiz, Anwaltschaft und Verwaltung. Die äußere Gestaltung ist einheitlich und durchaus überzeugend. Im Anschluss an den Normtext findet sich ein „Überblick“, der

insbesondere Geschichte und systematische Stellung der Vorschrift erläutert und z.T. rechtspolitische Ausblicke gewährt. Angemerkt sei hier, dass sich der Rezensent speziell bei § 68 VwGO eine etwas ausführlichere Stellungnahme zu der – zutreffend festgestellten – Tendenz des Gesetzgebers, das Widerspruchsverfahren stark einzuschränken oder gar komplett abzuschaffen, gewünscht hätte.

Im Anschluss an den Überblick finden sich „Übersichten“, in denen unter Bezugnahme auf Randnummern auf die einzelnen Kommentierungen verwiesen wird. In Sachen „Optik“ ist der Kommentar sehr lesefreundlich; das Druckbild ist elegant und übersichtlich und hat dem Rezensenten auf Anhieb gefallen. Im laufenden Text der Erläuterungen werden die Schlüsselbegriffe allerdings in unterschiedlicher Dichte per Fettdruck hervorgehoben; in der Kommentierung der §§ 68 bis 73 fehlen sie sogar komplett. Hier scheint eine Vereinheitlichung sinnvoll. Auch würde es die Lesbarkeit steigern, wenn die Zitate in Fußnoten untergebracht würden. In der Sache bietet der „Posser/Wolff“ eine solide Information über das Verwaltungsprozessrecht. Die in Streitfragen vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Literatur werden übersichtlich dargestellt und die eigene Position hinreichend deutlich vertreten. Durch die Klarheit der Argumentation hebt sich der Kommentar positiv nicht selten von anderen Erläuterungswerken ab. Die Argumentationstiefe wahrt die Balance zwischen praktischer Notwendigkeit und wissenschaftlicher Gründlichkeit. Etliche Beispiele – optisch (durch Kleindruck und Einrückung) hervorgehoben – tragen zum besseren Verständnis der Erläuterungen bei. Die Verzahnungen mit anderen Gesetzen (z.B. dem GVG, der ZPO, aber auch landesrechtlichen Regelwerken) werden hinreichend deutlich gemacht. Literatur und Rechtsprechung sind auf aktuellem Stand und ermöglichen – soweit überhaupt erforderlich – eine Vertiefung des jeweiligen Problems.

Fazit: Der flüssig geschriebene, optisch ansprechend gestaltete und inhaltlich überzeugende Kommentar stellt eine sehr empfehlenswerte Alternative zu den bisher auf dem „Markt“ befindlichen VwGO-Erläuterungsbüchern dar. Der Umstand, dass das Buch zudem zu einem maßvollen Preis angeboten wird, dürfte seine Erfolgchancen weiter steigern.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Wuketits, Franz M., Der freie Wille – Die Evolution einer Illusion, 2. Auflage Stuttgart 2008, 181 Seiten, geb., € 22,00, S. Hirzel Verlag, ISBN 978-3-7776-1509-7

Der Autor lehrt Wissenschaftstheorie an der Universität Wien und hat sich lange mit Evolutions-, Kognitions- und Hirnforschung beschäftigt. Seine Grundthese lautet hier: Die Vorstellung vom freien Willen ist eine Illusion. „Unser Gefühl von Freiheit ist ... bloß eine Folge der Evolution durch natürliche Auslese, die uns eben deshalb mit diesem Gefühl ausgestattet hat, weil es uns Vorteile bringt“ (S. 153). Das lässt nicht nur Juristen, Verwaltungsmitarbeiter und Politiker aufhorchen, die sofort an die Konsequenzen für Recht, Gerechtigkeit, Schuldfähigkeit, Erklärungswillen etc. bis hin zur Patientenverfügung oder zur Selbsttötung denken. Wuketits versucht zu beruhigen: „Aber Illusionen sind durchaus nützlich. Sie können als Resultate der Evolution durch natürliche Auslese gedeutet werden und haben ihren Sinn im Dienst des Überlebens.“ Wäre indes eine solche evolutionstheoretische Perspektive für das Recht(-ssystem) und die daran Beteiligten wirklich genug? Der Autor räumt im Vorwort jedoch schon selbst ein, dass er mit seiner These für das komplizierte Problem der Willensfreiheit nicht die endgültige Lösung entwickelt habe, vielmehr zum Nachdenken anregen will – auch über unser Selbstverständnis als Lebewesen. Und das tut er gekonnt mit vielen prägnanten Beispielen und Zitaten.

Ohne in einer solchen kurzen Rezension Einzeldiskussionen zur Sache führen zu können, sei anhand der Kapitel die Gedankenführung des Autors wiedergegeben: Willensfrei-

heit – ein beherrschender Gedanke, Die Kraft der Illusionen, Zufall und Notwendigkeit der Evolution, Zur Evolution des menschlichen Geistes, Willens(un)freiheit: die Evolution einer Illusion, Willens(un)freiheit: Leben mit einer Illusion, Nachwort: Jenseits von Freiheit und Würde.

Die Quintessenz des Autors im letzten Abschnitt regt übrigens zu besonderem Nachdenken an: „Inzwischen ... ist die Illusion der Willensfreiheit als positiver Lebensfaktor bedroht. Politik, Justiz und Wirtschaft greifen immer stärker in das Leben jedes Einzelnen ein und beginnen, ihn (und sie) der Illusion eigener Freiheit zu berauben.“ Als Beispiele zitiert er „die Bürokraten der Europäischen Union“ und den im Gewand von „politischer Korrektheit“ wiedergekehrten „Dschungeldarwinismus“.

Die Folgen seiner These für Gesellschaft und Staat federt Wuketits ab, indem er auf „unsere Sozialität“ als Menschen, die wie alle Arten auf das Überleben angelegt seien, verweist, eine Sozialität, die die Rahmenbedingungen für Moral und Unmoral liefert: „Nur als gesellschaftliche Wesen können wir uns auch schuldig machen.“ Er zitiert dann Ernst Haeckel (Die Lebenswunder, 1905): „Jeder Willens-Akt (ist) durch die Organisation des wollenden Individuums bestimmt und ebenso von den jeweiligen Bedingungen der umgebenden Außenwelt abhängig.“ Das ist ein nützlicher Hinweis darauf, dass viele Willensentscheidungen von Menschen durch Rahmenbedingungen beeinflusst oder gar bestimmt werden. Damit soll natürlich nicht einem (wie immer verkleideten) Determinismus oder gar der Kismetgläubigkeit das Wort geredet werden. Hier können aber m. E. nur die Willensäußerungen/Entscheidungen/Handlungen auf dem Prüfstand stehen, bei denen der Mensch Optionen, Freiheiten zur Entscheidung hat (unabhängig davon, ob ein (ganz oder überwiegend) freier Wille im Gehirn vorgesehen oder antrainiert ist). Zwar ist dem Autor zu konzedieren, dass dazu die biologische bzw. evolutionstheoretische Perspektive nicht vernachlässigt werden darf; sie kann aber nicht der ausschließliche Maßstab sein wie Beispiele von Menschen zeigen, die ihre Angst – sogar um ihr Leben – überwinden, um (gegen alle Regeln der Vernunft und des Eigennutzes) zu helfen/einzugreifen. Die Freiheit menschlichen Willens darf also nicht nur unter dem biologischen/evolutionstheoretischen Blickwinkel durchdacht werden. Erst zusammen mit philosophischen, moralischen/religiösen, sozialen, rechtlichen pp. Perspektiven entsteht ein „rundes Bild“ des menschlichen freien Willens. Der Königsberger Immanuel Kant hat diesen einprägsam (wenn auch nicht vollständig) in der *Kritik der prakti-*

schen Vernunft in die Worte gefasst: „Die Autonomie des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten.“

„Der freie Wille“ ist insgesamt ein sehr lesenswertes, gedankenreiches und anregendes Werk, in dem Wuketits in klarer Sprache seine Gedanken zu einem künftig mehr zu beachtenden Kriterium menschlichen Willens, menschlicher Entscheidung und menschlichen Handelns darstellt.

Prof. Dr. Volker Lohse, Bielefeld

Joussen, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 2008, 544 Seiten, kart., € 28,00, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-019563-9

Das in der „Studienreihe Rechtswissenschaften“ verlegte Werk ist ein „ausgewachsenes“ Lehrbuch. Es bietet das, was einigen Grundrissen fehlt: eine sorgfältige Analyse der Grundlagen des allgemeinen Schuldrechts, eine ausführliche Erläuterung von Sinn und Zweck der einzelnen Normen und genügend Beispiele zur Verdeutlichung. Darüber hinaus hat der Autor – Hochschullehrer an der Universität Jena – „Übersichten“ aufgenommen, die als Aufbauschemata verwendet werden sollen und können. Die Übersichten werden ergänzt durch 32 (ausführlichere) Schemata; letztere bieten eine Zusammenfassung wichtiger Rechtsinstitute und eignen sich daher (auch) für eine schnelle Repetition. Nützlich sind weiter die Definitionen wichtiger Begriffe (S. 517–530). Last, not least hat Joussen bedeutsame Entscheidungen zusammengestellt, deren Lektüre sich lohnt. Hier sei gleich die Anregung gegeben, diese Entscheidungen in Form einer CD-ROM beizufügen.

Stil und Aufmachung des Lehrbuches machen einen frischen und überzeugenden Eindruck. Schlüsselbegriffe sind im Fettdruck hervorgehoben, ein dicht gestaffeltes Randnummernsystem erlaubt – in Verbindung mit dem Stichwortverzeichnis – den schnellen Zugriff auf das gesuchte Problem.

Fazit: Das Lehrbuch ist eine bedenkenswerte Alternative zu den bereits am Markt etablierten Büchern (z.B. Brox, Medicus). In Bezug auf Anschaulichkeit und Praxisnähe punktet der „Joussen“ und übertrifft deutlich etliche seiner Konkurrenten.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Luber, Schelter, Deutsches Sozialrecht, Textsammlung, 229. Ergänzungslieferung, Stand 1. September 2008, € 108,00, Verlag R.S. Schulz, Starnberg

Herausgeber:

Staatssekretär *Dr. Hans Bernhard Beus*
Bundesministerium des Innern, Berlin
Direktor *Lutz Bewersdorf*
Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Oldenburg
Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn*
Universität Mannheim, Präsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M.
Ltd. Kreisrechtsdirektorin *Patricia Florack*
Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln
Dr. Holger Franke
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow
Verwaltungsdirektor *Dr. Wolfgang Harmgardt*
Fachbereichsleiter Allgemeine Innere Verwaltung an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl
Ltd. Verwaltungsdirektor *Herbert Heidler*
Studienleiter und Geschäftsführer des Südwestfälischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hagen
Ltd. Regierungsdirektor *Johannes Heinrichs*
Leiter des Instituts für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Hilden
Prof. Dr. *Ulrike Hermann*
Fachhochschule Osnabrück, Studiengangsbeauftragte BA-Studiengang „Öffentl. Verwaltung“
Dr. Marita Heydecke
Leiterin der Landesakademie für öffentliche Verwaltung Brandenburg, Königs Wusterhausen
Prof. Dr. *Michael Jesser*
Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Braunschweig
Ltd. Regierungsdirektor *Ernst Kabitzke*
Leiter des Studieninstituts des Landes Niedersachsen, Bad Münder
Bürgermeister a.D. *Horst Knechtel*
Schulleiter des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt
Ltd. Direktor *Michael Kreis*
Leiter der Brandenburgischen Kommunalakademie Potsdam
Ltd. Direktor *Klaus-Jochen Lehmann*
Leiter und Hauptgeschäftsführer des Westfälisch-Märkischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Dortmund
Vorstandsvorsitzender der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Westfalen-Mitte

Prof. *Jens Martens*
Fachhochschule Osnabrück
Prof. Dr. *Rainer O. Neugebauer*
Gründungsdekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt
Prof. Dr. *Willi Oehlerking*
Präsident der Kommunalen Fachhochschule für Verwaltung in Niedersachsen, Hannover
Studienleiterin *Gabriele Reichel*
Leiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt, Magdeburg
Ministerialdirigent Prof. Dr. *Utz Schliesky*
Leiter der Abteilung Verwaltungsmodernisierung im Finanzministerium des Landes Schleswig-Holstein und Mitglied des Vorstandes des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Privatdozent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Dr. Ludger Schrappner
Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen
Verbandsverwaltungsleiter *Jörg Siekmeier*
Leiter des kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald
Regierungsdirektor *Reiner Stein*
Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Güstrow
Professor *Dr. Udo Steiner*
Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Direktor *Karl Wagner*
Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz
Direktor *Klaus Weisbrod*
Leiter der Zentralen Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz und Direktor der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz, Mayen
Senatsrat *Ralf Uwe Wenzel*
Referatsleiter beim Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen
Dr. Götrik Werwer, Geschäftsführer der Nationalen Anti-Doping-Agentur