

DDVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

60. Jahrgang
Februar 2009
ISSN 0945-1196
C 2328

2/2009

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Ludger Schrapper

„Als Taubenfütterer missachten Sie die Vorschriften“

Welf Sundermann

Die Geschäfte der laufenden Verwaltung
in den Gemeinden

Jürgen Vahle

Bestattungs- und Friedhofsrecht

Heike Ruhloff-Kreis

Das Brandenburgische Gaststättengesetz

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitungen

Yvonne Dorf

„Zwei Schusswaffen im Halbjahr sind genug“

Ralf Schmorleiz

Sportunterricht mit unerwarteten Folgen

Reiner Stein

Praktische Übung zur Lehre vom
fehlerhaften Verwaltungsakt

Rechtsprechung

Online-Durchsuchung nach dem
Verfassungsschutzgesetz

Fremdenverkehrsbeitragspflicht

Berichtigung Melderegister

Bestandskräftiger Beitragsbescheid
und Erstattungsanspruch

Ingewahrsamnahme zwecks Abwehr
eines kriminellen Anschlags

Schadensersatzpflicht für
Überschwemmungsschäden

Schrifttum

Maximilian-Verlag
Hamburg



Die DVP im Februar 2009/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Ludger Schrapper

„Als Taubenfütterer missachten Sie die Vorschriften“ – oder was Amtsdeutsch über das Selbstverständnis der Verwaltung sagt 46

Die Klage über das „Amtsdeutsch“ vieler Behörden im Umgang mit den Bürgern ist sicherlich schon vielfach geführt worden. Es scheint sich aber auch kaum etwas zu ändern. Die Tendenz zu geschraubten Formulierungen und ungebräuchlichen Ausdrücken ist ungebrochen. Wenn man Sprache als Spiegel des Denkens und als „Visitenkarte“ der Verfasser ansieht, dann offenbaren manche behördlichen Schreiben noch immer ein Denken, welches auch in das (vor)letzte Jahrhundert gepasst hätte.

Im Rahmen einer Diplomierungsfeier für Absolventen der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW hat der Verfasser dieses Thema aufgegriffen und in seiner Festrede verdeutlicht, dass auch die „junge Generation“ von Beamten schon Gefahr läuft, die überkommenen Formulierungen zu übernehmen. Nur wenn deutlich wird, wie diese „Formulierungskunst“ auf die Empfänger wirkt, können Veränderungen eintreten. Es ist zu hoffen, dass die „Sozialisation“ der Absolventen hier nicht schon abgeschlossen ist.

Welf Sundermann

Die Geschäfte der laufenden Verwaltung in den Gemeinden 48

Die Unterscheidung zwischen „Geschäften der laufenden Verwaltung“ bzw. „laufenden Angelegenheiten“ und anderen Aufgaben ist ein Schlüssel für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Vertretung der Bürger und dem (Ober)Bürgermeister.

Der Beitrag erläutert – ausgehend von der Rechtslage in NRW – die Kriterien, die in der Rechtsprechung entwickelt worden sind, um die Zuständigkeiten festzulegen. In allen Flächenbundesländern erfolgt die Abgrenzung grundsätzlich nach ähnlichen Maßstäben.

Abgerundet wird die Darstellung durch eine ausführliche Stellungnahme zu der Frage, ob Bürgerbegehren die Geschäfte der laufenden Verwaltung erfassen können. Dies wird vom Verfasser mit beachtlichen Gründen abgelehnt.

Jürgen Vahle

Bestattungs- und Friedhofsrecht 52

Mit dem Tode lässt der Verblichene zwar sein irdisches Dasein hinter sich, zugleich aber auch die Frage, wie mit der Leiche zu verfahren ist. Das Bestattungsrecht bietet Anlass zu diversen Rechtsstreitigkeiten, die die Behörden und die Hinterbliebenen über Art und Kosten der Bestattung führen können. Der Beitrag erläutert u.a. das Totenfürsorgerecht, die Bestattungspflicht, das Friedhofswesen, besondere Formen der Bestattung und Kostenfragen.

Heike Ruhloff-Kreis

Das Brandenburgische Gaststättengesetz 60

Der Beitrag gibt einen kurzen Überblick über das im Oktober 2008 in Kraft getretene Gaststättengesetz in Brandenburg. Durch das Gesetz sind die bisherigen bundesrechtlichen Regelungen zur Genehmigungspflicht entfallen, es genügt künftig eine (vorherige) Gewerbeanzeige.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 62

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Fallbearbeitungen

Yvonne Dorf

„Zwei Schusswaffen im Halbjahr sind genug“ 64

Gegenstand dieser Fallbearbeitung aus dem Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht sind materiell-rechtliche Fragen des Waffenrechts, mit denen sich u.a. auch das Bundesverwaltungsgericht befasst hat. Zu prüfen ist ein Verpflichtungswiderspruch gegen die Erteilung einer Waffenbesitzkarte mit zeitlicher Beschränkung des Waffenerwerbs. Neben formellen Fragen (Aufbau des Widerspruchs, modifizierende Auflagen, Fristenproblematik) werden auch die Auslegungsmethoden angesprochen.

Ralf Schmorleiz

Sportunterricht mit unerwarteten Folgen 70

Gegenstand dieser Fallbearbeitung sind Fragen aus dem Bereich des Öffentlichen Dienstrechts, insbesondere des Besoldungsrechts und der Versetzung in den Ruhestand bei dauernder Dienstunfähigkeit.

Reiner Stein

Praktische Übung zur „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“ 73

In der Januar-Ausgabe der DVP hatte der Autor das Thema „Fehlerhafte Verwaltungsakte und ihre Folgen“ dargestellt. Nunmehr sollen anhand eines „Anfängerbescheides“ zunächst die Fehler erkannt werden. Anschließend ist zu klären, wie sich die erkannten Fehler auf den Verwaltungsakt auswirken. Dabei ist auch auf mögliche Heilungsmöglichkeiten einzugehen. Abschließend ist der Bescheid in einer formell und materiell korrekten Fassung neu zu formulieren.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Online-Durchsuchung nach dem Verfassungsschutzgesetz

Nordrhein-Westfalen

(BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07) 80

Fremdenverkehrsbeitragspflicht

(OVG Lüneburg, Urteil vom 03.03.2006 – 9 KN 327/03) 85

Berichtigung Melderegister

(VG Hannover, Urteil vom 23.03.2005 – 10 A 3286/04) 85

Bestandskräftiger Beitragsbescheid und Erstattungsanspruch

(VG Hannover, Urteil vom 12.01.2006 – 1 A 298/06) 85

Ingewahrsamnahme zwecks Abwehr eines kriminellen Anschlags

(OLG Hamm, Beschluss vom 30.08.2007 – 15 W 147/07) 86

Schadensersatzpflicht für Überschwemmungsschaden

(OLG Saarbrücken, Urteil vom 30.01.2007 – 4 U 314/06) 86

Schrifttum

87

Die Schriftleitung

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. Anzeigenschluss jeweils am 10. des Vormonats. Die Verwendung von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Werbezwecke ist nicht gestattet.

Auslieferung:

Runge Verlagsauslieferung GmbH
Bergstraße 2, 33803 Steinhagen,
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 €. Bestellungen 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 Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt, Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg. Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

Druck:

Humbach & Nemazal, Pfaffenhofen

Liebe Leserinnen und Leser,

jedem, der sich mit Rechtsvorschriften zu befassen hat, fällt auf, dass die Namen der Gesetze immer länger und wortreicher werden. Sie beschränken sich längst nicht mehr auf den jeweiligen Gegenstand. Der militärisch-knappe (preußische) Stil, wie er charakteristisch für die Reichsjustizgesetze war, gehört der Vergangenheit an. Stattdessen fließen Motive, Ziele und Erwartungen/Hoffnungen, die sich mit einem Gesetz verbinden, in deren Namen ein; etwa: „Gesetz zur Vereinfachung des Verwaltungsvollstreckungsrechts und zur Evaluierung weiterer Gesetze“ (GVBl. NRW 2007, S. 379); „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung- GO-Reformgesetz“ (GVBl. NRW 2007, S. 380).

Das Bürgerliche Gesetzbuch würde heute wahrscheinlich so lauten:

„Gesetz zur Anpassung des Zivilrechts an die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs im 20. Jahrhundert“.

Derartige Formulierungen können etwas über die Geisteshaltung des Gesetzgebers verraten. Er möchte die Legitimität seines Werkes schon plakativ im Titel zum Ausdruck bringen. Psychologisch könnte dies auch auf mehr oder minder starke Selbstzweifel hindeuten, wogegen an und für sich auch nichts einzuwenden wäre: Zweifel ehren den selbstkritischen Geist.

Nicht ganz ferne liegt aber die ebenfalls denkbare Alternative, dass zuweilen mit großem Wortgetöse Schwächen und Unsicherheit übertüncht werden sollen.

Wer Gesetzesbezeichnungen aus dem Bereich des Sicherheitsrechts liest, muss zudem den Eindruck gewinnen, dass in Deutschland permanent Krieg gegen das Böse in seinen vielfältigen Erscheinungsformen geführt wird. Mit dem „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität“ v. 15.7.1992 (BGBl. I S. 1302) wurde die als besonders sozialschädlich eingestufte „OK“ ins Visier genommen. Als nächstes nahmen sich die Gesetzesverfasser (erneut) die Umweltkriminellen vor: „Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität“ v. 27.6.1994 (BGBl. I S. 1440). Ganz allgemein – und etwas phantasielos – dem Kampf gegen kriminelle Elemente gewidmet ist schließlich das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ v. 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186). Wieder konkreter ist die Novelle zur „Bekämpfung der Korruption“ v. 17.12.1997 (BGBl. I S. 3039); hier wird der Kampf allerdings in die Amtsstuben und die Vorstandsetagen getragen. Da sich die Organisierte Kriminalität offenbar als zäher erwiesen hat, als vom Gesetzgeber angenommen, erfolgte ein Nachschlag in Form des „Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung“ derselben unter dem 4.5.1998 (BGBl. I S. 845). Mit einem Gesetz zur „Optimierung“ der Bekämpfung der OK ist wohl zu rechnen. Zumindest der Sprachaufwand im Kampf gegen Kriminelle und Terroristen ist ungebrochen hoch, wie das „Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusbekämpfung“ – Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG“ v. 13.8.2008 (BGBl. I S. 1690) belegt.

Mit vollmundigem, falsche Hoffnungen bzw. Ängste weckendem Sprachgetrommel ist jedoch auch auf dem Feld der Gesetzgebung letztlich niemandem gedient. Sachlichkeit und Augenmaß sollten auch für die Gesetzesbezeichnungen verbindlich sein.

Prof. Dr. J. Vahle

Ludger Schrapper*

„Als Taubenfütterer missachten Sie die Vorschriften“ – oder was Amtsdeutsch über das Selbstverständnis der Verwaltung sagt¹

Meine sehr verehrten Gäste,
liebe Diplomandinnen und Diplomanden,

ganz herzlich möchte ich Sie hier und heute zur festlichen Diplomierungsfeier des Prüfungsjahrgangs 2008 der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung begrüßen.

Mit Ihnen freue ich mich, dass der Stress der Prüfungen nun endlich hinter Ihnen liegt, und dass sie das Ziel Ihrer Ausbildung erreicht haben.

Mit Ihnen, liebe Eltern, Partner und Angehörige freue ich mich, dass das Mitzittern nun endlich vorbei ist – und dass sich Ihr Kind, Partner oder Freund – ohne den Prüfungsstress – wieder wie ein normaler Mensch benimmt.

Für die Vertreterinnen und Vertreter der Einstellungsbehörden freut es mich, dass sich die Mühen der Ausbildung jetzt rentieren, dass die Saat gereift ist, und ab sofort leistungsstarke junge Kolleginnen und Kollegen das Team verstärken.

Und mit meinen Kolleginnen und Kollegen von der FH freue ich mich, dass wir einmal mehr einen guten Jahrgang durch Studium und Prüfung „geschleust“ haben.

Meine Damen und Herren,

mit dem Abschluss Ihrer Prüfungen und dem Erwerb des Diploms öffnet sich für Sie erneut eine Tür. Vor drei Jahren, nach Abitur oder FOS-Reife, war dies nach langer Schulzeit die Tür zu Studium und Ausbildung. Heute öffnet sich die Tür, hinter der Ihr weiterer beruflicher Lebensweg liegt. An dieser Schwelle nutze ich die Chance, Ihnen einen guten Ratschlag auf diesen Weg mitzugeben.

Die Idee dazu ist mir vor wenigen Tagen gekommen, als Sie und ich noch mitten in der Staatsprüfung waren. Er beruht nämlich auf der Lektüre von zahlreichen Prüfungsklausuren.

Im Sprachstil dieser Klausuren hätte meine kleine Einleitung eigentlich so klingen müssen:

Sehr geehrte zu der hiesig stattfindenden Veranstaltung Gekommene!

Unter Zumausdruckbringen von Freude bezüglich Ihres Anwesendseins darf ich Ihr zahlreiches Kommen vermerken.

Bezüglich der hier anwesenden Diplomanden ist die Erreichung des Ausbildungsziels festzustellen,

bezüglich Angehöriger verschiedener Verwandtschaftsgrade sowie in ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften Verbundener ist Freude hinsichtlich der Beendigung prüfungsstressbedingter Verhaltensauffälligkeiten vorfindbar,

bezüglich der Repräsentanten dienstherrenfähiger Anstellungskörperschaften ist die diesbezügliche Amortisation des Ausbildungsaufwandes nebst in Aussicht stehender Personalzugänge zu verzeichnen

und bezüglich des Lehrkörpers sowie der Verwaltungskräfte der hiesig vertretenen Landeseinrichtung kann die erneute Abwicklung der Beschulungsverpflichtung des Anwärter/innen-Einstellungsjahrgangs 05 konstatiert werden.

Diese Art zu sprechen – oder zu schreiben – hat zwar etwas mit Deutsch zu tun, ist aber in Wirklichkeit „Behördisch“, auch bekannt als Beamtenchinesisch.

Sie alle kennen diese Sprachform, begegnet sie uns doch alltäglich und überall. Da wird aus der guten alten Mülltonne ein „Restwertstoffbehälter“, die Büsche am Autobahnrand heißen „Straßenbegleitgrün“ und unser Telefonbuch firmiert als „Amtliches Fernsprechteilnehmerverzeichnis“².

Manchmal kann „Behördisch“ sogar recht amüsant sein, etwa im vielzitierten Fall der Amtsgemeinde Langenbrücken in Bayern: Als eine Bäuerin eine Genehmigung für den Kauf von Rattengift benötigte, händigte man ihr folgende „Behördliche Beglaubigung“ aus:

„Das Bürgermeisteramt bestätigt hierdurch, dass die Mathilde Mayer von Ratten befallen ist. Da dieselbe einen anständigen Lebenswandel führt, kann man ihr Gift geben.“

Wenn unsere frisch gebackenen Inspektoren und Kommissare in Ihrem privaten Leben schreiben oder sprechen, hört sich das sicherlich nicht so an. Warum, habe ich mich gefragt, formulieren dieselben jungen Menschen völlig anders, wenn sie einen amtlichen Habitus annehmen und als Beamtinnen und Beamte schreiben. Um zu demonstrieren, was ich meine, habe ich Ihnen eine Reihe von Originalzitaten aus einer diesjährigen Staatsprüfungsklausur mitgebracht.

In dieser Klausur sollte eine „Verfügung“, also das Schreiben einer Behörde verfasst werden. Der Ausgangsfall ist schnell erzählt:

Ein altes Pärchen füttert aus falsch verstandener Tierliebe wilde Tauben. Diese finden das gut, kommen in großer Zahl – und hinterlassen überall ihren Kot. Das wiederum ärgert die Stadtverwaltung. Sie verbietet den Tierfreunden, weiterhin Tauben zu füttern.

In der Alltagssprache junger Menschen würde sich dieser kleine Sachverhalt vermutlich so anhören:

„Da sind so zwei Alte, die müssen unbedingt diese blöden Tauben füttern. Natürlich scheißen die Viecher alles voll, ist doch logo. Also gehört das verboten.“

Wenn genau dieselben jungen Menschen aber ein amtliches Schreiben aufsetzen sollen, dann vollzieht sich eine ganz seltsame Verwandlung. Dann hört sich das „wie folgt“ an. Ich zitiere:

„Da Sie regelmäßig Tauben füttern, stellen Sie eine Gefahr für die Volksgesundheit dar.

Da Schäden an der Gesundheit der Menschen zu befürchten sind, löst die drohende Beeinträchtigung individueller Schutzgüter das öffentliche Schutzinteresse aus.

Schutzgüter wie die Volksgesundheit dürfen nicht in überheblichem Maß durch ätzenden Taubenkot beeinträchtigt werden.

* Dr. Ludger Schrapper ist Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

1 Der Beitrag gibt die geringfügig überarbeitete Rede des Verf. aus Anlass der Diplomierungsfeier am 29.08.2008 in Köln wieder. Die Redeform wurde beibehalten. Mein Dank gilt Herrn Dr. Hermann Wilhelm für Anregungen und Material.

2 Weitere Beispiele in RHEINISCHE POST, Kampf dem Amtsdeutsch, Ausg. v. 15.08.2009, S. A 3.

Als Taubenfütterer bzw. Taubenfütterin missachten Sie die Vorschriften, ... auch wenn Sie hervorbringen, dass damals der Beschäftigte bezüglich dieser Bestimmung ungültig war.

Sie sind deshalb geeignet, durch das Einstellen des Fütterns zur Gefahrenabwehr besonders beizutragen.

Denn eine Nichtfütterung von Tauben führt nicht zu deren Verhungern, sondern zunächst die Vermehrung eingestellt und schließlich sich ein neues Revier gesucht würde.

Gemäß § 55 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen habe ich bei einem eventuellen Nichtnachkommen der Aufforderung zu 1.) das Zwangsmittel angedroht.

Abschließend wurde dem Erfordernis der Zustellung mittels Zustellungsurkunde genüge getan.“

Zitatende. Und alles nur Originalzitate!

Natürlich ist die erste Reaktion auf diese Formulierungen eine gewisse Heiterkeit. Und Lachen soll ja auch befreiend wirken. Dennoch möchte ich sofort einem Missverständnis vorbeugen: es geht hier nicht allein um humoristische Anekdoten. Und es geht erst recht nicht darum, sich über die jungen Verfasserinnen und Verfasser dieser Formulierungen lustig zu machen.

Wenn wir genauer hinschauen, geht es eigentlich um etwas sehr ernstes. Um die Frage nämlich, warum junge Menschen zu solch einer floskelhaften, ja verquasten Sprache greifen, sobald sie das Gefühl haben, sie müssten einen „amtlichen Ton“ anschlagen.

Aus pädagogischer Sicht liegt die Vermutung nahe, dass Unsicherheit dahinter steckt. Es ist zum Einen die Unsicherheit im – zugegeben – schwierigen Umgang mit sperrigen Rechtsvorschriften. Wer nicht so genau weiß, ob er richtig liegt, der greift – vorsichtshalber – zu „starken“ Formulierungen, zu Begriffen, die „amtlich“ klingen. Das überspielt die Unsicherheit, weil es sich irgendwie fachlich anhört.

Es ist aber auch die Unsicherheit im Umgang mit der neuen Rolle, für die man ausgebildet wurde. Als Beamtin oder Beamter repräsentiere ich schließlich die Staatsgewalt. Dazu muss ich Amtsautorität haben. Und die verschafft man sich auch mit einer amtlichen, mit einer „autoritären“ Sprache. Dazu schreibt Dieter Bütter, Leiter einer großen Aus- und Fortbildungseinrichtung in Westfalen: „Was Verwaltung mittels ihres Jargons gelingt, ist, starke Irritationen zu erzeugen, die die Position der Betroffenen zunächst einmal schwächen. Ihre Sprache ist in diesem Sinne ... ein Mittel der Macht.“³

Unsicherheiten im Umgang mit der neuen beruflichen Rolle sind auf den ersten Blick eine durchaus plausible Erklärung dafür, warum junge Menschen, die sich in eine neue Rolle einfinden müssen, so ganz anders formulieren als im privaten Bereich. Wer lernt, ist besonders empfänglich für die sozio-kulturellen Prägungen durch sein neues Umfeld. Und dass Lernen auch eine gutes Stück Kopieren beinhaltet, ist eine alte pädagogische Erkenntnis und als solche auch nicht weiter problematisch.

Was uns dagegen irritieren sollte, sind Tiefe und Kraft solcher Prägungen. Denn fachliche oder persönliche Unsicherheiten von Berufsanfängerinnen und – anfängern werden sich bei fortschreitender beruflicher Entwicklung legen. Mit wachsender Lebens- und Berufserfahrung stellt sich die nötige gelassene Professionalität ein. Diese wiederum ist Grundlage für die Entwicklung eigener Maßstäbe und Werthaltungen.

Und dennoch begegnet uns „Beamtenchinesisch“ allerorten; es ist allgegenwärtig und offenbar nicht auszurotten. Es wird tradiert, weitergegeben von Generation zu Generation. Da wir aber hier nicht von Folklore reden, drängt sich die Frage nach den tieferen Ursachen auf.

Vor gut 60 Jahren, bei Gründung unseres Landes Nordrhein-Westfalen, wies Rudolf Amelunxen, der erste Ministerpräsident, in einem Rundschreiben die damals junge Landesverwaltung darauf hin,

welch große Bedeutung eine bürgernahe, eine menschliche Verwaltungssprache hat. Er tat dies in dem sicheren Gefühl, dass die Verwaltung in den schweren Nachkriegszeiten keinen autoritären, sondern einen verständlichen und damit einen verständnisvollen, auf Akzeptanz ausgerichteten Ton anschlagen sollte.⁴

Heute würde man das als Kundenorientierung bezeichnen. Der Begriff „Bürgernähe“ trifft es noch besser.

Aber wie gezeigt, in den 60 Jahren, die seitdem vergangen sind, haben wir beim Amtsdeutsch offensichtlich nur begrenzte Fortschritte gemacht. Eine solch prägende Kraft kann die „Formulierungskultur“ des öffentlichen Dienstes nur haben, wenn sie tief in seinem Selbstverständnis verankert ist.⁵

Und wenn Sprache als Ausdruck unseres Denkens Spiegel unseres Bewusstseins ist, dann muss uns die allgegenwärtige Benutzung von „Behördisch“, von Beamtenchinesisch, sehr nachdenklich stimmen.

Dazu noch einmal Bütter: „Insofern ist die Sprache der Verwaltung ein deutlicher Beweis dafür, dass das ‚Denken der Verwaltung‘ nicht in dem Maße der Entwicklung nach 1945 gefolgt ist, wie dies ... in unserer Demokratie und aufgrund unserer modernen Verfassung wünschenswert wäre“⁶.

Was uns bei dieser Erkenntnis bis zu einem gewissen Grad trösten könnte, ist die Einsicht, dass wir nicht über ein typisch deutsches Phänomen reden – sondern offensichtlich über ein weltweit verbreitetes.⁷

Nun möchte ich einen so frohen Anlass wie die heutige Diplomierungsfeier mit solch kritischen Anmerkungen nicht über Gebühr beschweren. Und eines will ich deutlich sagen: Wir, Ihre akademischen Lehrerinnen und Lehrer, müssen uns angesichts des beschriebenen Befundes natürlich auch an die eigene Nase fassen. In einer dual ausbildenden Fachhochschule gilt der alte lateinische Satz „non scolae sed vitae discimus“ in besonderer Weise. Also müssen wir uns kritisch fragen, welches berufliche Selbstverständnis wir Ihnen vermitteln⁸.

Und dennoch durfte ich die heutige Gelegenheit nicht ungenutzt lassen. Denn heute verabschieden wir Sie ins Berufsleben. Es ist also die letzte Gelegenheit, Ihnen noch etwas ins „Reisegepäck“ zu geben.

Außerdem ruht auf Ihnen die Hoffnung, dass Sie als die Neuen, die Jungen, frischen Wind und damit Veränderung in die Amtsstuben tragen. Das ist einmal mehr eine Chance – und eine hohe Verpflichtung!

Deshalb hier der versprochene Ratschlag fürs Leben: Wenn Sie demnächst Bescheide oder Verfügungen oder was auch immer formulieren müssen und dabei einen „amtlichen Ton“ anschlagen: Seien Sie selbst nicht nur die Verfasser, sondern stets auch die ersten Leser dieser Schreiben. Und denken Sie dabei an die alte Volksweisheit, die lautet: Was Du nicht willst, dass man Dir tue, das füg' auch keinem ander'n zu.

Wenn man einen Ratschlag bekommt, dann heißt es oft: Denken Sie an meine Worte. Ich dagegen rate Ihnen: Denken Sie an Ihre Worte!⁹

3 DVP 1990, 176 <178>.

4 Zitiert nach Hansen, in: Dulisch/Schmahl Hg.), Wertewandel und Wertevermittlung, Brühl 1996, S. 64 ff.

5 Vgl. auch Hansen, a.a.O., S. 72 ff., der der Verwaltungssprache zwar zugestehet, allgemeine Verwaltungsprinzipien wie Unpersönlichkeit des Handelns oder Sachlichkeit zu spiegeln, gleichwohl eine „bürgerfreundliche“ Anwendung anmahnt.

6 A.a.O. (Fn. 2).

7 Vgl. DIE ZEIT, Ausg. Nr. 35 v. 21.08.2003. Zur Verwaltungssprache aus kommunikationstheoretischer Sicht vgl. auch Pippke, Umgang mit Publikum, Vieselbach/Erfurt 1993, m.w.N.

8 Vgl. auch Richthofen, Von der Behörde zur Hochschule, Gelsenkirchen 2007, S. 195 ff.

9 Hilfreich in diesem Zusammenhang: Bundesverwaltungsamt (Hg.), BBB-Arbeitsbuch Bürgernahe Verwaltungssprache, 4. Aufl., Bonn 2002 (www.bundesverwaltungsamt.de); vgl. auch www.moderne-amtssprache.de.

Die Geschäfte der laufenden Verwaltung in den Gemeinden

– unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in NRW – **

1. Bei der Verteilung der Entscheidungszuständigkeiten (Organ-kompetenzen) zwischen der von den Bürgern gewählten Vertretung (s. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG), deren Bezeichnung in den Kommunalverfassungsgesetzen der (Flächen-)Länder entweder **Rat** (s. § 40 Abs. 2 S. 1 GO NRW) oder **Gemeindevertretung/Stadtvertretung** (z.B. § 22 Abs. 1 KV-MV) oder auch **Stadtverordnetenversammlung** (z.B. § 9 Abs. 1 S. 3 GO Hessen) lautet, und dem inzwischen ebenfalls von den Bürgern gewählten Hauptverwaltungsbeamten, der einheitlich den Titel **Bürgermeister/Oberbürgermeister** führt, haben die Kommunalverfassungsgesetze in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland dem Hauptverwaltungsbeamten von jeher die **Geschäfte der laufenden Verwaltung** zugewiesen:

§ 44 Abs. 2 S. 1 GO Baden-Württemberg,

§ 63 Abs. 1 Buchst. e) Kommunalverfassung Brandenburg,

§ 66 Abs. 1 S. 2 GO Hessen,

§ 39 Abs. 3 S. 2 Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern,

§ 62 Abs. 1 Nr. 6 GO Niedersachsen,

§ 41 Abs. 3 GO Nordrhein-Westfalen,

§ 59 Abs. 3 S. 1 Kommunalselfverwaltungs-gesetz Saarland,

§ 53 Abs. 2 S. 1 GO Sachsen,

§ 63 Abs. 1 S. 2 GO Sachsen-Anhalt,

§ 55 Abs. 1 S. 2 GO Schleswig-Holstein.

„**Laufende Angelegenheiten**“ heißt es in

Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO Bayern,

§ 47 Abs. 1 Nr. 3 GO Rheinland-Pfalz,

§ 29 Abs. 2 Nr. 1 Thüringer Kommunalordnung.

In Nordrhein-Westfalen spricht darüber hinaus § 16 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit von „**laufende Geschäfte**“, die Eigenbetriebsverordnung von „**laufender Betriebsführung**“ (§ 2 Abs. 1 S. 2).

2. Der Begriff „Geschäft der laufenden Verwaltung“ ist übrigens erstmals in den Materialien zur preußischen Landgemeindeordnung vom 3.7.1891 zu finden. Zuvor hatte schon nach § 169 der preußischen Städteordnung vom 19.11.1808 der Magistrat „die ganze Geschäftsführung in allen das Gemeinwesen betreffenden Angelegenheiten“. Der Begriff Geschäfte der laufenden Verwaltung wurde dann vom Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 2.6.1905 (PrVBl 27, 233) im Zusammenhang mit einer Abgrenzung zu den formgebundenen Verpflichtungserklärungen nach § 56 der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30.5.1853 und zu § 88 der östlichen Landgemeindeordnung in die Rechtsprechung eingeführt, ohne ihn zu definieren. Auch Art. 17 Abs. 1 S. 5 der Gemeindeordnung Bayern von 1927 verwendete ihn. Bei Schmidt/Odenbreit „Verfassung der rheinisch-westfälischen Landgemeinden und Ämter“, Münster 1931, ist zu lesen: „So wird man die Verwaltung der zur Verfügung des Gemeindevorstehers oder einer Kommission ... freigegebenen Haushaltspositionen im allgemeinen als Geschäft der laufenden Verwaltung ansehen können, doch kommt es immer wieder auf die Absicht der Gemeindevertretung im Einzelfalle an“ (S. 407/408). Wie schwierig und letztlich unmöglich eine generelle Bestimmung dieses Begriffes schon damals war, wird beschrieben von G. Loewe

in „Die Verpflichtungserklärungen der Kommunalbehörden“, Berlin-Halensee 1929, S. 20 ff. Im Kontext mit diesen formgebundenen Verpflichtungserklärungen hat § 3 der Zweiten Durchführungsverordnung zu § 36 Abs. 2 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 den Begriff erläutert: „... werden als laufende Geschäfte regelmäßig die nach feststehenden Tarifen, Ordnungen usw. abzuschließenden Geschäfte des täglichen Verkehrs, ferner die im täglichen Verkehr sonst abzuschließenden Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- und Dienstverträge zu betrachten sein“.

Auch die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit wiederholt um die Ausdeutung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffes bemüht. Während das OVG NRW (OVGE 26,186/193) die regelmäßige Wiederkehr der Angelegenheit und deren Erledigung nach feststehenden Grundsätzen auf eingefahrenen Geleisen als die prägenden Kriterien in den Vordergrund rückt und weder auf die finanziellen Dimensionen noch auf Umfang und Schwierigkeit in rechtlicher Hinsicht abstellt, hat z.B. der BGH (Urt. v. 6.5.1997) Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der Gemeinde als bestimmende Merkmale erkannt. Für die weiteren Überlegungen möchte ich von dem folgenden Versuch einer Definition ausgehen:

Geschäfte der laufenden Verwaltung sind die in kürzeren Zeitabständen und mit gewisser Stetigkeit wiederkehrenden, routinemäßig zu erledigenden, konkreten und individuellen, nach außen wirkenden Verwaltungsangelegenheiten, die unter Berücksichtigung der Verwaltungs- und Finanzkraft der Gemeinde von weniger erheblicher Bedeutung sind und weder eine die Stadtentwicklung maßgeblich tangierende noch eine weittragende sonstige kommunalpolitische Wirkung entfalten.

3. Die in dieser Definition enthaltenen Kriterien erlauben zwar zunächst ein generalisierende Aufzählung von Beispielen (s. nachfolgende Positivliste), sie zwingen aber bei einigen Beispielen zu einer differenzierenden Beurteilung.

Positivliste (Beispiele ungeordnet):

- Einziehung einer öffentlichen Straße
- Erteilung/Versagung von Bodenverkehrs-genehmigungen
- Bewilligung von Sozialhilfe, Wohngeld, Fahrkostenerstattung für Schüler
- Erteilung von Baugenehmigungen, Gaststättenerlaubnissen, Sondernutzungserlaubnissen
- Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Tiefbau, Hochbau, Beschaffung von organisatorischen Hilfsmitteln wie Kopiergeräte, Büromöbel, Computer, Fahrzeuge

* Verwaltungsdirektor Welf Sundermann ist stellv. Studienleiter des Studieninstituts Westfalen-Lippe

** Alle Paragrafenangaben ohne Zusatz beziehen sich auf die Gemeindeordnung NRW

- Abschluss von Miet- und Pachtverträgen sowie Grundstücksverträge
- Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen
- Entscheidung über die Erhebung einer Klage
- Ausstellung von Reisepässen, Personalausweisen, Fischereischeinen, Jagdscheinen
- Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen
- Erlass von Ordnungsverfügungen, Abgabenbescheiden
- Beurkundung von Personenstandsfällen
- Bewilligung von Niederschlagung, Erlass, Stundung von Abgaben
- Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts
- Beschaffung und Bezug von Fachbüchern und Fachzeitschriften
- Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang im Einzelfall
- Verpflichtung zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten
- Pressemitteilungen, Pressekonferenzen, Öffentlichkeitsarbeit (Flugblätter, Faltblätter, Broschüren)
- Bewilligung von Wohnungsbaudarlehen

Der Erwerb eines großen landwirtschaftlichen Areals, das nach seiner Parzellierung zum Zwecke der Förderung des sozialen Wohnungsbaus wieder veräußert wird, ist sicher kein Geschäft der laufenden Verwaltung, im Gegensatz zum Erwerb von kleinen Grundstücksflächen zur Straßen- oder Straßenkreuzungsverbreiterung. Bei der Erhebung einer Klage ist die Klage gegen die Aufhebungsverfügung der Aufsichtsbehörde (§ 126 GO) einer Entscheidung des Rates vorbehalten, während eine Schadenersatzklage gegen einen Bauunternehmer wegen mangelhafter Bauleistungen ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist. Auch bei der Erteilung von Baugenehmigungen gibt es einen Unterschied, ob es um ein Wohn- oder Bürogebäude geht oder ob ein großer Supermarkt oder ein Einkaufszentrum zu genehmigen ist.

Soweit bei diesen Beispielen u.a. die stadtentwicklungsmäßig weittragende Bedeutung gegen die Annahme eines Geschäftes der laufenden Verwaltung spricht, folgt die Zuständigkeit des Rates für die zu treffenden Entscheidungen aus seiner Allzuständigkeit (§ 41 Abs. 1 S. 1 GO) mit der Möglichkeit, diese Entscheidungen auf Ausschüsse oder den Bürgermeister zu übertragen (§ 41 Abs. 2). In der Praxis neigt der Rat zur Delegation auf Ausschüsse, weil sich nur dort seine kommunalpolitische Zusammensetzung widerspiegelt.

Wollte der Rat hingegen die Erteilung von Genehmigungen für den normalen Wohnungsbau oder normale Grundstücksgeschäfte an sich ziehen wollen (und ggf. auf den Bauausschuss übertragen), so müsste er von seinem Rückholrecht nach § 41 Abs. 3 Gebrauch machen (für einen bestimmten Kreis von Geschäften).

Bei der Qualifizierung einzelner Entscheidungen als Geschäfte der laufenden Verwaltung muss auf den Zusammenhang mit einem bestimmten Aufgabenkreis geachtet werden. Die Beschaffung eines Dienstwagens für den Bürgermeister hängt mit dem Aufgabenkreis Fahrzeugbeschaffungen zusammen und ist deshalb genauso ein Geschäft der laufenden Verwaltung wie die Beschaffung eines Personkraftwagens für den Außendienst des Ordnungsamtes oder eines Müllfahrzeugs für den städt. Bauhof. Die Einziehung einer öffentlichen Straße „gehört zu einem Kreis von Verwaltungsgeschäften – ebenso wie die Widmung, die Umstufung oder Entscheidung über Sondernutzungen-, die dem Träger der Straßenbaulast obliegen“ (OVG NRW, Urt. v. 31.1.1985 – 9 A 741/82 –).

Negativliste (Beispiele):

- Erlass von Richtlinien zur Sportförderung, Kulturförderung, Wirtschaftsförderung
- Benennung, Umbenennung von Straßen

- Stiftung von Kulturpreisen, Umweltpreisen, einschließlich der Auswahl der Preisträger
- Festsetzung des Volkshochschul-Programms
- Abschluss von Städtepartnerschaften
- Entscheidung über die Bildung von Erschließungseinheiten (§ 130 Abs. 2 BauGB)
- Festlegung allgemeiner Auswahlkriterien für die Zulassung zu Volksfesten und Märkten, wie Kirmes, Weihnachtsmarkt u.a.
- Entscheidung über die Errichtung von Denkmälern, die Anbringung von Gedenktafeln
- Erteilung der Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Stadt“ und zur Verwendung des Namens der Stadt an Dritte, z.B. Stadtkafe, Stadtbäckerei, Stadtanzeiger, Stadtparfumerie / Autohaus Bünde, Knabenchor Gütersloh (vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.6.2006, DÖV 2007, 128).

Bei den Beispielen der Negativliste handelt es sich um Entscheidungen, die wegen ihrer Bedeutung zu den Alleinzuständigkeiten zählen (z.B. Abschluss von Städtepartnerschaften, Erlass von Kulturförderungsrichtlinien) oder übertragbare Angelegenheiten sind (letztes Beispiel in der Auflistung).

Wegen des Definitionsmerkmals „außenwirksam“ in der o.a. Definition gehören verwaltungsinterne (organisatorische) Entscheidungen (§ 62 Abs. 1, § 73 Abs. 1) genauso wenig zu den Geschäften der laufenden Verwaltung, wie der Erlass von Satzungen oder Rechtsverordnungen wegen der Kriterien „individuell und konkret“.

Die Personalangelegenheiten (§ 73 Abs. 3) sind durch das Wort „Verwaltungsangelegenheiten“ von den Geschäften der laufenden Verwaltung ausgenommen.

Davon abgesehen sind alle diese Entscheidungszuständigkeiten spezialgesetzlich auf die Gemeindeorgane verteilt.

Die Ausübung von Ermessen bei den zu treffenden Entscheidungen steht ihrer Zuordnung zu den Geschäften der laufenden Verwaltung nicht entgegen.

4. Die Festsetzung von Geldbetragsgrenzen bei monetär determinierten Entscheidungen (z.B. bei Auftragsvergaben, Grundstücksgeschäften, bei Stundung, Erlass von Geldforderungen) hat unterschiedliche Bedeutung. Sie kann zum einen der Konkretisierung des unbestimmten Gesetzesbegriffes „Geschäfte der laufenden Verwaltung“ dienen. Das ist immer dort der Fall, wo das entsprechende Kommunalverfassungsgesetz kein Rückholrecht der Vertretungskörperschaft kennt. So wird z.B. der Kreistag bzw. der Landschaftsausschuss davon Gebrauch machen, wenn er nicht alle diese Geschäfte dem Landrat/Direktor des Landschaftsverbandes überlassen will, denn ein Rückholrecht kennt weder die Kreisordnung noch die Landschaftsverbandsordnung. In diese Richtung zielte schon die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts:

„Die Führung der laufenden Verwaltung ist im allgemeinen Sache des Magistrats ohne Mitwirkung der Stadtverordnetenversammlung. Indes gehört zu den Geschäften der laufenden Verwaltung nicht die Beschlussfassung über Vergebung von Lieferungen und Arbeiten für neue Veranstaltungen der Gemeinde. Die alleinige Zuständigkeit des Magistrats könnte nur durch eine Satzung der Gemeinde, durch Ortsrecht, begründet werden. Der Begriff und der Umfang der laufenden Verwaltung stehen gesetzlich nicht fest. Deshalb könnten die städtischen Körperschaften eine allgemeine Bestimmung dahin treffen, dass die Auswahl der mit Lieferungen und Arbeiten für die Stadt zu betrauenden Personen dem Magistrat ohne Mitwirkung der Stadtverordnetenversammlung überlassen bleibt“ (s. bei Stier-Somlo, Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes in Preußen, 1919, Bd. I, S. 370 unter Hinweis auf Pr.OVGE 50,7).

Der Bay.VGH hat das in seinem Urt. v. 16.2.2006 (v. Mutius, Rechtsprechungssammlung zum Kommunalrecht, Entsch. Nr. 11 zu § 41 GO NRW) genau so gesehen: "In Richtlinien enthaltene Beträge zur Abgrenzung der Organkompetenzen von erstem Bürgermeister und Gemeinderat dienen im Haushalts- und Finanzbereich der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der laufenden Angelegenheiten ...".

In der Gemeindeordnung NRW übt der Rat dagegen mit der Festlegung einer Euro-Grenze sein Rückholrecht nach § 41 Abs. 3 GO aus für einen bestimmten Kreis von Geschäften. Das ist bei Auftragsvergaben durchweg üblich. Welcher dieser beiden Möglichkeiten die festgesetzte Betragsgrenze entspricht, hat entscheidende Bedeutung für die Anwendung des § 64 GO. Gehört eine Entscheidung im Rahmen der Begriffsbestimmung nicht mehr zu den Geschäften der laufenden Verwaltung, bedarf eine erforderliche Verpflichtungserklärung der Gemeinde der Unterschriften des Bürgermeisters und eines weiteren vertretungsberechtigten Bediensteten, andernfalls aber nicht (§ 64 Abs. 2 GO). Wenn nämlich die Betragsgrenze als Ausübung des Rückholrechts zu verstehen ist, dann bleibt die einzelne Angelegenheit oberhalb der Grenze sehr wohl ein Geschäft der laufenden Verwaltung, es wird lediglich die Entscheidungszuständigkeit verlagert.

Mit dem Instrument des Rückholrechtes kann der Rat den Kompetenzbereich des Bürgermeisters erheblich beschränken. Eine vollständige Aushöhlung dieser Zuständigkeiten ist durch die im Gesetz enthaltene Begrenzung auf Einzelfälle und auf bestimmte Kreise von Verwaltungsgeschäften ausgeschlossen. Aber auch der aus dem Staatsrecht entwickelte und auf das Verhältnis kommunaler Organe untereinander übertragbare Grundsatz der **Organtreue** bildet eine Schranke für die Ausübung des Rückholrechts. Dieser Grundsatz verpflichtet die Organe, sich so zu verhalten, dass die jeweils anderen Organe ihre Zuständigkeiten ordnungsgemäß wahrnehmen können. Bei der Ausübung von Organkompetenzen ist von Rechts wegen auf die Zuständigkeit anderer Organe Rücksicht zu nehmen (OVG NRW, Beschluss v. 6.12.2007, DVBl. 2008, 120 (122); VG Minden, Urteil v. 2.5.2001 – 3 K 3980/00). Denkbare politisch motivierte Einengungen der Zuständigkeiten des Bürgermeisters, z.B. weil der Bürgermeister nicht das Vertrauen der politischen Mehrheit im Rat besitzt (und das einfach deshalb, weil er eine andere politische „Farbe“ vertritt), sind gerichtlich nicht überprüfbar.

Das Rückholrecht kann für Einzelfälle durch Beschluss und für bestimmte Kreise von Geschäften durch Beschluss oder Hauptsatzung konkretisiert werden. Die Regelung durch Beschluss verschafft dem Rat größere Flexibilität und macht ihn unabhängig von der für den Erlass oder die Änderung der Hauptsatzung erforderlichen absoluten Mehrheit (§ 7 Abs. 3 S. 3 GO). Bei der Abstimmung über die Hauptsatzung ist der Bürgermeister stimmberechtigt, auch wenn nur diese Frage Gegenstand der Änderungssatzung sein sollte.

Streitigkeiten zwischen Bürgermeister und Rat über die Ausgestaltung des Rückholrechts werden als Organstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen. Richtige Klageart ist dabei die Feststellungsklage. In dem Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht wird der Rat durch den ersten stellvertretenden Bürgermeister vertreten. Dessen Befugnisse sind zwar nach § 67 Abs. 1 S. 2 GO grundsätzlich auf die Vertretung des Bürgermeisters bei der Leitung der Ratssitzungen und bei der Repräsentation begrenzt. Da in diesem Fall aber das Organ Rat vertreten sein muss, kommt dafür nur jemand in Frage, der als Mitglied des Organs dazu autorisiert ist, und da bleibt nur der erste stellvertretende Bürgermeister übrig. In der Praxis wird der dann einen Rechtsanwalt zur Prozessvertretung bevollmächtigen.

5. Nach § 26 Abs. 1 GO ist ein Bürgerbegehren nur zulässig, wenn die Verbandskompetenz der Gemeinde („eine Angelegenheit der Gemeinde“) und die Organkompetenz des Rates („an Stelle des

Rates) gegeben sind. Die Organkompetenz des Rates erfasst seine **gesetzlichen** Zuständigkeiten, was durch § 26 Abs. 5 Nr. 8 klargestellt wird. Das gilt zweifellos für die Alleinzuständigkeiten nach § 26 Abs. 1 S. 2 Buchst. a)–t), aber auch für die nach § 41 Abs. 2 delegierten Entscheidungen. Da alle nach § 41 Abs. 2 übertragenen Zuständigkeiten auf dem selben Wege zurück geholt werden können, auf dem sie übertragen wurden, bleiben sie im Sinne des § 26 Abs. 1 Zuständigkeiten des Rates. Es widerspräche eklatant dem Sinn und Zweck dieses Instruments, wenn der Rat durch großzügige Übertragung von Entscheidungszuständigkeiten diese Bereiche dem Bürgerbegehren/Bürgerentscheid entziehen könnte.

Fraglich ist allerdings, ob die Geschäfte der laufenden Verwaltung auch zu den gesetzlichen Zuständigkeiten des Rates zählen. In der Kommentierung Held (Wansleben), Erl. 2.5 zu § 26 GO (allerdings ohne nähere Begründung) wird das ebenso bejaht wie in der Monografie von Ritgen („Bürgerbegehren und Bürgerentscheid“ 1997, S. 183). Dem vermag ich nicht zu folgen.

Zunächst relativiert sich dieses Problem erheblich dadurch, dass die allermeisten Geschäfte der laufenden Verwaltung einem Bürgerentscheid bereits deshalb vorenthalten sind, weil einer der Verbotstatbestände des § 26 Abs. 5 greift. So gehören Auftragsvergaben aller Art auf Grund des § 30 Abs. 1 S. 1 GO (der über § 43 Abs. 2 auch für Ratsmitglieder gilt) wegen der Verschwiegenheitspflicht in den nichtöffentlichen Teil einer Rats- oder Ausschusssitzung (vgl. die VV Nr. 1 zu § 22 GO alter Fassung). Mit einem Bürgerbegehren und seiner breiten Öffentlichkeitsbeteiligung würde also ein **gesetzwidriges Ziel** (§ 26 Abs. 5 Nr. 9) verfolgt. Das trifft ebenso zu für alle Miet-, Pacht-, Grundstücksverträge (Geheimhaltung „ihrer Natur nach“ erforderlich), für alle gebundenen Verwaltungsakte (Baugenehmigungen, Gaststättenerlaubnisse, Abgabenbescheide), bei denen jede andere Entscheidung rechtswidrig wäre. Aus der o.a. „Positivliste“ sehe ich einzig das Beispiel „Einziehung einer öffentlichen Straße“ als relevant an. Deswegen allein bliebe der Streit rein akademisch.

Aber auch die Gesetzessystematik spricht m.E. gegen die Zulässigkeit von Bürgerentscheiden bei den Geschäften der laufenden Verwaltung. Richtig ist, dass die Formulierung in § 41 Abs. 3 „Geschäfte der laufenden Verwaltung gelten im Namen des Rates als auf den Bürgermeister übertragen“ die Delegation auf den Bürgermeister gesetzlich fingiert. Diese sprachliche Verrenkung ist der ersten nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung vom 21.10.1952 geschuldet, die gedanklich noch von der alleinigen Organschaft des Rates beherrscht war, die dann erst der Verfassungsgerichtshof NRW mit seinem berühmten „Freudenberger Urteil“ v. 21.8.1954 zu Gunsten des Gemeindedirektors aufweichte. Diese Formulierung hat alle Novellierungen und Neufassungen der Gemeindeordnung überlebt, obwohl spätestens mit der Reform von 1994 ein ganz neues Verhältnis zwischen Rat und hauptamtlichem Bürgermeister geschaffen wurde. Die jetzt auch für den Bürgermeister geltende unmittelbare demokratische Legitimation auf Grund seiner Wahl direkt durch die Bürger hätte eine durchgreifende Veränderung in der Kompetenzverteilung nach sich ziehen müssen. Das ist mit dem Reformgesetz vom 9.10.2007 z.B. im Bereich der Personalentscheidungen (§ 73 Abs. 3) geschehen. Aber auch der § 41 III muss im Lichte dieser strukturellen Neuordnung anderes betrachtet werden.

In Fortführung des Modells von den sechs Ebenen der gemeindlichen Funktionsverteilung, wie es Althaus in seinem Buch „Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in den vormaligen preußischen Ländern“, Herford 1957, S. 51 entwickelt hatte, stellt sich die Verteilung der Entscheidungszuständigkeiten wie folgt dar:

1. Ebene

Diejenigen Entscheidungen, die dem Rat gesetzlich zugewiesen sind, und die er nicht delegieren kann – ausschließliche Zuständigkeiten –, z.B. § 41 Abs. 2 S. 2 Buchst. a)–t).

2. Ebene

Diejenigen Entscheidungen, die dem Rat gesetzlich zugewiesen sind, und die er durch die Hauptsatzung oder durch Beschluss delegieren kann, z.B. § 41 Abs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 2 GO.

3. Ebene

Diejenigen Entscheidungen, die dem Bürgermeister gesetzlich zugewiesen sind, und die ihm der Rat durch einfachen Beschluss (oder Hauptsatzung) entziehen kann, z.B. § 41 Abs. 3 GO.

4. Ebene

Diejenigen Entscheidungen, die dem Bürgermeister gesetzlich zugewiesen sind, und die ihm der Rat nur durch die Hauptsatzung entziehen kann, z.B. § 73 Abs. 3 GO.

5. Ebene

Diejenigen Entscheidungen und Funktionen, die dem Bürgermeister gesetzlich zugewiesen sind, und die ihm der Rat nicht entziehen kann, z.B. §§ 62 Abs. 1, 63 Abs. 1, 73 Abs.3 (unterhalb der Führungsebene).

Im Sinne des § 26 Abs. 5 Nr. 8 gehören die Entscheidungen auf den Ebenen 3.– 6. zu den Angelegenheiten, für die der Rat keine gesetzliche Zuständigkeit hat. Es wäre im Übrigen trotz der unterschiedlichen Formulierungen nicht zu verstehen, warum die Bürger in Geschäften der laufenden Verwaltung gemeindlicher Angelegenheiten einen Bürgerentscheid anstreben dürfen, denselben Bürgern das aber in den entsprechenden Geschäften der Kreisverwaltung verwehrt bleibt. Warum soll ein Bürgerentscheid in Geschäften der laufenden Betriebsführung eines Eigenbetriebes der Gemeinde (§ 2 Abs. 1 S. 2 EigVO) unzulässig, in Geschäften der laufenden allgemeinen Verwaltung aber zulässig sein?

Gesetzliche Zuständigkeit ist die vom Gesetz zugewiesene Kompetenz. Und die Geschäfte der laufenden Verwaltung sind nun einmal dem Bürgermeister vom Gesetz zugeteilt. Schon Benner hat in seiner Monografie „Zuständigkeitsverteilung auf Gemeindedirektor und Rat“, Siegburg 1962, S. 44, zutreffend festgestellt:

„Die „gesetzliche“ Delegation – die „echte“ wie die „fingierte“ – ist eine unechte Delegation. Sie wird nicht vom Inhaber der Zuständigkeit, dem Rat, vorgenommen, sondern vom Gesetzgeber. Es handelt sich um eine funktionsteilende Delegation, die Organschaft begründet“.

Das OVG NRW spricht bereits in seinem Urteil v. 11.1.1956 –III A 1432/55- von dem „Regelfall der **gesetzlich begründeten** (Hervorhebung vom Verfasser) Zuständigkeit des Oberstadtdirektors“.

Überträgt der Rat **seine** gesetzlichen Zuständigkeiten auf Ausschüsse oder den Bürgermeister, bleiben sie auch nach der Delegation seine Zuständigkeiten und sind einem Bürgerentscheid zugänglich, und zwar unabhängig davon, ob die Zuständigkeiten durch einfachen Ratsbeschluss oder per Hauptsatzung delegiert wurden (OVG NRW, Ur. v. 19.2.2008, NWVBl. 2008, 269/270). Entzieht der Rat dem Bürgermeister Teilbereiche der Geschäfte der laufenden Verwaltung, wird damit zwar die Entscheidungszuständigkeit verlagert, nicht aber die gesetzliche Zuständigkeit des Bürgermeisters im Grundsatz aufgehoben.

Einer Unterscheidung nach dem Prinzip

- Rückholrecht ausgeübt, Rat entscheidet, Bürgerentscheid ist zulässig
- Rückholrecht nicht ausgeübt, Bürgermeister entscheidet, Bürgerentscheid ist unzulässig

wird wohl niemand ernsthaft das Wort reden.

Wäre ein solches Ergebnis vom Gesetzgeber gewollt, hätte er in § 26 Abs. 5 Nr. 8 nur das Wort „gesetzliche“ weglassen müssen. Dasselbe folgt nämlich schon aus § 26 Abs. 1 „an Stelle des Rates“. Wenn nun aber das Gesetz in Abs. 5 Nr. 8 verdeutlicht, dass damit nur die gesetzlichen Zuständigkeiten des Rates erfasst sind, sollte offensichtlich in gesetzlichen Zuständigkeiten des Bürgermeisters ein Bürgerentscheid verboten sein.

Die Gemeindeordnung Baden-Württemberg regelt dieses Problem übrigens umgekehrt. Sie verbietet einen Bürgerentscheid „über ... Angelegenheiten, die kraft Gesetzes dem Bürgermeister obliegen“. Dazu gehören nach § 44 Abs. 2 GO Baden-Württemberg die Geschäfte der laufenden Verwaltung. In der Kommentierung Ade u.a. (Komunal- und Schul-Verlag Wiesbaden) zu § 21 heißt es unter Nr. 2: „Bei Geschäften der laufenden Verwaltung wäre wegen ihrer unerheblichen Bedeutung ohnehin ein Bürgerentscheid nicht gerechtfertigt“.

Auch bei der Zuständigkeitsverteilung zwischen Rat und Bürgermeister gilt eben das, was schon Friedrich I. von Preußen als Ordensdevise des von ihm gestifteten Schwarzen Adlerordens ausgab und was sich zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ausgeweitet hat: *Suum cuique!*

Der Ruf nach einem Wegfall des Rückholrechts des Rates ist in der Vergangenheit und Gegenwart immer wieder ertönt und bis in die Gesetzentwürfe der verschiedenen GO-Neufassungen auch vorgebracht, in den politischen Beratungen aber genau so oft verhallt. Es ist hohe Zeit, ihm endlich zu folgen! Die vorbehaltlose Zuständigkeit des Bürgermeisters für die Geschäfte der laufenden Verwaltung ist das notwendige und logische Korrelat zu der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Bürgermeisters. Und alle anderen unter 1. aufgeführten Gemeindeordnungen sehen das genau so.



**Finke/Haurand/
Sundermann/Vahle**
**Allgemeines
Verwaltungsrecht**

Lehrbuch | 10., überarb. Aufl. | 420 Seiten |
DIN A5 | Broschur,
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0635-3

Die Verfasser des seit Jahren eingeführten Standardwerks stellen Aufbau und Aufgaben sowie Verfahren der öffentlichen Verwaltung, den Verwaltungsrechtsschutz, Verwaltungs-

zwang und die anderen Bereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf dem neuesten Stand dar.

Die neue, 10. Auflage berücksichtigt auch die jüngsten Entwicklungen im Bereich Gesetzgebung und Rechtsprechung – einschließlich der europäischen Ebene. Besonderes Augenmerk gilt nach wie vor der Methodik und Technik der Fallbearbeitung.



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

Abweichungsgesetzgebung 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.

Bestattungs- und Friedhofsrecht

– ein Überblick über Rechtsgrundlagen, Bestattungsformen und Kostenfragen

Es gehört zu den Binsenwahrheiten, dass auch der Tod nicht kostenfrei ist. Dies belegen anschaulich die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, die sich um Friedhofsgebühren, die Übernahme und Höhe von Bestattungskosten und den Kostenersatz bei behördlichen Zwangsmaßnahmen (Beisetzung als Ersatzvornahme für den Bestattungspflichtigen) drehen. Seit der Abschaffung des Sterbegeldes (2004) hat die traditionelle Form der Friedhofsbeisetzung in einer Grabstätte zunehmend an Bedeutung eingebüßt; kostengünstigere Alternativen werden immer beliebter (DER SPIEGEL 13/2008, S. 68).

I. Rechtsgrundlagen

Das Friedhofs- und Bestattungsrecht ist nicht bundeseinheitlich geregelt, sondern in **zahlreiche Landesrechte** – Friedhofsgesetze und -verordnungen – zersplittert (vgl. die Übersicht in Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 9. Aufl. 2004, S. 292 ff.). Eine **Bundeskompetenz** besteht nur für die Regelung der Sorge für die Gräber der **Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft** (Gräbergesetz). BGBl. I v. 19. 8. 2005, S. 2427).

Auf lokaler Ebene werden Fragen der Bestattung und der Nutzung von Friedhöfen durch **kommunale Satzungen** geregelt.

Das staatliche bzw. kommunale Recht wird überlagert oder ergänzt durch einschlägige **Rechtsvorschriften der Kirchen**. Die Religionsgemeinschaften – als Träger von Friedhöfen – haben in Kirchengesetzen und Satzungen Grundsätze über die Bestattung normiert und den kommunalen Satzungen entsprechende Detailregelungen getroffen. Die **katholische Kirche** hat im Codex des kanonischen Rechts (CIC) aus dem Jahre 1983 eingehende Regelungen über die Beisetzung getroffen sowie auch zur Frage der **Verweigerung eines Begräbnisses** aus schwerwiegenden religiösen Gründen. (s. hierzu Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 442 mit dem Hinweis darauf, dass ein **Kirchenaustritt** einem kirchlichen Begräbnis nicht ohne weiteres entgegensteht). Die **evangelischen Kirchen** verfügen demgegenüber **nicht** über ein **einheitliches Kirchen- und Bestattungsrecht**. Die Landeskirchen haben die Bestattung vielmehr in eigenen Ordnungen geregelt.

Beispiel: Rechtsverordnung über die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe der Ev.-Luth. Landeskirche Hannover v. 13.11.1973. Text bei Gaedke, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 9. Aufl. 2004, S. 616 ff. und Kirchl. ABI 1974 S. 1).

II. Totenfürsorgerecht

Spätestens nach einem Todesfall ist die Entscheidung zu treffen, **wo und auf welche Weise** die Beisetzung durchgeführt werden soll. Vielfach hat der **Verstorbene selbst** testamentarisch über die Bestattungsform verfügt oder zumindest formlos – z.B. durch Erwerb einer Grabstätte – entsprechende Wünsche geäußert. Dieser Wunsch ist zu

respektieren. Denn das Recht, den Ort der letzten Ruhestätte zu bestimmen und die Details der Bestattung zu regeln, ist Ausfluss des allgemeinen – verfassungsmäßig (durch Art. 1 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleisteten – **Persönlichkeitsrechts** (BVerwG, NJW 1990, S. 2079; VGH München, NVwZ-RR 1991, S. 259). Geschäftsfähigkeit wird insoweit nicht vorausgesetzt, maßgeblich ist vielmehr, ob der Betreffende **faktisch** in der Lage war, einen **sinnvollen Wunsch** zu äußern (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440).

Denkbar ist, dass der Verstorbene selbst keine Anordnungen getroffen, sondern einen **Dritten** mit der Wahrnehmung der Bestattungsangelegenheiten betraut hat, z.B. einen Freund, Lebensgefährten oder Testamentsvollstrecker. Der „letzte Wille“ muss allerdings mindestens schlüssig Ausdruck gefunden haben. Die Tatsache allein, dass der Verstorbene über einen längeren Zeitraum mit einem Freund bzw. einer Freundin zusammengelebt hat, dürfte nicht genügen, um dieser Person das Totenfürsorgerecht einzuräumen (BGH, NJW-RR 1992, S. 834). Ist der Wille des Verstorbenen nicht erkennbar, so steht das Bestimmungsrecht entsprechend § 2 des Gesetzes über die Feuerbestattung (FBG) bzw. nach den Bestattungsgesetzen den **nächsten Angehörigen** zu (BGH, FamRZ 1978, S. 15; s. z.B. § 12 i. V. mit § 8 BestG NRW). Allerdings kann das Totenfürsorgerecht auch einer Person zustehen, die nicht zum Kreis der an sich dazu berufenen Angehörigen zählt, z.B. einem **langjährigen Lebensgefährten** (OLG Karlsruhe, NJW 2001, S. 2980).

Ein **Streit zwischen Hinterbliebenen** über Art und Ort der Bestattung einer Urne – und damit über die Rangfolge des Rechts der Totenfürsorge – ist im **Zivilrechtsweg** auszutragen; der zuständigen Verwaltungsbehörde steht insoweit keine Eingriffsbefugnis zu (OVG NRW, NWVBl. 2008, S. 149).

III. Bestattungspflicht

1. Bestattungspflichtige Personen

Die Pflicht zur Bestattung eines Verstorbenen beruht auf den **öffentlich-rechtlichen** Normen der einzelnen Bundesländer. Diese legen auch fest, wer in concreto bestattungspflichtig ist (s. z.B. Art. 15 Bay. BestG, § 8 BestG NRW). Hauptsächlich sind die **Angehörigen** des Toten verpflichtet, darüber hinaus sind z. T. weitere Personen wie **Personensorgeberechtigte** oder **Betreuer** in den Kreis der Verpflichteten einbezogen. Regelmäßig legen die Rechtsvorschriften eine **Rangfolge** der Verpflichteten fest.

Beispiel: In NRW trifft die Bestattungspflicht in erster Linie Ehegatten bzw. Lebenspartner, sodann volljährige Kinder, die Eltern, volljährige Geschwister, Großeltern und volljährige Enkelkinder (sog. Hinterbliebene).

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

Unerheblich ist, ob die Familienverhältnisse zerrüttet sind oder intakt; der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, Einschränkungen etwa bei gestörten Familienverhältnissen vorzusehen. (VG Karlsruhe, NJW 2002, S. 3491). Fehlen ausdrückliche gesetzliche Regelungen über den Kreis der Bestattungspflichtigen, so können gewohnheitsrechtlich die „**nahen Verwandten**“ bestattungspflichtig sein. Nichten und Neffen hat das OVG Lüneburg allerdings nicht zu diesem Verwandtenkreis gezählt (Nds. Rpfl. 2004, S. 326). Die Bestattungspflicht deckt sich nicht automatisch mit der Totenfürsorgepflicht (s. o. Ziff. II). Auch der **Träger eines Krankenhauses** kann bestattungspflichtig sein, wenn der Verstorbene im Zeitpunkt seines Todes in dem Krankenhaus gelebt hat und Angehörige innerhalb der für die Bestattung bestimmten Zeit nicht aufzufinden sind (Hess. VGH, DVBl. 2003, S. 477).

2. Übernahme durch Verwaltungsträger

In der Praxis nehmen die Fälle zu, in denen die (bestattungspflichtigen) Angehörigen des Verstorbenen unbekannt oder sich nicht um die Leiche kümmern. Insoweit muss regelmäßig die zuständige (i. d. R. die Ordnungs-) **Behörde** für eine Bestattung sorgen (s. z.B. § 8 Abs. 1 Satz 2 BestG NRW). Diese Behörde beauftragt ggf. ein Bestattungsunternehmen mit der Beisetzung und fordert die **Kosten** für diese Maßnahme („Ersatzvornahme“) durch anfechtbaren **Leistungsbescheid** von den **primär bestattungspflichtigen Angehörigen** an (Stelkens u. Cohrs, NVwZ 2002, S. 917, 920 f.; Jahr, NWVBL 1998, S. 343; VGH Mannheim, NJW 1997, S. 3113; OVG NW, VR 1997, S. 102). Bei mehreren gleichrangigen bestattungspflichtigen Angehörigen (z.B. Kindern) kann die Behörde einen von ihnen zu den Kosten heranziehen; ggf. kann der Kostenpflichtige einen Ausgleichanspruch gegen die übrigen Pflichtigen geltend machen (VGH BW, VBIBW 2008, S. 137). Dabei steht der Behörde grundsätzlich ein Auswahlmessen zu, ob sie eine Erd- oder Feuerbestattung vornimmt. Das Übermaßverbot verpflichtet sie nicht, bei dieser Auswahlentscheidung allein auf die kostengünstigste Bestattungsform abzustellen; die Behörde kann sich vielmehr am (mutmaßlichen) **Willen des Verstorbenen** orientieren. (VGH Mannheim, NVwZ 2002, S. 995). Allerdings kann von der Kostenerhebung abgesehen werden, wenn sie für den Schuldner eine „**unbillige Härte**“ bedeuten würde.

Beispiel: Dies lässt sich vertreten bei der Verletzung von Unterhaltspflichten oder bei grober Misshandlung durch den Verstorbenen, nicht aber bei bloßem Getrenntleben oder Enterbung (OVG NW, NWVBL 1998, S. 347 m. w. N.).

Legt der von der Behörde in Anspruch genommene Pflichtige **Widerspruch** ein, so hat dieser **grundsätzlich aufschiebende Wirkung** (VGH Bad.-Württ., DVBl. 1999, S. 1733).

IV. Erdbestattung auf einem Friedhof

1. Friedhofszwang

Die Bestattung von **Leichen** auf einem **kommunalen oder kirchlichen Friedhof** als **Regelfall** ist fast ausnahmslos landesrechtlich vorgeschrieben (siehe hierzu Spranger, NWVBl. 2004, S. 9, 12). **Ausnahmen** von der Erdbestattung auf einem Friedhof (z.B. bei der Seebestattung; dazu später u. Ziff. V, 2) können zugelassen werden. Sinn und Zweck des sog. **Friedhofszwangs** ist zum einen die **Wahrung der Pietät** und der **Schutz des sittlichen Gefühls** weiter Bevölkerungskreise; daneben sind hierfür auch **bau- und verkehrsplanerische Gründe** maßgebend (BVerfGE 50, S. 256 ff.; HessStGH, DVBl. 1969, S. 34).

Die Einhaltung des Friedhofszwangs kann – ausnahmsweise – **entfallen**, wenn die Beisetzung auf einem öffentlichen Friedhof für den „Betroffenen“ oder dessen Angehörige **unzumutbar** wäre, insbesondere aus **Glaubens-, Gewissens- oder Bekenntnisgründen** i. S. des Art. 4 GG (BVerfGE 45, S. 224).

Nach den einschlägigen Regelungen müssen solche und vergleichbare „**besondere Gründe**“ es rechtfertigen, einen **privaten Bestattungsort** anzulegen und dort Beisetzungen vorzunehmen (s. z.B. Art. 12 Bay. BestG, § 3 Sächs. BestG). In Sachsen-Anhalt dürfen nur noch vorhandene private Bestattungsorte genutzt werden; eine erstmalige Anlegung ist ausgeschlossen (§ 19 Abs. 4 BestattG LSA). Dies kann etwa gelten für Familien mit einem seit Jahrhunderten benutzten **Familiengrab** (Mausoleum) und entsprechender Beisetzungstradition. Auch der **Halligbauer** dürfte auf seinem Grund und Boden beigesetzt werden können, wenn die Grabpflege auf dem Festland für die Angehörigen mit unzumutbaren Schwierigkeiten verbunden wäre. Ansonsten ist die **Genehmigungspraxis** durchweg **restriktiv**, nicht zuletzt, um den Verwaltungsaufwand bei der notwendigen Überwachung privater Begräbnisplätze gering zu halten (OVG NW, NVwZ-RR 1998, S. 431). Im Regelfall werden derartige Ausnahmegenehmigungen nicht erteilt. Insbesondere der Umstand, dass seuchenhygienische und wasserrechtliche Bedenken gegen eine Bestattung auf einer privaten Fläche nicht bestehen, begründet keinen Ausnahmebestand; vielmehr handelt es sich hierbei um **zusätzliche Anforderungen** (s. z.B. § 3 Abs. 3 Sächs. Bestattungsgesetz). Entsprechendes gilt für eine besonders intensive Beziehung des Verstorbenen zu seinem Grundstück. Auch der Wunsch, keinem „Beisetzungskult“ ausgesetzt zu sein, rechtfertigt keine private Grabstätte. Derartige Wünsche lassen sich auch auf einem öffentlichen Friedhof realisieren, z.B. durch die Entscheidung für ein (Wahl-)Grab in einem bestimmten Abschnitt des Friedhofes.

Liegt andererseits ein „**besonderer Fall**“ vor, so hat der Antragsteller trotz anders lautender Formulierungen in den Ausnahmeregelungen („kann“) einen **Rechtsanspruch** auf die Erteilung der Erlaubnis (BVerfGE 45, S. 224).

Dem Friedhofs- und Bestattungszwang entspricht – gewissermaßen als positive Kehrseite – ein **Zulassungsanspruch** der Bewohner der betreffenden Gemeinde bzw. des Gemeindeteils (s. zur Sonderfrage, ob dieser Anspruch auch für **Tot- und Fehlgeburten** gilt: Isensee und Jakobs, NWVBl. 2002, S. 323, 326).

Auch **kirchliche** (konfessionsgebundene) Friedhöfe müssen für Angehörige **anderer Konfessionen** oder für **Bekenntnislose** „geöffnet“ sein, wenn sie eine **Monopolstellung** innehaben (Nds. OVG, DBVl 1993, S. 266, 267).

2. Die Friedhofsträger

Friedhöfe werden z. T. als **kommunale „Einrichtungen“** errichtet bzw. geführt; ein großer Teil der Friedhöfe befindet sich jedoch **in kirchlicher Hand**. Die Landesgesetze (s. z.B. § 2 BestG NRW) schreiben für die Errichtung und Erweiterung eines Friedhofes eine behördliche **Genehmigung** vor. Dies eröffnet für Eigentümer von Nachbargrundstücken die Möglichkeit einer Anfechtung (s. z.B. VG Ansbach, NVwZ 1999, S. 1019). Die Kirchen nehmen als Friedhofsträger gemeindliche Aufgaben wahr. Konsequenterweise wird ihnen daher ebenfalls das Recht eingeräumt, die Benutzung durch „Satzungen“ zu regeln und öffentlich-rechtliche Einzelmaßnahmen zu treffen (s. näher Renck, DÖV 1993, S. 517 ff.). Die Tätigkeit der Kirchen bei der Unterhaltung von Friedhöfen wird i. d. R. als **öffentlich-rechtlich** gewertet, wenn und soweit der Träger nicht ausdrücklich im Einzelfall erklärt, privatrechtlich handeln zu wollen (BayVGH,

BayVBl 1986, S. 271; Renck, DÖV 1993, S. 517, 521). Aufgrund dieser Gleichstellung mit kommunalen Friedhöfen ergeben sich **weitgehend parallele Regelungen** in den Friedhofsstatuten bzw. -ordnungen, so dass hiervon abweichende Besonderheiten spezifisch kirchenrechtlicher Art nicht näher behandelt werden sollen. Einige Bestattungsgesetze sehen die Übertragung des Friedhofsbetriebs im Bereich **Feuerbestattung** (s. u. Ziff. V, 1) auf einen **privaten Rechtsträger** vor (sog. Übernehmer z.B. gem. § 1 Abs. 4 BestG NRW; § 24 BbgBestG); s. hierzu Köster u. Schulz, DÖV 2008, S. 362; Hönes, NVwZ 2002, S. 962, 964; VG Köln, NWVBl. 2006, S. 468).

Neben den (inner-)kirchlichen Vorschriften gelten für die von Kirchengemeinden unterhaltenen Friedhöfe grundsätzlich die gleichen gesetzlichen Bestimmungen wie für kommunale Friedhöfe. Speziell bei Friedhöfen mit **Monopolstellung** sind die kirchlichen Träger **rechtlich gebunden**. Kirchliche/religiöse Vorstellungen können in diesem Fall nicht in gleicher Weise verwirklicht werden wie bei den übrigen Friedhöfen (ohne Monopolcharakter). Dies gilt etwa für die Bestimmungen über die Grabsteingestaltung in kirchlichen Friedhofsordnungen (s. näher Gaedke, a.a.O., S. 166 ff., a. A. Renck, DÖV 1993, S. 517, 521; s. im übrigen auch Ziff. IV, 5b).

Streitigkeiten zwischen Friedhofsträgern und Bürgern werden aufgrund dieser rechtlichen Einordnung demgemäß vielfach vor den **staatlichen Verwaltungsgerichten** ausgetragen; dies gilt auch für **kirchliche Amtshandlungen** im Friedhofsrecht (VGH München, NVwZ 1991, S. 794; BVerwG, NJW 1990, S. 2079 für Klage auf Errichtung eines Grabmals auf jüdischem Friedhof; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, S. 94 wegen Heranziehung zu Friedhofsgebühren). Demgegenüber kann der **Zivilrechtsweg** eröffnet sein, wenn es um die Entscheidung über einen (behaupteten) Anspruch auf gleichmäßige Berücksichtigung bei der Auftragserteilung (an Bestattungsredner) durch eine kommunale Bestattungsanstalt geht (BayVGh, GewArch 2004, S. 335).

3. Verkehrssicherungspflicht auf Friedhöfen, sonstiges Zivilrecht

Dem Friedhofsträger bzw. der Friedhofsverwaltung obliegt die Verpflichtung, die „Verkehrssicherheit“ auf dem Friedhof herzustellen und dafür zu sorgen, dass die „Besucher“ (im weiteren Sinne) – bei Beachtung der Benutzungsregelung – nicht gefährdet oder geschädigt werden. Diese **sog. Verkehrssicherungspflicht** erstreckt sich nicht nur auf die Hauptwege, sondern auch auf die Seiten- und Nebenwege, die Grabpfade sowie alle übrigen Zugänge zu den Gräbern (VGh Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 308, 309; s. zu Einzelheiten Gaedke, a.a.O., S. 73 ff.). Des Weiteren muss der Friedhofsträger **Grabmale** auf ihre **Standsicherheit** überprüfen; diese Verpflichtung trifft im übrigen auch die **Nutzungsberechtigten**. Verlangt wird insoweit eine **sog. Rüttelprobe** in gewissen Abständen (z.B. zweimalige Kontrolle im Frühjahr und Herbst), um die Festigkeit des Grabmals zu kontrollieren. (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 446).

Beispiel: In Wahrnehmung seiner Verkehrssicherungspflicht kann der Anstaltsträger notfalls berechtigt sein, nicht mehr standfeste Grabmale zu sichern oder sogar umzulegen (VG Darmstadt, NVwZ 1999, S. 1020, 1021).

Im Übrigen beschäftigen Friedhöfe nur recht selten die Zivilgerichte. Eher skurril ist der vom OLG Düsseldorf (NJW- RR 1998, S. 921) entschiedene Fall, in dem versucht wurde, einen **Reisemangel** daraus herzuleiten, dass das **Urlaubshotel an einem Friedhof gelegen war**.

4. Schließung und Entwidmung eines Friedhofs

Friedhöfe können durch den Träger nicht nur eröffnet, sondern auch wieder „geschlossen“ werden (s. § 3 Abs. 1 BestG NRW). Eine **Schließung** ist jedenfalls dann zulässig, wenn ein hinreichender (z.B. die Gesundheit gefährdender) Grund vorliegt und andere Bestattungsmöglichkeiten in der Gemeinde vorhanden sind (Gaedke, a.a.O., S. 56.). Dies hat zur Folge, dass keine weiteren Bestattungen mehr vorgenommen werden dürfen. Die alten Grabnutzungsrechte und die Besuchsrechte bleiben indessen hiervon unberührt. Auch am Fortbestand seiner Zweckbestimmung – Gewährleistung der Totenruhe und – verehrung – ändert sich nichts, so dass staatliche Eingriffe auch in einen geschlossenen kirchlichen Friedhof (z.B. Inanspruchnahme für Verkehrszwecke) unzulässig sein können (OVG Saarlouis, NVwZ 2003, S. 1004).

Eine **Entwidmung** geht weiter: Der Friedhof verliert seinen Charakter als Bestattungsort endgültig und darf folglich einer anderen Verwendung zugeführt werden. Sie ist demgemäß auch nur dann zulässig, wenn sämtliche Ruhefristen abgelaufen sind oder der Friedhofsträger zumindest gleichwertige Grabstätten angelegt und kostenlose Umbettungen (s. unter Ziff. IV, 6) durchgeführt hat (so § 3 Abs. 2 BestG NRW); zudem muss vorher eine Außerdienststellung erfolgen. In der Außerdienststellung und Entwidmung eines Friedhofs werden **Verwaltungsakte** i. S. des § 35 VwVfG erblickt, so dass beide Maßnahmen mit Widerspruch und (Anfechtungs-)Klage vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden können (BVerwG, NWVBl 1993, S. 13).

5. Die Grabstelle

a) Arten und Rechtslage

aa) Erdbestattung

Im Rahmen der **sog. Erdbestattung** (als Traditionsform der Beisetzung) wird der Verstorbene in einem Sarg in einem Wahl- oder Einzelgrab beigesetzt. Die Grabplätze werden regelmäßig gegen Entgelt erworben. Der „Käufer“ erwirbt indessen nicht das Eigentum an einer Grabstelle, sondern (nur) das Nutzungsrecht für einen bestimmten Zeitraum. Die **Nutzungsfristen** bei den Grabstellen sind nicht einheitlich, sondern betragen zwischen **10 und 50 Jahren** (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 444). Weit verbreitet sind Mindestfristen von 15 bis 30 Jahren. Bei **Familiengräbern** muss die Mindestbenutzungsdauer **deutlich mehr als 15 Jahre** betragen, denn die Mitglieder einer Familie sterben i. d. R. nicht gleichzeitig (VGh München, NVwZ 1991, S. 794, 795; BVerwG, DÖV 1974, S. 390).

Im Übrigen wird unterschieden zwischen Sondergrabstätten und sog. Reihengrabstätten.

(1) Sondergrabstätten

Bei den **Sondergrabstätten (Wahlgrabstätten)** kann man Lage und Größe des Grabplatzes bestimmen. Die Nutzungsdauer kann nach Maßgabe der Friedhofsordnung nach Ablauf der ursprünglichen Zeitspanne verlängert werden. Auch kann das Nutzungsrecht an einem Wahlgrab vom jeweiligen Nutzungsberechtigten auf einen Angehörigen übertragen werden (BVerwG, NJW 1992, S. 2908). Allerdings sind auch die Nutzungsrechte an Wahlgrabstätten nicht als vermögenswerte Rechte des Privatrechts anerkannt und genießen demgemäß auch keinen umfassenden verfassungsrechtlichen Schutz durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Sie werden vielmehr als

subjektiv-öffentliche Sondernutzungsrechte eingestuft (BVerwGE 11, S. 68, 71; DÖV 1974, S. 390, 391; BGHZ 25, S. 200, 208; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, S. 94, 95). Der Fortbestand derartiger Wahlgrabstätten ist demgemäß nicht (verfassungs-)rechtlich gesichert, so dass er von der Leistung **weiterer Kosten abhängig** gemacht werden darf. Ursprünglich unbefristet erworbene Wahlgrabstätten bzw. Rechtspositionen können später **befristet** und mit einer – gebührenpflichtigen – Verlängerungsmöglichkeit versehen werden (OVG Lüneburg, a.a.O.). „**Ewigkeitscharakter**“ kommt somit auch den Erbgrabstellen **nicht** zu (OVG NW, NVwZ 1992, S. 1214). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dürfen derartige „Altrechte“ jedoch nicht ohne weiteres beseitigt werden, vielmehr ist der Friedhofsträger gehalten, durch Übergangsregelungen derartige Grabrechte „weich“ auslaufen zu lassen (z.B. durch eine achtjährige Auslaufregelung im Falle des OVG Lüneburg, a.a.O.) oder eine Verlängerung durch Gebührenzahlung einzuräumen (OVG Koblenz, NVwZ 1990, S. 96,99). Eine Beschränkung der Nutzungszeit auf die Dauer der **Ruhezeit** (die Ruhefrist orientiert sich daran, in welchem Zeitraum die natürliche Verwesung der Leiche eintreten kann) ist bei Wahlgrabstätten allerdings grundsätzlich nicht zulässig (VG Gießen, DÖV 2005, S. 439).

(2) Reihengrabstätten

Bei den (kostengünstigeren) **Reihen (-Einzel-) gräbern** werden die Beisetzungsfelder von der Friedhofsverwaltung festgelegt, und die Gräber werden – zeitlich und räumlich – „der Reihe nach“ belegt. Der Bestattungsanspruch richtet sich nicht auf eine bestimmte Grabstelle, sondern nur auf die Gewährung einer Grabstelle schlechthin. Die Einzel- oder Reihengräber werden nur für die **Dauer der Ruhefrist** zur Verfügung gestellt. Nach deren Ablauf erlischt das Nutzungsrecht; eine **Verlängerung** ist grundsätzlich **nicht möglich** (Gaedke, a.a.O., S. 155).

b) Die Grabgestaltung

Die **Gestaltung** des Grabes und die **Bepflanzung** sind vielfach Gegenstand der Friedhofsordnungen bzw. -satzungen, die teilweise eine recht (zu) hohe Regelungsintensität aufweisen. Die Vorschriften über die Gestaltung der Grabstätten dürfen jedoch nur so weit gehen, wie es der **Friedhofszweck** (insbes. Ehrung der Toten) verlangt.

Beispiel: In einer Grabmalgestaltungsvorschrift kann zulässigerweise die Vollabdeckung der Grabstätten gefordert werden, wenn durch ein geologisch-bodenkundliches Gutachten geklärt ist, dass diese Maßnahme zur Erreichung des Friedhofszwecks – ungehinderte Leichenverwesung innerhalb der Ruhezeit – geeignet ist (OVG NW, NVwZ 1998, S. 869).

Die Friedhofsverwaltungen müssen die grundgesetzlich geschützte (gem. Art. 2 Abs. 1 GG) **Freiheit bei der Gestaltung der letzten Ruhestätte** beachten; andererseits haben sie dafür zu sorgen, dass die Grabgestaltung dem **Pietätsgebot** entspricht. Ausgefallene Wünsche und besonders „originelle“ Grabinschriften lassen sich vor diesem Hintergrund nicht immer verwirklichen. **Besondere** – d.h. weitergehende, **nicht** durch den Friedhofszweck gebotene – Vorschriften darf der Friedhofsträger nur dann erlassen, wenn gewährleistet ist, dass auf **anderen Friedhöfen bzw. Friedhofsteilen** Grabfelder zur Verfügung stehen, die den besonderen (z.B. religiös/kirchlich motivierten) Gestaltungsvorschriften nicht unterliegen (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, S. 359; NVwZ-RR 1990, S. 308; DÖV 1988, S. 474; VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, S. 505; BVerwG, NJW 1964, S. 831).

In **bestimmten Abteilungen** darf der Friedhofsträger somit im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens seine **ästhetischen Anschauungen** durch spezielle Gestaltungsvorschriften durchsetzen, z.B. in Bezug auf die Grabeinfassung oder die Materialien (OVG NW, DÖV 1991, S. 613: Verbot eines Aluminiumgrabmals; HessVGH, DVBl 1994, S. 342: Verlegung einer steinernen Abdeckungsplatte auf einem denkmalgeschützten Friedhof). Diese Einschränkungen müssen allerdings **normenklar** für den Nutzungsberechtigten zum Ausdruck kommen (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, S. 308 mit Negativbeispiel).

Regelungen in den Friedhofsordnungen (und hierauf basierenden Grabmal- und Bepflanzungsordnungen) befassen sich des Weiteren auch mit der **Veränderung** von Grabmalen und ihrer **Erhaltung** sowie **Entfernung**; auch die Verwendung von **Grabschmuck** kann Gegenstand von Vorschriften sein. Zuweilen gehen die Regelungen (zu) sehr ins Detail, wenn z.B. die Buchstabengröße bei Inschriften nach oben und unten fixiert wird. Es muss bezweifelt werden, ob etliche Regelungen noch mit dem Friedhofszweck vereinbar sind und die Gestaltungsfreiheit der Nutzungsberechtigten zulässigerweise einschränken. Besondere Gestaltungsvorschriften sollten an der entsprechenden Formulierung der Leitfassung des Deutschen Städtetages für eine Friedhofssatzung (§ 20) gemessen werden (abgedruckt bei Gaedke, a.a.O., S. 657 ff.).

Für die Art der Grabgestaltung ist – wie bei der Wahl der Bestattungsform und des -ortes – in erster Linie der **Verstorbene selbst** „zuständig“. Wenn und soweit ein erkennbarer Wille des Verstorbenen nicht vorhanden ist bzw. nicht ermittelt werden kann, dürfen die **nächsten Angehörigen** die Gestaltung des Grabes bestimmen. (Gaedke, a.a.O., S. 107 ff.); insoweit gilt für die Rangfolge der Angehörigen wieder die in § 2 FBG zum Ausdruck gekommene Wertung, die weitgehend in die landesrechtlichen Bestattungsregelungen eingeflossen ist (s. z.B. § 12 Abs. 2 BestG NRW).

Wird die Grabnutzung durch die Gestaltung – z. B. Bepflanzung – einer **anderen Grabstätte** unmöglich gemacht oder unzumutbar erschwert, so muss der Friedhofsträger einschreiten und die erforderlichen Maßnahmen treffen (VGH Kassel, NVwZ-RR 1998, S. 434; u. U. Beseitigung eines Baumes auf der Nachbargrabstätte).

c) Pfändbarkeit eines Grabsteins

Da speziell Grabsteine einen nicht unerheblichen Wert haben können, sind sie für Gläubiger des Verstorbenen bzw. der Erben auch als Zugriffsobjekt von Interesse. Als **sog. Scheinbestandteile** (vgl. § 95 Abs. 1 BGB) unterliegen sie den Regeln der Mobiliarpfändung, so dass ggf. der **Gerichtsvollzieher** für die Pfändung zuständig ist. Allerdings befindet sich ein Grabstein im **Gewahrsam der Friedhofsverwaltung**, so dass es ihrer **Zustimmung** bedarf (§§ 808, 809 ZPO).

Umstritten ist, ob und inwieweit bei Grabsteinen ein **Pfändungsschutz** in Betracht kommt. Unpfändbar sind nach § 811 Nr. 13 ZPO die zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenstände (z.B. Sarg, Leichenhemd). Nach einer Meinung erfasst diese Vorschrift **auch die Grabsteine** (LG Verden, DGVZ 1990, S. 31; LG Oldenburg, DGVZ 1992, S. 92). Eine vermittelnde Auffassung lässt – aus Pietätsgründen – nur eine Pfändung **zugunsten von Lieferanten bzw. des Steinmetzes wegen seines Werklohnanspruchs** zu (LG Braunschweig, NJW-RR 2001, S. 715; AG Miesbach, MDR 1983, S. 499). Die wohl h. M. verneint den Pfändungsschutz bei Grabsteinen und hält in **Härtefällen** allenfalls einen **Vollstreckungsschutz** nach § 765a ZPO für möglich (OLG Köln, OLGZ 1993, S. 113; LG Hamburg, DGVZ 1990, S. 90, 91; LG Wiesbaden, NJW-RR 1989,

S. 575, 576; LG Koblenz, DGVZ 1988, S. 11). Für diese „strenge“ Auffassung spricht der Wortlaut des § 811 Nr. 13 ZPO, der nur die „**unmittelbar**“ der Bestattung dienenden Gegenstände von der Vollstreckung ausnimmt. Allein Pietätsgesichtspunkte haben im Recht der Zwangsvollstreckung keinen ausreichenden Niederschlag gefunden und können nicht zur Erweiterung des § 811 Nr. 13 ZPO mit der Folge der Gläubigerbenachteiligung führen. Solche (Pietäts-) Überlegungen müssen jedenfalls dann zurücktreten, wenn der Gläubiger auch einen Herausgabeanspruch aus (vorbehaltenem) Eigentum geltend machen könnte (BGH, Beschl. v. 20.12.2005 – VII ZB 48/05).

d) Grabpflege

Aus dem Nutzungsrecht an der Grabstätte ergibt sich – als Kehrseite – die **Verpflichtung zur Anlage und zur Pflege** der Grabstätte nach näherer Maßgabe der Friedhofsordnung bzw. der ergänzenden „Ordnungen“. Die dem Nutzungsberechtigten obliegende Grabpflege kann durch Vertrag auf den Friedhofsträger übertragen werden (**sog. Grabpflegevereinbarung**). Des Weiteren kann der Nutzungsberechtigte das Grab auch durch **Beauftragte** pflegen lassen, insbesondere einen (beliebigen) Gärtner damit beauftragen („Dauerpflegevertrag“). Es wäre nicht zulässig, wenn der Friedhofsträger nur bestimmte Friedhofsgärtner „zulassen“ würde (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 446). Schließlich kann der Erblasser durch Testament bzw. Erbvertrag den **Erben** oder einen **Vermächtnisnehmer** zur Grabpflege verpflichten (vgl. § 1940 BGB). Zulässig ist es auch, im Rahmen des „Altenteils“ die Pflicht zur Grabpflege **dinglich** (als Reallast) abzusichern und im Grundbuch eintragen zu lassen (BayObLG, NJW-RR 1998, S. 464).

Zuweilen kommt es zu einem Streit darum, ob auch **nicht nutzungsberechtigte Personen** sich mit der Grabpflege befassen dürfen, z.B. zwischen der geschiedenen ersten Frau des Verstorbenen und der zweiten Ehefrau (der Nutzungsberechtigten). Maßgebend ist auch insoweit der (mutmaßliche) **Wille des Verstorbenen**. (Zimmermann, ZEV 1997 S. 440, 446). Hat der Verstorbene zu Lebzeiten keinen Willen in bezug auf die Totenfürsorge geäußert, so steht das Grabpflege-recht den **nächsten Angehörigen** zu, z.B. dem überlebenden Ehegatten im Verhältnis zur Mutter des Verstorbenen (AG Grevenbroich, NJW 1998, S. 2063).

Das **Eigentum am Grabschmuck** (Blumen, Pflanzen, Gewächs) kann – als wesentlicher Bestandteil des Bestattungsortes – im Eigentum des Grundstückseigentümers, d.h. i.d.R. des Friedhofsträgers (§ 94 BGB), stehen. Werden allerdings bei einer Beerdigung Blumen, Kränze und Gestecke niedergelegt, so bleibt der Niederlegende einstweilen Eigentümer, bis der Grabschmuck von berechtigten Personen (z.B. dem Friedhofsverwalter) entfernt wird. Auch die ins Grab mitgegebenen Sachen bleiben im Eigentum des Gebers. 65 (Hönes, LKV 2002, S. 49, 56).

Beispiel: Dritte, die Blumen und Kränze wegnehmen – etwa ein Blumenhändler zwecks „Zweitverwertung“ – begehen einen Diebstahl (§ 242 StGB).

e) Entzug des Nutzungsrechts

Das **Nutzungsrecht** an einer Grabstätte kann insbesondere bei **nicht ordnungsgemäßer Grabpflege** durch den Friedhofsträger **entzogen** werden; das Grab wird dann eingeebnet. Dieser Fall tritt ein, wenn die für die Grabpflege verantwortlichen Angehörigen die Grabstelle trotz Aufforderung nicht in einen friedhofswürdigen Zustand (zurück-)versetzen. Die betroffenen Grabstellen können amtlich bekannt gemacht werden.

6. Umbettung

Der Schutz der Totenruhe (vgl. auch § 168 StGB) schließt nachträgliche Umbettungen von beigesetzten Personen grundsätzlich aus. Allerdings kann es triftige Gründe geben, die eine solche Maßnahme im Einzelfall rechtfertigen können.

a) Auf Wunsch der Nutzungsberechtigten

Eine Umbettung kann zum einen **auf Wunsch der Angehörigen bzw. Nutzungsberechtigten** vorgenommen werden, wenn der Wunsch hinreichend wichtig ist, um diesen Eingriff zu legitimieren. Die Rspr. im Bestattungswesen ist insoweit recht „rigoros“ (Hansmann, JA 2007, S. 447, 453). Die Bestimmung in einer Friedhofssatzung, nach der der Friedhofsträger einer Umbettung innerhalb der ersten fünf Jahre nach der Beisetzung nur bei dringendem öffentlichen Interesse zustimme, ist als grundsätzlich zulässige Benutzungsregelung bewertet worden (VG Dessau, DÖV 1998, S. 1024). Als solche **besonders wichtige Gründe** sind beispielsweise anerkannt worden: der Wunsch der Witwe, mit ihrem bereits bestatteten Ehemann die Grabstätte zu teilen (LG Gießen, MDR 1994, S. 1126), ebenso das Verlangen, mehrere in verschiedenen Grabstätten beigesetzte Angehörige einer Familie in einem Grab zu vereinen (RG, JW 1913, S. 652). Eine irrtümliche Grabstellenbelegung wurde hingegen nicht als hinreichender besonderer Grund für ein Umbettungsverlangen anerkannt (OVG NW, NWVBl. 1999, S. 189). Insbesondere gesundheitliche Gründe oder ein Umzug stellen regelmäßig keine wichtigen Gründe dar. Entscheidend ist, ob dem Antragsteller der Besuch der bisherigen Grabstätte unter **keinen Umständen (mehr) zugemutet** werden kann (VG Braunschweig, Best.Gew. 1988, S. 198). Als weiterer wichtiger Grund kann es angesehen werden, wenn erst nach der Bestattung **Anordnungen des Verstorbenen** über den Bestattungsort auftauchen, die zu befolgen sind (BGH, NJW-RR 1992, S. 834).

Bei **mehreren Angehörigen**, die sich nicht über eine Umbettung verständigen können, wird die Maßnahme erst dann bewirkt, wenn **alle** zugestimmt haben (vgl. KG, FamRZ 1969, S. 414; LG Detmold, NJW 1958, S. 265). Bei Streitigkeiten sind ggf. die **ordentlichen Gerichte** zuständig (BGH, MDR 1978, S. 299). Im übrigen bedarf die Umbettung (auch) der **Zustimmung des Friedhofsträgers**. Er kann die Erlaubnis verweigern, wenn die Umbettung ohne genügenden Grund verlangt wird oder wenn sie pietätswidrig wäre. Andererseits darf er eine Umbettung weder ganz ausschließen, noch eine Ausschlussfrist für die Zulässigkeit (z.B. nur bis zu ... x Jahren nach der Bestattung) festlegen (OVG Berlin, DÖV 1964, S. 557; VG Braunschweig, DFK 1988, S. 112).

Beispiel: Als zulässig wurde die Bestimmung in einer gemeindlichen Friedhofssatzung bewertet, wonach einer Umbettung innerhalb der ersten fünf Jahre nur bei dringendem öffentlichen Interesse zugestimmt wird (VG Dessau, DÖV 1998, S. 1024).

Bei Ablehnung der Umbettung durch den Friedhofsträger kann der Umbettungsanspruch ggf. vor den **Verwaltungsgerichten** verfolgt und durchgesetzt werden (VG Arnberg, FamRZ 1969, S. 416).

b) Aus öffentlichen Gründen

Auch **öffentliche Gründe** können eine Umbettung – innerhalb des Friedhofes oder auf einen anderen Friedhof – erfordern. Entscheidend ist, ob **friedhofsbezogene** Erfordernisse vorliegen. So kann die Beschaffenheit von Grund und Boden eine erneute Beisetzung an anderer Stelle erforderlich machen. Denkbar ist auch, dass ein Friedhofsteil dringend für **andere öffentliche Zwecke** (z.B. für Versorgungszwecke) benötigt wird, so dass für die restliche Ruhezeit Umbettungen in

andere Gräber vorgenommen werden müssen. Rein betriebstechnische Gründe (z.B. Erweiterung der Friedhofskapelle) dürften hingegen regelmäßig nicht ausreichend sein (Gaedke, a.a.O., S. 198). Die neue Grabstelle muss der bisherigen **möglichst gleichwertig** sein.

V. Besondere Formen der Bestattung

1. Feuerbestattung/Urnenbestattung

Die Feuerbestattung ist **weit verbreitet** und mit **wachsender Tendenz**. Sie kann aus religiösen, ästhetischen, hygienischen oder – zunehmend – aus wirtschaftlichen Gründen gewählt werden. Die Streichung des Sterbegeldes aus dem Leistungskatalog der Krankenkassen und der Beihilfe für Beamte haben diese Entwicklung gefördert. Einwände seitens der **Kirchen** werden insoweit **nicht** (mehr) erhoben.

Bei der Feuerbestattung wird der Verstorbene zunächst eingeschert, und sodann wird die Asche in einer Urne beigesetzt. Die Voraussetzungen für eine Feuerbestattung ergeben sich im einzelnen aus dem jeweiligen Landesrecht (s. z.B. § 15 BestG NRW). Hiernach wird etwa eine **Bescheinigung** verlangt, dass keine Anhaltspunkte für einen nicht natürlichen Tod bekannt sind. Zudem muss die Feuerbestattung dem **Willen des Verstorbenen** entsprechen oder – wenn der Verstorbene minderjährig (gem. § 12 Abs. 1 BestG NRW: noch keine 14 Jahre) oder geschäftsunfähig war – dem Willen der **Personensorgeberechtigten**.

Die in einer Urne aufgenommenen Aschenreste werden regelmäßig in einem **Urnengrab** oder **Erdgrab** beigesetzt. Denkbar ist auch, dass die Urne in einer **Urnenhalle** oder einem **Urnenhain** eines Friedhofs aufgestellt wird. Die Angehörigen dürfen also nicht etwa die Urne mitnehmen und zu Hause aufstellen oder die Asche im Garten verstreuen. **Ausnahmen vom Friedhofszwang** (s. hierzu Spranger, VR 2000, S. 158, der sich für die Aufhebung ausspricht; ders. NWVBl. 2004, S. 9, 13) sind **im jeweiligen Landesrecht** geregelt. Die Totenasche darf gem. § 15 Abs. 6 BestG NRW beispielsweise dann **außerhalb des Friedhofs** verstreut bzw. beigesetzt werden, wenn eine behördliche Genehmigung vorliegt, diese Form der Beisetzung testamentarisch bestimmt und der Behörde nachgewiesen ist, dass die Beisetzung bodennutzungsrechtlich zulässig ist. Zudem darf der Beisetzungsort **nicht** in einer der **Totenwürde widersprechenden Weise** genutzt werden und muss **dauerhaft öffentlich zugänglich** sein. Durch das letztere Erfordernis soll der endgültige Verbleib der Urne ermittelt werden können (Spranger, Bestattungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2006, § 15, S. 196. Einige Firmen haben sich auf die – umstrittene – (Urnen-)Beisetzung in öffentlichen (kommunalen) Wäldern spezialisiert; hierbei werden Urnenplätze zwischen den Wurzeln von Bäumen verpachtet. Ein solches Verfahren ist – jedenfalls nach dem BestG NRW – nicht eindeutig verboten (VG Köln, NWVBl. 2006, S. 468).

2. Seebestattung

Jährlich finden **ca. 6 000 Seebestattungen** statt (Zimmermann, ZEV 1997 S. 440, 442). Bei dieser Bestattungsform wird eine Urne mit der Asche des Verstorbenen dem Meer übergeben. Gesetzliche und verwaltungsinterne Regelungen legen das **Verfahren** fest: So müssen die Urnen z.B. im Allgemeinen aus Materialien gefertigt sein, die sich später im Meerwasser auflösen. Die Beisetzungsstelle wird von der beauftragten Reederei schriftlich fixiert, und die Angehörigen erhalten später einen Ausschnitt der Seekarte, auf der

der exakte Ort vermerkt ist. Rechtlich handelt es sich bei der Seebestattung um einen (weiteren) **Ausnahmefall vom Friedhofszwang** bei Feuerbestattungen. Auch hier muss ein Grund vorliegen, der eine solche Beisetzung rechtfertigt (Gaedke, a.a.O., S. 217). Vor allem muss der **Wille des Verstorbenen** auf eine Seebestattung hinreichend geäußert worden sein, d.h. in der Regel schriftlich, d.h. testamentarisch (s. z.B. § 15 Abs. 7 BestG NRW) fixiert sein.

3. Anonyme Bestattung

Die anonyme Bestattung ist eine **Feuerbestattung**, wobei die Urne in einer **Gemeinschaftsgrabstätte** beigesetzt wird, ohne dass Einzelgrabsteine und/oder Bepflanzung auf den Verstorbenen hinweisen. Einige Kommunen verwenden Denkmäler oder Gedenktafeln zur Kennzeichnung derartiger Beisetzungsstätten. Die „Betroffenen“ allein bestimmen i. d. R. die Stelle der Beisetzung, die freilich dem Prinzip der **Anonymität** unterliegt und **auch den nächsten Angehörigen nicht bekannt gegeben** wird. Die Friedhofsverwaltung hält jedoch die notwendigen Daten zu Kontrollzwecken in ihrem Archiv fest. Eine anonyme Bestattung ist zumeist nur in großen Städten möglich; für die Wahl sind zumeist **Kostengründe** ausschlaggebend (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 442). Insbesondere in den **sog. Sozialbestattungs-Fällen** (s. o. Ziff. III, 2) sind die hierzu verpflichteten Gemeinden vielfach zu dieser Praxis übergegangen und treffen eine (z.B. auf § 12 BestG NRW gestützte) entsprechende Bestattungsentscheidung (s. hierzu und zu möglichen verfassungsrechtlichen Grenzen: Fassbender, VR 2005, S. 45).

VI. Kostenfragen

1. Zivilrecht

a) Kostenpflichtige Personen

Zur Kostentragung bei Bestattungen sind grundsätzlich die **Erben** verpflichtet (§ 1968 BGB). Soweit die Kosten vom Erben nicht zu erlangen sind, muss **subsidiär** bei Tod eines Unterhaltsberechtigten der **Unterhaltspflichtige** einspringen (§ 1615 Abs. 2 BGB). Hat ein Bestattungsberechtigter die Kosten getragen, ohne Erbe geworden zu sein, so kann er die Erstattung der Auslagen vom Erben beanspruchen. Ist ein Bestattungsunternehmer durch eine Person beauftragt worden, die nicht Erbe ist, so hat er gegen den **Auftraggeber aus dem Bestattungsvertrag** einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (zur – umstrittenen – Frage, ob ihm ein Anspruch aus § 1968 BGB gegen die Erben zusteht s. Stöber, ZAP 2004, S. 33, 36). Hat ein **Dritter den Tod des Erblassers verschuldet**, so kann gegen den Verursacher ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Beerdigung bestehen (vgl. § 844 Abs. 1 BGB). Hat sie ein nicht dazu Verpflichteter gezahlt, so steht ihm ein Anspruch gegen den Schädiger unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu (vgl. §§ 683, 677 BGB).

b) Umfang der Kostentragungspflicht

Der Umfang der (Schadens-)Ersatzpflicht richtet sich nach der **Kostentragungspflicht des Erben** für eine **angemessene** Beerdigung i. S. des § 1968 BGB (HK-BGB/Staudinger, 5. Aufl. 2007, § 844 Rn. 4). **Erstattungsfähig** sind z.B. die Reisekosten des Bestattungspflichtigen zur Beerdigung, Grabkosten, Erstbepflanzungs-Aufwendungen, Kosten einer kirchlichen Feier. (u. U. auch eines Leichenmahls: AG Grimma, NJW-RR 1997, S. 1027), Aufwendungen für Traueranzeigen, Danksagungen, den Grabstein, Überführungskosten

(LG Münster, NRW-RR 2008, S. 597) sowie für die Anschaffung von Trauerkleidung (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 448 m. w. N.). Einige Gerichte prüfen hierbei nicht die Angemessenheit der Einzelposten, sondern pauschalieren unter dem Gesichtspunkt des „**Üblichen**“.

Beispiel: Die Beerdigungskosten für eine 19-jährige Tochter aus dem gutbürgerlichen Mittelstand wurden in Höhe von 15.000 DM akzeptiert (OLG Hamm, NJW-RR 1994, S. 155).

Nicht erstattet werden demgegenüber die Mehrkosten eines Doppelgrabes, der Verdienstaufschlag von an der Bestattung teilnehmenden Angehörigen, spätere Pflegekosten und Kosten für Reisen zu späteren Grabbesuchen sowie für die Testamentseröffnung (Zimmermann, ZEV 1997, S. 440, 448).

2. Friedhofsgebühren

Die Friedhofsträger erheben für die Nutzung des Friedhofs Entgelte in Gestalt (öffentlich-rechtlicher) Gebühren. Die Höhe der Gebühren ist im einzelnen in (kommunalen/kirchlichen) **Gebührenordnungen bzw. -satzungen** festgelegt, wobei die Entgelte von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich sein können und es auch sind; jede Kommune ist berechtigt, die Gebühren in eigener Verantwortung nach Maßgabe der Kommunalabgabengesetze zu erheben. **Gebührenschnuldner** ist regelmäßig derjenige, der zur **Kostentragung gesetzlich verpflichtet** ist. Auch ein **Antrag auf Benutzung** einer Friedhofseinrichtung kann einen Gebührenanspruch auslösen; ein Antrag stellender **Bestattungsunternehmer** gehört indessen nicht den Gebührenpflichtigen, weil er nicht im eigenen Namen, sondern als Stellvertreter für seinen Auftraggeber handelt (VG Leipzig, NVwZ-RR 2004, S. 88).

Zu unterscheiden sind hiernach die **Grabnutzungs-** und die **Bestattungsgebühren**. „Kaufpreise“ werden – wie erwähnt – für die Grabstellen nicht gezahlt, weil die Friedhofsträger kein Eigentum an den Gräbern übertragen (wollen), sondern lediglich zeitlich begrenzte Nutzungsrechte einräumen.

a) Benutzungsgebühren

Der Gebührentatbestand ist erfüllt, wenn die öffentliche Einrichtung (Friedhof) tatsächlich in Anspruch genommen, d.h. **tatsächlich benutzt** wird. Die bloße Verleihung des Nutzungsrechts an einer Grabstätte berechtigt daher (noch) nicht zur Erhebung von Grabnutzungsgebühren (OVG Lüneburg, NVwZ 2002, S. 1526).

Die **Höhe der Grabnutzungsgebühren** richtet sich zum einen nach der **Länge der Nutzungsdauer**, zum zweiten nach der **Art der Grabstelle** (Wahl- oder Reihengrab, Feuerbestattung etc.). Faustregel ist, dass die Kosten für die Grabnutzung in kleinen Gemeinden geringer sind als in den großstädtischen Ballungszentren. In einigen Gemeinden/Städten werden **innerhalb ihres Bereichs differenzierte Beträge** eingefordert, etwa höhere Gebühren für eine Beisetzung im Zentrum als für eine Grabstätte im Außenbereich. Die Schwankungsbreite der Gebühren ist erheblich, so dass genaue Zahlenangaben nicht gemacht werden können. Teilweise werden die Gebühren zudem in einem **einmaligen Betrag** für ein Grab erhoben, zum Teil stellen die Friedhofsträger **jährliche Gebührenrechnungen** aus. Nach abgelaufener Nutzungszeit wird eine Verlängerung der Grabnutzung ebenfalls nur gegen Zahlung der entsprechenden **sog. Verlängerungsgebühr** gewährt. Denkbar ist insoweit, dass der Friedhofsträger nachträglich die Nutzungsdauer beschränkt.

Beispiel: Einführung eines auf 80 Jahre begrenzten Nutzungsrechts an Wahlgrabstätten (HessVGH, ESVGH 25, S. 209 ff.)

Derartige **Begrenzungssatzungen** werden in der Rspr. für rechtmäßig erachtet (z.B. HessVGH, DVBl 1993, S. 904), weil es sich hierbei nicht um eine Enteignung, sondern nur um eine Eigentumsbeschränkung handele, wenn die Verlängerung des (alten) Nutzungsrechts (z.B. „auf Friedhofsdauer“) nur gegen Entrichtung einer neuen Gebühr zugelassen werde. Übergangsregelungen können (und müssen) insoweit auftretende Härten mildern, indem etwa eine unentgeltliche Verlängerung für die Ruhezeiten solcher Toten vorgesehen wird, deren Ruhefristen bei Ende des Nutzungsrechts noch nicht abgelaufen sind (vgl. hierzu und zur Auslegung einer solchen Satzungsbestimmung zugunsten der „Betroffenen“: HessVGH, a.a.O.). Die **Bemessung der Gebühr** muss im einzelnen **sachgerecht** sein und insbesondere den **Gleichheitsgrundsatz** des Art. 3 Abs. 1 GG beachten.

Beispiel: Eine niedersächsische Friedhofsgebührenordnung, die einen Zuschlag von 50 v. H. der Grabstellengebühr für die Bestattung eines Verstorbenen vorsah, der nicht Mitglied einer der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen angehörenden Religionsgemeinschaft war (sog. ACK-Klausel), wurde für ungültig erklärt (OVG Lüneburg, DVBl 1993, S. 266).

Die zentralen Grundsätze des kommunalen Gebührenrechts (KAG) gelten insoweit auch für den kirchlichen Bereich. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn eine Kirchengemeinde einen Friedhof mit **Monopolstellung** in dem betreffenden Ort unterhält (OVG Lüneburg, a.a.O. und NVwZ 1987, S. 708). Entsprechendes gilt für den **sog. Auswärtigenzuschlag** bei kommunalen Friedhöfen, den die überwiegende Meinung ebenfalls im Hinblick auf gebührenrechtliche Prinzipien ablehnt (vgl. OVG Lüneburg, OVG 35, S. 321; OVG Münster, NJW 1979, S. 565; VG Frankfurt, NJW 1977, S. 455; a. A. mit durchaus guten Gründen: Renck, NWVBl. 2006, S. 454 für die Rechtslage in NRW). Nach Ansicht des VG Neustadt (Urt. v. 11.6.2001 – 1 K 23/01.NW) kann sich allerdings ein Ehegatte **wirksam verpflichten**, erhöhte Friedhofsgebühren (das Vierfache der Regelgebühr) zu zahlen, wenn seine verstorbene Frau nicht in der Gemeinde gewohnt hat, in der sich die Begräbnisstätte befindet. Dieser Zuschlag sei damit gerechtfertigt, dass Ortsfremde im Gegensatz zu Einwohnern nicht bereits mittelbar durch ihre Steuern zur Friedhofsunterhaltung beigetragen hätten.

b) Bestattungsgebühren

Neben den Grabnutzungsgebühren werden **Bestattungsgebühren** erhoben. Es handelt sich hierbei um Gebühren zur Abgeltung von Leistungen der Friedhofsträger im Zusammenhang mit der Beisetzung, also z.B. für die Nutzung eines Aufbewahrungsraumes oder der Trauerhalle, für das Ausheben des Grabes, den Sargträgereinsatz, für das Orgelspiel etc.

Auch insoweit unterscheiden sich die Gebühren von Gemeinde zu Gemeinde hinsichtlich ihrer Höhe, was nicht zuletzt darauf beruht, dass die Leistungen sehr unterschiedlich sein können. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist hierin nicht zu erblicken. Gleichheitswidrig wäre es demgegenüber, für die Bestattung und die **wahlfreien Leistungen** (Nutzung einer Leichenzelle oder der Friedhofskapelle) eine **Einheitsgebühr** zu fordern, die auch dann fällig wird, wenn die wahlfreie Leistung **nicht** in Anspruch genommen wird (OVG Münster, NWVBl 1998, S. 72). Schließlich können Gebühren auch für **Umbettungen** erhoben werden oder für die Erteilung einer Genehmigung für die **Errichtung eines Grabmals**.

3. Sozialhilfefragen

Die Leistungen der Sozialhilfe kann derjenige in Anspruch nehmen, der **rechtlich verpflichtet** ist, die **Kosten der Bestattung** zu tragen. Diese Verpflichtung wird in dieser Vorschrift nicht umschrieben sondern als anderweitig begründet vorausgesetzt. Wer in Erfüllung einer **öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht** (s. o. Ziff. III) eine Bestattung veranlasst und deshalb Kosten zu tragen hat, kann ein Verpflichteter i. S. des § 15 BSHG (a. F. = § 74 SGB XII) sein (BGH, NWVBl. 2002, S. 344; VG Hannover, NVwZ 2002, S. 1014). Dies können nahe Angehörige, aber – je nach Landesrecht – auch der Träger eines Krankenhauses bei Nichtauffindbarkeit der Angehörigen (Hess. VGH, DVBl. 2003, S. 477) oder ein Heimträger sein (OVG Lüneburg, NJW 2000, S. 3513; VG Gießen, NVwZ-RR 2000, S. 437). Ob und inwieweit dem Verpflichteten die Kostentragung zuzumuten ist, richtet sich nach seinen **individuellen Verhältnissen**.

Beispiel: Einem Erben ist es zuzumuten, vorrangig die Mittel einzusetzen, die ihm durch den Tod des Verstorbenen zugeflossen sind (Nachlass, ggf. Ersatzansprüche nach § 844 BGB; s. im Einzelnen OVG Münster, NJW 1998, S. 2154).

Viele Menschen treffen Bestattungsvorsorge, d.h. sie bilden vermögensmäßige Rücklagen, aus denen ggf. die Kosten der Beisetzung bestritten werden sollen. Fraglich ist, ob es sich hierbei um ein **sog. Schonvermögen** i. S. des § 90 Abs. 3 SGB II handelt. Die Frage wird z.B. vom LSG S-H verneint: Der Wunsch, Belastungen für die Angehörigen bei der Beerdigung und der späteren Grabpflege zu verhindern, sei sozialhilferechtlich nicht schützenswert (Urt. v. 4. 12. 2006 – L 9 S 19/06). Andererseits ist das Recht, über die eigene Bestattung zu bestimmen, Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses Recht umfasst auch die Dispositionsfreiheit, bereits zu Lebzeiten für eine angemessene Beisetzung vorzusorgen. Unter diesem Blickwinkel ist die Möglichkeit, solche zweckgebundenen Mittel als Schonvermögen anzusehen, grundsätzlich anzuerkennen (BVerwG, NJW 2004, S. 2914; OLG München, FamRZ 2007, S. 1189).

Die **Leistungen der Sozialhilfe** umfassen die erforderlichen **Kosten der Bestattung**, d. h. das erstmalige Herrichten eines Grabes einschließlich des ortsüblichen angemessenen Grabschmuckes. Was ortsüblich und angemessen ist, richtet sich im einzelnen nach den jeweiligen friedhofsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere nach der Friedhofssatzung (VGH Mannheim, NVwZ 1992, S. 83). Enthält die Friedhofssatzung keine besonderen Gestaltungsvorschriften, so ist in aller Regel ein **einfaches Grabkreuz angemessen**.

VII. Gewerbliche Betätigungen

Die kommunalen und kirchenrechtlichen Gebühren sind nur ein Teil dessen, was bei einem Todesfall an Kosten anfällt. Im Regelfall übernehmen heute professionelle Bestattungsunternehmen die notwendigen Formalitäten und organisieren die Beisetzung des Verstorbenen. Es handelt sich hierbei um einen Gewerbezug, der den Bestimmungen des „freien Marktes“ unterliegt und als Dienstleistungsunternehmen **gewinnorientiert** arbeitet. Ein **Monopol** besteht insoweit **nicht**, so dass mehrere Unternehmen in einer Gemeinde miteinander konkurrieren können; für den Bürger mit dem Vorteil, Verhandlungsspielräume nutzen zu können, weil keine staatlichen (Tarif-)Vorgaben bestehen. Den **kommunalen Friedhofsträgern** ist eine gewerbliche Tätigkeit auf diesem Feld nicht von vornherein untersagt. Grenzen können sich aus der Gemeindeordnung und dem Wettbewerbsrecht ergeben.

Beispiel: Eine Kommune handelt nach Ansicht des BGH nicht wettbewerbsrechtlich unlauter bzw. kartellrechtswidrig i. S. der §§ 4 Nr. 11 UWG bzw. 19, 20 GWB, wenn sie ihren gewerblichen Bestattungsdienst auf dem Gelände des kommunalen Friedhofs unterbringt (DÖV 2006, S. 175).

Was die **konkurrierende Tätigkeit von privaten Bestattungsunternehmen** betrifft, so bietet sich zunächst eine Grobunterscheidung nach Tätigkeiten/Leistungen außerhalb des Friedhofes und nach solchen im „Innenbereich“ des Friedhofes an.

Für Tätigkeiten **außerhalb des Friedhofs** – z.B. Leichen“besorgung“, Lieferung von Leichenwäsche, Beschaffung amtlicher Dokumente, Vermittlung von Trauerdrucksachen, Todesanzeigen etc. – darf ein Benutzungszwang zugunsten eines kommunalen Friedhofsträgers auf keinen Fall angeordnet werden. Die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür sind nach dem einschlägigen **Kommunalverfassungsrecht** (s. z.B. § 9 GO NRW) regelmäßig nicht erfüllt (BVerwG, DÖV 1971, S. 823; VGH Mannheim, ESVGH 8, S. 164, 169 f.; ebenso Gaedke, a.a.O., S. 242). Dies gilt auch für Sterbefälle in kommunalen Krankenhäusern und Altenheimen (VGH München, BayVBl 1973, S. 380, 382).

Ein – private Unternehmen verdrängender – Benutzungszwang zugunsten einer Kommune darf allenfalls **für innerhalb des Friedhofes** stattfindende und der Erfüllung des öffentlichen (Friedhofs-) Zwecks dienende Tätigkeiten angeordnet werden, insbesondere für die Leichenbeförderung innerhalb des Friedhofes, das Herrichten des Grabes, die Urnenbeisetzung, des weiteren für Ausgrabungen und Umbettungen. Der aus Art. 12 Abs. 1 GG fließende **Schutz der Gewerbefreiheit** gilt auch für gewerbliche Tätigkeiten innerhalb einer öffentlichen Einrichtung (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, S. 142, 144). Das schließt freilich Regelungen über ein **Zulassungserfordernis** wie auch die Möglichkeit der Bestimmung des **Umfangs** von gewerblicher Betätigung auf einem Friedhof zwecks Sicherung des „Anstaltszwecks“ nicht aus (VGH Mannheim, a.a.O.).

Beispiel: Nach der Regelung einer Friedhofsgebührensatzung bedürfen Bildhauer, Steinmetze, Gärtner und sonstige mit der Gestaltung und Instandhaltung von Grabstätten befasste Gewerbetreibende einer vorherigen Zulassung durch die Friedhofsverwaltung. Für die Erteilung der Zulassung ist eine Gebühr von 250 € zu entrichten. Diese Regelung hat das OVG Rh.-Pf. als rechtmäßig bewertet (Urt. v. 5. 4. 2007 – 7 C 10027/07).

Für die **öffentlichen Leichenhallen** wird die Zulässigkeit eines Benutzungszwangs nur mit Einschränkungen vertretbar sein; insbesondere sind zumindest Ausnahmen für die Fälle vorzusehen, in denen eine **andere geeignete Räume** vorhanden sind. Es verstößt daher gegen grundrechtliche Freiheitsrechte und wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit, gewerbliche Bestattungsunternehmen von der Aufbahrung von Leichen in eigenen Leichenräumen völlig auszuschließen (s. z.B. VGH München, NVwZ-RR 2006, S. 417; BayVerfGH, NVwZ-RR 2005, S. 757; krit. auch Weber, NVwZ 1987, S. 641 ff.). § 7 Abs. 3 der nordrhein-westfälischen VO über das Leichenwesen zählt zu den „Leichenhallen“ i. S. der VO auch solche von „Bestattungsunternehmen“. In verfassungskonformer Auslegung des § 6 HmbBestattG hat das OVG Hamburg (GewArch 2006, S. 382) einen Anspruch eines privaten Beerdigungsunternehmers auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Aufbewahrung Verstorbener in einem privaten Leichenaufbewahrungsraum bejaht.

Ein Benutzungszwang für **kommunale Trauerhallen** und **Friedhofskapellen** dürfte schon deshalb **nicht** gerechtfertigt sein, weil private Bestattungsunternehmen derartige Einrichtungen außerhalb des Friedhofs in gleicher Weise anbieten bzw. anbieten können (Weber, NVwZ 1987 S. 641, 646; s. auch VGH München, BayVBl 1985 S. 464). Demgegenüber hat die (ältere) Rspr. die **Monopolisierung bestimmter Teilfunktionen** des Bestattungswesens **innerhalb des Friedhofes** zum Teil recht weitgehend zugelassen.

Beispiele: Fundamentierung von Grabmälern: Grundausrüstung der Trauerräume mit Schmuck: VGH Mannheim, BadWüVpr 1978, S. 276, 277; Gestellung der Sarg- und Kreuzträger und der Dekorationen im Leichenhaus: VGH München, BayVBl 1985, S. 463, 464; Bestattungsvorbereitungen auf dem Friedhof: VGH Mannheim, NVwZ 1987, S. 723, 724.

Gegen eine derartige monopolartige Übernahme durch den Friedhofsträger bestehen indessen **erhebliche rechtliche Bedenken**, wenn und soweit solche Tätigkeiten ohne Gefährdung des Friedhofszwecks auch **durch (zuverlässige) private Bestattungsunternehmen erledigt werden können**.

Entsprechendes gilt für Verrichtungen, die Nutzungsberechtigte selbst ausführen können und wollen, z.B. **Abbau und Entsorgung von Grabsteinen**. Eine Regelung in einer Friedhofssatzung, wonach

diese Tätigkeit allein der Friedhofsverwaltung – gegen Zahlung einer Gebühr – vorbehalten ist, verstößt gegen das Übermaßverbot (OVG Koblenz, NVwZ 2003, S. 1001).

VIII. Ausblick

Das Friedhofs- und Bestattungsrecht ist im Fluss. Dies gilt vor allem für (weitere) Lockerungen des Friedhofszwanges. Ob es künftig – wie in den USA und auch in einigen anderen europäischen Ländern – möglich sein wird, die Urne mit der Asche des Verstorbenen im häuslichen Bereich aufzubewahren, lässt sich derzeit nicht abschließend beurteilen. Maßgeblich wird sein, ob sich die bisher vom Gesetzgeber vorgenommene Güterabwägung – zugunsten des allgemeinen Friedhofszwangs – im Lichte der gewandelten Anschauungen in der Bevölkerung verfassungsrechtlicher Kontrolle stand halten wird. Der Friedhofszwang kann insbesondere mit dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) kollidieren. Schon nach geltendem Recht wird in der Literatur eine weitgehende Liberalisierung vertreten. Insbesondere Kostenüberlegungen werden die Diskussion weiter beeinflussen, zumal erhebliche regionale Unterschiede in Bezug auf die Friedhofs- und Bestattungsgebühren bestehen. Es ist freilich nicht unproblematisch, dass reine Gebührenkalkulationen Art und Weise der Beisetzung maßgeblich beeinflussen.

Heike Ruhloff-Kreis*

Das Brandenburgische Gaststättengesetz

Am 17. September 2008 hat der Brandenburgische Landtag in zweiter Lesung das Brandenburgische Gaststättengesetz verabschiedet. Brandenburg ist das erste Bundesland, das eigene und sehr vereinfachte gesetzliche Regelungen für das Gaststättengewerbe schafft. Den Ländern wurde im Zuge der Föderalismusreform ermöglicht, eigene Gaststättengesetze zu erlassen. Bereits durch Artikel 8 des Gesetzes zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21. Juni 2005 (BGBl. I S. 1666) hat das Gaststättengesetz des Bundes bereits wesentliche praxisrelevante Änderungen erfahren. So bedarf seit dem 1. Juli 2005 nur noch der Gastwirt einer Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz, der Alkohol ausschenkt.

Durch das Brandenburgische Gaststättengesetz sind die bisherige Gaststättenerlaubnis und die vorläufige Erlaubnis entfallen, im Sinne der Gewerbefreiheit wird ab sofort die Gewerbeanzeige ausreichend sein. Es handelt sich daher nur noch um ein reines Anzeigeverfahren. Das dient der Vereinfachung von Verwaltungsverfahren und dem Abbau bürokratischer Hemmnisse. Für Inhaber der „alten Gaststättenerlaubnis“ ändert sich zunächst nichts.

Der Betriebsbeginn muss nach dem neuen Gesetz vier Wochen vorher angezeigt werden. § 14 Abs. 1 der Gewerbeordnung gilt entsprechend. Im Falle des beabsichtigten Alkoholausschanks ist eine vorherige Überprüfung der Zuverlässigkeit des Antragstellers vorgesehen. Hierfür muss ein Führungszeugnis nach § 30 Abs. 5 des Bundeszentralregistergesetzes, eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister zur Vorlage bei der Behörde nach § 150 Abs. 5 GewO und eine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt werden. § 35 der Gewerbeordnung (Untersagung wegen Unzuverlässigkeit) findet für die Untersagung auch vor Beginn des Betriebs eines Gast-

stättengewerbes entsprechende Anwendung. Dadurch ist eine Umgestaltung der Gaststättenerlaubnis zur reinen Personalkonzession durch Abtrennung der gaststättengewerblichen Bestimmungen vom Baurecht erfolgt.

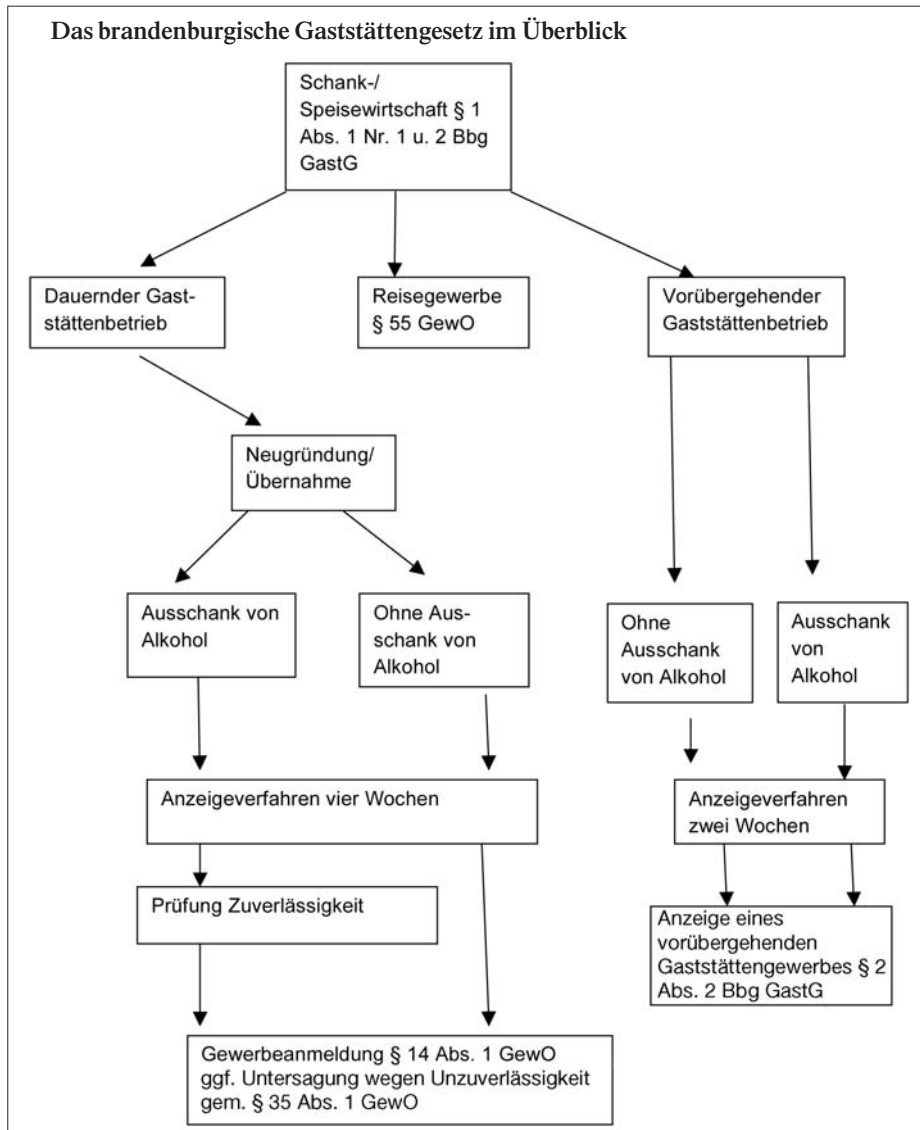
Nach dem Gaststättengesetz des Bundes ist die Erlaubnis sowohl an personenbezogene als auch an ortsbezogene Kriterien geknüpft. Dies führte oft zur Überschneidung von Verantwortungsbereichen und damit zum Teil zu kostenintensiven Doppelprüfungen durch Bauaufsichtsbehörden und Gewerbebehörden.

Jedoch sind Gastwirte wie alle anderen Gewerbetreibenden auch nach wie vor für die Beachtung der Rechtsvorschriften in den Bereichen Bau, Lebensmittelhygiene, Jugendschutz, Arbeitsschutz oder Immissionsschutz verantwortlich. Nur ist keine Koppelung dieser Vorschriften im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht gegeben.

Die Vorlage eines Unterrichtsnachweises in lebensmittelrechtlichen Kenntnissen im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht ist jedoch entfallen. Sicherlich kann man über einen solchen Unterrichtsnachweis geteilter Meinung sein. In der Vergangenheit wurde mehrfach kritisiert, dass das Unterrichtsverfahren wegen der relativ kurzen Dauer der Unterrichtung, der fehlenden Leistungskontrolle und der Verständnisprobleme für ausländische Teilnehmer kaum geeignet ist, den Schutzzweck des Gesetzes zu erfüllen.

Sinn und Zweck des Unterrichtsverfahrens ist hauptsächlich der Schutz der Gäste vor der Gefahr gesundheitlicher Schädigungen.

* Heike Ruhloff-Kreis ist hauptamtliche Dozentin an der Brandenburgischen Kommunalakademie in Potsdam.



Das Unterrichtsverfahren dient der Vermittlung des Verständnisses für die immer umfangreicher werdenden lebensmittelrechtlichen und hygienerechtlichen Vorschriften. Die zunehmenden Regelungen im Bereich des Kennzeichnungsrechts für Lebensmittel auch im Gaststättengewerbe und die bestehenden Regelungen zur Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln sind nur Beispiele dafür, dass einem Gastwirt zumindest Grundkenntnisse vermittelt werden müssen.

Entfallen ist auch die Gestattung eines Betriebes des Gaststättengewerbes aus besonderem Anlass (§ 12 Gaststättengesetz des Bundes). Es genügt eine bloße Anzeigepflicht zwei Wochen vor Beginn des Betriebes. Sollten jedoch alkoholische Getränke ausgeschenkt werden, erfolgt wiederum eine Prüfung der Zuverlässigkeit des Gastwirts.

Im neuen Gesetz geblieben sind Regelungen zum Ausschank alkoholfreier Getränke, von denen zumindest ein alkoholfreies Getränk nicht teurer als das billigste alkoholische Getränk sein muss. Auch können nach wie vor zum Schutz der Gäste jederzeit Anordnungen von Seiten der Behörde getroffen werden. Auch kann die Beschäftigung von unzuverlässigen Personen untersagt werden. Verbote, die im Bundesgesetz bereits enthalten waren, wie z.B. alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene auszuschenken, sind nach wie vor auch im Landesgesetz enthalten.

In der neuen Gaststättenzuständigkeitsverordnung ist den örtlichen Ordnungsbehörden (Ämter, amtsfreie Gemeinden und kreisfreie Städte) die Zuständigkeit für das Anzeigeverfahren übertragen worden. Diese waren bisher auch zuständig für die Erteilung der Gaststättenerlaubnis.



**Klein/Niehues/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.



**Reiner Stein
Bescheidtechnik**

344 Seiten | DIN A5 | Broschur
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0698-8

Der Entwurf einer praxistauglichen Verwaltungsentscheidung wird nicht nur von Studenten und Lehrgangsteilnehmern der Verwaltungsschulen und -fachhochschulen verlangt, sondern zunehmend auch von Jura-Studenten und Rechtsreferendaren in Ausbildung und Prüfung. Ihnen wird das vorliegende Lehrbuch als Wegweiser helfen, sich rasch und gezielt einen Überblick über die von den Verwaltungsbehörden zu fertigenden Bescheide zu verschaffen. Der Autor hat für die didaktische Konzeption des Buches seine mehrjährige Erfahrung als Dozent an einer Verwaltungsfachhochschule ausgewertet.

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.

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.

Beschwerdemanagement

Dieser aus der Unternehmenspraxis stammende Begriff findet sich zunehmend auch in öffentlichen Verwaltungen. Neu ist für sie die Verknüpfung von Beschwerde und Management. Das behördliche Beschwerdemanagement gibt es seit eh und je. Dabei werden förmliche Rechtsmittel und nichtförmliche Rechtsbehelfe unterschieden. Gegenüber einer entscheidenden Behörde heißen sie Einspruch, gegenüber einer Vorgesetztenbehörde wird der Begriff „Beschwerde“ gebraucht. Bei förmlichen Rechtsmitteln besteht für den Bürger ein Anspruch auf Entscheidung. Die Dienstaufsichtsbeschwerde richtet sich gegen das Verhalten einer bestimmten Person.

Beim Beschwerdemanagement kommt es weniger auf Formen, Fristen und Arten der Bescheidung an; vielmehr auf die angestrebte Kundenzufriedenheit bzw. darauf, wie etwaige Mängel in der Produktgüte und Servicequalität beseitigt werden können. Man will aus Beschwerden, Reklamationen, kritischen Anregungen usw. lernen und Abhilfe schaffen, um Unzufriedenheit erst gar nicht aufkommen zu lassen. Deshalb sind Beschwerden ernst zu nehmen und nach außen und innen zu kommunizieren. Dazu bedarf es eines systematischen Vorgehens. Es sind Ziele zu setzen und Vorkehrungen zu treffen, wie gewonnene Informationen für Qualitätsverbesserungen genutzt werden sollen.

Beschwerdemanagement bemüht sich darum, Beschwerden möglichst im Erstkontakt zu lösen. Auf diese Weise werden negative Mundpropaganda verhindert und häufig auch Kosten der Verbesserung gespart. Die Unzufriedenheit von Bürgern mit der Verwaltung, allgemeiner: das Unbehagen an den Behörden, wird oft nicht ausdrücklich formuliert. Deshalb empfiehlt es sich, Beschwerden durch Befragungen, Bewertungsbögen, Kummerkästen usw. zu stimulieren.

Das Beschwerdemanagement lässt sich mit dem behördlichen Verbesserungsvorschlagswesen verbinden, indem Beschwerden von Kunden als Impuls für Verbesserungen des Verwaltungshandelns einschließlich der Umgangsformen seitens des Verwaltungspersonals genutzt werden.

Bürokratiekosten

Weit verbreitet ist die Auffassung, dass Bürokratiekosten die Ausgaben für den Verwaltungsapparat umfassen. Unter Verwaltungsapparat werden hier die Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden verstanden. Man müsse nur bei den entsprechenden Ausgaben öffentlicher Haushalte für Personal, Organisation und Sachmittel ansetzen, um die Bürokratiekosten zu erfassen. Vollends unrichtig wird diese Sicht, wenn man – wie es zum Beispiel bei den gesetzlichen Rentenversi-

cherungen geschieht – die Personalausgaben in Beziehung zum Beitragsaufkommen setzt und durch diesen Quotienten von meinetwegen zwei Prozent „effiziente Verwaltungsarbeit“ zu beweisen sucht. Abgesehen davon, dass diese Kennzahl beispielsweise bei einer Rentenerhöhung immer effizientere Verwaltungsarbeit verspricht, sagt sie über deren Wirtschaftlichkeit nichts aus. Wirtschaftlich verhält sich eine Verwaltung (ein Rentenversicherer oder eine andere Behörde), wenn die Bürokratiekosten pro (Renten-)Fall (oder Verwaltungsakt) minimiert werden. Dazu muss man sie allerdings erst einmal kennen.

Zunächst gilt es Ausgaben und Kosten zu unterscheiden. Die im Haushaltsplan veranschlagten und in der Jahresrechnung nachgewiesenen Ausgaben für den Verwaltungsapparat der betreffenden (Haushalts-)Periode sind keineswegs identisch mit den Verwaltungskosten. Diese erstrecken sich auf den gesamten bewerteten (d.h. in Geldeinheiten ausgedrückten) Faktorverzehr bzw. Ressourcenverbrauch bei der Hervorbringung der Verwaltungsleistung. Zu diesen Kosten zählen die phasenbedingten Einzelkosten der Faktorbeschaffung, Leistungserstellung und Leistungsabgabe, auch die Gemeinkosten unter anderem für Leitung und Überwachung. Die Verwaltungskosten schließen Personalkosten, Personalnebenkosten (für Essen-, Kindergarten-, Parkplatzzuschüsse) und personalbezogene Sachkosten (z.B. Fortbildungs- und Reisekosten) sowie künftige Versorgungsbezüge der jetzt tätigen Beamten ein. Hinzu kommen Sach-, Kapital- und Drittkosten für den Arbeitsplatz, also die prozentual zugerechnete Nutzung von Grundstücken, Gebäuden, Büromöbeln, Computern, anderen Gegenständen und Geräten, Fahrzeugen, Mieten, Porti, Telekommunikation, Strom, Heizung, Reinigung, Entsorgung usw.

Die in der Bürokratiediskussion gern zitierten (teils vermeintlich relativ geringen, teils viel zu hohen) laufenden Personalausgaben erweisen sich jedenfalls als ungeeignet für eine Aussage über Bürokratiekosten. Das wahre Ausmaß der Bürokratiekosten wird schon allein bei einer Betrachtung der Personalkosten erkenntlich, die über die Haushaltsperiode hinausgehen. Frage: Wie hoch ist die Personalkostenbelastung für einen Dienstherren? Eine einzige Beamtenstelle im höheren Dienst entspricht bei einer durchschnittlichen „Modellkarriere“ (Einstellung im Alter von 29 Jahren, Beamter auf Probe, Anstellung, Heirat, zwei Kinder, drei Beförderungen, Ausscheiden im Alter von 64 Jahren), samt Versorgungsbezügen und Tarifierhöhungen von schätzungsweise zwei Prozent und einem Kalkulationszins von vier Prozent einer zukünftigen Zahlungsverpflichtung von rund zwei Millionen (!) Euro. Die Gegenwarts- bzw. Kapitalwerte der Beamten im gehobenen Dienst belaufen sich auf 1,6 Millionen Euro; der Angestellten in analogen Vergütungsgruppen auf 1,9 und 1,5 Millionen Euro. Die Werte sagen aus, welche Höhe die eingegangene Verpflichtung des Bundes, eines Landes, einer Kommune oder einer anderen Körperschaft, Anstalt oder Stiftung öffentlichen Rechts zur Bezahlung im Zeitpunkt der Einstellung hat. Verniedlichend wird von Investitionen in Humanvermögen gesprochen. Diese Ansicht ist besonders vor dem Hintergrund einer sich eklatant ausweitenden Regulierungsbürokratie irreführend.

Die Bürokratiekosten der öffentlichen Verwaltungen machen aber nicht bei diesen Halt. Zu den Kosten der Verwaltungsbürokratie muss man die überwältigten Kosten bei den informationsabgabepflichtigen

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

Bürgern und Unternehmen hinzurechnen. Die Kompliziertheit der Rechtsmaterien – insbesondere des Steuer-, Arbeits-, Versicherungs-, Gesundheits-, Lebensmittel-, Energie-, Umwelt-, Wettbewerbs-, Kartell-, Kapitalmarkt- und Außenwirtschaftsrechts – bindet Arbeit und Zeit – und damit Kosten bei den Verwalteten. Der Katalog von Verwaltungstätigkeiten der Wirtschaft ist lang; man spricht von mindestens 130 „Hausaufgaben“ in Form von Berichts-, Auskunft- und Meldepflichten für Statistiken, die Besteuerung, Sozialabgaben, den Umweltschutz, die Auftragslage usw. Was das für kleine und mittlere Unternehmen an bürokratischen Belastungen mit sich bringt, ist immens und bislang nicht kostenmäßig erfasst worden. Wen wundert es noch, wenn das Steuer(un)system in Deutschland den Beratungsbedarf so hochschraubte, dass sich die Zahl der Steuerberater auf 80.000 zubewegt – ein Berufsstand, den man in den meisten anderen Ländern kaum kennt.

Gemeinkostenwertanalyse

Als Gemeinkosten bezeichnet man jene Kosten, die nicht unmittelbar einer Leistungs-, Produkt- bzw. Kostenträgereinheit zugerechnet werden können; sie fallen bei der Leistungserstellung insgesamt an, wie beispielsweise die Gehälter von Führungskräften, Abschreibungen, Mieten, Dienstleistungs-, Energie- und Zinskosten. Verwaltungsgemeinkosten beziehen sich im Unternehmen lediglich auf den Verwaltungsbereich im Unterschied zu Fertigungsgemein- oder Vertriebsgemeinkosten. In öffentlichen Verwaltungen wird nach diesen Bereichen regelmäßig nicht differenziert, so dass Gemeinkosten und Verwaltungsgemeinkosten meist gleichgesetzt werden.

Wegen ihres nicht unerheblichen Anteils an den Gesamtkosten (neben den zurechenbaren Einzelkosten) zielt die Gemeinkostenwertanalyse darauf, Gemeinkosten zu senken. Sie erfasst und beurteilt in einem systematischen und kreativitätsfördernden Prozess Kosten und Nutzen von Unternehmens- respektive Verwaltungsleistungen, prüft insbesondere deren Berechtigung zur Erfüllung einzelner Aufgaben und empfiehlt, unnötige Leistungen bzw. die Kosten hierfür zu reduzieren. Ein einzusetzendes Projektmanagement sucht Kosteneinsparungspotenziale zu ermitteln. Zentrale Fragen lauten: Wer erbringt welche Verwaltungsleistungen für wen und warum und kann der Adressat ganz oder teilweise ohne sie auskommen? Gibt es kostengünstigere Alternativen (z.B. Fremdvergabe von Leistungen)?

Konsolidierung

Ursprünglich und bis heute versteht man unter Konsolidierung in der kameralistischen Haushaltswirtschaft zum einen die Begrenzung und Rückführung von Defiziten staatlicher und kommunaler Gebietskörperschaften und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften; zum andern die Umwandlung ihrer schwebenden Schulden in fundierte, anders gesagt: langfristige Schulden.

Neuerdings macht man sich in öffentlichen Verwaltungen im Rahmen der Einführung der Doppik, so auch beim Neuen Kommunalen Finanzmanagement (NKF) in Nordrhein-Westfalen, den Fachausdruck aus der kaufmännischen Rechnungslegung zu eigen und versteht unter Konsolidierung die Zusammenfassung der Jahresabschlüsse der kommunalen Kernverwaltung und der kommunalen Unternehmen und Beteiligungen. Wie in einem Konzern nach dem Handelsgesetzbuch die einzelnen Tochter- und Enkelgesellschaften zu einem Konzernabschluss zusammengeführt werden, weist der gemeindliche Gesamtabschluss des Konzerns Kommune die gegenseitige Aufrechnung des Vermögens (Kapitalkonsolidierung), der Forderungen und Verbindlichkeiten (Schuldenkonsolidierung), der Aufwendungen und Erträge (Aufwands- und Ertragskonsolidierung) sowie konzerninterner Gewinne und Verluste (Zwischenergebnisli-

minierung) aus. Dazu ist der Konsolidierungskreis festzulegen. In ihn gehen außer den Ämtern oder Fachbereichen der Kernverwaltung sowohl die kommunalen Anstalten, Eigenbetriebe und Zweckverbände öffentlichen Rechts als auch die kommunalen Eigengesellschaften und Beteiligungen in Rechtsformen privaten Rechts ein. Beteiligungen werden einbezogen, wenn die Gemeinde einen maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

Voraussetzungen für eine Konsolidierung sind die Vereinheitlichung des Rechnungssystems in Form der kaufmännischen doppelten Buchführung und Rechnungslegung, ein gemeinsamer Bilanzstichtag (31. Dezember) und die Anpassung an eine gemeindeeinheitliche Bilanzierung und Bewertung.

Der Gesamtabschluss besteht aus der Gesamtergebnisrechnung, der Gesamtbilanz und dem Gesamtanhang. Die Gesamtergebnisrechnung entspricht der Konzerngewinn- und -verlustrechnung, die den gemeindlichen Besonderheiten bei den Ertrags- und Aufwandsarten Rechnung trägt. Analog verhält es sich mit der der Konzernbilanz nachgebildeten Gesamtbilanz. Im Gesamtanhang – vergleichbar mit dem Konzernanhang – finden sich die Erläuterungen zum Gesamtabschluss, zu den einzelnen Abschlusspositionen, den verwendeten Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden. Dem Gesamtanhang wird ein Gesamtanlagenspiegel beigelegt. Der Gesamtabschluss der Gemeinde ist um einen Gesamtlagebericht zu ergänzen; außerdem ist ein Beteiligungsbericht zu erstellen, der auch über nicht dem Konsolidierungskreis angehörende Betätigungen informiert.

Zero-Base-Budgeting

Ein speziell für den Verwaltungsbereich von Unternehmen entwickeltes Verfahren, das sich auch in öffentlichen Verwaltungen etablieren konnte und zum Ziel hat, Mittel von weniger wichtigen Aufgaben auf wichtigere umzulenken. Dabei werden auf der Basis Null Verwaltungsbereiche auf Notwendigkeit, Art und Umfang ihrer Leistungserbringung durchforstet. Ausgangspunkt ist ein Budget, das die Kostenvorgaben für die zu untersuchenden Bereiche enthält. Jeder einzelnen Verwaltungseinheit wird anhand verschiedener Leistungsniveaus eine bestimmte Priorität beigemessen; gleichzeitig müssen die voraussichtlichen Kostenbeträge für die Leistungsniveaus bekannt sein. Die Verwaltungseinheiten werden mit ihren jeweiligen Leistungsniveaus so lange in das Programm mit aufgenommen, bis die Budgetgrenze erreicht ist. Werden in den folgenden Jahren Budgets gekürzt oder erhöht, wird bei vorgegebener Rangfolge der einzelnen Entscheidungsaspekte das Leistungsprogramm entsprechend bestimmt.

Vorteilhaft ist an diesem Verfahren, dass es einem ungezügelt anwachsenden Verwaltungskosten Einhalt gebietet. Freilich entfalten einmal geschaffene Verwaltungseinheiten nach aller Erfahrung eine gewisse Eigendynamik und verursachen nach ihrem Aufbau Fixkosten, die nur längerfristig abbaubar sind. Kritisch wird auch eingewandt, dass Zero-Base-Budgeting die zwischen einzelnen Einheiten bestehenden Verbundwirkungen nicht genügend berücksichtigt, sondern die Leistungsniveaus von Verwaltungseinheiten isoliert betrachtet.

DVP – Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!



www.deutsche-verwaltungs-praxis.de

Yvonne Dorf*

„Zwei Schusswaffen im Halbjahr sind genug“ – Fallbearbeitung im Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht –

Mit dem am 01. April 2008 in Kraft getretenen „Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften“,¹ das der Umsetzung internationaler Anforderungen (u.a. Schusswaffenprotokoll der Vereinten Nationen) dient, wurden auch einige gesetzliche Unklarheiten und Schwachstellen im Waffenrecht beseitigt, die bei der Auslegung waffenrechtlicher Vorschriften deutlich wurden. Mit der Auslegung des alten Waffengesetzes hatte sich zuletzt auch das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Parallelentscheidungen vom 14. November 2007² zu befassen, an die diese Fallbearbeitung angelehnt ist. Im Mittelpunkt steht dabei die Prüfung eines Verpflichtungswiderspruchs gegen die Erteilung einer Waffenbesitzkarte, die den Waffenerwerb für einen Sportschützen zeitlich beschränkt. Neben formellen Fragen (u.a. Aufbau eines Verpflichtungswiderspruchs, Abgrenzung Auflage und modifizierende Auflage, Fristenproblematik) greift die Fallbearbeitung die klassischen Auslegungsmethoden auf. Die im Wege der Auslegung erzielte Klarstellung findet in der seit 1. April 2008 geltenden Änderung des Waffengesetzes Niederschlag.

Sachverhalt

Der 30-jährige K ist Sportschütze und Mitglied eines Schießsportvereins, der einem nach § 15 Abs. 1 Waffengesetz (WaffG) anerkannten Schießsportverband angehört. Mit Schreiben vom 20. März 2008 (Gründonnerstag) hat ihm die für die Ausführung des WaffG gem. § 48 Abs. 1 WaffG durch eine entsprechende Landesverordnung bestimmte zuständige Erlaubnisbehörde (B) die sog. Gelbe Waffenbesitzkarte für Sportschützen nach § 14 Abs. 4 WaffG erteilt. Das Schreiben, das eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung aufweist, wurde noch am selben Tag per einfachem Brief zur Post aufgegeben. Die Erlaubnis enthält folgende Beschränkung: „Innerhalb von sechs Monaten dürfen nicht mehr als zwei Schusswaffen erworben werden. Eine Ausnahme hiervon bedarf der vorherigen Zustimmung der Erlaubnisbehörde.“ Gegen diese Einschränkung, die verkürzend als „Erwerbsstreckungsgebot“ bezeichnet wird, legte K bei B am 23. April 2008 schriftlich Widerspruch ein. K ist der Ansicht, dass er einen Anspruch auf Erteilung der Waffenbesitzkarte ohne die Anordnung des Erwerbsstreckungsgebots hat. K beruft sich darauf, dass das sog. Erwerbsstreckungsgebot nur im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 WaffG und nicht auch in dem des § 14 Abs. 4 WaffG gelte. Die Bezugnahme in § 14 Abs. 4 WaffG auf „Sportschützen nach Absatz 2“ sei eindeutig auf die dort enthaltene Beschreibung als „Mitglieder eines Schießsportvereins, der einem nach § 15 Abs. 1 anerkannten Schießsportverband angehört“ beschränkt. Weiterhin würde eine Anwendung des Erwerbsstreckungsgebots auch bei Erwerbsvorgängen im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 WaffG auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen. Insoweit führt K an, dass es zu seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gehöre, sich als Sportschütze zu betätigen und damit in unbegrenzter Anzahl Waffen zu erwerben. Zudem würde mit dem Erwerbsstreckungsgebot für Sportschützen auch gegen den Gleichheitssatz verstoßen. So enthalte der für Jäger geltende § 13 WaffG – was zutreffend ist – kein Erwerbsstreckungsgebot wie bei Sportschützen. Zwar würde § 13 Abs. 1 WaffG in der Tat eini-

ge Beschränkungen für den Erwerb und Besitz von Waffen enthalten und müssten Sportschützen keine der Jägerprüfung entsprechende Prüfung ablegen, jedoch rechtfertige dies noch lange keine Ungleichbehandlung.

Der zuständige Sachbearbeiter (S) bei B hingegen ist der Auffassung, dass der beigefügte Zusatz in der ausgestellten Waffenbesitzkarte der Rechtslage entspreche. Seiner Meinung nach deute bereits der Wortlaut auf die Geltung des Erwerbsstreckungsgebots im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 WaffG hin. Auch lasse die Normsystematik des § 14 WaffG darauf schließen, dass das Erwerbsstreckungsgebot über den Absatz 2 hinaus gelten soll. So seien die einzelnen Absätze des § 14 WaffG erst aus dem Zusammenhang heraus klar verständlich. Schließlich würden Sinn und Zweck die Geltung des Erwerbsstreckungsgebots auch im Rahmen des § 14 Abs. 4 WaffG gebieten. Es gehe darum, das Anlegen von Waffensammlungen unter dem Deckmantel des Sportschützentums zu verhindern. Dieses Ziel füge sich auch in das allgemeine Ziel des Waffenrechts nach § 1 Abs. 1 WaffG ein, den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu regeln. Zudem zeige sich die eigentliche Bedeutung des Erwerbsstreckungsgebots vor allem bei Absatz 4 des § 14 WaffG, da dort eine mengenmäßige Kontingentierung gerade nicht angeordnet sei.

S hilft dem Widerspruch nicht ab und leitet die Sache an die zuständige Widerspruchsbehörde weiter.

Aufgabenstellung

Wie wird die Widerspruchsbehörde entscheiden? Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten des Widerspruchs.³

Gesetzesauszug

Waffengesetz (WaffG)⁴

§ 13 Erwerb und Besitz von Schusswaffen und Munition durch Jäger, Führen und Schießen zu Jagdzwecken

(1) Ein Bedürfnis für den Erwerb und Besitz von Schusswaffen und der dafür bestimmten Munition wird bei Personen anerkannt, die Inhaber eines gültigen Jagdscheines im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 des Bundesjagdgesetzes sind (Jäger), wenn

* Prof. Dr. Yvonne Dorf ist Hochschullehrerin an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl.

1 S. BGBl. I S. 426.

2 S. die nahezu wortlautidentischen Entscheidungen des BVerwG 6 C 1.07, 6 C 3.07 und 6 C 8.07, verfügbar unter www.bundesverwaltungsgericht.de; Leitsatz zu BVerwG 6 C 1.07 auch in DVBl. 2008, 402.

3 Soweit Vorschriften des VwVfG-Land betroffen sind, ist auf diejenigen des VwVfG-Bund zurückzugreifen. Im übrigen ist für die Falllösung davon auszugehen, dass das Widerspruchsverfahren nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ausgeschlossen ist.

4 Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970 (4592) (2003, 1957)), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 5. November 2007 (BGBl. I S. 2557).

1. glaubhaft gemacht wird, dass sie die Schusswaffen und die Munition zur Jagdausübung oder zum Training im jagdlichen Schießen einschließlich jagdlicher Schießwettkämpfe benötigen,
2. die zu erwerbende Schusswaffe und Munition nach dem Bundesjagdgesetz in der zum Zeitpunkt des Erwerbs geltenden Fassung nicht verboten ist (Jagd Waffen und -munition).

...

§ 14 Erwerb und Besitz von Schusswaffen und Munition durch Sportschützen

(1) Die Erlaubnis zum Erwerb und Besitz von Schusswaffen und Munition zum Zweck des sportlichen Schießens wird abweichend von § 4 Abs. 1 Nr. 1 nur erteilt, wenn der Antragsteller das 21. Lebensjahr vollendet hat. ...

(2) Ein Bedürfnis für den Erwerb und Besitz von Schusswaffen und der dafür bestimmten Munition wird bei Mitgliedern eines Schießsportvereins anerkannt, der einem nach § 15 Abs. 1 anerkannten Schießsportverband angehört. Durch eine Bescheinigung des Schießsportverbandes oder eines ihm angegliederten Teilverbandes ist glaubhaft zu machen, dass

1. das Mitglied seit mindestens zwölf Monaten den Schießsport in einem Verein regelmäßig als Sportschütze betreibt und
2. die zu erwerbende Waffe für eine Sportdisziplin nach der Sportordnung des Schießsportverbandes zugelassen und erforderlich ist.

Innerhalb von sechs Monaten dürfen in der Regel nicht mehr als zwei Schusswaffen erworben werden.

(3) Ein Bedürfnis von Sportschützen nach Absatz 2 für den Erwerb und Besitz von mehr als drei halbautomatischen Langwaffen und mehr als zwei mehrschüssigen Kurzwaffen für Patronenmunition sowie der hierfür erforderlichen Munition wird durch Vorlage einer Bescheinigung des Schießsportverbandes des Antragstellers glaubhaft gemacht, wonach die weitere Waffe

1. von ihm zur Ausübung weiterer Sportdisziplinen benötigt wird oder
2. zur Ausübung des Wettkampfsports erforderlich ist.

(4) Sportschützen nach Absatz 2 wird abweichend von § 10 Abs. 1 Satz 3 eine unbefristete Erlaubnis erteilt, die zum Erwerb von Einzelader-Langwaffen mit glatten und gezogenen Läufen, von Repetier-Langwaffen mit gezogenen Läufen sowie von einläufigen Einzellaader-Kurzwaffen für Patronenmunition und von mehrschüssigen Kurz- und Langwaffen mit Zündhütchenzündung (Perkussionswaffen) berechtigt. Die Eintragung von Waffen, die auf Grund dieser unbefristeten Erlaubnis erworben wurden, in die Waffenbesitzkarte ist durch den Erwerber binnen zwei Wochen zu beantragen.

Bundesjagdgesetz (BJagdG)⁵

§ 15 Allgemeines

1) Wer die Jagd ausübt, muss einen auf seinen Namen lautenden Jagdschein mit sich führen und diesen auf Verlangen den Polizeibeamten sowie den Jagdschutzberechtigten (§ 25) vorzeigen. Zum Sammeln von Abwurfstangen bedarf es nur der schriftlichen Erlaubnis des Jagdausübungsberechtigten. Wer die Jagd mit Greifen oder Falken (Beizjagd) ausüben will, muss einen auf seinen Namen lautenden Falknerjagdschein mit sich führen.

...

(5) Die erste Erteilung eines Jagdscheines ist davon abhängig, dass der Bewerber im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Jägerprüfung bestanden hat, die aus einem schriftlichen und einem mündlich-praktischen Teil und einer Schießprüfung bestehen soll; er muss in der Jägerprüfung ausreichende Kenntnisse der Tierarten, der Wildbiologie, der Wildhege, des Jagdbetriebes, der Wildschadensverhütung, des Land- und Waldbaues, des Waffenrechts, der Waffentechnik, der Führung von Jagd Waffen (einschließlich Faustfeuerwaffen), der Führung von Jagdhunden, in der Behandlung des erlegten Wildes unter besonderer Berücksichtigung der hygienisch erforderlichen Maß-

nahmen, in der Beurteilung der gesundheitlich unbedenklichen Beschaffenheit des Wildbrets, insbesondere auch hinsichtlich seiner Verwendung als Lebensmittel, und im Jagd-, Tierschutz- sowie Naturschutz- und Landschaftspflegerecht nachweisen; mangelhafte Leistungen in der Schießprüfung sind durch Leistungen in anderen Prüfungsteilen nicht ausgleichbar. ...

Lösung

Die Widerspruchsbehörde wird dem Widerspruch stattgeben, wenn er zulässig und begründet ist. Andernfalls weist sie ihn zurück.

A. Zulässigkeit des Widerspruchs

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Die Frage, ob auch für das Widerspruchsverfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein muss, ist umstritten.⁶ Der Streit könnte jedoch dahingestellt bleiben, wenn der Verwaltungsrechtsweg jedenfalls eröffnet ist. Dies beurteilt sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeit keiner abdrängenden Sonderzuweisung unterliegt. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die Rechtsnatur der streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Dies bestimmt sich nach der von der h.M. angewandten sog. modifizierten Subjektstheorie, auch Sonderrechtstheorie genannt, danach, ob die Rechtssätze den Staat oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt zum Zuordnungssubjekt haben, also ausschließlich diese berechtigen oder verpflichten.⁷ Streitentscheidend sind im vorliegenden Fall die Normen des WaffenG. Die (hier abgedruckten) Normen sprechen jedoch keine Befugnis zugunsten eines Hoheitsträgers aus. Jedoch ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die für die Ausführung des WaffG durch eine entsprechende Landesverordnung ausgewiesene zuständige Erlaubnisbehörde die sog. Gelben Waffenbesitzkarte erteilt hat. Ausschließlich berechtigt ist somit eine Behörde, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung für den (jeweiligen) Hoheitsträger vornimmt. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt demnach vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da weder am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligte über spezifisches Verfassungsrecht streiten noch sonst der Streitgegenstand dem Verfassungsrecht zuzuordnen ist.⁸ Da auch keine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbar-

5 Bundesjagdgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. September 1976 (BGBl. I S. 2849), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 426).

6 Ein Teil der Literatur (vgl. etwa Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 79 Rn. 10 f.; P. Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 79 Rn. 29) lehnt dies unter Bezugnahme auf § 79 VwVfG ab. § 79 VwVfG erklärt grundsätzlich die Vorschriften der VwGO für alle förmlichen Rechtsbehelfe für anwendbar, unabhängig davon, ob für die folgende Klage der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Die Gegenansicht (vgl. etwa die Nachweise bei Busch, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, vor § 79 Rn. 30; Pietzner/Ronnellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 29 Rn. 3 ff.; Brühl, JuS 1994, 153 (154)) stellt darauf ab, dass das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur zulässig sein könne, wenn auch schon für den Widerspruch der Weg zu den Verwaltungsgerichten dem Grunde nach eröffnet ist.

7 Vgl. zur modifizierten Subjektstheorie sowie zu den anderen Theorien (Interessentheorie, Subordinationstheorie) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 14 ff.

8 Vgl. zur Frage der „nichtverfassungsrechtlichen Art“ sowie zur Erforderlichkeit der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 40 Rn. 31 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 11 Rn. 69 ff.; Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rn. 97 ff.

keit ersichtlich ist, ist für die Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Der Streit über die Notwendigkeit der Verwaltungsrechtswegeröffnung kann somit offen bleiben.

II. Statthaftigkeit

Der von K eingelegte Widerspruch ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO statthaft, wenn er Sachurteilsvoraussetzung für eine mögliche nachfolgende Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage wäre und kein Fall des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO einschlägig ist. Fraglich ist, ob für das Begehren des K die Anfechtungs- (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) oder die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) als geeignete und zulässige Klageart zur Verfügung steht. K wendet sich gegen die in seiner Waffenbesitzkarte vorgenommene zeitliche Erwerbsbeschränkung. Er erstrebt somit eine Waffenbesitzkarte ohne diese Einschränkung. Würde es sich bei der Erwerbsbeschränkung um eine selbständige hoheitliche Anordnung zu einem bestimmten Unterlassen, also um eine auf den Hauptverwaltungsakt bezogene Auflage nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG handeln, könnte sie grds. selbständig angefochten werden.⁹ Von der Auflage nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG sind jedoch solche Regelungen abzugrenzen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie gerade keine eigene Sachregelung enthalten, sondern lediglich eine inhaltliche Einschränkung des Hauptverwaltungsakts darstellen (sog. modifizierende Auflage).¹⁰ Es handelt sich in diesem Fall nicht um Nebenbestimmungen zum, sondern um Inhaltsbestimmungen des Verwaltungsakts. Davon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Die Einschränkung, innerhalb von sechs Monaten in der Regel nicht mehr als zwei Waffen erwerben zu dürfen, begrenzt die inhaltliche Reichweite der Erlaubniserteilung. Statt einer den Erwerb der in § 14 Abs. 4 WaffG genannten Waffen nicht einschränkenden Erlaubnis hat K ein „Weniger“ erhalten. Damit handelt es sich bei der zeitlichen Erwerbsbeschränkung nicht um eine selbständig anfechtbare Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, sondern um eine sog. modifizierende Auflage. Mit seinem Widerspruch erstrebt K eine Erlaubnis, deren Gestattungswirkung über den bisherigen Erlaubnisinhalt hinausgeht, d.h. eine Waffenbesitzkarte ohne die in Rede stehende Einschränkung. Dafür genügt es nicht, die modifizierende Auflage selbständig anzufechten. Vielmehr ist „ein solches Klagebegehren ... im Wege der Verpflichtungsklage zu verfolgen.“¹¹ Das Begehren von K richtet sich auch unstreitig auf den Erlass eines Verwaltungsakts nach § 35 S. 1 VwVfG dar. Es handelt sich um eine Maßnahme einer Behörde gem. § 1 Abs. 4 VwVfG auf der Grundlage des WaffG und damit, wie oben bereits festgestellt, um eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Die mit der Waffenbesitzkarte ausgesprochene Erlaubnis begründet eine für K neue Rechtsposition, enthält damit eine Regelung eines Einzelfalls, und trifft K als außerhalb der Behörde stehende Person, so dass auch das Merkmal der Außenwirkung erfüllt ist. Da der Widerspruch mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben auch nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ausgeschlossen ist,¹² ist der Widerspruch in Form des Verpflichtungswiderspruchs gem. § 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO statthaft.

III. Widerspruchsbefugnis

Das Gesetz sieht eine ausdrückliche Regelung der Widerspruchsbefugnis nicht vor. Dennoch rechtfertigt die Tatsache, dass § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO vom „Beschwerten“ spricht und der Verwaltungsgerichtsordnung Popularklagen grds. fremd sind, eine Widerspruchsbefugnis zu fordern.¹³ Als Maßstab dient § 42 Abs. 2 VwGO analog. K müsste im Rahmen seines Verpflichtungswiderspruchs die Möglichkeit eines ihm zustehenden Rechts geltend machen können, das durch die Nichterteilung einer unbeschränkten Erlaubnis verletzt sein könnte. Es darf mithin nicht offensichtlich ausgeschlossen sein, dass K der behauptete

Anspruch auf Erteilung einer Waffenbesitzkarte ohne die in Rede stehende Einschränkung zusteht.¹⁴ Die Erteilung der sog. Gelben Waffenbesitzkarte richtet sich nach § 14 Abs. 4 WaffG. Danach wird „Sportschützen nach Absatz 2“ eine unbefristete Erlaubnis zum Erwerb der dort genannten Waffen erteilt. Eine zeitliche Erwerbsbeschränkung sieht die Vorschrift des § 14 Abs. 4 WaffG ausdrücklich nicht vor. Daher ist nicht offensichtlich auszuschließen, dass K als Sportschütze ein Recht auf Erteilung einer Waffenbesitzkarte ohne ein sog. Erwerbsstreckungsgebot hat. K ist damit widerspruchsbefugt.

IV. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit

K ist als natürliche Person gem. § 79 i.V.m. § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG beteiligtenfähig. Als geschäftsfähige Person ist K nach § 79 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG auch handlungsfähig.¹⁵

V. Widerspruchsfrist

Zu prüfen ist, ob K den Widerspruch fristgemäß erhoben hat. Aufgrund der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung ist die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO zu Grunde zu legen. Für die Berechnung der Widerspruchsfrist kommt zum einen die verwaltungsprozessuale Lösung in Betracht, die über § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO die §§ 187 ff. BGB zur Anwendung bringt.¹⁶ Nach anderer Ansicht, die einen verwaltungsverfahrenrechtlichen Lösungsansatz verfolgt, ist § 31 VwVfG anzuwenden, der ebenfalls den Weg in die §§ 187 ff. BGB weist.¹⁷ Wichtigste Folge ist, dass § 31 Abs. 3 VwVfG für das Ende der Frist an einem Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder Sonnabend unmittelbar zur Anwendung kommt, es eines „Umwegs“ über § 193 BGB somit nicht bedarf. Da

9 S. zur Auflage und der Frage des Rechtsschutzes P. Stelkens/U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 36 Rn. 27 ff., 82 ff.; Mauer (o. Fn. 7), § 12 Rn. 9 ff., 22 ff.; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 651 ff. Von der zeitlichen Erwerbsbeschränkung als Nebenbestimmung in Form einer Auflage nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG und damit der grds. Zulässigkeit der Anfechtungsklage ging auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg aus, s. BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 5, 16 f. Er weist jedoch in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerwG darauf hin, dass die isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung im zu entscheidenden Fall nicht mit materiellem Recht vereinbar sei und folgt damit der Rspr. des BVerwG, wonach die Anfechtungsklage nur dann auch begründet sein kann, wenn der Hauptverwaltungsakt auch nach Aufhebung der Auflage rechtmäßig ist, da die gerichtliche Aufhebung der Nebenbestimmung nicht zu einem rechtswidrigen Zustand führen darf; s. hierzu die Rspr.-Hinweise bei P. Stelkens/U. Stelkens, a.a.O., § 36 Rn. 91.

10 Vgl. zur sog. modifizierenden Auflage P. Stelkens/U. Stelkens (o. Fn. 9), § 36 Rn. 48 ff., 106a m.w.N.; Maurer (o. Fn. 7) § 12 Rn. 16; Detterbeck (o. Fn. 9), Rn. 657 ff.

11 BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 17 unter Verweis auf das Urteil vom 17. Juni 1999 – BVerwG 3 C 20.98 = GewArch 2000, 62 (63).

12 Beachte, dass in einigen Bundesländern (wie bspw. in Nordrhein-Westfalen und Bayern) im Rahmen von Entbürokratisierungs- bzw. Deregulierungsbestrebungen das Widerspruchsverfahren deutlich gestrafft und nur noch auf Ausnahmefälle beschränkt wurde.

13 Vgl. Hufen (o. Fn. 8), § 6 Rn. 24; Kopp/Schenke (o. Fn. 8), vor § 68 Rn. 12 und § 69 Rn. 6.

14 Vgl. zur Widerspruchsbefugnis bei einem Verpflichtungswiderspruch Hufen (o. Fn. 8), § 6 Rn. 25; Detterbeck (o. Fn. 9), Rn. 1363.

15 Da das Widerspruchsverfahren ein Verwaltungsverfahren ist, richten sich die allgemeinen Verfahrensanforderungen wegen § 79 VwVfG nach den §§ 9 ff. VwVfG.

16 Vgl. zu dieser Ansicht, die das Widerspruchsverfahren primär als verwaltungsgerichtliches Verfahren betrachtet, da es Sachurteilsvoraussetzung für die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage ist Kopp/Schenke (o. Fn. 8), § 70 Rn. 8 m.w.N.

17 Vgl. hierzu Hufen (o. Fn. 8), § 6 Rn. 33; Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 197. Von den Vertretern dieser Ansicht wird insbesondere gelten gemacht, dass § 70 Abs. 2 VwGO gerade nicht auf § 57 Abs. 2 VwGO verweist und der Bundesgesetzgeber aus kompetenzrechtlichen Gründen (s. a. Art. 84 GG) das Widerspruchsverfahren in der VwGO nur soweit habe regeln dürfen, als es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt.

im praktischen Ergebnis die Frage der Berechnung der Widerspruchsfrist keine Auswirkungen hat, kann der Streit über den „richtigen“ Lösungsansatz dahingestellt bleiben.

Die Monatsfrist beginnt nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts. Laut Sachverhalt ist die Erlaubniserteilung am 20. März 2008 per einfachem Brief zur Post aufgegeben worden. Für diesen Fall begründet die Bekanntgabe-Vorschrift des § 41 Abs. 2 VwVfG eine 3-Tages-Fiktion, wonach der schriftliche Verwaltungsakt drei Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt. Dabei bleibt der dritte Tag nach herrschender Auffassung selbst dann maßgebend, wenn es sich bei diesem Tag um einen Sonntag, Samstag oder gesetzlichen Feiertag handelt. Die Vorschriften des § 193 BGB bzw. § 31 Abs. 3 VwVfG können insoweit nicht herangezogen werden, da sich diese Normen nur auf das Fristende und nicht auf den Fristbeginn beziehen und es sich im übrigen bei § 41 Abs. 2 VwVfG um eine gesetzliche Fiktion handelt.¹⁸ Demzufolge gilt die Bekanntgabe im vorliegenden Fall mit dem 23. März 2008 als erfolgt, obwohl es sich hierbei um den Ostersonntag handelt. Die Bekanntgabe wird dabei als ein in den Lauf eines Tages fallendes Ereignis i.S.d. § 187 Abs. 1 BGB angesehen, so dass die Widerspruchsfrist nach § 187 Abs. 1 BGB am 24. März 2008 um 0.00 Uhr beginnt. Gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB endet die Monatsfrist folglich mit Ablauf desjenigen Tages, welcher durch seine Benennung dem Tag der Bekanntgabe entspricht, also am 23. April 2008 um 24.00 Uhr. Mit Einlegung seines Widerspruchs am 23. April 2008 hat K somit die Widerspruchsfrist gewahrt.

VI. Form der Widerspruchseinlegung

Der von K eingelegte Widerspruch ging am 24. April 2008 schriftlich bei der Ausgangsbehörde ein und entspricht hiermit dem Formerfordernis des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO.

VII. Zwischenergebnis

Der Verpflichtungswiderspruch des K ist zulässig.

B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Verpflichtungswiderspruch ist begründet nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO analog, wenn K einen Anspruch auf Erteilung einer Waffenbesitzkarte ohne die zeitliche Erwerbsbeschränkung hat.¹⁹

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage für die begehrte Erlaubnis kommt § 14 Abs. 4 WaffG in Betracht, wenn das sog. Erwerbsstreckungsgebot des § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 WaffG nicht gilt.

II. Formelle Voraussetzungen des Anspruchs

Mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben kann vom Vorliegen der formellen Anspruchsvoraussetzungen für die Erteilung der Waffenbesitzkarte ohne die zeitliche Erwerbsbeschränkung wie der Zuständigkeit der Erlaubnisbehörde ausgegangen werden.

III. Materielle Voraussetzungen des Anspruchs

Laut § 14 Abs. 4 S. 1 WaffG wird Sportschützen nach § 14 Abs. 2 WaffG für die vier im einzelnen genannten Waffenarten eine unbefristete Erlaubnis zum Erwerb der Waffen erteilt. Die Altersvoraussetzung der Erlaubniserteilung nach § 14 Abs. 1 S. 1 WaffG liegt bei

K, der laut Sachverhalt bereits 30 Jahre alt ist, vor. Da K Mitglied eines Schießsportvereins ist, der einem nach § 15 Abs. 1 WaffG anerkannten Schießsportverband angehört und auch von der nach § 14 Abs. 2 S. 2 WaffG geforderten Bedürfnisbescheinigung auszugehen ist, sind die personellen Komponenten für ein Bedürfnis nach § 14 Abs. 2 WaffG ebenfalls erfüllt. Fraglich ist, ob sich die Bezugnahme in § 14 Abs. 4 WaffG auf „Sportschützen nach Absatz 2“ alleine auf das personelle Merkmal der Mitgliedschaft in einem Schießsportverein bezieht, oder ob die Bezugnahme umfassend zu verstehen ist und auch das sog. Erwerbsstreckungsgebot nach § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG erfasst, wonach innerhalb von sechs Monaten in der Regel nicht mehr als zwei Schusswaffen erworben werden dürfen. Ist die Beschränkung nach § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG nicht von der Bezugnahme in § 14 Abs. 4 WaffG erfasst, steht dem Anspruch des K auf Erteilung einer Waffenbesitzkarte ohne die zeitliche Erwerbsbeschränkung kein Versagungsgrund entgegen. Es ist daher zu ermitteln, wie der Sinngehalt der Formulierung „Sportschützen nach Absatz 2“ zu verstehen ist. Diesem Ziel dienen die klassischen Auslegungsvarianten, die grammatikalische, systematische, teleologische und historische Auslegung.²⁰

1. Wortlaut

Der Wortlaut des § 14 Abs. 4 WaffG ist ambivalent. Er ist offen für ein Verständnis, das sich alleine auf die Erlaubnisnehmer als „Mitglieder eines Schießsportvereins, der einem nach § 15 Abs. 1 anerkannten Schießsportverband angehört“ bezieht. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich das Erwerbsstreckungsgebot des § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG ohne Einschränkung auf sämtliche Schusswaffen bezieht. Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 WaffG schließt danach die in § 14 Abs. 4 WaffG aufgelisteten Waffen nicht aus. Zudem beschränkt die Formulierung „Sportschützen nach Absatz 2“ den Bezug nicht auf bestimmte Teile des Absatzes 2, sondern kann als Bezugnahme auf den vollständigen Erlaubnistatbestand des § 14 Abs. 2 WaffG verstanden werden. Es sprechen somit mehrere Gesichtspunkte dafür, „dass in § 14 Abs. 4 WaffG die Gesamtregelung des Absatzes 2 einschließlich des Satzes 3 aufgegriffen worden ist“.²¹

¹⁸ Vgl. hierzu OVG Lüneburg, NVwZ 2007, 78; Schmidt (o. Fn. 8), Rn. 268; Kopp/Ramsauer (o. Fn. 6), § 41 Rn. 44; Pietzner/Ronnellenfisch (o. Fn. 6), § 33 Rn. 9; a.A. P. Stelkens/U. Stelkens (o. Fn. 9), § 41 Rn. 66. Der BFH sieht mit Blick auf die Dreitages-Vermutung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO nach st. Rspr. im Fall eines Sonntags, Samstags oder Feiertags den darauffolgenden Werktag als den dritten Tag an und spricht sich für das Vorliegen einer Fristenregelung aus, vgl. zuletzt BFH Beschluss vom 23. 01. 2008, VII B 169/07 m.w.N auf seine Rspr.

¹⁹ Trotz der Formulierung des § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO empfiehlt sich beim Verpflichtungswiderspruch (und entsprechend bei der Verpflichtungsklage) der sog. „Anspruchsaufbau“, da es für die Begründetheit und damit die Frage, ob die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Betroffene dadurch in seinen Rechten verletzt ist (s. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO), entscheidend allein darauf ankommt, ob der Widerspruchsführer einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts hat. Siehe zum Anspruchsaufbau auch Detterbeck (o. Fn. 9), Rn. 1369, 1420; Schmidt (o. Fn. 8), Rn. 1106; vgl. zum streng am § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO orientierten Prüfungsaufbau Hufen (o. Fn. 8), § 26 Rn. 1 ff.

Der Obersatz geht hier bereits von dem Fall eines gebundenen Verwaltungsakts aus. Sollte es sich um einen Ermessens-Verwaltungsakt handeln, würde sich der Anspruch auf (nochmalige) behördliche, ermessensfehlerfreie Entscheidung unter Beachtung der gerichtlichen Rechtsauffassung richten (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO). Im Fall einer Ermessensentscheidung wäre der Verpflichtungswiderspruch im übrigen auch begründet, wenn die Ablehnung (oder Unterlassung) unzumutbar wäre (s. § 68 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 VwGO).

²⁰ Vg. zu den Auslegungsmethoden Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 28 Rn. 34 ff.; Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 33 ff.

²¹ BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 23.

2. Systematik

Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 WaffG erkennt für organisierte Sportschützen ein Bedürfnis für den Erwerb und Besitz von Schusswaffen und der dafür bestimmten Munition an. Für welche Anzahl von Waffen dieses Bedürfnis besteht, lässt § 14 Abs. 2 WaffG zunächst offen. Erst aus der Gesamtschau mit Absatz 3 ergibt sich die genaue Art und Anzahl der Waffen, die der Gesetzgeber dem organisierten Sportschützen zugesteht. Es wird ein Bedürfnis für drei halbautomatische Langwaffen und zwei mehrschüssige Kurzwaffen für Patronenmunition sowie der hierfür erforderlichen Munition anerkannt (sog. Sportschützen-Kontingent). Waffen dieser Art und Anzahl können somit ohne weitere qualifizierte Voraussetzungen nach Maßgabe des § 14 Abs. 2 WaffG erworben werden. Allerdings beschränkt die Vorschrift § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG in Form des sog. Erwerbsstreckungsgebots das anerkannte Bedürfnis ein. Danach besteht ein Bedürfnis nur für den Erwerb von zwei der beschriebenen Schusswaffen pro Halbjahr. Ebenso wie § 14 Abs. 3 WaffG einen Sonderfall für eine Überschreitung der Waffenanzahl regelt und hierfür gegenüber der Grundregelung des § 14 Abs. 2 WaffG einen qualifizierten Bedürfnisnachweis verlangt, enthält auch die Vorschrift des § 14 Abs. 4 WaffG einen Sonderfall. Sie regelt, dass für den Erwerb bestimmter, dort aufgeführter Waffenarten eine unbefristete Erwerbserlaubnis erteilt wird. Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit gleichsam die Grundregel für die Anerkennung eines Bedürfnisses hinfällig wäre. § 14 Abs. 4 WaffG regelt „nur“ die Geltungsdauer der Erwerbserlaubnis bei bestimmten Waffenarten in Form einer unbefristeten Globalerlaubnis. „Dies schließt aber nicht aus, dass auch die durch die Globalerlaubnis erfassten Waffen nur zeitlich gestreckt erworben werden dürfen.“²² Vielmehr zeigt die Zusammenschau der einzelnen Absätze des § 14 WaffG, dass die Grundregelung für die Anerkennung eines Bedürfnisses für den Erwerb und Besitz von Schusswaffen und der dafür bestimmten Munition in § 14 Abs. 2 WaffG begründet ist. Ebenso wenig wie Absatz 3 einen von dieser Grundregelung losgelösten Erlaubnistatbestand darstellt, ist dies für Absatz 4 zu unterstellen. Beide Absätze enthalten Sonderregelungen, wonach über das Regelbedürfnis des § 14 Abs. 2 WaffG hinaus Waffen erworben werden können. Inhalt der Bedürfnisregelung des § 14 Abs. 2 WaffG ist das Erwerbsstreckungsgebot des Satzes 3, das damit auch im Fall des § 14 Abs. 4 WaffG anwendbar ist. Ebenso wie systematische Gründe unstreitig für eine Erstreckung des Alterserfordernisses nach § 14 Abs. 1 WaffG auf sämtliche Absätze des § 14 WaffG sprechen, spricht die Systematik für eine Geltung des Erwerbsstreckungsgebots für sämtliche Erlaubnistatbestände der Vorschrift.²³

3. Sinn und Zweck

Die in systematischer Hinsicht ermittelte Schlussfolgerung wird durch Sinn und Zweck des Erwerbsstreckungsgebots verfestigt. Die zahlenmäßige Kontingentierung des Waffenerwerbs pro Halbjahr soll verhindern oder jedenfalls erschweren, dass „Waffensammlungen unter dem Deckmantel des Sportschützentums“²⁴ angelegt werden. Damit wird gleichzeitig das Ziel verfolgt, die von Waffen und Munition ausgehenden Gefahren für die Allgemeinheit möglichst einzudämmen. Seine wesentliche Bedeutung findet das Erwerbsstreckungsgebot gerade im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 WaffG. Wie oben bereits festgestellt, wird ein Bedürfnis nach § 14 Abs. 2 WaffG ohnehin nur für eine zahlenmäßig begrenzte Anzahl von Waffen anerkannt (drei halbautomatische Langwaffen und zwei mehrschüssige Kurzwaffen). Die Bedeutung des Erwerbsstreckungsgebots ist hier also sehr gering.²⁵ Bei Überschreitung der Kontingentierung verlangt § 14 Abs. 3 WaffG einen qualifizierten Bedürfnisnachweis in Form einer Bescheinigung des Schießsportverbands, wonach die weitere Waffe zur Ausübung weiterer Sportdisziplinen vom Sportschützen benötigt wird oder zur Ausübung des Wettkampfsports

erforderlich ist. Wird dieser Nachweis erbracht, ist aber gleichzeitig dem Ziel des Erwerbsstreckungsgebots, einem schlichten Horten von Waffen entgegenzutreten, weitestgehend gedient. Für die Vorschrift des § 14 Abs. 4 WaffG jedoch entfaltet das Erwerbsstreckungsgebot seine entscheidende Bedeutung. Denn § 14 Abs. 4 WaffG bestimmt keine zahlenmäßige Kontingentierung für den Erwerb der dort genannten Waffenarten. Gerade in einem solchen Fall ist Sinn und Zweck eines Erwerbsstreckungsgebots gefordert, ist doch die Gefahr eines Waffenhortens im Fall keiner Festlegung der Waffenanzahl besonders groß.²⁶ Dabei fügt sich das Erwerbsstreckungsgebot in das allgemeine Ziel des Waffengesetzes ein, „so wenig Waffen wie möglich ins Volk zu bringen“²⁷. Diesen Zweck beschreibt § 1 Abs. 1 WaffG damit, dass das Waffengesetz den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regelt. Sinn und Zweck des Erwerbsstreckungsgebots gebieten mithin seine Geltung gerade auch im Rahmen des § 14 Abs. 4 WaffG.

4. Entstehungsgeschichte

Berücksichtigt man die Entstehungsgeschichte,²⁸ zeigt sich, dass es von Anfang an ein entscheidendes Anliegen des Gesetzgebers war, den erleichterten Waffenerwerb für Sportschützen zahlenmäßig zu beschränken, um so das Anlegen von Waffensammlungen unter dem Deckmantel des Sportschützentums zu verhindern. Von diesem Ziel ist während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens nicht abgerückt worden, wenngleich die ausdrückliche Bezugnahme in § 14 Abs. 3 S. 1 des Gesetzesentwurfs, der § 14 Abs. 4 WaffG entspricht, auf das Erwerbsstreckungsgebot im Laufe des Verfahrens gestrichen wurde. Das BVerwG führt hierzu in seiner Entscheidung aus, dass „der dargelegte Geschehensablauf ... vermuten (lässt), dass der Vermittlungsausschuss und ihm folgend die Gesetzgebungsorgane von der Absicht geleitet waren, es einerseits bei dem vom Bundestag beschlossenen erweiterten Geltungsbereich der ‚Gelben Waffenbesitzkarte‘ zu belassen, andererseits aber in Anlehnung an den Regierungsentwurf jeden Waffenerwerb durch organisierte Sportschützen den Grundanforderungen des § 14 Abs. 2 WaffG und damit insbesondere dem dort normierten Erwerbsstreckungsgebot zu unterwerfen“.²⁹ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es insbesondere die Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten, die Formulierung „Sportschützen nach Absatz 2“ in § 14 Abs. 4 WaffG dahinge-

22 BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 25.

23 Dieses Ergebnis wird auch bei einem Blick in die dem § 14 WaffG ähnlichen Parallelvorschriften wie bspw. den § 13 WaffG bestätigt. Auch hier wird in Absatz 1 zunächst eine allgemeine Bedürfnisregelung für den Erwerb und Besitz von Waffen und der dafür bestimmten Munition getroffen, während die nachfolgenden Absätze Einzelheiten im Anwendungsbereich des Absatzes 1 bestimmen; s. hierzu auch BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 26, das weiterhin noch auf die ähnlich aufgebauten § 17 WaffG (Waffen- und Munitionssammler) und § 18 WaffG (Waffen- und Munitionsschverständige) verweist.

24 So ausdrücklich die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Waffenrechtsneuregelungsgesetz (= WaffG vom 11. Oktober 2002) BT-Drs. 14/7758 S. 63.

25 Bedeutung kann das Erwerbsstreckungsgebot, wie das BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 28 ausführt, hier beispielsweise zur Verhinderung einer allzu schnellen Anschaffung derartiger Waffen durch junge Schützen erlangen.

26 Das BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 28 weist ergänzend darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Waffenrechtsneuregelung davon ausgegangen ist, dass auf der Grundlage des früheren Rechts Waffensammlungen gerade bei nicht kontingentierten Waffen zustande gekommen waren.

27 So BVerwG 1 C 5.99 – Urteil vom 13. 07. 1999, auf das das BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 29 verweist.

28 Vgl. hierzu BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 30 ff.; siehe zum Ablauf der Gesetzgebung auch unter <http://dip.bundestag.de>, Stand der Gesetzgebung [GESTA], 14. Wahlperiode, Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts.

29 BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 35.

hend auszulegen, dass sich die Bezugnahme auch auf § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG erstreckt. Das Erwerbsstreckungsgebot gilt mithin auch für den Erlaubnistatbestand des § 14 Abs. 4 WaffG.³⁰

IV. Kein Verstoß gegen Verfassungsrecht

Das anhand der Auslegungsmethoden festgemachte Ergebnis steht auch mit der Verfassung in Einklang.

1. Art. 2 Abs. 1 GG

Von der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Freiheit zu tun und zu lassen, was man möchte,³¹ ist auch der Erwerb von Schusswaffen zur Betätigung als Sportschütze erfasst. In dieses Recht wird durch das – wie soeben festgestellt, auch im Rahmen des § 14 Abs. 4 WaffG zur Anwendung kommende – Erwerbsstreckungsgebot eingegriffen. Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit stellt die verfassungsmäßige Ordnung³² als Inbegriff aller formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtssätze dar.³³ Damit stehen Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit insbesondere unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach muss jeder Eingriff einem legitimen Gemeinwohlziel dienen, zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Das Erwerbsstreckungsgebot verfolgt das legitime Ziel, die von einem Horten und der Verwendung von Waffen zu privaten Zwecken ausgehende erhöhte Gefahr für die Allgemeinheit zu vermindern. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Erwerbsbeschränkung ohne weiteres geeignet. Sie stellt von mehreren gleich geeigneten Mitteln auch das Mildeste dar, wird doch mit dem Erwerbsstreckungsgebot „nur“ der Waffenerwerb pro Halbjahr beschränkt. Auch stellt es keine übermäßige Belastung für Sportschützen dar, Waffen nur in begrenzter Anzahl erwerben zu können, zumal das Erwerbsstreckungsgebot als Regeltatbestand ausgeformt ist und somit im Einzelfall auch Abweichungen hiervon möglich sind. Dies gilt selbst dann, wenn die in § 14 Abs. 4 WaffG genannten Waffen im Vergleich zu anderen Schusswaffen als weniger gefährlich einzustufen sind.³⁴ Ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG liegt damit nicht vor.

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln, wenn nicht Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.³⁵ Sowohl Sportschützen als auch Jäger sind Personengruppen, die aus persönlichen oder wirtschaftlichen Interessen ein Bedürfnis für den Umgang mit Waffen und Munition haben. Anders als für Sportschützen gilt für Jäger kein Erwerbsstreckungsgebot.³⁶ Dieser Unterschied lässt sich jedoch sachlich begründen. Aus § 13 Abs. 1 WaffG folgt, dass der Bedürfnistatbestand für die Inhaber gültiger Jagdscheine i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 BJagdG (Jäger) gilt. Dabei ergibt sich aus § 15 Abs. 5 BJagdG, dass die erstmalige Erteilung eines Jagdscheins das Bestehen der Jägerprüfung voraussetzt, in der ausreichende Kenntnisse u.a. im Waffenrecht, der Waffentechnik und Waffenführung nachzuweisen sind. „Damit kann als weitgehend sichergestellt angesehen werden, dass die Waffen stets ordnungsgemäß genutzt und aufbewahrt werden.“³⁷ Sportschützen hingegen müssen keine entsprechende Prüfung ablegen. Weiterhin setzt der Bedürfnistatbestand des § 13 Abs. 1 WaffG voraus, dass die Schusswaffen zur Jagdausübung oder zum Training im jagdlichen Schießen einschließlich jagdlicher Schießwettkämpfe benötigt werden und nach dem Bundesjagdgesetz nicht verboten sind. Dies dient dem Ziel, zu verhindern, dass die Waffen zu anderen Zwecken als denen der Jagd erworben werden. All „diese Beschränkungen verhindern jedenfalls regelmäßig die Anlegung von Waffensammlungen

ohne Bezug zur Jagd, so dass ein Erwerbsstreckungsgebot wie bei Sportschützen für entbehrlich gehalten werden dürfte, das dazu dienen soll, der ‚Anlegung von Waffensammlungen unter dem Deckmantel des Sportschützentums‘ entgegenzuwirken.“³⁸ Eine Verletzung des Allgemeinen Gleichheitssatzes durch die Anwendung des Erwerbsstreckungsgebots auch im Fall des § 14 Abs. 4 WaffG scheidet somit ebenfalls aus.

Ergebnis

Der Verpflichtungswiderspruch ist mithin zwar zulässig, mangels Anspruch des K auf Erteilung einer sog. Gelben Waffenbesitzkarte ohne Beschränkung in Form des Erwerbsstreckungsgebots aber unbegründet. Die Widerspruchsbehörde wird den Widerspruch daher zurückweisen.

Hinweis

Mit der am 01. April 2008 in Kraft getretenen Gesetzesänderung ist nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass das in § 14 Abs. 2 S. 3 WaffG geregelte Erwerbsstreckungsgebot auch bei der Erwerbsberechtigung auf Grund einer sog. Gelben Waffenbesitzkarte gilt. Der neue § 14 Abs. 4 WaffG³⁹ hat folgenden Wortlaut:

„Sportschützen, die dem Schießsport in einem Schießsportverband nach § 15 Abs. 1 als gemeldetes Mitglied nachgehen, wird abweichend von § 10 Abs. 1 Satz 3 unter Beachtung des Absatzes 2 Satz 2 Nr. 1 und Satz 3 eine unbefristete Erlaubnis erteilt, die zum Erwerb von Einzellader-Langwaffen mit glatten und gezogenen Läufen, von Repetier-Langwaffen mit gezogenen Läufen sowie von einläufigen Einzellader-Kurzwaffen für Patronenmunition und von mehrschüssigen Kurz- und Langwaffen mit Zündhütchenzündung (Perkussionswaffen) berechtigt. Die Eintragung von Waffen, die auf Grund dieser unbefristeten Erlaubnis erworben wurden, in die Waffenbesitzkarte ist durch den Erwerber binnen zwei Wochen zu beantragen.“

30 A.A. Steindorf, Waffenrecht, 8. Aufl. 2007, § 14 Rn. 6.

31 Vgl. hierzu das grundlegende Elfes-Urteil des BVerfG, E 6, 32 ff.; vgl. zu Art. 2 Abs. 1 GG auch Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 41 ff. m.w.N.

32 Den weiteren in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schranken, den Rechten anderer und dem Sittengesetz, kommt als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung keine eigenständige Bedeutung mehr zu.

33 St. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 (37 f.); z.B. 55, 159 (165); 63, 88 (108 f.); 74, 129 (152); 75, 108 (146 ff.); 80, 137 (153); 103, 197 (215).

34 Vgl. BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 38.

35 Sog. neue Formel der Ersten Senats, BVerfGE 55, 72 (88); vgl. auch BVerfGE 82, 126 (146); 88, 87 (96 f.); 92, 365 (407); 104, 126 (145); 110, 141 (167).

36 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber nach st. Rspr. des BVerfG ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Bildung der Adressatengruppe, auf den die gesetzliche Regelung Anwendung finden soll, zusteht. Dieser ist nach ständiger Rspr. bei einer rechtsgewährenden Regelung besonders weit (vgl. BVerfGE 82, 126 (146); 88, 87 (96); 99, 165 (177 f.); 99, 341 (355 f.); 99, 367 (388); 106, 166 (175 f.); 111, 160 (169)). Eine derartige Regelung stellt hier die im Vergleich zu den allgemeinen waffenrechtlichen Erlaubnistatbeständen bestehende Privilegierung von Sportschützen dar. Auf Grund seines Gestaltungsspielraums dürfte der Gesetzgeber die waffenrechtliche Erlaubnis bei Sportschützen beschränken, auch wenn dies auf eine Ungleichbehandlung hinausläuft. Verfassungswidrig ist die Ungleichbehandlung, wenn sie sachlich nicht begründet werden kann. Vgl. auch BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 39.

37 BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 40.

38 BVerwG 6 C 1.07 (o. Fn. 2), Rn. 40 mit Verweis auf BT-Drs. 14/7758.

39 Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3970 (4592) (2003, 1957)), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 426).

Sportunterricht mit unerwarteten Folgen

– Fallbearbeitung im Fach Öffentliches Dienstrecht –

Sachverhalt:

Die am 28.02.1968 geborene Sabine Steuer (S) hatte mit dem beruflichen Ziel Gymnasiallehrerin zu werden, ein entsprechendes Hochschulstudium in den Fächern Biologie und Sport mit der Ersten Staatsprüfung im April 1994 abgeschlossen. Da die Erziehung ihrer Tochter Julia, die am 12.09.1989 geboren ist, zunehmend Schwierigkeiten bereitete, entschloss sie sich, die Ableistung des Vorbereitungsdienstes zunächst zurückzustellen, um sich verstärkt ihren familiären Pflichten zu widmen. Ihre Eltern, die sich während ihres Studiums überwiegend des Kindes angenommen hatten, bestärkten sie in diesem Entschluss und sagten ihr entsprechende finanzielle Unterstützung zu. In der Tat nahm die Entwicklung des Kindes nunmehr einen positiven Verlauf, der sich in der Folgezeit auch in guten schulischen Leistungen bemerkbar machte.

S trat am 01.08.1997 ihren Vorbereitungsdienst an, den sie im Wesentlichen in der Umgebung ihres Wohnortes ableisten konnte. Die längere Unterbrechung ihrer Ausbildung brachte es aber mit sich, dass sie die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Gymnasien nicht im ersten Anlauf, sondern erst nach Verlängerung des Vorbereitungsdienstes als Wiederholerin bestand. Immerhin schloss sie dann aber diese Ausbildungsphase, die am 31.05.2000 endete, mit der Prüfungsnote „befriedigend“ ab.

Dennoch waren ihre anschließenden Bemühungen um Einstellung in den höheren Schuldienst wenig erfolgreich. Das einzige ihr unterbreitete Angebot, in dem 150 km von ihrem Wohnsitz entfernten Ort eine $\frac{3}{4}$ -Stelle anzutreten, schlug sie aus, weil sie die mit der Annahme der Stelle verbundene erneute längere Trennung von ihrem Kind nicht hinnehmen wollte.

Um ihre Eltern, die sie nach wie vor finanziell unterstützten, etwas zu entlasten, bemühte sie sich mit Erfolg um Übungsleiterstellen bei verschiedenen Sportvereinen. Über einen insoweit hergestellten Kontakt wurde ihr angeboten, Polizeivollzugsbeamte in asiatischen Kampf- und Verteidigungstechniken auszubilden, wozu sie als frühere Deutsche Vizemeisterin in der Disziplin „Kibo-Tu“ einerseits und gelernte Sportlehrerin andererseits bestens geeignet erschien. Auf der Grundlage einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden und einer Vergütung nach der ehemaligen Vergütungsgruppe Vb BAT schloss sie einen auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag mit dem Land Rheinland-Pfalz ab, der am 01.02.2003 wirksam wurde und zum 31.01.2005 auslief.

Auf ihre fortbestehende Bewerbung hin wurde ihr schließlich eine Stelle am Gymnasium ihrer Heimatstadt angeboten. Dort ernannte man sie mit Wirkung vom 16.07.2006 zur Studienrätin z.A. und beauftragte sie mit der Unterrichtung ihrer Fächer „Biologie“ und „Sport“.

Am 16.01.2008 erlitt sie während einer Unterrichtsstunde im Fach „Sport“ einen schweren Unfall: Als sie bei der Übung „Pferdsprung“ am Gerät Hilfestellungen leistete, wurde sie durch einen Schüler zu Boden gerissen und schlug dabei mit dem Kopf auf dem Hallenboden auf. Infolge des unglücklichen und von ihr unverschuldeten Sturzes verlor sie für längere Zeit das Bewusstsein und trug eine schwere Gehirnschädigung mit anhaltender Störung des Sprachzentrums und der Motorik davon. Die amtsärztliche Untersuchung ergab, dass sie

aufgrund der Unfallfolgen auf Dauer keinen Dienst mehr leisten kann. S sprach daher bei der personalverwaltenden Dienststelle vor und bat darum, dass man die notwendigen Schritte ergreifen möge, „um ihre Beamtenkarriere zu beenden“.

In ihren privaten Lebensverhältnissen hat es für S insoweit Veränderungen gegeben, als sie kurz nach ihrer Ernennung, am 27.07.2006, ihren langjährigen Lebensgefährten, den bei der Finanzverwaltung tätigen Oberregierungsrat Stefan Steuer, geheiratet hat. Ihre Tochter Julia, die sich von Anfang an mit dem jetzigen Ehemann ihrer Mutter nicht verstanden hat, war deshalb bereits im August 2002 zu ihrem leiblichen Vater, dem Rechtsanwalt Hans Hambach, gezogen, dem angesichts ihrer fortdauernden Schulausbildung seitdem auch das Kindergeld gezahlt wird.

II. Aufgaben:

1. Welche Besoldung stand S dem Grunde nach für den Monat Juli 2006 zu?
2. Welche Entscheidung hatte die personalverwaltende Dienststelle angesichts der bei S eingetretenen Situation im April 2008 zu treffen?
3. Wann endet aufgrund der getroffenen Entscheidung das Beamtenverhältnis der S, wenn ihr diese noch im April 2008 zugeht?

Lösungshinweise¹:

Aufgabe 1

Die S für den Monat Juli 2006 zustehende Besoldung setzt sich nach § 1 Abs. 2 BBesG aus den Dienstbezügen zusammen, die das Grundgehalt (1), den Familienzuschlag (2) und die Allgemeine Stellenzulage (3) beinhalten. Darüber hinaus erhält S als sonstige Dienstbezüge im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 2 BBesG eine laufende monatliche Zahlung (4).

S ist am 16.07.2006 wirksam (§ 8 Abs. 4 LBG) zur Studienrätin z.A. ernannt worden. Somit hat sie gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 BBesG ab

* Ralf Schmorleiz ist Dozent für öffentliches Dienstrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz

1 Die Lösungshinweise basieren auf dem Landesrecht Rheinland-Pfalz. Im Rahmen der Föderalismusreform – Stufe I – wurde durch Art. 1 Nr. 8 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl I S. 2034, das Besoldungsrecht der Beamtinnen und Beamten sowie der Richterinnen und Richter der Länder in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt. Soweit das Landesbesoldungsgesetz Rheinland-Pfalz (LBesG) – in der jeweils geltenden Fassung – nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, gelten gemäß § 1 Abs. 2 LBesG Verweisungen auf das Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung vom 06.08.2002 (BGBl I S. 3020), zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 4 des Gesetzes vom 12.07.2006 (BGBl I S. 1466).

Unter Berücksichtigung der obigen Gesichtspunkte kann es insbesondere bei den darzustellenden besoldungsrechtlichen Aspekten in anderen Bundesländern zu juristischen Abweichungen kommen.

diesem Datum einen Anspruch auf Dienstbezüge erworben. Die Dienstbezüge für den Monat Juli 2006 sind daher unter Berücksichtigung des § 3 Abs. 4 BBesG nur anteilig zu gewähren. Dieser Anteil beträgt 16/31 der vollen Monatsbezüge.

(1) Grundgehalt:

Nach § 19 Abs. 1 S. 1 BBesG bestimmt sich das Grundgehalt nach der Besoldungsgruppe des verliehenen Amtes. Da S zur Studienrätin z.A. ernannt, ihr also noch kein Amt² verliehen wurde, bestimmt sich ihr Grundgehalt gemäß § 19 Abs. 1 S. 3 BBesG nach der Besoldungsgruppe des Eingangsamtes ihrer Laufbahngruppe. Aus § 20 Absätze 1, 2, i.V.m. § 23 Abs. 1 Nr. 4 BBesG i.V.m. der Bundesbesoldungsordnung A (Anlage I zum BBesG) wird das Eingangsamte des höheren Dienstes (Studienrätin) der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnet.

Gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 BBesG werden die Grundgehälter innerhalb der Besoldungsordnung A nach Stufen bemessen, wobei sich das Aufsteigen in den Stufen nach dem Besoldungsdienstalter und der Leistung bestimmt (§ 27 Abs. 1 S. 2 BBesG).

Für die Berechnung des Besoldungsdienstalters im Sinne der §§ 28 ff. BBesG sind folgende persönliche Daten³ der Beamtin maßgebend:

Geburtsdatum:	28.02.1968
Vollendung des 21. Lebensjahres:	27.02.1989
Regel-BDA (§ 28 Abs. 1 BBesG):	01.02.1989
Vollendung des 35. Lebensjahres:	27.02.2003
Erstmaliger Anspruch auf Dienstbezüge:	16.07.2006

S erwirbt mit ihrer Ernennung zur Studienrätin z.A. am 16.07.2006 gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 BBesG erstmalig einen Anspruch auf Dienstbezüge. Da dies nach Vollendung ihres 35. Lebensjahres erfolgte, kommt die Festsetzung eines Regel-BDA im Sinne des § 28 Abs. 1 BBesG nicht in Betracht.

Im Zusammenhang mit der Berechnung eines individuellen BDA gemäß § 28 Abs. 2 BBesG ist zunächst der Überschreitungszeitraum zu bestimmen, der am Tag nach der Vollendung des 35. Lebensjahres der Beamtin beginnt und am Vortag des Tages mit Anspruch auf Dienstbezüge endet. Da das Eingangsamte der Beamtin der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnet ist, ergeben sich gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BBesG Überschreitungszeiten erst nach Vollendung des 35. Lebensjahres.

Von diesem Überschreitungszeitraum sind gemäß § 28 Abs. 2 Satz 4 BBesG Zeiten einer hauptberuflichen Tätigkeit u.a. im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn (§ 29 BBesG), sofern sie nach Vollendung des 35. Lebensjahres erbracht wurden, abzusetzen.

Hierfür kommt der Zeitraum des Arbeitsverhältnisses zum Land Rheinland-Pfalz als öffentlich-rechtlicher Dienstherr im Sinne des § 29 Abs. 1 BBesG deshalb in Betracht, weil die wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden mindestens die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit ausmachte und somit eine hauptberufliche Tätigkeit im Sinne des § 28 Abs. 2 Satz 4 BBesG darstellt.⁴ Zu beachten ist jedoch, dass diese Zeit erst ab Vollendung des 35. Lebensjahres der Beamtin berücksichtigt werden kann⁵.

Aus diesem Gesichtspunkt sind vorliegend keine Kinderbetreuungszeiten nach § 28 Abs. 3 Nr. 1 BBesG anrechenbar, da die Beamtin in der Zeit nach Vollendung des 35. Lebensjahres ihre Tochter Julia nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft betreute. Die hierfür notwendige Haushaltsgemeinschaft wurde bereits im August 2002 durch den Umzug der Tochter zu ihrem leiblichen Vater aufgelöst.

Das Regel-BDA der Beamtin wird um die Hälfte des verbleibenden und auf volle Monate abgerundeten Restüberschreitungszeitraumes hinausgeschoben (§ 28 Abs. 2 Sätze 1 und 3 BBesG).

Somit ergibt sich folgende Berechnung des individuellen BDA⁶:

Am Tag des erstmaligen Anspruchs auf Dienstbezüge war das 35. Lebensjahr um folgenden Zeitraum überschritten:

28.02.2003 bis 15.07.2006

Überschreitungszeitraum: 18 T 4 M 3 J

Von diesem Überschreitungszeitraum ist gemäß § 28 Abs. 2 Satz 4 BBesG die Zeit des Arbeitsverhältnisses zum Land

Rheinland-Pfalz abzusetzen:

28.02.2003 bis 31.01.2005

3 T 11 M 1 J

Restüberschreitungszeitraum:

15 T 5 M 1 J

Die auf volle Monate abgerundete Hälfte beträgt:

– T 8 M – J

Um diese Zeit wird das Regel-BDA

hinausgeschoben, so dass ein individuelles BDA

festzusetzen ist auf den:

01.10.1989

Im Juli 2006 erhält S unter Berücksichtigung des § 27 Abs. 2 BBesG folglich ein Grundgehalt aus der 7. Stufe der Besoldungsgruppe A 13.⁷

(2) Familienzuschlag:

Nach § 39 Abs. 1 Satz 2 BBesG richtet sich die Höhe des Familienzuschlages nach der Besoldungsgruppe und der Stufe, die den Familienverhältnissen der Beamtin entspricht.

Als Beamtin der Besoldungsgruppe A 13 ist S nach der Anlage III zum Landesbesoldungsgesetz den übrigen Besoldungsgruppen zuzuordnen.

Als verheiratete Beamtin steht S nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG grundsätzlich die Stufe 1 des Familienzuschlages zu. Da ihr Ehemann als Beamter ebenfalls im öffentlichen Dienst im Sinne des § 40 Abs. 6 BBesG tätig ist und somit grundsätzlich auch einen Anspruch auf die Stufe 1 des Familienzuschlages hat, erhält S nach § 40 Abs. 4 BBesG den Familienzuschlag der Stufe 1 nur zur Hälfte (Ehegattensplitting).

Dass die Ehe erst am 27.07.2006 geschlossen wurde, also nur wenige Tage während des maßgebenden Monats Juli 2006 bestand, ist insoweit ohne Bedeutung. Nach § 41 BBesG wird der Familienzuschlag vom Ersten des Monats an gezahlt, in den das hierfür maßgebende Ereignis – im vorliegenden Fall die Eheschließung – fällt.

S hatte im Monat Juli 2006 auch Anspruch auf einen Familienzuschlag der Stufe 2. Dieser kinderbezogene Teil des Familienzuschlages stand ihr nach § 40 Abs. 2 BBesG zu, da sie unter die Familienzuschlagsstufe 1 fällt und für ihre Tochter Julia nach wie vor kindergeldberechtigt ist. Die Tatsache, dass das Kindergeld nicht ihr, sondern inzwischen dem leiblichen Vater gezahlt wird, ist ohne Be-

2 Relevant ist in diesem Zusammenhang das Amt im statusrechtlichen Sinne, welches mit der planmäßigen Anstellung verliehen wird, vgl. § 14 LbVO, § 8 Abs. 1 Nr. 3 LBG

3 Für die Bestimmung des Zeitpunktes, in dem ein bestimmtes Lebensalter vollendet wird, ist nach § 187 Abs. 2 S. 2 BGB der Tag der Geburt mitzurechnen.

4 vgl. § 2 Abs. 1 ArbZVO; VV Nr. 28.2.3.1 zum BBesG

5 vgl. § 28 Abs. 2 S. 2 BBesG

6 Bei der BDA-Berechnung ist jeder Monat bei der „Spitzabrechnung“ mit 30 Kalendertagen zu berücksichtigen vgl. VV Nr. 28.2.2 zu § 28 BBesG

7 Ein alternativer und gleichwertiger Lösungsansatz ist möglich, wenn anstelle der gesamten Überschreitungszeit (nach Vollendung des 35. Lebensjahres) nur die Zeit errechnet, gerundet und halbiert wird, die die Beamtin ohne Besoldung bzw. gleichgestellte Bezüge (nach Vollendung des 35. Lebensjahres) verbracht hat. Dies führt dann für die verbleibende Überschreitungszeit vom 01.02.2005 bis zum 15.07.2006 zu: 15 T 5 M 1 J und somit zum gleichen Ergebnis.

lang, da letzterer als Rechtsanwalt nicht ebenfalls familienzuschlagsberechtigt ist und daher die diesbezügliche Konkurrenzregelung des § 40 Abs. 5 BBesG nicht zur Anwendung kommt.

S erhält im Monat Juli 2006 folglich einen Familienzuschlag, der sich aus der Hälfte des Betrages der Stufe 1 zuzüglich des Unterschiedsbetrages zur Stufe 2 errechnet.⁸

(3) Allgemeine Stellenzulage:

Als Beamtin des höheren Dienstes in der Besoldungsgruppe A 13 erhält S im Monat Juli 2006 nach Ziffer 27 Abs. 1 Buchstabe c eine das Grundgehalt ergänzende ruhegehaltsfähige allgemeine Stellenzulage (Studienratszulage) nach der Anlage IV zum LBesG.

(4) Laufende monatliche Zahlung⁹:

Neben den Dienstbezügen hat S im Monat Juli 2006 gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 BBesG auch Anspruch auf sonstige Dienstbezüge in Form einer laufenden monatlichen Zahlung.

Diese bestimmt sich aus den §§ 9 bis 12 LBesG und besteht aus einem Grundbetrag (§ 11 LBesG) und einem Sonderbetrag für Kinder (§ 12 LBesG). Gemäß § 11 LBesG beläuft sich der Grundbetrag auf 4,17 v.H.¹⁰ und bemisst sich aus dem Grundgehalt, dem Familienzuschlag und der Allgemeinen Stellenzulage.

Aufgabe 2

Die im April 2008 zu treffende Entscheidung kann angesichts der vorliegenden dauernden Dienstunfähigkeit (§ 56 LBG) nur die Versetzung in den Ruhestand oder die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis sein, wobei nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 LBG die Entlassung nur dann die zwingende Alternative ist, wenn nicht vorrangig eine Ruhestandsversetzung ausgesprochen wird.

Im vorliegenden Fall kommt eine Versetzung in den Ruhestand nach § 60 Abs. 1, § 49a LBG in Betracht, was zunächst tatbestandlich voraussetzt, dass S noch Beamtin auf Probe (1) ist und infolge einer so genannten Dienstbeschädigung dienstunfähig geworden ist, die sie sich ohne grobes Verschulden zugezogen hat (2).

(1) S gehört als Studienrätin z.A. zur Laufbahngruppe des höheren Dienstes und hat nach § 28 LBG, § 11 LbVO, § 12 Abs. 1 Nr. 4 LbVO grundsätzlich eine dreijährige Probezeit abzuleisten.

Eine Verkürzung der Probezeit gemäß § 12 Abs. 3 LbVO kommt unter Berücksichtigung des Ergebnisses ihrer Laufbahnprüfung (Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Gymnasien) nicht in Betracht. Auf die dreijährige Probezeit können auch keine Zeiten nach § 12 Abs. 4 LbVO angerechnet werden. Insbesondere kann die Tätigkeit in dem befristeten Arbeitsverhältnis zum Land Rheinland-Pfalz nicht angerechnet werden, da die damals ausgeübte Tätigkeit mit der Tätigkeit einer Gymnasiallehrerin nach ihrer Bedeutung nicht vergleichbar ist.

Im April 2008 ist die dreijährige Probezeit, die mit der Ernennung zur Studienrätin z.A. am 16.07.2006 begonnen hat, noch nicht abgeleistet. S befindet sich nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 LBG somit noch in einem Beamtenverhältnis auf Probe.

(2) Die Beamtin hat sich ihre Verletzung, durch die sie dauernd dienstunfähig geworden ist, im Zusammenhang mit ihrer Unterrichtstätigkeit, also in Ausübung des Dienstes zugezogen. Ein Verschulden, erst recht ein grobes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit) kann ihr nicht angelastet werden.

S erfüllt somit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 LBG, wonach sie in den Ruhestand zu versetzen ist.

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Versetzung in den Ruhestand gemäß § 49a LBG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG liegen ebenfalls vor. Auch wenn S die fünfjährige Wartezeit nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeamtVG noch nicht erfüllt, sind die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 BeamtVG gegeben.

Die zu treffende Entscheidung der personalverwaltenden Dienststelle hat also auf Versetzung in den Ruhestand zu lauten. Da S ihren Dienstherrn um die Beendigung ihres Beamtenverhältnisses „bittet“, ist von der verfahrensmäßigen Seite her von einem Antrag der Beamtin auf Versetzung in den Ruhestand im Sinne des § 57 in Verbindung mit § 60 Abs. 3 LBG auszugehen.

Die Sachverhaltsdarstellung lässt keinerlei Raum für die Annahme, dass es sich um eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Antrag der Beamtin im Sinne des § 40 LBG handeln könnte. Abgesehen davon, dass eine solche Entscheidung die Beamtin erheblich schlechter stellen würde und schon deshalb aus fürsorgerechtlichen Gesichtspunkten nicht gewollt sein kann, fehlt es auch an den formellen Voraussetzungen hierfür. S hätte dann ausdrücklich um eine Entlassung bitten und ferner den entsprechenden Antrag schriftlich stellen müssen, was laut Sachverhalt nicht der Fall ist.

Aufgabe 3

Der Zeitpunkt der Beendigung des aktiven Beamtenverhältnisses der S ergibt sich aus der Regelung des § 62 Abs. 2 LBG über den Beginn des Ruhestandes. Hiernach beginnt der Ruhestand mit dem Ende des Monats, in dem die Versetzung in den Ruhestand der Beamtin mitgeteilt worden ist.

Da die Entscheidung über ihre Versetzung in den Ruhestand der S noch im April 2008 zugegangen ist, endete das Beamtenverhältnis mit Ablauf dieses Monats.

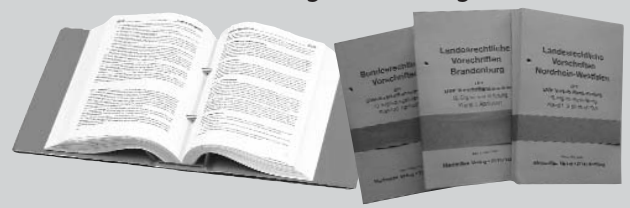
8 Berechnungsformel für den Familienzuschlag im Monat Juli 2006:

$$\frac{\text{Stufe 1}}{2} + [\text{Stufe 2} - \text{Stufe 1}]$$

9 In der laufenden monatlichen Zahlung gemäß §§ 9 bis 12 LBesG ist die Zahlung einer Zuwendung (Weihnachtsgeld) aufgegangen. Die Zahlbarmachung erfolgt im Land Rheinland-Pfalz in monatlichen Teilbeträgen.

10 Auf der Basis von 50 v.H. der Bemessungsgrundlagen errechnet sich bei einer linearen Verteilung auf 12 Kalendermonate ein Prozentsatz von 4,17.

DVP – Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!



Was halten Sie davon, künftig die Ergänzungslieferungen zum Bundesteil und zu Ihrem Landesteil unserer DVP-Vorschriftensammlung ohne gesonderte Berechnung zu erhalten?

Einfach einmal jährlich eine Rechnung zahlen, alle Ergänzungen dieses Jahres automatisch erhalten, und obendrein die DVP-Zeitschrift monatlich geliefert bekommen – das geht mit unserem Vollabonnement zum Festpreis von € 129,90 jährlich. Sie sparen damit jährlich bis zu € 50,- gegenüber dem Einzelbezug.



www.deutsche-verwaltungs-praxis.de

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.

Reiner Stein*

Praktische Übung zur „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“

Vorbemerkung

Die vorliegende Übung baut auf die im letzten Heft (DVP 1/09, S. 2) erschienene Abhandlung „Fehlerhafte Verwaltungsakte und ihre Folgen“ auf.

Gegenstand der Übung ist ein zu überprüfender „Fehlerbescheid“. Von den Bearbeitern wird verlangt, dass sie zunächst die einzelnen Fehler erkennen und darstellen können und sodann jeweils einen Verbesserungsvorschlag zur Behebung der Mängel unterbreiten. Solide Grundkenntnisse der „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“ sind dabei unerlässlich. Der ausführlichen Lösung wird eine Kurz-Lösung in Tabellenform beigelegt.

In einer zweiten Aufgabe wird die Tenorierung der im Fall als zweckmäßig anzusehenden Haupt- und Nebenentscheidungen verlangt, was Grundkenntnisse der „Bescheidtechnik“ voraussetzt.

Anmerkung zum Umgang mit den gesetzlichen Vorschriften

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. Im synoptischen Überblick werden auch die landesrechtlichen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts aufgeführt (jedenfalls durchgehend für S-H, NRW und Hessen).

Ausgangssachverhalt

Eusebia Erbreich ist Eigentümerin einer alten Villa am Rand der Stadt Güstrow, Villenstraße 12. Im Garten des Anwesens lässt Frau Erbreich täglich ihren Yorkshireterrier „Mopsi“ frei herumlaufen. Der Garten ist zwar vollständig umzäunt, weist jedoch an der Grundstücksgrenze zum Hoppelweg ein ca. 20 cm großes Loch im Maschendrahtzaun auf, durch das Mopsi regelmäßig vorbeisclendernde Fußgänger anbellt.

Am 22. Januar 2009 zwingt Mopsi seinen Kopf durch den schadhafte Zaun und beißt einem arg- und wehrlos vorbeilaufenden Rentner kräftig in den Wadenmuskel.

Am 23. Januar erfährt der neue Sachbearbeiter beim Ordnungsamt der Stadt Güstrow, Herr Alfred E. Anfänger, von diesen Vorkommnissen. Voller Tatendrang beschließt er, ohne vorherige Ankündigung gegenüber Frau Erbreich eine Ordnungsverfügung zu erlassen, um weitere Zwischenfälle dieser Art zu verhindern.

Herr Anfänger hat bereits unter dem Datum des 29.01.2009 einen Bescheidentwurf gefertigt, den er seinem Vorgesetzten am Montag, den 2. Februar 2009 vorlegen will. Zuvor allerdings zeigt er Ihnen als Kollegen/Kollegin seinen Entwurf zur Durchsicht und evt. Korrektur. Bei dem Gespräch mit Herrn Anfänger erfahren Sie, dass es sich bei Frau Erbreich um die Schwester seiner geschiedenen Frau Anna handelt.

Aufgabenstellung

Aufgabe 1

Gehen Sie davon aus, dass dem noch unerfahrenen Sachbearbeiter bei der Anfertigung des Bescheides einige „Fehler“ unterlaufen sind. Prüfen Sie systematisch anhand Ihres Aufbauschemas, ob die Anordnung formell und materiell fehlerfrei ist.

Falls Sie einen Fehler entdecken, zeigen Sie auf, wie dieser sich auf den Verwaltungsakt auswirkt. Dabei sind die in Betracht kommenden „Heilungsmöglichkeiten“ zu erörtern.

Geben Sie dem noch unerfahrenen Sachbearbeiter Bearbeitungstipps, damit er die Mängel des Bescheides noch beseitigen kann.

Aufgabe 2

Entwerfen Sie Tenor (=Entscheidungssatz) und Rechtsbehelfsbelehrung eines fehlerfreien Bescheides an Frau Erbreich (ohne Begründung). Denken Sie bei der Fassung des Tenors auch an alle erforderlichen Nebenentscheidungen, damit die Anordnung/-en auch erforderlichenfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann/ können.

Bescheidentwurf von Alfred E. Anfänger

Stadt Güstrow
Der Bürgermeister
– Ordnungsamt –
Rathausplatz 1
18273 Güstrow

Güstrow, den 29.01.2009

Gegen Empfangsbekanntnis

An
Frau
Eusebia Erbreich
Villenstraße 12
18273 Güstrow

Aktenzeichen: 01/43-2008

Sachbearbeiter
A.E. Anfänger

Telefondurchwahl
(03843) 654-321

Ihr Hund „Mopsi“

* 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.

Ordnungsverfügung

Sehr geehrte Frau Erbreich,

Es wird Ihnen hiermit ab Bekanntgabe dieses Bescheides verboten, Ihren Hund „Mopsi“ im Garten Ihres Hauses, Villenstraße 12 in Güstrow frei laufen zu lassen.

Gründe

Gemäß § 13 in Verbindung mit § 16 des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern (SOG M-V) bin ich berechtigt, die notwendigen Maßnahmen einzuleiten, um drohende Gefahren oder Störungen für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Ihr Hund Mopsi stellt eine Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne dieser Vorschrift dar. Als Eigentümerin sind Sie nach § 70 Abs. 1 SOG M-V für Ihren Hund verantwortlich.

Bei der Ausübung meines Ermessens habe ich alle maßgeblichen Umstände abgewogen. Ein milderes Mittel als das Ihnen gegenüber ausgesprochene Verbot kommt angesichts der Gefährlichkeit Ihres Hundes nicht in Betracht.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid können Sie Widerspruch erheben. Der Widerspruch ist innerhalb von vier Wochen ab Bekanntgabe dieses Bescheides schriftlich bei der Widerspruchsbehörde, dem Landrat des Kreises Güstrow, Kreisplatz 1, einzulegen.

Mit freundlichem Gruß

I.A. Alfred E. Anfänger

(Sachbearbeiter)

Lösung zum Fehlerbescheid („Der bissige Terrier“)

Aufgabe 1 (Überprüfung des Bescheides)

I. In Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage¹

Wegen des Gesetzesvorbehalts² bedarf der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Mangels spezialgesetzlicher Grundlagen kommt als Ermächtigungsgrundlage für das ausgesprochene Verbot allein die in §§ 13, 16 SOG M-V normierte polizei- und ordnungsrechtliche „Generalklausel“³ in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verbots

1. Zuständigkeit der Erlassbehörde

Der Bürgermeister der Stadt Güstrow müsste für das ausgesprochene Verbot sachlich, instanziell und örtlich zuständig sein.

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 4 I, 3 I SOG M-V. Danach sind zur Gefahrenabwehr alle (in § 3 I genannten) Ordnungsbehörden sachlich zuständig. Der Bürgermeister ist eine Ordnungsbehörde nach dieser Vorschrift und damit sachlich zuständig.

Instandziell zuständig gem. §§ 4 II, 3 I Nr. 3 SOG M-V sind die „örtlichen“ Ordnungsbehörden. Dies sind in den amtsfreien, kreisangehörigen Gemeinden die Bürgermeister als „örtliche Ordnungsbehörden“.

Örtlich zuständig (nach dem sog. „Bezirksprinzip“) ist der Bürgermeister der Stadt Güstrow gem. § 5 I SOG M-V. Die Zuständigkeit ist damit gegeben.

2. Einhaltung der Verfahrensvorschriften

Anhörung gem. § 28 I VwVfG M-V⁴

Zu prüfen ist, ob Frau Erbreich nach § 28 I VwVfG M-V anzuhören war. Nach dieser Vorschrift ist grundsätzlich vor Erlass eines Verwaltungsaktes, der in die Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern.

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem Verbot um einen **Verwaltungsakt** i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG M-V⁵ handelt. Unzweifelhaft handelt es sich hier auch um einen belastenden Verwaltungsakt, der i.S.d. § 28 I VwVfG M-V „in die Rechte“ von Frau Erbreich eingreift. Frau Erbreich ist ferner „Beteiligte“ gem. § 13 I Nr. 2 VwVfG M-V⁶, da der Verwaltungsakt der Behörde an sie gerichtet ist.

Damit lagen die Voraussetzungen des § 28 I VwVfG M-V vor.

Frau Erbreich hätte damit Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen. Aus dem Sachverhalt geht jedoch hervor, dass sie vor Erlass des Bescheidentwurfes nicht von Sachbearbeiter Anfänger um eine Stellungnahme ersucht wurde, d. h. Frau Erbreich wurde nicht angehört.

Fraglich ist, ob von der Anhörung gem. § 28 II oder III VwVfG M-V⁷ abgesehen werden durfte. Den wichtigsten Ausnahmefall bildet § 28 II Nr. 1 VwVfG M-V. Danach kann eine Anhörung unterbleiben, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug (§ 28 II Nr. 1, 1. Alt. VwVfG M-V) oder im öffentlichen Interesse (§ 28 II Nr. 1, 2. Alt. VwVfG M-V) notwendig erscheint.

„Gefahr im Verzug“ ist dann anzunehmen, wenn durch die Anhörung auch bei Gewährung kürzester Fristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass die durch den Verwaltungsakt zu treffende Regelung zu spät käme, um ihren Zweck noch zu erreichen⁸. Bereits aus dieser Definition folgt, dass im Falle längeren Zuwartens der Behörde bis zum Erlass des Verwaltungsaktes eine solche Ausnahmesituation nicht zu Grunde gelegt werden kann. Im Fall hat sich Sachbearbeiter Anfänger für seine Entscheidung seit der Kenntniserlangung von der Bissverletzung des Rentners mehrere Tage Zeit gelassen. Eine Gefahr im Verzug scheidet damit aus.

- 1 Bevor man bei einer Fallbearbeitung mit der Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit beginnt, muss man zunächst bei einem belastenden Verwaltungsakt die in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage benennen. Dies ist notwendigerweise der erste Schritt vor der Prüfung der speziellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, da sich (mittelbar oder unmittelbar) aus der speziellen Norm unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen (insbesondere im Hinblick auf die in der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfende Zuständigkeit der Erlassbehörde) ergeben können.
- 2 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).
- 3 **Synopse:** Vgl. die ordnungsrechtlichen „Generalklauseln“ in den anderen Bundesländern: § 7 II Bay LStVG; §§ 1 I, 3 Bad-württ PolG; § 17 I ASOG (Bln); § 13 I Bgb OBG; §§ 1 I, 10 I Brem PolG; § 3 I Hmb SOG; § 11 I HSOG; § 11 NGefAG; § 14 I OBG NW; § 9 I POG RP; § 8 I SPolG; §§ 1 I, 3 I Sächs PolG; § 13 SOG LSA; §§ 174, 176 LVwG SH; § 5 Thür OBG.
- 4 Vgl. entsprechend § 87 I LVwG S-H.
- 5 Vgl. entsprechend § 106 I LVwG S-H.
- 6 Vgl. entsprechend § 78 I Nr. 2 LVwG S-H.
- 7 Vgl. entsprechend § 87 II-IV LVwG S-H.
- 8 BVerfGE 68, 267 (271 f.).

Das in § 28 II Nr. 1, 2. Alt. VwVfG M-V genannte „öffentliche Interesse“ umfasst jene Fälle, in denen eine sofortige Entscheidung nicht aus zeitlichen Gründen, sondern wegen der inhaltlichen Bedeutung der gefährdeten Rechtsgüter notwendig ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der mit der beabsichtigten Maßnahme bezweckte Erfolg durch die zwangsläufig mit der Anhörung verbundenen Unterrichtung des Betroffenen über den geplanten behördlichen Eingriff gefährdet würde⁹. Dies kann im Fall nicht bejaht werden.

Mangels Vorliegens der Ausnahmetatbestände liegt ein Verfahrensfehler vor, der zur formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führt.

In einem solchen Fall ist § 45 VwVfG M-V¹⁰ zu erörtern. Nach dieser Vorschrift können unter bestimmten Umständen Verfahrens- und Formfehler „geheilt“ werden. Dies setzt nach § 45 I 1 VwVfG M-V grundsätzlich voraus, dass der zu Grunde liegende Verfahrens- oder Formverstoß den Verwaltungsakt nicht nach § 44 VwVfG M-V¹¹ nichtig macht. Vorliegend stellt die unterbliebene Anhörung weder einen absoluten Nichtigkeitsgrund i.S.d. § 44 II noch einen besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fehler nach § 44 I VwVfG M-V dar.

Die Anhörung könnte somit nach § 45 I Nr. 3 VwVfG M-V¹² bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (vgl. Abs. II dieser Vorschrift) mit heilender Wirkung nachgeholt werden.

Bearbeitungstipp: Frau Erbreich sollte vor der Bekanntgabe des Bescheides von einem Sachbearbeiter der Behörde angehört werden. Da § 28 I VwVfG M-V hinsichtlich der Form der durchzuführenden Anhörung keine Vorgaben enthält, kann eine Anhörung auch **telefonisch** erfolgen, was im vorliegenden Fall angesichts der nunmehr gebotenen Eile (der Bescheidentwurf soll ja am 2. Februar dem Vorgesetzten von Herrn Anfänger vorgelegt werden) empfehlenswert ist.

2.2 Keine Mitwirkung ausgeschlossener Personen nach § 20 VwVfG M-V¹³

Gem. § 20 I Nr. 2 VwVfG M-V darf in einem Verwaltungsverfahren nicht mitwirken, wer Angehöriger eines Beteiligten ist.

Wie bereits erörtert, ist Frau Erbreich im Verfahren „Beteiligte“ i.S.d. § 13 I Nr. 2 VwVfG M-V. Fraglich ist, ob Sachbearbeiter Anfänger als „Angehöriger“ von Frau Erbreich anzusehen ist.

Aus dem Gespräch mit Sachbearbeiter Anfänger folgt, dass es sich bei Frau Erbreich um die Schwester seiner geschiedenen Frau Anna handelt. Der Sachbearbeiter ist also der Schwager von Frau Erbreich und damit ein Angehöriger i.S.d. § 20 V 1 Nr. 6¹⁴ VwVfG M-V. Er behält nach § 20 V 2 VwVfG M-V diese Angehörigeneigenschaft auch, wenn die die Beziehung begründende Ehe nicht mehr besteht. Es besteht also ein Mitwirkungsverbot.

Da der Ausnahmefall des § 20 III VwVfG M-V (*unaufschiebbare Maßnahme wegen Gefahr im Verzug*) nicht bejaht werden kann, darf Sachbearbeiter Anfänger den Verwaltungsakt gegen Frau Erbreich nicht selbst erlassen.

In der Folge führt ein Verfahrensverstoß gegen das Mitwirkungsverbot in § 20 VwVfG M-V zur formellen Rechtswidrigkeit¹⁵ des ergangenen Verwaltungsaktes.

Eine Heilung nach § 45 VwVfG M-V ist nicht möglich, doch kann der Fehler gem. § 46 VwVfG M-V¹⁶ unbeachtlich sein, wenn dieser Fehler offensichtlich den Verwaltungsakt im Ergebnis nicht beeinflusst hat.

Der Fehler hat dann keinen Einfluss auf die Sachentscheidung, wenn einerseits die Behörde den Verwaltungsakt auch ohne den Verfahrensfehler erlassen hätte und andererseits die mangelnde Kausalität zwischen dem Fehler und dem Ergebnis ohne weiteres ersichtlich

ist¹⁷. Der Verwaltungsakt müsste mithin auch materiell rechtmäßig sein, denn bei einem auch materiell rechtswidrigen Verwaltungsakt muss davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung durch einen anderen, unvoreingenommen und sorgfältig handelnden Sachbearbeiter inhaltlich anders ausgefallen wäre.

Bereits bei einer ersten Betrachtung des angeordneten Verbotes ist die Entscheidung des Sachbearbeiters Anfänger (*vorbehaltlich der noch ausstehenden ausführlichen Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit*) unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu beanstanden, zumal im Fall wesentlich mildere Mittel in Betracht kommen, um die Gefahrensituation zu entschärfen (*etwa die Reparatur des Zaunes anzuordnen und bis dahin den Hund anzuleinen und zu beaufsichtigen*). Ein anderer, besonnen handelnder Sachbearbeiter hätte hier mit Sicherheit anders entschieden.

Eine Unbeachtlichkeit des Verfahrensverstößes i.S.d. § 46 VwVfG M-V scheidet damit aus.

Bearbeitungstipp: Sachbearbeiter Anfänger sollte sich in diesem Falle an seinen Behördenleiter wenden und sich nach dessen Anordnung jeder Handlung in der Sache enthalten. Insoweit gilt hier in analoger Anwendung die Regelung in § 21 I 1 VwVfG M-V¹⁸. Gleichwohl kann er ihm bei dieser Gelegenheit einen fehlerfreien Bescheidentwurf als „Muster“ übergeben.

In der Praxis wird im Fall eines bestehenden Mitwirkungsverbot auf Anweisung des Behördenleiters ein anderer Sachbearbeiter mit dem Erlass des Bescheides beauftragt werden. Ggf. wird der Bescheid unter dem Namen des Behördenleiters erlassen.

3. Beachtung der Formvorschriften

Erkennbarkeit der Ausgangsbehörde/Unterschrift oder Namenswiedergabe des Sachbearbeiters

Im Bescheidentwurf ist die Ausgangsbehörde erkennbar; auch enthält der Entwurf die Unterschrift des Sachbearbeiters. Die Vorschriften des § 37 II/III VwVfG M-V¹⁹ sind damit beachtet worden.

Ordnungsgemäße Begründung gem. § 39 I VwVfG M-V²⁰

Fraglich ist allein, ob die Begründung den Anforderungen des § 39 I VwVfGM-V entspricht. Nach Satz 2 dieser Vorschrift sind in der Begründung die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewegen haben. Im Bescheidentwurf von Sachbearbeiter Anfänger finden sich ledig-

⁹ Es geht also um die Ausnutzung eines Überraschungseffektes (etwa bei einer befürchteten Beweisvereitelung); zur Vertiefung vgl. Stein, Die Anhörung im Verwaltungsverfahren nach § 28 VwVfG, VR 1997, 238 (239), m.w.N.

¹⁰ Vgl. entsprechend § 114 LVwG S-H.

¹¹ Vgl. entsprechend § 113 LVwG S-H.

¹² Vgl. entsprechend § 114 I Nr. 3 LVwG S-H.

¹³ Vgl. entsprechend § 81 LVwG S-H.

¹⁴ Einschlägig ist hier ist § 20 V 1 Nr. 6 VwVfG M-V; Nr. 3 dieser Vorschrift (Verschwägerter gerader Linie) erfasst Schwiegermutter und -vater, Schwiegergroßeltern usw. Schwiegersohn und -tochter.

¹⁵ Dies folgt aus dem „Umkehrschluss“ des § 44 III Nr. 2 VwVfG M-V (vgl. entspr. § 113 III Nr. 2 LVwG S-H).

¹⁶ Vgl. entsprechend § 115 LVwG S-H.

¹⁷ Zur Vertiefung siehe bei Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Kommentar), 10. Aufl., 2008, § 20, Rdn. 69 ff.

¹⁸ Zustimmend Kopp/Ramsauer (Fn. 17), § 20, Rdn. 59.

¹⁹ Vgl. entsprechend § 108 III LVwG S-H.

²⁰ Vgl. entsprechend § 109 I LVwG S-H.

lich (*knappe*) rechtliche Ausführungen. Die **tatsächlichen Gründe** (*also der von der Behörde bei ihrer Entscheidung zu Grunde gelegte Sachverhalt*) fehlen völlig. Fraglich ist, ob im Fall Ausnahmen von der Begründungspflicht in Betracht kommen. Nach § 39 II Nr. 2 VwVfG M-V bedarf es (*ausnahmsweise*) einer Begründung nicht, wenn demjenigen, „für den der Verwaltungsakt bestimmt ist, oder der von ihm betroffen wird, die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bekannt oder auch ohne schriftliche Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist“. Eine solche Kenntnis kann sich aus einer Vorkorrespondenz, einer Besprechung oder einem früheren Verwaltungsverfahren ergeben²¹. Dies ist im Fall jedoch nicht zu bejahen. Auch sind die Gründe für die Adressatin Erbreich nicht „ohne weiteres erkennbar“, zumal bei diesem Ausnahmetatbestand ein strenger Maßstab anzulegen ist²². Da auch andere Ausnahmetatbestände aus dem Katalog des § 39 II VwVfG nicht einschlägig sind, führt das Fehlen der tatsächlichen Begründung als Formfehler zur formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. In Betracht kommt hier allerdings (*mangels Nichtigkeit i.S.d. § 44 III I VwVfG M-V*) die Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 2 VwVfG M-V²³ durch Nachholung der unterbliebenen (*tatsächlichen*) Begründung.

Bearbeitungstipp: Im neu zu fertigenden Bescheidentwurf muss in der Begründung eine Sachverhaltsschilderung (die „tatsächlichen Gründe“) vorangestellt werden.

Bei der Gliederung der „Gründe“ in einem Bescheid erfolgt dies in der Praxis unter dem Gliederungspunkt „I.“, (dem anschließend die Darstellung der „rechtlichen Gründe“ unter Gliederungspunkt „II“ folgt).

Ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung

Die Mindestbestandteile einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung ergeben sich aus § 58 I VwGO. Danach muss der Bürger über die Art des einzulegenden Rechtsbehelfs (*Hinweis auf Widerspruch bzw. Klage*), die Verwaltungsbehörde oder das Gericht (*mit Adresse*), bei denen der Rechtsbehelf eingelegt werden kann sowie über die Rechtsbehelfsfrist belehrt werden.

Weitere Einzelheiten für den hier allein in Betracht kommenden Rechtsbehelf – ein (*Anfechtungs-*)Widerspruch – folgen aus § 70 I 1 VwGO.

Gemessen an diesen Anordnungen ergeben sich bei der zu überprüfenden Rechtsbehelfsbelehrung von Herrn Anfänger einige Beanstandungen:

Zunächst ist die Rechtsbehelfsfrist falsch angegeben worden. Anstatt einer „Vier-Wochen-Frist“ ist eine Monatsfrist einzuhalten. Auch ist nach § 70 I 1 VwGO der Widerspruch bei der Ausgangsbehörde (*also dem Bürgermeister der Stadt Güstrow*) und nicht bei der Widerspruchsbehörde einzulegen²⁴.

Nach den Vorgaben des § 58 I VwGO muss der Bürger nicht über die Form der Einlegung des Rechtsbehelfs informiert werden. Macht die Behörde hierzu allerdings Angaben, so müssen diese richtig und vollständig im Sinne des § 70 I 1 VwGO sein, d. h., der Hinweis muss lauten: „*schriftlich oder zur Niederschrift*“²⁵. Es müssen also beide Möglichkeiten erwähnt werden²⁶.

Im Ergebnis führt die mehrfach fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung zur „atypischen Fehlerfolge“²⁷ des § 58 II VwGO (*i. V.m. § 70 II VwGO*). Danach ist die Einlegung eines Widerspruchs nunmehr innerhalb eines Jahres zulässig (*keine Rechtswidrigkeit als Folge dieses Fehlers!*).

Bearbeitungstipp: Fehlerfreie Rechtsbehelfsbelehrung (vgl. die gesetzlichen Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung in

§§ 70 II, 58 I VwGO) im neu zu fertigenden Bescheidentwurf verfassen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verbots

Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Auf der Tatbestandsseite der §§ 13, 16 SOG M-V wird das Vorliegen einer *Gefahr oder Störung* für die *öffentlichen Sicherheit oder Ordnung* als Voraussetzung für ein im Ermessen der Behörde liegendes Einschreiten verlangt.

Zunächst sind die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit zu prüfen.

Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit sind die geschriebene (*objektive*) Rechtsordnung (*insbesondere Ge- und Verbote des Straf- und OWi-Rechts*), die Individualrechtsgüter, die Funktionsfähigkeit staatlicher und kommunaler Einrichtungen sowie die sonstigen kollektiven Rechtsgüter²⁸. Zu den Individualrechtsgütern (*oder subjektiven Rechten und Rechtsgütern des Einzelnen*) zählen das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Fortbewegung, Ehre, Eigentum und Vermögen²⁹.

Im Fall kommt durch die Bissattacken des Hundes die durch Art. 2 II 1 GG geschützte **körperliche Unversehrtheit** von Passanten als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit in Betracht³⁰.

Für das geschützte Rechtsgut müsste eine Gefahr oder eine Störung zu bejahen sein. Eine „**Gefahr**“ i.S.d. Polizei- und Ordnungsrechts ist ein Zustand, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung, bei ungehindertem Ablauf des Geschehens in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem nicht unerheblichen Schaden an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung führt³¹ (vgl. *insbesondere § 3 III Nr. 1 SOG M-V zur „im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr“*). § 16 I Nr. 1 SOG M-V enthält den Begriff der **Stö-**

21 Vgl. *Liebetanz in Obermayer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar)*, 3. Aufl., 1999, § 39, Rdn. 53.

22 Zur Vertiefung siehe bei *Kopp/Ramsauer*, (Fn. 17), § 39, Rdn. 42.

23 Vgl. entsprechend § 114 I Nr. 2 LVwG S-H.

24 Sinn und Zweck dieser Regelung ist die damit verbundene Möglichkeit der Selbstkontrolle der Ausgangsbehörde, die im Falle eines bei der Überprüfung festgestellten Fehlers eine Abhilfeentscheidung gem. § 72 VwGO treffen kann. Daher ist der Hinweis auf die (alleinige) Widerspruchsmöglichkeit bei der Widerspruchsbehörde – trotz der Regelung in § 70 I 2 VwGO, die allein der Fristwahrung dient – unzulässig; vgl. *Kopp/Schenke*, *Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar)*, 15. Aufl. 2007, § 58, Rdn. 12.

25 Vgl. grundlegend hierzu BVerwGE 57, 188 ff.

26 Gerade der Hinweis auf die Möglichkeit, etwa einen Widerspruch auch mündlich zur Niederschrift erheben zu können, wird in Rechtsbehelfsbelehrungen in der Praxis gelegentlich vergessen.

27 Unter einer „atypischen Rechtsfolge“ versteht man eine vom Gesetzgeber von der typischen Fehlerfolge – der Anfechtbarkeit wegen Rechtswidrigkeit – abweichende, speziell bestimmte Rechtsfolge (im Fall die Verlängerung der Rechtsbehelfsfrist).

28 Vgl. bei *Möller/Wilhelm*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl., 2003, Rdn. 78 f. m.w.N.

29 Statt vieler: *Möller/Wilhelm*, (Fn. 28), Rdn. 80.

30 Da im Zwischenergebnis die Rechtsgüter der **öffentlichen Sicherheit** berührt sind, ist wegen der Spezialität der öffentlichen Sicherheit gegenüber der öffentlichen Ordnung die „öffentliche Ordnung“ i.S.d. der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel des SOG M-V (§§ 13, 16) nicht mehr anzusprechen. Raum für die Erörterung der „öffentlichen Ordnung“ i.S.d. polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel besteht damit nur bei wirklichen Regelungslücken (sog. „Auffangfunktion“); zur Vertiefung vgl. bei *Giemulla/Jaworsky/Müller-Ur*, *Verwaltungsrecht (Ein Basisbuch)*, 7. Aufl., 2004, Rdn. 679.

31 Ausführlich zum Gefahrenbegriff *Schoch*, *Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht* (4. Teil), JuS 1994, 667.

rung. Eine „Störung“ charakterisiert einen Zustand, in dem der Schaden nicht mehr bevorsteht, sondern bereits eingetreten ist (sog. „verwirklichte“ Gefahr). Da aber das Recht der Gefahrenabwehr zukünftige Schädigungen (durch präventives Einschreiten) verhindern will, ist eine solche Störung im Gefahrenabwehrrecht **nur dann** relevant, wenn sie noch in die Zukunft wirkt und weitere Schäden befürchten lässt, etwa bei den „Dauerdelikten“³².

Da der Hund von Frau Erbreich bereits einen Rentner gebissen hat, ist ein Schaden am Rechtsgut „körperliche Unversehrtheit“ bereits eingetreten. Durch das bestehende Loch im Zaun ist mit einem weiteren Schadenseintritt, also von einer Tatwiederholung, in allernächster Zeit zu rechnen. Es handelt sich somit um eine „Störung“.

Anstatt richtigerweise eine „Störung der öffentlichen Sicherheit“ auf der Tatbestandsseite zu Grunde zu legen, hat Sachbearbeiter Anfänger ausweislich seiner Begründung eine „Gefahr für die öffentliche Ordnung“ unterstellt. Insoweit ist ihm bei der Gesetzesanwendung ein sog. „Subsumtionsfehler“ unterlaufen, der als materieller Fehler (*mangels Nichtigkeit i.S.d. § 44 III/VwVfG M-V*) zur schlichten Rechtswidrigkeit führt.

Bei einem solchen materiellen Fehler kommt weder eine Heilbarkeit gem. § 45 VwVfG M-V noch eine Unbeachtlichkeit i.S.d. § 46 VwVfG M-V in Betracht. Falls es wegen dieses Fehlers allerdings zu einem Widerspruchsverfahren kommt, kann die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid die Entscheidung nunmehr auf die richtigen Tatbestandsbegriffe stützen, sofern dadurch der Verwaltungsakt nicht wesentlich geändert wird³³. Die Widerspruchsbehörde kann also mit heilender Wirkung unzutreffende rechtliche Gründe durch zutreffende ersetzen und im Fall darlegen, dass es sich um eine **Störung der öffentlichen Sicherheit** handelt. Dies bezeichnet man als sog. „Nachschieben von (Rechts-) Gründen“ (bzw. *Austausch der Gründe*). Diese „Heilungs-Möglichkeit“ ist zwar gesetzlich nicht geregelt, allerdings von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelt worden.

Bearbeitungstipp: Im neu zu fertigenden Bescheidentwurf müssen in der rechtlichen Begründung die Tatbestandsbegriffe entsprechend ausgetauscht werden, d.h. in der Subsumtion muss deutlich werden, dass es sich im Fall um eine „Störung der öffentlichen Sicherheit“ handelt.

Rechtsfolgenseite der Ermächtigungsgrundlage (Ermessen §§ 13, 14 SOG M-V)

Die Ermächtigungsgrundlage (§§ 13, 16 SOG M-V) räumt der Behörde bei ihrer Entscheidung einen Ermessensspielraum ein, der gem. § 40 I VwVfG M-V³⁴ pflichtgemäß auszuüben ist. Insbesondere dürfen der Behörde keine Ermessensfehler im engeren Sinne (*in Form von Ermessensnichtgebrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensmissbrauch*) unterlaufen, wofür im vorliegenden Fall bei der Entscheidung durch Sachbearbeiter Anfänger Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind.

Verhältnismäßigkeit (§ 15 SOG M-V)

Das im Ermessen der Behörde stehende Verbot müsste auch verhältnismäßig sein³⁵.

3.1 Geeignetheit der Maßnahme

Das ausgesprochene Verbot ist geeignet, wenn damit der bezweckte Erfolg zumindest gefördert werden kann. Das Verbot dient dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Passanten und Fuß-

gängern und ist insoweit zum Schutz dieser Rechtsgüter geeignet i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Erforderlichkeit der Maßnahme

Die Erforderlichkeit des Verbots ist zu bejahen, wenn im Fall kein gleich gut geeignetes, milderer Mittel in Betracht kommt. Wie oben bei der formellen Prüfung bereits angesprochen, ist das ausgesprochene Verbot, den Hund ab Bekanntgabe des Bescheides überhaupt nicht mehr in den Garten zu lassen, völlig überzogen. Gleich gut geeignet und für Frau Erbreich wesentlich „milder“ erscheint ein an sie gerichtetes Gebot, den schadhafte Zaun zu reparieren und bis zu diesem Zeitpunkt den Hund während des Aufenthalts im Garten an eine Leine zu legen.

Damit verstößt das von Sachbearbeiter Anfänger ausgesprochene Verbot wegen mangelnder Erforderlichkeit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Dieser Verstoß führt als materieller Fehler (*mangels Nichtigkeit i.S.d. § 44 III/VwVfG M-V*) zur schlichten Rechtswidrigkeit. „Heilungsmöglichkeiten“ kommen hierbei nicht in Betracht.

Bearbeitungstipp: Im neu zu fertigenden Bescheidentwurf ist Frau Erbreich aufzufordern, das schadhafte Zaunstück auszubessern und bis zur erfolgten Ausbesserung (Reparatur) den Hund im Garten anzuleinen (vgl. auch den Tenor dieser Entscheidung unter Aufgabe 2).

Richtiger Adressat der Maßnahme (gem. §§ 68 ff. SOG M-V)

Unabhängig von einem persönlichen Verhalten sind nach § 70 SOG M-V³⁶ Eigentümer (§ 70 I) als auch Besitzer (§ 70 II) von solchen Sachen³⁷ ordnungsrechtlich verantwortlich, die eine Gefahr oder Störung verursachen.

Frau Erbreich ist Eigentümerin des Hundes „Mopsi“ und damit als „Zustandsverantwortliche“ richtige Adressatin einer Ordnungsverfügung.

5. Inhaltliche Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG M-V)³⁸

Nach § 37 I VwVfG M-V müssen Verwaltungsakte „inhaltlich hinreichend bestimmt sein“. Das bedeutet insbesondere, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss, nach dem objektiven

32 Siehe nur die Darstellung (mit Beispiel) bei Möller/Wilhelm, (Fn. 28), Rdn. 11.

33 Vgl. hierzu die Grundsatz-Entscheidung des BVerwG in BVerwGE 39, 191 (195), die zugleich Ausdruck der herrschenden Literaturmeinung ist. Zur Vertiefung: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, § 10, Rdn. 40; Stein, Bescheidtechnik, 2007, Rdn. 569 m.w.N.

34 Vgl. entsprechend § 73 LVwG S-H.

35 Der Einbau der Prüfung, ob ein Verwaltungsakt verhältnismäßig ist, wird in der Ausbildungsliteratur im Fallaufbau in verschiedener Weise vorgenommen. Teilweise wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als spezielle Ermessensgrenze auf der Rechtsfolgenseite (unter „Ermessensüberschreitung“) geprüft. Hier erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter einem gesonderten Prüfungspunkt. Damit soll deutlich werden, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz bei allen nicht ausschließlich begünstigenden Maßnahmen anzuwenden ist, die der Verwaltung einen Handlungsspielraum eröffnen. Dabei ist nicht stets Voraussetzung, dass es sich bei der Ermächtigungsgrundlage – wie etwa § 35 I I GewO zeigt – um eine Ermessensnorm handeln muss (vgl. zu dieser Problematik insbes. BVerwG, NJW 1971, 1712 (1715)).

36 Synopse zu § 70 SOG M-V: BaWü: § 7 PolG; Bay: Art. 9 II LStVG; Berl: § 14 ASOG; Brand: § 17 OBG; Brem: § 6 PolG; Hamb: § 9 SOG; Hess: § 7 SOG; Nds: § 7 GefAG; NRW: § 18 OBG; RhLPfl: § 5 POG; Saar: § 5 PolG; Sachs: § 5 PolG; SachAnh: §§ 43 f. SOG; SchlHolst: §§ 208 f. LVwG; Thür: §§ 25 f. PAG.

37 Zu Grunde gelegt wird hier der Sachbegriff des § 90 BGB. Tiere sind zwar nach § 90 a BGB keine Sachen, doch werden sie rechtlich den Sachen gleichgestellt.

38 Vgl. entsprechend § 108 I LVwG S-H.

Erklärungswert des ausgesprochenen Verwaltungsaktes klar und eindeutig zu erkennen, was von ihm gefordert wird³⁹.

Unter diesem Gesichtspunkt ist das (*bereits mehrfach fehlerhafte*) Verbot des Sachbearbeiters Anfänger nicht zu beanstanden.

Damit war das ausgesprochene Verbot auch inhaltlich hinreichend bestimmt.

Tatsächlich und rechtliche Durchführbarkeit der Maßnahme

Die Erfüllung des Verbots, den Hund ab Bekanntgabe des Bescheides überhaupt nicht mehr in den Garten zu lassen, wäre für Frau Erbreich sowohl tatsächlich als auch rechtlich möglich. Aus diesem Prüfungspunkt ergibt sich kein Fehler.

Ergebnis:

Der von Sachbearbeiter Anfänger entworfene Verwaltungsakt enthält zahlreiche formelle und auch materielle Fehler und ist dringend überarbeitungsbedürftig.

Aufgabe 2 (Tenor und Rechtsbehelfsbelehrung eines fehlerfreien Bescheides an Frau Erbreich einschließlich der für den Vollzug erforderlichen Nebenentscheidungen)

1. Sie werden aufgefordert, innerhalb von fünf Tagen ab Bekanntgabe dieses Bescheides, das im Maschendraht-Gartenzaun Ihres Hauses an der Grundstücksgrenze Villenstraße/Hoppelweg befindliche ca. 20 cm. große Loch auszubessern. Die Ausbesserung hat mit handelsüblichem Metalldraht in einer Stärke von mind. 1,5 mm Durchmesser zu erfolgen⁴⁰.
2. Bis zur vollständigen Ausbesserung des Loches werden Sie aufgefordert, Ihren Hund „Mopsi“ im Garten so anzuleinen, dass dieser das schadhafte Zaunstück nicht mehr erreichen kann.
3. Die sofortige Vollziehung von oben stehender Ziffer 1 und Ziffer 2 wird angeordnet⁴¹. Das bedeutet, ein hiergegen gerichteter Widerspruch entfaltet keine aufschiebende Wirkung. Damit bin ich berechtigt, meine Anordnungen auch dann mit Zwangsmitteln gegen Sie durchzusetzen, wenn Sie Widerspruch einlegen⁴².
4. Sollten Sie meiner Aufforderung in Ziffer 1 dieses Bescheides nicht innerhalb der dort genannten Frist nachkommen, drohe ich Ihnen hier bereits die Ausführung der Reparatur durch einen von mir beauftragten Unternehmer im Wege der Ersatzvornahme an⁴³. Die voraussichtlichen Kosten dafür werden mit 75,- Euro veranschlagt⁴⁴.
5. Für den Fall der Nichtbefolgung meiner Anordnung in Ziffer 2 drohe ich Ihnen hier bereits die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500,- Euro an⁴⁵.

Rechtsbehelfsbelehrung⁴⁶

Gegen diesen Bescheid⁴⁷ können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch einlegen. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift beim Bürgermeister der Stadt Güstrow, Rathausplatz 1, 18273 Güstrow, einzulegen.

39 Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 658 (659).

40 Nach dem in § 37 I VwVfG M-V (§ 108 I LVwG S-H) verankerten Bestimmtheitsgrundsatz muss die Anordnung so tenoriert werden, dass zweifelsfrei erkennbar ist, wer (erlassende Behörde) vom wem (Adressat des Verwaltungsaktes) was (Inhalt) verlangt. Fraglich ist allerdings, ob bei vollstreckungsfähigen Verwaltungsakten auch das Mittel, mit dem der gewünschte Zustand erreicht werden soll, genau vorgeschrieben werden muss. Während dies bislang in der Rechtsprechung des VGH München für den Bereich der Gefahrenabwehr bejaht wurde (vgl. VGH München, BayVBl. 1967, 171 f.), wird heute überwiegend in Literatur und Rechtsprechung vertreten, dass – sofern nicht ausnahmsweise durch eine spezielle gesetzliche Regelung ein bestimmtes Mittel vorgegeben ist – dem Pflichtigen unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Wahl zwischen gleich geeigneten Mitteln überlassen bleiben muss. Insoweit soll es nach dieser Auffassung grundsätzlich ausreichen, wenn die Behörde den Zweck und das Ziel der Maßnahme umschreibt (vgl. statt vieler: Kopp/Ramsauer, (Fn. 17), § 37, Rdn. 16). Allerdings kann diese Vorgabe nicht pauschal Geltung beanspruchen; insoweit ist stets eine einzelfallbezogene Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des zu beurteilenden Falles erforderlich (vgl. zu dieser Einschränkung auch Janssen in Obermayer, (Fn. 21), § 37, Rdn. 8 f.). Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint jedenfalls bei der Anordnung eines Gebotes eine Mittelangabe erforderlich, es sei denn, das Mittel versteht sich von selbst, z.B. bei der Aufforderung, eine Mauer zu beseitigen (so auch bei P.Stelkens/U.Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 6. Aufl., 2001, § 37, Rdn. 27, die ebenfalls zwischen der Anordnung von Verboten und Geboten unterscheiden; vermittelnd BVerwGE 38, 209, (211), wonach jedenfalls die Angabe eines Mittels erforderlich sein soll, wenn nur durch das Mittel ein ausreichendes Maß an Klarheit erreicht werden kann). Um im Fall jegliche Missverständnisse und die Auswahl eines untauglichen Materials auszuschließen, wurde oben im Tenor eine Ausbesserung mit Metalldraht (also durch ein konkret bezeichnetes Mittel und Material) vorgegeben. Vertretbar – wenn auch mit einigen Risiken behaftet – ist natürlich auch eine Beschränkung auf Ziel und Zweck der Maßnahme unter Offenlassung der Mittel. In einem solchen Fall kommt folgende Tenorierung in Betracht: „Sie werden aufgefordert (...). Die Ausbesserung hat so zu erfolgen, dass Ihr Hund nicht mehr in der Lage ist, seinen Kopf durch den Zaun zu stecken. Das verwendete Material muss dabei so stabil sein, dass Ihr Hund nicht in der Lage ist, die Ausbesserung zu zerbeißen“.

41 Die Zulässigkeit des Vollzugs (also die Durchsetzung eines Verwaltungsaktes mit Zwangsmitteln) setzt nach § 80 I SOG M-V (entspr. Vorschriften anderer Bundesländer beispielsweise: §§ 55 I VwVG NRW, 50 I PolG NRW, 229 I LVwG S-H, 47 I HSOG) voraus, dass entweder der Verwaltungsakt bereits unanfechtbar ist oder ein dagegen gerichteter Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Da die Unanfechtbarkeit der in Ziffern 1 und 2 ausgesprochenen Verwaltungsakte erst nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist eintritt, kann der Weg für den ggf. erforderlichen Vollzug nur durch eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO frei gemacht werden. Eine solche Anordnung erfolgt in der Praxis als gesonderter Verfügungspunkt als Nebenentscheidung im Tenor des zu erstellenden Bescheides vor einer ggf. zu erlassenden Zwangsmittellandrohung.

42 Aus Gründen der Bürgerfreundlichkeit ist hier eine kurze Erläuterung im Tenor angebracht, da der rechtsunkundige Bürger in der Regel die Bedeutung einer „Anordnung der sofortigen Vollziehung“ nicht verstehen kann. Zur Vertiefung: Stein, (Fn. 33), Rdn. 48 f., 165.

43 Die Reparatur des schadhaften Zaunes ist eine vertretbare Handlung und kann von einem beauftragten Unternehmer anstelle und auf Kosten des Pflichtigen ausgeführt werden.

44 Gem. § 87 VI 1 SOG M-V (entspr. §§ 63 IV VwVG NRW, 56 IV PolG NRW, 236 IV LVwG S-H, 53 IV HSOG) ist in der Androhung einer Ersatzvornahme der vorläufige Kostenbetrag für die Ausführung der Maßnahme zu veranschlagen.

45 Enthält ein Bescheid mehrere Anordnungen (wie hier in Ziffer 1 und Ziffer 2), so soll wegen dem Bestimmtheitsgebot für die Nichtbeachtung jeder einzelnen Anordnung ein eigenes Zwangsmittel angedroht werden; vgl. statt vieler Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001, Rdn. 389 a. Hinsichtlich des in Ziffer 2 angeordneten Leinezwangs scheint allein die Androhung eines Zwangsgeldes zweckmäßig. Der angedrohte Betrag von 500,- Euro scheint im Fall geeignet und erforderlich, Frau Erbreich zur Beachtung des vorübergehenden Leinezwangs anzuhalten.

46 **Praxistipp:** Gebrauchen Sie hier stets die Formulierung „Rechtsbehelfsbelehrung“ und nicht etwa „Rechtsmittelbelehrung“. Rechtsmittel sind nur Berufung, Revision und Beschwerde, nicht dagegen Widersprüche, gerichtliche Anträge nach § 80 V VwGO oder erstinstanzliche Klagen. Insoweit beruht die Verwendung der Bezeichnung „Rechtsmittelbelehrung“ in § 73 III 1 VwGO auf einem sog. „Redaktionsfehler“, da die VwGO ansonsten die Unterscheidung zwischen „Rechtsmittel“ und „Rechtsbehelf“ genauestens durchhält; vgl. statt vieler Stein, (Fn. 33), Rdn. 254 m.w.N.

47 Anstatt der Formulierung „gegen diesen Bescheid“ kann man auch schreiben: „gegen diese Verfügung, Anordnung, Entscheidung“. Streng genommen handelt es sich nur bei den Anordnungen in Ziffern 1, 2, 4 und 5 um Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG M-V, nicht dagegen bei der unter Ziffer 3 erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung. Umsichtige Kandidaten können dies selbstverständlich bei der Formulierung der Rechtsbehelfsbelehrung entsprechend berücksichtigen. Zur Vertiefung siehe etwa die Rechtsbehelfsbelehrung im Musterbescheid bei Stein, (Fn. 33), Rdn. 456 m.w.N.

Hinweis⁴⁸

Die Anordnungen in Ziffer 1, 2, 4 und 5 dieses Bescheides sind gem. § 80 Abs. 2, S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VwGO sofort vollziehbar.

Ein Widerspruch hat damit keine aufschiebende Wirkung. Sie können beim Verwaltungsgericht Schwerin, Wismarsche Straße 325, 19055 Schwerin, beantragen, die aufschiebende Wirkung Ihres Widerspruchs wieder herzustellen bzw. anzuordnen.

Kurz-Lösung zum Fehlerbescheid („Der bissige Terrier“)**I. In Betracht kommende Ermächtigungsrundlage**

Mangels Spezialvorschriften §§ 13, 16 SOG M-V.

II. Formelle Rechtmäßigkeitsprüfung**1. Zuständigkeiten**

Der Bürgermeister der Stadt Güstrow ist gem. §§ 4 I, 3 I, 4 II, 3 I Nr. 3, 5 I SOG M-V sachlich, instanziell und örtlich zuständig.

2. Einhaltung der Verfahrensvorschriften**2.1 Anhörung § 28 VwVfG M-V**

Verstoß gegen die Anhörungspflicht nach § 28 I VwVfG M-V. Von der Anhörung konnte auch nicht gem. § 28 II, III VwVfG M-V abgesehen werden (insbesondere lag im Fall keine Gefahr im Verzug i.S.d. § 28 II Nr. 1, 1. Alt. VwVfG M-V vor; da sich der Behördenmitarbeiter für seine Entscheidung mehrere Tage Zeit gelassen hat).

Fehlerfolge: → formelle Rechtswidrigkeit, aber Heilungsmöglichkeit gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG M-V durch Nachholung der unterbliebenen Anhörung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (vgl. § 45 II VwVfG M-V).

Bearbeitungstipp: Anhörung der E noch vor Bekanntgabe des Bescheides (telefonisch) durchführen.

2.2 Keine Mitwirkung ausgeschlossener Personen nach § 20 VwVfG M-V

Verstoß gegen § 20 I Nr. 2 i.V.m. § 20 V 1 Nr. 6, V 2 VwVfG M-V. Sachbearbeiter Anfänger wird auch nach der Ehescheidung noch als Angehöriger von Frau Erbreich (Schwager) angesehen.

Fehlerfolge: → formelle Rechtswidrigkeit des Verbotes. Keine Heilungsmöglichkeit gem. § 45 I VwVfG M-V, aber evt. Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG M-V, wenn dieser Fehler offensichtlich den Verwaltungsakt im Ergebnis nicht beeinflusst hat. Dies ist allerdings wegen der Unverhältnismäßigkeit des ausgesprochenen Verbotes (in Betracht kamen mildere Maßnahmen wie etwa die Reparatur des Zaunes und bis dahin den Hund anzuleinen und zu beaufsichtigen) nicht zu bejahen. Eine Unbeachtlichkeit i.S.d. § 46 VwVfG M-V scheidet damit aus.

Bearbeitungstipp: Meldung an Behördenleiter (analog § 21 I 1 VwVfG M-V) und Enthaltung in der Sache.

3. Einhaltung der Formvorschriften**3.1 Erkennbarkeit der Erlassbehörde/Unterschrift des Sachbearbeiters gem. § 37 II/III VwVfG M-V (+)****3.2 Ordnungsgemäße Begründung gem. § 39 VwVfG M-V**

Verstoß gegen § 39 I 2 VwVfG M-V, denn es fehlt die „tatsächliche“ Begründung. Ausnahmen i.S.d. § 39 II VwVfG M-V sind nicht einschlägig.

Fehlerfolge: → formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, aber Heilungsmöglichkeit durch Nachholung der unterbliebenen Begründung gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG M-V.

Bearbeitungstipp: Voranstellung einer Sachverhaltsschilderung (die „tatsächlichen Gründe“) im neu zu fertigenden Bescheidentwurf (unter Gliederungspunkt „I.“ bei den „Gründen“).

3.3 Ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung

Die mehrfach fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung (Angabe einer falschen Rechtsbehelfsfrist, fehlerhafter Hinweis auf die Schriftform, fehlerhafte Nennung der Widerspruchsbehörde) führt zur „atypischen“ Fehlerfolge des § 58 II VwGO (i.V.m. § 70 II VwGO) → Verlängerung der Rechtsbehelfsfrist auf ein Jahr (keine Rechtswidrigkeit als Folge dieses Fehlers!).

Bearbeitungstipp: Fehlerfreie Rechtsbehelfsbelehrung (vgl. die gesetzlichen Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung in §§ 70 II, 58 I VwGO) im neu zu fertigenden Bescheidentwurf verfassen.

II. Materielle Rechtmäßigkeitsprüfung**1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

Falsche Gesetzesanwendung bei §§ 13, 16 SOG M-V (Subsumtionsfehler), da vorliegend nicht die öffentliche Ordnung“ betroffen ist, sondern die öffentliche Sicherheit (körperliche Unversehrtheit). Überdies liegt eine „Störung“ i.S.d. § 16 I Nr. 1 SOG M-V vor, da ein Schaden an dem Schutzgut bereits eingetreten ist und bei ungehindertem Ablauf des Geschehens weitere Schäden zu befürchten sind.

Fehlerfolge: → materielle Rechtswidrigkeit (Anfechtbarkeit). „Heilungs-Möglichkeit“ durch ein (von Rechtsprechung und Schrifttum entwickeltes) „Nachschieben von (Rechts-)Gründen“ (bzw. Austausch der Gründe) durch Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren (Sinn und Zweck: Verfahrensökonomie).

Bearbeitungstipp: Im neu zu fertigenden Bescheidentwurf in der rechtlichen Begründung die Tatbestandsbegriffe entsprechend austauschen (in der Subsumtion muss deutlich werden, dass es sich im Fall um eine „Störung der öffentlichen Sicherheit“ handelt).

48 Eine (erweiterte) Rechtsbehelfsbelehrung für die Fälle, in denen der Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung entfaltet (Fälle des § 80 II 1 Nr. 1 – Nr. 4 VwGO) ist gesetzlich nicht geregelt. Gleichwohl sollte aus Gründen der Fairness auch in diesem Fall der Bürger auf die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes hingewiesen werden. Im Bescheid kann dies entweder gleich im Anschluss an die nach § 58 IV VwGO zu erteilende Rechtsbehelfsbelehrung oder – wie hier – unter der Überschrift „Hinweis“ erfolgen. Zur Vertiefung: Stein, Bescheidtechnik, (Fn. 33), Rdn. 255 m.w.N.

<p>2. Rechtsfolgende der Ermächtigungsgrundlage (Ermessen §§ 13, 14 SOG M-V)</p> <p>Keine Ermessensfehler ersichtlich.</p>	<p><i>anzuleinen (vgl. auch den Tenor dieser Entscheidung unter Aufgabe 2).</i></p>
<p>3. Verhältnismäßigkeit</p> <p>Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 15 SOG M-V). Das Verbot ist zwar „geeignet“ i.S.d. einer Gefahrenabwehr, aber nicht „erforderlich“, da als milderes (<i>und ebenso geeignetes</i>) Mittel der E aufgegeben werden kann, das schadhafte Zaunstück zu reparieren und bis dahin den Hund anzuleinen und zu beaufsichtigen, bzw. nicht frei im Garten laufen zu lassen. <u>Fehlerfolge:</u> → materielle Rechtswidrigkeit (<i>Anfechtbarkeit</i>).</p> <p>Bearbeitungstipp: <i>Im neuen Bescheidentwurf Frau Erbreich auffordern, das schadhafte Zaunstück auszubessern und bis zur erfolgten Ausbesserung (Reparatur) den Hund im Garten</i></p>	<p>4. Richtiger Adressat der Maßnahme (gem. §§ 68 ff. SOG M-V)</p> <p>Frau E ist nach § 70 I SOG M-V als Eigentümerin des Hundes „Zustandsverantwortliche“ und damit richtige Adressatin einer Ordnungsverfügung.</p>
	<p>5. Inhaltliche Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG M-V)</p> <p>Das (<i>bereits mehrfach fehlerhafte</i>) Verbot verstößt nicht gegen den in § 37 I VwVfG M-V normierten Bestimmtheitsgrundsatz.</p>
	<p>6. Tatsächlich und rechtliche Durchführbarkeit der Maßnahme</p> <p>Anhaltspunkte für eine tatsächliche oder rechtliche Undurchführbarkeit bestehen nicht.</p>

RECHTSPRECHUNG

Online-Durchsuchung nach dem Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen

(BVerfG, Urt. v. 27. 2. 2008 – 1 BvR 370/07 u. 1 BvR 595/07)

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

2. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen.

3. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt; hierzu zählt etwa auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen

4. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das (überragende) Rechtsgut hinweisen.

5. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen.

6. Das Gesetz, das einen solchen Eingriff erlaubt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

7. Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen.

8. Nimmt der Staat im Internet öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (VSG), die zum einen Befugnisse der Verfassungsschutzbehörde zu verschiedenen Datenerhebungen insbesondere aus informationstechnischen Systemen, zum anderen den Umgang mit den erhobenen Daten regeln. Die Verfassungsbeschwerden rügen insbesondere die Verfassungswidrigkeit von § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG. Diese Vorschrift ermächtigt die Verfassungsschutzbehörde zu zwei Arten von Ermittlungsmaßnahmen: zum einen zum heimlichen Beobachten und sonstigen Aufklären des Internet (Alt. 1), zum anderen zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme (Alt. 2). Der Unterschied der beiden in § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG geregelten Maßnahmetypen ist am äußeren Erscheinungsbild des technischen Zugriffs auf das informationstechnische System ausgerichtet. Unter dem heimlichen Aufklären des Internet ist eine Maßnahme zu verstehen, mit der die Verfassungsschutzbehörde Inhalte der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg zur Kenntnis nimmt. Unter einem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System ist demgegenüber eine technische Infiltration zu verstehen, die etwa Sicherheitslücken des Zielsystems ausnutzt oder über die Installation eines Späh-

programms erfolgt. Die Infiltration des Zielsystems ermöglicht es, dessen Nutzung zu überwachen oder die Speichermedien durchzusehen oder gar das Zielsystem fernzusteuern. Soweit § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG zum heimlichen Aufklären des Internet ermächtigt, regelt die Norm zunächst die Kenntnisnahme allgemein zugänglicher Kommunikationsinhalte durch die Verfassungsschutzbehörde. Beispiel wäre der Aufruf einer nicht Zugangsgesicherten Webseite im World Wide Web mittels eines Web-Browsers. Nach der Gesetzesbegründung soll die Verfassungsschutzbehörde daneben in die Lage versetzt werden, unter einer Legende an Chats, Auktionen oder Tauschbörsen teilzunehmen oder verborgene Webseiten aufzufinden. Denkbar wäre zudem etwa, dass die Verfassungsschutzbehörde ein anderweitig – beispielsweise von einem Informanten oder durch sogenanntes Keylogging – ermitteltes Passwort einsetzt, um auf ein E-Mail-Postfach oder auf eine Zugangsgeschützte Webseite zuzugreifen. „Online-Durchsuchungen“ sollen den Ermittlungsschwierigkeiten Rechnung tragen, die sich ergeben, wenn Straftäter, insbesondere solche aus extremistischen und terroristischen Kreisen, zur Kommunikation sowie zur Planung und Durchführung von Straftaten informationstechnische Mittel und insbesondere das Internet nutzen. § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG ermächtigt die Verfassungsschutzbehörde zu den geregelten Maßnahmen grundsätzlich unter den allgemeinen Voraussetzungen für nachrichtendienstliche Datenerhebungen, die sich aus § 5 Abs. 2 i. V. mit § 7 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 VSG ergeben. Danach ist grundsätzlich erforderlich, dass auf diese Weise *Erkenntnisse über verfassungsschutzrelevante Bestrebungen oder Tätigkeiten oder die zur Erlangung solcher Erkenntnisse erforderlichen Quellen* gewonnen werden können. Soweit Maßnahmen nach der angegriffenen Norm einen Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis darstellen bzw. in Art und Schwere diesem gleichkommen, sind sie jedoch gem. § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG nur unter den Voraussetzungen des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) zulässig.

II. Zur Rechtslage:

1. Das (neue) Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die in § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG geregelte online-Durchsuchung. Das Gericht hat beide Alternativen für **verfassungswidrig** und damit für nichtig erklärt. Der Senat misst die (bereits gesetzestechisch schwer verunglückte) Norm am Maßstab des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) in der besonderen Ausprägung als Grundrecht auf **Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**. Die Nutzung des Computers hat nach Ansicht des Senats für die Persönlichkeit und die Entfaltung des Einzelnen eine früher nicht absehbare Bedeutung erlangt und ist für die Lebensführung vieler Bürger von zentraler Bedeutung. Insbesondere das Internet als komplexer Verbund von Rechnernetzen öffnete dem Nutzer eines angeschlossenen Rechners nicht nur den Zugriff auf eine praktisch unübersehbare Fülle von Informationen, die von anderen Netzrechnern zum Abruf bereitgehalten werden. Die zunehmende Verbreitung vernetzter informationstechnischer Systeme begründete für den Einzelnen neben neuen Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung aber auch **neue Persönlichkeitsgefährdungen**. Im Arbeitsspeicher und auf den Speichermedien solcher Systeme befanden sich eine Vielzahl von Daten mit Bezug zu den persönlichen Verhältnissen, den sozialen Kontakten und den ausgeübten Tätigkeiten des Nutzers. Bei einem vernetzten, insbesondere einem an das Internet angeschlossenen System würden diese Gefährdungen in verschiedener Hinsicht vertieft. Zum einen führe die mit der Vernetzung

verbundene Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten dazu, dass gegenüber einem alleinstehenden System eine noch größere Vielzahl und Vielfalt von Daten erzeugt, verarbeitet und gespeichert werden. Dabei handele es sich um **Kommunikationsinhalte** sowie um Daten mit Bezug zu der **Netzkommunikation**. Durch die Speicherung und Auswertung solcher Daten über das Verhalten der Nutzer im Netz könnten weitgehende Kenntnisse über die Persönlichkeit des Nutzers gewonnen werden. Vor allem aber öffne die Vernetzung des Systems Dritten eine technische **Zugriffsmöglichkeit**, die genutzt werden könne, um die auf dem System vorhandenen Daten auszuspähen oder zu manipulieren. Viele Selbstschutzmöglichkeiten – etwa die Verschlüsselung oder die Verschleierung sensibler Daten – würden überdies weitgehend wirkungslos, wenn Dritten die Infiltration des Systems, auf dem die Daten abgelegt worden sind, einmal gelungen sei.

2. Die **grundrechtlichen Gewährleistungen der Art. 10 und Art. 13 GG** wie auch die bisher in der Rspr. des BVerfG entwickelten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts tragen nach Auffassung des Gerichts dem durch die Entwicklung der Informationstechnik entstandenen Schutzbedürfnis **nicht hinreichend Rechnung**.

a) Die Gewährleistung des **Telekommunikationsgeheimnisses** nach Art. 10 Abs. 1 GG schütze die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 67, 157 <172>; 106, 28 <35 f.>), nicht aber auch die Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen.

Der **Schutz** des Art. 10 Abs. 1 GG erfasse **Telekommunikation**, einerlei, welche Übermittlungsart (Kabel oder Funk, analoge oder digitale Vermittlung) und welche Ausdrucksform (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) genutzt werden (vgl. BVerfGE 106, 28 <36>; 115, 166 <182>). Der Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses erstreckte sich danach auch auf die Kommunikationsdienste des Internet (vgl. zu E-Mails BVerfGE 113, 348 <383>). Zudem seien nicht nur die Inhalte der Telekommunikation vor einer Kenntnisnahme geschützt, sondern auch ihre Umstände. Zu ihnen gehöre insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden habe oder versucht worden sei (vgl. BVerfGE 67, 157 <172>; 85, 386 <396>; 100, 313 <358>; 107, 299 <312 f.>).

Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränke, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, sei der Eingriff allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Schutzbereich dieses Grundrechts sei dabei unabhängig davon betroffen, ob die Maßnahme technisch auf der Übertragungsstrecke oder am Endgerät der Telekommunikation ansetzt (vgl. BVerfGE 106, 28 <37 f.>; 115, 166 <186 f.>). Dies gelte grundsätzlich auch dann, wenn das Endgerät ein vernetztes komplexes informationstechnisches System sei, dessen Einsatz zur Telekommunikation nur eine unter mehreren Nutzungsarten darstelle.

Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG erstreckte sich allerdings **nicht** auf die **nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers** gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen könne. Dann bestünden hinsichtlich solcher Daten die spezifischen Gefahren der räumlich distanzierten Kommunikation, die durch das Telekommunikationsgeheimnis abgewehrt werden sollen, nicht fort (vgl. BVerfGE 115, 166 <183 ff.>). Der durch das Tele-

kommunikationsgeheimnis bewirkte **Schutz** bestehe ebenfalls **nicht**, wenn eine staatliche Stelle die **Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwache** oder die **Speichermedien des Systems durchsuche**. Hinsichtlich der Erfassung der Inhalte oder Umstände außerhalb der laufenden Telekommunikation liege ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG selbst dann nicht vor, wenn zur Übermittlung der erhobenen Daten an die auswertende Behörde eine Telekommunikationsverbindung genutzt werde, wie dies etwa bei einem Online-Zugriff auf gespeicherte Daten der Fall sei (vgl. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 497; Rux, JZ 2007, S. 285 <292>).

b) Auch die durch Art. 13 Abs. 1 GG gewährleistete Garantie der **Unverletzlichkeit der Wohnung** verbürgt – so der Senat – dem Einzelnen mit Blick auf seine Menschenwürde sowie im Interesse der Entfaltung seiner Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum, in den nur unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 bis 7 GG eingegriffen werden darf, belässt aber Schutzlücken gegenüber Zugriffen auf informationstechnische Systeme.

Das **Schutzgut** dieses Grundrechts sei die **räumliche Sphäre**, in der sich das Privatleben entfalte (vgl. BVerfGE 89, 1 <12>; 103, 142 <150 f.>). Dabei erschöpfe sich der Grundrechtsschutz nicht in der Abwehr eines körperlichen Eindringens in die Wohnung. Als Eingriff in Art. 13 GG seien auch Maßnahmen anzusehen, durch die staatliche Stellen sich mit **besonderen Hilfsmitteln** einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschafften, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen seien. Dazu gehörten nicht nur die **akustische oder optische Wohnraumüberwachung** (vgl. BVerfGE 109, 279 <309, 327>), sondern ebenfalls etwa die Messung elektromagnetischer Abstrahlungen, mit der die Nutzung eines informationstechnischen Systems in der Wohnung überwacht werden kann. Das könne auch ein System betreffen, das offline arbeite. Darüber hinaus könne eine staatliche Maßnahme, die mit dem heimlichen technischen Zugriff auf ein informationstechnisches System im Zusammenhang stehe, an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen sein, so beispielsweise, wenn und soweit Mitarbeiter der Ermittlungsbehörde in eine als Wohnung geschützte Räumlichkeit eindringen, um ein dort befindliches informationstechnisches System physisch zu manipulieren. Ein weiterer Anwendungsfall des Art. 13 Abs. 1 GG sei die Infiltration eines informationstechnischen Systems, das sich in einer Wohnung befindet, um mit Hilfe dessen bestimmte Vorgänge innerhalb der Wohnung zu überwachen, etwa indem die an das System angeschlossenen Peripheriegeräte wie ein Mikrofon oder eine Kamera dazu genutzt werden. Art. 13 Abs. 1 GG vermittele dem Einzelnen allerdings keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration seines informationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses System in einer Wohnung befinde (vgl. etwa Beulke/Meininghaus, StV 2007, S. 63 <64>; Gercke, CR 2007, S. 245 <250>; Schlegel, GA 2007, S. 648 <654 ff.>; a.A. etwa Buermeyer, HRRS 2007, S. 392 <395 ff.>; Rux, JZ 2007, S. 285 <292 ff.>; Schaar/Landwehr, K&R 2007, S. 202 <204>). Denn der **Eingriff könne unabhängig vom Standort** erfolgen, so dass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage sei, die **spezifische Gefährdung des informationstechnischen Systems** abzuwehren. Soweit die Infiltration die Verbindung des betroffenen Rechners zu einem Rechnernetzwerk ausnutze, lasse sie die durch die Abgrenzung der Wohnung vermittelte räumliche Privatsphäre unberührt. Der Standort des Systems werde in vielen Fällen für die Ermittlungsmaßnahme ohne Belang und oftmals für die Behörde nicht einmal erkennbar sein. Dies gelte insbesondere für mobile informationstechnische Systeme wie etwa Laptops, Personal Digital Assistants (PDAs) oder Mobiltelefone.

c) Auch die **bisher in der Rspr. des BVerfG anerkannten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, insbesondere die Gewährleistungen des Schutzes der Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, genügen nach Ansicht der Richter dem besonderen Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems nicht in ausreichendem Maße.

In seiner Ausprägung als Schutz der Privatsphäre gewährleiste das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen einen räumlich und thematisch bestimmten Bereich, der grundsätzlich frei von unerwünschter Einsichtnahme bleiben solle (vgl. BVerfGE 27, 344 <350 ff.>; 44, 353 <372 f.>; 90, 255 <260>; 101, 361 <382 f.>). Das **Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems** beschränke sich jedoch nicht allein auf Daten, die seiner Privatsphäre zuzuordnen sind. Eine solche Zuordnung hänge zudem häufig von dem Kontext ab, in dem die Daten entstanden seien und in den sie durch Verknüpfung mit anderen Daten gebracht werden. Dem Datum selbst sei vielfach nicht anzusehen, welche Bedeutung es für den Betroffenen habe und welche es durch Einbeziehung in andere Zusammenhänge gewinnen könne. Das habe zur Folge, dass mit der Infiltration des Systems nicht nur zwangsläufig private Daten erfasst werden, sondern der Zugriff auf alle Daten ermöglicht werde, so dass sich ein **umfassendes Bild vom Nutzer des Systems** ergeben könne. Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** gehe über den Schutz der Privatsphäre hinaus. Es gebe dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 <43>; 84, 192 <194>). Es flankiere und erweitere den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit, indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen lasse. Eine derartige Gefährdungslage könne bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter entstehen, insbesondere wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden könnten, die der Betroffene weder überschauen noch verhindern könne. Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränke sich dabei nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, könne, je nach dem Ziel des Zugriffs und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben (vgl. BVerfG, Beschluss v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. –, NJW 2007, S. 2464 <2466>). Jedoch trage das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Persönlichkeitsgefährdungen nicht vollständig Rechnung, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen sei und dabei dem System persönliche Daten anvertraue oder schon allein durch dessen Nutzung zwangsläufig liefere. Ein Dritter, der auf ein solches System zugreife, könne sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Ein solcher Zugriff gehe in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schütze, weit hinaus.

d) Soweit kein hinreichender Schutz vor Persönlichkeitsgefährdungen bestehe, die sich daraus ergäben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen sei, trage das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Schutzbedarf in seiner lückenfüllenden Funktion über seine bisher anerkannten Ausprägungen hinaus dadurch Rechnung, dass es

die **Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme** gewährleiste. Dieses Recht fuße gleich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG; es bewahre den persönlichen und privaten Lebensbereich der Grundrechtsträger vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen werde und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten. Geschützt vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sei zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten **Daten vertraulich** bleiben. Ein Eingriff in dieses Grundrecht sei zudem dann anzunehmen, wenn die Integrität des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen **Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können**; dann sei die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der hier behandelten Ausprägung schütze insbesondere vor einem **heimlichen Zugriff**, durch den die auf dem System vorhandenen Daten ganz oder zu wesentlichen Teilen ausgespäht werden können. Der Grundrechtsschutz umfasse sowohl die im Arbeitsspeicher gehaltenen als auch die temporär oder dauerhaft auf den Speichermedien des Systems abgelegten Daten. Das Grundrecht schütze auch vor Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben. So liege es etwa bei einem Einsatz von sogenannten Hardware-Keyloggern oder bei einer Messung der elektromagnetischen Abstrahlung von Bildschirm oder Tastatur.

2. Grundrechtsschranken

Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist allerdings **nicht schrankenlos**. Eingriffe können nach Ansicht des BVerfG sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein. Der Einzelne müsse dabei jedoch nur solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen. Hinsichtlich der vorliegend zu überprüfenden Ermächtigung der Verfassungsschutzbehörde, präventive Maßnahmen vorzunehmen, fehle es daran.

a) Die angegriffene Norm werde zum Einen dem Gebot der **Normenklarheit und Normenbestimmtheit** nicht gerecht.

Je nach der zu erfüllenden Aufgabe finde der Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten zur Regelung der Eingriffsvoraussetzungen vor. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes richten sich auch nach diesen Regelungsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 110, 33 <55 f.>; BVerfG, Beschluss v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. –, NJW 2007, S. 2464 <2467>). Bediene sich der Gesetzgeber unbestimmter Rechtsbegriffe, dürften verbleibende Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justitiabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet seien (vgl. BVerfGE 21, 73 <79 f.>; 31, 255 <264>; 83, 130 <145>; 102, 254 <337>; 110, 33 <56 f.>; BVerfG, Beschluss v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. –, NJW 2007, S. 2464 <2467>).

aa) Die **Voraussetzungen** für Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG könnten über zwei Normverweisungen zu bestimmen sein. Zum einen verweise § 5 Abs. 2 VSG allgemein auf § 7

Abs. 1 VSG, der seinerseits § 3 Abs. 1 VSG in Bezug nehme. Danach sei ein Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zulässig, wenn auf diese Weise verfassungsschutzrelevante Erkenntnisse gewonnen werden können. Zum anderen verweise § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG für den Fall, dass eine Maßnahme nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG in das Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnis eingreife oder einem solchen Eingriff nach Art und Schwere gleichkomme, auf die strengeren Voraussetzungen des G 10.

Mit dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit sei nicht vereinbar, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG für die Verweisung auf das G 10 darauf abstelle, **ob eine Maßnahme in Art. 10 GG eingreife**. Die Antwort auf die Frage, in welche Grundrechte Ermittlungsmaßnahmen der Verfassungsschutzbehörde eingreife, könne komplexe Abschätzungen und Bewertungen erfordern. Zu ihnen sei zunächst und vorrangig der **Gesetzgeber** berufen. Seiner Aufgabe, die einschlägigen Grundrechte durch entsprechende gesetzliche Vorkehrungen zu konkretisieren, könne er sich nicht entziehen, indem er durch eine bloße tatbestandliche Bezugnahme auf ein möglicherweise einschlägiges Grundrecht die Entscheidung darüber, wie dieses Grundrecht auszufüllen und umzusetzen ist, an die normvollziehende **Verwaltung weiterreiche**. Eine derartige „salvatorische“ Regelungstechnik genüge dem Bestimmtheitsgebot nicht bei einer Norm wie § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG, die neuartige Ermittlungsmaßnahmen vorsehe, welche auf neuere technologische Entwicklungen reagieren sollen. Der Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit werde noch vertieft durch den in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG enthaltenen Zusatz, die Verweisung auf das G 10 greife auch dann, wenn eine Ermittlungsmaßnahme einem Eingriff in Art. 10 GG „**in Art und Schwere**“ **gleichkomme**. Damit würden die tatbestandlichen Voraussetzungen des geregelten Zugriffs von einem wertenden Vergleich zwischen diesem Zugriff und einer Maßnahme, die als Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht anzusehen wäre, abhängig gemacht. Für diesen Vergleich enthalte § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG **keinerlei Maßstäbe**. Wenn schon durch die bloße Verweisung auf ein bestimmtes Grundrecht die Tatbestandsvoraussetzungen nicht hinreichend bestimmt geregelt werden könnten, so gelte dies erst recht für eine Norm, die einen derartigen, normativ nicht weiter angeleiteten Vergleich der geregelten Maßnahme mit einem Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht vorsehe. Die Verweisung auf das G 10 in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG genüge dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit auch insoweit nicht, als die **Reichweite der Verweisung** nicht hinreichend bestimmt geregelt sei. § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG verweise auf die „Voraussetzungen“ des G 10. Die Norm lasse damit weitgehend im Unklaren, auf welche Teile des Gesetzes zu Artikel 10 GG verwiesen werden solle. Ihr lasse sich nicht entnehmen, ob unter den Voraussetzungen dieses Gesetzes nur die in § 3 G 10 geregelte materielle Eingriffsschwelle zu verstehen sei oder ob auch weitere Vorschriften in Bezug genommen werden sollten. So könnten auch die Verfahrensregelungen der §§ 9 ff. G 10 zu den Voraussetzungen eines Eingriffs nach diesem Gesetz gezählt werden. Zumindest denkbar wäre sogar, die Verweisung noch weitergehend auf sowohl die materiellen Eingriffsschwellen als auch sämtliche Verfahrensvorkehrungen des G 10 zu beziehen, wie dies die nordrhein-westfälische Landesregierung vorschlage. Danach wären auch die in § 4 G 10 enthaltenen Regelungen über den Umgang mit erhobenen Daten und die Normen der §§ 14 ff. G 10 über die parlamentarische Kontrolle erfasst, obwohl diese Normen Regelungen enthielten, die erst nach einem Eingriff zu beachten sind und daher sprachlich kaum zu den Eingriffsvoraussetzungen gezählt werden könnten.

b) § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG wahre des Weiteren auch nicht den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**. Dieser verlange, dass

ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck diene und als Mittel zu diesem Zweck **geeignet, erforderlich und angemessen** sei.

Das Gebot der **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** verlange, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen dürfe. Der Gesetzgeber habe das Individualinteresse, das durch einen Grundrechtseingriff beschnitten werde, den Allgemeininteressen, denen der Eingriff diene, angemessen zuzuordnen. Die Prüfung an diesem Maßstab könne dazu führen, dass ein Mittel nicht zur Durchsetzung von Allgemeininteressen angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen schwerer wögen als die durchzusetzenden Belange (vgl. BVerfGE 115, 320 <345 f.>; BVerfG, Beschluss v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. –, NJW 2007, S. 2464 <2469>). § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG genüge dem nicht. Die in dieser Norm vorgesehenen Maßnahmen bewirken derart **intensive Grundrechtseingriffe**, dass sie zu dem öffentlichen Ermittlungsinteresse, das sich aus dem geregelten Eingriffsanlass ergibt, außer Verhältnis stünden. Zudem bedürfe es ergänzender verfahrensrechtlicher Vorgaben, um den grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen Rechnung zu tragen; auch an ihnen fehle es.

Ein staatlicher Zugriff auf einen derart umfassenden Datenbestand sei mit dem naheliegenden Risiko verbunden, dass die erhobenen Daten in einer Gesamtschau weitreichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglichen. Soweit Daten erhoben werden, die Aufschluss über die Kommunikation des Betroffenen mit Dritten geben, werde die Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch weiter erhöht, dass die – auch im Allgemeinwohl liegende – Möglichkeit der Bürger beschränkt werde, an einer unbeobachteten Fernkommunikation teilzunehmen. Eine Erhebung solcher Daten beeinträchtigt mittelbar die Freiheit der Bürger, weil die **Furcht vor Überwachung**, auch wenn diese erst nachträglich einsetze, eine **unbefangene Individualkommunikation** verhindern könne. Zudem wiesen solche Datenerhebungen insoweit eine beträchtliche, das Gewicht des Eingriffs erhöhende Streubreite auf, als mit den Kommunikationspartnern der Zielperson notwendigerweise Dritte erfasst werden, ohne dass es darauf ankomme, ob in deren Person die Voraussetzungen für einen derartigen Zugriff vorlägen (vgl. zur Telekommunikationsüberwachung BVerfGE 113, 348 <382 f.>; ferner BVerfGE 34, 238 <247>; 107, 299 <321>). Das Gewicht des Grundrechtseingriffs sei von besonderer Schwere, wenn das Gesetz – wie hier – eine **heimliche technische Infiltration** die **längerfristige Überwachung** der Nutzung des Systems und die laufende Erfassung der entsprechenden Daten ermögliche. In einem Rechtsstaat sei Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedürfe besonderer Rechtfertigung. Das Gewicht des Eingriffs werde schließlich dadurch geprägt, dass infolge des Zugriffs Gefahren für die Integrität des Zugriffsrechners sowie für Rechtsgüter des Betroffenen oder auch Dritter begründet würden.

Der Grundrechtseingriff, der in dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liege, entspreche im Rahmen einer präventiven Zielsetzung angesichts seiner Intensität nur dann dem Gebot der Angemessenheit, wenn **bestimmte Tatsachen** auf eine im **Einzelfall drohende Gefahr** für ein **überragend wichtiges Rechtsgut** hinweisen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lasse, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintrete. Zudem müsse das Gesetz, das zu einem derartigen Eingriff ermächtige, den Grundrechtsschutz für den Betroffenen auch durch **geeignete Verfahrensvorkehrungen** sichern.

> Das **Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte** führe dazu, dass Vermutungen oder allgemeine Erfahrungssätze allein nicht ausrei-

chen, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müssten bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die eine Gefahrenprognose trügen.

> Diese Prognose müsse auf die Entstehung einer **konkreten Gefahr** bezogen sein. Dies sei eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehe, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht werde. Die konkrete Gefahr werde durch drei Kriterien bestimmt: den **Einzelfall**, die **zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden** und den **Bezug auf individuelle Personen als Verursacher**. Der hier zu beurteilende Zugriff auf das informationstechnische System könne allerdings schon gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lasse, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintrete, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinwiesen.

> Weiter müsse eine Ermächtigung zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme mit **geeigneten gesetzlichen Vorkehrungen** verbunden werden, um die Interessen des Betroffenen **verfahrensrechtlich abzusichern**. Insbesondere sei der Zugriff grundsätzlich unter den **Vorbehalt richterlicher Anordnung** zu stellen.

3. Ergänzende Hinweise:

a) *Auch die Ermächtigung zum heimlichen Aufklären des Internet in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG wird vom BVerfG kassiert. Sie verletzt das durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Telekommunikationsgeheimnis. Die von dieser Alternative ermöglichten Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG seien verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die angegriffene Norm genüge nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ermächtigungen zu solchen Eingriffen, d.h. dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Insoweit gelten die Ausführungen unter Nr. 2 entsprechend.*

b) *Der Senat betont allerdings, dass die die reine Internetaufklärung in aller Regel keinen Grundrechtseingriff bewirke. Die Kommunikationsdienste des Internet ermöglichen in weitem Umfang den Aufbau von Kommunikationsbeziehungen, in deren Rahmen das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig sei, da hierfür keinerlei Überprüfungsmechanismen bereitstünden. Dies gelte selbst dann, wenn bestimmte Personen – etwa im Rahmen eines Diskussionsforums – über einen längeren Zeitraum an der Kommunikation teilnehmen und sich auf diese Weise eine Art „elektronische Gemeinschaft“ gebildet habe. Auch im Rahmen einer solchen Kommunikationsbeziehung sei jedem Teilnehmer bewusst, dass er die Identität seiner Partner nicht kennt oder deren Angaben über sich jedenfalls nicht überprüfen könne. Sein Vertrauen darauf, dass er nicht mit einer staatlichen Stelle kommuniziert, sei in der Folge nicht schutzwürdig.*

c) *Die Bedeutung der Entscheidung geht über das VSG weit hinaus. Es handelt sich um ein Grundsatzurteil, in dem die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Ausspähung des privaten Computers durch staatliche Behörden festgelegt werden. Das (neu entdeckte) Grundrecht lässt Online-Durchsuchungen – aufgrund richterlicher Entscheidung – nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zu. An diesen Anforderungen werden sich künftige Novellen (insbesondere zum BKA-Gesetz) orientieren müssen.*

J.V.

Fremdenverkehrsbeitragspflicht

(OVG Lüneburg, Urt. v. 3.3.2006 – 9 KN 327/03)

Auch Ärzte und Zahnärzte können zu einem Fremdenverkehrsbeitrag herangezogen werden.

Anmerkung:

Gemeinden, die ganz oder teilweise als Kurorte, Luftkurorte, Erholungsorte oder Küstenbadeorte staatlich anerkannt sind, können zur Deckung ihres Aufwandes für die Fremdenverkehrswerbung und für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung, Erneuerung und Unterhaltung ihrer Einrichtungen, die dem Fremdenverkehr dienen, einen Fremdenverkehrsbeitrag erheben (§ 9 Niedersächsisches Kommunalabgabengesetz).

Nach dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg kann nicht bezweifelt werden, daß auch Ärzte und Zahnärzte durch den Fremdenverkehr besondere wirtschaftliche Vorteile erfahren und daher zum Kreis der fremdenverkehrsbeitragspflichtigen Personen zählen. Dies ist schon früher bejaht worden bei einem Facharzt für HNO-Heilkunde und Allergologie, bei einem Arzt für Allgemeinmedizin und auch für einen praktischen Arzt. Gäste können nämlich Ärzte und Zahnärzte im Fremdenverkehrsbereich aufsuchen. Damit besteht für einen Arzt die für die Heranziehung zum Fremdenverkehrsbeitrag ausreichende Möglichkeit, aus dem Fremdenverkehr unmittelbar und mittelbar besondere wirtschaftliche Vorteile zu ziehen. Die Budgetierung im Gesundheitswesen ändert hieran schon deshalb nichts, weil neben den Kassenpatienten auch Privatpatienten Zahnärzte und Ärzte aufsuchen.

Die den Fremdenverkehrsbeitrag erhebende Gemeinde ist nicht verpflichtet, die Vorteile jedes einzelnen Beitragspflichtigen genau zu ermitteln. Ihr steht vielmehr ein weitgehendes Ermessen zu, welche Vorteile bei pauschalierender Betrachtungsweise in Frage kommen.

F. O.

Berichtigung Melderegister

(VG Hannover Urt. vom 23.3.2005 – AZ.: 10 A 3286/04 – aus *Rat- haus und Recht Ausgabe 4/2006 S. 11 f*)

1. Die Entscheidung der Meldebehörde über die Richtigkeit einer Eintragung in das Melderegister ist ein Verwaltungsakt.

2. Das Beziehen einer Wohnung und das Ausziehen aus einer Wohnung sind rein tatsächliche Vorgänge und keine Rechtshandlungen.

Aus den Gründen:

Der Kläger wendet sich gegen die Entscheidung der Gemeinde, ihn aus seiner mit Frau und Sohn gemeinsam genutzten Wohnung nach unbekannt verzogen abzumelden. Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft, da es sich bei der von der Beklagten vorgenommenen Berichtigung des Melderegisters nach § 25 Niedersächsisches Melderegister¹ um einen Verwaltungsakt handelt, da die Behörde im konkreten Fall eine Entscheidung über die Richtigkeit der Eintragung getroffen hat.² Ist das Melderegister unrichtig oder unvollständig, hat es die Meldebehörde von Amts wegen oder auf Antrag der betroffe-

nen Person zu berichtigen oder zu ergänzen (§ 25 I 1 NMG). Unrichtig sind die im Melderegister eingetragenen Daten, wenn sie mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmen.

Das Beziehen einer Wohnung und das Ausziehen aus einer Wohnung sind rein tatsächliche Vorgänge und keine Rechtshandlungen. Es kommt damit nicht auf den rechtsgeschäftlichen Willen an, die Wohnung zumindest teilweise zum Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu machen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Wohnung tatsächlich zum Wohnen in Anspruch genommen wird. Dies setzt voraus, dass der Betreffende die Wohnung in der Weise nutzt, dass dort für ständig oder vorübergehend im Allgemeinen die Angelegenheiten des täglichen Lebens (z.B.: Aufhalten, Essen, Schlafen) verrichtet werden. Die bloße Absicht, die Wohnung in dieser Weise nutzen zu wollen, reicht nicht aus.

H. W.

Bestandskräftiger Beitragsbescheid und Erstattungsanspruch

(VG Hannover Urt. vom 12.7.2006 – 1 A 298/06 – in: *NST-N 2006, S. 234 f*)

Es ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn eine Gemeinde trotz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 2005 – 1 BvR 1232/00 – u.a. ZKF 2006, S. 91 die Erstattung bestandskräftig festgesetzter Zweitwohnungssteuer ablehnt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Aufhebung der Zweitwohnungssteuerbescheide vom 14. Juli 1999 und 1. März 2002 und auf Erstattung der von ihm gezahlten Zweitwohnungssteuer. Es besteht auch kein Anspruch auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag. Die Zweitsteuerbescheide der Beklagten sind nicht nichtig. Zwar ist die den Bescheiden zugrundeliegende kommunale Satzung durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 2005 insoweit mit Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz unvereinbar und nichtig, als auch die Innehabung einer aus beruflichen Gründen gehaltenen Wohnung eines nicht dauernd getrennt lebenden Verheirateten, dessen eheliche Wohnung sich in einer anderen Gemeinde befindet, besteuert wird. Dies war aber die Situation für den Kläger. Damit fehlte den Zweitwohnungssteuerbescheiden die erforderliche (orts-)gesetzliche Rechtsgrundlage mit der Folge, dass die Bescheide rechtswidrig sind. Dieser satzungsrechtliche Mangel stellt jedoch keinen besonders schwerwiegenden Mangel im Sinne des § 125 Abs. 1 AO dar. Es entspricht höchstrichterlicher Verwaltungs- und Finanzrechtsprechung, dass ein Verwaltungsakt nicht allein deshalb nichtig ist, weil er der gesetzlichen Grundlage entbehrt. Zudem war die Nichtigkeit

¹ Gesetzestext des § 25 Niedersächsisches Meldegesetz; abg. In März Nds. Gesetze Ziff. 300 B

(1) Ist das Melderegister unrichtig oder unvollständig, so hat es die Meldebehörde von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Person zu berichtigen oder zu ergänzen (Fortschreibung). Von der Fortschreibung sind unverzüglich diejenigen Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen zu unterrichten, denen im Rahmen regelmäßiger Datenübermittlung die unrichtigen oder unvollständigen Daten übermittelt werden.

(2)–(4) (...)

² Vgl. auch OVG Lüneburg Beschl. vom 7. Mai 1991 AZ.: 13 M 7635/91

der Zweitwohnungssteuer auch nicht offenkundig, da selbst das Bundesverwaltungsgericht die Satzung in seiner Entscheidung vom 12. April 2000 (11 C 12/99) noch als rechtmäßig und wirksam angesehen hatte. Auch liegen keine besonderen Nichtigkeitsgründe gem. § 125 Abs. 2 AO vor.

Die Ablehnung der Rücknahme der Zweitwohnungssteuer durch Bescheid vom 16. Dezember 2005 erweist sich auch nicht als ermessensfehlerhaft. Bei einer Ermessensentscheidung über die Rücknahme eines bestandskräftigen rechtswidrigen Verwaltungsaktes hat die Behörde zwischen der Gerechtigkeit im Einzelfall und dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden abzuwägen. Dieser äußere Rahmen der Ermessensausübung ist auch aus der Verwaltungsgerichtsordnung als Teil der Rechtsordnung abzuleiten. Es ist nicht allein Aufgabe der Rechtsordnung, im Einzelfall für Gerechtigkeit zu sorgen, sondern auch eine feste Ordnung zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Stetigkeit des Rechts zu schaffen. Dem hat der Gesetzgeber durch die Regelung von Fristen bei der Anfechtung von Verwaltungsakten (§§ 70 Abs. 1, 74 VwGO) Rechnung getragen. Er hat sich damit zugleich für den Vorrang der Rechtssicherheit entschieden. Die Entscheidung einer Behörde, einen Verwaltungsakt, dessen Fehlerhaftigkeit sich nachträglich herausgestellt hat, nicht zurückzunehmen, ist deshalb grundsätzlich von Prinzip der Rechtssicherheit gedeckt und mit Rücksicht auf den im Abgabenrecht bedeutsamen Grundsatz der Verwaltungspraktibilität im Regelfall zu billigen. Ein Anspruch auf Rücknahme ist regelmäßig nur dann gegeben, wenn das Ermessen der Behörde aufgrund besonderer Umstände auf Null reduziert ist. Derartige besondere Umstände sind im vorliegenden Fall aber nicht gegeben. Allein der Umstand, dass die Nichtigkeit der Zweitwohnungssteuersatzung durch das Bundesverfassungsgericht wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 GG festgestellt wurde, führt nicht zu einer solchen Ermessensreduzierung. Dies ergibt sich bereits aus § 79 Abs. 2 BVerfGG. Nach dieser Regelung bleiben nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einer gem. § 78 BVerfGG für nicht erklärten Norm beruhen, unberührt.

H.W.

Ingewahrsamnahme zwecks Abwehr eines kriminellen Anschlags

(OLG Hamm, Beschl. v. 30. 8. 2007 – 15 W 147/07 – NVwZ-RR 2008, S. 321)

1. Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigem Grund angetastet werden darf; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt daher auch den Maßstab für die Sachverhaltsaufklärung.
2. Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen nicht hinausreichen, genügen für eine Ingewahrsamnahme zwecks Abwehr der Begehung einer Straftat nicht.
3. Das Vorbringen einer Polizeibehörde, auf Grund gesicherter Erkenntnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz sei von einer Anschlagsgefahr einer islamistischen Gruppe auszugehen, wobei auch der Betroffene beteiligt sei, stellt keine hinreichende Darlegung der erforderlichen konkreten Tatsachen dar.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Der Betroffene (B) wurde am 26. 8. 2006 anlässlich einer Wohnungsdurchsuchung von der Polizei gem. § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Straftat in Gewahrsam genommen. Die Polizei ging dabei von der Gefahr eines Anschlages am Abend desselben Tages durch eine islamistische Gruppe aus, der auch B angehöre. Das (gem. § 36 PolG NRW zuständige) AG stellte die Zulässigkeit der Ingewahrsamnahme fest und verlängerte die Fortdauer der Maßnahme. Sowohl das AG als auch das im Wege der Beschwerde angerufene LG machten sich die Begründung der Polizei zu eigen, die Erkenntnisse über die Anschlagsgefahr beruhten auf Ermittlungen des Bundesamtes für Verfassungsschutz in Zusammenarbeit mit dem Polizeipräsidentium E. Dem tritt das OLG als weitere Beschwerdeinstanz entgegen. Bei einer Ingewahrsamnahme sei der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** streng zu beachten. Das Gewicht des Eingriffs, der in angemessenen Verhältnis zu der Schwere der (zu verhindernden) Straftat und der Stärke des Verdachts stehen müsse, verlange Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liege vor, wenn sich **sachlich zureichende, plausible Gründe** für die Maßnahmen nicht mehr finden ließen, so dass ihr Ergebnis nicht mehr verständlich sei. Das Bedürfnis für eine vorbeugende Ingewahrsamnahme müsse vielmehr **hinreichend konkret** dargelegt werden. Daran fehle es hier. Das Vorbringen der Polizei bzw. die Begründung der Vorinstanzen lasse es an konkrete Anhaltspunkten und Feststellungen fehlen, ob und in welcher Form B an der Vorbereitung des vermuteten Anschlages beteiligt war. Allein die allgemeine Plausibilität der Hinweise im Hinblick auf die Lage des Anschlagsortes und die Wohnung des B sowie seine ethnische Herkunft und Religionszugehörigkeit seien nicht ausreichend gewesen, weil sie in dieser Allgemeinheit gleichermaßen auf andere Personen zuträfen.

J.V.

Schadensersatzpflicht für Überschwemmungsschaden

(OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.1.2007 – 4 U 314/06)

Eine Gemeinde, die für einen öffentlichen Kanal ein Benutzungsrecht hinsichtlich eines privaten Grundstücks hat, ist zu dessen ordnungsmäßiger Unterhaltung verpflichtet. Sie muss Schadensersatz leisten, wenn sie dieser Pflicht nicht nachkommt.

Anmerkung:

Wenn im Grundbuch zugunsten der Gemeinde ein Kanalrecht eingetragen ist, besteht zwischen der Gemeinde und dem Grundstückseigentümer eine Sonderverbindung. Wer aber fremdes Eigentum zum Betrieb von Abwasserleitungen in Anspruch nimmt, ist zur Amtspflicht der ordnungsgemäßen Unterhaltung des Abwasserkanals gegenüber dem Eigentümer verpflichtet. Die Gemeinde muss das Leitungssystem so unterhalten, dass von diesem und den im unmittelbaren Einwirkungsbereich des Grundstücks gelegenen Schächten und sonstigen Einrichtungen keine vermeidbaren Gefahren für das fremde Eigentum ausgehen. Es besteht die Schutzpflicht, sich im Rahmen der Sonderbeziehung so zu verhalten, dass das Eigentum des anderen Teils nicht verletzt wird.

Dieser Verpflichtung wird zuwidergehandelt, wenn ein Sandsfangsieb in der Leitung verstopft ist und einen Aufstau erzeugt hat.

In dem konkreten Fall war die Folge, dass ein Schachtdeckel hochgedrückt wurde. Dies wiederum war nur möglich, weil der Schachtdeckel nicht druckdicht verschlossen war. Von den sechs Bolzen, welche die Platte unter dem Deckel druckfest am Betonsockel festhalten sollten, fehlten zwei und die restlichen vier waren nicht fest verschraubt. Die Gemeinde hatte also bei der Wartung ihres Kanalsystems nicht hinreichend auf einen druckdichten Verschluss des Kanaldeckels geachtet und musste somit gem. § 280 BGB für eingetretene Schäden haften. Sie konnte sich nicht mit Erfolg darauf berufen, eine Wartungsfirma mit den entsprechenden Arbeiten beauftragt zu haben, denn sie musste sich deren Versäumnisse zurechnen lassen.

Der fehlende druckdichte Verschluss war für den eingetretenen Überschwemmungsschaden ursächlich geworden. Wäre nicht der Kanaldeckel unmittelbar neben dem privaten Grundstück hochgedrückt worden, wäre es an dieser Stelle nicht zu einem so massiven Wasseraustritt und zu entsprechend gravierenden Überschwemmungsschäden gekommen.

F. O.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

J.V.	=	Prof. Dr. Jürgen Vahle
F.O.	=	Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
H.W.	=	Prof. Holger Weidemann

SCHRIFTTUM

Die Grüne Reihe der FHöV – 2 bemerkenswerte neue Bände in 2007

Die Grüne Reihe der FHöV umfasst mittlerweile 28 Bände¹, die vor allem das breite Forschungsspektrum der DozentInnen an der FHöV abbilden². Allerdings findet sich auch manche Veröffentlichung eines im Nebenamt mit der FHöV verbundenen Dozenten darunter, wie Band 14 der Reihe zeigt: Andreas Pinkwart hat 1999 über die Modernisierung der Landesverwaltung geschrieben. Noch andere Schätze verbergen sich in dieser Reihe, die – dem Namen entsprechend – seit einigen Jahren in einem ansprechenden grün-weißen Layout herausgegeben wird.³

Zu diesen Schätzen⁴ gehören zwei in 2007 erschienene Bände. Sie ermöglichen den an der Verwaltungsbildung interessierten LeserInnen einen Einblick in die Arbeit der FHöV aus zwei unterschiedlichen Perspektiven:

- Bd. 27: Dieprand von Richthofen: Von der Behörde zur Hochschule – Der Weg der Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst.
- Bd. 28: Holuscha/Palz/Pippke: Zukunftsfähigkeit – Herausforderungen für die Kommunen und ihre Mitarbeiter/innen.

Der **Band 27** enthält 9 Beiträge des im vorigen Jahr in den Ruhestand verabschiedeten, langjährigen Leiters der FHöV NRW, Dr. Dieprand von Richthofen, aus den Jahren von 1987 bis 2006. Es beginnt mit einer Bestandsaufnahme der Fachhochschulen im Vergleich und endet mit dem Konzept für die Einführung von Bachelorstudiengängen an der FHöV. Dazu gibt es einen ausführlichen Anhang mit Reden und Dokumenten aus den Jahren 1984 bis 2004, die die Veränderungen in der Hochschullandschaft im Allgemeinen und das spannungsvolle Ringen der FHöV um ihren angemessenen Platz in diesem Umfeld im Besonderen verstehbar(er) machen.

In einer Kurzz Rezension kann leider nicht ausführlich auf die jeweilige Qualität der Beiträge eingegangen werden. Drei unterschiedliche Akzentsetzungen sind zu erkennen:

1. *Das Ringen um die Anerkennung der FHöV als echte Hochschule für die Ausbildung des größten Teils des gehobenen öffentlichen Dienstes.*

Der Beitrag – „Die Fachhochschulen für die öffentliche Verwaltung im Vergleich. Eine Bestandsaufnahme“ – als Vortrag gehalten auf einem Symposium zum öffentlichen Dienst 1987, erörtert in bewundernswerter Klarheit alle rechtlichen und strukturellen Problemzonen der Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst generell und der FHöV NRW im Besonderen. Von Richthofen nennt 4 Maßstäbe, an denen die Verwaltungsfachhochschulen (bis heute) gemessen werden sollten, nämlich: Praxisbezug, Wissenschaftlichkeit, Berufsethos und Hochschulcharakter. Dieses Ringen zwischen Schule und Hochschule wird auch mit der aktuellen Umstellung vom Diplomverwaltungswirt zum B.A. (Bachelor of Arts) nicht aufgehoben.⁵

2. *Das Bemühen um Organisationsentwicklung, an dessen Ende ein Leitbild steht, das der FHöV NRW erlauben würde, zum Vorreiter einer modernen Verwaltung zu werden.*

Die Überlegungen und Ergebnisse einer Arbeitsgruppe im Rahmen des Kongresses „NRW in globaler Verantwortung“ aus dem Jahre 2000, die von Dieprand von Richthofen geleitet worden war, sind ein bereites Dokument für das dahinter liegende partizipatorische Verständnis von Verwaltung. Nachhaltigkeit im Leitbild einer modernen Verwaltung brauche ein Vorausdenken für die Gestaltung einer zukunftsfähigen Verwaltung. Am Ende geht der Blick auf das Jahr 2020⁶ und spätestens dann sollte u.a. ein verwaltungsinternes Qualitätsmanagement erreicht sein, mit dem „netzwerkartige Strukturen aufzubauen und zu nutzen und konsequent das Ziel einer ökologisch, ökonomisch und sozial ausgewogenen Entwicklung zu verfolgen“ ist (S. 163).

2. *Und schließlich die Suche nach dem angemessenen Weg, auf dem der gesellschaftsbezogene Bildungsauftrag „Befähigung zu verantwortlichem Handeln“ eingelöst werden kann – sowohl von den DozentInnen als auch von den Studierenden. Das*

Referat auf dem Symposium „Polizisten im Nationalsozialismus als Täter und Retter“ von 2006 ist eine intensive und gründliche Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Wie. Wie kann das Ziel, „Befähigung zu verantwortlichem Handeln in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat“ befördert werden? Von Richthofen nennt drei Bereiche, in denen Antworten zu finden sein können:

- Bildung durch die Auseinandersetzung mit Geschichte (S. 200ff)
- Wertevermittlung durch förderliche Rahmenbedingungen und spezifische Didaktik (S.203ff)
- Wertevermittlung durch vorbildliche Lehrende (S. 205 f)

Fazit: Ein Buch, das in seinen differenzierten Beiträgen zum einen zeigt, dass strukturelle Veränderungen das Bohren an dicken Brettern bedeutet, also Zeit braucht; und zum anderen die oft schwierige Wechselwirkung zwischen institutionellen Strukturen und

- 1 Zur Zeit ist Band 29 in Vorbereitung: Joachim Burgheim, Hermann Friese: Sexuelle Gewaltdelikte und Opferwiderstand. Täter-Opfer-Interaktionen bei realen und vorge-täuschten Sexualdelikten. Informationen zur Grünen Reihe sind erhältlich vom Leiter des Wissenschaftlichen Dienstes Dr. M. Ulbrich-Herrmann (matthias.ulbrich-herrmann@fhov.nrw.de). Preisliste und Bestellungen gibt es bei Frau Broch-Spruch (monika.broch-spruch@fhoev.nrw.de; Tel.: 0209/1659-198, Fax 0209/1659-298).
- 2 Vorsorglich sei der Leser/die Leserin auf die prekäre Situation hingewiesen, in der sich der Rezensent befindet. Prekär – wie mein Kollege Vahle zu recht mahndend anmerkt (in „Zwischen Beifall und Verriss – Vom Glanz und Elend der Buchbesprechungen“, JUS-Magazin März/April 2007 S.29), weil es sich bei den Autoren der zu rezensierenden Bücher um Kollegen handelt. Vahle beschwört die Versuchung, dass keine Krähe einer anderen die Augen aushacken werde, um das gegenseitige wohlwollend-gefällige Besprechen der jeweiligen Veröffentlichungen nicht zu gefährden. Diesem warnenden Hinweis zum Trotz bitte ich Sie, weiter zu lesen, weil ungeachtet anderer guter Gründe allein die Rahmenbedingungen uns hier zu Hilfe kommen: Die beiden Autoren-Kollegen sind bereits pensioniert, der Rezensent wird dies in weniger als 2 Jahren sein.
- 3 Aber irgendwie vermittelt das Äußere ein unverdient bescheidenes Auftreten (was die sparsame Werbung, das einfache Layout und die verwaltungsmäßige Preiskalkulation – den Pinkwart z.B. erhält man für 8,15 € – zu bestätigen scheinen). Siehe www.fhoev.nrw.de Grüne Reihe.
- 4 Damit möchte ich gleich am Anfang dieser Rezension der Kritik des Kollegen Vahle (s.o Fn 1) Rechnung tragen und offen die beiden Bücher einer der drei von ihm herausgearbeiteten „Wertungsstufen“ zuordnen. Beide Bände gehören für mich in die Wertungsstufe „gut bis sehr gut“!
- 5 Unter *formalen* Gesichtspunkten erscheint für diese Abwägung bedeutsam, dass die FHöV in den Geschäftsbereich des Innenministers gehört und keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, sich also insoweit deutlich von anderen Hochschulen unterscheidet. Unter *inhaltlichen* Gesichtspunkten bleibt zu bedenken, das die Einführung des Bachelor insgesamt – an fast allen Hochschulen der BRD – den Eindruck zunehmender Verschulung vermittelt (so die Wahrnehmung des Rezensenten aufgrund zahlreicher Gespräche mit Hochschulangehörigen). Auch die Einführung des Bachelor an der FHöV – akkreditiert bisher für den Sozialen Verwaltungsdienst und den Polizeistudiengang – lässt das erkennen (und befürchten).
- 6 Unter dem Aspekt Nachhaltigkeit zeigt sich eine deutliche Schnittstelle zwischen Bd. 27 und Bd. 28. Es geht hier wie dort um die Zukunftsfähigkeit der Verwaltung. Bemerkenswert ist, dass sich im Literaturverzeichnis von Bd. 28 kein Hinweis auf diesen Beitrag und auf andere Veröffentlichungen zu dem Kongreß „NRW in globaler Verantwortung“ von 2000 in Bonn findet.

individuellem Handeln verdeutlicht. Eine sehr hilfreiche Einstiegslektüre für jedes neue Mitglied der FHöV NRW.

Der **Band 28** besteht im Wesentlichen aus der Projektarbeit von Daniela Holuscha und Christina Palz, die Prof. Dr. Wolfgang Pippke als Betreuer des Projekts für veröffentlichenswert eingestuft hat. Dem ist nur zuzustimmen.

Die AutorInnen gehen von der These aus, dass die Kommunalverwaltung (KV) ein wichtiger Akteur für die Gestaltung der Zukunft sei. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, müsse die KV „zukunftsfähiger“ werden und „nachhaltiger“ handeln. Das erfordere „integrierte und ganzheitliche Planung“ und ein „systemisches Denken“, das auch Nebenwirkungen und Rückkoppelungen einkalkuliere. Aus der Fülle zukünftiger Entwicklungen greifen sie die vier Entwicklungstrends heraus, deren erwartete Veränderungen besondere Auswirkungen auf die KV haben können und deshalb jetzt in den gegenwärtigen Entscheidungen gebührend berücksichtigt werden sollten. Diese 4 Trends – Globalisierung und Europäisierung, Wertewandel, Demographischer Wandel und Neue Technologien – werden jeweils beschrieben und definiert und dann auf ihre strukturellen Auswirkungen auf die KV sowie auf die damit verbundenen *individuellen Veränderungen* für die MitarbeiterInnen untersucht⁷.

Diese Untersuchung geht von einer Zeitperspektive für die nächste Generation, also von rund 30 Jahren, aus und sucht Antworten auf drei zentrale Fragen: Welche Gefährdungen für Mensch und Umwelt sind zu erwarten? Was könnten (im Sinne von Visionen) KV prophylaktisch tun? Was kann realistischer Weise von ihnen erwartet werden? Methodisch entwickeln die AutorInnen ihre Antworten durch literaturgeleitete Trendanalysen, durch eine (nicht repräsentative) Befragung von MitarbeiterInnen der Stadt Hamm und durch Interviews mit 5 Vertretern verschiedener privater und öffentlicher Dienstleistungseinrichtungen. Dabei gelangen die AutorInnen zu vielfältigen interessanten und anregenden Erkenntnissen, die sich in Kurzform so zusammenfassen lassen:

- Die KV braucht ein „*Zukunftsmanagement*“, worunter alle Aktivitäten verstanden werden sollen, „die sich mit der Konzeptionierung, der Gestaltung, der Lenkung und dem Controlling zukünftiger Zustände befassen. Es ist damit eine Führungsaufgabe.“ (S.140)
- *Zukunftsfähiger kommunaler „Personalentwicklung“* kommt eine besondere Bedeutung zu. Sie muss alle Maßnahmen umfassen, „die der Verbesserung der individuellen Mitarbeiterqualifikation dienen und den Beschäftigten unter Beachtung ihrer persönlichen Interessen die zur optimalen Wahrnehmung ihrer jetzigen und zukünftigen Aufgaben erforderlichen Qualifikation vermitteln.“ (S. 136) Gefordert ist die Vermittlung und Pflege von „*Schlüsselqualifikationen*“, z.B. von fächerübergreifendem Denken und Weitblick.
- Alle MitarbeiterInnen sollten über die Bereitschaft zum *lebenslangen Lernen* und zum Weiterentwickeln ihrer Berufseinstellung verfügen. So wird der „*Toleranz im Arbeitsleben*“ angesichts der Auswirkungen von Globalisierung und Europäisierung u.a. in Form sich verstärkender Migrationsströme eine wachsende Bedeutung zugeschrieben (S. 131).

Fazit: Eine Pflichtlektüre für alle kommunalen Personalentwickler und Führungskräfte. Eine notwendige Einstimmung für all die VerwaltungsmitarbeiterInnen, die sich auf die sie betreffenden Herausforderungen der Zukunft einstellen wollen.

Reg.-Dir. Dr. Werner Glenewinkel

Nomos Gesetze, Verkaufspaket Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht, 3 Bände, 17. Aufl. 2008, € 39,90, Nomos, ISBN 978-3-8329-3633-4

Auf drei – noch – handliche Bände hat der Verlag die Normwerke verteilt, die vor allem Studierende im Fach Jura für die Vorlesung benötigen. Der Band Strafrecht enthält z.B. nicht nur das StGB und die StPO, sondern auch alle relevanten strafrechtlichen Nebengesetze sowie „verdächtige“ verwaltungsrechtliche Rechtsvorschriften, z.B. aus dem Bereich des Verkehrsrechts. Damit kommt „man“ durch jede Strafrechtsvorlesung. Entsprechendes gilt für die Parallelbände. Alle Bände sind auf dem Stand August 2008. Gute Inhaltsverzeichnisse erleichtern den Umgang mit der Textsammlung.

Das einzige Manko: die gebundene Form garantiert nicht die Aktualität, die eine Loseblattsammlung gewährleisten kann. Insofern ist das „Gesetzespaket“ wohl eher als – allerdings sehr nützliche – Ergänzung zu den klassischen (Loseblatt-)Sammlungen gedacht.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Kluth/Hund/Maaßen (Hrsg.), Zuwanderungsrecht, 1. Aufl. 2008, 857 Seiten, geb., € 98,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-2301-3

Das Thema „Zuwanderung“ wird künftig verstärkt die bundesdeutsche Realität und (Rechts-)Politik beschäftigen. Es zeichnet sich der Trend ab, dass der Arbeitsmarkt ohne die Beschäftigung qualifizierter ausländischer Arbeitnehmer nicht hinreichend funktionieren wird. Vor diesem Hintergrund ist das vorliegende Handbuch zu begrüßen. Es bietet eine systematische Darstellung des „allgemeinen Zuwanderungs- und Aufenthaltsrechts sowie des Aufenthaltsrechts nach europäischem Recht“ (so der treffende Untertitel des Werkes).

Das Buch ist in fünf Teile gegliedert: Der Einleitungsteil (1) gibt einen Überblick über die Zuwanderungssituation und die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet. Im 2. Teil

behandelt der Bearbeiter das allgemeine Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht, d.h. die Einreise, den Aufenthalt (z.B. die entsprechenden Zwecke) und die Aufenthaltsbeendigung. Der 3. Teil ist dem speziellen Aufenthaltsrecht der EU-Bürger gewidmet. Teil 4 stellt das Verwaltungsverfahren und den Rechtsschutz dar. Im 5. und letzten Teil wird auf rd. 30 Seiten die repressive Seite des Ausländerrechts (Straftaten und Ordnungswidrigkeiten) behandelt. Im Anhang befindet sich eine sog. Rechtsprechungskonkordanz, d.h. ein nach Gerichten geordnetes Fundstellenverzeichnis. Ein ordentliches Stichwortverzeichnis rundet das Buch ab. Die Konzeption des Buches überzeugt. Die Autoren haben es dem Leser leicht gemacht, sich in dem Werk zurechtzufinden. Beispiele und Musterformulierungen (s. z.B. S. 106 f.) erhöhen den praktischen Nutzwert. Es kommt dem Lesefluss zugute, dass Fundstellennachweise konsequent in die Fußnoten verbannt wurden.

Fazit: Ein sehr flüssig und anschaulich verfasstes Handbuch, das sowohl den in der Beratungspraxis Tätigen als auch Verwaltungsmitarbeitern gute Dienste leisten kann.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Himmelmann/Tünnesen-Harmes, Umweltrecht in der anwaltlichen Praxis, 535 Seiten, € 54,00, Deutscher Anwalt Verlag, ISBN 978-3-824009381

Den Autoren gelingt es, mit dem neu erschienenen Werk „Umweltrecht in der anwaltlichen Praxis“ das bislang unübersichtliche Rechtsgebiet des Umweltrechts im Rahmen von Schwerpunktthemen umfassend und verständlich darzustellen. Dabei ist das Werk auf dem aktuellsten Stand. Die Vorgaben der voraussichtlich 2009 in Kraft tretenden Teile des Umweltgesetzbuchs wurden eingearbeitet. Durch eine Gegenüberstellung der alten und neuen Regelungen wird dem Praktiker aus Verwaltung, Justiz und Unternehmen eine gute Orientierung geboten und der Umstieg auf das neue Umweltgesetzbuch erleichtert. Fallbeispiele, Hinweise auf mögliche Vorgehensweisen in konkreten Beratungssituationen und Muster sind dabei überaus nützlich. Sie spiegeln die langjährige Erfahrung in der Behördenpraxis bzw. der anwaltlichen Unternehmensberatung der Autoren wieder und bieten dem Leser eine enorme Arbeitshilfe. Dank des umfangreichen Stichwortverzeichnisses lassen sich zudem alle Problempunkte gezielt finden. Die Literaturhinweise sind dagegen recht knapp gehalten, was jedoch die Lesbarkeit und Übersichtlichkeit erhöht und angesichts der Materie zudem nicht schadet. Das Werk gliedert sich in 2 Teile. Der erste Teil greift mit der betrieblichen Umweltschutzorganisation (§ 1), der Umweltverträglichkeitsprüfung bei der Zulassung von Vorhaben (§ 2), den Auskunftsansprüchen auf Grundlage des Umweltinformationsgesetzes (§ 3), der Verbindlichkeit von Umweltstandards (§ 4), dem Umweltzivilrecht sowie der Verantwortlichkeit nach dem Umweltschadensrecht (§ 5), dem Umweltstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 6), dem Umweltrecht der Europäischen Union (§ 7) und dem Rechtsschutz im Umweltrecht (§ 8) Schwerpunktthemen auf, die einen Großteil der anwaltlichen Unternehmensberatung ausmachen. Darüber hinaus werden anhand der aktuellen Rechtsprechung prozessuale Problemstellungen in umweltrechtlichen Verfahren behandelt.

Der zweite Teil beschäftigt sich mit den Anforderungen des Umweltrechts an die Anlagenzulassung, wobei in § 9 zunächst die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen herausgestellt werden. Auf die Besonderheiten des Abfallrechts geht § 10 ein. Die Vorgaben des Naturschutzrechts für die Genehmigungserteilung werden in § 11, die des Wasserrechts in § 12 behandelt. Das Bodenschutzrecht bildet in § 13 den Abschluss. Die Autoren versprechen nicht zu viel, wenn sie bezüglich dieser einzelnen Fachkapitel von einem Beitrag zur systematischen Vorbereitung auf die zukünftige Rechtslage sprechen. Ihnen ist es mit dem Werk gelungen, eine schnell zugängliche kompetente Hilfe für die tägliche Arbeit bei der Begleitung umweltrechtlicher Zulassungsverfahren, aber auch bei der Vertretung durch eine Anlage Betroffener zu bieten. Die praktischen Tipps sind dabei derart wertvoll, dass sie das Werk zu einem unverzichtbaren Begleiter sowohl für den Einsteiger in diese Materie als auch für den darin langjährig Erfahrenen werden lassen.

Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2007, 2.534 Seiten, geb., € 89,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-2597-0

Bereits eineinhalb Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen des Kommentars ist die zweite Auflage auf den Markt gekommen. Bei unverändertem Preis ist der Umfang um 260 Seiten gewachsen, was der Handlichkeit des Werkes jedoch nicht geschadet hat. Nicht nur neue Entscheidungen und Literatur haben die Bearbeitung nötig gemacht, sondern vor allem der „Fleiß“ des Gesetzgebers. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang beispielhaft das 2. Justizmodernisierungsgesetz und das Gesetz zur Änderung des WEG. Damit ist der Rechtsstand bis März 2007 erfasst. Die Aussage in der ersten Rezension, in absehbarer Zeit dürfte die Notwendigkeit entstehen, eine zweite Auflage

7 Die Ergebnisse der im WS 2003/2004 entstandenen Projektarbeit würden in vielen Aspekten Unterstützung und Bestätigung erfahren durch die neueste Untersuchung von Donella Meadows, Jorgen Randers, Dennis Meadows: Grenzen des Wachstums – Das 30-Jahre-Update. Signal zum Kurswechsel, Stuttgart 2. Auflage 2007 deren Untersuchungen mittlerweile einen Beobachtungszeitraum von 30 Jahren abdecken. Die Grenzen des Wachstums oder besser: „Die Dynamik des Wachstums in einer endlichen Welt“ lassen die Hoffnung auf einen langfristigen Wandel schrumpfen. Dennoch bieten die Autoren „Rüstzeug für den Übergang zur Nachhaltigkeit“ an.

folgen zu lassen, hat sich damit bestätigt. Nach wie vor zeichnet ein Autorenteam aus Praktikern und Wissenschaftlern für die Kommentierung verantwortlich. Die Darstellung folgt fast durchweg einem einheitlichen Muster: Abdruck des Gesetzestextes, (Randnummern-)Übersicht (bei umfangreicheren Kommentierungen), Erläuterung (beginnend mit dem „Normzweck“ oder einem „Überblick“). Schlüsselbegriffe sind optisch im Fettdruck hervorgehoben. Literaturhinweise sind kursiv gesetzt. Die Anregung des Rezensenten, die Zitate in Fußnoten unterzubringen, ist leider nicht aufgegriffen worden. Auch aus Sicht des Verwaltungsjuristen – Richter, Beamter oder Fachanwalt – ist eine ZPO-Komentierung nützlich. Dies folgt schon daraus, dass die VwGO eine Generalverweisung auf die ZPO enthält (§ 173). Zahlreiche Rechtsinstitute sind den Vorbildern im Zivilprozessrecht nachgebildet (s. z.B. die einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO). Der „Saenger“ liefert – wie Stichproben gezeigt haben – die (ergänzenden) ZPO-Erläuterungen zuverlässig und gut verständlich.

Fazit: Ein fundierter, praxisorientierter und auch preislich sehr attraktiver Kommentar.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Dillmann, Allgemeines Sozialverwaltungsverfahren und Grundzüge des sozialgerichtlichen Verfahrens, 1. Auflage 2008, 289 Seiten, kart., € 24, 80 Boorberg, ISBN 978-3-415-04101-1

Das neu erschienene Werk ergänzt in angenehmer Weise die Lehrbuchliteratur des Sozialrechts um den wichtigen Aspekt des Sozialverwaltungsverfahrens und des Sozialgerichtsverfahrens. In der Ausbildung und im Studium gewinnt das Sozialrecht immer weiter an Bedeutung, aber auch an Komplexität. Demgegenüber steht aber in der Lehrbuchliteratur eine Leerstelle, was die hier nun aufgegriffenen Themen anbelangt.

Das Buch enthält alles Wesentliche, was Studierende zum Themenkreis wissen müssen, um anschließend in der Praxis damit umgehen zu können. Die Darstellung beginnt mit einer systematischen Einordnung des Sozialverwaltungsrechts und stellt auch europarechtliche Bezüge her. Dem Wesen des Sozialleistungsanspruchs wird Platz gegeben, was den Blick des Lesers auch für beitragsfinanzierte Sozialleistungen weitet. Logisch stringent erfolgt anschließend die Darstellung der Sozialleistungsträger und dann des Sozialleistungsverhältnisses.

Ein großer Abschnitt beschäftigt sich anschließend mit dem Verwaltungsverfahren. Dabei fällt auf, dass keine vollständige Übersicht beabsichtigt ist, sondern der Autor Schwerpunkte nach Praxisrelevanz wählt. Das Gleiche gilt für das abschließende Kapitel zum sozialgerichtlichen Verfahren.

Das Buch weist neben der Konzentration auf das Wesentliche mehrere weitere Merkmale auf, die die Lektüre angenehm machen und das Lernen unterstützen. Im Text finden sich immer wieder Einschübe mit durchdachten Definitionen und Hinweise auf praktische Anwendbarkeit des Gelernten anhand aktueller Rechtsprechung. Überhaupt ist das Werk von hoher Aktualität und bietet zahlreiche Verweise auf die herrschende Rechtsprechung des BSG. Dadurch wird es auch für den Dozenten interessant. Gut sind auch die Checklisten zu diversen Ansprüchen, die den Studierenden klare Prüfungsreihenfolgen empfehlen. Das Buch enthält einige gut verständliche Grafiken, so beispielsweise zur Anhieb schwerer durchschauenden Zuständigkeitsrangfolge § 14 SGB IX. Mehr von diesen Grafiken hätten dem Buch sicher gut getan.

Das alles, zusammen mit dem unverkennbar rheinischen Zungenschlag des Autors, macht das Buch zu einem uneingeschränkt empfehlenswerten Lehrbuch zum Themenkreis. Wer allerdings ein umfassendes Nachschlagewerk erwartet, muss sich anderweitig umsehen.

Dipl.-Volkswirt René Ruschmeier, Berlin

Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, 317 Seiten, kart., € 26,-, C. F. Müller, ISBN 978-3-8114-9305-6

Der Erfolg der Verlagsreihe „Schwerpunkte“ mit dem neuen Zusatz „Pflichtfach“ ist mehr als verdient. Das induktive Konzept der Reihe haben auch die Autoren des vorliegenden Bandes mustergültig umgesetzt. Anhand von 27 Fällen wird der Leser mit dem Stoff vertraut gemacht und zugleich in die Falllösungstechnik eingeführt. Zahlreiche weitere (kleinere) Beispiele veranschaulichen den Stoff weiter. Etl. Aufbauschemata (allgemein zur Grundrechtsprüfung und zu Spezifika einzelner Grundrechte) sowie zur Verfassungsbeschwerde erleichtern die Umsetzung der Lehren in eine Fallbearbeitung. Behandelt werden im Übrigen nicht nur die Grundrechte; die einschlägigen Ausführungen werden ergänzt um ein Kapitel über allgemeine Grundrechtslehren mit instruktiven Exkursen in andere Rechtsordnungen sowie einen Abschnitt über die Verfassungsbeschwerde. Der Auflage liegt eine CD-ROM bei, die alle im Buch zitierten (ca. 700!) Entscheidungen des BVerfG im Volltext enthält.

Fazit: Dem „Pieroth/Schlink“ ist nach wie vor ein Platz auf der Liste der besonders empfehlenswerten Lehrbücher auf dem Gebiet des Staatsrechts sicher.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

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 *Ernst Halle*
Studienleiter der Verwaltungsakademie Schleswig-Holstein, Bordesholm

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 Schrapper*
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. *Göttrik Wewer*, Geschäftsführer der Nationalen Anti-Doping-Agentur