

DVPr

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

60. Jahrgang
November 2009
ISSN 0945-1196
C 2328

11/2009

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Günter Haurand

Gute Sitten und öffentliche Ordnung

Gerhard Lange und Hermann Wilhelm

Verträge im öffentlichen Baurecht

Gerhard Lange und Hermann Wilhelm

Örtliche Bauvorschriften nach § 86 BauO NRW

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ

Fallbearbeitungen

Ralf Klomfaß

Die bestrittene Mahnung

Rainer Stein

Der störrische Hundehalter

Richard Ley

Fallbearbeitung aus dem öffentlichen Baurecht

Rechtsprechung

Versteigerung von anwaltlichen Beratungsleistungen
im Internet

Rechtsqualität einer Verwaltungsvorschrift

Bekanntmachung eines Bebauungsplans allein durch
Anschlag an einer Bekanntmachungstafel

Zulässigkeit einer vorläufigen Nutzungsuntersagung

Sicherstellung eines Motorrads

Verpflichtung zur Duldung einer Abwasserleitung

Rechtsanwalt oder Gemeindeangestellter

Überschwemmungsschaden durch Regenwasser

Zur Zumutbarkeit einer Arbeitsgelegenheit
(„Ein- Euro-Job“) im SGB II

Schrifttum

Maximilian-Verlag
Hamburg



Abhandlungen

Günter Haurand

Gute Sitten und öffentliche Ordnung 442

Das Grundgesetz gewährt zahlreiche Freiheitsrechte, insbesondere eine umfassende Handlungsfreiheit. Diese Freiheit besteht auch in rechtlichen Vereinbarungen; kraft der auch als „Privatautonomie“ bezeichneten Vertragsfreiheit können grundsätzlich Verträge jeglichen Inhalts abgeschlossen werden. Auch gewerbliche Betätigungen stehen unter dem Schutz der Gewerbefreiheit, sind also zunächst vor staatlichen Eingriffen geschützt.

Freiheiten bergen jedoch immer auch die Möglichkeit des Missbrauchs in sich. Die Verfassungsordnung trägt dem bereits dadurch Rechnung, dass die Ausübung der Freiheitsrechte unter dem Vorbehalt der „guten Sitten“ bzw. des „Sittengesetzes“ (so Art. 2 Abs. 1 GG) steht. Der Gesetzgeber nimmt hier Bezug auf einen Maßstab, der seine Wurzeln in der allgemeinen Sozialmoral hat.

Eine vergleichbare Bezugnahme auf sittliche Wertvorstellungen weist der Begriff der öffentlichen Ordnung auf, der Schutzgut der Generalklausel im Recht der Gefahrenabwehr ist. Betroffen ist nach gängiger Definition die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens angesehen wird. Maßgebend hierfür ist allerdings weniger eine „herrschende“ Rechts- und Sozialmoral, sondern die in der Verfassung niedergelegte Wertordnung.

Der Beitrag erläutert anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung die verschiedenen Fallgruppen des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, bei deren Entscheidung es um den Schutz der Sozialmoral durch geschriebenes oder ungeschriebenes Recht geht

Gerhard Lange und Hermann Wilhelm

Verträge im öffentlichen Baurecht 451

Öffentlich-rechtliche Verträge gem. § 54 VwVfG kommen – verglichen mit Verwaltungsakten – relativ selten als Handlungsform des öffentlichen Rechts in Betracht. Im öffentlichen Baurecht findet sich jedoch eine Reihe von Anwendungsfällen, die hier stichwortartig dargestellt werden.

Gerhard Lange und Hermann Wilhelm

Örtliche Bauvorschriften nach § 86 BauO NRW . . . 452

Durch sog. Gestaltungssatzungen können die Gemeinden über die Bauleitplanung nach den BauGB hinaus Einfluss auf das Ortsbild und die Gestaltung baulicher Anlagen in bestimmten Bereichen nehmen.

In einem kurzen Überblick werden der mögliche Inhalt dieser Satzungen sowie einige Verfahrensvorschriften aufgezählt.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 453

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Fallbearbeitungen

Ralf Klomfaß

Die bestrittene Mahnung 455

Diese Fallbearbeitung aus dem Verwaltungsrecht mit Bezügen zum Finanzwesen stammt aus der Praxis deutscher Kommunalkassen. Sie ist sowohl als Prüfungsvorbereitung für Verwaltungsfachangestellte, als auch als Möglichkeit zur Überprüfung grundlegender Definitionen anzusehen. Kernfrage ist, ob eine Mahnung ein Verwaltungsakt ist und damit Gegenstand eines Widerspruchs sein kann.

Rainer Stein

Der störrische Hundehalter 457

Dieser Übungsfall baut auf dem in Heft 10/2009 der DVP erschienenen Beitrag des Autors zum „Antrag nach § 80 V VwGO in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung“ auf.

Gegenstand des Falles ist ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, dem ein ermessensfehlerhaftes Verbot und eine im Widerspruchsbescheid nachgeschobene Anordnung der sofortigen Vollziehung vorausgegangen sind. Es sind daher nicht nur Fragendes einstweiligen Rechtsschutzes, sondern auch des allgemeinen Verwaltungsrechts, namentlich zu Fehlern der Grundverfügung und möglichen Heilungsmöglichkeiten zu erörtern.

Richard Ley

Fallbearbeitung aus dem öffentlichen Baurecht . . . 467

Schwerpunkt dieser Fallbearbeitung sind Fragen des Bauplanungsrechts sowie der Baugenehmigung. In diesem Zusammenhang wird u.a. angesprochen

- die Genehmigungsbedürftigkeit bestimmter Vorhaben nach § 61 LBauO RLP,
- Berührungspunkte des Baurechts mit anderen Vorschriften (hier: Landesnaturschutzrecht),
- die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben,
- die Rolle der BauNVO im Rahmen des § 34 Abs. 2 BauGB.

Die Lösungshinweise werden ergänzt durch weitergehende Hinweise, die eine Möglichkeit zur Vertiefung der angesprochenen Fragen aufzeigen sollen.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen	
Versteigerung von anwaltlichen Beratungsleistungen im Internet (BVerfG, Beschluss vom 19.02.2008 - 1 BvR 1886/06).....	475
Rechtsqualität einer Verwaltungsvorschrift (BVerwG, Beschluss vom 08.03.2007 - 9 B 19.06).....	475
Bekanntmachung eines Bebauungsplans allein durch Anschlag an einer Bekanntmachungstafel (OVG Münster, Urteil vom 11.09.2008 - 7 D 64/07.NE).....	475
Zulässigkeit einer vorläufigen Nutzungsuntersagung (VGH Mannheim, Beschluss vom 01.02.2007 - 8 S 2606/06).....	477
Sicherstellung eines Motorrads (VGH München, Urteil vom 26.01.2009 - 10 BV 08.1422).....	478
Verpflichtung zur Duldung einer Abwasserleitung (VG Minden, Urteil vom 17.10.2007 - 8 K 2156/06).....	480
Rechtsanwalt oder Gemeindeangestellter (BGH, Beschluss vom 26.11.2007 - AnwZ(B) 99/06).....	481
Überschwemmungsschaden durch Regenwasser (OLG Brandenburg, Urteil vom 29.05.2007 - 2 U 41/06).....	481
Zur Zumutbarkeit eine Arbeitsgelegenheit („Ein- Euro-Job“) im SGB II (BSG, Urteil vom 16.12.2008 - B 4 AS 60/07 R).....	481

Schrifttum

482

Die Schriftleitung

Impressum

Schriftleitung:

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

Prof. Dr. Jürgen Vahle

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

Verlag:

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

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

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

Auslieferung:

Runge Verlagsauslieferung GmbH
Bergstraße 2, 33803 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

Liebe Leserinnen und Leser,

erfreut dürften viele Bürgerinnen und Bürger folgende Botschaft zur Kenntnis genommen haben: „Bundesnetzagentur darf jetzt bei unerlaubter Telefonwerbung durchgreifen“.

Der Präsident der Agentur *M. Kurth* hat markige Worte gefunden: „Ein Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch wird nicht toleriert“. Und: „Auch bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung werden wir die uns zur Verfügung gestellten Mittel mit Entschlossenheit nutzen“. Schon bescheidener klingt allerdings der Satz: „Wir sind bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung in erster Linie auf die Mithilfe der Verbraucher angewiesen“.

Durch eine Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Telekommunikationsgesetzes soll der Schutz der Verbraucher vor belästigender telefonischer Werbung verstärkt werden. Die Novelle stellt klar, dass eine angerufene Person vor dem Anruf ausdrücklich in den Erhalt von Werbeanrufen eingewilligt haben muss. Verstöße gegen das Verbot von „cold calls“ können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden. Bei Werbeanrufen darf der Anrufer seine Rufnummer nicht mehr unterdrücken; Verstöße gegen dieses Verbot sind immerhin mit Geldbußen bis zu 10.000 € bedroht.

Das Gesetz ist in Kraft getreten – und die Bürgerinnen und Bürger erhalten nach wie vor auf telefonischem Wege verlockende Vertrags- und Gewinnangebote, und natürlich ist der Anrufer nicht erkennbar. Wie ist das möglich? Hat der Gesetzgeber zuviel versprochen? Der Präsident der Bundesnetzagentur lässt die (technische) Katze aus dem Sack: „... Angaben zum konkreten Vorfall (= Anruf) kommt eine entscheidende Bedeutung im Kampf gegen unerlaubte Telefonwerbung zu.“ Die Verbraucherinnen und Verbraucher werden demgemäß aufgefordert, der Agentur folgende Angaben mitzuteilen:

- , Datum und Uhrzeit des Anrufs,
- „Name des Anrufers und – wenn möglich – dessen Rufnummer,
- „Name des Unternehmens, in dessen Auftrag der Anruf erfolgt ist,
- „Grund des Anrufs“.

Es folgt noch der allgemeine Ratschlag, „im Alltag sparsam und vorsichtig im Umgang mit (ihren) Daten“ zu sein, „insbesondere bei der Angabe Ihrer Telefonnummer“.

Zumindest diese Empfehlung läuft im Zusammenhang mit Werbeanrufen ins Leere: der Anrufer kennt ja offensichtlich die Rufnummer des betroffenen Verbrauchers. Auch im Übrigen gehen die Hinweise an der Realität vorbei. Die angerufene Person erfährt im Allgemeinen weder den Namen des Anrufers noch des Unternehmens und erst recht nicht die (unterdrückte) Rufnummer. Bei entsprechenden Nachfragen würde das Gespräch wohl in der Regel sehr schnell beendet. Das neue Gesetz fügt sich damit nahtlos in die Reihe sog. Symbolgesetze, also von Vorschriften, deren praktische Bedeutung gering ist. Schlimm ist es andererseits auch, wenn ein Missstand mit einem überdosierten Gegenmittel bekämpft wird. Die UWG- Novelle bietet dafür ein gutes Beispiel. Als störend werden in der Praxis insbesondere die Anrufe von Call-Centern empfunden, die beispielsweise dubiose Gewinne in Aussicht stellen, aber in Wirklichkeit zur Inanspruchnahme kostspieliger Rufnummern verleiten wollen. Auch Anrufe von Firmen, die ohne jeglichen vorhergehenden Kontakt mit der angerufenen Person ihre Produkte bzw. Dienstleistungen anbieten, werden von vielen als Belästigung empfunden. Typischerweise unterdrücken auch diese Anbieter ihre Rufnummern. Demgegenüber haben die meisten Verbraucher nichts dagegen, wenn eine Firma sie zu vernünftigen Zeiten aus einem nachvollziehbaren Grund anruft (z. B. zwecks Anpassung eines bereits bestehenden Vertrages) und hierbei ihre Rufnummer nicht unterdrückt. Solche Anrufe werden im Zweifel auch ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung (so aber die Anforderung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) akzeptiert. Der Gesetzgeber hat beides in einen Topf geworfen, dabei aber letztlich sein Ziel einer wirksamen Bekämpfung belästigender Anrufe verfehlt. Zu schärferen Maßnahmen – etwa: Ungültigkeitserklärung von Verträgen, die aufgrund eines unerbetenen Anrufs zustande gekommen sind – hat er sich nicht durchringen können. Eine halbherzige und zugleich undifferenzierte Lösung ist jedoch schädlicher als legislatorische Untätigkeit.

Prof. Dr. Jürgen Vahle

Günter Haurand*

Gute Sitten und öffentliche Ordnung – Schutz der Sozialmoral durch staatliche Normgebung –

Einleitung:

Das Grundgesetz gewährt den Bürgern Deutschlands zahlreiche Freiheitsrechte, insbesondere auch eine **umfassende Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG).

Kraft der darin eingeschlossenen **Privatautonomie** können grundsätzlich Verträge jeglichen Inhalts geschlossen werden (§ 311 BGB).

Gewerbliche Betätigungen stehen unter dem Schutz der **Gewerbfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG, § 1 GewO). Diese Freiheiten bedürfen jedoch eines Korrektivs, um einen Missbrauch zu verhindern. Dieser Notwendigkeit trägt die Verfassungsordnung bereits dadurch Rechnung, dass sie die Ausübung der Freiheitsrechte unter den Vorbehalt der **guten Sitten** oder – wie es in Art. 2 Abs. 1 GG heißt – des „Sittengesetzes“ stellt.

Mit dem unbestimmten (Rechts-)Begriff der guten Sitten nimmt der Gesetzgeber auf einen Maßstab Bezug, der seine Wurzel in der allgemeinen **Sozialmoral** hat. Nach einer vom RG entwickelten gängigen Formel in der Rspr. wird ein Rechtsgeschäft als sittenwidrig bewertet, wenn es gegen „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt. (s. z.B. BGH, NJW 1995, S. 2486).

Eine vergleichbare Bezugnahme auf sittliche Wertvorstellungen weist der Begriff der **öffentlichen Ordnung** auf, der vor allem im Polizei- und Ordnungsrecht seinen Platz gefunden hat (z.B. in § 14 Abs. 1 OBG NRW, s. aber auch § 118 OWiG). Dieses polizeirechtliche Schutzgut umfasst die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird (Tegtmeyer/Vahle, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2004, § 1 RN 13). Ob derartige Sozialnormen beeinträchtigt sind, soll sich freilich weniger nach der „herrschenden“ Rechts- und Sozialmoral, sondern nach der in der **Verfassung** – insbesondere den Grundrechten – niedergelegten Wertordnung richten (s. z.B. OVG Münster, NWVBl. 2001, S. 94).

Im nachfolgenden **Abschnitt A** werden verschiedene **Fallgruppen** des bürgerlichen und öffentlichen Rechts sowie des Strafrechts dargestellt. Spezifische **Rechtsfolgenprobleme** sind Thema des **Abschnitts B**.

A. Fallgruppen

I. Bürgerliches Recht

1. Wucher und wucherähnliche Tatbestände

a) Wucher

Ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder sich gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen, ist sittenwidrig (§ 138 Abs. 2 BGB).

aa) Auffälliges Missverhältnis

Wann ein solches **auffälliges Missverhältnis** vorliegt lässt sich nicht allgemein entscheiden, sondern nur aufgrund einer umfassenden Würdigung des Einzelfalles. Ein solches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht auf jeden Fall dann, wenn der **Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung** (BGH, NJW 2004 S. 3553, 3354). Bei **Zinsen** ebenso wie bei marktgängigen Leistungen ist auf das Verhältnis des Vertrags- zum Marktpreis abzustellen. Die Wuchergrenze liegt ungefähr beim **Zweifachen** des Marktzinses. Ist ein Kredit während einer (relativen)Niedrigzinsphase (7–8 %) langfristig und ohne Anpassungsklausel gewährt worden, so stellt eine relative Überschreitung von 110 % die Grenze dar (BGH, NJW 1991, S. 834). Bei relativen Abweichungen von 90–100 % können zusätzliche Umstände vorliegen, die das Unwerturteil des § 138 BGB ebenfalls rechtfertigen. Bei der Prüfung, ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen einem **Arbeitslohn** und der Arbeitsleistung besteht, ist der Wert der Leistung des Arbeitnehmers nach seinem objektiven Wert zu beurteilen. Ausgangspunkt sind dabei in der Regel die **Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweiges**; einen eigenen Wirtschaftszweig bilden auch die Zeitarbeitsunternehmen, die sich auf die Überlassung ihrer Arbeitnehmer an andere Arbeitgeber spezialisiert haben (BAG, DB 2004, S. 1432). Erstes Indiz für eine sittenwidrige Vergütung ist, wenn die Vergütungshöhe 2/3 derjenigen eines vergleichbar qualifizierten und branchengleich beschäftigten Arbeitnehmers unterschreitet (BAG, Urt. v. 23.5.2001 – 5 AZR 527/99; s. hierzu Schmidt, NJW-Spezial Heft 12/2006, S. 561; s. auch Horstmeier, ZAP 2006, S. 263 zu sog. **Praktikanten-Verträgen** mit Hochschulabsolventen).

Beispiel 1: Bei der Prüfung, ob die Gehaltsvereinbarung des Schulleiters einer privaten Ersatzschule sittenwidrig ist, hat das BAG auf die staatlichen Finanzierungszuschüsse (in Brandenburg 97 % der Personalkosten) als Maßstab abgestellt und die zulässige Grenze bei 75 % des Gehalts einer vergleichbaren im öffentlichen Dienst stehenden Lehrkraft gezogen (Urt. v. 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05: Verstoß gegen die guten Sitten bei nur ca. 70 %).

Beispiel 2: Ein Grundgehalt von 1.000 € brutto als Einstiegsgehalt für einen anwaltlichen Berufsanfänger ist unangemessen i. S. des § 26 Abs. 1 BORA und damit sittenwidrig (AnwGH NRW, Beschl. v. 2. 11. 2007 – 2 ZU 7/07).

Beispiel 3: Der Einsatz einer Praktikantin als Arbeitnehmerin mit einem Arbeitslohn von 375 € ist Lohwucher i. S. des § 138 Abs. 2 BGB (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 8. 2. 2008 – 5 Sa 45/07).

Mietwucher wird bereits dann angenommen, wenn das **übliche Entgelt um mehr als 50 %** überschritten wird (Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, BGB, 4. Aufl. 2009, § 138 Rn. 54).

* Regierungsdirektor Günter Haurand lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen.

bb) Subjektive Seite

Zum Tatbestand des Wuchers gehört in subjektiver Hinsicht, dass der „Wucherer“ eine beim Vertragsschluss beim anderen bestehende **Schwächesituation bewusst ausbeutet**.

Von einer **Zwangslage** spricht man, wenn durch **wirtschaftliche** Bedrängnis – i. d. R. ein erhebliches Kreditbedürfnis – oder aus sonstigen Gründen (**psychische** Zwangssituation) für den Betroffenen ein zwingendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung besteht. Die Zwangslage, deren Ausbeutung zur Nichtigkeit führt, muss sich aus der **gegenwärtigen Situation** des ausgebeuteten Partners ergeben; die Befürchtung eines Beteiligten, seine Zukunftspläne könnten sich ohne das Rechtsgeschäft zerschlagen, begründet eine solche Zwangslage nicht (BGH, NJW 2003, S. 1860, 1861). Der wucherisch handelnde Geschäftspartner muss dem „bewucherten“ Geschäftspartner – also dem „Opfer“ – eine Geld- oder Sachleistung erbringen, auf die das Opfer zur Behebung gerade seiner Zwangslage angewiesen ist. **Unerfahrenheit** kennzeichnet einen Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung. **Mangelndes Urteilsvermögen** ist gegeben, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, die beiderseitigen Leistungen richtig zu bewerten und die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts gegeneinander abzuwägen (etwa als Folge von Verstandesschwäche). Setzt der Betroffene seine an sich gegebenen Fähigkeiten allerdings nur **im Einzelfall** nicht oder nur unzureichend ein und schließt deshalb ein unwirtschaftliches Rechtsgeschäft ab, scheidet diese Alternative aus (BGH, NJW 2006, S. 3054).

Durchschaut der Betroffene zwar Inhalt und Folgen eines Rechtsgeschäfts, vermag er sich aber wegen einer verminderten psychischen Widerstandsfähigkeit – z.B. bei Alkohol- oder Drogenabhängigkeit – nicht sachgerecht zu verhalten, so kommt schließlich die Alternative der **erheblichen Willensschwäche** in Frage.

b) Wucherähnliche Geschäfte

Fehlt es an diesen subjektiven Merkmalen, so kann das Rechtsgeschäft gleichwohl nach der **allgemeinen Sittenwidrigkeitsklausel** (§ 138 Abs. 1 BGB) nichtig sein, wenn der Begünstigte aus **verwerflicher Gesinnung** handelt oder **ansonsten anstößige Umstände** vorliegen (BGH, NJW 2003, S. 1860). Dies gilt etwa, wenn der Begünstigte die schwächere Lage des anderen zu seinem Vorteil ausnutzt. Sogar das leichtfertige Sich verschließen vor der Erkenntnis, dass sich der andere nur aufgrund seiner schwachen Stellung auf den Vertrag einlässt, kann Sittenwidrigkeit begründen. Bei **einem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung** lässt sich **in der Regel** eine solche **verwerfliche Gesinnung bejahen** (BGH, DB 2005, S. 2129, 2130; NJW 2001, S. 1127; nur **mit Einschränkungen** bei **gewerblichen Miet- und Pachtverträgen**: NJW 2004, S. 3553, 3555). Dies gilt auch dann, wenn die benachteiligte Vertragspartei das Missverhältnis kannte (BGH, NJW 2007, S. 2841). Ein **besonders grobes Missverhältnis** in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn die von einer Partei zu leistende Vergütung die marktübliche um **knapp 100 % oder mehr** übersteigt (BGH, NJW 2004 S. 2671, 2673). Diese **Vermutung** der verwerflichen Gesinnung ist allerdings **widerlegbar**, z.B. dann, wenn der Verkäufer auf ein fehlerhaftes Verkehrswertgutachten vertraut hat (BGH, NJW-RR 2008, S. 1436, 1438; s. auch BGH, Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06).

Der Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung kann andererseits nicht allein deshalb verneint werden, weil mehrere hundert Erwerber im Rahmen eines **Steuersparmodells** denselben oder einen annähernd gleichen Preis für ihre Immobilie gezahlt haben (BGH, DB 2005, S. 2129, 2130). Bei **hohen absoluten Beträgen** – insbe-

sondere bei **Grundstücksgeschäften** – können sogar prozentual geringe(re) Abweichungen genügen.

Beispiel 4: 80.000 DM zu 42.500 DM: BGH, NJW 1992, S. 899.

In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat der BGH eine **Aufklärungspflicht der Banken** über die Angemessenheit des Kaufpreises von sog. **Schrottimmobilen** nur in **Ausnahmefällen** angenommen. Es müsse bei einem Vergleich von Kaufpreis und Wert des Objekts eine sittenwidrige Übervorteilung des Käufers vorliegen, und diese sei erst dann in Betracht zu ziehen, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch sei wie der Wert der Gegenleistung (Urt. v. 18.11.2003 – XI ZR 322/01; s. hierzu Schneider, ZAP 2004, S. 217). Auch führe die sittenwidrige Überteuering eines finanzierten Objekts für sich genommen sogar im Falle einer ständigen Kooperation zwischen finanzierender Bank und dem Verkäufer oder dem Vertreter des Objekts nicht zu der Vermutung, die Bank habe von der sittenwidrigen Überteuering gewusst (BGH, ZGS 2008, S. 113, 115). **Time-Sharing-Verträge** (s. §§ 415 ff. BGB) wurden als sittenwidrig eingestuft, wenn der Nutzungserwerbspreis selbst unter Beachtung mancher Vorzüge des Time-Sharing-Objekts gegenüber vergleichbaren Eigentumswohnungen ein Vielfaches des Quadratmetererwerbspreises für solche Eigentumswohnungen betrug. Dies wurde regelmäßig angenommen, wenn der insgesamt erzielte Preis das 7-10-fache des Preises für normale Eigentumswohnungen ausmachte (BGH, NJW 1994, S. 1344, 1346 f.; LG Duisburg, NJW-RR 1995, S. 883).

Beispiel 5: In einem vom LG Berlin entschiedenen Fall (NJW-RR 1995, S. 754) ging es um einen Vertrag über eine „Erwerbsverpflichtung“ hinsichtlich eines ca. 46 qm großen Bungalows für die „37. Kalenderwoche“ zum Preis von 23.900 DM. Bei einem Wochenpreis von durchschnittlich 20.000 DM errechnete sich für einen solchen Bungalow bei Zugrundelegung von 51 Wochen ein Gesamtverkaufspreis von über 1 Mio. DM (Quadratmeterpreis von 22.246,45 DM!).

Auch andere Umstände können – trotz Fehlens eines solchen krasen Missverhältnisses – zur Sittenwidrigkeit führen, insbesondere bei Ausnutzung des mangelnden Urteilsvermögens der Kunden. Zu derartigen negativen Begleitumständen kommt es, wenn ein Time-Sharing- **Vertragswerk unklar, unvollständig, unübersichtlich** und damit **letztlich irreführend** ist (LG Hamburg, NJW-RR 1995 S. 1078 u. LG Hanau, NJW-RR 2001, S. 1500).

Außerhalb von Immobiliengeschäften gelten vergleichbare Maßstäbe.

Beispiel 6: Ein Schlüsseldienst, der die Notlage des Kunden ausnutzte und einen um mehr als 100 % über der angemessenen Vergütung liegenden Preis forderte, handelte sittenwidrig (OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 4.1.2002 – 6 W 218/01).

Zu den Standardproblemen im Bereich des § 138 BGB zählt nach wie vor die **wirtschaftliche Überforderung** von **Bürgen**. Seit der grundlegenden Entscheidung des BVerfG v. 19. 10. 1993 (NJW 1994, S. 36) sind Bürgschaftsverbindlichkeiten wegen krasser Überforderung der Bürgen verstärkt als sittenwidrig eingestuft worden (s. im Einzelnen Vahle, DVP 2009, S. 10, 11 ff.).

2. Sonstige Fälle der Übervorteilung

Ganz allgemein kann eine Übervorteilung der Vertragspartners zur Sittenwidrigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts führen.

Beispiel 7: Der Auftraggeber wurde vom Auftragnehmer – einer Unternehmensberatungsgesellschaft – ohne sachlichen Grund zur Unterzeichnung eines Formulars veranlasst wurde, wonach die (Honorar-)Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach unstrittig sind. Diese Erklärung diente erkennbar nur dazu, die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers wegen Schlechterfüllung auszuschließen (OLG Celle, Urt. v. 23.10.2003 – 16 U 199/02).

Beispiel 8: Ein Rechtsanwalt trifft eine Honorarvereinbarung, die einen Stundensatz von rd. 230 € zuzüglich MWSt. enthält, wobei jede angefangene Viertelstunde angerechnet werden soll (sog. Zeittakt Klausel). Das OLG Düsseldorf hat diese Regelung wegen Verletzung des Prinzips der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung als sittenwidrig eingestuft (Urt. v. 29.6.2006 – 24 U 196/04).

3. Knebelverträge

Sittenwidrig können Verträge dann sein, wenn sie die wirtschaftliche Freiheit eines Vertragspartners so sehr beschränken, dass dieser **die freie Selbstbestimmung** verliert (BGHZ 44, S. 158, 161; 83, S. 313, 316).

Beispiel 9: Ein Vertrag zwischen einem Mineralölkonzern und einem Tankstellenbetreiber wurde als sittenwidrig eingestuft, weil der Vertrag praktisch nur mit Zustimmung des Konzerns beendet werden konnte (BGHZ 83, S. 313, 315).

Nicht jede Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit genügt allerdings. So ist die einseitige Verpflichtung zum Erwerb eines teuren Grundstücks z.B. in der Regel auch dann wirksam, wenn die hieraus resultierende Belastung die Dispositionsfreiheit erheblich einengt. **Sog. Bierbezugsverträge** etwa verstoßen nicht deshalb gegen § 138 BGB, weil sie den Gastwirt über einen längeren Zeitraum (maximal 20 Jahre) an eine bestimmte Brauerei binden (BGH, NJW 1992, S. 2145).

Auch ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** muss sich hinsichtlich der Zeitdauer am Maßstab des § 138 BGB messen lassen.

Beispiel 10: Überschreitet es zwei Jahre bei einem aus einer Freiberufersozietät ausgeschiedenen Gesellschafter, so verstößt es gegen die guten Sitten. Denn nach einem solchen Zeitraum haben sich die während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft geknüpften Mandantenverbindungen typischerweise gelöst, so dass der ausgeschiedene Gesellschafter wie jeder andere Wettbewerber behandelt werden kann (BGH, Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02)

Beispiel 11: Entsprechendes gilt für ein in einem Vertrag über die Übernahme einer Steuerberatungspraxis vereinbartes Berufsverbotsverbot in einem Umkreis von 60 km im Gebiet der Landeshauptstadt (OLG Naumburg, NJW-RR 2006, S. 421).

4. Unterhalts (ausschluss) verträge zwischen Ehegatten/Lebenspartnern

Eheverträge dürfen nach der Rspr. des BGH den Schutzzweck der gesetzlichen (Unterhalts-)Folgen nicht beliebig unterlaufen. Ein **evident einseitige** und von der individuellen Gestaltung der ehelichen Verhältnisse her nicht gerechtfertigte Lastenverteilung in einem Ehevertrag, der einen der Ehegatten **unzumutbar benachteiligt**, kann nach § 138 BGB sittenwidrig sein. Je stärker ein solcher Vertrag vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweicht, um

so mehr werden die Belastungen des einen Ehegatten eine entscheidende Rolle bei der Wirksamkeitskontrolle spielen (NJW 2004, S. 939 u. Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03; s. auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 2005, S. 1: Nichtigkeit eines Ehevertrages, der einen Zugewinnausschluss sowie einen Verzicht auf Unterhalt zum Gegenstand hatte).

Der BGH hat im Urt. v. 5. 11. 2008 (XII ZR 157/06) einen Ehevertrag zugunsten des Mannes für unwirksam erklärt, weil die vereinbarten Leistungen (monatliche Leibrente von 650 €) ihn bereits bei Vertragsschluss überforderten.

5. Gemeinschaftswidrige Rechtsgeschäfte

Rechtsgeschäfte, die gewichtige, rechtlich geschützte Belange der Allgemeinheit verletzen, können sittenwidrig sein.

a) Bezug zu Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Ganz eindeutig liegen diejenigen Fälle, in denen Verträge (nur) dazu dienen sollen, **strafbare Handlungen vorzubereiten, zu fördern oder auszunutzen** (BGH, NJW-RR 1990, S. 1552).

Beispiel 12: Kauf wertloser Aktien zur Vorbereitung eines Betruges (BGH, DB 1971, S. 39) Verkauf von Diebesgut, wenn der Käufer grob fahrlässig handelt (BGH NJW 1992, S. 310).

Beispiel 13: Als sittenwidrig wurden des Weiteren Kaufverträge über sog. Antiblitz-Reflexfolien beurteilt, weil mit dem Kauf der Folien der (missbilligte) Zweck verfolgt werde, sich risikolos über bestehende Geschwindigkeitskontrollen hinwegzusetzen (AG Cham, Zweigst. Kötzing, NJW 1997, S. 445; zur strafrechtlichen Seite des Überklebens des aml. Kennzeichens: OLG Düsseldorf, NZV 1997, S. 319). Dieselbe Überlegung gilt für den Kauf eines Radarwarngerätes (BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04; LG Stuttgart, Urt. v. 29.10.2003 – 5 S 13/03; LG München I, NJW 1999, S. 2600; LG Bonn, NJW 1998, S. 2681).

b) Vereitelung von Vollstreckungsmaßnahmen

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn ein Vertrag nur den **Zweck** verfolgt, **Vollstreckungsmaßnahmen der Verwaltung zu verhindern**.

Beispiel 14: Übertragung von Eigentum und Besitz an einer zu beseitigenden – und damit an sich wertlosen – baulichen Anlage (Bootssteg) auf einen Familienangehörigen (VGH München, NVwZ 2002, S. 364)

Beispiel 15: Eine Eigentumsaufgabe (§§ 928, 959 BGB) kann sittenwidrig sein, wenn sie sich in dem Zweck erschöpft, (hier: Entsorgungs-)Kosten auf die Allgemeinheit abzuwälzen (BVerwG, NJW 2003, S. 2255).

c) Sicherung von Sozialhilfeleistungen

Des Weiteren können **Unterhaltsverzichtsverträge** – mit der Folge der Belastung eines Sozialhilfeträgers – sittenwidrig sein, weil hierdurch die Unterhaltslasten auf die Allgemeinheit abgewälzt werden (sollen). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn "besondere Gründe" den Verzicht rechtfertigen oder der Eintritt der Hilfsbedürftigkeit nicht voraussehbar war (BGHZ 86 S. 82, 86).

Das Regulativ der Sittenwidrigkeit sicherte den **Nachrang von Sozialleistungen** im folgenden

Beispiel(sfall) 16: Eine ihrem Vater unterhaltspflichtige Frau versuchte den Zugriff des Sozialhilfeträgers (der wegen der Heimpflegekosten des Vaters in Vorlage getreten war) auf ihr Vermögen dadurch zu verhindern, dass sie Vermögenswerte auf Dritte übertrug. Die Übertragungsgeschäfte wurden unter Hinweis auf § 138 BGB für unwirksam erklärt, so dass das „übertragene“ Vermögen weiterhin verwertbares Vermögen i.S. des § 88 Abs. 1 BSHG (a. F.) darstellte (OVG NRW, NJW 1997, S. 2901).

Beispiel 17: Entsprechendes hat das OLG Frankfurt in einem Fall angenommen, in dem eine betreute Person ein Grundstück auf einen Angehörigen übertragen wollte, um diesen Vermögensgegenstand bei einer absehbaren späteren Inanspruchnahme staatlicher Unterstützung dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu entziehen (Urt. v. 22.6.2004 – 20 W 332/03). Zweifelhaft ist, ob dies auch für den Fall der Erbausschlagung gilt (OLG Stuttgart, NJW 2001, S. 3484). Gegen die Annahme der Sittenwidrigkeit spricht allerdings, dass das Erbe als solches keine Unterhaltsfunktion hat und es demgemäß nicht Aufgabe des Erbrechts ist, eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Sozialhilfe zu verhindern (LG Aachen, NJW- RR 2005, S. 307).

6. Rechtsgeschäfte zur Schädigung Dritter

a) Vertragsrecht, Arbeitsrecht

Eng verbunden mit der vorgehenden Fallgruppe sind Rechtsgeschäfte und Verhaltensweisen, die darauf hinauslaufen oder sogar darauf abzielen, Dritte zu schädigen. Insbesondere **rücksichtslose und illoyale Verhaltensweisen** können einen solchen Sittenverstoß begründen.

Beispiel 18: Vorsätzliche Verleitung zum Vertragsbruch (BGHZ 103, S. 235, 241).

Beispiel 19: Ein Mitarbeiter einer Firma schädigt den Arbeitgeber, indem er im Rahmen einer kollusiven Absprache mit einem Dritten fingierte Rechnungen erteilt (BGH, NJW 2000, S. 2896).

Auch eine **Kündigung zur Unzeit** kann unter besonderen Umständen dem „Anstandsgefühl“ in einem Maße widersprechen, dass sie als sittenwidrig anzusehen ist, freilich wohl nur in **krassen** Fällen (BAG, DB 2001, S. 2453, 2455).

Des Weiteren sind **Schmiergeldverträge** über Zuwendungen an einen Vertreter oder Verhandlungshelfen in aller Regel nicht mit den guten Sitten vereinbar (BGH, NJW 1991, S. 1819; NJW-RR 1987, S. 42).

Gewinnspiele, die nach dem **sog. Schneeballprinzip** darauf angelegt sind, dass die große Masse der Teilnehmer ihren Einsatz verliert, sind ebenfalls als sittenwidrig eingestuft worden (BGH, NJW 1997, S. 2314). Derartige (Spiel-)Systeme beruhen darauf, dass jeder Teilnehmer/Mitspieler/Kunde weitere Teilnehmer etc. gewinnt und diese ihrerseits gleiches tun. Es stellt sich zwangsläufig ein Potenzierungseffekt ein, der binnen kürzester Zeit zu einer Marktverengung oder gar Marktverstopfung führt (s. Solf, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, Kap. 14, Rn. 71, S. 941).

b) Gefährdung bzw. Schädigung von Gläubigern

Zu nennen sind weiterhin die Fälle der **Gläubigerbenachteiligung und- gefährdung**.

Beispiel 20: Verlagerung von Geschäftsanteilen einer GmbH auf eine Schwestergesellschaft zu dem Zweck, das Vermögen dem Vollstreckungszugriff zu entziehen (BGH, Urt. v. 29. 9. 2004 – II ZR 302/02).

Sicherungszessionen künftiger Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb eines Schuldners sind gem. § 138 Abs. 1 BGB nach st. Rspr. nichtig, wenn sie auch solche Forderungen umfassen, die der Schuldner seinen Lieferanten auf Grund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts abtreten muss; für den Fall der Kollision zweier Globalzessionen gilt diese Regel allerdings nicht (BGH, NJW 2005, S. 1192).

c) Schädigung durch Unterlassen

Die Schadenszufügung wird regelmäßig in einem aktiven Tun liegen. Ein bloßes **Unterlassen** kann die guten Sitten (nur) dann verletzen, wenn das geforderte Tun einem **sittlichen Gebot** entspricht (BGH, NJW 2001, S. 3702).

Beispiel 21: OLG Jena, NJW-RR 1999, S. 1687: Der Beklagte (B) „verkaufte“ dem Kläger (K) durch einen formunwirksamen Vertrag ein Grundstück mit der Zusage, nach seiner eigenen Eintragung in das Grundbuch einen formwirksamen Vertrag abzuschließen. Später verweigerte B die Erfüllung dieser Zusage ohne Angabe von nachvollziehbaren Gründen. K hatte das Grundstück inzwischen mit Zustimmung des B bebaut. Er verlangte von B Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem bezahlten Kaufpreis und dem Wiederbeschaffungswert eines gleichwertigen Grundstücks. Die Weigerung des B, das Grundstück an K zu veräußern, wurde vom OLG als sittenwidrig bezeichnet.

Beispiel 22: Ein Unterhaltsschuldner erwirkte ein Urteil, wonach er wegen verringerter Arbeitsfähigkeit keinen Unterhalt für seine Kinder mehr zu zahlen hatte. Später nahm er eine vollschichtige Berufstätigkeit auf, verschwieg diese Verbesserung seiner Einkommensverhältnisse aber. Die Schadensersatzklage gegen den Unterhaltspflichtigen wegen sittenwidrigen Verschweigens seiner Einkünfte war erfolgreich (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2004, S. 1441).

7. Anstößige Kommerzialisierung von Lebensbeziehungen

In bestimmten Wirtschafts- und Lebensbereichen gilt die Vereinbarung eines Entgelts als sittenwidrig, wenn es sich um eine anstößige Kommerzialisierung „menschlicher“ Beziehungen oder (Rechts-) Positionen handelt.

Beispiel 23: Es verstößt gegen das ärztliche Ethos, wenn Ärzte entgeltliche Verträge über die Zuweisung von Patienten schließen (OLG Hamm, NJW 1985, S. 679); entsprechendes gilt für Mandanten eines Rechtsanwalts (KG, NJW 1989, S. 2893).

Der **Erwerb eines Ordens** oder eines **akademischen Grades** („Dr.-Titel“) ist regelmäßig an bestimmte normative Voraussetzungen (Leistungen) gebunden und soll daher – auch aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit – nicht zu Kaufobjekten gemacht werden.

Beispiel 24: Verträge, die auf die Erlangung einer solchen Auszeichnung gegen Entgelt hinauslaufen („Titelkauf“) sind sittenwidrig (BGH, NJW 1994, S. 187; OLG Koblenz, NJW 1996, S. 665: „Dissertationsvermittlung“).

Beispiel 25: Adoptionsverträge zum Erwerb eines Adelsprädikats und für darauf gerichtete Vermittlungsgeschäfte sind aus ähnlichen Erwägungen für nichtig erklärt worden (BGH, NJW 1997, S. 47).

Beispiel 26: Ein „Leihmutter“- Vertrag ist wegen der darin liegenden Degradierung des gewünschten Kindes zum Objekt einer Handelsware ebenfalls als sittenwidrig bewertet worden (OLG Hamm, NJW 1986, S. 781).

8. Wettbewerbshandlungen

Die Sittenwidrigkeitsklausel des § 138 BGB stellt einen wichtigen Maßstab für das Handeln im geschäftlichen Wettbewerb dar. Verschafft sich z.B. ein Gewerbetreibender einen Wettbewerbsvorsprung durch einen (sittenwidrigen) Rechtsbruch, so verletzt er zugleich § 1 UWG. Die „guten Sitten“ im Wettbewerbsbereich können auf vielfältige Weise missachtet werden. Mehrfach haben die Rspr. aufdringliche, die **Privatsphäre** verletzende Werbeformen beschäftigt

Beispiel 27: Telefonanrufe im Privatbereich zu Werbezwecken verstoßen grundsätzlich gegen die guten Sitten; ein solcher Anruf ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn der Angerufene zuvor sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat (BGH, NJW 2000, S. 2677; s. jetzt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

Sittenwidrig ist entsprechend dieser Rechtslage auch ein **als Meinungsbefragung getarnter Versuch der Werbung bzw. Geschäftsaufnahme**, mit dem der Gewerbetreibende (scheinbar) erfahren will, wie der Angerufene eine ihm zuvor übersandte Werbung beurteilt (OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, S. 767).

Auch inhaltlich setzt § 138 BGB bzw. § 1 UWG der Werbung Grenzen.

Dies gilt etwa für eine Werbung, die auf die **Emotionen** der Verbraucher setzt und z.B. den Tier- und Artenschutz mit dem beworbenen Produkt verknüpft. Eine solche gefühlsbetonte Werbung ist allerdings nur dann sittenwidrig, wenn die angegriffene Äußerung nach den Umständen des Einzelfalls so schwer wiegend ist, dass eine **konkrete Gefährdung des Leistungswettbewerbs** besteht; die Fachgerichte müssen insbesondere der grundrechtlich geschützten **Meinungsfreiheit** (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) Rechnung tragen („Benetton“ – BVerfG, NJW 2002, S. 1187).

Dass die (Wettbewerbs-)Sitten rauer geworden sind, belegt auch die Rspr. zur **Werbung am Unfallort – insbesondere für Abschleppdienste** –, die unaufgefordert Unfallgeschädigten „angeboten“ bzw. aufgedrängt wird. Am Verdikt der Unvereinbarkeit mit den guten kaufmännischen Sitten hält der BGH auch nach Inkrafttreten verbraucherschutzfreundlicher Vorschriften – mit Widerrufsrechten – fest (NZV 2000, S. 251).

Als unzulässige Beeinflussung der Konsumenten wird schließlich das **sog. Product Placement** – die beworbene Ware oder Dienstleistung wird z.B. mehr oder wenig unauffällig in einen Spielfilm „eingebaut“ – bewertet; die Werbung soll bewusst nicht als solche erkennbar sein, sondern den Zuschauer „überlisten“, indem er den suggestiven Assoziationen mit dem dargestellten Umfeld des Produkts ausgeliefert wird (LG München I, NJW-RR 1997, S. 1544).

9. Verträge mit Bezug zur Sexualsphäre

Ständig musste sich die Justiz mit der Frage beschäftigen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen **sexualbezogene Rechtsgeschäfte und Vorgänge** mit den guten Sitten vereinbar sind. Ältere Entscheidungen zu diesem Fragenkomplex sind allerdings mit Vor-

sicht zu lesen, weil sich die Anschauungen gerade auf diesem Feld liberalisiert haben (LG Stuttgart, NJW 2008, S. 2048: keine Sittenwidrigkeit der „Ersteigerung“ sexueller Dienst per Internet).

a) Nichteheleiche Lebensgemeinschaften

Speziell die **sog. nichteheleichen Lebensgemeinschaften** als häufig praktizierte Lebensform sind generell anerkannt. Verträge zwischen den Partnern einer solchen Gemeinschaft – insbesondere zur Regelung vermögensrechtlicher Angelegenheiten – sind demgemäß in aller Regel wirksam (BGH, NJW 1970, S. 1540). Der grundlegende Anschauungswandel hat vor Allem Niederschlag im **Lebenspartnerschaftsgesetz** gefunden, das einen rechtlich organisierten Rahmen für das Zusammenleben von Menschen gleichen Geschlechts zur Verfügung stellt. Gerade die jederzeitige Auflösbarkeit einer nichteheleichen Lebensgemeinschaft war für das AG Siegburg ein tragender Grund, einen Detektivvertrag, der auf die Observation einer Lebenspartnerin gerichtet war, mangels rechtfertigenden Interesses des Auftraggebers für nichtig zu erklären (NJW-RR 2004, S. 1695).

b) Mietverträge

Wohnungsmietverträge mit unverheirateten Paaren sind folglich ebenso wirksam wie **Beherbergungsverträge** mit Nichtverheirateten über ein Doppelzimmer (BGHZ 92 S. 213, 219; a. A., aber heute überholt: AG Emden, NJW 1975, S. 1363).

c) Prostitutionsdienstverträge

Eine wechselvolle Geschichte hat die Rspr. zu Rechtsgeschäften über **Prostitutions(dienst)leistungen**. Die auf entgeltliche Gewährung des Geschlechtsverkehrs (oder Erbringung anderer sexueller Handlungen) gerichtete Vereinbarung mit einer Prostituierten wurde bis in die 90iger Jahre regelmäßig als **sittenwidrig** eingestuft (s. z.B. BGHZ 67, S. 122). Freilich galt diese Regel nicht für jeden Vertrag im Zusammenhang mit „Gewerbsunzucht“. So wurden **Pacht-, Kauf- und Gesellschaftsverträge über Bordelle** nach der Rspr. dann für wirksam erachtet, wenn der Betrieb des Bordells selbst **straffrei** war und das Entgelt nicht in einem auffällige Missverhältnis zum Wert der Leistung steht (BGHZ 63, S. 365; NJW-RR 1988, S. 1379). Entsprechendes wurde angenommen für **Verträge über die Belieferung von Bordellen** (BGH, NJW-RR 1987, S. 999). Freilich lag die Strafbarkeitsschwelle nach der Rspr. des BGH ungemein niedrig; bereits das „Herstellen einer gehobenen und diskreten Atmosphäre“ in einem Bordellbetrieb wurde als tatbestandmäßige Prostitutionsförderung i. S. des § 180a StGB a. F. bewertet (NJW 1986, S.596).

Diese – hier nur in Umrissen skizzierte – Rspr. ist durch das Inkrafttreten des **Prostitutionsgesetzes (ProstG)** am 1. 1. 2002 (s. dazu Rautenberg, NJW 2002, S. 650; Armbrüster, NJW 2002, S. 2763, u. Quambusch, ZFSH/SGB 2002, S. 131) **zumindest teilweise überholt**.

Nach § 1 ProstG begründen Vereinbarungen über sexuelle Handlungen gegen Entgelt eine **„rechtswirksame Forderung“** (der Prostituierten). Derartige Dienstleistungsverträge werden damit aus dem Anwendungsbereich des § 138 BGB ausgeklammert (so ausdrücklich BGH, NSTZ 2003, S. 533). Ziel des ProstG ist es ausweislich der Begründung (BT-Drucks. 14/7174, S. 7), der Prostituierten einen einklagbaren Anspruch auf das Entgelt zu verschaffen.

Allerdings hat sich der Gesetzgeber nicht eindeutig gegen die Sittenwidrigkeit der Prostitution als solche ausgesprochen (s. zu

diesem Aspekt Kurz, GewArch 2002, S. 142); unmittelbar geregelt sind lediglich **zivil- und strafrechtliche** (§§ 180a, 181a StGB) Einzelgesichtspunkte.

Beispiel 28: Das OLG Schleswig hat einen Vertrag mit einem „Begleitservice“ auch nach Inkrafttreten des ProstG als sittenwidrig eingestuft (NJW 2005, S. 225). Die Entscheidung ist ein Beleg für das Fortleben einer gewissen Doppelmoral, die offenbar auch durch das ProstG nicht überwunden ist (s. auch OLG Zweibrücken, MMR 2008, S. 468: Werbung im Internet für sexuelle Dienstleistungen; das Gericht bejaht den Tatbestand des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG).

Offen ist derzeit, welche Auswirkungen sich z.B. in gewerbe- und gaststättenrechtlicher Hinsicht (s. dazu u. II, 1, d) ergeben. Freilich erschiene es in gewisser Weise schizophren, die juristische Behandlung der Prostitution aufzuspalten und für die verschiedenen Rechtsgebiete differierende Ausgangsmaßstäbe anzulegen (s. hierzu Quambusch, ZFHS/SGB 2002, S. 131).

Die Absicht des Gesetzgebers, die Diskriminierung von Prostituierten (umfassend) zu beseitigen, dürfte mit einer solchen Differenzierung nur sehr begrenzt vereinbar sein. Sogar der gewiss nicht der Libertinage verdächtige BGH deutet an, dass sich nach Inkrafttreten des ProstG die Beurteilung von Telefonsexverträgen (s. u.) ändern könne (NJW 2002, S. 361). Dieser Gedanke spricht für eine „ganzheitliche“ Bewertung der **Prostitution als nicht (mehr) automatisch sittenwidrig** (in diesem Sinne z.B. Wohlfarth, VR 2004, S. 126).

e) Telefonsexverträge

Wie angedeutet hielt die bisher „h. M.“ **sog. Telefonsexverträge** für sittenwidrig (s. die zusammenfassende Übersicht bei Behm, NSTZ 1996, S. 317). Dieses Unwerturteil erstreckt(e) das OLG Karlsruhe (NJW 1997, S. 2605) auf den Verkauf von „**Telefonsex-Karten**“, weil damit das Endziel eines (sittenwidrigen) Telefonats durch den Gebrauch der Karte verfolgt werde. Zu einem anderen Ergebnis kämen bzw. kamen diejenigen Gerichte, die bereits Telefonsex-Verträge als gültig einstufte (z.B. AG Düsseldorf, NJW 1990, S. 1856). Eine interessante Variante vertritt das AG Aue (NJW 1997, S. 2604). Danach soll ein solcher Vertrag zwar nicht gem. § 138 BGB sittenwidrig und damit unwirksam sein, doch seien Ansprüche hieraus analog § 656 Abs. 1 Satz 1 BGB („Heiratsvermittlung“) nicht einklagbar.

Für eine vergleichbare Berücksichtigung des **Verbraucherschutzgedankens** plädiert Pfeifer (NJW 2001, S. 1912), der § 138 BGB (nur) im Hinblick auf die **exzessiven Kosten** für anwendbar erachtet. In Ansehung der gesetzgeberischen Wertung im ProstG dürfte diese Rspr. weitgehend **überholt** sein: Wenn sogar eine Prostituierte ihren Lohnanspruch einklagen kann, so muss dies erst recht für Telefonsex-Dienstleistende gelten. Der BGH hat noch vor Inkrafttreten des ProstG einer Zahlungsklage eines Telefonnetzbetreibers stattgegeben, weil der zwischen dem Netzbetreiber und seinem Kunden geschlossene **Telefondienstvertrag ein wertneutrales Hilfsgeschäft** darstelle (NJW 2002, S. 361). Entsprechende Überlegungen gelten für Verträge über **Zeitungsanzeigen** für einen „**Begleitservice**“ (AG Berlin-Köpenick, NJW 2002, S. 1885); aus einem solchen Vertrag entsteht demgemäß ein Zahlungsanspruch der Zeitung gegen den Auftraggeber. Und sogar ein Vertrag zwischen einem Telekommunikationsnetzbetreiber und einem Telefonsexdienste-Anbieter über die Zurverfügungstellung **fiktiver Auslandsnummern** wurde vom OLG München als nicht sittenwidrig bewertet (CR 2004, S. 116).

10. Rechtsgeschäfte und letztwillige Verfügungen zum Nachteil von Angehörigen

Grundsätzlich ist die Verfügungsfreiheit des Vermögensinhabers über sein Vermögen und damit seine **Testierfreiheit** nicht beschränkt; in den Grenzen des **Pflichtteilsrechts** kann er ohne Rücksicht auf familiäre Bindungen handeln.

Beispiel 29: Ein Vertrag, durch den Eltern ihr gesamtes Vermögen einem bestimmten Kind – unter Umgehung der anderen Abkömmlinge – zuwenden, ist nicht als sittenwidrig bewertet worden (BGH, LM (Cd)Nr. 19). Entsprechendes wird angenommen für Rechtsgeschäfte, die auf eine Übergehung von Frau und Kindern zugunsten einer Freundin bzw. eines Freundes hinauslaufen. Angesichts der Testierfreiheit muss der Erblasser seine Abkömmlinge nicht gleich behandeln. Er muss die Vermögensnachfolge auch nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder Anschauungen der Mehrheit ausrichten.

Eine sog. **Ebenbürtigkeitsklausel** – wonach der testamentarisch Bedachte eine Frau „gleichen Standes“ wählen muss, anderenfalls nicht als Erbe zum Zuge kommt, ist allerdings geeignet, die Eheschließungsfreiheit des als Erben vorgesehenen Abkömmlings so schwerwiegend zu beeinträchtigen, dass sie sittenwidrig sein kann (BVerfG, Beschl. v. 22. 3. 2004 – 1 BvR 2248/01).

Hinsichtlich der **Zuwendungen an Geliebte** (früher: „Mätresstestament“) ist die harte Linie der Sittenwidrigkeit seit etwa 1970 aufgegeben worden. Entsprechende Rechtsgeschäfte sollen nur dann sittenwidrig sein, wenn die Zuwendung **ausschließlich (!)** den Zweck hat, die „geschlechtliche Hingabe zu belohnen oder zu fördern“ (BGHZ 112, S. 259, 262). Das dürfte **kaum praktisch** werden.

Auch die Übergehung von Abkömmlingen zugunsten eines Lebenspartners macht ein Testament nicht automatisch sittenwidrig. Etwas anderes kann **ausnahmsweise** nur dann gelten, wenn ein zugunsten einer nicht pflichtteilsberechtigten Person **übergangenes Kind** trotz dessen Pflichtteilsberechtigung **besonders bedürftig** ist (BayObLG, FamRZ 2002, S. 915, 916).

Auch die **sog. Behindertentestamente** – Eltern entziehen testamentarisch ihrem behinderten Kind den Nachlass deshalb, um es mit den Leistungen der Sozialhilfe besser gesichert zu sehen – wurden nicht als sittenwidrig eingestuft (BGH, NJW 1994, S. 248; NJW 1990, S. 2055).

II. Öffentliches Recht

1. Gewerbliche Veranstaltungen/Betriebe

a) (Pseudo-)Sportveranstaltungen

Unter der (falschen) Flagge einer sportlichen Betätigung segeln etliche Schaustellungen, die allein auf die Befriedigung voyeuristischer Triebe abzielen. Andere wiederum erlauben das Ausleben von Aggressionen und laufen deshalb grundgesetzlichen Wertvorstellungen zuwider.

Damenring- und -boxkämpfe waren bzw. sind ein beliebtes Dauerstreithema und haben die Verwaltungsjustiz über Jahrzehnte hinweg beschäftigt. Für das Preußische OVG waren derartige „sportliche“ Darbietungen eindeutig sittenwidrig (OVGE 91, S. 139). Inzwischen hat sich eine liberalere Auffassung durchgesetzt, wonach Damenboxkämpfe (auch „oben ohne“) nicht mehr als ordnungswidrig bewertet werden (VG Karlsruhe, GewArch 1978, S. 163; dazu auch Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2003, RN 96, S. 48).

Beispiel 30: Anders beurteilt werden (überwiegend) „Spiele mit der Simulierung von Tötungshandlungen“ („Quasar“, „Laserdrome“), bei denen die Teilnehmer mit Laserwaffen aufeinander schießen und so „Punkte“ machen können. Die Verwaltungsgerichte haben derartige Veranstaltungen überwiegend als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (= gute Sitten) bewertet (BVerwG, GewArch 2007, S. 247 u. NVwZ 2002, S. 598; OVG Rh.-Pf., GewArch 1994, S. 374; OVG NRW, NWVBl. 1995, S. 473; a. A. BayVGH, GewArch 1994, S. 98). Die im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten – freier Dienstleistungs- und Warenverkehr – stehen einem solchen Verbot nicht entgegen (EuGH, NVwZ 2004, S. 1471).

b) Peep – Shows und Varianten

Bundesweit bekannt geworden sind die Verfahren um die Zulassung der sog. **Peep-Shows**, die heute allerdings praktisch in der Versenkung verschwunden sind. Nach widerstreitenden Urteilen der Instanzgerichte hat das BVerwG in mehreren Grundsatzentscheidungen das Verdikt der Sittenwidrigkeit gefällt (NJW 1982, S. 664; NJW 1996, S. 1423; krit. Discher, JuS 1991, S. 642). Auch **technische Varianten** der Peep-Shows – so z.B. die sog. Video-Telefon-Peep-show – teilten das rechtliche Schicksal des Grundmodells (OVG Hamburg, NVwZ – RR 1993 S. 293). Ebenso können **Schaustellungen** mit einer größeren Nähe zum (nicht mehr als sittenwidrig eingestuft) **Striptease** aufgrund mehr oder weniger dubioser Begleitumstände als Verletzung der öffentlichen Ordnung betrachtet werden. Mit den guten Sitten – speziell unter dem Blickwinkel der Menschenwürde – unvereinbar sind Schaustellungen, bei denen die Teilnehmer zu bloßen Objekten degradiert werden.

Beispiel 31: „Schaustellung“ von Frauen hinter Gittern in einem Nachtclub in Kombination mit einer aufreißerischen Werbung, die suggerierte, die Darstellerinnen seien sexuell einschränkunglos disponibel (VGH München, NVwZ 1992, S. 76). Der Senat dürfte hier aber verkannt haben, dass kein Besucher dieses „Angebot“ als ernsthaft bewertet haben dürfte.

Beispiel 32: Sog. Zwergenweitwerfen (im Disco-Milieu), bei denen kleinwüchsige Menschen als Wurfgeräte verwendet werden (VG Neustadt, NVwZ 1993, S. 98; dazu Stock, NWVBl. 1994, S. 195).

Beispiel 33: „Live“-Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne gegen Entgelt (BVerwG, NJW 1992, S. 665). Dem nahe liegenden Einwand, der Selbstbestimmung der Akteure/innen werde nicht hinreichend Beachtung geschenkt, traten die Gerichte fast unisono entgegen. Insbesondere die Ergebnisse demoskopischer Umfragen seien nicht zu berücksichtigen, weil es für die Bestimmung der guten Sitten nicht auf die faktische Beurteilung einer Mehrheit, sondern auf einen verfassungsrechtlich geprägten Maßstab ankomme (OVG Nds. GewArch 1995, S. 109).

c) Prostitution im Zusammenhang mit Gaststätten, Bars und ähnlichen Betrieben

Soweit in „Vergnügungsstätten“ alkoholische Getränke ausgedient werden, bedarf es einer **Gaststättenerlaubnis** (§§ 1, 2 GastG). Eine solche Konzession ist u. a. dazu versagen, wenn zu befürchten ist, dass der Antragsteller der „Unsittlichkeit“ Vorschub leisten wird (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG). Der Tatbestand der **Unsittlichkeit** ist nach bisher gängiger Rspr. nicht nur dann erfüllt, wenn (sexuellbezogene) Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten drohen.

Er würde schon dann bejaht, wenn Handlungen und/oder Zustände vorliegen, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben und hierdurch Belange des Allgemeinwohls beeinträchtigen, insbesondere wenn sie nach außen in Erscheinung treten und dadurch die ungestörte Entwicklung junger Menschen in der Sexualsphäre gefährden können oder andere Personen erheblich belästigen (BVerwG, NJW 1976, S. 986). Daraus folgte für das BVerwG, dass ein Gastwirt, der seinen Betrieb so anlegt und führt, dass er günstige Bedingungen für die Anbahnung von geschlechtlichen Beziehungen zwischen Prostituierten und ihren Kunden bietet, der Unsittlichkeit i. S. des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG Vorschub leistet (NVwZ 1991, S. 373, 374). Er musste (darüber hinaus) „ernsthafte Bemühungen“ unternehmen, um solche Kontaktabbahnungen in seinem Lokal zu unterbinden (VGH Bad.-Württ., GewArch 1996, S. 209). Im Gegensatz zu der tradierten Rechtsprechung hat das VG Berlin – im Vorgriff auf das **ProstG** – entschieden, dass der Versagungsgrund der „Unsittlichkeit“ jedenfalls dann nicht gelte, wenn die Prostitution von Erwachsenen **freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen** ausgeübt wird (DVP 2001, S. 174; dazu zust. Hösch, GewArch 2001, S. 112). Die ältere Rspr. ist an die durch das ProstG geschaffene neue Rechtslage **anzupassen** (s. hierzu Pörtl, Gaststättenrecht, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 64 ff.).

Im **Europarecht** hat der EuGH die selbständig ausgeübte Prostitutionstätigkeit als (selbständige) Erwerbstätigkeit i. S. der **Niederlassungsfreiheit** des Art. 43 EG und der **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 49, 50 EG) eingestuft (NVwZ 2002, S. 321).

d) Swinger- Clubs

Auch insoweit sind die **Wertungen des ProstG** zu berücksichtigen. Wenn schon Prostitution nicht mehr unter allen Umständen unsittlich ist, dann kann für Partnertausch, Gruppensex und die Beobachtung des Geschlechtsverkehrs durch andere Teilnehmer solcher „Partys“ unter sozialethischen Gesichtspunkten nichts anderes gelten (BVerwG, GewArch 2003, S. 122; VGH München, GewArch 2002, S. 296; a. A. z.B. Kurz, GewArch 2002, S. 142, wohl auch Pauly, GewArch 2002, S. 217, 225).

2. Sonstige Problemfelder

In den meisten landesrechtlichen Sicherheitsgesetzen (Polizeigesetzen, Ordnungsbehördengesetzen) gehört die **öffentliche Ordnungen** zu den zu schützenden Rechtsgütern (s. z.B. § 14 Abs. 1 OBG NRW). Einige Länder haben die öffentliche Ordnung allerdings in den für die **Vollzugspolizei** maßgeblichen (Polizei-)Gesetzen gestrichen (s. z.B. § 1 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 PolG NRW) und diesen Schritt mit der **mangelnden Praxisrelevanz** für die Polizei begründet. Soweit in Gerichtsentscheidungen die öffentliche Ordnung bemüht wird, stellt sich stets die Frage, ob dasselbe Ergebnis nicht einfacher und überzeugender unter dem Blickwinkel der öffentlichen Sicherheit begründbar gewesen wäre.

Beispiel 34: Verwenden der (nicht verbotenen) Reichskriegsflagge als Symbol nationalsozialistischer Anschauungen und von Ausländerfeindlichkeit (OVG NRW, NJW 1994, S. 2909; s. aber auch VGH Mannheim, NJW 2006, S. 635; nicht außerhalb dieses Kontexts). Zumindest gravierende Fälle werden durch § 130 StGB (Volksverhetzung) erfasst.

Beispiel 35: Zurschaustellung des nackten Körpers in der Öffentlichkeit (OVG NRW, DVP 1997, S.174). Damit dürfte freilich gleichzeitig die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt sein, weil Nacktauftritte in der Öffentlichkeit den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit (§ 118 OWiG) erfüllen können.

Beispiel 36: Bei einer erheblichen Herabsetzung eines Glaubensbekenntnisses kann auch ein Kunstwerk (in concreto: Theaterstück) die öffentliche Ordnung und den öffentlichen Frieden i. S. des § 166 StGB gefährden (OVG Koblenz, NJW 1997, S. 1174). Allerdings bedarf es in solchen Fällen stets der sorgfältigen Prüfung, ob sich die Betroffenen auf die Garantie der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) berufen können.

3. Steuerrecht

Die zivilrechtliche Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit schlägt im Steuerrecht – nicht zuletzt aus Gründen der Belastungsgleichheit – nicht durch. Vielmehr wird grundsätzlich **auch ein sittenwidriges Verhalten in die Besteuerung einbezogen** (§ 40, 41 AO). Konsequenterweise wird der Steuerpflichtige auch nicht von seiner Mitwirkungspflicht befreit; macht er **Steuer mindernde Ausgaben** gelten, so besteht auch für ein sittenwidriges Verhalten die **Darlegungslast** i. S. d. § 160 AO (Pahlke/Koenig/Koenig, Abgabenordnung, 2004, § 40 Rz. 8). Wird die Ausübung der Prostitution als Gewerbe anerkannt, so bestehen auch keine Bedenken, entsprechende Betriebe der Gewerbesteuerpflicht zu unterwerfen.

Auch die **steuerrechtliche Praxis** hat sich bei der Behandlung der Einkünfte von (selbständig tätigen) Prostituierten aufgrund der durch das ProstG geschaffenen Gesetzeslage neu orientiert. So ist dem Beschluss der ESt.-Referenten des Bundes und der Länder (s. die Verfügungen der OFD Düsseldorf und Münster (v. 30.7.2004 – S. 2240 A – St 11 (D), S. 2240 – 0089 – St 112 (K) bzw. S. 2240 – 106 – St 12-33, zit. nach DB 2004, S. 1702) vorgesehen, die Einkünfte dem Anwendungsbereich des § 15 EStG (**Einkünfte aus Gewerbebetrieb**) zuzuordnen. (s. zur Besteuerung im Rotlichtmilieu nach dem sog. Düsseldorfer Verfahren – Erhebung einer Pauschalabgabe pro Arbeitstag und pro Prostituiertes –: Mößner/Moosburger, wistra 2008, S. 457).

III. Strafrecht

1. Körperverletzung

Das StGB enthält eine explizite Bezugnahme auf die „guten Sitten“ in § 228. Danach ist eine (vorsätzliche) **Körperverletzung** mit Einwilligung der verletzten Person (nur dann) rechtmäßig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Trotz der Unbestimmtheit des Begriffs gehen Rspr. und (die überwiegende) Lit. von der Verfassungsmäßigkeit der Norm aus (s. z.B. Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 228 Rn. 8). Hierbei wird maßgeblich auf Art und Gewicht des Erfolgs der Körperverletzung – nicht auf den Zweck der Tat – abgestellt. Auch **sexuell motivierte** sadomasochistische Taten sind daher grundsätzlich gerechtfertigt, sofern sie nicht gravierende, an § 226 StGB heranreichende Verletzungen zum Gegenstand haben (Fischer, a. a. O., § 228 Rn. 10a). Dieser Bewertung hat sich auch der BGH angeschlossen und die sexuelle Motivation einschlägiger Verletzungshandlungen im Hinblick auf gewandelte allgemeine Moralvorstellungen ausgeblendet. Die (Erheblichkeits-) Grenze sieht das Gericht jedoch jedenfalls dann überschritten, wenn das einwilligende Opfer in konkrete Todesgefahr gerät.

Beispiel 37: Der Täter drückt seinem Opfer ein Metallrohr intervallartig mindestens drei Minuten lang derartig intensiv auf den Hals, dass der Kehlkopf eingedrückt wird und infolge Sauerstoffunterbrechung Herzstillstand eintritt (BGH, KRIMINALISTIK 2005, S. 309).

2. Vermögensdelikte

Resistent gegenüber Moralvorstellungen zeigt sich das Strafrecht (zu Recht) auch in anderen Zusammenhängen. Der Qualifikationstatbestand des § 246 Abs. 2 StGB (veruntreuende Unterschlagung) ist auch dann erfüllt, wenn mit dem „**Anvertrauen**“ der **unterschlagenen Sache** ein sittenwidriger Zweck verfolgt wird (Fischer, a. a. O., § 246 Rn. 17; NK-StGB, Bd. 2 2. Aufl. 2005 – Kindhäuser, § 246 Rn. 41).

Beispiel 38: Der Eigentümer gibt eine Sache beim Täter in Verwahrung, um sie vor einem behördlichen Vollstreckungszugriff zu schützen (s. insoweit auch VGH München, NVwZ 2002, S. 364).

Vermögensrechtlichen Schutz durch § 263 StGB (Betrug) genießen auch sittenwidrig erworbene **Gegenstände**, wenn sie faktisch Geldwert haben (Fischer, a. a. O., § 263 Rn. 66). Anders liegen die Dinge bei **Arbeits- oder Dienstleistungen**, die auf Grund einer sittenwidrigen Vereinbarung erbracht werden (sollen); da dieser Leistung kein rechtlich anerkannter Marktwert zukomme, zähle die Entgeltforderung nicht zum Vermögen i. S. des § 263 StGB (Fischer, a. a. O., § 263 Rn. 67).

Die hieraus folgende (fragwürdige) Rspr., wonach **Prostituierte** durch (zahlungsunwillige oder -unfähige) Freier straflos um ihren Lohn gebracht werden durften, hat sich allerdings mit dem Inkrafttreten des ProstG erledigt.

Beim **Untreuetatbestand** (§ 266 StGB) stellt sich bereits die Frage, ob bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften überhaupt eine Vermögensbetreuungspflicht besteht. Die bloße Nichtausführung eines sittenwidrigen Auftrages verletzt regelmäßig keine durch § 266 StGB geschützte Treuepflicht, weil die Erwartung des Auftraggebers keinen Vermögenswert hat (Fischer, a. a. O., § 266 Rn. 33). Entsprechendes gilt zumindest für die Fälle, in denen ein Beauftragter Geldmittel oder Gegenstände für einen genau bestimmten Zweck nicht weitergibt, sondern unterschlägt.

Beispiel 39: Ein Schmiergeldempfänger gibt einen Teil des (Schmier-) Geldes absprachewidrig nicht an weitere Beteiligte weiter: keine Strafbarkeit nach § 266 StGB (Fischer, a. a. O., § 266 Rn. 33).

B. Folgen der Sittenwidrigkeit

1. Im bürgerlichen Recht

1. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

Wie bereits mehrfach erwähnt, sind **Willenserklärungen/Verträge**, die gegen die guten Sitten verstoßen, in der Regel **nichtig** (§ 138 BGB). Die Nichtigkeit erfasst meist auch das Rechtsgeschäft **im Ganzen** (s. z.B. BGH, NJW 2006, S. 2331). Ein sittenwidrig überhöhtes Entgelt darf grundsätzlich nicht auf ein angemessenes Maß zurückgeführt, weil es nicht Aufgabe der Rspr. ist, dem sittenwidrig Handelnden das Risiko abzunehmen (Prütting/Wengen/Weinreich-Ahrens, a. a. O., § 138 Rn. 47).

Nur ausnahmsweise (§ 139 BGB) kann das fragliche Rechtsgeschäft ohne den sittenwidrigen Teil aufrechterhalten werden, wenn dies dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht. Voraussetzung hierfür ist, dass der Sittenverstoß eindeutig auf einen abtrennbaren Teil beschränkt ist und im Übrigen gegen den „Rest“ keine Bedenken bestehen.

Beispiel 40: Laufzeit eines Bierbezugsvertrages: Reduzierung auf das zulässige Höchstmaß.

Beispiel 41: Bei einer Mietpreisüberhebung würde der Mieter-schutz in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Mietvertrag über den unzulässigen Teil hinaus insgesamt nichtig wäre (Riecke, in Haarz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2006, 4. Kap. Rn. 94, 95 zu § 5 WiStG).

2. Sonderfall: Faktisches Arbeitsverhältnis

Bei vollzogenen Arbeitsverhältnissen tritt die Nichtigkeitsfolge nicht rückwirkend ein, sondern erst **ab Geltendmachung der Nichtigkeit**. Nur wenn beide Parteien das Verbot des § 138 BGB missachten, scheidet dieser Grundsatz des **faktischen Arbeitsverhältnisses** aus (Kreuder in: Däubler/Hjort/Hummel/Wohlmerath, Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2008, § 611 BGB Rn. 219).

Beispiel 42: An die Stelle einer sittenwidrigen und damit nichtigen Vergütungsregelung tritt die übliche Vergütung i. S. des § 612 Abs. 1 BGB (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 8. 2. 2008 – 5 Sa 45/07).

3. Schadensersatz

Besteht der zur Nichtigkeit führende Sittenverstoß in einer Schadenszufügung, so hat der Betroffene einen **Schadensersatzanspruch** (§ 826 BGB).

Beispiel 43: Ersatzpflichtig waren die Initiatoren sittenwidriger Gewinnspiele (nach dem o.a. Schneeballsystem) und wurden dazu verurteilt, den Teilnehmern Schadensersatz zu leisten (LG Hamburg, NJW-RR 1996, S.796; LG Gießen, NJW-RR 1996, S. 796).

Beispiel 44: Die missbräuchliche Gründung einer GmbH zwecks Schädigung der Lieferanten begründet Ansprüche gegen die Gesellschafter wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (OLG Naumburg, DB 2008, S. 2300).

Schließlich können **Schadensersatzansprüche** noch unter dem speziellen Gesichtspunkt des **vorvertraglichen Schuldverhältnisses** (§ 311 Abs. 2 BGB) entstehen. Ein solcher Fall kann etwa vorliegen, wenn ein Partner eines nichtigen Vertrages den anderen Beteiligten schuldhaft im Unklaren über die Sittenwidrigkeit des Vertrages gelassen oder ihn sogar gezielt hierüber getäuscht hat, um sich dadurch Vorteile zu verschaffen.

3. Bereicherungsanspruch

Die **Rückforderung bereits erbrachter Leistungen** aufgrund eines nichtigen Vertrages kann nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) verlangt werden. Der Bereicherungsanspruch ist allerdings

ausgeschlossen, wenn dem **Leistenden selbst ein Sittenverstoß** zur Last fällt (§ 817 Satz 2 BGB). Entscheidend ist hierbei der Schutzzweck des § 138 BGB, so dass ggf. nur ein Teil eines Rechtsgeschäfts dem Ausschluss unter fällt.

Beispiel 45: Bei einem sittenwidrigen Darlehensvertrag ist das Darlehen selbst (nach Ablauf der Laufzeit) zurückzuzahlen, allerdings ohne die Verpflichtung, Zinsen für die Kapitalnutzung entrichten zu müssen (BGH, NJW 1993, S. 2108).

Beispiel 46: Bei sittenwidrigen Gewinnspielen die Rückzahlung ihrer Spieleinsätze könnte die Sperre des § 817 Satz 2 BGB den Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion unterlaufen. Im Rahmen von „Schenkspielen“ u. ä. Veranstaltungen geleistete Einsätze können deshalb bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden, ohne dass es auf die Gewandtheit und Erfahrungheit des betroffenen Gebers oder Schenkers ankommt (BGH, NJW 2008, S. 1942; NJW 2006, S. 45).

II. Im öffentlichen Recht

Verwaltungsakte (z.B. Genehmigungen), die gegen die guten Sitten verstoßen, sind **nichtig** (§ 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG) und damit unwirksam (§ 43 Abs. 2 VwVfG).

Beispiel 47: Wird eine bestimmte gewerbliche Veranstaltung als sittenwidrig bewertet, so gilt dies auch für die entsprechende behördliche Konzession. Die gewerberechtliche Erlaubnis ist unwirksam, so dass der Betrieb grundsätzlich schon wegen formeller Illegalität geschlossen werden darf (§ 15 Abs. 2 Satz 1 GewO).

Einer Rücknahme der Erlaubnis (etwa gem. § 48 VwVfG) bedarf es in diesen Fällen nicht. Sie hätte ggf. nur deklaratorische Wirkung.

Auf verwaltungsrechtliche **Verträge** i.S. des § 54 Satz 2 VwVfG (sog. subordinationsrechtliche Verträge) ist § 44 VwVfG **entsprechend** anwendbar (§ 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).

Fazit:

Da die Wertmaßstäbe in der Gesellschaft einem kontinuierlichen Wandel unterliegen, kann dies auch zu einer – zumindest partiell – veränderten Bewertung von Rechtsgeschäften und rechtserheblichen Handlungen nach dem Maßstab der guten Sitten führen. Allerdings bilden die grundgesetzlichen Wertungen, wie sie vor allem in Grundrechten zum Ausdruck kommen, eine verbindliche Leitschnur, an der sich die Rechtspraxis orientiert. Im Übrigen kann der Gesetzgeber selbst die Maßstäbe verändern und bestimmte Verhaltensweisen vom Makel der Sittenwidrigkeit befreien. Er ist zumindest gut beraten, auf gesellschaftliche Entwicklungen angemessen zu reagieren, weil ansonsten das Recht seine Vorbild- und Steuerungsfunktion einbüßt.



Finke/Haurand/Sundermann/Vahle

Allgemeines Verwaltungsrecht

Lehrbuch | 10., überarb. Aufl. | 420 Seiten | DIN A5 | Broschur | € 22,50

ISBN 978-3-7869-0635-3

Die Verfasser des seit Jahren eingeführten Standardwerks stellen Aufbau und Aufgaben sowie Verfahren der öffentlichen Verwaltung, den Verwaltungsrechtsschutz, Verwaltungszwang und die anderen Bereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf dem neuesten Stand dar.

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

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.

Verträge im öffentlichen Baurecht

– kurz gefasst –

Einführung

- bei den nachfolgend aufgeführten Verträgen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Verträge
- öffentlich-rechtliche Verträge sind nach § 54 VwVfG allgemein zulässig
- neben evtl. spezialgesetzlichen Regelungen gelten §§ 54–61 VwVfG, im Übrigen die allgemeinen Vorschriften des VwVfG und ergänzend das BGB (§ 62 VwVfG)
- grundsätzlich Schriftform (§ 57 VwVfG)
- Nichtigkeit
 - analog BGB (§ 59 Abs. 1 VwVfG), z.B. Anfechtung (§§ 119, 120, 123 BGB), Verstoß gegen gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) oder
 - Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt ist nichtig oder nicht nur wegen Verfahrens- oder Formfehler rechtswidrig (§ 59 Abs. 2 Nrn. 1–3 VwVfG) oder
 - Behörde lässt sich unzulässige Gegenleistung versprechen (§§ 59 Abs. 2 Nr. 4, 56 VwVfG)

Städtebaulicher Vertrag

- Vertrag über Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB)
 - Vertragspartner der *Gemeinde* übernimmt ganz oder teilweise auf eigene Kosten städtebauliche Maßnahmen (z.B. Neuordnung der Grundstücksverhältnisse, Bodensanierung, Ausarbeitung der Planung)
 - grundsätzlich keine Vorabbindung bezüglich bestimmter Planinhalte (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz BauGB)
- Vertrag über Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB)
 - Vertragspartner übernimmt gegenüber der *Gemeinde* z.B. Bauverpflichtungen, Durchführung des Ausgleichs für Eingriffe in Natur und Landschaft, Deckung des Wohnbedarfs für besondere Bevölkerungsgruppen
- Folgekostenvertrag (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB)
 - Vertragspartner übernimmt Kosten oder sonstige Aufwendungen, die der *Gemeinde* für städtebauliche Maßnahmen entstehen und entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind einschließlich Bereitstellung von Grundstücken
 - dem Vertragspartner dürfen nur die durch ein konkretes Vorhaben ausgelösten zusätzlichen Mehrkosten angelastet werden
- vereinbarte Leistungen müssen nach den Gesamtumständen angemessen sein (§ 11 Abs. 2 BauGB)
- grundsätzlich Schriftform (§ 11 Abs. 3 BauGB)

Durchführungsvertrag zum Vorhaben- und Erschließungsplan

- Vertragspartner (Vorhabenträger) verpflichtet sich gegenüber der *Gemeinde*, das Vorhaben, das durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan ermöglicht wird, innerhalb einer bestimmten Frist zu errichten und außerdem die hierfür erforderlichen Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB)

Erschließungsvertrag

- Vertragspartner übernimmt gegenüber der *Gemeinde* die Erschließung (§ 124 Abs. 1 BauGB)
- Gegenstand können nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige wie auch nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet sein (§ 124 Abs. 2 Satz 1 BauGB)
- Vertragspartner kann sich verpflichten, Erschließungskosten unabhängig von ihrer Beitragsfähigkeit ganz oder teilweise zu tragen (§ 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB)
- keine zwingende Beteiligung der *Gemeinde* am beitragsfähigen Erschließungsaufwand erforderlich (§ 124 Abs. 2 Satz 3 BauGB)
- auch Vorfinanzierungsvertrag möglich
- vereinbarte Leistungen müssen nach den Gesamtumständen angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen (§ 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB)
- grundsätzlich Schriftform (§ 124 Abs. 4 BauGB)

Vertrag über Erschließungsbeitragsablösung

- *Gemeinde* kann (durch Vertrag) Bestimmungen über die Ablösung der Erschließungsbeitragspflicht bereits vor Entstehung der Beitragspflicht treffen (§ 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB)
- auch bei später abweichendem Erschließungsbeitrag grundsätzlich Bindung an den Vertrag
- Vertragsgrundlage entfällt nach der Rechtsprechung, wenn nach Abrechnung der Erschließungsbeitrag mindestens doppelt so hoch oder höchstens halb so hoch wie der vereinbarte Ablösungsbetrag ist

Vertrag über die freiwillige Umlegung

- freiwillige Neuordnung der Grundstücksverhältnisse in einem neuen Bebauungsplangebiet unter Beteiligung der *Gemeinde*
- als Ersatz für langwieriges Umlegungsverfahren nach §§ 45 ff. BauGB
- keine spezialgesetzliche Regelung

Stellplatzablösungsvertrag

- Regelung der bauordnungsrechtlich möglichen Ablösung der Verpflichtung zur Herstellung von Stellplätzen (z.B. § 51 Abs. 5 BauO NRW) durch Vertrag mit der *Bauaufsichtsbehörde* im Einvernehmen mit der *Gemeinde*
- keine spezialgesetzliche Regelung

* Regierungsdirektor Dr. Hermann Wilhelm lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW; Städt. Verwaltungsdirektor Gerhard Lange ist bei der Landeshauptstadt Düsseldorf tätig, Lehrbeauftragter am dortigen Studieninstitut für kommunale Verwaltung und am Institut für öffentliche Verwaltung NRW sowie Vorsitzender einer Prüfungskommission in der Staatsprüfung für den gehobenen Dienst beim Landesprüfungsamt für Verwaltungslaufbahnen NRW.

Örtliche Bauvorschriften nach § 86 BauO NRW

– kurz gefasst –

Rechtsgrundlage

- durch *Satzung* können Gemeinden örtliche Bauvorschriften erlassen (§ 86 Abs. 1 BauO NRW), sog. *Gestaltungssatzung*
- die Schaffung von Ortsbaurecht ist eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde; sie bleibt von den Gefahrenabwehraufgaben der Bauaufsichtsbehörden unberührt (§ 60 Abs. 2 Satz 2 BauO NRW)

Inhalt können sein Regelungen über

- *äußere Gestaltung* baulicher Anlagen und Warenautomaten sowie äußere Gestaltung, Art, Größe und Anbringungsort von Werbeanlagen zur *Durchführung baugestalterischer Absichten* in genau abgegrenzten Teilen des Gemeindegebietes (§ 86 Abs. 1 Nr. 1 BauO NRW)
- *besondere Anforderungen* an bauliche Anlagen sowie an Werbeanlagen und Warenautomaten mit der Möglichkeit des Ausschlusses bestimmter Arten oder Beschränkung auf Teile baulicher Anlagen und auf bestimmte Farben *zum Schutz bestimmter Bauten, Straßen, Plätze oder Ortsteile von städtebaulicher, künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung sowie von Denkmälern und Naturdenkmälern* (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 BauO NRW)
- Lage, Größe, Beschaffenheit, Ausstattung und Unterhaltung von *Kinderspielflächen* nach § 9 Abs. 2 BauO NRW (§ 86 Abs. 1 Nr. 3 BauO NRW); Herstellungspflicht von Kinderspielflächen nach § 9 Abs. 2 Satz 5 BauO NRW bei bestehenden baulichen Anlagen im Gemeindegebiet oder Teilen davon (§ 86 Abs. 2 Nr. 2 BauO NRW)
- *Gestaltung, Begrünung und Bepflanzung* von Gemeinschaftsanlagen, Lagerplätzen, Stellplätzen, Standplätzen für Abfallbehälter, unbebauten Flächen bebauter Grundstücke, Camping- und Wochenendplätzen sowie Begrünung baulicher Anlagen; *Ausschluss der Nutzung von Vorgärten* als Stellplätze, Arbeitsflächen, Abstell- oder Lagerplätze (§ 86 Abs. 1 Nr. 4 BauO NRW)
- Art, Höhe und Gestaltung von *Einfriedungen* sowie Gebot und Verbot der Herstellung (§ 86 Abs. 1 Nr. 5 BauO NRW)
- *geringere Tiefen der Abstandflächen* als in § 6 Abs. 5 und 6 BauO NRW vorgeschrieben zur Wahrung der bauhistorischen Bedeutung oder sonstigen erhaltenswerten Eigenart von genau bezeichneten Ortsteilen (§ 86 Abs. 1 Nr. 6 BauO NRW)
- Einführung der *Genehmigungspflicht für genehmigungsfreie Werbeanlagen* für besondere schutzwürdige Gebiete (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NRW)

Darstellung der Anforderungen

- *auch* in zeichnerischer Form möglich (§ 86 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW)
- Bekanntgabe der zeichnerischen Form kann durch Bereithaltung zur Einsicht ersetzt werden, wenn in der örtlichen Bauvorschrift darauf hingewiesen wird (§ 86 Abs. 3 Satz 2 BauO NRW)

Aufnahme in Bebauungsplan

- örtliche Bauvorschriften können auch als Festsetzungen in einen Bebauungsplan aufgenommen werden (§ 86 Abs. 4 Satz 1, 1. Halbsatz BauO NRW)
- Vorschriften über Bebauungsplanverfahren (§§ 1–18 BauGB) gelten dann entsprechend (§ 86 Abs. 4 Satz 1, 2. Halbsatz BauO NRW)
- Vorschriften über Wirksamkeitsvoraussetzungen bei Bebauungsplänen (§§ 214–216 BauGB) gelten dann ebenfalls entsprechend (§ 86 Abs. 4 Satz 1, 2. Halbsatz BauO NRW)

Abweichungen von örtlichen Bauvorschriften

- sind möglich nach § 73 BauO NRW
- werden von Bauaufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde zugelassen (§ 86 Abs. 5 Satz 1 BauO NRW)
- Einvernehmen der Gemeinde gilt als erteilt, wenn es nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens oder Antrags bei der Gemeinde verweigert wird (§ 86 Abs. 5 Satz 2 BauO NRW, § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB)

* Regierungsdirektor Dr. Hermann Wilhelm lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW; Städt. Verwaltungsdirektor Gerhard Lange ist bei der Landeshauptstadt Düsseldorf tätig, Lehrbeauftragter am dortigen Studieninstitut für kommunale Verwaltung und am Institut für öffentliche Verwaltung NRW sowie Vorsitzender einer Prüfungskommission in der Staatsprüfung für den gehobenen Dienst beim Landesprüfungsamt für Verwaltungslaufbahnen NRW.

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.

Aufgabenbündelung

Wie in Verwaltungspraxis und Verwaltungswissenschaft häufig üblich, kann die Aufgabenbündelung aus zwei Blickwinkeln betrachtet werden: zum einen die Makroperspektive des gesamten Verwaltungssystems, zum anderen die Mikroperspektive der einzelnen Verwaltung. Aufgabenbündelung im Verwaltungssystem beinhaltet die Zusammenfassung derselben oder verwandter Aufgaben gleicher oder verschiedener Verwaltungen in einer Verwaltung. Bei der Aufgabenbündelung in einer Verwaltung werden entweder ähnliche Aufgaben vor die Klammer gezogen oder unterschiedliche Aufgaben verknüpft und zwar jeweils in einer Stelle, einem Referat oder einer Abteilung.

Zum Makroaspekt: Die funktionale Zentralisierung zum Beispiel von Bauangelegenheiten in Landesbaubehörden entzieht diese Aufgaben den Fachhochschulen und Universitäten und anderen Landesverwaltungen. Die Berechnung und die Überweisung der Gehälter, Zuschläge, Zulagen und Beihilfen an Beamte, Pensionäre und Hinterbliebene durch ein Landesamt für Besoldung und Versorgung haben zur Folge, dass davon betroffene Landesbehörden von diesen Aufgaben entbunden sind. Hier stellen sich äußerst komplizierte Fragen nach der optimalen Organisation sowohl der Behördenstruktur des Landes als auch der einzelnen Landesverwaltungen.

Als Prüfkriterien kommen Effektivität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit in Betracht. Effektivitätsaspekte kreisen beispielsweise in einem Bundesland um Politikziele, Regierungsmitglieder, Governance im Sinne von Leitungsmacht und Aufsichtskompetenzen, Ressortzuschnitt, nicht zuletzt um die Beibehaltung bewährter Grundsätze traditioneller Provenienz. Bei den Entscheidungen dominieren Zielerreichungsgrade. Dagegen orientieren sich Effizienzaspekte mehr an Zweckmäßigkeitkalkülen. Wie zweckmäßig ist die eine oder andere Arbeitsteilung im Hinblick auf Durchsetzbarkeit, Begründungszwänge, Öffentlichkeitsarbeit, Imagegewinn, reibungslose und zuverlässige Dienstwege und Mitarbeitermotivation? Vom Standpunkt der Wirtschaftlichkeit aus ist zu prüfen, mit welchen Kosten die funktionale Zentralisierung einerseits, die funktionale Dezentralisierung andererseits verbunden ist, ob sich Betriebsgrößen- und Verbundvorteile (engl. sog. economies of scale and scope) ermitteln lassen, inwieweit Führungsphilosophie und Organisationskultur, lies: Leitsätze, Führungsrichtlinien und Karrierechancen (manchmal engl. economies of style genannt), tangiert werden und sich in besseren Leistungs-Kosten-Quotienten rechnerisch niederschlagen.

Konkret: Soll eine staatliche Universität ihre Bau- und Besoldungsangelegenheiten selbst verwalten – eventuell sogar im vorgegebenen Rahmen selbst gestalten? Wieviel Arbeitskräfte mit welcher Qualifikation sind erforderlich? Wie groß ist der Bedarf an Sach- und Finanzmitteln? Kann man statt Eigenerstellung auch Fremdleistun-

gen in Anspruch nehmen – mit der Wirkung, dass nur Beauftragte als Planer und Überwacher für die Bau- und Besoldungsangelegenheiten in der Universitätsverwaltung tätig werden, während die Durchführung externen Dritten anvertraut wird? Diese Frage ist in der Wirtschaft im Kontext mit der Konzentration auf Kernkompetenzen längst beantwortet worden. Randaktivitäten gliedert man an Fachleute bzw. Fachfirmen aus, freilich unter Vorgabe der eigenen Ziele und Standards. Für Universitäten würde dies bedeuten, dass sie ihre wesentlichen Aufgaben der Forschung, Lehre, Prüfung, Nachwuchsförderung, Bibliotheks- und Archivdienste sowie der akademischen Selbstverwaltung eigenständig erfüllen, Hilfsarbeiten dagegen nach eigenen Zielsetzungen und Mindestanforderungen outsourcen.

Zum Mikroaspekt: Die Aufgabenbündelung beispielsweise in einer Stadtverwaltung hängt ebenfalls davon ab, ob die Aufgaben artgleich oder artverwandt sind und deshalb gemeinsam erfüllt werden können und sollen. Früher prüfte man Gemeinsamkeiten in Bezug auf Ziele und Zielgruppen (z.B. Jugendliche), einheitliche gesetzliche Vorgaben (z.B. Bundessozialhilfegesetz), Lenkungsbedarf (z.B. allgemeine Verwaltungsangelegenheiten), erforderliche Sachkunde der Mitarbeiter (z.B. Verwaltungsjuristen), Gegenstände bzw. Sachmittel (z.B. Grundstücke) und Randbedingungen der Tätigkeit (z.B. Rechnungsprüfung). Heute schieben sich andere Kriterien in den Vordergrund. Aufgabenbündelung erfolgt neben den Zielen und Zielgruppen nach Funktionszusammenhängen – je verflochtener die Aufgaben sind, desto stärker werden sie gebündelt – und nach Fach-, Methoden-, System- und Sozialkompetenz und Verantwortung der Führungskräfte. Die Konsequenz ist, dass interdependente Aufgaben etwa eines Jugendamtes und eines Sozialamtes in einem Jugend- und Sozialamt aufgehen oder die Aufgaben in Leistungszentren gebündelt werden, die fachlich zuständig sind und ihre personellen, organisatorischen und finanziellen Ressourcen eigenständig bewirtschaften dürfen. In jedem Fall wird darauf Wert gelegt, die Leistungskraft der Verwaltungseinheit zu stärken, was sich auch als eine Frage der optimalen Betriebsgröße erweist. Grundsätzlich ist die Betriebsgröße optimal, bei der die nach Art, Menge, Güte, Raum und Zeit determinierten (Beratungs-, Betreuungs-, Dienst- usw.) Leistungen kostenminimal erstellt und abgegeben werden.

Infrastrukturkoordinierung

Koordinierung zielt in Verwaltung und Wirtschaft auf ein reibungsloses Abstimmen mehrerer Stellen oder Personen aufeinander. In Behörden werden meist Befugnisse koordiniert; so auch und vor allem im Infrastrukturbereich unter der Erde einer Stadt. Das für die Zivilisation unerlässliche Geflecht von tönernen, stählernen oder künstlichen Adern, Leitungen, Rohren und Kanälen für Zu- und/oder Ableitungen von Wasser und Abwasser, Gas, Öl, Strom, Fernwärme, Fernkälte und Telekommunikation bedarf des koordinierten Planens, Erstellens, Beobachtens, Instandhaltens, Ersetzens, Erweiterns und Rückbaus. Erst die funktionsfähige Versorgung der Bevölkerung mit diesen Unterweltgütern erlaubt urbanes Leben in Häusern, schützt vor Krankheit und verbindet Menschen und Maschinen nah und fern.

Die Netze im Untergrund werden ergänzt um Straßen, Brücken, Gehwege, Plätze, Masten, Kabel, Schaltkästen und vielfältigste tech-

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

nische Anlagen. Ungezählte, meist unbeachtete Schilder auf Pfählen und Wänden zeigen an, in welcher Tiefe und in welcher Entfernung von der Hauswand die entsprechenden Kabel und Rohre verlaufen. Jeder Sparte ist ein bestimmter Bereich im Erdreich entlang der Straßen zugewiesen. Ganz oben liegen gewöhnlich die Telekommunikationskabel, dann kommt der Strom, es folgen die Gasleitungen, schließlich in frostfreier Tiefe bei ein bis zwei Metern stößt man auf die Wasserleitungen und ganz unten in der Mitte der Straße auf die Abwasserkanäle. Jede Neuverlegung und Veränderung der unter- und oberirdischen Infrastruktur ist koordiniert vorzubereiten und durchzuführen. Der Grund: Es sind zahlreiche Fachbehörden, öffentliche und private Produzenten, Betreiber, Dienstleister, Kreditinstitute, Versicherungen, Hauseigentümer usw. beteiligt und alle Bearbeitungsphasen bis hin zur Inbetriebnahme erweisen sich als äußerst kostspielig. Ohne Koordination gäbe es Chaos und Defizite.

Make or buy-Entscheidung

Wegen ihrer überragenden Bedeutung für die Alternative Eigenherstellung oder Fremdbezug wird die Make or buy-Entscheidung auch gern als Systementscheidung bezeichnet. Im öffentlichen Sektor, lies: in staatlichen und kommunalen Verwaltungen, in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen (z.B. in Hochschulen, Kammern, Sozialversicherungen, Forst-, Wasser- und Bodenverbänden, kommunalen Zweckverbänden) sowie in Unternehmen des Bundes, der Länder und Gemeinden, stellt sich immer öfters die Frage, ob die öffentlichen Aufgaben selbst wahrgenommen werden können und sollen oder ob und inwieweit Dritte, meist private Unternehmen, Freiberufler, Gutachter, Wissenschaftler und Nonprofit-Organisationen, partiell zu beteiligen sind oder sogar eine vollständige Aufgabenerfüllung in Betracht kommt.

Man spricht dann von materieller Privatisierung, im Sinne einer Fremderledigung, die gegebenenfalls von einer Eigentumsübertragung (Überlassung oder Verkauf) etwa einer kommunalen Organisationseinheit (z.B. Stadtgärtnerei) an einen privaten Handwerksbetrieb (z.B. für Garten- und Landschaftsbau) begleitet sein mag. Im Unterschied dazu findet bei einer formalen Privatisierung nur ein Wechsel der Rechtsform, nämlich vom öffentlichen Recht (z.B. kommunales Wirtschaftsförderungsamt) in das Privatrecht (z.B. kommunale Wirtschaftsförderungs-GmbH) statt. Auch hier liegt eine – freilich abgemilderte – Systementscheidung vor, denn Aufgabe und Aufgabenerfüllung werden zwar ausgegliedert („outsourct“), verbleiben aber in öffentlicher Hand.

Die Alternative ist mit zwei Problembereichen behaftet, die sich zudem überschneiden. Von politisch-juristischer Warte aus kreisen die Überlegungen um die Aspekte der Legitimität, Kompetenz und Kontrolle von Art, Umfang und Güte der Aufgabenerledigung. Ökonomisch-ökologisch betrachtet soll sie möglichst kostengünstig, verbraucherfreundlich und umweltverträglich erfolgen. Die Spannweite von „make or buy“ reicht dabei beispielsweise vom Outsourcen des Schreib- oder Reinigungsdienstes oder von Teilaufgaben eines Referates über die Übertragung einer Lebensmitteluntersuchungsabteilung oder eines Forstamtes bis hin zur Auswahlentscheidung beim Abschluss eines Konzessionsvertrages mit dem stadtteiligen Netzbetreiber oder Dritten.

Die Prüfkriterien für die eine oder andere Alternative sind äußerst komplex und differieren je Fall. Im Einzelnen gilt es zu berücksichtigen: die Zuverlässigkeit und Nachhaltigkeit des Aufgabenvollzugs, namentlich auch der handelnden Personen, die funktionale Einfügung in die Planungskonzepte sowie in die Aufbau- und Ablauforganisation, die Wahrung der Aufsichts- und Kontrollrechte, nicht zuletzt Transparenz- und Publizitätsgebote. Die zunehmende Ökonomisierung des Verwaltungshandelns – häufig mit Mitteln des Contracting

Out via Ausschreibung und Vergabe – zielt auf schlanke Strukturen und Prozesse (engl. „Lean Management“, „Lean Production“). Die Institutionen im öffentlichen Sektor sollen sich einerseits auf Kernkompetenzen konzentrieren und die Leistungs- bzw. Fertigungstiefe kürzen, andererseits Dienstleistungen von professionellen Spezialisten erstellen lassen, anders gesagt: hinzukaufen.

Damit sind oft betriebswirtschaftliche Vorteile (selbstverständlich im gesetzten rechtlichen Rahmen) verbunden: fixe (beschäftigungsunabhängige) Kosten werden durch variable (beschäftigungsabhängige) Kosten ersetzt, die Durchschaubarkeit der Kosten wächst und die Kostenrechnung gestaltet sich einfacher, Kapazitätsengpässe kann man vermeiden, die Aufgabenerledigung geschieht meist flexibler, Synergieeffekte lassen sich in Form von Betriebsgrößen- und Verbundvorteilen erzielen und im Übrigen wird Betriebsblindheit unterbunden. Allerdings fließt auch Know-how ab, können ausgelagerte Aufgaben nur schwer oder gar nicht zurückgeholt werden (sog. Irreversibilität) und es steigen die Transaktionskosten (i.e. Informations-, Vertragsvorbereitungs-, Reise-, Verhandlungs- und Überwachungskosten).

Eine wesentliche Voraussetzung für ökonomisch fundierte Entscheidungen ist ein leistungsfähiges Informationssystem. Es dient dem Controlling, das die für System-, ebenso für laufende Entscheidungen benötigten Informationen sammelt, auswertet und bereitstellt.

Rekommunalisierung

Nach einer Phase der Privatisierung von Stadtwerken und der Konzessionierung städtischer Leitungsnetze an regionale und überregionale Energieversorger als Folge der Liberalisierung der Energiewirtschaft vor einem Jahrzehnt sind überall in Deutschland Kommunen bemüht, ihren verlorengegangenen Einfluss auf die Energieversorgung zurückzugewinnen. Auslaufende Konzessionsverträge für Strom- und Gasnetze, der Wunsch vieler Kunden und Kommunalpolitiker, statt ferne Großunternehmen die ortsansässige Wirtschaft zu bevorzugen und über Sanierung und Ausbau der Netze, die Vergabe öffentlicher Aufträge, die Energiepreise sowie über die Gewinnverwendung an den städtischen Haushalt und/oder für soziale, kulturelle, sportliche oder ökologische Projekte selbst entscheiden zu können, führen zu der gegenwärtigen Rekommunalisierung. Parallel zur Gründung stadtteigener Energieversorgungsunternehmen und interkommunaler Regionalwerke suchen zur Zeit viele alte und neue Stadtwerke anstelle der konventionellen bzw. fossilen Energieversorgung den Umbau auf erneuerbare bzw. regenerative (Sonnen-, Wind-, Biomasse- und Biogas-)Energien zu bewältigen.

Unter dem Begriff der Rekommunalisierung lassen sich grundsätzlich alle Maßnahmen einer Gemeinde oder eines Landes subsumieren, die darauf zielen, frühere kommunale Aufgaben oder Tätigkeitsbereiche, die auf irgend eine Weise verstaatlicht oder an Dritte ausgegliedert wurden, wieder zurückzuholen. Die Rückgewinnung des Einflusses und damit oftmals auch die Verbesserung administrativer Verfahrensabläufe ist ein Grund dafür, ein anderer mag die Unzufriedenheit der Bevölkerung mit entkommunalisierten Dienstleistungen sein. Rekommunalisiert werden gegenwärtig in einzelnen Ländern – initiiert teils durch faktisches Handeln, teils durch Kommunal- und Verwaltungsreformen – zum Beispiel Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Stadtreinigung, Verkehrsüberwachung, Bauordnungswidrigkeiten, Erfassung von Altlaststandorten, Luftreinhaltepläne, wasserwirtschaftliche Zuständigkeiten, Prostitutionsverbote, Sozialhilfeangelegenheiten, Kindertagesstättenbau usw. (Es sei der Hinweis erlaubt, dass diese Aufgaben durchaus zu den zu rekommunalisierenden Aufgaben gehören, denn ursprünglich waren es kommunale Aufgaben, die in den vergangenen Jahrzehnten staatlichen Ober- oder Mittelbehörden überantwortet wurden.)

Ralf Klomfaß*

Die bestrittene Mahnung** – **Verwaltungsrecht mit Bezügen zum Finanzwesen** –

A. Vorbemerkungen:

Diese aus der Praxis deutscher Kommunalkassen resultierende Übungsklausur mag etwas komisch anmuten, da sie doch einen banal erscheinenden Sachverhalt aufgreift. Um jedoch zum richtigen Ergebnis zu gelangen, gilt es – nach einer sehr zu empfehlenden Lösungsskizze – die einzelnen Prüfungsschritte im Gutachtenstil sauber durchzuprüfen.

Die Klausur eignet sich deshalb gut für Wiederholungszwecke. Sie lässt sich für Verwaltungsfachangestellte zur Prüfungsvorbereitung im dritten Lehrjahr nutzen und ist insofern als mittelschwer einzustufen. Für den gehobenen Dienst bietet sie nach dem zweiten Studienjahr eine willkommene Überprüfungsöglichkeit grundlegender Definitionen und des allgemeinen Prüfungsaufbaus mit Vertiefungshinweisen. Die Übung ist auf eine Doppelstunde angesetzt.

B. Sachverhalt:

Peter Zacharias¹ erhält am 2. Juni 2009 eine Mahnung der Stadtkasse Supersauer (S) über eine Hauptforderung von 350 € nebst der Höhe nach ordnungsgemäß ermittelter Mahngebühren von 7,67 € und einer Portoauslage von 0,55 €. ^{2,3} Die Hauptforderung resultiert aus einem Verwaltungsgebührenbescheid zu einer baurechtlichen Ordnungsverfügung vom 8. April 2009, welcher Peter Zacharias jedoch unstreitig nie bekanntgegeben wurde. Erbstot berichtet er abends seinem Freund Rechtsanwalt Karl Sozius davon. Dieser wittert ein „gutes Geschäft“, lässt sich eine Vollmacht geben und legt sofort Widerspruch gegen die Mahnung ein. Umgehend storniert daraufhin die Stadtkasse S die vorgenannten Nebenforderungen i. H. v. 8,22 €. Trotz Nachfrage der S hält Peter Zacharias – vertreten durch Sozius – seinen Widerspruch aufrecht. Beide erhoffen sich durch entsprechende Darstellung der Rechtswidrigkeit der Mahnung im Widerspruchsverfahren anschließend die entstandenen Anwaltskosten gem. Gebührentabelle ersetzt zu bekommen.

C. Aufgabenstellung:

Hat der Widerspruch Aussicht auf Erfolg?

D. Lösung:

1. Vorüberlegung:

Wie eingangs erwähnt, mutet der Fall etwas exotisch an. Ein Widerspruch gegen die Mahnung – geht das? Grundsätzlich ist dies doch nur bei einem Verwaltungsakt möglich – und schon hat man das Kernproblem des Falles entdeckt. Jetzt gilt es nur noch dessen Tatbestandsvoraussetzungen an der richtigen Stelle zu prüfen und sich nicht von dem zugrundeliegenden Gebührenbescheid bzw. gar der bauordnungsrechtlichen Verfügung sowie der anwaltlichen Bevollmächtigung verwirren zu lassen. Bereits an dieser Stelle sei der Hinweis gestattet, dass auf vom Klausursteller als unproblematisch dargestellte Punkte (hier z. B. gekennzeichnet durch Worte wie „ordnungsgemäß“, „unstreitig“ usw.) – wenn überhaupt – nur ganz kurz eingegangen wird, um schnell zum Klausurschwerpunkt vorzudrin-

gen und keinem Zeitdruck zu erliegen. Dabei gilt es trotzdem soweit wie möglich den Gutachtenstil zu wahren.

2. Lösungsskizze:⁴

A. Zulässigkeitsprüfung:

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges:

- spezialgesetzlich aufdrängende Zuweisung? (–)
- **§ 40 I 1 VwGO analog**
 - ö.-rechtl. Streitigkeit:
 - Kostenrecht → mod. Subjektstheorie ... (+)
 - nicht verfassungsrechtl. Art (+)
 - keine abdrängende Verweisung (+)

(+)

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs:

Definition ...

evtl. **begehrt** WF „**Aufhebung**“ der Mahnung = evtl. Anfechtungswiderspruch, §§ 68 I 1, 42 I 1. Mod. VwGO

Problem:⁵ Mahnung müsste VA sein, § 35 S. 1 VwVfG (§ 1 LVwVfG)⁶, TBVs:

1. Maßn. (+)
2. einer Behörde (+)
3. auf dem Gebiet des ö. Rechts (+), s. o.
4. zur **Regelung?** **Problem!** Def. Regelung ...
grdstzl. bei Mahnung (–), ...
hier aber bzgl. „festgesetzter“ Nebenforderungen ausnahmsweise **insoweit** (+) ...

* Der Autor ist Stadtoberinspektor der Vollstreckungsstelle der Stadt Mainz, Schwerpunkt Insolvenzverfahren und ehrenamtlich Dozent am Kommunalen Studieninstitut in Mainz im Bereich Finanzwesen.

** Die Klausur wird regelmäßig zum Einstieg im Fach Kassenwesen, Thema Vollstreckungsrecht in ähnlicher Form gestellt.

1 Arabisch für „Die Erinnerung“ bzw. hebräisch „Jahwe hat sich erinnert“, vgl. z.B. wikipedia.de

2 Vgl. Anlage zu § 2 I sowie § 10 II Nr. 1, I Kostenordnung zum Landesverwaltungs-vollstreckungsgesetz (LVwVGKostO) i. V. m. §§ 83, 85 I 1 Nrn. 6 ff. Landesverwaltungs-vollstreckungsgesetz (LVwVG) RLP; erg. Hinw.: ähnliche Regelungen gelten in den übrigen Bundesländern, manchmal jedoch nicht pauschaliert sondern prozentual berechnet.

3 Aus Vereinfachungsgründen wird an dieser Stelle auf die Berechnung von Säumniszuschlägen verzichtet (vgl. insoweit exemplarisch § 18 LGebG).

4 Auch wenn der Sachverhalt noch so simpel anmutet: Eine Lösungsskizze ist unverzichtbar. Beginnt man direkt mit der „Reinschrift“ und stellt verduzt nach ¼ der Zeit einen Aufbaufehler fest, lässt sich meist der Lösungsweg nicht mehr zum richtigen Ergebnis „hinbiegen“.

5 In der Prüfungspraxis hat es sich als sehr hilfreich erwiesen, in der Lösungsskizze deutlich hervorgehoben die Problemstellen zu kennzeichnen. Dadurch sieht man später bei der „Reinschrift“ auf einen Blick, an welcher Stelle die ausformulierte Lösung sehr ausführlich sein muss (und wo eben nicht).

6 Gem. Art. 70 I, 30 GG haben grundsätzlich die Bundesländer die Befugnis zur Regelung des Verwaltungsrechts. In Rheinland-Pfalz erklärt § 1 des Landesverwaltungs-verfahrensgesetzes (LVwVfG) jedoch grundsätzlich das Bundesverwaltungs-verfahrensgesetz für anwendbar. Um dies zu verdeutlichen, empfiehlt sich **einmal** beim ersten Rückgriff auf das BVwVfG (hier eben bzgl. § 35 S. 1) in Klammern dahinter § 1 LVwVfG zu zitieren, um die Gesetzgebungskompetenz des Landes sowie die Anwendbarkeit zu dokumentieren. Bei manchem Korrektor soll dieser Klammerzu-satz sogar Zusatztreffer geben.

5. eines Einzelfalles (+)
6. mit Außenwirkung (+)

aber: **Problem!**

die Mahngebühr wurde umgehend seitens S storniert

=> VA „Festsetzung“ der Mahngebühr/Portokosten existiert nicht mehr!

Zwischenergebnis:

WF begehrt keine Aufhebung eines VA => Anfechtungswiderspruch (-) =>

Widerspruch nicht statthaft => unzulässig

=> keine Aussicht auf Erfolg

Lösung im Gutachtenstil⁷:

Der Widerspruch hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist. Zunächst müsste der Widerspruch demnach zulässig sein.

A. Zulässigkeitsprüfung

- I. [Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges:]⁸ Eingangs ist zu prüfen, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Dies wäre der Fall, wenn eine spezialgesetzlich aufdrängende Zuweisung vorläge. Eine solche Norm ist jedoch nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg könnte nach § 40 I 1 VwGO analog eröffnet sein, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht entspringen. Im vorliegenden Fall wird eine Mahngebühr nebst Portoauslage bestritten. Gem. Sachverhaltsangabe⁹ basieren diese auf der Anlage zu § 2 I sowie § 10 II Nr. 1, I LVwVGKostO i. V. m. §§ 83, 85 I 1 Nrn. 6 ff. LVwVG. Diese Vorschriften sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist demfolgend gegeben. (*Anmerkung: Selbst wenn diese Sachverhaltsangabe gefehlt hätte, muss man insbes. anhand der sog. modifizierten Subjektstheorie ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit bejahen, weil nur der Staat berechtigt (oder verpflichtet) ist, diese Nebenforderungen zu erheben.*)¹⁰ Neben einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit bedarf es andererseits einer Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Insofern darf keine sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit gegeben sein. Dies wäre der Fall, wenn verfassungsrechtlichen Normen bestritten würden und Verfassungsorgane beteiligt wären. Da dies nicht zutrifft, liegt keine sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vor. Mithin handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Der Verwaltungsrechtsweg ist folglich gem. § 40 I 1 VwGO analog auch deshalb eröffnet, weil keine abdrängende Verweisung zu einem anderen Rechtsweg erfolgte.

- II. [Statthaftigkeit des Widerspruchs:] Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem Begehren des Widerspruchsführers (nachfolgend WF)¹¹ und der Rechtsnatur des Streitgegenstandes.¹² Vorliegend begehrt der WF die „Aufhebung“ der Mahnung. In Betracht kommen könnte daher ein Anfechtungswiderspruch nach §§ 68 I 1, 42 I 1. Mod. VwGO. Dann müsste es sich bei der Mahnung der S. um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG (§ 1 LVwVfG) handeln.¹³ Dazu müssen folgende Merkmale gegeben sein:

Zunächst bedarf es einer Maßnahme. Darunter versteht man jedes zielgerichtete Tätigwerden, was vorliegend mit Versand einer Zahlungserinnerung in Form einer Mahnung gegeben ist. Die Mahnung

erging seitens der Stadtverwaltung der Stadt S, also von einer Behörde (vgl. § 2 LVwVfG)¹⁴ auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, wie oben festgestellt. Fraglich ist hingegen, ob auch der Regelungsbegriff erfüllt ist.

Unter einer Regelung versteht man eine Maßnahme, die unmittelbar auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Die Rechtsfolge besteht in der Begründung, Änderung, Feststellung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten.¹⁵ Vorliegend soll bzgl. der Hauptforderung keine Pflicht und damit keine Rechtsfolge begründet werden. Vielmehr wird durch die Zahlungsaufforderung an eine durch den ursprünglichen Verwaltungsakt begründete Rechtsfolge erinnert. Somit fehlt es einer Mahnung grundsätzlich am Merkmal der Regelung.¹⁶

Etwas anderes könnte jedoch für die Mahngebühr gelten. So wird durch die Mahnung vorliegend eine Mahngebühr von 7,67 € nebst Portokosten von 0,55 € „festgesetzt“. Es wird also die Pflicht des WF begründet, zusätzlich 8,22 € zahlen zu müssen. Insoweit wird unmittelbar durch die Mahnung eine Rechtsfolge gesetzt. Bzgl. dieser Festsetzung ist das Merkmal Regelung erfüllt.

Diese Regelung betrifft auch einen Einzelfall mit Außenwirkung. In Bezug nur auf die Geltendmachung der Mahngebühr sowie der Portoauslage sind mithin die Merkmale eines Verwaltungsaktes nach § 35 S. 1 VwVfG erfüllt.¹⁷ Weil der WF Aufhebung eben dieses Verwaltungsaktes begehrt, könnte folglich ein Anfechtungswiderspruch statthaft sein.

Zu beachten ist vorliegend jedoch, dass die Stadt S. aufgrund Vorbringens des WF erkannte, dass die Mahnung mangels Bekanntgabe

7 Es handelt sich nur um einen Formulierungsvorschlag ohne Anspruch auf Vollständigkeit unter Berücksichtigung des Anforderungsprofils für Verwaltungsfachangestellte. Angemerkt sei, dass letztlich der jeweilige Korrektor bzgl. einzelner Ausführungen entsprechenden Bewertungsspielraum hat. Unterstrichene Textstellen heben die Schlagwörter hervor, auf welche ein Korrektor auf jeden Fall sein Augenmerk richtet.

8 Ob Zwischenüberschriften – wie hier in eckigen Klammern angedeutet – gemacht werden oder nicht, ist Geschmackssache. Bei Gutachten mit vielen Prüfungspunkten hat es sich wohl überwiegend durchgesetzt, zur besseren Übersichtlichkeit entsprechend durchnummerierte Zwischenüberschriften zu fertigen. Bei einem überschaubaren Gutachten wie in diesem Fall kann evtl. jedoch auf gesonderte Zwischenüberschriften verzichtet werden.

9 Vgl. Fußnote 2.

10 Keinesfalls wurde erwartet, die vorgenannten gesetzlichen Fundstellen selbst herauszufinden.

11 Tipp: Spreche in der Klausur schlicht nur vom Widerspruchsführer (bei Antragsverfahren entspr. Antragsteller). Dann muss man – sofern nicht explizit vom Klausursteller danach gefragt ist – gar keine Stellung beziehen, wer denn nun eigentlich Widerspruchsführer ist. Zwar wird dies im Regelfall unproblematisch sein. Gerade aber bei schwierigen Fällen mit mehreren Beteiligten (insbes. bei Beteiligung juristischer Personen) kann man sonst in der Klausurhektik sehr schwerwiegende Fehler schlicht durch falsche Benennung des Widerspruchsführers machen. Auch aus diesem Grunde ist denn (jedenfalls bei diesem Prüfungspunkt) jeder Hinweis zum bevollmächtigten Rechtsanwalt schlicht überflüssig (wenn nicht gar falsch).

12 Dieser einleitende Satz ist nicht zwingend, stellt jedoch eine sehr große Hilfe dar. Er ist beinahe in allen verwaltungsrechtlichen Streitverfahren (insbes. auch bei Klageverfahren) verwendbar und führt einem immer die für diesen Prüfungsschritt wesentlichen Prüfungsinhalte vor Augen: Das Begehren und die Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme. Beides gilt es im Gutachten sauber voneinander getrennt abzuhandeln.

13 Sprich: Die Rechtsnatur des Streitgegenstandes müsste einen Verwaltungsakt darstellen.

14 Wortgleich § 1 IV VwVfG.

15 Vgl. statt vieler Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 4.

16 Vgl. VG Köln, Urteil vom 4. Oktober 2005, Az. 255 K 8739/04, KKZ 2007, 95 (lesenswert).

17 Vgl. App, Michael: Nochmals: Entbehrlichkeit eines Widerspruchsbescheides bei einem Widerspruch gegen eine Mahnung? in: KKZ 2005, 201 f.

des begründenden Verwaltungsaktes¹⁸ falsch war, weshalb sie umgehend die Mahngebühr wie auch die Portoauslage stornierte. Einen Verwaltungsakt zur Festsetzung der Mahngebühr existiert mithin nicht mehr. Eine Aufhebung ist deshalb nicht mehr möglich. Der WF begehrt demfolgend keine Aufhebung eines Verwaltungsaktes, ein Anfechtungswiderspruch scheidet aus.

Exkurs (insbes. für den gehobenen Dienst): Einen „Fortsetzungsfeststellungswiderspruch“ gibt es nicht.¹⁹

Der Widerspruch des WF ist deshalb nicht statthaft, das Widerspruchsverfahren damit nicht zulässig. Der Widerspruch hat keine Aussicht auf Erfolg.²⁰

Mangels Erfolgsaussichten des Widerspruchs können dem WF folglich auch keine etwa berechneten anwaltlichen Kosten nach § 80 II VwVfG²¹ erstattet werden, weil die Hinzuziehung eines Anwalts zur Feststellung, dass der zugrundeliegende Gebührenbescheid nicht bekanntgegeben wurde, schlicht nicht notwendig war.^{22, 23}

Literaturempfehlungen (insbes. zur Vertiefung):

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C. H. Beck, München. 17. Aufl. 2009. // Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag Müller (C. F. Jur.), Heidelberg. 9. Aufl. 2008. // App, Michael/Wettlaufer, Arno: Verwaltungsvollstreckungsrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln. 4. Aufl. 2005.

18 Also: Des Gebührenbescheides zur bauordnungsrechtlichen Verfügung.

19 Str., für RLP jedoch entschieden, vgl. OVG Koblenz, Urteil v. 16.5.2006, Az. 7 A 10017/06; Exkurs: anders demgegenüber zur Fortsetzungsfeststellungsklage, vgl. § 113 I 4 VwGO.

20 In dieser Form ist der Widerspruch folglich auch im Rahmen zunächst des Abhilfe-, dann ggf. des Widerspruchsverfahrens entsprechend zu bescheiden, vgl. App, aaO.

21 Entspricht § 162 S. 2 VwGO bzgl. Klageverfahren.

22 Vgl. weiterführend VG Köln, aaO.

23 Dieser Schlusssatz ist für die Prüfung der Erfolgsaussichten des Widerspruchs nicht mehr erforderlich, greift jedoch zur Abrundung den ergänzenden Sachverhaltshinweis auf und ermöglicht somit überdurchschnittlichen Kandidaten Zusatztreffer.

Reiner Stein*

„Der störrische Hundehalter“

– ein Übungsfall zum vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO –

Vorbemerkung

Der vorliegende Übungsfall baut auf die im letzten Heft 9/2009 erschienene Abhandlung „Der Antrag nach § 80 V VwGO in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung“ auf.

Gegenstand des Übungsfalls ist ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, dem ein ermessensfehlerhaft ausgesprochenes Verbot und eine im Widerspruchsbescheid nachgeschobene Anordnung der sofortigen Vollziehung (mit unzureichender Begründung) vorausgegangen sind.

Von den Bearbeitern wird verlangt, dass sie neben der formell fehlerhaften Begründung der Vollziehungsanordnung im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung die Fehlerhaftigkeit der Grundverfügung erkennen und die dabei in Betracht kommenden „Heilmöglichkeiten“ erörtern, was solide Grundkenntnisse der „Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt“ voraussetzt.

Damit kombiniert der Fall Probleme des Verwaltungsprozessrechts im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit Standardproblemen des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

In einer zweiten Aufgabe wird die Tenorierung der zu treffenden gerichtlichen Entscheidung verlangt.

Der ausführlichen Lösung wird eine Kurz-Lösung in Tabellenform vorangestellt.

Anmerkung zum Umgang mit den gesetzlichen Vorschriften

Aus Praktikabilitätsgründen wird nachfolgend auf das VwVfG des Landes Mecklenburg-Vorpommern (VwVfG M-V) abgestellt. Dies erscheint auch unproblematisch, da die Regelungen in den Landes-VwVfG der verschiedenen Bundesländer ohnehin nahezu identisch sind. Allein das Verfahrensrecht des Landes Schleswig-Holstein im Allgemeinen Verwaltungsgesetz des Landes S-H (LVwG S-H) ist anders aufgebaut. Deshalb werden die jeweils relevanten Rechts-

grundlagen des LVwG S-H durch **Synopsen** in Fußnoten angegeben. Im synoptischen Überblick werden auch die fallrelevanten landesrechtlichen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts aufgeführt.

Sachverhalt

Der am Güstrower Stadtrand ansässige Bauer Ludwig Landmann (L) ist Halter eines Hundes, der auf den Namen „Rudi“ hört.

Auf Grund zahlreicher Anrufe aus der Bevölkerung erfährt Sachbearbeiter Fux (F) beim Bürgermeister der Stadt Güstrow Anfang Januar 2009, dass L diesen Hund bei seinen täglichen Spaziergängen auf verschiedene Kinderspielflächen am Stadtrand führt. Aufgebrachte Eltern berichten am Telefon, dass der Hund auf den Kinderspielflächen zwar angeleint sei und einen Maulkorb trage, doch dort regelmäßig seine „Duftmarken“ in Form von Urin hinterlasse.

Behördliche Ermittlungen ergeben, dass es sich bei dem Hund des L um einen American Pitbull Terrier handelt. Für diesen Hund besitzt L nach vorausgegangener Sachkunde- und Zuverlässigkeitsprüfung eine am 15. 12. 2008 vom Bürgermeister der Stadt Güstrow ausgestellte Erlaubnis zum Halten und Führen nach § 4 der Verordnung über das Führen und Halten von Hunden (HundehVO M-V).

Sachbearbeiter F stellt L anlässlich einer am 09. 01. 2009 telefonisch durchgeführten Anhörung zur Rede. Im Verlauf des Gespräches räumt L zwar den Vorwurf ein, zeigt sich allerdings nicht gewillt, freiwillig sein Verhalten beim Ausführen seines Hundes zu ändern. L behauptet, er brauche angesichts seines fortgeschrittenen Alters bei den täglichen Spaziergängen mit seinem Hund eine kurze Rast. Da es auf seiner Route Bänke nur zum Ausruhen auf den Spielflächen gebe, müsse er sich dort

* 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.

niedersetzen. Hinsichtlich des Urinierens seines Hundes führt L aus, die Verwaltungsbehörde solle sich deswegen nicht so „anstellen“, schließlich zahle er für seinen Hund ja Hundesteuer.

Daraufhin erlässt der Bürgermeister am 12. 01. 2009 an L einen am selben Tage zugestellten Bescheid mit folgendem Tenor:

1. *Es wird Ihnen verboten, Ihren Hund der Rasse American Pitbull Terrier ab Bekanntgabe dieses Bescheides auf Kinderspielplätze im Stadtgebiet von Güstrow mitzunehmen.*
2. *Für den Fall der Nichtbefolgung meines in Ziffer 1 ausgesprochenen Verbotes drohe ich Ihnen hier bereits die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000.- Euro an.*

In der Begründung der Hauptsacheentscheidung führt Sachbearbeiter F aus, er habe angesichts der zwingenden gesetzlichen Vorgaben keine andere Möglichkeit als das Verbot auszusprechen. Gegen diesen Bescheid legt L mit Schreiben vom 16. 01. 2009 Widerspruch beim Bürgermeister ein; der Widerspruch geht noch am selben Tag bei der Behörde ein.

Am 23. 01. 2009 erhält L mittels PZU einen am 22. 01. 2009 vom Landrat des Landkreises Güstrow erlassenen und mit fehlerfreier Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Widerspruchsbescheid mit folgendem Tenor:

1. *Ihr Widerspruch vom 16. 01. 2009 gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Güstrow vom 12. 01. 2009 wird zurückgewiesen.*
2. *Die sofortige Vollziehung des vom Bürgermeister der Stadt Güstrow am 12. 01. 2009 ausgesprochenen Verbotes wird hiermit angeordnet.*

Beide Entscheidungen sind begründet. Zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führt der Landrat aus, die nachträgliche Vollziehungsanordnung sei unerlässlich, um die gesetzlichen Voraussetzungen für eine zwangsweise Durchsetzung des Verbotes zu erfüllen.

Mit Schriftsatz vom 26. 01. 2009 legt L formgerecht Klage gegen die Zurückweisungsentscheidung der Widerspruchsbehörde ein, soweit diese sich auf das angefochtene Verbot bezieht. In seiner Begründung beruft er sich -wie schon bei der Anhörung am 09. 01. 2009- auf die vorhandenen Rastmöglichkeiten auf den Kinderspielplätzen.

Mit gleicher Post beantragt L – ebenfalls unter Beachtung der Formvorschriften – die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Die Rechtsbehelfe gehen am 27. 01. 2009 beim zuständigen Verwaltungsgericht Schwerin ein.

Nachdem das Verwaltungsgericht den Bürgermeister der Stadt Güstrow über die Rechtsbehelfe des L in Kenntnis gesetzt und diesem eine Kopie der Klage – sowie der Antragsschrift übersandt hat, geht am 02. 02. 2009 beim Gericht ein Schriftsatz des Bürgermeisters mit folgendem Wortlaut ein: „*In Ergänzung der Begründung vom 12. 01. 2009 wird auf den Vortrag des Klägers ausgeführt, dass nach Abwägung aller widerstreitenden Interessen eine andere Entscheidung als das ausgesprochene Verbot nicht in Betracht kommt. Auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es dem Kläger durchaus zumutbar, beim Ausführen seines Hundes eine andere Route zu wählen. So gibt es beispielsweise auf dem unweit vom Bauernhof des Klägers entfernten Fußweg zur Bauhofer Bucht gleich drei Bänke, auf denen sich ausgeruht werden kann.*“

Aufgabenstellung

Aufgabe 1

Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz. Sollten Sie bei der Begründetheit des Antrags zu

dem Ergebnis kommen, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist, so ist dennoch eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Aufgabe 2

Entwerfen Sie den Tenor (=Entscheidungssatz) des zu treffenden gerichtlichen Beschlusses.

Anlage Hilfsmittel: Auszug aus der Verordnung über das Führen und Halten von Hunden (HundeVO M-V) vom 04. 07. 2000; zuletzt geändert am 12. 12. 2005.

Verordnung über das Führen und Halten von Hunden (Hundehalterverordnung – HundeVO M-V)

vom 4. Juli 2000,

GS Meckl.- Vorp. Gl. Nr. 2011 – 1 - 4 zuletzt geändert durch VO vom 12. 12. 2005

(GVOBl. M-V 2005, S. 657)

Aufgrund des § 4 Abs. 2 Satz 2 und des § 17 Abs. 1 und Absatz 4 Satz 1 des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. März 1998 (GVOBl. M-V S. 335), zuletzt geändert durch VO vom 14. 04. 2004 verordnet das Innenministerium (...) im Einvernehmen mit dem Finanzministerium:

§ 1 Allgemeine Vorschriften für die Hundehaltung

- (1) Gefährliche Hunde dürfen nicht gezüchtet (nichtgewerbsmäßige Zucht), gehalten und geführt werden, es sei denn, es liegt eine Erlaubnis nach § 4 vor.
- (3) Es ist verboten, Hunde außerhalb des befriedeten Besitztums ohne Aufsicht frei laufen zu lassen. (...)
- (4) Außerhalb des befriedeten Besitztums müssen Hunde ein Halsband mit Namen und Wohnanschrift des Hundehalters oder eine gültige Steuermarke tragen.
- (5) Hunde sind so zu halten, dass sie das befriedete Besitztum nicht gegen den Willen des Hundehalters verlassen können.

§ 2 Gefährliche Hunde

- (1) Als gefährlich im Sinne dieser Verordnung gelten Hunde,
 1. bei denen von einer durch Zucht, Ausbildung oder Abrichten herausgebildeten, über das natürliche Maß hinausgehenden Kampfbereitschaft, Angriffslust, Schärfe oder einer anderen, in ihrer Wirkung vergleichbaren Mensch oder Tier gefährdenden Eigenschaft auszugehen ist, (...)
- (3) Bei Hunden der Rassen und Gruppen
 1. American Pitbull Terrier
 2. American Staffordshire Terrier
 3. Staffordshire Bull Terrier
 4. Bull Terrier

sowie bei Kreuzungen untereinander und mit anderen Hunderassen oder -gruppen wird vermutet, dass es sich um gefährliche Hunde im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 handelt. (...)

§ 3 Verbote und Gebote für den Umgang mit gefährlichen Hunden

- (1) Die Mitnahme gefährlicher Hunde auf Kinderspielplätze, an Badestellen oder auf Flächen, die als Liegeplatz für Menschen ausgewiesen sind, ist verboten.
- (3) Für gefährliche Hunde besteht über § 1 Abs. 3 hinaus außerhalb des befriedeten Besitztums Leinenzwang. Hundeleinen und -halsbänder müssen hinreichend fest sein und eine unun-

terbrochene Kontrolle des Führenden über die Bewegungen des Hundes gewährleisten. Die Länge der Leine darf höchstens zwei Meter betragen. Ist der Hund gefährlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2, ist ihm außerhalb des eigenen befriedeten Besitztums zusätzlich ein das Beißen verhindernder Maulkorb anzulegen. (...)

§ 4 Erlaubnispflicht

- (1) Das nichtgewerbliche Züchten, Halten und Führen gefährlicher Hunde bedarf der Erlaubnis der örtlichen Ordnungsbehörde. (...)
- (5) Die örtliche Ordnungsbehörde kann das nichtgewerbsmäßige Züchten und das Halten sowie Führen gefährlicher Hunde untersagen, wenn
 - 1. Die Erlaubnis nach Absatz 1 nicht vor Erwerb des Hundes und in den Fällen des Absatzes 4 nicht unverzüglich beantragt worden ist oder
 - 2. eine dringende Gefahr für Leben oder körperliche Unversehrtheit von Menschen oder Tieren nicht anders beseitigt werden kann. Darüber hinaus kann die örtliche Ordnungsbehörde anordnen, dass die Hunde des von der Untersa-

gungsverfügung betroffenen Halters binnen angemessener, von ihr zu bestimmender Frist einem Berechtigten überlassen oder tierschutzgerecht getötet werden. Nach fruchtlosem Ablauf können die Hunde sichergestellt und verwertet werden. (...)

§ 9 Ordnungswidrigkeiten

- (1) Ordnungswidrig im Sinne des § 19 Abs. 1 des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
 - 2. entgegen § 1 Abs. 3 Satz 1 Hunde außerhalb des befriedeten Besitztums ohne Aufsicht frei laufen lässt,
 - 8. entgegen § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 3 einen in § 2 Abs. 1 oder § 2 Abs. 3 Satz 1 aufgeführten Hund auf Kinderspielplätze, an Badestellen oder auf Flächen, die als Liegeplatz für Menschen ausgewiesen sind, mitnimmt,
 - 10. entgegen § 3 Abs. 3 Satz 1, 2 oder 5 gefährliche Hunde nicht an der Leine führt oder für das Anleinen ungeeignete Leinen oder Halsbänder verwendet,
 - 11. entgegen § 3 Abs. 3 Satz 4 oder 5 gefährlichen Hunden keinen das Beißen verhindernden Maulkorb anlegt, (...)

Kurz-Lösung
Aufgabe 1: Erfolgsaussichten des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz
A. Zulässigkeit des Antrags
<p>I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges Mangels auf- oder abdrängender Spezialzuweisungen abstellen auf §§ 40 I 1 VwGO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach modifizierter Subjektstheorie: streitentscheidende Norm im Hauptsachverfahren → §§ 13, 16 SOG M-V. • Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, da Beteiligung des Bürgers L.
<p>II. Statthaftigkeit des Antrags gem. § 80 V VwGO, da Gegenstand des Verfahrens Vollziehung eines belastenden VA und Anfechtungsklage statthafte Klageart im Hauptsachverfahren (<i>Fall des § 79 I Nr. 1 VwGO</i>).</p>
<p>III. Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO) Nach „Adressatentheorie“ (+), da L Adressat eines belastenden VA.</p>
<p>IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erhebung einer Anfechtungsklage (<i>str.!</i>) • Keine offensichtliche Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache: Zustellung WSB am 23.01.2009 (§ 73 III 1, 2 VwGO i.V.m. § 3 I VwZG); Fristende am (Mo.), 23.02.2009; Eingang der Anfechtungsklage am 27.01.2009 damit fristgerecht. Durchführung des gem. § 68 I 1 VwGO erforderlichen Vorverfahrens (+). • Rechtsbehelf in der Hauptsache hat gem. § 80 II VwGO keine aufschiebende Wirkung.
<p>V. Ordnungsgemäße Antragstellung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Form (§ 81 VwGO analog): schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des VG; hier Schriftform (+). • Inhalt des Antrags (§ 82 VwGO analog) Bezeichnung von Antragsteller, Antragsgegner, Gegenstand des Begehrens (+).
VI. Antragsfrist nicht erforderlich
<p>VII. Richtiger Antragsgegner (§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AGGSG M-V analog) Nach h.M. hier Bürgermeister der Stadt Güstrow, obwohl Landrat als Widerspruchsbehörde (<i>WS-Behörde</i>) die sofortige Vollziehung angeordnet hat.</p>
VIII. Beteiligungs- u. Prozessfähigkeit von Antragsteller und Antragsgegner (gem. §§ 61, 62 VwGO analog) (+)

Zwischenergebnis: Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO ist zulässig .	
B.	Begründetheit des Antrags nach § 80 V VwGO (Obersatz) → Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nach § 80 V 1, 2. Alt. VwGO ist begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist oder eine Interessenabwägung ergibt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt.
I.	Formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung (AsV)
1.	Zuständigkeit des Landrats für die AsV <ul style="list-style-type: none"> • Zuständig für eine AsV sind gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO Ausgangs- und WS-Behörde. • Der Landrat des Kreises Güstrow ist gem. § 73 I 2 Nr. 1 VwGO richtige WS-Behörde und damit auch für die AsV zuständig.
2.	Einhaltung der Verfahrensvorschriften Mangels VA-Charakter der AsV keine gesonderte Anhörung gem. § 28 I VwVfG M-V.
3.	Begründung des besonderen Vollzugsinteresses gem. § 80 III 1 VwGO
3.1	Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung <ul style="list-style-type: none"> • Abstellen auf Zweck der AsV ⇒ Warnfunktion / Informationsfunktion Kontrollfunktion. • Nicht ausreichend sind ⇒ Verwendung stereotyper, formelhafter, nichtssagender Wendungen, Wiedergabe des Gesetzeswortlauts, Wiederholung der den Erlass des VA selbst rechtfertigenden Gründe, es sei denn, die Gründe sind (<i>ausnahmsweise</i>) identisch, Hinweis auf offensichtliche Rechtmäßigkeit des VA. Begründung des Landrats (<i>AsV sei erforderlich zur Erfüllung der gesetzl. Vollzugsvoraussetzungen</i>) genügt diesen Anforderungen nicht.
3.2	Rechtsfolgen einer fehlerhaften Begründung <ul style="list-style-type: none"> • Keine Nichtigkeit ⇒ schlichte Rechtswidrigkeit • Nach h.M. keine Heilbarkeit nach § 45 I Nr. 2 VwVfG M-V (<i>analog</i>); kein „Nachschieben von Gründen“.
3.3	Zwischenergebnis Nach h.M. keine volle Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1, 2. Alt. VwGO sondern bloße Aufhebung der AsV.
II.	Materielle Prüfung (<i>Interessenabwägung</i>) –vgl. auch Bearbeitungshinweis!
1.	Formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage (EGL) für die Hauptsacheentscheidung <ul style="list-style-type: none"> • Vorbehalt des Gesetzes – Subsidiaritätsprinzip (§ 12 II SOG M-V) beachten. • Abstellen auf §§ 13, 16 SOG M-V. Die auf §§ 13, 17 SOG M-V beruhende HundehVO M-V ist kein formelles Gesetz und enthält mit Ausnahme des im Fall nicht einschlägigen § 4 V keinerlei EGL (<i>mit VA-Befugnis</i>).
2.	Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Mitführungsverbots
2.1	Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Güstrow <ul style="list-style-type: none"> • Sachlich zuständig zur Gefahrenabwehr sind gem. §§ 4 I, 3 I SOG M-V alle Ordnungsbehörden. • Instanziell zuständig sind gem. §§ 4 II, 3 I Nr. 3 SOG M-V in den amtsfreien, kreisangehörigen Gemeinden die Bürgermeister als „örtliche Ordnungsbehörden“. • Örtlich zuständig ist gem. § 5 I SOG M-V der Bürgermeister der Stadt Güstrow.
2.2	Beachtung der Verfahrensvorschriften Telefonische Anhörung gem. § 28 I VwVfG M-V am 09. 01. 2009 (+).
2.3	Beachtung der Formvorschriften (§§ 37 II, III, 39 I VwVfG M-V) (+).
3.	Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Mitführungsverbots
3.1	Tatbestandsvoraussetzungen der EGL
3.1.1	Schutzgüter der §§ 13, 16 SOG M-V (<i>vorrangig abstellen auf die „öffentliche Sicherheit“</i>) <ol style="list-style-type: none"> a) Schutz der geschriebenen Rechtsordnung (<i>Ge- und Verbote</i>) als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit: Ein American Pitbull Terrier ist nach der Vermutungsregel des § 2 III Nr. 1 der HundehVO M-V ein gefährlicher Hund. Insofern verstößt die Mitnahme gegen § 3 I HundehVO M-V und damit gegen die geschriebene Rechtsordnung i.S.d. der öffentlichen Sicherheit. b) Schutz der Individualrechtsgüter (<i>Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Fortbewegung, Ehre, Eigentum und Vermögen</i>) als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit: Durch das Urinieren des Hundes auf Kinder-

spielplätzen ist die Gesundheit der dort spielenden Kinder als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit tangiert.	
3.1.2 Vorliegen einer „Gefahr“ bzw. „Störung“	<ul style="list-style-type: none"> • Hinsichtlich des Verstoßes gegen § 3 I HundehVO M-V liegt eine „Störung“ vor. • Hinsichtlich des Rechtsguts Gesundheit liegt eine Gefahr i.S.d. § 3 III Nr. 1 SOG M-V vor.
3.1.3 Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Adressaten	<ul style="list-style-type: none"> • Hinsichtlich des Verstoßes gegen die geschriebene Rechtsordnung ist L Verhaltensverantwortlicher i.S.d. § 69 I SOG M-V. • Hinsichtlich der vom Hund ausgehenden Gesundheitsgefahren ist L als Eigentümer Zustandverantwortlicher i.S.d. § 70 I SOG M-V.
3.2. Rechtsfolgenseite der EGL (§ 14 SOG M-V - Ermessen)	<ul style="list-style-type: none"> • Feststellung eines „Ermessensnichtgebrauchs“, Folge => schlichte Rechtswidrigkeit. • Keine Heilbarkeit dieses materiellen Fehlers; insbesondere sind die nachträglichen Ermessenerwägungen im Klageverfahren keine „Ergänzung“ i.S.d. § 114 S. 2 VwGO.
4. Ergebnis	Mitnahmeverbot ist nach summarischer Prüfung offensichtlich rechtswidrig; die Anfechtungsklage wird Erfolg haben. Nach der Interessenabwägung überwiegt damit das Aufschubinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse. Da die AsV nicht nur formell, sondern auch materiell fehlerhaft ist, wird das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.
Aufgabe 2: (Tenor des Beschlusses des Verwaltungsgerichts)	
1.	Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 26. 01. 2009 gegen das Verbot vom 12. 01. 2009, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. 01. 2009, wird wiederhergestellt.
2.	Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.
3.	(Der Wert des Streitgegenstandes wird aufEuro festgesetzt)

Ausführliche Lösungsskizze

Lösungshinweise zu Aufgabe 1 (Erfolgsaussichten des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz)

A: Zulässigkeit des Antrags des L auf vorläufigen Rechtsschutz

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Für das vorläufige Rechtsschutzverfahren ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn dieser auch im Hauptsacheverfahren eröffnet ist.

Mangels auf- bzw. abdrängender Sonderzuweisungen richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in der Hauptsache eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt.

Nach der sog. modifizierten Subjektstheorie¹ handelt es sich dann um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn sich die Beurteilung des Rechtsstreits nach solchen Vorschriften richtet, die ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt (bzw. dessen Behörde als Handlungsorgan) zum Handeln berechtigen oder verpflichten.

Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren ist das vom Bürgermeister ausgesprochene Verbot hinsichtlich der Mitnahme des Hundes auf städtische Spielplätze. Die hierfür in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage (§§ 13, 16 SOG M-V)² berechtigt zum Handeln ausdrücklich die Ordnungsbehörden oder die Polizei. Ordnungsbehörden nehmen öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit für den (jeweiligen) Hoheitsträger wahr; die Polizei handelt durch die zuständige Polizeidirektion (als untere Landesbehörde) für den hinter ihr stehenden Hoheitsträger (das jeweilige Bundesland).

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt damit vor.

Diese Streitigkeit wäre nur dann verfassungsrechtlicher Art, wenn Rechtsbeziehungen zwischen Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben beteiligten Organen im Streit sind und über die Auslegung und Anwendung von verfassungsrechtlicher Rechten, Pflichten oder Kompetenzen gestritten wird³. Im vorliegenden Fall ist bereits auf einer Seite des Streits der Bürger L beteiligt, so dass hier eine verfassungsrechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I VwGO auszuschließen ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthaftigkeit des Antrags

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

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist nur statthaft⁴, 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

1 Vgl. zur modifizierten Subjektstheorie statt vieler: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 3, Rdn. 17 ff.; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, (Kommentar), 15. Aufl., 2007, § 40, Rdn. 11 m.w.N.

2 Synopse: Vgl. die ordnungsrechtlichen „Generalklauseln“ in den anderen Bundesländern: BaWü: §§ 1 I, 3 PolG; Bay: Art. 7 II LStVG; Berl: § 17 I ASOG; Brand: § 13 I OBG; Brem: § 10 I PolG; Hamb: § 3 ISOG; Hess: § 11 SOG; Nds: § 11 GefAG; NRW: § 14 I OBG; RhLPfl: § 9 I POG; Saar: § 8 I PolG; Sachs: § 3 I PolG; SachAnh: §§ 13, 11 SOG; SchlHolst: § 174 LVwG; Thür: § 5 I OBG.

3 Zu den Anforderungen an das Vorliegen einer „Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art“, insbes. zur Frage der Erforderlichkeit einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit siehe bei Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2008, Rdn. 98 ff. m.w.N.

4 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.

5 Vgl. statt vieler Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 130.

werden kann⁵.

Mit seiner am 26. 01. 2009 erhobenen Klage vor dem Verwaltungsgericht wendet sich L gegen die Zurückweisungsentscheidung der Widerspruchsbehörde, soweit diese sich auf das angefochtene „Mitnahmeverbot“ bezieht⁶. Dieses Mitnahmeverbot stellt einen belastenden Verwaltungsakt in Form einer befehlenden Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG M-V dar, der von der Widerspruchsbehörde für sofort vollziehbar erklärt wurde. Im Hauptsacheverfahren ist gegen diesen Verwaltungsakt (*in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, vgl. § 79 I Nr. 1 VwGO*) eine Anfechtungsklage die statthafte Klageart.

Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ist somit ein Antrag nach § 80 V 1, 2. Alt. VwGO gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft.

III. 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 mithin 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 anzuwenden⁷. Wenn der Antragsteller Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist, unterliegt seine Antragsbefugnis nach der „Adressatentheorie“ regelmäßig keinen Bedenken⁸, da er als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes geltend machen kann, (*zumindest*) in seinem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt zu sein. L ist Adressat des ihn belastenden „Mitnahmeverbotes“ und damit antragsbefugt.

IV. 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 zumutbarer Weise allein durch den Hauptsacherechtsbehelf erreichen kann⁹. Umstritten ist, ob das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nur dann zu bejahen ist, wenn der Antragsteller zumindest zeitgleich **Anfechtungswiderspruch bzw. Anfechtungsklage erhoben** hat¹⁰. Nach der wohl herrschenden Meinung, die auf den Wortlaut des § 80 V 2 VwGO und seine Deutungsmöglichkeiten abstellt, setzt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nicht voraus, dass der Antragsteller bereits einen Rechtsbehelf in der Hauptsache (*also Anfechtungswiderspruch oder Anfechtungsklage*) erhoben hat¹¹. Folgt man der Ansicht, so ist dennoch zu beachten, dass die Frist für den Rechtsbehelf in der Hauptsache noch nicht abgelaufen sein darf, denn sonst würde ja der vorläufige Rechtsschutz etwas gewähren, was infolge der Verfristung im Hauptsacheverfahren gar nicht mehr möglich ist. Die Einlegung des Widerspruchs muss also noch möglich sein. Nach **anderer Ansicht** 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*) aus¹².

Im vorliegenden Fall kann diese Streitfrage dahinstehen, da L zeitgleich mit der Stellung seines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz in der Hauptsache eine Anfechtungsklage eingelegt hat.

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis wäre nach beiden oben dargestellten Theorien allerdings zu verneinen, wenn die von L eingelegte Anfechtungsklage **offensichtlich unzulässig** wäre. Ist also der Verwaltungsakt bereits formell bestandskräftig geworden (*insbesondere bei Verfristung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage*), so fehlt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis¹³. Im Fall ist somit zu prüfen, ob die Klagefrist für die im Hauptsacheverfahren eingelegte Anfechtungsklage eingehalten wurde. Die Anfechtungsklage ist gem. § 74 I 1 VwGO

grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides zu erheben. Aus dem Sachverhalt folgt, dass der Widerspruchsbescheid mit einer fehlerfreien Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde; insoweit bleibt es bei der Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO. Bekanntgabezeitpunkt war der 23. 01. 2009. Die Bekanntgabe erfolgte ordnungsgemäß mit Postzustellungsurkunde gem. §§ 73 III 1, 2 VwGO, 3 I VwZG. Fristbeginn war der 24. 01. 2009 (*gem. §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB*). Das Fristende fällt auf den 23. 02. 2009 (*gem. §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 188 II BGB*). Die bereits am 27. 01. 2009 beim zuständigen Verwaltungsgericht Schwerin eingegangene Anfechtungsklage des L war damit fristgerecht.

Auch wurde vor Klageerhebung das im Fall gem. § 68 I 1 VwGO erforderliche Vorverfahren durchgeführt. Eine offensichtliche Unzulässigkeit der Klage ist damit auszuschließen.

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.

Die Anfechtungsklage des L gegen das „Mitnahmeverbot“ entfaltet aufgrund der im Widerspruchsbescheid durch den Landrat getroffenen Anordnung der sofortigen Vollziehung i.S.d. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung.

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für das vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 80 V VwGO ist damit zu bejahen.

V. Ordnungsgemäße Antragstellung

Nach § 81 I VwGO analog ist der Antrag schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts zu stellen. Gem. § 82 VwGO analog müssen in dem Antrag Antragsteller, Antragsgegner sowie der Gegenstand des Begehrens aufgeführt werden. An der Beachtung dieser Anforderungen bestehen keinerlei Bedenken, zumal im Sachverhalt von einer formgerechten Antragstellung die Rede ist.

VI. Eine Antragsfrist ist – abgesehen von einigen spezialgesetzlichen Ausnahmen¹⁴ – **nicht** einzuhalten. Der Antrag nach § 80 V VwGO kann demnach eingelegt werden, solange der Widerspruch oder die Anfechtungsklage anhängig sind.

VII. Richtiger Antragsgegner

Der richtige Antragsgegner bestimmt sich nach § 78 IV VwGO analog.

6 Nicht Streitgegenstand ist somit die im Ausgangsbescheid vom Bürgermeister ausgesprochene Zwangsgeldandrohung.

7 Vgl. nur BVerwG NVwZ 1994, 1000 (1001).

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

9 Damit ist also ein Rechtsschutzinteresse zu verneinen, wenn der Antragsteller den selben 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. 1), § 80, Rdn. 139.

10 Ausführlich zum Sach- und Streitstand Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 139; Schmidt (Fn. 3), Rdn. 945 ff.

11 Vgl. statt vieler Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 139; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 2007, Rdn. 992.

12 So etwa Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), Loseblatt, Stand: Sept. 2007, § 80, Rdn. 134; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl., 2005, § 57, Rdn. 18; Proppe, Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V VwGO, JA, 324; grundlegend auch OVG Münster DVBl 1996, 115.

13 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. hierzu insbes. BVerwG DVBl 1993, 256 (258).

14 Vgl. etwa die einwöchige Frist in § 36 III 1 AsylVfG. Weitere Besonderheiten bestehen im Fachplanungsrecht (etwa § 17 VI 2 FStG, 1 Monat bei Planfeststellungsbeschlüssen und Plangenehmigungen). Zur Vertiefung siehe bei Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 57, Rdn. 17 f.

Wegen der speziellen landesrechtlichen Regelung in M-V ist auf § 78 I Nr. 2 VwGO abzustellen¹⁵. 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 (*jedenfalls wenn es sich nicht um eine isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides i.S.d. § 79 I Nr. 2, II 1 VwGO handelt*). Begründet wird diese Auffassung damit, dass ein Auseinanderfallen von Antragsgegner und Klagegegner in der Hauptsache vermieden werden soll¹⁶.

Nach dieser Ansicht ist damit der Bürgermeister der Stadt Güstrow richtiger Antragsgegner, obwohl im Fall der Landrat als Widerspruchsbehörde die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Antragsteller L ist nach § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO, der Bürgermeister der Stadt Güstrow gem. § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AGSG M-V beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit für L folgt aus § 62 I VwGO und für den Bürgermeister aus § 62 III VwGO.

B: Begründetheit eines Antrages nach § 80 V VwGO

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nach § 80 V 1, 2. Alt. VwGO ist begründet, soweit die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell fehlerhaft ist oder eine Interessenabwägung ergibt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt¹⁷.

I. Formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständigkeit für die Anordnung einer sofortigen Vollziehung

Die Zuständigkeit für die Anordnung einer sofortigen Vollziehung ergibt sich aus § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Danach ist sowohl die Ausgangsbehörde als auch die Widerspruchsbehörde für die Anordnung zuständig und zwar in jedem Stadium des verwaltungsbehördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens¹⁸.

Da im Fall die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom Landrat des Kreises Güstrow im Widerspruchsbescheid erlassen wurde, ist zu prüfen ist, ob der Landrat im Fall die zuständige Widerspruchsbehörde ist. Gem. § 73 I 2 Nr. 1 VwGO ist die Widerspruchsbehörde grundsätzlich die nächsthöhere Behörde, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist oder die in § 73 I 2 Nr. 2 oder Nr. 3 VwGO genannten Fälle einschlägig sind. Im vorliegenden Fall wurde die Ordnungsverfügung als Maßnahme im übertragenen Wirkungskreis vom Bürgermeister der kreisangehörigen Stadt Güstrow erlassen (*siehe § 1 IV SOG M-V*). Die nächsthöhere (*Fachaufsichts-*) Behörde ist gem. § 86 I KV M-V der Landrat des Landkreises Güstrow. Spezialgesetzliche Regelungen sowie die Fälle des § 73 I 2 Nr. 2, Nr. 3 VwGO sind nicht einschlägig. Somit ist der Landrat des Kreises Güstrow in diesem Fall zuständige Widerspruchsbehörde und damit auch für die im Widerspruchsbescheid angeordnete sofortige Vollziehung zuständig.

2. Einhaltung der Verfahrensvorschriften

Hinsichtlich des Verfahrens ist zu beachten, dass es nach ganz h. M.¹⁹ einer gesonderten Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG M-V²⁰ vor Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht bedarf, da diese keinen selbstständigen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG M-V²¹ 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 werden²².

Auch eine analoge Anwendung des § 28 I VwVfG M-V wird von der h. M. abgelehnt, da keine Regelungslücke bestehe²³.

3. Begründung des besonderen Vollzugsinteresses gem. § 80 III 1 VwGO

3.1 Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung

Aus § 80 III VwGO folgt, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen ist, es sei denn, es liegt eine ausdrücklich als solche bezeichnete sog. Notstandsmaßnahme i.S.d. § 80 III 2 VwGO²⁴ vor, was im Fall nicht zu bejahen ist.

Nach dem Gesetzeswortlaut in § 80 III 1 VwGO ist von der Behörde „das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts“ zu begründen. Nach dieser gesetzlichen Formulierung wird allgemein gefolgert, dass ein solches „besonderes“ Vollzugsinteresse über jenes allgemeine Interesse hinausgehen muss, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt²⁵. Über den erforderlichen Inhalt einer solchen Begründung gibt das Gesetz allerdings keine weiteren Aufschlüsse-

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

16 So insbes. die neuere OVG-Rechtsprechung etwa SächsOVG NVwZ-RR 2002, 74; weiterhin Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 140; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/Albedyll, VwGO, 3. Aufl., 2005, § 80, Rdn. 75; Schenke (Fn. 11), 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, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., 2008, § 32, Rdn. 37; OVG NW NJW 1995, 2241.

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

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

19 Vgl. nur bei Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 82 m.w.N.

20 Vgl. entsprechend § 87 I LVwG S-H.

21 Vgl. entsprechend §§ 106 I LVwG S-H

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

23 Siehe hierzu ebenfalls OVG Berlin NVwZ 1993, 198 sowie die Ausführungen bei Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 82.

24 Nach der Ausnahmeregelung in § 80 III 2 VwGO bedarf es keiner besonderen Begründung, 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). Auf die ausdrückliche Bezeichnung darf in diesen Fällen (bereits nach dem zwingenden Gesetzeswortlaut) nicht verzichtet werden.

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

se. Dennoch lassen sich die Anforderungen an die vorgeschriebene Begründung bestimmen, wenn man auf den Zweck der Begründungspflicht abstellt, der zunächst darin besteht, Behörde dazu zu zwingen, sich des Ausnahmecharakters der Anordnung der sofortigen Vollziehung bewusst zu werden (sog. „Warnfunktion“). Weiterhin soll die Begründung dem Betroffenen Aufschluss darüber geben, welche Überlegungen die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung veranlasst haben (sog. „Informationsfunktion“) und schließlich soll sie auch dem Verwaltungsgericht eine Nachprüfung der behördlichen Erwägungen ermöglichen (sog. „Kontrollfunktion“)²⁶.

Die jeweilige 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 des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO oder etwa den Gesetzestext der den angefochtenen Verwaltungsakt begründenden Ermächtigungsgrundlage zu wiederholen. Die Behörde muss insoweit konkret darlegen, warum gerade im zu entscheidenden Fall die jeweilige Vollziehungsanordnung sofort erforderlich ist²⁷. Grundsätzlich unzulänglich sind bei der Begründung stereotype, formelhafte und daher nichtssagende Formulierungen²⁸.

Fraglich ist, ob die im vorliegenden Fall gegebene Begründung des Landrats den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO gerecht wird. Zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führt der Landrat im Widerspruchsbescheid lediglich aus, die nachträgliche Vollziehungsanordnung sei unerlässlich, um die gesetzlichen Voraussetzungen für eine zwangsweise Durchsetzung des Verbotes zu erfüllen.

Eine solche lapidare Begründung genügt den oben dargestellten Anforderungen jedoch in keiner Weise, zumal sie auf jeden vollzugsfähigen Grundverwaltungsakt übertragbar scheint. Mangels jeglicher Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall ist die abgegebene Begründung damit unzureichend, selbst wenn man berücksichtigt, dass bei Gefahrenabwehrmaßnahmen ausnahmsweise das Hauptsache- und das Vollzugsinteresse zusammenfallen können²⁹.

3.2 Rechtsfolgen einer fehlerhaften Begründung

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-V³⁰“*) eine Nichtigkeit der Vollziehungsanordnung ausschließen und damit von einer „schlichten Rechtswidrigkeit“ ausgehen müssen³¹. 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-V³² durch Nachholung geheilt und eine unzulängliche Begründung durch ein „Nachschieben von Gründen“ nachgebessert werden³³.

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 werden³⁴. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

3.3 Zwischenergebnis

Im Zwischenergebnis scheidet damit eine Heilbarkeit des Begründungsmangels aus, da dies mit dem Schutzzweck des Begründungsgebotes nicht vereinbar wäre.

Wegen der formell rechtswidrigen Anordnung der sofortigen Vollziehung wird der Antrag insoweit Erfolg haben. 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 sei³⁵.

Nach der wohl überwiegenden 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 kann³⁶. 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, wenngleich 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 aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Insoweit muss das Verwaltungsgericht in den Fällen, in denen es

26 Vgl. nur bei Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 55, Rdn. 39.

27 Zu beachten ist, dass das Verwaltungsgericht hier nur prüft, ob die Begründung i.S.d. § 80 III VwGO „schlüssig“ ist, nicht aber deren materielle Richtigkeit. In formeller Hinsicht ist also nur entscheidend, ob die Vollziehungsanordnung überhaupt mit einzelfallbezogenen Erwägungen begründet worden ist, die über den Wortlaut des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO hinausgehen; vgl. etwa VGH Mannheim NVwZ 1996, 281 (282).

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

29 Zwar reichen die für den Erlass des Verwaltungsakts 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 Grund-Verwaltungsakts hinausgehendes zusätzliches Vollzugsinteresse erforderlich ist. Dann soll die Behörde auf die Begründung des zu vollziehenden Verwaltungsakts Bezug nehmen oder diese Erwägungen wiederholen dürfen. 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 Verwaltungsakts geführt haben, selbst so dringend, dass weitere (zusätzliche) Gründe für die Anordnung der sofortigen Vollziehung gar nicht mehr vorgetragen werden können; vgl. Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 55, Rdn. 38 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

30 Vgl. entsprechend §§ 113 I LVwG S-H.

31 So auch die wohl überwiegende Auffassung in Lit. und Rechtsprech.; vgl. etwa bei Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 87; Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 55, Rdn. 40; Zacharias, Ausgewählte Grundfragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess, JA 2002, 345 (348).

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

33 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. 12), § 55, Rdn. 40.

34 VGH München, Bay VBL 1999, 466; Kopp/Schenke (Fn. 1), § 80, Rdn. 87; Schmidt (Fn. 3), Rdn. 971; Weidemann/Barthel, Die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung, DVP 2003, 165 (167); Zacharias (Fn. 31), 349.

35 Vgl. etwa OVG Magdeburg DÖV 1994, 325; ausführlich zum Meinungsstand siehe Terwiesche (Fn. 28), 465.

36 So auch Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 58, Rdn. 16; Proppe (Fn. 12), 334. Vgl. auch OVG Hamburg, NJW 1978, 2167 sowie VGH Mannheim, VBIBW 1996, 297 (298).

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 werden³⁷.

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 vollziehen³⁸.

*In der Fallbearbeitung bedeutet dies: Gelangt man 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) erfolgen³⁹!*

Da in der Aufgabestellung ausdrücklich vorgegeben wurde, dass im Falle einer formellen Fehlerhaftigkeit der Vollziehungsanordnung weiterhin eine Interessenabwägung zu erfolgen hat, ist die weitere materielle Prüfung hier unerlässlich.

II. Materielle Prüfung (Interessenabwägung zwischen Suspendierungsinteresse und Vollzugsinteresse)

In materieller Hinsicht findet im Rahmen der Entscheidung nach § 80 V VwGO eine Interessenabwägung statt. Dabei ist der Antrag begründet, wenn sich in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO bei summarischer Prüfung⁴⁰ herausstellt, dass der angegriffene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist und der Rechtsbehelf in der Hauptsache damit Erfolg haben wird.

1. Formell-gesetzliche EGL für die Hauptsacheentscheidung (Verbot der Mitnahme des Hundes auf städtische Spielplätze)

Nach dem aus Art. 20 III, 1 III GG abzuleitenden Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips (§ 12 II SOG M-V) kommt allein die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel des SOG M-V (§§ 13, 16 SOG M-V)⁴¹ in Betracht.

Hier ist zu beachten, dass die auf §§ 13, 17 SOG M-V beruhende HundhVO M-V mit Ausnahme von § 4 V keine Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass eines Verwaltungsaktes enthält. Ein Fall des § 4 V SOG M-V liegt nicht vor, da dem L vom Bürgermeister weder das Halten noch das Führen des Hundes verboten wurde. In § 3 I HundehVO M-V findet sich lediglich ein Verbot ohne VA-Befugnis. §§ 1 III und 3 III HundehVO M-V sind nicht einschlägig und beinhalten überdies ebenso keinerlei VA-Befugnis, so dass hier auf die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel (§§ 13, 16 SOG M-V) zurückgegriffen werden muss.

2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Mitführungsverbots

2.1 Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Güstrow

Die sachliche Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Güstrow für das ausgesprochene Verbot folgt aus §§ 4 I, 1 I SOG M-V, wonach alle Ordnungsbehörden i.S.d. § 3 I SOG M-V (*dazu zählen auch die Bürgermeister*) zur Gefahrenabwehr sachlich zuständig sind. Instanziell zuständig sind nach §§ 4 II, 3 I Nr. 3 SOG M-V sind in den amtsfreien, kreisangehörigen Gemeinden die Bürgermeister als „örtliche Ordnungsbehörden“. Die örtliche Zuständigkeit des Bürgermeisters der

Stadt Güstrow beruht auf § 5 I SOG M-V („Bezirksprinzip“).

2.2 Beachtung der Verfahrensvorschriften

Die gem. § 28 I VwVfG M-V⁴² (*grundsätzlich*) erforderliche Anhörung ist im Fall am 09. 01. 2009 anlässlich des Telefongesprächs mit dem Sachbearbeiter erfolgt.

2.3 Beachtung der Formvorschriften

Hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften (§ 37 II, III VwVfG M-V)⁴³ bestehen im Fall keine Bedenken. Auch wurde das Verbot gem. 39 I VwVfG M-V⁴⁴ begründet.

3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Mitführungsverbots

3.1 Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

3.1.1 Die Schutzgüter der §§ 13, 16 SOG M-V

Zunächst muss das Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ (*bzw. subsidiär die „öffentliche Ordnung“*) betroffen sein. Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit sind die geschriebene (*objektive*) Rechtsordnung (*insbes. Ge- und Verbote des Straf- und OWi-Rechts*), die Individualrechtsgüter, die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen und der Einrichtungen der sonstigen Hoheitsträger sowie die kollektiven Rechtsgüter⁴⁵.

a) Die geschriebene (*objektive*) Rechtsordnung als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit

Der Hund der Rasse American Pitbull Terrier ist nach der Vermutungsregel des § 2 III Nr. 1 der HundehVO M-V ein gefährlicher Hund i.S.d. Verordnung. Die Mitnahme eines gefährlichen Hundes auf Kinderspielplätze verstößt gegen § 3 I HundehVO M-V und damit gegen die geschriebene Rechtsordnung i.S.d. der öffentlichen Sicherheit.

b) Der Schutz der Individualrechtsgüter als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit

Zu den Individualrechtsgütern zählen das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Fortbewegung, Ehre, Eigentum und Vermögen. Durch das regelmäßige Urinieren des Hundes auf Kinderspielplätzen ist die Gesundheit der dort spielenden Kinder als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit tangiert.

3.1.2 Vorliegen einer „Gefahr“ bzw. „Störung“

Für die geschützten Rechtsgüter müsste eine Gefahr oder eine

37 Vgl. nur VGH Mannheim (Leitsatz), NVwZ 1987, 426 sowie bei Pietzner/Ronellenfisch (Fn. 12), § 58, Rdn. 17.

38 Zur Begründung siehe nur OVG Münster, NWVB 1994, 424 (426) sowie Brühl (Fn. 28), 725 m.w.N.

39 So auch bei Schmidt (Fn. 3), Rdn. 970 sowie Proppe (Fn. 12), 334 f.

40 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). 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.

41 Vgl. die synoptische Zusammenstellung der ordnungsrechtlichen „Generalklauseln“ in den anderen Bundesländern in Fn. 2.

42 Vgl. entsprechend § 87 I LVwG S-H.

43 Vgl. entsprechend § 108 II, III LVwG S-H.

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

45 Vgl. statt vieler Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2003, Rdn. 78 f.

Störung zu bejahen sein. Eine „Gefahr“ i.S.d. Polizei- und Ordnungsrechts ist ein Zustand, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung, bei ungehindertem Ablauf des Geschehens in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem nicht unerheblichen Schaden an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung führt⁴⁶ (vgl. insbesondere § 3 III Nr. 1 SOG M-V zur „im einzelnen Falle bevorstehenden Gefahr“).

§ 16 I Nr. 1 SOG M-V enthält den Begriff der **Störung**. Eine „Störung“ charakterisiert einen Zustand, in dem der Schaden nicht mehr bevorsteht, sondern bereits eingetreten ist (sog. „verwirklichte“ Gefahr). Da aber das Recht der Gefahrenabwehr zukünftige Schädigungen (durch **präventives Einschreiten**) verhindern will, ist eine solche Störung im Gefahrenabwehrrecht **nur dann** relevant, wenn sie noch in die Zukunft wirkt und weitere Schäden befürchten lässt, etwa bei den „Dauerdelikten“⁴⁷.

Da im Fall verschiedene Rechtsgüter betroffen sind, ist eine differenzierte Prüfung erforderlich. Durch den Verstoß gegen das in § 3 I HundehVO M-V normierte Verbot ist bereits gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen worden. Damit ist ein **Schaden** an diesem Rechtsgut (geschriebene Rechtsordnung öffentliche Sicherheit) bereits eingetreten. Auch besteht im Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit von weiteren Verstößen gegen § 3 I der HundehVO M-V und damit von weiteren Beeinträchtigungen der durch §§ 13, 16 SOG M-V geschützten Rechtsordnung. Insoweit handelt es sich daher um eine **Störung** i.S.d. § 16 I Nr. 1 SOG M-V.

Hinsichtlich des Rechtsguts Gesundheit der Kinder ist eine Gefahr i.S.d. § 3 III Nr. 1 SOG M-V zu bejahen.

3.1.3 Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Adressaten (§§ 68 ff. SOG M-V)⁴⁸

L müsste auch ordnungsrechtlich verantwortlich sein. Hinsichtlich des Verstoßes gegen die geschriebene Rechtsordnung ist eine Verhaltensverantwortlichkeit des L i.S.d. § 69 I SOG M-V zu bejahen. Hinsichtlich der Gesundheitsgefahren ist er als Eigentümer des Hundes gem. § 70 I SOG M-V Zustandsverantwortlicher.

3.2 Rechtsfolgende Seite der Ermächtigungsgrundlage

§ 14 SOG M-V eröffnet Entschließungs- u. Auswahlmessen, das pflichtgemäß (fehlerfrei) auszuüben ist.

Die „Generalklausel“ des SOG M-V (§§ 13, 16) ist eine Ermessensnorm. Daran ändert sich auch nichts, wenn im Rahmen des Tatbestandes hinsichtlich des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit auf die Verbotsnorm in § 3 I HundehVO M-V abgestellt wird. Insoweit hatte Sachbearbeiter Fux Entschließungs- und Auswahlmessen ordnungsgemäß auszuüben (§§ 40 VwVfG M-V, 14 SOG M-V).

Indem der Sachbearbeiter bei der Begründung im Ausgangsbescheid ausführt, er habe „angesichts der zwingenden Vorgaben des Ordnungsgebers in § 3 I HundehVO M-V keine andere Möglichkeit, als das Verbot auszusprechen“, muss zwingend gefolgert werden, dass er diesen Ermessenspielraum nicht erkannt und damit auch nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat. Damit ist ein sog. „**Ermessensnichtgebrauch**“ (auch „**Ermessensausfall**“ oder teilweise auch „**Ermessensunterschreitung**“ genannt) festzustellen. Dieser materielle Fehler führt zur schlichten Rechtswidrigkeit und somit zur Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts.

Fraglich ist, ob dieser Fehler nachträglich „geheilt“ werden kann, zumal die Ausgangsbehörde im Schriftsatz vom 02. 02. 2009 Ermessenserwägungen angestellt hat.

In Rechtsprechung und Literatur ist ein „Nachschieben von Ermessenserwägungen“ mit heilender Wirkung im Widerspruchsverfahren durch die Widerspruchsbehörde anerkannt, wenn dadurch im Ergebnis inhaltlich keine andere Entscheidung getroffen wird⁴⁹.

Im Fall allerdings wurden die im Ausgangsbescheid unterlassenen Ermessenserwägungen vom Bürgermeister im Klageverfahren nachgeschoben. Im Verwaltungsprozess gelten für ein „Nachschieben von Gründen“ weitaus strengere Maßstäbe. Soweit es um Ermessenserwägungen geht, wird der zulässige Rahmen durch § 114 S. 2 VwGO bestimmt. Nach dieser Vorschrift kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Bereits im Hinblick auf den Wortlaut des § 114 S. 2 VwGO („ergänzen“) werden damit nicht die Fälle eines Ermessensnichtgebrauchs erfasst. Insoweit ist es unzulässig, Ermessenserwägungen erstmals im Verwaltungsprozess anzustellen, weil die Behörde sich zunächst irrtümlich für gebunden gehalten hat⁵⁰. Dies aber hat der Bürgermeister in seinem Schriftsatz vom 02. 02. 2009 –trotz der verwendeten Formulierung „ergänzen“- getan. Um ein zulässiges Ergänzen von Ermessenserwägungen i.S.d. § 114 S. 2 VwGO handelt es sich also nicht. Damit scheidet eine „Heilbarkeit“ des festgestellten Ermessensnichtgebrauchs aus.

4. Ergebnis

Nach summarischer Prüfung ist somit festzustellen, dass der angegriffene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist und der Rechtsbehelf in der Hauptsache damit Erfolg haben wird. Die Interessenabwägung ergibt in diesem Fall, dass das Aufschubinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

Da die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht nur formell, sondern auch materiell fehlerhaft ist, wird das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Lösungshinweise zu Aufgabe 2 (Tenor des Beschlusses des Verwaltungsgerichts)

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 26. 01. 2009 gegen das Verbot vom 12. 01. 2009, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. 01. 2009, wird wiederhergestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.
3. (Der Wert des Streitgegenstandes wird aufEuro festgesetzt.)

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

47 Siehe nur die Darstellung (mit Beispiel) bei Möller/Wilhelm (Fn. 45), Rdn. 11.

48 **Synopse:** Vgl. die Vorschriften über die Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit in den anderen Bundesländern: BaWü: §§ 6, 7 PolG; Bay: Art. 9 I, II LStVG; Berl: §§ 13, 14 ASOG; Brand: §§ 16, 17 OBG; Brem: §§ 5, 6 PolG; Hamb: §§ 8, 9 SOG; Hess: §§ 6, 7 SOG; Nds: §§ 6, 7 GefAG; NRW: §§ 17, 18 OBG; RhLPf: §§ 4, 5 POG; Saar: §§ 4, 5 PolG; Sachs: §§ 4, 5 PolG; SachAnh: §§ 7, 8 SOG; SchlHolst: §§ 218, 219 LVwG; Thür: §§ 7, 8 PAG.

49 Die Widerspruchsbehörde darf (als „Reparaturbetrieb“) Ermessensgründe ergänzen und bei Ermessensnichtgebrauch erstmals die notwendigen Ermessenserwägungen anstellen. Voraussetzung ist aber, dass die Widerspruchsbehörde die Entscheidung der Ausgangsbehörde im Ergebnis halten kann. Die Widerspruchsbehörde gibt dann mit der passenden fehlerfreien Begründung dem Ausgangsverwaltungsakt eine neue, endgültige Gestalt. Diese Befugnis hat die Widerspruchsbehörde auf Grund ihrer umfassenden Sachherrschaft, Entscheidungs- und Kontrollkompetenz. Durch diese, der Verfahrensökonomie dienenden Heilungsmöglichkeit wird ein neues, selbstständiges Verwaltungsverfahren überflüssig („Reparatur geht vor Kassation“). Zur Vertiefung sei der Artikel von Heilmann, Die Prüfung von Ermessensentscheidungen im Widerspruchsverfahren, DVP 1994, 403 ff. empfohlen.

50 So auch ausdrücklich bei Schmidt (Fn. 3), Rdn. 744 unter Hinweis auf OVG Bautzen, LKV 1998, 280 und Bader, Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ 1999, 120 (122); vgl. ferner Kopp/Schenke (Fn. 1), § 114, Rdn. 50 m.w.N. Dem Anwendungsbereich des § 114 S. 2 VwGO unterliegen damit nur diejenigen Fälle, in denen bei Ermessensverwaltungsakten unvollständige Ermessenserwägungen ergänzt werden.

Fallbearbeitung aus dem öffentlichen Baurecht – **Schwerpunkte: Bauplanungsrecht (§§ 29 ff BauGB) sowie Baugenehmigung** –

A. Vorbemerkungen – Hinweise zu den Schwerpunkten des Falles und Vorschläge zur Fallbearbeitung

I. Schwerpunkte des Falles

Die vorliegende Fallbearbeitung hat eine Reihe ganz unterschiedlicher Schwerpunkte.

Es sind dies u.a. aus dem formellen Bauordnungsrecht

- die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 61 LBauO einschließlich der in diesem Zusammenhang notwendigerweise anzuwendenden Begriffe des Bauordnungsrechts nach § 2 LBauO wie z.B. bauliche Anlage und Gebäude, die fast in jeder Klausur in irgend einer Form zum Tragen kommen sowie
- die Berührungspunkte des Baurechts mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften – hier: dem Landesnaturschutzrecht.

Selbstverständlich sind auch bei dieser Fallbearbeitung, bei der es um die Verwirklichung von Bauvorhaben geht, auch Fragen des materiellen Bauplanungsrechtes zu lösen. Es sind die hier in erster Linie

- die Problematik der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit (§§ 29 ff BauGB und hier insbesondere die §§ 34 und 35 BauGB) sowie
- die BauNVO in Zusammenhang mit § 34 Abs.2 BauGB.

Da die Lösung des Sachverhaltes bzgl. des Bauordnungsrechts von der Rechtslage in Rheinland-Pfalz ausgeht werden in den Fußnoten die entsprechenden rheinland-pfälzischen Regelungen wörtlich zitiert.

II. Vorschläge zur Arbeit mit dem Fall

Damit die Leserinnen und die Leser möglichst viel aus dem Studium dieser Fallbearbeitung lernen können werden in diesem Beitrag die Aufgaben nicht nur Klausur mäßig gelöst, sondern es werden darüber hinaus weiterführende Anmerkungen gegeben. Dahinter steckt die Überlegung, dass man eine Fallbearbeitung unter sicher verschiedenen Aspekten angehen kann.

- Zum einen sieht man darin eine **Möglichkeit des Übens** und zwar dahingehend, dass man eine **eigene Falllösung erarbeitet**. Dies kann dahingehend geschehen, dass man zu mindest eine stichwortartige Lösung (Darstellung der entsprechenden Voraussetzungen/Tatbestandsmerkmale etc. sowie kurze Subsumtion) vor nimmt und diese dann mit der hier vorgeschlagenen Lösung vergleicht. Aus Übungszwecken sollte man meines Erachtens dabei aber einige Teile des Falles doch Klausur mäßig ausformulieren. Auf Grund der langjährigen Erfahrung muss man nämlich immer wieder die Studentinnen und Studenten darauf hinweisen, dass eine Übung nur dann ihren wirklichen Sinn haben wird, wenn das zu Übende auch ganz vorgenommen wird. So kann man z.B. ein Zeitgefühl – dieses ist für die Prüfung von großer Wichtigkeit – nur dadurch entwickeln, wenn man die gesamte Lösung des Falles ausformuliert.

Da der Übungsfall schon einmal als Klausur geschrieben worden ist kann in entsprechenden Anmerkungen auf „gängige Fehler“ und Probleme bei der Lösung dieses Sachverhaltes hingewiesen werden.

- Zum anderen ist es sicher ab und zu auch sinnvoll an Hand eines Falles die behandelten **Stoffgebiete Fall bezogen** erst einmal **intensiv zu erarbeiten**.

Dabei sollte man sich aber immer wieder vergewissern, dass den Stoff Lernen die eine Seite ist, die grundsätzlich am Anfang stehen muss und dass das Üben die andere notwendige Seite ist, auf die man aber keinesfalls verzichten darf. Kurz gesagt: Den Stoff nur Lernen ohne ihn einzuüben bringt zu wenig. Aber umgekehrt gilt auch sicher: Ohne den Stoff gelernt zu haben kann er nicht eingeübt werden, d.h. man kann dann keine zufriedenstellende Fallbearbeitung vornehmen.

Die Studentinnen und Studenten sollten nicht nur nach ihren Vorlesungsunterlagen lernen, sondern sollten sich auch „überwinden“ öfters in das eine oder andere Lehrbuch zu schauen. Insbesondere das vergleichende Studium eines schwierigeren Stoffes in Lehrbüchern führt immer wieder zu positiven „Aha-Effekten“.

- Studentinnen und Studenten können eine Fallbearbeitung auch zum Anlass nehmen, **Stoffgebiete, die nur tangiert werden** aber für die Lösung direkt nicht von Bedeutung sind zu **wiederholen bzw. zu erarbeiten**. Man kann also „um das Problem/den Fall herum“ den Stoff gründlich erarbeiten. Aus diesem Grunde werden in sog. Exkursen, die auch besonders gekennzeichnet sind, solche Probleme besprochen und weiterführende Hinweise gegeben.
- Die Fallbearbeitung soll und kann zum Anlass genommen werden, besondere **Einzelprobleme der Praxis** vertiefend zu **erörtern**. Aus diesem Grunde werden in sog. vertiefenden Hinweisen, die auch besonders gekennzeichnet werden, solche Problemstellungen besprochen. Dabei sollte man sich bzgl. der Fallbearbeitung gegenwärtigen, dass in der geforderten Lösung die detaillierte Kenntnis einzelner Rechtsprechungsbeispiele zu solchen Einzelproblemen nicht gefordert wird, sondern von den Studentinnen und Studenten „nur“ eine an der Norm orientierte Auslegung erwartet wird.

B. Sachverhalt

Stellen Sie sich vor Sie sind im Rahmen Ihrer Ausbildung der Bauabteilung einer Kreisverwaltung zugeteilt. In dieser Abteilung werden auch die Aufgaben des Bereichs Landespflege und Naturschutz wahrgenommen:

- Von Ihrem Ausbilder erhalten Sie zwei Vorgänge/Akten und zwar
- Bauvoranfrage bezüglich der Errichtung einer neuen Firmenzentrale für einen Getränkegroßhandel.
 - Bitte um ein Beratungsgespräch wegen der Errichtung eines Bienenhauses. Da dieser Fall eine interessante Besonderheit

* Dr. jur. Richard Ley ist Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz.

darstelle schlägt der Ausbilder Ihnen vor, diesen Sachverhalt genau nach seinen Vorgaben durchzuprüfen.

Auf Grund der Akten sowie weiterer eingeholter Informationen ergeben sich folgende Sachverhalte.

I. Neue Firmenzentrale für einen Getränkegroßhandel in der Ortsgemeinde V

A beabsichtigt ein ehemaliges landwirtschaftliches Anwesen in der Ortsmitte der Gemeinde V zu erwerben, um dort seine neue Firmenzentrale zu errichten. Die Gebäude des landwirtschaftlichen Anwesens werden seit einiger Zeit nicht mehr landwirtschaftlich genutzt. Im bisherigen Wohnhaus sollen nach Umbauten u.a. die Büros sowie eine Hausmeisterwohnung untergebracht werden. Andere Teile der ehemaligen landwirtschaftlichen Anlage will A nach Umbau als Lager nutzen. So könnten u.a. in den früheren Scheunen und Nebenanlagen der gesamte Fuhrpark und die Maschinen (z.B. Gabelstapler etc.) des Unternehmens „geparkt“ und gewartet werden. Derzeit besteht der Fuhrpark des A aus mehreren Gabelstaplern sowie vier großen LKWs und drei kleineren Lieferwagen.

Die Bebauung des nördlichen Teils des alten Dorfkerns der Gemeinde V stellt sich wie folgt dar: Etwas mehr als die Hälfte der Gebäude sind Wohnhäuser. Daneben gibt es eine Gärtnerei, ein zahn-technisches Labor, eine Werbeagentur, ein Fahrradgeschäft mit Reparaturwerkstatt sowie einen kleinen Getränkeshop. Weiterhin sind u.a. vorhanden: zwei Gaststätten – eine davon mit Übernachtungsmöglichkeiten, zwei Bäckereien und eine Metzgerei, ein SB-Lebensmittelladen sowie zwei Bank-Filialen. In einer Reihe von Wohnhäusern sind im Erdgeschoss Geschäftsräume eingerichtet wie z.B. ein Reisebüro, eine Apotheke, ein Textilgeschäft mit Reinigungsannahme und ein weiterer Lebensmittelladen. Am Rande des Gebietes liegen eine Tankstelle mit einer Autowaschanlage und KFZ-Werkstatt sowie eine Südfrüchtegroßhandlung.

Die Wirtschaftsförderungsgesellschaft des Landkreises hat zu dem Umsiedlungsprojekt eine sehr positive Stellungnahme abgegeben. In der Bevölkerung sollen aber schon Bedenken geäußert worden sein, dass z.B. neben den Auslieferungsfahrzeugen des A auch durch die großen Anlieferungs-LKWs der Brauereien und Mineralwasserbetriebe zusätzliche Lärmbelastungen für die Anwohner entstehen könnten.

II. Errichtung eines Bienenhauses in der Ortsgemeinde L

Frührentner H betreibt schon seit seiner Jugend die Imkerei. Da er nun noch mehr Zeit hat will er dieses bisherige Hobby zu einem Nebenerwerb ausbauen. Durch den Verkauf seiner Produkte auf Wochenmärkten sowie eventuell über das Internet erhofft er sich ein zusätzliches Einkommen. Als erste Maßnahme will er – neben fahrbaren kleineren Bienenständen – ein weiteres ortsfestes Bienenhaus errichten. In dieser überdachten Anlage (Größe: 5,50 x 2,50 x 2,50m) sollen auf einem Betonfundament einerseits die aus Holz hergestellten Bienenstöcke aufgestellt werden und andererseits sollen in einem separaten Raum Geräte und Teile, die für die Bearbeitung erforderlich sind – wie z.B. Bienenwaben, Honigschleuder sowie Schutzkleidung – untergebracht werden.

Standort für das Bienenhaus soll ein 4.000 m² große Grundstück in der Nachbargemeinde L sein. Das Grundstück liegt ca. 500 m hinter dem Bebauungsplangebiet „Am östlichen Ortsrand“. Zwischen dem letzten bebauten Grundstück dieses Baugebietes und dem Waldesrand gibt es nur Wiesen sowie Rapsfelder. Das Grundstück grenzt in seinem hinteren Bereich an ein größeres Waldgebiet an. Den Standort halten A und seine Imker-Kollegen für äußerst günstig.

Die Bienenstöcke mit den Bienenvölkern sollen dort in erster Linie nur während der Blütezeit aufgestellt werden. Während der anderen Zeit – insbesondere in der kalten Jahreszeit – werden die Bienenvölker an einem anderen Standort sein.

Das Grundstück, auf dem H sein Bienenhaus errichten will, liegt an einem Feldweg. Das geplante Bauvorhaben stelle – so die schriftliche Aussage des staatlichen „Fachzentrums Bienen und Imkerei“ beim Dienstleistungszentrum ländlicher Raum Westerwald-Osteifel, Mayen – keinen Eingriff in Natur und Landschaft dar, denn das Vorhaben des H bewege sich in diesem Landschaftsbereich im Rahmen der zulässigen landwirtschaftlichen Bodennutzung und sei mit den Zielen der Landespflege im Einklang. Des weitern werde sich das Vorhaben hinsichtlich der äußeren Gestaltung gut in die Landschaft integrieren.

C. Aufgaben

- Zur Bauvoranfrage des A für die Firmenzentrale seines neuen Getränkegroßhandels
Prüfen Sie,
a) ob das Vorhaben an der fraglichen Stelle nach der Art bauplanungsrechtlich zulässig ist und
b) ob für die Bauvoranfrage die Ortsgemeinde V zu beteiligen ist?
- Zur Errichtung des Bienenhauses des H
Prüfen Sie, ob das Vorhaben
a) bauplanungsrechtlich zulässig ist und/oder
b) eventuell gegen eine sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift verstößt?
- Darüber hinaus sollen Sie prüfen, ob das Bienenhaus
a) überhaupt einer Baugenehmigung bedarf.
b) Unterstellt, es bedarf keiner Baugenehmigung, prüfen Sie, ob das Vorhaben eventuell nach einem anderen Gesetz genehmigungsbedürftig ist.

D. Lösungshinweise mit weiterführenden Anmerkungen

I. Vorbemerkungen zum Aufbau der Lösung für die Aufgaben 1a) und 2a) – Prüfschema für die §§ 29 ff BauGB –

Die Frage nach der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit ist in Theorie und Praxis von sehr großer Bedeutung, denn sie steht im Mittelpunkt fast jeder Baugenehmigung. Die **bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit** richtet sich **nach den §§ 29 ff BauGB**.

Die mangelnde Qualität der Lösungen in Klausuren hängt sehr oft mit einer fehlenden bzw. fehlerhaften Systematik der Prüfung dieser Bestimmungen zusammen. Deshalb sollen der Falllösung einige Anmerkungen zur Systematik und zum Prüfungsaufbau dieser Bestimmungen vorangestellt werden.

Bei der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit (§§ 29 ff BauGB) sind immer **drei Schritte zu prüfen**, die von einander abhängen.¹

- Kann ein Vorhaben i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB bejaht werden?
- In welchem Planbereich liegt das Vorhaben?
- Ist das Vorhaben in dem entsprechenden Planbereich zulässig?

(1) Wie § 29 Abs. 1 BauGB zeigt, sind die §§ 30–37 BauGB nur dann anwendbar, wenn der **Begriff des Vorhabens** bejaht werden kann. Ein Blick in § 30 Abs. 1–3, § 33 Abs. 1 und 2, § 34 Abs. 1 und 2 sowie § 35 Abs. 1, 2 und 4 BauGB zeigt, dass dort dann auch (logi-

¹ Vgl. dazu das Prüfschema bei Ley/Messer, Grundriss des Baurechts, 2. Auflage Wiesbaden 2006, Abbildung 5/1 (S. 300/301) sowie Ley, Übungsfall aus dem öffentlichen Baurecht, DVP 2003, S. 235.

scherweise) immer der Begriff „Vorhaben“ auftaucht. Deshalb muss eingangs stets § 29 Abs. 1 BauGB geprüft werden.

Von den Studentinnen und Studenten werden sehr oft dabei – da man nicht selten nur problemorientiert lernt – nicht alle Voraussetzungen der gesetzlichen Bestimmung geprüft. Begriffsmerkmale des Vorhabens i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB sind u.a. die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage i.S.d. BauGB.

Falls der Begriff des Vorhabens einmal in einem Fall verneint wird, erübrigt sich eine weitere Prüfung. Auf § 38 BauGB muss jedoch ganz selten in Klausuren eingegangen werden.

(2) Als **zweiter Schritt** ist dann zu erörtern, **in welchem Planbereich** das Vorhaben liegt. Dabei muss man sich immer wieder verdeutlichen, dass sich die **drei bzw. vier Planbereiche**

- der Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes bzw. des sog. qualifizierte Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 2 bzw. § 30 Abs. 1 BauGB),
- der sog. Innenbereich (§ 34 BauGB) und
- der Außenbereich (§ 35 BauGB)

gegenseitig ausschließen, d.h. eine genaue Festlegung des fraglichen Bereiches ist stets notwendig.

Da die drei bzw. vier Bereiche sich gegenseitig ausschließen hat der Gesetzgeber nur drei Bereiche definiert, nämlich die Geltungsbereiche des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 2 i.V.m. § 12 BauGB) und des sog. qualifizierten Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 1 BauGB) sowie den sog. Innenbereich (§ 34 Abs. 1 BauGB)². Ein Vorhaben, das in keinem dieser drei Bereiche liegt, liegt somit im Außenbereich³.

(3) Hat man sich für einen Planbereich entschieden, so richtet sich die **Zulässigkeit** nach der entsprechenden Bestimmung, d.h. für Vorhaben

- im Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes bzw. eines sog. qualifizierten Bebauungsplanes regeln § 30 Abs. 2 bzw. Abs. 1 BauGB die Zulässigkeit,
- im sog. Innenbereich regelt § 34 Abs. 1 eventuell im Zusammenwirken mit § 34 Abs. 2 BauGB die Zulässigkeit⁴ und
- im Außenbereich regeln die Absätze 1 bzw. 2 des § 35 BauGB⁵ die speziellen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Ein Blick in die §§ 30 Abs. 1 und 2, 34 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 BauGB zeigt, dass der Gesetzgeber immer wieder die gleiche Systematik anwendet; nach der Erwähnung bzw. Definition des Bereiches folgt bei diesen Bestimmungen stets die Formulierung „ist ein Vorhaben zulässig, wenn ...“.

(4) Bei Klausuren zu den §§ 29 ff BauGB ist noch zu beachten, dass § 33 BauGB keinen eigenständigen Planbereich, sondern nur eine zusätzliche Zulässigkeitsregelung darstellt. Dies bedeutet, ist ein Vorhaben nach § 30 Abs. 1 und 2, § 34 oder § 35 BauGB zulässig, dann darf und braucht eben § 33 BauGB nicht mehr zugunsten des Bauwilligen angewandt werden. § 33 BauGB ist also auf Vorhaben beschränkt, die nach den genannten Bestimmungen planungsrechtlich nicht zulässig sind⁶.

II. Zu Aufgabe 1a)

(1) Vorhaben i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB?

Die §§ 30 – 37 BauGB sind nur dann anwendbar, wenn sich bei dem Bauvorhaben des A für die Firmenzentrale seines neuen Getränkegroßhandels um ein Vorhaben i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handelt. Dies ist dann gegeben, wenn es sich – wie bereits ausgeführt – um die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage handelt.

(1.1) Anmerkungen zum Begriff der baulichen Anlage i.S.d. BauGB

Während man hinsichtlich der **Maßnahmen**, die **an baulichen Anlagen** vorgenommen werden (Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung) ohne Probleme auf die entsprechenden Begriffe des Bauordnungsrechts bzw. die entsprechenden Rechtssprechungsentscheidungen zu diesen Begriffen zurückgreifen kann ist dies für das Merkmal bauliche Anlage nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des BVerwG⁷ ergeben sich nämlich aus den unterschiedlichen Funktionen des Bauordnungsrecht einerseits und Bauplanungsrechts andererseits auch unterschiedliche Begriffsbestimmungen für bauliche Anlagen. Diese grundsätzliche Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Begriffe führt dazu, dass sie sich zueinander wie sich zwei schneidende Kreise verhalten. Es ist also denkbar, dass der bundesrechtliche Begriff hinter dem landesrechtlichen Begriff zurückbleibt⁸.

Nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung⁹ setzt sich der **Begriff der baulichen Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB** aus zwei Elementen zusammen,

- nämlich „einem verhältnismäßig weiten Begriff des Bauens und
- einem einschränkenden Merkmal (möglicher) bodenrechtlicher Relevanz“.

Dabei wird unter dem weiten Begriff des Bauens „das Schaffen von Anlagen verstanden, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind“. Damit die Anlage auch bodenrechtlich bzw. planungsrechtlich relevant ist bzw. sein kann wird gefordert, dass sie „die in § 1 Abs. 5¹⁰ genannten Belange in einer Weise berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen“. In einer späteren Entscheidung hat das BVerwG hierzu erläutert ausgeführt, dass darauf abzustellen ist, ob städtebauliche Belange durch das Vorhaben berührt werden können¹¹.

(1.2) Bei dem zu lösenden Fall bereitet die **Subsumtion** sicher keinerlei Schwierigkeiten:

Die Umgestaltung und die Umbauten des ehemaligen landwirtschaftlichen Anwesens stellen sich als **Änderung und Nutzungsänderung** dar. A will in dem Gebäudekomplex nicht mehr die frühere Nutzung (Landwirtschaft) betreiben, sondern die verschiedenen Gebäude als Getränkegroßhandel nutzen. Das Vorhaben des A stellt sich somit als Nutzungsänderung der bisherigen Gebäude dar. Die geplanten Umbauten im bisherigen Wohnhaus stellen sich als Änderung dar.

Bereits das ehemalige landwirtschaftliche Anwesen mit seinen verschiedenen Gebäuden entspricht dem **Kriterien des weiten Begriffs des Bauens**, denn hier ist eine bereits bestehende Anlage auf Dauer mit dem Erdboden verbunden werden. Die geplanten Änderungen verfestigen die auf Dauer angelegte Anlage.

2 Vgl. dazu in der Fallbearbeitung die Ausführungen im Abschnitt (2) der Aufgabe 1a).

3 Vgl. dazu in der Fallbearbeitung die Ausführungen bei Aufgabe 2a) – Vorbemerkungen und Abschnitt (2).

4 Vgl. dazu in der Fallbearbeitung die Ausführungen im Abschnitt (3) der Aufgabe 1a).

5 Vgl. dazu in der Fallbearbeitung die Ausführungen bei Aufgabe 2a) – Vorbemerkungen und Abschnitt (3).

6 Vgl. die Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 17.12.1964 – I C 36/64 – BVerwGE 20,127 = DÖV 1965, 457 = DVBl. 1965, 284 = NJW 1965, 549 = BRS 15 Nr. 14.

7 Vgl. dazu das Grundsatzurteil vom 31.8.1973 – IV C 33/71 – BVerwGE 44, 59 = BauR 1973, 366 = BRS 27 Nr. 122 = DVBl. 1974, 236 = DÖV 1974, 200 = BayVBl. 1974, 108.

8 Vgl. hierzu die Fundstellen bei Dürr in: Brügelmann, Baugesetzbuch – Kommentar, Stand: August 2008, § 29 Rdn. 4.

9 BVerwG Urteil vom 31.8.1973 – IV C 33/71 – a.a.O.

10 Jetzt § 1 Abs.6 BauGB

11 Urteil vom 1.11.1974 – IV C/ 13/73 – BauR 1975, 108 = BRS 28 Nr. 89 = DVBl. 1975, 497.

Die **planungsrechtliche Relevanz** kann mit dem Hinweis auf mehrere in § 1 Abs. 6 BauGB aufgeführte Belange bejaht werden. Exemplarisch soll hier auf

- Nr. 1 (allgemeine Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse – durch die vorgetragene eventuell größeren Lärmbelastigungen) sowie
- Nr. 8a (Belange der Wirtschaft/mittelständische Struktur – durch Hinweis auf die positive Stellungnahme der Wirtschaftsförderungsgesellschaft des Landkreises) verwiesen werden.

Zwischenergebnis:

Die Umgestaltung und Umbauten des früheren landwirtschaftlichen Anwesens in den Firmensitz einer Getränkegroßhandlung stellen sich als Nutzungsänderung und Änderung einer baulichen Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB dar und somit sind die §§ 30–37 BauGB anwendbar.

(2) Planbereich

Da es für dieses Gebiet keinen Bebauungsplan gibt scheidet § 30 Abs. 1 und 2 BauGB aus. Nach dem Sachverhalt liegt das ehemalige landwirtschaftliche Anwesen, auf dem A seinen neuen Firmenstandort nehmen will in der Ortsmitte. Der Sachverhalt spricht ja auch noch von „Dorfkern“. D.h. es ist unzweifelhaft innerhalb des im Zusammenhang bebauten Ortsteils der Gemeinde V, so dass § 34 BauGB anzuwenden ist und die Zulässigkeit sich nach § 34 Abs. 1 BauGB richtet.

Anmerkung

Eine ausführliche Subsumtion der beiden Elemente des so genannten Innenbereichs (Bebauungszusammenhang und Ortsteil) ist bei einem solch eindeutigen Sachverhalt nicht angebracht.

Falls man in einer Klausur sich nicht schlüssig ist, ob hier eine Prüfung durchgeführt werden sollte man sich von folgender Überlegung leiten lassen: Bevor man lange grübelt „ob oder ob nicht“ Ausführungen notwendig sind sollte man bei vorhandenem Wissen die Subsumtion schnell durchführen. Oft erfordert dies weniger Zeit als die weiteren Überlegung des „ob oder ob nicht“.

(3) Zulässigkeit nach § 34 Abs. 1 und 2 BauGB

(3.1) Als einziges Kriterium ist hier – auf Grund der einschränkenden Aufgabenstellung – nur zu prüfen, ob sich das Tiefbauunternehmen nach der Art der baulichen Nutzung in die nähere Umgebung einfügt (§ 34 Abs. 1 BauGB).

Hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung ist nach § 34 Abs. 2 Halbs. 1 BauGB – als Spezialvorschrift zu § 34 Abs. 1 BauGB – eventuell die BauNVO anzuwenden, wenn die nähere Umgebung einem Baugebiet der BauNVO entspricht.

Anmerkung

Die Korrektur zeigt – wieder einmal – dass viel Zeit verschwendet wird, wenn man nicht sich genau an die Aufgabenstellung hält. Wertvolle Zeit für die Lösung der anderen Aufgaben wurde dann verschwendet, wenn zu allen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 34 Abs. 1 und eventuell auch noch des Abs. 3 BauGB Ausführungen gemacht wurden.

(3.2) Anmerkungen zur Anwendung des § 34 Abs. 2 BauGB

Absatz 2 verlangt, dass das Vorhaben – allein nach seiner Art – in einem der Eigenart der näheren Umgebung entsprechenden (fiktiven) Baugebiet nach der BauNVO zulässig ist.

Um festzustellen, ob die nähere Umgebung einem Baugebiet der BauNVO entspricht sollte man in zwei Schritten vorgehen.

- Als erstes sollte man die in Frage kommenden Baugebiete ein-

grenzen. Dabei ist der Sachverhalt auf gewisse Formulieren oder Zahlenbeispiele zu untersuchen. Wenn z.B. der Sachverhalt davon spricht, dass es in dem fraglichen Gebiet (= nähere Umgebung i.S.d. § 34 Abs. 2 BauGB) in erster Linie Wohnhäuser gibt so spricht alles für ein Wohngebiet nach §§ 3 oder 4 BauNVO. Mischgebiete oder Gewerbegebiete scheiden dann aus. Wird aber z.B. ausgeführt, dass es noch einige landwirtschaftliche Anwesen in dem Bereich gibt so spricht alles für ein Dorfgebiet i.S.d. § 5 BauNVO.

- In einem zweiten Schritt sollte nach dieser Eingrenzung geprüft werden, in welchen der Baugebiet die einzelnen in der Umgebung vorhandenen Nutzungen auch als zulässig oder ausnahmsweise zulässig möglich sind. Wenn wie im obigen Beispiel eine Eingrenzung auf die beiden Wohngebiete (WR und WA) erfolgt ist muss nun die genaue Zuordnung auf eines der beiden Baugebiete erfolgen. Sind z.B. in der näheren Umgebung neben den Wohnhäusern auch eine Reihe von Anlagen, die nur im WA zulässig sind so scheidet WR aus.

(3.3) Subsumtion

(3.3.1) Welchem Baugebiet entspricht die nähere Umgebung?

Die Umgebungsbebauung könnte hinsichtlich ihrer derzeitigen Bebauung einem **Mischgebiet i.S.d. § 6 BauNVO** entsprechen.

Nicht in Betracht kommen hier:

- Die **Wohngebiete** nach der BauNVO, weil nach dem Sachverhalt die Wohnbebauung nur etwas mehr als die Hälfte der Gebäude darstellt und ansonsten zu viele Anlagen vorhanden sind, die nur ausnahmsweise zulässig sein können oder nicht zulässig sind.
- Ein **Dorfgebiet** nach § 5 BauNVO kann deshalb nicht bejaht werden, da derzeit überhaupt kein einziger landwirtschaftlicher Betrieb mehr vorhanden ist und deshalb *das* mitentscheidende Element für das Dorfgebiet nicht mehr gegeben ist.

Einerseits ist die Bebauung, so wie § 6 Abs. 1 BauNVO das Mischgebiet umschreibt durch Wohngebäude *und* gewerbliche Nutzungen geprägt. Der Sachverhalt spricht davon, dass etwas mehr als die Hälfte der Gebäude Wohngebäude sind und listet dann die anderen Nutzungen einzeln auf. Ein gewisse Ausgewogenheit in der Zahl zwischen Wohnen und Gewerbe ist somit gegeben.

Andererseits sind alle im Sachverhalt angesprochenen vorhandenen Nutzungsarten nach § 6 Abs. 2 BauNVO zulässig, wie z.B.

- Wohngebäude: Nr. 1
- Zahntechnisches Labor und Südfrüchtegroßhandlung: Nr. 4
- Fahrradgeschäft mir Reparaturwerkstatt: Nr. 2 und/oder 4
- Gärtnerei: Nr. 6
- Getränkeshop, Gaststätten mit Übernachtungsmöglichkeiten, Bäckerei, Metzgerei, Lebensmittelladen, Apotheke, Textilgeschäft mit Reinigungsannahme: Nr. 3
- Bank-Filialen, Werbeagentur: Nr. 2
- Tankstelle mit Waschanlage: Nr. 7

Zwischenergebnis:

Da die dargestellte Umgebung

- sowohl mit dem Charakter des Gebietes, wie es in § 6 Abs. 1 BauNVO beschrieben wird übereinstimmt und
 - es derzeit keine Nutzung gibt, die in einem Mischgebiet der BauNVO unzulässig wäre
- entspricht die Umgebung im Charakter einem Mischgebiet i.S.d. BauNVO.

(3.3.2) Ist das Vorhaben des A in einem Mischgebiet nach § 6 Abs. 2 BauNVO zulässig?

Wenn die nähere Umgebung – wie hier – einem Baugebiet der BauNVO entspricht so beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens

allein danach, ob es nach der BauNVO zulässig wäre (§ 34 Abs. 2 Halbs. 1 BauGB).

Eine Zulässigkeit könnte nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO (Geschäfts- und Bürogebäude) gegeben sein. Unter Geschäfts- und Bürogebäuden versteht man alle selbständigen Gebäude, die der Erledigung von Büroarbeiten und geschäftlichen Zwecken dienen.¹² Der Schwerpunkt der Nutzung von Geschäftsgebäuden liegt z.B. im privaten Dienstleistungsbereich aber auch im Zwischen- und Großhandel.¹³ Typische Merkmale seien Beratungs-, Verkaufs-, Ausstellungs- und Büroräume.¹⁴

Die neue Firmenzentrale für einen Getränkegroßhandel stellt somit ein Geschäftsgebäude i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO dar.

Hinweise

Von den Studentinnen und Studenten wurde nicht ein so detailliertes Wissen zum Begriff Geschäftsgebäude verlangt. Der eigenständige Versuch diesen Begriff zu erörtern und dann zu subsumieren reichte aus.

Eine Lösung über § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO (sonstige Gewerbebetriebe) war nur dann gleichwertig, wenn auf das Merkmal „sonstige“ eingegangen wird und so u.a. Nr. 2 angesprochen und abgelehnt wurde.

Große Probleme bekamen diejenigen, die das Vorhaben – den neuen Gewerbebetrieb – in seine Einzelteile „zerlegten“ (u.a. Hausmeisterwohnung, Büro, Legerhallen, Parkflächen, Wartungsbereich für die Fahrzeuge etc.)

(3.3.3) Einschränkung durch § 6 Abs. 1 BauNVO?

§ 6 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO selbst sieht keine **Einschränkungen** z.B. hinsichtlich Umfang – wie z.B. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO (der Versorgung des Gebiets dienenden Läden...) oder § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO (nicht störende Gewerbebetriebe) vor. Jedoch dienen nach § 6 Abs. 1 BauNVO Mischgebiete nur der Unterbringung von **Gewerbebetrieben, die das Wohnen nicht wesentlich stören**.

Der zulässige Störgrad in einem Mischgebiet wird maßgeblich durch den Gebietscharakter und damit durch die gleichrangigen und gleichberechtigten Nutzungsarten Wohnen und „das Wohnen nicht wesentlich störendes“ Gewerbe bestimmt. Nach Rechtsprechung und Literatur setzt dieses gleichwertige Nebeneinander zweier Nutzungsarten wechselseitige Rücksichtnahme der einen Nutzung auf die andere und deren Bedürfnisse voraus.¹⁵

Die Errichtung der neuen Firmenzentrale des Getränkegroßhandels des A in der dargestellten Form und Größe dürfte jedoch das Wohnen in diesem Gebiet sicher nicht unwesentlich stören. Störungen werden hier insbesondere durch Lärmbelastigungen entstehen. Hier sind z.B. folgende negative Faktoren zu berücksichtigen:

- Einerseits die Lärmbelastigung durch die großen an- und abfahrenden schweren LKW der Zulieferer
- aber auch die Lärmbelastigungen durch die LKW und Lieferwagen des A.
- Darüber hinaus auch auf dem Lärm vom Firmengrundstück einzugehen, da lt. Sachverhalt dort der gesamte Fuhrpark des Unternehmens gewartet werden soll und durch das Be- und Entladen von Getränkekisten durch Gabelstapler sich ein nicht unbeträchtlicher Geräuschepegel zu erwarten ist.

Ergebnis:

Somit ist der neue Firmenstandort nach § 34 Abs. 2 HS 1 BauGB i.V.m. § 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BauNVO nach der Art der baulichen Nutzung nicht zulässig.

III. Zu Aufgabe 1 b)

Als Ausgangspunkt der Prüfung ist hier – gleichberechtigt nebeneinander – sowohl § 72 LBauO als auch § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB möglich.

(1) Nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ist im bauaufsichtlichen Verfah-

ren das Einvernehmen der Gemeinde einzuholen, wenn sich die Zulässigkeit des Vorhabens u.a. nach § 34 BauGB richtet.

Die Bauvoranfrage/der Bauvorbescheid stellt sich nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur als ein bauaufsichtliches Verfahren dar¹⁶. Falsch ist es die Bauvoranfrage als ein „anderes Verfahren“ i.S.d. § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BauGB einzuordnen.

Wie in Aufgabe 1a) ausgeführt würde sich die Zulässigkeit nach § 34 BauGB regeln, so dass in diesem Verfahren die Gemeinde zu beteiligen wäre.

Gemeinde i.S.d. Bauplanungsrechts ist in Rheinland-Pfalz die Ortsgemeinde, da sie Träger der Planungshoheit ist. Da in der Aufgabenstellung ausdrücklich von der Ortsgemeinde gesprochen wird ist dies unbedingt anzusprechen.

(2) Gemäß § 72 S. 3 LBauO¹⁷ gilt für den Bauvorbescheid u.a. auch § 65 Abs. 5 LBauO¹⁸. Danach muss die Bauaufsichtsbehörde ein eventuelles Einvernehmen einholen. Ein solches Einvernehmen ist wie – oben ausgeführt – hier nach § 36 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 34 BauGB erforderlich.

Ergebnis:

Die Ortsgemeinde V wäre im Rahmen des Verfahrens über die Entscheidung der Bauvoranfrage durch Einholung des Einvernehmens zu beteiligen.

IV. Vorbemerkungen zu Aufgabe 2a) – hier: Grundsätze und Aufbau des § 35 BauGB

(1) Der planungsrechtlicher Bereich – Außenbereich

Das BauGB kannte in seinem § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB-1987 noch eine Legaldefinition des Außenbereiches. Diese wurde mit der Änderung des BauGB durch das BauROG (leider) ersatzlos gestrichen. Jedoch gilt auch nach der Streichung dieser Norm weiterhin der in der

12 Vgl. Stock in: König/Roeser/Stock, BauNVO-Kommentar, 2. Auflage München 2003, § 4a Rdn. 29.

13 Vgl. Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB-Kommentar, München Stand 01.10.2008, § 6 BauNVO Rdn. 23.

14 So Bielenberg zitiert von Stock in: König/Roeser/Stock, BauNVO-Kommentar, 2. Auflage München 2003, § 4a Rdn. 29.

15 Vgl. Roeser in: König/Roeser/Stock, BauNVO-Kommentar, 2. Auflage München 2003, § 6 Rdn. 6 m.w.N.

16 Vgl. u.a. Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB-Kommentar, München Stand 01.10.2008, § 36 Rdn. 13 und Krautzberger in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB-Kommentar, 10. Auflage München 2007, § 36 Rdn. 2.

17 § 72 – **Bauvorbescheid**: Vor Einreichung des Bauantrags kann die Bauherrin oder der Bauherr zu einzelnen Fragen des Vorhabens einen schriftlichen Bescheid (Bauvorbescheid) beantragen; bei Vorhaben, für die ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren nach § 66 durchgeführt werden kann, beschränkt sich der Bauvorbescheid auf Fragen, die nach § 66 Abs. 3 zu prüfen sind, sowie auf die Zulässigkeit von Abweichungen nach § 69. Der Bauvorbescheid gilt vier Jahre, wenn er nicht kürzer befristet ist. Die §§ 63, 65 und 68 bis 71 sowie § 74 Abs. 2 gelten entsprechend.

18 § 65 – **Behandlung des Bauantrages** (1) Die Bauaufsichtsbehörde hat zu prüfen, ob dem Vorhaben baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen, sofern in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Obliegt die Entscheidung über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften einer anderen Behörde, ist die Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörde insoweit eingeschränkt. Die Nachweise des Wärme- und Schallschutzes sind nicht zu prüfen. (5) Ist die Erteilung der Baugenehmigung von der Zustimmung, dem Einvernehmen, der Genehmigung oder der Erlaubnis einer anderen Behörde abhängig oder muss über das Vorhaben im Benehmen mit einer anderen Behörde entschieden werden, so holt die Bauaufsichtsbehörde die Entscheidung der anderen Behörde ein. Zu diesem Zweck kann sie der anderen Behörde personenbezogene Daten mitteilen, die diese für ihre Entscheidung benötigt. Eine nach landesrechtlichen Vorschriften erforderliche Entscheidung nach Satz 1 gilt als erteilt, wenn sie nicht innerhalb eines Monats nach Eingang des Ersuchens unter Angabe der Gründe versagt wird; dies gilt nicht, wenn die Bauaufsichtsbehörde auf begründeten Antrag der anderen Behörde die Frist verlängert hat. Die Bauaufsichtsbehörde teilt die Entscheidung der anderen Behörde zusammen mit ihrer Entscheidung der Bauherrin oder dem Bauherrn mit.

Systematik der §§ 29 ff BauGB angelegte Rechtsgedanken, dass sich die Planbereiche gegenseitig ausschließen.

D.h., ein Außenbereichsgrundstück ist **dann** anzunehmen, **wenn** das Grundstück auf dem das Vorhaben verwirklicht werden soll

- **weder im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplan** i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB **oder eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes** i.S.d. § 30 Abs. 2 BauGB
- **noch im sog. Innenbereich** (§ 34 BauGB) liegt.

Der **Außenbereich** ist somit **nicht positiv definiert**, sondern nur durch Abgrenzung oder Entgegensetzung¹⁹ der anderen Bereiche erklärbar.

(2) Die unterschiedlichen Vorhaben im Außenbereich und ihre Zulässigkeit

(2.1) Im Außenbereich gibt es grundsätzlich zwei sich wesentlich unterscheidende **Vorhaben** und zwar

- die abschließend aufgezählten **sog. privilegierten Vorhaben** des § 35 Abs. 1 BauGB und
- die **sonstige Vorgaben** des § 35 Abs. 2 BauGB.

Bei den sonstigen Vorhaben handelt es sich um die Regel während die in § 35 Abs. 1 BauGB aufgeführten Vorhaben die einzeln aufgeführte Ausnahmen im Außenbereich darstellen.

D.h.

- **wenn** es sich bei dem zu verwirklichenden Vorhaben um **kein privilegiertes Vorhaben** handelt,
- **dann ist** es ein **sonstiges Vorhaben**.

(2.2) Diese **Unterscheidung** ist für die **Zulässigkeitsprüfung** von großer **Bedeutung**.

- Die **sonstigen Vorhaben** sind regelmäßig unzulässig²⁰,
- während die **privilegierten Vorhaben** und bestimmten Voraussetzungen und Vorbehalten regelmäßig im Außenbereich zulässig sind.²¹

(2.3) Bei den **sonstigen Vorhaben** hat der Gesetzgeber jedoch eine **weitere Differenzierung** vorgenommen und zwar zwischen

- (**normalen**) **sonstigen Vorhaben** des § 35 Abs. 2 BauGB
- den in § 35 Abs. 4 BauGB abschließend aufgezählten **sog. teilprivilegierten Vorhaben** sowie
- die auf Grund der Lage **teilweise privilegierten Vorhaben in einer sog. Außenbereichssatzung** nach § 35 Abs. 6 BauGB.

Auch diese Unterscheidung ist wegen der unterschiedlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen von großer Bedeutung.

V. Zu Aufgabe 2a) – Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Bienenhauses

Wie bereits in Aufgabe 1a) ausgeführt richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach §§ 29 ff BauGB.

(1) Vorhaben i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB?

- Ein solches Vorhaben wird u.a. dann bejaht, wenn es um die
- Errichtung
 - einer baulichen Anlage i.S.d. BauGB handelt.

(1.1) Hinsichtlich des Merkmals **Errichtung** (= Herstellung) bestehen nach dem Sachverhalt keine Bedenken.

(1.2) Auch die zweite Komponente des **Begriffs der baulichen Anlage i.S.d. BauGB**

- der verhältnismäßig weite Begriff des Bauens und
- das einschränkende Merkmal der planungsrechtlichen Relevanz können hier problemlos bejaht werden.

Das Bienenhaus eine Holzkonstruktion mit einem Betonfundament ist eine auf Dauer gedachte künstlich mit dem Erdboden verbundene Anlage; somit ist der **weite Begriff des Bauens** zu bejahen.

Die **planungsrechtliche Relevanz** kann mit Hinweisen auf verschiedene Belange i.S.d. § 1 Abs. 6 BauGB bejaht werden. Hier kommen u.a. in Betracht:

- Nr. 7a) – Belange des Umweltschutzes wie z.B. Auswirkungen auf Tiere und Pflanzen und
 - Nr. 8b) – Belange der Landwirtschaft.
- Somit liegt eine bauliche Anlage i.S.d. BauGB vor.

Zwischenergebnis

Da es sich bei dem Bienenstand um die Errichtung einer baulichen Anlage i.S.d. BauGB handelt ist ein Vorhaben i.S.d. des § 29 Abs. 1 BauGB gegeben und die §§ 30-37 BauGB sind anwendbar.

(2) Planbereich

Das Vorhaben soll im **Außenbereich** verwirklicht werden, denn das fragliche Grundstück liegt

- weder im Bereich eines Bebauungsplanes i.S.d. § 30 Abs. 1 und 2 BauGB, denn nach dem Sachverhalt liegt der geplante Standort ca. 500 m hinter dem Bebauungsplangebiet „Am östlichen Ortsrand“
- noch im sog. Innenbereich nach § 34 BauGB, denn zwischen dem letzten bebauten Grundstück des Baugebietes und dem geplanten Standort für das Bienenhaus liegen nur Wiesen und Rapsfelder – also keinerlei Bebauung und somit kann auch von keinem Bebauungszusammenhang gesprochen werden.

Zwischenergebnis

Somit regelt sich die Zulässigkeit nach § 35 BauGB.

(3) Zulässigkeit des Bienenhaus

(3.1) Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB?

§ 35 Abs. 1 BauGB ist dann anwendbar, wenn es sich bei dem Bienenhaus um ein **so genanntes privilegiertes Vorhaben** nach den Nummern 1–7 handelt.

Es könnte hier eine Privilegierung nach **Nr. 1** in Frage kommen. Dann müsste es sich bei dem Bienenhaus um ein Vorhaben handeln, das einem landwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt.

Nach § 201 BauGB fällt die berufsmäßige Imkerei unter die **Landwirtschaft** i.S.d. des BauGB²². Nach dem Sachverhalt möchte H die Imkerei dahingehend ausbauen, dass es ein Nebenerwerb wird. Die Vergrößerung der Anzahl der Bienenstöcke und die Absicht der Vermarktung auf Wochenmärkten und Verkauf von Honig im Internet sprechen einerseits für eine Hinwendung von der Hobbyimkerei zur berufsmäßigen Imkerei.

Die Landwirtschaft wird im Außenbereich nur bevorrechtigt angesehen, wenn sie **in Form eines Betriebes** ausgeführt werden. Dies setzt eine über die Deckung des Eigenbedarfs hinausgehende, nachhaltige, auf Dauer angelegte Produktion land- oder forst-

19 Vgl. Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 3. Auflage, München 2004, § 7 Rdn. 181.

20 Bönker (in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 3. Auflage München 2004, § 7 Rdn. 183) spricht sogar von einem im Ergebnis grundsätzlichen Bauverbot für die sonstigen Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB.

21 So auch Dürr in: Brügelmann, Baugesetzbuch, Stuttgart, Stand 67. Lieferung (August 2008), § 35 Rdn. 70.

22 Die Legaldefinition des § 201 BauGB ist 1976 um die berufsmäßige Imkerei und berufsmäßige Binnenfischerei erweitert worden. Bei diesen beiden Berufsbereichen handelt es sich nicht um die für die Landwirtschaft typischerweise erforderliche unmittelbare Bodenertragsnutzung. Aus diesem Grunde ist es z.B. beim Merkmal „untergeordneter Teil der Betriebsfläche“ diese Besonderheit zu beachten; vgl. Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB-Kommentar, München Stand 01.10.2008, § 36 Rdn. 23 und 37/38.

wirtschaftlicher Erzeugnisse voraus, um daraus grundsätzlich einen nicht nur völlig unbedeutenden Gewinn zu erzielen, d.h. mit dem Ertrag kann der Betriebsinhaber einen Beitrag zum Lebensunterhalt leisten²³. Nach dem Sachverhalt sprechen die Vergrößerung der Imkerei und die beabsichtigte wesentlich stärkere professionelle Vermarktung des Honigs für eine berufsmäßig betriebene Imkerei.

Der Umstand, dass H Frührentner ist wirkt sich nicht negativ aus, denn nach allgemeiner Ansicht ist durch § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB der **Nebenerwerbslandwirt**²⁴ ebenso bevorrechtigt wie der Haupterwerbslandwirt.

Das Vorhaben muss **dem Betrieb dienen**, d.h. es muss dem Betrieb gleichsam als Zubehör zugeordnet sein. Man spricht auch von einem sog. Funktionszusammenhang²⁵. Dieser dürfte hier unstreitig gegeben sein, da u.a. ohne dieses weitere Bienenhaus keine Vergrößerung der Anzahl der Bienenvölker möglich sein wird und sein Schritt vom Hobby- zum berufsmäßigen Imker nicht erfolgreich sein wird. Hinzu kommt, dass in dem Vorhaben auch noch eine Bereich errichtet werden soll, in dem die notwendigen Utensilien untergebracht werden.

Auch das Kriterium **untergeordneter Teil der Betriebsfläche** kann bei dem Verhältnis von 13,75 m² Grundfläche für das Bienenhaus zu 4.000 m² für das Grundstück bejaht werden.

Anmerkungen

Hinsichtlich des Merkmales „untergeordneter Teil der Betriebsfläche“ wurden keine ausführlichen Ausführungen erwartet.

Falls die Privilegierung nach Nr. 1 nicht bejaht wurde, musste noch Nr. 4 geprüft werden. Die Lösung über Nr. 4 (Vorhaben, das wegen seiner besonderen Zweckbestimmung im Außenbereich errichtet werden muss) wurde aber nur dann als nahezu gleichwertig angesehen, wenn auf alle Kriterien der Privilegierung nach Nr. 1 eingegangen worden ist.

Zwischenergebnis:

Es handelt sich um also ein privilegiertes Vorhaben nach Nr. 1 und somit richtet sich die Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 BauGB

(3.2) Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 BauGB

- Diese ist dann gegeben, wenn dem Vorhaben
- kein öffentlicher Belang entgegensteht und
 - die ausreichende Erschließung gesichert ist.

Bedenken wegen **öffentlicher Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB** bestehen nach dem Sachverhalt nicht. Insbesondere können öffentliche Belange nach Nr. 5 wie z.B. Belange der Landschaftspflege oder die natürliche Eigenart der Landschaft sowie das Orts- und Landschaftsbild nicht entgegenstehen. Nach Ansicht der entsprechenden staatlichen Fachstelle würde sich das Vorhaben einerseits hinsichtlich der äußeren Gestaltung gut in die Landschaft integrieren und andererseits seien bei dieser Nutzung keine Eingriffe in die Natur zu befürchten. Andere öffentliche Belange müssen hier – mangels Angaben im Sachverhalt – nicht problematisiert werden.

Ein Feldweg genügt für eine **ausreichende Erschließung** dieses auch vom Umfang kleinen Vorhabens aus. Es bestehen keine Notwendigkeiten für sonstige Versorgungs- und Entsorgungsanlagen.

Ergebnis:

Der Bienenstand ist somit nach § 35 Abs. 1 BauGB bauplanungsrechtlich zulässig.

VI. Zu Aufgabe 2 b)

Hier könnte bei der dargestellten Sachverhaltslage einzig ein Verstoß gegen Vorschriften der Landschaftspflege und des Landschaftsschutzes in Betracht kommen. So ist nach § 10 Abs. 1 S. 1 LNatSchG²⁶

u.a. jeder vermeidbarer **Eingriff in Natur und Landschaft** zu unterlassen also verboten.

Was unter einem solchen Eingriff zu verstehen ist regelt § 9 LNatSchG²⁷. Danach stellt wohl das Bauen im Außenbereich gemäß § 9 Abs. 1 i.V.m. der § 1 Nr. 1 a) der LVO nach § 9 Abs. 4 LNatSchG²⁸ in der Regel einen Eingriff dar.

Jedoch muss hier § 9 Abs. 2 LNatSchG beachtet werden. Danach ist die landwirtschaftliche Bodennutzung nicht als Eingriff anzusehen, soweit dabei die Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege berücksichtigt werden. Wie bereits ausgeführt handelt es sich bei der Imkerei um eine landwirtschaftliche Nutzung, so dass § 9 Abs. 2 LNatSchG anwendbar ist. Nach Aussage des staatlichen Fachzentrums für Imkerei seien landespflegerische Belange nicht tangiert, so dass ein Eingriff in Natur und Landschaft nicht bejaht werden kann.

VII. Zu Aufgabe 3 a)

Nach § 61 LBauO²⁹ ist ein Vorhaben genehmigungsbedürftig wenn es sich um

- die Errichtung
- einer baulichen Anlage handelt und
- keine Ausnahme nach den §§ 62, 67 und 84 LBauO gegeben ist.

(1) Die **Errichtung** ist nach dem Sachverhalt unproblematisch.

(2) Auch das Vorliegen einer **bauliche Anlage nach § 2 Abs. 1 S. 1 LBauO**³⁰ ist zu bejahen, denn das Bienenhaus ist eine Anlage aus

23 Vgl. u.a. BVerwG Urt. v. 27.01.1967 – IV C 41/65 – BVerwGE 26,121 = BRS 28 Nr. 27 = DVBl. 1967, 287 sowie Urt. v. 03.11.1972 – IV C 9/70 – BVerwGE 41, 138 = BRS 25 Nr. 60 = BauR 1973, 101 = DVBl. 1973, 643 = DÖV 1973, 348.

24 Vgl. dazu Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB-Kommentar, München Stand 01.10.2008, § 35 Rdn. 33 und 46 sowie Dürr in: KK § 35 Rdn. 22 und 30.

25 So Dürr in: KK § 35 Rdn. 33.

26 § 10 – **Zulässigkeit, Folgen und Kompensation von Eingriffen:** (1) Der Verursacher eines Eingriffs ist zu verpflichten, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen und unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder in sonstiger Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen).

27 § 9 **Eingriffe in Natur und Landschaft:** (1) Eingriffe in Natur und Landschaft sind Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können. (2) Die land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzung ist nicht als Eingriff anzusehen, soweit dabei die Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege berücksichtigt werden. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die in § 3 Abs. 2 bis 4 genannten Anforderungen eingehalten werden. (4) Die Landesregierung bestimmt durch Rechtsverordnung, dass die in Absatz 1 genannten Veränderungen bestimmter Art, die nach Umfang, Intensität oder Dauer im Regelfall nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes führen, nicht als Eingriffe anzusehen sind. Sie bestimmt durch Rechtsverordnung ebenfalls, dass Veränderungen bestimmter Art als Eingriffe gelten, wenn sie regelmäßig die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

28 § 1 – **LVO über die Bestimmung von Eingriffen in Natur und Landschaft:** Als Eingriffe im Sinne des § 9 Abs. 1 des Landesnaturschutzgesetzes (LNatSchG) gelten in der Regel 1. im Außenbereich a) die Errichtung, Erweiterung oder wesentliche Umgestaltung von baulichen Anlagen im Sinne der Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

29 § 61 – **Genehmigungsbedürftige Vorhaben:** Die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und der Abbruch baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 bedürfen der Genehmigung (Baugenehmigung), soweit in den §§ 62, 67 und 84 nichts anderes bestimmt ist. Entsprechende Bestimmungen in anderen Bundesländern: § 54 Abs. 1 LBauO-Hessen, § 68 LBauO-Niedersachsen, § 63 Abs. 1 LBauO-NRW, § 68 Abs. 1 LBauO-Schleswig-Holstein.

30 § 2 Abs. 1 S. 1 + 2 **LBauO lautet:** Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder wenn sie nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. – Auf Grund der Musterbauordnung haben alle anderen Bundesländer auch die entsprechende Regelung in § 2 Abs. 1.

Bauprodukten i.S.d. § 2 Abs.9 LBauO (Beton, Holz), die künstlich hergestellt und durch das Betonfundament unmittelbar mit dem Erdboden verbunden ist.

Zwischenergebnis:

Da es sich um die Errichtung einer baulichen Anlage handelt bedarf diese grundsätzlich einer Baugenehmigung.

(3) Jedoch könnte hier eine Ausnahme vom Grundsatz der Genehmigungspflicht vorliegen.

(3.1) § 67 LBauO ist nicht anwendbar, da u.a. der Standort nicht im Bereich eines Bebauungsplanes liegt. Auch ist kein in § 84 LBauO enummerativ aufgeführtes Vorhaben einschlägig.

(3.2) Eventuell könnte eine Genehmigungsfreiheit nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 LBauO³¹ vorliegen. Diese Bestimmung ist grundsätzlich anwendbar, da es sich bei diesem Vorhaben um eine **Gebäude i.S.d. § 2 Abs. 2 S. 1 LBauO**³² handelt. Das Bienenhaus ist eine selbständig nutzbare bauliche Anlage, die mindestens teilweise – nämlich bezüglich des Raumes für die Geräte etc. – von Menschen betreten werden kann und dazu bestimmt ist, dem Schutz von Tieren und Sachen zu dienen.

Nr. 1a) kommt hier nicht zum Zuge, da das Bienenhaus, da wohl im Außenbereich errichtet werden soll mit 33,375 m³ größer als das Höchstmaß von 10 m³ ist.

Eventuell könnte Nr. 1b) zum Tragen kommen. Dann müssten folgende Voraussetzungen für eine Genehmigungsfreiheit vorliegen:

- Das Bienenhaus dient – wie bereits ausgeführt – einem landwirtschaftlichen Betrieb.³³
- Es ist ein freistehendes Gebäude ohne Unterkellerung und ohne Feuerstätte.
- Mit den 13,75 m² Grundfläche sowie 2,50 m Höhe liegt es auch unter den zulässigen Obergrenzen.
- Das Bienenhaus dient darüber hinaus nur der Unterbringung von Sachen (Bienenstöcke, Arbeitsmaterial etc.) und ist auch nur zum vorübergehenden Schutz der Bienen bestimmt, da nach dem Sachverhalt die Bienenvölker zumindest in der kalten Jahreszeit an einen anderen Standort verbracht werden.

Ergebnis:

Somit ist der Bienenstand nach § 61 LBauO nicht genehmigungspflichtig.

VIII. Zu Aufgabe 3 b)

Nach § 13 Abs. 1 Sätze 1 und 2 LNatSchG³⁴ bedarf jeder Eingriff in Natur und Landschaft einer behördlichen Genehmigung. Entweder ist dieser Eingriff z.B. im Rahmen einer Baugenehmigung zu prüfen (§ 13 Abs. 1 S. 1 LNatSchG) oder wenn eine solche nicht erforderlich ist fällt die Genehmigung in den Zuständigkeitsbereich der unteren Naturschutzbehörde.

Da in Aufgabe 2b) ein Eingriff in Natur und Landschaft auf Grund der sog. Landwirtschaftsklausel abgelehnt wurde kommt auch keine Genehmigung nach § 13 Abs. 1 S. 2 LNatSchG in Betracht. D.h. auch nach dem Naturschutzrecht ist das Bienenhaus genehmigungsfrei.

31 § 62 Genehmigungsfreie Vorhaben: (1) Unbeschadet einer nach anderen Vorschriften erforderlichen Genehmigung bedürfen keiner Baugenehmigung das Errichten, Herstellen, Aufstellen, Anbringen oder Ändern von folgenden baulichen Anlagen, anderen Anlagen und Einrichtungen: 1. Gebäude a) Gebäude bis zu 50 m³, im Außenbereich bis zu 10 m³ umbauten Raums ohne Aufenthaltsräume, Toiletten oder Feuerstätten; ausgenommen sind Kulturdenkmäler und Gebäude in der Umgebung von Kultur- und Naturdenkmälern sowie Garagen, Verkaufs- und Ausstellungsstände, b) freistehende Gebäude ohne Unterkellerung und ohne Feuerstätten bis zu 100 m² Grundfläche und 5 m Firsthöhe, die einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen und nur zur Unterbringung von Sachen oder zum vorübergehenden Schutz von Tieren bestimmt sind,

Entsprechende Bestimmungen in anderen Bundesländern: § 55 LBauO-Hessen, § 69 LBauO-Niedersachsen, § 65 LBauO-NRW, § 69 LBauO-Schleswig-Holstein.

32 § 2 Abs. 2 S. 1 LBauO lautet: Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. – Auf Grund der Musterbauordnung haben alle anderen Bundesländer auch die entsprechende Regelung in § 2 Abs. 2.

33 Nach Ansicht von Jeromin in: Jeromin (Hrsg.), Kommentar zur Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, München 2005, § 62 Rdn. 19 ist die Begriffsbestimmung des § 201 BauGB auch Grundlage für die Beurteilung dieser Bestimmung.

34 § 13 Verfahren bei Eingriffen: (1) Bedarf ein Eingriff nach anderen Rechtsvorschriften einer behördlichen Zulassung (Planfeststellung, Genehmigung, Erlaubnis, Bewilligung oder Befreiung) oder einer Anzeige, so hat die hierfür zuständige Behörde die zur Durchführung der §§ 10 bis 12 und 14 erforderlichen Entscheidungen im Benehmen mit der gleichgeordneten Naturschutzbehörde zu treffen. Die übrigen Eingriffe bedürfen der Genehmigung der unteren Naturschutzbehörde.



Klein/Niehués/Siegel

Bürgerliches Recht

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

In die komplexen Zusammenhänge des Zivilrechts führt dieses Lehrbuch auf verständliche Weise anhand zahlreicher Beispiele ein. Praxisnah werden die Fragestellungen erörtert, die für das Gesamtverständnis des Bürgerlichen Rechts, aber auch für die in der öffentlichen Verwaltung speziell erforderlichen Kenntnisse von Bedeutung sind. Zugunsten der ausführlichen Darstellung des Vertragsrechts, Familien- und Erbrechts wurden andere Kapitel, die für die universitäre Juristenausbildung relevant sind, allenfalls in Grundzügen dargestellt. Studierende der Verwaltungsfachhochschulen und Studieninstitute, aber auch Studierende anderer Fachbereiche, von denen juristische Kenntnisse erwartet werden, erwerben hier ein fundiertes Grundwissen des Zivilrechts.



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.

Versteigerung von anwaltlichen Beratungsleistungen im Internet

(BVerfG, Beschl. v. 19. 2. 2008 – 1 BvR 1886/06 – NJW 2008, S. 1298)
Die Ansicht, anwaltliche Beratungsleistungen dürften nicht in einem Internetauktionshaus versteigert werden, ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Ein Rechtsanwalt bot Beratungen in einem Internetauktionshaus an (Startpreis: 1 Euro pro Stunde). Die ihm daraufhin erteilte Rüge der Rechtsanwaltskammer wurde vom Anwaltsgericht bestätigt. Hiergegen wandte sich der Anwalt mit einer im Wesentlichen erfolgreichen Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG stuft die Internetwerbung als zulässige Ausübung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Der Anwalt habe hierdurch auch nicht seine Berufspflichten aus § 43b Bundesrechtsanwaltsordnung (**Sachlichkeitsgebot** bei Werbung) verletzt. Die Werbung über ein Internetauktionshaus belästige regelmäßig nicht und dränge sich keiner breiten Öffentlichkeit auf. Auch in **gebührenrechtlicher** Hinsicht sieht das Gericht keinen Grund für eine Beanstandung. Dem Rechtsanwalt stehe es frei, nach Maßgabe des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes eine von den gesetzlichen Gebühren abweichende Honorarvereinbarung zu treffen. Das Höchstgebot für den Beschwerdeführer betrug übrigens 12,50 Euro!

J.V.

Rechtsqualität einer Verwaltungsvorschrift

(BVerwG Beschl. vom 8. März 2007 – 9 B 19.06 – in: Natur und Recht 2007, S. 269 ff)

Verwaltungsvorschriften sind, auch wenn sie als technische Regelwerke im Einzelfall die Anwendung von Rechtsvorschriften beeinflussen mögen, mangels Rechtssatzqualität nicht revisibel.

Anmerkung:

Verwaltungsvorschriften spielen in der Verwaltungspraxis eine erhebliche Rolle. Sie dienen in erheblichem Maße der Feinsteuerung der Verwaltungsabläufe und -entscheidungen. Im Hinblick auf diese herausragende Bedeutung gibt es – gerade in der Literatur – immer wieder eine Diskussion darüber, welche rechtliche Qualität den Verwaltungsvorschriften beizumessen ist (vgl. nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 24 Rdnr. 1 ff; Suckow/Weidemann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Rdnr. 56 ff; Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG-VwGO, Handkommentar § 114 VwGO Rdnr. 68 ff; jeweils m.N.). Das Bundesverwaltungsgericht hat nun mit bemerkenswerter Klarheit herausgestellt, dass ihnen keine Rechtssatzqualität zukommt. Das Gericht hielt diese Position für so ausgereift, dass die grundlegende Frage – über die Formulierung des Leitsatzes hinaus – praktisch nicht begründet wurde.

H.W.

Bekanntmachung eines Bebauungsplans allein durch Anschlag an einer Bekanntmachungstafel

(OVG Münster, Urteil vom 11.09.08 - 7 D 64/07.NE)

1. **Die Gemeinden müssen im Rahmen der durch die Bekanntmachungsverordnung eröffneten Möglichkeiten eigenverantwortlich prüfen, welche Form angemessen ist.**
2. **Die ausschließliche Bekanntmachung eines Bebauungsplans durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel der Gemeinde kann gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen.**

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Ausgangslage

Gegenstand dieser Entscheidung im Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Wirksamkeit eines Bebauungsplanes, den die Stadt Bad T. zum Zwecke der Bekanntmachung an der amtlichen Bekanntmachungstafel im Rathaus ausgehängt und nachrichtlich im Internet veröffentlicht hat. Auch im vorhergehenden Aufstellungsverfahren waren Bekanntmachungen ausschließlich auf diese Art und Weise erfolgt.

Das OVG Münster hatte zu entscheiden, ob der Bebauungsplan in dieser Form überhaupt wirksam werden konnte. Ausgangspunkt der Überlegungen ist hinsichtlich der wirksamen Bekanntmachung zunächst die (bundesrechtliche) Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 1 BauGB, wonach der Beschluss des Bebauungsplans durch die Gemeinde ortsüblich bekannt zu machen ist. Durch die Bekanntmachung soll die Öffentlichkeit darauf aufmerksam gemacht werden, dass nunmehr der endgültige Plan mit seiner Begründung eingesehen werden kann, so dass fortan insoweit Rechtssicherheit und -klarheit besteht. Die Form der ortsüblichen Bekanntmachung richtet sich nach Landesrecht und den Hauptsatzungen der jeweiligen Gemeinden. Mit der Vollendung der Bekanntmachung tritt der Bebauungsplan in Kraft. Verfahrensfehler bei der Bekanntmachung sind beachtlich und führen zu Ungültigkeit des Bebauungsplans (vgl. Ferner/Kröniger/Aschke, BauGB, Kommentar, 2. Aufl., § 10 Rn. 9, 10).

In NRW richtet sich die Bekanntmachung von Satzungen u.a. Ortsrecht, aber auch von sonstigen bekanntmachungsbedürftigen Verlautbarungen (z.B. Tagesordnungen von Ratssitzungen) nach der „Verordnung über die öffentliche Bekanntmachung von kommunalem Ortsrecht“ (Bekanntmachungsverordnung/BekanntmVO) vom 26. August 1999 (GV. NRW. S. 516), zuletzt geändert durch G. v. 5.4.2005 (GV. NRW. S. 332). Vergleichbare Vorschriften gibt es auch in anderen Bundesländern; Grundlage sind regelmäßig die jeweilige Gemeindeordnung und die darin enthaltenen Regelungen zur Bekanntmachung von Ortsrecht sowie darauf beruhende Verordnungen (z.B. § 6 NGO, § 7 HGO, § 27 GemO-RPL). In einigen Bundesländern ist eine Veröffentlichung grundsätzlich auch durch Aushang zulässig (s.u. II); in Niedersachsen ist sie in der einschlägigen Vorschrift (Verordnung über die öffentliche Bekanntmachung von Rechtsvorschriften kommunaler Körperschaften – BekVO-Kom vom 14. April 2005, Nds. GVBl. 2005, 107) hingegen gar nicht vorgesehen. In Bayern besteht die Möglichkeit der Veröffentlichung an sog. Gemeindetafeln, falls kein Amtsblatt existiert (Art. 26 Abs. 2 Satz 2 GO).

II. Die Entscheidung

Das OVG Münster hatte zuletzt in seinem Urteil vom 14.08.08 –7 D 120/07.NE die Möglichkeit einer Bekanntmachung durch Aushang auch unter Hinweis auf frühere Entscheidungen (OVGE 21, 311, 319; OVGE 28, 143,145) nur eingeschränkt für zulässig erachtet, für eine Gemeinde mit 22500 Einwohnern aber für noch unbedenklich erachtet.

In den älteren Entscheidungen wurde die Grenze für die Zulässigkeit einer Bekanntmachung durch Anschlag bei einer Einwohnerzahl von 35.000 gezogen.

Die in dieser Rechtsprechung aus dem **Rechtsstaatsprinzip** abgeleiteten Bedenken gegen eine Bekanntmachung von Ortsrecht durch Anschlag jedenfalls in größeren Gemeinden bestehen weiterhin. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Verkündung von Ortsrecht gebieten es, Rechtsnormen der Öffentlichkeit in einer Weise förmlich zugänglich zu machen, dass die Betroffenen sich verlässlich Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen können. Diese Möglichkeit darf auch nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein. Konkrete weitere Gebote für die Ausgestaltung des Verkündungsvorganges im Einzelnen ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip im Übrigen unmittelbar nicht. Das Rechtsstaatsprinzip fordert hiernach, dass die Obliegenheit von Grundstückseigentümern – oder auch anderen Betroffenen – ortsübliche Bekanntmachungen zur Kenntnis zu nehmen, nicht unverhältnismäßig oder unzumutbar sein darf.

Bestätigt wird der Befund, dass das Rechtsstaatsprinzip Grenzen für die Möglichkeit einer Bekanntmachung von Ortsrecht setzt, sowohl durch die **Entstehungsgeschichte der BekanntmVO** als auch durch einen Blick auf das einschlägige **Landesrecht anderer Bundesländer**.

Die Bekanntmachungsverordnung vom 12. September 1969 (GV NRW S. 684) – Bekanntm-VO 1969 – sah in § 4 Abs. 1 als Alternativen für öffentliche Bekanntmachungen nur solche im Amtsblatt und in einer oder mehreren Tageszeitungen vor. Eine Bekanntmachung durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel ermöglichte § 4 Abs. 3 BekanntmVO 1969 nicht etwa generell für Bekanntmachungen, sondern nur für den relativ unbedeutenden Sonderfall der **Bekanntmachung von Zeit und Ort der Ratssitzungen sowie deren Tagesordnungen**, und dies auch nur für Gemeinden mit nicht mehr als 30.000 Einwohnern. Damit hat sich der Ordnungsgeber hinsichtlich dieser Sonderregelung ersichtlich an der in der bereits erwähnten Rechtsprechung des erkennenden Gerichts angesprochenen Grenze orientiert und sie selbst für diese Sonderregelung noch um 5.000 Einwohner reduziert. Mit der Neufassung der Bekanntmachungsverordnung vom 7. April 1981 (GV NRW S. 224) wurde die Grenze für die Sonderregelung des § 4 Abs. 3 noch weiter auf 25.000 Einwohner herabgesetzt. Erst mit § 4 Abs. 1 der BekanntmVO 1999 hat der Ordnungsgeber eine Bekanntmachung durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel (mit Hinweisen auf den Anschlag im Amtsblatt bzw. in der Zeitung) generell für öffentliche Bekanntmachungen, also auch für die Bekanntmachung von Satzungen und sonstigen ortsrechtlichen Bestimmungen (vgl. § 1 BekanntmVO), als dritte Alternative ermöglicht, ohne dies wie im Sonderfall des § 4 Abs. 3 ausdrücklich an bestimmte Grenzen zu knüpfen.

Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass damit den Gemeinden abweichend vom bisherigen Recht eine unbeschränkte Wahlmöglichkeit auch der Bekanntmachungsform 'Anschlag an der Bekanntmachungstafel' mit der Folge eröffnet worden ist, dass auch größere Gemeinden ihr Ortsrecht in dieser Form bekanntmachen dürfen. Die Begrenzung der Bekanntmachungsmöglichkeit durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel, die das Rechtsstaatsprinzip nach sich zieht, entfällt nicht schon deshalb, weil der Anschlag als Bekanntmachungsmöglichkeit auch für ortsrechtliche Vorschriften durch die BekanntmVO überhaupt erst eröffnet wird. Die **Prüfung, welche Bekanntmachungsform unter den jeweiligen Umständen**

des Einzelfalls geeignet und vertretbar ist, ist nach § 4 Abs. 2 BekanntmVO weiterhin den Gemeinden selbst überantwortet geblieben, die (selbstverständlich) den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen müssen. Hierfür spricht auch die Begründung in dem Schreiben des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 2. Juli 1999, mit dem dem Präsidenten des Landtags der Entwurf der neuen BekanntmVO übersandt wurde. Dort heißt es, der Entwurf knüpfe an die bisherigen Regelungen an, so dass die bisherige Systematik erhalten bleibe; zur Erleichterung der Bekanntmachung seien einige Änderungen eingefügt worden. Die Entstehungsgeschichte der BekanntmVO lässt damit den Schluss zu, der Ordnungsgeber sei sich durchaus der Grenzen bewusst gewesen, die das Rechtsstaatsprinzip einer Bekanntmachung durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel setzt, wobei er die verantwortliche Entscheidung über die Eignung dieser Bekanntmachungsform im Einzelfall jedoch der jeweiligen Gemeinde überlassen hat.

Ein Blick auf die einschlägigen **Regelungen in anderen Bundesländern** bestätigt, dass die Möglichkeit einer Bekanntmachung von Ortsrecht durch Anschlag (Aushang) jedenfalls bei größeren Gemeinden kritisch zu sehen ist. Die Bundesländer, die in ihren Bekanntmachungsregelungen den Gemeinden überhaupt die Möglichkeit eröffnet haben, auch ortsrechtliche Bestimmungen allein durch Anschlag bzw. Aushang (ggf. in Verbindung mit Hinweisen auf den Anschlag bzw. Aushang) bekannt zu machen, haben hierzu nahezu ausschließlich Gemeinden mit einer begrenzten Einwohnerzahl befugt. Im Einzelnen liegen die Begrenzungen bei 1.000 bis 20.000 Einwohnern:

- Baden-Württemberg	5.000 Einwohner	§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 der Verordnung zur Durchführung der Gemeindeordnung (DVO GemO) vom 11. Dezember 2000
- Brandenburg	10.000 Einwohner	(§ 1 Abs. 3 Satz 2 der Bekanntmachungsverordnung vom 1. Dezember 2000);
- Hessen	3.000 Einwohner	(§ 2 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über öffentliche Bekanntmachungen der Gemeinden und Landkreise vom 12. Oktober 1977);
- Rheinland-Pfalz	1.000 Einwohner (Bekanntmachung durch Auslegung im Dienstgebäude der Gemeindeverwaltung)	(§ 8 Abs. 1 Satz 2 der Landesverordnung zur Durchführung der Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz vom 21. Februar 1974)
- Sachsen	3.000 Einwohner	§ 2 Nr. 3 der Kommunalbekanntmachungsverordnung vom 19. Dezember 1997
- Schleswig-Holstein	20.000 Einwohner	§ 5 Abs. 1 Satz 1 der Bekanntmachungsverordnung vom 11. November 2005
- Thüringen	3.000 Einwohner	§ 1 Abs. 2 Nr. 3 der Thüringer Bekanntmachungsverordnung vom 22. August 1994

Lediglich in Mecklenburg-Vorpommern sehen § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 7 der Durchführungsverordnung zur Kommunalverfassung (KV-DVO) vom 4. März 2008 eine Begrenzung der Möglichkeit zur Bekanntmachung von Ortsrecht nicht mehr vor; allerdings gibt § 7 ausdrücklich vor, dass die Zahl der Aushangtafeln so zu bemessen ist, dass sie für die Einwohner in zumutbarer Weise erreichbar sind, und legt die Mindestdauer des Aushangs mit 14 Tagen fest. Vorgaben für die Zahl bzw. Ausgestaltung der Bekanntmachungstafeln enthalten auch verschiedene andere landesrechtliche Regelungen.

Bad T. verfügt über rd. 54.000 Einwohner. Durchgreifende Gründe, für eine Gemeinde dieser Größenordnung die Bekanntmachung des Ortsrechts durch Aushang als noch rechtsstaatsgemäß anzunehmen, hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich. Der **Hinweis im Internet** auf den Aushang an der amtlichen Bekanntmachungstafel ersetzt das Erfordernis nicht, dass die Kenntnisnahme des Ortsrechts selbst zumutbar möglich sein muss. Auf eben aber diesen Aushang muss sich auch derjenige als zumutbares Bekanntmachungsmedium verweisen lassen, der über keinen Internetanschluss verfügt und – auf Grundlage der BekanntmVO – auch nicht verfügen muss, will er zuverlässig die Fortentwicklung des Gemeinderechts im Blick behalten. Die Anzahl der Bundesbürger, die keinen Internetanschluss besitzen, ist – nach wie vor – zu gewichtig, als dass der Hinweis der Antragsgegnerin im Internet auf den jeweiligen Aushang die rechtsstaatlichen Bedenken an der Wirksamkeit des Aushangs bei einer Gemeinde dieser Größenordnung und Struktur ausräumen könnte.

Im Übrigen scheint der Ordnungsgeber, wie die in § 4 Abs. 3 BekanntmVO enthaltene Wertung nahe legt, selbst davon auszugehen, dass der Aushang an der Bekanntmachungstafel jedenfalls für eine Gemeinde der Größenordnung von Bad T., die, da ihre Einwohnerzahl seit vielen Jahren mehr als 50.000 Einwohner beträgt, die Bestimmung zu einer Großen kreisangehörigen Stadt beantragen könnte (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 7 GO NRW), keine geeignete Form der Bekanntmachung ist. Nach § 4 Abs. 3 BekanntmVO kann in kreisangehörigen Gemeinden mit Ausnahme der Großen kreisangehörigen Städte die Hauptsatzung bestimmen, dass Zeit und Ort der Ratssitzung sowie die Tagesordnung nicht nach den in § 4 Abs. 1 BekanntmVO genannten Formen, sondern allgemein durch Aushang (Anschlag) an der Bekanntmachungstafel der Gemeinde und, soweit erforderlich, an den sonstigen hierfür in der Hauptsatzung bestimmten Stellen öffentlich bekannt gemacht werden. Diese Regelung deutet darauf hin, dass (auch) der Ordnungsgeber den Aushang an der Bekanntmachungstafel jedenfalls für Große kreisangehörige Städte nicht für eine geeignete Form der Bekanntmachung von Zeit und Ort einer Ratssitzung bzw. Tagesordnung und damit erst **recht nicht für eine geeignete Form der Bekanntmachung von Ortsrecht** hält.

III. Bedeutung

Die Entscheidung des Gerichts überzeugt auch, weil sie einem generell zu beobachtenden Trend entgegenwirkt. In manchen Gemeinden ist zu beobachten, dass insbesondere Bekanntmachungen im Laufe des Aufstellungsverfahrens von Bebauungsplänen nicht (mehr) in Tageszeitungen erfolgen, sondern in einem eigenen Amtsblatt. Die Vorstellung, dass eine Bekanntmachung in der Tageszeitung von allen Betroffenen wahrgenommen wird, ist schon eher als Fiktion anzusehen. Bei einem Amtsblatt sinkt die Zahl der tatsächlich informierten von der Planung Betroffenen noch weiter. Bei einem bloßen Aushang am Rathaus schließlich kann man schon eher von einem „Verstecken“ als von einer Bekanntmachung sprechen. Ziel dieser Strategie ist es, die Zahl der Einwendungen/Bedenken möglichst gering zu halten und so das Verfahren zu erleichtern. Dies kann sich allerdings auch so auswirken, dass nach Inkrafttreten des Planes die Normenkontrollverfahren und Streitigkeiten über die Zulässigkeit von Vorhaben um so intensiver geführt werden,

weil die Betroffenen sich durch die „Heimlichkeit“ des Verfahrens düpiert fühlen.

Eine „offensive“ Führung des Verfahrens, die möglichst frühzeitig alle Bedenken berücksichtigt und auch entscheidet, erscheint wünschenswert. Hierbei können auf Dauer auch die Möglichkeiten des Internets eine Rolle spielen, die bereits heute die elektronische Abwicklung des Verfahrens und damit auch sowohl eine Beschleunigung, als auch einen erleichterten Zugang für alle Betroffenen ermöglichen. Es bleibt allerdings zu überlegen, wie wirklich alle Bürger in dieser Weise beteiligt werden können, da dieses Medium (noch) nicht jedermann zur Verfügung steht.

G.H.

Zulässigkeit einer vorläufigen Nutzungsuntersagung

(VGH Mannheim, Beschl. vom 1. Februar 2007 – 8 S 2606/06 – in: DÖV 2007, S. 569)

1. Eine ohne die erforderliche Baugenehmigung aufgenommene bauliche Nutzung, deren Zulässigkeit nicht ohne weiteres, sondern nur aufgrund weiterer Ermittlungen beurteilt werden kann, darf wegen formeller Baurechtswidrigkeit vorläufig bis zur endgültigen Klärung der Zulässigkeit im Baugenehmigungsverfahren untersagt werden.
2. Eine solche vorläufige Nutzungsuntersagung ist regelmäßig für sofort vollziehbar zu erklären, um die Präventivkontrolle zu sichern und zu verhindern, dass sich der rechtsuntreue Bürger Nutzungsvorteile gegenüber dem rechtstreuen Bürger verschafft.

Aus den Gründen:

Aller Voraussicht nach ist die Nutzungsuntersagung hier (auch) deshalb rechtmäßig, weil der Betroffene noch keine konkrete Beschreibung der geplanten Nutzung vorgelegt und deren Genehmigung beantragt hat. Eine genehmigungsbedürftige bauliche Nutzungsänderung, deren Genehmigungsfähigkeit nicht ohne weiteres, sondern erst aufgrund weiterer Ermittlungen festgestellt werden kann, darf nach § 62 Satz 2 LBO wegen formeller Baurechtswidrigkeit vorläufig bis zur endgültigen Klärung der Zulässigkeit der Nutzung im Baugenehmigungsverfahren untersagt werden. Damit erfüllt hinsichtlich der Zielrichtung die vorläufige Nutzungsuntersagung dieselben Aufgaben, wie sie der Baueinstellung zukommt. Sie verschafft der gesetzlich vorgeschriebenen Präventivkontrolle Geltung und verhindert, dass der rechtsuntreue Bürger Nutzungsvorteile gegenüber dem rechtstreuen Bürger, der das Genehmigungsverfahren betreibt, erhält. Diese öffentlichen Belange überwiegen das private Interesse an einer Nutzung, weil im Unterschied zur endgültigen Nutzungsuntersagung hier keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden. Eine derartige vorläufige Nutzungsuntersagung ist zur Sicherung der zuvor genannten öffentlichen Belange in aller Regel auch für sofort vollziehbar zu erklären.

H.W.

Sicherstellung eines Motorrads

(VGH München, Urt. v. 26.1.2009 – 10 BV 08.1422)

Art. 25 Nr. 1 PAG (= z.B. §§ 40 Nr. 1 HSOG, 43 Nr. 1 PolG NRW, 22 Nr. 1 POG Rh.-Pf.) liefert keine Rechtsgrundlage dafür, an Unfallschwerpunkten bei erheblichen Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung generell Fahrzeuge für einen oder mehrere Tage sicherzustellen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Sicherstellung eines Motorrads und die dafür angefallenen Kosten. Das Polizeipräsidium (PP) Oberbayern beobachtet seit Jahren, dass die Bundesstraße 11 (B 11) im Bereich des sog. Kesselbergs zwischen dem Kochel- und dem Walchensee einen Unfallschwerpunkt darstellt. In den Jahren 2003 bis 2007 kam es durchschnittlich zu mehr als 30 Verkehrsunfällen pro Jahr mit 17 bis 20 Verletzten. An den meisten Unfällen waren Motorradfahrer beteiligt, weil die kurvenreiche Strecke am Kesselberg ein sehr beliebtes Ausflugsziel für Motorradfahrer darstellt. In dem kritischen Streckenbereich zwischen Kilometer 67 und 73 der B 11 starben in den Jahren 2005 bis 2007 drei Verkehrsteilnehmer. Verschiedene Versuche, den Unfallschwerpunkt durch offene Polizeipräsenz, Geschwindigkeitskontrollen, Öffentlichkeitsarbeit etc. zu entschärfen, führten nach Angaben der Polizei zu keiner durchgreifenden Verbesserung. Angesichts dessen entschloss sich das PP Oberbayern zu einem härteren Vorgehen gegen die am Kesselberg anzutreffende Motorradszene. Nach der Grundsatzweisung des PP Oberbayern vom 21.6.2007 und 30.8.2007, sollten die Motorräder von sog. „Hardcore-Kradrasern“ sichergestellt werden. Bei einer einmaligen Geschwindigkeitsüberschreitung von mehr als 40 km/h und bei einer zweimaligen Geschwindigkeitsüberschreitung von mehr als 25 km/h innerhalb eines Jahres sollte in der Regel das Motorrad sichergestellt, abgeschleppt und mindestens bis zum nächsten Morgen, an Wochenenden bis zum Montagmorgen verwahrt werden. Der in Oberbayern wohnende Kläger (K) war am Freitag, den 24.8.2007, mit seinem Motorrad unterwegs. Er wurde zunächst um 16.35 Uhr bei einer Geschwindigkeitskontrolle in Huglfing innerorts wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 11 km/h von der Polizei angehalten und mit einer Verwarnung von 25 Euro belegt. Um 18.21 Uhr fuhr er mit seinem Kraftrad vom Walchensee kommend bergab auf der B 11 und überschritt bei der polizeilichen Geschwindigkeitskontrolle die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h um 42 km/h. Dies stellte eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von 100 Euro, der Eintragung von 3 Punkten und einem Fahrverbot von einem Monat geahndet wurde. Des Weiteren ordnete die Verkehrspolizeiinspektion Weilheim mündlich die Sicherstellung des Motorrads an, nahm das Kraftrad in Verwahrung und ließ es von einem Abschleppunternehmen zu einer Verwahrstelle nach Murnau bringen. K sprach am Montag, den 27.8.2007, bei der Polizeiinspektion Weilheim vor, erhielt gegen Begleichung der mit Leistungsbescheid festgesetzten Kosten von 277,42 Euro (45,00 Euro Gebühren, 232,42 Euro Auslagen) eine Fahrzeugfreigabebescheinigung, mit deren Hilfe er das Motorrad in Murnau abholen konnte. Die von K erhobene Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sicherstellung, der Abschleppmaßnahme und des Kostenbescheides ist vom VG München als unzulässig, die hilfsweise gestellte Anfechtungsklage

gegen den Kostenbescheid als unbegründet abgewiesen worden. Hiergegen richtete sich die Berufung des K.

II. Zur Rechtslage:

Der VGH hat der (zulässigen) Berufung überwiegend stattgegeben. Dabei differenziert das Gericht zwischen den drei angefochtenen Maßnahmen: Sicherstellungsanordnung Abschleppen des Fahrzeugs und Leistungsbescheid

1. Sicherstellungsanordnung

a) Hinsichtlich der **Sicherstellungsanordnung** ist eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO **zulässig**. Zwar hat sich der **Verwaltungsakt** der Sicherstellung vom 24.8.2007 spätestens mit der Freigabe des Motorrads am 27.8.2007 **erledigt**. Es ist jedoch anerkannt, dass analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO eine Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden kann, wenn sich der Verwaltungsakt – wie hier – schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erledigt hat und wenn K ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts hat. Ein **berechtigtes Interesse** besteht nicht schon deswegen, weil K eine Wiederholung des polizeilichen Vorgehens bei anderen Motorradfahrern befürchtet. Denn unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr kann die nachträgliche Überprüfung eines erledigten Verwaltungsakts nur verlangt werden, wenn die Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Person des K besteht. Dies hat K jedoch ausdrücklich bestritten.

Hingegen kann bei dem Kläger ein **Rehabilitationsinteresse** festgestellt werden, weil die Sicherstellung des Motorrads im vorliegenden Fall – anders als in sonstigen Abschleppfällen – eine **diskriminierende Wirkung** gehabt hat. Mit der Sicherstellung des Motorrads ist K von der Polizei zur Gruppe der besonders gefährlichen „Hardcore-Raser“ zugerechnet worden und hat im Unterschied zu sonstigen Verkehrsteilnehmern mit der Wegnahme des Fahrzeugs eine besonders einschneidende und diskriminierende Behandlung erfahren. Es kommt im vorliegenden Fall auch nicht darauf an, ob die mit dem Fahrzeugentzug verbundene Diskriminierung noch fortwirkt. Im Hinblick auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** aus Art. 19 Abs. 4 GG besteht bei sich regelmäßig kurzfristig erledigenden Polizeimaßnahmen ein Rehabilitationsinteresse schon dann, wenn ein besonders schwerwiegender Grundrechtseingriff festzustellen ist (vgl. BVerfG, NVwZ 1999, 290). Im vorliegenden Fall liegt in der Wegnahme des Fahrzeugs ein **erheblicher und schwerer Eingriff in das Eigentumsrecht** des K (Art. 14 Abs. 1 GG). Daher besteht ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Sicherstellung.

K kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass eine solche Überprüfung im Rahmen der gegen den Kostenbescheid gerichteten Anfechtungsklage inzident stattfinden kann. Weil in diesem Verfahren eine ausdrückliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Polizeimaßnahme nicht erfolgen kann, trägt diese Klagemöglichkeit dem Genugtuungsinteresse des Klägers nicht ausreichend Rechnung (vgl. BVerfG, NJW 1997, 2534).

b) Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet, weil die **Sicherstellungsanordnung** vom 24. 8. 2007 rechtswidrig gewesen ist und K in seinen Rechten verletzt hat. Nach Art. 25 Nr. 1 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei – PAG – kann die Polizei zwar eine Sache zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sicherstellen.

Hinweis: Die übrigen Ordnungsbehörden- und Polizeigesetze ent-

halten entsprechende Parallelnormen (s. Leits. 1).

Eine solche Sicherstellungsanordnung setzt allerdings zum einen eine konkrete Gefahr und zum anderen eine **ermessensfehlerfreie Entscheidung** der Polizei voraus. Im vorliegenden Fall sind zwar entgegen der Ansicht des K Ermessensfehler beim Erlass der mündlichen Sicherstellungsanordnung nicht nachzuweisen. Eine Überprüfung der von den Polizeibeamten vor Ort angestellten Ermessenserwägungen ist nach Aktenlage schon deswegen nicht möglich, weil eine zeitnahe schriftliche Dokumentation der Ermessensgründe nicht vorliegt und weil K eine schriftliche Bestätigung und Begründung der Sicherstellungsanordnung nach Art. 37 Abs. 2 Satz 2, Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG nicht beantragt hat.

Allerdings liegt die für eine entsprechende Ermessensentscheidung unverzichtbare Voraussetzung einer **gegenwärtigen Gefahr** nicht vor. Wie K zutreffend ausgeführt hat, ermächtigt Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG die Polizei grundsätzlich nur zur **präventiven**, der Gefahrenabwehr dienenden Sicherstellung von Sachen, nicht hingegen zu repressiven, allein der Bestrafung eines Beschuldigten dienenden Wegnahme von Gegenständen. Eine solche repressive Wegnahme ist etwa in den Vorschriften über die Einziehung von Sachen (vgl. § 74 StGB, § 21 Abs. 3 StVG) geregelt. Die Abgrenzung solcher repressiven von präventiven Maßnahmen ist allerdings nicht immer einfach. Zum einen dienen auch Strafen und Bußgelder nicht allein der Ahndung begangenen Unrechts, sondern zugleich der spezialpräventiven Einwirkung auf den Täter und der generalpräventiven Abschreckung Dritter. Zum anderen kann auch eine der Gefahrenabwehr dienende Sicherstellung von dem Betroffenen als Strafe empfunden werden. Die Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen kann sich darum nur daran orientieren, ob objektiv betrachtet das **Schwergewicht** einer Maßnahme im präventiven oder im repressiven Bereich liegt (vgl. Geppert, Polizeiliche Sicherstellungen von Kraftfahrzeugen im Rahmen der Verkehrsüberwachung? DAR 1988, 12/13).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Sicherstellung des klägerischen Motorrads schwerpunktmäßig präventiven Charakter gehabt hat. Auch wenn der Entzug des Fahrzeugs nach den in der Weisung aufgestellten Grundsätzen ähnlich wie eine Strafe primär an vergangenes Fehlverhalten anknüpft, spricht schon der vergleichsweise kurze Entzug des Kraftrads eher gegen eine das Handlungsunrecht abgeltende Nebenstrafe. Der kurzzeitige Entzug des Motorrads sollte vorrangig eine **erzieherische und abschreckende Wirkung** haben, dadurch weitere Motorrad-Unfälle am Kesselberg verhindern und damit vorbeugend Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer bekämpfen. Daher liegt im vorliegenden Fall wie bei vergleichbaren Sicherstellungen der Schwerpunkt der Maßnahme im präventiven Bereich (vgl. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 2. Aufl. 2006, RdNr. 42 zu Art. 25 PAG; Berner/Köhler, PAG, 18. Aufl. 2006, RdNr. 4 zu Art. 25; Rachor in Liskan/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, RdNr. 743; a. A. Geppert, a.a.O., S. 17 f.) Allerdings lässt Art. 25 Nr. 1 PAG die Sicherstellung von Sachen nicht zur Bekämpfung abstrakter, sondern nur zur Unterbindung konkreter und gegenwärtiger Gefahren zu. Zur Bekämpfung der im Allgemeinen von „Verkehrssündern“ ausgehenden Gefahr erneuter Verkehrsverstöße hat der Bundesgesetzgeber nicht nur rein repressive Sanktionen in Form von Bußgeldern und Fahrverboten (§§ 24, 25 Straßenverkehrsgesetz – StVG), sondern auch einen Katalog präventiver Maßnahmen in § 4 StVG vorgesehen. Durch das sog. Punktesystem, das bei wiederholten Verstößen zum Entzug der Fahrerlaubnis führen kann, durch das Angebot von sog. Aufbaukursen und verkehrspsychologischen Beratungen wird vom Bundesgesetzgeber ein – wie dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 StVG klar zu entnehmen ist – präventives System zum Schutz vor Gefahren, die von

wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßenden Fahrzeugführern und -haltern ausgehen, bereit gestellt. Dieses Regelungssystem knüpft an die abstrakt bestehende Wiederholungsgefahr an, ohne dass die Gefahr im Einzelfall konkret belegt werden müsste oder widerlegt werden könnte. Der BayVGH hat dieses System als grundsätzlich verfassungsgemäß eingestuft (Beschl. vom 17.1.2005 BayVBl 2005, 278). Es stellt eine geeignete und verhältnismäßige Regelung zur Bekämpfung der von „Verkehrssündern“ im Allgemeinen ausgehenden Wiederholungsgefahr dar.

Die Vorschrift des Art. 25 Nr. 1 PAG über die Sicherstellung von Sachen knüpft hingegen an eine konkrete und gegenwärtige Gefahr an, setzt also für eine Sicherstellung von Fahrzeugen eine im Einzelfall bestehende Gefahr eines **in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang drohenden Verkehrsverstößes** voraus. An dieser konkreten Gefahr fehlt es im vorliegenden Fall. Eine solche Gefahr besteht nur dann, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der nächsten Zeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 21 ff, 42 zu Art. 11 PAG). Eine solche Prognoseentscheidung im Einzelfall kann nicht schematisch an die Höhe einer einmaligen oder zweimaligen Geschwindigkeitsübertretung geknüpft werden. Denn es gibt keinen Erfahrungssatz, dass ein von der Polizei ertappter „Verkehrssünder“ sich generell unbelehrbar zeigt und von dem ihm angedrohten Bußgeldern, Fahrverboten und Punkten unbeeindruckt bleibt.

Vielmehr muss im Regelfall davon ausgegangen werden, dass die im Straßenverkehrsrecht vorgesehenen Ordnungsmittel den normalen Verkehrsteilnehmer so nachhaltig beeindrucken, dass er von der umgehenden Begehung erneuter Verkehrsverstöße absieht. Etwas anderes kann nur in **Ausnahmefällen** gelten. Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Fahrzeugführer infolge von **Alkohol- oder Drogenkonsum enthemmt** ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 44 zu Art. 25 PAG), wenn er weitere Verkehrsverstöße **ausdrücklich ankündigt** oder wenn er sich auf dem Weg zu einem **unerlaubten Wettrennen** befindet (vgl. BayVGH vom 23.5.2008 10 CS 08.1353). Im Regelfall kann die Polizei jedoch bei ihrer Gefahrenprognose nicht davon ausgehen, dass das im Straßenverkehrsgesetz enthaltene System von Sanktionen und Präventivmaßnahmen wirkungslos bleibt. Eine solche Annahme widerspräche nicht nur der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern auch den grundlegenden Wertungen des StVG. Daher überzeugt auch im vorliegenden Fall die polizeiliche Rechtfertigung der Sicherstellung des klägerischen Motorrads nicht. Die von der Polizei aufgestellte Prognose, dass K nach Feststellung der Geschwindigkeitsüberschreitung von 42 km/h ohne Wegnahme des Motorrads sofort wieder einen Verkehrsverstoß begangen hätte, blendet den Umstand völlig aus, dass K von der Polizei mit einem Radargerät kontrolliert, angehalten und ermahnt worden ist. K ist ein durchschnittlicher Fahrzeugführer, der keine besonders hohe Zahl von Punkten im Verkehrszentralregister aufweist. Er hat sich nicht völlig uneinsichtig gezeigt oder weitere Verkehrsverstöße angekündigt. Er gehört nicht der sog. Rennszene am Kesselberg an und hat sich auch nicht zu einem bevorstehenden Wettrennen verabredet. Bei K war – wie bei jedem normalen Verkehrsteilnehmer – zu erwarten, dass er nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Verkehrskontrolle erneut einen vorsätzlichen Verkehrsverstoß begehen würde. Daher ist im vorliegenden Fall die Rechtswidrigkeit der Sicherstellung festzustellen.

2. Abschleppen des Motorrades

a) Zwar handelt es sich bei der Abschleppung des Motorrads um einen Realakt, so dass nur die **allgemeine Feststellungsklage** nach § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht kommt. K hat jedoch ein **berechtigtes**

Feststellungsinteresse daran, die Rechtmäßigkeit dieses Realakts nachträglich prüfen zu lassen (vgl. dazu Happ in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 34 zu § 43). K wurde nicht nur durch die **hoheitliche Anordnung der Sicherstellung**, sondern auch durch die **nachfolgende Verwahrung** des Fahrzeugs benachteiligt und diskriminiert, so dass auch insoweit ein berechtigtes Interesse an der Rehabilitation besteht.

b) Die zulässige Feststellungsklage ist auch **begründet**. Zwar ermächtigt Art. 26 Abs. 1 Satz 1 PAG (*Hinweis: Vergleichbare Regelungen enthalten die übrigen Ordnungsbehörden- und Polizeigesetze, s. z.B. § 44 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW*) die Polizei, sichergestellte Sachen in Verwahrung zu nehmen. Auch kann die Polizei nach Art. 26 Abs. 1 Satz 3 PAG insbesondere bei Fahrzeugen, **private Dritte** mit der Aufbewahrung beauftragen (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNrn. 5 und 6 zu Art. 26 PAG). Das Verbringen eines sichergestellten Fahrzeugs zur Verwahrstelle ist daher regelmäßig zu dessen sicherer Unterbringung erforderlich. Im vorliegenden Fall beruht die Verwahrung jedoch auf einer **rechtswidrigen Sicherstellungsanordnung**, so dass nach dem in der Lehre teilweise vertretenen Konnexitätsprinzip die Verwahrung schon deswegen rechtswidrig gewesen ist (vgl. Knemeyer, Polizei- und Sicherheitsrecht, 10. Aufl. 2004, RdNr. 358). Anerkennt man dieses Konnexitätsprinzip nicht (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 6 zu Art. 53 PAG m.w.N.) und geht man davon aus, dass angesichts der sofortigen Vollziehbarkeit der Sicherstellungsanordnung ein Verwahrungsverhältnis rechtmäßig begründet worden ist, erweist sich die Abschleppmaßnahme im vorliegenden Fall gleichwohl als rechtswidrig. Denn K hat schon vor der Abschleppmaßnahme einen **Anspruch auf Herausgabe** der Sache gehabt, so dass sein Fahrzeug nicht an einen anderen Ort gebracht werden durfte. Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 PAG besteht ein Herausgabeanspruch, sobald die Voraussetzungen für eine Sicherstellung weggefallen sind (= z.B. § 46 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW). Dieser Anspruch ist Ausdruck des **allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs** und greift unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen einer Sicherstellung bei deren Erlass vorgelegen haben oder nicht (vgl. Berner/Köhler, a.a.O., RdNr. 2 zu Art. 28). Da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer Sicherstellungsanordnung nicht vorgelegen haben, hat K einen Anspruch auf sofortige Herausgabe seines Motorrads gehabt. Demzufolge sind das Abschleppen des Motorrads nach Murnau und die Verwahrung bei dem Abschleppunternehmen bis zum folgenden Montag rechtswidrig gewesen.

3. Leistungsbescheid

Der Senat hält die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides für unzulässig.

a) Das VG München hat allerdings die Klage auf **Feststellung** der Rechtswidrigkeit des **Leistungsbescheides** vom 27.8.2008 zu Recht als unzulässig zurückgewiesen. Denn dieser Feststellungsklage steht der Grundsatz des **Vorrangs der Gestaltungsklage** nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen. Daher hat K diesen Antrag in der Berufungsverhandlung nicht mehr aufrecht erhalten, so dass das verwaltungsgerichtliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden ist. Die Klage ist aber als **Anfechtungsklage zulässig** (§ 42 Abs. 1 VwGO).

b) Diese Klage ist auch **begründet**

Zwar kann die Polizei nach Art. 28 Abs. 3 Satz 1 PAG für die Sicherstellung Kosten (Gebühren und Auslagen) erheben (= z.B. § 46 Abs. 3 PolG NRW i. V. mit § 77 VwVG NRW und § 11 KostO NRW). Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass die Kostenerhebung des Wei-

teren davon abhängt, dass die **Polizeimaßnahme rechtmäßig** gewesen ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 28 zu Art. 76, Berner/Köhler, a.a.O., RdNr. 23 zu Art. 76). Diese Einschränkung der Kostenerhebung wurzelt im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip und hat ihre konkrete Ausgestaltung in Art. 16 Abs. 5 des Kostengesetzes (KG) gefunden, auf den Art. 38 Abs. 3 Satz 4 PAG verweist. Danach werden Kosten nicht erhoben, die bei richtiger Sachbehandlung nicht angefallen wären.

Hinweis: Dies entspricht der Rechtslage in anderen Ländern (s. z.B. § 14 Abs. 2 GebG NRW).

Da sich im vorliegenden Fall die Sicherstellung und die Abschleppmaßnahme als rechtswidrig erwiesen haben, ist folglich auch die Erhebung der dafür angefallenen Gebühren und Auslagen nicht zulässig. Demzufolge ist der Leistungsbescheid vom 27.8.2007 **aufzuheben**.

J.V.

Verpflichtung zur Duldung einer Abwasserleitung

(VG Minden, Urt. v. 17.10.2007 – 8 K 2156/06)

Der Eigentümer muß die Inanspruchnahme seines Grundstücks für einen Abwasserkanal hinnehmen, wenn es für eine andere Leitungsführung keine vernünftige Alternative gibt.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als eine Gemeinde dabei war, Abwasserleitungen zu verlegen, ergab sich, dass sie dafür auch einen Privatweg in Anspruch nehmen wollte. Der Grundstückseigentümer war jedoch nicht bereit, die Durchleitung zu gestatten. Daraufhin erging eine entsprechende Duldungsanordnung nach §§ 125 Abs. 2, 128 Landeswassergesetz NRW. Danach kann der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet werden, eine unterirdische Leistung zu dulden. In diesem Fall wird ihm das Eigentum an dem in Anspruch genommenen Grundstücksteil weder ganz noch teilweise entzogen. Vielmehr handelt es sich um eine die Sozialpflichtigkeit des Eigentums konkretisierende Inhaltsbestimmung. Infolgedessen kann grundsätzlich eine Verpflichtung, Abwasserleitungen zu dulden, ausgesprochen werden.

Durch die Kanalverlegung wollte die Gemeinde für die angrenzenden Hausgrundstücke eine geeignete Anschlussmöglichkeit an die öffentliche Schmutzwasserkanalisation schaffen, um dann den Anschluß- und Benutzungszwang ausüben zu können. Die Inanspruchnahme des Wegegrundstücks war erforderlich, denn es gab keine vernünftige Alternative zur Abwasserableitung. Eine andere Leitungsführung wäre nicht zweckmäßiger gewesen, weil sie die Inanspruchnahme weiterer privater Grundstücksflächen erforderlich gemacht hätte. Auch wären bei anderer Führung die Leitungen länger geworden, was höhere Kosten verursacht hätte. Unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit und der geringst möglichen Belastung privater Eigentümer waren alle anderen Möglichkeiten nicht zweckmäßig.

F. O.

Rechtsanwalt oder Gemeindeangestellter

(BGH, Beschl. v. 26.11.2007 – AnwZ(B) 99/06)

Ein Rechtsanwalt darf nicht gleichzeitig in leitender Position als Gemeindeangestellter tätig sein.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Tätigkeit als angestellter Leiter des Personal-, des Haupt-, die Ordnungs-, des Standes-, und des Bauamtes einer Gemeinde mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren ist. Es ging um den Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, die der Rechtsanwalt bereits seit 1987 hatte; war aber außerdem unter Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT III angestellt. Es ging darum, ob der Rechtsanwalt eine Tätigkeit bei der Gemeinde ausübte, die mit seinem Beruf, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gefährden kann. Für die Frage der Vereinbarkeit des Anwaltsberufs mit anderen Tätigkeiten ist zu berücksichtigen, ob die Ausübung des zweiten Berufs beim rechtsuchenden Publikum begründete Zweifel an der Unabhängigkeit und Kompetenz des Rechtsanwalts erweckt und dadurch das Ansehen der Rechtsanwaltschaft insgesamt in Mitleidenschaft gezogen wird. Das ist dann der Fall, wenn der Rechtsanwalt in seinem Zweitberuf beamtenähnliche Funktionen ausübt und hoheitlich tätig wird.

Wegen der verschiedenen Aufgaben hatte der Rechtsanwalt eine herausgehobene Stellung in der Gemeindeverwaltung. Ihm oblagen mit Ausnahme der Aufgaben des Kämmerers alle relevanten – auch hoheitlichen – Aufgaben der Gemeinde. Diese nahm er eigenverantwortlich und ohne fachliche Weisung wahr. Er unterlag nur der Dienstaufsicht des Bürgermeisters.

Der Rechtsanwalt war Entscheidungsträger, der neben dem Bürgermeister „das Sagen“ hatte. Dies begründete die Gefahr, dass Mandanten des Rechtsanwalts oder der Gegner sich vorstellen konnten, die herausgehobene Stellung des Rechtsanwalts in der Gemeindeverwaltung habe auch die damit verbundenen Kontakte zu anderen staatlichen Stellen und könnten den Rechtsanwalt in die Lage versetzen, mehr für seine Mandanten zu bewirken als andere Rechtsanwälte.

Dem Rechtsanwalt wurde die Zulassung genommen.

F. O.

Überschwemmungsschaden durch Regenwasser

(OLG Brandenburg, Urt. v. 29.5.2007 – 2 U 41/06)

Die Ortsentwässerung ist ausreichend, wenn sie für ein Regenereignis mit einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von einmal in fünf Jahren angelegt ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als ein Haus durch Regenwasser überschwemmt wurde, machte der Grundstückseigentümer die Gemeinde verantwortlich und verlangte von ihr Schadensersatz. Es ging darum, ob die Planung der Regenent-

wässerung zu beanstanden war. Ein eingeholtes Sachverständigen-gutachten ergab jedoch, daß die Entwässerungsanlage für ein Regenereignis mit einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von einmal in fünf Jahren ausreichend war. Demgegenüber meinte der Grundstückseigentümer, die Entwässerungsanlage hätte so geplant und ausgeführt werden müssen, daß sie einem Starkregenereignis hätte standhalten können. Es hätte auf ein Regenereignis mit einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von 40 bis 50 Jahren abgestellt werden können. Nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg ist eine Gemeinde nicht verpflichtet, ihre Entwässerungsanlagen so zu erreichen, daß diese einem 40 bis 50 jährigen Berechnungsregen genügen.

F. O.

Zur Zumutbarkeit einer Arbeits- gelegenheit („Ein-Euro-Job“) im SGB II

(BSG, Urteil vom 16.12.2008 – Az. B 4 AS 60/07 R)

1. Es existiert keine gesetzliche Regelung zum zeitlichen Umfang von Arbeitsgelegenheiten. Arbeitsgelegenheiten können ihre gesetzliche Funktion nur dann erfüllen, wenn die zeitliche Inanspruchnahme des Hilfebedürftigen Rückschlüsse auf seine Leistungsfähigkeit zulassen.

2. Die Gefahr einer Verdrängung regulärer Arbeitsverhältnisse durch Arbeitsgelegenheiten ergibt sich nicht aus dem zeitlichen Umfang sondern allein aus der Art der Tätigkeit.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Zum Sachverhalt:

Der entschiedene Fall ist der bereits aus den Medien bekannte Fall eines arbeitslosen Ingenieurs, der von der ARGE aufgefordert worden war, im Rahmen einer Arbeitsgelegenheit an 30 Stunden in der Woche Bäume mit Wildschutzfolie zu umwickeln und dörfliche Denkmäler zu pflegen. Der Betroffene hatte die Arbeitsgelegenheit nicht angetreten, woraufhin die ARGE die Leistungen unter Wegfall des Zuschlages nach § 24 SGB II um 30% kürzte.

Der Kläger wandte sich gegen die Sanktionsentscheidung im Wesentlichen mit dem Argument, dass die Tätigkeit allein schon vom Umfang nicht zumutbar sei. Eine Tätigkeit mit derart hohem Stundenumfang grenze zu eng an eine Vollzeitbeschäftigung und führe daher zu einer Konkurrenz zu regulären Beschäftigungsverhältnissen. Außerdem ermögliche ihm der hohe Zeiteinsatz nicht mehr die Möglichkeit, sich in ausreichendem Maße um reguläre Beschäftigungen zu kümmern.

Zu den Entscheidungsgründen:

Die Klage wurde abgewiesen, die Sanktionierung des Leistungsberechtigten und damit die Aufforderung, der Arbeitsgelegenheit in dem geforderten Umfang nachzukommen, waren rechtmäßig.

Das Urteil beschäftigt sich in der Begründung in erster Linie mit der bis dato in der Literatur vielfach vertretenen Auffassung, eine Arbeitsgelegenheit nach § 16 Absatz 3 SGB II müsse zur Verhinderung der Verdrängung regulärer Beschäftigungsverhältnisse zeitlich begrenzt sein. Diese Auffassung wird zurückgewiesen, da es zur Beurteilung der Verdrängung lediglich auf die Art der Tätigkeit, nicht aber auf den zeitlichen Umfang ankomme.

Es komme auch nicht darauf an, dass Förderleistungen nach dem SGB II in einer bestimmten Relation zu den Grundsicherungsleistungen stünden. Die Arbeitsgelegenheit stellt keine Gegenleistung des Hilfebedürftigen für die erhaltenen passiven Geldleistungen dar, sodass sich ein diesbezüglicher Vergleich verbiete.

Es komme allein darauf an, ob die Arbeitsgelegenheit eine geeignete und erforderliche Maßnahme ist, um dem Hilfebedürftigen zu ermöglichen, zukünftig wieder unabhängig von Grundsicherungsleistungen leben zu können. Arbeitsgelegenheiten dienen in diesem Zusammenhang in erster Linie dazu, Langzeitarbeitslose wieder an eine reguläre Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt heranzuführen. Um dieses Ziel zu erreichen sei es jedoch erforderlich, auch durch Wahl des geeigneten zeitlichen Umfangs der Arbeitsgelegenheit die Leistungsfähigkeit des Hilfebedürftigen zu überprüfen.

Denkbar wäre eine Begrenzung der zeitlichen Inanspruchnahme

jedoch, wenn dadurch eine Überforderung des Leistungsberechtigten drohe. Das sei im hier zu entscheidenden Fall jedoch nicht gegeben.

Den Eigenbemühungen des Hilfebedürftigen um eine reguläre Beschäftigung stehe der zeitliche Umfang der Tätigkeit ebenfalls nicht entgegen. Solche Bemühungen könnten auch durch Maßnahmen im Einzelfall, wie z.B. Freistellung von der Beschäftigung zur Wahrnehmung von Vorstellungsgesprächen, Rechnung getragen werden.

R.R.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

G.H.	=	Regierungsdirektor Günter Haurand
F.O.	=	Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
R.R.	=	Dipl.-Volkswirt René Ruschmeier
J.V.	=	Prof. Dr. Jürgen Vahle
H.W.	=	Prof. Holger Weidemann

SCHRIFTTUM

Ebert, Das aktuelle Disziplinarrecht, 3. Aufl. 2008, 172 Seiten, € 16,80, Boorberg, ISBN 3-415-03532-8

Bei dem vorliegenden Buch handelt es sich – wie der Untertitel selbst ausweist – um einen „Leitfaden“. Monographische Tiefe kann und darf also nicht erwartet werden. Die Darstellung beschränkt sich im Übrigen – von einigen wenigen Verweisen abgesehen – auf die bundesrechtliche Lage. Untersuchungsführer einer Landesbehörde müssen daher stets „ihr“ jeweiliges Landesrecht zu Rate ziehen. Davon abgesehen gibt der Leitfaden einen konzentrierten und gut lesbaren Überblick über die Rechtsgrundlagen, den Zweck des Disziplinarverfahrens und die Verfahrensgrundsätze. Zentrale einschlägige Rechtsvorschriften werden wörtlich zitiert, so dass die Suche in anderen Sammlungen entfällt. Sehr positiv hervorzuheben ist die ständige Bezugnahme auf die verwaltungsgerichtlichen Aspekte. Mehr als 20 Seiten sind schließlich für Muster von behördlichen Schreiben und Bescheiden reserviert, die den Ablauf eines Disziplinarverfahrens widerspiegeln.

Fazit: Ein gelungener Grundriss des (Bundes-)Disziplinarrechts, der einen instruktiven Überblick über die sich in solchen Verfahren stellenden Fragen gibt.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Luber, Schelter, Deutsches Sozialrecht, Textsammlung, 241. Ergänzungslieferung, Stand 1. Juni 2009, € 122,00, Verlag R.S. Schulz, Starnberg

Belz, Meldegesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 4. Aufl. 2007, 502 Seiten, geb. € 95,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-018431-2

Der vorliegende Kommentar trägt den zahlreichen Änderungen Rechnung, die das Meldegesetz in den letzten Jahren erfahren hat. Besonders zu nennen ist hier das Gesetz v. 07.03.2006, das mit der Einbeziehung des Internet und der Schaffung eines Meldeportals neue technische Wege beschreitet. Auch im Meldewesen soll damit die Nutzung elektronischer Kommunikationsformen verstärkt ermöglicht werden. Eingearbeitet worden sind weiter Änderungen im allgemeinen Datenschutzrecht sowie die Neugestaltung des Gebührenrechts durch das neue Kommunalabgabengesetz bzw. Landesgebührengesetz. Eine knapp zehn Seiten umfassende Einführung gibt einen sehr instruktiven Überblick über das Meldewesen und das Meldegesetz sowie die Verknüpfungen mit anderen Normwerken. Die Kommentierung ist einheitlich strukturiert und gut lesbar. Jeder Einzelerläuterung ist ein Abschnitt „Bedeutung und Anwendungsbereich“ (der Norm) vorangestellt; diese knappe Einführung erleichtert das Verständnis der Vorschriften und trägt auch zum besseren Verständnis der anschließenden Detaildarstellungen bei. Die Hervorhebung von Leitbegriffen sowie ein hinreichend tief gestaffeltes Randsystem erleichtern den Zugriff auf die gesuchte Problematik. Literatur- und Rechtsprechungsangaben sind in die Fußnoten verbannt, so dass der Lesefluss nicht unnötig gehemmt wird. Im Anhang sind weitere relevanten Rechtsvorschriften abgedruckt, so dass dem Nutzer das Suchen in anderen Textsammlungen erspart wird.

Fazit: Der Kommentar bietet eine präzise und gut verständliche Erläuterung des Meldegesetzes von BW und dürfte damit die erste Wahl für alle sein, die sich mit diesem Gesetz zu befassen haben.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Merten/Merten, Hamburgisches Polizei- und Ordnungsrecht, 2007, 421 Seiten, kart. € 49,80, Kohlhammer, ISBN 978-3-555-15069-7

Das (Hamburger) Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) ist das Gefahrenabwehrrecht für die gesamte Hamburger Verwaltung. Wer freilich wissen will, welche Befugnisse die (Vollzugs-)Polizei im informationellen Bereich (zusätzlich) hat, muss ergänzend das „Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei“ zu Rate ziehen. Der Text des Gesetzes ist im Anhang abgedruckt, eine Kommentierung liefert das Werk von Albert/Merten, dessen 3. Auflage leider aus dem Jahre 2002 stammt und daher nicht die Aktualität des vorliegenden Werkes aufweist. Der „Merten/Merten“ bietet eine detailreiche und anschauliche Erläuterung des SOG unter umfangreicher Auswertung von Literatur und Rechtsprechung. Erfreulicherweise wurde offensichtlich die Rechtsentwicklung in anderen Bundesländern sehr sorgfältig beobachtet und in die Kommentierung einbezogen. Speziell die Literaturnachweise sind gesondert den Erläuterungen vorangestellt; hier finden sich auch zahlreiche Aufsätze und Anmerkungen zur Rechtsprechung. In der Sache lässt das Buch keine Wünsche offen. Auf (fast) jede Frage findet sich eine fundierte Antwort. An etlichen Stellen werden sehr nützliche Verfahrenshinweise gegeben. Dies gilt etwa in Bezug auf die Handhabung der Vorschrift über die Wohnungsverweisung (§ 12 b). Hier stellen die Autoren das spezielle Konzept der Hamburger Polizei vor (Rn. 18 ff.). Entsprechendes gilt für das Aufenthaltsverbot. Das praktisch bedeutsame Thema der zwangsweisen Durchsetzung wird am Beispiel der Drogendealer und –konsumenten erörtert. Der These, Ersatzzwanghaft sei bei Drogenabhängigen stets ungeeignet und damit unverhältnismäßig (Rn. 32) kann durchaus zugestimmt werden, obwohl damit Zwangsgelder gegen diesen Personenkreis praktisch ausscheiden. Bei der Beurteilung der (Un-)Zulässigkeit der Anwendung von Vomitivmitteln (zur Gefahrenabwehr) liegen die Autoren (zu Recht) auf der Linie des EGMR (§ 15 Rn. 5). Nicht ganz folgen möchte ich der These, wonach „Angriffs- oder Fluchtunfähigkeit“ stets ein Überleben des Aggressors voraussetzt (§ 24 Rn. 16). Dies kann m. E. nur für die zweite Alternative gelten. Anderenfalls wäre ein gezielter tödlicher Schuss gegen einen hoch gefährlichen Angreifer zumindest in allen Ländern verboten, in denen der Zweck des Schusswaffengebrauchs nur sein darf, „angriffs- oder fluchtunfähig“ zu machen, und die keine ausdrückliche Ermächtigung für den sog. finalen Rettungsschuss kennen (z.B. in NRW). Solche Differenzen können (und dürfen) indessen den wissenschaftlichen Wert eines Buches nicht in Zweifel ziehen.

Fazit: Der vorliegende Kommentar bezieht erfrischend deutlich Position in vielen Streitfragen. Die Argumentation ist stets bedenkenwert und in den meisten Fällen überzeugend. Der „Merten/Merten“ gehört zu den Kommentaren, die einen fundierten Beitrag zur Weiterentwicklung des Rechts leisten. Keiner, der sich – sei es beruflich, sei es im Rahmen der Ausbildung – mit Problemen aus dem Bereich des Hamburger Sicherheitsrechts zu befassen hat, kann und sollte es sich leisten, das Werk zu vernachlässigen!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Kommentare, Texte, 28. Nachlieferung / September 2009, Kommunal- und Schul-Verlag | Wiesbaden

Die Aktualisierung der Kommentierung umfasst die §§ 41, 42, 44, 45, 46, 54, 81, 128, 133, und 136. Diese Regelungen befassen sich mit dem Rat, leitende Beamtinnen und Beamte

auf Zeit sowie die Durchführung der Aufsicht. Neu kommentiert wurde § 22 b (Bürgerbegehren, Bürgerbescheid).

Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 3. Aufl. 2008, 3.498 Seiten, geb., € 98,00, Wolters Kluwer, ISBN 978-3-472-07222-5

Nicht mehr als rd. zwei Jahre liegen zwischen der ersten und der aktuellen Auflage des Kommentars. Nach fulminantem Einstieg auf dem Markt der BGB-Kommentare – und zwischenzeitlicher Krise – hat sich der „PWW“ offensichtlich etabliert. Er ist dicker geworden (rd. 370 Seiten), hat aber nicht an (überflüssigem) Fett angesetzt. Der Umfangszuwachs von ca. 370 Seiten geht auf das Konto der Kommentierung etlicher Nebengesetze (z. B. des Gewaltschutzgesetzes u. des Lebenspartnerschaftsgesetzes). Diese Ergänzungen sind sinnvoll und erhöhen den Nutzwert des Kommentars erheblich. Erfreulicherweise hat sich der Preis nicht verändert. Anlässlich des Erscheinens der Erstauflage schrieb der Rezensent in dieser Fachzeitschrift, der Kommentar bildet eine attraktive Alternative zu „Palandt“. Der „PWW“ unterscheidet sich in puncto Lesbarkeit sogar wuchtig von seinem Konkurrenten, dessen Abkürzungsmanie hinreichend bekannt ist.

Der „PWW“ ist – wie Stichproben gezeigt haben – auf der Höhe der Zeit. Literatur und Rspr. sind. Aktuelle Entscheidungen des Jahres 2008 werden ausgewiesen und in die Kommentierung eingearbeitet worden (s. z. B. § 138 Rn. 103, 140). Bei der Kommentierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist auffällig, aber nicht überraschend, dass hauptsächlich Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit nachgewiesen sind. Das AGG hat seine Wirkungen fast ausschließlich auf diesem Rechtsgebiet entfaltet.

Die äußeren Vorzüge des „PWW“ seien – auch im Hinblick auf den wachsenden Bekanntheitsgrad des Werkes in Praxis und Lehre – nur kurz anersinn.

Der Kommentierung liegt ein einheitliches Schema zugrunde: Normzweck, Anwendungsbereich der Norm, Voraussetzungen und (teilweise) Haftungsfragen sowie Probleme der Beweislast. Diese Abfolge ist schlüssig, und ihre konsequente Verwirklichung macht es leicht, sich in dem Kommentar zurecht zu finden. Ein umfangreiches und gut lesbares Sachregister trägt hierzu ebenso wirkungsvoll bei wie ein sehr dicht gestaffeltes Randnummernsystem. Drucktechnisch macht das Werk einen gediegenen Eindruck; Leitbegriffe sind benutzerfreundlich fett hervorgehoben.

Fazit: Ein hervorragender Kommentar, der dem „Palandt“ erfolgreich Paroli bietet und dem weitere Auflagen sowohl sicher als auch zu wünschen sind.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Tremml/Karger, Der Amtshaftungsprozess, 3. Aufl. 2009, 367 Seiten, kart. € 40,00, Verlag Franz Vahlen, ISBN 978-3-8006-3577-1

Die Staatshaftung spielt in der Gerichtspraxis nach wie vor eine große Rolle. Zahlreiche Entscheidungen des BGH und der Instanzgerichte belegen diese Einschätzung. An Informationen über die Voraussetzungen und ggf. Durchsetzung eines solchen Anspruchs besteht daher ein großer Bedarf. Dieser Bedarf wird durch das vorliegende Buch auf gelungene Weise gedeckt. Entgegen dem – etwas irreführenden – Titel behandeln die Autoren nicht nur spezielle prozessrechtliche Aspekte eines Amtshaftungsfalles, sondern stellen umfassend die materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen einer Haftung des Staates einschließlich der kommunalen Körperschaften dar. Einbezogen wurde die Notarhaftung aufgrund ihrer Nähe zur Amtshaftung. Ebenso erörtert werden verwandte Anspruchsgrundlagen bei rechtswidrigem Verwaltungshandeln, z.B. der Entschädigungsanspruch bei enteignungsgleichem Eingriff und der Folgenbeseitigungsanspruch. Zu Recht wird dem „europäischen Amtshaftungsprozess“ ein eigenes, sehr instruktives Kapitel gewidmet. Die Darstellung ist leserfreundlich; hierzu trägt nicht zuletzt die geschickte Verwendung des Fettdrucks bei Leitbegriffen bei. Literatur und Rechtsprechung sind reichhaltig ausgewertet worden.

Fazit: Hauptadressaten des bewährten Handbuchs dürften Rechtsanwälte sein, jedoch kann das Buch großen Nutzen auch für Sachbearbeiter in Behörden haben, die sich mit einschlägigen Fragen zu befassen haben.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Häberle, Peter, Europäische Verfassungslehre, 748 Seiten, geb. 99 €, 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009, ISBN 978-3-8329-4583-1.

Wenn ein umfangreiches, grundlegendes Werk zu einem bedeutenden Thema von 2001 bis 2009 sechs Auflagen erlebt, fallen Rezensenten Lobesworte wie „moderner europawissenschaftlicher Klassiker (Kilian)“, „Landmarke seines Gegenstandes“ (Goerlich), „Standardwerk der Europawissenschaft“ (Callies) oder „imponierender Beitrag für das Ansehen der deutschen Rechtswissenschaft“ (Lerche) leicht. So sei hier gleich die Aufforderung hinzugefügt, das individuelle, originelle, ambitionöse, gründliche, auf lebenslangen intensiven, engagierten Studien des Autors beruhende (Lebens-)Werk für jede öffentliche und private Bibliothek von europarechtlich Interessierten anzuschaffen. Das Werk, ein Mixtum von Monographie und Lehrbuch mit Elementen eines Nachschlagewerks, stößt mit kulturwissenschaftlichen, text- und kontextvermittelnden Erörterungen auf entwicklungsgeschichtlichem Fundament über die Ebene des geltenden (Primär-) Rechts einschließlich der Verfassungstheorien, des in langwieriger Ratifikation befindlichen „Lissabonner Vertrags“ von 2007 zur allgemeinen (Makro-)

Ebene einer europäischen Verfassungslehre vor. Häberle weist im Vorwort (S. 3) allerdings darauf hin, dass „diese Arbeit letztlich nur generationenübergreifend und von vielen nationalen Wissenschaftlergemeinschaften in Europa gemeinsam geleistet werden kann. Der kulturelle Generationenvertrag, Teil des europäischen Gesellschaftsvertrages, ist selten so notwendig wie beim Aufbau und Ausbau des gemeinsamen „europäischen Hauses“, das ein *Haus der Verfassung* ist.“ Und das Urteil des BVerfG vom 30. Juni 2009 zum „Lissabonner Vertrag“ (2 BvE 2/08, 5/08 pp.) liefert ein aktuelles Beispiel für diese These. Das Gericht hält den Vertrag für grundgesetzgemäß, das deutsche Begleitgesetz dazu hingegen in wesentlichen Teilen für verfassungswidrig; selbst wenn das BVerfG im deutschen Rechts- und Verfassungssystem keine *suprema potestas* beanspruchen kann und keine unilateralen Grenzziehungen im Europa der Europäischen Union (EU) vornehmen darf, wird die Auseinandersetzung mit seinen Gedankengängen viel Arbeit von vielen erfordern. Die Kernfrage, ob die EU aus dem bestehenden Staatenverbund zu einem staatsanalogen Gebilde oder zu einem Bundesstaat werden soll / darf, muss dabei jedenfalls politisch und rechtlich geklärt werden – auch aus deutscher Sicht in der „Europäischen Verfassungsfamilie“. Das Ergebnis der siebten Direktwahl(en) zum Europäischen Parlament Anfang Juni 2009 und die schlechte Wahlbeteiligung von eu-weit 42,94 % (in Deutschland von 43,3 %) zwingen hinzuzufügen, dass auch die Wissenschaftler dazu beitragen müssen, möglichst viele Europäerinnen und Europäer zum Mitbauen zu bewegen. Das ist umso wichtiger, weil Politiker in den Mitgliedsstaaten gerne gemeinschaftliche Erfolge zu „nationalisieren“ oder zu „regionalisieren“ versuchen, Misserfolge hingegen „denen in Brüssel“ (oder wahlweise „in Straßburg“ oder „in Luxemburg“) anlasten. Häberle baut an diesem Werk, sogar am Fundament des Hauses, mit und gibt Anregungen im 2. Teil *Verfassungsgebung in Europa heute sowie in naher Zukunft*.

Der Autor umreißt aber zunächst *Europa* als Gegenstand der Verfassungslehre, wendet sich dann der Verfassungsgebung *in Europa* heute sowie in naher Zukunft, Wesentlichen Verfassungsthemen und Textformen des *sich konstituierenden Europa* (einschließlich des institutionellen Gleichgewichts) zu, um dann abschließend Reformbedürfnisse und Reformfähigkeit des *konstitutionellen Europa* zu prüfen. Allerdings kommt er nicht ohne einen zusätzlichen Anhang zu „Versuch und Irrtum“ in der jüngsten Verfassungsentwicklung der Europäischen Union (EU) und deren Kritik mit einem Ausblick von insgesamt 123 Seiten aus.

Bei der Gedanken- und Materialfülle in der „Europäischen Verfassungslehre“ verbietet sich eine detaillierte Rezension zu jedem dieser Gliederungsteile und ihren Untergliederungen. Jede Besprechungsauswahl bleibt allerdings subjektiv. Dennoch sei hier ein Unterthema aus dem 3. Teil herausgegriffen, das zu den zentralen, am weitesten fortgeschrittenen Themen einer europäischen Verfassungslehre gehört: *D. Das „Europa der Bürger“: Gemeineuropäisches Grundrechte-Recht* (39 Seiten). Das dazu gängige Schlagwort „Europa als Grundrechtsgemeinschaft“ weist allerdings darauf hin, dass vor / neben EWG / EG / EU bereits die Mitgliedsstaaten von Europarat und Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) als Grundrechtsgemeinschaften galten und gelten. Auf vergleichbare Entwicklungen in Afrika und Amerika verweist der Autor seinem Thema folgend nur kursorisch.

Das Verfahren der Analogiebildung diskutiert Häberle in beiden Richtungen: vom nationalen zum europäischen Recht und von der europäischen Ebene zu den nationalen Grundrechtsgemeinschaften. „Ermutigend“ sei die EU-Grundrechte-Charta von Nizza aus dem Jahr 2000, denn in ihr werde in kreativer Rechtsvergleichung ein Teil des europäischen Grundrechtsbestandes nach Sichtung auf einen gemeinsamen Nenner gebracht. Nach Erörterung der Grundrechtsverwirklichungsgarantien wendet sich der Autor dem darin enthaltenen Minderheitenschutz und den Schrankenlehren zu, um dann Wesensgehaltsgarantien und Übermaßverbot zu behandeln. Im abschließenden Ausblick stehen dann der Gedanke von der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“ und des ungeschriebenen Rechts an wichtiger Stelle. Auch das regt zum weiteren Nachdenken und -arbeiten an.

Prof. Dr. Volker Lohse, Bielefeld

Degen/Deister, Computer- und Internetrecht, 2009, 298 Seiten, geb. € 38,00, Boorberg, ISBN 978-3-415-03793-9

Die Nutzung von Computern und des Internets gehört zum beruflichen und privaten Alltag vieler Menschen. Behörden eröffnen elektronische Zugänge und stellen z.B. Formulare auf diesem Weg zur Verfügung, Verbraucher bestellen in wachsendem Maße auf elektronischem Wege. Zu den Schattenseiten der modernen Technik gehört freilich auch, dass Betrüger und andere Kriminelle im Schutz der Anonymität agieren können. Das vorliegende Buch gibt einen Überblick über – so der Untertitel – „Vertragsgestaltung, E-Commerce und Datenschutz“.

Damit ist die Themenbreite allerdings nur unzureichend gekennzeichnet: das Werk bietet mehr, als die Zusammenfassung vermuten lässt. Eine instruktive Einführung stellt die Bedeutung des globalen Internets dar und vermittelt die notwendigen Hintergrundinformationen – wichtig für alle, die das Internet zwar nutzen, aber mit den beteiligten Stellen nur vage vertraut sind. Knapp, aber ausreichend erläutert wird sodann der elektronische Geschäftsverkehr. Der Abrundung dienen die Folgekapitel über E-Government und E-Justice; insoweit wird auch die Weiterentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts angeschnitten. Das Domain-Recht ist einem eigenen (kurzen) Abschnitt vorbehalten. Umfangreicher sind die Ausführungen zum Online-Business;

hier werden auch die Negativphänomene des Phishing und des Spamming behandelt. Die Haftung im Internet ist Thema des folgenden Abschnitts. Dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist, wird besonders deutlich im Kapitel über das (Computer-) Strafrecht; hier werden dankenswerterweise auch die europarechtlichen Vorgaben in die Darstellung einbezogen. Im Kapitel über den Schutz der Tätigkeiten im Internet werden zwar hauptsächlich zivilrechtliche Aspekte (z.B. zum Markenrecht) behandelt, jedoch auch der strafrechtliche Schutz aufgegriffen. Mit Soft- und Hardware befassen sich die Anschlusskapitel (z.B. Urheberrechtsschutz, Outsourcing). Nach einem knappen Ausflug in das Thema IT-Sicherheit befassen sich die Autoren abschließend mit der Arbeit im Internet, insbesondere der weit verbreiteten Nutzung von Internet am Arbeitsplatz. Themenauswahl und Schwerpunktsetzung überzeugen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zum Herbst 2008 berücksichtigt worden; damit ist die Aktualität gewährleistet. Die Form der Darstellung ist äußerst leserfreundlich. Zahlreiche – optisch hervorgehobene – Beispiele und Hervorhebungen von Leitbegriffen im Fettdruck bieten in Kombination mit einem gelungenen Druckbild sehr hohen Lesekomfort.

Fazit: Wer sich mit Problemen des Computer- und Internetrechts beschäftigt, ist gut beraten, zum „Degen/Deister“ zu greifen. Dies gilt vor allem für Leserinnen und Leser, die sich auch über die technischen Rahmenbedingungen informieren wollen. Ein sehr empfehlenswerter Ratgeber!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Johlen (Hrsg.), Münchener Prozessformularbuch Bd. 7 Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, 1507 Seiten, in Leinen mit CD-ROM, € 148,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-57667-6

Erfreulicherweise liegen nur knapp vier Jahre zwischen der zweiten und der aktuellen Auflage des Handbuchs (für die zweite hatte es noch sechs gedauert). Z.T. tief greifende Änderungen haben eine Aktualisierung des Werkes erforderlich gemacht. Hierzu gehört insbesondere die zunehmende Abschaffung oder massive Einschränkung des Widerspruchsverfahrens in den Bundesländern (z.B. in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen). Damit haben einerseits das Verwaltungsverfahren und andererseits das verwaltungsgerichtliche Verfahren einschließlich Eilrechtsschutz stark an Gewicht gewonnen. Um mit den Äußerlichkeiten zu beginnen:

Der Umfang des Buches ist um rd. 100 Seiten gewachsen, der Preis maßvoll erhöht worden. Die bewährte Konzeption ist ansonsten beibehalten worden. Nach einzelnen Sachgebieten geordnet werden Muster für Rechtsbehelfe angeboten, die anschließend in Form von „Anmerkungen“ umfassend erläutert werden. Kaum ein rechtspraktisch relevantes Thema aus dem allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht wird ausgeklammert. Behandelt werden „Grundformen der Rechtsbehelfe“, das öffentliche Baurecht, das Umweltrecht, das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das Kommunalabgabenrecht, das Recht des öffentlichen Dienstes, das Ausbildungs- und Prüfungsrecht, das Status- und Aufenthaltsrecht, das Staatshaftungsrecht sowie „sonstiges besonderes Verwaltungsrecht“ (Datenschutz, Jugendhilfe, Wohnrecht). Mit Kapitel zum Recht der Planfeststellung, zum Straßenrecht, Polizei- und Ordnungsrecht und zum Wehrpflichtrecht. Die Zuordnung zum Mustertext wird durch eine analoge Nummerierung gewährleistet. Die Muster befinden sich zudem auf einer beigefügten CD-ROM.

Das Autorenteam – aus der Anwaltschaft, der Verwaltungsjustiz und der Verwaltung – hatte erneut einen gewaltigen Aktualisierungsaufwand zu leisten. Das ist ihnen – wie Stichproben gezeigt haben – im Allgemeinen zuverlässig gelungen. Nach wie vor sind einige Nachweise jedoch nicht auf aktuellem Stand; so wird z.B. auf S. 1375 die 7. Auflage (1990!) des Kommentars von „Heise/Tegtmeier“ (richtig: „Tegtmeier“) zitiert, obwohl er seit 2004 in 9. Auflage vorliegt.

Der Kommentar von Bader u.a. zur VwGO hat mittlerweile die 4. Auflage erreicht (auf S. 12 wird die 2. zitiert).

Derartige, bei einem so umfangreichen Werk kaum vermeidbare kleine Schwächen stellen den hohen Rang des Werkes insgesamt nicht ansatzweise in Frage.

Fazit: Ein vorzügliches Handbuch, das in erster Linie für jeden mit Verwaltungsrechtsstreitigkeiten befassten Anwalt, darüber hinaus auch für Beschäftigte in Rechtsämtern der Behörden ein ausgezeichnetes Hilfsmittel darstellt. Auf seine Art ist es konkurrenzlos!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Richter/Fries, Datenschutz in Nordrhein-Westfalen, Praxishandbuch für Behörden und Verwaltung, 2009, 254 Seiten, kart. € 19,90, Walhalla, ISBN 978-3-8029-1557-4

Der Klappentext charakterisiert das vorliegende Buch als „Arbeitshilfe für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts Nordrhein-Westfalens“. Das trifft es nicht schlecht. Zu ergänzen wäre: für alle Beschäftigten, die sich über die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen informieren wollen. Und selbstverständlich sind die Datenschutzbeauftragten der öffentlichen Hände angesprochen. Das Datenschutzrecht ist eine komplexe Querschnittsmaterie. Nur ein Teil dieses Gebiets – insbesondere die Grundbegriffe – ist in den allgemeinen Datenschutzgesetzen normiert. Zahlreiche Regelungen finden sich in speziellen Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften. Ein „Praxishandbuch“ kann naturgemäß nicht auf alle Einzelfragen des Datenschutzrechts eingehen; es muss

sich beschränken, um verständlich und anschaulich zu bleiben. Andererseits ist den Nutzern allein mit „Prinzipien“ und „Grundsätzen“ nicht gedient – sie wollen eine Hilfe bei der Lösung „ihres Falles“ erhalten. Dieses Spannungsverhältnis lösen Richter (Rechtsanwalt) und Fries (langjährige behördliche Datenschutzbeauftragte) auf pragmatische Weise auf. Sie stellen zunächst die Ziele des Datenschutzes, die einschlägigen Rechtsquellen, die Kernbegriffe des DSGVO NRW und die Regeln der Zulässigkeit der Datenverarbeitung dar. Bereits diese „trockenen“ Abschnitte sind optisch und inhaltlich sehr leserfreundlich aufbereitet; vor allem wird der Stoff mit knappen, aber präzisen „Praxis-Tipps“ und „Checklisten“ veranschaulicht. Einen Schwerpunkt setzen die Autoren zu Recht bei den Arbeits- und Dienstverhältnissen (knapp 70 Seiten). Die veröffentlichte Rechtsprechung unterstreicht die Richtigkeit dieser Schwerpunktsetzung. Die „Rechte der betroffenen Person“ und die „rechtliche Kontrolle“ sowie die „technische Organisation“ sind die Themen der folgenden Kapitel. Straf- und Bußgeldvorschriften werden abschließend knapp erläutert. Für künftige Auflagen hat der Rezensent nur wenige Wünsche, insbesondere die Einführung eines Randsystemsystems und eine etwas ausführlicheres Stichwortverzeichnis.

Fazit: Ein sehr gut verständlicher Ratgeber, der schnörkellos auf den Punkt kommt und praxisgerecht über Datenschutzprobleme in der öffentlichen Verwaltung informiert. Auch für Anfänger ist das Handbuch zur Einarbeitung zu empfehlen.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Pahlke/Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, 2. Aufl. 2009, 2637 Seiten, in Leinen € 148,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-56799-5

Sowohl gesetzliche Neuregelungen als auch die nicht abschwellende Flut neuer Rechtsprechung haben die aktuelle Auflage des Kommentars erforderlich gemacht. Immerhin liegen fünf Jahre zwischen der „Abgabenordnung 2004“ und der aktuellen Ausgabe.

Die Vorzüge des Kommentars in „äußerlicher“ und „innerer“ Hinsicht sind – wie kaum anders zu erwarten – auch in der zweiten Auflage erhalten geblieben.

Die Kommentierung folgt wie bisher einem gelungenen und konsequent durchgehaltenen Schema: Nach dem Gesetzestext folgt eine Übersicht mit Randzifferangaben, an welche sich zuweilen Angaben zum Schrifttum anschließen. In der Sache wird zwischen der Rubrik „Allgemeines“ und der Erläuterung der Einzelheiten der jeweiligen Norm differenziert. Im „allgemeinen Teil“ finden sich insbesondere Hinweise zur Entstehungsgeschichte und zum Normzweck.

Vielfach finden sich am Schluss der Kommentierung Ausführungen zum Rechtsschutz. Dieses Grundschema macht die Arbeit mit dem Werk leicht. Auch das umfangreiche und übersichtlich gestaltete Stichwortverzeichnis erleichtert den schnellen Zugriff auf das gesuchte Thema.

Zu den inhaltlichen Vorzügen zählt die gelungene Mischung aus Theorie und Praxis. Die Kommentierungen sind abgewogen und vermeiden Extrempositionen. Zu § 42 AO neu (Missbrauchsverbot) – einer Vorschrift mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen – vertritt der Bearbeiter die Auffassung, die Vorschrift sei verfassungsgemäß; insoweit vertraut Koenig auf die von den Finanzgerichten zu leistende Konkretisierung. Abweichende Auffassungen in Literatur und Schrifttum werden – wie Stichproben gezeigt haben – nicht verschwiegen, sondern umfänglich ausgewiesen.

Fazit: Nicht nur Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, Richter und Finanzbeamte gehören zum Adressatenkreis des Werkes. Auch die Mitarbeiter in den kommunalen Steuerbehörden sind gut beraten, den Kommentar in Zweifelsfällen zu Rate zu ziehen. Immerhin verweisen die Abgabengesetze und Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf zahlreiche Normen der AO. In einer gut sortierten Behördenbibliothek sollte der „Pahlke/Koenig“ jedenfalls nicht fehlen!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Pielow, GewO, 2009, 801 Seiten, in Leinen € 98,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-56964-7

Das Gewerberecht ist im Umbruch. Die sog. Föderalismusreform hat den Ländern für einige Bereiche des allgemeinen Gewerberechts und für das Gaststättenrecht die Gesetzgebungskompetenz zugewiesen. Mit einer partiellen Zersplitterung des Rechtsgebiets ist daher zu rechnen. Dennoch wird die GewO auch nach dem Inkrafttreten entsprechender Landesgesetze ihre Klammerfunktion behalten, und es ist davon auszugehen, dass die bisherigen Regelungen z.B. des Marktverkehrs ihre Vorbildfunktion nicht verlieren werden. Vor allem aber wird das grundlegende Eingriffsinstrumentarium nach wie vor in der GewO geregelt sein. Vor diesem Hintergrund ist das Erscheinen eines Kommentars „mittlerer Größe“ zu begrüßen; der „Pielow“ schließt eine bisher vorhandene Lücke zwischen Kurzkommentaren (z.B. von Tettinger/Wank) und umfassenden Erläuterungswerken (z.B. Friauf). Freilich ist ein solches Unterfangen durch einen einzelnen Autor nicht zu leisten. Demgemäß weist das Bearbeiterverzeichnis 21 Verfasserinnen und Verfasser aus; sie sind beruflich in einem ausgewogenen Verhältnis in Wissenschaft und Praxis verwurzelt und haben daher aus unterschiedlichen Perspektiven ihre Erfahrungen und Kenntnisse einbringen können.

Um mit der Optik zu beginnen: Gliederung und Schriftbild lassen keine Wünsche offen.

Die einheitliche Strukturierung – in folgender Reihung: Text der Norm, Überblick, Inhaltsübersicht mit Bezugnahme auf die Randnummern und Kommentierung – gewährleistet ein hohes Maß an Benutzerfreundlichkeit. Angleichungsbedarf besteht bezüglich der Hervorhebung von Leitbegriffen im Fettdruck (man vergleiche z.B. die äußerst zurückhaltende Verwendung in den Erläuterungen zu § 30 GewO im Verhältnis etwa zu denen des § 12 GewO).

Die Kommentierungen sind in der Sache je nach Bearbeiterin/Bearbeiter von unterschiedlicher Tiefe, jedoch in aller Regel – wie Stichproben gezeigt haben – mindestens vertretbar. Die Problematik der sog. Laserdromes und der entsprechenden Outdoor-Varianten („Paintball“) ist durch rechtspolitische Diskussionen im Anschluss an Amokläufe jugendlicher Gewalttäter wieder aktuell geworden. Dem Thema sind jedoch nur wenige Zeilen unter Bezugnahme auf die herrschende Meinung gewidmet (§ 1 Rn. 168); etwaige Gegenpositionen bzw. differenzierende Stellungnahmen tauchen nicht auf. Demgegenüber wird geradezu in monographischer Breite die gewerberechtliche Relevanz der „Schaustellung von Personen“ abgehandelt; die Übersicht zu § 33a GewO (Rn. 60 ff.) gibt einen umfassenden Überblick über die Vielfalt dieser Art gewerblicher Betätigung. Uneingeschränkte Zustimmung verdienen die ausgewogenen Ausführungen zur Ermessensbetätigung bei formeller Illegalität eines Gewerbebetriebes (§ 15 Rn. 35 ff.); die Rechtsprechung erspart den Behörden allerdings mit der Rechtsfigur des intendierten Ermessens im Normalfall eine umfassende Ermessensabwägung.

Fazit: Dem „Pielow“ ist ein herausragender Platz in der gewerberechtlichen Kommentarliteratur sicher. Seine Anschaffung ist sehr zu empfehlen!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Aufl. 2009, 1722 Seiten, in Leinen € 62,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-58490-0

Der „Göhler“ bedarf keiner umfangreichen Vorstellung. Für jeden, der sich mit Fragen aus dem Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts beschäftigt, ist der Kommentar im Zweifel die erste Wahl bei der Klärung von Zweifelsfragen. Gegenüber der Voraufgabe (2006) ist

der Umfang maßvoll gewachsen (rd. 90 Seiten), was sich auf den Preis nur geringfügig ausgewirkt hat. Nach wie vor ist das Preis-Leistungs-Verhältnis kaum zu schlagen.

Das Werk befindet sich nunmehr auf dem Stand vom 01.11.2008. Bedeutende gesetzliche Änderungen waren nicht zu berücksichtigen, wie die Autoren (Gürtler u. Seitz) im Vorwort zutreffend ausführen. In erster Linie galt es, neue gerichtliche Entscheidungen einzuarbeiten. Dies ist – wie Stichproben gezeigt haben – mit der üblichen großen Sorgfalt erledigt worden. Zur äußerst umstrittenen Problematik der „Gefahr im Verzuge“ bei Blutentnahmen zwecks Feststellung des Alkoholgehalts nimmt Seitz kurz, aber prägnant Stellung (§ 46 Rn. 27). Einschlägige Judikate und Literaturbeiträge sind umfassend nachgewiesen. Leider sind auch in der Neuauflage die Zitate teilweise im laufenden Text enthalten, andere in die Fußnoten verbannt worden; hier sollte – schon aus Gründen der besseren Lesbarkeit – einheitlich der zweite Weg gewählt werden. Ansonsten ist der Lesekomfort sehr überzeugend. Der Kommentierung werden bei größerem Umfang des Textes Übersichten vorangestellt, im Übrigen sorgt das Randnummernsystem für eine gute Zugriffsmöglichkeit auf das gesuchte Stichwort bzw. Problem.

Fazit: Der (bescheiden immer noch so bezeichnete) „Kurz-Kommentar“ stellt für die mit der Bearbeitung von Ordnungswidrigkeiten befassten Verwaltungsbehörden und Gerichte eine unentbehrliche Arbeitshilfe dar.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Nitze, Taschenlexikon Beihilferecht, 18. Aufl. 2008, 884 Seiten, 22,00 €, Walhalla Fachverlag, ISBN 978-3-8029-1444-7

Das Lexikon ist umfangmäßig gegenüber der Voraufgabe fast gleich geblieben – und das gilt erfreulicherweise auch für den Kaufpreis. Rund 600 Stichworte aus dem Recht der Kranken- und Pflegefürsorge für Beamte, Soldaten und Versorgungsempfänger werden in lexikalischer Form auf aktuellem Stand erläutert. Die Erläuterungen sind – auch und insbesondere für Laien – gut verständlich und durch optische Hervorhebungen aufgelockert. Schlüsselbegriffe sind durch Fettdruck kenntlich gemacht.

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

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

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

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

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

Prof. Dr. *Michael Jesser*
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

Prof. Dr. *Michael Koop*
Präsident der Kommunalen Fachhochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover

Ltd. Direktor *Klaus-Jochen Lehmann*
Leiter und Hauptgeschäftsführer des Westfälisch-Märkischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Dortmund
Vorstandsvorsitzender der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Westfalen-Mitte

Prof. Dr. *Rainer O. Neugebauer*
Gründungsdekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt

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 Schrapper
Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen

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

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

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

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. Götrik Wewer, Geschäftsführer der Nationalen Anti-Doping-Agentur