

# DVPr

DEUTSCHE  
VERWALTUNGS-  
PRAXIS

60. Jahrgang  
Oktober 2009  
ISSN 0945-1196  
C 2328

**10/2009**

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

## Abhandlungen

**Reiner Stein**

Der Antrag nach § 80 V VwGO in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung

**Wolfgang Mosbacher**

Der Bericht aus Berlin  
Gesetzgebung des Bundes – Teil 3

**Joachim Gruber**

Die Auslegung von Normen

**Peter Eichhorn**

ABC-Glossar-XYZ

## Fallbearbeitungen

**Hans Markus Heimann**

Die Abwrackprämie

**Michael Grosse**

Sozialhilferecht

**Rainer Gebhardt und Falko Schuster**

Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

**Marc Wagner**

Karriere ex post?

## Rechtsprechung

Betrieb einer Gaststätte in einem Bordell

Kostendeckende Verwaltungsgebühren

Gültigkeit einer Stimmabgabe

Polizeirechtliche Sicherstellung von Drogengeld  
trotz Freispruchs

Auskunftsanspruch eines Ratsmitglieds

Führerscheintourismus und Amtshaftung

Haftung für Kanalverstopfung durch Wurzelwerk

Beweislast für Handy-Rechnung

Brandschutzgesichtspunkte bei der Kündigung  
eines Arbeitsverhältnisses

Zum Kostenerstattungsanspruch des örtlichen gegen den  
überörtlichen Sozialhilfeträger nach § 264 Abs. 7 SGB XII

Kosten für eine Einzugsrenovierung können zu den  
Kosten der Unterkunft gehören

## Schrifttum

Maximilian-Verlag  
Hamburg



# Die DVP im Oktober 2009/Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

Reiner Stein

### Der Antrag nach § 80 V VwGO in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung . . . .398

Gegen die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes nach § 80 Abs. 2 VwGO kann der Betroffene beim Gericht der Hauptsache die Aussetzung der Vollziehung bzw. die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen. Hierüber entscheidet das Gericht durch Beschluss.

Maßstab der Entscheidung ist insbesondere, ob der eingelegte Rechtsbehelf offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, oder ob er offensichtlich erfolgreich (zulässig und begründet) sein wird. Kann dies in der summarischen, eilbedürftigen Prüfung nicht entschieden werden, so orientiert sich das Gericht an einer Abwägung der Interessen des Betroffenen mit denen der Allgemeinheit bzw. eines Begünstigten.

Die Entscheidung des Gerichts kann somit bereits eine starke Indizwirkung für den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache haben.

Der Beitrag von Stein erläutert zunächst die dogmatischen Hintergründe der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs (als Regelfall gem. § 80 Abs. 1 VwGO). Im Anschluss daran wird die Zulässigkeit eines Antrages dargestellt, insbesondere die Statthaftigkeit des Antrages (in Abgrenzung zu § 123 VwGO), das Rechtsschutzbedürfnis und die Wahl des richtigen Antragsgegners. Im Rahmen der materiellen Prüfung kommt es bei einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch die Behörde (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) auf deren formelle Rechtmäßigkeit an, in allen Fällen auf die materielle Rechtmäßigkeit.

Der Beitrag wird abgerundet durch ein Prüfungsschema für diese mögliche Fallgestaltung einer verwaltungsrechtlichen Klausur.

Wolfgang Mosbacher

### Der Bericht aus Berlin Gesetzgebung des Bundes – Teil 3 . . . . .406

An dieser Stelle wird die regelmäßige Berichterstattung über die Gesetzgebung des Bundes fortgesetzt. Teil 1 befindet sich in der April-Ausgabe der DVP, Teil 2 erschien im Juli dieses Jahres.

Joachim Gruber

### Die Auslegung von Normen . . . . .409

Schreiber von Klausuren meinen oftmals, ihre schlechte Note rühre daher, dass sie das „richtige“ Ergebnis nicht getroffen hätten. Wenn sie nur eifrig genug Entscheidungen der Obergerichte gelernt und die Meinung der korrigierenden Dozenten besser getroffen hätten, wäre ein besseres Ergebnis möglich gewesen.

Bei der juristischen Falllösung kommt es jedoch häufig nicht so sehr auf das Ergebnis, als vielmehr auf die methodisch korrekte, „vertretbare“ Begründung an. Diese erreicht man, wenn man sich an den anerkannten Regeln der Auslegung von Rechtsnormen orientiert und so eine schlüssige Begründung abgeben kann. Ohne Begründung nützt es daher auch wenig, wenn man zufällig das Ergebnis getroffen hat, welches im konkreten Fall vielleicht auch das Gericht erzielt hat.

Methodische Grundlagen sind daher nicht nur bei unbekanntem Fällen hilfreich, um noch eine Struktur in die eigenen Überlegungen zu bekommen. Sie helfen auch bei „bekanntem“ Fällen, um eine vertretbar begründete Lösung anbieten zu können.

Peter Eichhorn

### ABC-Glossar-XYZ . . . . .413

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

## Fallbearbeitungen

Hans Markus Heimann

### Die Abwrackprämie . . . . .415

Schwerpunkte dieser Klausur aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht sind die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der Rechtsschutz gegen eine Nebenbestimmung und die rechtliche Wirkung einer Verwaltungsvorschrift.

Michael Grosse

### Sozialhilferecht . . . . .421

Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als Staatsprüfungsklausur im Fach Sozialrecht im Jahre 2009 zu lösen war. In der Sache geht es um die Frage, in welchem Umfang ein Träger der Sozialhilfe von den Erben eines verstorbenen Leistungsempfängers Kostenersatz nach dem SGB XII (§§ 102 ff.) verlangen kann.

Rainer Gebhardt und Falko Schuster

### Öffentliche Betriebswirtschaftslehre . . . . .426

Bei dieser Fallbearbeitung aus dem Gebiet „Einführung in die ÖBWL“ sind u.a. Fragen zu den Themen „Gewinn“/„Wirtschaftlichkeit“, betriebliche Entscheidungsprozesse, Überwachung, Lagerhaltung, Produktionsfaktoren nach Gutenberg sowie Finanzierung.

Marc Wagner

### Karriere ex post? . . . . .429

Im Rahmen dieser Zwischenprüfungsklausur mussten die Verfasser sich mit verschiedenen Themen aus dem Verwaltungs(prozess)recht befassen, so mit dem Verwaltungsrechtsweg gegen ein Ordnungsgeld des Bundestagspräsidenten gegen einen Abgeordneten einerseits, gegen eine parteiinterne Maßnahme andererseits, Behördenbegriffen sowie zulässigen Rechtsbehelfen.

## Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

<b>Betrieb einer Gaststätte in einem Bordell</b> (BVerwG, Beschluss vom 23.03.2009 - 8 B 2 09) .....	433
<b>Kostendeckende Verwaltungsgebühren</b> (OVG Münster, Urteil vom 28.01.2008 - 9 A 2206/07) .....	434
<b>Gültigkeit einer Stimmabgabe</b> (OVG Weimar, Urteil vom 27.03.2007 - 2 KO 28/07) .....	434
<b>Polizeirechtliche Sicherstellung von Drogengeld trotz Freispruchs</b> (VG Berlin, Urteil vom 28.02.2008 - VG IA 137/06) .....	434
<b>Auskunftsanspruch eines Ratsmitglieds</b> (VG Oldenburg, Urteil vom 21.08.2007 - 1 A 2385/06) .....	435
<b>Führerscheintourismus und Amtshaftung</b> (BGH, Urteil vom 11.09.2008 - III ZR 212/07) .....	435
<b>Haftung für Kanalverstopfung durch Wurzelwerk</b> (OLG Nürnberg, Urteil vom 25.07.2007 - 4 U 61/07) .....	436
<b>Beweislast für Handy-Rechnung</b> (LG Augsburg, Urteil vom 24.04.2007 - 3 O 678/06) .....	436
<b>Brandschutzgesichtspunkte bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses</b> (BAG, Urteil vom 07.12.2006 - 2 AZR 748/05) .....	437
<b>Zum Kostenerstattungsanspruch des örtlichen gegen den überörtlichen Sozialhilfeträger nach § 264 Abs. 7 SGB XII</b> (BSG, Urteil vom 23.10.2008 - B 8 SO 2307) .....	437
<b>Kosten für eine Einzugsrenovierung können zu den Kosten der Unterkunft gehören</b> (BSG, Urteil vom 16.12.2008 - B 4 AS 4907 R) .....	438

## Schrifttum

439

Die Schriftleitung

*Liebe Leserinnen und Leser,*

### DEUTSCHE VERWALTUNGS- PRAXIS

60. Jahrgang 10/2009

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

##### Auslieferung:

Runge Verlagsauslieferung GmbH  
Bergstraße 2, 33803 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 €. Bestellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian-Verlag, Dr. Kurt Schober GmbH & Co. KG, Postfach 104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg. Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

##### Druck:

Humbach & Nemazal, Pfaffenhofen

„der Bachelor kommt!“ (*Schrappner*, apf 2008, S. 257) auch an die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst oder er ist schon da. Sein Eintreffen wurde bzw. wird je nach Standpunkt bejubelt, mit skeptischer Zurückhaltung betrachtet oder völlig abgelehnt.

Nicht ganz zu Unrecht verweisen die Befürworterinnen und Befürworter des Bachelor darauf, die Würfel seien nun einmal gefallen – *Bologna locuta, causa finita!* – und deshalb erübrige sich jetzt eine Diskussion des Für und Wider. Kritik an den neuen Modellen wird als Nörgelei rückständiger Reformblockierer ausgelegt. Diese Sichtweise ist psychologisch verständlich. Sie hat aber ihre Tücken, denn sie verfälscht die Wirklichkeit und nährt Erwartungen, die möglicherweise nicht oder nur eingeschränkt erfüllbar sind. Es entsteht leicht die Illusion, mit organisatorischen Veränderungen, der Zerlegung von Lehrfächern in sog. Module und der Übernahme von Begriffen aus dem anglo-amerikanischen Sprachgebrauch („Credit Points“) werde alles gut. Das Strafprozessrecht kennt das Verbot der Beweisantizipation, d.h. der Würdigung von Beweisen, bevor diese überhaupt erhoben worden sind. Just darauf läuft es aber hinaus, wenn eine Reform gepriesen wird, bevor sie ihre Feuertaufe in der Praxis bestanden hat. Es ist nicht hilfreich, einen neuen Studiengang schon vor dessen Start schönzureden, zumal die Reformwirklichkeit an vielen Hochschulen eine andere Sprache spricht (DIE ZEIT Nr. 5. v. 22. 1. 2009, S. 63).

Eine Pressemitteilung der Bezirksregierung Düsseldorf vom 29. 8. 2008 über die Einführung von Bachelor-Studiengängen an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung (FHöV) NRW ist aufschlussreich. Der Leser erfährt u. a. folgendes:

1. Der Bachelor ist weltweit die Grundlage für mehr Mobilität im und nach dem Studium.
2. Es wird nicht mehr danach gefragt, welche Lehrinhalte vermittelt werden, sondern welche Kompetenzen das Ergebnis von Lernprozessen sein sollen.
3. Es wird nicht nur das für den Beruf erforderliche Wissen, sondern es werden die für den Beruf erforderlichen Fähigkeiten vermittelt.

Zu 1.: Es lässt sich schon mit guten Gründen bezweifeln, ob diese Aussage „weltweit“ oder auch nur europaweit zutrifft. Neueren Studien zufolge ist z. B. die Bereitschaft deutscher Bachelor-Studenten, ein Auslandspraktikum zu absolvieren, infolge der überfrachteten Curricula und starken Verschulung in solchen Studiengängen merklich gesunken. Ein Mobilitätsschub für angehende Verwaltungsbeamte und Polizisten durch eine „Bachelorisierung“ erscheint erst recht unwahrscheinlich. Glaubt der Urheber des Satzes ernsthaft, ein frisch gebackener Bachelor einer ostwestfälischen Gemeinde würde mit offenen Armen empfangen, wenn er sich in Paris, Brüssel oder Palermo um eine Stelle in der dortigen Verwaltung bewerben sollte?

Zu 2.: Diese Aussage unterstellt, die bisherige Ausbildung habe sich in einer mechanischen Stoffvermittlung („Lehrinhalte“) erschöpft, ohne nach Sinn und Zweck der Lehrtätigkeit (Erwerb von „Kompetenzen“) zu fragen – ein überheblicher Satz, der beiläufig alle bisherigen Reformanstrengungen desavouiert.

Zu 3.: Der Erwerb von Fachwissen gehört in jedem Studienfach zu den hauptsächlichen Ausbildungszielen. Ohne ein gerüttelt Maß an Sachkenntnis kann auch ein „kommunikations- und teamfähiger“ Sachbearbeiter keine fehlerfreie Ordnungsverfügung schreiben oder korrekt über einen Antrag auf Sozialhilfe entscheiden. Wer betont auf „soft skills“ (in der Pressemitteilung besonders hervorgehoben) setzt, neigt dazu, Fachkenntnis abzuwerten. Nur jemand, der sein Fach beherrscht, ist aber in der Lage, dem „Verwaltungskunden“ gelassen und routiniert zu begegnen. Der fachlich Schwache kann eine solche Souveränität in der Regel nur mehr oder weniger gekonnt simulieren. Fachwissen verbessert schließlich auch den Stil (*Schrappner*, DVP 2009, S. 46).

Ausbildungsreformen leben nicht von gestelzten Absichtserklärungen, erbsenzählerischen Stundenabrechnungen und zweckfreien, weil folgenlosen (Marathon-)Evaluierungen. Sie können nur gelingen, wenn die Hochschulen personell und sächlich gut oder – noch besser – hervorragend ausgestattet werden und ihnen hinreichende Spielräume für qualifizierte Lehre und Forschung eingeräumt werden. Für die Einführung des Bachelor gilt im Grundsatz nichts anderes.

Prof. Dr. Jürgen Vahle

Reiner Stein\*

# Der Antrag nach § 80 V VwGO in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung

## Einführende Bemerkungen

Der „vorläufige Rechtsschutz nach § 80 V VwGO“ stellt nicht für wenige Studenten und Auszubildende ein unnahbares Rechtsgebilde dar. Gleichwohl ist dieser Problembereich des Verwaltungsprozessrechts immer noch Ausgangspunkt zahlreicher (Prüfungs-)Klausuren. Nach Auffassung vieler Dozenten bildet dieser Bereich geradezu den idealen Prüfungsstoff dar, um Wissen und methodische Fähigkeiten abfragen zu können<sup>1</sup>.

In der nachfolgenden Abhandlung wird zunächst die Systematik des § 80 I und II VwGO dargestellt. Im Anschluss werden ausführlich Zulässigkeit und Begründetheit Antrags nach § 80 V VwGO erörtert<sup>2</sup>. Ein Prüfungsschema schließt die Abhandlung ab.

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

## I. Die zwei Arten von vorläufigem Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Die VwGO unterscheidet im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zwei Arten von vorläufigem Rechtsschutz:

- vorläufiger Rechtsschutz durch **Anordnung** (bzw. **Wiederherstellung**) der aufschiebenden Wirkung (§ 80 VI, 1. bzw. 2. Alt. VwGO)
- vorläufiger Rechtsschutz durch **einstweilige Anordnung** (§ 123 VwGO)

Das **Verfahren nach § 80 V VwGO** (gerichtet auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) ist dann für den Bürger das richtige Verfahren, wenn es um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsaktes geht und der Bürger diesen mit Anfechtungswiderspruch bzw. Anfechtungsklage aufgehoben haben will.

In den sog. „Drittbeteiligungsfällen“ ist auf die Besonderheiten des § 80 a VwGO abzustellen. Gegenstand sind hier Verwaltungsakte mit Doppelwirkung (etwa im Falle begünstigender Verwaltungsakte mit drittbelastender Wirkung eine Baugenehmigung, die den Bauherrn begünstigt, aber den Nachbarn belastet<sup>3</sup>).

Die **einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO** ist (im „Umkehrschluss“) immer dann einschlägig, wenn es **nicht** um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsaktes geht. Die vorläufig zu sichernde Rechtsposition wäre im gerichtlichen Hauptsacheverfahren im Wege einer Verpflichtungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage durchzusetzen. Aus § 123 V VwGO folgt, dass das Verfahren nach § 80 V VwGO das vorrangige Verfahren ist; die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ist also subsidiär<sup>4</sup>.

## II. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO

### 1. Die aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO

Aus § 80 I 1 VwGO ergibt sich, dass „Widerspruch und Anfechtungsklage“ aufschiebende Wirkung haben (diese eintretende aufschiebende Wirkung bezeichnet man auch als „Suspensiveffekt“).

Aufschiebende Wirkung entfaltet allerdings (neben der genannten Anfechtungsklage) nur ein **Anfechtungswiderspruch**, also kein Verpflichtungswiderspruch. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Formulierung in § 80 I 1 VwGO und dem systematischen Zusammenhang von Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage.

§ 80 I VwGO ist also nur für diejenigen belastenden Verwaltungsakte relevant, die der betroffene Bürger mit Anfechtungswiderspruch bzw. Anfechtungsklage anfechten und aufgehoben haben will.

### 1.1 Begriff der aufschiebenden Wirkung

Welche rechtlichen Folgen diese „aufschiebende Wirkung“ hat, ist Gegenstand eines lebhaften Theorienstreits<sup>5</sup>.

Nach der teilweise in der Literatur vertretenen **strengen Wirksamkeitstheorie**<sup>6</sup> hindert die aufschiebende Wirkung die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes schlechthin. Nach dieser Meinung wird der Verwaltungsakt erst dann (*ex-nunc*) wirksam, wenn die aufschiebende Wirkung endet, regelmäßig also erst mit der endgültigen Entscheidung über den Rechtsbehelf.

Nach der einen vermittelnden Standpunkt einnehmenden **ingeschränkten Wirksamkeitstheorie**<sup>7</sup> wird durch die Einlegung eines Anfechtungswiderspruchs oder einer Anfechtungsklage nur eine vorläufige Wirksamkeitshemmung angenommen, die rückwirkend (*ex-tunc*) entfällt, wenn der Rechtsbehelf ohne Erfolg bleibt.

Nach der vom BVerwG<sup>8</sup> und auch überwiegend in der Literatur vertretenen **Vollziehbarkeitstheorie** versetzt die aufschiebende Wirkung den Verwaltungsakt in eine Art Schwebzustand. Wegen dieses Schwebzustandes darf der Verwaltungsakt nicht vollzogen bzw. „verwirklicht“ werden. Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes selbst wird durch die Widerspruchseinlegung nach dieser Theorie nicht berührt<sup>9</sup>.

\* Regierungsdirektor Reiner Stein ist Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege des Landes Mecklenburg-Vorpommern und Dozent für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht am Fachbereich Allgemeine Verwaltung an selbiger Fachhochschule.

1 Siehe etwa bei *Propp*, Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V VwGO, JA 2004, 324.

2 Der für Klausuren kaum relevante Sonderfall „Feststellung der aufschiebenden Wirkung beim sog. faktischen Vollzug“ bleibt hier außer Betracht. Zur Vertiefung dieser Problematik siehe bei *Pietzner/Ronellenfisch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl., 2005, § 58, Rdn. 32 f; *Schmidt*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2008, Rdn. 936 ff.

3 Daneben gibt es natürlich auch noch die Fälle der belastenden Verwaltungsakte mit drittbegünstigender Wirkung.

4 Was in einem Klausurgutachten im Gliederungspunkt „Statthaftigkeit“ bei der Zulässigkeitsprüfung zu erörtern ist. Vgl. zur Vertiefung *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 52, Rdn. 1 ff.

5 Ausführlich dazu *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 884 ff.

6 *Schoch*, Der vorläufige Rechtsschutz im 4. VwGO-Änderungsgesetz, NVwZ 1991, 1121 (1122); *Erichsen*, Das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO, Jura 1992, 645 (652).

7 *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 15. Aufl., 2007, § 80, Rdn. 22; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 200, Rdn. 950 ff.

8 Vgl. grundlegend zur Vollziehbarkeitstheorie die Entscheidung des BVerwG vom 27. 10. 1982, BVerwGE 66, 218, (222)

9 Das ergibt sich i. Ü. auch aus dem eindeutigen Wortlaut des § 43 VwVfG M-V, der die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes regelt und die aufschiebende Wirkung dabei nicht anspricht.

Die aufschiebende Wirkung verbietet nach der Vollziehbarkeitstheorie nicht nur den Vollzug eines Verwaltungsaktes der ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt (sog. „HDU-Verfügung“) mit Zwangsmitteln, sondern verbietet auch alle Maßnahmen und auch Folgemaßnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf die Verwirklichung des Verwaltungsaktes gerichtet sind (daher wird die aufschiebende Wirkung nach dieser Theorie auch als „Verwirklichungshemmung“ umschrieben)<sup>10</sup>. Dieses Verbot bezieht sich etwa auch auf eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung; auch dürfen keine Strafen, Säumniszuschläge, Sanktionen usw. verhängt werden<sup>11</sup>.

Dies gilt nicht nur bei den sog. HDU-Verfügungen, sondern auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie Verwaltungsakten mit Doppelwirkung (vgl. ausdrücklich in § 80 I 2 VwGO). Nach Eintritt der formellen Bestandskraft wird diese Vollzugshemmung mit Wirkung für die Vergangenheit (*ex-tunc*) beseitigt.

Bei einer **Stellungnahme** zu diesem Theorienstreit ist der von der h. M. vertretenen Vollziehbarkeitstheorie der Vorzug zu geben. Für eine Heranziehung dieser Theorie spricht insbesondere der Wortlaut der §§ 80 II 1 Nr. 4, 80 III, 80a I Nr. 1 VwGO, wonach die Vollziehbarkeit den Gegenbegriff zur aufschiebenden Wirkung darstellt. Auch wird in § 80 II-V VwGO im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung allein von „Vollziehung“ und nicht von „Wirksamkeit“ gesprochen. Stellt man zudem auf die Regelungen der §§ 43 II, III, 44 VwVfG M-V ab, so ergibt sich daraus, dass die Wirksamkeit eines (nicht nichtigen) Verwaltungsaktes allein durch Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung oder Erledigung endet, nicht dagegen durch die aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO<sup>12</sup>. Überdies kann § 80 I VwGO nicht entnommen werden, dass diese Regelung über die Suspendierung des Vollzuges hinaus auch die Aussetzung der Wirksamkeit mit den damit verbundenen weitreichenden Folgen für Behörde und Bürger bezweckt<sup>13</sup>.

**Klausurtyp:** In Klausuren und Fallbearbeitungen sollte dieser Theorienstreit nicht über Gebühr strapaziert werden, zumal sich im Ergebnis der Streit nur dann auswirkt, wenn der eingelegte Rechtsbehelf erfolglos bleibt, also abgewiesen wird. Sind Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage dagegen erfolgreich, wird der angefochtene Verwaltungsakt ohnehin rückwirkend aufgehoben.

## 1.2 Beginn und Ende der aufschiebenden Wirkung

Die aufschiebende Wirkung tritt erst mit Einlegung des Anfechtungswiderspruchs oder der Anfechtungsklage ein, hat dann aber rückwirkende Kraft („*ex-tunc*-Wirkung“). Daraus lässt sich ableiten, dass ein zwischenzeitliches Verhalten gegen den Verwaltungsakt nicht als rechtswidrig anzusehen ist. Etwaige Vollzugsmaßnahmen der Behörde sind wegen des Eintritts der aufschiebenden Wirkung auszusetzen bzw. rückgängig zu machen<sup>14</sup>. Hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt, so wirkt dies ebenso zurück in die Vergangenheit (sofern sich aus der gerichtlichen Entscheidung nichts anderes ergibt).

Die aufschiebende Wirkung endet grundsätzlich mit der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, oder, wenn die Anfechtungsklage in der ersten Instanz abgewiesen wurde, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die Entscheidung zulässigen Rechtsmittels (vgl. § 80 b VwGO)<sup>15</sup>.

## 2. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II VwGO

In § 80 II VwGO werden Ausnahmefälle vom grundsätzlichen Eintritt der aufschiebenden Wirkung geregelt. Zu unterscheiden sind einmal die Fälle des § 80 II 1 Nr. 1-3 und des § 80 II 2 VwGO, in denen

die aufschiebende Wirkung **kraft Gesetzes** ausgeschlossen ist, sowie der Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO, der eine **Ausnahmemöglichkeit kraft behördlicher Einzelfallanordnung** zum Gegenstand hat.

### 2.1 Ausnahmen kraft gesetzlicher Regelung

Zu den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1-3 und S. 2 VwGO zählen:

- **Anforderungen öffentlicher Abgaben und Kosten (Fall des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO)**

Zu „**öffentlichen Abgaben**“ i.S.d. dieser Vorschrift zählen zunächst die klassischen Abgaben (Steuern, Gebühren und Beiträge). Darüber hinaus sollen hierzu nach der Rechtsprechung auch sonstige hoheitlich geltend gemachte öffentlich-rechtliche Geldforderungen gehören, die zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Hoheitsträgers für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben dienen (etwa Sonderabgaben)<sup>16</sup>.

**Öffentliche Kosten** sind grundsätzlich alle Gebühren und Auslagen, die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren einschließlich des Widerspruchsverfahrens nach feststehenden Sätzen auferlegt werden. Damit scheiden Kosten des Verwaltungszwangs (etwa Kosten einer Ersatzvornahme) aus, da sich deren Höhe nicht nach feststehenden Sätzen richtet<sup>17</sup>. Da § 80 II 1 Nr. 1 VwGO von der „Anforderung“ solcher Kosten spricht, geht die h. M. davon aus, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO nur bei isolierten Kostenforderungen eintritt. Das bedeutet, dass diejenigen Kosten, die neben oder im Zusammenhang mit einer Sachentscheidung erhoben werden (beispielsweise Kosten, die unmittelbar mit einem Ausgangs- oder Widerspruchsbescheid verbunden sind) nicht unter diese gesetzliche Ausnahmeregelung fallen, denn sonst würde sich das Entfallen der aufschiebenden Wirkung auch auf die Sachentscheidung erstrecken.<sup>18</sup>

- **Unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten (Fall des § 80 II 1 Nr. 2 VwGO)**

Der Ausnahmefall des § 80 II 1 Nr. 2 VwGO gilt nicht nur bei den im Gesetz genannten Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten<sup>19</sup> sondern in analoger Anwendung auch bei Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen, soweit diese als Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 S. 2, 3. Alt. VwVfG M-V Ge- oder Verbote regeln (etwa bei Halteverbotsschildern, Ampeln, Parkuhren, usw.).

10 Zur Vertiefung vgl. Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 2), § 53, Rdn. 1 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., 2008, § 32, Rdn. 3 f.

11 Vgl. Hufen (Fn. 10), § 32, Rdn. 4.

12 So auch Erbuth, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, JA 2008, 357 (358).

13 So in der Begründung auch BVerwGE 24, 92 (98 ff.); Schmidt (Fn. 2), Rdn. 888, Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 2), § 51, Rdn. 3 f.

14 Näher dazu bei Hufen (Fn. 10), § 32, Rdn. 8.

15 Ausführlich dazu Schmidt (Fn. 2), Rdn. 920 ff.

16 Vgl. die ausführliche und kritische Darstellung dazu bei Schmidt (Fn. 2), Rdn. 893 ff.

17 Vgl. Kopp/Schenke (Fn. 7), § 80, Rdn. 63 sowie den Aufsatz von Willems, Aufschiebende Wirkung eines Widerspruches bei Anforderung von Kosten für eine Ersatzvornahme, VR 1999, 373.

18 So etwa Schmidt (Fn. 2), Rdn. 903; Kopp/Schenke (Fn. 7), § 80, Rdn. 62; Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 2), § 54, Rdn. 8 ff.

19 Erfasst werden hier nur Polizeivollzugsbeamte im institutionellen Sinn, also nicht Sachbearbeiter der Ordnungsbehörden; zur Vertiefung siehe bei Schmidt (Fn. 2), Rdn. 906. Krit. hierzu Beckmann: Ist der Begriff des Polizeivollzugsbeamten i.S.d. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO restriktiv auszulegen?, VR 2002, 404.

- **Spezielle Regelungen durch formelles Bundes- oder Landesgesetz (Fall des § 80 II 1 Nr. 3 VwGO)**

*Gem. § 80 II 1 Nr. 3 VwGO kann die aufschiebende Wirkung einmal durch formelles Bundesgesetz ausgeschlossen werden. Klausurrelevante Beispiele für solche bundesrechtlichen Ausnahmeregelungen sind: §§ 212 a BauGB; 54 IV BeamStG; 33 IV 2, 35 S. 1 WPflG; 80 TierSG. Daneben ermächtigt diese Vorschrift den formellen Landesgesetzgeber für seinen Bereich (also für seine Landesgesetze) die aufschiebende Wirkung von Anfechtungswiderspruch und –klage auszuschließen (sog. Länderöffnungsklausel). Als klausurrelevante Beispiele seien hier die Vorschriften genannt, wonach Rechtsbehelfe gegen Vollzugsmaßnahmen (Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln) keine aufschiebende Wirkung haben (in Mecklenburg-Vorpommern § 99 I 2 SOGM-V).*

- **§ 80 II 2 VwGO ermöglicht (weitere) landesgesetzliche Ausschlussmöglichkeiten für diejenigen Fälle, in denen die Länder Vollzugsmaßnahmen nach Bundesrecht treffen (beispielsweise Abschiebung eines Ausländers nach §§ 58 ff. AufenthG)<sup>20</sup>.**

Durch die Aufstellung dieser gesetzlichen Ausschlussgründe gibt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass in diesen Fällen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der baldigen Verwirklichung eines Verwaltungsaktes besteht. Die öffentlichen Interessen haben hier also stärkeres Gewicht als das private Interesse des Bürgers, während des Rechtsbehelfsverfahrens von den Wirkungen des Verwaltungsaktes verschont zu bleiben.

## 2.2 Ausnahmen kraft behördlicher Einzelfallanordnung

In der Verwaltungspraxis (insbesondere im Ordnungsrecht) sehr bedeutsam ist der Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO haben Ausgangs- und Widerspruchsbehörde die Befugnis, im konkreten Einzelfall die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse (oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten) geboten ist. Wird die sofortige Vollziehung von der Ausgangsbehörde angeordnet –so der Regelfall– so geschieht dies in der Praxis meist zusammen mit dem Grundverwaltungsakt in einem Bescheid (bei befehlenden Verwaltungsakten im Gefahrenabwehrrecht wird zusätzlich in vielen Fällen in einem solchen Ausgangsbescheid auch noch ein Zwangsmittel angedroht). Die sofortige Vollziehung kann allerdings auch nachträglich in einem gesonderten Bescheid angeordnet werden. Zuständigkeit für die Anordnung ist neben der Ausgangsbehörde auch die Widerspruchsbehörde (vgl. den Wortlaut des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO).

## III. Die gutachtliche Prüfung eines Antrags nach § 80 V VwGO

### 1. Die Zulässigkeitsprüfung eines Antrags nach § 80 V VwGO

#### 1.1 Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Für das vorläufige Rechtsschutzverfahren ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn dieser auch im Hauptsacheverfahren eröffnet ist (entweder über die „Generalklausel“ des § 40 I 1 VwGO oder aber über aufdrängende Sonderzuweisungen) eröffnet ist<sup>21</sup>.

#### 1.2 Statthaftigkeit des Antrags

Vorläufiger Rechtsschutz wird im Verwaltungsstreitverfahren entweder nach § 80 V VwGO oder nach § 123 VwGO gewährt. Bei der

Statthaftigkeit ist es erforderlich, zwischen den Verfahren nach § 80 V und § 123 IV VwGO abzugrenzen.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist nur statthaft<sup>22</sup>, wenn es in der Hauptsache um die Vollziehung eines belastenden, noch nicht erledigten Verwaltungsaktes geht, der im Hauptsacheverfahren mit einem Anfechtungswiderspruch oder einer Anfechtungsklage angefochten werden kann<sup>23</sup>.

### 1.3 Antragsbefugnis

Wie im Hauptsacheverfahren soll auch bei Anträgen nach § 80 V VwGO ein „Popularantrag“ vermieden werden. Der Antragsteller muss also auch antragsbefugt sein und sich auf die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung berufen können.

Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist § 42 II VwGO hier analog anzuwenden<sup>24</sup>.

Wenn der Antragsteller Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist, unterliegt seine Antragsbefugnis nach der „Adressatentheorie“ regelmäßig keinen Bedenken<sup>25</sup>.

### 1.4 Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers im Eilverfahren setzt voraus, dass dieser sein Ziel nicht auf einfachere, schnellere und effektivere Weise erlangen kann. Es muss also ausgeschlossen werden, dass er sein Ziel rechtzeitig und in zumutbarere Weise allein durch den Hauptsacherechtsbehelf erreichen kann<sup>26</sup>.

Umstritten ist, ob das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nur dann zu bejahen ist, wenn der Antragsteller zumindest zeitgleich Anfechtungswiderspruch bzw. Anfechtungsklage erhoben hat<sup>27</sup>.

Nach einer **Mindermeinung** scheidet die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines noch gar nicht erhobenen Rechtsbehelfs bereits begriffsnotwendig aus. Diese Meinung orientiert sich also an den Begriffen „anordnen“ und „wiederherstellen“ und geht von einem Rückbezug auf einen bereits zuvor eingelegten Rechtsbehelf (dessen aufschiebende Wirkung ausgeschlossen war) aus<sup>28</sup>.

Nach wohl **überwiegender Meinung** setzt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nicht voraus, dass der Antragsteller bereits einen Rechtsbehelf in der Hauptsache (also Anfechtungswiderspruch oder Anfechtungsklage) erhoben hat<sup>29</sup>. Ausgangspunkt für die **Begründung dieser Meinung** ist der Wortlaut des § 80 V 2 VwGO und seine Deutungsmöglichkeiten. Wenn § 80 V 2 VwGO bestimmt, dass ein Eilantrag „schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig“ ist,

20 Zur Vertiefung siehe bei *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 70; *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 54, Rdn. 20.

21 Etwa § 54 I BeamStG.

22 Aus § 123 V VwGO folgt, dass das Verfahren nach § 80 V VwGO das vorrangige Verfahren ist; die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ist also subsidiär.

23 Vgl. statt vieler *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 130.

24 Vgl. BVerwG NVwZ 1994, 1000 (1001).

25 Problematisch ist dieser Gesichtspunkt i.d.R. nur bei den „Drittbeteiligungsfällen“ des § 80 a VwGO.

26 Damit ist also ein Rechtsschutzinteresse zu verneinen, wenn der Antragsteller den gleichen Zweck durch Einlegen eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache erreichen kann, und er keinen vertretbaren Grund hat, diesen Weg nicht zu gehen; vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 139.

27 Ausführlich zum Sach- und Streitstand *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 989 ff.

28 So etwa *Schoch* in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar); Loseblatt, Stand: Okt. 2008, § 80, Rdn. 134; *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 57, Rdn. 18; *Prope* (Fn. 1), 324; grundlegend auch OVG Münster DVBl 1996, 115.

29 Vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 139; *Schenke* (Fn. 7), Rdn. 992.

dann geht diese Norm zwar vom „Regelfall“ des § 68 I 1 VwGO aus (*dass also vor Klageerhebung ein Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde und der Antragsteller in diesem Fall nach Widerspruchserhebung den Eilantrag stellt*), doch muss in der Folge dies auch bedeuten, dass in den Fällen, in denen ein Widerspruchsverfahren als Vorverfahren einmal nicht statthaft ist (*Fälle des § 68 I 2 VwGO*), der Eilantrag **auch** vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig sein muss. Insoweit ist es schwer einzusehen, dass etwas anderes gelten soll, wenn vor der Anfechtungsklage noch ein Widerspruchsverfahren vorgeschaltet ist<sup>30</sup>. Überdies ist es nach dieser Auffassung nicht mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes (*Art. 19 IV 1 GG*) vereinbar, wenn zwingend und regelmäßig ein bereits eingeleiteter Widerspruch verlangt wird<sup>31</sup>.

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wäre nach beiden oben dargestellten Theorien allerdings zu verneinen, wenn der in Betracht kommende Anfechtungswiderspruch (*bzw. die Anfechtungsklage*) **offensichtlich unzulässig** wäre. Ist also der Verwaltungsakt bereits formell bestandskräftig geworden (*insbesondere bei offensichtlicher Verfristung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage*), so fehlt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis; der Rechtsbehelf in der Hauptsache wäre hier ja unzulässig<sup>32</sup>.

Schließlich darf der Rechtsbehelf in der Hauptsache **keine aufschiebende Wirkung** haben. Es muss sich also um einen der Fälle des § 80 II (*S. 1 oder S. 2*) VwGO handeln.

Falls es sich um einen Fall des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO handelt (*öffentliche Abgaben/Kosten*), so ist ein zuvor erfolglos gestellter Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO an die Behörde Voraussetzung für die Zulässigkeit des gerichtlichen Rechtsschutzbegehrens (*vgl. § 80 VI VwGO*). Für die anderen Fälle des § 80 II VwGO wird nach h. M. nicht verlangt, dass der Antragsteller vorher einen Antrag auf ein solches behördliches Aussetzungsverfahren nach § 80 IV VwGO gestellt hat<sup>33</sup>.

### 1.5 Ordnungsgemäße Antragstellung

Nach § 81 I VwGO analog ist der Antrag schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu stellen. Sachlich zuständig für die Entscheidung ist gem. § 80 V 1 VwGO das Gericht der Hauptsache; für die örtliche Zuständigkeit gilt § 52 VwGO entsprechend.

### 1.6 Antragsfrist

Eine Antragsfrist ist -abgesehen von einigen spezialgesetzlichen Ausnahmen<sup>34</sup> - **nicht** einzuhalten. Der Antrag nach § 80 V VwGO kann demnach eingelegt werden, solange der Widerspruch oder die Anfechtungsklage anhängig ist. (*Die Frage nach einer Verfristung des Widerspruchs / der Anfechtungsklage ist oben beim Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen*).

### 1.7 Richtiger Antragsgegner

Der richtige Antragsgegner bestimmt sich nach § 78 IV VwGO analog. Wegen der speziellen landesrechtlichen Regelung in M-V ist auf § 78 I Nr. 2 VwGO abzustellen<sup>35</sup>. Danach ergibt sich aus § 14 II des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsstrukturgesetzes, dass richtiger Antragsgegner diejenige Behörde ist, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, also die **Ausgangsbehörde**.

Wird im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung von der Widerspruchsbehörde angeordnet, so ist nach wohl h. M. ebenfalls die Ausgangsbehörde richtiger Antragsgegner. Begründet wird diese Auffassung damit, dass ein Auseinanderfallen von Antragsgegner und Klagegegner in der Hauptsache vermieden werden soll<sup>36</sup>.

Nach dieser Ansicht kann die Widerspruchsbehörde (*bzw. deren Rechtsträger, wenn eine landesrechtliche Regelung i.S.d. § 78 I Nr. 2 VwGO nicht besteht*) nur in denjenigen Fällen richtiger Antragsgegner sein, in denen der Widerspruchsbescheid isoliert angefochten und daraufhin von der Widerspruchsbehörde für sofort vollziehbar erklärt wird (*Fälle des § 79 I Nr. 2, II IVwGO*)<sup>37</sup>.

### 1.8 Beteiligten- und Prozessfähigkeit, ordnungsgemäße Vertretung

Diese Zulässigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Klageverfahrens; abzustellen ist also auf §§ 61, 62, 67 VwGO analog.

## 2. Die Prüfung der Begründetheit eines Antrages nach § 80 V VwGO

Unter welchen Voraussetzungen ein Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO begründet ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Im Wege einer Auslegung des § 80 V VwGO (*nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift*) wird aber deutlich, dass der Erfolg dieses Rechtsbehelfs davon abhängig zu machen ist, ob das öffentliche Interesse am Vollzug des Verwaltungsaktes höher zu bewerten ist, als das Interesse des Antragstellers an einer aufschiebenden Wirkung (*Aussetzungs- bzw. Suspendierungsinteresse genannt*).

Bei der Prüfung der Begründetheit eines Antrags nach § 80 V VwGO muss zunächst danach unterschieden werden, ob die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage unmittelbar **kraft Gesetzes** ausgeschlossen ist (*das sind die Fälle in § 80 II S. 1 Nr. 1-3 und S. 2 VwGO*) oder etwa auf Grund einer **Anordnung der sofortigen Vollziehung** durch die Behörde (*Fälle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO*).

Während im ersten Fall die sofortige Vollziehbarkeit „automatisch“ eintritt (*also den „Regelfall“ bildet*), ist im zweiten Fall eine besondere behördliche Anordnung erforderlich. Deshalb ist bei der Begründetheit im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO eine **formelle und materielle** Prüfung erforderlich. In den anderen Fällen (*§ 80 II S. 1*

30 Siehe nur bei *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 139. Bei *Schmidt* (Fn. 2 / Rdn. 947) wird insoweit die Forderung nach einer vorherigen Widerspruchserhebung als reiner Formalismus bezeichnet.

31 Mit dieser Begründung auch *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 139.

32 In einem solchen Fall kann der von § 80 V VwGO bezweckte Erfolg, nämlich der Eintritt der aufschiebenden Wirkung, gar nicht mehr eintreten, denn der Verwaltungsakt ist dann „endgültig“ vollziehbar; vgl. BVerwG DVBl 1993, 256 (258) sowie zur Vertiefung *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 950.

33 Zur Begründung siehe nur bei *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 950.

34 Vgl. etwa die einwöchige Frist in § 36 III 1 AsylVfG. Weitere Besonderheiten bestehen im Fachplanungsrecht (etwa § 17 VI a 2 FStrG, 1 Monat bei Planfeststellungsbeschlüssen und Plangenehmigungen). Zur Vertiefung siehe bei *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 57, Rdn. 17 f.

35 Fehlt eine solche landesrechtliche Regelung, so ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO analog der Rechtsträger hinter der Ausgangsbehörde richtiger Antragsgegner.

36 So insbes. die neuere OVG-Rechtsprechung etwa SächsOVG NVwZ-RR 2002, 74; weiterhin *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 140; *Funke-Kaiser* in *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/Albedyll*, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 3. Aufl., 2005, § 80, Rdn. 75; *Schenke* (Fn. 7), Rdn. 995; nach anderer Ansicht dagegen kommt in diesen Fällen nur die Widerspruchsbehörde in Betracht, da im vorläufigen Rechtsschutzverfahren Verfahrensgegenstand nicht die Rechtmäßigkeit des Ausgangsverwaltungsaktes, sondern (nur) die Frage der Vollziehbarkeit sei. Überdies könne die Ausgangsbehörde nicht in ein Verfahren hineingezogen werden, für das sie nicht verantwortlich sei, vgl. bei *Hufen* (Fn. 10), § 32, Rdn. 37; OVG NW NJW 1995, 2241.

37 Vgl. nur bei *Schenke* (Fn. 7), Rdn. 995.

Nr. 1–3 und S. 2 VwGO) ist bei der Begründetheit allein auf die materiellen Gesichtspunkte („Interessenabwägung“) einzugehen.

**Beispiel für einen möglichen Obersatz für den Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO (Behörde hat die sofortige Vollziehung angeordnet)**

„Der Antrag nach § 80 VI, 2. Alt. VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (bzw. der Anfechtungsklage) ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist oder eine Interessenabwägung ergibt, dass das Suspendierungsinteresse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt“.

**2.1 Formelle Prüfung (nur im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO)**

**a) Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit für die Anordnung einer sofortigen Vollziehung ergibt sich aus § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Danach ist sowohl die Ausgangsbehörde, wie auch die Widerspruchsbehörde für die Anordnung zuständig und zwar **in jedem Stadium** des verwaltungsbehördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens<sup>38</sup>.

**b) Beachtung von Verfahrensvorschriften**

Hinsichtlich des Verfahrens ist zu beachten, dass es nach ganz h. M. einer gesonderten Anhörung i.S.d. § 28 IVwVfG M-V vor Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht bedarf, da diese keinen selbstständigen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG M-V darstellt. Zur Begründung wird angeführt, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung keine materielle, sondern lediglich eine verfahrensrechtliche Regelung enthalte und auch nicht mit Anfechtungswiderspruch bzw. Anfechtungsklage angefochten werden könne (*gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung steht als förmlicher Rechtsbehelf nur das Verfahren nach § 80 V VwGO zur Verfügung*). Auch schließe die Anordnung der sofortigen Vollziehung kein eigenständiges Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG M-V ab und könne auch nicht – anders als ein Verwaltungsakt – formell bestandskräftig werden.<sup>39</sup> Auch eine analoge Anwendung des § 28 VwVfG M-V wird von der h. M. abgelehnt, da keine Regelungslücke bestehe<sup>40</sup>.

**c) Beachtung der Formvorschriften**

Hinsichtlich der Formerfordernisse ergibt sich aus § 80 III VwGO, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung „besonders“ **zu begründen** ist, es sei denn, es liegt eine sog. „Notstandsmaßnahme“ i.S.d. § 80 III 2 VwGO. Nach der Ausnahmeregelung in § 80 III 2 VwGO bedarf es (*nur*) dann einer besonderen Begründung nicht, wenn die Behörde bei Gefahr im Verzug, insbesondere bei drohenden Nachteilen für Leben, Gesundheit oder Eigentum vorsorglich eine als solche bezeichnete „Notstandsmaßnahme“ im öffentlichen Interesse trifft (*etwa bei Naturkatastrophen wie Hochwasser-, Lawinengefahren oder Seuchengefahren*)<sup>41</sup>. Auf die ausdrückliche Bezeichnung darf in diesen Fällen (*bereits nach dem zwingenden Gesetzeswortlaut*) nicht verzichtet werden.

Liegt keine Ausnahme i.S.d. § 80 III 2 VwGO vor, so ist die Behörde zu einer Begründung verpflichtet. Im Rahmen eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO prüft das Verwaltungsgericht (*nur*), ob die Begründung i.S.d. § 80 III VwGO „schlüssig“ ist, nicht aber deren materielle Richtigkeit. Inhaltliche Mängel der Begründung (*etwa falsche Tatsachenwürdigung, unzutreffende Erwägungen*) sind dagegen bei der materiellen Prüfung (*Interessenabwägung*) zu berücksichtigen, führen aber nicht zu einem formellen Verstoß gegen die in § 80 III 1 VwGO normierte Begründungspflicht.

Nach dem Gesetzeswortlaut in § 80 III 1 VwGO ist von der Behörde „das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes“ zu begründen.

Nach dieser gesetzlichen Formulierung wird allgemein gefolgert, dass ein solches „besonderes“ Vollzugsinteresse über jenes allgemeine Interesse hinausgehen muss, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt<sup>42</sup>. Über den erforderlichen Inhalt einer solchen Begründung gibt das Gesetz allerdings keine weiteren Aufschlüsse. Die inhaltlichen Anforderungen an die vorgeschriebene Begründungspflicht lassen sich aber leicht zusammenstellen, wenn man sich zunächst einmal den Zweck der Begründungspflicht verdeutlicht.

Aus der gesetzlich festgeschriebenen Begründungspflicht in § 80 III 1 VwGO lassen **drei Zwecke** ableiten:

- Die Begründung soll die Behörde dazu zwingen, sich des Ausnahmecharakters der Anordnung der sofortigen Vollziehung bewusst zu werden („Warnfunktion“);
- sie soll dem Betroffenen Aufschluss darüber geben, welche Überlegungen die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung veranlasst haben („Informationsfunktion“) und
- sie soll dem Verwaltungsgericht eine Nachprüfung der behördlichen Erwägungen ermöglichen („Kontrollfunktion“)<sup>43</sup>.

Die von der Behörde getroffene Begründung muss diese Zwecke erfüllen, insbesondere muss sie erkennen lassen, dass sich die Behörde um eine besondere, einzelfallbezogene Begründung bemüht hat. Dabei reicht es nicht aus, lediglich den Gesetzestext zu wiederholen (*etwa: „es liegt im öffentlichen Interesse, dass ...“*). Vielmehr muss die Behörde konkret darlegen, warum gerade im zu entscheidenden Fall die jeweilige Vollziehungsanordnung sofort erforderlich ist. Grundsätzlich unzulänglich sind bei der Begründung stereotype, formelhafte und daher nichtssagende Formulierungen<sup>44</sup>. Zwar reichen die für den Erlass des Verwaltungsaktes angeführten Gründe grundsätzlich nicht aus, das „besondere“ Vollzugsinteresse zu begründen, doch ist andererseits überwiegend in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass **nicht in allen Fällen** ein über den Zweck des Grundverwaltungsaktes hinausgehendes zusätzliches Vollzugsinteresse erforderlich ist<sup>45</sup>. Dann soll die Behörde auf die Begründung des zu vollziehenden Verwaltungsaktes Bezug nehmen oder diese Erwägungen wiederholen dürfen (*so beispielsweise bei einer Entscheidung im Falle der Untersagung der Ausübung der Heilkunde*)<sup>46</sup>. Hierbei kann es sich allerdings nur um **Ausnahmefälle** bei Verwaltungsakten zur Gefahrenabwehr handeln, in denen der Gesetzgeber besonders enge Eingriffsvoraussetzungen festgelegt hat. In solchen Fällen sind dann bereits diejenige Gründe, die zum Erlass des Verwaltungsaktes geführt haben, bereits selbst so dringend, dass weitere (*zusätzliche*) Gründe für die Anordnung der sofortigen Vollziehung gar nicht mehr vorgetragen werden können<sup>47</sup>. Das besondere Vollzugsinteresse kann

38 Wird die sofortige Vollziehung nachträglich angeordnet, so kann sie natürlich nur Wirkungen für die Zukunft entfalten – sog. „ex-nunc-Wirkung“.

39 Vgl. OVG Berlin NVwZ 1993, 198; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 174 (175).

40 Siehe hierzu ebenfalls OVG Berlin NVwZ 1993, 198.

41 Solche Fälle kommen sowohl in der Praxis als auch in der Ausbildung äußerst selten vor.

42 Vgl. grundlegend dazu BVerfG NVwZ 1996, 58 (59).

43 Vgl. Pietzner/Ronellenfitsch (Fn. 2), § 55, Rdn. 39 sowie die Ausführungen bei Schmidt (Fn. 2), Rdn. 968.

44 Zur Vertiefung: Terwiesche, Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO und seine Rechtsfolgen, NWVB 1996, 461 ff. sowie Brihl, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, JuS 1995, 627 (630) m.w.N.

45 Siehe Überblick und kritische Stellungnahme zu dieser Auffassung bei Terwiesche (Fn. 44), 461 (463) m.w.N. Ausführlich zur Begründungspflicht und den möglichen Ausnahmefällen OVG Schleswig, NVwZ 1992, 688 (689).

46 Vgl. die Entscheidung des OVG Schleswig, NVwZ RR 1996, 148 (149).

47 Vgl. Pietzner/Ronellenfitsch (Fn. 2), § 55, Rdn. 38 mit Beispielen aus der Rechtsprechung; Büchner/Schlotterbeck, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., 2001 Rdn. 563.



deshalb unter Umständen mit dem allgemeinen Vollzugsinteresse einer Vorschrift zusammenfallen, wenn daraus bereits die besondere Dringlichkeit hervorgeht und die von der Behörde getroffene Interessenabwägung klar erkennbar ist<sup>48</sup>. In solchen Fällen soll es nach dieser Ansicht dann genügen, wenn die Behörde in der Begründung ihrer Vollziehungsanordnung darauf in deutlicher Form hinweist<sup>49</sup>.

Als Begründung genügt z. B. **nicht**:

- Verwendung stereotyper, formelhafter und daher nichtssagender Wendungen,
- Wiedergabe des Gesetzeswortlauts,
- Wiederholung der den Erlass des Verwaltungsakts selbst rechtfertigenden Gründe, es sei denn, die Gründe sind (ausnahmsweise) identisch,
- der Hinweis auf die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Verfügung<sup>50</sup>.

Fehlt die Begründung zur Anordnung der sofortigen Vollziehung oder ist die Begründung gemessen an § 80 III 1 VwGO formell fehlerhaft erfolgt, so sind die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen umstritten. Zunächst wird man in einem solchen Fall (mangels „Offenkundigkeit“ des Fehlers i.S.d. § 44 I VwVfG M-V) eine Nichtigkeit der Vollziehungsanordnung ausschließen und damit von einer „schlichten Rechtswidrigkeit“ ausgehen müssen<sup>51</sup>. Darauf aufbauend wird teilweise in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten, ein Fehlen der Begründung könne in analoger Anwendung des § 45 I Nr. 2 VwVfG M-V durch Nachholung geheilt und eine unzulängliche Begründung durch ein „Nachschieben von Gründen“ nachgebessert werden<sup>52</sup>.

Die Gegenansicht und wohl herrschende Meinung verneint eine solche Heilungsmöglichkeit. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Zweck des Begründungserfordernisses nach § 80 III 1 VwGO gerade darin bestehen müsse, dass die Behörde vor Erlass der Vollziehungsanordnung die erforderliche Interessenabwägung vornimmt. Dieser Zweck könne nach einer bereits erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung und erst recht im gerichtlichen Verfahren nicht mehr erreicht werden<sup>53</sup>. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Fraglich ist nur, wie das Verwaltungsgericht in diesem Fall entscheiden wird.

Nach einer Ansicht führt ein Verstoß gegen die Begründungspflicht zur vollumfänglichen **Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung** nach § 80 V 1, 2. Alt. VwGO durch Beschluss des Verwaltungsgerichts. Diese Auffassung wird damit begründet, dass die bloße Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung im Gesetz nicht geregelt werde, so dass auch bei diesem formellen Mangel bereits die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen sei<sup>54</sup>. Nach der wohl überwiegenderen und auch hier vertretenen Gegenansicht ist in einem solchen Fall die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom Verwaltungsgericht lediglich **aufzuheben**, mit der Folge, dass die Behörde dann eine neue und formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung treffen kann<sup>55</sup>. Zur Begründung für diese Ansicht lässt sich anführen, dass eine bloße Aufhebung der Vollziehungsanordnung am Besten geeignet erscheint, dem Sinn und Zweck des § 80 III VwGO gerecht zu werden, wengleich diese Entscheidung gegenüber dem gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ein „minus“ darstellt. Würde nämlich allein wegen des formellen Begründungsmangels sogleich die aufschiebende Wirkung vollumfänglich wiederhergestellt, so wäre die Behörde wegen der Bindungswirkung des gerichtlichen Beschlusses daran gehindert, eine neue und formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung zu treffen.

Ist aber die Anordnung der sofortigen Vollziehung **auch materiell fehlerhaft**, so ist in diesem Fall vom Verwaltungsgericht die auf-

schiebende Wirkung wiederherzustellen. Insoweit muss das Verwaltungsgericht in den Fällen, in denen es einen (*formellen*) Verstoß gegen das Begründungserfordernis nach § 80 III 1 VwGO feststellt, weiterhin auch die materiellen Gesichtspunkte prüfen und in seinem Beschluss ausführen, ob der angefochtene Verwaltungsakt „offensichtlich rechtswidrig“ ist, oder nicht. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung **auch** materiell rechtswidrig ist, so wird das Gericht im Tenor seiner Entscheidung die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Diese gerichtliche Entscheidung entfaltet dann Bindungswirkung; d. h., die sofortige Vollziehung kann dann auch bei Änderung der Sach- und Rechtslage von der Behörde **nicht** erneut angeordnet werden<sup>56</sup>. Dies erscheint auch erforderlich zum Schutz des Bürgers, denn ansonsten könnte die Behörde nach erneuter (*und nun formell ordnungsgemäßer*) Anordnung der sofortigen Vollziehung den angefochtenen und offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakt erneut vollziehen<sup>57</sup>.

**Klausurtyp:** Gelangt man in einer Fallbearbeitung bei der formellen Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht nach § 80 III 1 VwGO ordnungsgemäß ist, so sollte unbedingt bei der Klausurbearbeitung anschließend trotzdem **noch** eine materielle Prüfung (Interessenabwägung) erfolgen<sup>58</sup>!

## 2.2 Materielle Prüfung (Interessenabwägung)

Wie aus dem Obersatz zur Begründetheit ersichtlich ist, muss das Verwaltungsgericht im Verfahren nach § 80 V VwGO eine „Güterabwägung“ vornehmen zwischen den Rechtsschutzinteressen des Antragstellers (*Suspendierungsinteresse*) auf der einen Seite und den öffentlichen Interessen am Vollzug des Verwaltungsaktes (*Vollzugsinteresse*) auf der anderen Seite.

48 Vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 86.

49 Vgl. SächsOVG DVBl. 1998, 107 f.; OVG NW NWVBl. 1994, 424 (425); OVG Berlin NVwZ 1993, 198; *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80 Rdn. 86. Vgl. auch *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 55, Rdn. 38, die in einem solchen Fall eine gesonderte Begründung als eine unnötige und entbehrliche Wiederholung betrachten.

50 Im Übrigen wäre in einem solchen Fall die Behörde „Richter in eigener Sache“, wenn sie sich des Kriteriums der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bei der Begründung ihrer Anordnung der sofortigen Vollziehung bedienen würde, denn sie wird von ihrem Standpunkt stets ihre Verfügung für rechtmäßig und deshalb die dagegen eingelegten Rechtsbehelfe für erfolglos halten; andernfalls dürfte sie den Verwaltungsakt überhaupt nicht erlassen; vgl. auch bei *Terwiesche* (Fn. 44), 461 (462) m.w.N.

51 So auch die wohl überwiegende Auffassung in Lit. und Rechtsprechung; vgl. etwa bei *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 87; *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 55, Rdn. 40; *Zacharias*, Ausgewählte Grundfragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess, JA 2002, 345 (348).

52 Zur Begründung für diese Ansicht wird vorgetragen, die Verneinung einer solchen Heilungsmöglichkeit würde in der Praxis aufgrund prozessökonomischer Überlegungen einen nicht gerechtfertigten Formalismus darstellen, zumal der angefochtene Verwaltungsakt jederzeit mit einer neuen und fehlerfreien Vollziehungsanordnung verbunden werden könne; vgl. OVG Greifswald, NVwZ-RR 1999, 409 sowie Hess VGH, DÖV 1985, 75 (76); dem zustimmend nunmehr auch *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 55, Rdn. 40.

53 VGH München, BayVBl 1999, 466; *Kopp/Schenke* (Fn. 7), § 80, Rdn. 87; *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 971; *Weidemann/Barthel*, Die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung, DVP 2003, 165 (167); *Zacharias* (Fn. 51), 345 (349).

54 Vgl. etwa OVG Magdeburg DÖV 1994, 325; ausführlich zum Meinungsstand siehe *Terwiesche* (Fn. 44), (465).

55 So auch *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 58, Rdn. 16; *Proppe* (Fn. 1), 332 (334). Vgl. auch OVG Hamburg, NJW 1978, 2167 sowie VGH Mannheim, VBIBW 1996, 297 (298).

56 Vgl. nur VGH Mannheim (Leitsatz), NVwZ 1987, 426 sowie bei *Pietzner/Ronellenfisch* (Fn. 2), § 58, Rdn. 17.

57 Zur Begründung siehe nur OVG Münster, NWVBl 1994, 424 (426) sowie *Brühl* (Fn. 44), 722 (725) m.w.N.

58 So auch bei *Schmidt* (Fn. 2), Rdn. 970 sowie *Proppe* (Fn. 1), 334 f.

Bei dieser Interessenabwägung ist in erster Linie auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache abzustellen, also auf den eingeleiteten Anfechtungswiderspruch oder die Anfechtungsklage.

Im Verfahren nach § 80 V VwGO nimmt das Verwaltungsgericht bei seiner Interessenabwägung nur eine „**summarische**“ Prüfung der Sach- und Rechtslage vor, d. h., die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache werden nach dem glaubwürdigen Vortrag der Parteien und den gegenwärtig zur Verfügung stehenden Beweismitteln beurteilt. Die Sachverhaltsermittlung erfolgt also nicht so umfangreich wie im Hauptsacheverfahren. Das liegt daran, dass ein Antrag nach § 80 V VwGO im „**Eilverfahren**“ zu entscheiden ist und wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit schwierige Rechts- und Tatsachenfragen nicht immer vollständig und abschließend erörtert werden können (*das ist etwa der Fall, wenn ein rechtserhebliches Gutachten noch zu erbringen ist*).

**Klausurtyp:** Dieser Gesichtspunkt, dass „nur“ eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten stattfindet, darf aber nicht dazu führen, sich auf eine nachlässige Rechtsanwendung zu beschränken. Soweit der ermittelte Sachverhalt es zulässt, ist (insbesondere in Prüfungsklausuren) eine exakte rechtliche Prüfung vorzunehmen. Bloße Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit reichen hier also keinesfalls aus.

Im Hinblick auf die konkreten Abwägungskriterien wird überwiegend differenziert zwischen den Fällen nach § 80 II 1 Nr. 1-3 und § 80 II 2 (sofortige Vollziehbarkeit beruht unmittelbar auf Gesetz) und den Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO (sofortige Vollziehbarkeit auf Grund behördlicher Anordnung).

#### a) Fälle des § 80 II 1 Nr. 1-3 und § 80 II 2 VwGO

Im Fall des § 80 II 1 Nr. 1 (öffentliche Abgaben und Kosten) wird bei der anzustellenden Interessenabwägung allgemein auf den Rechtsgedanken des § 80 IV 3 VwGO zurückgegriffen.

§ 80 IV 3 VwGO bezieht sich zwar ausdrücklich auf einen Aussetzungsantrag, der bei der Behörde zu stellen ist, doch ist dieser Grundsatz nach allgemeiner Auffassung auch für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 80 V VwGO maßgebend<sup>59</sup>.

Bestehen danach „**ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes**“, so „soll“ die Aussetzung der sofortigen Vollziehung erfolgen. „Ernstliche Zweifel“ an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sind dann zu bejahen, wenn der Erfolg des Rechtsbehelfs in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als der Misserfolg<sup>60</sup>.

Es muss also eine inzidente Prüfung der (formellen und materiellen) Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes erfolgen.

Ergeben sich nach inzidenter Prüfung also ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, so überwiegt das Suspendierungsinteresse des Bürgers und das Verwaltungsgericht wird die aufschiebende Wirkung anordnen. Der Antrag nach § 80 V 1, 1. Alt. VwGO ist in diesen Fällen also **begründet**.

Im umgekehrten Fall (wenn also an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes **keine Bedenken bestehen**) überwiegt das Vollzugsinteresse der Behörde und der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist **unbegründet**.

In **Zweifelsfällen**, wenn also (ausnahmsweise einmal!) keine klare Aussage über die Erfolgsaussichten der Hauptsache getroffen werden kann (sog. „*non liquet*“), überwiegt das Vollzugsinteresse der Behörde, denn hier ist nach der gesetzlichen Wertung von einem Vorrang des Vollzugsinteresses auszugehen (d.h. sofortige Vollziehung ist hier der „Regelfall“, aufschiebende Wirkung die „Ausnahme“). Der Antrag ist in diesen Fällen ebenfalls **unbegründet**<sup>61</sup>.

Für die Fälle von § 80 II 1 Nr. 2 und Nr. 3 und § 80 II 2 VwGO wird überwiegend ebenfalls auf den Rechtsgedanken des § 80 IV 3 VwGO abgestellt, also auch danach gefragt, ob „ernstliche Zweifel“ an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen<sup>62</sup>. Zur Begründung wird angeführt, dass den Fällen in § 80 II 1 Nr. 1-3 und § 80 II 2 VwGO gemeinsam ein vorrangiges Vollzugsinteresse zu entnehmen ist. Insofern sollen auch die Entscheidungskriterien identisch sein.

#### b) Fälle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO

Als Abwägungskriterien für die Fälle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO gibt das Gesetz nur vage Richtlinien vor, indem es die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom „öffentlichen Interesse“ oder vom „überwiegenden Interesse eines Beteiligten“ abhängig macht oder in § 80 III VwGO vom „besonderen Interesse der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes“ spricht. Bei der Frage, ob ein „besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes“ besteht, wird überwiegend einheitlich in Rechtsprechung und Literatur darauf abgestellt, ob der Verwaltungsakt „**offensichtlich rechtmäßig**“ ist oder nicht.

Für die Feststellung, ob ein Verwaltungsakt „offensichtlich rechtmäßig“ ist, wird ebenfalls eine formelle und materielle Rechtmäßigkeitsprüfung erforderlich sein. Ergibt sich, dass der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, besteht kein Vollzugsinteresse, denn es kann kein Interesse geben, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu vollziehen<sup>63</sup>. In diesen Fällen überwiegt das Suspendierungsinteresse des Antragstellers und der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet.

Umgekehrt ist der Antrag dann zurückzuweisen, wenn der Verwaltungsakt nach der summarischen Prüfung offensichtlich rechtmäßig ist, denn der Bürger kann nicht durch Einlegen von Rechtsbehelfen und das Ausschöpfen des Instanzenweges in die Lage versetzt werden, Zeit zu gewinnen<sup>64</sup>. Das besondere Vollzugsinteresse ergibt sich dann aus der offensichtlichen Rechtmäßigkeit des zu Grunde liegenden Verwaltungsaktes<sup>65</sup>.

Nach einer Gegenmeinung bedarf es in diesen Fällen einer **zusätzlichen** Feststellung des besonderen Vollzugsinteresses, also einer zusätzlichen umfangreichen Interessenabwägung<sup>66</sup>.

Falls sich in **Zweifelsfällen** nach der summarischen Prüfung ergibt, dass der Verwaltungsakt weder offensichtlich rechtmäßig noch offensichtlich rechtswidrig ist, so muss eine ins Einzelne gehende Interessenabwägung erfolgen.

Dabei müssen sorgfältig alle für und gegen die sofortige Vollziehung sprechenden öffentlichen und privaten Belange nach Gewicht und Dringlichkeit gegeneinander abgewogen werden; insbesondere sind dabei die wirtschaftlichen Auswirkungen einer sofortigen Vollziehung für den betroffenen Bürger zu berücksichtigen<sup>67</sup>.

## IV. Die gerichtliche Entscheidung

Das Verwaltungsgericht entscheidet im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nach § 80 V VwGO durch **Beschluss**.

Folgende Entscheidungen sind möglich:

### 1. Tenor bei erfolglosem Antrag

- Beim gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (Fälle des § 80 II 1 Nr. 1-3 und § 80 II 2 VwGO) „Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung wird zurückgewiesen“.
- Bei behördlicher Vollziehungsanordnung (Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO) „Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird zurückgewiesen“.

Wird ein Antrag nach § 80 V VwGO zurückgewiesen, so ist das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 146 VwGO statthaft.

59 Vgl. OVG Frankfurt NVwZ 1997, 202 (204); *Brühl* (Fn. 44), 722 (724).

60 Vgl. OVG Koblenz NJW-RR 1992, 1426.

61 Vgl. OVG Münster NWVB1 1993, 108.

62 Vgl. VGH Mannheim VBIBW 1992, 309; OVG Frankfurt, NVwZ 1997, 202 (204).

63 Vgl. grundlegend dazu: BVerwG NVwZ 1995, 590 (595).

64 Vgl. BVerwG Bay VB1 1982, 276.

65 Vgl. BVerwG NVwZ 1995, 595; *Brühl* (Fn. 44), 722 (724) m. w. N.

66 Insbesondere etwa die Erörterung der Dringlichkeit bei Gefahrenabwehrmaßnahmen. Siehe auch OVG Schweiz NVwZ 1992, 687.

67 Vgl. BVerwG DVBl 1974, 566; OVG Lüneburg NVwZ 1992, 687 (688).

## 2. Tenor bei erfolgreichem Antrag

- Beim gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung (Fälle des § 80 II 1 Nr. 1-3 und § 80 II 2 VwGO) „Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (bzw. der Anfechtungsklage) des Antragstellers vom ... gegen ... wird angeordnet“.
- Bei behördlicher Vollziehungsanordnung (Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO)

„Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (bzw. der Anfechtungsklage) des Antragstellers vom ... gegen ... wird wiederhergestellt“.

3. Bei bloßer formeller Fehlerhaftigkeit (unzureichender Begründung der behördlichen Vollziehungsanordnung im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO) „Die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Ziffer 2 des Bescheides des ... vom ... wird aufgehoben. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.“

### Prüfungsschema: Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO

#### I. Zulässigkeit des Antrags

1. **Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges** (in Bezug auf die Hauptsachestreitigkeit)
  - 1.1 Keine auf- oder abdrängende **Spezialzuweisung** (z.B. aufdrängende Spezialzuweisung in § 54 I BeamStG)
  - 1.2 „**Generalklausel**“ (§ 40 I VwVG)
    - Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
    - Nichtverfassungsrechtlicher Art
2. **Statthaftigkeit** des Antrags nach § 80 V VwGO (Abgrenzung nach § 123 V VwGO)
  - Begehren des Antragstellers: Suspendierung eines belastenden VA und
  - Anfechtungsklage als richtige Klageart (bzw. Anfechtungswiderspruch) in der Hauptsache
3. **Antragsbefugnis** (§ 42 II VwGO analog) wenn Klagebefugnis (bzw. Widerspruchsbefugnis) in der Hauptsache
  - Adressatentheorie
  - Möglichkeitstheorie (insbes. bei Drittanfechtung)
4. **Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**
  - 4.1 Rechtsbehelf (Anfechtungsklage bzw. Anfechtungswiderspruch) **nicht offensichtlich unzulässig** (etwa wenn Widerspruch verfristet)
  - 4.2 Rechtsbehelf hat **keine aufschiebende Wirkung** (vgl. die Fälle in § 80 II VwGO)
  - 4.3 **vorheriger** (erfolglos gestellter) **Aussetzungsantrag** an die Behörde nach § 80 IV VwGO (aber nur in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO – bei öffentl. Abgaben / Kosten)
5. **Ordnungsgemäße Antragstellung**
  - 5.1 **Form und Inhalt** gem. §§ 81, 82 VwGO analog
  - 5.2 Grundsätzlich **keine Frist** (beachte aber spezialgesetzlich geregelte Ausnahmen, z. B. in § 36 III 1 AsylVfG)
6. **Richtiger Antragsgegner** (nach § 78 I Nr. 2 VwGO analog i.V.m. § 14 II AGGStrG M-V) ist die **Ausgangsbehörde**, d.h. in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO diejenige Behörde, die die sofortige Vollziehung angeordnet hat (oder die **Widerspruchsbehörde**, wenn diese die sofortige Vollziehung angeordnet hat)
7. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, ordnungsgemäße Vertretung** (§§ 61, 62, 67 VwGO)

#### II. Begründetheit des Antrags

- (*Übersatz:*) „Der Antrag nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung (bzw. Anordnung) der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (bzw. der Anfechtungskläger) ist begründet, wenn ... (im Falle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ... die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist oder ...) eine Interessenabwägung ergibt, dass das Suspendierungsinteresse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt“.
1. **Formelle Prüfung: Nur** im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO  
Ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung (AsV) prüfen
    - 1.1 Zuständigkeit der Behörde für die AsV (gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Ausgangs- bzw. die WS-Behörde)
    - 1.2 Verfahren: (keine besondere Anhörung nach § 28 I VwVfG M-V erforderlich)
    - 1.3 Form: Schriftliche Begründung des besonderen Vollzugsinteresses (§ 80 III 1 VwGO; Ausnahme: § 80 III 2 VwGO)  
**Klausurhinweis:** Bei Verstoß gegen § 80 III 1 VwGO muss weiterhin die AsV auch materiell überprüft werden!
  2. **Materielle Prüfung**  
**Interessenabwägung** zwischen Suspendierungsinteresse und Vollzugsinteresse  
– richtet sich in erster Linie nach den **Erfolgsaussichten in der Hauptsache**
    - 2.1 **In den Fällen von § 80 II 1 Nr. 1–3 und § 80 II 2 VwGO** abstellen auf Rechtsgedanken des § 80 IV 3 VwGO
      - 2.1.1 Antrag **begründet**, wenn „ernstliche Zweifel“ an der **Rechtmäßigkeit** des angegriffenen VA bestehen
      - 2.1.2 Antrag **unbegründet**, wenn nach summarischer Prüfung der VA rechtmäßig ist
      - 2.1.3 In Zweifelsfällen („non liquet“) Vorrang des Vollzugsinteresses, d.h. Antrag **unbegründet**
    - 2.2 **In den Fällen von § 80 II 1 Nr. 4 VwGO** prüfen, ob der VA „**offensichtlich rechtmäßig**“ / rechtswidrig ist
      - 2.2.1 Antrag **begründet**, wenn der VA offensichtlich rechtswidrig ist
      - 2.2.2 Antrag **unbegründet**, wenn VA offensichtlich rechtmäßig ist  
(str., ob zusätzliche Feststellung des besonderen Vollzugsinteresses erforderlich)
      - 2.2.3 In Zweifelsfällen („non liquet“) umfangreiche Interessenabwägung erforderlich

## Der Bericht aus Berlin – Gesetzgebung des Bundes 2009 – Teil 3

In den letzten Monaten haben Bundestag und Bundesrat etliche Gesetze verabschiedet, wie die über 1700 im Berichtszeitraum<sup>1</sup> veröffentlichten Seiten im Bundesgesetzblatt belegen. Darunter befinden sich mehrere wichtige Gesetze aus dem Bereich des besonderen Verwaltungsrechts, aber vor allem auch mehrere Änderungen des Grundgesetzes. Die wichtigste Verfassungsänderung, die Ergebnisse der sogenannten Föderalismusreform II mit der neuen Regelung der „Schuldenbremse“, wird die DVP in einem der nächsten Hefte vertieft darstellen.<sup>2</sup>

Diese besondere Aktivität vor allem des Bundestages vor den Bundestagswahlen hat ihren Grund: Nach dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität gelten alle dem Bundestag unterbreiteten Vorlagen mit dem Ende der Wahlperiode als erledigt, vgl. § 125 GO Bundestag. Er entspringt der parlamentarischen Tradition und kann als Verfassungsgewohnheitsrecht angesehen werden.<sup>3</sup> Das bedeutet insbesondere, dass alle Gesetzentwürfe, die der Bundestag noch nicht abschließend beraten hat, hinfällig werden und neu eingebracht werden müssten. Wegen dieser Aussicht entsteht in den letzten Monaten einer Legislaturperiode regelmäßig zeitlicher und auch politischer Druck, Gesetzesvorhaben abzuschließen.

Allerdings gilt dies nur für Entwürfe, die schon im Bundestag „liegen“: Angelegenheiten, die den Bundestag am Ende der Wahlperiode noch nicht erreicht haben, unterfallen nach überwiegender Auffassung nicht der sachlichen Diskontinuität.<sup>4</sup> Konkret können also Gesetzesvorhaben der Bundesregierung, die vor dem Ende der Wahlperiode zwar noch das Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 GG – also den sog. ersten Durchgang im Bundesrat – durchlaufen haben, beim Bundestag jedoch nicht mehr eingebracht worden sind, weiter verfolgt werden.

### Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Art. 45d GG

Aufgrund einer Initiative der Regierungsfractionen und der FDP haben Bundestag und Bundesrat ausdrücklich ein Untergremium des Bundestages neu in das Grundgesetz aufgenommen. Systematisch folgerichtig wird dazu ein neuer Art. 45d ins Grundgesetz eingefügt (BGBl. I 1977), denn in den Artikeln 44, 45, 45a und 45c GG sind bereits fünf andere Ausschüsse des Bundestages verfassungsrechtlich verankert. Art. 45d GG bestimmt schlicht, dass der Bundestag ein Gremium zur Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes einrichtet und das Nähere ein Bundesgesetz regelt. Damit wird das schon bisher existierende Parlamentarische Kontrollgremium verfassungsrechtlich normiert.

Das Ausführungsgesetz vom 29. Juli 2009 ist ebenfalls bereits verkündet, BGBl. I 2346. Der Sache nach geht es um die Kontrolle der drei Bundesdienste: Bundesamt für Verfassungsschutz, Bundesnachrichtendienst sowie Militärischer Abschirmdienst. Das Ausführungsgesetz normiert neben Aufgaben, Zusammensetzung und Rechten des Gremiums auch Pflichten der Bundesregierung und Verschwiegenheitspflichten der Abgeordneten. Bemerkenswert ist die Einführung einer neuen Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, das über Streitigkeiten zwischen dem Parlamentarischen Kontrollgremium und der Bundesregierung entscheidet, § 14 PKGrG.

### Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Art. 87d GG

Mit dieser Änderung des Grundgesetzes, BGBl. I 2247, sollen die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine europarechtskonforme Ausgestaltung der Luftverkehrsverwaltung einschließlich der deutschen Beteiligung an der Herstellung eines einheitlichen europäischen Luftraums geschaffen werden.

Die Luftverkehrsverwaltung war nach bisheriger Verfassungsrechtslage in bundeseigener Verwaltung zu führen, wobei über die öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisationsform durch Bundesgesetz entschieden wurde (Art. 87d Abs. 1 GG a. F.). Der Bundespräsident fertigte das vom Bundestag am 7. April 2006 beschlossene Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung nicht aus. Daraus folgte, dass die Verwaltungsaufgaben zwingend entweder durch Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung oder durch ebenfalls der bundeseigenen Verwaltung zuzurechnende organisationsprivatisierte Einrichtungen (DFS Deutsche Flugsicherung GmbH) ausgeführt werden müssen. Die Verfassungsänderung ordnet die Luftverkehrsverwaltung nunmehr allgemein der Bundesverwaltung zu. Sie bleibt damit Hoheitsaufgabe.

Die bisher umfassend hoheitliche Luftverkehrsverwaltung wird für abweichende Vorgaben des EG-Rechts geöffnet, wie sie sich insbesondere im Bereich der Flugsicherung aus dem System der mehreren EG-Verordnungen zum einheitlichen europäischen Luftraum ergeben. Darüber hinaus wird die Möglichkeit zur Wahrnehmung von Aufgaben der Flugsicherung durch nach EG-Recht zugelassene ausländische Flugsicherungsorganisationen in Deutschland eröffnet, was insbesondere in Grenzregionen relevant werden dürfte.

Das „Gesetz zur Änderung luftverkehrsrechtlicher Vorschriften“ setzt Art. 87d Abs. 1 S. 3 GG n. F. um und gestaltet die Luftverkehrsverwaltung anhand der Vorgaben des EG-Rechts und der Tätigkeit ausländischer Flugsicherungsorganisationen näher aus, BGBl. I 2942.

### Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis

Ausgangspunkt ist die Föderalismusreform I, die seit dem 1. September 2006 die Gesetzgebungskompetenz für das Ausweiswesen vollständig auf den Bund übertrug, Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG. Wesentlicher Inhalt des Gesetzes (BGBl. I 1346) ist die Einführung eines elektronischen Personalausweises im Scheckkartenformat ab dem 1. November 2010. Im neuen Personalausweis wird ein Chip integriert, der es dem Inhaber ermöglicht, sich künftig im Internet sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber der Verwaltung zu iden-

\* Regierungsdirektor Dr. Wolfgang Mosbacher ist Pers. Referent im Bundesministerium des Innern, Berlin

1 Die Bundesgesetzblätter Nr. 30 bis Nr. 57 aus dem Jahr 2009.

2 Die kommende Darstellung wird sich auch dem Begleitgesetz zur Föderalismusreform II widmen, BGBl. I 2702.

3 Magiera, in: Sachs, GG, 2003, Art. 39 Rnr. 16.

4 Hömig, in: Seifert/ders., GG, 2007, Art. 39 Rnr. 3.; Pieroth, in: Jarass/ders., GG, 2007, Art. 39 Rnr. 4.; Maunz/Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 39 Rnr. 58.

tifizieren. Damit können Prozesse wie Log-in, Adressverifikation und Altersnachweis schneller realisiert werden, und es wird ein besserer Schutz vor Identitätsdiebstahl eingeführt. Das Gesetz enthält Regelungen zum Schutz persönlicher Daten: Nur berechnigte Anbieter von Dienstleistungen dürfen die Daten des Ausweises abfragen. Der Ausweisinhaber selbst behält die volle Kontrolle darüber, welche seiner persönlichen Daten an den Anbieter übermittelt werden. Das anbietende Unternehmen muss über ein Berechtigungszertifikat verfügen, das nur dann verliehen wird, wenn seine Verarbeitungsprozesse datenschutzrechtlich unbedenklich sind.<sup>5</sup> Aufgrund seines Sicherheitskonzeptes hilft der elektronische Personalausweis, Internetkriminalität zu bekämpfen. Dabei wird der Datenschutz gewahrt und spezielle Vorkehrungen getroffen.<sup>6</sup> Ab Oktober 2009 erproben mehrere Unternehmen und öffentliche Behörden in einem Anwendungstest die elektronische Identitätsnachweisfunktion des neuen Ausweises für ihre Online-Dienstleistungen.<sup>7</sup>

Praktisch wird dazu ein Kartenlesegerät am Computer erforderlich sein und eine PIN, mit der die Daten auf dem Chip gesichert sind. Außerdem wird auf dem neuen Ausweis auf Wunsch die qualifizierte elektronische Signatur aktiviert, welche die eigenständige Unterschrift im elektronischen Rechtsverkehr rechtssicher ersetzt.

Ebenfalls freiwillig kann der Inhaber zwei Fingerabdrücke auf dem Chip speichern lassen; damit werden die Ausweise noch fälschungssicherer, § 5 Abs. 9 Personalausweisgesetz. Die Fingerabdrücke können ausschließlich von berechtigten Stellen ausgelesen werden.

Zudem führt das Gesetz sowohl in Personalausweisen als auch in Reisepässen das zwischenzeitlich abgeschaffte Feld „Künstler- und Ordensname“ wieder ein. Diese Namen sind für die betroffenen Personen identitätsstiftend und sind daher zu Recht wieder aufgenommen worden.

Der neue elektronische Personalausweis besitzt eine Gültigkeit von 10 Jahren. Bürger können bereits vor Ablauf ihres bisherigen Personalausweises den elektronischen ab dem 1. November 2010 beantragen, gerade wenn sie die neue Funktion der Identifizierung im Internet nutzen wollen.

### Gesetz zur Anordnung des Zensus 2011

Die letzte Volkszählung in der Bundesrepublik führten die öffentlichen Stellen 1987 durch, während in der DDR zuletzt 1981 gezählt wurde. Dadurch weisen die darauf aufbauenden und fortgeschriebenen statistischen Daten im vereinten Deutschland möglicherweise Ungenauigkeiten auf. Nunmehr schreibt die EG-Zensusverordnung für das Jahr 2011 eine gemeinschaftsweite Volks- und Wohnungszählung vor.<sup>8</sup> Der Konkretisierung dieser Brüsseler Vorgaben dient das Zensusgesetz, BGBl. I 1781. Erstmals werden bei der nun bevorstehenden Zählung nicht mehr alle Bürger befragt, sondern nur stichprobenweise maximal 10 % der Bevölkerung. Die Daten sollen im wesentlichen im Wege der Auswertung der Melderegister und anderer Verwaltungsregister erhoben werden. Durch dieses Verfahren, das als registergestützter Zensus bezeichnet wird, sind der Aufwand für die Bevölkerung und die Kosten insgesamt deutlich geringer als bei einer Vollzählung. Der Gesetzgeber kommt damit einer Forderung des Bundesverfassungsgerichtes nach, das in seinem Volkszählungsurteil von 1983 gefordert hatte, dass sich die Legislative vor einer künftigen Totalerhebung wie einer Volkszählung mit dem jeweiligen Stand der statistischen Methodendiskussion auseinandersetzt.<sup>9</sup>

Das Zensusgesetz vom 8. Juli 2009 ordnet die Zählung mit dem Stichtag 9. Mai 2011 an, regelt die Erhebungsmerkmale wie etwa Wohnungsstatus, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Monat und Jahr der Geburt, Familienstand, Zahl der Personen im Haushalt, ausgeübter Beruf, höchster Bildungsabschluss und Religionszugehörigkeit, § 7 Abs. 4 ZensG. Das letztgenannte Merkmal wird damit anknüp-

fend an die letzten Volkszählungen in der Bundesrepublik erhoben, während die DDR dies ab 1970 aus ideologischen, anti-religiösen Gründen nicht mehr tat.<sup>10</sup>

Zur organisatorischen Vorbereitung des registergestützten Zensus wird zur Zeit auf Grundlage des Zensusvorbereitungsgesetzes vom 8. Dezember 2007 ein Register aller Anschriften von Gebäuden mit Wohnraum aufgebaut. Dieses Register ist erforderlich, um die ebenfalls 2011 vorgesehene Gebäude- und Wohnungszählung sowie die Haushaltstichprobe durchführen zu können.

Schließlich enthält das Gesetz Regelungen zum Datenschutz und zum Löschen der erhobenen Daten. Bemerkenswert ist die Aufnahme der Öffentlichkeitsarbeit in das Gesetz, was das Streben des Gesetzgebers nach Transparenz verdeutlicht, § 21 ZensG: Unter [www.zensus2011.de](http://www.zensus2011.de) sind nähere Informationen zu erhalten.

### 5. und 6. Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes (StVG)

Mit der 5. Änderung des StVG (BGBl. I 2021) sollen die Ermächtigungsgrundlagen geschaffen werden, um Ausführungsvorschriften in der Fahrerlaubnis-Verordnung für die Aufnahme einer speziellen Fahrberechtigung für Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehren, der nach Landesrecht anerkannten Rettungsdienste und den technischen Hilfsdiensten sowie des Katastrophenschutzes schaffen zu können, die das Führen von Einsatzfahrzeugen bis zu einer zulässigen Gesamtmasse von 7,5 t auf Grundlage einer spezifischen Ausbildung und Prüfung ermöglichen. Darüber hinaus besteht die Option, die Ausbildung für Fahrzeuge bis 4,75 Tonnen innerhalb der Rettungsdienste zu absolvieren, wenn jemand schon seit zwei Jahren im Besitz einer Fahrerlaubnis der Klasse B ist. Zugespitzt soll damit ein „Feuerwehrführerschein“ eingeführt werden, der eine vereinfachte Ausbildung und Prüfung vorsieht, aber auch nur für die Aufgabenerfüllung bei den genannten Diensten genutzt werden darf.

Hintergrund dieser Regelung ist der Mangel bei den genannten Diensten an jungen Ehrenamtlichen, die über eine zum Führen der Einsatzfahrzeuge notwendige Fahrerlaubnis verfügen.

Mit dem 6. Gesetz zur Änderung der StVG (BGBl. I 2023) soll das Informationszeitalter auch bei der Fahrzeugzulassung Einzug halten – zumindest probeweise. Für Bürger und Gewerbetreibende soll damit die Option eröffnet werden, die Fahrzeugregistrierungsprozesse (An-, Ab- und Ummeldung) möglichst durchgängig online ausführen zu können. Allerdings schafft das Gesetz nur die Rechtsgrundlage für eine Experimentierklausel, mit der neue, informationstechnisch unterstützte Verfahrensweisen im Rahmen von Pilotprojekten erprobt werden können. Zur Umsetzung bedarf es noch einer Rechtsverordnung des Bundes und entsprechender Regelungen in experimentierfreudigen Ländern. Bei jährlich etwa 24 Millionen Zulassungsvorgängen besteht hier ein weites Feld, die Kfz-Zulassung für die Bürger und die Verwaltung effizienter und einfacher zu gestalten.

### 4. Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes (auch des Waffengesetzes)

Dieses Gesetz setzt zwar zunächst mehrere EG-Richtlinien in das deutsche Sprengstoffrecht um, BGBl. I 2062. Allerdings enthält Art.

5 Dazu im Einzelnen Roßnagel/Hornung, DÖV 2009, S. 301 (303f).

6 Positiv zum datenschutzrechtlichen System Roßnagel/Hornung, DÖV 2009, S. 301 (304); s. im Einzelnen zu den Vorüberlegungen Reisen, DuD 2008, S. 1.

7 Nähere Informationen dazu unter [www.cio.bund.de](http://www.cio.bund.de).

8 EG-Verordnung Nr. 763/2008 vom 9. Juli 2008 über Volks- und Wohnungszählung, EU ABI. L 218, S. 14.

9 BVerfGE 65, 1.

10 Einzelheiten zur bisherigen konfessionellen Zusammensetzung seit 1950 bei Mosbacher, Sonntagsschutz und Ladenschluss, 2007, S. 133.

3 dieses Artikelgesetzes die wichtigste Regelung, nämlich diejenige zur Änderung des Waffenrechts als Konsequenz aus dem Amoklauf von Winnenden am 11. März 2009. Waffenbesitzer müssen ab sofort den Zutritt behördlicher Kontrollen zu den Räumen dulden, in denen sie ihre Waffen und Munition aufbewahren. Somit sind nunmehr auch verdachtsunabhängige Kontrollen möglich, auf begründete Zweifel an einer ordnungsgemäßen Aufbewahrung kommt es nicht mehr an.<sup>11</sup> Handelt es sich um Wohnräume, besteht die Duldungspflicht nur zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit. Damit ist im Regelfall keine breit angelegte Hausdurchsuchung möglich, es sei denn, der Waffenbesitzer hat wiederholt gegen die Pflicht zur sicheren Aufbewahrung verstoßen. Das Bundesministerium des Innern wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates weitere Anforderungen an die Verwahrung und Sicherung von Waffen – etwa auch durch biometrische Sicherungssysteme – zu normieren.

Weiterhin setzt der Gesetzgeber die Altersgrenze für das Schießen mit großkalibrigen Waffen auf 18 Jahre hinauf. Zudem wird bis zum 31. Dezember 2012 ein nationales Waffenregister eingerichtet, in dem vor allem erlaubnispflichtige Schusswaffen sowie ihre Erwerber und Besitzer erfasst werden. Schließlich sind fahrlässige oder vorsätzliche Verstöße gegen die Pflicht zur sicheren Aufbewahrung von Waffen von nun an strafbar.

#### Änderungen des Datenschutzrechts

Zwei wichtige Änderungen des Datenschutzrechts haben Bundestag und Bundesrat in diesem Jahr beschlossen: zum einen das Gesetz, das die Arbeit sogenannter Auskunftsteien wie etwa der Schufa betrifft, zum anderen das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, das eine Reaktion auf den vermehrten illegalen Handel mit personenbezogenen Daten darstellt.

Das erstgenannte Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BGBl. I 2254, betrifft das sogenannte Scoringverfahren, das im modernen Wirtschaftsleben häufig Anwendung findet: Bestimmte Unternehmen wie etwa die Schufa berechnen z.B. die Kreditwürdigkeit einer Person aufgrund abstrakter Kriterien und gelangen am Ende zu einer bestimmten Punktzahl. Dieser Wert (engl. score) trifft eine Aussage über das Risiko, dass ein Kunde seine Schulden nicht bezahlen kann. Er bezieht neben vielen anderen Parametern in der Regel etwa die Anzahl der Kreditkarten oder der Girokonten in die Berechnung ein. Solche Verfahren sind um so wichtiger, je mehr Geschäfte ohne persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien (Unternehmer und Kunde) etwa per Internet abgeschlossen werden.<sup>12</sup>

Ziel des Gesetzes ist es, den Umgang dieser Unternehmen – auch Auskunftsteien genannt – mit personenbezogenen Daten für den Bürger transparenter zu machen. So müssen die Unternehmen offenlegen, aufgrund welcher Datenarten sie die Kreditwürdigkeit von Verbrauchern berechnen. Zudem hat der Betroffene mit Inkrafttreten des Gesetzes einen Anspruch auf eine kostenlose Auskunft pro Kalenderjahr, § 34 Abs. 8 BDSG n.F.

Das zweite Gesetz (BGBl. I 2814) ist eine Reaktion auf den vor allem seit 2008 bekannt gewordenen illegalen Handel mit personenbezogenen Daten. Die so gewonnenen Daten wurden in der Vergangenheit häufig für unerwünschte Werbung verwendet – viele kennen dieses Phänomen unerwünschter Werbepost im normalen Briefkasten oder dem persönlichen E-Mail-Postfach. Die Verwendung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung bedarf nun grundsätzlich der Einwilligung des Betroffenen. Ausnahmen etwa für berufsbezogene Werbung oder für Spendenwerbung insbesondere gemeinnütziger Institutionen runden diese Regel ab. Zudem wird ein Kopplungsverbot festgeschrieben: Damit ist es künftig verboten, den Abschluss eines Vertrages von der Einwilligung des Betroffenen in die Verwendung seiner persönlichen Daten für Zwecke der Werbung abhängig zu machen. Bei Verlust sensibler Daten wie etwa von Kreditkartendaten sind Unternehmen nunmehr verpflichtet, den Kunden schnell zu informieren, um ihn so vor Schäden zu schützen. Des Weiteren erhalten die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder mehr Eingriffsbefugnisse. Bei unzulässigen Datenverarbeitungen können sie nun Anordnungen erlassen und solche Datenverarbeitungen als ultima ratio auch untersagen; bislang konnten die Behörden lediglich ein Bußgeld verhängen, aber nicht den rechtswidrigen Zustand beseitigen. Schließlich werden zur Abschreckung die Bußgeldrahmen erweitert und eine Grundsatzregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz als Reaktion auf die Vorkommnisse bei Lidl und Deutscher Bahn aufgenommen, § 32 BDSG.<sup>13</sup>

#### Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung

Diese Neuregelung (BGBl. I 2413) präzisiert zunächst das bestehende Verbot unerlaubter Telefonwerbung. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bestimmt nun ausdrücklich in § 7 Abs. 2 S. 2, dass Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber Verbrauchern nur mit ihrer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung zulässig ist. Verstöße gegen dieses Verbot können mit Geldbußen bis zu 50 000 Euro geahndet werden. Damit Verstöße in der Praxis besser verfolgt werden können, darf der Anrufer seine Rufnummer bei einem Werbeanruf nicht mehr unterdrücken, hierzu erfolgte eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes. Ein Verstoß hiergegen kann eine Geldbuße bis zu 10 000 Euro nach sich ziehen.

Das Gesetz enthält über diese ordnungsrechtlichen Maßgaben hinaus noch Änderungen des BGB zum Schutz der Verbraucher bei Verträgen, die ihnen bei einem Telefonat oder im Internet „untergeschoben“ werden (Widerrufsrecht, Textformerfordernis für die Kündigung des alten Vertrags bei Anbieterwechsel bei Dauerschuldverhältnissen – z.B. bei Wechsel der Telefongesellschaft).

11 Soschinka/Heller, NVwZ 2009, S. 993 (994).

12 Roßnagel, NJW 2009, S. 2716.

13 Zu dieser Arbeitnehmerdatenschutzregelung im Einzelnen Maties, RdA 2009, S. 261, Roßnagel, NJW 2009, S. 2716 (2717) und Erfurth, NJW 2009, S. 2723.



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 Voraufagen 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.

# Die Auslegung von Normen

## I. Einleitung

Wenn Sie – sei es in einer Klausur, sei es in der Praxis – einen Rechtsfall lösen, müssen Sie immer auch Normen auslegen. Wer sich dabei streng an die anerkannten Auslegungsgrundsätze hält, wird zu einem überzeugenden Ergebnis kommen. Er vermeidet den in Klausuren und Hausarbeiten häufig vorkommenden Fehler, dass der Autor/die Autorin ein ihm/ihr sinnvoll erscheinendes Ergebnis mit Erwägungen begründet, die in klarem Widerspruch zum Gesetz stehen. Johann Wolfgang von Goethe, selbst studierter Jurist, spottete nicht ohne Grund: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“<sup>1</sup> Durch Auslegung soll der Sinn einer Rechtsnorm ermittelt werden. Die verschiedenen Auslegungsmethoden werden im Folgenden dargestellt. Sie schließen sich keinesfalls aus, sondern stehen im Verhältnis der wechselseitigen Ergänzung.

Im Regelfall finden Sie in der Literatur<sup>2</sup> oder sogar in der Rechtsprechung Auslegungsvorschläge. Die Kenntnis der Grundlagen der Methodenlehre hilft Ihnen, diese systematisch einzuordnen und dann für Ihre Arbeit zu verwenden. In den Fällen, in denen Sie „Neuland“ betreten müssen, bietet sich als Einstieg der Wortsinn und die historische Auslegung an. Bei Analogien sollten Sie vorsichtig sein: Einige Studierende neigen zu sehr gewagten Vergleichen. Lassen Sie am besten einen Dritten Ihre These lesen und diskutieren Sie mit ihm, ob Ihre Vergleiche passend sind oder nicht.

Sie werden schnell merken, dass manche der Auslegungsregeln dem Anwender gewisse Freiheiten lassen. Bei in der Rechtswissenschaft umstrittenen oder bislang noch kaum behandelten Fragen ist daher nicht so sehr das Ergebnis entscheidend, sondern die Begründung. Es kommt durchaus vor, dass einige der nachstehend genannten Kriterien für die Auslegung eines bestimmten Gesetzes oder einer Norm unergiebig sind. Diese sind dann entweder gar nicht oder nur ganz kurz (z.B. mit dem Satz „Mit dem Wortlaut der Norm lässt sich sowohl die eine als auch die andere Ansicht vereinbaren“) abzuhandeln.

## II. Wortsinn

Wichtigstes Auslegungskriterium bei einer Rechtsnorm ist der Wortsinn. Als erstes ist zu prüfen, ob es einen speziell juristischen Sprachgebrauch gibt.

### 1. Legaldefinition

Daher ist zu untersuchen, ob der Gesetzgeber den Begriff selbst definiert hat. In diesem Fall spricht man von einer „Legaldefinition“. Ein Beispiel dafür ist die „Firma“. Die „Firma“ ist deswegen besonders interessant, weil sie im allgemeinen Sprachgebrauch das Unternehmen als solches bezeichnet. Hier geht jedoch die Legaldefinition in § 17 Abs. 1 HGB vor. Dort heißt es: „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.“ Weitere Beispiele für Legaldefinitionen sind die Begriffe „unverzüglich“ (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), und „fahrlässig“ (§ 276 Abs. 2 BGB). § 121 Abs. 1 BGB lautet: „Die Anfechtung muss in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat.“; in § 276 Abs. 2 BGB

heißt es: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“

Es gilt der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“. Danach sind Legaldefinitionen eines Gesetzes grundsätzlich auf andere, ähnliche Gesetze zu übertragen. Dabei ist aber Vorsicht geboten: Prüfen Sie immer, ob dieses andere Gesetz nicht eine eigene – abweichende – Legaldefinition enthält. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gilt dort nicht mehr, wo es sich um ganz verschiedene Rechtsgebiete handelt. Dies betrifft z.B. den oben zitierten Fahrlässigkeitsbegriff in § 276 BGB und den Fahrlässigkeitsbegriff in § 229 StGB. Für die Bestrafung ist es nämlich notwendig, dass der Täter auch persönlich in der Lage war, die erforderliche Sorgfalt aufzubringen.

## 2. Üblicher Sprachgebrauch

Wenn keine Legaldefinition existiert, orientiert man sich am allgemeinen Sprachgebrauch. Dabei gilt die Auslegungsregel, dass Ausnahmevervorschriften eng auszulegen sind, also bei einer Ausnahmeregel ein enger Wortsinn zugrunde zu legen ist. Bei Zweifelsfragen können Sie ein Wörterbuch zu Rate ziehen.

## III. Gesetzssystematik

Eine weitere Interpretationsmethode besteht darin, auf die Gesetzssystematik abzustellen.

### 1. Einleitende Grundsatzparagrafen

Viele Gesetze treffen in ihrem ersten Paragraphen eine programmatische Aussage. Im Lichte der Aussage dieses Einleitungsparagraphen sind dann auch die folgenden Normen zu interpretieren.

**Beispiel:** § 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG): „Ziel des Gesetzes ist, Teilzeitarbeit zu fördern, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge festzulegen und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten und befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu verhindern.“

\* Prof. Dr. Joachim Gruber D.E.A. (Paris I) lehrt an der Westsächsischen Hochschule Zwickau.

1 Zahne Xenien, Gedenkausgabe der Werke, Zürich/Stuttgart 1948, S. 618.  
2 Brühl, Raimund: Die juristische Fallbearbeitung in Klausur, Hausarbeit und Vortrag. Rechtsmethodik – Arbeitstechniken – Aufbauschemata – Klausurbeispiele, 3. Aufl., Heymanns, Köln u.a. 1992 [leider mit veralteten Fallbeispielen]; Creifelds, Carl/Weber, Klaus (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 19. Aufl., Beck, München 2007; Kohler-Gehring, Eleonora: Technik und Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht, Vahlen, München 2000; Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, Springer, 4. Aufl., Berlin u.a. 2006; Metzler-Müller, Karin: Wie löse ich einen Privatrechtsfall? Aufbauschemata – Mustergutachten – Klausurschwerpunkte, 5. Aufl., Boorberg, Stuttgart 2008; Schapp, Jan: Einführung in das Bürgerliche Recht – Auslegung und Anwendung der Rechtssätze, JA 2002, 763-769; Schmalz, Dieter: Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1998; Schneider, Egon/Schnapp, Friedrich E.: Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 6. Aufl., Vahlen, München 2004; Wank, Rolf: Die Auslegung von Gesetzen. Eine Einführung, 3. Aufl., Heymanns, Köln 2005; Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., Beck, München 2006.

## 2. Amtliche Paragraphenüberschriften

Eine weitere Auslegungshilfe besteht darin, dass Paragraphen in Gesetzen jüngeren Datums amtliche, das heißt vom Gesetzgeber selbst verfasste Überschriften haben. Diese geben wertvolle Hinweise darauf, wie eine Vorschrift zu verstehen ist. Die meisten Gesetzesausgaben enthalten zwar auch Überschriften für die übrigen Bestimmungen, die von der Verlagsredaktion eingefügt wurden (oft durch eckige Klammern gekennzeichnet). Diese haben für die Auslegung der betreffenden Gesetzesnorm aber keine Aussagekraft.

## 3. Bedeutungszusammenhang

### a) Stellung der Norm im Gesetz

Ab und zu ist auch der Umstand aussagekräftig, in welchem Abschnitt des Gesetzes eine Vorschrift steht.

**Beispiel:** Nach den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 und 275 Abs. 1 BGB hat der Gläubiger bei Unmöglichkeit der Leistung einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Diese Paragraphen stehen im Abschnitt „Inhalt der Schuldverhältnisse“. Für vertragliche Schuldverhältnisse enthält der nächste Abschnitt des zweiten Buches des BGB speziellere Vorschriften. Dort ist in § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB geregelt, dass bei anfänglicher Unmöglichkeit kein Anspruch auf Schadensersatz besteht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Diese Vorschrift geht der allgemeineren Bestimmung des § 283 BGB vor.

### b) Argumentum e contrario

Ferner ist zu berücksichtigen, wie das Gesetz ähnliche Rechtsfragen regelt. Ist z.B. im Gesetz bewusst eine Rechtsfrage nicht in einem bestimmten Sinne geregelt worden, ist ein Umkehrschluss (argumentum e contrario) vorzunehmen.

**Beispiel:** Der zwölf Jahre alte Timmy Tüchtig sieht auf einem Flohmarkt ein Bild des großen impressionistischen Malers Claude Monet. Der Händler ahnt nicht, dass er einen echten Monet hat, und bietet das Bild, das mehrere hunderttausend Euro wert ist, für 100 Euro zum Kauf an. Kunstkenner Timmy nutzt die Chance und schließt einen Kaufvertrag ab. Ist dieser wirksam? Da Timmy noch minderjährig ist (§ 2 BGB), hängt die Wirksamkeit seiner Erklärung und damit die des Kaufvertrages grundsätzlich von der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter ab (§ 108 Abs. 1 BGB). Gesetzliche Vertreter sind seine Eltern (§ 1629 Abs. 1 BGB). Diese Einwilligung ist allerdings nicht erforderlich, wenn Timmy durch seine Erklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 BGB). Wirtschaftlich gesehen bringt ihm seine Erklärung einen Vorteil. Rechtlich gesehen bringt sie ihm neben dem Anspruch auf Lieferung des Bildes auch den Nachteil, dass er aufgrund des Kaufvertrages gemäß § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises von 100 Euro an den Trödler verpflichtet ist. Der Gesetzgeber hat bewusst nur auf den rechtlichen und nicht auf den – oftmals einer genauen Überprüfung schwer zugänglichen – wirtschaftlichen Vorteil abgestellt, um den Minderjährigen zu schützen. Er wollte damit Problemfälle vermeiden, in denen ein Minderjähriger z.B. eine Briefmarke unter dem Katalogwert kauft, ein Gutachter aber meint, dieser Wert sei in der Praxis nicht zu erzielen. Aus einem Umkehrschluss (argumentum e contrario) ergibt sich daher, dass der von Timmy Tüchtig geschlossene Vertrag nur wirksam ist, wenn die Eltern zustimmen.

### c) Argumentum a maiori ad minus

Ferner gibt es das argumentum a maiori ad minus, also den Schluss vom Größeren auf das Kleinere.

**Beispiel:** Ein den Steuerpflichtigen begünstigender Verwaltungsakt des Finanzamtes enthält ausdrücklich einen Widerrufsvorbehalt. Da der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, möchte das Finanzamt ihn zurücknehmen. Die Rücknahme begünstigender rechtswidriger Verwaltungsakte ist in § 130 Abs. 2 AO geregelt. Danach darf ein Verwaltungsakt nur dann zurückgenommen werden, wenn

- er von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen worden ist,
- er durch unlautere Mittel, wie arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt worden ist,
- ihn der Begünstigte durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren,
- oder seine Rechtswidrigkeit dem Begünstigten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war.

Keiner der in § 130 Abs. 2 AO geregelten Tatbestände liegt in dem von unserem Finanzamt zu entscheidenden Fall vor. Ist es ihm daher verwehrt, den Verwaltungsakt zurückzunehmen?

Hier hilft ein Blick auf § 131 AO, welcher den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte regelt. Nach § 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO kann ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn der Widerruf im Verwaltungsakt vorbehalten ist. Wenn also selbst ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt aufgrund eines Widerrufsvorbehalts widerrufen werden kann, muss dies erst recht für einen rechtswidrigen Verwaltungsakt (bei dem der Vertrauensschutz des Begünstigten ja viel geringer wiegt) gelten. Das Finanzamt kann den Verwaltungsakt somit zurücknehmen.

### d) Argumentum a minori ad maius

Ein weiteres Auslegungsinstrument ist das argumentum a minori ad maius, also der Schluss vom Kleineren auf das Größere.

**Beispiel:** Jemand wird von einem Hund angefallen und verteidigt sich mit einer Latte, die er aus einem Zaun reißt. In diesem Fall haftet er dem Zaunbesitzer für den Schaden nach § 904 Satz 2 BGB. Wollte der Grundstücksbesitzer seinen Zaun verteidigen, weil er den gefährlichen Hund nicht sah, und wird er bei dem Gerangel mit dem vom Hund Angegriffenen verletzt, muss der letztgenannte auch Schadensersatz für die Verletzung leisten. Da § 904 Satz 2 BGB einen Schadensersatzanspruch sogar für Sachschäden gewährt, muss ein Personenschaden erst recht ersetzt werden.

## IV. Normzweck

Es gibt Normzwecke, die für alle Gesetze gelten. Dazu gehört der Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Normfolge. Ist nicht klar, wie die Tatbestandsmerkmale auszulegen sind, kann man das „Pferd von hinten aufzäumen“ und anhand der Rechtsfolge Schlussfolgerungen auf den Inhalt des vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Tatbestands ziehen. Ferner ist der Grundsatz der Effektivität zu beachten. Es ist davon auszugehen, dass jedes Gesetz in der Praxis angewandt werden soll. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind daher so zu interpretieren, dass sie in der Lebenswirklichkeit vorkommen können.



**Beispiel:** In § 919 Abs. 1 BGB heißt es: „Der Eigentümer eines Grundstücks kann von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks verlangen, dass dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.“ Ein Grenzzeichen, das „verrückt geworden ist“? Psychisch kranke Grenzzeichen gibt es nicht, wohl aber Grenzzeichen, die „verrückt wurden“. Also ist hier entgegen des Wortlauts die einzig sinnvolle Auslegung zu wählen.

## V. Normenhierarchie

Ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Auslegung ist die Normenhierarchie. Dies gilt nicht nur bei der Suche nach einer Anspruchsgrundlage, sondern die Normenhierarchie ist auch bei der Auslegung sonstiger Normen zu beachten. Dabei ergibt sich folgende Reihenfolge: Recht der EG, Grundgesetz, Gesetzesrecht. Diese Normenhierarchie soll im Folgenden erläutert werden.

### 1. EG-Recht

Das Recht der Europäischen Gemeinschaft gewinnt immer mehr an Bedeutung. Die Rechtsangleichung in Europa erfolgt zum einen durch Verordnungen und zum anderen durch Richtlinien. Die EG-Verordnungen gelten gemäß Art. 249 Abs. 2 EG in jedem Mitgliedstaat unmittelbar und bedürfen keines Umsetzungsaktes durch den nationalen Gesetzgeber. Viel häufiger als auf Verordnungen trifft man dagegen auf Richtlinien. EG-Richtlinien wenden sich an die nationalen Gesetzgeber und müssen von diesen durch entsprechende Normen umgesetzt werden (z.B. durch die Einfügung eines neuen Paragraphen in das BGB).

Das auf einer Richtlinie beruhende nationale Recht ist im Lichte der Richtlinie auszulegen. Für die so genannte „richtlinienkonforme Auslegung“ sind auch die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften<sup>3</sup> (EuGH) heranzuziehen. Der EuGH ist das Rechtsprechungsorgan der Europäischen Gemeinschaften und hat seinen Sitz in Luxemburg. Voraussetzung für die Auslegungsbefugnis des EuGH ist, dass nationale Gerichte ihm einen Rechtsstreit zur so genannten Vorabentscheidung vorlegen. Unterinstanzliche Gerichte können, letztinstanzliche Gerichte müssen bei Zweifelsfragen dem EuGH vorlegen. Die Entscheidung des EuGH ist für die nationalen Gerichte bindend. Diese erlassen dann ein Urteil unter Berücksichtigung der Auffassung des EuGH. Nur dieses Urteil des nationalen Gerichts (z.B. des BGH), nicht aber die Entscheidung des EuGH, ist für die Parteien vollstreckbar.

### 2. Verfassungsrecht

Berührt eine Rechtsfrage den Bereich der Grundrechte (dies betrifft insbesondere das Persönlichkeitsrecht und das Eigentumsrecht), ist im Wege der so genannten „verfassungskonformen Auslegung“ die Auslegung zu wählen, welche der Wertentscheidung der Verfassung als dem ranghöheren Gesetz am besten entspricht.

**Beispiel:** Nach § 823 Abs. 1 BGB ist schadenersatzpflichtig, wer widerrechtlich oder schuldhaft ein „sonstiges Recht“ eines anderen verletzt. Die Rechtsprechung<sup>4</sup> hat aus Art. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 GG (Persönlichkeitsrecht) gefolgert, dass auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist.

### 3. Europäische Menschenrechtskonvention

Eine Besonderheit gibt es noch: die Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>5</sup>. Die EMRK ist ein von der EU unabhängiger

völkerrechtlicher Vertrag. Das Rechtsprechungsorgan der EMRK ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Die EMRK hat wie jeder völkerrechtliche Vertrag den Rang eines einfachen Bundesgesetzes<sup>6</sup>. Der Inhalt der EMRK ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> allerdings bei der Auslegung des GG zu berücksichtigen. Daher ist der deutsche Richter an die EMRK und die Entscheidungen des EGMR gebunden, allerdings nur im „Rahmen der methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung“<sup>8</sup>. Ein klassischer Anwendungsbereich der EMRK im Zivilrecht ist das „Recht am eigenen Bild“. Dort hat der EGMR in seiner *Caroline v. Hannover-Entscheidung*<sup>9</sup> Kriterien aufgestellt, die mit bisherigen der Rechtsprechung des BGH und des Bundesverfassungsgerichts nicht übereinstimmen. Daran orientiert sich nunmehr auch der BGH.

## VI. Normenkollision

Stehen sich inhaltlich gegensätzliche Rechtsnormen gleichen Ranges gegenüber, greifen die folgenden Grundsätze:

### 1. *Lex specialis derogat legi generali*

Eine allgemeine Auslegungsregel beinhaltet der Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“, wonach die speziellere Norm Vorrang hat vor der generelleren. Dies ist dann relevant, wenn ein Sachverhalt durch zwei verschiedene Normen geregelt wird. Dann findet die speziellere Norm Anwendung.

### 2. *Lex posterior derogat legi priori*

Nach dem Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ hat die später erlassene Norm Vorrang vor der älteren Norm. Der Fall liegt dann vor, wenn ein Gesetz abweichend von einem älteren Gesetz einen Sachverhalt regelt, ohne das ältere Gesetz formell aufzuheben. In diesem Fall ist das zeitlich jüngere Gesetz entscheidend.

## VII. Historische Auslegung

Bei Hausarbeiten ist – im Gegensatz zu Klausuren – auch die so genannte „historische Auslegung“ relevant. Dazu sind die Gesetzesmaterialien zu studieren. Die Verhandlungsunterlagen zu Bundesgesetzen findet man in den Bundestagsdrucksachen (BT-Drucks.), welche in vielen Bibliotheken vorhanden sind. Bezieht sich die Suche auf ein Gesetz, das nach 1976 verabschiedet wurde, kann man die entsprechenden Bundestagsdrucksachen sogar über das Internet unter [dip.bundestag.de](http://dip.bundestag.de) abrufen.

Um die Entwicklung eines Gesetzesprojekts zu verstehen, muss man die verschiedenen Etappen des Gesetzgebungsvorgangs kennen. Dieser Vorgang beginnt regelmäßig mit der Ausarbeitung eines Referentenentwurfs in einem Ministerium. Findet der Entwurf die Zustimmung des Ministers respektive der Ministerin, wird er als so

3 Gemeinschaften, weil zuständig für die Europäische (früher: Wirtschafts-)Gemeinschaft und die Europäische Atomgemeinschaft.

4 BGHZ 13, 334.

5 Vgl. dazu Grabenwarter, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Beck, München 2008.

6 Vgl. Art. 59 Abs. 2 GG.

7 BVerfGE 74, 358.

8 BVerfGE 111, 307.

9 NJW 2004, 2647.

genannter „Regierungsentwurf“ dem Bundesrat vorgelegt. Dieser nimmt dann dazu Stellung. Gegebenenfalls kommt es zu Gegenäußerungen der Bundesregierung. Dann wird der Gesetzentwurf im Bundestags-Plenum beraten und vom Bundestag verabschiedet.

In diesem Zusammenhang müssen auch die so genannten „Referentenkommentare“ erwähnt werden. Die für einen Gesetzentwurf zuständigen Referenten (im Regelfall vom Bundesministerium der Justiz) verfassen oft nach Verabschiedung des betreffenden Gesetzes einen Kommentar. Übernehmen Sie nicht unbesehen die Passagen, die dort vom „Willen des Gesetzgebers“ sprechen. Es kommt oft vor, dass Gesetzesvorschläge aus dem Referentenentwurf im Gesetzgebungsverfahren gestrichen werden. Manch ein Referent kann der Versuchung aber nicht widerstehen, dann „nachzuhaken“ und in seinem Kommentar zu behaupten, eine Vorschrift sei in einem bestimmten Sinne auszulegen, obwohl der Gesetzgeber sich bewusst für eine andere Vorgehensweise entschieden hat.

Bei der historischen Auslegung muss man bedenken, dass Gesetze einem Bedeutungswandel unterliegen. Dies wird besonders klar beim Begriff der „Sittenwidrigkeit“, welcher im Kontext des Sexualverhaltens in den letzten 50 Jahren sehr starken Wandlungen unterworfen war. Was ist also entscheidend: Die Vorstellung des historischen Gesetzgebers oder eine gegenwartsbezogene Auslegung eines Begriffs? Die Mehrheit der Autoren vertritt die Auffassung, dass die Legitimitätsgrundlage des heute anzuwendenden Rechts nicht in der Vergangenheit, sondern in der Gegenwart liegt. Folgerichtig ist die Auslegung zu wählen, die den heute herrschenden Vorstellungen am nächsten kommt. Bei der Auslegung sind also nicht nur die Absichten des historischen Gesetzgebers, sondern auch die zwischenzeitliche Entwicklung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft sowie die Änderung der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zu berücksichtigen.

## VIII. Die Rechtsfortbildung: Analogie und teleologische Reduktion

Rechtsfortbildung ist vom Grundsatz her etwas anderes als Auslegung. Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist aber oft nicht scharf zu ziehen. Daher soll hier kurz das Prinzip der Rechtsfortbildung erläutert werden: Die Richter sind nach dem Grundgesetz<sup>10</sup> an Gesetz und Recht gebunden. Stellt ein Gericht allerdings fest, dass ein Gesetz lückenhaft ist, kann es diese Rechtslücke im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung füllen. Den Großen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat das Gesetz selbst die Aufgabe der „Fortbildung des Rechts“ ausdrücklich zugewiesen<sup>11</sup>. Allerdings dürfen die Richter die Lücke nicht nach eigenem Gutdünken füllen, sondern müssen bei der Lückenfüllung die grundsätzlichen Aussagen und den Geist des betreffenden Gesetzes berücksichtigen. Klassische Instrumente der Rechtsfortbildung sind die Analogie und die teleologische Reduktion.

### 1. Analogie

Analogie ist die Übertragung der für einen oder mehrere bestimmte Tatbestände im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen anderen, ähnlichen Tatbestand. Voraussetzung dafür ist, dass der ähnliche Tatbestand im Gesetz nicht geregelt wurde und daher eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vorliegt<sup>12</sup>. Geht es um die Anwendung einer einzelnen Norm auf einen nicht geregelten Fall, spricht man von Gesetzesanalogie; geht es um die Anwendung eines Regelungsprinzips, das sich aus verschiedenen Gesetzesbestimmungen ergibt, auf einen im Gesetz nicht geregelten Fall, spricht man von einer Rechtsanalogie.

**Beispiel:** Das BGB gewährt an mehreren Stellen ausdrücklich Unterlassungsansprüche gegen eine drohende Rechtsbeeinträchtigung, so in § 12 Satz 2 BGB (Namensrecht), § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB (Besitzstörung) und § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB (Beeinträchtigung des Eigentums in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes). Droht eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch einen Presseartikel, gibt es für einen Unterlassungsanspruch keine ausdrückliche Rechtsgrundlage. Es wäre jedoch sachwidrig, wenn der Betroffene eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts abwarten müsste und dann nur nach § 823 BGB Schadenersatz verlangen könnte. Ihm steht daher in analoger Anwendung der §§ 12 Satz 2 BGB, 862 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ein vorbeugender Unterlassungsanspruch zu.

### 2. Teleologische Reduktion

Die teleologische<sup>13</sup> Reduktion schränkt den Anwendungsbereich einer Norm gegenüber ihrem Wortlaut ein.

**Beispiel:** § 181 BGB verbietet dem Vertreter grundsätzlich das Selbstkontrahieren, also den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst. Dadurch soll der Vertretene geschützt werden, da sonst das Risiko bestehen würde, dass der Vertreter sich zu Lasten des Vertretenen bereichert. Diese Ausgangssituation liegt aber nicht vor, wenn der Vertreter dem Vertretenen ausschließlich einen rechtlichen Vorteil zuwendet, ihm z.B. etwas schenkt. Daher ist eine teleologische Reduktion des § 181 BGB in der Weise vorzunehmen, dass die Vorschrift nicht auf Rechtsgeschäfte anzuwenden ist, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.

<sup>10</sup> Art. 97 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG.

<sup>11</sup> § 132 Abs. 4 Gerichtsverfassungsgesetz – GVG.

<sup>12</sup> Beachte: Im Strafrecht ist die Analogie zuungunsten des Täters unzulässig, Art. 103 Abs. 2 GG.

<sup>13</sup> Telos = griechisch Sinn, Zweck.



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.*

### Auftragsführung

Der militärischen Führungslehre entstammender Begriff, bei dem im Unterschied zur Befehlsführung der Auftraggeber nur das zu erreichende Ziel, den Rahmen und die nötigen Mittel bestimmt, während der Auftragnehmer weitgehende Handlungsfreiheit in der Ausführung besitzt. Führung durch Befehl beinhaltet die genaue und verbindliche Anordnung eines militärischen Vorgesetzten gegenüber einem Soldaten, dem der Vollzug des Befehls im Rahmen seiner Gehorsamkeit obliegt.

In zivilen Verwaltungen ist es ähnlich, allerdings mit zum Teil anderer Wortwahl. Man spricht von der Führungskonzeption des Management by Objectives mit den beiden Varianten Führung durch Zielvorgabe und durch Zielvereinbarung. Die Zielvorgabe kann entweder durch Auftragsführung oder durch die Vorgabe von Arbeitszielen, häufig in Form von Weisungen, geschehen. Bei der Auftragsführung kennt der Mitarbeiter das Ziel und die Rahmenbedingungen und ist weitgehend frei in der Wahl der Mittel. Das setzt bei ihm mitdenkendes und integratives Handeln voraus. Bei der Führung durch Weisungen hat der Mitarbeiter keine Entscheidungs- und Handlungsspielräume. Seine Arbeitsziele sind nach Art, Menge, Güte, Raum und Zeit festgelegt. Hier kommt es auf die penible Befolgung von Teilzielen zum Zwecke der Erreichung von Gesamtzielen an. Die Zielvereinbarung ist eine partizipative Variante der Auftragsführung und besteht im Miteinander von Vorgesetztem und Mitarbeiter. Der Mitarbeiter wirkt bereits beim Prozess der Zielbildung und bei der Zielerreichung teils beratend, teils entscheidend mit.

### Bildungswettbewerb

Kaum ein Gesellschafts-, Verwaltungs- oder Wirtschaftszweig veranschaulicht deutlicher Eigenart und Ebenen des Wettbewerbs wie der Bildungsbereich. Obwohl noch immer vom terminologisch unbestimmten Bildungswesen die Rede ist, werden zunehmend die Begriffe Bildungsökonomie und Bildungswirtschaft gebraucht, ohne dass damit Bildung nur noch als wirtschaftliche Sache verstanden werden soll. Selbstverständlich hat sie unumstrittene umfassende außerwirtschaftliche Bedeutung, aber mit dem Wettbewerb gerät Bildung unter den Erfolgsdruck von Angebot und Nachfrage (ähnlich wie beim sportlichen Wettkampf, der inzwischen auch eine wirtschaftliche Komponente aufweist).

Im Hinblick auf die klar abgrenzbaren Wettbewerbsebenen findet Wettbewerb international zwischen den Staaten um die besten Pädagogik- und Didaktikkonzepte, die besten Aus- und Weiterbildungssysteme und die erfolgreichsten Schüler und Studierenden statt. Stichwort am Rande: Deutschland in den Pisa-Studien. Für diesen Wettbewerb war dem Bund in den Jahren von 1969 bis 2006 Mitwirkung an der Bildungsplanung gewährt worden.

Dies ist Vergangenheit. Mit der jüngst beschlossenen Föderalismusreform wurde sogar ein Kooperationsverbot, anders formuliert: das Gegenteil von kooperativem Föderalismus, vom Bundestag beschlossen. Es hindert den Bund, sich dort mit Geld politisch Einfluss zu verschaffen, beispielsweise beim Schulwesen, wo die Länder die Zuständigkeit für die Gesetzgebung besitzen. Bildungswettbewerb findet jetzt innerdeutsch zwischen den Ländern statt, und zwar durch landeszentrale Planung und Verwaltung. Die je nach Land unterschiedliche Vereinheitlichung der Schulen bringt die bekannten Schwierigkeiten beim Wechseln der Schüler von einem in das andere Land mit sich. Der Länderwettbewerb im Schulwesen wird der gewachsenen Mobilität von Familien mit Schulkindern kaum gerecht.

Ein Wettbewerb auf der Ebene der Schulen wäre womöglich eine Alternative, denn es gäbe wohl eine Vielzahl und Vielfalt von Schulen, die ein verwandtes pädagogisches Profil und Fächerspektrum der bisher besuchten Schule anboten. Dieser Schulenwettbewerb ist – wie man aus dem angelsächsischen Ausland weiß – allerdings an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden, die die Bildungspolitik und die Schulbehörden erst schaffen müssen. Schulen bräuchten eine ausreichende Autonomie in puncto Lehrpläne, Personalrekrutierung, Schulgröße, Klassenstärke und Betreuungsintensität. Die staatliche Aufsicht würde sich auf die Rechtsaufsicht und die Einhaltung von Qualitätsstandards erstrecken. Was letztere anbelangt könnte man die Arbeit der Akkreditierungsagenturen bei den Hochschulen (Institutionen- und Studiengangsakkreditierung) heranziehen. Die Finanzierung der Schulen wäre so zu gestalten, dass diese an der Aufnahme von Schülern auch ökonomisch interessiert sind. Nach der Schülerzahl würden die Landes- und kommunalen Mittel aufgeteilt und an die Schulen verteilt werden.

Jenseits dieser Bildungswettbewerbe ist der Schulwettbewerb, also der Wettstreit zwischen den Klassen und der Wetteifer von Jahrgangsbesten und Klassenbesten, seit langem etabliert. Anerkennungen, Auszeichnungen, Stipendien und weitere Förderungsmittel, die die Schulen kennen, ließen sich auch auf den anderen Ebenen des Bildungswettbewerbs einsetzen.

### Daseinsvorsorge

Dieser in anderen Sprachen nicht existierende Terminus wurde in den 1930er Jahren von dem Staats- und Verwaltungsrechtler Ernst Forsthoff geprägt. Als unbestimmter Rechtsbegriff im deutschsprachigen Raum erlebt er eine Art Renaissance durch die europäische Terminologie. Daseinsvorsorge umschreiben Engländer mit „services of general interest“, Franzosen mit „service public“ und Italiener mit „servizio pubblico“. Gemeint sind damit gemeinwohlorientierte Leistungen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher (z.B. kultureller, gesundheitlicher, sozialer) Art, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von Gesetzgebern und Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Daseinsvorsorge – im europäischen Sprachgebrauch mehr oder weniger auch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bzw. kurz öffentliche Dienstleistungen genannt – soll(en) die Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit essentiellen Gütern sicherstellen. Dazu zählen Dienstleistungen und Sachgüter einschließlich Infrastruktur.

Eine engere Fassung der Daseinsvorsorge beinhaltet mehr die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wo-

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

runter marktbezogene Tätigkeiten fallen. Aus haushalts- und kommunalrechtlicher Sicht ist an die wirtschaftliche, d.h. unternehmerische Betätigung von Gebietskörperschaften zu denken; vornehmlich an Strom-, Fernwärme-, Gas- und Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung und -klärung, Abfallentsorgung, Straßenreinigung, Verkehrsleistungen, Telekommunikation, Postdienste, Rundfunk, Finanzdienstleistungen, Wohnraumversorgung und Messewesen. Für diese Daseinsvorsorgeaufgaben von öffentlichen oder privaten Unternehmen gelten grundsätzlich die EG-Wettbewerbsregeln, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag Amsterdamer Fassung vom 2. Oktober 1997).

Im Unterschied dazu sind bei den nichtwirtschaftlichen bzw. nichtmarktbezogenen Tätigkeiten die EG-Wettbewerbsregeln nicht anwendbar. Dazu gehören beispielsweise Bildung und Erziehung, Erholung und Sport, Gesundheitsversorgung, soziale Dienstleistungen, Museen, Theater, andere Kultureinrichtungen, Forschungs-, Technologie- und Wirtschaftsförderung. In manchen dieser Bereiche setzen sich inzwischen zunehmend Marktkräfte durch, so etwa bei Krankenhäusern, Sozialunternehmen, Schulen und Hochschulen.

Das für die Daseinsvorsorge wesentliche Merkmal, die Gemeinwohlorientierung (im Gegensatz zu rein kommerziellem Streben), äußert sich durch hohe Versorgungssicherheit, flächendeckende Erbringung, gleichberechtigten Zugang, dauerhafte Gewährleistung, hochwertige Qualität, Berücksichtigung sozialer und ökologischer Belange zu erschwinglichen Preisen. Bei hoheitlicher Trägerschaft werden Leistungen der Daseinsvorsorge zusätzlich demokratisch kontrolliert und öffentlich verantwortet.

### Dienstprinzip

Ein im öffentlichen Dienst geltender Grundsatz, der wegen seiner Unschärfe kritisiert, mehr noch: als Phrase verleugnet wird und zu dem Wortspiel geführt hat: dienen bezieht sich weniger auf (Anerkennung) verdienen, sondern auf erdienen, erdienen und erdinnern. Ungeachtet dieser Persiflage hat das Dienstprinzip einen überzeugenden Kern. Er besteht im Unterschied zum Erwerbsprinzip darin, dass Dienstherr und Bedienstete eine gemeinsame Dienstgesinnung teilen. Man ist letztlich um einer öffentlichen Aufgabe oder (enger) einer hoheitlichen Sache willen tätig.

Das Dienstprinzip weist eine institutionelle und eine personelle Dimension auf. Beide Dimensionen zeigen, dass es zwar im öffentlichen Dienst vorherrscht, keinesfalls aber auf diesen begrenzt ist. Auch in freien Berufen, Familienunternehmen, privaten Schulen und Hochschulen, ja in der gesamten privaten Wirtschaft finden sich neben dem Erwerbsprinzip Ausprägungen des Dienstprinzips. Es hängt vom Leitbild einer Institution und von der Motivation der Beschäftigten ab, ob und inwieweit das Dienstprinzip zur Anwendung gelangt.

Idealtypisch betrachtet schätzt man am Dienstprinzip, dass es sich erstens an Normregeln orientiert, zweitens Routine anerkannt wird, drittens Berufsethos und Statusdenken eine größere Rolle spielen und viertens die Höhe der Besoldung (bei Beamten) oder der Vergütung (bei Angestellten) nachrangig ist. Beim Erwerbsprinzip, das durchaus auch im öffentlichen Sektor vorkommt, stehen dagegen folgende Pendanten im Vordergrund: ad 1 Ausrichtung auf Kunden, ad 2 Durchsetzung von Innovationen, ad 3 berufliche Qualifizierung und Positionierung und ad 4 vorrangige monetäre Leistungsanreize.

Realistischer Weise macht man sich heutzutage die Vorteile des Dienst- und des Erwerbsprinzips überall zu nutze. Behörden und Firmen steigern ihre Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit durch erstens Regelwerke und Entrepreneurship, zweitens Kreativität und Improvement Management, drittens loyale Mitarbeiter und viertens gute

(bei Behörden: sichere bzw. risikoarme, bei Firmen: flexible bzw. chancenreiche) Bezahlung.

### Externe Beratung

Regierungen und Behörden, Parlamente und Gerichte kommen ohne externe Hilfen nicht aus. Sie holen sich Rat von Experten. Jüngst hat der Bundeswirtschaftsminister eine Anwaltskanzlei beauftragt, ein Bankengesetz zu erarbeiten und erntete Kritik wegen des damit verbundenen potentiellen Einflusses von Lobbyisten. Kritik wurde auch im umgekehrte Fall laut, als die Bundesregierung vermeintlichen Einfluss auf Wissenschaftler nahm, die die Eignung des Standorts Gorleben für ein atomares Endlager prüften.

Beratung durch externe Experten geschieht auf höchst unterschiedliche Weise durch Beiräte, (Personal-, Rechts-, Steuer-, Unternehmens-, Wirtschafts-) Berater, Forschungsinstitute, Gutachter, Prüfer, Sachverständige, Wissenschaftler usw. Externe Beratung kostet teilweise viel Geld, wie man den Haushalten von Bund, Ländern und Gemeinden entnehmen kann. Gegen externe Beratung ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn sie bestimmten Regeln folgt. Es muss die Arbeitsteilung zwischen Berater und Beratenem sowie zwischen Beratungsauftrag und Auftrags erledigung eindeutig geklärt und transparent sein. (Transparenz sorgt vor allem für die Offenlegung von Interessen.) Unter diesen Bedingungen behalten die öffentlichen Institutionen das erste und letzte Wort und bleiben inhaltlich und prozedural verantwortlich. Lobbyismus erfährt seine legitimen Grenzen. Externe Beratung erschließt Erfahrungen und Erkenntnisse.

### Struktur- und Prozessfinanzierung

In der Betriebswirtschaftslehre, genauer: in der Privatwirtschaftslehre unterscheidet man bei der Gewinnung und Bereitstellung von Einnahmen je nach ihrer Herkunft Außenfinanzierung, nämlich Mittel vom Kapitalmarkt, und Innenfinanzierung, d.h. Mittel aus Umsätzen bzw. Verkäufen. Außerdem unterteilt man den Mittelzufluss nach der Rechtsstellung der Kapitalgeber in Eigenfinanzierung, z.B. Aktien und andere Einlagen, und Fremdfinanzierung via Anleihen und Krediten. Für Gebietskörperschaften, Sozialversicherungen, Hochschulen, Universitätskliniken, Rundfunkanstalten, Landesbanken, Kammern und weitere öffentlich-rechtliche Institutionen eignen sich diese Unterscheidungen weniger. Ihre Mischfinanzierung aus Steuern, Kurztaxen, Verwaltungs- und Benutzungsgebühren, Investitions- und Mitgliedsbeiträgen, pauschalen Entgelten, administrierten und Marktpreisen, Umlagen, Schuldverschreibungen und anderen Krediten, allgemeinen und besonderen Zuweisungen, Kapitalzuschüssen sowie aus Verkäufen, Zinserträgen und Stiftungsmitteln fordern zu einer anders gearteten Gliederung heraus.

Es empfiehlt sich eine Unterscheidung nach dem Kriterium der generellen Zwecksetzung. Sollen die Mittel der Finanzierung von Grundstücken, Gebäuden, Straßen, Brücken, Anlagen, Fahrzeugen, Ausstattung und anderen Investitionen dienen oder für Unterhaltung, geringwertige Sach- und Verbrauchsgüter und den laufenden Betrieb herangezogen werden? Diese Zweiteilung fördert eine effiziente Mittelverwendung, weil damit der einmalige und fortgesetzte Kapitalbedarf fokussiert wird. Anders ausgedrückt: man ermittelt nicht nur die Anschaffungsausgaben und deren Strukturfinanzierung, sondern auch die näheren und weiteren, selbst intergenerativen Folgekosten und deren Finanzierung jetzt und später bis hin zum Prozessende des Lebenszyklus von Gegenständen und Personen. Speziell die Prozessfinanzierung stellt sicher, dass finanziell verantwortlich gehandelt wird, wenn künftige Verbindlichkeiten wie die Versorgung von Mitarbeitern und Hinterbliebenen und die Rückstellung für diverse Gewährleistungen rechnerisch erfasst werden.

Hans Markus Heimann\*

## Die Abwrackprämie

### – Klausur im Verwaltungsrecht –

*Die sog. Abwrackprämie beschert nicht nur den Automobilherstellern ungeahnte Absatzsteigerungen in Deutschland, sondern kann auch im Verwaltungsverfahren zu unerwarteten rechtlichen Problemen führen. Insbesondere die Verpflichtung, das alte Fahrzeug auch tatsächlich zu verschrotten, scheint in der Praxis teilweise umgangen zu werden. In rechtlicher Hinsicht hat die nachfolgende Klausur aus dem Fachbereich Allgemeine Innere Verwaltung, die beinahe auf Laufbahnprüfungsniveau anzusiedeln ist, drei inhaltliche Schwerpunkte: Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, den Rechtsschutz gegen eine Nebenbestimmung und die rechtliche Wirkung einer Verwaltungsvorschrift. Die Lösung ist beispielhaft so formuliert, wie sie auch von einem Studenten unter Klausurbedingungen erwartet werden kann, also ohne vertiefte Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur.*

#### Sachverhalt

Die Bundesregierung hat im Januar 2009 eine Richtlinie zur Förderung der Verschrottung alter und des Absatzes neuer Personenkraftwagen erlassen. Hiernach kann die Neuanschaffung eines Pkw unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Zuschuss in Höhe von 2500 Euro gefördert werden, wenn zugleich ein Altfahrzeug verschrottet wird.

Für A kommt die „Abwrackprämie“ wie gerufen: Er hatte sich 1991 einen neuen VW Golf gekauft, mit dem er seitdem in zunehmendem Maße von Pannen begleitet unterwegs ist. Am 30. Januar 2009 erwirbt er endlich einen sehr günstigen neuen Kleinwagen (Schadstoffklasse Euro 5), für den seine Ersparnisse in Kombination mit der Umweltprämie gerade ausreichen und den er ohne die Prämie nicht gekauft hätte. Er übergibt sein altes Fahrzeug am gleichen Tag der V-GmbH, einem anerkannten Demontagebetrieb, zur ordnungsgemäßen Verschrottung. Dieser Betrieb stellt A einen Wertungsnachweis aus und erklärt auf dem Antragsformular des A verbindlich, dass die Restkarosserie des Altfahrzeugs zur Verschrottung einer Schredderanlage zugeführt wird. Auf den auch die weiteren Bedingungen erfüllenden Antrag des A hin bewilligt das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) mit einem der ersten Bescheide überhaupt am 5. Februar 2009 den Zuschuss und zahlt den Betrag von 2500 Euro aus. Am 10.2.2009 erfährt das BAFA jedoch von der zuständigen Staatsanwaltschaft, dass die V-GmbH die zur Verschrottung erhaltenen Fahrzeuge sofort in intaktem Zustand nach Afrika weiterverkauft habe und noch in der ersten Februarwoche per Schiff auf den Weg gebracht habe; eben dies sei, wenngleich ohne dessen Wissen, auch mit dem Pkw des A geschehen. Daraufhin hob das BAFA nach telefonischer Anhörung des A und unter Berücksichtigung dessen Situation seinen Bescheid vom 5.2.2009 auf und forderte das Geld zurück. A ist verzweifelt, da er das Geld nicht zurückzahlen kann, ohne sein Auto zu verkaufen und dabei einen erheblichen Vermögensnachteil zu erleiden; außerdem ist er sich keiner Schuld bewusst.

**Aufgabe 1:** Bitte prüfen Sie, ob der Aufhebungsbescheid rechtmäßig ist!

Auch der heute im Mediengeschäft tätige frühere Sänger B sieht in der „Abwrackprämie“ eine günstige Gelegenheit, seinen Fuhrpark zu modernisieren. Da er erst im Dezember des vergangenen Jahres einen Unfall verursacht hatte, der zu einem wirtschaftlichen Totalschaden seines bereits zwölf Jahre alten und seit 2000 auf ihn zugelassenen Ferrari führte, lässt er diesen Ende Januar verschrotten und erwirbt am 30. Januar 2009 bei seinem Hamburger Sportwagenhändler einen neuen Lamborghini (Schadstoffklasse Euro 4, Durchschnittsverbrauch 22,6 Liter Superplus pro 100 Kilometer). Auf den sofort gestellten, ordnungsgemäßen Antrag des B hin erlässt das BAFA am 6. Februar 2009 den Zuwendungsbescheid über 2.500 Euro. Der zuständige Sachbearbeiter S hatte jedoch ohne Rücksprache mit seinen Vorgesetzten und Kollegen und ohne Rückfrage bei B folgenden mit der Überschrift „Bedingungen/Auflagen“ versehenen Absatz eingefügt:

„Sinn der Abwrackprämie ist nach Nr. 1.1 der Richtlinie, dass alte Personenkraftwagen mit hohen Emissionen an klassischen Schadstoffen durch neue, effizientere und sauberere Fahrzeuge ersetzt werden. Damit soll ein Beitrag zur Reduzierung der Schadstoffbelastung der Luft geleistet werden. Insofern wird eine Förderung der Anschaffung eines Fahrzeugs mit derartig hohen Emissionen wie bei Ihrem Fahrzeug der Intention der Richtlinie nicht gerecht. Daher wird Ihnen zugleich aufgegeben, unverzüglich nach Erhalt der Umweltprämie 2000 Euro an eine Umweltschutzorganisation zu spenden.“

S ging davon aus, dass die Gewährung der Prämie in seinem pflichtgemäßen Ermessen steht und daher mit einer Nebenbestimmung versehen werden kann. B ist über den ohne jede Vorwarnung ergangenen „Spendenzwang“ zutiefst empört und legt hiergegen sofort Widerspruch ein.

**Aufgabe 2:** Bitte prüfen Sie die Erfolgsaussichten des Widerspruchs!

**Hinweis:** Vorschriften der BHO und der hierzu erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften sind für die Bearbeitung nicht heranzuziehen. Es ist zu unterstellen, dass die V-GmbH die Anforderungen des § 5 Abs. 2 Altfahrzeugverordnung in Verbindung mit deren Anhang Nr. 4 an sich erfüllt.

\* Prof. Dr. Hans Markus Heimann lehrt öffentliches Recht an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl.

## Anlage 3 a

**Richtlinie  
zur Förderung  
des Absatzes von Personenkraftwagen  
vom ... Januar 2009**

**1. Zuwendungszweck****1.1 Förderziel**

Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, mit Hilfe einer Umweltprämie die Verschrottung alter und den Absatz neuer Personenkraftwagen zu fördern. Dadurch werden alte Personenkraftwagen mit hohen Emissionen an klassischen Schadstoffen durch neue, effizientere und sauberere Fahrzeuge ersetzt. Damit wird ein Beitrag zur Reduzierung der Schadstoffbelastung der Luft geleistet bei gleichzeitiger Stärkung der Nachfrage.

**1.2 Zuwendungsgewährung**

Ein Rechtsanspruch des Antragstellers/der Antragstellerin auf Gewährung der Zuwendung besteht nicht. Vielmehr entscheidet die Bewilligungsbehörde (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle – BAFA) aufgrund ihres pflichtgemäßen Ermessens. Die Gewährung der Zuwendung steht unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit der veranschlagten Haushaltsmittel.

**1.3 Rechtsgrundlage**

Die Förderung erfolgt nach Maßgabe dieser Richtlinie und nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu §§ 23 und 44 der Bundeshaushaltsordnung (BHO).

**2. Förderung****2.1 Gegenstand der Förderung**

Förderfähig ist der Erwerb eines Personenkraftwagens, der hinsichtlich seiner Schadstoffklasse mindestens die Anforderungen von Euro 4 erfüllt, wenn zugleich ein Altfahrzeug gemäß Ziffer 4.2 verschrottet wird.

**2.2 Antragsberechtigung und Zuwendungsempfänger/-in**

Antragsberechtigt sind Privatpersonen. Zwischen dem Halter/der Halterin des Altfahrzeugs gemäß Ziffer 4.2 und der Person, auf die das Neufahrzeug gemäß Ziffer 4.3 zugelassen wird, muss Personennidentität bestehen. Zuwendungsempfänger/-in ist der Antragsteller/die Antragstellerin.

**3. Allgemeine Verfahrensvorschriften****3.1 Bundeshaushaltsordnung**

Für die Bewilligung, Auszahlung und Abrechnung der Zuwendung sowie für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung und die ggf. erforderliche Aufhebung des Zuwendungsbescheides und die Rückforderung der gewährten Zuwendung gelten die §§ 23, 44 BHO, die hierzu erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften sowie § 48 bis § 49a des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), soweit nicht in dieser Richtlinie Abweichungen zugelassen sind.

**3.2 Auskunft**

Der Antragsteller/die Antragstellerin willigt ein, dass die Bewilligungsbehörde zur Prüfung der Antragsvoraussetzungen Daten aus dem Zentralen Fahrzeugregister des Kraftfahrt-Bundesamtes abrufen kann.

**4. Zuwendungsvoraussetzungen****4.1 Personenkraftwagen (Pkw) im Sinne dieser Richtlinie**

Ein Personenkraftwagen (Pkw) im Sinne dieser Richtlinie ist ein Kraftfahrzeug zur Personenbeförderung mit mindestens vier Rädern, das als Personenkraftwagen oder als Fahrzeug der Klasse M1 (nach Anlage XXIX der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung) in den Zulassungsdokumenten ausgewiesen wird.

**4.2 Voraussetzungen bezüglich des Altfahrzeugs**

- Bei dem Altfahrzeug muss es sich um einen Personenkraftwagen handeln.
- Das Fahrzeug muss nach den Anforderungen der Altfahrzeugverordnung einer ordnungsgemäßen Verwertung sowie die Restkarosse einer ordnungsgemäßen weiteren Behandlung in einer Schredderanlage zugeführt werden.
- Als Zeitpunkt der Verschrottung gilt das im Verwertungsnachweis für die Überlassung des Fahrzeugs an den Demontagebetrieb aufgeführte Datum.
- Die Verschrottung des Fahrzeugs muss zwischen dem 14. Januar 2009 und dem 31. Dezember 2009 erfolgen.
- Die Erstzulassung muss mindestens neun Jahre vor dem Zeitpunkt der Verschrottung erfolgt sein.
- Das Fahrzeug muss – zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Verschrottung – für die Dauer von mindestens einem Jahr durchgehend auf den Namen des Antragstellers/der Antragstellerin gemäß Ziffer 2.2 in Deutschland zugelassen sein.

**4.3 Voraussetzungen bezüglich des Neufahrzeugs**

- Bei dem Fahrzeug muss es sich um einen Pkw handeln.
- Das Fahrzeug muss hinsichtlich seiner Schadstoffemissionen mindestens die Anforderungen der Emissionsvorschrift Euro 4 gem. Richtlinie 98/69/EG – Stufe B – oder eine der nachfolgenden Richtlinien erfüllen.
- Das Fahrzeug muss im Inland auf den Antragsteller/die Antragstellerin zugelassen sein. Dies gilt auch für Leasingfahrzeuge.
- Erwerb und Zulassung des Fahrzeugs müssen zwischen dem 14. Januar 2009 und dem 31. Dezember 2009 erfolgen.
- Das Fahrzeug
  - muss zum ersten Mal zugelassen sein
  - oder
  - darf – zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Zulassung auf den Antragsteller/die Antragstellerin – längstens ein Jahr einmalig auf einen Kfz-Hersteller, dessen Vertriebsorganisationen oder dessen Werksangehörigen, einen Kfz-Händler, eine herstellereigene Autobank, ein Automobilvermietungsunternehmen oder eine Automobileasinggesellschaft zugelassen gewesen sein (Jahreswagen).

**5. Höhe der Förderung**

Die Höhe der Förderung (Projektförderung Festbetragsfinanzierung) beträgt 2.500 Euro (Zuschuss) und darf pro Neufahrzeug und

dem im Zusammenhang damit verschrotteten Altfahrzeug nur einmal gezahlt werden.

## 6. Verfahren der Antragstellung und Nachweisführung

### 6.1 Antragstellung

Die Antragstellung ist ab dem 27. Januar 2009 möglich. Der Antrag ist ausschließlich unter Verwendung des vorgeschriebenen Antragsvordrucks mit Originalunterschrift zusammen mit folgenden Nachweisen und Unterlagen zu stellen:

- Verwertungsnachweis nach § 15 der Fahrzeug-Zulassungsverordnung, der durch den Betreiber eines anerkannten Demontagebetriebs gem. Altfahrzeugverordnung ausgestellt wurde.
- Verbindliche Erklärung des Betreibers eines anerkannten Demontagebetriebs auf dem Antragsformular, dass die Restkarosse des Altfahrzeugs zur Verschrottung und zur Erfüllung der Anforderungen nach § 5 Abs. 2 Altfahrzeugverordnung in Verbindung mit Anhang Nr. 4 einer Schredderanlage zugeführt wird.
- Nachweis der Außerbetriebsetzung des Altfahrzeugs durch Kopien der Zulassungsbescheinigung Teil I (Fahrzeugschein mit dem Vermerk der Zulassungsbehörde über die Außerbetriebsetzung) und der Zulassungsbescheinigung Teil II (Fahrzeugbrief).
- Nachweis der Zulassung des Neufahrzeugs auf den Antragsteller/die Antragstellerin durch Kopien der Zulassungsbescheinigung Teil I (Fahrzeugschein) und der Zulassungsbescheinigung Teil II (Fahrzeugbrief).
- Kopie der Rechnung bzw. des Leasingvertrags für den Erwerb des Neufahrzeugs.
- Bei Jahreswagen von Werksangehörigen der Kfz-Hersteller: Bescheinigung des Kfz-Herstellers, dass der Pkw zum Zeitpunkt des Kaufs auf einen Werksangehörigen/eine Werksangehörige zugelassen war.

Anträge, die unter Verwendung anderer Formulare gestellt werden und/oder unvollständig sind, können vom BAFA nicht bearbeitet werden und werden daher an den Antragsteller/die Antragstellerin zurückgeschickt.

### 6.2 Auszahlung

Die Auszahlung der Umweltprämie erfolgt nach Prüfung der oben angeführten Unterlagen durch das BAFA auf ein vom Antragsteller/der Antragstellerin angegebenes Konto. Für den Fall, dass der Antragsteller/die Antragstellerin die Auszahlung an eine dritte Person wünscht, muss er/sie die Zahlung gegen sich gelten lassen.

### 6.3 Bewilligungsbehörde

Bewilligungsbehörde ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA).  
Frankfurter Straße 29–35  
65760 Eschborn  
Telefon: 06196/90 84 70  
Internet: [www.bafa.de](http://www.bafa.de)  
E-Mail: [umweltpraemie@bafa.bund.de](mailto:umweltpraemie@bafa.bund.de)

### 6.4 Verfahren

Das nach Ziffer 6.1 erforderliche Antragsformular kann von der Internetseite des BAFA ([www.bafa.de](http://www.bafa.de)) heruntergeladen oder beim BAFA unter der o.g. Adresse angefordert werden.

## 6.5 Reihenfolge der Bearbeitung

Die Zuwendungsbescheide werden in der Reihenfolge des Eingangs der vollständigen Anträge beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle erteilt.

## 6.6 Prüfungsrecht

Der Antrag mit den in Nummer 6.1 der Richtlinie genannten Unterlagen gilt gleichzeitig als Verwendungsnachweis. Gegenüber dem Antragstellenden besteht ein Prüfungsrecht seitens der Bewilligungsbehörde (BAFA). Das Prüfungsrecht des Bundesrechnungshofs ergibt sich aus §§ 91, 100 BHO.

## 7. Inkrafttreten und Befristung

Diese Richtlinie tritt am Tag nach der Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Kraft. Eine Gewährung (Bewilligung) von Fördergeldern darf nicht vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Investitions- und Tilgungsfonds“ (ITFG) erfolgen. Die Frist für die Beantragung der Umweltprämie endet am 31.01.2010. Änderungen bleiben vorbehalten und sind gemäß Verwaltungsvorschrift Nr. 15.2 Satz 2 zu § 44 BHO zu erlassen.

Berlin, den

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Im Auftrag

## Lösung

### A. Aufgabe 1

Zu prüfen ist, ob der Aufhebungsbescheid rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn für die Aufhebung eine Ermächtigungsgrundlage besteht, der Bescheid in formell rechtmäßiger Weise erlassen wurde und zugleich in materieller Hinsicht rechtmäßig ist.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung eines Verwaltungsakts kommt hier entweder § 48 VwVfG (Rücknahme) oder § 49 VwVfG (Widerruf) in Betracht.

*Lösungshinweis: An dieser Stelle kann noch offen bleiben, ob es sich um eine Rücknahme oder einen Widerruf handelt, da hier die in Frage kommenden Ermächtigungsgrundlagen nur genannt werden sollen. Die Entscheidung zwischen beiden Normen ist erst bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zu treffen. Ebenso richtig wäre es allerdings auch, hier zunächst mit § 48 VwVfG zu beginnen und dann gegebenenfalls erst in einem zweiten Prüfungsdurchgang zu § 49 VwVfG zu gelangen.*

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

##### 1. Zuständigkeit

Der Aufhebungsbescheid muss von der zuständigen Behörde erlassen worden sein. Für die örtliche Zuständigkeit verweisen § 48 Abs. 5 VwVfG und § 49 Abs. 5 VwVfG auf § 3 VwVfG; zuständig ist damit grundsätzlich die Behörde, die den VA erlassen hat, um dessen

Rücknahme es geht. Dies ist gemäß Nr. 6.3 der Richtlinie das BAFA. Ebenso ist die Ausgangsbehörde – hier also das BAFA – auch sachlich zuständig, wenn keine speziellen Regelungen bestehen.

## 2. Verfahren

Vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts hat gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG eine Anhörung des Beteiligten zu erfolgen. Hier hatte A Gelegenheit, telefonisch zu dem Sachverhalt Stellung zu nehmen. § 28 VwVfG schreibt keine bestimmte Form der Anhörung vor. Auch eine fernmündliche Anhörung wird allgemein als eine im Ermessen der Behörde liegende Form der Anhörung angesehen, wenn dies nach den konkreten Umständen des Falles ausreichend erscheint, der Betroffene mit dem Sachverhalt hinreichend vertraut ist und sich keine weitere Zeit für Überlegungen ausbittet.<sup>1</sup> Diese Voraussetzungen scheinen vorliegend gegeben zu sein, so dass von einer wirksamen Anhörung auszugehen ist.

Die Verletzung anderer Verfahrensvorschriften ist nicht ersichtlich.

## 3. Form

Mangels näherer Hinweise im Sachverhalt ist von der Einhaltung der Formerfordernisse auszugehen.

## 4. Zwischenergebnis

Der Aufhebungsbescheid ist formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Aufhebungsbescheid muss entweder die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG oder des § 49 VwVfG erfüllen.

### 1. Vorliegen eines Verwaltungsakts

Sowohl für die Rücknahme als auch für den Widerruf muss es sich bei dem aufzuhebenden Bescheid um einen Verwaltungsakt handeln; dies ist hinsichtlich des Zuwendungsbescheids des BAFA unproblematisch gegeben.

*Lösungshinweis: Es ist negativ zu bewerten, wenn an dieser Stelle die Voraussetzungen des Verwaltungsakts nach § 35 VwVfG en détail geprüft würden.*

### 2. Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Der Verwaltungsakt muss für eine Rücknahme nach § 48 VwVfG rechtswidrig oder für einen Widerruf nach § 49 VwVfG rechtmäßig sein.

#### a) Maßstab

Zunächst ist der Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Zuwendungsbescheides zu klären. Eine gesetzliche Regelung existiert nicht, sie ist nach ganz überwiegender Meinung für die Subventionsvergabe auch nicht erforderlich, sofern sich hierdurch – wie vorliegend – keine direkte grundrechtsrelevante Belastung Dritter ergibt. Maßstab kann weiterhin nicht die Verwaltungsvorschrift als solche sein, da diese keine Außenrechtswirkung entfaltet. Ist der Verwaltung aber wie hier (Nr. 1.2: „pflichtgemäßes Ermessen“) ein Entscheidungsspielraum eingeräumt, kann sich die Rechtswidrigkeit aus einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ergeben, wenn die Behörde in vergleichbaren Fällen richtlinienkonform vorgegangen ist. Hat die Behörde bereits Subventio-

nen nach Maßgabe einer Richtlinie vergeben, haben die noch nicht begünstigten Bürger einen aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Gleichbehandlung. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet die Behörde, die Subventionen auch in Zukunft im Rahmen der zur Verfügung stehenden Mittel nach Maßgabe ihrer bisherigen Verwaltungspraxis zu vergeben. Wenn also eine Richtlinie von der Behörde in der Vergangenheit bei der Subventionsvergabe angewendet wurde, muss sie grundsätzlich auch bei Folgeanträgen angewendet werden.

Problematisch erscheint hier allerdings, dass die Umweltpremie gerade erst eingeführt wurde und daher von einer Verwaltungspraxis noch nicht gesprochen werden kann. Auch in derartigen Fällen steht dem Bürger aber ein aus Art. 3 Abs. 1 GG folgender Anspruch zu, und zwar im Hinblick auf die zukünftigen nach Maßgabe der Richtlinie zu entscheidenden Fälle. Der Bürger hat einen grundrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch darauf, dass die Behörde in seinem Fall so entscheidet, wie sie auch in Zukunft gemäß der Richtlinie entscheiden muß und entscheiden wird (sog. antizipierte Verwaltungspraxis).

Damit bestimmt sich die Rechtmäßigkeit des Bewilligungsbescheids gemäß der wegen Art. 3 Abs. 1 GG mit Außenrechtswirkung versehenen antizipierten Verwaltungspraxis nach Maßgabe der Richtlinie.

### b) Richtlinienkonformität des Zuwendungsbescheids

Fraglich ist also, ob die Bewilligung der Umweltpremie an A den Voraussetzungen der Richtlinie entsprach. Problematisch ist allein, ob die unterbliebene Verschrottung des VW Golf einen Verstoß gegen die Richtlinie bedeutet. Nach den unter Nr. 4.2 zu findenden Voraussetzungen bezüglich des Altfahrzeugs muß das Fahrzeug einer ordnungsgemäßen Verwertung sowie die Restkarosse einer ordnungsgemäßen weiteren Behandlung in einer Schredderanlage zugeführt werden. Dies ist nicht geschehen, da das Altfahrzeug des A nach Afrika verkauft wurde. Andererseits reicht es nach Nr. 6.1 der Richtlinie für die Antragstellung aus, wenn dem Antrag ein Verwertungsnachweis beiliegt und zugleich eine verbindliche Erklärung des Betreibers eines anerkannten Demontagebetriebs auf dem Antragsformular erfolgt ist, dass die Restkarosse des Altfahrzeugs zur Verschrottung einer Schredderanlage zugeführt wird. Diese Nachweise hat A beigebracht. Allerdings spricht Nr. 4.2 der Richtlinie eindeutig von der Verschrottung des Altfahrzeugs als Voraussetzung für die Gewährung der Prämie, ebenso ist in Nr. 1.1 die Verschrottung alter Personenkraftwagen als Ziel ausdrücklich genannt; demgegenüber erscheint die Art der Nachweisführung gemäß Nr. 6.1 ebenso wie auch die Fiktion hinsichtlich des Verschrottungszeitpunkts in Nr. 4.2 Punkt 3 nur als Verfahrensvereinfachung im Hinblick auf die Antragstellung. Würde das BAFA vom Verkauf alter Kraftfahrzeuge erfahren, bevor über eine bereits ordnungsgemäß beantragte Umweltpremie entschieden wurde, dürfte sie nach der Richtlinie trotz vollständiger Antragsunterlagen auch keinen positiven Bescheid erteilen, weil die Zuwendungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

Zum Zeitpunkt des Erlasses des Zuwendungsbescheids an A war sein altes Fahrzeug bereits verkauft und offenbar bereits auf dem Weg nach Afrika, daher entsprach die Prämienengewährung nicht den Richtlinien und war wegen Art. 3 Abs. 1 GG rechtswidrig.

### 3. Begünstigender Verwaltungsakt

Somit handelt es sich bei der Aufhebung des Zuwendungsbescheids um eine Rücknahme nach § 48 VwVfG. Da der Bescheid die Zahlung einer einmaligen Geldleistung zum Inhalt hat, kann die Rücknahme nur unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 VwVfG erfolgen. Hiernach darf ein solcher Bescheid nicht zurückgenommen

<sup>1</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 28 Rdnr. 39.



werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist.

#### a) Vertrauen

A hätte ohne die Einführung der Umweltprämie weder sein Altfahrzeug zur Verschrottung gegeben noch ein neues Fahrzeug erworben. Allerdings existierte der Verwaltungsakt zum Zeitpunkt der Vermögensdisposition noch nicht, sondern wurde erst einige Tage später erlassen. Es ist anerkannt, dass in besonders gelagerten Fällen das berechnete Vertrauen in einen lediglich angekündigten Verwaltungsakt Vertrauensschutz begründen kann, wenn im Vorgriff hierauf bereits Dispositionen getroffen wurden.<sup>2</sup> Dieselbe Interessenlage lässt sich auch hier finden: Auch wenn im konkreten Fall eine Ankündigung des VA durch das BAFA nicht stattgefunden hat, so lässt sich vertreten, dass die allgemeine Ankündigung durch die Bundesregierung, diese Prämie bei Erfüllung der Voraussetzungen bis zum Erreichen der Budgetgrenze auszuzahlen, Vertrauen begründet hat. A hat damit auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut.

*Lösungshinweis:* Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn die Bearbeiter hier – mit entsprechender Begründung – zu einem anderen Ergebnis kommen. Zur Ausschöpfung der vollen Punktzahl müsste dann die weitere Prüfung allerdings hilfsweise erfolgen.

#### b) Kein Berufen auf Vertrauen?

Nach § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG kann sich der Begünstigte unter bestimmten Umständen jedoch nicht auf Vertrauen berufen. Hier ist fraglich, ob A den Verwaltungsakt nach Nr. 2 durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig waren. Hier hat jedoch nicht A unrichtige Angaben gemacht, sondern die V-GmbH. Das Verhalten Dritter muß sich der durch einen VA Begünstigte jedoch nicht zurechnen lassen, wenn er auf diese Angaben keinen Einfluss und auch keine Kenntnis von der Unrichtigkeit hatte.<sup>3</sup> Beides ist hier der Fall, A kann sich also auf sein Vertrauen berufen.

#### c) Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Das Vertrauen des A muß weiterhin schutzwürdig sein. Dies ist nach § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG in der Regel der Fall, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. A hat das Geld – im Vorgriff auf seine Auszahlung – in ein neues Auto investiert; insofern ist die Leistung nicht verbraucht, da der Geldbetrag (anteilig) für eine Anschaffung im entsprechenden Wert eingesetzt wurde. A hat hierdurch aber eine Vermögensdisposition getroffen; dass ihm durch einen Verkauf des mittlerweile gebrauchten Neufahrzeugs in der gegenwärtigen Situation unzumutbare Nachteile entstehen können und er erhebliche Teile des investierten Geldes verlieren würde, ist nachvollziehbar. Sein Vertrauen ist daher schutzwürdig, die Rücknahme des Zuwendungsbescheids vom 5.2.2009 also rechtswidrig.

### IV. Ergebnis

Der Aufhebungsbescheid ist rechtswidrig.

### B. Aufgabe 2

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

## I. Zulässigkeit

### 1. Verwaltungsrechtsweg

Zunächst muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist nach § 40 VwGO der Fall, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und keine abdrängende Spezialzuweisung existiert. Eine Streitigkeit ist gemäß der Sonderrechtslehre öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist. Als Streitentscheidende Norm kommt hier neben Art. 3 Abs. 1 GG § 36 VwVfG in Betracht. Beide Normen gehören dem öffentlichen Recht an, die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Natur, und eine Spezialzuweisung existiert hier nicht. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

*Lösungshinweis:* Da hier kein Problem vorliegt, verbieten sich längere Ausführungen insbesondere zu den verschiedenen Theorien, die zur öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit vertreten werden.

### 2. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist statthaft, wenn er Sachurteilsvoraussetzung für ein späteres Klageverfahren ist. Dies ist nach § 68 VwGO der Fall, wenn eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage die richtige Klageart ist. Die Anfechtungsklage kommt in Betracht, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt wird. Hier möchte B jedoch nicht die Gewährung der Prämie angreifen, sondern nur die ihm zugleich auferlegte Verpflichtung, 2000 Euro zu spenden. Diese Verpflichtung ist als Nebenbestimmung zum begünstigenden Hauptverwaltungsakt, mit dem die Umweltprämie gewährt wird, zu qualifizieren. Für die Klärung der Frage, um was für eine Nebenbestimmung es sich handelt, ist auf ihren tatsächlichen Regelungsgehalt abzustellen, wobei die Bezeichnung durch die Behörde selbst nur ein Indiz ist. Im Zweifel ist die für den Betroffenen weniger belastende Art der Nebenbestimmung, also in der Regel die Auflage, anzunehmen.<sup>4</sup> Hier wurde die Spendenregelung – offenbar unreflektiert – mit der Überschrift „Bedingungen/Auflagen“ versehen, sie gibt daher über die Art der Nebenbestimmung noch keinen endgültigen Aufschluss. Da die Prämien gewährung nicht unter den Vorbehalt der Spende gestellt wird, ist diese Nebenbestimmung nicht als Bedingung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG zu qualifizieren, sondern als Auflage gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

Unabhängig von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es sich bei einer Nebenbestimmung um einen Verwaltungsakt handelt, wird heute von der Verwaltungsrechtsprechung vertreten, dass Nebenbestimmungen grundsätzlich isoliert anfechtbar sind, wenn sie im logischen Sinne vom Hauptverwaltungsakt geteilt werden können.<sup>5</sup> Dies ist hier gegeben, wie sich schon daran zeigt, dass die Umweltprämie normalerweise ohne Auflage gewährt wird.

Der Widerspruch ist statthaft.

### 3. Widerspruchsbefugnis

B ist widerspruchsbefugt, wenn er gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Nach der sog. Adressatentheorie ist dies bei einem belastenden Verwaltungsakt und damit auch bei einer belastenden Nebenbestimmung

<sup>2</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rdnr. 97.

<sup>3</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rdnr. 120.

<sup>4</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rdnr. 14.

<sup>5</sup> BVerwGE 60, 269; 112, 221.

der Fall, daneben kommt auch eine Verletzung von Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

#### 4. Form und Frist

Es sind keine Anhaltspunkte für Form- oder Fristverstöße ersichtlich.

#### 5. Zwischenergebnis

Der Widerspruch des B ist zulässig

### II. Begründetheit

Der isoliert gegen die Auflage gerichtete Widerspruch ist begründet, wenn die Auflage formell oder materiell rechtswidrig ist oder wenn ihr der erforderliche Sachzusammenhang zum HauptVA fehlt, wenn die Auflage vom HauptVA materiell abtrennbar ist und wenn sie den B in seinen Rechten verletzt.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Auflage ist § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt, der im Ermessen der Behörde steht, mit einer Auflage versehen werden darf. Die Subventionsvergabe stellt – so auch in Nr. 1.2 der Richtlinie festgehalten – eine Ermessensentscheidung dar.

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

##### a) Zuständigkeit

Das BAFA ist als zuständige Behörde für den Zuwendungsbescheid auch für den Erlass von Nebenbestimmungen zuständig.

##### b) Verfahren

Als Verfahrensmangel kommt hier nur die unterlassene Anhörung in Betracht. Gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG hat eine Anhörung stattzufinden, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift. Fraglich ist, ob hierunter auch der Erlass einer Auflage im Zusammenhang mit einem im übrigen begünstigenden Verwaltungsakt fällt. Nach der Rechtsprechung fallen begünstigende Verwaltungsakte nicht unter die Anhörungspflicht, auch nicht, wenn der Antrag auf Erlass eines solchen abgelehnt oder teilabgelehnt wird; eine Anhörung wird nur verlangt, wenn der Verwaltungsakt eine Rechtsbeeinträchtigung verursacht, die gegebenenfalls mit der Anfechtungsklage abgewehrt werden müßte.<sup>6</sup> Qualifiziert man die hier vorliegende Auflage als Verwaltungsakt, fällt sie, da belastend, unter die Anhörungspflicht. Tut man dies nicht, liegt es jedoch nahe, ebenfalls eine Anhörung zu fordern, wenn schon die isolierte Anfechtbarkeit zugelassen wird. Somit ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung im Fall eines begünstigenden Verwaltungsakts, der mit einer Auflage versehen wird, stets eine Anhörung für erforderlich hält.

Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG ist die unterlassene Anhörung jedoch unbeachtlich, wenn sie bis zum Abschluß der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt wird. Durch die Einlegung des Widerspruchs ist die Heilung eingetreten.

#### c) Form

Anhaltspunkte für Formfehler sind nicht ersichtlich. Die Nebenbestimmung ist in formell rechtmäßiger Weise ergangen.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

#### a) Voraussetzungen § 36 VwVfG

Nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG darf ein Verwaltungsakt, der im Ermessen der Behörde steht, mit einer Auflage versehen werden. Die Subventionsvergabe stellt, wie erwähnt, eine Ermessensentscheidung dar.

Allerdings darf eine Nebenbestimmung nach § 36 Abs. 3 VwVfG dem Zweck des Verwaltungsakts nicht zuwiderlaufen. Hiernach sind Nebenbestimmungen nur dann zulässig, wenn sie dem Zweck des VA in der Hauptsache dienen; nicht ausreichend ist es, dass die Nebenbestimmung nur irgendeinem legitimen Verwaltungszweck dient. Zweck des Hauptverwaltungsakts ist es, gemäß der Richtlinie die Verschrottung alter und den Absatz neuer Personenkraftfahrzeuge zu fördern. Dieses primär wirtschaftspolitische Ziel erreicht der Zuwendungsbescheid für B auch ohne die Auflage. Die in Nr. 1.1 ebenfalls deutlich werdende Umweltabsicht wird im konkreten Fall des B wahrscheinlich nicht erfüllt, deren Konkretisierung in den Zuwendungsvoraussetzungen der Richtlinie erfüllt das neue Fahrzeug des B jedoch. Daher wird hier durch die Auflage der Zweck des Hauptverwaltungsakts nicht unterstützt, sondern teilweise aufgehoben und geradezu konterkariert.

Daneben liegt ein Verstoß gegen die von Art. 3 Abs. 1 GG antizipierte Verwaltungspraxis vor, da S eigenmächtig gehandelt hat.

#### b) Materielle Teilbarkeit

Die Rechtsprechung fordert für die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung weiterhin, dass diese vom Haupt VA auch in materieller Hinsicht teilbar ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Restverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung rechtswidrig wäre.<sup>7</sup> Hier ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb der Zuwendungsbescheid ohne die Auflage nicht rechtmäßig sein sollte.

Die Auflage ist materiell rechtswidrig.

### 4. Verletzung des B in eigenen Rechten

Als Adressat der rechtswidrigen Anordnung, eine Spende zu leisten, ist A in eigenen Rechten verletzt. Auch eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG kommt in Betracht, da B die 2000 Euro aus seinem Eigentum leisten soll.

### III. Ergebnis

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

<sup>6</sup> BVerwGE 66, 184, 186; 68 267, 270.

<sup>7</sup> BVerwGE 60, 274; 81, 186.

# Sozialhilferecht

## Sachverhalt:<sup>1</sup>

Herr Paul P (67 Jahre alt, verwitwet) hat in der Zeit von Oktober 2001 bis Juni 2006 vom zuständigen Träger der Sozialhilfe (kreisfreie Stadt D) Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII (bis zum 31.12.2004 nach dem Bundessozialhilfegesetz) in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von insgesamt 32.570,00 € erhalten. Auf Grund der Bewilligung der Regelaltersrente mit Vollendung des 65. Lebensjahres nach § 35 SGB VI konnten die Sozialhilfeforderungen zum 30.06.2006 eingestellt werden.

Wegen der Folgen eines Schlaganfalls erhält Herr Paul P seit dem 01.07.2008 vom Sozialamt der Stadt D Leistungen im Rahmen der Hilfe zur häuslichen Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII. Die erforderlichen Pflegeleistungen werden von einem anerkannten Pflegedienst und der in der Nachbarschaft lebenden Tochter Maria M ausgeführt.

Die für Herrn P zuständige Pflegekasse hat die Pflegestufe II (Schwerpflegebedürftige) anerkannt und erbringt für den Einsatz des Pflegedienstes ebenfalls seit dem 01.07.2008 die maximale Sachleistung nach § 36 SGB XI in Höhe von 980,00 € monatlich. Der Sozialhilfeträger übernimmt bedarfsdeckend die von der Pflegekasse nicht gedeckten angemessenen Kosten für den Einsatz einer besonderen Pflegekraft eines anerkannten Pflegedienstes von monatlich 1.050,00 € nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII und leistet daneben ein im Rahmen der Leistungskonkurrenz (vgl. § 66 Abs. 2 Satz 2 SGB XII) gekürztes Pflegegeld von monatlich 200,00 € nach § 64 Abs. 2 SGB XII i. V. m. § 37 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB XI.

Am 28.02.2009 verstirbt Herr P und hinterlässt seinen beiden Töchtern (Maria M und Elisabeth E) lt. Testament je zur Hälfte die von ihm bis zu seinem Tod bewohnte 52 qm große schuldenfreie Eigentumswohnung. Der aktuelle Verkehrswert der Wohnung beläuft sich lt. eines aktuellen Wertgutachtens auf 59.000,00 €. Die Kosten für die standesgemäße Beerdigung, die Trauerfeier, die Erstbepflanzung der Grabstätte und den Grabstein betragen nach der Rechnungslegung der beiden Töchter insgesamt 6.500,00 €.

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Erbringung von Leistungen im Rahmen der Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII wurden vom Träger der Sozialhilfe seinerzeit angemessene Kosten der Unterkunft von monatlich 223,00 € und der Bezug einer Regelaltersrente von monatlich 890,00 € (netto) berücksichtigt.

Wie sich allerdings bei der Abwicklung des Falles herausstellt, erhielt Herr P von seinem ehemaligen Arbeitgeber seit Eintritt in den Ruhestand eine Betriebsrente (seit dem 01.07.2008 von monatlich 185,00 €), deren Bezug er dem Sozialhilfeträger offensichtlich nicht angezeigt hatte, obwohl er sowohl bei der Antragstellung als auch bei den jeweiligen schriftlichen Bescheiden auf seine Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 ff. SGB I hingewiesen wurde, insbesondere auf seine Verpflichtung, vollständige und korrekte Angaben über die Einkommens- und Vermögenssituation zu machen und Änderungen seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse dem Leistungsträger umgehend mitzuteilen.

## Aufgabe:

Prüfen Sie gutachtlich, in welchem Umfang der Träger der Sozialhilfe (Stadt D) von den Erben Kostenersatz nach dem SGB XII ver-

langen kann. Dabei ist auf die formellen Voraussetzungen für die ggf. zu erlassenen Verwaltungsakte nicht einzugehen.

## Bearbeitungshinweise:

1. Höhe des Eckregelsatzes ab dem 01.07.2008 351,00 €
2. Es ist davon auszugehen, dass die Leistungen im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz und dem 3. Kapitel SGB XII in der genannten Höhe rechtmäßig erbracht wurden und die Eigentumswohnung des Herrn P vom Sozialhilfeträger als geschütztes Vermögen bewertet wurde.
3. Es ist davon auszugehen, dass die Entscheidung des Sozialhilfeträgers über das Vorliegen der Voraussetzungen nach dem 7. Kapitel SGB XII rechtmäßig war.
4. Auf die Vorschrift des § 105 Abs. 2 SGB XII ist nicht einzugehen.
5. Auszug aus dem Sechsten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) – Gesetzliche Rentenversicherung – in der am 01.06.2006 gültigen Fassung:

## § 35 Regelaltersrente

Versicherte haben Anspruch auf Altersrente, wenn sie

1. das 65. Lebensjahr vollendet und
2. die allgemeine Wartezeit erfüllt haben.

## Lösung:

Eine Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe besteht in den Fällen der §§ 102 bis 105 SGB XII. Im vorliegenden Fall könnte Kostenersatz wegen zu Unrecht erbrachter Leistungen (§ 104 SGB XII) und Kostenersatz durch Erben (§ 102 SGB XII) in Betracht kommen. Die Prüfung beider Vorschriften ist erforderlich, da die Kostenersatzpflicht der Erben nach § 102 SGB XII nur im Falle der **rechtmäßig** gewährten Sozialhilfe besteht.<sup>2</sup>

## 1 Erstattung zu Unrecht erbrachter Leistungen nach § 104 SGB XII

Zum Ersatz der Kosten für zu Unrecht erbrachte Leistungen der Sozialhilfe ist in entsprechender Anwendung des § 103 SGB XII verpflichtet, wer die Leistungen durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt hat (§ 104 Satz 1 SGB XII). Eine Verpflichtung zum Kostenersatz nach § 50 SGB X bleibt unberührt (vgl. § 103 Abs. 4 Satz 1 SGB XII). Liegen die Voraussetzungen nach bei-

\* Michael Grosse ist Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW im Fach Sozialrecht.

1 Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als Staatsprüfungsklausur im Fach Sozialrecht vom Landesprüfungsamt für Verwaltungslaufbahnen für die Staatsprüfung 2009 ausgewählt wurde und der von den Studentinnen und Studenten des Fachbereichs kommunaler Verwaltungsdienst zu bearbeiten war. Für die Bearbeitung standen insgesamt vier Zeitstunden zur Verfügung. Als Hilfsmittel waren alle unkommentierten Gesetzestexte zugelassen

2 Vgl. Grube/Wahrendorf, SGB XII, 2. Auflage, Rn. 5 zu § 102 SGB XII (mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung).

den Rechtsvorschriften gleichzeitig vor und ist der Hilfeempfänger selbst Verursacher der rechtswidrigen Leistung, so geht der Anspruch aus § 104 SGB XII dem Erstattungsanspruch nach § 50 Abs. 1 SGB X gemäß § 37 Satz 1 Halbsatz 1 SGB I vor.<sup>3</sup>

Eine Kostenersatzforderung wegen zu Unrecht erbrachter Leistungen der Sozialhilfe könnte auch auf § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB XII gestützt werden. Danach ist zum Kostenersatz auch verpflichtet, wer als leistungsberechtigte Person oder deren Vertreter die Rechtswidrigkeit des der Leistung zu Grunde liegenden Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

Mit der Regelung knüpft das Gesetz erkennbar an § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X an, wonach in Fällen der Kenntnis der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes oder der grob fahrlässigen Unkenntnis der Verwaltungsakt mangels Vertrauensschutzes zurückgenommen werden kann. Mit der Vorschrift werden Tatbestände erfasst, die **nicht** auf einem **Verhalten** der leistungsberechtigten Person oder ihres Vertreters beruhen.<sup>4</sup> Dies dürften insbesondere die Fälle sein, in denen die Behörde die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes zu vertreten hat.<sup>5</sup>

**1.1 Voraussetzungen für die Kostenersatzforderung nach § 104 SGB XII**

Um eine Kostenersatzforderung nach § 104 SGB XII gelten machen zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

**1.1.1 Zu Unrecht erbrachte Leistungen**

Die Sozialhilfe ist zu ersetzen, wenn es sich um zu Unrecht erbrachte Leistungen handelt. Tatbestandsvoraussetzung ist somit die Rechtswidrigkeit und Aufhebung der (begünstigenden) Verwaltungsakte.

**1.1.1.1 Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte**

Ein Verwaltungsakt ist rechtswidrig u. a., wenn sich herausstellt, dass der Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grunde lag, zum Zeitpunkt des Erlasses nicht zutreffend war oder der Verwaltungsakt gegen geltendes Recht verstößt (also fehlerhaft ist).

Die Rechtswidrigkeit könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass sich das bei Beantragung der Leistungen der Hilfe zur Pflege verschwiegene Einkommen des Herrn P (Betriebsrente) bei der Ermittlung des zumutbaren Einkommenseinsatzes Leistungsmindernd ausgewirkt hätte. Insofern ist eine „rückwirkende“ Prüfung der wirtschaftlichen Voraussetzungen nach dem 11. Kapitel SGB XII für die Leistungen der Hilfe zur Pflege unter Einbeziehung der Betriebsrente durchzuführen.

Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII werden nach § 19 Abs. 3 SGB XII nur geleistet, wenn die Aufbringung der Mittel den dort genannten Personen nicht zuzumuten ist. Im vorliegenden Fall ist der Leistungsanspruch ausschließlich abhängig vom Einkommen und Vermögen des Herrn P als leistungsberechtigte Person. Das 11. Kapitel SGB XII enthält grundsätzliche Bestimmungen über den Einsatz des Einkommens in den §§ 82 bis 84 SGB XII und Bestimmungen über die Zumutbarkeit des Einkommenseinsatzes in den §§ 85 bis 89 SGB XII.

Gemäß § 85 Abs. 1 SGB XII ist der nachfragenden Person die Aufbringung der Mittel nicht zuzumuten, wenn während der Dauer des Bedarfs das monatliche Einkommen der nachfragenden Person eine nach § 85 Abs. 1 SGB XII zu berechnende Einkommensgrenze nicht übersteigt.

Zum Einkommen gehören alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert, unabhängig von ihrer Herkunft, Rechtsnatur und Steuerpflicht

(vgl. § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII i. V. m. § 1 VO zu § 82 SGB XII). Sowohl die Altersrente als auch die Betriebsrente des Herrn P sind Einkünfte im Sinne des § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII. Die in § 82 Abs. 1 SGB XII genannten Ausnahmen sind vorliegend nicht einschlägig. Auch die §§ 83 und 84 SGB XII sowie spezialgesetzliche Regelungen stehen einer grundsätzlichen Berücksichtigung nicht entgegen. Hinweise auf eine Bereinigung des Einkommens sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Damit war ein Gesamteinkommen von 1.075,00 € zu berücksichtigen.

Da Herr P als nachfragende Person nicht minderjährig war, wird die Einkommensgrenze im vorliegenden Fall nach § 85 Abs. 1 SGB XII berechnet und setzt sich aus folgenden Positionen zusammen:

• einem Grundbetrag in Höhe des zweifachen Eckregelsatzes (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII)	702,00 €
• den angemessenen Kosten der Unterkunft (§ 85 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII)	223,00 €
<b>Einkommensgrenze</b>	<b>925,00 €</b>

Unter Berücksichtigung der Betriebsrente übersteigt das zu berücksichtigende Einkommen die maßgebende Einkommensgrenze um 150,00 €. Soweit das zu berücksichtigende Einkommen die Einkommensgrenze übersteigt, ist die Aufbringung der Mittel nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB XII in angemessenem Umfang zuzumuten.

Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes „angemessen“ sind die Vorgaben des § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB XII zu beachten. Danach sind insbesondere die Art des Bedarfs, die Art oder Schwere der Behinderung oder der Pflegebedürftigkeit, die Dauer und Höhe der erforderlichen Aufwendungen sowie besondere Belastungen der nachfragenden Person oder ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen zu berücksichtigen. Daneben ist die Sonderregelung des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII zu beachten, wonach der Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze bei schwerstpflegebedürftigen Menschen nach § 64 Abs. 3 SGB XII in Höhe von mindestens 60 v. H. nicht zuzumuten ist.

Hinweise auf die Berücksichtigung zusätzlicher Aufwendungen und besonderer Belastungen sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Bei den relevanten Leistungen im Rahmen der Hilfe zur Pflege für Herrn P handelt es sich um langfristige bzw. dauerhafte Bedarfe einer schwerpflegebedürftigen Person. Daher ist es in Anlehnung an die Regelung des § 87 Abs. 1 Satz 3 SGB XII sachgerecht, den Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze in Höhe von 60 v. H. (also 90,00 €) zu fordern.<sup>6</sup>

Im Ergebnis ist festzustellen, dass Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII für den Zeitraum vom 01.07.2008 bis 28.02.2009 in Höhe von insgesamt 720,00 € (90,00 € x 8 Monate) rechtswidrig erbracht worden sind.

3 Andere Auffassung, Kommentar SGB XII – Sozialhilfe, Rn. 9 – 10 zu § 104 SGB XII im Sinne einer Anspruchskonkurrenz zwischen § 104 SGB XII und § 50 SGB X bei Personenidentität zwischen Verursacher und Leistungsempfänger mit der Folge, dass die Auswahl der Anspruchsgrundlage dem Ermessen des Sozialhilfeträgers unterliegt. Für den vorliegenden Fall wäre eine Abwicklung über § 50 SGB X ebenfalls vertretbar.

4 Vgl. Hauck/Noftz, Kommentar SGB XII – Sozialhilfe, Rn. 14 zu § 103 SGB XII.

5 Eine Kostenersatzforderung auf der Grundlage des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB XII wäre ebenfalls vertretbar.

6 Auch ein anderes Ergebnis (z. B. 75 v. H. des Einkommens über der Einkommensgrenze) wäre mit einer entsprechenden Begründung vertretbar.

### 1.1.1.2 Aufhebung der Verwaltungsakte

Da die der Entscheidung über die Hilfestellung zugrunde liegenden Verwaltungsakte auch im Falle der Rechtswidrigkeit einen Rechtsgrund für das „Behaltendürfen“ der erbrachten Leistung darstellen (vgl. § 39 Abs. 2 SGB X), bedarf es einer Aufhebung der Verwaltungsakte, bevor unter den beschriebenen Voraussetzungen Kostenersatz gefordert werden kann. Entsprechend stellt § 103 Abs. 4 SGB XII klar, dass die Vorschriften über die Aufhebung von Verwaltungsakten einschließlich des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nach den §§ 44 bis 50 SGB X unberührt bleiben.

Die Aufhebung der Verwaltungsakte könnte durch eine Rücknahme nach § 45 SGB X erfolgen, da es sich im vorliegenden Fall hinsichtlich der Sozialhilfeleistung um die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte handelt. Die materielle Rechtswidrigkeit muss objektiv und anfänglich sein, also bereits bei **Erläss** des ggf. zu korrigierenden Verwaltungsaktes bestanden haben.

Die nachfolgende Prüfung muss sich im vorliegenden Fall auf die Rücknahme der Verwaltungsakte für die **Vergangenheit** beziehen.

Soweit ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat, rechtswidrig ist, darf er nur unter den Einschränkungen und Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 bis 4 SGB X mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (vgl. § 45 Abs. 1 SGB X). Gemäß § 45 Abs. 4 Satz SGB X wird der Verwaltungsakt nur in den Fällen von Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 Satz 2 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt darf gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und das Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig ist.

Sofern die Vorschrift des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X Anwendung findet, sind andere Aspekte des Vertrauensschutzes nicht (mehr) zu prüfen.

Nach § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X kann sich der Begünstigte nicht auf Vertrauen berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat.

Wie bereits festgestellt wurde, hat Herr P durch das pflichtwidrige Verschweigen seiner Betriebsrente zumindest grob fahrlässig gehandelt und kann sich somit nicht auf Vertrauen berufen. Damit dürfen die erlassenen Verwaltungsakte zurückgenommen werden. Der zuständige Leistungsträger muss dies innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen (vgl. § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X). Das Recht zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte (Bewilligungsbescheide) nach § 45 SGB X steht dem Träger der Sozialhilfe auch gegenüber dem Erben des Hilfeempfängers zu.<sup>7</sup>

Die Entscheidung über die Aufhebung der Verwaltungsakte steht im **Ermessen** („darf“) der zuständigen Behörde. Die generelle und weitgehende Ermessenskompetenz wird dem Leistungsträger damit für alle Fälle eingeräumt, in denen die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes – insbesondere im Hinblick auf das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen – tatbestandsmäßig zulässig ist. Von einer Rücknahme ist allenfalls (ausnahmsweise) abzusehen, wenn dies wegen besonders wichtiger Gründe gerechtfertigt ist. Anhaltspunkte dafür, dass im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 45 Abs. 1 SGB X von einer Rücknahme abgesehen ist, enthält der Sachverhalt nicht.

### 1.1.2 Vollendung des 18. Lebensjahres

Der Verursacher muss zum Zeitpunkt der schuldhaften Handlung das 18. Lebensjahr vollendet haben (vgl. § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Herr P hatte zum Zeitpunkt der Verpflichtung zur korrekten und vollständigen Darlegung seiner Einkommensverhältnisse das 18. Lebensjahr überschritten.

#### 1.1.3 Herbeiführung durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten

Zum Ersatz der Kosten zu Unrecht erbrachter Leistungen ist nach § 104 Satz 1 SGB XII in entsprechender Anwendung des § 103 SGB XII verpflichtet, wer die Leistungen durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt hat.

Unter Vorsatz ist nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 276 BGB) das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu verstehen. Grobe Fahrlässigkeit im Sinne der Definition des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X liegt vor, wenn die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird. Dabei ist jeweils vorauszusetzen, dass die Fähigkeit besteht, die Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens einzusehen bzw. die Folgen der Handlung zu erkennen. Erforderlich ist insoweit die der Sachlage angemessene Sorgfalt, die nach allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Person des Begünstigten erwartet werden durfte. Ausschlaggebend für die Frage, ob der Begünstigte grob fahrlässig gehandelt hat, ist also nicht ein objektiv abstrakter Sorgfaltsmaßstab sondern die subjektive Schuldfähigkeit.

Das vorsätzliche oder grob fahrlässige Verhalten kann aus einem aktiven Tun oder aus einem Unterlassen entgegen einer bestehenden Handlungspflicht resultieren. Dies ist insbesondere beim Verschweigen von wesentlichen Tatsachen entgegen der nach § 60 Abs. 1 SGB I bestehenden Mitwirkungspflicht der Fall.

Herr P hat den Bezug der Betriebsrente gegenüber dem Träger der Sozialhilfe nicht angezeigt, obwohl ihm die Pflicht zur Anzeige bekannt war und er auf der Grundlage der Sozialhilfebescheide (Berechnung der zumutbaren Eigenleistung) Auswirkungen auf die Höhe der Sozialhilfeleistungen nicht ausschließen durfte.

Damit hat Herr P vorsätzlich, zumindest aber grob fahrlässig gehandelt und dadurch die Leistung (in der Höhe rechtswidrig) herbeigeführt.

#### 1.1.4 Kausalität zwischen Verhalten des Verursachers und Hilfestellung

Die Kostenersatzpflicht setzt weiterhin voraus, dass die Hilfestellung im Sinne eines Kausalzusammenhangs unmittelbare Folge des schuldhaften Verhaltens gewesen sein muss. Soweit eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlung dazu geführt hat, dass Leistungen der Sozialhilfe zu Unrecht gewährt wurden, liegt Kausalität zwischen dem Verhalten des Verursachers und der Hilfestellung vor.

Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Einkommensverhältnisse wäre Hilfe zur Pflege nur in geringerer Höhe geleistet worden. Kausalität ist bezüglich der Differenz (d. h. in Höhe der rechtswidrig erbrachten Hilfe) gegeben.

#### 1.1.5 Verjährungs- und Erlöschensfristen

Fristenregelungen können vorliegend einer Verpflichtung zum Kostenersatz nicht entgegenstehen, da bestehende Fristen (insbesondere die 3-Jahresfrist nach § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) nicht überschritten sind.

<sup>7</sup> Vgl. Urteil VGH Baden-Württemberg vom 26.04.1990, 6 S 1903/88, FEVS 41, 392.

Damit liegen die Voraussetzungen für eine Kostenersatzforderung nach § 104 SGB XII grundsätzlich vor.

## 1.2 Übergang der Verpflichtung zum Kostenersatz auf die Erben

Die eingetretene Verpflichtung zum Kostenersatz geht im Rahmen der Nachlassverbindlichkeiten auf die Erben über (vgl. § 103 Abs. 2 SGB XII). Da der Kostenersatzanspruch kraft Gesetzes entsteht, geht die Verpflichtung auf die Erben über, ohne dass sie zu Lebzeiten des Erblassers (Verursachers) bereits hätte geltend gemacht werden müssen. Aufgrund des Verweises auf § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB XII haftet der Erbe mit dem Wert des im Zeitpunkt des Erbfalles vorhandenen Nachlasses und kann sich insoweit nicht auf den Wegfall der Erbschaft berufen.

Wer Erbe ist, bestimmt sich im vorliegenden Fall durch die letztwillige Verfügung des Leistungsempfängers, da ein Testament vorliegt (vgl. § 1937 BGB). Erben des Herrn P sind seine beiden Töchter Maria M und Elisabeth E zu jeweils 1/2. Sie sind jeweils kostenersatzpflichtig in Höhe der hälftigen zu Unrecht erbrachten Sozialhilfe (also 360,00 €). Durch einen erforderlichen Leistungsbescheid wird die Rückforderung zu einer Nachlassverbindlichkeit im Sinne von § 1967 BGB.

Von der Heranziehung zum Kostenersatz kann abgesehen werden, soweit sie eine Härte bedeuten würde (§ 103 Abs. 1 Satz 3 SGB XII). Der Begriff „Härte“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Auslegung der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Welche Konsequenzen der Träger der Sozialhilfe aus einer im Einzelfall festgestellten Härte zieht, ist zwar grundsätzlich in sein Ermessen gestellt („kann“) – ist jedoch eine Härte einmal festgestellt, wäre jedenfalls eine volle Heranziehung zum Kostenersatz ermessensfehlerhaft.

Eine **Härte** im Sinne dieser Vorschrift kann u. a. darin liegen, dass im Hinblick auf die dauerhafte wirtschaftliche Situation des Kostenersatzpflichtigen die Rückzahlung nur unter finanziellen Einschränkungen oder nur über einen längeren Zeitraum möglich ist.

Da die Kostenersatzpflicht auf den Wert des im Zeitpunkt des Erbfalles vorhandenen Nachlasses begrenzt ist (vgl. § 103 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB XII) kann auch im Hinblick auf die Höhe der zu ersetzenden Aufwendungen davon ausgegangen werden, dass die Pflicht zum Kostenersatz für die Erben des Herrn P keine Härte im Sinne des § 103 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bedeutet.

## 2 Kostenersatz durch Erben nach § 102 SGB XII

Neben der Verpflichtung zum Kostenersatz nach § 104 i. V. m. § 103 Abs. 2 SGB XII, wonach die Ersatzpflicht des verstorbenen Leistungsempfängers als Nachlassverbindlichkeit auf die Erben übergeht (unselbständige Erbenhaftung), kann den Erben auch eine über die Ersatzpflicht des Erblassers hinausgehende eigenständige Ersatzpflicht treffen (selbständige Erbenhaftung). Dabei sind die Bestimmungen der §§ 102 und 103 Abs. 2 SGB XII ggf. nebeneinander anzuwenden.

Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist der Erbe der leistungsberechtigten Person unter bestimmten Voraussetzungen und Einschränkungen zum Ersatz der rechtmäßig erbrachten Kosten der Sozialhilfe verpflichtet. Die nachfolgende Prüfung bezieht sich insoweit auf die in der Zeit von März 2001 bis Juni 2006 für Herrn P (lt. Bearbeitungshinweis rechtmäßig) erbrachte Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG bzw. nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 32.570,00 € sowie auf den Teil der Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem 7. Kapitel SGB XII, der rechtmäßig für den Zeitraum vom 01.07.2008 bis 28.02.2009 erbracht worden ist (1.160,00 € x 8 Monate = 9.280,00 €).

Ein auf den Nachlass bezogener Kostenersatz nach § 102 SGB XII kommt regelmäßig nur in Betracht, wenn der Träger der Sozialhilfe Vermögen der leistungsberechtigten Person bzw. ihres nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners bei der Entscheidung über die Hilfe als geschützt gemäß § 90 Abs. 2 bzw. Abs. 3 (Härteregelung) SGB XII bewertet und einen Einsatz nicht gefordert hat. Nach § 102 Abs. 2 Satz 1 SGB XII gehört die Ersatzpflicht der Erben zu den Nachlassverbindlichkeiten.

Die Kostenersatzpflicht nach § 102 SGB XII ist insbesondere abhängig von der Art und Höhe sowie vom Zeitraum der geleisteten Sozialhilfe, der Person des Erben und der Höhe des Nachlasses.

### 2.1 Zu berücksichtigende Sozialhilfearwendungen

Verstirbt die leistungsberechtigte Person oder vor ihr der nicht getrennt lebende Ehegatte oder Lebenspartner, sind die Erben verpflichtet, die **in den letzten 10 Jahren** vor dem Erbfall aufgewendeten Kosten der Sozialhilfe zu ersetzen, sofern diese das Dreifache des Grundbetrages nach § 85 Abs. 1 SGB XII (also 702,00 € x 3 = 2.106,00 €)<sup>8</sup> übersteigen (vgl. § 102 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Für die Höhe dieses Freibetrages ist der Zeitpunkt des Erbfalles entscheidend, auch wenn der Kostenersatz erst zu einem späteren Zeitpunkt geltend gemacht wird.<sup>9</sup>

Eine Kostenersatzpflicht besteht nicht,

- wenn die leistungsberechtigte Person Erbe ihres Ehegatten oder Lebenspartners ist (vgl. § 102 Abs. 1 Satz 4 SGB XII) und sich ihr Vermögen durch den Nachlass zwar erhöht, jedoch nach § 90 Abs. 1 SGB XII unmittelbar zu berücksichtigen ist,
- für Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII (vgl. § 102 Abs. 5 Alt. 1 SGB XII) und
- wenn es sich um vor dem 01.01.1987 gewährte Tuberkulosehilfe handelt (vgl. § 102 Abs. 5 Alt. 2 SGB XII).<sup>10</sup>

Vorliegend sind Leistungen im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt und der Hilfe zur Pflege für Herrn P erbracht worden, so dass die genannten Einschränkungen hier nicht relevant sind. Innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Erbfall sind insgesamt 41.850,00 € erstattungsfähige Sozialhilfekosten aufgewendet worden. Von diesem Betrag ist der Freibetrag nach § 102 Abs. 1 Satz 2 SGB XII in Höhe von 2.106,00 € abzusetzen, so dass für den weiteren Verlauf der Prüfung von einem **maximalen Kostenersatz** von **39.744,00 €** auszugehen ist.

### 2.2 Erbenhaftung / Höhe des Nachlasses

Der Erbe haftet mit dem Wert des im Zeitpunkt des Erbfalles vorhandenen Nachlasses (§ 102 Abs. 2 Satz 2 SGB XII). Als Wert des Nachlasses ist das in Geld zu veranschlagende Aktivvermögen unter Berücksichtigung der Nachlassverbindlichkeiten anzusehen. Auch die Kosten einer standesgemäßen Beerdigung (vorliegend 6.500,00 €) sind vom Nachlass in Abzug zu bringen.<sup>11</sup> Gleiches gilt für die nach § 104 SGB XII zurückzufordernden Leistungen der Hilfe zur Pflege in Höhe von insgesamt 720,00 €. Unter Berücksichtigung dieser

<sup>8</sup> Beträge in NRW, Stand 01.07.2008.

<sup>9</sup> Vgl. Schellhorn/Schellhorn/Hohm, Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe, 17. Auflage, Rn. 14 zu § 102 SGB XII.

<sup>10</sup> Die Regelung ist durch Zeitablauf gegenstandslos geworden.

<sup>11</sup> Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 05.04.2001, 12 A 10133/01, FEVS 52, 573 = ZfSH/SGB 2003, 25.

Beträge ist von einem „Netto-Nachlass“ in folgender Höhe auszugehen:

Wert des Nachlasses / Aktivvermögen (ETW)	59.000,00 €
./ Beerdigungskosten	6.500,00 €
./ Rückforderungsanspruch aus § 104 SGB XII	720,00 €
= Netto-Nachlass	51.780,00 €

Weiterhin ist zu ermitteln, in welcher Höhe Freibeträge im Hinblick auf den Nachlass zu berücksichtigen sind. Ein Anspruch auf Kostenersatz ist nicht geltend zu machen, soweit der Wert des Nachlasses unter dem Dreifachen des Grundbetrages nach § 85 Abs. 1 SGB XII liegt (vgl. § 102 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII). Da sich der Freibetrag allein auf den Wert des Nachlasses bezieht, kann dieser – auch bei mehreren Erben – nur einmal berücksichtigt werden.

Die Berücksichtigung eines Freibetrages nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII in Höhe von 15.340,00 € setzt voraus, dass der Erbe der Ehegatte oder Lebenspartner der leistungsberechtigten Person oder mit dieser verwandt ist, nicht nur vorübergehend bis zum Tod der leistungsberechtigten Person mit dieser in häuslicher Gemeinschaft gelebt und sie gepflegt hat. Frau M hat ihren Vater zwar bis zu dessen Tod gepflegt, aber nicht mit ihm in häuslicher Gemeinschaft gelebt. Sie ist damit kein „privilegierter“ Erbe im Sinne des § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII.

Damit ist von einem Freibetrag für beide Erben jeweils in Höhe der Hälfte des Grundbetrages nach § 85 Abs. 1 SGB XII (702,00 € x 3/2 = 1.053,00 €) auszugehen. Bei der Gegenüberstellung des Nachlasses mit den geschützten Beträgen ergibt sich hiernach folgendes

Erben Ersatzpflichtige	Frau E	Frau M
Berücksichtigungsfähiger Nachlass (insgesamt 51.780,00 €)	25.890,00 €	25.890,00 €
Freibetrag nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII	1.053,00 €	1.053,00 €
In Anspruch zu nehmender Nachlass	24.837,00 €	24.837,00 €
Zu berücksichtigenden Sozialhilfearaufwendungen(maximaler Kostenersatz insgesamt 39.744,00 €)	19.872,00 €	19.872,00 €

Ergebnis:

Damit ist eine Kostenersatzforderung gegenüber den Erben im Hinblick auf die Höhe der Sozialhilfearaufwendungen auf jeweils 19.872,00 € begrenzt.

### 2.3 Absehen von der Heranziehung (Härteregelung)

Soweit die Inanspruchnahme der Erben nach der Besonderheit des Einzelfalles eine **besondere Härte** bedeuten würde, ist ein Kostenersatz nicht oder nur in reduzierter Höhe („soweit“) geltend zu machen (vgl. § 102 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII).

Der unbestimmte Rechtsbegriff „besondere Härte“ ist in diesem Zusammenhang eng auszulegen, da es sich um einen Ausnahmetatbestand handelt. Im Einzelfall müssen gewichtige Gründe persönli-

cher oder wirtschaftlicher Art in der Person des Erben vorliegen, die den jeweiligen Einzelfall als atypisch charakterisieren. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die Voraussetzungen des § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII nur deshalb nicht erfüllt sind, weil die pflegende Person mit dem Empfänger der Sozialhilfe nicht verwandt war oder weil die pflegende Person – wie im vorliegenden Fall – nicht in häuslicher Gemeinschaft mit dem verstorbenen Hilfeempfänger gelebt hat.<sup>14</sup>

Durch die Anerkennung des Freibetrages nach Nr. 2 soll in bestimmten Fällen der häuslichen Pflege der Einsatz von Angehörigen honoriert und eine Privilegierung gegenüber anderen (nicht pflegenden) Erben erreicht werden. Sofern Frau M mit ihrem Vater bis zu dessen Tod in häuslicher Gemeinschaft gelebt hätte, hätte sie durch die Berücksichtigung des Freibetrages nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII aus dem Nachlass mit lediglich 10.550,00 € (25.890,00 € abzgl. 15.340,00 €)<sup>15</sup> in Anspruch genommen werden können.

Allerdings wäre es nicht sachgerecht, den Erben bzw. Verwandten der leistungsberechtigten Person über die Härteregelung des § 102 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII einen in der Höhe identischen Freibetrag (wie in Nr. 2 vorgesehen) einzuräumen.

Um im Ergebnis eine deutliche Besserstellung der Frau M gegenüber ihrer (nicht pflegenden) Schwester zu erzielen, ist es vertretbar, die Kostenersatzforderung im Rahmen der Härteregelung auf 15.211,00 € (zu berücksichtigende Sozialhilfearaufwendungen abzgl. 50 v. H. der Differenz zu 10.550,00 €) zu reduzieren.

Damit sind im Rahmen der selbständigen Erbenhaftung nach § 102 SGB XII zu fordern von

- Frau E = 19.872,00 € und von
- Frau M = 15.211,00 €.

Sofern die Voraussetzungen der Erbenhaftung nach § 102 Abs. 1 SGB XII gegeben sind und ein Rückgriff auf den Erben auch nicht oder nur teilweise nach Abs. 3 ausgeschlossen ist, muss der Träger der Sozialhilfe vom Ersatzpflichtigen Kostenersatz fordern. Die Entscheidung, ob der Erbe zum Kostenersatz herangezogen wird, steht nicht im Ermessen des Leistungsträgers.

### 2.4 Geltendmachung des Kostenersatzanspruchs

Der Anspruch auf Kostenersatz ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, der kraft Gesetzes entsteht und im Einzelfall vom Träger der Sozialhilfe durch Verwaltungsakt (Leistungsbescheid) zu konkretisieren ist. Hierfür ist in § 102 Abs. 4 Satz 1 SGB XII eine Erlöschenfrist von drei Jahren vorgesehen. Maßgebend für die Berechnung der Drei-Jahres-Frist ist der Tod des Leistungsempfängers. Gemäß § 102 Abs. 4 Satz 2 SGB XII gilt hinsichtlich der Hemmung, der Ablaufhemmung, des Neubeginns und der Wirkung der Verjährung die Regelung des § 103 Abs. 3 Satz 2 SGB XII entsprechend.

<sup>12</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.10.1978, 5 C 52/77, BVerwGE 57, 26 = FEVS 27, 100.

<sup>13</sup> Vgl. Hauck/Noftz, Kommentar SGB XII – Sozialhilfe, Rn. 26 zu § 102 SGB XII (mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung).

<sup>14</sup> Nach h. M. ersetzt der Freibetrag nach Nr. 2 als *lex specialis* den Freibetrag nach Nr. 1 (so auch Schellhorn/Schellhorn/Hohm, Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe, Rn. 26 zu § 102 SGB XII).

<sup>15</sup> Auch ein anderes Ergebnis wäre mit einer entsprechenden Begründung vertretbar.

# Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

## – Fallbearbeitung aus dem Gebiet „Einführung in die ÖBWL“

### Aufgabenstellung

#### 1. Aufgabe

- Definieren Sie bitte den Begriff „Gewinn“ (gleichbedeutend mit Jahresüberschuss) und grenzen Sie ihn vom Begriff „Wirtschaftlichkeit“ ab!
- Überprüfen Sie, ob ein kommunaler Verwaltungsbetrieb (gemeint ist die Gemeinde als Ganzes) überhaupt einen Gewinn erzielen kann! Begründen Sie kurz Ihre Ansicht!
- Erläutern Sie kurz jeweils zwei Unterschiede, die zwischen
  - einem Eigenbetrieb und einer Eigengesellschaft
  - einer Eigengesellschaft und einem Kommunalunternehmen (gemeint sind Unternehmen und Einrichtungen, die in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet sind) sowie
  - einem Kommunalunternehmen und einem Eigenbetrieb bestehen!

#### 2. Aufgabe

Eine Gemeinde will einen neuen Spielplatz zur Verfügung stellen. Erläutern Sie anhand dieses Beispiels die Phasen des betrieblichen Entscheidungsprozesses. Gehen Sie dabei auch auf die Frage ein, in welcher Phase welche betriebswirtschaftlichen Instrumente bzw. Methoden von besonderer Bedeutung sind.

#### 3. Aufgabe

- Grenzen Sie bitte die Begriffe „Überwachung“, „Prüfung“, „Revision“, „Kontrolle“ und „Controlling“ voneinander ab!
- Erläutern Sie am Beispiel eines Feuerwehreinsatzes die drei Arten der Kontrolle!
- Nennen Sie zwei Aufgaben, die die örtliche Rechnungsprüfung in einer Gemeinde zu erfüllen hat.

#### 4. Aufgabe

In einem kommunalen Bauhof werden regelmäßig Betonpflastersteine verarbeitet, und zwar pro Tag (auch an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen) jeweils eine Palette mit je 100 Steinen. Die Betonpflastersteine werden auf Lager genommen und von dort an die Baustellen verteilt. Der einzelne Beschaffungsvorgang, der mit der Bestellung beginnt und mit der Anlieferung endet, nimmt 21 Tage in Anspruch. Aus Sicherheitsgründen werden 10 Paletten mit je 100 Steinen als eiserner Bestand gehalten. Durch organisatorische Maßnahmen ist sichergestellt, dass stets die Paletten an die Baustellen ausgeliefert werden, die schon am längsten auf Lager sind, und die neu gekauften Paletten stets gelagert werden, so dass die Verweildauer im Lager für jede Palette gleich ist.

- Wie groß ist der Meldebestand? Was besagt diese Kennziffer?
- Wie groß ist der Lagerumschlagkoeffizient pro Jahr, wenn man zu Beginn des Jahres und auch am Ende des Jahres exakt den Meldebestand auf Lager hatte, bei jedem Meldebestand die neue

Bestellung eingeleitet wurde bzw. wird und von 365 Tagen pro Jahr auszugehen ist? Was besagt diese Kennziffer?

- Wie groß ist die Lagerdauer? Was besagt diese Kennziffer?
- Berechnen Sie abschließend noch die optimale Bestellmenge unter der Annahme, dass
  - die fixen Kosten eines Bestellvorgangs 20 Euro,
  - der Einkaufspreis für eine Palette 100 Euro und
  - die Lagerungs- und Zinskosten 10 Euro betragen, wenn man eine Palette 365 Tage lagert.

#### 5. Aufgabe

Vermitteln Sie einen Überblick über die von Gutenberg vorgeschlagene Einteilung der Produktionsfaktoren!

Überprüfen Sie, ob die von Gutenberg genannten Produktionsfaktoren in einer Kommunalverwaltung vorkommen?

Prüfen Sie, wie eine fremdbezogene Dienstleistung (beispielsweise eine TÜV-Abnahme) in das von Gutenberg entwickelte System der Produktionsfaktoren einbezogen werden kann.

Erläutern Sie, was man unter einem „externen Produktionsfaktor“ versteht, und welche Bedeutung der externe Produktionsfaktor für die Dienstleistungsproduktion einer Gemeinde hat.

#### 6. Aufgabe

- Erläutern Sie bitte die Begriffe „Eigenfinanzierung“, „Fremdfinanzierung“, „Innenfinanzierung“ und „Außenfinanzierung“.
- Überprüfen Sie, welche der oben genannten Begriffe auf die nachfolgenden Sachverhalte zutreffen:
  - Die Gemeinde nimmt zur Finanzierung eines Neubaus ein Hypothekendarlehen auf.
  - Die Gemeinde nimmt bei einer Lieferung ein Zahlungsziel in Anspruch und bezahlt die Ware vereinbarungsgemäß erst vier Wochen nach der Lieferung.
  - Die Gemeinde erhält die fälligen Hundesteuern.
  - Die Gemeinde erhält für die geleistete Müllentsorgung die fällige Gebühr.
- Erläutern Sie kurz, was man unter dem Leverage-Effekt versteht, und prüfen Sie, welche Bedeutung dieser Effekt im Bereich der Kommunalverwaltung hat.

### Lösungshilfe

#### Zu Aufgabe 1:

- Unter Gewinn oder Jahresüberschuss versteht man die durch die betriebliche Tätigkeit hervorgerufene Erhöhung des Reinvermögens. Dies bedeutet, dass man nach Abzug der Schulden mehr Ver-

\* Prof. Dr. Rainer Gebhardt und Prof. Dr. Falko Schuster lehren an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen in Bielefeld bzw. Duisburg Öffentliche Betriebswirtschaftslehre.



mögen hat als zuvor. Vereinfacht kann man sagen, dass man „reicher“ geworden ist. Wirtschaftlichkeit liegt hingegen dann vor, wenn es gelungen ist, den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, d.h. das ökonomische Prinzip, einzuhalten. Dieses besagt, dass ein gegebenes Ziel mit dem geringstmöglichen Mitteleinsatz bzw. mit einem gegebenen Mitteleinsatz ein möglichst hoher Zielerreichungsgrad anzustreben ist. Vereinfachend kann man sagen, dass Wirtschaftlichkeit Vermeidung von Verschwendung bedeutet. Demnach sind die Begriffe „Wirtschaftlichkeit“ und „Gewinn“ nicht identisch. Ein Sozialamt kann man beispielsweise wirtschaftlich oder unwirtschaftlich, also ohne oder mit Verschwendung, führen, aber nicht mit Gewinn. Ein Jahresüberschuss kann nicht entstehen, wenn man Hilfen ohne Gegenleistung erbringt.

e) Eine Kommunalverwaltung kann durchaus einen Gewinn bzw. Jahresüberschuss erzielen, obwohl sie zahlreiche Dienstleistungen aus politischen Gründen unentgeltlich oder zu sehr niedrigen Entgelten erbringen muss, so dass dadurch letztlich das Reinvermögen abnimmt. Anders als eine privatwirtschaftliche Unternehmung kann sie nämlich ohne eine unmittelbare Gegenleistung Erträge erzielen und damit ihr Reinvermögen erhöhen. Dies gilt beispielsweise für die Steuererträge.

f) Ein **Eigenbetrieb** hat gegenüber einer **Eigengesellschaft**, die in der Regel als AG bzw. GmbH geführt wird, keine Rechtspersönlichkeit (vgl. § 114 (1) GO NRW). Weiterhin gilt für den Eigenbetrieb im Gegensatz zur Eigengesellschaft keine Mindestkapitalvorschrift. Hingegen muss das Grundkapital einer Aktiengesellschaft mindestens 50.000 Euro und das Stammkapital einer GmbH mindestens 25.000 Euro betragen.

Im Gegensatz zur **Eigengesellschaft** gibt es für die **Kommunalunternehmung** keine Mindestkapitalvorschrift. Weiterhin hat die Eigengesellschaft keine „Dienstherreneigenschaft“, die Kommunalunternehmung kann hingegen unter bestimmten Bedingungen Dienstherr von Beamtinnen und Beamten sein (vgl. § 114 a (9) GO NRW).

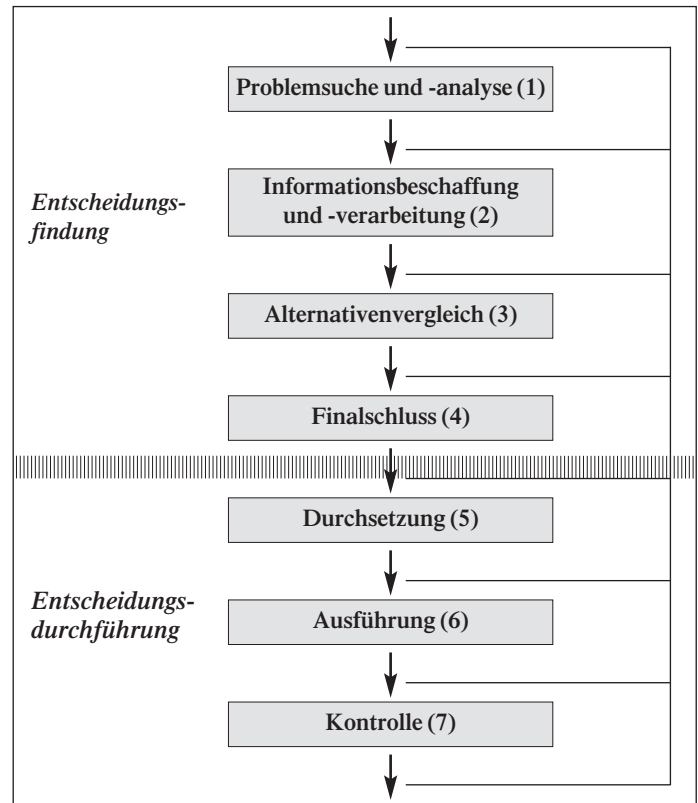
Die **Kommunalunternehmung** hat im Gegensatz zum **Eigenbetrieb** eine eigene Rechtspersönlichkeit. Weiterhin kann die Kommunalunternehmung unter bestimmten Bedingungen Dienstherr von Beamtinnen und Beamten sein. Der Eigenbetrieb hingegen nicht. Bürgermeisterin oder Bürgermeister sind Dienstvorgesetzte der Dienstkräfte des Eigenbetriebs (vgl. § 6 (1) Eigenbetriebsverordnung NRW).

Selbstverständlich ist die Nennung anderer Unterschiede ebenfalls zu akzeptieren!

**Zu Aufgabe 2:**

Den Ausgangspunkt der Betrachtung bildet der typische betriebliche Entscheidungsprozess, wie er nachfolgend häufig dargestellt wird. Selbstverständlich können auch andere Phasenmodelle akzeptiert werden.

Bezogen auf die Bereitstellung eines neuen Spielplatzes, könnte beispielsweise die Planung eines Neubaugebietes dazu führen, dass man sich über einen neuen Spielplatz Gedanken machen muss (Phase 1). Anschließend würde man den genauen Bedarf ermitteln (Phase 2). Eventuell kommen mehrere Standorte für einen Spielplatz in Betracht. Entsprechende Alternativen mit den entsprechenden Folgen sind einander gegenüberzustellen (Phase 3). Zu berücksichtigen ist beispielsweise die Erreichbarkeit für die Kinder und die Lärmbelästigung der Anwohner. Letztlich muss man sich für eine Möglichkeit entscheiden (4). Anschließend muss man möglichst alle Beteiligten für den Lösungsvorschlag gewinnen, also beispielsweise diejenigen, die für die Finanzierung des Vorhabens verantwortlich sind (5). Liegt



die Zustimmung vor, kann mit der Realisierung begonnen, können also beispielsweise die Beschaffungsvorgänge eingeleitet werden (6). Nach der Fertigstellung ist eine abschließende Überprüfung der Spielgeräte usw. vorzunehmen. Anschließend kann der Spielplatz für die Nutzung freigegeben werden. Danach ist laufend zu kontrollieren (7), ob der Spielplatz noch benutzbar ist, aber auch ob er hinreichend genutzt wird und er somit den angepeilten Zielsetzungen entspricht. Ist dies nicht der Fall, entsteht ein neuer Entscheidungsprozess.

Grundsätzlich können betriebswirtschaftliche Instrumente und Methoden in jeder Phase des Entscheidungsprozesses zum Einsatz kommen. In der Phase 2 spielen sicherlich die Erhebungstechniken (zum Beispiel Befragung und Dokumentenanalyse) eine besondere Rolle. Die Phasen 3 und 4 sind das typische Einsatzgebiet für die Techniken des Alternativenvergleichs, die auch Entscheidungstechniken genannt werden. Insbesondere sind hier die Entscheidungsbaumtechnik und die Nutzwertanalyse zu nennen. In der Phase 6 kommen die Darstellungs- und Planungstechniken vorrangig zum Einsatz. Da es sich um eine Baumaßnahme handelt, bietet sich beispielsweise der Einsatz der Netzplantechnik an.

**Zu Aufgabe 3:**

d) Bei dem Begriff „Überwachung“ handelt es sich um den Oberbegriff zu den Begriffen „Prüfung“ und „Kontrolle“. In beiden Fällen handelt es sich um Vergleiche der eingetretenen mit den geplanten Größen (Soll-Ist-Vergleiche). Bei der Prüfung, die auch Revision genannt wird, geht es um abgeschlossene Vorgänge. Typisch ist, dass Prüfungen unregelmäßig und eventuell sogar unvermutet vorgenommen werden, und zwar durch Personen oder Organisationseinheiten, die an den betreffenden Vorgängen nicht beteiligt waren oder sind und die sich in der Regel auf solche Prüftätigkeiten spezialisiert haben. Bei der Kontrolle handelt es sich um regelmäßige Soll-Ist-Vergleiche, die die laufenden Vorgänge zum Gegenstand haben, wobei die an den betreffenden Vorgängen

beteiligten Personen an den Kontrollvorgängen beteiligt sind. Während Prüfung und Kontrolle einen „nachschauorientierten“ Charakter haben und zumindest die Kontrolle den Führungsfunktionen zuzuordnen ist, handelt es sich beim Controlling eindeutig um eine führungunterstützende Funktion, d.h. um eine Stabsfunktion, die zu einem erheblichen Teil auch zukunftsorientiert ausgerichtet ist. Das Controlling erfüllt besonders Koordinations- und Informationsversorgungsfunktionen. Es trägt beispielsweise dazu bei, dass Planung und Kontrolle wieder stärker miteinander verbunden werden und dass das Rechnungswesen wieder stärker an die Führungsfunktionen angebunden wird.

- e) Grundsätzlich ist zwischen der verhaltensorientierten, der verfahrensorientierten und der ergebnisorientierten Kontrolle zu unterscheiden. Bezogen auf einen Feuerwehreininsatz, ist beispielsweise zu überprüfen, ob alle Personen den mit einem solchen Einsatz verbundenen Belastungen standhielten (verhaltensorientierte Kontrolle), ob die Sicherheitsvorschriften eingehalten wurden (verfahrensorientierte) und ob letztlich der Schaden so gering wie möglich ausfiel, also beispielsweise ein Brand schon im Ansatz gelöscht werden konnte (ergebnisorientierte Kontrolle).
- f) § 103 GO NRW beinhaltet die Aufgaben der örtlichen Rechnungsprüfung, hierzu zählen beispielsweise die Prüfung des Jahresabschlusses der Gemeinde und die Prüfung von Vergaben.

**Zu Aufgabe 4:**

- a) Der **Meldebestand** liegt bei 31 Paletten. Es handelt sich dabei um den Lagerstand bei dem eine Neubestellung erfolgen muss, wenn man die Versorgung des Betriebs nicht gefährden will, wobei hier zusätzlich der eiserne Bestand zu berücksichtigen ist. Wenn man bei einem Bestand von 31 Paletten bestellt, ist nach 21 Tagen einerseits der Lagerbestand bis auf den eisernen Bestand geschrumpft, kommt aber genau an diesem Tag die neue Lieferung an.
- b) Der **Lagerumschlagkoeffizient** gibt an, wie oft der (durchschnittliche) Lagerbestand in einem bestimmten Zeitraum, üblicherweise im Geschäftsjahr, umgeschlagen wird. Hier werden pro Jahr, da alle Lieferungen zunächst auf Lager gehen und jeden Tag eine Palette gebraucht wird, 365 Paletten benötigt. Durchschnittlich liegen 31 Paletten nach dem Eintreffen und 10 Paletten kurz vor dem Eintreffen einer Lieferung auf Lager, also im Durchschnitt 20,5 Paletten. Teilt man den Jahresverbrauch in Höhe 365 Paletten durch 20,5 Paletten, erhält man einen Lagerumschlagkoeffizient in Höhe von 17,8049. Das Lager wird in einem Jahr also rund 18mal umgeschlagen, d.h. ausgetauscht.
- c) Wenn das Material in einem Jahr rund 18 mal, genauer 17,8049 mal, umgeschlagen wird, dann liegt es durchschnittlich rund 20 ½ Tage auf Lager (Berechnung der **Lagerdauer**: 365 Tage: 17,8049).
- d) Den Ausgangspunkt bildet die folgende Formel

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

Mit einem Jahresbedarf von 365 Paletten, bestellfixen Kosten von 20 Euro, einem Einstandspreis von 100 Euro und Zins- und Lagerkostensatz von 10 % ergibt sich für die **optimale Bestellmenge** folgende Berechnung:

$$\text{Optimale Bestellmenge} = \sqrt{\frac{2 \times 365 \times 20 \text{ €}}{100 \text{ €} \times 10 \text{ \%}}}$$

**Die optimale Bestellmenge beträgt somit rund 38 Paletten.**

Probe:

- Bei einer optimalen Bestellmenge von 38 Paletten kommt es zu rund 10 Bestellungen und weiterhin müssen durchschnittlich 24 Paletten gelagert werden. Kosten: 200 Euro + 240 Euro = 440 Euro.
- Wenn man beispielsweise immer 28 Paletten bestellt, kommt man auf rund 13 Bestellungen und man müsste durchschnittlich 19 Paletten lagern. Kosten: 260 Euro + 190 Euro = 450 Euro.
- Wenn man beispielsweise immer 48 Paletten bestellt, kommt man auf rund 8 Bestellungen und man müsste durchschnittlich 29 Paletten lagern. Kosten: 160 Euro + 290 Euro = 450 Euro.

**Zu Aufgabe 5:**

- e) Nach Gutenberg kann man zwischen dem dispositiven Faktor, d.h. der leitenden menschlichen Arbeit, und den Elementarfaktoren unterscheiden, wobei letztere in Werkstoffe, Betriebsmittel und ausführende menschliche Arbeit unterteilt werden.
- f) Sämtliche dieser Produktionsfaktoren kommen auch in der Kommunalverwaltung vor: Die Haushaltsplanung, die Personalführung, Entscheidungen über eine Kreditaufnahme usw. lassen sich dem dispositiven Faktor zuordnen. Das Büromaterial zählt zu den Werkstoffen, das Rathaus ist ein Betriebsmittel und die Reinigung der Büroräume lässt sich als ausführende menschliche Arbeit bezeichnen.
- g) In der Regel handelt es sich bei den Werkstoffen um Sachgüter, die im Produktionsprozess untergehen, verbraucht oder umgewandelt werden. Dies trifft beispielsweise auf die Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe zu. Auch die TÜV-Abnahme erfolgt in einem relativen kurzen Zeitraum, wird also kurzfristig „verbraucht“. Insofern könnte man die Gruppe der Werkstoffe um diese kurzfristig wirksamen Dienstleistungen erweitern. **Selbstverständlich sind auch andere Ergebnis zulässig.**
- h) Ein externer Produktionsfaktor ist ein Produktionsfaktor, der nicht vom Produzenten eingesetzt wird, sondern den ein Außenstehender, beispielsweise eine Kundin oder ein Kunde, für den Produktionsprozess bereitstellt. Bei Dienstleistungen ist die Beteiligung der Abnehmer oft ausschlaggebend dafür, ob eine Dienstleistung überhaupt zustande kommt oder den gewünschten Erfolg nach sich zieht. So kommt eine Beratung im Bereich Sozialhilfe beispielsweise nur zustande, wenn sich eine Person beraten lässt, also sich selbst einbringt. Die Person, die sich beraten lässt, könnte man als externen Produktionsfaktor bezeichnen. Weiterhin hängt die Güte der Beratung von den Informationen ab, die der Empfänger der Beratungsdienstleistung zur Verfügung stellt. Bei solchen Informationen handelt es sich ebenfalls um externe Produktionsfaktoren.

**Zu Aufgabe 6:**

- d) Unter einer „Eigenfinanzierung“ versteht man eine Finanzierung durch Erhöhung des Eigenkapitals, entsprechend handelt es sich bei einer „Fremdfinanzierung“ um eine Finanzierung, die das Fremdkapital erhöht. Bei der „Innenfinanzierung“ erhält der Betrieb Zahlungsmittel aufgrund eigener Aktivitäten, also beispielsweise durch den Umsatzprozess. Mit dem Begriff „Außenfinanzierung“ bezeichnet man eine Finanzierung durch Einschaltung von Außenstehenden. Es kann sich dabei um Personen und Organisationen handeln, die dem Betrieb finanzielle Mittel zur Verfügung stellen, indem sie sich an dem Betrieb beteiligen oder indem sie dem Betrieb einen Kredit gewähren.
- e) – Wenn eine Gemeinde zur Finanzierung eines Neubaus ein Hypothekendarlehen aufnimmt, handelt es sich um eine Fremdfinan-

zierung und um eine Außenfinanzierung.

- Nimmt die Gemeinde ein Zahlungsziel in Anspruch, handelt es sich ebenfalls um eine Fremdfinanzierung und um eine Außenfinanzierung.
  - Wenn eine Gemeinde die fälligen Hundesteuern erhält, handelt es sich um eine Eigenfinanzierung. Über die weitere Einordnung kann man streiten. Die Einordnung in den Bereich der „Außenfinanzierung“ liegt allerdings nahe, da es sich hier nicht um eine Finanzierung handelt, die die Gemeinde durch Verkäufe erzielt hat.
  - Wenn eine Gemeinde die fällige Müllentsorgungsgebühr erhält, handelt es sich um eine Finanzierung durch Verkäufe und damit um eine Innenfinanzierung, ob sich dadurch das Eigenkapital erhöht, hängt davon ab, ob ein Gewinn erzielt wird, insofern lässt sich keine eindeutige Zuordnung zu weiteren Finanzierungsbegriffen vornehmen.
- f) Bei dem Leverage-Effekt handelt es sich um die „Hebelwirkung“ des Fremdkapitals im Hinblick auf die Eigenkapitalrentabilität. Ein solcher Effekt entsteht beispielsweise dann, wenn bei weiteren Investitionen so hohe Erträge zu erwarten sind, dass sie im Falle

einer Fremdfinanzierung den Zinsaufwand übersteigen. Unterstellt, man habe bisher mit 100.000 Euro eigenen Mittel 50.000 Euro Gewinn pro Jahr und eine Eigenkapitalrentabilität von 50% erzielt und man würde bei einer weiteren Investition ebenfalls mit solchen Auswirkungen rechnen können, so lohnt sich eine weitere Investition auch dann, wenn man diese mit fremden Mitteln finanziert, die man zu einem vergleichsweise niedrigeren Zinssatz erhalten kann. Müsste man pro Jahr für 100.000 Euro Fremdkapital 10.000 Euro Zinsen zahlen, würde sich beispielsweise die Investition lohnen. Durch diese Aktivitäten würde dem Betrieb nach Abzug des Zinsaufwandes weitere 40.000 Euro zufließen, so dass bei einem Eigenkapitaleinsatz von 100.000 Euro insgesamt 90.000 Euro Gewinn und damit eine Eigenkapitalrentabilität von 90% erzielt würden.

#### Literaturhinweis :

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

Marc Wagner\*

## Karriere ex post?<sup>1</sup>

### Aufgabe I.

Der ehemalige deutsche Innenminister Ylisch (Y), der Zeit seiner Amtsführung an der „kleinlichen Ausstattung und schlechten Bezahlung der Repräsentanten der Demokratie“ Anstoß nahm, arbeitet nunmehr als Bundestagsabgeordneter (MdB) und zugleich als Rechtsanwalt. Die Verhaltensregeln für Mitglieder des Bundestages schreiben Angaben über Erwerbstätigkeiten vor, die neben dem Abgeordnetenmandat wahrgenommen werden. Dem entsprechend hat Y seine Einkünfte als Vortragsredner und als früheres Aufsichtsratsmitglied einer Firma für biometrische Kontrollsysteme offengelegt. Auskünfte über die rechtsanwaltliche Arbeit und die hieraus bezogenen Einnahmen verweigert er hingegen. Hierfür beruft sich Y auf die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht. Davon unbeeindruckt belegt der Bundestagspräsident – nach einem entsprechenden Beschluss des Präsidiums – den Y wegen der ausbleibenden Auskünfte zu geleisteten anwaltlichen Tätigkeiten schriftlich mit einem Ordnungsgeld in Höhe von 22.000 Euro. Y ist der Ansicht, der Bundestagspräsident sei nicht sein „Revisor“. Er beabsichtigt, sich gegen die Auferlegung des Ordnungsgeldes zur Wehr zu setzen.

1. **Frage:** Welchen Rechtsweg muss Y hierzu beschreiten? Prüfen Sie gutachterlich.
2. **Frage:** Welches Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit muss Y anrufen, d.h. welches Gericht entscheidet in diesem Fall – ausnahmsweise – im ersten und letzten Rechtszug? Begründen Sie Ihre Entscheidung – nicht gutachterlich – anhand des Gesetzes.

3. **Frage:** Ist der Bundestagspräsident hier Behörde? Erörtern Sie – nicht gutachterlich – die zwei existierenden Behördenbegriffe.

**Hilfsmittel:** VwGO und die in der Anlage abgedruckten Normtexte

#### ANLAGE:

#### Abgeordnetengesetz (AbgG):

**§ 44a Ausübung des Mandats.** (1) Die Ausübung des Mandats steht im Mittelpunkt der Tätigkeit eines Mitglieds des Bundestags. Unbeschadet dieser Verpflichtung bleiben Tätigkeiten beruflicher oder anderer Art neben dem Mandat grundsätzlich zulässig. (...)

**§ 44b Verhaltensregeln.** Der Bundestag gibt sich Verhaltensregeln, die insbesondere Bestimmungen enthalten müssen über

1. die Fälle einer Pflicht zur Anzeige von Tätigkeiten vor der Mitgliedschaft im Bundestag sowie von Tätigkeiten neben dem Mandat;
2. die Fälle einer Pflicht zur Anzeige der Art und Höhe der Einkünfte neben dem Mandat oberhalb festgelegter Mindestbeträge; (...)

\* Prof. Dr. Marc Wagner ist Hochschullehrer an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung.

**Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags (GO BT):**

§ 18 **Verhaltensregeln.** Die vom Bundestag gemäß § 44b des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages (Abgeordnetengesetz) zu beschließenden Verhaltensregeln sind Bestandteil dieser Geschäftsordnung (Anlage 1).

**Anlage 1 GO BT:**

Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages (...)

§ 8 **Verfahren.** (...) (4) Das Präsidium kann gegen das Mitglied des Bundestages, das seine Anzeigepflicht verletzt hat, nach erneuter Anhörung ein Ordnungsgeld festsetzen. (...) Der Präsident führt die Festsetzung aus. (...).

**Aufgabe II.**

Der frühere Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Tnemelc (T), hat sich nach Ausscheiden aus seinem Amt von mehreren Grundsatzpositionen seiner Partei abgesetzt und dies auch öffentlichkeitswirksam mit mutmaßlich negativer Wirkung für seine Partei kundgetan. In dem daraufhin eingeleiteten Parteiausschlussverfahren wird der Parteiausschluss von T verfügt. Gegen dieses Parteivotum will T vorgehen.

**Frage:** Wäre für eine Klage des T der Verwaltungsweg eröffnet? Begründen Sie Ihr Ergebnis. Eine gutachterliche Prüfung ist *nicht* erforderlich.

**Hilfsmittel:** VwGO; Parteiengesetz (ParteiG)

**ParteiG:**

§ 2 **Begriff der Partei.** (1) Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bieten. (...)

**§ 10 Rechte der Mitglieder (...)**

(4) Ein Mitglied kann nur dann aus der Partei ausgeschlossen werden, wenn es vorsätzlich gegen die Satzung oder erheblich gegen Grundsätze oder Ordnung der Partei verstößt und ihr damit schweren Schaden zufügt.

(5) Über den Ausschluß entscheidet das nach der Schiedsgerichtsordnung zuständige Schiedsgericht. Die Berufung an ein Schiedsgericht höherer Stufe ist zu gewährleisten. (...)

§ 14 **Parteischiedsgerichte.** (1) Zur Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten der Partei oder eines Gebietsverbandes mit einzelnen Mitgliedern und Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung der Satzung sind zumindest bei der Partei und den Gebietsverbänden der jeweils höchsten Stufe Schiedsgerichte zu bilden. (...)

(4) Für die Tätigkeit des Schiedsgerichts ist eine Schiedsgerichtsordnung zu erlassen, die den Beteiligten rechtliches Gehör, ein gerechtes Verfahren und die Ablehnung eines Mitglieds des Schiedsgerichts wegen Befangenheit gewährleistet.

**Aufgabe III.**

Um als Ausländer in Deutschland eingebürgert zu werden, gilt es unter anderem einen Einbürgerungstest, der aus einem 300 Fragen umfassenden Fragenkatalog zusammengestellt ist, erfolgreich abzulegen (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 5 des Staatsangehörigkeitsgesetzes (StAG)). Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive ist die von den Verfassern vorgesehene Lösung an einigen Stellen undifferenziert und damit unzutreffend.

In Frage 42,

„Wer beschließt in Deutschland ein neues Gesetz?“ sehen die Verfasser als richtige Antwort allein „das Parlament“ vor.

Frage 283,

„Was tun Sie, wenn Sie eine falsche Rechnung von einer deutschen Behörde bekommen?“ soll nach dem Willen der Verfasser mit der Antwort „Ich lege Widerspruch bei der Behörde ein“ richtig beantwortet sein.

**Frage:**

Was ist an der jeweils von den Verfassern des Einbürgerungstest vorgesehenen Antwort auszusetzen, inwieweit ist die Lösung zu undifferenziert?

**HINWEIS**

zu Frage 42: Auf das Verfahren bei Gesetzesbeschlüssen nach Art. 77 GG, insbesondere auf eine ggf. erforderliche *Zustimmung* des Bundesrates zu einem Gesetz, ist nicht einzugehen.

**HINWEIS**

zu Frage 283: Gehen Sie davon aus, dass die Verfasser des Einbürgerungstests keine Bundesbehörde, sondern eine obere *Landes*behörde, eine *Landes*mittelbehörde oder eine *Landes*unterbehörde meinen, von der eine *öffentlich-rechtliche* Rechnung (Verwaltungsakt), nicht aber eine *privatrechtliche* Rechnung gestellt wird.

**Hilfsmittel:**

VwGO und Ausführungsgesetze zur VwGO (AG VwGO) der Länder Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen

**Art. 15 AG VwGO Bayern:**

(1) Gegen einen nur an ihn gerichteten Verwaltungsakt kann der Betroffene

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. (...)

entweder Widerspruch einlegen oder unmittelbar Klage erheben. (...) Wird unmittelbar Klage erhoben, bedarf es keiner Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 VwGO

(2) Soweit in Abs. 1 nichts Abweichendes geregelt ist, entfällt das Vorverfahren nach § 68 VwGO.

**§ 16a AG VwGO Hessen:**

- (1) Ein Vorverfahren nach § 68 der Verwaltungsgerichtsordnung entfällt in den in der Anlage zu diesem Gesetz aufgeführten Fällen.  
 (2) (...)

**§ 6 AG VwGO NRW:**

- (1) Vor Erhebung einer Anfechtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht, wenn der Verwaltungsakt während des Zeitraums vom 1. November 2007 bis zum 31. Oktober 2012 bekannt gegeben worden ist. Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht, wenn die Ablehnung der Vornahme des Verwaltungsaktes innerhalb des in Satz 1 bezeichneten Zeitraumes bekannt gegeben worden ist.  
 (2) Absatz 1 gilt nicht für den Erlass oder die Ablehnung der Vornahme von Verwaltungsakten,  
 (...) – 4. (...)

**§ 8a AG VwGO Niedersachsen:**

- (1) Vor Erhebung der Anfechtungsklage bedarf es abweichend von § 68 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren, wenn der Verwaltungsakt während des Zeitraums vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2009 bekannt gegeben worden ist.  
 (2) Für die Verpflichtungsklage gilt Absatz 1 entsprechend, wenn die Ablehnung des Verwaltungsaktes während des Zeitraums vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2009 bekannt gegeben worden ist.  
 (3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Verwaltungsakte,  
 1. (...) – 3. (...)

**Lösung****Aufgabe I 1**

Es stellt sich die Frage, welchen Rechtsweg Y beschreiten muss, um sich gegen das ihm vom Bundestagspräsidenten auferlegte Ordnungsgeld in Höhe von 22.000 Euro zur Wehr zu setzen. Möglicherweise ist hierfür der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Mangels einer aufrägenden Sonderzuweisung könnte der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Dann müsste sich die Auseinandersetzung zwischen Y und dem Bundestagspräsidenten als nichtverfassungsrechtliche öffentlich-rechtliche Streitigkeit darstellen, für die keine abdrängende Sonderzuweisung zu einem anderen Gericht besteht.

Fraglich ist zunächst der öffentlich-rechtliche Charakter der Auseinandersetzung. Der Bundestagspräsident und Y streiten über den Umfang der Anzeigepflicht von neben der Mitgliedschaft im Bundestag geleisteten Erwerbstätigkeiten. Uneinigkeit besteht zwischen dem Bundestagspräsidenten und Y insbesondere mit Blick auf Angaben zu den von Y geleisteten rechtsanwaltlichen Tätigkeiten und den daraus resultierenden Einnahmen. Diese Streitfrage bildet den Anlass für das Y auferlegte Ordnungsgeld, dessen Rechtmäßigkeit im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen Y und dem Bundestagspräsidenten steht. Der Streit um das Ordnungsgeld müsste eine Rechtsfolge des Öffentlichen Rechts darstellen. Dies lässt sich grundsätzlich nach der modifizierten Subjektstheorie wie auch nach der Subordinationstheorie beurteilen.

Die modifizierte Subjektstheorie richtet die Beantwortung der Frage nach der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit an der Zuordbarkeit der streitentscheidenden Vorschrift zum Öffentlichen Recht aus. Danach ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Vorschrift zum Öffentlichen Recht gehört. Eine Norm gehört zum öffentlichen Recht, wenn sie in jedem denkbaren Anwendungsfall einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet<sup>2</sup>. Angesprochen ist der Staat gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger.

Nach § 44b Nr. 1, Nr. 2 AbgG i.V.m. § 18 GO BT i.V.m. § 8 Abs. 4 S. 2 Anlage 1 GO BT ist allein der Bundestagspräsident berechtigt, ein vom Präsidium festgesetztes Ordnungsgeld auszuführen. Der Bundestagspräsident ist insoweit als Teilorgan des Verfassungsorgans Bundestag auch Träger hoheitlicher Gewalt. Die Ausführung der Festsetzung des Ordnungsgeldes erfolgt – wie § 44a Abs. 4 S. 2, S. 3 AbgG zu entnehmen ist – durch Verwaltungsakt. Im Übrigen ist der Bundestagspräsident mit diversen öffentlich-rechtlichen Kompetenzen ausgestattet und auch insoweit Träger hoheitlicher Gewalt (vgl. nur Art. 40 Abs. 2 GG; § 7 GO BT; § 19a, § 23a ParteiG). Folgerichtig ist nach der modifizierten Subjektstheorie die streitentscheidende Vorschrift und damit auch die Streitigkeit insgesamt öffentlich-rechtlich.

Der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit könnte sich auch nach der Subordinationstheorie ergeben. Die Subordinationstheorie entscheidet die Frage der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit anhand der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehung<sup>3</sup>. Danach gehört eine Rechtsbeziehung dem öffentlichen Recht an, wenn zwischen den Beteiligten ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht, das sich daraus ergibt, dass ein mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Träger öffentlicher Gewalt daran beteiligt ist<sup>4</sup>. Der Bundestagspräsident legt dem Y ein Ordnungsgeld auf.

Er trifft eine einseitig-verbindliche Anordnung, ist das Ordnungsgeld doch grundsätzlich eine vollstreckbare Geldforderung im Sinne des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG). Mit anderen Worten handelt es sich bei der Auferlegung des Ordnungsgeldes um eine staatliche Regelung mit einseitiger Verbindlichkeit, die staatlich durchgesetzt werden kann. Somit besteht zwischen dem Bundestagspräsidenten und Y ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Auch nach der Subordinationstheorie handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Voraussetzung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges ist weiterhin, dass diese öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlich ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist also dann nicht eröffnet, wenn es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt. Verfassungsrechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die Streitbeteiligten unmittelbar am Verfassungsleben teilnehmen und wenn es im Kern um die Anwendung und Auslegung von Verfassungsrecht geht (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit)<sup>5</sup>.

Unmittelbar am Verfassungsleben nehmen nur solche Beteiligte teil, die ihre rechtliche Existenz direkt aus dem Verfassungsrecht ableiten, wie die Verfassungsorgane, Teile der Verfassungsorgane (z.B. Fraktionen) und sonstige Beteiligte, die ihre Exis-

1 Bei der Klausur handelt es sich um eine einständige Zwischenprüfungsklausur, die im Sommersemester 2009 im Rahmen der Wiederholungsprüfung des Wintersemesters 2008/2009 gestellt worden ist.

2 Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Rn. 27.

3 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, Rn. 12.

4 Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Auflage, § 11, Rn. 16.

5 Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Auflage, § 11, Rn. 49; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 3. Auflage, § 94, Rn. 15.

6 Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Rn. 1327.

tenz dem Verfassungsrecht verdanken (z.B. der einzelne Bundestagsabgeordnete)<sup>6</sup>. Demnach nehmen der Bundestagspräsident und der Bundestagsabgeordnete Y unmittelbar am Verfassungsleben teil. Allerdings streiten sie um die Rechtmäßigkeit der Auf-erlegung eines Ordnungsgeldes. Im Kern geht es dabei sowohl um die Reichweite der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht als auch um die Anwendung und Auslegung eines Bundesgesetzes (AbgG) und einer Satzung eines Verfassungsorgans (GO BT). Den Kern der Streitigkeit bildet nicht das Verfassungsrecht. Mithin liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Es handelt sich um eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Schließlich dürfte die Streitigkeit auch keinem anderen Gericht ausdrücklich gesetzlich zugewiesen sein. Eine abdrängende Verweisung an ein anderes Gericht besteht nicht.

Im Ergebnis ist für die Streitigkeit zwischen dem Bundestagspräsidenten und Y der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gegeben.

### Aufgabe I 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im ersten und letzten Rechtszug (§ 50 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 VwGO).

### Aufgabe I 3

Nach dem *organisatorischen* Behördenbegriff ist eine Behörde eine organisatorische Einheit durch die eine juristische Person des Öffentlichen Rechts Verwaltungsaufgaben erfüllt<sup>7</sup>. Folgerichtig ist der Bundestagspräsident als Teilorgan eines Verfassungsorgans keine Behörde. Anders verhält es sich nach dem *funktionellen* Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG. Danach ist Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Die Sanktionierung von Verstößen gegen die Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages ist eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.

Dieses Ergebnis lässt sich auch im Ausschlussverfahren erzielen. Danach handelt dann eine Behörde i.S.v. § 1 Abs. 4 VwVfG, wenn nicht ein Gesetzgebungsorgan Legislativfunktionen ausübt und zudem kein Rechtsprechungsorgan Rechtsprechungsaufgaben wahrnimmt und auch kein Regierungsorgan Regierungsaufgaben erfüllt<sup>8</sup>.

Hier wird mit dem Bundestagspräsidenten kein Rechtsprechungsorgan rechtsprechend und kein Regierungsorgan regierend tätig. Auch wenn der Bundestagspräsident ein Gesetzgebungsorgan darstellt, so wird er doch nicht im Bereich der Gesetzgebung tätig. Folgerichtig muss es sich bei der Ausführung der Festsetzung des Ordnungsgeldes um eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung handeln.

### Aufgabe II

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist nicht eröffnet. Es liegt bereits keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Selbst wenn man auf § 10 Abs. 4 ParteiG als streitentscheidende Norm abstellt, kann keine Zuordnung zum Öffentlichen Recht vorgenommen werden. Nach der *modifizierten Subjektstheorie* ist hierfür nämlich erforderlich, dass ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird.

Der Parteiausschluss ist von der Partei und damit nicht von einem Träger hoheitlicher Gewalt verfügt worden. Die politischen Parteien sind durchweg als rechtsfähige oder nichtrechts-

fähige Vereine und damit als juristische Personen des Privatrechts organisiert<sup>9</sup>.

Auch aus der Legaldefinition des Parteienbegriffs des § 2 Abs. 1 S. 1 ParteiG ergibt sich, dass Parteien im Wesentlichen auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und gerade keine Hoheitsträger verkörpern. Folgerichtig ist auch das nach der *Subordinationstheorie* für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit erforderliche Über- und Unterordnungsverhältnis a priori ausgeschlossen. Jenes muss sich daraus ergeben, dass ein mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteter Träger öffentlicher Verwaltung an der auf ihren öffentlich-rechtlichen Charakter zu untersuchenden Rechtsbeziehung beteiligt ist. Eine Partei ist aber eben kein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Träger öffentlicher Verwaltung.

### Aufgabe III

#### Zu Frage 42:

Es wird völlig übersehen, dass es auch „nur“ materielle Gesetze<sup>10</sup> gibt, die gleichermaßen allgemeinverbindlich wie Parlamentsgesetze (als formelle *und* materielle Gesetze) sind. In concreto angesprochen sind die von der Exekutivspitze erlassenen Rechtsverordnungen (Art. 80 GG/Landesverfassungen) und die von den juristischen Personen des Öffentlichen Rechts erlassenen Satzungen, wenn auch letztere „nur“ für die der Satzungs-gewalt Unterworfenen Rechtsverbindlichkeit aufweisen<sup>11</sup>.

#### Zu Frage 283:

Die Verfasser des Einbürgerungstests agieren undifferenziert. Sie blenden § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO aus. Richtigerweise hätte darauf hingewiesen werden müssen, dass – je nach Bundesland und betroffenem Sachbereich – statt des Widerspruchs oder alternativ zum Widerspruch eine verwaltungsgerichtliche Klage den richtigen Rechtsbehelf darstellt. Die Bundesländer Bayern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Hessen haben von der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit, das Widerspruchsverfahren auszuschließen, in unterschiedlichem Umfang Gebrauch gemacht:

Das Widerspruchsverfahren ist in *Bayern* nur noch in enumerativ bestimmten Fällen statthaft und insoweit auch nur fakultativ (Art. 15 BayAGVwGO). Mit anderen Worten kann der Betroffene in einem Sachbereich, in dem das Widerspruchsverfahren nicht abgeschafft ist, ohne Durchführung des Vorverfahrens unmittelbar Klage erheben.

*Niedersachsen* und *Nordrhein-Westfalen* haben die Unstatthaftigkeit des Widerspruchs temporär befristet – Niedersachsen vom 1.1.2005–31.12.2009; Nordrhein-Westfalen vom 1.11.2007–31.10.2012 – implementiert. Allerdings bleiben enumerativ benannte Fälle vorbehalten, in denen ein Vorverfahren obligatorisch ist (§ 8a Abs. 3 NdsAGVwGO; § 6 Abs. 2, Abs. 3 AGVwGONW).

In *Hessen* ist das Vorverfahren zwar nicht wie in Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen grundsätzlich abgeschafft worden. Allerdings statuiert ein ausführlicher Katalog zahlreiche Fälle, in denen das Vorverfahren entfällt (§ 16a HsSAGVwGO).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 10, 20 (48).

<sup>8</sup> Vgl. Gienmulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Rn. 170.

<sup>9</sup> Palandt, BGB, 68. Auflage, Einführung § 21, Rn. 16.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Rn. 89.

<sup>11</sup> Siehe zur Rechtsverordnung und Satzung Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Rn. 217 ff.

**Betrieb einer Gaststätte in einem Bordell**

(BVerwG, Beschl. v. 23. 3. 2009 – BVerwG 8 B 2.09)

*Wer in einem Bordell eine Gaststätte betreibt und dort die Anbahnung von Kontakten zwischen Prostituierten und Kunden ermöglicht, leistet dadurch nicht stets der Unsittlichkeit Vorschub (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG).*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Anmerkung:**

Verfahrensrechtlicher Ausgangspunkt ist eine Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision. Die Beschwerde, die sich allein auf eine **grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache** nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO beruft, hatte keinen Erfolg. Der geltend gemachte Zulassungsgrund liegt nach Auffassung des BVerwG nicht vor: Die Grundsatzrüge setze die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts voraus, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die von der Beschwerdeführerin gestellte Frage,

*„Ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis für den Ausschank von (alkoholischen und nichtalkoholischen) Getränken in einem Bordell zu versagen, weil dadurch der Unsittlichkeit im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG Vorschub geleistet wird?“*,

erfordere keine Klärung in einem Revisionsverfahren. Dazu genüge nicht, dass die Frage von einem **Teil der Literatur noch bejaht** wird (vgl. zum Streitstand Gurlit, VerwArch 2006, 409 <425 f.> und GewArch 2008, 426 <427> je m.w.N.), oder dass sie seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes nicht (wieder) Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung war. Nur wenn ihre Klärung gerade eine solche Entscheidung verlange, müsse zur Wahrung der Rechtseinheit einschließlich der gebotenen Rechtsfortentwicklung ein Revisionsverfahren durchgeführt werden. Das sei nicht der Fall, wenn die Frage sich anhand der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung ohne weiteres beantworten lasse. Insofern nimmt das Gericht Bezug auf ein Urteil des BVerwG v. 6. 11. 2002 (BVerwG 6 C 16.02 (Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 25= DVP 2004, S. 518), das die frühere Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der Unsittlichkeit fortentwickelt. Die Entscheidung betrifft die Frage, ob der Betrieb eines sog. **Swinger- Clubs** gegen die guten Sitten verstößt. Danach ist der **Rechtsbegriff der Unsittlichkeit** nicht als moralische Kategorie oder ethische Forderung zu verstehen, sondern im Hinblick auf den **Normzweck der Gefahrenabwehr** und mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Gewährleistungen in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auszulegen. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG soll das Zusammenleben der Menschen ordnen, soweit deren Verhalten **sozialrelevant** ist, d.h. **nach außen in Erscheinung tritt** und das **Allgemeinwohl beeinträchtigen kann**. Die Vorschrift dient nicht dazu, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren, sie zu fördern oder zu ihr zu erziehen. Ihr Anwendungsreich beschränkt sich auf Vorgänge, die

- dem **grundgesetzlich verbürgten Menschenbild widersprechen**,
- mit **Strafe oder Bußgeld bedroht** sind

- oder wegen ihres **Öffentlichkeitsbezugs** einem sozialetischen Unwerturteil unterliegen.

Dazu zählt **sexuelles Verhalten**, das schutzwürdige Belange der Allgemeinheit berührt, insbesondere, wenn es nach außen tritt und dadurch die ungestörte Entwicklung junger Menschen in ihrer Sexualsphäre gefährden kann oder andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollen, erheblich belästigt. Auf **freier Selbstbestimmung** beruhende, den Regelungen des Prostitutionsgesetzes entsprechende sexuelle Handlungen **ohne Öffentlichkeitsbezug** widersprechen nicht schon wegen ihrer Entgeltlichkeit dem Menschenbild des Grundgesetzes. Art. 1 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisten die freie Selbstbestimmung auch in sexueller Hinsicht. Sie schützen den Einzelnen vor einer Beeinträchtigung dieser Selbstbestimmung und vor einer Behandlung oder Darstellung, die seine Subjektqualität oder seinen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, indem sie ihn zum entpersonalisierten Objekt entwürdigt. Das Vorliegen solcher Umstände hat der VGH aufgrund seiner nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Tatsachenfeststellungen ebenso verneint wie einen Verstoß gegen Straf- oder Bußgeldtatbestände.

Für die Frage, ob die **Prostitution** wegen ihres Öffentlichkeitsbezugs einem sozialetischen Unwerturteil unterliegt, sind die **sozial-ethischen Wertvorstellungen** maßgeblich, die in der Rechtsgemeinschaft als Ordnungsvoraussetzungen anerkannt, jedoch dem geschichtlichen Wandel unterworfen sind. Der früheren Rechtsprechung, die aufgrund der damaligen Wertvorstellungen die Prostitution stets für unsittlich hielt und deshalb den Betrieb eines sie fördernden Ausschanks als Vorschubleisten im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG beurteilte hat der im Erlass des **Prostitutionsgesetzes** zum Ausdruck kommende Wandel der sozialetischen Wertvorstellungen die Grundlage entzogen. Nach den heutigen Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft ist die kommerzielle Ausnutzung sexueller Bedürfnisse oder Interessen nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen. Selbst entgeltliche sexuelle Handlungen werden nicht mehr „automatisch“ als unsittlich beurteilt.

Der im Urteil v. 6. 11. 2002 (s. o.) nachgezeichnete Wandel der Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft wird seither auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtigt. Sie argumentiert nicht mehr mit einer Unsittlichkeit der Prostitution als solcher, sondern stellt auf deren **konkreten Öffentlichkeitsbezug** oder auf **Verstöße gegen Rechtsvorschriften** ab (vgl. VGH München, Beschl. v. 28. 7. 2004 22 CS 03.2276 juris; **Sperrgebietsverordnung** und v. 20. 9. 2004 22 CE 04.2203 GewArch 2004, 491 <492> **Menschenhandel**; OVG Koblenz, Beschl. v. 5. Juli 2005 6 B 10673/05 GewArch 2005, 387 f. und VG München, Beschl. vom 17. Juni 2004 M 16 S 04.2829 jeweils **Sperrgebietsverordnung**; VG Gießen, Beschl. v. 12. 8. 2004 8 G 2592/04 GewArch 2004, 432 **Verstöße gegen das Ausländergesetz**, § 259 StGB; VG Weimar, Beschl. v. 13. 5. 2002 8 E 202/02. We GewArch 2002, 298 <299> **Sperrgebietsverordnung**; allgemein VG Stuttgart, Ur. v. 22. 7. 2005 10 K 3330/04 GewArch 2005, 431 <432> und zuvor bereits das in den Materialien zum Prostitutionsgesetz, BTDrucks 14/5958 a.a.O., zustimmend zitierte Ur. des VG Berlin v. 1. 12. 2000 VG 35 A 570.99 GewArch 2001, 128= DVP 2001, S. 174). Auch der BGH hält die Prostitution nicht mehr für grundsätzlich sittenwidrig (vgl. BGH, Ur. vom 13. 7. 2006 I ZR 241/03 NJW 2006, 3490 <3491> = DVP 2007, S. 214 und v. 8. 11. 2007 III ZR 102/07 NJW 2008, 140). Die **Verwaltungspraxis** zieht aus dem Erlass des Prostitutionsgesetzes ebenfalls im Einzelnen noch umstrittene **gewerberechtliche Konsequenzen**. So befürworten der Bund und die Mehrheit der Länder inzwischen, für Bordellbetriebe und „Anbahnungsgaststätten“ eine Anmeldemöglichkeit zu eröffnen (Bericht über die Frühjahrssitzung 2007 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“, GewArch 2007, 320 <321 f.>).

Die von der Beteiligten sinngemäß gestellte abschließende Frage, ob zumindest die gewerbliche **Förderung der Prostitution durch Dritte** unabhängig von der sozioethischen Beurteilung der Prostitution selbst den Tatbestand § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG erfülle, beantwortet sich ohne weiteres aus dem Gesetz. Danach hängt die Tatbestandsmäßigkeit eines „Vorschub leistenden“ Förderns von der sozioethischen Beurteilung des geförderten Verhaltens ab. Die Förderung der Prostitution ist daher ebenso differenziert zu beurteilen wie die Prostitution selbst.

Auch der weitere Zulassungsgrund der **Divergenz** (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) wird vom Senat abgelehnt: Eine mögliche Abweichung von der früheren (strengeren) Rechtsprechung zu „**Anbahnungsgaststätten**“ kann keine Divergenz begründen, weil diese Entscheidungen durch die dargestellte Rechtsentwicklung **überholt** sind.

J.V.

### **Kostendeckende Verwaltungsgebühren**

(OVG Münster, Urt. v. 28.1.2008 – 9 A 2206/07)

*Die Höhe von Verwaltungsgebühren muss den Kosten des Verfahrens entsprechen.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Anmerkung:**

Wer von einer Behörde ein Verwaltungshandeln fordert, muss für das Tätigwerden der Behörde im Allgemeinen Verwaltungsgebühren zahlen; die Einzelheiten sind durch Gesetze oder Verordnungen festgelegt. Jedoch müssen die Verwaltungsgebühren angemessen sein, also dem Verhältnis zwischen den Kosten des Verwaltungsaufwandes und der Gebühr Rechnung tragen (vgl. § 3 Verwaltungskostengesetz – Äquivalenzprinzip). Es kommt nicht in Frage, andere Gebühreuzwecke zu verfolgen.

Nach dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster dürfen die Gebühren nicht um das Tausendfache über den durch die gebührenpflichtige Amtshandlung verursachten Kosten liegen. Ob eine Gebühr unzulässigerweise völlig von den Kosten des Verwaltungsaufwandes gelöst ist, ist durch eine wertende Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Kosten und den Gebühren zu entscheiden.

F.O.

### **Gültigkeit einer Stimmabgabe**

(OVG Weimar, Urt. v. 27.3.2007 – 2 KO 28/07)

*Eine Stimmabgabe ist ungültig, wenn der geäußerte Wille des Wählers nicht zweifelsfrei erkenntlich ist.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Anmerkung:**

Wenn der Rat über die Besetzung einer bestimmten Position zwischen zwei Kandidaten entscheiden muss, werden im allgemeinen Stimmzettel verwendet, die beide Namen aufführen. Bei der Abgabe

eines solchen Stimmzettels muss aber der Wille des Stimmberechtigten zu erkennen sein. Die Stimmabgabe ist ungültig, wenn der Stimmzettel den Willen des Wählers nicht zweifelsfrei erkennen lässt. Lassen sich Zweifel nicht ausräumen, ist die Stimmabgabe ungültig (vgl. § 19 ThürKWG).

Es kommt allerdings maßgeblich immer auf das jeweilige Wahlrecht an. Generell bleibt es aber dem Wähler überlassen, in welcher Art und Weise er die Kennzeichnung auf dem Stimmzettel vornimmt. Regelmäßig wird dies durch Ankreuzen des dem Wahlbewerber zuzuordnenden Kreises geschehen; der Wähler ist jedoch nicht auf diese Möglichkeit beschränkt. Jede Kennzeichnung ist zugelassen, soweit sie den Wählerwillen zweifelsfrei erkennen lässt.

Diese Auffassung hat das Thüringische Oberverwaltungsgericht vertreten. In dem konkreten Fall hatte ein Wahlteilnehmer einen Stimmzettel mit zwei Namen erhalten. Auf dem Feld mit einem Namen nahm er eine Streichung von unten links nach oben rechts durchgehend vor. Es unterblieb aber jegliche Form einer positiven Kennzeichnung. Nach der Auffassung des Gerichts war die Stimmabgabe ungültig. Der Wählerwille konnte allenfalls vermutet werden, was aber für die Annahme der Gültigkeit der Stimmabgabe nicht ausreichte. Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass der Stimmberechtigte sich für den anderen Bewerber ausgesprochen hatte.

F.O.

### **Polizeirechtliche Sicherstellung von Drogengeld trotz Freispruchs**

(VG Berlin, Urt. v. 28. 2. 2008 – VG I A 137/06)

**1. Die Polizei ist berechtigt, Geld, das für den Ankauf von Drogen verwendet werden soll, auch dann zwecks Gefahrenabwehr sicherzustellen, wenn der Besitzer des Geldes in einem Strafverfahren freigesprochen worden ist.**

**2. Ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot gilt nicht automatisch für polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr.**

(Nichtamtl. Leitsätze)

**Anmerkung:**

Wie aus Leitsatz 1 ersichtlich hat die Polizei auf der Grundlage des Gefahrenabwehrrechts (s. hier § 38 ASOG Bln = z.B. § 43 PolG NRW) Geld sichergestellt, um dessen (weitere) Verwendung für kriminelle Zwecke (Kauf von Drogen) zu unterbinden. Damit sollte eine (gegenwärtige) Gefahr für die öffentliche Sicherheit, nämlich die Begehung einer Straftat nach dem BtMG abgewehrt werden. Eine solche „**präventive Gewinnabschöpfung**“ wird von der Polizei seit einigen Jahren praktiziert und ist von den Verwaltungsgerichten im Grundsatz gebilligt worden (s. hierzu Hunsicker, KR 2006, S. 615; 2004, S. 234). Die vorliegende Entscheidung liegt auf dieser Linie. Zugleich stellt das Gericht dar, dass ein etwaiges **strafprozessuales Beweisverwertungsverbot** (z.B. bei gröblicher Missachtung des Richtervorbehalts) nicht automatisch auf das – anderen Zwecken dienende – Gefahrenabwehrrecht durchschlägt. Auch die strafverfahrensrechtliche **Unschuldsvermutung** gilt im Bereich der Gefahrenabwehr nicht.

Im Ergebnis hat das Gericht demgemäß die (Feststellungs-)Klage eines betroffenen Mannes abgewiesen.

J.V.(VG Oldenburg, Urt. v. 21.8.2007 – I A 2385/06)



## Auskunftsanspruch eines Ratsmitgliedes

(VG Oldenburg, Urt. v. 21.8.2007 – 1 A 2385/06)

*Ein Ratsmitglied kann vom Bürgermeister auch dann Auskunft verlangen, wenn es um eine GmbH geht, die von der Gemeinde beherrscht wird.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Grundsätzlich kann jedes Ratsmitglied vom Bürgermeister Auskünfte in allen Angelegenheiten der Gemeinde verlangen, sofern sie nicht der Geheimhaltung unterliegen (vgl. § 39 a S. 2 NGO). Die Frage muß sich aber auf einen Gegenstand beziehen, über den der Bürgermeister im Rahmen seiner Zuständigkeit, also in erster Linie als Leiter der Gemeindeverwaltung oder als Vertreter der Gemeinde nach außen, Kenntnis erlangt hat oder erlangen kann.

Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs ist, dass die Ratsmitglieder über die erforderlichen Informationen verfügen, um ihr Ratsmandat effektiv wahrnehmen zu können. Dies gilt auch, wenn es um eine GmbH geht, an der die Gemeinde die absolute Mehrheit der Anteile hält.

In dem konkreten Fall ging es um die Genehmigung des Wirtschaftsplans der GmbH durch den Rat. Dort war von Honoraren in Höhe von 152.000 € die Rede. Dabei handelte es sich deshalb um eine Angelegenheit der Gemeinde, weil nach dem Gesellschaftsvertrag es Sache der Gemeinde war, finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, wenn die GmbH nicht die erforderlichen Einnahmen erzielte.

Der Bürgermeister durfte die Auskunft nicht mit derzeitigem Nichtwissen verweigern, weil er sich das erforderliche Wissen im Rahmen seiner Befugnisse als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde unschwer beschaffen konnte.

Ohnehin ist die Auskunftspflicht unabhängig von der Mitgliedschaft in den Organen einer Gesellschaft mit gemeindlicher Beteiligung. Der Bürgermeister kann eben gesellschaftsrechtlich ganz eindeutig Informationen auch von den Geschäftsführern der GmbH verlangen.

F. O.

## Führerscheintourismus und Amtshaftung

(BGH, U. v. 11.09.2008 – III ZR 212/07)

*Keine Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegen eine deutsche Fahrerlaubnisbehörde bei berechtigter Nichtanerkennung einer in einem anderen EU-Staat erteilten Fahrerlaubnis.*

*Die Fahrerlaubnis aus einem anderen Mitgliedstaat der EU (hier: Tschechien) mit dem Eintrag eines deutschen Wohnsitzes muss von den deutschen Fahrerlaubnisbehörden nicht anerkannt werden.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Unter Führerscheintourismus versteht man den Erwerb eines in einem anderen Staat ausgestellten Führerscheins durch Personen, denen nach deutschem Recht die Fahrerlaubnis entzogen wurde.

Gründe für den Entzug der Fahrerlaubnis sind in erster Linie Trunkenheits-, in denen letzten Jahren vermehrt auch Fahrten unter Drogeneinfluss. Die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis nach deutschem Recht macht die zuständige Straßenverkehrsbehörde i. d. R. von der Vorlage eines positiven MPU-Gutachtens, dies wird umgangssprachlich auch als „Idiotentest“ bezeichnet, abhängig. Nicht nur die erheblichen Kosten, die mit der Erstellung des MPG-Gutachtens verbunden sind, sondern auch ein häufiges Scheitern des Antragstellers bei der Erlangung eines positiven MPG-Gutachtens hat dazu geführt, dass insbesondere im Internet Firmen und Vermittler mit dem Versprechen werben, zu einer gültigen Fahrerlaubnis in einem anderen EU-Staat verhelfen zu können.

Bevorzugte Länder sind die EU-Staaten Tschechien und Polen.

Nachdem sich in der Vergangenheit deutsche Verwaltungsgerichte unterschiedlich dazu geäußert haben, ob bei Vorliegen eines „Scheinwohnsitzes“ in einem anderen EU-Staat die vom betreffenden EU-Staat ausgestellte Fahrerlaubnis auch von einer deutschen Fahrerlaubnisbehörde anerkannt werden muss oder nicht (zustimmend: OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 31.10.2008 – 10 A 10851/08.OVG –; verneinend: OVG Nordrhein-Westfalen, B. v. 12.01.2009 – 16 B 1610/08 –) sorgt die Umsetzung der am 20.12.2006 im Amtsblatt der EU veröffentlichte 3. EU-Führerscheinrichtlinie durch die Bundesregierung am 19.01.2009 nicht nur für Klarheit in dieser Rechtsfrage, sondern bedeutet gleichzeitig das Ende des Führerscheintourismus.

Nach Artikel 11 Abs. 2 der Richtlinie kann die deutsche Fahrerlaubnisbehörde innerstaatliche Vorschriften über Einschränkung, Aussetzung, Entzug oder Aufhebung der Fahrerlaubnis ausdrücklich auch auf eine Fahrerlaubnis aus einem anderen EU-Staat anwenden. Konkret bedeutet dies, das Autofahrern, denen ihre deutsche Fahrerlaubnis z. B. wegen Alkohol- oder Drogenkonsum entzogen wurde, in Deutschland nicht mit einer Fahrerlaubnis aus einem EU-Staat fahren dürfen. Entsprechendes gilt, wenn in der ausländischen Fahrerlaubnis offenkundig ein „Scheinwohnsitz“ eingetragen ist.

Mit Inkrafttreten der 3. EU-Führerscheinrichtlinie besteht auch nicht mehr die Möglichkeit, die im Regelfall beim Antrag auf Wiedererteilung der Fahrerlaubnis von den deutschen Fahrerlaubnisbehörden geforderte MPU zu umgehen. Fahrerlaubnisse, die vor dem 19.01.2009 erworben wurden, sind von den Regelungen der 3. EU-Führerscheinrichtlinie nicht betroffen.

In den Zusammenhang der rechtlichen Fragen zum Führerscheintourismus fügt sich die Entscheidung des BGH vom 11.09.2008 ein.

Sie betrifft im Rahmen der Amtshaftung die Schadensersatzklage eines deutschen Staatsangehörigen aus Passau gegen den Freistaat Bayern.

Dem Kläger war zweimal die Fahrerlaubnis in Deutschland entzogen worden und zwar 1995 wegen Trunkenheit am Steuer und 2001 aufgrund unerlaubten Entfernens vom Unfallort. Im Rahmen des zweiten Verfahrens auf Wiedererteilung der Fahrerlaubnis forderte die Fahrerlaubnisbehörde vom Kläger ein positives MPU-Gutachten. Diese Forderung der Fahrerlaubnisbehörde veranlasste den Kläger seinen Antrag zurückzuziehen. Stattdessen erwarb er eine tschechische Fahrerlaubnis mit dem Eintrag seines deutschen Wohnsitzes.

Die zwischenzeitlich erteilte tschechische Fahrerlaubnis hinderte die Fahrerlaubnisbehörde allerdings nicht daran, vom Kläger erneut ein für ihn positives MPU-Gutachten zu verlangen. Dies lehnte der Kläger ab, worauf die Fahrerlaubnisbehörde dem Kläger die Benut-

zung der tschechischen Fahrerlaubnis untersagte. Das VG wies den hiergegen sowie gegen den gleichzeitig angeordneten Sofortvollzug gerichteten Antrag des Klägers auf einstweiligen Rechtsschutz ab.

Aufgrund des Urteils des EuGH vom 06.04.2006 (C-227/05), wonach nach Ablauf der verhängten Sperrfrist auch im europäischen Ausland eine neue Fahrerlaubnis erworben werden kann, nahm die Fahrerlaubnisbehörde ihren Bescheid, mit welchem dem Kläger das Recht aberkannt wurde von seiner in Tschechien erteilten Fahrerlaubnis in Deutschland Gebrauch zu machen, zurück.

Da der Kläger über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr seine tschechische Fahrerlaubnis nicht nutzen konnte, verlangte er im Rahmen der Amtshaftung Schadensersatz und eine Entschädigung. Sowohl Schadensersatz-, als auch Entschädigungsansprüche wurden vom BGH verneint.

Die Begründung des BGH:

„Aufgrund der Entscheidungen des EuGH vom 26.06.2008 (C-329/06 und C – 343/06 sowie C – 334/06 bis C 336/06) sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, einen von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerschein ohne jede Formalität anzuerkennen. Sie dürfen dabei auch nicht von sich aus mit dem Ziel, die Anerkennung zu versagen, Ermittlungen anstellen, ob der betreffende Führerscheininhaber in dem Mitgliedstaat, in dem er die Fahrerlaubnis erworben hat, einen Wohnsitz hatte, wie es nach der Führerscheinrichtlinie Voraussetzung für die Erteilung der Fahrerlaubnis ist. Dies gilt auch dann, wenn dem betreffenden Führerscheininhaber im Inland zuvor die Fahrerlaubnis entzogen worden war und die neue Fahrerlaubnis nach Ablauf einer etwa verhängten Sperrfrist wiedererteilt worden ist. Demgegenüber ist der Mitgliedstaat zur Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Fahrerlaubnis dann nicht verpflichtet, wenn dieser die Fahrerlaubnis während einer im ersten Staat verhängten Sperrfrist erteilt hat. In den Urteilen vom 26. Juni 2008 hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Hintergrund, dass die in der Führerscheinrichtlinie vorgesehene Voraussetzung eines ordentlichen Wohnsitzes erst mit Wirkung ab 1. Juli 2006 in die tschechische Rechtsordnung eingefügt wurde und mit diesem Erfordernis allgemein der »Führerscheintourismus« bekämpft werden soll, weiter befunden, dass ein Mitgliedstaat zu einer Anerkennung nicht verpflichtet sei, wenn sich auf der Grundlage von Angaben im Führerschein selbst (oder anderen vom Ausstellermitgliedstaat herrührenden unbestreitbaren Informationen) ergebe, dass die Wohnsitzvoraussetzung im Zeitpunkt der Erteilung der Fahrerlaubnis nicht erfüllt gewesen sei. Da sich im Fall des Klägers aus seinem tschechischen Führerschein sein deutscher Wohnsitz ergab, waren die Behörden zu einer Anerkennung dieser Fahrerlaubnis nicht verpflichtet, sodass der Kläger keinen Schadensersatz beanspruchen kann“.

Zur Amtshaftung im Rahmen des Führerscheintourismus wird auch auf die ebenfalls Schadensersatz verneinende Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 09.3.2006 – 12 U 286/05 – hingewiesen.

G.T.

### **Haftung für Kanalverstopfung durch Wurzelwerk**

(OLG Nürnberg, Urt. v. 25.7.2007 – 4 U 61/07)

*Eine Gemeinde ist schadensersatzpflichtig, wenn das Wurzelwerk eines auf ihrem Grundstück stehenden Baumes in eine fremde*

*Entwässerungsleitung eindringt und eine Verstopfung herbeiführt, soweit sie die Entwicklung verschuldet hat.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

#### **Anmerkung:**

Wenn in der Straße vor einem Grundstück ein Entwässerungskanal liegt, wird von dem Gebäude, wo Abwasser anfällt, eine Hausleitung zu dem öffentlichen Entwässerungskanal verlegt. Die Hausentwässerung funktioniert dann problemlos, wenn die Hausanschlussleitung in Ordnung ist. Jedoch kann es Störungen durch Baumwurzeln geben, die in den Kanal eindringen und die Abflussmenge reduzieren. Ist dafür ein Baum ursächlich, der auf einem Nachbargrundstück steht, ist dessen Eigentümer unter Umständen wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht schadensersatzpflichtig. Dies gilt auch dann, wenn der Baum auf einem Grundstück der Gemeinde steht. Wie jeder Grundstückseigentümer ist auch eine Gemeinde verpflichtet, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich und zumutbar sind, um eine vom Grundstück ausgehende Schädigung Dritter möglichst zu verhindern. Dieser Pflicht kommt die Gemeinde schuldhaft nicht nach, wenn es durch das Wurzelwerk des Baumes zu einer Verstopfung der Hausanschlussleitung kommt.

Die Gemeinde haftet schuldhaft, wenn sie die Verstopfung hätte verhindern können und müssen. Dies ist dann der Fall, wenn der Abwasserkanal nicht turnusmäßig mit einer Kamera befahren worden ist.

Nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg ist das Verschulden der Gemeinde außerdem dann zu bejahen, wenn sie den Baum nicht beseitigt hat, obwohl ihr der Hauskanal bekannt war oder ihr als Betreiber der Abwasseranlage hätte bekannt sein müssen.

Jedoch musste sich der geschädigte Grundstückseigentümer ein Mitverschulden anrechnen lassen, wo entgegen der örtlichen Entwässerungssatzung in seinem Hauskanal kein Rückstauventil vorhanden war. Für das Gericht war von einem hälftigen Mitverschulden des Grundstückseigentümers auszugehen, so dass die Gemeinde den Überschwemmungsschaden nur zur Hälfte ersetzen musste.

F. O.

### **Beweislast für Handy-Rechnung**

(LG Augsburg, Urt. v. 24. 4. 2007 – 3 O 678/06 – in: *Kommunikation und Recht* 2007, S. 343)

**1. Die Darlegungs- und Beweislast für die Inanspruchnahme von Leistungen, insbesondere die Herstellung einer Verbindung, trägt grundsätzlich der Anbieter von Telekommunikationsleistungen.**

**2. Ein Telekommunikationsunternehmen, das einen Kunden auf Bezahlung sog. Mehrwertdienste in Anspruch nimmt, muss diesem eine Telefonrechnung vorlegen, die ihn in die Lage versetzt, den Inhalt der Rechnung qualifiziert zu bestreiten.**

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### **Anmerkung:**

Aus dem Rechtsgedanken des § 16 Abs. 3 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (betreffend die Nachweisfrage bei technischen Störungen und Manipulationen Dritter am öffentlichen Telekommunikationsnetz) ist nach Ansicht des Gerichts zu entnehmen, dass das

Risiko der unbemerkten Herstellung von Verbindungen nicht der Anschlusskunde zu tragen hat. Kommt das Telekommunikationsunternehmen der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht nach, kann es auch nicht Entgelt aus einem Rechtsverhältnis mit dem Anbieter der jeweiligen Mehrwertdienste bzw. Auskunftsnummern beanspruchen.

J.V.

### **Brandschutzgesichtspunkte bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses**

(BAG, Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 748/05)

Bei der Auswahl von Mitarbeitern, deren Arbeitsverhältnis gekündigt werden soll, kann die Gemeinde Brandschutzgesichtspunkte berücksichtigen.

#### **Anmerkung:**

Eine Gemeinde hatte die Gebäudereinigung zunächst längere Zeit mit eigenen Arbeitskräften durchgeführt, kam dann aber zu dem Ergebnis, daß die Übertragung dieser Aufgabe auf ein Privatunternehmen wirtschaftlicher wäre. Allerdings wollte die Gemeinde einzelne Gebäude in ihrer Obhut behalten. Wegen der Übertragung der Gebäudereinigung auf ein Unternehmen waren mehrere Mitarbeiter überflüssig, die die Arbeiten bisher ausgeführt hatten. So wurde u. a. das Arbeitsverhältnis mit Frau Meier gekündigt, die damit aber nicht einverstanden war und eine Kündigungsschutzklage erhob. Sie machte insbesondere geltend, in die Auswahl der Kräfte, die für eine Kündigung in Frage kamen, hätte auch Frau Schulze einbezogen werden müssen. Die beiden Frauen waren in einer unterschiedlichen Situation: Frau Meier war längere Zeit bei der Gemeinde tätig und mußte ihren arbeitslosen Sohn versorgen; sie hatte sich bei der Feuerwehr einer Grundausbildung unterzogen, war aber nicht Mitglied der freiwilligen Feuerwehr geworden. Frau Schulze hatte es dagegen bis zur Hauptlöschmeisterin gebracht. Sie war auch als Reinigungskraft im Feuerwehrbereich tätig. In ihrer Stellenbeschreibung hieß es: „Teilnahme an Einsätzen der Feuerwehr, Versorgung der Feuerwehrleute nach Einsätzen, Betreuung bzw. Organisation von Veranstaltungen der Feuerwehren“. Diese Tätigkeit sollte 5% ihrer Gesamtaufgaben umfassen.

Aus brandschutztaktischen Erwägungen wollte die Gemeinde das Arbeitsverhältnis mit Frau Schulze nicht kündigen. Die Gemeinde war verpflichtet, rund um die Uhr 42 Einsatzkräfte vorzuhalten, um eine notwendige Zugstärke von 22 Feuerwehrleuten gewährleisten zu können. Tatsächlich hatte die freiwillige Feuerwehr aber lediglich 37 aktive Mitglieder, so daß die Einsatzbereitschaft der Schwerpunktfeuerwehr gefährdet war. Dies traf insbesondere für kritische Tageszeiten zu, weil Mitglieder der freiwilligen Feuerwehr an anderen Orten arbeiteten und die Herstellung der Einsatzbereitschaft – zusätzlich zur geringen Anzahl an Aktiven – durch Anfahrtszeiten erschwert war. Frau Schulze war deshalb für den Feuerschutz ein wesentlicher Faktor. Sie hatte im Vorjahr an 35 Einsätzen teilgenommen, darunter 14 Einsätze während der Arbeitszeit. Die Qualifikation hinsichtlich der Teilnahme an Einsätzen der freiwilligen Feuerwehr von Frau Meier entsprach also nicht denjenigen von Frau Schulze.

Die Gemeinde hatte ein berechtigtes Betriebsbedürfnis, das die Weiterbeschäftigung von Frau Schulze bedingte und daher der sozialen

Auswahl entgegenstand. Es ging nicht um außerbetriebliche Umstände. Zu den Aufgaben der Gemeinde gehörte auch die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Sicherstellung des Brandschutzes und der Hilfeleistung.

Das Bedürfnis der Gemeinde für die Weiterbeschäftigung von Frau Schulze zur Sicherstellung des Brandschutzes und der Hilfeleistung erreichte das nötige Gewicht und stellte sich daher als berechtigtes betriebliches Bedürfnis dar. Die Gemeinde konnte sich angesichts ihrer Situation darauf berufen, durch die Weiterbeschäftigung von Frau Schulze im Bereich der Feuerwehr sei zumindest deren ständige Erreichbarkeit während ihrer Arbeitszeit gewährleistet; dies ging über die bloße Nützlichkeit der Weiterbeschäftigung hinaus. Bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Frau Schulze wäre das Risiko der Gemeinde gegeben gewesen, daß Frau Schulze nicht mehr jederzeit für Einsätze zur Verfügung gestanden hätte.

F. O.

### **Zum Kostenerstattungsanspruch des örtlichen gegen den überörtlichen Sozialhilfeträger nach § 264 Abs. 7 SGB XII**

(BSG, Urteil vom 23.10.2008 – Az. B 8 SO 23/07 R)

*1. Für Erstattungsansprüche zwischen Sozialleistungsträgern sind Prozesszinsen (§ 291 BGB analog) nicht zu entrichten. Das BSG setzt die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerwG nicht fort.*

*2. Erstattungsansprüche unter Sozialleistungsträgern rechnen nicht zu den Sozialleistungen im Sinne von §§ 102 ff. SGB X in Verbindung mit § 11 SGB I.*

*3. Bei einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ist der Vorrang der Leistungsbeziehung als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB analog zu beachten.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### **Kontext der Entscheidung:**

Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) wurde zum 01.01.2004 geregelt, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) die Krankenbehandlung von Sozialhilfeempfängern für die Sozialhilfeträger übernehmen und diese den Krankenkassen die Kosten der Behandlung erstatten. Seit Einführung dieser neuen Regelung streiten sich in einigen Bundesländern die örtlichen mit den überörtlichen Sozialhilfeträgern um die Rechtsfrage, ob die entsprechende Vorschrift des § 264 Abs. 7 SGB V die landesrechtlichen Zuständigkeitsabgrenzungen und damit verbundene Kostenträgerschaft auf der Grundlage der verschiedenen Hilfearten (Hilfen zur Gesundheit oder Eingliederungshilfe) des SGB XII modifizieren. Vielfach sind die örtlichen Sozialhilfeträger gegenüber den Krankenkassen in Vorleistung gegangen und haben versucht, im Wege der Erstattung die für unzuständige Hilfearten geleisteten Zahlungen vom überörtlichen Sozialhilfeträger zurückzuerhalten.

#### **Zum Sachverhalt:**

Der klagende örtliche Sozialhilfeträger hatte die Kosten für die stationäre Behandlung eines psychisch kranken Leistungsberechtig-

ten gegenüber der Krankenkasse übernommen und beehrte die Erstattung der Kosten vom beklagten überörtlichen Sozialhilfeträger, weil es sich unstrittig um Leistungen der Eingliederungshilfe handelte, die in die landesrechtliche Zuständigkeit des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe fielen. Rechtsgrundlage für die Forderung war § 105 SGB X.

Der Beklagte verweigerte die Kostenerstattung mit der Begründung, § 264 Abs. 7 SGB V nehme eine eigene Zuständigkeitsregelung vor, die im Ergebnis den örtlichen Sozialhilfeträger treffe.

Das erstinstanzliche Sozialgericht hatte der Klage bereits stattgegeben. Mit der Sprungrevision wurde das Verfahren dem BSG zur Entscheidung vorgelegt.

#### Zu den Entscheidungsgründen:

Das BSG hat die Klage abgewiesen, da die Voraussetzungen des § 105 SGB X nicht erfüllt seien. Offen gelassen wurde hingegen, ob dem Kläger nicht nach landesrechtlichen Vorschriften (AG-SGB XII NRW) ein Kostenerstattungsanspruch zustehe oder ob er von der Krankenkasse das – ggf. zu Unrecht – Geleistete heraus verlangen könne. Zur Prüfung dieser Fragen wurde das Verfahren an das zuständige LSG zurückverwiesen.

Unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BSG verneint das Urteil zunächst die Verzinsung durch Prozesszinsen von Erstattungsansprüchen unter Sozialleistungsträgern. Es fehle sowohl an einer gesetzlichen Regelung diesbezüglich noch handele es sich um eine planwidrige Regelungslücke. Insoweit wird ausdrücklich klar gestellt, dass die entsprechende Rechtsprechung des BVerwG nicht fortgeführt werde. Prozesszinsen stünden dem Kläger in keinem Fall zu.

Im Weiteren wird ein Erstattungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten zurückgewiesen, da es sich nicht um die Erstattung von Sozialleistungen im Sinne von § 105 SGB X in Verbindung mit § 11 SGB I handele. § 264 Abs. 7 SGB V regele einen Erstattungsanspruch der Krankenkasse gegen den Sozialhilfeträger, dem keine Sozialleistungsqualität im Sinne von § 11 SGB I zukomme. Sozialleistungen seien (nur) solche Leistungen, die der (unmittelbaren) Verwirklichung eines der in §§ 3 bis 10 SGB I genannten sozialen Rechte dienen. Wohl habe die Leistung der Krankenkasse gegenüber der Klinik bzw. mittelbar gegenüber dem Leistungsberechtigten Sozialleistungscharakter, nicht aber die Erstattung der Kosten durch den örtlichen Sozialhilfeträger. Damit scheide ein Erstattungsanspruch auf der Rechtsgrundlage von § 105 SGB X schon wegen Fehlens eines Tatbestandsmerkmals aus.

Ein Erstattungsanspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) liege ebenfalls nicht vor, da der Kläger weder ein objektiv noch subjektiv fremdes Geschäft geführt habe.

Ebenso komme ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung nicht in Betracht. Als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB sei zu beachten, dass der Gläubiger des Erstattungsanspruches, sofern er zur Erfüllung einer bestehenden oder angenommenen eigenen Verpflichtung geleistet hat, wegen desselben Gegenstandes keinen Anspruch auf Bereicherung in sonstiger Weise gegen einen Dritten haben kann. Ggf. könne der Kläger daher die (Rück)erstattung des Geleisteten von der Krankenkasse fordern, nicht aber vom Beklagten.

Das Urteil enthält noch Ausführungen zur notwendigen Beiladung (hier: der Krankenkasse) sowie zum Behördenprinzip im sozialgerichtlichen Verfahren.

R.R.

### **Kosten für eine Einzugsrenovierung können zu den Kosten der Unterkunft gehören**

(BSG, Urteil vom 16.12.2008 – Az. B 4 AS 49/07 R)

**1. Aufwendungen für Einzugsrenovierungen können zu den Kosten der Unterkunft nach § 22 Abs. 1 SGB II gehören.**

**2. Derartige Aufwendungen sind zu übernehmen, wenn die Renovierung für die Wohnbarkeit der Wohnung erforderlich, ortsüblich und die Höhe der Kosten zur Herstellung eines Wohnungsstandards im unteren Wohnsegment erforderlich ist.**

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin bezieht Leistungen nach dem SGB II und zog nach Aufforderung zur Senkung der Unterkunftskosten durch die Beklagte in eine angemessene Wohnung um. Für diese neue Wohnung beantragte sie die Übernahme der Kosten einer Einzugsrenovierung in Höhe von einmalig 300 €, da die Wohnung keinen Bodenbelag und keine Tapeten aufwies. Die Beklagte hatte den Antrag abgelehnt, da die Kosten bereits in der Regelleistung nach § 20 SGB II enthalten seien. Schon das SG hatte der Klägerin Recht gegeben. Mit der Sprungrevision wurde die Entscheidung dem BSG vorgelegt.

#### Zu den Entscheidungsgründen:

Das Urteil prüft der Reihe nach verschiedene Anspruchsgrundlagen für die geltend gemachten Kosten.

Kosten für eine Einzugsrenovierung gehören nicht zu den Umzugskosten oder Wohnungsbeschaffungskosten nach § 22 Abs. 3 SGB II, da es dem Gericht aus systematischen Gesichtspunkten geboten erscheint, Umzugskosten auf die eigentlichen Kosten des Umzugs, nicht aber einer Wohnungsrenovierung zu begrenzen.

Die Kosten seien auch nicht mit den in der Regelleistung nach § 20 SGB II enthaltenen Kosten für Reparatur und Instandhaltung der Wohnung abgegolten. Unter Heranziehung der mieterrechtlichen Definitionen für die Begriffe „Instandhaltung“ und „Reparatur“ und angesichts des geringen rechnerischen Betrages von ca. 4,84 € für diese Positionen im Regelsatz schließt das erkennende Gericht die Deckung des Bedarfs durch den monatlichen Regelsatz aus. Damit entfällt auch die Möglichkeit eines ergänzenden Darlehens nach § 23 Abs. 1 SGB II.

Eine Kostenübernahme komme aber als Kosten der Unterkunft im Sinne von § 22 Abs. 1 SGB II in Betracht. Kosten einer Einzugsrenovierung können erbracht werden, soweit sie zur Herstellung der Wohnbarkeit der Unterkunft erforderlich und ansonsten angemessen sind. Eine konkrete Kostenübernahme sei in drei Schritten zu prüfen:

- Zur Wohnbarkeit einer Wohnung gehöre auch im unteren Wohnsegment ein einfacher Wand- und Fußbodenbelag. Ohne derartige Beläge sei eine Einzugsrenovierung objektiv als erforderlich anzusehen.
- Im regionalen Vergleichsbereich darf nicht davon ausgegangen werden können, dass Wohnungen im nennenswerten Umfang renoviert im o.a. Sinne übergeben werden.
- Die Kosten müssen der Höhe nach angemessen sein, was mit den geltend gemachten Kosten von 300 € der Fall sei.

**Anmerkungen:**

Mit der Begründungspassage hinsichtlich des rechnerisch im Regelsatz enthaltenen Anteils von (nur) 4,84 € beschreitet das BSG einen gefährlichen Weg, wenn es konstatiert, dass dieser Betrag trotz „bescheidener Rücklagenbildung“ nicht zur Bedarfsdeckung auskömmlich sei. Gleiche Erwägungen treffen nämlich auf eine Vielzahl größerer Bedarfspositionen im Regelsatz zu (bspw. müsste der Betrag für größere Haushaltsgeräte allein für die Wiederbeschaffung einer

einfachen Waschmaschine ca. 26 Jahre angespart werden). Daraus kann aber wohl kaum der Schluss gezogen werden, dass gerade deswegen derartige Kosten eben nicht im Regelsatz enthalten seien.

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**

**Boecken/Joussen, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Handkommentar, 1. Auflage 2007, 455 Seiten, geb. € 59,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-0245-2**

Das vorliegende Werk ist in der Reihe der „NomosKommentare“ erschienen und figuriert unter der Bezeichnung „Handkommentar“. Das trifft es nicht schlecht. Er ist kompakt, gut zu handhaben und erkennbar auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnitten. Die äußere Gestaltung entspricht den Anforderungen, die ein Benutzer an ein Erläuterungsbuch stellen könnte: gute Lesbarkeit, Hervorhebungen im Fettdruck, Nachweise nur in den Fußnoten. Entsprechendes gilt für die Grundstruktur der einzelnen Kommentierungen. Auf den Gesetzestext folgt eine Literaturliste. An diese schließt sich eine Übersicht an, bei der jeweils auf Randnummern Bezug genommen wird. Die Kommentierung beginnt regelmäßig mit Ausführungen zum Normzweck (oder „Allgemeines“). Soweit möglich wird bei der Erläuterung zwischen dem Tatbestand der Vorschrift und den Rechtsfolgen differenziert. Anmerkungen zu verfahrensrechtlichen Fragen – z.B. zur Beweislast – runden die Kommentierung ab. Stichproben haben im Übrigen gezeigt, dass der Kommentar zuverlässig und präzise informiert.

**Fazit:** Ein sehr empfehlenswertes Erläuterungsbuch, das dem angesprochenen Benutzerkreis – insbesondere Personalsachbearbeiter, Rechtsanwälte, Arbeitsrichter – eine fundierte Informationsquelle bietet.

Reg.- Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Thom, Norbert/Ritz, Adrian, Public Management, Innovative Konzepte zur Führung im öffentlichen Sektor, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, € 49,90, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler/GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2006, ISBN 3-8349-0096-6**

Das in dem Buch „Public Management“ aufgegriffene und als vorderste politische Aufgabe unserer Generation bezeichnete Thema der Integration unternehmerischen Managements in die öffentlichen Institutionen geht mit dem von den Autoren Norbert Thom und Adrian Ritz dazu entwickelten Lösungsansatz nach der Erstveröffentlichung im Jahre 2000 nunmehr bereits in die dritte Auflage. Allein diese Entwicklung fordert dazu auf, sich eingehender mit der Thematik des Buches zu beschäftigen.

Der Lösungsansatz, welcher zur Umsetzung der aufgeworfenen entscheidenden politischen Aufgabe beitragen soll, wird als IOP-Führungskonzept bezeichnet, im zweiten Kapitel des Buches im Überblick dargestellt und in den nachfolgenden Kapiteln ausführlich und eingehend abgehandelt. Es handelt sich dabei um ein Konzept, das durch Instrumente des Innovations- und Informationsmanagements (I), der organisatorischen Gestaltung (O) und des Personalmanagements (P) den gegenwärtigen Strategie-, Struktur- und Kulturwandel unterstützen soll.

Neu an der dritten Auflage sind 16 Praxisfenster, die spezifische Inhalte aus der Sicht kompetenter, mit einschlägiger Praxiserfahrung ausgewiesener Experten veranschaulichen. Aber auch die Ergänzungen in den einzelnen Kapiteln sind durchweg zu begrüßen. So werden im Kapitel eins die theoretischen Grundlagen ergänzt und wird auf die Gefahren der Reform hingewiesen. Kapitel drei über das Innovationsmanagement wird um eine eingehendere Darstellung des Wissensmanagements sowie um Ausführungen zu Befragungsinstrumenten und das Benchmarking ergänzt. Zum Informationsmanagement in Kapitel vier wird auf die relevanten Instrumente des Performance Managements und auf die besondere Bedeutung des Informationsmanagements zur besseren Entscheidungsfindung hingewiesen. Die organisatorischen Gestaltungselemente des Kapitel fünf werden durch Organisationsalternativen wie Privatisierung oder Outsourcing sowie durch vertiefende Erläuterungen zu Leistungskontrakten und Führungsinstrumenten, die auf Indikatoren basieren, ergänzt. Kapitel sechs zur Führung und Förderung durch ein erweitertes Personalmanagement erhält einen neuen Abschnitt zur Personalführung aus der Sicht der Leadership-Forschung.

Das Buch glänzt auch in der dritten Auflage durch seine hohe Praxistauglichkeit, die gelungene Gesamtkonzeption und die wegweisenden Ausführungen zu den zentralen Fragen des Verwaltungsmanagements im öffentlichen Sektor. Es kann allen Fach- und Führungskräften im öffentlichen Sektor, aber auch Dozierenden und Studierenden der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre mit den Schwerpunkten Organisation, Unternehmensführung und Personalwirtschaft wärmstens empfohlen werden.

Prof. Dr. Rainer Gebhardt

**Adomeit/Mohr, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007, 742 Seiten, geb. ? 84,-, Boorberg, ISBN 978-3-415-03637-6**

Das AGG hat eine wahre Flut an Lehr- und Handbüchern sowie Kommentaren ausgelöst. Jede Neuerscheinung muss sich also darauf prüfen lassen, ob für sie ein echter Bedarf besteht.

Schon eine kurze Prüfung des vorliegenden Werkes hat etwaige Zweifel in dieser Richtung zerstreut. Die konzeptionelle Gestaltung überzeugt: nach dem Gesetzestext folgt eine Gliederung, die jeweils auf die Randnummern der anschließenden Kommentierung verweist. Letztere wird regelmäßig mit einem „Überblick“ eingeleitet, in dem der Normzweck und die Regelungsziele dargelegt und gewürdigt werden. Die Nachweise aus Rspr. und Lit. – wie Stichproben gezeigt haben: auf aktuellem Stand – sind konsequent in den Fußnoten untergebracht worden. Dank der im Text verwendeten, optisch hervorgehobenen Leitbegriffe ist der Zugriff auf das gesuchte Stichwort recht unproblematisch. Mit derlei Pluspunkten können freilich auch andere Erläuterungswerke aufwarten. Damit rückt der materielle Gehalt des Buches in das Visier. Und hier macht der Kommentar dicke Pluspunkte! Äußerst lesenswert für jeden, der ein vertieftes Verständnis der Problematik gewinnen will, ist die knapp 100 Seiten lange Einführung. Die Grundgedanken des AGG (Gleichheit, Verbot der Diskriminierung etc.) werden hier unter historischen, soziologischen und verfassungs- sowie europarechtlichen Gesichtspunkten dargestellt und bewertet. Die wohlwundt kritische Distanz der Autoren kommt an vielen Stellen deutlich zum Ausdruck (s. z. B. Rn. 59, S. 21, Rn. 89 ff.). Eine maßvolle Interpretation des teilweise sehr weit gefassten Gesetzes mahnen Adomeit und Mohr auch bei der Einzelkommentierung an. Dies gilt z. B. für den Begriff der „pornographischen Darstellung“ in § 3 Abs. 4, der aus dem (missglückten und jetzt aufgehobenen) Beschäftigtenschutzgesetz stammt (§ 3 Rn. 145). Scheinprobleme werden kurzerhand erledigt. Die umstrittene Frage, ob sich im Diskriminierungsfall entgegen § 15 Abs. 6 AGG ein Kontrahierungszwang aus anderen Vorschriften (insbesondere den §§ 826, 249 BGB) ergebe, wird lakonisch mit dem Hinweis gelöst, die Voraussetzungen in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen ließen sich in der Praxis regelmäßig nicht beweisen (§ 15 Rn. 114).

**Fazit:** Ein flüssig geschriebener, gut lesbarer und verständlicher Kommentar, der nicht „brav“ die amtlichen Begründungen variiert, sondern (auch) die Schwachpunkte des Gesetzes aufdeckt und konstruktive Lösungen anbietet. Der „Adomeit/Mohr“ gehört zur Pflichtlektüre aller, die sich mit den gewiss zahlreichen Problemen des AGG herumschlagen müssen!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Hohn, Stefanie, Public Marketing, Marketing-Management für den öffentlichen Sektor, € 31,90, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler/GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2006, ISBN 3-8349-0083-4**

Nach und nach setzt sich auch im öffentlichen Sektor die Erkenntnis durch, dass Marketing nicht nur mit Verkaufsförderung, zum Beispiel um die Besucherzahlen eines städti-

schen Freibaders zu erhöhen, gleichzusetzen ist, sondern vielmehr auch für die öffentlichen Betriebe ein eigenständiger Weg der Steuerung der Leistungserstellung sein kann, der als Ausgangspunkt aller betrieblichen Entscheidungen die Bedürfnisse und Wünsche der aktuellen und potenziellen Kunden ansieht. Doch wie bei allen Anleihen des öffentlichen Sektors bei den Strukturen der Privatwirtschaft, müssen privatwirtschaftliche Instrumente und Verfahren für einen sinnvollen Einsatz im öffentlichen Bereich stets an die Besonderheiten des öffentlichen Sektors angepasst werden.

Stefanie Hohn, Professorin für Betriebswirtschaftslehre mit dem Schwerpunkt Marketing für den öffentlichen Sektor an der Fachhochschule Osnabrück, stellt sich dieser Aufgabe in ihrem Buch „Public Marketing“. Das Buch soll in komprimierter Weise die Grundlagen des Marketings beschreiben und aufzeigen, wo eine Anwendung auch in nicht erwerbswirtschaftlichen Branchen sinnvoll ist. Dazu wird im ersten Kapitel eine Einführung in die Grundbegriffe des Marketings gegeben und der Sinn eines Marketings im öffentlichen Sektor, die Entwicklungsstufen und Systematisierungsansätze des Marketings sowie der Aspekt des Stadt- und Regionenmarketings erläutert. Im zweiten Kapitel wird die Marketing-Konzeption behandelt. Die Ausführungen in diesem Hauptteil des Buches erstrecken sich darauf, die Situationsanalyse und die Ableitung von Zielen sowie die Marktforschung als Basis der Situationsanalyse und Zielbildung darzustellen. Sodann werden Marketing-Strategien und Marketing-Instrumente ausgeführt. Der dritte Teil des Buches behandelt abschließend das Qualitätsmanagement.

Das Buch richtet sich an Dozenten und Studenten der wirtschaftswissenschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Studiengänge, die eine Einführung in das Marketing erhalten wollen sowie an Entscheidungsträger aus öffentlichen Institutionen und Nonprofit-Organisationen, denen es einen schnellen und praxisorientierten Überblick über die Anwendungsmöglichkeiten des Marketings vermitteln soll. Allen Zielgruppen kann das Buch aufgrund der klaren und gut verständlichen Darstellungsweise, der vielen Praxisbeispiele sowie letztlich auch wegen der eingebundenen Aufgaben zur Reflektion des Gelesenen empfohlen werden.

Prof. Dr. Rainer Gebhardt

Engel, Christoph und Schön, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium in der Rechtswissenschaft*, 329 Seiten, kartoniert € 74, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2007, aus der Reihe: *Recht – Wissenschaft – Theorie (Jestaedt/Lepsius/Möllers/Voßkuhle (Hrsg.) Band 1, ISBN 978-3-16-149377-5*

Was macht das Recht zur Wissenschaft? Mit anderen Worten: Wo hört das juristische Kunsthandwerk auf? Da sich in diesem Sammelband 15 mehr oder weniger bekannte Autoren um diese Fragen bemühen, passt er gut in die neue Verlagsreihe: *Recht – Wissenschaft – Theorie*. Der Leser erhält, um es vorweg zu nehmen, keine endgültige(n) Antwort(en) auf diese jahrhundertlang diskutierte und immer noch unter den Fachleuten umstrittene Gretchenfrage, aber viele anregende und plausible Argumente zur Selbstvergewisserung, die als Frucht und „Statusbericht“ eines Symposiums von Vertretern der Kerngebiete der Rechtswissenschaft im Kloster Seon anfielen.

„Die Arbeit des Juristen – sowohl des Rechtsanwenders als auch des Rechtswissenschaftlers – leitet ihr Erkenntnisinteresse aus dem Ziel einer möglichen (gerichtlichen) Entscheidung eines Streitfalles ab. Die Entscheidung des Falls prägt zugleich das „Materialobjekt“ des Juristen: den sanktionsbewehrten Sollenssatz.“ (Schön, S. 317); insoweit ist sie „Verstehenswissenschaft“ – nämlich von Rechtstexten und Materialien. „Das Fach heißt Jurisprudenz, nicht Jurisssizienz. Die Juristerei ist also ein praktisches Fach (S. XII), die Theorie einer Praxis. Aber liegt darin schon das ganze Eigene/die ganze Eigenart, das Proprium, der Rechtswissenschaft (auch) als Textwissenschaft?

Man kann sich dem Proprium auch in Abgrenzung oder Nutzbarmachung zu den – ohne Arroganz und funktionsbezogen gesagt – „Hilfswissenschaften“ nähern, der Philosophie/Rechtsphilosophie, der Geschichte/Rechtsgeschichte, der Ökonomie/Rechtsökonomie, der Soziologie/Rechtssoziologie, der Medizin/Rechtsmedizin etc. Überholt dürfte dabei der Ansatz einiger Soziologen an der Universität des Saarlandes anlässlich der xten Reform Anfang der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts sein, den Fachbereich Rechtswissenschaft kurzerhand dem Fachbereich der Sozialwissenschaften einzugliedern; der Rezensent erinnert sich noch gut des Aufschreis, der damals durch die Reihen der Rechtswissenschaftler ging und ihrer erfolgreichen Abwehr dieses untauglichen Versuchs. Zu unterschiedlich sind bei aller kognitiven Offenheit des Rechts für Wirklichkeitserkenntnisse die entscheidungstheoretischen Grundlagen, die Inhalte, die Institutionen und die Methoden pp. der genannten Pächter. Zudem wurden die Sozialwissenschaften nur „durch (sorgfältig gewählte) Pforten (in die Burg der Rechtswissenschaft – d. Rezensent) hineingelassen. Doch einmal in der Feste angekommen, waren sie nicht mehr dieselben“ (Tontrup, S. 193). Die Methoden der Rechtswissenschaft müssen die Eigenarten des jeweiligen positiven Rechts widerspiegeln (Jestaedt, S. 270).

Noch näher liegend als der interdisziplinäre Dialog ist die Erörterung der Eigenarten der Zweigdisziplinen (Teilfächer) innerhalb des Rechts, d. h. des Verhältnisses von Öffentlichem Recht, Strafrecht und Privatrecht und die Kooperation ihrer Vertreter. In dem Sammelband halten die Herausgeber an der herkömmlichen Trennung von Zivilrecht (S. 3–99), Strafrecht (S. 103–202) und Öffentlichem Recht (S. 205–310) fest. Am Ende der einzelnen drei Teile finden sich nach beispielhaften Sach-/Fachbeiträgen jeweils Erörterungen zu

Propria – unter Berücksichtigung dieser Beiträge. Jurisprudenz wird dort z. B. als Wissenschaft vom positiven Recht und/oder als Ordnungswissenschaft („strictly legal point of view“) verortet, und zwar mit der Zusatzfrage, ob man diese Teilung puristisch durchhalten oder eine Kombination von klassischen und neuen Aufgaben von Recht und Rechtswissenschaft verfechten müsse. Dabei spielt natürlich auch eine Rolle, dass Rechtswissenschaft eben einerseits zur dogmatischen Durchdringung rechtlicher Handlungsformen beitragen und andererseits auch Rechtstatsachenwissenschaft sein muss; das zeigt sich z. B. besonders deutlich beim Arbeitsfeld der Kriminologen und bei ihrer Dogmatik sowie generell bei der Suche nach sachgerechten Entscheidungen zu Gesetzen und Einzelfällen. Es ist allerdings „auf die operative Geschlossenheit des Rechts und damit auf die methodische Autonomie der Rechtswissenschaft“ (Magen, S. 303) Bedacht zu nehmen. Zum Proprium des (öffentlichen) Rechts gehöre sogar, „dass an die Stelle der reduzierten Wirklichkeitsdefinitionen der Sozialwissenschaften die „offenen“ Wirklichkeitsdefinitionen des Rechts treten“ (ebda.). ... „Hinter der Suche nach dem Proprium der Rechtswissenschaft steht die Frage nach der spezifischen juristischen Kompetenz bzw. nach den besonderen Leistungen der juristischen Methode“ (S. 304). Jedenfalls müssten die Instrumente den Zweck haben, Herrschaft(smacht) zu domestizieren (S. 304); das zeigt sich besonders klar am Verwaltungsrecht – und schon Otto Mayer hatte darauf hingewiesen. So ist der Rechtswissenschaftler immer „Quellenforscher und Pragmatiker“ (so bereits Theodor Mommsen in seiner Rektoratsrede vom 15.10.1874).

Da die kurze Rezension viele interessante, sachdienliche Argumente der Autoren zum Proprium/zu den Propria der Rechtswissenschaft auslassen muss, ist die Lektüre des anregenden Werks den interessierten Theoretikern (auch aus den rechtsnahen Disziplinen) und den Lernenden ebenso zu empfehlen wie den Praktikern von/im Recht.

Prof. Dr. Volker Lonse, Bielefeld

Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Auflage, C. F. Müller, Bd. II (2004), 1079 Seiten, Hardcover, € 178, 00, ISBN 978-3-8114-5026-4; Bd. III (2005), 1640 Seiten, € 278, 00, ISBN 978-3-8114-3302-1

Anzuzeigen sind hier drei Bände aus einer auf 10 Bände angelegten Gesamtedition eines Handbuchs zum Staatsrechts. Verantwortlich zeichnen mit Isensee und Kirchhof zwei renommierte Staatswissenschaftler. Zahlreiche Hochschullehrer bilden das Autorenteam; die Aufzählung ihrer Namen würde den Rahmen einer Buchbesprechung sprengen. Es kann an dieser Stelle hauptsächlich nur ein Überblick über das Themenspektrum der vorgestellten Bände gegeben werden. Bd. II ist dem Verfassungsstaat gewidmet.

Die Demokratie und die Bundesorgane werden in Bd. III erläutert. Thema des Bandes IV sind die Aufgaben des Staates. Angesichts der Fülle der behandelten Fragen ist es schier unmöglich, im Rahmen einer Rezension auf alle oder auch nur die meisten Beiträge einzugehen.

Eine kleine Auswahl belegt, dass die Autoren keineswegs Verfassungsesoterik bieten, sondern praxisnahe Probleme aufgreifen.

Zur Pflichtlektüre nicht nur angehender Juristen sollte der Aufsatz von Kirchhof über die „Deutsche Sprache“ (Bd. II, § 20, S. 209 ff.) gehören. Zwar ist die Amtssprache nach den Verfassungsgesetzen (§ 23 Abs. 1 VwVfG) „deutsch“. Indessen wird diese Anforderungen in der Praxis – auch der Verwaltung – in erheblichem Umfang vernachlässigt. Dass der Sprache eine wichtige Integrationsfunktion zufällt, wird offenbar vielfach übersehen.

Zentraler Grundsatz des GG ist die Menschenwürde (Art. 1 GG) als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. Mit Inhalt, Funktion und Anwendungsfeldern der Grundrechtsnorm befasst sich Häberle in seinem einschlägigen Beitrag (§ 22, S. 317 ff.). Als eines von drei Beispielen hat der Autor die Gen-Technologie ausgewählt und damit die hohe praktische Relevanz des Art. 1 GG.

Aus den zahlreichen vorzüglichen Beiträgen des Bandes III seien hier zunächst der Aufsatz des „Altmeisters“ Klein über den Status der Abgeordneten (§ 51, S. 741 ff.). Der Autor spricht erwartungsgemäß auch „heikle“ Aspekte – z. B. den sog. Fraktionszwang – an lässt es an deutlichen, aber ausgewogenen Wertungen nicht fehlen. Zu erwähnen ist weiter aus Sicht des Rezensenten die Darstellung von Kischel über Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter (§ 69, S. 1233 ff.). Der auch rechtsvergleichende Gesichtspunkte (z. B. Parallelen zum Supreme Court der USA) einbeziehende Aufsatz erreicht monographische Tiefe und ist für jeden unverzichtbar, der sich mit dem Thema zu befassen hat.

Das Thema „Innere Sicherheit“ hat stets Konjunktur. Die aktuellen politischen Entwicklungen – insbesondere der internationale Terrorismus – haben das Interesse weiter gesteigert. Ins Gespräch gebracht wurde z. B. die Forderung, die Bundeswehr verstärkt in das Sicherheitssystem einzubinden (Stichwort: Abschluss von entführten Flugzeugen). Einen vorzüglichen Überblick über den Fragenkreis gibt Götz im dritten Band (§ 85, S. 671 ff.). Er zeichnet nicht nur die Entwicklungslinien nach, sondern beleuchtet auch prägnant das Spannungsverhältnis zwischen dem „Recht auf Sicherheit“ und den Freiheitsrechten der Bürger. Ein Muss für jeden Polizeirechtler! Der Folgebeitrag von Steiner (§ 86, S. 701 ff.) ist dem vergleichsweise „heiteren“ Thema „Kultur“ gewidmet. Auf knappem Raum gibt der Verfasser einen äußerst informativen Überblick über Kulturpflege, Kulturpolitik, die öffentlichen Träger der Kulturpflege und einige exemplarische Bereiche (z. B. Denkmalschutz). Der Aufnahme einer „Kulturklausel“ in das GG steht Steiner (zu Recht) skeptisch gegenüber, weil der normative Zugewinn eher fraglich sei.

Die genannten Beiträge stehen pars pro toto. Dass der Rezensent sie herausgegriffen hat, beruht zugegebenermaßen auf subjektiven Interessen. Deutlich geworden sein sollte jedoch, dass das „Handbuch“ keine abgehobene Gelehrtenliteratur im schlechten Wortsinne ist, sondern mit Beiträgen aufwartet, deren Lektüre auch für Praktiker lohnt. Die gediegenen Bände sind optisch ohne Makel; Druck und Seitengestaltung machen das Lesen angenehm, zumal die (überreichen) Nachweise aus Rspr. und Lit. konsequent in die Fußnoten verbannt wurden.

Fazit: Das Handbuch gehört zum Besten, was derzeit auf dem gewiss nicht unterversorgten „Markt“ der staatsrechtlichen Literatur zu finden ist!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Haag/Menzel/Katz, Städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen, 1. Aufl. 2007, 433 Seiten, kart. € 57,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-018969-0**

Das vorliegende Handbuch stellt die Voraussetzungen und die Verfahrensregeln bei städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen nach dem BauGB dar. Die Autoren bürgen aufgrund ihrer beruflichen Positionen (Haag und Menzel sind Geschäftsführer der LBBW Immobilien Kommunalentwicklung GmbH, Katz ist Prokurist und Geschäftsbereichsleiter „Sanierung und Projektmanagement“ der KE) für ein hohes Maß an Praxisnähe. Diese Erwartung wird durch die nähere Beschäftigung mit dem Werk voll auf bestätigt. In eingängiger Sprache werden die rechtstheoretischen Grundlagen erläutert. Die Darstellung orientiert sich am praktischen Ablauf eines Sanierungsprojekts von der Vorbereitung über die Durchführung bis zum Abschluss. Entsprechendes gilt für das Kapitel (Nr. 7) über die städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen. Eine Fülle von – optisch hervorgehobenen – Beispielen macht die Materie anschaulich. Nützlich ist weiterhin der umfangreiche Anhang, in dem einschlägige Verwaltungsvorschriften abge-

druckt sind. Anhang II schließlich enthält (mehrfarbige) Bilder und Pläne, so dass auch der fachlich nicht „belastete“ Leser sich einen guten optischen Eindruck verschaffen kann.

Fazit: Ein Handbuch, dessen Konzeption überzeugt und dem eine weite Verbreitung zu wünschen ist.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Viebrock, Hessisches Denkmalschutzrecht, 3. Aufl. 2007, 370 Seiten, kart. € 59,80, Kohlhammer, ISBN 978-3-555-40310-6**

Der vorliegende „Praktikerkommentar“ zum Hessischen Denkmalschutzgesetz bietet nicht nur eine ausführliche Kommentierung des Gesetzes. Eine 56 Seiten umfassende Einführung gibt einen guten Überblick über die Materie des Denkmalschutzrechts und seine Verzahnungen mit anderen Rechtsgebieten. Im Anschluss folgt der komplette Gesetzestext; das erleichtert das gezielte Arbeiten mit dem Gesetz. Den Schwerpunkt bildet die Erläuterung der einzelnen Vorschriften. Sie ist kenntnisreich, flüssig geschrieben und arbeitet in erheblichem Umfang Rspr. und Lit. ein. Ein dicht gestaffeltes Randnummernsystem erlaubt den schnellen Zugriff auf die gesuchte Problematik. In einem umfangreichen Anhang (ab Seite 293) findet der Nutzer weitere einschlägige Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften, die z.B. steuerliche Aspekte behandeln. Eine sog. Rechtsprechungskondanz VGH Kassel schließt das Buch ab.

Fazit: Ein Werk, das für alle, die sich mit denkmalschutzrechtlichen Fragen in Hessen befassen müssen, eine sehr gute Informationsquelle bietet.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Herausgeber:**

Staatssekretär *Dr. Hans Bernhard Beus*  
Bundesministerium des Innern, Berlin

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn*  
Universität Mannheim, Präsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M.

Ltd. Kreisrechtsdirektorin *Patricia Florack*  
Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln

Dr. *Holger Franke*  
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow

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

Verwaltungsdirektor *Dr. Wolfgang Harmgardt*  
Fachbereichsleiter Allgemeine Innere Verwaltung an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl

Ltd. Verwaltungsdirektor *Herbert Heidler*  
Studienleiter und Geschäftsführer des Südwestfälischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hagen

Ltd. Regierungsdirektor *Johannes Heinrichs*  
Leiter des Instituts für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Hilden

Prof. Dr. *Ulrike Hermann*  
Fachhochschule Osnabrück, Studiengangsbeauftragte BA-Studiengang „Öffentl. Verwaltung“

Dr. *Marita Heydecke*  
Leiterin der Landesakademie für öffentliche Verwaltung Brandenburg, Königs Wusterhausen

Prof. Dr. *Michael Jesser*  
Vizepräsident der Kommunalen Fachhochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Standortes Braunschweig des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Braunschweig

Bürgermeister a.D. *Horst Knechtel*  
Schulleiter des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt

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 und Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover

*Udo Post*  
Vizepräsident der Kommunalen Fachhochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Standortes Oldenburg des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Oldenburg

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

Ltd. Regierungsdirektorin *Christiane Wallnig*  
Leiterin des Studieninstituts des Landes Niedersachsen, Bad Münder

Prof. *Holger Weidemann*  
ist auf der Leitungsebene des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung tätig, Hannover

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