

# DDVP

DEUTSCHE  
VERWALTUNGS-  
PRAXIS

60. Jahrgang  
August 2009  
ISSN 0945-1196  
C 2328

**8/2009**

**Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung**

## Abhandlungen

**René Ruschmeier**  
Lösungen zum Quiz zum Sozialrecht

**Jürgen Vahle**  
Hoheitliche Wappen und Flaggen

**Peter Eichhorn**  
ABC – Glossar – XYZ

## Fallbearbeitung

**Henning Biermann**  
Ein Schornsteinfeger auf Abwegen

**Gunter Warg**  
Kosten für's Abschleppen

**Siegfried Hlusiak**  
Kommunalrecht

**Michael Th. P. Sprenger-Menzel und Falko Schuster**  
Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

## Rechtsprechung

Hausdurchsuchungen wegen nicht genehmigter  
Nebentätigkeit

Konflikt zwischen geplanter Ortsrandstraße  
und Naturschutz

Keine neuen Wohnbauflächen in gesetzlich  
geschützten Biotopen

Überplanung einer innerstädtischen Grünanlage

Ansprüche wegen Mobbing

Neuregelung über den Abzug von Aufwendungen für  
ein häusliches Arbeitszimmer ab 2007 verfassungswidrig

Sechsmonatige „Schonfrist“ für die Kosten  
der Unterkunft gilt auch für Kosten der Heizung

Höchstgrenzen bei der Kostenübernahme von  
Klassenfahrten unzulässig

## Schrifttum

Maximilian-Verlag  
Hamburg



# Die DVP im August 2009/Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

René Ruschmeier

### Lösungen zum Quiz zum Sozialrecht . . . . . 310

In der Juni-Ausgabe der DVP (Seite 236) war den Leserinnen und Lesern der DVP die Gelegenheit geboten worden, ihr Wissen im Sozialrecht anhand eines Quiz mit insgesamt 40 Fragen zu testen.

Eine gewisse Erleichterung ergab sich daraus, dass in der Art eines Multiple-Choice-Tests Antworten schon vorgegeben waren. Dennoch bedurfte es zur Auswahl der richtigen Alternativen eines fundierten Fachwissens, wie die nunmehr abgedruckten Antworten und kurzen Erläuterungen verdeutlichen.

Jürgen Vahle

### Hoheitliche Wappen und Flaggen . . . . . 315

Seit jeher haben Wappen und Flaggen (auch) die Funktion, die Präsenz und die Hoheitsgewalt des Staates zu verkörpern; dies gilt nicht nur für außergewöhnliche Anlässe wie z.B. einen Staatsbesuch oder die Wahl des Bundespräsidenten, sondern auch für den eher alltäglichen Gebrauch im Zusammenhang mit Amtsschildern und Urkunden der staatlichen Bediensteten.

Zuweilen werden Flaggen zu Demonstrationzwecken gehisst bzw. bei Versammlungen mitgeführt. Es liegt auf der Hand, dass der Staat ein berechtigtes Interesse daran hat, sein Ansehen und seine Autorität auch auf diesem Feld vor Angriffen zu bewahren.

Eine Reihe von Regelungen schränken demgemäß die Inanspruchnahme hoheitlicher Wappen und Flaggen bzw. ihrer Nachbildungen ein. Der Beitrag erläutert kurz den Schutz im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, den markenrechtlichen Schutz sowie den zivilrechtlichen Namensschutz.

Peter Eichhorn

### ABC-Glossar-XYZ . . . . . 317

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

## Fallbearbeitungen

Henning Biermann

### Ein Schornsteinfeger auf Abwegen . . . . . 319

Das Schornsteinfegerrecht ist eine Materie des Wirtschaftsverwaltungsrechts, die jüngst reformiert wurde. Der Beitrag nimmt dies daher zunächst zum Anlass, die Grundlagen kurz darzustellen.

In der Klausuraufgabe, die im Jahre 2006 an der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung und Rechtspflege des Landes Mecklenburg-Vorpommern im Fach Allgemeines Verwaltungsrecht gestellt wurde, geht es um die Erfolgsaussichten eines Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 VwGO. Ein Schornsteinfeger wendet sich gegen eine einstweilige Untersagung der Berufsausübung sowie die Anündigung einer Aufhebung der Bestellung zum Bezirks-schornsteinfegermeister.

Zu prüfen sind u.a. der Verwaltungsrechtsweg, die Statthaftigkeit des Antrages sowie weitere Voraussetzungen der Zulässigkeit. Im Rahmen der Begründetheit ist insbesondere zu untersuchen, ob die Maßnahme gem. § 28 SchfG formell und materiell rechtmäßig ist und somit Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen.

Gunter Warg

### Kosten für's Abschleppen . . . . . 327

Gegenstand dieser Übungsaufgabe aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht sind Fragen des Rechts der Gefahrenabwehr sowie des Vollstreckungs- und Kostenrechts. In der Sache geht es um die Erfolgsaussichten einer Klage gegen einen

Kostenbescheid, mit dem die Kosten einer Abschleppmaßnahme geltend gemacht werden.

Die Besonderheit des Falles liegt u.a. darin, dass das Fahrzeug zunächst rechtmäßig abgestellt wurde, sodann aber wegen notwendiger Bauarbeiten an der Straße entfernt werden musste.

Siegfried Hlusiak

### Kommunalrecht . . . . . 334

Diese Klausur, die die Studierenden der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen im Studiengang Verwaltungsbetriebswirtschaft im Mai 2008 zu lösen hatten, beschäftigt sich mit Fragen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen und den denkbaren Organisationsformen. Ein weiterer Prüfungsteil waren formelle Aspekte, die bei der Beschlussfassung durch die Vertretung der Kommune zu beachten sind. Da von Seiten der Studierenden immer wieder Orientierung bei der Formulierung von Rechtsgutachten gesucht wird, bietet diese Veröffentlichung einen entsprechenden Vorschlag.

Michael Th. P. Sprenger-Menzel und Falko Schuster

### Öffentliche Betriebswirtschaftslehre . . . . . 338

Bei dieser Fallbearbeitung aus dem Gebiet „Grundlagen der ÖBWL“ geht es um Organe in einem kommunalen Verwaltungsbetrieb, Eigenbetriebe und Eigengesellschaften, das Zielsystem der Kommunalverwaltung, die Struktur des betriebswirtschaftlichen Entscheidungsprozesses, Arten der Kontrolle in der Kommunalverwaltung, Beschaffung und Finanzierung.

## Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen	
<b>Hausdurchsuchungen wegen nicht genehmigter Nebentätigkeit</b> (BVerfG, Beschluss vom 14.11.2007 – 2 BvR 371/07).....	341
<b>Keine neuen Wohnbauflächen in gesetzlich geschützten Biotopen</b> (OVG Koblenz, Urteil vom 08.11.2007 – 8 C 11523/06).....	341
<b>Konflikt zwischen geplanter Ortsrandstraße und Naturschutz</b> (OVG Koblenz, Urteil vom 15.05.2007 – 8 C 10751/06).....	341
<b>Überplanung einer innerstädtischen Grünanlage</b> (OVG Lüneburg, Urteil vom 23.04.2008 – 1 KN 113/06).....	342
<b>Ansprüche wegen Mobbing</b> (BAG, Urteil vom 16.05.2007 – 8 AZR 709/06).....	342
<b>Neuregelung über den Abzug von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ab 2007 verfassungswidrig</b> (FG Münster, Beschluss vom 08.05.2009 – 1 K 2872/08).....	348
<b>Sechsmonatige „Schonfrist“ für die Kosten der Unterkunft gilt auch für Kosten der Heizung</b> (BSG, Urteil vom 12.09.2008 – B 14 AS 5407 R).....	349
<b>Höchstgrenzen bei der Kostenübernahme von Klassenfahrten unzulässig</b> (BSG, Urteil vom 13.11.2008 – B 14 AS 3607).....	349

## Schrifttum

350

Die Schriftleitung

#### Impressum

##### Schriftleitung:

Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke  
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,  
Tel. und Fax (05741) 5268  
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. 26 gültig. Anzeigen-  
schluss jeweils am 1. des Vormonats. Die Verwendung  
von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Wer-  
bezwecke ist nicht gestattet.

##### Auslieferung:

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

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

##### Druck:

Humbach & Nemazal, Pfaffenhofen

### Liebe Leserinnen und Leser,

Gewerbefreiheit stellt ein hohes Gut in einer marktwirtschaftlich geprägten Wirt-  
schaftsverfassung dar. Dem Recht, nur im begrenzten Maße regulierenden Eingriffen des  
Staates ausgesetzt zu sein, korrespondieren verschiedene Pflichten und Anforderungen,  
die der Gewerbetreibende zu berücksichtigen hat. Regelmäßig sollen nur **zuverlässige**  
Personen ein Gewerbe betreiben dürfen. Nach allgemeiner Lesart gilt als unzuverlässig,  
wer keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben  
wird (BVerwGE 65, 1). Fehlt es dem Gewerbetreibenden an der erforderlichen Zuverläs-  
sigkeit, so sieht die Gewerbeordnung verschiedene Reaktionsmöglichkeiten vor; bis hin  
zur Gewerbeuntersagung. Eine zentrale Funktion kommt hier dem § 35 GewO zu. Die  
Gewerbeuntersagung dient dazu, Irrtümer und Fehlentwicklungen zu verhindern, die  
unmittelbar den ordnungsgemäßen Ablauf des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs betref-  
fen (vgl. BVerwG NVwZ 2004, S. 103 [104]). Von speziellen Regelungen abgesehen,  
gibt es keine positiv-rechtliche Vorgabe, wann ein Gewerbetreibender als unzuverlässig  
einzustufen ist. In Literatur und Spruchpraxis der Gerichte unbestritten ist, dass Steuer-  
rückstände, Nichtabführung von Sozialabgaben und mangelnde wirtschaftliche Leis-  
tungsfähigkeit die Unzuverlässigkeit begründen können. Die finanzielle Notlage muss  
aber schon ein gewisses Gewicht haben. So begründen Steuerrückstände eine Unzuver-  
lässigkeit, wenn sie sowohl in ihrer absoluten Höhe als auch im Verhältnis zur steuerli-  
chen Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden von Gewicht sind. Gerichte bestätigten  
Verwaltungsentscheidungen, wo es um Steuerschulden in Höhe von 100.000, 3.300.000  
aber auch um 9.000 oder gar nur 5.129 DM\* (vgl. insoweit BVerwG GewArch 1999,  
S. 31) ging. Bei rückständigen Sozialabgaben werden Beträge in einer Mindesthöhe von  
2.500 € genannt, die eine Unzuverlässigkeit begründen können.

Wer nun heute einen Blick in den Wirtschaftsteil seiner Zeitung wagt oder aber die  
sonstigen Medien verfolgt, erfährt von notleidenden Marktteilnehmern, deren Finanzbe-  
darfe sich in ganz anderen Dimensionen bewegen. Karstadt, Opel, Quelle und hypo real  
estate sind (einige) Namen, die für diese negative Entwicklung stehen. Öffentlich werden  
staatliche Unterstützungsmaßnahmen gefordert, weil sonst erhebliche Nachteile für den  
Wirtschaftsstandort oder gar die Insolvenz drohe (siehe nur das Versandhaus Quelle). Die  
Bedarfe gehen bis in den Milliardenbereich hinein. Es wäre überraschend, wenn all diese  
Firmen (noch) in der Lage wären, ihre Abgabepflichten vollständig und rechtzeitig zu  
erfüllen. Berücksichtigt man zudem, dass ohne staatliche Stützungsmaßnahmen die hypo  
real estate eine Volkswirtschaft in „schwere See“ gebracht hätte, so haben wir es mit einer  
völlig neuen Qualität einer wirtschaftlichen Schieflage eines Unternehmens zu tun. Ob in  
all diesen Fällen – im Sinne des allgemeinen Gewerberechts – noch von einer ausreichen-  
den wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgegangen werden kann, dürfte - zurückhal-  
tend formuliert – zumindest fraglich sein. Wenn schiere Größe aber Politik und Verwal-  
tung auf den Plan ruft, um Rettungsaktionen zu organisieren und andererseits bei wirt-  
schaftlichen Schieflagen von kleinen Gewerbetreibenden die Untersagungsverfügung  
droht, scheinen die Maßstäbe verschoben zu sein. Wer mit namhaften Steuerausfällen  
drohen kann, bekommt staatliche Unterstützung u.U. zusätzliche staatliche Gelder. Wer  
dagegen nur – im gesellschaftlichen Vergleich – mit geringen Steuerausfällen aufwarten  
kann, bekommt das gewerberechtliche Aus. Hier sind die Maßstäbe verschoben. Das  
Prinzip: Die Großen lässt man (weiter) wirtschaften, die Kleinen werden abgewickelt,  
hält eine Gesellschaft nicht auf Dauer aus. Gerechtigkeit erfordert verlässliche Rahmen  
und Unterstützung in *allen* Bereichen. Auch die Verantwortung der „Großen“ darf nicht  
„zu klein“ geschrieben werden.

Neue Maßstäbe braucht das Land.

Prof. Holger Weidemann

\* Beträge sind heute in Euro umzurechnen

René Ruschmeier\*

## Lösungen zum Quiz zum Sozialrecht\*\*

1. Zum Üben: Was ist ein MUK?

- A: minderjähriges unverheiratetes Kind
- B: maximal unterschiedliches Kindergeld
- C: minimal unterschrittenes Kontrolleinkommen

Die Abgrenzung dieses Personenkreises wird im SGB XII u.a. benötigt, um die Einstandsgemeinschaft nach § 19 SGB XII zu bestimmen oder die Anrechnung des Kindergeldes richtig vorzunehmen.

2. Janina (27 Jahre) lebt mit Stefan (30 Jahre) zusammen. Beide haben keine Arbeit und kein Geld. Welchem Leistungsgesetz sind sie zuzuordnen?

- A: SGB II
- B: SGB II, soweit sie erwerbsfähig sind
- C: SGB XII

Wenn beide erwerbsfähig sind und keine der Ausnahmen zutreffen (wozu die Frage nichts weiter aussagt) ist das SGB II das einschlägige Leistungsgesetz.

3. Elvira (68 Jahre) kommt mit ihrem Geld nicht mehr aus, seitdem sie ihren Enkelsohn Kevin (8 Jahre) bei sich aufgenommen hat, weil man der Mutter das Sorgerecht entziehen musste. Wer könnte welchen Anspruch haben?

- A: Elvira SGB XII (GSA 4. Kapitel), Kevin SGB XII (HzL 3. Kapitel)
- B: Elvira nach dem SGB XII (GSA, 4. Kapitel), Kevin Sozialgeld nach dem SGB II
- C: beide nach dem SGB II

Im SGB II ist die Bildung einer Bedarfsgemeinschaft nicht möglich, da ein „verbindender“ Verwandter zwischen der Großmutter und dem Enkel fehlt. Elvira hat dem Grunde nach Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII (Grundsicherung im Alter, GSA), Kevin auf Hilfe zum Lebensunterhalt (HzL, 3. Kapitel SGB XII).

4. Wie hoch ist der Freibetrag für Anschaffungen für 3 Personen, die leistungsberechtigt nach dem SGB II sind?

- A: das hängt vom Alter ab
- B: 2.250 €
- C: mindestens 3 x 3.100 €

§ 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II: 750 € pro Person = 2.250 €

5. Hans bekommt Alg-II und hat jetzt einen 1-Euro-Job, für den er 80 € monatlich bekommt. Wie viel davon werden ihm im Alg-II als Einkommen angerechnet?

- A: Gar nichts, weil der Betrag unter 100 € liegt
- B: gar nichts, weil Einkommen aus 1-Euro-Jobs anrechnungsfrei ist
- C: 80 €

So genannte 1-Euro-Jobs sind Arbeitsgelegenheiten im Sinne von § 16d SGB II. Der eine Euro „Stundenlohn“ ist kein Arbeitsentgelt, sondern eine Mehraufwandsentschädigung nach § 16d Satz 2 SGB II; damit stellt er eine Leistung nach diesem Buch iSv. § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II dar, die nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist.

6. Gideon und Marta bekommen Alg-II. Zur Hochzeit bekommen beide zusammen einen Golf IV im Wert von 15.000 € geschenkt. Muss der Wagen eingesetzt werden?

- A: das hängt davon ab, ob einer von beiden eine Arbeit hat
- B: Ja
- C: Nein

Für jeden EHB ist ein angemessenes KFZ als Vermögen nicht zu berücksichtigen; die Rechtsprechung sieht die Grenze für die Angemessenheit derzeit bei ca. 7.500 €; problematisch ist hier, dass eigentlich beide ein KFZ von dann zusammen 15.000 € Wert haben dürften sowie ferner, was mit dem Bargeld geschieht, wenn der PKW verwendet wird. Nach dem Wortlaut ist der PKW allerdings nicht geschützt und muss eingesetzt werden.

7. Albert bekommt Hartz-IV und wird am 1.12. wegen Verdachts auf Rauschgiftschmuggel in Untersuchungshaft genommen. Er fragt, ob die ARGE wenigstens weiter die Wohnung bezahlt?

- A: Nein
- B: Ja
- C: ja, aber nur 6 Monate

Es greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 Satz 2 SGB II. Die ARGE als SGB II-Leistungsträger kann daher die Kosten der Wohnung nicht übernehmen, ggf. kann ein Anspruch nach dem SGB XII (HzL) bestehen.

8. Tassos ist Marrokaner. In seiner Aufenthaltserlaubnis steht: „Arbeitsaufnahme nicht gestattet.“ Er hat kein Geld und fragt nach Alg-II-Anspruch?

- A: Nein
- B: Ja
- C: Das hängt davon ab, ob er hilfebedürftig ist

Tassos ist wegen der Regelung des § 8 Abs. 2 SGB II nicht erwerbsfähig und hat daher keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II.

9. Tomek ist 17 Jahre alt, schwer autistisch und arbeitet im geschützten Bereich in einer Werkstatt für behinderte Menschen. Nach welcher Anspruchsgrundlage entscheiden Sie über lebensunterhaltlichernde Leistungen?

- A: § 19 Abs. 2 SGB XII
- B: § 19 Abs. 1 SGB XII
- C: § 28 SGB II

\* Dipl.-Volkswirt René Ruschmeier, Berlin, arbeitet als freiberuflicher Trainer und Dozent für Sozialrecht und Organisationsberater. Er unterrichtet u.a. an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen (FHöV) am Standort Bielefeld.

\*\* Das Quiz wurde in der Juni-Ausgabe der DVP als Aufgabe veröffentlicht. In dieser Ausgabe folgen die Lösungen. Es wurde ursprünglich für eine Wiederholungs- und Vertiefungsvorlesung an der FHöV entwickelt. Dozenten können eine Power-Point-Version des Quiz für die Verwendung im Unterricht direkt beim Autor erwerben (Kostenbeitrag 20 €). Das Quiz ist so aufgebaut, dass zwei Studentengruppen gegeneinander antreten und beinhaltet noch eine kurze Einführung. Bei Interesse verwenden Sie bitte die Kontaktdaten des Autors unter [www.reneruschmeier.de](http://www.reneruschmeier.de).



§ 19 Abs. 1 SGB XII als Anspruchsgrundlage für die HzL und/oder § 19 Abs. 3 als Anspruchsgrundlage für die Eingliederungshilfe in der Werkstatt.

10. Sylke und Sybylle sind seit 5 Jahren ein Paar, leben zusammen und sind zufälligerweise beide 30 Jahre alt. Sybylle hat 1.500 € bereinigtes Einkommen, Sylke hat nichts. Muss Sybylle Sylke etwas abgeben?

- A: Nein  
 B: Ja  
 C: Das hängt davon ab, ob sie Ihre Lebenspartnerschaft haben eintragen lassen

Die beiden bilden eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft. Es fragt sich, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. c iVm. Abs. 3a SGB II erfüllt sind; hier spricht vor allem die Dauer des Zusammenlebens für eine lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaft.

11. Bei Kunterbunts geht es drunter und drüber: Udo (50) und Heike (48) versuchen seit Jahren die drei Kinder Sven (26), Svenja (24) und Björn (22) durchzubringen. Das wird immer schwieriger, weil nun auch noch Oma Franziska (64) eingezogen ist, Svenja schwanger ist und Björn seine Freundin Chantal (17) in sein Zimmer aufgenommen hat. Wie viele Bedarfsgemeinschaften leben mindestens im Haus?

- A: 5  
 B: 3  
 C: 2

Nach § 7 Abs. 3 SGB II: BG1: Björn als EHB (Nr. 1), Chantal als seine Partnerin (Nr. 3c), Udo und Heike als Eltern von Björn (Nr. 2), Svenja als U25-Kind (Nr. 4); Sven kann als Ü25 bei keinem „angedockt“ werden, ebenso Franziska nicht (BG3).

12. Elzbieta bekommt 350 € monatlich Elterngeld. Wie viel davon wird angerechnet?

- A: 300 €  
 B: 50 €  
 C: 350 €

50 € nach § 11 Abs. 3a SGB II iVm. § 10 Abs. 1 BEEG

13. Wie hoch ist der Freibetrag nach § 30 SGB II maximal für eine Familie mit einem Kind und einem Hund?

- A: 210 €  
 B: 180 €  
 C: 310 €

20% des Einkommens zwischen 100 € und 800 € (140 €) zzgl. 10% des Einkommens zwischen 800 € und 1.500 € (70 €) (beachten Sie die Erhöhung der Grenze nach § 30 Satz 2 SGB II wegen des Kindes).

14. Carlo (28) ist erwerbsfähig, hat keine Einkünfte aber eine Hausrat- und eine Haftpflichtversicherung, für die er monatlich 12 € zahlen muss. Wie wird das im SGB II berücksichtigt?

- A: er bekommt eine Pauschale für Versicherungen von 30 €  
 B: gar nicht  
 C: die Versicherung ist dem Grunde und der Höhe nach angemessen und wird berücksichtigt

Für Versicherungen werden nur Pauschalbeträge vom Einkommen abgesetzt, sie werden aber nicht als Bedarf berücksichtigt (wie übrigens im SGB XII auch). Wenn kein Erwerbseinkommen vorhanden ist, bleiben die Versicherungsbeiträge mithin unberücksichtigt.

15. Larissa (20) lebt mit Gregor (17) in einer Wohnung. Die beiden sind ein Paar. Wer bekommt welchen Regelsatz?

- A: Larissa 100%, Gregor 80%  
 B: beide 80%  
 C: jeder 90%

Larissa 100%, Gregor 80% nach § 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB II; Abs. 3 gilt nicht, weil Gregor noch nicht 18 Jahre alt ist.

16. Celan (24) hatte nach seinem vermasselten Hauptschulabschluss nun doch endlich einen Ausbildungsplatz zum KFZ-Mechatroniker gefunden. Er konnte sich von dem Gehalt eine eigene Wohnung leisten. Jetzt hat er den Job geschmissen, weil er mit seinem Meister nicht klar kommt. Die Arbeitsagentur hat im Alg-I eine Sperrzeit von drei Monaten festgesetzt. Wie hoch ist sein Regelsatz im Alg-II?

- A: 0 %  
 B: 70 %  
 C: 90 %

0 % – nach § 31 Abs. 5 iVm. Abs. 4 Nr. 3 lit. a SGB II (ggf. können aber Sachleistungen nach § 31 Abs. 5 Satz 5 iVm. Abs. 3 Satz 6 SGB II gewährt werden).

17. Maria (70) bekommt Grundsicherung seit 2004. Ab 1.7. bekommt sie 50 € mehr Rente, die erhöhte Rente wird erstmalig am 31.7. ausbezahlt. Ab wann ändern sich ihre Grundsicherungsleistungen wegen der Rentenerhöhung?

- A: ab 1.7.  
 B: ab 1.8.  
 C: gar nicht, weil die Änderung unwesentlich ist

Ab 1.8. weil die Änderung nicht zu einer Begünstigung führt (die Leistung vermindert sich ja wegen der erhöhten Rente) – § 44 Abs. 1 Satz 3 SGB XII.

18. Fabian (24) ist letzten Monat aus der Wohnung seiner Eltern ausgezogen. Er hat vergessen vorher zu klären, wer eigentlich seine neue Wohnung bezahlt, weil er außer Alg-II nichts hat. Also: Wer?

- A: um 30 % abgesenkte Leistungen nach dem SGB II  
 B: kein Anspruch nach dem SGB II  
 C: aus dem SGB XII, da im SGB II keinen Anspruch

Wegen § 22 Abs. 2a Satz 1 SGB II hat er keinen Anspruch, Anhaltspunkte für die Ausnahme des § 22 Abs. 2a Satz 3 SGB II liegen hier nicht vor.

19. Astrid (26) musste zu Hause ausziehen, weil ihr Vater sie jeden Tag geschlagen hat. Der Vermieter steht ihr wegen der noch zu zahlenden Kautions auf den Füßen. In der Wohnung wohnt sie schon vier Wochen. Hat sie einen Anspruch, wenn sie vorher die ARGE nicht gefragt hat?

- A: evtl., da Mietkautionen Ermessensleistungen sind  
 B: ja  
 C: nein

Nach § 22 Abs. 3 SGB II können Mietkautionen übernommen werden, wenn der Grundsicherungsträger vorher dem Umzug zugestimmt hat. Die neuere Rechtsprechung und Literatur interpretiert diese Vorschrift zum Einen als so genanntes „Kompetenz-Kann“, d.h. die Behörde hat kein echtes Ermessen mehr, ob sie die Kautions übernimmt, wenn sie dem Umzug vorher zugestimmt hat. Zum Anderen wird die Zustimmung in Fällen, in denen ein wichtiger Grund vorliegt, bereits als obsolet betrachtet.

20. Tim (10 Jahre) fährt nächsten Monat mit der Schulklasse für einen Tag in den Heide-Park; Kosten 50 €. Seine Mutter Birgit fragt nach einem Zuschuss aus dem SGB II. Bekommt sie etwas?

- A: Nein  
 B: Ja  
 C: das hängt davon ab, ob die Mutter schon Alg II-Leistungen bezieht

Nur für mehrtägige Klassenfahrten werden Leistungen erbracht (§ 23 Abs. 3 Nr. 3 SGB II bzw. § 31 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII).

21. Wofür steht die Abkürzung „gA“?

- A: gewöhnlicher Aufenthalt  
 B: geringer Aufwand  
 C: geistiger Aussetzer

22. Gerda (67 Jahre) und Ulrich (64 Jahre, Zeitrentner) kommen mit dem Geld nicht hin. Wer könnte welchen Anspruch haben?

- A: Gerda GSA, 4. Kapitel SGB XII; Ulrich HzL, 3. Kapitel SGB XII  
 B: Gerda GSA, 4. Kapitel; Ulrich Sozialgeld nach dem SGB II  
 C: Gerda GSA, 4. Kapitel SGB XII; Ulrich Alg II

Gerda könnte auf Grund ihres Alters einen Anspruch auf Leistungen des 4. Kapitels SGB XII haben. Ulrich hat die Altersgrenze des 4. Kapitels SGB XII noch nicht erreicht, ist aber auch nicht erwerbsfähig. Er könnte daher Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII haben.

23. Felix (10 Jahre) fährt mit der Laborschule nächsten Monat für drei Tage zu einer Kunstausstellung nach Istanbul; Kosten 250 €. Seine Mutter Gülcan fragt nach einem Zuschuss aus dem SGB II. Bekommt sie etwas?

- A: das hängt von den Inhalten der Fahrt ab  
 B: Ja  
 C: Nein

In diesem Fall handelt es sich um eine mehrtägige Klassenfahrt, deren Kosten zum sozialhilferechtlichen Bedarf gehören (zu den Rechtsgrundlagen siehe Antwort zu A21).

24. Wie hoch ist der Zuschlag nach § 24 SGB II maximal für eine Bedarfsgemeinschaft aus Vater, Mutter und zwei Kindern und drei Katzen?

- A: 220 €  
 B: 440 €  
 C: 320 €

440 € nach § 24 Abs. 3 SGB II. Wie bei einigen anderen Vorschriften des SGB II auch, ist hier besonders darauf zu achten, ob die Kinder nach dem Individualitätsgrundsatz hilfebedürftig sind. Sind sie es nicht (weil sie ihren Bedarf durch eigene Mittel vollständig decken können), werden sie bei der Höchstbetragsermittlung auch nicht berücksichtigt.

25. Tobias und Isabell beantragen Alg-II. Bei einem Hausbesuch wird festgestellt, dass sie u.a. einen Flachbildfernseher (2.000 €), ein WMF-Topfset (2.000 €), einen iPod (350 €), ein japanisches Messerset (2.000 €) und einen gelben Blumentopf (15 €) haben. Welche Gegenstände gehören nicht zum geschützten Vermögen?

- A: Hausrat ist gar nicht einzusetzen  
 B: mindestens das Messerset  
 C: alle Sachen (außer dem Blumentopf) sind unangemessen teuer und daher einzusetzen

Alle Gegenstände gehören zum Hausrat, der wiederum grundsätzlich zum einzusetzenden Vermögen gehört. Allerdings ist ein angemessener Hausrat nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 SGB II (§ 90 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII) geschützt. In diesem Fall muss somit gefragt werden, ob Hausrat im genannten Wert „angemessen“ ist. Mindestens bei den Messern dürfte dies zu verneinen sein. Weiter ist jedoch zu fragen, ob die Verwertung nicht offensichtlich unwirtschaftlich im Sinne von § 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II ist, was jedoch nur anhand des Marktwertes im Verhältnis zu den Anschaffungskosten entschieden werden kann.

26. Hendrik hat vor zwei Jahren von seinem Großonkel eine Farm in Namibia im Wert von 2 Mio. € geerbt. Vor einem Jahr hat die namibische Regierung die Farm mit einem Veräußerungsverbot belegt. Wie viel von dem Grundstückswert muss nicht eingesetzt werden?

- A: nichts  
 B: alles  
 C: das kann erst nach der Veräußerung entschieden werden

Das gesamte Vermögen muss derzeit nicht eingesetzt werden, da es nicht „verwertbar“ iSv. § 12 Abs. 1 SGB II (§ 90 Abs. 1 SGB XII) ist.

27. Daniel (37) ist allein erziehend und lebt mit seiner Tochter Sarah (16) zusammen. Wie viel Euro dürfen sie auf dem Sparbuch lassen, damit sie trotzdem Alg-II bekommen?

- A: 10.150 €  
 B: 8.650 €  
 C: 9.450 €

Der Vermögensfreibetrag nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 SGB II beträgt für Daniel 5.550 € (150 € mal 37 Lebensjahre) und für Sarah nach § 12 Abs. 2 Nr. 1a 3.100 €. Hinzu kommen noch der Anschaffungsfreibetrag von zwei mal 750 € nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II. (Hinsichtlich der Übertragbarkeit des Vermögensschonbetrages des Kindes auf die Eltern weicht die hier vertretene Auffassung von der der Arbeitsagentur ab, die eine solche Übertragbarkeit verneint. Die Rechtsprechung zu diesem Aspekt ist noch uneindeutig – vgl. Urteil des LSG BW vom 26.06.2008, L 12 AS 5863/07 (Pro) und LSG NRW vom 21.04.2008, L 20 AS 7/07 (Contra; anhängig beim BSG: B 4 AS 58/08 R).

28. Sven (30) ist geistig behindert und arbeitet in einer Werkstatt für behinderte Menschen. Er verdient dort jeden Monat 500 €. Wie hoch ist der Erwerbstätigkeitsfreibetrag?

- A: 150,00 €  
 B: 157,91 €  
 C: 100,00 €

Nach § 82 Abs. 3 Satz 2 SGB XII ein Achtel des Eckregelsatzes (43,88 €) zzgl. 25 vom Hundert des diesen Betrag übersteigenden Entgeltes [(500 – 43,88) × 25% = 114,03 €]

29. Peter (67) arbeitet immer noch als Postbote. Er zahlt 10 € monatlich für die Gewerkschaft und fährt mit dem Motorroller die 20 km zum Postverteilzentrum. Wie hoch ist sein bereinigtes Einkommen, wenn er 400 € (brutto = netto) verdient?

- A: 280,00 €  
 B: 237,16 €  
 C: 218,80 €

Vom Einkommen abzusetzen sind 10 € Gewerkschaft (§ 82 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII iVm. § 3 Abs. 4 Nr. 3 VO zu § 82 SGB XII), 46 € Fahrtkosten mit dem Motorroller: 20 km × 2,30 € (§ 82 Abs. 2 Nr. 4 iVm. § 3 Abs. 4 Nr. 2 und Abs. 6 Nr. 2 lit. c) VO zu § 82 SGB XII), 5,20 € Arbeitsmittel (§ 82 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII iVm. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 VO zu § 82 SGB XII) sowie der Erwerbstätigenfreibetrag von 120 € (30% des Einkommens nach § 82 Abs. 3 Satz 1 SGB XII; für einen abweichenden Betrag nach § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XII ergeben sich keine Anhaltspunkte. Die Berechnungsgrundlage für die Ermittlung des prozentualen Absetzbetrags ist analog § 30 SGB II das Bruttoeinkommen).

30. Alexa (28) ist heroinsüchtig und HIV-infiziert (zurzeit nicht erwerbsfähig) und lebt mit ihrer Mutter (48 Jahre, Zeitrentnerin) in deren Haushalt. Wie hoch sind die Regelsätze für die beiden jeweils?

- A: Mutter 100 %, Alexa 80 %  
 B: beide 100 %  
 C: beide 90 %

Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 ist zwischen Haushaltsangehörigen und dem Haushaltsvorstand zu unterscheiden. Hier ist die Mutter als Haushaltsvorstand zu betrachten, da Alexa in deren Haushalt lebt, ihm somit angehört. Die Mutter erhält daher 100 % des Eckregelsatzes (351 €), Alexa als Haushaltsangehörige 80% (281 €).

31. Herbert (64, Zeitrentner) hat in seinem Schwerbehindertenausweis das Merkzeichen „G“. Er lebt allein. Bekommt er einen Mehrbedarf?

- A: das hängt davon ab, ob er ein eigenes Auto hat  
 B: nein  
 C: Ja

Ja, in Höhe von 17% vom Eckregelsatz, da die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII kumulativ erfüllt sind.

32. Wie hoch ist der kleinere Barbetrag, wenn zu prüfen ist, ob der 13-jährige Alex Hilfe zum Lebensunterhalt bekommt? Er lebt mit seinen Eltern, beide 45 Jahre alt und befristet erwerbsunfähig, und seiner Schwester Annegret (12 Jahre) in einem Haushalt.

- A: 3.214 €  
 B: 2.726 €  
 C: 1.600 €

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 iVm. Nr. 1 lit. a, 1. Alt. VO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII einen Grundbetrag von 1.600 € zzgl. 614 € für ein Elternteil und zwei mal 256 € für die beiden Kinder. Anhaltspunkte für eine Erhöhung nach § 2 Abs. 1 der Verordnung sind nicht erkennbar.

33. Ali ist türkischstämmiger Deutscher und bekommt Grundsicherung im Alter. Er fragt sie, ob er in 2009 für sieben Monate zu seinen Verwandten nach Anatolien fahren kann bzw. weiter Leistungen bekommt. Er weiß noch nicht genau, ob er danach noch einmal nach Deutschland zurückkommen wird.

- A: Ja  
 B: Nein  
 C: Ja, wenn er wieder zurückkommt

Fräglich ist in diesem Fall, ob er seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Deutschland hat (§ 41 Abs. 1 SGB XII); das muss bei so langer Abwesenheit wohl verneint werden, da die zeitliche Grenze nach der derzeitigen Rechtsprechung wohl bei sechs Monaten zu ziehen ist und er im Übrigen ergebnisoffen verweist.

34. Familie Meier bewohnt ein Einfamilienhaus mit 130 qm Wohnfläche, das schon abbezahlt und ca. 300 T€ wert ist. Das Haus liegt im ländlichen Bereich auf einem 750 qm großen Grundstück. Sie fragen sich, ob sie erst das Haus verwerten müssen, bevor sie Alg-II bekommen können?

- A: nein  
 B: ja  
 C: nein, wenn das Haus zur Altersvorsorge vorgesehen ist

Das Haus muss nicht verwertet werden, da es zum geschütztes Vermögen gehört (§ 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II/§ 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII). Die Grenzen für die Angemessenheit zieht die Rechtsprechung derzeit bei 130 qm Wohnfläche (für vier Personen) und ca. 500–800 qm Grundstücksgröße, je nach Lage.

35. Das Haus von Müllers (4 Personen) liegt gleich neben dem von Meiers und ist gleich groß (130 qm), aber noch nicht abbezahlt. Sie müssen jeden Monat 5 € pro qm an Zinsen für die Kredite zahlen. Wie geht es bei ihnen mit dem Haus weiter?

- A: das Haus muss auf jeden Fall verkauft werden  
 B: kein Anspruch, solange das Haus nicht abbezahlt ist  
 C: die Zinsen gelten als Kaltmiete und werden übernommen

Aus der Perspektive des Vermögensschutzes ergibt sich die gleiche Beurteilung wie bei Frage 34. Da jedoch noch laufende Kosten für den Schuldendienst anfallen, stellt sich darüber hinaus die Frage nach den angemessenen Kosten der Unterkunft. Die Zinsen werden wie eine vergleichbare Kaltmiete behandelt, Tilgung kann nicht übernommen werden, da sie dem Vermögensaufbau dient. Für eine Mietwohnung betrüge die angemessene Wohnungsgröße 92 qm, bei einem angemessenen Mietzinsniveau von 5 €/qm ergeben sich nach der Produkttheorie insgesamt angemessenen „kalte“ Kosten der Unterkunft von 460 €. Wegen der daraus entstehenden Zahlungsdifferenz wird das Haus wohl nicht auf Dauer gehalten werden können.

36. Gerti ist 67 Jahre alt und frisch verliebt. Sie überlegt, ob sie mit Franz (78) zusammen ziehen soll, der von Grundsicherung lebt. Sie selbst kommt gut mit ihrer Witwenrente aus. Sie befürchtet, dass sie ihren Erbschmuck von der Urgroßtante aus Mexiko (Wert ca. 10.000 €) verwerten muss, um Franz zu unterhalten. Die Frage geht an Sie!

- A: Nein, weil der Wert unter der Schongrenze liegt  
 B: Nein, weil die Verwertung eine Härte darstellen würde  
 C: Nein, weil die beiden (noch) keine eheähnliche Gemeinschaft sind

Die Frage ist nach § 90 Abs. 2 Nr. 6 SGB XII zu beurteilen: Es handelt sich um ein Erbstück, aber bedeutet Verwertung auch eine besondere Härte? Außer dem Wert geht aus dem Sachverhalt kein Anhaltspunkt für eine besondere Härte hervor, zumal es sich „nur“ um die

Urgroßtante handelt, zu der wohl keine besondere Beziehung bestanden haben dürfte. Der Vermögensgegenstand ist daher nicht nach der o.a. Vorschrift geschützt. Allerdings ist noch Folgendes zu berücksichtigen: Gerti muss ihr Vermögen nur einsetzen, wenn sie mit Franz eine eheähnliche Gemeinschaft im Sinne von § 20 SGB XII bildet. Die beiden sind frisch verliebt und daher ist eine eheähnliche Gemeinschaft noch nicht offensichtlich gegeben; berücksichtigt man § 7 Abs. 3a Nr. 1 SGB II analog, dürfte sich zunächst keine Einstandsverpflichtung für Gerti ergeben.

37. Carmen Quengel (40) lebt seit dem 1.1.2005 von Hartz-IV, jetzt ist ihr Kühlschrank kaputt gegangen. Ein neuer kostet mindestens 200 €, das Geld hat sie nicht. Kann die ARGE ihr helfen und wenn ja, nach welcher Vorschrift?

- A: keine einmalige Leistung aber ein ergänzender Anspruch nach dem SGB XII ist denkbar
- B: ausnahmsweise Anspruch auf eine einmalige Leistung
- C: keine einmalige Leistung, aber ein Darlehen ist möglich

Das Geld für die Ersatzbeschaffung ist grundsätzlich im Regelsatz enthalten. Es handelt sich nicht um eine Erstausrüstung und daher kann keine einmalige Hilfe nach § 23 Abs. 3 SGB II gewährt werden. Allerdings kommt ein Darlehen nach § 23 Abs. 1 SGB II oder eine Sachleistung in Betracht.

38. Celan (26) hatte nach seinem vermasselten Hauptschulabschluss nun doch endlich einen Ausbildungsplatz zum KFZ-Mechatroniker gefunden. Er konnte sich von dem Gehalt eine eigene Wohnung leisten. Jetzt hat er den Job geschmissen, weil er mit seinem Meister nicht klar kommt. Die Arbeitsagentur hat im Alg-I eine Sperrzeit von drei Monaten festgesetzt. Wie hoch ist sein Regelsatz im Alg-II?

- A: Kürzung um 10 % des Regelsatzes
- B: Kürzung um 30% des Regelsatzes
- C: Kürzung um 100 % des Regelsatzes

Nach § 31 Abs. 4 Nr. 1 iVm. mit Abs. 1 SGB II erfolgt eine Kürzung des Anspruches um 30% des Regelsatzes.

39. Maria (70) bekommt Grundsicherung seit 2004. Ab 1.7. bekommt sie 50 € weniger Rente, die reduzierte Rente wird erstmalig am 31.7. ausbezahlt. Ab wann ändern sich ihre Grundsicherungsleistungen wegen der Rentenminderung?

- A: ab 1.7.
- B: ab 1.8.
- C: gar nicht, weil die Änderung geringfügig ist

Ab 1.7., weil die Änderung der Rente eine Änderung (Erhöhung) der Grundsicherung zu ihren Gunsten bedeutet (§ 44 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB XII).

40. Torben (14) jobbt am Wochenende als Schokoriegelverkäufer im ICE zwischen Hamm und Hannover. Er verdient damit durchschnittlich 145,33 € jeden Monat. Er und seine Eltern bekommen Leistungen nach dem SGB II. Er fragt, wie viel er von dem Einkommen behalten darf?

- A: 100,00 €
- B: 115,33 €
- C: 109,07 €

100 € sind anrechnungsfrei nach § 1 Abs. 1 Nr. 9 Alg II-VO; 15,33 € Werbungskostenpauschale werden abgezogen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) Alg II-VO. Eine Versicherungspauschale nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-VO (30 €) wird nicht abgezogen, da Torben nicht volljährig ist und mit einem volljährigen EHB in einem Haushalt lebt. Es wird auch kein Freibetrag nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 oder Satz 2 SGB II berücksichtigt, da Torben kein EHB ist (unter 15 Jahre).

**Lösung:**

Frage	A	B	C	Frage	A	B	C	Frage	A	B	C	Frage	A	B	C
1	X			6		X		11		X		16	X		
2		X		7	X			12		X		17		X	
3	X			8	X			13	X			18		X	
4		X		9		X		14		X		19		X	
5		X		10		X		15	X			20	X		

Frage	A	B	C	Frage	A	B	C	Frage	A	B	C	Frage	A	B	C
21	X			26		X		31			X	36			X
22	X			27	X			32		X		37			X
23		X		28		X		33		X		38		X	
24		X		29			X	34	X			39	X		
25		X		30	X			35			X	40		X	



# Hoheitliche Wappen und Flaggen

## – Der rechtliche Schutz staatlicher Symbole –

*Seit jeher haben Wappen und Flaggen (auch) die Funktion, die Präsenz und die Hoheitsgewalt des Staates zu verkörpern; dies gilt nicht nur für außergewöhnliche Anlässe wie z.B. die Wahl eines Bundespräsidenten, sondern auch für den eher alltäglichen Gebrauch im Zusammenhang mit Amtsschildern und Urkunden der staatlichen Bediensteten. Zuweilen werden Flaggen zu Demonstrationszwecken gehisst bzw. bei Versammlungen mitgeführt.*

*Es liegt auf der Hand, dass der Staat ein berechtigtes Interesse daran hat, sein Ansehen und seine Autorität auch auf diesem Feld vor Angriffen zu bewahren.*

*Eine Reihe von Regelungen schränken demgemäß die Inanspruchnahme hoheitlicher Wappen und Flaggen bzw. ihrer Nachbildungen ein.*

### I. Ordnungswidrigkeitenrecht

#### 1. Die geschützten Symbole

##### a) Wappen und Flaggen des Bundes und der Länder

Sowohl das **Wappen des Bundes**, der **Bundesadler** und die **Bundesdienstflagge** als auch die Wappen oder die entsprechenden Teile eines **Landeswappens** sowie die **Dienstflaggen der Länder** sind gegen unbefugte Benutzung geschützt (§ 124 Abs. 1 OWiG).

Das Bundeswappen (Bundesadler auf goldfarbenem Grund), der „Bundesadler“, die Bundesflagge (dreifarbig; schwarz, rot, gold) und die Bundesdienstflagge (mit Bundesadler) sind im Einzelnen durch eine Anordnung aus dem Jahre 1996<sup>1</sup> geregelt; die **Länder** verfügen über **vergleichbare Normen** (s. z.B. in NRW das Gesetz über die Landesfarben, das Landeswappen und die Landesflagge und die Verordnung über die Führung des Landeswappens). Nicht geschützt sind die früheren, nicht mehr geltenden Landeswappen, ebenso nicht die Symbole eines fremden Staates und der ehemaligen DDR.

Ansonsten genießen nicht nur die Originale rechtlichen Schutz, sondern auch **Nachahmungen**, die ihnen **zum Verwechseln ähnlich** sind (§ 124 Abs. 2 OWiG). Dazu zählen Wappen etc., die nur so unwesentliche Abweichungen aufweisen, dass bei flüchtiger Betrachtung durch eine nicht besonders sachkundige Person der Gesamteindruck entstehen kann, es handle sich um die in § 124 Abs. 1 OWiG geschützten Gegenstände.<sup>2</sup> Verwechslungsgefahr besteht demgegenüber nicht, wenn der Gegenstand **ohne weiteres als Phantasiegebilde** erkennbar ist.<sup>3</sup>

##### b) Kommunale Wappen und Dienstflaggen

Die Wappen/Flaggen der Gemeinde und Kreise fallen zwar nicht unter § 124 OWiG, jedoch können die Länder zum Schutz kommunaler Hoheitssymbole eigene Verbots- und Bußgeldvorschriften erlassen; von dieser Möglichkeit hat z.B. das Land Sachsen Gebrauch gemacht (§ 10 SächsOWiG).

**Nicht geschützt** sind im Übrigen die früheren, **nicht mehr geltenden** Landeswappen und der **ehemaligen DDR**. Auch ausländi-

sche Symbole werden von Anwendungsbereich des § 124 OWiG nicht erfasst.

##### c) Rotes Kreuz, Schweizer Wappen

Eine Sonderregelung gegen den Missbrauch des Wahrzeichens des **Roten Kreuzes** und des Wappens der **Schweizerischen Eidgenossenschaft** enthält § 125 OWiG. Gleichgestellt werden wiederum die zum Verwechseln ähnlichen Zeichen (§ 125 Abs. 3).

##### d) Schiffsbeflaggung

Weitere Spezialregelungen enthält das Gesetz über das **Flaggenrecht der Seeschiffe** und die Flaggenführung der **Binnenschiffe** (Flaggenrechtsgesetz). Nach Maßgabe der §§ 1 und 2 des Gesetzes sind See- und Binnenschiffe berechtigt bzw. verpflichtet, die Bundesflagge zu führen.

Hinter den entsprechenden Bußgeldnormen bei rechtswidriger Beflaggung (§§ 15, 16) tritt § 124 OWiG zurück.

### 2. Verletzungshandlung

#### a) Benutzen

Die Tathandlung besteht in dem unbefugten **Benutzen** des geschützten Hoheitssymbols.

Benutzt wird ein Wappen pp., wenn es – egal, ob als eigenes oder als fremdes – für **eigene Zwecke verwendet**. Unter den Begriff der „Benutzung“ in § 124 OWiG fällt **jede Art** der Verwendung, z.B. auch Abdrucken und Ausstellen, in jeder Form, z.B. auf Briefbögen, Plakaten, in Inseraten oder auf Gebrauchsgegenständen.<sup>4</sup> Voraussetzung ist stets freilich, dass der „Täter“ dies für eigene Zwecke – z.B. **gewerblicher Art** – tut, wobei es genügt, dass er sich das Staatsymbol in irgendeiner Weise zunutze macht.<sup>5</sup> Entsprechend dem einleitend dargelegten Schutzzweck kann von einer Benutzung im Übrigen nur dann die Rede sein, wenn sie **mit Außenwirkung** in Erscheinung tritt, insbesondere öffentlich erfolgt. Im „stillen Kämmerlein“ verwendet kann ein Hoheitszeichen das Schutzgut der Vorschrift nicht gefährden.

#### b) Unbefugt

Nicht jede Benutzung eines hoheitlichen Symbols ist unbefugt. Jedem Bürger ist z.B. das Zeigen der **allgemeinen Bundesflagge** erlaubt.<sup>6</sup> Ein **unbefugtes Benutzen** liegt vor, wenn der **Anschein einer amtlichen Benutzung** entstehen kann.<sup>7</sup> Das

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

<sup>1</sup> BGBl. III 1130-7.

<sup>2</sup> Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Aufl. 2009, § 124 Rn 8.

<sup>3</sup> Karlsruher Kommentar (KK) OWiG-Kurz, 2. Aufl. 2000, § 124 Rn 6.

<sup>4</sup> Göhler (Fn. 2), § 124 Rn 6.

<sup>5</sup> KK-Kurz (Fn. 3), § 124 Rn. 8.

<sup>6</sup> Burkiczak, Jura 2003, S. 806, 809.

<sup>7</sup> KK-Kurz (Fn. 3), § 124 Rn 9.

trifft nicht zu, wenn ein Wappen pp. nur als Ausdruck der Verbundenheit zu einem Bundesland („Wir in NRW“) benutzt wird, weil in diesem Fall ein irgendwie gearteter Bezug zu einer amtlichen Tätigkeit fehlt.<sup>8</sup>

Die Befugnis zur Benutzung kann sich insbesondere aus einer **behördlichen Ermächtigung** ergeben.<sup>9</sup>

**Beispiel 1:** Erlaubnis zur Benutzung einer Dienstflagge eines Landes durch einen Sportverein bei überregionaler Veranstaltung

Auch unter dem Gesichtspunkt der **Sozialadäquanz** kann ein tatbestandsmäßiges Verhalten erlaubt sein.

**Beispiel 2:** Ausschmücken eines Schaufensters mit dem Bundeswappen an einem Staatsfeiertag oder für das Flaggen anlässlich eines Staatsbesuchs<sup>10</sup>

Mit einer Geldbuße kann ein „Benutzer“ allerdings nur belegt werden, wenn ihm zumindest bedingter **Vorsatz** zur Last fällt, er also damit rechnet, dass er einen Gegenstand benutzt, bei dem es sich um ein Staatssymbol handelt oder um einen solchen, der einem Staatssymbol zum Verwechseln ähnlich ist.

## II. Markenrechtlicher Schutz

Für das Benutzen von Wappen, Flaggen und Hoheitszeichen **im geschäftlichen Verkehr zwecks Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen** enthält § 145 Abs. 1 Nr. 1, 3 MarkenG einen besonderen Bußgeldtatbestand; diese spezielle Regelung hat Vorrang vor § 124 OWiG. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf Wappen von **Gemeinden und von Kommunalverbänden** sowie auf Kennzeichen und Siegel internationaler zwischenstaatlicher Organisationen, die nach einer Bekanntmachung des Bundesjustizministeriums (im BGBI.) von der Eintragung als Marke ausgeschlossen sind.<sup>11</sup>

## III. Zivilrechtlicher Namensschutz

Der **Namensschutz** nach § 12 BGB ist nicht auf den Namen im engeren Sinne beschränkt, sondern schließt auch **Wappen und Siegel** ein.<sup>12</sup> Demnach sind auch Stadtwappen grundsätzlich geschützt. Eine Stadt kann sich mithin einen **Unterlassungsanspruch** geltend machen, wenn ein Unternehmen ohne Genehmigung das Stadtwappen in einem Anzeigenblatt verwendet und dadurch eine namensmäßige Zuordnungsverwirrung auslöst, insbesondere den Eindruck hervorruft, es bestehe eine Beziehung zwischen der Zeitung und der Stadt.<sup>13</sup>

## IV. Strafrecht

### 1. Verunglimpfung des Staates

Die **Verunglimpfung** – d.h. eine nach Form, Inhalt, den Begleitumständen oder dem Motiv nach **erhebliche Herabsetzung** – des Staates und seiner Symbole (Farben, Flaggen, Wappen) ist mit Strafe bedroht (§ 90a StGB). Erfasst sind Verhaltensweisen, die öffentlich, in eine Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften erfolgen. Speziellen Schutz genießen **öffentlich gezeigte** Flaggen der Bundesrepublik oder eines ihrer Länder oder von Behörden öffentlich angebrachte entsprechende Hoheitszeichen. Strafbar macht sich (§ 90a Abs. 2 StGB), wer solche Gegenstände entfernt, zerstört, beschädigt, unbrauchbar oder unkenntlich macht oder „beschimpfenden Unfug“ daran verübt.

**Beispiel 3:** Anspeien eines Wappens, Umsägen eines beflaggten Fahnenmastes.

Auch die **Kunsthfreiheit** (Art. 5 Abs. 3 GG) stellt **keinen Freibrief** für eine grobe Verunglimpfung der Staatssymbole dar. Allerdings ist die Grenzziehung zwischen – (noch) verfassungsrechtlich geschützter Kunstausübung – und strafbarem Handeln in diesem Bereich äußerst schwierig.

**Beispiel 4:** Die Grenze überschritten war nach Ansicht des *LG Frankfurt*<sup>14</sup> durch eine Abbildung, auf der der Bundesadler und ein mit dem Hakenkreuz versehener Reichsadler „innig verbunden“ wurden.

**Beispiel 5:** Demgegenüber wurde eine verfremdende Darstellung des Bundesadlers als „Skelettvogel“ als zulässige politische Karikatur bewertet.<sup>15</sup>

### 2. Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten

Ausländische Flaggen (und Hoheitszeichen) werden durch § 104 StGB speziell geschützt. Die **Tathandlungen** entsprechen denen des § 90a StGB.

Das bloße Präsentieren einer ausländischen (Staats-)Flagge zu Demonstrationzwecken ist demgegenüber nicht tatbestandsmäßig.

<sup>8</sup> Göhler (Fn. 2), § 124 Rn 7.

<sup>9</sup> Göhler (Fn. 2), § 124 Rn 7.

<sup>10</sup> KK-Kurz (Fn. 3), § 124 Rn 9.

<sup>11</sup> Zur urheberrechtlichen Problematik bei einer karikaturistischen Benutzung des Bundesadlers s. *BGH*, Urt. v. 20. 3. 2003 – I ZR 117/00.

<sup>12</sup> *BGH*, NJW 1993, S. 918.

<sup>13</sup> *BGH*, NJW-RR 2002, S. 1401.

<sup>14</sup> NJW 1989, S. 594.

<sup>15</sup> *LG Heidelberg*, NStE Nr. 8.



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.*

### Fiduziarische Stiftungen

Bekanntlich boomt das Stiftungsgeschäft. Die Gründe liegen dafür in der wachsenden Bereitschaft der Bürger, die Zivilgesellschaft zu fördern, in der demographischen Entwicklung und in der Übertragung von Vermögen an Nachfahren und künftige Generationen sowie im großzügiger gestalteten Gemeinnützigkeits-, Spenden- und Stiftungsrecht. 16.500 Stiftungen gibt es derzeit in Deutschland; über 1.000 davon wurden im Jahr 2008 errichtet. Bei all diesen Stiftungen handelt es sich um rechtlich selbständige Stiftungen (meist) des privaten oder (weniger) des öffentlichen Rechts.

Davon zu unterscheiden sind die fiduziarischen bzw. treuhänderischen Stiftungen. Sie verfügen über keine Rechtsfähigkeit und werden deshalb auch als nichtrechtsfähige oder rechtlich unselbständige Stiftungen bezeichnet. Ihre Zahl ist unbekannt, dürfte aber ähnlich hoch sein wie die der selbständigen Stiftungen. Die schätzungsweise 20.000 fiduziarische Stiftungen in Deutschland lauten häufig auf den Namen des Stifters oder der Stifter und werden bei kleineren zu stiftenden Summen bevorzugt, weil sie einfacher zu handhaben sind. Sie können ohne staatliche oder kommunale Mitwirkung errichtet werden und kommen zum einen bei rechtsfähigen Dachstiftungen unter, deren Stiftungszweck und Organe (Stiftungsrat und Stiftungsvorstand) sie teilen. Das Vermögen der fiduziarischen Stiftungen wird getrennt vom übrigen Stiftungsstammvermögen bewirtschaftet. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit samt der damit verbundenen Steuerbegünstigung erteilt für Träger- und für Treuhänderstiftungen das zuständige Finanzamt. Zum anderen kann die fiduziarische Stiftung eine Gebietskörperschaft, in der Regel eine Kommune, oder eine andere Körperschaft, zum Beispiel eine Universität, als Stiftungsträger wählen, widmet ihr Stiftungsvermögen einem öffentlichen Zweck, nutzt die Organe dieser Rechtspersönlichkeit und vertraut ihr die Bewirtschaftung des Vermögens und der Mittelvergabe an.

### Peter-Prinzip

Von dem kanadischen Erziehungswissenschaftler Laurence Peter 1969 glossierte Beobachtung, wonach in Hierarchien (z.B. in Behörden, Parteien und Unternehmen) jeder Beschäftigte grundsätzlich bis zu seiner Stufe der Unfähigkeit aufsteigt. Anders gesagt: Befördert werden erfolgreich tätige Mitarbeiter bis zu einer Position, in der sie versagen. Jede Karriere endet damit zwangsläufig in der Unfähigkeit – bei einem früher, beim anderen später; und mit dem bissigen Ergebnis, dass in Hierarchien prinzipiell Unfähigkeit regiert. Gestützt wird diese Meinung durch manche Umfragen unter Arbeitnehmern in Deutschland, wonach kaum die Hälfte von ihnen den direkten Vorgesetzten für kompetent hält.

Diese pauschale Kritik eines Wissenschaftlers richtet sich vor allem gegen die Art und Weise der Praxis der Personalbeurteilung. Sie orientiert sich vielfach an der Leistung in der aktuellen Position statt an den Anforderungen anzuknüpfen, die die neue Position verlangt. Das setzt beim Beurteilenden prospektives Denken voraus, um festzustellen, ob ein Bewerber über die Fähigkeiten verfügt, die für die neue Stelle benötigt werden.

Soweit das Peter-Prinzip gilt, wirkt es sich in öffentlichen Verwaltungen besonders nachteilig aus, weil bei Beamten eine funktionelle Herabstufung nicht möglich ist.

### Rating

Nicht erst seit der Finanzkrise und Kreditklemme spielt die Bonität auch bei Stadt- und Landkreisverwaltungen eine wichtige Rolle. Von ihrer Bonität hängen die Kreditkonditionen ab. Ob überhaupt und zu welchen Bedingungen eine Sparkasse, Landesbank oder ein anderes Kreditinstitut einer Gebietskörperschaft ein Darlehen gewährt, wird mittels Rating geprüft. Die Kreditwürdigkeitsprüfung geschieht entweder intern durch die Kreditinstitute selbst oder durch externe Ratingagenturen.

Während die Banken und Sparkassen früher jede gewährte Kreditsumme unabhängig vom Ausfallrisiko pauschal mit acht Prozent Eigenkapital unterlegen mussten, wird seit Anfang 2007 nach der Bonität des Schuldners differenziert („Basel II“). Bei minderer Bonität ist mehr Eigenkapital erforderlich und wird ein höherer Zins gefordert als bei erstklassigen Schuldnern. Zur Einschätzung der Zahlungsfähigkeit eines Kreditnehmers bildet man Ratingklassen, die die Kreditausfallwahrscheinlichkeiten festlegen. Die Einordnung in eine Klasse erfolgt bei einem bankinternen Rating nach bankeigenen Kriterien, bei international tätigen Ratingagenturen (z.B. bei Moody's, Standard & Poor's oder Fitch) nach einer umfassenden Prüfung des Kreditnehmers.

Kreisfreie Städte und Landkreise bemühen sich um ein gutes Rating, genauer: um einen guten Ratingprozess und ein gutes Ratingergebnis, um zinsgünstige Kredite zu erlangen. Da das Ausfallrisiko eines Darlehens mit der Länge der Laufzeit zunimmt, die Sparkasse oder Bank aber aus einem langfristig zugesagten Kredit nicht einfach aussteigen kann, muss sie mehr Eigenkapital unterlegen, was den Kredit verteuert.

Durch den Übergang von der kameralistischen zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung nähern sich öffentliche Verwaltungen mehr und mehr den in der Privatwirtschaft üblichen Bewertungen, die auf Zahlungsstromverläufen sowie Ertrags- und Bilanzanalysen basieren. Freilich sollte man die Anpassung nicht überstrapazieren, da Unternehmen und Verwaltungen in vielerlei Hinsicht unterschiedlichen Rahmenbedingungen ausgesetzt sind.

### Sanierungsmanagement

Mit diesem Begriff erfasst man in der Verwaltungspraxis zwei Aufgaben: städtebauliche Missstände zu beseitigen und Haushaltskrisen zu bewältigen. Sanierungsmaßnahmen sollen im erstgenannten Bereich vor allem dazu beitragen, dass bauliche Strukturen sozialen, hygienischen, ökologischen, kulturellen und wirtschaftlichen Erforder-

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



nissen besser gerecht werden. Dazu haben die Gemeinden Sanierungsgebiete in einer Satzung förmlich festzulegen. Grundeigentümer, Mieter, Pächter und sonstige Nutzungsberechtigte können sich zu Sanierungsgemeinschaften zusammenschließen, die dann die Sanierung gemeinsam durchführen. Das Sanierungsmanagement entwirft neben den Verbesserungszielen auch Maßnahmenkataloge mit Kosten- und Zeitplänen für die Beseitigung von baulichen Anlagen und die Neubebauung von Gebäuden und (Gewerbe- und Wohn-)Gebieten.

Im Unterschied zu diesem auf die Leistungssphäre bezogenen Sanierungsmanagement soll das finanzwirtschaftliche Sanierungsmanagement die Kommune vor Insolvenz schützen. Angesichts abwandernder und schließender Industriebetriebe und entsprechend sinkender Gewerbesteuererinnahmen einerseits, wachsender Sozialausgaben für Kindergärten, Jugendhilfe und Altenbetreuung andererseits, verfestigen sich nicht ausgeglichene Kommunalhaushalte. Viele kleine und mittlere Gemeinden und selbst zahlreiche Großstädte können inzwischen nicht mehr selbst über ihre Haushalte entscheiden, sondern bedürfen der Prüfung und Genehmigung der Aufsichtsbehörden.

Vom Sanierungsmanagement einer Kommune erwartet man ein Haushaltssicherungskonzept, das sich die Ursachen für die Haushaltskrise vornimmt, Ansatzpunkte zur Krisenfrüherkennung entwirft und Gegenmaßnahmen ergreift. Als Krisenursachen herrschen heutzutage vor – abgesehen von Steuermindereinnahmen und Sozialmehrausgaben – eine Aufgabenmehrung ohne korrespondierende Finanzierung, das Fehlen einer kommunalen Entwicklungsstrategie, das Fehlen von Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Schwächen in der Zusammenführung von Fach- und Ressourcenkompetenzen. Für die Krisenfrüherkennung bedarf es geeigneter Krisenverlaufprognosen und Frühwarnindikatoren. Letztere finden sich namentlich in den Bereichen Straßen- und Hochbauunterhaltung, Rücklagenwirtschaft und Schuldendienst (Kreditbeschaffungskosten, Zinsen und Tilgungen). Die Sanierungsmaßnahmen beinhalten Aspekte wie obligatorische oder freiwillige Aufgaben, Transparenz der Ausgaben und Einnahmen sowie Umfang und Standards der Aufgabenerfüllung, Kostensenkungs- und Einnahmegewinnungspotenziale.

### Stadtlogo und Stadtlogan

Das Streben der Städte, sich im Wettbewerb mit anderen Kommunen zu profilieren und für die Stadtbewohner Identität zu stiften, führt dazu, dass sie sich Markenzeichen (Logos) und Markensprüche (Slogans) zulegen. Seit dem Mittelalter gibt es Stadtsiegel, Stadtwappen und Stadtflaggen. Auch urale Bezeichnungen wie „Hansestadt Hamburg“ oder „Prag – die goldene Stadt“ oder „Rom – die ewige Stadt“ nutzten schon diese Marketinginstrumente.

Mit dem Logo will die Stadt ein Zeichen, gewissermaßen eine Duftmarke, setzen und etwas Einzigartiges assoziieren; sich zum Beispiel jugendlich geben oder einen positiven Unterschied gegenüber anderen Städten betonen oder das Stadtbild oder ein bekanntes Bauwerk visualisieren. Ähnlich verhält es sich mit den Slogans, die kurz und bündig informieren; wie beispielsweise die neueren Sprüche „Be Berlin“ oder „Freiburg: Green City“ oder „Karlsruhe: Residenz des Rechts“ oder „München: Weltstadt mit Herz“ oder „Stuttgart: Motor Deutschlands“.

Mit Logos und Slogans treten die Städte teils selbst, teils über vermittelnde Medien am Markt auf. Markt heißt jedoch nicht, dass die Stadt Verwaltungsleistungen verkaufen will. Ihr geht es um die Steigerung ihres Bekanntheitsgrades und um die Anziehungskraft für auswärtige Besucher. Deren Kaufentscheidungen in der Stadt sind hochwillkommen, und davon profitiert die Stadt indirekt etwa durch Steuermehreinnahmen. Das gewachsene Ansehen der Stadt dürfte ihr auch bei Einkäufen und Kreditaufnahmen, selbst bei der Personalrekrutierung helfen.

Städtische Markenzeichen und Markensprüche dienen der Stadt also regelmäßig nicht unmittelbar. Das städtische Markenmanagement kommt Dritten zugute. Dritte sind in diesem Fall zum einen die dem Netzwerk der Stadt angehörenden Dienste und Einrichtungen, zum anderen alle Bürger und Unternehmen der Stadt. Erstere fühlen sich von der Marke der Stadt vertreten, die eine Netzwerkmarke darstellt. Neben dieser gibt es für die einzelnen Organisationseinheiten im Netzwerk Stadt Einzelmarken zum Beispiel für das städtische Freibad, Krankenhaus, Altenheim, Museum, Theater, für die Stadtwerke, Verkehrsbetriebe, Wohnungsbaugesellschaft, Entsorgungsbetriebe usw. Für die zweite Gruppe, die Bürger und Unternehmen in der Stadt, bildet das städtische Markenmanagement oft eine gute Ergänzung des eigenen Marketings, weil die Stadtmarke ein positives Image des Wohn- und Firmensitzes fördert.

### Unkosten

Ein umgangssprachlich gern gebrauchtes Wort, das Eingang in die Verwaltungssprache fand etwa in Zusammenhang mit Unkostenbeitrag und Unkostenpauschale. Damit erfasst man eine runde Abfindungssumme für bestimmte Aufwendungen, bei denen aus Gründen der Arbeitsvereinfachung auf den Einzelnachweis der tatsächlich entstandenen Aufwendungen verzichtet wird. Die Bezeichnung Unkosten ist eine Art Unwort; wie dieses will man damit etwas Belastendes, Ungenaueres oder Unvorteilhaftes ausdrücken. Es scheint, als würde das Wort Unkosten allmählich verschwinden. In der betriebswirtschaftlichen Fachsprache und Rechnungslegung gibt es den Begriff Unkosten nicht, denn er ist wegen seiner Ungenauigkeit unbrauchbar.

### Verordnung

Dieser Rechtsbegriff ist uralte und von zentraler Bedeutung für das Verwaltungshandeln. Man versteht unter (Rechts-)Verordnung eine hoheitliche Anordnung für eine unbestimmte Vielzahl von Personen zur Regelung einer unbestimmten Vielzahl von Fällen. Die Anordnung ergeht nicht im förmlichen Gesetzgebungsverfahren; ist aber gleichwohl Gesetz im materiellen Sinn. Die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen können nach Art. 80 Abs. 1 Grundgesetz durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, wobei Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz zu bestimmen sind. In der Verordnung muss das ermächtigende Gesetz angegeben werden.

Ein Novum ist, dass eine Verordnung als Rechtsakt der EU eine dem nationalen Recht übergeordnete Bedeutung besitzt. Die EU-Verordnung ist unmittelbar nach ihrer Veröffentlichung in allen EU-Mitgliedstaaten gültig, ohne dass sich die nationalen Gesetzgebungsorgane noch damit befassen müssen. Einzelstaatliche Veränderungen scheiden aus. Diese Verordnungen haben Vorrang gegenüber nationalem Recht. Wenn ein deutsches Gesetz einer EU-Verordnung widerspricht, gilt automatisch die europäische Norm.

**DVP – Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!**



 [www.deutsche-verwaltungs-praxis.de](http://www.deutsche-verwaltungs-praxis.de)



Henning Biermann\*

## Ein Schornsteinfeger auf Abwegen

### – Fallbearbeitung aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht –

#### 1. Teil: Einführende Bemerkungen

Der nachfolgende Sachverhalt beschäftigt sich mit Rechtsproblemen auf dem Gebiet des Schornsteinfegerrechts. Da dieses Teilgebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts Studenten und den meisten Verwaltungspraktikern nicht besonders geläufig sein dürfte, sollen die nachfolgenden Ausführungen kurz in die Grundlagen dieser jüngst reformierten Rechtsmaterie einführen.

#### I. Historische Entwicklung und Rechtszustand im Schornsteinfegerrecht bis zum 28.11.2008

Das Schornsteinfegerrecht ist eine interessante Sondermaterie im Bereich zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht<sup>1</sup>. Als Teilgebiet des Handwerksrechts<sup>2</sup> unterfällt es der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 11 GG und hat bereits früh das Bundesverfassungsgericht beschäftigt<sup>3</sup>. Das Schornsteinfegerrecht kann auf eine Jahrhunderte währende Tradition zurückblicken. Bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 wurde in Teil 2, Titel 20, Abschnitt 17, §§ 1538 bis 1570 unter der Überschrift „Polizeygesetze zur Verhütung der Feuersbrünste“ in §§ 1544 und 1555 der Kehrzwang für Schornsteine angeordnet.

Rechtliche Grundlagen des Schornsteinfegerrechts waren bis zum 28.11.2008 das Schornsteinfegergesetz (SchfG) und die Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (VOSch)<sup>4</sup>, welche 1969 die bis dahin geltenden verschiedenen landesrechtlichen Kodifikationen ablösten. Das bis dahin partikular-regionale Schornsteinfegerrecht wurde im Deutschen Reich bereits 1935 durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 13.4.1935 vereinheitlicht. In diesem Gesetz wurden mit der Änderung des § 39 GewO reichsweit Kehrbezirke für Schornsteinfeger eingerichtet. Kehrarbeiten durften seitdem nur von Bezirksschornsteinfegermeistern (BSM) und deren Gesellen ausgeführt werden. Dieses seit mehr als 70 Jahren bestehende sog. „Kehrmonopol“ war bis zum 28.11.2008 in § 2 SchfG niedergelegt. Mit der Monopolstellung der nach §§ 3 ff. SchfG auf Lebenszeit bestellten und mit hoheitlichen Zwangsbefugnissen ausgestatteten Bezirksschornsteinfegermeistern korrespondierte die entsprechende Verpflichtung der Hauseigentümer bzw. Betreiber von Feuerungsanlagen, diekehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen zu den staatlichen festgesetzten Gebühren fristgerecht reinigen und überprüfen zu lassen (§§ 1, 24 f. SchfG in der bis zum 28.11.2008 geltenden Fassung).

Der im Mittelpunkt der nachfolgenden Klausur stehende Bezirksschornsteinfegermeister (BSM) handelt nach dem SchfG<sup>5</sup> teils privatrechtlich als Handwerker (vgl. § 3 II 1 SchfG), teils aber auch hoheitlich als Beliehener, soweit er nach § 3 II 2 SchfG im Rahmen der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme, auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie hinsichtlich einer rationellen Energieverwendung tätig wird (§ 3 II 2 SchfG). Die aufgabenbezogene Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Tätigkeit des BSM ist eine der Hauptschwierigkeiten im Schornsteinfegerrecht.

#### II. Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens vom 26.11.2008<sup>6</sup>

##### 1. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund der Gesetzesnovelle

Zahlreiche Regelungen des traditionellen deutschen Schornsteinfegerrechts waren rechtspolitisch seit jeher umstritten<sup>7</sup> und konnten vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in Bezug auf die Dienst- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 51 EGV nicht mehr aufrechterhalten werden. Die Europäische Kommission beanstandete insbesondere die Beschränkung der selbständigen Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks auf nur einen BSM pro Bezirk, das Verbot der Tätigkeit des BSM außerhalb seines Kehrbezirks, das Erfordernis der Eintragung in eine Bewerberliste sowie den Nachweis einer mindestens zweijährigen praktischen Tätigkeit im Betrieb eines BSM im betreffenden Bundesland innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung. Auch die Pflicht zum Nachweis der gesundheitlichen Eignung zur Ausübung der Tätigkeit und das Gebot, den Wohnsitz im Kehrbezirk oder in dessen Nahbereich zu nehmen, beanstandete die Kommission und leitete deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein<sup>8</sup>.

##### 2. Gesetzgebungsverfahren und wesentlicher Inhalt der Neuregelungen

###### a. Gesetzgebungsverfahren

Vor diesem Hintergrund entschloss sich die Bundesregierung, das Schornsteinfegerrecht mit dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens umfassend neu zu gestalten. Ein entsprechender

\* Oberregierungsrat Henning Biermann lehrt als Dozent für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht an der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommern.

1 Vgl. bereits BVerfGE 1, 264, 272: „Das Berufsrecht der Schornsteinfeger nimmt seit jeher im Rahmen des Handwerksrechts eine Sonderstellung ein. Die Einwirkung der beregten polizeilichen Gesichtspunkte, die Bedeutung, die der Beruf für die allgemeine öffentliche Sicherheit zukommt, und die besonderen körperlichen Anforderungen, die er an seine Mitglieder stellt, haben zu einer rechtlichen Gestaltung geführt, die gewerberechtliche und polizeirechtliche Bestandteile mit Regelungen, wie sie sich sonst nur im Beamtenrecht finden, in eigenartiger Weise verschmilzt.“

2 Bezirksschornsteinfegermeister sind in der Handwerksrolle eingetragen, in Innungen zusammengeschlossen und beschäftigen Gesellen und Auszubildende.

3 Bereits 1952 – BVerfGE 1, 264 ff. – musste das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der durch § 45 SchfVO 1935 festgelegten Höchstaltersgrenze von 70 Jahren für Bezirksschornsteinfegermeister befinden.

4 Vom 19.12.1969 (BGBl. I, 2363), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.12.2006 (BGBl. I, 2478, 2758). Aufgehoben durch Art. 4 II des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens vom 26.11.2008; BGBl. I, 2242.

5 Gesetz über das Schornsteinfegerwesen (Schornsteinfegergesetz – SchfG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 10.8.1998 (BGBl. I, 2071), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I, 2407, 2424).

6 BGBl. I, 2242 ff.

7 Ein Blick in das Internet unter dem Stichwort „Schornsteinfegermonopol“ fördert eine Vielzahl unterschiedlicher Initiativen für die Liberalisierung des Schornsteinfegermarktes zu Tage.

8 Ausführlich BDrS 173/08, 40.

Gesetzentwurf<sup>9</sup> wurde gem. Art. 76 II 1 GG am 14.03.2008 zunächst dem Bundesrat zugeleitet. Dieser machte am 25.04.2008 von seinem Recht zur Stellungnahme nach Art. 76 II 2 GG Gebrauch und schlug zahlreiche Änderungen des Gesetzes vor<sup>10</sup>. Am 22.05.2008 brachte die Bundesregierung den mit der Stellungnahme des Bundesrates und einer umfassenden Gegenäußerung der Bundesregierung versehenen Gesetzentwurf in den Bundestag ein<sup>11</sup>, wo er am 29.05.2008 in erster Lesung beraten und in die zuständigen Ausschüsse überwiesen wurde<sup>12</sup>. Der federführende Ausschuss für Wirtschaft und Technologie führte am 16.06.2008 eine öffentliche Sachverständigenanhörung durch. Aufgrund der von den Sachverständigen vorgeschlagenen Verbesserungen brachten die Fraktionen von SPD und CDU/CSU einen Änderungsantrag ein, der im Vergleich zum Regierungsentwurf erhebliche Änderungen enthielt<sup>13</sup>. Diese wurden vom federführenden Ausschuss mit den Stimmen der CDU/CSU und SPD angenommen, während Änderungs- und Entschließungsanträge der Fraktion der FDP, welche auf eine weitere Liberalisierung des Schornsteinfegerrechts zielten, abgelehnt wurden. Der Deutsche Bundestag hat das Gesetz in der Fassung der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie<sup>14</sup> am 27.06.2008 mit den Stimmen von CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Opposition<sup>15</sup> beschlossen. Unter Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte des Bundestages wurde das nicht zustimmungsbedürftige Gesetz am 28.11.2008 verkündet<sup>16</sup>. Es ist nach Art. 4i des Gesetzes zum Teil am 29.11.2008 in Kraft getreten, während andere Vorschriften erst ab dem 01.01.2013 Geltung beanspruchen.

## b. Wesentlicher Inhalt des Gesetzes

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens<sup>17</sup> wurde das Schornsteinfegerrecht nach der Selbsteinschätzung der Großen Koalition unter Vermeidung von Einbußen an Betriebs- und Brandsicherheit, dem Umweltschutz, dem Ziel der Energieeinsparung oder dem Klimaschutz gemeinschaftskonform umfassend novelliert<sup>18</sup>. Die Neuregelung beinhaltet eine Aufhebung oder Umgestaltung der dem Gemeinschaftsrecht widersprechenden Vorschriften bei gleichzeitiger Beibehaltung der bisherigen Kehrbezirke.

Kernstück des Reformvorhabens ist das als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens neu geschaffene „Gesetz über das Berufsrecht und die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk (SchfHwG), das in §§ 7 ff. SchfHwG nunmehr die Bestellung von **bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegern**<sup>19</sup> für die beibehaltenen Kehrbezirke vorsieht. Die bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger, die als Gewerbetreibende dem Schornsteinfegerhandwerk angehören (§ 8 II SchfHwG), sollen langfristig die BSM ersetzen, für die allerdings Übergangsregelungen getroffen wurden. Die Tätigkeit als bevollmächtigter Bezirksschornsteinfeger ist nach § 9 I SchfHwG von der zuständigen Behörde **öffentlich auszuschreiben**. Gem. § 10 I 1 SchfHwG ist die Bestellung auf **sieben Jahre befristet**. Bevollmächtigte Bezirksschornsteinfeger können nach § 10 I 2 SchfHwG grundsätzlich **nur für einen Bezirk** bestellt werden.

Mit Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens wurde das Schornsteinfegergesetz (SchfG)<sup>20</sup> geändert. §§ 1, 2 und 4 SchfG (Kehr- und Überprüfungspflicht, Kehrbezirke, Bewerbung) wurden aufgehoben, während der den Bezirksschornsteinfegermeister betreffende § 3 SchfG unverändert blieb. Nach dem neu gefassten § 5 SchfG darf als BSM auf bis zum 31.12.2009 frei werdende Kehrbezirke nur noch bestellt werden, wer bis zum 28.11.2008 in die Bewerberliste nach § 4 SchfG in der bis zu diesem Tage geltenden Fassung eingetragen ist. Ab dem 01.01.2010 werden nach § 5 Abs. 1 und 2 SchfG frei werdende Bezirke zwar – wie von der Europäischen Kommission gefordert – ausgeschrieben und nach Eignung, Leistung und Befähigung besetzt, aber bis zum 31.12.2012 weiterhin

ausschließlich mit BSM besetzt. Die Anzahl der Kehrbezirke bleibt bis zum 31.12.2012 nach § 5 II SchfG stabil. Bis zum 31.12.2012 dürfen Schornsteinfegerarbeiten nach § 1 II SchfHwG nur von den zuständigen BSM oder nach Maßgabe des § 13 III SchfG von Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz durchgeführt werden. Mit Ablauf des 31.12.2012 tritt das nunmehr ausschließlich Übergangsregelungen für BSM enthaltende SchfG außer Kraft und wird vollständig durch das SchfHwG ersetzt<sup>21</sup>. Zum 31.12.2012 wandeln sich die Bestellungen zum BSM einheitlich in „bevollmächtigte Bezirksschornsteinfeger“ um.

## II. Schwerpunktprobleme der Klausur

Im Mittelpunkt dieser Arbeit, die das Niveau einer mittelschweren vierstündigen Pflichtklausur an Fachhochschulen für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege<sup>22</sup> hat, stand neben der sicheren Beherrschung der Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO die genaue Analyse des Sachverhalts und der methodisch saubere Umgang mit unbekanntem Gesetzestexten.

### 2. Teil: Sachverhalt

U, der im Jahre 1994 vom Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern zum Bezirksschornsteinfegermeister für den Kehrbezirk Parchim-West bestellt wurde, ist in den letzten Jahren mehrfach mit der Aufsichtsbehörde in Berührung gekommen. So wurde ihm im Jahre 1999 ein Verweis wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung des Kehrbuches und der Nichteinhaltung von Kehrfristen erteilt. Im März 2004 wurde gegen ihn wegen wiederholten Verstoßes gegen die in § 25 III des Schornsteinfegergesetzes (SchfG) festgelegte Pflicht zur spezifizierten Rechnungserteilung ein weiterer Verweis erteilt. Schließlich wurde gegen U im Jahre

9 BRDrS 173/08 vom 14.3.2008.

10 BRDrS 173/08 (B) vom 25.04.2008. Unter anderem bat der Bundesrat in der 19 Punkte umfassenden Stellungnahme, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Bezeichnung „Bezirksschornsteinfeger“ an Stelle der im Regierungsentwurf ursprünglich gewählten Bezeichnung „Bezirksbevollmächtigter“ zu verwenden.

11 BTDrS 16/9237. In der Gegenäußerung stimmt die Bundesregierung wegen der bestehenden Verwechslungsgefahr mit dem BSM der vom Bundesrat geforderten Verwendung des Begriffes „Bezirksschornsteinfeger“ nicht zu; vgl. BTDrS 16/9237, 108.

12 BT, PIPr 16/163, 17268 f.

13 Zu den Einzelheiten BTDrS 16/9794, 15.

14 BTDrS 16/9794 vom 25.06.2008.

15 Die Fraktion der FDP bemängelte, dass mit dem Gesetz keine nachhaltige Liberalisierung des Schornsteinfegerwesens erfolge, die Fraktionen von Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen beklagten, das „unausgereifte und unvollständige“ Gesetz würde zum Abbau von Umweltschutz- und Sicherheitsstandards führen. Näher BTDrS 16/9794, 16.

16 BGBl. I, 2242.

17 Vom 26.11.2008; BGBl. I, 2242 ff.

18 Zu den Einzelheiten der Neuregelungen BRDrS 173/08, 40 ff.

19 Vgl. BTDrS 16/9794, 17. Ursprünglich war die Bezeichnung „Bezirksbevollmächtigter“ vorgesehen. Diese wurde von den Betroffenen aber als sehr technisch empfunden und im Gesetzgebungsverfahren durch eine Bezeichnung ersetzt, welche deutlich hervorheben soll, dass der Kehrbezirkseinhaber dem Schornsteinfegerhandwerk angehört und die die Identifikation mit dem Handwerk erleichtert.

20 In der Fassung der Bekanntmachung vom 10.08.2008 – BGBl. I, 2071 –, zuletzt geändert durch Art. 147 der VO vom 31.10.2006; BGBl. I, 2407.

21 Vgl. Art. 4 IV des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens.

22 Der folgende Fall wurde im Februar 2006 in leicht abgewandelter Form am Fachbereich Allgemeine Verwaltung der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung und Rechtspflege des Landes Mecklenburg-Vorpommern als Pflichtklausur für Anwärter des gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes im Fach Allgemeines Verwaltungsrecht gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 240 Minuten. Die Daten wurden für die Veröffentlichung aktualisiert.

2006 ein Warngeld in Höhe von 4.000 € festgelegt, da er in insgesamt 350 von ihm betreuten Gebäuden die Rauchrohre an Ölfeuerungsanlagen nicht ordnungsgemäß gekehrt hatte. Überdies wurde gegen U im Jahre 2005 bei der Staatsanwaltschaft Schwerin ein Strafverfahren wegen versuchter schwerer Körperverletzung eingeleitet, das aber nach § 170 StPO eingestellt wurde.

Im September 2007 wird dem Wirtschaftsministerium durch die Staatsanwaltschaft Schwerin mitgeteilt, dass gegen U ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen Bestechlichkeit nach § 332 StGB eingeleitet wurde. U wird zur Last gelegt, mit dem Versprechen, es „bei der Einhaltung der Immissionswerte nicht allzu genau nehmen zu wollen“ von zahlreichen seiner Kunden Sach- und Geldgeschenke angenommen zu haben, was durch eine Vielzahl von Zeugenaussagen bestätigt wird.

Nunmehr ist man beim Wirtschaftsministerium der Auffassung, es sei geboten, unverzüglich gegen U einzuschreiten. Nach Anhörung des Vorstands der Schornsteinfegerinnung wie auch des U wird diesem daher die Ausübung seiner Befugnisse als Bezirksschornsteinfegermeister bis zum Abschluss des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens untersagt und ihm gleichzeitig mitgeteilt, bei einer strafrechtlichen Verurteilung müsse er mit der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens rechnen, in dem die Aufhebung der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister drohe.

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung wird damit begründet, dass es – auch in Betracht der zahlreichen beruflichen Verfehlungen in der Vergangenheit – nicht hinnehmbar sei, dass U bis zur Klärung der massiven strafrechtlichen Vorwürfe weiterhin seiner Tätigkeit nachgehe. Zwar stelle die einstweilige Untersagung einen erheblichen Eingriff in die Rechte des U dar, der aber durch das Interesse der Kunden, vor einem nicht vertrauenswürdigen Bezirksschornsteinfegermeister geschützt zu werden, gerechtfertigt sei. Am 21.02.2008 versuchte der Postbedienstete P, ein entsprechendes Schriftstück mit Zustellungsurkunde in der Wohnung des U zuzustellen, traf dort aber niemanden an. Unter Vermerk des Zustellungsdatums auf dem verschlossenen Umschlag schob P daher das Schriftstück durch den Briefschlitz der Haustür des U durch.

U wendet sich am 25.03.2008 an das Verwaltungsgericht Schwerin und erhebt „Klage gegen die Ordnungsverfügung in allen Punkten, auch gegen das angekündigte Aufhebungsverfahren“. Mit gleichem Schreiben bittet er das Gericht, „mit sofortiger Wirkung etwas gegen die staatliche Willkürmaßnahme“ zu unternehmen und „sicher zu stellen, dass ich bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit meiner Tätigkeit weiter nachgehen kann“. Es sei nicht akzeptabel, dass ihm auf einen bisher unbewiesenen Verdacht hin die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen werde. Schließlich müsse jedermann bis zum gerichtlichen Nachweis seiner Schuld als unschuldig gelten und gegen ihn sei bisher noch nicht einmal öffentliche Klage erhoben worden. Auch seien die ihm zur Last gelegten Vorwürfe nicht so schwer wiegend, dass sie im Fall einer Verurteilung einen Widerruf der Bestellung rechtfertigen würden. Was die angeblichen beruflichen Verfehlungen in der Vergangenheit angehe, so habe es sich schließlich um Kleinigkeiten gehandelt und das Warngeld im Jahre 2006 sei zu Unrecht festgesetzt worden.

**Aufgabe:** Wird der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes Erfolg haben?

### 3. Teil: Lösungsvorschlag

#### A. Auslegung des Begehrens

Das Begehren des U ist nach § 88 VwGO dahin auszulegen, dass er einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz sowohl gegen die einst-

weilige Untersagung der Berufsausübung, als auch gegen die Ankündigung des Widerrufsverfahrens begehrt. Das Gericht ist bei der Auslegung von Anträgen nach § 88 VwGO nur an das erkennbare Rechtsschutzziel, nicht aber an die Fassung und den Wortlaut der Anträge gebunden. Nach dem aus Art. 19 IV GG folgenden Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes als Auslegungshilfe ist im Zweifel zu Gunsten des Rechtsschutzsuchenden anzunehmen, dass dieser den in der Sache in Betracht kommenden zum Ziel führenden Rechtsbehelf einlegen will.

In der Sache geht es U um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Das macht seine Aussage, er bitte das Gericht „mit sofortiger Wirkung etwas gegen die staatliche Willkürmaßnahme“ zu unternehmen und „sicher zu stellen, dass ich bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit meiner Tätigkeit weiter nachgehen kann“, hinreichend deutlich. Eine technisch richtige Bezeichnung des gewählten Rechtsbehelfs kann von einem rechtsunkundigen Laien, der vor dem Verwaltungsgericht gem. § 67 I VwGO keinem Vertretungszwang unterliegt, nicht verlangt werden<sup>23</sup>. Unschädlich ist daher, dass U den Antrag nicht als solchen bezeichnet hat<sup>24</sup>.

#### B. Zulässigkeit des Antrags

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges in der Hauptsache

Mangels auf- bzw. abdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Das ist nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie<sup>25</sup> der Fall, wenn die Beurteilung des Rechtsstreits sich nach solchen Vorschriften richtet, die ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt zum Handeln verpflichten oder berechtigen.

##### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bezüglich der vorläufigen Untersagung der Berufsausübung

###### a. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Streitentscheidende Norm bezüglich der einstweiligen Untersagung der Berufsausübung bis zum Abschluss des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist § 28 S. 1 SchfG. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Verwaltungsbehörde dem Bezirksschornsteinfegermeister die Ausübung seiner Befugnisse unter bestimmten Voraussetzungen bis zum Abschluss eines schwebenden Widerrufs- oder Strafverfahrens untersagen. Diese Behörde ist zwar selbst kein Hoheitsträger, übt aber als Organ für den hinter ihr stehenden Hoheitsträger öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit aus. Die Streitigkeit ist daher öffentlich-rechtlich.

###### b. Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art

Verfassungsrechtliche Streitigkeiten liegen nur dann vor, wenn Verfassungsorgane über Rechte und Pflichten streiten, die sich un-

<sup>23</sup> VGH München NVwZ-RR 1990, 99.

<sup>24</sup> Im Verwaltungsprozess ist sogar die Umdeutung eines falsch bezeichneten Rechtsbehelfs in einen anderen möglich: Vgl. etwa BVerwG, NVwZ 1991, 510 – Umdeutung eines als „Widerspruch“ bezeichneten, an das Verwaltungsgericht adressierten Schriftsatzes eines rechtsunkundigen Klägers in eine Klage – und BVerwG 52, 169; DVBl 1974, 293; VGH München BayVBl 1988, 659 – Umdeutung einer Anfechtungsklage in eine Verpflichtungsklage.

<sup>25</sup> Vgl. statt aller Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 200, § 3 Rn. 17 ff; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage 2006, § 40 Rn. 11 m.w.N.



mittelbar aus der Verfassung ergeben<sup>26</sup>. Hier streitet ein Bürger mit dem Wirtschaftsministerium um die Anwendung des Schornsteinfegerrechts als Teilgebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts, so dass die Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art ist.

Der Verwaltungsrechtsweg in der Hauptsache ist bezüglich der einstweiligen Untersagung der Berufsausübung eröffnet.

## 2. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bezüglich der Aufhebung der Bestellung zum BSM

Ein – hier allein in Betracht zu ziehender – Widerruf der Bestellung zum BSM kann auf der Grundlage des § 11 II SchfG erfolgen. Diese Rechtsvorschrift enthält kein verpflichtetes Zuordnungsobjekt, so dass es zur Bestimmung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Streitigkeit einer „Hilfsnorm“ bedarf.

Die zuständigen Stellen für den Vollzug des Schornsteinfegerrechts in Mecklenburg-Vorpommern sind in der Landesverordnung über Zuständigkeiten im Schornsteinfegerwesen (SchfGZustVO M-V)<sup>27</sup> bestimmt, wobei es dort aber an einer zuständigen Behörde für Rücknahme und Widerruf der Bestellung zum BSM fehlt. Für den Widerruf einer Bestellung zum BSM nach § 11 II SchfG kann nach allgemeinen Grundsätzen nur die Behörde zuständig sein, die den BSM bestellt hat<sup>28</sup>. Das ist nach § 2 I SchfGZustVO M-V das Wirtschaftsministerium, das als oberste Landesbehörde i.S.d. § 5 LOG M-V<sup>29</sup> zwar selbst kein Hoheitsträger ist, aber als Organ für den hinter ihr stehenden Hoheitsträger (das Land Mecklenburg-Vorpommern) öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausübt. Bezüglich des fehlenden verfassungsrechtlichen Charakters der Streitigkeit ist auf die Ausführungen unter B.I.1.b. zu verweisen.

Der Verwaltungsrechtsweg in der Hauptsache ist nach alledem bezüglich beider Streitgegenstände eröffnet.

## II. Statthaftigkeit des Antrags

### 1. Statthaftigkeit des Antrags bezüglich der vorläufigen Untersagung der Berufsausübung

Als Hauptrechtsschutzformen des einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutzes kennt die VwGO den Aussetzungsantrag nach § 80 V VwGO und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 V VwGO. Das Verhältnis der beiden Rechtsschutzformen ist durch § 123 V VwGO vorgegeben. Ein Antrag nach § 123 V VwGO ist nicht statthaft, wenn und soweit sich einstweiliger Rechtsschutz durch die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs erreichen lässt.

Der Antrag des U könnte hier gem. § 80 V 1 Alt. 1 VwGO als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der am 13.03.2008 erhobenen Klage statthaft sein. Das wäre der Fall, wenn U in der Hauptsache Rechtsschutz über eine Anfechtungsklage erreichen könnte. Dies wiederum würde gem. §§ 68 I 1, 42 I Alt. 1 VwGO voraussetzen, dass die einstweilige Untersagung der Berufsausübung ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG M-V ist, deren Aufhebung U begehrt. Die vorläufige Berufsuntersagung ist eine einseitige Handlung der Verwaltungsbehörde Wirtschaftsministerium, die Erklärungsinhalt aufweist und auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge, nämlich eines vorläufigen Verbots gerichtet ist. Die mithin befehlenden Regelungscharakter<sup>30</sup> aufweisende Untersagungsverfügung betrifft eine konkret-individuelle Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

Fraglich ist allerdings die Außenwirkung der Maßnahme, denn gem. § 3 II 2 SchfG nimmt der BSM bei der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme und bei Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissi-

onsschutzes sowie der rationellen Energieverwertung hoheitliche Aufgaben wahr. Der BSM ist mithin ein klassischer „Beliehener“<sup>31</sup>, dem einzelne öffentliche Aufgaben zur Erfüllung in öffentlicher Handlungsform im eigenen Namen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen worden sind<sup>32</sup>. Insofern steht U in einem besonderen Näheverhältnis<sup>33</sup> zum Land Mecklenburg-Vorpommern.

Die in einem solchen Verhältnis getroffenen Maßnahmen haben Außenwirkung, wenn die Maßnahme eine Rechtsfolge für den Betroffenen als natürliche Person setzen soll und dessen Grundrechtssphäre berührt<sup>34</sup>. Dies ist bezüglich des U der Fall, weil die vorläufige Berufsuntersagung keine bloße innerdienstliche Weisung ist, die U gleichsam als Glied der Verwaltungsorganisation in amtlicher Hinsicht trifft, sondern unmittelbare Auswirkungen auch auf seine persönliche Lebensführung hat. Insbesondere trifft die vorläufige Berufsuntersagung den gesamten in § 13 SchfG geregelten Aufgabenbereich und bezweckt insofern unmittelbare Auswirkungen auf seinen durch Art. 12 GG grundrechtlich geschützten Lebensbereich.

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung ist mithin ein Verwaltungsakt, gegen den in der Hauptsache Rechtsschutz über Anfechtungsklage zu erreichen ist. Bezüglich der Untersagungsverfügung ist gem. § 80 V 1 Alt. 1 VwGO ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der am 13.03.2008 erhobenen Klage statthaft.

### 2. Statthaftigkeit des Antrags bezüglich der Ankündigung des Widerrufs der Bestellung zum BSM<sup>35</sup>

Fraglich ist dagegen die Regelungswirkung der bloßen Ankündigung der Einleitung eines Widerrufsverfahrens durch das Wirtschaftsministerium. Eine Regelung liegt nur dann vor, wenn die Maßnahme nach dem Willen der Behörde darauf gerichtet ist, einseitig und mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit eine unmittelbare Rechtswirkung zu erzeugen.

Hier kündigt das Wirtschaftsministerium jedoch bloß eine Gestaltung der Lebenswirklichkeit für die Zukunft – nämlich den Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister – an. Die bloße Ankündigung der Einleitung eines Verfahrens enthält noch keine verbindliche Regelung, sondern weist lediglich auf möglicherweise in der Zukunft eintretenden Rechtsfolgen hin. Eine verbindliche Vorentscheidung für den Widerruf der Bestellung in der Zukunft ist mit dieser Ankündigung nicht verbunden. Die Frage eines eventuellen Widerrufs müsste vielmehr in der Zukunft eigenständig

26 Zum Erfordernis einer sog. „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ verfassungsrechtlicher Streitigkeiten ausführlich Kopp/Schenke, VwGO (Fn. 19) § 40 Rn. 32.

27 Vom 30.12.1991, GVOBl. M-V 1992, 9.

28 Allgemein zu dieser sog. „actus-contrarius-Theorie“ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 48 Rn. 164 f.

29 Organisationsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 14.3.2005; GVOBl. M-V, 98.

30 Das unterscheidet die einstweilige Untersagung der Berufsausübung vom Widerruf der Bestellung zum BSM, die rechtsgestaltenden Regelungscharakter hat.

31 Vgl. nur BGHZ 62, 372; OVG Schleswig, NVwZ-RR 1993, 395.

32 So die Legaldefinition in § 12 II 1 LOG M-V. In § 12 II 2 LOG M-V wird zusätzlich gefordert, dass die Beleihung im Amtsblatt für Mecklenburg-Vorpommern bekannt zu machen ist.

33 Gebräuchlich sind in diesem Zusammenhang auch die Begriffe „besonderes Gewaltverhältnis“ und „Sonderstatusverhältnis“ und „Sonderrechtsverhältnis“; vgl. ausführlich Maurer, (Fn. 19), § 6 Rn. 17 ff.

34 Vgl. Ruffert, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 20 Rn. 46; Maurer (Fn. 19) § 9 Rn. 28.

35 Entsprechende Ausführungen können in der Klausur nicht erwartet werden. Bearbeiter, die diesen Punkt dennoch klausuradäquat (also nicht zu ausführlich) prüfen, verdienen besonderes Lob.



entschieden werden, wobei das Wirtschaftsministerium zum Widerruf der Bestellung verpflichtet wäre, sollten die Voraussetzungen des § 11 II SchfG vorliegen. Der bloßen Ankündigung eines Widerrufs der Bestellung zum BSM fehlt dagegen das Regelungselement. Sie ist daher kein Verwaltungsakt, sondern Schlichtes Verwaltungshandeln. Einstweiliger Rechtsschutz wird in einem solchen Fall ausschließlich nach § 123 VwGO gewährt, wobei hier ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO statthaft ist.

### 3. Antragsbefugnis

#### a. Antragsbefugnis bezüglich der vorläufigen Berufsuntersagung

U ist nach dem im einstweiligen Rechtsschutz analog anwendbaren § 42 II VwGO nur antragsbefugt, wenn er geltend machen kann, durch die Untersagungsverfügung in seinen Rechten verletzt zu sein. Bei U, der Adressat belastender Verwaltungsakte wurde, erscheint jedenfalls eine Verletzung seines Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG möglich<sup>36</sup>, so dass er antragsbefugt ist. Vorrangig ist allerdings auf eine mögliche Verletzung der in art. 12 I garantierten Berufsfreiheit abzustellen.

#### b. Antragsbefugnis bezüglich der Ankündigung eines Widerrufsverfahrens

Bezüglich der bloßen Ankündigung eines Widerrufsverfahrens kann U dagegen nach dem oben unter B II. 2. Gesagten nicht geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein. Der entsprechende Antrag ist daher unzulässig.

### 4. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

#### a. Keine offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfs

Die Anfechtungsklage des U dürfte nicht offensichtlich unzulässig sein.

#### aa. Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

Der Durchführung eines Vorverfahrens bedurfte es gem. § 68 I 2 Nr. 1 VwGO nicht, da das Wirtschaftsministerium nach § 5 LOG M-V eine oberste Landesbehörde ist und auch kein Gesetz die verwaltungsinterne Nachprüfung der Entscheidung vorschreibt.

#### bb. Klagefrist nach § 74 I 2 VwGO

Die nach §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I, 188 II Alt. 1 BGB zu berechnende Klagefrist des § 74 I 2 VwGO ist eingehalten worden.

Die Ordnungsverfügung wurde am 21.02.2008 gem. §§ 96 I, II VwVfG M-V i.V.m 180 ZPO wirksam durch Ersatzzustellung zugeestellt<sup>37</sup>. Die Voraussetzungen des § 180 ZPO – Unmöglichkeit der Zustellung nach § 178 I Nr. 1 oder 2 ZPO – sind, da U in seiner Wohnung nicht angetroffen wurde, vorliegend erfüllt. Das Durchschieben durch den Türschlitz erfüllt nach der Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal des Einlegens in eine „ähnliche Vorrichtung“<sup>38</sup>. Gemäß §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I, 188 II 1. Alt. BGB endete die Klagefrist daher „rechnerisch“ am 21.03.2008. Dies war jedoch Karfreitag und damit ein gesetzlicher Feiertag nach § 2 I Nr. 2 FTG M-V<sup>39</sup>. Da auch der 24.03.2008 als Ostermontag ein gesetzlicher Feiertag nach § 2 I Nr. 3 FTG M-V war, konnte die Klage gem. § 222 II ZPO fristgerecht noch bis zum Dienstag, dem 25.03.2008 eingelegt werden. Mit der

Klageerhebung beim gem. §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO i.V.m. 10 II GStRG M-V<sup>40</sup> sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsgericht Schwerin an diesem Tag hat U daher die Klagefrist gewahrt.

#### b. Entfall der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs

Die Klage hat wegen § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 28 Satz 5 SchfG keine aufschiebende Wirkung.

#### c. Entbehrlichkeit eines vorherigen behördlichen Aussetzungsantrags

Ein vorheriger Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 IV VwGO war gem. § 80 VI 1 VwGO nicht erforderlich, so dass sich U sogleich an das Gericht wenden konnte.

### 5. Ordnungsgemäße Antragsstellung

Eine ordnungsgemäße Antragsstellung nach §§ 81, 82 VwGO analog ist gegeben. U stellte seinen Antrag auf einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz schriftlich; von einem ordnungsgemäßen Inhalt der Antragschrift ist auszugehen. Insbesondere stellt U einen bestimmten – wenn auch erst durch Auslegung nach § 88 VwGO zu ermittelnden – Antrag.

### 6. Richtiger Antragsgegner

Gem. 78 I Nr. 2 VwGO analog i.V.m. § 14 II AGGStRG M-V analog ist der Antrag in Mecklenburg-Vorpommern immer gegen die Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Richtiger Antragsgegner ist daher das Wirtschaftsministerium M-V.

### 7. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

U ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig, da er als Volljähriger nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig ist. Ein Vertretungserfordernis nach § 67 II, III VwGO besteht nicht.

Die Beteiligungsfähigkeit des Wirtschaftsministeriums folgt aus § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AGGStRG M-V, die Prozessfähigkeit aus § 62 III VwGO.

### C. Begründetheit des Antrags

Der Antrag des U auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage ist begründet, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass sein Suspensivinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

Diese Abwägung richtet sich – dem Rechtsgedanken des § 80 IV 3 VwGO folgend – in erster Linie nach den Erfolgsaussichten in der

36 Ausführlich zur Begründung der Klage- und Antragsbefugnis durch die herrschende sog. „Möglichkeitstheorie“ Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage, Rn. 494.

37 Daher stellt sich auch nicht – wie einige Bearbeiter irrtümlich annahmen – das Problem der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs gegen einen nicht ordnungsgemäß bekannt gegebenen Verwaltungsakts. Vgl. zu dieser Problematik Kopp/Schenke (Fn. 36), § 69 Rn. 3; VG Gießen NVwZ-RR 1990, 412.

38 BVerwG NJW 1973, 1945; RG DJ 1938, 1425; Stöber, in: Zöller, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 180 Rn. 3.

39 Feiertagsgesetz Mecklenburg-Vorpommern i.d.F. der Bekanntmachung vom 8.3.2002 (GVBl. M-V, 145), geändert durch Gesetz vom 20.7.2004 (GVBl. M-V, 390).

40 I.d. F. vom 7.4.1998, GVBl. M-V, 444, ber. 549.

Hauptsache. Ein Interesse am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kann wegen der Rechtsbindung der Verwaltung nach Art. 20 III GG nicht bestehen.

Der Antrag des U ist daher begründet, wenn die Untersagungsverfügung rechtswidrig ist und U in seinen Rechten verletzt wird.

### 1. Formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Als belastender Verwaltungsakt bedurfte die Maßnahme gem. dem aus Art. 1 III, 20 III GG folgenden Vorbehalt des Gesetzes einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Als solche kommt § 28 S. 1 SchfG in Betracht.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit

Für die einstweilige Untersagung ist nach §§ 52 SchfG, 2 I SchfGZustVO M-V das Wirtschaftsministerium zuständig.

### 2. Verfahren

#### a. Anhörung des U

Die nach § 28 I VwVfG M-V erforderliche, nicht nach § 28 II oder III VwVfG M-V entbehrliche Anhörung des U hat stattgefunden.

#### b. Anhörung des Vorstands der Schornsteinfegerinnung

Die nach § 28 S. 2 SchfG erforderliche Anhörung des Vorstands der Schornsteinfegerinnung wurde ebenfalls durchgeführt.

#### c. Form und Begründung

Die Ordnungsverfügung wurde nach § 37 II 1 VwVfG M-V schriftlich erlassen und gem. § 39 I VwVfG M-V ordnungsgemäß begründet.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 S. 1 SchfG

Der Tatbestand des § 28 S. 1 SchfG setzt voraus, dass gegen einen Bezirksschornsteinfegermeister ein Widerrufsverfahren oder ein Strafverfahren wegen einer Tat schwebt, die den Widerruf der Bestellung rechtfertigen würde.

#### a. Bezirksschornsteinfegermeister

U ist Bezirksschornsteinfegermeister nach § 3 I SchfG, da er 1994 vom zuständigen Wirtschaftsministerium M-V für den Kehrbezirk Parchim-West als solcher wirksam bestellt wurde.

#### b. Schweben eines Widerrufs- oder Strafverfahrens

Gegen U schwebt zwar noch kein Widerrufsverfahren nach §§ 11 II, III SchfG – die Einleitung eines solchen Verfahrens wurde vielmehr durch das Wirtschaftsministerium erst für den Fall einer strafrechtlichen Verurteilung angekündigt – allerdings ermittelt gegen ihn die Staatsanwaltschaft nach § 332 StGB.

Für das „Schweben eines Strafverfahrens“ genügt bereits die Aufnahme staatsanwaltlicher Ermittlungen nach § 160 StPO. Der Erhebung der öffentlichen Klage nach § 170 StPO bedarf es nicht<sup>41</sup>. Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung soll als eine Art Sofortmaßnahme der Gefahrenabwehr bereits dann ergriffen werden können, wenn gegen den Betroffenen wegen des Verdachts einer Straftat ermittelt wird. Um mit dem verfassungsrechtlich fundierten – letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden – Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht in Konflikt zu geraten, ist § 28 SchfG verfassungskonform jedoch so auszulegen, dass der Verdacht sich jedenfalls so konkretisiert hat, dass eine strafrechtliche Verurteilung des Beschuldigten jedenfalls wahrscheinlich ist<sup>42</sup>. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da die U zur Last gelegten Verfehlungen durch eine Vielzahl von Zeugenaussagen verifiziert sind<sup>43</sup>.

### c. Schwebendes Strafverfahren wegen einer Tat, die den Widerruf der Bestellung rechtfertigen würde“

Ob die U vorgeworfene Straftat der Bestechlichkeit eine Straftat ist, die den Widerruf der Bestellung rechtfertigen würde, ist an Hand der in § 11 II Nr. 1 und 2 SchfG niedergelegten Kriterien zu beurteilen<sup>44</sup>.

#### aa. Vorliegen eines Widerrufsgrunds nach § 11 II Nr. 1 SchfG

Nach § 11 II Nr. 1 SchfG setzt ein Widerruf das Fehlen der erforderlichen persönlichen oder fachlichen Zuverlässigkeit voraus.

#### (1) Fehlen der erforderlichen Zuverlässigkeit im Falle der Verurteilung

Zuverlässigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff ohne Legaldefinition und Beurteilungsspielraum, dessen Auslegung durch die Exekutive vollgerichtlich überprüfbar ist. Da der BSM nach § 3 II 1 als Gewerbetreibender dem Handwerk angehört, liegt es nahe, zunächst auf den gewerberechtlichen Unzuverlässigkeitsbegriff abzustellen, wonach unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird<sup>45</sup>. Hinsichtlich der persönlichen Zuverlässigkeit eines BSM sind allerdings wegen seiner Beleihung mit Hoheitsbefugnissen im Bereich der Gefahrenabwehr nach § 3 II 2 SchfG und auch seines umfassenden und anspruchsvollen Aufgabekatalogs gem. § 13 SchfG besondere Anforderungen zu stellen.

#### (2) Unzuverlässigkeit bei Pflichtverletzungen von erheblichem Gewicht

Vom Fehlen der erforderlichen Zuverlässigkeit ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Bezirksschornsteinfegermeister Pflichtverletzungen von erheblichem Gewicht begangen hat<sup>46</sup>.

Eine solche besonders gravierende Pflichtverletzung könnte die U vorgeworfene mehrfache Annahme von Geld- oder Sachleistungen

41 Vgl. OVG Münster MedR 1997, 34 m.w.N. zur parallelen Problematik des Ruhens der Approbation nach § 8 BAPO.

42 Vgl. zur Parallelproblematik des § 8 I BAPO VGH Mannheim NJW 1991, 2366; OVG Münster MedR 1989, 44; OVG Münster MedR 1997, 34.

43 Spezifische Kenntnisse der strafrechtlichen Problematik konnten von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Nur sehr umsichtige Bearbeiter thematisierten daher die im Sachverhalt angesprochene Problematik des § 28 SchfG in Hinblick auf die Unschuldsvermutung des Art. 6 II EMRK.

44 Der Widerrufsgrund des § 11 III SchfG ist dagegen von persönlichen Kriterien unabhängig und deshalb aus der Betrachtung auszuscheiden.

45 Grundlegend BVerwGE 65, 1 ff. = NVwZ 1982, 503.

46 OVG Lüneburg GewArch 2003, 255.

als Gegenleistung für eine pflichtwidrige Amtshandlung sein. Sollten sich die Vorwürfe gegen U bestätigen, droht ihm eine Verurteilung wegen Bestechlichkeit nach § 332 StGB<sup>47</sup>.

Bei der Bestechlichkeit handelt es sich um ein sog. Amtsdelikt, dessen Schutzzweck es ist, das Vertrauen der Bevölkerung in die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit hoheitlicher Tätigkeit zu gewährleisten. Die besondere sozioethische Missbilligung der Bestechlichkeit wird durch den im Vergleich zu anderen Amtsdelikten relativ hohen Strafrahmen der Bestechlichkeit bestätigt.

So ist eine Straftat nach § 332 StGB bereits im Grunddelikt mit einer Freiheitsstrafe nicht unter 6 Monaten bis zu fünf Jahren bedroht und auch der Versuch ist nach § 332 I 3 StGB strafbar. Nach § 335 I Nr. 1 StGB sind besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit – bei U kommt die Erfüllung der Regelbeispiele des §§ 335 II Nr. 1 oder 2 StGB in Betracht – sogar mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu 10 Jahren bedroht, was die Schwere des gegen U erhobenen Schuldvorwurfs verdeutlicht. Bereits das spricht dafür, eine mögliche Bestechlichkeit als einen besonders gravierenden Pflichtverstoß, anzusehen, welcher die persönliche und fachliche Eignung eines BSM ausschließt.

Untermauert wird diese Einschätzung durch eine systematische Analyse der in § 11 II Nr. 1 bis 3 aufgeführten Widerrufsgünde<sup>48</sup>. So genügt für den (zwingenden) Widerruf der Bestellung nach § 11 II Nr. 3 SchfG mit der Fortführung eines unerlaubten Nebenerwerbs trotz Verhängung eines Warngeldes bereits ein im Vergleich zur Bestechlichkeit deutlich weniger gravierender Pflichtenverstoß. Zum Widerruf der Bestellung nach § 11 II Nr. 2 SchfG genügt bereits eine – wenn auch schuldhaft gröbliche und wiederholte – Verletzung „bloßer“ Berufspflichten<sup>49</sup>. Erst recht wäre daher eine Bestechlichkeit mit dem Beruf des Bezirksschornsteinfegermeisters unvereinbar.

Gegen U schwebt ein Strafverfahren wegen einer Tat, die den Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister rechtfertigen würde.

#### bb. Vorliegen eines Widerrufsgrunds nach § 11 II Nr. 2 SchfG

Zusätzlich könnte U auch noch den Widerrufsgrund des § 11 II Nr. 2 SchfG erfüllen. Das würde allerdings voraussetzen, dass gegen U innerhalb der letzten zehn Jahre zweimal wegen Verletzung seiner Berufspflichten ein Warnungsgeld angeordnet worden ist und dieser danach erneut schuldhaft gröblich seine Berufspflichten verletzt. Gegen U wurden in den vergangenen zehn Jahren allerdings lediglich in den Jahren 1999 und 2004 zwei Verweise nach § 27 I 1 Nr. 1 SchfG erteilt. Erst im Jahre 2006 wurde gegen U erstmals die schärfere Aufsichtsmaßnahme des Warnungsgeldes nach § 27 I 1 Nr. 2 SchfG verhängt. Die Untersagung der Ausübung der Befugnisse als BSM bis zur Entscheidung des Verfahrens kann daher nicht auf § 28 S. 1 SchfG i. V. m. § 11 II Nr. 2 SchfG gestützt werden.

#### d. Zwischenergebnis

Gegen U, der BSM ist, schwebt ein Strafverfahren wegen einer Tat, die den Widerruf der Bestellung nach § 11 II Nr. 1 SchfG erfüllen würde. Der Tatbestand des § 28 S. 1 SchfG ist erfüllt.

### 2. Rechtsfolgenseite der Norm

Nach § 28 S. 1 SchfG kann die zuständige Verwaltungsbehörde dem BSM die Ausübung seiner Befugnisse bis zur Entscheidung des Verfahrens untersagen. Das Wirtschaftsministerium hat über die einstweilige Untersagung der Berufsausübung während eines schwebenden strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens eine Ermessensentscheidung zu treffen.

#### a. Kein Vorliegen von Ermessensfehlern im engeren Sinne

Nach § 40 VwVfG M-V ist das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben, wobei die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten sind. Gem. § 114 VwGO hat das Verwaltungsgericht die von der Behörde getroffene Entscheidung daraufhin zu überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. § 114 VwGO ermöglicht dem Gericht die Überprüfung der behördlichen Entscheidung auf Ermessensfehler im engeren Sinne, namentlich auf Ermessensnichtgebrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlgebrauch.

Solche Ermessensfehler können dem Wirtschaftsministerium indes nicht zur Last gelegt werden. Insbesondere war sich das Wirtschaftsministerium bewusst, eine Ermessensentscheidung zu treffen und hielt sich nicht irrtümlich für gebunden. Die gesetzlichen Grenzen des Ermessens hat die zuständige Behörde mit der in § 28 S. 1 SchfG ausdrücklich vorgesehenen Rechtsfolge eingehalten. Auch sachfremde Erwägungen haben bei der Entscheidung keine Rolle gespielt.

Die vorläufige Untersagung der Berufsausübung war daher ermessensfehlerfrei.

#### b. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

Die Untersagung der Ausübung der Befugnisse eines BSM bis zum Abschluss des Strafverfahrens ist nur rechtmäßig, wenn diese Maßnahme verhältnismäßig war. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist einer der wesentlichen Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips des Art. 28 I GG und einfachgesetzlich etwa in § 15 SOG M-V festgelegt. Es verlangt von jeder staatlichen Maßnahme, dass sie einen legitimen Zweck verfolgt und zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen ist.

##### aa. Verfolgung eines legitimen Zweckes

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung während schwebender Widerrufs- oder Strafverfahren will die Allgemeinheit vor möglicherweise unzuverlässigen BSM wirksam schützen. Gleichzeitig wird das Ansehen des Berufsstandes der Schornsteinfeger mittelbar dadurch geschützt, dass „zweifelhafte“ BSM während laufender Ermittlungen ihre weitreichenden, auch hoheitlichen, Befugnisse nach §§ 3 II 2, 13 SchfG nicht mehr ausüben können. Vor dem Hintergrund des überkommenen Schornsteinfegermonopols und der besonderen Schutzbedürftigkeit der auf die Dienstleistung eines BSM angewiesenen Bürger sind dies legitime Schutzzwecke.

47 § 332 StGB ist ein sog. „echtes Amtsdelikt“, welches nur von Amtsträgern oder „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ begangen werden kann. Als Bezirksschornsteinfegermeister gehört U zu den sog. Beliehenen. Als Beliehener fällt er strafrechtlich unter den Begriff des Amtsträgers nach § 11 I Nr. 2 c StGB; vgl. näher Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Auflage 2005, § 59 Rn. 12.

48 § 11 II Nr. 3 SchfG ist zwar mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Schornsteinfegerwesens aufgehoben worden, konnte bei der Bearbeitung der Klausur aber noch berücksichtigt werden.

49 Besonders häufige Beispiele aus der Rechtsprechung sind etwa Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung des Kehrbuches nach §§ 19 I SchfG, 14 I SchVO – vgl. OVG Lüneburg GewArch 2003, 255; VGH Mannheim GewArch 2003, 489. Daneben beschäftigen auch Verstöße gegen die Pflicht zur spezifizierten Rechnungslegung nach § 25 III SchfG – vgl. VG Darmstadt GewArch 2002, 246 – oder unerlaubte Nebentätigkeiten nach § 14 SchfG regelmäßig die Rechtsprechung.



### aa. Eignung der Maßnahme

Geeignet ist eine Maßnahme, die den legitimen Zweck zumindest fördert. Die einstweilige Untersagung verbietet dem betroffenen BSM die Ausübung seiner Befugnisse und ist daher geeignet, die Allgemeinheit vor möglicherweise unzuverlässigen BSM während schwebender Ermittlungen zu schützen. Die Maßnahme wahrt überdies den Integritätsanspruch des Berufsstandes der BSM.

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung ist daher eine geeignete Maßnahme.

### bb. Erforderlichkeit der einstweiligen Untersagung der Berufsausübung

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn keine milderen, gleich gut geeigneten Mittel zur Verfügung stehen, um den erstrebten Zweck zu fördern oder zu erreichen. Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen sind diejenigen Maßnahmen zu treffen, die den einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen; vgl. § 15 I SOG M-V.

Angesichts der Schwere der U vorgeworfenen Verfehlungen kommen mildere gleich gut geeignete Mittel nicht in Betracht. Zu beachten ist insbesondere, dass Aufsichtsmaßnahmen nach § 27 I 1 Nr. 1 und 2 SchfG gegen U in der Vergangenheit mehrfach erfolglos verhängt worden sind. Überdies setzen solche Aufsichtsmaßnahmen einen nachgewiesenen Pflichtenverstoß voraus, während für schwebende Verfahren gerade das Instrumentarium des § 28 S. 1 SchfG entwickelt wurde. § 27 III SchfG stellt daher klar, dass im Falle eines schwebenden Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens bis zu deren Beendigung von einer Aufsichtsmaßnahme nach § 27 I SchfG abzusehen ist.

Da mildere gleich gut geeignete Mittel zur Zweckerreichung nicht zur Verfügung standen, war die Maßnahme erforderlich.

### cc. Angemessenheit der Maßnahme

Schließlich muss die gegenüber U getroffene Maßnahme auch angemessen sein. Sie darf bei ihm nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Angemessen ist die Maßnahme nur, wenn der Zweck so gewichtig ist, dass er die mit der Maßnahme verbundenen Grundrechtseingriffe rechtfertigt.

#### (1) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG

Durch die vorläufige Untersagung der Ausübung der Befugnisse eines BSM wird in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG eingegriffen, dessen Träger U als Deutscher i.S.d. Art. 116 I GG ist.

Die Tätigkeit als BSM ist eine grundsätzlich erlaubte, auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient<sup>50</sup> und mithin ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG.

Die Tatsache, dass es sich beim BSM um einen sog. „staatlich gebundenen Beruf“<sup>51</sup> handelt, bei dem öffentliche Aufgaben in privater Hand liegen, ändert nichts an der Anwendbarkeit des Art. 12 I GG<sup>52</sup>. Allerdings können nach der im Einzelnen stark umstrittenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>53</sup> bei solchen Berufen „Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG ... die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 I GG zurückdrängen“<sup>54</sup>.

#### (2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 I GG beurteilt das Bundesverfassungsgericht seit dem „Apo-

thekenurteil“<sup>55</sup> mit Hilfe einer 3-Stufen-Theorie, die von der Überlegung geprägt ist, dass sich die Regelungsbefugnis des Art. 12 I 2 GG zwar sowohl auf die Berufsausübung als auch auf die Berufswahl erstreckt<sup>56</sup>, aber nicht auf beide in gleicher Intensität. Die Befugnis zu Grundrechtseingriffen ist inhaltlich umso freier, je mehr eine reine Berufsausübungsregelung getroffen wird und umso enger, je mehr auch die Berufswahl betroffen ist<sup>57</sup>.

Nach den Kriterien der 3-Stufen-Theorie handelt es sich bei der einstweiligen Untersagung der Ausübung der Befugnisse eines BSM nicht bloß um eine Berufsausübungsregelung, weil der Beruf des BSM ein eigenständiges Berufsbild mit spezifischen Charakteristika darstellt, dass sich von dem eines Schornsteinfegergesellen grundlegend unterscheidet (vgl. §§ 3 II 2, 13 SchfG). Mit einer Maßnahme nach § 28 S. 1 SchfG wird dem Betroffenen die Ausübung seines Berufes (wenn auch zunächst nur bis zum Ende des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens) vollständig unmöglich gemacht. Es werden nicht nur die Bedingungen und Modalitäten geregelt, unter denen sich die Berufstätigkeit vollzieht, was charakteristisch für einen Eingriff auf der „ersten Stufe“ wäre<sup>58</sup>.

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung nach § 28 S. 1 SchfG knüpft an das subjektive Zulassungskriterium der Zuverlässigkeit an und ist somit ein Eingriff auf der zweiten Stufe, der nach der Rechtsprechung nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter<sup>59</sup> zulässig ist.

Ein solches besonders wichtiges Gemeinschaftsgut ist der Verbraucherschutz in einem durch die Monopolstellung der BSM geprägten Rechtsgebiet des Schornsteinfegerrechts.

50 Näher zum Berufsbegriff des Art. 12 I GG Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 809 ff.

51 Der Begriff „staatlich gebundener Beruf“ wurde 1911 von Triepel, Festschrift für Binding II, 1 ff. geprägt, der darunter Berufe verstand, die ohne im eigentlichen Sinne staatliche Berufe zu sein, „doch vermöge der Gebundenheit der Berufserfüllung, der Gestalt der Berufspflichten, der Beaufsichtigung durch den Staat eine in die Augen springende Ähnlichkeit mit dem berufsmäßigen Beamtentum“ aufweisen.

52 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Art. 12 Rn. 232 ff.; Wieland, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 59. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte dagegen in einer frühen Entscheidung aus dem Jahre 1957 die Anwendung des Art. 12 I GG auf Bezirks-schornsteinfeger, weil diese „Aufgaben wahrnehmen, die der öffentlichen Hand vorbehalten sind“; vgl. BVerwGE 6, 72, 74 f. unter Verweis auf BVerwGE 2, 85, 86 („Rechtsanwalt“) und 4, 250, 254 („Heilpraktiker“).

53 Ausführlich zur Problematik des zwischen Art. 12 I und 33 GG ressortierenden „staatlich gebundenen Beruf“ Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2005, S. 1809 ff.

54 Vgl. ausführlich zum Ganzen BVerwGE 73, 301, 316 ff.; BVerwG NVwZ 1995, 484; Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2005, S. 1809 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Art. 12 Rn. 232 ff.; Wieland, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 59.

55 BVerfGE 7, 377, 401 ff.

56 Diesem Verständnis liegt die Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei Art. 12 I GG um ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit handelt und sich der Vorbehalt des Art. 12 I 2 GG neben der Berufsausübung auch auf die Wahl von Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz und die Berufswahl erstreckt. Diese sog. „Einheitstheorie“ ist seit BVerfGE 7, 377, 401 ständige Rechtsprechung (vgl. etwa BVerfGE 33, 303, 336; 54, 224, 234; NJW 1993, 1575 und wird auch im staatsrechtlichen Schrifttum ganz überwiegend vertreten; vgl. nur Pieroth/Schlink (Fn. 50), Rn. 808. Die unter anderen von Gusy, JA 1992, 257, 260 und Hufen, NJW 1994, 2913, 2920 vertretene „Trennungstheorie“, wonach Art. 12 I 2 GG seinem Wortlaut entsprechend nur für die Berufsausübung gilt, die Berufswahl dagegen nur verfassungsimmanent beschränkbar ist, hat sich dagegen bedauerlicher Weise nicht durchsetzen können.

57 BVerfGE 7, 377, Leitsatz 5; 40, 196, 218 ff.; Pieroth/Schlink (Fn. 44), Rn. 846 ff.; Kluth, Jura 2001, 371, 375; kritisch Gusy JA 1992, 257, 264; Hufen, NJW 1994, 2913, 2917; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG Art. 12 Rn. 319.

58 Vgl. ausführlich Pieroth/Schlink (Fn. 50), Rn. 834 ff. m.w.N.

59 Kritisch zu diesen durch und in der Folge des „Apothekenurteil“ geprägten Formeln zu Recht Pieroth/Schlink (Fn. 50), Rn. 856: Die Formeln seien blass und mit ihnen ließe sich nicht leicht arbeiten.



Unter sachgerechter Abwägung der für und gegen eine solche Anordnung sprechenden Gesichtspunkte hat sich das Wirtschaftsministerium daher entschlossen, schon während der noch laufenden Ermittlungen gegen U zum Schutz der Allgemeinheit einzugreifen. Auch unter Abwägung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des U war diese Maßnahme angemessen.

Zu berücksichtigen ist zum einen die hohe Wahrscheinlichkeit, die für eine strafrechtliche Verurteilung des U spricht. Immerhin werden die gegen ihn erhobenen Vorwürfe durch eine Vielzahl von Zeugenaussagen bestätigt. Auch wiegen die Verfehlungen, wegen derer U angeklagt worden ist, schwer und stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit. Zu berücksichtigen ist endlich auch die Tatsache, dass U bereits in der Vergangenheit massiv gegen Berufspflichten verstoßen hat. Dabei durfte das Wirtschaftsministerium bei der zu treffenden Entscheidung die in den Jahren 1999, 2004 und 2006 begangenen Verstöße gegen Berufspflichten, nicht aber das nach § 170 StPO eingestellte Verfahren wegen Körperverletzung berücksichtigen.

Die einstweilige Untersagung der Berufsausübung entsprach auch den durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gestellten Anforderungen.

Die vom Wirtschaftsministerium auf Grundlage des § 28 S. 1 SchfG getroffene Maßnahme war daher offensichtlich rechtmäßig und verletzte U nicht in seinen Rechten.

Eine Interessenabwägung ergibt daher wegen der offensichtlichen Rechtmäßigkeit der vorläufigen Untersagung der Berufsausübung ein Überwiegen des Vollzugsinteresses.

#### Ergebnis:

Der Antrag des U auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist bezüglich der Anündigung eines Widerrufsverfahrens bereits unzulässig, da U insoweit nicht antragsbefugt ist.

Soweit der Antrag die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner gegen die einstweilige Untersagung der Berufsausübung erhobenen Anfechtungsklage betrifft, ist er zwar zulässig, aber unbegründet und wird ebenfalls keinen Erfolg haben.

Gunter Warg\*

## Kosten für's Abschleppen

*Folgender Sachverhalt ist an der FHöVNRW in abgewandelter und gekürzter Form im Fach Allgemeines Verwaltungsrecht (Studienabschnitt 3.2) als vorlesungsbegleitende Übungsaufgabe gestellt worden.*

Die Stadtverwaltung Hagen plant auf der Straße vor einem Krankenhaus umfangreiche Reparaturarbeiten des Straßenbelags. Es soll der ganze Fahrbahnrand einschließlich des Standstreifens aufgerissen und erneuert werden. Zu diesem Zweck werden bereits ab dem 06.12.2008 Hinweisschilder (Zeichen 283 zu § 41 Abs. 2 StVO) aufgestellt, wonach an den gekennzeichneten Stellen in der Zeit vom 10.12. bis 21.12.2008 ein absolutes Halteverbot gelte.

Der P. Paul (P), der sich am 07.12.2008 eigentlich nur zu einer zweistündigen Routineuntersuchung ins Krankenhaus begeben wollte, stellt sein Fahrzeug gegenüber dem Krankenhaus am beschilderten Fahrbahnrand ab. Während der Untersuchung muss er leider erfahren, dass sofort eine Operation notwendig ist, der sich eine mindestens vier Wochen dauernde stationäre Behandlung anschließen werde. Das Krankenhaus könne er in dieser Zeit nicht verlassen, allerdings dürfe er sich jederzeit von seiner Frau (die nicht aus Deutschland stammt und auch kein deutsch spricht) besuchen lassen. Die Ehefrau ist nicht im Besitz des Führerscheins und nimmt die Besuche daher in der Folgezeit mit der Straßenbahn wahr. Angesichts der bevorstehenden Operation gerät der PKW des P in Vergessenheit und bleibt am Straßenrand stehen.

Nachdem am 10.12., 8.00 Uhr pünktlich mit den Bauarbeiten begonnen wird, sehen sich die Bauarbeiter nicht in der Lage, ohne Entfernung von P's Fahrzeug den Fahrbahnrand durchgängig neu zu teeren.

Der zuständige Sachbearbeiter der Straßenverkehrsbehörde entschließt sich daher am 10.12. um 10.30 Uhr ohne weitere Zwischenschritte dazu, den Wagen des P abschleppen zu lassen. Hierzu beauftragt er telefonisch den Abschleppunternehmer A mit dem Abschleppen und Verbringen des Wagens auf den zur Firma des A gehörenden Fuhrparkplatz.

Mit formell ordnungsgemäßem Bescheid vom 13.12.2008 (den die Behörde noch am gleichen Tag zur Post gibt) teilt der Oberbürger-

meister der Stadt Hagen dem P mit, dass er sich sein Fahrzeug nach Bezahlung der von der A-Firma festgesetzten Abschleppkosten in Höhe von 200,- € auf deren Firmengelände wieder abholen könne. Außerdem verlangt der Bescheid die Bezahlung der entstandenen Verwaltungsgebühren in Höhe von 80,- €.

P ist nach seiner Heimkehr aus dem Krankenhaus am 17.01.2009 sowohl über die Abschleppmaßnahme als auch über die Forderung nach Begleichung der Kosten empört. Unter Hinweis auf seine Situation am 07.12.2008 und die kurzfristig erforderlich gewordene Operation erhebt er deshalb formgerecht Klage, die beim Verwaltungsgericht in Arnsberg am 18.01.2009 eingeht.

Wird die Klage Erfolg haben?

**Abwandlung:** Fertigen Sie den Ausgangsbescheid der Stadt Hagen vom 13.12.2008.

#### Lösungshinweise zum „Abschleppfall“

*Vorüberlegung: Der P wendet sich gegen die Abschleppmaßnahme als solche und den Kostenbescheid. Allerdings wird im Rahmen der Prüfung des Kostenbescheides auch die Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme mit überprüft. Einer eigenständigen Überprüfung der Abschleppmaßnahme bedarf es daher nicht. Abgesehen davon ist der Abschleppvorgang auch kein Verwaltungsakt, der Gegenstand einer Anfechtungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage sein könnte. Ansatzpunkte für einen Erfolg der Klage können sich folglich allein aus dem Kostenbescheid selber ergeben. Dabei gibt jedoch der Sachverhalt für eine unsachgemäße Höhe der Kosten (Verwaltungsgebühren der Behörde und Auslagen des Abschleppunternehmers) letztlich nichts her, so dass sich die etwaige Rechtswidrigkeit des Kostenbescheids wohl allein aus einer rechtswidrigen Abschleppmaß-*

\* Prof. Dr. Gunter Warg, Mag. rer. publ., lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

nahme ergeben könnte. Dabei sollte schon zu Beginn überlegt werden, wie das Abschleppen eines verkehrswidrig geparkten Fahrzeugs rechtlich eingeordnet werden kann, nämlich entweder als

- a) gefahrenabwehrrechtliche Sicherstellung mit anschließender Verwahrung (§ 24 Nr. 13 OBG NRW i.V.m. §§ 43, 44, 46 Abs. 3 S. 1 PolG NRW), oder als
- b) Ersatzvornahme (d.h. Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme) im gestreckten Verfahren bzw. im Wege des Sofortvollzugs.

Im vorliegenden Fall wird es sich voraussichtlich um eine im Wege des Sofortvollzugs vollstreckte Ersatzvornahme handeln (§ 55 Abs. 2 i.V.m. § 59 VwVG NRW).<sup>1</sup> Zwar ist ein vollstreckungsfähiger Grundverwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung (Verkehrsschild) vorhanden, der auch vollstreckbar ist, da ein Widerspruch bzw. eine Anfechtungsklage gegen die Anordnungen eines Verkehrsschildes wegen § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO analog keine aufschiebende Wirkung entfalten. Dieses Verkehrsschild ist dem Adressaten P auch bekannt geworden, so dass grundsätzlich auch das gestreckte Verfahren in Betracht käme.

Allerdings liegen die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen „Androhung“ und „Festsetzung“ (§§ 63, 64 VwVG NRW) für das gestreckte Verfahren erkennbar nicht vor. Zumindest auf die Festsetzung des Zwangsmittels kann im gestreckten Verfahren gemäß § 64 S. 2 VwVG NRW nicht verzichtet werden. Daher wird die rechtliche Prüfung auf die Rechtmäßigkeit des Sofortvollzuges hinauslaufen.

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit der Klage

1) Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO wäre eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln würde und die Streitigkeit keinem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen wäre.

- a) Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier sind die §§ 55 ff. VwVG NRW i.V.m. §§ 41 Abs. 2 StVO i.V.m. Zeichen 283; § 12 Abs. 1 Nr. 6a StVO, oder die

§§ 43 ff. PolG NRW i.V.m. § 24 Nr. 13 OBG NRW,

jeweils in Verbindung mit § 77 VwVG NRW und §§ 7a, 11 Abs. 2 KostO NRW die Rechtsgrundlage für den erlassenen Kostenbescheid und folglich die streitentscheidenden Normen (je nachdem, welche Rechtsgrundlage man für das Abschleppen verkehrswidrig geparkter Fahrzeuge heranzieht). Sämtliche dieser Normen gehören zweifelsfrei dem öffentlichen Recht an, denn durch sie werden ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt zu einem Handeln berechtigt bzw. verpflichtet (so die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht nach der herrschenden „modifizierten Subjektstheorie“).

- b) Der Streit ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art, da nur Streitigkeiten von Verfassungsorganen über Staatsverfassungsrecht eine „verfassungsrechtliche Streitigkeit“ darstellen würde (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Dies ist hier nicht der Fall.
- c) Es ist schließlich auch keine gesetzliche Vorschrift vorhanden, die die vorliegende Streitigkeit einem anderen Gericht(szweig) zuweisen würde (keine „abdrängende Sonderzuweisung“).

Der vorliegende Streitfall ist daher den allgemeinen Verwaltungsgerichten zur Entscheidung zugewiesen.<sup>2</sup>

- d) Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

#### 2) Statthaftigkeit:

Der **Kostenbescheid** vom 13.12.2008 ist ein belastender Verwaltungsakt (VA). Hiergegen ist die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO der richtige (statthafte) Rechtsbehelf.

Fraglich ist, ob der P **Anfechtungsklage bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) auch **gegen die Abschleppmaßnahme** als solche erheben kann. Das Abschleppen verkehrswidrig geparkter Fahrzeuge ist jedoch – unabhängig davon, ob man es als Vollstreckung eines Wegfahrgebots in Form der Ersatzvornahme oder als Sicherstellung einordnet – **kein VA, sondern ein Realakt (faktische Handlung)**; Widerspruch und Anfechtungsklage sind hiergegen nicht statthaft. Zwar wird teilweise angenommen, dass behördlichen Zwangsmaßnahmen immer auch eine stillschweigende oder ausdrückliche Verfügung innewohne, die Zwangsmaßnahme zu dulden („Duldungs-VA“). Selbst wenn man aber dieser Ansicht grundsätzlich folgt, würde im vorliegenden Fall eine (konkludente) Duldungsverfügung von vornherein ausscheiden, da der P bei dem Abschleppvorgang überhaupt nicht anwesend ist und von der behördlichen Maßnahme gar nichts mitbekommt. Die Bekanntgabe eines VA ohne Kenntnis des Betroffenen kann jedoch nur in gesetzlich besonders geregelten Fällen fingiert (unterstellt) werden; eine solche gesetzliche Fiktionsregelung fehlt hier aber.

Somit kann das Abschleppen selber kein tauglicher Gegenstand einer Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage sein.

Im Folgenden kann sich die Prüfung somit auf die Anfechtung des Kostenbescheids beschränken, bei dessen Überprüfung ja ohnehin die Rechtmäßigkeit des Abschleppvorgangs mit überprüft wird.

#### 3) Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO:

Da der Kostenbescheid ein belastender VA ist, besteht für P als Adressat dieses VA zumindest die Möglichkeit einer Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG („Adressatentheorie“). Zudem könnte durch einen zu hohen Kostenansatz auch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG verletzt sein. Der P ist also klagebefugt.

#### 4) Durchführung des Widerspruchsverfahrens (Vorverfahrens), § 68 VwGO:

Da der Kostenbescheid im Zeitraum zwischen dem 01.11.2007 und 31.10.2012 bekannt gegeben wurde, bedarf es gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 AG VwGO NRW n.F. — abweichend von § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO — vor Erhebung einer Anfechtungsklage nicht mehr der Nachprüfung des Bescheides in einem Vorverfahren. Ein Ausnahmegrund nach § 6 Abs. 2 oder § 6 Abs. 3 S. 1 AG VwGO NRW, wonach ausnahmsweise doch noch weiterhin ein Widerspruchsverfahren durchzuführen wäre, liegt hier nicht vor.

#### 5) Form:

Die Klage ist nach Mitteilung im Sachverhalt formgemäß nach §§ 81, 82 VwGO erhoben worden.

<sup>1</sup> Die rechtliche Einordnung einer Abschleppmaßnahme als Sicherstellung mit anschließender Verwahrung scheidet in aller Regel aus (s. unten).

<sup>2</sup> Anders z.B. die Streitigkeiten im Sozialrecht (§ 51 SGG), im Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 68 OWiG) oder Amtshaftungsklagen (Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO), die eigentlich auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art sind, aber durch Rechtsvorschrift anderen Gerichten zugewiesen sind.

## 6) Frist:

Fraglich ist hier aber die Einhaltung einmonatigen Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO, die mit der Bekanntgabe des VA beginnt.

Gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW<sup>3</sup> gilt ein schriftlicher VA bei der Übermittlung durch die Post am dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Hier ist der Bescheid am 13.12. zur Post gegeben worden, sodass (mangels gegenteiliger Hinweise auf einen von P behaupteten späteren Zugang) von einer Bekanntgabe am 16.12.2008 auszugehen ist.

Die ab diesem Zeitpunkt laufende Klagefrist berechnet sich nach § 57 Abs. 2 VwGO i. V.m. §§ 222 ZPO, 187 ff. BGB. Sie beginnt daher gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 17.12.2008, 0.00 Uhr und endet nach § 188 Abs. 2 BGB am 16.01.2009, 24.00 Uhr.

Die Klage des P wäre danach verfristet.

In Betracht kommt aber eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gemäß § 60 VwGO.

- 1) Die **Wiedereinsetzung** müsste zunächst nach § 60 Abs. 2 VwGO **zulässig** sein. Der P hat den Grund seiner Verspätung schlüssig und glaubhaft vorgetragen (§ 60 Abs. 2 S. 2 VwGO) und die versäumte Rechtshandlung – also die Klageerhebung – innerhalb von zwei Wochen nach „Wegfall des Hindernisses“, d.h. nach seiner Rückkehr aus dem Krankenhaus nachgeholt (§ 60 Abs. 2 S. 1 VwGO). Damit kann eine Wiedereinsetzung auch ohne einen ausdrücklichen „Wiedereinsetzungsantrag“ angenommen werden (§ 60 Abs. 2 S. 4 VwGO).
- 2) Der – konkludent gemäß § 60 Abs. 2 S. 4 VwGO durch Erhebung der Klage angenommene – Antrag auf **Wiedereinsetzung** müsste auch **begründet** sein. Maßgeblich hierfür ist, ob P ohne Verschulden gehindert war, die gesetzliche Frist einzuhalten (§ 60 Abs. 1 VwGO). Dies ist zu bejahen, da der P im Hinblick auf die Fristversäumung weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat (vgl. § 276 BGB). Zu seinen Gunsten ist anzuführen, dass seine Frau – die im fraglichen Zeitraum allein Kenntnis von dem Kostenbescheid hätte erlangen können – kein deutsch spricht und den am 16.12.2008 zugegangenen Bescheid daher nicht verstehen konnte. Eine Regel, wonach sich Ehegatten gegenseitig in Postangelegenheiten informieren müssen und Versäumnisse diesbezüglich dem anderen zugerechnet werden, ist nicht vorhanden. Auch fährt die Ehefrau kein Auto und hat sich daher wahrscheinlich auch nicht um dessen Verbleib gekümmert. Zwar hätte sich P an die Hinweisschilder am Straßenrand erinnern und eine dritte Person rechtzeitig um das Wegsetzen des Fahrzeugs bitten bzw. seine Frau auf einen ggf. eingehenden Bescheid der Straßenverkehrsbehörde hinweisen können. Angesichts der unerwarteten (belastenden) Nachricht am 7.12., sich einer (schwereren) Operation unterziehen lassen und für längere Zeit im Krankenhaus bleiben zu müssen, konnte dies von P jedoch nicht erwartet werden. Es war folglich nicht fahrlässig, dass P keine Vorkehrungen für einen möglicherweise wegen seines Fahrzeugs eingehenden Bescheid getroffen hat. Folglich ist eine Wiedereinsetzung des P in den vorigen Stand zu gewähren.<sup>4</sup> Er ist danach so zu behandeln, als wenn er die Klage von Anfang an fristgerecht eingelegt hätte.

## 7) Zuständiges Verwaltungsgericht:

Der P hat die Klage beim Verwaltungsgericht Arnsberg eingereicht, das gemäß § 52 Nr. 3 VwGO i. V.m. § 1 Abs. 2 lit. b) AG VwGO NRW örtlich zuständig ist.

## B. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Kostenbescheid rechtswidrig ist und der P dadurch in seinen Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

### I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, welcher Tatbestand der Kostenordnung NRW für den vorliegenden Kostenbescheid als Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist. Dies hängt davon ab, welche Rechtsnatur das Abschleppen verkehrswidrig geparkter Fahrzeuge hat.<sup>5</sup>

Denkbar ist, das Abschleppen als Vollstreckung eines Wegfahrgebots im Wege der **Ersatzvornahme nach § 59 VwVG NRW** anzusehen.

- a) Eine **Ersatzvornahme** wird häufig angenommen bei einem **bloßen Umsetzen** des Kfz auf einen nahe gelegenen Parkplatz, ohne dass es der Behörde oder dem Abschleppunternehmer darauf ankäme, das Fahrzeug gezielt in ihren Gewahrsam zu nehmen.
- b) Wird das Fahrzeug nicht nur umgesetzt, sondern auch auf einen Verwehrplatz gebracht, kann auch eine Sicherstellung und Verwahrung nach §§ 43, 44 PolG NRW in Betracht kommen. Hierfür ist entscheidend, ob eine über das Falschparken hinausgehende Gefahr beseitigt werden soll, etwa weil aus dem Fahrzeug Öl ausläuft oder eine missbräuchliche Verwendung eines unverschlossenen Fahrzeugs verhindert werden soll. Dann kommt es der Behörde gerade auf die Sachherrschaft über das Fahrzeug an,<sup>6</sup> sodass ein Verwahrinteresse der Behörde im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 PolG NRW zu bejahen ist. Da es im vorliegenden Fall „nur“ um die Beseitigung eines Verkehrsverstoßes geht, ohne dass es der Behörde gerade auf die Erlangung der Sachherrschaft über das Fahrzeug ankäme, ist das Abschleppen nicht als Sicherstellung, sondern als Vollstreckungsmaßnahme (Ersatzvornahme) ohne behördlichen Gewahrsamswillen zu qualifizieren.<sup>7</sup>

3 Der Kostenbescheid ist nicht förmlich zugestellt worden, sodass der § 41 Abs. 2 VwVfG nicht durch die Regelungen des LZG NRW verdrängt wird (vgl. § 41 Abs. 5 VwVfG).

4 Käme man indes zu dem Ergebnis, dass keine Wiedereinsetzung zu gewähren ist, wäre die Klage wegen Fristversäumung unzulässig. Die weitere Prüfung der Begründetheit müsste dann hilfsgutachterlich erfolgen.

*AmL.: Nach alter Rechtslage (d.h. vor Inkrafttreten des Bürokratieabbaugesetzes II zum 01.11.2007) wäre ja vor Klageerhebung zunächst ein Widerspruchsverfahren durchzuführen gewesen. In diesem Fall hätte man erörtern müssen, ob die Widerspruchsbehörde trotz Verfristung in der Sache gleichwohl entscheiden kann, d.h. sich über die Verfristung hinwegsetzen und eine materiell-rechtliche Entscheidung über die Begründetheit des Widerspruchs treffen darf (nach h.M. in der Rspr. ist dies zulässig, da die Widerspruchsbehörde „Herrin“ über die Widerspruchsfrist ist und durch Entscheidung in der Sache den Widerspruch insoweit zulässig „machen“ kann). Ansonsten wären die materiell-rechtlichen Fragen in einem Hilfsgutachten zu erörtern.*

5 Bei der Benennung der Ermächtigungsgrundlage sollte klar sein, wie man das Abschleppen eines verkehrswidrig geparkten Fahrzeugs rechtlich einordnen möchte, denn danach bestimmt sich, welche Tatbestände der Kostenordnung einschlägig sind. Es ist sinnvoll, mit der h.M. von einer Ersatzvornahme auszugehen, sofern die Behörde nicht gerade an dem Fahrzeug – z.B. weil von seinem Zustand besondere Gefahren ausgehen – ein besonderes Verwahrinteresse hat (nur in diesem Fall handelt es sich um eine Sicherstellung mit anschließender Verwahrung gemäß § 24 Nr. 13 OBG i. V.m. §§ 43, 44, 46 Abs. 3 S. 1 PolG NRW).

6 Vgl. VGH München, NJW 2001, 1960; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2006, 252.

7 Das OVG Münster lässt die rechtliche Einordnung des Abschleppvorgangs bewusst offen, wenn die Maßnahme nach beiden Alternativen rechtmäßig ist (NJW 2001, 2035, 2036).



Im Folgenden wird daher von einer Ersatzvornahme (§§ 55, 59 VwVG NRW) ausgegangen. **Rechtsgrundlage für die Geltendmachung von Kosten für die Durchführung einer Ersatzvornahme sind §§ 7a Abs. 1 Nr. 7, 11 Abs. 2 S.2 Nr. 7 KostO NRW i.V.m. §§ 77, 55 ff., 59 VwVG NRW.**

- a) Die Behörde macht hier zwar **keine eigenen Auslagen** für die durchgeführte Ersatzvornahme geltend, da sie gegenüber dem Abschleppunternehmer nicht in Vorleistung getreten ist und daher keine eigenen Auslagen hatte. Allerdings spricht § 11 Abs. 2 Nr. 7 KostO NRW ganz allgemein von „Beträgen, die bei der Ersatzvornahme ... an Beauftragte und an Hilfspersonen zu zahlen sind, ...“, unabhängig davon, ob die Behörde in Vorleistung getreten ist, oder der Pflichtige diese Auslagen direkt an das Abschleppunternehmen zahlt. Insoweit ist § 11 Abs. 2 Nr. 7 KostO NRW i.V.m. §§ 77, 59 VwVG NRW auch taugliche Rechtsgrundlage für die Aufforderung an den Vollstreckungsschuldner, die Kosten des Abschleppens direkt beim Abschleppunternehmen zu bezahlen.
- b) Darüber hinaus macht die Behörde in ihrem Kostenbescheid auch eigene Gebühren geltend. Ermächtigungsgrundlage für einen entsprechenden **Gebührenbescheid** ist § 7a Abs. 1 Nr. 7 KostO NRW i.V.m. §§ 77, 59 VwVG NRW.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

1) Die **Zuständigkeit** der Stadt Hagen für den Erlass des Kostenbescheides ergibt sich aus § 77 Abs. 1 S. 2 VwVG NRW.<sup>8</sup> Danach ist Kostengläubiger der Rechtsträger, dessen Behörde die Amtshandlung vorgenommen hat (hier: die gemäß § 56 Abs. 1 VwVG NRW für die Vollstreckung zuständige Straßenverkehrsbehörde der Stadt Hagen).<sup>9</sup>

2) Ein ordnungsgemäßes **Verfahren**, vor allem eine **Anhörung** gemäß § 28 VwVfG NRW, ist laut Sachverhalt ebenfalls durchgeführt worden bzw. war gemäß § 28 Abs. 2 VwVfG NRW entbehrlich. Dass der P während seines Krankenhausaufenthalts von dem Anhörungsschreiben wohl nichts erfahren hat, geht nicht zu Lasten der Behörde. Für eine ordnungsgemäße Anhörung genügt, dass dem Betroffenen die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird; nicht entscheidend ist, dass der Betroffene die Anhörungsmöglichkeit auch tatsächlich wahrnimmt.

3) Von der Einhaltung der erforderlichen **Form** ist auszugehen.<sup>10</sup>

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides

### 1) Rechtmäßigkeit des Abschleppens (rechtmäßige Anwendung der Ersatzvornahme)

Zu prüfen ist zunächst die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung des Wegfahrgebots im Wege der Ersatzvornahme.

- a) Die Ersatzvornahme könnte im Wege des **gestreckten Verfahrens** vollstreckt worden sein. Dafür müssten die Vollstreckungsvoraussetzungen nach §§ 55 Abs. 1, 57, 58, 59, 63, 64 VwVG NRW vorliegen.
  - aa) Zunächst bedarf es eines **Grundverwaltungsakts**, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet und dem P bekannt gegeben worden ist (vgl. § 55 Abs. 1 VwVG NRW). Das Verkehrsschild (§ 41 Abs. 2 StVO i.V.m. Zeichen 283) stellt ein Vorschriftenzeichen dar und enthält zwei Regelungen, nämlich ein **Verbot**, an den gekennzeichneten

Stellen zu halten **und ein Gebot**, etwaige dort abgestellte Fahrzeuge umgehend zu entfernen. Es ist folglich ein Verwaltungsakt im Form der Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S.2 VwVfG NRW.

Dieser GrundVA ist P auch bekannt geworden, denn ein Verkehrsschild wird als besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe bereits mit dem Aufstellen wirksam, sofern der Betroffene es ohne weiteres hätte wahrnehmen können.<sup>11</sup> Im vorliegenden Fall hat P ab dem 07.12.2008 positiv von dem (bevorstehenden) Halteverbot gewusst bzw. hätte es ohne weiteres (noch) wissen können.

Spätestens ab dem 10.12.2008 ist das Halteverbotsschild gegenüber sämtlichen Verkehrsteilnehmern und damit auch dem P gegenüber bekannt gegeben worden.<sup>12</sup>

*Auch wenn keine Hinweisschilder auf das bevorstehende Halteverbot hingewiesen hätten und P von dem Halteverbot ab dem 10.12. völlig unvorbereitet überrascht worden wäre, bejaht die h.M. eine Bekanntgabe auch an den abwesenden Fahrer/Halter, da auch der (Dauer-)Parker – sofern er eine Zugriffsmöglichkeit auf das geparkte Fahrzeug hat – Verkehrsteilnehmer bleibt und daher auch dann in den Wirkungsbereich des Verkehrsschildes gelangt, wenn das Fahrzeug vorher abgestellt wurde.*<sup>13</sup>

- bb) Weiterhin müsste der VA **vollstreckbar** sein. Dies ist der Fall, wenn er entweder unanfechtbar wäre (d.h. die Rechtsbehelfsfrist des § 70 Abs. 1 bzw. § 74 Abs. 1 VwGO abgelaufen ist) oder Rechtsbehelfe gegen ihn keine aufschiebende Wirkung hätten. Letzteres ist in den Konstellationen des § 80 Abs. 2 VwGO der Fall. Gegen Verkehrsschilder hat ein Widerspruch bzw. eine Anfechtungsklage analog § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung, da sie angesichts ihrer Funktionsweise den Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten gleichgestellt werden.<sup>14</sup> Die Regelungen des Verkehrsschildes sind folglich vollstreckbar.

### b) Ordnungsgemäßes Vollstreckungsverfahren:

- aa) Die **Zuständigkeit** der Straßenverkehrsbehörde der Stadt Hagen als Vollzugsbehörde ist gegeben (siehe Fußnote 9).

8 § 77 Abs. 1 S. 2 VwVG ist bei der Geltendmachung der Kosten für eine Vollstreckungsmaßnahme die Spezialvorschrift zu § 56 VwVG NRW.

9 Die Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde der Stadt Hagen (kreisfreie Stadt) für die Vollstreckung der Regelungen aus dem Halteverbotsschild ergibt sich aus § 56 Abs. 1 VwVG NRW i.V.m. § 44 Abs. 1 StVO i.V.m. § 1 der Verordnung über die Bestimmung der zuständigen Behörden nach der StVO und § 3 Abs. 1 OBG NRW.

10 Zwar ist Schriftform für einen Kostenbescheid nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber sachlogisch notwendig, da der Kostenbescheid zugleich ein Leistungsbescheid i.S.d. § 6 VwVG NRW ist, der nur schriftlich erfolgen kann.

11 Das BVerwG nimmt eine öffentliche Bekanntgabe von Verkehrsschildern dann an, wenn sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen kann. Sie äußern dann ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht (BVerwG, NJW 1997, 1021, 1022). Auch sonstige Allgemeinverfügungen können gemäß §§ 37 Abs. 2 S. 1, 43 Abs. 3 S. 2 VwVfG NRW formlos öffentlich bekannt gegeben werden, wenn eine Bekanntgabe an die Beteiligten unzulässig ist.

12 Würde der GrundVA in Form des Verkehrszeichens fehlen bzw. dem Betroffenen als nicht bekannt gegeben anzusehen sein, scheidet das gestreckte Verfahren von vornherein aus. In Betracht kommt dann nur eine Vollstreckung eines fiktiven GrundVA unter den Voraussetzungen des Sofortvollzugs. „Fiktiver GrundVA“ wäre dann ein (fiktives) Wegfahrgebot der Straßenverkehrsbehörde, gestützt auf die Generalklausel des § 14 OBG NRW i.V.m. der jeweiligen Gebots- bzw. Verbotsnorm der StVO.

13 BVerwG (Fn. 11); OVG Münster, NWVBl. 1995, 475, 476; Vahle, DVP 2006, 373, 374.

14 Vgl. BVerwG, NJW 2004, 698 f.



- bb) Die Behörde hat auch das **richtige Zwangsmittel** ausgewählt, denn zur Entfernung eines Fahrzeugs aus dem absoluten Halteverbot kommt die Ersatzvornahme in Betracht.
- cc) Die **Androhung** des Zwangsmittels (§ 63 VwVG NRW) fehlt zwar. Allerdings kann auf die Androhung ausnahmsweise verzichtet werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist (§ 63 Abs. 1 S. 5 VwVG NRW). Angesichts des erheblichen Verkehrsverstoßes und der Dringlichkeit, diesen umgehend zu beseitigen, kann im vorliegenden Fall gemäß § 63 Abs. 1 S. 5 VwVG NRW von der Androhung abgesehen werden.
- de) Allerdings fehlt es an einer **Festsetzung** des Zwangsmittels gegenüber P gemäß § 64 VwVG NRW. Auf eine Festsetzung kann im gestreckten Verfahren nicht verzichtet werden (siehe § 64 S. 2 VwVG NRW).
- ee) Die Voraussetzungen für das gestreckte Verfahren liegen folglich nicht vor.
- c) In Betracht kommt daher die Vollstreckung der Ersatzvornahme allein im Wege des **Sofortvollzugs**. Dafür müssten die Vollstreckungsvoraussetzungen des § 55 Abs. 2 VwVG NRW erfüllt sein.
- aa) Die Behörde müsste beim Erlass des GrundVA (d.h. beim Aufstellen des Verkehrsschildes) „**innerhalb ihrer Befugnisse**“ (also rechtmäßig) gehandelt haben. Dies ist der Fall, denn an der Rechtmäßigkeit des Verkehrszeichens bestehen wegen Fehlens von diesbezüglichen Sachverhaltsangaben keine Bedenken. Es ist zulässig, dass die Straßenverkehrsbehörde zur Ermöglichung von notwendigen Reparaturarbeiten im betroffenen Straßenabschnitt ein absolutes Halteverbot erlässt. Von der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit des – hier ausnahmsweise nicht fiktiven, sondern real vorhandenen – GrundVA (Halteverbotsschild) ist auszugehen.
- bb) Die Vollstreckung erfolgt auch **zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr**, da P mit dem Abstellen seines Kfz im absoluten Halteverbot gegenwärtig und dauerhaft nicht nur gegen die Gebots- und Verbotsnorm des § 41 StVO i.V.m. Zeichen 283 (absolutes Halteverbot) verstoßen hat, sondern auch gegen den Bußgeldtatbestand des §§ 12 Abs. 1 Nr. 6a, 49 Abs. 1 Nr. 12 StVO und damit gegen einen nicht unwichtigen Bestandteil der objektiven Rechtsordnung. Ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist damit gefährdet bzw. sogar schon verletzt.
- cc) Eine vorherige **Androhung** der Ersatzvornahme **und** eine **Festsetzung** war **im Sofortvollzug entbehrlich** (§§ 63 Abs. 1 S. 5, 64 S. 2 VwVG NRW).
- dd) Schließlich müsste das Zwangsmittel **ordnungsgemäß**, insbesondere **verhältnismäßig angewandt** worden sein. Fraglich ist, ob es im vorliegenden Fall angemessen war, ohne längere Wartezeit und ohne zu versuchen den P ausfindig machen, dessen Wagen abzuschleppen. Der Sachbearbeiter der Straßenverkehrsbehörde hätte z.B. versuchen können, den P über seine Wohnanschrift oder über die Krankenhausverwaltung zu erreichen, denn es lag nahe, dass P als Patient dort stationär aufgenommen wurde (der Sachbearbeiter hat hier keine weiteren Schritte versucht). Allerdings ist anerkannt, dass die Behörde grundsätzlich keine Warte- oder Nachforschungspflicht trifft, wo sich der Fahrer eines verkehrswidrig geparkten Fahrzeugs befindet.<sup>15</sup> Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Betroffene **ohne weiteres** ausfindig gemacht werden

kann,<sup>16</sup> z.B. bei eindeutigen Hinweisen von Passanten, dass der Fahrer auf der gegenüberliegenden Straßenseite an einem Kiosk steht. Selbst das Zurücklassen eines Zettels mit einer Mobiltelefonnummer unter dem Scheibenwischer reicht für die erforderliche umgehende Beseitigung des Verkehrsverstoßes grundsätzlich nicht aus.

Angesichts der Dringlichkeit der Situation war es der Behörde im vorliegenden Fall nicht zuzumuten, längere Nachforschungen nach dem P anzustellen, zumal er keine Hinweise auf seinen Verbleib am Auto hinterlassen hatte. Vielmehr rechtfertigte die notwendige Fortsetzung der Bauarbeiten ein sofortiges Einschreiten ohne weiteres Zuwarten. Auch das ggf. kostengünstigere bloße Versetzen des PKW auf einen anderen (nahe gelegenen) öffentlichen Parkplatz kam hier nicht in Betracht, da sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines geeigneten in der Nähe befindlichen Alternativparkplatzes finden. Die Abschleppmaßnahme war daher verhältnismäßig.<sup>17</sup>

2) Die **Fälligkeit des Auslagenanspruchs** (§ 11 Abs. 4 S.1 KostO NRW) und die **Fälligkeit des Gebührenanspruchs** (§ 17 GebG NRW i.V.m. § 77 Abs. 4 S.1 VwVG NRW) ist gegeben, denn die Abschleppkosten sind tatsächlich entstanden und werden zusammen mit den angefallenen Gebühren nunmehr dem P als Kostenschuldner bekannt gegeben.

3) Dabei ist der P **ermessensfehlerfrei als Kostenpflichtiger ausgewählt** worden, denn er ist durch das verkehrswidrige Abstellen seines PKW sowohl Verhaltens-, als auch Zustandsstörer.

4) Schließlich ist auch ein **richtiger Kostenansatz** gewählt worden:

a) Bezüglich der *Abschlepp- und Verwahrkosten* ist nichts dafür ersichtlich, dass die A-Firma einen falschen Berechnungsansatz ihrer Abschleppkosten vorgenommen hätte.

b) Auch der *Gebührenansatz* ist rechtmäßig: Nach § 7a Abs. 1 Nr. 7 KostO NRW steht für das Abschleppen eines zugelassenen Kraftfahrzeuges durch die Behörde ein Gebührenrahmen von 25,- bis zu 150,- € zur Verfügung. Da es sich bei dem vorliegenden Fall um eine Angelegenheit von durchschnittlicher Bedeutung und Schwere handelt, war ein Gebührensatz in mittlerer Höhe des maximalen Gebührenrahmens angemessen.

5) Folglich ist der Kostenbescheid insgesamt rechtmäßig.

**C. Die Klage ist damit zwar zulässig, aber unbegründet.**

**Fallabwandlung:**

Der notwendige Inhalt eines Kostenbescheides ergibt sich aus § 14 GebG NRW (i.V.m. § 77 Abs. 4 S. 1 VwVG NRW).

<sup>15</sup> BVerwG, NJW 2002, 2122, 2123; VGH Mannheim, NJW 2007, 1375, 1376 f.

<sup>16</sup> OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169.

<sup>17</sup> Nach OVG Hamburg (Urteil vom 07.10.2008; DVBl. 2009, 135) darf auch ein Verkehrsteilnehmer, der sein Fahrzeug im öffentlichen Verkehrsraum **erlaubt zum Parken abgestellt hat**, zu den Kosten einer Umsetzung.

**Der Oberbürgermeister der Stadt Hagen**

(Zustellung nicht vorgeschrieben,  
aber sinnvoll)

(Adressfeld)

(Kontaktdaten des Bearbeiters)

13.12.2008

**Betreff:** Abschleppmaßnahme am 10.12.2008 für Ihr Fahrzeug mit dem Kennzeichen (...)  
Kassenzeichen: 1234

Sehr geehrter Herr Paul,  
gegen Sie ergeht folgender

**KOSTENBESCHEID**

Für das Abschleppen Ihres Fahrzeugs mit dem amtlichen Kennzeichen (...) am 10.12.2008 vom Straßenrand der X-Straße (*genaue Ortsangabe*) hin zum Verwahrparkplatz der A-Firma (*genaue Ortsangabe*) sind Auslagen der A-Firma in Höhe von 200,- € und Verwaltungsgebühren in Höhe von 80,- € entstanden. Ich fordere Sie auf, bei Abholung Ihres Fahrzeugs vom Verwahrparkplatz der A-Firma die entstandenen Auslagen von 200,- € dort zu begleichen. Gleichzeitig fordere ich Sie auf, die Gebühren in Höhe von 80,- € bis zum ... (*angemessene Frist*) unter Angabe des oben stehenden Kassenzeichens an die Stadtkasse der Stadt Hagen entweder per Überweisung auf folgendes Konto: (*Kontoverbindung*) oder persönlich durch Bareinzahlung an folgender Stelle: ... zu zahlen.

**Begründung:****I.**

(auf die Darstellung der tatsächlichen Gründe wird hier verzichtet)

**II.**

Ich bin für den Erlass dieses Kostenbescheides nach § 77 Abs. 1 S. 2 VwVG NRW zuständig.

Ihnen ist vor Erlass dieses Kostenbescheids gemäß § 28 VwVfG NRW die Gelegenheit gegeben worden, sich zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern. Von diesem Anhörungsrecht haben Sie indes keinen Gebrauch gemacht.

Dieser Kostenbescheid beruht auf § 7a Abs. 1 Nr. 7 und § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 der Kostenordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz (KostO NRW), jeweils in Verbindung mit §§ 77, 55 ff., 59 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes NRW (VwVG NRW). Danach kann die Behörde vom Pflichtigen die Erstattung von Gebühren und Auslagen für eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung verlangen. Das Abschleppen Ihres Fahrzeugs stellte eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung (eine sog. Ersatzvornahme) nach § 59 VwVG NRW dar; es handelte sich nicht um eine polizeirechtliche Sicherstellung nach § 24 Ordnungsbehördengesetz in Verbindung mit den §§ 43 ff. Polizeigesetz NRW, da Ziel der Abschleppmaßnahme nur die Entfernung Ihres Fahrzeugs aus dem absoluten Halteverbot war – also die Beseitigung eines Verkehrsverstößes -, und nicht etwa die Begründung eines behördlichen Gewahrsams an Ihrem Fahrzeug (z.B. weil der Zustand Ihres Wagens selber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeutet hätte).

Die Durchführung der Ersatzvornahme war rechtmäßig, insbesondere lagen die Vollstreckungsvoraussetzungen vor.

Nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW kann eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung (mit oder ohne vorausgehenden Bescheid an den Pflichtigen) angewendet werden, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Vollzugsbehörde hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt. Dies war hier der Fall:

- a) Die Straßenverkehrsbehörde hat bei der Aufstellung des Halteverbotsschildes im Rahmen ihrer Befugnisse gehandelt, denn es war zulässig, zur Ermöglichung von notwendigen Reparaturarbeiten im betroffenen Straßenabschnitt ein absolutes Halteverbot zu erlassen.
- b) Die Vollstreckung der Gebote und Verbote aus dem Halteverbotsschild erfolgte auch zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr. Denn zum einen haben Sie mit dem Abstellen Ihres Kfz in der gekennzeichneten Zone gegenwärtig und dauer-

haft gegen das Gebot und Verbot aus § 41 Straßenverkehrsordnung (StVO) i. V.m. Zeichen 283 (absolutes Halteverbotschild) verstoßen. Gleichzeitig verwirklichten Sie dabei auch den Bußgeldtatbestand des §§ 49 Abs. 1 Nr. 12, 12 Abs. 1 Nr. 6a StVO. Damit wurden grundlegende Vorschriften des Straßenverkehrsrechts und damit ein wichtiger Bestandteil der objektiven Rechtsordnung verletzt. Da die objektive Rechtsordnung ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist, war hier die öffentliche Sicherheit gegenwärtig gefährdet bzw. sogar schon verletzt.

- c) Die Abschleppmaßnahme war auch verhältnismäßig, denn die Behörde trifft grundsätzlich keine Warte- oder Nachforschungspflicht, wo sich der Fahrer bzw. Halter eines im absoluten Halteverbot stehenden Fahrzeugs gerade befindet. Es war von Ihnen am Fahrzeug auch kein Zettel mit Ihrer Telefonnummer bzw. Ihrem Aufenthaltsort zurückgelassen worden. Zudem erforderte die Dringlichkeit der Situation und die notwendige Fortsetzung der Bauarbeiten ein sofortiges Einschreiten ohne weiteres Abwarten.

Das bloße Umsetzen Ihres PKW auf einen anderen freien Parkplatz kam als milderes Mittel hier nicht in Betracht, da ein solcher nahe gelegener Alternativparkplatz nicht ersichtlich war und es mir auch nicht zuzumuten war, (umfangreiche) Nachforschungen anzustellen, wo sich denn in der Umgebung ein solcher Parkplatz befinden könnte.

Sowohl der Gebührenanspruch als auch der Anspruch auf Ersatz meiner Auslagen war gemäß § 17 Gebührengesetz NRW (GebG NRW) i. V.m. § 77 Abs. 4 S.1 VwVG bzw. gemäß § 11 Abs. 4 S.1 KostO NRW fällig.

Die Auswahl Ihrer Person als Kostenpflichtiger war ermessensfehlerfrei, da der abgeschleppte Wagen auf Sie zugelassen ist und meine Nachforschungen ergeben haben, dass Sie den PKW in der Halteverbotszone vor dem Krankenhaus abgestellt haben.

Schließlich ist auch die Höhe der von der A-Firma geltend gemachten und Ihnen aufzuerlegenden Abschlepp- und Verwahrkosten in Höhe von 200,- € nicht zu beanstanden.

Auch der geforderte Gebührensatz in Höhe von 80,- € ist der Höhe nach angemessen. Nach § 7a Abs. 1 Nr. 7 KostO NRW steht für das Abschleppen eines zugelassenen Kraftfahrzeuges für die Behörde ein Gebührenrahmen zwischen 25,- und 150,- € zur Verfügung. Bei dem vorliegenden Fall handelte es sich um eine Angelegenheit von durchschnittlicher Bedeutung und Schwere, sodass ein Gebührensatz in mittlerer Höhe des maximalen Gebührenrahmens angemessen war.

Damit ist der Kostenbescheid insgesamt rechtmäßig.

#### Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe (*wenn zugestellt wurde*: nach Zustellung) Klage beim Verwaltungsgericht in Arnsberg (*Adresse*) erheben. Die Klage ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts einzureichen. Sollte die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden, so würde dieses Verschulden Ihnen zugerechnet werden.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag

(Unterschrift)



**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.

## Kommunalrecht

*Der folgende Sachverhalt war Grundlage einer Klausur, die die Studierenden der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen im Studiengang Verwaltungsbetriebswirtschaft im Mai 2008 zu erstellen hatten. Die Klausur beschäftigt sich inhaltlich mit Fragen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen und den denkbaren Organisationsformen. Weiterer Prüfungsteil waren formelle Aspekte, die bei der Beschlussfassung durch die Vertretung der Kommune zu beachten sind. Die Prüflinge hatten unter Beweis zu stellen, dass sie die hierfür jeweils zu erfüllenden Voraussetzungen und rechtlichen Konsequenzen kennen und dass sie in der Lage sind, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen nachvollziehbar und sinnvoll strukturiert in einem Rechtsgutachten darzustellen. Als Hilfsmittel waren zugelassen: die Gemeindeordnung (GO NRW), das Kommunalwahlgesetz (KWahlG NRW) und die Kommunalunternehmensverordnung (KUV NRW). Da von Seiten der Studierenden immer wieder Orientierung bei der Formulierung von Rechtsgutachten gesucht wird, bietet die nachfolgende Veröffentlichung einen entsprechenden Vorschlag.*

### Sachverhalt:

Der Oberbürgermeister der kreisfreien Stadt Rheintal in NRW hatte form- und fristgerecht zur Sitzung des Rates am 21. April 2008 um 18.00 Uhr eingeladen. Auch im Rheintaler Anzeiger waren – wie seit Jahrzehnten üblich – auf der Seite „Amtliche Bekanntmachungen“ die entsprechenden Informationen zur Sitzung zu lesen gewesen.

Bei der Sitzungseröffnung hatte der Oberbürgermeister ausdrücklich „für das Protokoll“ die Beschlussfähigkeit des Gremiums festgestellt. Gegen 21.00 Uhr, als noch nicht alle Tagesordnungspunkte der umfangreichen Tagesordnung abgearbeitet waren, unterbrach der Oberbürgermeister die Sitzung zu einer fünfzehnminütigen Pause. Einige Ratsmitglieder nutzten die Pause, um sich aus der Sitzung zu verabschieden, weil sie noch anderweitige Termine wahrzunehmen hatten. Anschließend wurde die Sitzung fortgesetzt mit den einleitenden Worten des Oberbürgermeisters: „Die unterbrochene Sitzung wird hiermit wieder eröffnet und ich rufe Tagesordnungspunkt 27 auf“.

Der Oberbürgermeister hatte zu Tagesordnungspunkt 27 eine umfangreiche Beschlussvorlage durch seine Verwaltungsmitarbeiter erstellen lassen. Im Verlauf der Beratung lobten einige Ratsmitglieder die Vorlage, andere fühlten sich „von dem Papierwust erschlagen und überfordert“. Am Ende wurden zu Tagesordnungspunkt 27 folgende Beschlüsse gefasst:

### Beschluss 1:

Auf der Basis der durchgeführten Marktanalyse und der Stellungnahmen hierzu wird eine stadteneigene Telefongesellschaft gegründet (RheintalTeleGmbH). Der Oberbürgermeister wird beauftragt, für die nächste Ratssitzung einen Gesellschaftsvertrag zu erarbeiten. Mitglieder des Aufsichtsrates der GmbH sollen die drei Vorsitzenden der im Rat vertretenen Fraktionen (SPD, CDU, FDP) werden. (Abstimmungsergebnis: 25 ja, 2 nein, 2 Enthaltungen)

### Begründung:

Die GmbH soll das stadtinterne Leitungsnetz betreiben, aber auch auf dem freien Markt tätig werden, um einerseits einen Ertrag für den städtischen Haushalt abzuwerfen. Andererseits sei es angesichts der nachgewiesenen Unzuverlässigkeit vieler privater Telekommunikationsunternehmen geboten, für die Rheintaler Bürger einen verlässlichen Anbieter zu schaffen.

### Beschluss 2:

Das bisher dem Sportamt zugeordnete städtische „Sport- und Spaßbad“ wird künftig wie ein Eigenbetrieb geführt. (Abstimmungsergebnis: 13 ja, 12 nein, 4 Enthaltungen)

### Begründung:

Das Bad soll von den oftmals als zu eng empfundenen Verwaltungsstrukturen gelöst werden.

### Beschluss 3:

Die Rheintaler Entsorgungsbetriebe (REB) werden in ein Kommunalunternehmen umgewandelt. (Abstimmungsergebnis: 15 ja, 14 nein, 0 Enthaltungen)

### Begründung:

Die Befürworter dieser Organisationsform wollen damit den REB ermöglichen, noch wirtschaftlicher zu arbeiten, und sie wollen „einen weiteren Schritt in Richtung Entbürokratisierung bei der Müllabfuhr, Straßenreinigung und Abwasserbeseitigung“ tun. Die Angelegenheit ist aber umstritten (siehe Abstimmungsergebnis).

### Beschluss 4:

Die Hauptsatzung wird wie folgt geändert:

In § 25 werden die Worte „einem Beigeordneten für Wirtschaftsförderung,“ gestrichen.

(Abstimmungsergebnis: 29 ja, 0 nein, 0 Enthaltungen)

### Begründung:

Da Rheintal unter Haushaltssicherung steht, hat die Bezirksregierung per Verfügung angeordnet, dass der Verwaltungsvorstand um einen Beigeordneten verkleinert wird. Alle Fraktionen waren sich einig, dass man diejenige Stelle streichen solle, die als nächstes frei werde. Der Beigeordnete für Wirtschaftsförderung wurde am 31. März 2008 pensioniert.

Am Tag nach der Ratssitzung, am 22. April 2008, war im Rheintaler Stadtanzeiger zu lesen, dass einige Beschlüsse zur wirtschaftlichen Betätigung der Stadt doch sehr umstritten gewesen seien, wie man angesichts der offenen Abstimmungen leicht habe erkennen können. Es sei auch sehr fraglich, ob es sinnvoll sei, zu so später Stunde bei nicht mehr voller Besetzung noch Beschlüsse mit solcher Trag-

\* Siegfried Hlusiak lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.



weite zu fassen. Der Oberbürgermeister bat daraufhin noch am selben Tag seinen persönlichen Referenten, zur Vorbereitung eines Presseggesprächs die gefassten Beschlüsse auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen.

#### Aufgabe:

Fertigen Sie das geforderte Rechtsgutachten!

#### Bearbeitungshinweise:

1. Die Stadt Rheintal hat 200.000 Einwohner.
2. Auszug aus der Tagesordnung:

**Tagesordnung**  
zur Ratssitzung am 21.4.2008

#### Öffentlicher Teil

...  
TAGESORDNUNGSPUNKT 27: Wirtschaftliche Betätigung  
...

3. Auszug aus § 1 Abs. 1 der Kommunalunternehmensverordnung – KUV  
(VO zu § 133 Abs. 2 Nr. 13 GO):

„Unternehmen und Einrichtungen der Gemeinde, die in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen) errichtet sind oder nach Umwandlung in dieser Rechtsform bestehen, werden im Rahmen der Vorschriften der Gemeindeordnung nach dieser Verordnung und nach den Bestimmungen der Unternehmenssatzung geführt.“

4. Auszug aus § 25 der Hauptsatzung:

#### Verwaltungsvorstand

Der Verwaltungsvorstand besteht neben dem Oberbürgermeister und dem Kämmerer aus einem Beigeordneten für Soziales, einem Beigeordneten für Wirtschaftsförderung, einem Beigeordneten für das Bauwesen und einem Beigeordneten für Recht und Ordnung.

#### Lösung:

Die Ratsbeschlüsse sind rechtmäßig, wenn für ihr Zustandekommen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen und zwar in formeller und materieller Hinsicht. Zunächst soll das Vorliegen der formellen Voraussetzungen untersucht werden.

#### 1. Formelle Voraussetzungen

Formelle Voraussetzungen sind die Fragen nach Zuständigkeit, Verfahren und Form. Als erstes werden die Zuständigkeitsnormen überprüft.

##### 1.1 Zuständigkeit

Hinsichtlich der Zuständigkeit stellen sich zwei Fragen. Zunächst ist zu klären, ob die Zuständigkeit der Stadt Rheintal gegeben war (Verbandskompetenz). Danach ist darzustellen, ob der Rat innerhalb der Stadt Rheintal als zuständiges Organ die Beschlüsse fassen durfte (Organkompetenz).

##### 1.11 Verbandskompetenz

Nach Art. 28 Abs. 2 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung selbst zu regeln. § 2 GO nimmt diesen Gedanken mit den Worten auf, dass die Gemeinden in ihrem Gebiet ausschließliche Träger der öffentlichen Verwaltung sind, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen. Die hier gefassten Beschlüsse betreffen alle das Gebiet der Stadt Rheintal in räumlicher Hinsicht. Sie betreffen aber auch in fachlicher Hinsicht das Aufgabengebiet der Stadt Rheintal. Die Zuständigkeit einer anderen Gebietskörperschaft, etwa die des Bundes, die des Landes NRW oder die einer anderen Kommune ist nicht erkennbar. Die Stadt Rheintal ist also zuständig.

##### 1.12 Organkompetenz

Innerhalb der Gemeinde ist nach § 41 Abs. 1 Satz 1 GO der Rat grundsätzlich allzuständig, soweit die GO nichts anderes bestimmt. Indizien für die Zuständigkeit des Rates ergeben sich aus § 41 Abs. 1 Satz 2 GO. Hier werden Entscheidungsgegenstände aufgelistet, die der Rat auf gar keinen Fall delegieren darf. Nach § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. f GO gehören Satzungsbeschlüsse dazu. Mit Beschluss 4 wurde die Hauptsatzung geändert. Hierfür war der Rat also zuständig. Weiter gehören nach § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. L GO dazu

- die Beteiligung an einer Gesellschaft in privater Rechtsform (wie bei Beschluss 1 geschehen),
- die Errichtung von öffentlichen Einrichtungen und Eigenbetrieben (um diese Gegenstände handelt es sich bei Beschluss 2),
- die Errichtung von Anstalten des öffentlichen Rechts gemäß § 114a GO. Diese Anstalten werden in § 1 der KUV als Kommunalunternehmen legal definiert. Ein solches Kommunalunternehmen wurde mit Beschluss 3 errichtet.

Der Rat war also für alle von ihm gefassten Beschlüsse zuständig.

##### 1.2 Verfahren

Weitere formelle Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Ratsbeschlüsse ergeben sich aus Verfahrensvorschriften, die sowohl das Vorfeld der in Frage stehenden Ratssitzung als auch die Sitzung selbst betreffen.

##### 1.21 Einberufung

Zunächst einmal müssen die Vorschriften zur Einberufung des Rates eingehalten worden sein. Nach § 47 Abs. 1 Satz 1 GO erfolgt die Einberufung durch den Bürgermeister, der in kreisfreien Städten wie Rheintal den Titel Oberbürgermeister trägt (§ 40 Abs. 2 Satz 3 GO). Im vorliegenden Fall hat der Oberbürgermeister den Rat einberufen. § 47 Abs. 2 GO schreibt darüber hinaus vor, dass die Einberufung hinsichtlich Form und Frist den Vorgaben der Geschäftsordnung des Rates der Gemeinde entsprechen muss. Auch das hatte der Oberbürgermeister laut Sachverhalt beachtet. Schließlich bestimmt § 48 Abs. 1 Satz 4 GO, dass Zeit und Ort der Sitzung öffentlich bekannt zu machen sind. Das erfolgt gemäß § 52 Abs. 3 GO in derselben Weise, wie Satzungen bekanntgemacht werden. Die hierzu aufgrund von § 7 Abs. 5 GO erlassene Bekanntmachungsverordnung erlaubt nach § 4 Abs. 1 die Bekanntmachung in einer regelmäßig erscheinenden Zeitung, sofern die Hauptsatzung der Gemeinde diese Bekanntmachungsart ausgewählt hat (§ 4 Abs. 2). Davon ist angesichts der Sachverhaltsangaben – „wie seit Jahrzehnten üblich“ – auszugehen. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgte in der Zeitung „Rheintaler Anzeiger“ und somit ordnungsgemäß.

##### 1.22 Tagesordnung

Des weiteren sind die Vorgaben des § 48 Abs. 1 GO zur Aufstellung der Tagesordnung zu beachten. Diese Aufgabe obliegt dem

Oberbürgermeister, die er augenscheinlich auch wahrgenommen hat. Auch die vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung der Tagesordnung ist erfolgt (siehe oben Ziffer 1.21). Der Oberbürgermeister hat die Tagesordnung aber „festzusetzen“, das heißt, die Tagesordnungspunkte müssen konkret benannt sein (Konkretisierungsgebot). Der hier in Frage stehende Tagesordnungspunkt 27 lautet gemäß Bearbeitungshinweis Nr. 2 „Wirtschaftliche Betätigung“. Diese Aussage ist zu allgemein gehalten und nicht konkret genug. Die interessierte Öffentlichkeit kann sich hieraus kein Bild machen, was wohl Gegenstand der Beratungen und Entscheidungen sein soll. Auch ist der Beschluss 4 mit seinem Inhalt unter Tagesordnungspunkt 27 falsch angesiedelt. Hier geht es formell um die Änderung der Hauptsatzung und inhaltlich um die Reduzierung der Zahl der Beigeordneten. Ein Bezug zu „Wirtschaftliche Betätigung“ besteht nicht. Die vier gefassten Beschlüsse sind daher bereits allein wegen des Verstoßes gegen das Konkretisierungsgebot formell rechtswidrig,

### 1.23 Öffentlichkeit

Ein weiterer Aspekt formeller Rechtmäßigkeit der gefassten Beschlüsse ergibt sich aus § 48 Abs. 2 Satz 1 GO. Hiernach muss die Ratssitzung öffentlich sein. Hinweise, dass nicht öffentlich getagt wurde, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Die Berichterstattung der Presse am Tag nach der Ratssitzung lässt vielmehr den Schluss zu, dass Pressevertreter anwesend waren und damit dem Öffentlichkeitsgebot Rechnung getragen wurde.

### 1.24 Sitzungsleitung

Zu einem ordnungsgemäßen Verfahren gehört auch, dass die Ratssitzung vom Oberbürgermeister geleitet wird, wie § 51 Abs. 1 GO es vorschreibt. Dass er hierbei Fehler gemacht haben könnte, ist nicht ersichtlich. Die Feststellung der Beschlussfähigkeit bei der Eröffnung der Sitzung ist in § 51 Abs. 1 GO nicht vorgeschrieben; dass der Oberbürgermeister sie feststellen ließ, ist aber auch nicht schädlich. Er entsprach damit parlamentarischem Brauch.

### 1.25 Antragsrechte

Verfahrensrechtswidrig wäre es auch, wenn einzelne Ratsmitglieder in ihren Antragsrechten aus dem freien Mandat, das sich aus § 43 Abs. 1 GO ergibt, eingeschränkt worden wären. Anhaltspunkte dafür sind aber nicht ersichtlich.

### 1.26 Beschlussfähigkeit

Ein entscheidender Aspekt der Verfahrensrechtmäßigkeit ist die Beschlussfähigkeit des Rates. Nach § 49 Abs. 1 Satz 1 GO liegt sie vor, wenn mehr als die Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl anwesend ist. Zu klären ist, wie hoch diese Zahl ist. Nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GO besteht der Rat aus den gewählten Ratsmitgliedern und dem Oberbürgermeister (Mitglied kraft Gesetzes). Die näheren Vorschriften zur Wahl der Ratsmitglieder trifft gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 GO das KWahlG. Nach § 3 Abs. 2 lit. a KWahlG ist die Zahl der zu wählenden Ratsmitglieder abhängig von der Bevölkerungszahl der Gemeinde (gemeint ist die Einwohnerzahl). Wie dem Bearbeitungshinweis Nr. 1 zu entnehmen ist, hat Rheintal 200.000 Einwohner. Bei dieser Bevölkerungszahl sieht die zitierte Norm aus dem KWahlG 58 zu wählende Ratsmitglieder vor. Einschließlich der Person des Oberbürgermeisters (Mitglied kraft Gesetzes) besteht der Rat also aus 59 Mitgliedern, von denen mehr als die Hälfte anwesend sein muss, um Beschlussfähigkeit herzustellen. Das ergibt hier die notwendige Anwesenheit von 30 Mitgliedern des Rates. Wenn auch der Oberbürgermeister zu Beginn der Sitzung die Beschlussfähigkeit feststellen ließ, so lag sie jedenfalls bei den entscheidenden Abstimmungen zu Tagesordnungspunkt 27 nicht mehr vor. An allen vier Beschlüssen nahmen nur noch 29 Mitglieder teil:

Beschluss 1 – 25 ja-Stimmen + 2 nein-Stimmen + 2 Enthaltungen,  
 Beschluss 2 – 13 ja-Stimmen + 12 nein-Stimmen + 4 Enthaltungen,  
 Beschluss 3 – 15 ja-Stimmen + 14 nein-Stimmen + 0 Enthaltungen,  
 Beschluss 4 – 29 ja-Stimmen + 0 nein-Stimmen + 0 Enthaltungen.

Der Rat war also nicht beschlussfähig. Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GO gilt er aber als beschlussfähig, solange seine Beschlussunfähigkeit nicht festgestellt wurde. Das ist hier so. Der Sachverhalt sagt zwar aus, dass sich einige Ratsmitglieder während der Sitzungspause verabschiedet haben. Bei der Wiedereröffnung der Sitzung wurde die Beschlussunfähigkeit des Rates aber weder förmlich festgestellt noch wurde sie augenscheinlich bemerkt. Da nur ein Mitglied fehlte, um Beschlussfähigkeit auszulösen, kann auch nicht von einer Evidenz der Beschlussunfähigkeit die Rede sein. Der Rat galt also als beschlussfähig. Ein Verfahrensfehler aus § 49 Abs. 1 GO ergibt sich daher nicht.

### 1.27 Abstimmverfahren

Das Abstimmverfahren wird in § 50 GO geregelt. Die Norm unterscheidet zwischen Beschlüssen und Wahlen. Hier wurden keine Wahlen von Personen durchgeführt, sondern Sachbeschlüsse gefasst, für die § 50 Abs. 1 GO gilt. Nach § 50 Abs. 1 Satz 3 – 7 GO wird offen abgestimmt, sofern keine zulässigen Anträge auf namentliche und/oder geheime Abstimmung gestellt werden. Solche Anträge lagen nicht vor, sodass keine Rechtsverstöße erkennbar sind.

### 1.28 Abstimmergebnis

Auch das Abstimmergebnis ist nach § 50 Abs. 1 GO zu beurteilen. Nach Satz 1 dieser Norm werden Beschlüsse mit Stimmenmehrheit gefasst (gemeint ist die einfache Mehrheit), soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt (also qualifizierte Mehrheiten). Stimmenthaltungen zählen bei der Ermittlung der Mehrheit nicht mit (§ 50 Abs. 5 GO).

**Beschluss 1:** Bei der Gründung von Gesellschaften ist keine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben. Der Beschluss wurde mit 25 ja-Stimmen gegen 2 nein-Stimmen eindeutig mehrheitlich gefasst (die 2 Enthaltungen werden nicht berücksichtigt).

**Beschluss 2:** Bei der Gründung von Einrichtungen oder Eigenbetrieben ist ebenfalls keine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben. Der Beschluss wurde mit 13 ja-Stimmen gegen 12 nein-Stimmen zwar knapp, aber doch mehrheitlich gefasst (die 4 Enthaltungen werden nicht berücksichtigt).

**Beschluss 3:** Auch bei der Gründung eines Kommunalunternehmens ist keine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben. Der Beschluss wurde mit 15 ja-Stimmen gegen 14 nein-Stimmen zwar knapp, aber doch mehrheitlich gefasst.

**Beschluss 4:** Bei der Änderung der Hauptsatzung ist allerdings eine qualifizierte Mehrheit vorgeschrieben. Die Hauptsatzung und ihre Änderung kann der Rat gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 GO nur mit der Mehrheit der gesetzlichen Zahl der Mitglieder beschließen. Diese Zahl wurde oben (Ziffer 1.26) bereits mit 59 genannt. Bei der Abstimmung votierten alle noch anwesenden 29 Mitglieder des Rates mit „ja“. Nein-Stimmen und Stimmenthaltungen gab es nicht. 29 ist aber nicht die Mehrheit von 59. Es waren mindestens 30 Stimmen erforderlich. Wegen der einen fehlenden Stimme ist der vierte Beschluss daher nicht wirksam zustande gekommen.

### 1.29 Kein Mitwirkungsverbot

Schließlich muss sichergestellt sein, dass niemand beratend oder entscheidend mitgewirkt hat, dem die Mitwirkung verboten war. Solche Mitwirkungsverbote ergeben sich für den Oberbürgermeister aus

den in § 40 Abs. 2 Satz 6 GO genannten Einzelentscheidungen, die aber im vorliegenden Fall nicht einschlägig sind. Darüber hinaus können sich Mitwirkungsverbote aus Befangenheitsgründen ergeben (§ 43 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 – 5 bzw. § 50 Abs. 6 i. V. § 31 GO). Für Befangenheit einzelner Mitglieder des Rates liefert der Sachverhalt aber ebenfalls keine Anhaltspunkte.

Weitere Verfahrensvorschriften beim Zustandekommen der Ratsbeschlüsse sind nicht zu erkennen.

### 1.3 Form

Der dritte Bereich der formellen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit umfasst die Fragen nach der Form. Solche Aspekte sind aber bezogen auf Ratsbeschlüsse nicht ersichtlich.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass alle Beschlüsse wegen des Fehlers bei der Aufstellung der Tagesordnung formell rechtswidrig sind, wobei der vierte Beschluss wegen der nicht erreichten Mehrheit noch nicht einmal wirksam zustande gekommen ist.

## 2. Materielle Voraussetzungen

Darüber hinaus könnten die gefassten Beschlüsse unter materiellrechtlichen Fehlern leiden. Hierbei ist jeder Beschluss für sich zu untersuchen.

### 2.1 Telefongesellschaft (Beschluss 1)

Der Rat beschloss eine stadteigene Telefongesellschaft in der Rechtsform einer GmbH zu gründen, die auch auf dem freien Markt tätig werden soll.

#### 2.11 Voraussetzungen des § 107 GO

Diese Tätigkeit entspricht dem Begriff der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne der §§ 107 ff GO. Nach § 107 Abs. 1 Satz 3 GO ist als wirtschaftliche Betätigung der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Die Telefongesellschaft soll als organisatorisch selbstständige Einheit (Unternehmen) Dienstleistungen anbieten. Den Gemeinden wird nach § 107 Abs. 1 Satz 1 GO diese Betätigung erlaubt, sofern sich das mit der Voraussetzung „Erfüllung ihrer Aufgaben“ in Einklang bringen lässt und ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert. Grundsätzliche Aufgabe der Gemeinde ist die Daseinsvorsorge für die Einwohner, die in ihrem Gebiet leben. Telekommunikationsmöglichkeiten gehören sicherlich dazu. Das Anliegen, angesichts der „nachgewiesenen Unzuverlässigkeit vieler privater Telekommunikationsunternehmen“ sei es geboten, „für die Rheintaler Bürger einen verlässlichen Anbieter zu schaffen“, lässt sich mit Wohlwollen auch unter den dringenden öffentlichen Zweck subsumieren. Weiter fordert § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO, dass die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Bedenken in dieser Hinsicht bestehen bei der Stadt Rheintal mit 200.000 Einwohnern nicht. Die Voraussetzung, die § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO nennt – nämlich dass andere Unternehmen den Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen können –, ist bei Telefondienstleistungen nicht einschlägig. Eine Tätigkeit außerhalb des Gemeindegebiets im Sinne des § 107 Abs. 3 GO liegt nicht vor. Das Verfahren zur Marktanalyse gemäß § 107 Abs. 5 GO wurde beachtet. Die Voraussetzungen des § 107 GO liegen daher insgesamt vor.

#### 2.12 Voraussetzungen des § 108 GO

Eine Errichtung des Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts (hier: GmbH) ist nach § 108 GO grundsätzlich erlaubt.

Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO müssen dafür allerdings die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO vorliegen. Das wurde oben (unter Ziffer 2.11) dargelegt. Nach § 108 Abs. 1 Satz Nr. 3 GO muss darüber hinaus eine Rechtsform gewählt werden, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Das ist bei einer GmbH der Fall. Die übrigen in § 108 GO genannten Voraussetzungen muss der Oberbürgermeister bei der Erarbeitung des Gesellschaftsvertrags, wozu ihn der Rat beauftragt hat, beachten.

### 2.13 Voraussetzungen des § 113 GO

Der Rat beschloss weiter, dass Mitglieder des Aufsichtsrates der GmbH die drei Vorsitzenden der im Rat vertretenen Fraktionen (SPD, CDU, FDP) werden sollen. Nach § 113 Abs. 3 Satz 3 GO muss unter den Vertretern im Aufsichtsrat aber auch der Oberbürgermeister sein. Insoweit als der Oberbürgermeister nicht berücksichtigt wird, ist der Ratsbeschluss also bereits inhaltlich rechtswidrig. Außerdem können die Vertreter im Aufsichtsrat nicht – wie hier beschlossen – vorab festgeschrieben werden; sie müssen vielmehr in dem Verfahren, das nach § 50 Abs. 4 GO vorgeschrieben ist, gewählt werden. Auch aus diesem Grund ist der Ratsbeschluss inhaltlich rechtswidrig.

### 2.2 Sport- und Spaßbad (Beschluss 2)

Der Rat beschloss, das bisher dem Sportamt zugeordnete städtische „Sport- und Spaßbad“ künftig wie einen Eigenbetrieb zu führen. Das Bad ist eine Einrichtung im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 2. Spiegelstrich GO. Der Betrieb solcher Einrichtungen gilt nicht als wirtschaftliche Betätigung, sodass die Schranken, die § 107 Abs. 1 GO für den Betrieb von Unternehmen eigentlich vorsieht, hier nicht gelten. Unternehmen können nach § 114 GO als Eigenbetrieb geführt werden. Da das Bad kein Unternehmen ist, sondern eine Einrichtung, ist § 114 GO also nicht unmittelbar anwendbar. Einrichtungen können aber nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GO wie Eigenbetriebe geführt werden (eigenbetriebsähnliche Einrichtung). Genau das hat der Rat beschlossen. Der Beschluss ist folglich inhaltlich rechtmäßig.

### 2.3 Rheintaler Entsorgungsbetriebe - REB (Beschluss 3)

Der Rat beschloss, die REB in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln. Die REB betätigen sich in Sachen Müllabfuhr, Straßenreinigung und Abwasserbeseitigung. Das sind Betätigungen im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 GO, die nicht von Unternehmen wahrgenommen werden sondern von Einrichtungen, für die die Schranken des § 107 Abs. 1 GO nicht gelten. Bisher wurden die REB offensichtlich als eigenbetriebsähnliche Einrichtung nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GO geführt. Die Umwandlung dieser eigenbetriebsähnlichen Einrichtung in ein Kommunalunternehmen bedeutet, dass eine Anstalt öffentlichen Rechts im Sinne der Legaldefinition aus § 1 Abs. 1 KUV geschaffen wird. Die KUV basiert auf der Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Rechtsverordnungen aus § 133 Abs. 1 Nr. 13 GO. Die grundsätzlichen Regelungen zur Organisationsform „Anstalt öffentlichen Rechts“ ergeben sich aus § 114a GO. Nach § 114a Abs. 1 Satz 1 GO darf eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung in eine Anstalt öffentlichen Rechts umgewandelt werden. § 114a Abs. 1 Satz 2 GO besagt, dass § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO entsprechend gilt. Hiernach ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 GO gegeben sind und ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung der Anstalt vorliegt. Nach § 8 Abs. 1 GO haben die Gemeinden die für die Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu schaffen. Die REB sind mit ihren oben genannten Aufgabenbereichen eine erforderliche Einrichtung. Das vom Rat genannte Ziel des wirtschaftlicheren Arbeitens und auch das Ziel der Entbürokratisierung sind zudem wichtige Interessen der Gemeinde an der Gründung der Anstalt öffentlichen Rechts. Rechtsverstöße inhaltlicher Art liegen daher nicht vor.



#### 2.4 Änderung der Hauptsatzung (Beschluss 4)

Der Rat beschloss, die Stelle des Beigeordneten für Wirtschaftsförderung zu streichen, um auf diese Weise den Verwaltungsvorstand um einen Beigeordneten zu verkleinern. Die Zahl der Beigeordneten hat nach § 71 Abs. 1 GO die Hauptsatzung festzulegen. Die hier vorgenommene Verringerung der Zahl um 1 ist daher unproblematisch. Dass der Wegfall des Fachgebietes „Wirtschaftsförderung“ beschlossen wurde, ist keine rechtliche sondern eine politische Entscheidung. Rechtsverstöße materieller Art sind daher nicht ersichtlich.

#### Zusammenfassung:

Die Ratsbeschlüsse 1 bis 3 sind rechtswidrig wegen des Verstoßes gegen das Konkretisierungsgebot der Tagesordnung aus § 48 Abs. 1 Satz 1 GO. Der Ratsbeschluss 1 ist weiterhin rechtswidrig wegen der gegen § 113 Abs. 3 Satz 3 GO und § 54 Abs. 4 GO verstoßenden Zusammensetzung des Aufsichtsrates der RheintalTele GmbH. Die mit Beschluss 4 versuchte Änderung der Hauptsatzung zur Reduzierung der Zahl der Beigeordneten ist wegen der in § 7 Abs. 3 Satz 3 GO vorgeschriebenen, aber nicht erreichten Mehrheit nicht zustande gekommen.

Michael Th. P. Sprenger-Menzel und Falko Schuster\*

## Öffentliche Betriebswirtschaftslehre – Fallbearbeitung aus dem Gebiet „Grundlagen der ÖBWL“ –

### Aufgabenstellung

#### 1. Aufgabe: Kommunalverwaltung und ihre Beteiligungen

- Erläutern Sie kurz am Beispiel einer Gemeindeverwaltung, welche Organe in einem kommunalen Verwaltungsbetrieb zu unterscheiden sind, in welcher Beziehung diese Organe zueinander stehen und welche Aufgaben bzw. Zuständigkeiten ihnen durch die Gemeindeordnung zugewiesen werden!
- Erläutern Sie kurz den Unterschied zwischen einem kommunalen Eigenbetrieb und einer kommunalen Eigenengesellschaft!
- Erläutern Sie kurz den Unterschied zwischen einer gemischtöffentlichen Beteiligung und einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung!

#### 2. Aufgabe: Zielssystem der Kommunalverwaltung

Nach § 75 (2) der Gemeindeordnung (GO) des Landes Nordrhein-Westfalen (neue Fassung) gilt: „Der Haushalt muss in jedem Jahr in Planung und Rechnung ausgeglichen sein. Er ist ausgeglichen, wenn der Gesamtbetrag der Erträge die Höhe des Gesamtbetrages der Aufwendungen erreicht oder übersteigt.“

- Erläutern Sie anhand dieser Vorschrift den Begriff „Ziel“ und die Dimensionen der Zielbildung!
- Überprüfen Sie, ob es sich bei der oben genannten Regelung um eine operationale Zielsetzung handelt!
- Klären Sie, ob es sich bei der oben genannten Vorgabe um ein Formal- oder Sachziel handelt!
- Ordnen Sie die oben genannte Zielsetzung in das gesamte Zielsystem einer Kommunalverwaltung ein!

#### 3. Aufgabe: Betriebswirtschaftlicher Entscheidungsprozess

- Erläutern Sie kurz (unter Einbeziehung einer Skizze), wie sich der betriebswirtschaftliche Entscheidungsprozess grundsätzlich strukturieren lässt!
- Übertragen Sie diese allgemeinen Überlegungen auf eine konkrete Problemstellung in einem kommunalen Verwaltungsbetrieb!

#### 4. Aufgabe: Betriebliche Funktionen

- Grenzen Sie die Begriffe „Überwachung“, „Controlling“, „Kontrolle“, „Prüfung“ und „Revision“ voneinander ab!
- Erläutern Sie die drei Arten der Kontrolle anhand eines beliebigen Beispiels aus dem Bereich der Kommunalverwaltung!

- Erläutern Sie kurz, wer in einem kommunalen Verwaltungsbetrieb (in einer Kommunalverwaltung) für die örtliche Rechnungsprüfung zuständig ist und nennen Sie drei Aufgaben, welche die örtliche Rechnungsprüfung zu erfüllen hat!

#### 5. Aufgabe: Beschaffung

Ein kommunaler Bauhof benötigt für Tiefbauarbeiten regelmäßig Betonpflastersteine einer speziellen Sorte. Sie werden in Gebinden von je 100 Steinen geliefert. Pro Jahr verarbeitet der Bauhof etwa 100.000 dieser Pflastersteine. Der Preis eines Gebindes beträgt 50 Euro. Würde man ein Gebinde 1 Jahr lagern, würden Lagerkosten in Höhe von 18 Euro anfallen. Müsste man die Lagerung eines solchen Gebindes mit Hilfe einer Kreditaufnahme finanzieren, so kämen noch 2 Euro pro Jahr als Finanzierungskosten hinzu. Die Kosten pro Bestellung sind stets gleich und werden mit 5 Euro beziffert.

Ermitteln Sie die optimale Bestellmenge und die damit verbundene Anzahl der Bestellungen!

#### 6. Aufgabe: Finanzierung

- Definieren Sie kurz den Begriff „Finanzierung“ und erläutern Sie kurz, welcher Zielsetzung diese Funktion dient!
- Nennen Sie drei wichtige Finanzierungsarten, die für einen kommunalen Verwaltungsbetrieb eine Rolle spielen!
- Überprüfen Sie, ob es sich bei den von Ihnen genannten Finanzierungsarten um eine Innen- oder Außenfinanzierung und eine Eigen- oder Fremdfinanzierung handelt!

Begründen Sie jeweils Ihre Ansicht!

### Lösungshilfe

#### Zur 1. Aufgabe:

Zu a):

In einem kommunalen Verwaltungsbetrieb lassen sich auf jeden Fall drei Organe unterscheiden. Es handelt sich dabei um

\* Regierungsdirektor und Hochschuldozent Michael Th. P. Sprenger-Menzel, M. A. Dipl. rer. oec. S.T. B. Dipl. sc. pol. Dipl. theol. und Prof. Dr. Falko Schuster lehren an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen in Köln bzw. Duisburg Öffentliche Betriebswirtschaftslehre.



- I. den Rat,
- II. den Bürgermeister und
- III. den Verwaltungsvorstand.

In der Literatur werden teilweise weitere Organe genannt, wie beispielsweise das Rechnungsprüfungsamt.

- Der **Rat** vertritt die Bürgerschaft. Seine Mitglieder werden für einen bestimmten Zeitraum gewählt. Er ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig, soweit die Gemeindeordnung nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Allerdings kann der Rat Verwaltungsaufgaben auf **Ausschüsse** und auf den Bürgermeister übertragen, wobei Geschäfte der laufenden Verwaltung, soweit der Rat nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, grundsätzlich dem Bürgermeister zugewiesen sind.
- Der **Bürgermeister** hat den Vorsitz im Rat. Gleichzeitig ist er für die Leitung und Beaufsichtigung des Geschäftsgangs der gesamten Verwaltung zuständig. Man kann in diesem Zusammenhang auch von der **Verwaltungsspitze** sprechen.
- In Nordrhein-Westfalen wird er dabei, falls hauptamtliche Beigeordnete bestellt sind, von einem Gremium unterstützt, das **Verwaltungsvorstand** genannt wird und dem neben dem Bürgermeister, der den Vorsitz führt, die oben genannten hauptamtlichen Beigeordneten sowie der Kämmerer angehören. Der Bürgermeister entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten.

Zu b)

Bei einem Eigenbetrieb handelt es sich um ein gemeindliches wirtschaftliches Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit. Bei einer Eigengesellschaft handelt es sich um einen privatrechtlich selbstständig organisierten Aufgabenträger, an dem eine Gemeinde ausschließlich beteiligt ist, wobei üblicherweise die Rechtsform der AG oder der GmbH gewählt wird. Im Gegensatz zur Eigengesellschaft fehlt dem Eigenbetrieb somit eine eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist ein Teil der Gemeindeverwaltung, d. h. ein kommunaler Teilbetrieb, wobei ihm allerdings eine Sonderstellung zugewiesen wird. Bei einer Eigengesellschaft handelt es sich hingegen um eine kommunale Beteiligung, man könnte hier auch von einer Konzerntochter der Gemeindeverwaltung sprechen.

Zu c)

Bei einer gemischtöffentlichen Beteiligung handelt es sich wie bei der Eigengesellschaft um eine Beteiligung der Gemeinde, allerdings sind neben der Gemeinde noch andere öffentliche Körperschaften, also beispielsweise eine andere Gemeinde, an der betreffenden Unternehmung beteiligt. Bei einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung handelt es sich um eine Unternehmung an der neben der Gemeinde wenigstens ein privater Träger, in der Regel ein privates Unternehmen, beteiligt ist.

**Zur 2. Aufgabe**

Zu a)

Bei einem Ziel handelt es sich um einen Zustand, den man anstrebt. Wenn ein Ziel als eindeutiger Orientierungspunkt gelten soll, muss es im Hinblick auf drei Gesichtspunkte bestimmt sein, und zwar im Hinblick auf

- Inhalt,
- Ausmaß und
- Zeitbezug.

Es handelt sich dabei um die drei Dimensionen der Zielbildung. Inhalt der oben genannten Zielsetzung ist der „Neue Haushaltsausgleich“, es geht dabei um die Differenz zwischen Aufwendungen und Erträgen. Das Ausmaß dieser Differenz ist vorgegeben, die Differenz

soll auf jeden Fall nicht negativ sein. Der Zeitbezug wird durch die Formulierung „in jedem Haushaltsjahr“ deutlich.

Zu b)

Ein Ziel ist dann operational, d.h. eine eindeutige Orientierungsgröße, wenn man feststellen kann, ob bzw. inwieweit man es erreicht hat. Das Ausmaß der Zielerreichung muss man also mit messbaren Größen zum Ausdruck bringen können. Dies ist bei der oben genannten Zielsetzung der Fall. Anhand des in Euro zu ermittelnden Jahresergebnisses lässt sich angeben, ob man die vorgegebene Zielsetzung erreicht hat. Insofern handelt es sich um eine operationale Zielsetzung.

Zu c)

Bei einem Formalziel handelt es sich um eine abstrakt formulierte Vorgabe, die in der Regel letztlich in einer Zahl zum Ausdruck kommt. Mit der oben genannten Vorschrift, d.h. mit § 75 (2) GO, wird letztlich ein bestimmtes Jahresergebnis angepeilt, so dass es sich eindeutig um ein Formalziel handelt.

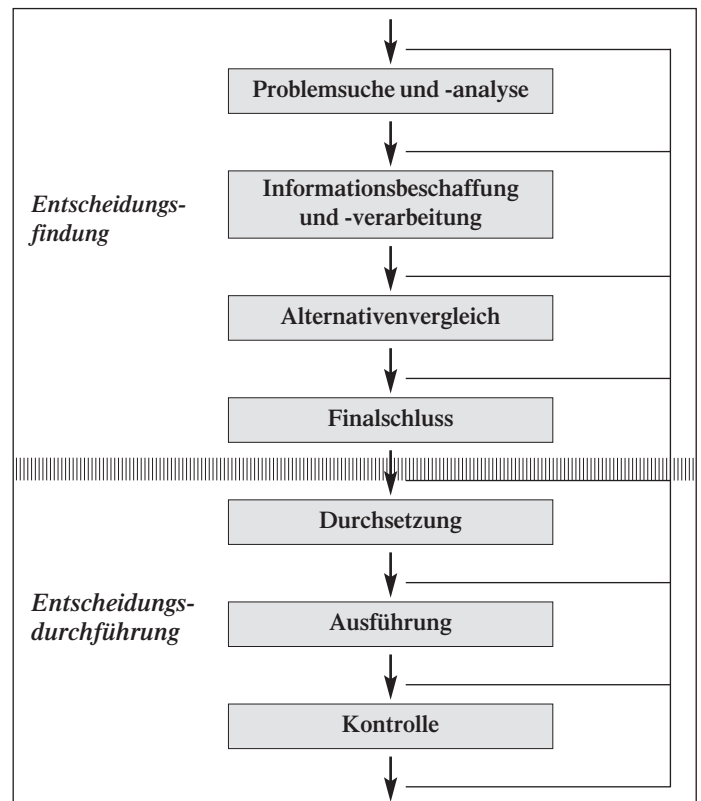
Zu d)

Dieses Formalziel ist Teil des gesamten Zielsystems einer Kommunalverwaltung, wobei neben dieser Zielsetzung das Sachziel (die Aufgabenerfüllung), weitere Formalziele, wie beispielsweise das Wirtschaftlichkeitsziel, und weitere Zielsetzungen hinzu treten, die man ergänzend nennen muss und die sich nicht eindeutig den Kategorien „Sachziel“ und „Formalziel“ zuordnen lassen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an das Liquiditätsziel, das Streben nach rechtmäßigem Handeln, die Bürgernähe, die Nachhaltigkeit usw.

**Zur 3. Aufgabe:**

Zu a)

Der betriebswirtschaftliche Entscheidungsprozess lässt sich folgendermaßen strukturieren:



Zu b)

Dieses Phasenmodell kann beispielsweise bei folgenden Entscheidungssituationen herangezogen werden:

- Beschaffung eines neuen Feuerwehrfahrzeuges,
- Einführung einer neuen EDV-Lösung,
- Planung einer Fortbildungsmaßnahme usw.

**Zur 4. Aufgabe:**

Zu a)

Der Begriff „Überwachung“ wird als Oberbegriff verwendet, dem man die in der Betriebswirtschaftslehre, aber auch in der Praxis bekannteren Begriffe „Kontrolle“ und „Prüfung“ unterordnet, wobei man den Begriff „Prüfung“ auch durch den Begriff „Revision“ ersetzen kann. Die Überwachung ist grundsätzlich den Führungsfunktionen zuzuordnen. Bei dem Controlling handelt es sich demgegenüber um eine führungsunterstützende Funktion, d.h. um eine Stabsfunktion.

Zu b)

Man unterscheidet drei Arten der Kontrolle:

- die verhaltensorientierte Kontrolle,
  - die verfahrenorientierte Kontrolle und
  - die ergebnisorientierte Kontrolle.
- In Verbindung mit einem Beschaffungsvorgang, ist
- die Klärung der Frage, ob das richtige Gut beschafft worden ist, der ergebnisorientierten Kontrolle zuzuordnen,
  - die Klärung der Frage, ob die Vergabevorschriften eingehalten worden sind, der verfahrenorientierten Kontrolle zuzuordnen und
  - die Klärung der Frage, ob sich das Beschaffungspersonal beispielsweise in technischer Hinsicht weiterbildet, der verhaltensorientierten Kontrolle zuzuordnen.

Zu c)

Für die **örtliche Rechnungsprüfung** der Kommunalverwaltung ist zunächst einmal der **Rat** zuständig, wobei allerdings zur Wahrnehmung der Prüfungsaufgaben ein spezieller Ratsausschuss, der Rechnungsprüfungsausschuss, zu bilden ist. Der Rechnungsprüfungsausschuss bedient sich der **örtlichen Rechnungsprüfung**, soweit eine solche Organisationseinheit, die früher in NRW Rechnungsprüfungsamt genannt wurde, vorhanden ist.

Die **örtliche Rechnungsprüfung** hat in Nordrhein-Westfalen unter anderem **folgende Aufgaben** zu erfüllen:

- die Prüfung des Jahresabschlusses der Gemeinde,
- die Prüfung der Jahresabschlüsse eines Teils der Sondervermögen,
- die Prüfung des Gesamtabschlusses
- die laufende Prüfung der Vorgänge in der Finanzbuchhaltung
- die laufende Überwachung der Zahlungsabwicklung,
- die Prüfung der eingesetzten EDV-Programme für die Finanzbuchhaltung und
- die Prüfung von Vergaben.

**Zur 5. Aufgabe:**

Zunächst wird die Anzahl der Gebinde ermittelt, mit der dann weitergerechnet wird: Es handelt sich um einen Jahresbedarf von 1.000 Gebinden.

Anschließend wird die Formel zur Bestimmung der optimalen Bestellmenge herangezogen.

$$\text{Optimale Bestellmenge} = \sqrt{\frac{2 \times \text{Jahresbedarf} \times \text{bestellfixe Kosten}}{\text{Einstandspreis} \times (\text{Zinssatz} + \text{Lagerkostensatz})}}$$

Es gilt

**Jahresbedarf = 1.000 Gebinde; bestellfixe Kosten = 5 Euro;**  
**P = 50 Euro; I = 36% und z = 4%.**

Wir setzen diese Größen in die Bestellmengenformel ein und erhalten:

$$B_{opt} = \sqrt{\frac{2 \times 1.000 \times 5 \text{ Euro}}{50 \text{ Euro} (36\% + 4\%)}}$$

$$B_{opt} = 22,36$$

Die optimale Bestellmenge liegt also bei rd. 22 Gebinden. Das bedeutet, dass man etwa 46mal im Jahr bestellen muss.

**Zur 6. Aufgabe:**

Zu a)

Unter Finanzierung versteht man die Gestaltung der Zahlungsströme im Hinblick auf die Sicherung der Liquidität unter Beachtung weiterer Zielsetzungen. Damit wird deutlich, dass diese betriebliche Funktion primär der Zahlungsfähigkeit eines Betriebes dient.

Zu b)

Beispielsweise könnten

- die Finanzierung aus Steuern,
- die Finanzierung aus Kredit und
- die Finanzierung aus Gebühren genannt werden.

Zu c)

Bei der Finanzierung aus Steuern handelt es sich um eine Außenfinanzierung, da es sich hierbei nicht um Mittel handelt, die durch eine Leistungserstellung erzielt werden. Es handelt sich weiterhin um eine Eigenfinanzierung, da hierdurch das Eigenkapital der Gemeinde positiv beeinflusst wird.

Bei der Finanzierung aus Kredit handelt es sich auch um eine Außenfinanzierung, da auch hier die Mittel nicht durch eine Leistungserstellung erzielt werden. Es handelt sich aber nicht um eine Eigenfinanzierung, sondern um eine Fremdfinanzierung, da sich diese Finanzierung auf das Fremdkapital (die Schulden) auswirkt.

Bei der Finanzierung aus Gebühren handelt es sich um eine Innenfinanzierung, da die Mittel dem Betrieb durch die betriebliche Tätigkeit, d.h. durch Verkäufe, zufließen. Weitere Zuordnungen sind hier nicht möglich.

**Literaturhinweis**

**Schuster, Falko:** Einführung in die Betriebswirtschaftslehre der Kommunalverwaltung; 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage, DVP Schriftenreihe, Maximilian-Verlag Hamburg 2006.

**DVP – Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!**




[www.deutsche-verwaltungs-praxis.de](http://www.deutsche-verwaltungs-praxis.de)

## Hausdurchsuchungen wegen nicht genehmigter Nebentätigkeit

(BVerfG, Beschl. v. 14. 11. 2007 – 2 BvR 371/07)

1. Ein Beamter, der in großem Umfang eine nicht genehmigte Nebentätigkeit (hier: Handel über eBay) ausübt – insbesondere während der Zeit einer Krankschreibung – muss es dulden, dass seine Privatwohnung im Rahmen eines Disziplinarverfahrens zwecks Suche nach Beweismitteln durchsucht wird.

2. Ein solcher Eingriff in das Wohnungsgrundrecht ist dann nicht unverhältnismäßig, wenn der Betroffene mit einer schweren Disziplinarmaßnahme – z.B. der Zurückstufung oder sogar einer Entlassung – rechnen muss.

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Der betroffene Polizeikommissar stand im Verdacht, er übe den Betrieb eines Internethandels als ungenehmigte Nebentätigkeit aus. Der Verdacht ergab sich zum Einen daraus, dass er für einige Monate selbst ein entsprechendes Gewerbe angemeldet hatte und für die nachfolgende Zeit eine entsprechende gewerbliche Tätigkeit seiner (über 80 Jahre alten und pflegebedürftigen) Mutter – in deren Haus der Betroffene wohnt – angemeldet war. Darüber hinaus hatte die Dienstbehörde eine schriftliche Auskunft der eBay International AG eingeholt, wonach unter dem von dem Beamten und seiner Mutter registrierten Mitgliedsnamen über mehrere Jahre hinweg in circa 1.150 Fällen Transaktionen zu An- und Verkauf (überwiegend von Neuwaren) stattgefunden hatten. Auf behördlichen Antrag erließ das zuständige VG eine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung. Diese Entscheidung wurde vom OVG Rheinland-Pfalz bestätigt. Hiergegen richtet sich die – nicht zur Entscheidung angenommene – **Verfassungsbeschwerde** des Betroffenen. Zwar komme im Bereich des hier einschlägigen Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** besondere Bedeutung zu. Dies gelte auch im Bereich disziplinarrechtlicher Vorermittlungen. Demgemäß bestimme § 32 Abs. 1 Satz 2 Landesdisziplinargesetz Rheinland-Pfalz (ebenso wie § 27 Abs. 1 Satz 2 BDG) dass Beschlagnahme und Durchsuchung nur angeordnet werden dürfen, wenn der Beamte des ihm zur Last gelegten Dienstvergehens dringend verdächtig ist und die Maßnahme zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Disziplinarmaßnahme nicht außer Verhältnis stehe. Regelmäßig kämen daher solche Zwangsmaßnahmen nur in Betracht, wenn die **Zurückstufung** oder die **Entfernung aus dem Beamtenverhältnis** zu erwarten seien; sie könnten jedenfalls dann als unverhältnismäßig erscheinen, wenn das mutmaßliche Dienstvergehen nur einen Verweis oder eine Geldbuße nach sich ziehen würden. Zwar könne die Ausübung einer ungenehmigten Nebentätigkeit für sich allein nur bei schwer wiegenden Gründen die Verhängung einer derart qualifizierten Disziplinarmaßnahme nach sich ziehen; angesichts der umfangreichen Nebentätigkeitsausübung auch in Zeiten einer Krankschreibung könne eine disziplinarrechtliche Zurückstufung jedoch nicht ausgeschlossen werden. Die Wohnungsdurchsuchung sei zur Aufklärung des Vorwurfs auch erforderlich gewesen, weil sie zur Auffindung von Beweismitteln führen konnte.

JV

## Keine neuen Wohnbauflächen in gesetzlich geschützten Biotopen

(OVG Koblenz, Urt. v. 7./8.11.2007 – 8 C 11523/06)

Die Ausweisung von neuen Wohnbauflächen durch einen Bebauungsplan in einem gesetzlich geschützten Biotop kommt nur in Frage, wenn eine naturschutzrechtliche Befreiung zu erreichen ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung

Als eine Gemeinde weitere Wohnbauflächen durch einen Bebauungsplan ermöglichen wollte, kam sie zu dem Ergebnis, dass dafür ein Bereich in Frage kam, der ein gesetzlich geschütztes Biotop war. Um mit dieser Festsetzung später keine Schwierigkeiten zu bekommen, beantragte sie eine Befreiung von den maßgeblichen Schutzvorschriften, die sie jedoch nicht bekam.

Dabei war davon auszugehen, dass die Bereitstellung von Wohnbauland in einer Gemeinde mit einer entsprechenden Nachfrage als ein dem Wohl der Allgemeinheit dienender Grund ohne weiteres anzuerkennen ist, was allein aber nicht ausreicht. Es kam darauf an, ob die Befreiung aus überwiegenden Allgemeinwohlgründen geboten war. Dies ist dann der Fall, wenn zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses vernünftigerweise geboten ist, mit Hilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Der angestrebte Standort muss auch nicht der einzige sein, mit dem die angestrebte Nutzung stehen oder fallen würde; andererseits darf sich diese Sicht nicht einseitig durchsetzen. Die betroffenen Interessen sind im Einzelfall zu gewichten und zueinander abwägend in ein angemessenes Verhältnis zu setzen. Nicht ausreichend ist es, dass eine Befreiung irgendwie nützlich oder dienlich ist. Es ist eben nicht geboten, dem gemeindlichen Planungsinteresse in jedem Einzelfall auf der Ebene von Ausnahmen und Befreiungen von einem naturschutzrechtlichen Schutzregime einen Vorrang zuzubilligen.

Überhaupt war die Zulassung der Wohnnutzung auf den vorgesehenen Flächen auch nicht aus städtebaulichen Gründen vernünftigerweise geboten. Auch ohne Inanspruchnahme der geschützten Fläche konnte eine städtebaulich vernünftige Arrondierung der überbauten Gemeindefläche erreicht werden. Es gab durchaus beachtliche Ausweichalternativen.

Nach der Auffassung des Gerichts führte die Befolgung des naturschutzrechtlichen Verbots für die Gemeinde auch nicht zu einer unbeabsichtigten Härte, die ein Grund für eine Befreiung von den gesetzlichen Verboten sein konnte.

So musste die Gemeinde ihre konkreten Planungsvorstellungen, die sich auf bestimmte Grundstücksflächen bezogen, aufgeben.

F. O.

## Konflikt zwischen geplanter Ortsrandstraße und Naturschutz

(OVG Koblenz, Urt. v. 15.5.2007 – 8 C 10751/06)

Eine Gemeinde kann durch einen Bebauungsplan eine Umgehungsstraße durch einen naturschutzrechtlich geschützten Lebensraum dann vorsehen, wenn eine Befreiung von den naturschutzrechtlichen Vorschriften in Frage kommt.

**Anmerkung:**

Um eine Ortsumgebung bauen zu können, beschloss die Gemeinde einen Bebauungsplan, der dann aber im Wege der Klage angegriffen wurde. Naturschützer waren der Auffassung, der Bebauungsplan wäre aus Gründen des europäischen Naturschutzrechts unzulässig.

Insoweit war davon auszugehen, dass nach dem Landesnaturschutzgesetz Bebauungspläne vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines europäischen Vogelschutzgebietes zu überprüfen sind.

Tatsächlich konnte der Bebauungsplan zu erheblichen Beeinträchtigungen der geschützten Gebiete in ihnen für die Erhaltungs- und Schutzziele wesentlichen Bestandteilen führen.

Jedoch waren die Voraussetzungen für eine Zulassung der Planung im Wege einer Ausnahme nach dem Landesnaturschutzgesetz erfüllt. Das Straßenbauvorhaben war aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig. Als gewichtiger Grund für die Rechtfertigung des Planvorhabens war in erster Linie die Verkehrs- und damit Lärm- und Schadstoffentlastung der Anwohner. In einer Straße war mit einer Verkehrsentlastung von 1.900 bis 2.900 Kfz pro Tag und in einer weiteren Straße um 1.700 bis 2.600 Kfz pro Tag zu rechnen. Weiter kam eine Verkehrsentlastung von einem innerörtlichen Knotenpunkt um 24% in Frage. Auch war eine Reduktion der Schadstoffe zu erwarten.

Der Ausnahmeentscheidung nach dem Recht des Lebensraumschutzes standen keine zumutbaren Alternativen entgegen, den mit der Planung verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen. Die Gemeinde war nahezu vollständig von einem Schutzgebiet umgeben. Standortalternativen für die Umgehungsstraße standen daher von vornherein nur in eingeschränktem Umfang zur Verfügung.

Auch das Artenschutzrecht erwies sich für den Bebauungsplan nicht als rechtliches Hindernis, obgleich die Verbotstatbestände des § 42 Bundesnaturschutzgesetz erfüllt wurden. Es kam die Erteilung einer Befreiung in Frage. Befreiungsgrund war die Verkehrs- und damit Immissionsentlastung der Anwohner in der Gemeinde. Der Erhalt der geschützten Vogelarten war durch funktionsgleiche Ausgleichsmaßnahmen in einem ortsnahen Ausweichgebiet gewährleistet. Es war davon auszugehen, dass ein genügender Lebensraum für die geschützten Vogelarten verblieb, der langfristig ein Überleben der Tiere sicherte.

Schließlich genügte der Bebauungsplan auch den Anforderungen des Abwägungsgebots des Baugesetzbuches. Vermeidung und Ausgleich naturschutzrechtlicher Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft durch die Straßenplanung waren berücksichtigt worden.

F. O.

**Überplanung einer innerstädtischen Grünanlage**

(OVG Lüneburg, Urt. v. 23.4.2008 – 1 KN 113/06)

*Eine Gemeinde hat die Befugnis, im Rahmen der Abwägung unterschiedlicher Belange im Bebauungsplanverfahren anstelle einer vorhandenen Grünanlage eine Wohnbaufläche festzusetzen.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Anmerkung:**

Als für einen innerstädtischen Bereich ein Bebauungsplan aufgestellt werden sollte, waren die Nachbarn nicht einverstanden.

Der neue Bebauungsplan sah Wohnbauflächen dort vor, wo noch eine innerstädtische Grünanlage vorhanden war. Sie war bisher als grüne Lunge der Stadt und als zentrumnahes Erholungsgebiet angesehen worden. Dementsprechend war im Flächennutzungsplan der Bereich auch als Grünfläche dargestellt worden, was jetzt auch korrigiert werden sollte. Es war außerdem aber auch noch ein Landschaftsplan vorhanden, der den Bereich für das Landschaftsbild mit besonderer Bedeutung für das siedlungsnahes Landschaftserlebnis bezeichnete; er sah eine naturschutzrechtliche Unterschutzstellung und Freihaltung der Fläche von baulichen Nutzungen vor.

Nach dem Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht konnten die Nachbarn aus dem Landschaftsplan keine ihnen positiven Rechtswirkungen ableiten. Landschaftspläne sind nicht strikt zu beachten, sondern können in der Abwägung der unterschiedlichen Belange im Bebauungsplanverfahren überwunden werden. Dies zeigt sich darin, dass das Baugesetzbuch die Landschaftspläne nur als Abwägungsbelang angibt (§ 1 Abs. 6 Nr.7 lit. g).

Die Gemeinde hatte eine hinreichende Abwägung der den Landschaftsplan tragenden Belange gegenüber den mit der neuen Planung verfolgten Belangen durchgeführt. Es war nicht unangemessen oder widersprüchlich, der Nachfrage nach Wohngrundstücken den Vorrang vor dem Schutz der für das Ortsbild wichtigen Landschaft zu geben. Die Gemeinde hatte vertretbar angenommen, dass sie eine negative Beeinflussung des Ortsbildes durch die Bebauung einer Fläche gegenüber den Belangen der Wohnbevölkerung geringer gewichten dürfte.

Es liegt in der Kompetenz und im rechtlichen Spielraum einer Gemeinde, ihr Ortsbild innerhalb bestimmter Grenzen zu verändern.

F.O.

**Ansprüche wegen Mobbing**

(BAG, Urteil v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06)

1. *Der Arbeitgeber haftet dem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber gem. § 278 BGB für schuldhaft begangene Persönlichkeitsrechts- oder Gesundheitsverletzungen durch von ihm als Erfüllungsgehilfen eingesetzte andere Arbeitnehmer und Vorgesetzte.*
2. *Wesensmerkmal der als Mobbing bezeichneten Form der Persönlichkeitsrechtsverletzung ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen zusammensetzende Verletzungshandlung, wobei den einzelnen Handlungen bei isolierter Betrachtung eine rechtliche Bedeutung oft nicht zukommt.*
3. *Eine (Ausschluss-)Klausel in einem Arbeitsvertrag, die nach ihrem Wortlaut "Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" erfasst, umfasst auch Ansprüche aus vorsätzlich unerlaubter Handlung.*
4. *In Fällen von sog. Mobbing beginnt die Ausschlussfrist wegen der systematischen, sich aus mehreren einzelnen Handlungen zusammensetzenden Verletzungshandlung regelmäßig erst mit der zeitlich letzten Mobbing- Handlung.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

**Vorbemerkung:**

*Die Entscheidung des BAG stellt (nochmals) klar, dass aus dem Vortrag eines Arbeitnehmers, er sei „gemobbt“ worden, für sich*



allein keine Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung abgeleitet werden können. Es bedarf vielmehr einer konkreten Darlegung, dass bestimmte Schutzgüter des Betroffenen – z.B. Gesundheit – durch welche konkreten Verhaltensweisen des Arbeitgebers oder seiner Mitarbeiter verletzt worden sind. Hierzu hat der Anspruchssteller Tatsachen vorzutragen und im Bestreitensfalle zu beweisen, weil ihm grundsätzlich die Beweislast trifft. Die Rechtslage wird im vorliegenden Fall zusätzlich dadurch kompliziert, dass die behaupteten Pflichtverletzungen in einen Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform (1.1.2002) fallen, so dass sich die Frage nach der Anwendbarkeit des alten oder – kraft Überleitungsregelung – neuen Rechts stellte. Schließlich geht es um Wirksamkeit der (nicht seltenen) Ausschlussklauseln, wonach Ansprüche innerhalb bestimmter Fristen geltend zu machen sind.

### I. Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Ansprüche auf Zahlung von Schadensersatz, Schmerzensgeld und Entschädigung. Der Kläger (K) trat mit Wirkung vom 1.4.1987 auf Grund einer Bewerbung für den Bereich Kraftwerksplanung/-betrieb bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten (B), der V AG, als außertariflich angestellter Versuchsingenieur, Abteilung Versuchswesen, ein. Die Übertragung einer anderen, seiner Vorbildung und seinen Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeit war vertraglich vorbehalten. K ist ausgebildeter Diplom-Ingenieur der Fachrichtung Maschinenbau. Mit Wirkung zum 1.1.1999 fassten die Rechtsvorgängerin der B und K den Arbeitsvertrag neu. Der Vertrag regelt die Übernahme einer Ausschlussfrist-Klausel eines Tarifvertrages.

Der in Bezug genommene § 23 des Tarifvertrages lautet:

- „1. ...  
2. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis müssen spätestens innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Entstehen des Anspruchs geltend gemacht werden; ist dies geschehen, so bleiben die gesetzlichen Verjährungsfristen unberührt.“

Ab dem 23.9.1999 ist K dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt. Seit dem 18.1.2001 ist er einem schwer behinderten Menschen gleichgestellt. Im August 2002 wurde K rückwirkend ab 1.9.2000 eine befristete Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bewilligt. Seit Juni 2006 wird die Rente unbefristet gewährt. K hat die Auffassung vertreten, wegen fortgesetzten Mobbing habe er Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz, Entschädigung und Schmerzensgeld und macht diese Ansprüche mit der Klage geltend. Während seiner Beschäftigung sei er in vielfältiger Weise systematischen Mobbing-Handlungen, vor allem von Seiten seiner Vorgesetzten, ausgesetzt gewesen. Hierauf sei zurückzuführen, dass er nach wiederholten Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen psychischer Erkrankungen seit dem 23.9.1999 durchgängig erkrankt ist. Die Klagesumme in Höhe von 78.109,42 Euro setze sich dabei aus dem Verdienstaufschaden und aus der nicht gewährten zweijährigen Gehaltserhöhung als AT-Angestellter für den Zeitraum ab Januar 1995 zusammen. Wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts stehe ihm außerdem ein Entschädigungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Höhe von 25.000,00 Euro sowie Schmerzensgeld in Höhe von weiteren 25.000,00 Euro zu. Zur Darstellung der von ihm behaupteten Mobbing-Handlungen hat K umfangreiche – zeitlich gegliederte – Aufzeichnungen mit Anlagen vorgelegt. Während des ersten Zeitraums habe sein Abteilungsleiter trotz vieler Beschwerden bei Vorgesetzten und Betriebsräten seine Leistungen ignoriert und ihn mit Bedrohungen und Schikanen überzogen. Sein an den Vorstandsvorsitzenden der Rechtsvorgängerin der B mit Schreiben vom 19.2.1995 gerichteter Appell an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers habe nicht zu Änderungen des Verhaltens geführt.

Ab dem Jahre 1997 sei er unter Vortäuschung falscher Tatsachen in eine für ihn fachfremde Abteilungsgruppe versetzt worden, wo er durch systematische Über- und Unterforderung mit berufsfremden und sinnlosen Aufgaben massiv behindert und schikaniert worden sei. Auch nach dem 23.9.1999 habe sich am Mobbing-Verhalten der B nichts geändert. Sie ignoriere ihn und kopple ihn trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses von betrieblichen Informationen ab. So seien ihm berechnete Zahlungsansprüche vorenthalten worden, wogegen er sich – wie auch gegen eine unberechtigte Abmahnung – gerichtlich erfolgreich zur Wehr gesetzt habe.

K meint, es liege eine eigene unerlaubte Handlung der B bzw. ihrer gesetzlichen Vertreter vor, zumindest jedoch ein entsprechendes Überwachungsverschulden, da trotz entsprechender Kenntnisse keinerlei Kontrollmaßnahmen veranlasst oder Anweisungen an das angeblich sorgfältig ausgewählte Leitungspersonal erteilt worden seien. Spätestens die Schreiben der „Mobbing-Zentrale e.V.“ vom 7.10. und 16.11.1999 hätten der B Anlass geben müssen, in seinem Interesse tätig zu werden. Stattdessen habe der frühere Personalleiter ihn als Querulanten behandelt und im Jahre 2001 auf die Frage nach seiner Person geantwortet: „Den Herrn W gibt’s nicht mehr bei uns“. Hierfür müsse B zumindest nach § 831 BGB einstehen.

Die arbeitsvertraglich in Bezug genommene Ausschlussklausel unterliege der arbeitsgerichtlichen Angemessenheitskontrolle. Ansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen seien ohnehin von derartigen Ausschlussklauseln nicht umfasst. Die Klage des K war in den beiden ersten Instanzen erfolglos; er hat deswegen Revision eingelegt.

### II. Zur Rechtslage:

*Die (zulässige) Revision des K war in der Sache erfolgreich. Sie führt zur Aufhebung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG.*

*Der Senat führt aus:*

„Das landesarbeitsgerichtliche Urteil hält jedoch aus materiellrechtlichen Gründen einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Ein Verfall der geltend gemachten Ansprüche auf Grund der vertraglich vereinbarten Ausschlussfrist kann mit der Begründung des LAG nicht angenommen werden. Ob die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche gem. § 23 Abs. 2 des in Bezug genommenen Rahmentarifvertrages (...) verfallen sind, bedarf einer erneuten Prüfung und Entscheidung durch das LAG.“

1. Das LAG sei zwar zutreffend von der **Anwendbarkeit und Wirksamkeit der Verfallklausel** ausgegangen.

*Der Senat legt im Einzelnen dar, dass sich die Beurteilung der Klausel im Hinblick auf Art. 229 § 5 EGBGB nach der Altfassung des BGB richtet. Danach aber seien solche – auch kürzere – Klauseln in der Rspr. des BAG stets als wirksam eingestuft worden. Die Klausel erfasse auch Ansprüche aus vorsätzlich unerlaubter Handlung. Dies gelte nicht nur für Gesundheitsverletzungen, sondern auch für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das Gericht führt aus:*

„Die Klausel unterliegt hinsichtlich ihrer Wirksamkeit keinen Bedenken. Die Parteien können im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit in Arbeitsverträgen Verfallklauseln für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis vereinbaren, wobei es keinen Unterschied macht, ob sie eine solche Klausel ausformulieren oder auf eine in einem anderen Regelwerk enthaltene Klausel Bezug

nehmen (BAG 13.12.2000 – 10 AZR 168/00 – BAGE 96, 371 = AP BGB § 241 Nr. 2 = EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 8). Eine allein anhand der §§ 138, 134 und 242 BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle führt nicht zur Unwirksamkeit der Verfallklausel. Sie gilt für beide Vertragsparteien und ist mit einer Fristdauer von sechs Monaten nicht zu kurz. (...)

a) Die Klausel, die nach ihrem Wortlaut "Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" erfasst, umfasst entgegen der Auffassung des K auch **Ansprüche aus vorsätzlich unerlaubter Handlung**. Dem steht die seit 1.1.2002 geltende Vorschrift des § 202 Abs. 1 BGB, der zufolge die **Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes** nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft **erleichtert** werden kann, nicht entgegen. Zu den Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis zählen wegen des einheitlichen Lebensvorgangs nicht nur vertragliche Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche, sondern auch solche aus unerlaubter Handlung (BAG 27.4.1995 – 8 AZR 582/94 – ZTR 1995, 520; 26.4.1990 – 8 AZR 153/89 – ZTR 1991, 26; 26.5.1981 – 3 AZR 269/78 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 71 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 47). Ein Verfall ist nach der vor Inkrafttreten des § 202 BGB nF am 1.1.2002 ergangenen Rechtsprechung des BAG auch dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich um Ansprüche aus deliktischer Vorsatztat handelt. Nach der Entscheidung des Senats vom 27.4.1995 (– 8 AZR 582/94 – ZTR 1995, 520; ebenso BAG 6.5.1969 – 1 AZR 303/68 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 42) unterscheidet eine Klausel, die den hier maßgeblichen Wortlaut hat, nicht danach, ob die den Anspruch begründende Handlung vorsätzlich oder fahrlässig geschehen ist. Deshalb werden von der Ausschlussfrist auch Ansprüche erfasst, die auf vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung beruhen. Dies verstößt nicht gegen § 276 Abs. 3 BGB, da die Haftung des Schuldners **nicht im Voraus erlassen** wird. (...)

b) Die Ausschlussklausel erfasst auch Ansprüche wegen der Verletzung der **Gesundheit** (vgl. zuletzt zu § 70 BAT Senat 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – AP BGB § 618 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 618 Nr. 2; 27.4.1995 – 8 AZR 582/94 – ZTR 1995, 520). Dabei ist aber streitig, ob eine Ausschlussklausel dieses Inhalts auch Ansprüche wegen der Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** erfasst.“

*Der Senat legt dar, dass in der älteren Rspr. vielfach angenommen worden sei, Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht würden von Ausschlussklauseln nicht erfasst. In der Literatur bestehe ein differenziertes Meinungsbild. Der Senat geht demgegenüber davon aus, dass auch die Ansprüche wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfasst werde. Ausschlaggebend sei, dass durch die entgegenstehende Auffassung Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts ohne nachvollziehbaren Grund gegenüber Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung der Gesundheit oder des Eigentums privilegiert würden.*

2. Nach Ansicht des Senats hat das LAG die (wirksame) Verfallklausel fehlerhaft angewendet. Das BAG führt insoweit aus:

„a) Die in Bezug genommene tarifliche Ausschlussklausel knüpft den Beginn des Fristlaufs an die "Entstehung" des Anspruchs. Damit ist regelmäßig die **Fälligkeit** gemeint (vgl. BAG 9.8.1990 – 2 AZR 579/89 – AP BGB § 615 Nr. 46 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 88; ...). Die Fälligkeit eines Schadensersatzanspruchs setzt zunächst voraus, dass ein Schaden überhaupt entstanden ist. Erst mit der **Entstehung des Schadens** kann auch ein Schadensersatzanspruch entstehen, der in der Regel auch mit seiner Entstehung fällig wird (BAG 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – AP BGB § 618 Nr. 28 =

EzA BGB 2002 § 618 Nr. 2; 25.1.1967 – 4 AZR 532/65 – APTVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 35 = EzA TVG § 4 Nr. 13; 7.3.1995 – 3 AZR 282/94 – BAGE 79, 236, 258 = AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 26 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 9 unter Verweis auf BGH 19.12.1990 – VIII ARZ 5/90 – BGHZ 113, 188, 193). Die Fälligkeit tritt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG bei Schadensersatzansprüchen ein, wenn der **Schaden für den Gläubiger feststellbar** ist und **geltend gemacht** werden kann (Senat 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – AP BGB § 618 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 618 Nr. 2; 20.6.2002 – 8 AZR 488/01 – EzA BGB § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 11). **Feststellbar** ist der Schaden, sobald der Gläubiger vom Schadensereignis Kenntnis erlangt oder bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt hätte erlangen können (BAG 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – a. a. O.; 27.4.1995 – 8 AZR 582/94 – ZTR 1995, 520; 16.5.1984 – 7 AZR 143/81 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 85 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 58). **Geltend gemacht werden können** Schadensersatzforderungen, sobald der Gläubiger in der Lage ist, sich den erforderlichen Überblick ohne schuldhaftes Zögern zu verschaffen und seine Forderungen wenigstens annähernd zu beziffern (BAG 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – aaO; 17.7.2003 – 8 AZR 486/02 – AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 27). Ausreichend ist, dass der Arbeitnehmer die Ansprüche so deutlich bezeichnen kann, dass der Arbeitgeber erkennen kann, aus welchem Sachverhalt und in welcher ungefähren Höhe er in Anspruch genommen werden soll (Senat 27.4.1995 – 8 AZR 582/94 – a. a. O.). Dementsprechend ist der Gläubiger grundsätzlich verpflichtet, bei der Geltendmachung auch zumindest die ungefähre Höhe seiner Forderung zu nennen (Senat 14.12.2006 – 8 AZR 628/05 – a. a. O.).

b) Dieser Entstehungszeitpunkt ist in der Regel unproblematisch zu ermitteln, wenn die Verletzungshandlung sich auf einen einmaligen, zeitlich und gegenständlich abgrenzbaren Handlungsakt beschränkt. Dies wird im Fall von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, wie sie K behauptet und wie sie häufig Gegenstand sog. Mobbing-Prozesse sind, regelmäßig nicht der Fall sein. Allerdings hat der Umstand, dass der klagende Arbeitnehmer die geschilderten Verhaltensweisen von Vorgesetzten und Kollegen als Mobbing bezeichnet, keinen Einfluss auf die rechtliche Prüfung. **Mobbing ist kein Rechtsbegriff** und erst recht **keine Anspruchsgrundlage** (Thüringer LAG 15.2.2001 – 5 Sa 102/2000 – LAGE BGB § 626 Nr. 133; 10.4.2001 – 5 Sa 403/2000 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; LAG Berlin 1.11.2002 – 19 Sa 940/02 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 6; ErfK/Preis 7. Aufl. § 611 BGB Nr. 768a; ...). Nicht alles, was als Mobbing bezeichnet wird, ist von rechtlicher, d. h. insbesondere arbeitsrechtlicher und schadensrechtlicher Relevanz. Auch den zahlreichen von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Begriffsdefinitionen ist gemein, dass sie keine rechtlichen Subsumtionshilfen bieten. Die rechtliche Würdigung eines von der klagenden Partei als Mobbing bezeichneten Sachverhaltes hat daraufhin zu erfolgen, ob arbeitsrechtliche Pflichten oder ein Recht bzw. Rechtsgut i. S. der §§ 823 ff. BGB verletzt wurden.

c) Die im Kern übereinstimmenden **Definitionen**, wie die des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts (15.1.1997 – 7 ABR 14/96 – BAGE 85, 56 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 118 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 133), Mobbing sei das **systematische Anfeinden, Schikaniieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte**, oder die des Thüringer LAG (15.2.2001 – 5 Sa 102/2000 – LAGE BGB § 626 Nr. 133; 10.4.2001 – 5 Sa 403/2000 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; ebenso LAG Rheinland-Pfalz 16.8.2001 – 6 Sa 415/01 – NZA-RR 2002, 121; LAG Bremen 17.10.2002 – 3 Sa 78/02 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 5; LAG Hamm 25.6.2002 – 18 (11) Sa 1295/01 – NZA-RR 2003, 8),

Mobbing seien „fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die nach ihrer Art und ihrem Ablauf im Regelfall einer übergeordneten, von der Rechtsordnung nicht gedeckten Zielsetzung förderlich sind und jedenfalls in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen“, zeigen – unabhängig davon, welcher Definition man folgt –, dass die unter dem Begriff Mobbing zusammengefassten tatsächlichen Erscheinungen rechtliche Fragestellungen aufwerfen, die gerade für den Lauf von Fristen von Bedeutung sind. Denn die rechtliche Besonderheit der als Mobbing bezeichneten tatsächlichen Erscheinungen liegt darin, dass nicht eine einzelne, abgrenzbare Handlung, sondern die **Zusammenfassung mehrerer Einzelakte** in einem Prozess zu einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder der Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers führen kann, wobei die einzelnen Teilakte jeweils für sich betrachtet rechtlich wiederum „neutral“ sein können. Rechtlich betrachtet geht es damit zunächst um die Qualifizierung eines bestimmten **Gesamtverhaltens** als Verletzungshandlung im Rechtssinne. Die Zusammenfassung der einzelnen Verhaltensweisen erfolgt dabei durch die ihnen zugrunde liegende Systematik und Zielrichtung, Rechte und Rechtsgüter – im Regelfall das Persönlichkeitsrecht und/oder die Gesundheit des Betroffenen – zu beeinträchtigen (vgl. Thüringer LAG 15.2.2001 – 5 Sa 102/2000 – a. a. O.; 10.6.2004 – 1 Sa 148/01 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 8a; LAG Schleswig-Holstein 19.3.2002 – 3 Sa 1/02 – NZA-RR 2002, 457).

d) Entsprechend den dargelegten Grundsätzen wird auch in der Literatur zur sog. Mobbing-Problematik davon ausgegangen, dass wegen der **Prozesshaftigkeit** des Mobblings nicht etwa einzelne zurückliegende Handlungen aus der Berücksichtigung herausfallen könnten. Sie seien vielmehr, da sie einem systematischen Prozess angehörten, in die Betrachtung einzubeziehen (Rieble/Klumpp ZIP 2002, 369). **Wesensmerkmal** der als Mobbing bezeichneten Form der Persönlichkeitsrechtsverletzung ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Handlungen zusammensetzende Verletzungshandlung, wobei den einzelnen Handlungen bei isolierter Betrachtung eine rechtliche Bedeutung oft nicht zukommt. Hierzu stünde im Widerspruch, wenn der Lauf der Ausschlussfrist mit Abschluss einer jeden einzelnen Handlung begönne. Dementsprechend **beginnt** die Ausschlussfrist in Mobbing-Fällen **regelmäßig mit Abschluss der zeitlich letzten vorgetragenen „Mobbing-Handlung“**. Lässt sich ein fortlaufender Prozess von Handlungen feststellen, mit dem insgesamt in rechtswidriger Weise in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingegriffen wurde, ist der Anspruchsgegner auch nicht schutzwürdig; dies gilt umso mehr, als er über einen langen Zeitraum hinweg in systematischer Weise vorgegangen ist. Damit wird auch der Gefahr begegnet, dass über die Ausschlussfrist bestimmte Sachverhalte als verfallen angesehen und aus der Beurteilung, ob das Persönlichkeitsrecht verletzt wurde, ausgeschlossen werden. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung wird in sog. Mobbing-Fällen durch eine zusammenhängende Gesamthandlung verursacht, die auch in ihrer Gesamtheit zu würdigen ist. (...)

e) Die Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt ist, ist auf Grund einer **Güter- und Interessenabwägung** unter sorgsamer Würdigung aller Umstände zu beurteilen (BAG 18.12.1984 – 3 AZR 389/83 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2); diese Würdigung darf dem LAG nicht entzogen werden.“

3. Für die hier nach erneut vorzunehmende Würdigung der Klage durch das LAG erteilt der Senat einige ergänzende Hinweise. Er führt aus:

„a) Mit dem Klageantrag zu 1) macht K den Ersatz **materieller Schäden** geltend, die ihm durch die vermeintlichen Mobbing-Handlungen der B bzw. seiner Vorgesetzten, insbesondere wegen der daraus folgenden Erkrankungen, entstanden sein sollen. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Differenz zwischen dem fiktiven Bruttoentgelt des K und den erhaltenen Leistungen wie Krankengeld und Zuschüssen der B zum Krankengeld für den Zeitraum von März 2000 (Ende der Entgeltfortzahlung) bis März 2002. Im Laufe des Verfahrens hat K die Klagesumme rückwirkend auf einen Verdienstausfallschaden seit dem Jahr 1995 ausgedehnt. Auch von 1995 bis 1999 sei er von den für die AT-Angestellten üblichen Regelentgelterhöhungen ausgenommen worden.

aa) Der Klageanspruch könnte auf eine **positive Forderungsverletzung** des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages entsprechend den §§ 280, 286 BGB aF gestützt werden.

(1) Im Streitfall findet gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB das Recht des BGB in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (...) Anwendung.

(2) Der Anspruch setzt die Verletzung sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebender Pflichten voraus. Hierbei kommt sowohl eine von B selbst, d. h. durch ihre Organe begangene und ihr gem. den §§ 31, 89 BGB zuzurechnende, oder aber eine durch ihre Erfüllungshelferinnen und ihr gem. § 278 BGB zuzurechnende Pflichtverletzung in Betracht.

(a) K wirft der B vor, sie hätte zu seinem Schutz tätig werden und auf seine Eingaben anders als geschehen reagieren müssen. Soweit K seine Auffassung damit begründet hat, B sei auf sein an den Vorstandsvorsitzenden der Rechtsvorgängerin P gerichtetes Schreiben vom 19.2.1995 nicht tätig geworden, außerdem habe der frühere Geschäftsführer der B ihn trotz dreimaliger Anfrage nicht zu einem Gespräch empfangen und schließlich habe B auf die beiden Schreiben der Mobbing-Zentrale vom 7.10. und 16.11.1999 nicht reagiert, hat B als Arbeitgeberin zwar bestimmte Fürsorge- und Schutzpflichten wahrzunehmen. Wie der Senat zuletzt in seinem Urteil vom 14.12.2006 (8 AZR 628/05 – AP BGB § 618 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 618 Nr. 2) nochmals ausgeführt hat, erwachsen einer Vertragspartei aus einem Schuldverhältnis nicht nur Leistungs-, sondern auch **Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme und zum Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils**. Diese nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB ausdrücklich normierten Pflichten waren bereits vor Inkrafttreten dieser Norm aus § 242 BGB abgeleitet worden. Der Arbeitgeber ist damit insbesondere auch zum **Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeitsrechte** seiner Arbeitnehmer verpflichtet (...). Die Verpflichtung des Arbeitgebers, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu schützen, entspricht gefestigter Rechtsprechung des BAG. (...) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist das Recht des Einzelnen auf Achtung und Entfaltung seiner Persönlichkeit. Zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört auch der sog. **Ehrenschutz**, der auf den Schutz gegen unwahre Behauptungen und gegen herabsetzende, entwürdigende Äußerungen und Verhaltensweisen und die Wahrung des sozialen Geltungsanspruchs gerichtet ist (...). Es umfasst damit auch den **Anspruch auf Unterlassung der Herabwürdigung und Missachtung durch andere** (BGH 25.5.1954 – I ZR 211/53 – BGHZ 13, 334; 2.4.1957 – VI ZR 9/56 – BGHZ 24, 72; 20.5.1958 – VI ZR 104/57 – BGHZ 27, 284). Das Bestehen einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers als Aspekt der Fürsorgepflicht ist – unabhängig vom Phänomen des sog. Mobblings – durch die oben auf-



gezeigte Rechtsprechung des BAG zur Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis vorgegeben und konsequente Fortführung derselben. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur hat vor diesem Hintergrund die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schutz des Persönlichkeitsrechts als Ausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht im Rahmen der Diskussion um die sog. Mobbing-Problematik in den letzten Jahren besondere Aufmerksamkeit erfahren. Teilweise wurde in Ausprägung dieser Pflicht eine besondere Mobbing-Schutzpflicht des Arbeitgebers herausgearbeitet. Einer der ersten sog. Mobbing-Entscheidungen des Thüringer LAG (10.4.2001 – 5 Sa 403/2000 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 2) zufolge, sei der Arbeitgeber verpflichtet, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht selbst durch Eingriffe in deren Persönlichkeits- oder Freiheitssphäre zu verletzen und diese vor Belästigungen durch Mitarbeiter oder Dritte, auf die er Einfluss habe, zu schützen. Er habe einen **menschengerechten Arbeitsplatz** zur Verfügung zu stellen und die **Arbeitnehmerpersönlichkeit zu fördern**. Zur Einhaltung dieser Pflichten könne der Arbeitgeber als Störer nicht nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er selbst den Eingriff begehe oder steuere, sondern auch dann, wenn er es **unterlasse, Maßnahmen zu ergreifen** oder seinen **Betrieb so zu organisieren**, dass eine **Verletzung des Persönlichkeitsrechts ausgeschlossen** werde (ebenso Thüringer LAG 15.2.2001 – 5 Sa 102/2000 – LAGE BGB § 626 Nr. 133; LAG Berlin 7.11.2002 – 16 Sa 938/02 –; LAG Nürnberg 2.7.2002 – 6 (3) Sa 154/01 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 4). Bereits mit Urteil vom 3.5.2000 hat das LAG Niedersachsen (16a Sa 1391/99 – LAGE BGB § 273 Nr. 2) ausgeführt, dass der Arbeitgeber im Rahmen der Fürsorgepflicht auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen habe und ihn auch vor Gesundheitsgefahren psychischer Art schützen müsse, was auch den Schutz vor systematischen Anfeindungen und vor schikanösem oder diskriminierendem Verhalten durch Kollegen oder durch Vorgesetzte umfasse. Auch in der arbeitsrechtlichen – fast ausschließlich unter dem Schlagwort “Mobbing” erschienenen – Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass den Arbeitgeber die arbeitsvertragliche Nebenpflicht trifft, seine Arbeitnehmer vor sog. Mobbing und damit vor Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts durch seine Kollegen oder auch Vorgesetzten zu schützen. (...)

Jedoch hat B gegen diese Schutzpflicht nicht selbst schuldhaft verstoßen. Dabei kann an dieser Stelle dahinstehen, ob die von K umfangreich dargestellten Verhaltensweisen seiner Kollegen und insbesondere Vorgesetzten in den Jahren seit Beginn des Arbeitsverhältnisses 1987 bis 2002 den Tatbestand einer Persönlichkeitsrechts- oder Gesundheitsverletzung erfüllen und B bei näherer Kenntnis zum Eingreifen hätten veranlassen müssen. Denn eine schuldhafte Verletzung der arbeitgeberseitigen Schutzpflicht kommt nur in Betracht, wenn der **Arbeitgeber** von den Verletzungen der Rechte oder Rechtsgüter des Arbeitnehmers durch andere Arbeitnehmer **Kenntnis hat** (...). Kenntnis von möglichen Rechts(gut)verletzungen durch Kollegen oder Vorgesetzte hatte B – ausgehend von den Feststellungen des LAG – nicht. Diese ist ihr weder durch die Eingaben des K noch auf andere Weise vermittelt worden. Das LAG ist – in anderem rechtlichen Zusammenhang – daher zutreffend davon ausgegangen, dass B zum Ergreifen von Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit oder des Persönlichkeitsrechts des K keine Veranlassung sehen musste. (...)

(b) In Betracht kommt damit allein eine Haftung der B für das Verschulden ihrer **Erfüllungsgehilfen** gemäß § 278 BGB. Der Arbeitgeber haftet dem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber gem. § 278 BGB für schuldhaft begangene Persönlichkeitsrechts- oder Gesundheitsverletzungen durch von ihm als Erfüllungsgehilfen eingesetzte andere Arbeitnehmer und Vorgesetzte (so auch die ganz herrschende Mei-

nung im Rahmen der sog. Mobbing-Diskussion: LAG Niedersachsen 3.5.2000 – 16a Sa 1391/99 – LAGE BGB § 273 Nr. 2; LAG Nürnberg 2.7.2002 – 6 (3) Sa 154/01 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 4; Thüringer LAG 10.6.2004 – 1 Sa 148/01 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 8a; ...).

Der Arbeitgeber hat demzufolge für die schuldhafte Verletzung der auf seine Erfüllungsgehilfen übertragenen arbeitsvertraglichen Schutzpflichten, etwa die Pflicht zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Gesundheit, einzustehen. Notwendig ist jedoch immer, dass die **schuldhafte Handlung** in einem **inneren sachlichen Zusammenhang** mit den Aufgaben steht, die der Schuldner dem Erfüllungsgehilfen im Hinblick auf die Vertragserfüllung zugewiesen hat (...). Dies wird (...) regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn die Erfüllungsgehilfen gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer die **Fürsorgepflicht konkretisieren bzw. ihm gegenüber Weisungsbefugnisse** haben. Eine Zurechnung kommt hingegen **nicht** in Betracht, wenn **gleichgestellte Kollegen** den anderen Arbeitnehmer beschimpfen oder ignorieren. Ob die von K benannten Kollegen und Vorgesetzten (...) als Erfüllungsgehilfen K in seinem Persönlichkeitsrecht oder in seiner Gesundheit oder ihnen übertragene Schutzpflichten schuldhaft verletzt haben, hat das LAG nicht geprüft.“

(3) *Der Senat gibt dem LAG auf, bei einer erneuten Entscheidung des Rechtsstreits folgende Grundsätze zu berücksichtigen:*

„(a) Die Würdigung, ob ein bestimmtes Gesamtverhalten als rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers oder als Gesundheitsverletzung zu qualifizieren ist, hat jeweils im Rahmen einer **sorgfältigen Einzelfallprüfung** zu erfolgen, die – was die Verletzung des Persönlichkeitsrechts anbelangt – revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.

(b) Zu berücksichtigen ist dabei, dass im Arbeitsleben **übliche Konfliktsituationen**, die sich durchaus auch über einen längeren Zeitraum erstrecken können, **nicht geeignet** sind, derartige rechtliche Tatbestände zu erfüllen (so auch LAG Schleswig-Holstein 19.3.2002 – 3 Sa 1/02 – NZA-RR 2002, 457) und es daher gilt sog. folgenloses (...) oder sozial- und rechtsadäquates Verhalten (...) auf Grund einer objektiven Betrachtungsweise, d. h. ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers, von der rechtlichen Bewertung auszunehmen. Weisungen, die sich im Rahmen des dem Arbeitgeber zustehenden Direktionsrechts bewegen und bei denen sich nicht **eindeutig eine schikanöse Tendenz** entnehmen lässt, dürften nur in seltenen Fällen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellen.

(c) Gleiches kann für den **Rahmen des Direktionsrechts überschreitende Weisungen** gelten, denen jedoch **sachlich nachvollziehbare Erwägungen** des Arbeitgebers zugrunde liegen (...). An der verschiedenen einzelnen Handlungen zusammenfassenden Systematik kann es darüber hinaus fehlen, wenn ein Arbeitnehmer von verschiedenen Vorgesetzten, die nicht zusammenwirken und die zeitlich aufeinander folgen, in seiner Arbeitsleistung kritisiert oder schlecht beurteilt wird oder wenn die Arbeitsleistung – wie es bei K der Fall war – nicht nur kritisiert oder ignoriert, sondern ausdrücklich gleichermaßen auch positiv gewürdigt wird. Ebenfalls können Verhaltensweisen von Arbeitgebern oder Vorgesetzten nicht in die Prüfung einbezogen werden, die lediglich eine **Reaktion auf Provokationen** durch den vermeintlich gemobbten Arbeitnehmer darstellen. Insofern fehlt es an der von der Instanzrechtsprechung und Lehre so bezeichneten eindeutigen Täter-Opfer-Konstellation (vgl. Thüringer LAG 10.4.2001 – 5 Sa 403/2000 – LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; ...).



(d) Ferner kann es an der für die Verletzungshandlung erforderlichen Systematik fehlen, wenn zwischen den einzelnen Teilakten **lange zeitliche Zwischenräume** liegen (...).

(e) Die **Beweislast** für die **Pflichtverletzung** trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Gläubiger und damit der **Arbeitnehmer**. (...)

(f) (...) Grundsätzlich trägt der Gläubiger auch für den **Kausalzusammenhang die Beweislast**. (...)

Treten in **zeitlichem Zusammenhang** mit feststehenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen bei dem betroffenen Arbeitnehmer Erkrankungen auf, spricht jedenfalls ein **starkes Indiz** für die Kausalität (...), so dass es weiterer Beweiserleichterungen nicht bedarf. Die zu § 618 BGB entwickelten Beweislastgrundsätze entsprechen den allgemein zum Fehlen von durch Gesetz oder technischen Normen vorgesehenen Schutzmaßnahmen entwickelten besonderen Beweiserleichterungen (...). Das Fehlen vorgeschriebener Schutzmaßnahmen ist als Vermutungstatbestand in der Regel leicht festzustellen. Dies gilt nicht für die erst im Wege einer umfangreichen Einzelfallprüfung festzustellende Verletzung des Persönlichkeitsrechts, so dass eine Übertragung dieser im Rahmen von § 618 BGB bestehenden Grundsätze nicht in Betracht kommt.

bb) K kann den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der materiellen Schäden grundsätzlich **auch auf das Recht der unerlaubten Handlung** stützen.

(1) In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen B wegen der Verletzung der Gesundheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Anspruch setzt die Verletzung des genannten Rechts bzw. Rechtsguts durch ein eigenes Handeln der B, d. h., durch aktives Tun oder durch Unterlassen, voraus.

(a) Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** ist ein **sonstiges Recht** i. S. des § 823 Abs. 1 BGB (BGH 1.12.1999 – I ZR 49/97 – BGHZ 143, 214; ...). Die **Gesundheit** wird als Rechtsgut in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich erwähnt.

(b) B selbst hat K **nicht** durch **aktives Tun** in seiner Gesundheit oder seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt. Dies hat das LAG in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt.

(c) Ebenso ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das LAG eine Verletzungshandlung der B durch **Unterlassen** verneint hat. (...) Da keine allgemeine Rechtspflicht, einen Dritten vor Schäden an den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten und Rechtsgütern zu schützen, besteht, setzt eine Haftung wegen Unterlassens der gebotenen Handlung voraus, dass eine **Pflicht zum Handeln** besteht und dass die **Vornahme der gebotenen Handlung den Schaden hätte verhindern können**. Die Pflicht zum Handeln kann dabei auf Gesetz, Vertrag oder vorangegangenen gefährlichen Tun beruhen (...). Das LAG ist gleichermaßen zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass der B kein **Organisationsverschulden** zur Last zu legen ist. Bei der Haftung für Organisationsverschulden handelt es sich um einen **Unterfall der Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten**. Der Unternehmer ist danach verpflichtet, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter in dem gebotenen Umfang vermieden werden. Er hat also für eine "ordentliche Betriebsführung" zu sorgen (...). (...) Letztlich kann aber die Frage, ob derartige Organisationspflichten bestehen und wie weit sie reichen, im Streitfall dahinstehen, da K an keiner Stelle dargetan hat, durch welche allgemeinen organisatori-

schen Maßnahmen B die von ihm behaupteten Rechts(gut)verletzungen hätte verhindern können.

(d) Schließlich kommt ein Ersatz der geltend gemachten **materiellen** Schäden wegen einer Verletzung des **Persönlichkeitsrechts** – unabhängig davon, ob im Streitfall das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers durch die Beklagte selbst oder ihre Verrichtungsgehilfen verletzt worden ist – nicht in Betracht. Der materielle Schaden fällt **nicht in den Schutzbereich** des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. (...)

(2) Ob der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der materiellen Schäden weiterhin auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 75 Abs. 2 BetrVG gestützt werden kann, kann dahinstehen. (...)

Diese Frage kann jedoch dahinstehen. Zum einen hat B selbst nicht gegen ihre Verpflichtung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des K verstoßen. Zum anderen fallen die von K geltend gemachten materiellen Schäden nicht in den Schutzbereich dieses Gesetzes.

(3) Schließlich kann B dem K auf Ersatz der geltend gemachten materiellen Schäden aus § 831 BGB haften, wenn die von K benannten Personen als **Verrichtungsgehilfen** der B (...) eine tatbestandsmäßige rechtswidrige unerlaubte Handlung in Ausführung einer Verrichtung begangen haben. Der Schaden muss aber, um eine Haftung des Geschäftsherrn auszulösen, **in Ausführung** der Verrichtung und nicht nur gelegentlich zugefügt worden sein (...), so dass das Verhalten des Gehilfen nicht aus dem Kreis oder dem allgemeinen Rahmen der ihm anvertrauten Aufgaben herausfallen darf. Ein solcher innerer Zusammenhang wird, (...) in sog. Mobbing-Fällen in der Regel vorliegen, wenn die Verletzungshandlungen durch arbeitsrechtliche Maßnahmen, z.B. durch Weisungen, erfolgen. Hierauf beruft sich K im Streitfall überwiegend.

Ob die von K näher bezeichneten Personen (...) Verrichtungsgehilfen der B sind und ob sie in Ausführung einer Verrichtung rechtswidrig und schuldhaft das Persönlichkeitsrecht oder die Gesundheit des K verletzt haben, hat das LAG nicht geprüft. Ebenso hat es nicht festgestellt, ob sich B gem. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB entlastet hat. Das LAG wird daher bei einer erneuten Entscheidung im Rahmen dieses Klageantrags ggf. zu prüfen haben, ob Verrichtungsgehilfen der B den K in seiner Gesundheit verletzt haben sowie ggf. ob B sich von einem etwaigen Auswahl- und Überwachungsverschulden exkulpieren kann.

b) Mit dem Klageantrag zu 2) macht K die Zahlung eines **Schmerzensgeldes** und einer **Entschädigung** in einer Höhe von mindestens 50.000,00 Euro geltend.

aa) Der Anspruch kann **nicht** auf **vertragsrechtliche** Anspruchsgrundlagen gestützt werden. Zwar sieht § 253 Abs. 2 BGB nunmehr vor, dass, wenn wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden kann. (...) Gem. Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB gilt die Neuregelung aber erst für Schadensereignisse, die sich nach dem 31.7.2002 ereignet haben. Im Streitfall, in dem die letzte von K behauptete "Teilhandlung" im Mai 2002 stattgefunden hat, findet demzufolge altes Recht Anwendung.

bb) Der Anspruch kann, sofern er Schmerzensgeld wegen einer Verletzung der **Gesundheit** des K betrifft, auf § 831 BGB i. V. mit § 847 BGB aF und sofern er die Entschädigung wegen einer **Persönlichkeitsrechtsverletzung** betrifft, auf § 831 BGB i. V. mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG gestützt werden. (...)

cc) Die Prüfung, ob ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, und ob ein solcher Eingriff zu einem Entschädigungsanspruch führt, unterliegt einigen Besonderheiten. Ob das Persönlichkeitsrecht im Einzelfall verletzt ist, lässt sich nur auf Grund einer **umfassenden Güter- und Interessenabwägung** unter sorgsamer Würdigung aller Umstände beurteilen (BAG 18.12.1984 – 3 AZR 389/83 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2), da das Persönlichkeitsrecht ein sog. offenes Recht ist. (...) Hier gilt im Wesentlichen bereits das oben Gesagte, insbesondere werden Maßnahmen des Arbeitgebers dann durch ein grundsätzlich schutzwürdiges Interesse motiviert sein, wenn ihnen sachliche Erwägungen zugrunde liegen (...). Ein Entschädigungsanspruch wegen eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht hat darüber hinausgehend zur Voraussetzung, dass zum einen eine **schwerwiegende** Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, was von Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund sowie Grad des Verschuldens abhängt, und zum anderen die Beeinträchtigung nach der Art der Verletzung **nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen** werden kann (BAG 18.12.1984 – 3 AZR 389/83 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; BGH 5.10.2004 – VI ZR 255/03 – BGHZ 160, 298; 12.12.1995 – VI ZR 223/94 – NJW 1996, 985). Für den Streitfall ist dabei zu berücksichtigen, dass im Rahmen des allein noch zu prüfenden deliktsrechtlichen Tatbestandes des § 831 BGB ggf. nur ein **fahrlässiges** Überwachungs- oder Auswahlverschulden gegeben sein wird, was der Annahme einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung entgegenstehen könnte. (...)

J.V.

**Neuregelung über den Abzug von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ab 2007 verfassungswidrig**

(FG Münster, B. v. 08.05.2009 – I K 2872/08 E)

*Es entspricht nicht der Verfassung (Art. 3 GG), dass Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer steuerlich nicht berücksichtigt werden, obwohl im Falle eines Lehrers für die berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Ausgangspunkt:**

Bis 2006 konnten Arbeitnehmer, denen kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung stand, Werbungskosten bis zu 1.250,00 € für ein häusliches Arbeitszimmer steuerlich absetzen. Mit Wirkung ab 2007 bestimmte der Gesetzgeber, dass Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nur noch dann abzugsfähig sind, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen/beruflichen Betätigung bildet.

Dies hat zur Konsequenz, dass Aufwendungen ab 2007 für ein häusliches Arbeitszimmer bei Arbeitnehmern, die auch am Sitz des Arbeitgebers über einen Arbeitsplatz verfügen, nicht mehr abzugsfähig sind. Die Einführung der Neuregelung wurde, ebenso wie die Änderung bei der Pendlerpauschale, u.a. mit dem Ziel der notwendigen Konsolidierung des übermäßig verschuldeten Staatshaushaltes begründet.

**Der Fall:**

Das FG hatte darüber zu entscheiden, ob die vom Kläger, einem Lehrer, geltend gemachten Aufwendungen für sein häusliches Arbeitszimmer vom Finanzamt unter Hinweis auf die ab 2007 geltende gesetzliche Neuregelung zu Recht versagt wurde. Dem Kläger stand für die Vor- und Nachbearbeitung des Unterrichts sowie der Klausurenkorrektur kein Arbeitsplatz an der Schule zur Verfügung.

**Entscheidung:**

Nach Auffassung des FG ist die Neuregelung zum steuerlichen Abzug von Aufwendungen für häusliche Arbeitszimmer wegen eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG teilweise verfassungswidrig.

Das FG begründet dies damit, dass es nicht der Verfassung entspricht, wenn Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer die steuerliche Abzugsfähigkeit versagt wird, obwohl, so wie im Fall des Lehrers, für die Vor- und Nachbereitung des Unterrichts sowie die Klausurkorrektur kein Arbeitsplatz an der Schule zur Verfügung steht. Hierdurch entstehe ein Nachteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die entweder ein Arbeitszimmer außerhalb des Hauses nutzen können oder ihren beruflichen Mittelpunkt zu Hause haben. Im Übrigen verstoße die Neuregelung auch gegen das Gebot der Folgegerechtigkeit und des objektiven Nettoprinzips.

Zudem ergäbe sich eine Rechtfertigung für die Benachteiligung weder aus dem Ziel der Haushaltskonsolidierung, noch aus der Typisierungskompetenz des Gesetzgebers. Auch das Bestehen einer möglichen besonderen Missbrauchsgefahr oder das Ziel eine Verwaltungsvereinfachung könne das Abzugsverbot nicht rechtfertigen.

Der 1. Senat des FG hat daher das finanzgerichtliche Verfahren ausgesetzt und die Frage der Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt.

Das Verfahren ist bei Bundesverfassungsgericht unter dem Aktenzeichen 2 BvL 13/09 anhängig.

**Fazit:**

Hat die Neuregelung Bestand, können Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer ab 2007 praktisch nur noch von Telearbeitern (sog. Homeoffice-Arbeitern) steuerlich geltend gemacht werden. Insbesondere Lehrern und Richtern bliebe der bis 2006 mögliche Steuerabzug versagt, denn bei diesen Personenkreisen ist das Arbeitszimmer im Allgemeinen nicht der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit.

Allerdings hat der BFH in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass Zeit nicht das einzige Kriterium für eine Interpretation des Mittelpunktes der beruflichen Tätigkeit darstellt (BFH, U. v. 23. Mai 2006, Az.: VI R 21/03 – BFHE 214, 158, BStBl. II 2006, 600; BFH, U. v. 13. Oktober 2003, Az.: VI R 27/02).

In folgenden Musterverfahren wurde bzw. wird die steuerliche Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für häusliche Arbeitszimmer mit unterschiedlicher Rechtsprechung überprüft:

- FG Rheinland-Pfalz (3 K 1132/07)
- FG Thüringen (4 K 351/07)
- FG Berlin-Brandenburg (13 K 110/07)
- FG Münster (7 K 1532/08E)
- FG Düsseldorf (14 K 1934/08)
- FG Sachsen-Anhalt (4K 980/08)
- FG Niedersachsen (7 V 76/09)

Hinzuweisen ist insbesondere auf die Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz. Das FG Rheinland-Pfalz hält die neue Arbeitszimmer-Regelung ab dem Jahr 2007 „noch gerade für verfassungsmäßig“ und ist damit dem Klagebegehren der dortigen Kläger entgegengetreten. Allerdings hat das FG die Revision zum BFH zugelassen. Das Verfahren ist beim BFH unter dem Aktenzeichen VI R 13/09 anhängig.

#### Allgemeiner Hinweis:

Die Finanzverwaltung hat im Hinblick auf das anhängige BFH-Verfahren bereits reagiert und setzt die Einkommensteuer im Hinblick auf das Abzugsverbot beim häuslichen Arbeitszimmer vorläufig fest. Sollte der Steuerbescheid keinen sog. „Vorläufigkeitsvermerk“ enthalten, bietet § 363 Abs. 2 S. 2 AO die Möglichkeit, einen Antrag auf Ruhen des Verfahrens zu stellen (sog. „Zwangsruhe“). Hierzu wird auf eine Verwaltungsanweisung des Finanzministerium NRW hingewiesen, wonach einem Antrag auf Ruhen des Verfahrens stattgegeben werden soll (Az.: S 2353-7-V B 3).

G.T.

### **Sechsmonatige „Schonfrist“ für die Kosten der Unterkunft gilt auch für Kosten der Heizung**

(BSG, Urteil vom 12.09.2008 – Az. B 14 AS 54/07 R)

*1. Für einen Übergangszeitraum von sechs Monaten sind auch die tatsächlichen Kosten der Heizung zu übernehmen.*

*2. Die Frage der Angemessenheit der Unterkunfts-kosten ist für Mieter und Hauseigentümer nach einheitlichen Kriterien zu beantworten. Dies gilt grundsätzlich auch für die Kosten der Heizung.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Kontext der Entscheidung:

Der Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 3 SGB II bzw. § 29 Abs. 1 Satz 2 SGB XII differenziert entgegen den Formulierungen der vorausgehenden Sätze zwischen den Kosten der Unterkunft und denen der Heizung. Nur für die Kosten der Unterkunft sieht der Gesetzeswortlaut eine sechsmonatige Übergangszeit vor, in der der Leistungsbe-rechtigte bei Übernahme der tatsächlichen statt (nur) der angemessenen Unterkunfts-kosten Gelegenheit hat, die Kosten auf das angemessene Maß zu senken.

#### Zum Sachverhalt:

Die Kläger bewohnen ein eigenes Haus mit 150 Quadratmetern Wohnfläche, für das neben den Heizkosten nur geringe Unterkunfts-kosten anfallen. Die Beklagte übernahm ab Leistungsbeginn nur die angemessenen Kosten der Heizung, deren Höhe sie nach denen für angemessenen Mietwohnraum (60 Quadratmeter Wohnungsgröße à 1,19 € Heizkosten monatlich) berechnete. Gegen diese Berechnung wandten sich die Kläger.

Das LSG hatte der Klage bereits stattgegeben mit der Begründung, dass die Gesamtkosten für Unterkunft und Heizung (234,60 €) deutlich unter den für Mietwohnungen insgesamt als angemessen anerkannten (371,40 €) lägen.

#### Zu den Entscheidungsgründen:

Das BSG hat das Urteil des LSG aufgehoben und zur erneuten Entscheidung nach dort zurückverwiesen, da es an Feststellungen u.a. hinsichtlich der Angemessenheit des Eigenheims aus vermögensrechtlicher Sicht fehle.

Unter Bezugnahme auf die bereits voraus gegangene Rechtsprechung des BSG stellt das Urteil noch einmal klar, dass für Mieter und Hauseigentümer grundsätzlich die gleichen Kriterien für die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft gelten. Dies gelte auch für die Kosten der Heizung, da es sonst zu einer un-gerechtfertigten Privilegierung von Hauseigentümern gegenüber Miet-tern komme.

Allerdings seien im vorliegenden Fall für den streitbefangenen Zeitraum die tatsächlichen Kosten der Heizung zu übernehmen. Dies ergebe sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 SGB II. Der entsprechende Schluss aus dem Wortlaut widerspreche aber dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Dieser bestehe darin, den Leistungsberechtigten nicht zur sofortigen Aufgabe seiner Wohnung zu zwingen. Für einen Übergangszeitraum seien daher die Heizkosten in Höhe des für die tatsächliche Wohnungsgröße Angemessenen zu übernehmen, da zum Grundbedürfnis „Wohnen“ nicht nur die Räumlichkeiten sondern auch eine angemessene Raumtemperatur gehörten.

R.R.

### **Höchstgrenzen bei der Kostenübernahme von Klassenfahrten unzulässig**

(BSG, Urteil vom 13.11.2008 – Az. B 14 AS 36/07 R)

*1. § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB II erlaubt weder die Festschreibung eines Höchstbetrages für Kosten einer mehrtägigen Klassenfahrt noch die Pauschalisierung einer solchen Leistung.*

*2. Es ist auch nicht möglich, Kosten für eine Klassenfahrt auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.*

*3. Entsprechende Möglichkeiten stehen nur dem schulrechtlichen Landesgesetzgeber durch beschränkende Regelung über die Zulassung von Klassenfahrten im Rahmen schulrechtlicher Bestimmungen zu.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Zum Sachverhalt:

Die Kläger beziehen mit ihren Eltern Leistungen nach dem SGB II und beantragten die Übernahme der Kosten einer Klassenfahrt für das ältere der Kinder nach Florenz für 719 € und für das jüngere der Kinder innerhalb des Landes Brandenburg für 285 €.

Zunächst lehnte der Beklagte die Übernahme der Kosten ab, da nach seiner Auffassung Klassenfahrten ins Ausland mit höchstens 400 € bezuschusst werden könnten, Fahrten innerhalb des Landes Brandenburg mit maximal 180 €. Können die ungedeckten Kosten nicht aus eigenen Mitteln der Antragsteller übernommen werden, sei der Antrag insgesamt abzulehnen. In einem vorgeschalteten einstweiligen Anordnungsverfahren hatte sich der Beklagte bereit erklärt, die Kosten als Darlehen in voller Höhe zu übernehmen. Hiergegen richtet sich die Klage, der stattgegeben und die mit Sprungrevision dem BSG vorgelegt wurde.



**Zu den Entscheidungsgründen:**

Das Urteil setzt die Bestimmung einer Höchstgrenze mit der Festlegung eines Pauschalbetrages gleich. Aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift des § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB II ergebe sich, dass es dem Grundsicherungsträger nicht erlaubt sei, eine Höchstgrenze festzulegen. Dies folge aus der Formulierung von § 23 Abs. 3 Sätze 5 und 6 SGB II, die eine Pauschalierung von Leistungen für die Erstausrüstung einer Wohnung (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB II) und für Bekleidung und bei Schwangerschaft und Geburt (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II) ausdrücklich ermöglichen, mithin die Kosten für Klassenfahrten explizit ausnehmen. Unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung der Parallelvorschrift des § 31 SGB XII entspreche dies auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, nämlich die tatsächlichen Kosten zu übernehmen, um eine Teilnahme des Kindes an der Klassenfahrt zu gewährleisten.

Auch einer Angemessenheitsprüfung seien die Kosten nicht zugänglich. Begründend hierzu verweist das Urteil auf die Formulie-

rung des § 21 Abs. 5 SGB II, wo ein Mehrbedarf für kostenaufwändigere Ernährung ausdrücklich auf die angemessenen Kosten beschränkt sei. Eine entsprechende Formulierung finde sich in § 23 Abs. 3 SGB II gerade nicht.

Der Gesetzgeber habe daher bewusst einen Wertungswiderspruch dahin gehend hingenommen, dass selbst Kosten einer Klassenfahrt zu übernehmen seien, die sich auf Vielfaches der monatlichen Regelleistung beliefen. Wolle man diese Folge verhindern, sei es (nur) möglich, im Rahmen der schulrechtlichen Bestimmungen beschränkende Regelungen über die Zulassung und Durchführung von Klassenfahrten zu treffen.

R.R.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

J.V.	=	Prof. Dr. Jürgen Vahle
F.O.	=	Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
G.T.	=	Günter Thiel
R.R.	=	Dipl.-Volkswirt René Ruschmeier

SCHRIFTTUM

**Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, 839 Seiten, in Leinen, € 49, 00, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-55544-2**

Der in der „Gelben Reihe“ von Beck verlegte Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz bedarf zumindest für alle, die sich mit Fragen aus diesem Bereich auseinandersetzen müssen, keiner Vorstellung mehr. Er ist längst zu einem Standardwerk der einschlägigen Kommentarliteratur gereift. Zuverlässigkeit, Aktualität und eine klare und eingängige Sprache sind die Markenzeichen des Werkes. Stichproben haben gezeigt, dass insbesondere Literatur und Rechtsprechung auf neuestem Stand sind. An mehreren Stellen haben die Verfasser das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eingearbeitet und damit die Verzahnungen mit dem BDSG verdeutlicht (s. z.B. § 28 Rn. 11 ff.). Die einheitliche äußere Gestaltung liefert einen optimalen Benutzerkomfort. Nach dem Abdruck des Gesetzestextes wird ein (umfassender) Überblick über die einschlägige Literatur gegeben. Eine der Kommentierung vorangestellte Übersicht mit Verweisungen auf die Randnummern ermöglicht einen schnellen Zugriff auf das gesuchte Stichwort bzw. Rechtsproblem. Die Erläuterungen vermitteln einen profunden Einblick in die Regelungszwecke der einzelnen Normen und beziehen auch die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften mit ein. Die im Anhang abgedruckte EU-Datenschutz-Richtlinie sowie ein umfassendes Stichwortverzeichnis runden das Buch vorteilhaft ab. **Fazit:** Der „Gola/Schomerus“ ist nach wie vor ein hervorragender Ratgeber für jeden, der sich mit Fragen des Datenschutzrechts zu befassen hat.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Creifelds, Rechtswörterbuch (Hrsg. Weber), 19. Aufl. 2007, 1480 Seiten, in Leinen, € 44,00 (mit CD-ROM zusammen € 54, 00), C. H. Beck, ISBN 978-3-406-55394-3**

Über 12.000 Stichwörter aus den Bereichen Recht, Wirtschaft und Politik wurden für die aktuelle Auflage zusammengestellt und erläutert. Der gegenüber der Voraufgabe geringere Seitenumfang beruht nicht auf einer Reduzierung des Inhalts, sondern auf dem neuen und größeren, aber immer noch gut handhabbaren Format. Mehr als 500 Stichwörter sind zusätzlich aufgenommen worden, u. a. die Föderalismusreform und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG: Stichwort „Gleichbehandlung“). Die Erläuterungen sind sehr gut verständlich, so dass das Buch nicht nur Juristen eine nützliche Hilfestellung bietet, sondern auch jedem interessierten Laien. Der Umfang der Erläuterungen ist dem jeweiligen Gegenstand angepasst: Der Mietvertrag etwa wird auf mehreren Seiten abgehandelt, zum Stichwort „Praxisübergabe“ finden sich nur wenige – aber detailreiche – Zeilen. Aufgrund dessen macht das Werk einen sehr ausgewogenen und in sich stimmigen Eindruck. Im Anhang sind etliche Schaubilder/Graphiken abgedruckt, z.B. zur gesetzlichen Erbfolge. **Fazit:** Der (verlagsseitig) angesprochene Adressatenkreis – „Juristen, Unternehmen, Steuerberater, Studenten, Schüler, Lehrer“ – wird wie bisher auch im aktuellen „Creifelds“ einen verlässlichen Berater finden.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, 405 Seiten, kart., € 23,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-019955-2**

Das vorliegende Studienbuch behandelt sowohl das individuelle als auch das kollektive Arbeitsrecht sowie das Verfahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Charakteristisch für das

Buch ist der induktive Stil: Zu Beginn eines Kapitels werden mehrere kürzere Fälle vorgestellt, auf die im anschließenden Text ständig rekurriert wird. Mit diesem „Kunstgriff“ wird der Leser einerseits mit den praktischen Auswirkungen einer Norm bzw. eines Rechtsinstituts vertraut gemacht, andererseits wird er in die praktische Fallbearbeitung eingeführt. Der Einübung in die Falltechnik dient darüber hinaus das Abschlusskapitel, in dem auf gut 20 Seiten der Aufbau bei der Lösung eines arbeitsrechtlichen Falles dargestellt wird. Die äußere Gestaltung des Buches überzeugt; die Auffindung eines Problems ist dank eines dicht gestaffelten Randnummernsystems (1172 Randnummern) problemlos möglich. Verbesserungsfähig erscheint das Druckbild, speziell der Kursivdruck von Leitbegriffen tritt nicht deutlich genug hervor. Wünschenswert wäre es auch, die Nachweise von Rechtsprechung und Literatur in Fußnoten unterzubringen.

In der Sache ist das Lehrbuch auf aktuellem Stand und überzeugt auf Anhieb. Dank der anschaulichen und präzisen Sprache kommt auch ein Anfänger mit dem Buch gut zurecht.

**Fazit:** Wer sich in das Arbeitsrecht einarbeiten oder den Stoff repetieren will, ist mit dem Studienbuch hervorragend bedient!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, 992 Seiten, kart., € 64,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-55437-7**

Wohl aus Gründen der Tradition hält der Beck-Verlag an der Bezeichnung des vorliegenden Buches als „Kurz-Lehrbuches“ fest. Das von H.-J. Wolff begründete, bisher auf drei Bände angelegte Werk gibt eine Gesamtdarstellung des allgemeinen Verwaltungsrechts unter Einschluss von Kernmaterien des besonderen Verwaltungsrechts (insbesondere Kommunalrecht). Die später hinzu getretenen Autoren (Stober, Kluth, Müller u. Peilert) haben darüber hinaus stets auch die zunehmend prägenden Einflüsse des Europarechts (auch) auf das nationale Verwaltungsrecht in den Blick genommen. Der hier vorliegende Band 1 stellt in Teil 1 zunächst die Grundlagen der öffentlichen Verwaltung (u. a. organisationsrechtliche Begriffe) dar. Dieser konzeptionelle Einstieg entspricht dem tradierten Ansatz und entspricht dem Grundanliegen von Wolff, zunächst klare begriffliche Prämissen zu schaffen. Dass auch die historischen Entwicklungsphasen beleuchtet werden, rundet das (m. E. sehr positive) Bild ab. Teil 2 behandelt die Stellung der Verwaltung im Unions- und Verfassungsrecht, d.h. die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Mit den Grundlagen des objektiven Verwaltungsrechts macht Teil 3 des Bandes vertraut; hier finden sich Abschnitte über die Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung, die Rechtsquellen, Vorrang/Vorbehalt des Gesetzes, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe. Der 4. Teil trägt die etwas sperrige Überschrift „Grundlagen des subjektiven und infrastrukturellen Verwaltungsrechts“. Die Darstellung bezieht sich jedoch auf „handfeste“ verwaltungsrechtliche Fragen, z. B. die subjektiven (Grund-)Rechte, die Vertretung und verwaltungsrechtliche Willenserklärungen. Der Verwaltungsakt – immer noch das klassische Handlungsinstrument der Verwaltung – steht im Mittelpunkt des 5. Teils. Darüber hinaus erstreckt sich die Darstellung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag, die verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse, die verwaltungsrechtlichen „Pläne“ und den Verwaltungsrealakt. Den Abschluss des Buches bildet Teil 6, der schwerpunktmäßig das Verwaltungsverfahren, das Widerspruchsverfahren und die Verwaltungsvollstreckung behandelt. Speziell zum



Widerspruchsverfahren wird kritisch angemerkt, ob es in der Praxis die theoretischen Funktionen erfülle. Zu ergänzen wäre zu Rn. 9d, dass es wohl auch in Nordrhein-Westfalen bald weitgehend abgeschafft sein dürfte (s. den Entwurf der Landesregierung eines Bürokratieabbaugesetzes II). Mit der 12. Auflage ist das Lehrbuch gründlich aktualisiert und „modernisiert“ worden. Rspr. und Lit. sind umfassend und auf den Stand des Jahres 2006 eingearbeitet, so dass das Buch die Funktion als Hinweisgeber auf weiterführende Texte (wieder) erfüllen kann. Den einzelnen §§-Abschnitten sind zudem geschlossene Schriftumsübersichten zugeordnet. In der Sache überzeugt das Buch – wie gewohnt – durch Detailreichtum und Gedankenfülle. Trotz des Stoffumfangs bleibt die Darstellung anschaulich und lässt die Strukturprinzipien deutlich hervortreten. Die äußere Gestaltung – Hervorhebungen im Fettdruck, Randnummern, Nachweise in Fußnoten – lässt keine Wünsche offen.

**Fazit:** Ein „Klassiker“ der universitären Lehrbuchliteratur, der nach wie vor keine Patina angesetzt hat!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Noack/Westner, Mietmängel und Mietminderung, 2007, 158 Seiten, mit CD-ROM, € 16,80, Haufe, ISBN 978-3-448-08019-3**

Im Mietrecht spielt die Frage, ob die fragliche Wohnung einen Mangel aufweist – ggf. wie schwer der Mangel wiegt – eine wesentliche Rolle. Zahlreiche Mietprozesse drehen sich um die Zulässigkeit einer Mietminderung. Vor diesem Hintergrund besteht ein erheblicher Bedarf an einem griffigen Ratgeber, der sich nicht (ausschließlich) an Juristen wendet, sondern an die Beteiligten (Vermieter, Mieter) selbst, die im Allgemeinen nur laienhafte Rechtskenntnisse haben. Die Autorinnen sind durch ihre praktische Tätigkeit (Beraterinnen beim Haus- und Grundbesitzerverein München) mit den einschlägigen Problemen vertraut. Ihre Darstellung weist sie zudem als pädagogisch befähigt aus. Die Erläuterungen zum Fehlerbegriff und den Ansprüchen/Rechten der Parteien eines Mietverhältnisses sind zwar knapp, aber instruktiv und vor allem sehr gut verständlich. (Praxis-)Beispiele, Mustertexte und graphische Darstellungen fördern die Verständlichkeit weiter. Eine umfangreiche, alphabetisch geordnete Übersicht macht die schnelle Orientierung leicht. Auf der CD-ROM finden sich Mietminderungstabellen, Musterbriefe und Gesetze.

**Fazit:** Ein nicht nur preislich sehr attraktiver Ratgeber für alle, die sich mit Fragen des Miet(minderung)rechts zu befassen haben!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**v. Roetteken, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Loseblatt-Kommentar, 1.554 Seiten, € 98,00, Hüthig.Jehle.Rehm, ISBN 978-3-8114-6344-6**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat eine wahre Sturzflut an Handbüchern und Kommentaren ausgelöst. Im Hinblick auf die nicht unerhebliche praktische Bedeutung des AGG – vor allem im Arbeitsrecht – ist das prinzipiell zu begrüßen. Gebundene Werke haben freilich den Nachteil, dass sie nicht auf aktuelle Entwicklungen in Rspr. und Lehre reagieren können. Diesen Nachteil vermeidet das vorliegende Werk aus der Feder des Vorsitzenden Richters am VG von Roetteken. Der Kommentar bietet eine übersichtliche, detaillierte, aber stets gut verständliche Erläuterung des AGG. Aufbau und Layout lassen keine Wünsche offen. Vor allem die Hervorhebung von Leitbegriffen durch Fettdruck macht die Orientierung problemlos. Sehr nützlich ist der Abdruck weiterer einschlägiger Bundesgesetze (z.B. SoldGG) und der verschiedenen europarechtlichen Richtlinien; diese spielen für die Auslegung des AGG eine erhebliche Rolle. Ein – künftig sicher noch merklich wachsender – Rechtsprechungsteil rundet das Werk ab.

**Fazit:** Schon das Grundwerk lässt die (großen) Vorzüge des gut handhabbaren Kommentars erkennen; er wird sich einen der „vorderen“ Plätze auf dem (umkämpften) Feld der Literatur zum AGG sichern!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, 2575 Seiten, in Leinen, € 164,00, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-55809-2**

Nicht zuletzt die sog. Föderalismus-Reform machte die Neubearbeitung des Kommentars notwendig. Demgemäß sind die einschlägigen GG-Artikel (72 ff., 91a, 91b i. V. mit Art. 143c, 93, 104b, 105 Abs. 2a) umfassend neu kommentiert worden.

Der „Sachs“ schließt die Lücke zwischen den (mehrbändigen) sog. Großkommentaren und Kurzkomentaren; während erstere angesichts ihres Umfangs den (eiligen) Leser eher abschrecken, können die letzteren schon aus Raumgründen vielfach die Detailinformationen bringen, die den Ratsuchenden interessieren. In Bezug auf die äußere Gestaltung lässt der „Sachs“ keine Wünsche offen. Ein gut lesbares Schriftbild, hinreichende Hervorhebungen in Fettdruck sowie ein dicht gestaffeltes Randnummernsystem erlauben einen schnellen Zugriff auf das gesuchte Stichwort bzw. Problem. Zur Benutzerfreundlichkeit trägt weiterhin die einheitliche Darstellungsform bei. Im Anschluss an den Verfassungstext finden sich (im Kleindruck) Hinweise auf die Entstehungsgeschichte der Norm, auf historische Verfassungstexte, entsprechende Regelungen in den Landesverfassungen, supra- und internationale Texte, bedeutende Entscheidungen und ausgewähltes Schrifttum. Der nachfolgenden Kommentierung der jeweiligen Grundrechtsnorm wird eine – z.T. sehr detaillierte – Inhaltsübersicht vorangestellt.

Auch in inhaltlicher Hinsicht überzeugt die Kommentierung uneingeschränkt. Die

Autoren behalten durchweg die einfach-gesetzlichen Bezüge der Verfassung im Auge, so dass die Kommentierung kaum jemals „abgehoben“ wirkt. Diese Bodenhaftung zeigt sich nicht zuletzt in der Behandlung aktueller verfassungsrechtlicher Probleme. Dies gilt etwa für die Diskussion um das Tragen von Kopftüchern oder die Weigerung von muslimischen Eltern, ihre Töchter am Sportunterricht teilnehmen zu lassen, und die damit verbundene Berufung auf die Religionsfreiheit (Art. 4 Rn. 59 ff.). Die Antworten, die der Kommentar gibt, sind sorgfältig durchdacht und ausgewogen; der Blick auf andere Rechtsordnungen (in concreto: der Türkei) ist insoweit oft hilfreich. Beispiel 2: Das Phänomen der sog. Ämterpatronage wird nicht unter den Teppich gekehrt (Art. 33 Rn. 39), sondern mit deutlichen Worten als verfassungswidrig charakterisiert. Die Aktualität der Kommentierung wird z.B. sichtbar beim Stichwort „Strafverfolgungsvorsorge“ (Art. 74 Rn. 27). Insoweit wird (m. E. zu Recht) darauf hingewiesen, dass die Normen der StPO eine „weitgehende Sperrwirkung“ im Hinblick auf Parallelregelungen im Landespolizeirecht entfalten. Breiten Raum nimmt bei der Erläuterung des Art. 103 GG die „Berücksichtigungs- und Erwägungspflicht des Gerichts“ ein (Art. 29 ff.), zumal die Rechtsprechung des BVerfG vielfach Missstände in dieser Richtung angeprangert hat. Genug der Beispiele! Es dürfte deutlich geworden sein, dass auch die aktuelle Auflage des „Sachs“ für den Praktiker in Verwaltung und Justiz eine vorzügliche Informationsquelle darstellt.

**Fazit:** Ein exzellenter Kommentar, der die Balance zwischen wissenschaftlicher Fundierung und praxisbezogener Bündigkeit meisterlich wahrt.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Schleißmann, Das Arbeitszeugnis, 18. Aufl. 2007, 264 Seiten, kart., € 25,00, Verlag Recht und Wirtschaft, ISBN 978-3-8005-3083-0**

Das vorliegende Werk hat – die Zahl der Auflagen beweist es schlagend – die Feuerprobe der Praxis bestanden. Der Autor gibt einen fundierten Überblick über die rechtlichen Grundlagen und Arten des arbeitsrechtlichen Zeugnisses. Zahlreiche Beispiele und Muster veranschaulichen den Stoff. Sehr hilfreich sind ferner die Formulierungshilfen. Dank der Begleiterläuterungen wird der Leser in die Lage versetzt, „gefährliche“ Wendungen und Begriffe zu erkennen und – als Verfasser eines Zeugnisses – zu vermeiden bzw. behutsam mit ihnen umzugehen. Abgerundet wird die gut lesbare, praxisnahe und fundierte Darstellung durch eine CD-ROM, auf der 30 Zeugnismuster enthalten sind. Literatur und Rechtsprechung sind auf aktuellem Stand; die Nachweise sind konsequent in Fußnoten untergebracht und beeinträchtigen den Lesefluss daher nicht. Für die – sicher zu erwartende – Neuauflage wünscht sich der Rezensent allerdings die Einführung von Randnummern.

**Fazit:** Ein gelungenes und bewährtes Handbuch für alle, die sich mit dem Thema „Arbeitszeugnis“ befassen müssen.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Käppel/Wolf, AGG – Das neue Gleichbehandlungsgesetz, 2007, 238 Seiten, € 19,90, Walhalla, ISBN 978-3-8029-1553-6**

Das Buch ist – laut Untertitel – für „Entscheider in Unternehmen und Personalstellen des Öffentlichen Dienstes“ bestimmt. Das trifft es nicht schlecht. Das Autorenteam (in Wirtschaft und Anwaltschaft tätig) hat ein Praxishandbuch vorgelegt, das schnell auf den „Punkt“ kommt und den Leserinnen und Lesern eine anschauliche Einführung in das AGG bietet. Erläutert werden zum Einen die Schlüsselbegriffe des (nicht immer einfach zu verstehenden) Gesetzes, insbesondere die verschiedenen Formen der „Benachteiligung“. Der Schwerpunkt liegt bei der Darstellung arbeits- und dienstrechtlicher Probleme. Die „Gleichbehandlung in zivilrechtlichen Leistungsverhältnissen außerhalb des Arbeitslebens“ (eine etwas sperrige Umschreibung) wird auf rd. 40 Seiten abgehandelt. Handlungsempfehlungen für Arbeitgeber bzw. Personalstellen des öffentlichen Dienstes runden das Werk vorteilhaft ab.

Zahlreiche – optisch hervorgehobene – Beispiele veranschaulichen den Stoff. Literatur und Rechtsprechung sind in reichem Maße nachgewiesen; die Hinweise sind lesefreundlich in die Fußnoten verbannt. Der Rezensent würde es allerdings begrüßen, wenn künftig Randnummern verwendet würden.

**Fazit:** Eine griffige und anschauliche Einführung in das Gleichbehandlungsrecht, die dem Praktiker einen schnellen Zugriff auf das jeweils gesuchte Problem ermöglicht.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Wichtige Wirtschaftsgesetze, Textausgabe, 22. Aufl. 2009, 855 Seiten, kart. € 8,90, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, ISBN 978-3-482-58752-8; Wichtige Gesetze des Wirtschaftsprivatrechts (mit einer Einführung von Güllemann), Textausgabe, 10. Aufl. 2009, 1.111 Seiten, kart. € 8,90, NWB-Verlag, ISBN 978-3-482-47680-8; Wichtige Steuergesetze, Textausgabe, 57. Aufl. 2009, 1072 Seiten, kart. € 8,90, NWB-Verlag, ISBN 978-3-482-53439-3**

Die drei „gelben“ Textausgaben des NWB-Verlages sind eine Erfolgsgeschichte. Dies gilt vor allem für die die Sammlung der wichtigen Steuergesetze, aber auch für die Sammlungen der Gesetze zum Wirtschaftsrecht bzw. Wirtschaftsprivatrecht. Der Vorteil liegt in der kompakten Zusammenfassung und den guten Stichwortverzeichnissen, die einen schnellen Zugriff auf das gesuchte Problem bzw. die gesuchte Vorschrift ermöglichen. Die aktuellen Auflagen sind auf den Stand Januar bzw. Februar 2009 gebracht worden. Darüber hinaus bietet der Verlag einen kostenlosen Online-Service.

Mit dem Kauf des Buches hat der Erwerber jederzeit Zugriff auf die tagesaktuellen Gesetzestexte in der NWB Datenbank. Vor allem Studierende an rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten, der Fachhochschulen, Berufsakademien und Verwaltungsakademien sowie an Einrichtungen der beruflichen Aus- und Weiterbildung sind mit den drei Textausgaben hervorragend ausgerüstet.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Staatshandbücher Ausgaben 2009** (Hrsg. Articus, Beus, Henneke, Papier u. Wansleben) Hamburg, 175 Seiten, geb., € 72,-, Carl Heymanns, ISBN 978-3-452-26949-2; Niedersachsen, 336 Seiten, geb. € 85,-, ebenda, ISBN 978-3-452-26900-3; Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), 440 Seiten, geb. € 126,-, ebenda, ISBN 978-3-452-26883-9; Saarland, 137 Seiten, geb. € 85,- ISBN 978-3-452-26947-8; Sachsen, 271 Seiten, geb. € 85,-, ebenda, ISBN 978-3-452-26884-6

Mit der – nach Bundesländern geordneten – Staatshandbuch-Reihe hat der Heymanns-Verlag ein Nachschlagewerk geschaffen, das in seiner Art einzig ist. Die aktuelle Edition bringt die Handbücher auf den Stand September 2008. Die Werke gewähren einen instruktiven Einblick in das Innenleben des jeweiligen Bundeslandes. Die Darstellungen umfassen den Aufbau der Landesverwaltungen, die Gerichte des Landes – nach Zweigen differenziert –, das (Hoch-)Schulwesen, die kirchliche Organisation, im jeweiligen Land angesiedelte Bundesbehörden und -einrichtungen, diplomatische Missionen bzw. konsularische Vertretungen und Einrichtungen der Europäischen Union. Dabei beschränken sich die Bücher nicht auf die Nennung dieser Einrichtungen und ihrer inneren Organisation (Leiter, Aufgabenverteilung), sondern liefern zu etlichen Stichworten (z.B. Polizei) z. T. umfangreiche Erläuterungen. Die „Organe der Rechtspflege“ werden beispielsweise im Handbuch Nordrhein-Westfalen auf knapp 10 Seiten erläutert. Immerhin vier Druckseiten sind dem Hamburger Schulwesen in dem entsprechenden Handbuch gewidmet.

Umfassende Stichwortverzeichnisse (Suchverzeichnisse, Namensverzeichnisse) ermöglichen damit einen schnellen Zugriff auf den gesuchten Namen einer Person oder Institution. Die aktuellen Ausgaben sind schließlich ergänzend mit CD-ROMs ausgestattet. **Fazit:** Zwischen den Buchdeckeln haben Herausgeber und Schriftleitungen mit viel Liebe zum Detail eine Fülle von nützlichen Informationen zusammengetragen, so dass ein vorzügliches Nachschlagewerk zum öffentlichen Leben in den einzelnen Ländern entstanden ist.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. 2009, 536 Seiten, kartoniert. € 29, 00, C. F. Müller Verlagsgesellschaft Hüthig Jehle Rehm, ISBN 978-3-8114-9701-6**

Seit der letzten Auflage des von Bull begründeten Lehrbuchs sind (fast) vier Jahre vergangen.

Erfreulicherweise ist der Preis des Buches kaum gestiegen (um 1 €), entsprechendes gilt für den Umfang, der sogar um zwei Seiten geschrumpft ist. Gegenüber der Voraufgabe sind – wie ein stichprobenartiger Vergleich zeigt – die Vorzüge und Nachteile im Wesentlichen unverändert geblieben. Im Prinzip handelt es sich um ein Lehrbuch des allgemeinen Verwaltungsrechts mit gewissen Ausflügen in das Gebiet der Verwaltungslehre. Etwas unglücklich ist die Platzierung der „Methodik der Rechtsanwendung“ in § 15 des Buches (S. 228–240), also praktisch „in der Mitte“. Angesichts der begrenzten Seitenzahl ist die Darstellung naturgemäß kursorisch und bedarf der Vertiefung durch ein Lehrbuch der Methodenlehre. Die im Anhang untergebrachten (wenigen) Aufbauschemata bieten zwar eine gewisse Arbeitshilfe, hätten ausführlicher gestaltet werden können. Zu den Pluspunkten gehören die am Eingang der Kapitel aufgenommenen „Ausgangsfälle“, die im laufenden Text wieder aufgegriffen und dann zusammenfassend in einem eigens reservierten Abschnitt knapp, aber ausreichend gelöst werden.

Die Hauptzielgruppe des inhaltlich alle wesentlichen Teile des allgemeinen Verwaltungsrechts abdeckenden Werkes dürften angehende Juristinnen und Juristen sein. Ihnen kann das Buch gute Dienste leisten. Für die Absolventinnen und Absolventen der Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst und anderer Ausbildungseinrichtungen der Verwaltung ist das Werk zwar ebenfalls noch geeignet, jedoch thematisch nicht vollständig auf deren Bedürfnisse zugeschnitten; beispielsweise fehlen nähere Ausführungen zu dem für die Praxis nach wie vor relevanten Widerspruchsverfahren (das hauptsächlich nur im Zusammenhang mit dem Suspensiveffekt erwähnt wird, s. Rdn. 1068 ff.).

**Fazit:** Ein ansprechendes Lehrbuch, das sich kritisch mit den Grundfragen des allgemeinen Verwaltungsrechts befasst und zahlreiche Denkanstöße vermittelt.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl. 2009, 2.100 Seiten, in Leinen € 115,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-58510-4**

Die Auflagenzahl belegt es: Der „Hartmann“ ist ein Werk, das keiner Vorstellung mehr bedarf. Generationen von Referendaren haben mit seiner Hilfe Probleme aus dem Bereich des Kostenrechts gelöst. Richter aller Gerichtsbarkeiten, Rechtspfleger und Anwälte ziehen den „Kurz-Kommentar“ zu Rate, wenn die bloße Lektüre des Gerichtsko-

stengesetzes oder des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes nicht mehr genügt. Auch in den Verwaltungsbehörden – speziell in den Rechtsämtern – sollte der Kommentar zur Standardausstattung gehören.

Dies gilt um so mehr, als die Länder das (vielfach kostenfreie) Widerspruchsverfahren in steigendem Maße abschaffen oder zumindest einschränken (s. z.B. § 6 AG VwGO NRW), so dass unmittelbar der (kostenträchtige) Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Die Abschätzung des Kostenrisikos gehört damit zu den Aufgaben und Pflichten derjenigen, die die Behörde in Prozessen vertreten. Das Gerichtskosten- und Anwaltskostenrecht ist durch verschiedene Novellen erheblich umgestaltet worden; leider ist damit – entgegen den offiziellen Verlautbarungen – keine nennenswerte Vereinfachung verbunden.

Der Kommentator musste auch für die aktuelle Auflage zahlreiche Änderungen einarbeiten, z.B. das FGG-RG bzw. das FamGKG, das MoMiG sowie Neuregelungen im SGG und ArbGG.

Hartmann hat den Kommentar damit auf bereits auf den ab 01.09.2009 geltenden Stand gebracht. Mehr Aktualität ist kaum möglich.

**Fazit:** Der „Hartmann“ ist und bleibt der Spitzen-Kommentar zum Kostenrecht. Seine Stofffülle, gedankliche Tiefe, die umfassende Auswertung Rechtsprechung und Literatur sowie die Aktualität sind einzigartig.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Bachmeier, Rechtshandbuch Autokauf, 2008, 362 Seiten, kart. € 49,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-57143-5**

Das vorliegende Handbuch informiert umfassend über Vertragsprobleme im Zusammenhang mit dem An- und Verkauf von Neu- und Gebrauchtwagen. Dargestellt werden u.a. die Arten von Vertragsparteien, die Regeln des Vertragsabschlusses, die Zulässigkeit von Vertragsklauseln sowie Sonderformen des Autokaufs, z.B. via Internet. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der Praxisrelevanz entsprechend die Sachmängelgewährleistung, wiederum differenziert nach Neuwagenkauf und Gebrauchtwagenkauf. Finanzierungsfragen und Sicherungsrechte und die Produkthaftung bilden weitere bedeutsame Abschnitte. Recht haben und Recht bekommen, sind bekanntlich zwei Paar Schuhe. Demgemäß hat der Autor auch die prozessualen Besonderheiten beim Autokauf – unter Einschluss von Vollstreckungsfragen – kurz, aber einprägsam behandelt. Steuerrechtliche Fragen sind Gegenstand des Schlusskapitels. Zu den Vorzügen des Buches gehört, dass alle rechtlich relevanten Aspekte angesprochen und anschaulich unter Einbeziehung der aktuellen Literatur und vor allem der Rechtsprechung dargestellt werden. Für technische Laien ist auch das technische Glossar am Ende des Buches ein Gewinn. Sehr verbesserungsfähig ist das Sachverzeichnis. Begriffe wie „Unfallschaden“ und „Totalschaden“ sucht man z.B. vergebens. Die sehr wichtige Sachmängelhaftung könnte noch ausführlicher und unter Nennung wichtiger Fallgruppen (z.B. Abweichung von Prospektangaben) dargestellt werden.

**Fazit:** Eine interessante Neuerscheinung, die zwar konzeptionell, aber nicht in allen Einzelpunkten überzeugt.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Jürgensen, Ratgeber Künstlersozialversicherung, 2. Aufl. 2008, 144 Seiten, kart. € 11,90, C. H. Beck, ISBN 978-3-423-05683-0**

Auch Kunst und die sie praktizierenden Künstler sind nicht „frei“. Die Kunstgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG befreit jedenfalls nicht von der Versicherungspflicht. Im Gegenteil: Die Künstlersozialkasse (KSK) gewährleistet die soziale Absicherung der freiberuflich tätigen Künstler. Ohne die Zuschüsse der KSK für die Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung – schreibt der Autor im Vorwort – könnten etliche von ihnen ihren künstlerischen oder publizistischen Beruf nicht ausüben. Das vorliegende Taschenbuch stellt in eingängiger Sprache das System der Künstlersozialversicherung, die Voraussetzungen bzw. Ausnahmen/Befreiungen der Versicherungspflicht sowie das Verwaltungsverfahren bei der KSK dar. Der umfangreiche Anhang enthält eine Übersicht über 400 Tätigkeiten und ihre Einordnung als künstlerisch oder publizistisch, Auszüge aus dem Künstlersozialversicherungsgesetz und der Beitragsüberwachungsverordnung sowie Kontaktadressen.

**Fazit:** Ein instruktiver, auch und insbesondere für Laien gut verständlicher Ratgeber über ein Thema, dessen praktische Bedeutung nicht selten unterschätzt wird.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, 11. Aufl. 2008, 1.327 Seiten, geb. € 130,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-020174-3**

11 Auflagen sind ein starkes Indiz für die Qualität eines Werkes. Die nähere Beschäftigung mit dem vorliegenden Kommentar zur BauNVO belegt, dass diese Indizwirkung zu Recht besteht. Die Kommentierung folgt einem einheitlichen – überzeugenden – Muster. Auf den Normtext folgen Hinweise auf die Vorgänger-Regelungen der aktuellen Fassung (1977, 1968, 1962), so dass auch ältere Literatur und Rechtsprechung sinnvoll eingesetzt werden kann.

In den anschließenden Übersichten wird auf die Randnummern sowie ggf. die Absätze der kommentierten Vorschrift Bezug genommen. Damit ist ein schneller Zugriff auf das gesuchte Stichwort gewährleistet, zumal ein umfangreiches Stichwortregister mitgeliefert wurde.

Sollte der Nutzer weitere vertiefende Informationen wünschen, kann er auf das folgende Schrifttumsverzeichnis zurückgreifen. Rechtsprechungsnachweise sind im Fließtext untergebracht – wünschenswert für künftige Auflagen wäre aus Sicht des Rezensenten die Unterbringung in Fußnoten. Im kommentierenden Text werden Schlüsselbegriffe per Fettdruck hervorgehoben. Aufgelockert wird die Darstellung durch – optisch hervorgehobene – Auszüge aus einschlägigen Gerichtsentscheidungen. Den Abschluss des Buches bilden „Kurzerläuterungen“ zu den §§ 34 ff. BauGB sowie die Texte thematisch bedeutsamer Normwerke (z. B. 4. BImSchVO, TA-Luft); das erspart das Nachschlagen in anderen Textsammlungen und ist daher zu begrüßen. Inhaltlich bietet auch die aktuelle Auflage eine umfassende und kenntnisreiche Erläuterung unter Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen in Rechtsprechung und Literatur. Beispielhaft sei hier auf die umstrittene Einordnung der verschiedenen Prostitutionseinrichtungen verwiesen (§ 4a Rn. 23.7). Hier vertritt der Kommentar mit guten Argumenten die – von der überwiegenden Literaturmeinung – abweichende Auffassung, dass es sich bei Bordellen und bordellartige Betriebe um Gewerbebetriebe und nicht um Vergnügungstätten (i. S. des § 8) handele.

**Fazit:** Der „Fickert/Fieseler“ stellt nach wie vor die herausragende Informationsquelle zur Baunutzungsverordnung dar. Seine Heranziehung bei der Lösung einschlägiger bau(planungs)rechtlicher Fragen ist unverzichtbar.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Schmidt, Bescheide richtig abfassen, 2009, 95 Seiten, kart. € 19,50, Verlag Franz Vahlen, ISBN 978-3-8006-3615-0**

Die Beherrschung der Bescheidtechnik ist eine zentrale Anforderung der Ausbildung im Verwaltungsrecht an den (Fach-) Hochschulen und sonstigen Ausbildungseinrichtungen für den öffentlichen Dienst. Dass die Kunst, „richtige“ Bescheide zu schreiben, auch in der Verwaltungspraxis gefragt ist, liegt im Übrigen auf der Hand. Die vorliegende Broschüre verdient unter diesem Blickwinkel Aufmerksamkeit. Überzeugend ist zunächst das Themenspektrum: Behandelt werden der Ausgangsbescheid, der Abhilfebescheid und der Widerspruchsbescheid. Streng genommen themenbezogen ist der Abschnitt über Aufbau und Formulierung von Schriftsätzen bei verwaltungsgerichtlichen Verfahren, der allerdings auch nur wenige Seiten füllt.

Im Anhang findet der Leser sechs Formulierungsbeispiele, bei denen „verbesserungsfähige“ und „verbesserte“ Bescheidentwürfe gegenüber gestellt werden. Schließlich wird auf den einleitenden Seiten 1 bis 4 (zu Recht) darauf hingewiesen, dass Behördenschreiben verständlich sein müssen; etliche Beispiele runden die knappen, aber instruktiven Ausführungen ab. Die Darstellung ist auch ansonsten flüssig, gut verständlich und weitgehend überzeugend. Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass der Autor neben dem Bundesrecht hauptsächlich auf die Rechtslage in Baden-Württemberg abstellt. Damit fließen Landesspezifika ein, die so nicht in jedem Bundesland gelten. In Nordrhein-Westfalen ist beispielsweise das Widerspruchsverfahren weitestgehend abgeschafft worden, so dass das einschlägige Kapitel nur auf begrenztes Interesse stoßen dürfte. Den größten Nutzen werden damit Leserinnen und Leser aus dem Buch ziehen, die ihre Ausbildung bzw. Praxisstationen in Baden-Württemberg absolvieren. Benutzer in anderen Bundesländern sind gut beraten, „ihr“ jeweiliges Landesrecht zu Rate zu ziehen.

Einige Ausführungen sollten bei weiteren Auflagen überdacht werden. Im Zusammenhang mit der analogen Anwendung des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf Verkehrszeichen wird unter Hinweis auf Kopp/Schenke (§ 80 Rn. 64) darauf hingewiesen, dies gelte nicht für „Parkuhren“ (S. 18). Die (im Kopp/Schenke erwähnte) Gegenmeinung wird nicht erwähnt.

Der in die Rechtsbehelfsbelehrung aufgenommene Satz, ein Widerspruch solle begründet werden (S. 28), dürfte im Gegensatz zur Annahme des Verfassers, er sei „nicht notwendig und unschädlich“ eine unzulässige Erschwerung der Widerspruchseinlegung bedeuten, so dass die Belehrung dadurch fehlerhaft wird. Allzu knapp ist die Behandlung der Unbeachtlichkeitsnorm des § 46 VwVfG auf S. 43. Seit der Neufassung der Vorschrift ist sie zumindest dann auch bei Ermessensentscheidungen sowie Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum anwendbar, wenn der Entscheidungsspielraum der Behörde auf „null“ reduziert ist (Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn. 25). Eher eine Geschmacksfrage ist hingegen die vom Verfasser vorgeschlagene Einleitung des Tenors eines Widerspruchsbescheides (S. 89: ... „nach Prüfung der Sach- und Rechtslage ... für Ihre Mandantschaft (würde hier nicht „Mandantin“ genügen?) ergeht folgender Widerspruchsbescheid“). Ein derart barock wirkender Vorspann ist zumindest in „Preußen“ eher selten.

**Fazit:** Ein akzeptables Anleitungsbuch mit zahlreichen beherzigenswerten Empfehlungen, allerdings auch mit Detailschwächen.

Reg.-Dir. G. Haurand, 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, Studiengangbeauftragte 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

Prof. Dr. *Utz Schliesky*  
Direktor des Landtages des Landes Schleswig-Holstein und Mitglied des Vorstandes des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften und Privatdozent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Dr. *Ludger Schrappner*  
Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen

Verbandsverwaltungsleiter *Jörg Siekmeier*  
Leiter des kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald

Regierungsdirektor *Reiner Stein*  
Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Güstrow

Professor *Dr. Udo Steiner*  
Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

*Karl Wagner*  
Präsident der 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