

# DVPr

DEUTSCHE  
VERWALTUNGS-  
PRAXIS

61. Jahrgang  
Januar 2010  
ISSN 0945-1196  
C 2328

**1/2010**

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

## Abhandlungen

**Udo Steiner**

Die deutschen Gemeinden in Europa

**Jürgen Vahle**

Subventionsrecht

**Matthias Schütte**

Das Nebentätigkeitsrecht der kommunalen Beschäftigten

**Peter Eichhorn**

ABC-Glossar-XYZ

## Fallbearbeitungen

**Reiner Stein**

„Der verhängnisvolle Laserstörer“

**Rainer Gebhardt und Falko Schuster**

Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

**Rita Orlean**

Klausur öffentliche Betriebswirtschaftslehre

## Rechtsprechung

Zur interkommunalen Zusammenarbeit  
– keine gemeinschaftsweite Ausschreibung –

Hilfe der Polizei zum Schutz privater Rechte

Straßenreinigungsgebühren bei Durchgangsverkehr

Zur Klassifizierung eines  
Schenkungsrückforderungsanspruches  
als Schonvermögen im Recht des  
Pflegewohngeldes nach dem PFG NRW

Höhere Hundesteuer für Kampfhunde nach der  
sog. „Rasseliste“ zulässig

Zum Anwesenheitsrecht der Polizei  
bei Versammlungen in geschlossenen Räumen

Werbung für kommunales Unternehmen

Allgemeine Geschäftsbedingungen im Angebot  
des Bieters

Diskriminierung wegen des Geschlechts

Entschädigung wegen Altersdiskriminierung

## Schrifttum

Maximilian-Verlag  
Hamburg



# Die DVP im Januar 2010/Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

Udo Steiner

### Die deutschen Gemeinden in Europa . . . . . 2

Die Sorge um den zunehmenden Einfluss des Europarechts und damit die scheinbar schwindende Bedeutung des Grundgesetzes betrifft auch das Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG. Das Gemeinschaftsrecht hat z.B. Einfluss auf das Planungsrecht oder die Gewährung von Subventionen – nahezu alle Bereiche der Selbstverwaltung sind nicht mehr „frei“ von einem europarechtlichen „Überbau“. Dies führt nicht nur zu einer steigenden Komplexität der Verfahren, auch die nötigen Abwägungen der betroffenen Interessen und Rechte werden „angereichert“ durch Ziele der Gemeinschaft. Besonders betroffen sind die marktbezogenen Aktivitäten der Kommunalwirtschaft, sei es im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, sei es im Rahmen eigener wirtschaftlicher Betätigung. Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln sind hier grundsätzlich zu beachten.

Grenzen des europarechtlichen Einflusses auf das Grundgesetz könnten sich aus der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, aus dem Subsidiaritätsprinzip oder aus der kommunalen Selbstverwaltung als Element nationaler Identität ergeben. Ob diese Ansätze aber zu einem Erhalt der Selbstverwaltungsaufgaben auf derzeitigem Stand führen, ist zumindest zweifelhaft. Der Versuch eines Schutzes der kommunalen Selbstverwaltung allein auf der Ebene des Rechts ist daher nicht angeraten, die politische Ebene muss dieses Anliegen ebenso zur Kenntnis nehmen. Vielleicht eröffnet die Finanz- und Wirtschaftskrise eine neue Perspektive auf das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft, die auch eine Neubewertung der bisher so hochgelobten Privatisierung staatlicher Aufgaben mit sich bringt.

Jürgen Vahle

### Subventionsrecht . . . . . 5

Auch in Zeiten angespannter Haushaltslage gibt es immer noch eine große Anzahl von Projekten und Vorhaben, die durch Europäische Gemeinschaft, Bund, Länder oder Kommunen finanziell gefördert werden. Die Erhaltung von Arbeitsplätzen und „systemrelevanten“ Banken, die Landwirtschaft, die Kultur – der Staat greift nicht nur regelnd, sondern auch fördernd in die „freie“ Wirtschaft ein und versucht so, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen.

Als „Subvention“ werden die Leistungen eines Hoheitsträgers bezeichnet, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks gewährt werden. Der Begriff der „staatlichen Beihilfen“ i.S.d. EG-Vertrages erfasst zusätzlich auch noch Maßnahmen, die eine Förderung durch Senkung der allgemeinen Belastungen - z.B. der Abgabenlast - anstreben.

Erläutert werden im Beitrag zunächst die Rechtsgrundlagen der Subventionen, insbesondere verfassungsrechtliche Maßstäbe, europarechtliche Vorgaben und „Vergaberichtlinien“ in Form von Verwaltungsvorschriften.

Anschließend geht es um die Subventionsformen und Arten der Vergabe, z.B. Erhaltungs-, Anpassungs- und Produktionshilfen. Gewährt werden können u.a. Zuschüsse, Kredite, Bürgschaften, Zinsverbilligungen oder Steuer- und Gebührenvergünstigungen.

Die Vergabe kann geregelt werden durch Zusicherungen, Bewilligungsbescheide und Maßnahmen zur „Abwicklung“ der Begünstigung, z.B. Darlehensverträge. Auch bei privat-rechtlicher Gestaltung ist die Grundrechtsbindung der öffentlichen Verwaltung zu berücksichtigen.

In einem weiteren Abschnitt wird die Möglichkeit der Rückforderung von Subventionen erörtert, relevant insbesondere in Fällen der Zweckverfehlung oder Missachtung der Nebenbestimmungen. Hier ist auch der Einfluss des Europarechts zu beachten.

Abschließend werden dann Rechtsschutzfragen angesprochen, sowohl im Falle der Verweigerung einer Förderung als auch bei deren Rückforderung. Auch der mögliche Rechtsschutz eines „übergangenen“ Konkurrenten wird kurz dargestellt.

Matthias Schütte

### Das Nebentätigkeitsrecht der kommunalen Beschäftigten . . . . . 9

Neben dem rein erwerbswirtschaftlichen Interesse mancher Beschäftigter, die relativ hohen Lebenshaltungskosten mit der eher sparsamen Besoldung und Entlohnung durch ein Zusatzeinkommen in Einklang zu bringen, bekommt auch der Wunsch nach einer aktiven und kreativen Freizeitgestaltung einen wachsenden Stellenwert.

Ob dies bereits die Grenzen einer rechtlich relevanten Nebentätigkeit überschreitet, kann nicht immer sicher bestimmt werden. Der vorliegende Beitrag gibt daher

einen Überblick über die Rechtslage und zeigt Möglichkeiten und Grenzen des Nebentätigkeitsrechts auf.

Erläutert wird zunächst der Begriff der Nebentätigkeit, anschließend werden die wesentlichen Rechtsgrundlagen erläutert. Scherpunkt der Darstellung sind hier die tarifrechtlichen Regelungen für öffentliche Beschäftigte.

Peter Eichhorn

### ABC-Glossar-XYZ . . . . . 13

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

## Fallbearbeitungen

Reiner Stein

### „Der verhängnisvolle Laserstörer“ . . . . . 15

Diese Fallbearbeitung verbindet die Probleme mehrerer polizeilicher Maßnahmen. In materieller Hinsicht geht es um die Standardmaßnahmen der Durchsuchung und Sicherstellung sowie die Androhung von Zwangsmitteln. Prozessual werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage behandelt.

Die ausführliche, ausformulierte Lösung wird ergänzt um eine tabellarische Übersicht, die die Struktur der notwendigen Überlegungen besonders gut erkennen lässt.

Rainer Gebhardt/ Falko Schuster

### Öffentliche Betriebswirtschaftslehre . . . . . 29

Bei dieser Klausur geht es u.a. um die Begriffe „Betrieb“ und „Unternehmen“, um Produkte, Produktionskosten und Effektivität, um Ziele und Zieldefinitionen, um Fragen der Beschaffung sowie um Zielvereinbarungen.

Rita Orlean

### Klausur Öffentliche Betriebswirtschaftslehre . . . . . 33

Auch diese Klausuraufgabe betrifft den Bereich der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre, hier mit den Themen Kosten- und Leistungsrechnung, Investitionsrechnung, Controlling und Change Management.

## Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

### Zur interkommunalen Zusammenarbeit – keine gemeinschaftsweite Ausschreibung

(EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C 480/06).....36

### Hilfe der Polizei zum Schutz privater Rechte

(OVG Lüneburg, Beschluss vom 30.09.2008 – 11 LA 396/07)..... 38

### Straßenreinigungsgebühren bei Durchgangsverkehr

(OVG Münster, Urteil vom 01.06.2007 – 9 A 956/03).....39

### Zur Klassifizierung eines Schenkungsrückforderungsanspruches als Schonvermögen im Recht des Pflegegeldes nach dem PfG NRW

(OVG Münster, Urteil vom 14.10.2008 – 16 A 140907).....39

### Höhere Hundesteuer für Kampfhunde nach der sog. „Rasseliste“ zulässig

(VGH Mannheim, Urteil vom 26.03.2009 – 2 S 1619/08).....41

### Zum Anwesenheitsrecht der Polizei bei Versammlungen in geschlossenen Räumen

(VGH München, Urteil vom 15.07.2008 – 10 BV 07.2143).....41

### Werbung für kommunales Unternehmen

(LG Frankfurt/Main, Urteil vom 06.12.2007 – 6 U 37/07).....42

### Allgemeine Geschäftsbedingungen im Angebot des Bieters

(OLG München, Beschluss vom 21.02.2008 – Verg 1/08)..... 42

### Diskriminierung wegen des Geschlechts

(LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.11.2008 – 15 Sa 517/08).....43

### Entschädigung wegen Altersdiskriminierung

(ArbG Köln, Urteil vom 08.08.2008 – 1 Ca. 2076/08)..... 43

## Schrifttum

43

Die Schriftleitung

#### Impressum

##### Schriftleitung:

Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke  
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,  
Tel. und Fax (057 41) 52 68  
Mobil: 0171/8 35 20 41  
eMail: FINKE.LK@t-online.de

##### Prof. Dr. Jürgen Vahle

Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,  
Tel. (05 21) 12 32 23

##### Verlag:

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

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

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

##### Auslieferung:

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

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

##### Druck:

Humbach & Nemazal, Pfaffenhofen

### Liebe Leserinnen und Leser,

eine „Kultur des Hinsehens“ hat die ehemalige Bundesjustizministerin Zypries gefordert und damit gemeint, man müsse hinschauen, wenn andere Menschen sich in Not befänden, und notfalls zu Hilfe eilen. Nicht nur ethische und christliche Prinzipien (s. das Gleichnis vom barmherzigen Samariter, *Lukas 10, 30 ff.*), sondern auch das deutsche Strafrecht (§ 323c StGB) verpflichten die Bürger, bedrängten Mitmenschen beizustehen.

Ein Mann hat hingesehen und ist gestorben – auf dem S-Bahnhof München-Solln, zusammengeschlagen von zwei Jugendlichen, weil er Kindern helfen wollte, die von den Tätern angegriffen worden waren. Kurze Zeit später wurden weitere Gewaltdelikte im öffentlichen Raum bekannt.

Viel passiert ist seitdem nicht. Das Interesse der öffentlichen Medien erlahmt, und die Politik wendet sich neuen Themen zu. Hinter den getönten Panzerglas-Scheiben eines Mercedes der S-Klasse und in Gegenwart von Bodyguards ist es leichter hinzusehen als in einem heruntergekommenen Vorstadtzug.

Zu den reflexartigen Standardreaktionen nach Aufsehen erregenden Straftaten gehört der Ruf nach härteren Strafen. Da es sich bei den Tätern von München-Solln – und nicht nur bei diesen – um Jugendliche handelt, wird eine Verschärfung des Jugendstrafrechts gefordert.

Das Jugendgerichtsgesetz (JGG) enthält indessen schon jetzt eine Fülle von Sanktionen, die eine angemessene Ahndung von Delikten ermöglichen.

Eine Jugendstrafe von 10 Jahren (§ 18 JGG) für ein Tötungsdelikt dürfte auch hart gesottene Gewalttäter beeindrucken und könnte gewaltbereite Kinder bzw. Jugendliche von Nachahmungen abhalten. Allerdings ist unter Fachleuten äußerst streitig, ob (über-) harte Sanktionen die Wiederholungsfähigkeit wirklich beseitigen oder vermindern.

Dies lenkt den Blick auf das der Prävention dienende Polizei- und Ordnungsrecht. Man muss nicht unbedingt Anhänger der amerikanischen Zero-Tolerance-Theorie sein, um einzusehen, dass die Hinnahme von Rechtsverstößen durch den Staat die Neigung der Täter fördert, ihre Grenzen weiter auszudehnen. Die Täter von München-Solln gehörten dem Anschein nach zu dieser Kategorie. Als besonders effektives Mittel der Prävention wird vielfach die Videoüberwachung genannt. Aktuelle Studien über „Closed Circuit Television“ in Großbritannien, dem Mutterland der Videoüberwachung, lassen jedoch Zweifel an der Effektivität dieser Maßnahme aufkommen: die Gewalt hat sich demzufolge auch in videoüberwachten Zonen etabliert.

Alkoholenthemmte Gewalttäter machen sich zudem in der Regel keine Gedanken darüber, ob ihre Taten gefilmt werden könnten.

Dennoch ist ein Blick über den nationalen Zaun hilfreich. Ein alterprobtes „Einsatzmittel“ hat die U-Bahnen von New York zu einem geradezu freundlichen und sicheren Ort gemacht: Menschen in Uniform, die Fahrkarten kontrollieren, Auskünfte erteilen und bei Störungen jeder Art einschreiten. In Deutschland wurden zwecks Kostensenkung die Bus- und Bahnschaffner abgeschafft und durch Automaten ersetzt. Eine Maschine interessiert aber nicht, ob Reisende belästigt, beschimpft, beleidigt oder gar getötet werden. Wer zuweilen Bahn fährt, kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sogar die ansonsten recht rührigen Fahrkartenkontrolleure plötzlich unsichtbar sind, wenn sich gewaltgeneigte Gruppen in einem Zug befinden.

Nur mit einer ausreichenden Zahl von Ordnungshütern (die nostalgische Bezeichnung „Schutzmann“ mag man kaum noch verwenden) auf den Straßen und in den Verkehrsmitteln kann aber die „Rückeroberung“ (*Volkman, NVwZ 1999, S. 225*) des öffentlichen Raums gelingen.

Ein Staat, der seine Bürger – aus nachvollziehbaren Gründen – entwaffnet und damit wehrlos macht, ist im Gegenzug verpflichtet, seinen grundgesetzlich fundierten Schutzauftrag wirksam zu erfüllen. Kalenderblattweisheiten genügen dafür nicht!

Prof. Dr. Jürgen Vahle

Udo Steiner\*

## Die deutschen Gemeinden in Europa \*\*

### I. Kommunales „Feindbild“ EuGH?

#### 1. Die Stimmungslage

Wenige Rechtsgebiete und wenige Lebensbereiche in Deutschland können behaupten, ihnen sei noch keine juristische Wunde durch den Europäischen Gerichtshof zugefügt worden. Der EuGH hat die Frauen gegen das Grundgesetz zu den Waffen der Bundeswehr zugelassen, das bayerische Bier-Reinheitsgebot geschwächt, den europäischen Sozialbürger erfunden und die Fußballprofis zu Wanderarbeitnehmern gemacht. Immer haben diese Entscheidungen in Deutschland zu kritischen bis aufgeregten Diskussionen geführt. Vor allem in jüngerer Zeit können die Richterinnen und Richter des EuGH nicht besonders amüsiert sein, wenn sie die deutsche Tages- und Fachpresse zur Kenntnis nehmen. Ganzseitig wird in der FAZ von *Roman Herzog* und *Lüder Gerken* dazu aufgerufen, den EuGH zu stoppen.<sup>1</sup> Anlass für den Zorn des Altpräsidenten ist das Urteil des EuGH vom 22.11.2005 in Sachen Mangold. Die Deutschen sind erzürnt, weil der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung als Grundrecht des europäischen Primärrechts erfunden hat.<sup>2</sup> Schon lange sind sie der Auffassung, der EuGH entscheide zu integrationsfreundlich. Zumindest soll nach Meinung vieler der Gerichtshof endlich vom BVerfG angezählt werden.

Dabei inspiriert natürlich die einzigartige Stellung des EuGH die Kritiker. Das Gemeinschaftsrecht gilt so, wie er es interpretiert. Auf eine politisch unerwünschte Auslegung des Grundgesetzes durch das BVerfG kann der verfassungsändernde Gesetzgeber in Deutschland mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit von Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 2 GG) politisch antworten. Die Vertragsgesetzgeber der EU können auf den EuGH dagegen nur einstimmig reagieren. Dies wird auch nach dem Lissabonner Reformvertrag für das ordentliche Änderungsverfahren so sein (Art. 48 Abs. 4 EUV). Dieses Faktum gibt den Entscheidungen des EuGH ihr besonderes und manchmal gefürchtetes Ewigkeitsgewicht. Die deutsche Staatsrechtslehre ist gespalten. Die einen verzeihen dem EuGH alles, die anderen nichts. Wer in Deutschland den EuGH kritisiert, darf sich des Beifalls ähnlich sicher sein wie der, der an der Katholischen Kirche oder der FIFA Kritik übt. Immerhin darf man zu Gunsten des EuGH auch in Deutschland fordern: Die Kritik an seinen Entscheidungen setzt deren Kenntnis voraus. Das ist in unserem Land nicht immer so.

#### 2. Die deutsche Klage

a) Zwar sind die Mitgliedsstaaten der EU und damit auch Deutschland „Herren“ der Verträge. Das hat das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009 noch einmal bestätigt.<sup>3</sup> Längst fühlen sich die Deutschen aber nicht mehr als Herren im Haus des Grundgesetzes. Zu sehr sei es inzwischen europäisiert, wesentliche Vorschriften als Folge des Europarechts geändert; manche hätten wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht mehr die ursprüngliche und manche überhaupt keine Geltung mehr. Es habe im deutschen Grundgesetz unsichtbare tektonische Verschiebungen gegeben.<sup>4</sup> Dies gelte auch für die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG, die nur äußerlich unversehrt geblieben sei. Das BVerfG wird – nicht ganz ohne List – auf die Seite des Widerstandes gegen den Lissabonner Vertrag und den EuGH mit dem Argument gelockt, es habe in den inzwischen entschiedenen Streitverfahren zum

Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz auch zu entscheiden, ob es selbst noch eine Rolle im europäischen Kontext spiele oder sich mit dem Spielgeschehen in der zweiten Liga „Deutsches Verfassungsrecht“ – also unterhalb der „Europaliga“ – begnüge. Ein deutscher Staatsrechtslehrer lässt den Leser der Süddeutschen Zeitung<sup>5</sup> sogar wissen, wenn das BVerfG den Lissabonner Vertrag nicht aufhalte, sei dies „das Ende des Grundgesetzes“. Es wäre dann also nur 60 Jahre alt geworden, immerhin mehr als jede andere deutsche Verfassung. Der Lissabonner Vertrag tritt am 1. Dezember 2009 in Kraft, das GG gilt weiter, allerdings hat das BVerfG hat dessen Geltungsanspruch gegenüber Europa in diesen Tagen verstärkt.<sup>6</sup>

b) Auch aus der Tiefe der bayerischen Kommunalrechtspraxis hat man dem BVerfG zugerufen: „Jetzt oder nie“<sup>7</sup>, das demnächst über die Verfassungsbeschwerde entscheidet, die sich zwar nur mittelbar, aber in der Sache vor allem gegen die Mangold-Entscheidung des EuGH zur Altersdiskriminierung richtet.<sup>8</sup> Zu intensiv empfinden die Städte und Gemeinden in Deutschland die Eingriffe des europäischen Rechts und insbesondere des europäischen Umwelt- und Wirtschaftsrechts in ihre Aktivitäten und hier insbesondere in solche der Daseinsvorsorge: Vorgaben für die Organisation ihrer Verkehrs-, Ent- und Versorgungsbetriebe, Sorge um den Status ihrer Sparkassen, aber auch der Sog des europäischen Beihilferechts, in den ihre Maßnahmen zur Wirtschafts-, Kultur- und Sportförderung geraten sind. Die Eingriffe des Gemeinschaftsrechts sind zwar nicht final auf die kommunale Ebene gerichtet, aber sie kommen dort mit Wucht an. Die Landesverfassungen können diese Eingriffe nicht abschirmen. Sie stehen in der europäisch dominierten Normenhierarchie erst an siebter Stelle, und die kommunale Satzung auf der neunten Position. Damit muss man erst einmal leben lernen. Bis zum Lissabonner Vertrag hat das europäische Recht keine Notiz von der kommunalen Ebene genommen. Als „kommunalblind“ hat man das Europarecht kritisiert.<sup>9</sup> Aus der Konstruktion der Europäischen Union heraus ist dies durchaus konsequent: Das Gemeinschaftsrecht kennt Mitgliedsstaaten, aber nicht wirklich Länder im Gefüge eines Bundesstaates und auch nicht die Gemeinden (unbeschadet der Einrichtung des Ausschusses der Regionen nach Art. 305 ff. AEUV, in dem die Kommunen aus ihrer Sicht unterrepräsentiert sind). Für deren Interessen gegenüber der EU zu sorgen, sei die Aufgabe des nationalen Rechts. In der Tat wäre zu diskutieren, ob man aus Art. 28 Abs. 2 GG eine Schutzpflicht des Bundes gegenüber der Europäischen Union in der Frage der Erhaltung der Substanz der kommunalen Selbstverwaltung ableitet.

\* Dr. Udo Steiner ist Professor an der Universität Regensburg. Von 1995 – 2007 war er Richter des Bundesverfassungsgerichts.

\*\* Vortrag auf dem 2. Regensburger Immobilienrechtstag am 2. Juli 2009 – Der Vortragsstil ist beibehalten.

1 FAZ Nr. 210 vom 8.9.2008, S. 8.

2 Dazu Steiner, EuZA 2009, 140 (145 ff.).

3 BVerfG, Urt. vom 30.6.2009, EuGRZ 2009, 339.

4 Dazu P.M. Huber, *Recht der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 14 ff.; § 23 („Europäisierung“ des nationalen Verfassungsrechts).

5 Murswiek, SZ vom 17.4.2009.

6 Siehe Fn. 3.

7 Wiethe-Körprich, *Bayerischer Gemeindetag* 2008, 355.

8 Dazu näher Fn. 2.

9 Siehe dazu auch die Nachweise in Mann/Püttner (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis* (HdbKomWiPr), Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 38 Rn. 9.

## II. Zur gemeinschaftsrechtlichen Lage der Kommunen

### 1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

a) Nochmals: Es ist für den neutralen Beobachter durchaus nachvollziehbar, dass die deutschen Städte und Gemeinden das Gemeinschaftsrecht und dessen Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber als den massivsten Eingriff in ihren Selbstverwaltungsstatus seit den Gebietsreformen der Nachkriegszeit empfinden.<sup>10</sup> Addiert man, was an europäischem Recht auf die Gemeinden in den letzten Jahrzehnten zugekommen ist, und dazu gehört neuerdings die Europäische Dienstleistungsrichtlinie<sup>11</sup>, erliegt man der unerlaubten Versuchung, sich zu wünschen, dass die EU die Stillegeprämien, die sie der Landwirtschaft zugewendet hat, dem eigenen Apparat zugute kommen lassen sollte, um jedenfalls für ein Jahr einen Stillstand der Rechtsetzungsaktivitäten zu gewährleisten. Nur für die kommunale Vermessung und die kommunale Katasterführung scheint sich die EU noch nicht zu interessieren.<sup>12</sup>

b) Auf der Grundlage des Art. 191 AEUV hat die EU das Verwaltungsrecht in den Mitgliedsstaaten in allen Bereichen innerhalb der letzten 20 Jahre – beginnend mit der UVP-Richtlinie – konsequent ökologisiert. Neun selbständige Richtlinienkomplexe sind allein für die öffentliche raumrelevante Planung gezählt worden.<sup>13</sup> Die meisten haben über die gesetzliche Umsetzung auch die deutschen Gemeinden erreicht. Manche Städte und Gemeinden wissen nicht, ob die Umweltzone eine europarechtlich aufgedrängte Ent- oder eine Bereicherung ist. Das Gemeinschaftsrecht hat insbesondere auch das Bauplanungsrecht überformt. Man spricht von einer Europäisierung des deutschen Rechts der Bauleitplanung. Sie hat ihren vorläufigen Abschluss durch das Gesetz zur Anpassung des BauGB an die EU-Richtlinien vom 24.6.2004 (EAGBau) gefunden, vor allem durch die Einführung einer regelmäßig aufwändigen Umweltprüfung (§ 2 Abs. 4 BauGB). Sogar die juristische Abwägungsstruktur des § 1 Abs. 6 BauGB, judikativ und wissenschaftlich ein deutsches Meisterstück auf Exportniveau, ist in den Sog des Gemeinschaftsrechts geraten und teilweise modifiziert worden.<sup>14</sup> Maßnahmen der öffentlichen Infrastruktur heute zu verwirklichen, stößt ohnehin auf erhebliche Hindernisse schon im nationalen Raum. Sie liegen in den unterschiedlichen Vorstellungen in Politik und Gesellschaft über Art und Ausmaß umweltverträglicher öffentlicher Infrastruktur, aber eben auch darin, dass die von einem Vorhaben nachteilig betroffenen Interessen rechtsstaatlich und grundrechtlich in Deutschland geschützt sind. Diese national begründete Komplexität von Planung und Ausführung öffentlicher Infrastrukturmaßnahmen wird zusätzlich noch durch ein dichtes Rechtsgeflecht des Gemeinschaftsrechts erschwert. Es bleibt in grundsätzlicher Hinsicht kritisch zu bemerken, dass die EU aufgrund der Freizügigkeitsgarantien ihres Primär- und Sekundärrechts für eine ständig nachwachsende Nachfrage nach öffentlicher Infrastruktur und insbesondere solcher des Verkehrs in Deutschland sorgt, es aber nicht mehr dem deutschen Gesetzgeber überlässt, das Rechtsregime baulicher Maßnahmen der Infrastruktur nach seinen eigenen Vorstellungen und in einer eigenen abschließenden Verantwortung für deren umweltbezogene Aspekte zu gestalten.

c) Unter dem Gesichtspunkt der Steigerung der Komplexität sind auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im öffentlichen Auftragswesen zu notieren, die für die Kommunen höchst relevant sind, insbesondere wo sie die Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung betreffen.<sup>15</sup> Zynisch könnte man sagen, dankenswerterweise hat der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber die kleineren Gemeinden abgeschafft, um die neu entstandenen größeren Verwaltungseinheiten

EU-fähiger zu machen. Fairerweise muss man aber hinzufügen: Wer allen Gemeinden, wie 1960, das Recht der Bauleitplanung in eigener Verantwortung zugesteht, setzt auf größere Kommunen.

### 2. Europa und die Kommunalwirtschaft

a) Mit besonderer Intensität sind bekanntlich die marktbezogenen Aktivitäten der Kommunalwirtschaft vom gemeinschaftsrechtlichen Primärrecht betroffen.<sup>16</sup> Es ist insbesondere Art. 106 Abs. 1 AEUV, der die öffentlichen Unternehmen – und dabei auch die dem Kommunalbereich zuzuordnenden Wirtschaftsunternehmen – dem Diskriminierungsverbot, den Grundfreiheiten und vor allen den Wettbewerbsregeln unterwirft, zu denen auch das grundsätzliche Beihilfeverbot gehört. Die Mehrzahl der öffentlichen Unternehmen in den Städten und Gemeinden kann sich allerdings auf die Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV berufen. Danach ist bei Unternehmen, die mit Dienstleistungen vom allgemeinen Interesse betraut sind (Art. 16, 82 Abs. 2 EGV), die Anwendung der Vertragsvorschriften, insbesondere die Wettbewerbsregeln, zurückgenommen, soweit ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Dabei ist es auch nach dem Lissabonner Vertrag geblieben (Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV).

b) Die kommunalen Aktivitäten im Energiebereich – traditionelles Stichwort „Stadtwerke“<sup>17</sup> – werden Wettbewerbsbedingungen unterworfen. Auch der traditionell zuschussbedürftige öffentliche Personennahverkehr ist maßgeblich durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt.<sup>18</sup> Für diese juristische Welt steht die sog. Altmark Trans-Entscheidung des EuGH von 2000.<sup>19</sup> Nur wenn und soweit der Zuschuss sich als Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen eines Unternehmens darstellt, fällt die kommunale Fördermaßnahme nicht unter das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wann dies der Fall ist, fordert den Interpreten allerdings nach Art eines Orakelsachverständigen heraus. Es ist allgemeine Auffassung, dass das gemeinschaftsrechtliche Beihilferegime im Grundsatz für die gesamte kommunale Wirtschaftsförderung gilt. Sicher können auf allen diesen Betätigungsfeldern die Gemeinden noch gestalten, aber in gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und mit viel Umsicht und Sachkunde innerhalb der hochkomplexen europarechtlich geprägten Regelungsstrukturen.

c) *Hans-Joachim Prieß*<sup>20</sup> benötigt für die Darstellung der europäischen Vergaberegeln fast 600 Druckseiten. Wenigstens hat das BVerfG der Versuchung widerstanden, die Komplexität des Vergaberechtsschutzes zu steigern. Liegen Aufträge unterhalb der sog. Schwellenwerte vor, so ist der deutsche Gesetzgeber nicht gehalten,

10 Siehe allgemein zur Europäisierung als Herausforderung an das Kommunalrecht Ruffert (Fn. 9), Rn. 1 ff.

11 Dazu für den kommunalen Bereich Schäffer, DVP 2009, 222.

12 Siehe dazu das Ergebnis einer Umfrage von Experten, in: Städte im europäischen Verfassungssystem, Deutsches Institut für Urbanistik, 2009, S. 11.

13 Siehe die Zusammenfassung bei Stier, Europarecht in der Fachplanung, in: FS Rengeling, 2008, 447.

14 Siehe Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 214 Rn. 4.

15 Zur Anwendung des Vergaberechts im kommunalen Raum siehe z.B. Burgi, in: Der Landkreis 2009, 177.

16 Zur kommunalen Daseinsvorsorge im Einwirkungsbereich des europäischen Gemeinschaftsrechts siehe allgemein Papier, DVBl. 2003, 686; Heinze, BayVBl. 2004, 33; Breuer, EuRUP 2008, 258.

17 Sie sind „wieder im Kommen“ (FAZ Nr. 228 v. 1.10.2009, S. 13).

18 Siehe zu diesem Fragenkreis u.a. Ziekow, NVwZ 2009, 865 (870 f.).

19 EuGH, Rs. C-280/00, Slg I 2003, 7747 und dazu statt vieler Heinze, BayVBl. 2004, 33 (39).

20 Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005.

ein besonderes Nachprüfungsverfahren durch Vergabekammern vor Erteilung des Zuschlags vorzusehen (§§ 102 ff. GWB).<sup>21</sup> Das ist nach über 15 Jahren Umformung dieses Rechtsgebietes durch Richtlinien und Gesetz eine kleine, aber eher gute Nachricht. Immerhin gilt auch nach wie vor der Grundsatz, dass sich die Gemeinde die von ihr für ihre Aufgaben benötigten Leistungen nicht notwendig auf dem Markt beschaffen muss. Vieles andere ist dann wieder offen, insbesondere die sog. inhouse-Geschäfte.<sup>22</sup> Die kommunale Daseinsvorsorge ist aber nicht irgendein Arbeitsfeld im politischen Raum. Es ist der kommunale Beitrag zur Verwirklichung des deutschen Sozialstaats, dessen grundlegende gesetzliche Ausgestaltung das BVerfG dem deutschen Gesetzgeber in seinem Lissabon-Urteil als nationales Reservat vorbehalten hat.<sup>23</sup> Kommunalpraktiker schätzen, dass bis zu zwei Drittel der kommunalen Aufgabenerfüllung vom EU-Recht bestimmt oder mitbestimmt werden. Es gibt nur wenige europaresistente Zonen. Immerhin hat sich eine Tiroler Gemeinde erst in diesen Tagen – also 200 Jahre nach Andreas Hofers Widerstand gegen Fremdherrschaft – dem europäischen Recht gebeugt: Gebietsfremde dürfen nunmehr gleich hoch bauen wie die Einheimischen.

### III. Möglichkeiten und Grenzen der grundgesetzlichen Abwehr gemeinschaftsrechtlicher Einwirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung

#### 1. Art. 79 Abs. 3 GG als Integrationsschranke

Gegen die sog. Europäisierung des Grundgesetzes und damit auch des Art. 28 Abs. 2 GG hat man längst die deutschen Juristen zu den Waffen gerufen. Auf ihre methodischen Fähigkeiten scheint auch Verlass zu sein: Was gegen den einfachen Gesetzgeber geschützt werden soll, verbringt man durch Interpretation in die Verfassung, wenn es die Großen Koalitionen nicht durch Verfassungsänderung schaffen. Aus der politischen Frage wird in Deutschland gerne eine Verfassungsfrage gemacht. Das BVerfG wird angerufen. Das ist deutsches Brauchtum. Manchmal hat man mit diesem Versuch der „Konstitutionalisierung“ einer Rechtsfrage auch Erfolg. Will man, was schon im Grundgesetz steht, gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber sichern, versucht man dies in die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG zu verbringen, also in eine Art juristischen Hochsicherheitstrakt. Dieser Weg soll auch die kommunale Selbstverwaltung vor Europa sichern. Gehört sie zum unantastbaren Inhalt des Grundgesetzes, darf sie nicht durch die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Europäische Gemeinschaft beeinträchtigt werden. Was der verfassungsändernde Gesetzgeber – die Legislative also mit Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag und Bundesrat (Art. 72 Abs. 2 GG) – am Grundgesetz nicht ändern kann, darf sie auch der Europäischen Union nicht übertragen. Dies verbietet Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG. Er sagt, was integrationsfest ist. Zweifel begleiten allerdings diesen Weg. Vieles, was dazu geschrieben ist, liest sich eher als hilflos, als dass es Hilfe ist. Denn zum unantastbaren Inhalt des Grundgesetzes rechnet eben Art. 79 Abs. 3 GG die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG nicht, auch nicht über den Umweg des demokratischen Prinzips.<sup>24</sup>

#### 2. Die deutsche Hoffnung: Subsidiaritätsprinzip

a) Man setzt daher auf eine sehr deutsche Hoffnung. Es ist das Subsidiaritätsprinzip. In der Tat kann Deutschland auf die EU Hoheitsrechte nur übertragen, soweit sie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist. Diese Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG soll auch verhindern, dass Deutschland der EU Zuständigkeiten zugesteht, die die kommunale Selbstverwaltung

beeinträchtigen. Die EU ist nach Art. 5 EUV dem Subsidiaritätsprinzip verpflichtet. Es soll ihre Zuständigkeiten und insbesondere den weiteren Zuwachs an Kompetenzen materiell begrenzen. Nur sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder auf lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, ist eine Zuständigkeit der EU gegeben. Die Union muss, will sie es in die Hand nehmen, es besser können, sowohl in Bezug auf den Umfang der Maßnahme wie auch in Bezug auf die Wirkungen. Das Subsidiaritätsprinzip in der EU gilt – ähnlich wie die kommunale Selbstverwaltung – als „Hobby“ der Deutschen, ein Mythos ähnlich dem deutschen Wald.

b) Viele Fragen stellen sich aber, wenn man diesen Weg geht: Enthält das in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG genannte Subsidiaritätsprinzip wirklich eine Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung? Im Text des Art. 23 hat dies jedenfalls keinen Niederschlag gefunden. Aus europäischer Sicht hat es Geltung nur im Verhältnis der europäischen Organe zu den Mitgliedstaaten als solchen.<sup>25</sup> Ohnehin wären nur der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung geschützt, nicht aber ihr konkreter Aufgabenbereich und auch nicht die Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung. Nur tödliche Eingriffe blieben sozusagen untersagt, die die kommunale Selbstverwaltung „aushöhlen“, sie zu einem „Scheindasein“ verurteilen<sup>26</sup>, untersagt wären aber nicht schmerzhaftere Interventionen. Hinzu kommt: Noch weiß man nicht, was das Subsidiaritätsprinzip, mit dem Deutschland sein verfassungsrechtliches und politisches Gewissen als Mitgliedsstaat der EU gegenüber seinen europakritischen Bürgern beruhigt, juristisch zu leisten vermag. Dem EuGH kommt hier in der Zukunft aufgrund des Vertrages von Lissabon bekanntlich eine stärkere und gewichtigere Rolle zu. Bisher traut man dem EuGH in Kompetenzfragen nicht. Zu sehr hat er sich nach Meinung vieler deutscher Beobachter auf die Seite der Kommission geschlagen, hat deren auf Dynamik der Integration durch Recht ausgerichteten Kompetenzansprüche eher bestätigt als verworfen. Andererseits ist seine Rolle in der Subsidiaritätsfrage extrem schwierig: Wie soll er feststellen, was 27 Mitgliedsstaaten leisten können, wenn darunter eben Deutschland ist, mit seiner ausgeprägt starken kommunalen Selbstverwaltung und leistungsfähigen Verwaltungsstrukturen auf allen Ebenen, und Malta eben auch. Das Subsidiaritätsprinzip hat seine spezifische Maßstabschwäche. Dies lässt viele daran zweifeln, dass es den Kompetenzansprüchen der europäischen Organe wirklich rechtliche Grenzen setzt.

#### 3. Die kommunale Selbstverwaltung als Element nationaler Identität

Es soll aber noch einen Hoffnungslauf geben. In Art. 4 Abs. 2 EUV wird die Union verpflichtet, die jeweilige nationale Identität zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Diese Verpflichtung war Deutschland wichtig. Nicht in allen Mitgliedsstaaten der EU hat der Gedanke

21 Vgl. BVerfGE 116, 135.

22 Dazu Geis, Kommunalrecht, 2008, Rn. 108 ff. Siehe aber jetzt EuGH, Urt. vom 9.6.2009, BayST 2009, 218 (Stadtreinigung Hamburg) und dazu Wiethe-Köprich, BayST 2009, 267.

23 Siehe BVerfG, Urt. vom 30.6.2009, EuGRZ 2009, 339 (366).

24 Im Ergebnis wie hier Ruffert (Fn. 9), § 38 Rn. 6; anders Stahl (Fn. 12), S. 45 (52 ff.). Allgemein zur Stellung der Kommune in der EU Hobe, DfK 2005, 38; Esser, DfK 2005, 20.

25 Dazu Ruffert (Fn. 9), Rn. 8.

26 Siehe BVerfGE 22, 180 (205); 56, 298 (312); 103, 332 (366).

einer verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung eine so intensive konstitutionelle Ausprägung gefunden wie in unserem Land. Man kann ihn zur Verfassungsidentität der Deutschen zählen. Aber auch hier sind Zweifel angebracht, ob aus dieser Vorschrift den Städten und Gemeinden ein effizienter Nothelfer in Gemeinschaftsrechtsfragen erwächst. Es kann immer nur um die Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung als Bestandteil der nationalen Identität bei weiteren Integrationsschritten gehen. Der Schutz zielt auf den Fortbestand einer eigenverantwortlichen kommunalen Ebene, nicht aber auf die Erhaltung des status quo der kommunalen Aufgaben und auch nicht des status quo der Modi und der Wege der Aufgabenerledigung. Vieles spricht mehr für eine politische, nicht wirklich justiziable Bedeutung der Vorschrift.<sup>27</sup> Kritiker formulieren, die Erwähnung der kommunalen Selbstverwaltung im Lissabonner Vertrag würde den Gemeinden weder nützen noch schaden. Es gibt aber auch Stimmen, die von dem bisher größten europapolitischen Erfolg der kommunalen Vertretungen sprechen.<sup>28</sup>

#### IV. Perspektiven

Damit wird deutlich: Die Städte und Gemeinden in Deutschland müssen die Erhaltung ihrer eigenverantwortlich genutzten Spielräume und ihre Selbstlösungskompetenz – wie sie nach wie vor vorhanden ist – vor allem auf politischem Weg sichern und gegebenenfalls verstärken und dürfen sich nicht allein auf die Richter verlassen. Dies gilt gerade auch für ihre wirtschaftliche Betätigung. Die EU wäre ihrerseits gut beraten, sich mehr darum zu bemühen, die Verantwortungsträger in der kommunalen Selbstverwaltung und die Bürger vor Ort für ihre legitimen Ziele der Transparenz und Offenheit der Märkte zu gewinnen. Denn eine biotopische Konzeption der Gemeindegewirtschaft wird niemand wirklich wollen. Die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise eröffnet Chancen für Reflexion. Die ordnungspolitischen Karten wer-

den sicher nicht neu gemischt. Aber vielleicht erleben wir eine Wiedergeburt der staatlichen Verantwortung für die Wirtschaft, die naturgemäß auch eine kommunale Verantwortung ist. Es ist durchaus die Zeit für eine distanzierte Betrachtung dessen, was wir bisher im Recht und in der Praxis, auch der kommunalen, für richtig gehalten haben. Der Staatsbedarf einer Gesellschaft wird möglicherweise neu zu justieren sein. Die Sparkassen sollten – so wollte es die EU mit Nachdruck – Geschäftsbanken möglichst ähnlich sein. Dieses Assimilationsziel wird man heute sicher etwas anders bewerten als bei der Verständigung zwischen EU und Bundesregierung im Jahr 2001. Privatisierung wird man nicht mehr als generell vorzugswürdigen Weg der kommunalen Aufgabenerfüllung für die Bürger sehen. Man wird stärker bereichsspezifisch denken.<sup>29</sup> Selbstverständlich darf niemand in Frage stellen, dass der verhältnismäßig preiswerte städtische Amtsleiter mit dem gut bezahlten Geschäftsführer einer städtischen GmbH im Effizienz- und Dynamikvergleich konkurrieren kann. Gelegentlich können aber auch spektakuläre Schadensereignisse – wie der Einsturz des Kölner Stadtarchivs – mit einem organisationspolitischen Kollateralschaden verbunden sein. Man fragt sich am Rhein und anderswo, ob eine effiziente Aufsicht über mehr als 100 kommunale Unternehmen der Stadt Köln<sup>30</sup> in Privatrechtsform überhaupt noch möglich ist. Gerne prophezeie ich schon seit einiger Zeit zugegebenermaßen etwas berufs- und standesaggressiv, die Deutschen werden sich noch gerne an die Zeiten erinnern, in denen sie von Juristen und nicht von Betriebswirten regiert wurden. Vielleicht ist das heute schon der Fall.

<sup>27</sup> Realistisch gegenüber dem Gewährleistungsgehalt auch Ruffert (Fn. 9), Rn. 15.

<sup>28</sup> Zur unterschiedlichen Bewertung siehe Glietsch, BWGZ 2003, 674; Diskussionsbeitrag (Fn. 12), S. 18; Articus, DfK 2005, 64; Hoffschulte, DVBl. 2005, 202.

<sup>29</sup> In Gesetzgebung und Literatur besteht immer wieder die Tendenz zu einer grundsätzlichen Vorrangentscheidung. Siehe zur Diskussion dieser Fragen für NRW Dünnheim-Schöne, DVBl. 2009, 146; Ennuschat, NWBl. 2009, 1.

<sup>30</sup> Siehe FAZ Nr. 85 vom 11.5.2009, S. 2. Zur Frage einer hinreichenden öffentlichen Kontrolle privatisierter Kommunalunternehmen Pitschas/Schoppa, DÖV 2009, 469.

Jürgen Vahle\*

## Subventionsrecht

### – Rechtsgrundlagen und Rechtsschutz im Bereich der staatlichen Förderung –

Trotz leerer öffentlicher Kassen spielen Subventionen im Wirtschaftsleben nach wie vor eine erhebliche Rolle (s. Opel). Von der Subventionierung der Landwirtschaft bis hin zu Stützungsmaßnahmen für den Bergbau und ganze Industriezweige spannt sich der Bogen solcher staatlicher Leistungen. Auch der Kulturbetrieb käme ohne kräftige Unterstützung durch die öffentliche Hand weitgehend zum Erliegen. Als "Subvention" werden die Leistungen eines Hoheitsträgers (Bund, Land, Kommune, Europäische Gemeinschaft) bezeichnet, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks gewährt werden. Im EG (-Vertrag) werden staatliche "Beihilfen" geregelt. Der Beihilfegriff ist allerdings weiter als derjenige der Subvention im deutschen Recht, weil er nicht nur positive Leistungen umfasst, sondern auch Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Belastungen mindern, die ein Unternehmen i. d. R. tragen muss (z. B. eine Abgabenbefreiung). Das Europarecht beeinflusst in wachsenden Maße die Dispositionsfreiheit der Nationalstaaten. Verstöße gegen das europarechtliche Vergaberecht

führen in der Regel zur Rückforderung einer gewährten Subvention, so dass sich der Empfänger im eigenen Interesse und im Rahmen seiner Möglichkeiten über die Beachtung der entsprechenden Vorschriften vergewissern sollte.

#### I. Rechtsgrundlagen und Formen der Subventionen

##### 1. Rechtsgrundlagen

###### a) Rechtsvorschriften (formelle Gesetze)

Eine Reihe von Subventionen ist spezialgesetzlich geregelt, so dass sich ihre Gewährung bzw. Ablehnung nach dem **Spezialgesetz** richtet. Als Beispiele sind etwa zu nennen das **Investitionszulagen-**

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

gesetz und das **Filmförderungsgesetz**. Nicht immer sind diese Gesetze allerdings so detailliert wie das Filmförderungsgesetz. Einzelheiten, Vergabeverfahren und evtl. mit der Zuwendung verbundene Belastungen sind regelmäßig in (ergänzenden) Verwaltungsvorschriften (Vergaberichtlinien, Runderlasse etc.) geregelt.

b) „Vergaberichtlinien“ (Verwaltungsvorschriften)

Häufig beruht eine Subventionsvergabe jedoch „nur“ auf den Ansätzen des jeweiligen **Bundes- oder Landeshausaltsgesetzes** („Haushaltsplan“) und den dazu erlassenen **Richtlinien**. Nach ganz h. M. und ständiger Staatspraxis bedarf die Gewährung von Subventionen grundsätzlich auch keines formellen (Subventions-) Gesetzes. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet es, dass die zuständige Behörde einem Antragsteller auf Anfrage – vorbehaltlich etwaiger Geheimhaltungspflichten – die für die konkrete Rechtsverfolgung notwendigen Auskünfte erteilt; hierzu gehört auch die **Mitteilung der einschlägigen Richtlinien** (s. BVerwG, NJW 1981, S. 535; VGH Mannheim, NJW 1979, S. 2117).

c) Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Allein für **Sonderfälle** hat die Rspr. vereinzelt ein Parlamentsgesetz verlangt, weil die Subventionsleistungen zwangsläufig Grundrechte Dritter beeinträchtigen könnten (insbesondere für die Subventionierung von **Presseerzeugnissen** im Hinblick auf die mögliche Gefährdung der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG). Umgekehrt folgt **aus den Grundrechten grundsätzlich kein unmittelbarer Anspruch** auf Subventionsgewährung (so bezüglich eines Theaterbetreibers im Hinblick auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG; VGH BW, NJW 2004, S. 624).

d) Europarechtliche Vorgaben

Die Gewährung von Subventionen wird heute insbesondere maßgeblich durch **europarechtliche Vorgaben** beeinflusst; das nationale Subventionsrecht liegt gewissermaßen „im Schatten der EG“ (Kokott, DVBl 1993, S. 1235). Auch ein **nur geringer Umfang** der Subvention („Beihilfe“) und auch die **geringe Größe** des begünstigten Unternehmens schließen die **Möglichkeit einer Beeinträchtigung** des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten und damit die Notwendigkeit eines Beihilfeaufsichtsverfahrens grundsätzlich nicht aus (EuGH, EuZW 1994, S. 694). „**Handel**“ umfasst hier auch den „Handel mit Dienstleistungen“ (EuGH, NJW 2003, S. 2517, 2518).

Unterhalb bestimmter **Bagatellgrenzen** können Beihilfen allerdings von der Notifizierungspflicht freigestellt werden (s. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. 2007, S. 313). Bei dieser Sachlage wird das **EG-Beihilfeverfahren** bedeutsam. Nach Art. 88 EGV wird die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Stellt die Kommission fest, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist oder dass sie missbräuchlich angewandt ist, so entscheidet sie, dass der betreffende Staat sie aufzuheben oder umzugestalten hat. Eine Subvention (Beihilfe) ist demgemäß **formell rechtswidrig**, wenn die Kommission nicht oder nicht rechtzeitig unterrichtet wird. Darüber hinaus können Subventionen auch **materiell** gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, wenn sie unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind, weil sie den **Wettbewerb verfälschen** oder zu verfälschen drohen und den **Handel mit den Mitgliedstaaten beeinträchtigen** (Art. 87 EGV). Das ist bei Leistungen, die über Bagatellbeträge hinausgehen, regelmäßig der Fall.

e) Anspruch auf eine Subvention

Ob ein Subventionsantrag in der Sache Erfolg hat, hängt davon ab, ob der Antragsteller die maßgeblichen – gesetzlichen oder durch Verwaltungsvorschrift konkretisierten – Voraussetzungen erfüllt. Vielfach hat der Bewerber keinen **Rechtsanspruch** auf die begehrte Subvention; er kann aber stets verlangen, dass über seinen Antrag nach pflichtgemäßem **Ermessen** unter Beachtung des **Gleichbehandlungsgebots** (Art. 3 GG) entschieden wird. Der Gleichbehandlungsgrundsatz war z. B. Prüfungsmaßstab bei Förderungsmaßnahmen zur Betriebsgründung im Handwerk, bei denen Frauen bevorzugt wurden. Im Hinblick auf den Auftrag des GG an den Staat, die **tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung** zu fördern (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) hat das BVerwG einen Verfassungsverstoß verneint (DÖV 2003, S. 288).

Die Behörde darf nicht willkürlich einzelne Antragsteller von einer Subvention ausschließen und sachfremde Erwägungen anstellen. Vielfach ist das Ermessen der Behörde durch die bereits erwähnten **Verwaltungsvorschriften** (Richtlinien etc.) **stark eingeschränkt** bzw. sogar **gebunden**. Entsprechendes gilt für eine feststehende **Subventionspraxis**, von welcher nicht ohne Grund im Einzelfall abgewichen werden darf. Letztlich kommt es **entscheidend auf die Praxis** als Maßstab für eine Gleichbehandlung an (BVerwG, NVwZ 2003, S. 1384).

## 2. Formen

a) Überblick über die Arten

Die Subventionsgewährung erfolgt durch höchst unterschiedliche Förderungsarten je nach Wirtschaftszweig, Empfängerkreis und Zweck der Leistung. Zu unterscheiden sind etwa **Erhaltungshilfen** (z. B. zum Schutz vorhandener Wirtschaftsstrukturen der Landwirtschaft), **Anpassungshilfen** (z. B. zur Veränderung vorhandener Strukturen in der Stahlindustrie) und **Produktionshilfen** (z. B. zur Weiterentwicklung eines Wirtschaftszweiges).

Diese Grobziele lassen sich nur durch ein weit gefächertes Instrumentarium der Subventionsleistungen erreichen. In Betracht kommen **regionale und sektorale Geldzuwendungen** des Staates oder aus Umlagen, **Kredite, Bürgschaften, Rückbürgschaften, Mindestpreisgarantien, Zinsverbilligungen, Bereitstellung von Gelände und sonstigen Sachmitteln, Steuer- und Gebührenvergünstigungen**. Nach dem Filmförderungsgesetz werden z. B. Zuschüsse in unterschiedlicher Höhe für die Herstellung von Filmen und Drehbüchern sowie auch Förderungshilfen zur Modernisierung und Verbesserung von Filmtheatern gewährt. Gewerbliche Betriebsstätten im sog. Zonenrandgebiet wurden mit Zulagen nach dem Investitionszulagengesetz gefördert.

b) Rechtliche Formen

Die Gewährung der Subvention kann in **verschiedenen Rechtsformen** erfolgen, obwohl häufig – bei positiver Entscheidung – nur ein „Antrag“ ausgefüllt und unterzeichnet wird und die Mittel dann fließen. Gleichwohl lohnt sich ein näherer Blick auf die rechtliche Ausgestaltung, zumal dann, wenn ein Antrag keinen Erfolg gehabt hat oder die Behörde gewährte Begünstigungen später einschränkt oder gar zurückfordert.

aa) Bewilligungsbescheid

Da an einem Subventionsverhältnis ein Träger öffentlicher Verwaltung beteiligt ist und die Leistung im öffentlichen Interesse liegt, ist regelmäßig davon auszugehen, daß die Subventionsgewährung



öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Insbesondere Zulagen, Prämien und Zuschüsse werden im allgemeinen durch Bescheide – d. h. **Verwaltungsakte** i. S. des § 35 VwVfG – bewilligt.

Dabei kann es sich um ein **mehrstufiges Verfahren** handeln, wenn auf den Bewilligungsbescheid (= **1. Stufe**) noch ein zweiter Verfahrensabschnitt (= **2. Stufe**) folgt, vor allem der Abschluss eines (zinsgünstigen) Darlehensvertrages. Obwohl diese zweite Stufe dem Privatrecht zugeordnet werden muss, bleibt die erste Stufe stets öffentlich-rechtlich; auf ihr wird durch Hoheitsakt entschieden und auf sie kommt es auch entscheidend an, wenn um die Gewährung einer Subvention gestritten wird.

Denkbar ist – vor allem bei den **sog. verlorenen Zuschüssen** – ein nur einstufiges Verfahren. Mangels Rückzahlungsverpflichtung erfolgt die Gewährung hier lediglich durch einen (positiven) Bescheid. Die bloße Auszahlung der Subvention bzw. des Zuschusses kann als schlichte Erfüllung des Bewilligungsbescheides nicht als “Zweitstufe” qualifiziert werden.

Als Vorstufe einer späteren Bewilligung kommt des weiteren noch die **Zusicherung** in Betracht, die eine **Selbstverpflichtung** zum Erlass eines späteren – begünstigenden – Verwaltungsaktes darstellt. Sofern die Subventionszusage nicht speziell geregelt ist, gilt § 38 VwVfG mit der Folge, dass die Einhaltung der **Schriftform** unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Bloß mündliche Zusagen bzw. Erklärungen binden die Behörde nicht. Eine andere Frage ist freilich, ob die Nichteinhaltung einer solchen Zusage eine Schadensersatzpflicht wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG) begründet. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit sollte ein Antragsteller stets auf einer schriftlichen Äußerung der Behörde durch einen zuständigen Bediensteten bestehen.

#### bb) Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Denkbar ist die Subventionsleistung auch aufgrund eines sog. öffentlich-rechtlichen Vertrages (vgl. §§ 54 ff. VwVfG). Voraussetzung für die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ist, dass sich die Parteien – als Folge von “echten” Vertragsverhandlungen – **geeignet** haben und nicht bloß eine “Unterwerfung” des Antragstellers unter die Konditionen der Behörde stattgefunden hat. Der Gebrauch eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bietet etliche **Vorteile** gegenüber der einseitigen Gewährung durch Verwaltungsakt und dürfte auch eher dem Wesen der Leistungsverwaltung entsprechen. Aufgrund der vertraglichen “Gleichordnung” an Stelle des durch den Bewilligungsbescheid begründeten Über- und Unterordnungsverhältnisses ist es der Behörde verwehrt, ihre Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag einseitig zwangsweise durchzusetzen, etwa durch Erlass eines vollstreckbaren Verwaltungsaktes. Allerdings könnte sich die Behörde dadurch eine vergleichbare Rechtsposition verschaffen, indem sich der Antragsteller – etwa für den Fall der Rückabwicklung – schriftlich (§ 57 VwVfG) der **sofortigen Vollstreckung** unterwirft (s. näher § 61 VwVfG).

#### cc) Privat-rechtlicher Vertrag

Als Verträge kommen insbesondere **Darlehen und Bürgschaften** in Frage. Die Handlungsform eines privat-rechtlichen Vertrages kann aber z. B. auch gewählt werden bei der Vergabe von “**Naturalsubventionen**”, etwa durch **verbilligte Abgabe von Grundstücken** an ansiedlungswillige Firmen oder an sozial schwache Einwohner der Fördergemeinde. Die Verwaltung nimmt hier im Kern eine **öffentliche Aufgabe** i. S. der Definition des Subventionsbegriffs wahr, bedient sich aber durch Abschluss des Vertrages (z. B. Kaufvertrag) der Handlungsformen des bürgerlichen Rechts. Wegen des öffentlich-rechtlichen Kerns des Vorganges ist die Behörde jedoch nicht

wie ein Privatmann frei in der Wahl ihrer Vertragspartner, sondern bleibt vor allem an die **Grundrechte** – insbesondere an den **Gleichbehandlungsgrundsatz** des Art. 3 GG – gebunden.

## II. Rückforderung der Subvention

### 1. Bei vertraglicher Gewährung

Ist die Subvention durch bzw. aufgrund **vertraglicher** Regelungen gewährt worden, so richtet sich die Rückforderung primär nach dem Vertrag. Speziell beim Vertrag ist es der Behörde idR verwehrt, die Rückzahlung durch vollstreckbaren Verwaltungsakt geltend zu machen; sie ist vielmehr gehalten, die Ansprüche klageweise vor dem Verwaltungs- oder Zivilgericht durchzusetzen.

### 2. Hauptfall: Aufhebung des Bewilligungsbescheides

Anders liegen die Dinge in den Fällen, in denen die Verwaltung die Subvention von “hoher Hand” – durch **Bescheid** – gewährt hat. Sie ist dann auch befugt, die Subventionsgewährung einseitig, also ebenfalls durch einen Verwaltungsakt, zu beenden bzw. die gewährten Leistungen auf diese Weise einzufordern. Der Antragsteller wird insoweit durch die Existenz des Förderbescheides zunächst einmal vor einer Rückforderung der Subventionsleistung geschützt. Dieser (wirksame) Verwaltungsakt bildet den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung. Zuvor muss also die Behörde den **Bewilligungsbescheid aus der Welt schaffen**.

#### a) Rücknahme/Widerruf

Handelt es sich um das Rückgängigmachen einer **rechtswidrig** gewährten Subvention, so spricht man von einer **Rücknahme** des Bewilligungsbescheides (s. § 48 VwVfG). Zu beachten ist, dass **allein** ein Verstoß gegen **Richtlinien** die Subventionsvergabe nicht rechtswidrig macht (BVerwG, NVwZ 2003, S. 1384).

Im Übrigen – d. h. bei an sich rechtmäßiger Gewährung, aber (häufig) zweckwidriger Verwendung – ist von einem **Widerruf** (gem. § 49 VwVfG) die Rede. In beiden Fällen kann sich der Antragsteller u. U. darauf berufen, die Aufhebung des Bescheides sei wegen überwiegenden privaten **Vertrauensschutzes** ausgeschlossen. Nur nach wirksamer Aufhebung des Bescheides entsteht die Verpflichtung des Begünstigten, die gewährten **Leistungen – mit Zinsen – zurückzuerstatten** (§ 49a VwVfG).

#### b) Europarechtliche Einflüsse

Auch **Beihilfen der EU** werden nach **deutschem Recht** zurückgefordert. Allerdings überlagert auch hier das Gemeinschaftsrecht das nationale Recht, insbesondere die darin enthaltenen Einschränkungen der Aufhebbarkeit von begünstigenden Verwaltungsakten unter Vertrauensschutzgesichtspunkten. Bereits bei formeller Rechtswidrigkeit trägt der Beihilfen-Empfänger ein **erhebliches Rückforderungsrisiko**.

**Der Begünstigte tut gut** daran, sich über die **Einhaltung des Notifizierungsverfahrens zu vergewissern**. Die Kommission unterrichtet potentielle Empfänger einer staatlichen Beihilfe im **EU-Amtsblatt** (Art. 254 EGV) davon, dass sie bei rechtswidrig gewährten Beihilfen mit Rückzahlungen zu rechnen haben

Ist die staatliche Beihilfe **ohne die Kontrolle der –Kommission** nach Art. 88 EGV bewilligt worden, so tritt nach Auffassung des BVerwG das **Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten regelmäßig zurück** (NJW 1993, S. 2764). Nur bei Vorliegen “**besonderer**

Umstände“ sei das Vertrauen des Beihilfeempfängers schutzwürdig (etwa bei unrichtigen Behördenauskünften). Nach Ansicht des BVerwG bestehe eine sichere Grundlage für ein Vertrauen auf die materielle Rechtmäßigkeit der Beihilfe nur bei Einhaltung des Überwachungsverfahrens. Erst recht reduziert sich der Vertrauensschutz auf Null, wenn die Beihilfe nicht nur formell, sondern auch **materiell** gemeinschaftsrechtswidrig ist. Materiell fehlerhafte Subventionsbescheide sind zwingend zu kassieren (Art. 87 EGV). Auch insoweit richtet sich die Abwicklung der Rückforderung nach nationalem Verfahrensrecht (insbes. den §§ 48 ff. VwVfG), allerdings grundsätzlich ohne Berücksichtigung der die Aufhebung einschränkenden Bestimmungen (z.B. hinsichtlich der Jahresfrist; s. dazu Stober, a. a. O., S. 332 unter Hinweis auf die 10-Jahresfrist nach Art. 15 der Subventionsverfahrensordnung des Rates).

### III. Rechtsschutzfragen

#### 1. Rechtsschutz bei Nichtgewährung und Rückforderung

Die Art des möglichen Rechtsschutzes hängt von der Form ab, in welcher die Subvention gewährt wird bzw. gewährt werden soll. Im Anwendungsbereich der **sog. Zwei-Stufen-Theorie** kommt es entscheidend darauf an, **welche Stufe** im Streit ist. Verweigert die Behörde eine Subventionsleistung, so entscheidet sie hierüber an Hand eines Subventionsgesetzes oder der Ausweisungen im Haushaltsplan i. V. mit den jeweils einschlägigen Vergaberichtlinien. Der Streit um die Gewährung betrifft damit die erste Stufe, ist also **öffentlich-rechtlicher** Natur. Ein eventueller Rechtsstreit ist damit dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen. Nach einem ggf. – je nach Landesrecht – erforderlichen **Widerspruch** gegen die Ablehnung muss der Antragsteller **Klage vor dem VG** erheben (Verpflichtungsklage). Vergleichbar ist die Rechtslage bei einer **Aufhebung** des für den Antragsteller günstigen Subventionsbescheides, die regelmäßig mit einer Forderung auf (völlige oder teilweise) Rückerstattung gewährter Leistungen verbunden ist.

Ist die Subvention **bereits bewilligt** und geht es nur noch um die Auszahlung, so ist eine **allgemeine Leistungsklage** statthaft. **Vorläufiger Rechtsschutz** kann in diesem Fall durch Antrag und Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) erreicht werden. Allerdings darf die “Hauptsacheentscheidung” nicht vorweggenommen werden, so dass eine gerichtliche Eilentscheidung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zum Zuge kommen dürfte (z. B. bei Existenzgefährdung im Nichtauszahlungsfalle). Einfacher liegen die Dinge, wenn das Subventionsverhältnis **nur einstufig** ausgestaltet ist, z. B. bei verlorenen Zuschüssen. In diesem Fall ist regelmäßig der Rechtsweg zu den Ver-

waltungsgerichten gegeben. Beim **öffentlich-rechtlichen Vertrag** stehen sich die Parteien auf der Ebene der Gleichordnung gegenüber. Ansprüche aus solchen Verträgen müssen deshalb grundsätzlich vor dem VG eingeklagt werden (Ausnahme: Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung gem. § 61 VwVfG).

Hat die Subventionsbehörde bei ihrer Maßnahme eine **privatrechtliche Form** gewählt, so ist der Rechtsweg zu den **Zivilgerichten** (§ 13 GVG) eröffnet. Die Zivilgerichte befassen sich hierbei auch mit den einschlägigen öffentlich-rechtlichen “Vorfragen”, insbesondere also mit der Frage, ob die Behörde bei ihrer Entscheidung die Bindungen des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes beachtet hat.

#### 2. Die Konkurrentenklage

Wird eine Subvention an einen Wettbewerber geleistet, so kann dies eine **Wettbewerbsverzerrung** zur Folge haben. Hieraus erklärt sich das wirtschaftliche Interesse, die Begünstigung des Konkurrenten im Rechtswege zu beseitigen, zumal wenn der Kläger nicht zum Kreis der Begünstigten gehört. Allerdings reicht die Tatsache einer Drittsubventionierung allein für den Erfolg einer Klage nicht aus. Die Klage des übergangenen Konkurrenten ist nur dann zulässig, wenn er geltend macht, **seine schutzwürdigen Belange** seien **willkürlich vernachlässigt** worden. In der Sache wäre eine solche Klage nur dann begründet, wenn das Gericht eine solche Willkür auch tatsächlich ermittelt.

Auch im **europarechtlichen (Beihilfeaufsichts-)Verfahren** ist ein Drittschutz der vernachlässigten Konkurrenz denkbar. Dies gilt etwa bei **formell rechtswidrigen** Beihilfen, bei denen der klagende Konkurrent vor einem nationalen Gericht die Rückforderung der Beihilfe verlangen kann, die unter Verstoß gegen Art. 88 EGV gewährt worden ist. Der Konkurrent kann sich hierbei auf die Behauptung stützen, die angegriffene Beihilfegewährung verstoße gegen das Verbot des Art. 87 EGV (Wettbewerbsverzerrung auf europäischer Ebene), wodurch er in seinen Rechten verletzt werde.

Ein weiteres Mittel für Konkurrenten ist die **sog. Nichtigkeitsklage**. Ein Klageinteresse für konkurrierende Unternehmen besteht, wenn die Kommission im Hauptverfahren entscheidet, dass eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Gegen diese Entscheidung kann der Konkurrent eine Nichtigkeitsklage **beim EuGH** erheben, um die Begünstigung des Subventionsempfängers zu beseitigen. Entsprechendes gilt bezüglich der **Unbedenklichkeitsprüfung**, mit der die EG-Kommission das Vorprüfungsverfahren beendet, wenn sie keine Zweifel an der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt hat.

## Crashkurs Europarecht

### des Centrums für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP)

Das CEP veranstaltet am 04./05. März 2010 einen Crashkurs Europarecht auf Schloss Hofen am Bodensee in Österreich. Dieses Fortbildungsseminar richtet sich jeweils an Juristen aller Berufsfelder, die in ihrer täglichen Praxis mit der stetig wachsenden Bedeutung des Europarechts konfrontiert werden. In den Seminarblöcken 1-3 werden die Grundlagen des Europarechts vermittelt. Im Rahmen des Seminarblocks 4 erhalten die Teilnehmer die Möglichkeit, einen für sie besonders

relevanten Bereich zu vertiefen. Zur Wahl stehen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, das EG-Beihilfenrecht sowie das EG-Vergaberecht. Referieren werden Prof. Dr. Michael Schweitzer (CEP), Prof. Dr. Werner Schroeder (Universität Innsbruck), Prof. Dr. Walter Obwexer (Universität Innsbruck), Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Kamann (WilmerHale LLP, Frankfurt a.M.) und Sabine Ahlers (Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Bayern, Hof).

Der Teilnahmebeitrag beträgt € 550,-. Die Anmeldung ist bis zum 18.02.2010 möglich.

Interessenten wenden sich bitte an das Centrum für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP), Geschäftsführerin Marina Schuldheis LL.M., Innstraße 39, 94032 Passau, Tel.: 0851/509-2395, Fax: -2396 cep@uni-passau.de www.cep-passau.eu.

# Das Nebentätigkeitsrecht der kommunalen Beschäftigten

## I. Einleitung

Die Ausübung einer Nebentätigkeit von Beschäftigten im öffentlichen Dienst ist über Jahre hinweg – ebenso wie bei den Beamten – ein regelmäßig wiederkehrendes Thema politischer Diskussionen und juristischer Betrachtungen gewesen. Vor allem in Zeiten steigender Arbeitslosigkeit begegnet den Bediensteten des öffentlichen Dienstes bei Bund, Ländern und Kommunen vermehrt Unverständnis, wenn diese zusätzlich zu ihrem sicheren Arbeitsplatz noch weitere bezahlte Nebentätigkeiten ausüben.

Das Interesse an der Ausübung einer Nebentätigkeit gewinnt nicht zuletzt für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes durch die gegenwärtige Rezession der deutschen Wirtschaft wieder verstärkt an Bedeutung. Die relativ hohen Lebenshaltungskosten und insgesamt nur geringen Einkommenszuwächse verstärken auch bei den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes den Wunsch nach einem Zweiteinkommen zur Sicherung des erworbenen Lebensstandards. Neben den rein erwerbswirtschaftlichen Interessen bekommt mitunter auch der Wunsch nach aktiver und kreativer Freizeitgestaltung einen wachsenden Stellenwert. Die Grenze zwischen reiner Freizeitgestaltung (Kirche, Hobby, Sport, Ehrenämter) und rechtlich relevanter Nebentätigkeit kann dabei nicht immer auf den ersten Blick sicher bestimmt werden. Grundkenntnisse des Nebentätigkeitsrechts sind daher durchaus von Nutzen und können dazu beitragen, dass es gar nicht erst zu vermeidbaren Fehlverhaltensweisen kommt, die als Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten zu spürbaren Konsequenzen – von der Abmahnung bis hin zur außerordentlichen Kündigung – führen können.

Dieser Beitrag will daher eine Einführung in die objektive Rechtslage geben und dem interessierten Leser Möglichkeiten und Grenzen des Nebentätigkeitsrechts aufzeigen.

## II. Begriff der Nebentätigkeit

Der Begriff der Nebentätigkeit ist für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes – anders als bei den Beamten – gesetzlich nicht geregelt. Eine Nebentätigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vor, wenn eine entgeltliche Tätigkeit neben dem eigentlichen (Kern-) Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber ausgeübt wird.<sup>1</sup> Es ist dabei unerheblich, ob diese Nebentätigkeit bei Dritten – oder auch bei demselben Arbeitgeber – auf der Rechtsgrundlage eines Arbeits-, Dienst- oder Werkvertrages ausgeübt wird. Selbstständige Tätigkeiten des Beschäftigten sind ebenfalls als Nebentätigkeit erfasst, wenn sie von Nachhaltigkeit und Gewinnerzielungsabsicht geprägt sind.<sup>2</sup>

Zur Nebentätigkeit wird die Beschäftigung oder Tätigkeit für den Arbeitnehmer stets dann, wenn sie im Verhältnis zur Haupttätigkeit einen geringeren zeitlichen Aufwand erfordert und in der Regel auch geringer entlohnt wird. Bei Teilzeitbeschäftigten kann es hier jedoch zu Abgrenzungsproblemen kommen, da die „Nebentätigkeit“ ggf. im selben zeitlichen Umfang ausgeübt wird wie die hauptamtliche Tätigkeit. Hier ist die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenamt am besten daran auszurichten, welche Tätigkeit welchem Arbeitgeber zuerst als Nebentätigkeit angezeigt wird und für welche Steuerklasse sich der Beschäftigte jeweils entscheidet, da sich an diesen

äußeren Merkmalen der Wille des Beschäftigten am besten ablesen lässt<sup>3</sup>.

Kleine Gefälligkeiten und Hilfestellungen für Verwandte, Freunde und Nachbarn stellen somit noch keine Nebentätigkeit dar<sup>4</sup>. Ehrenamtliche Tätigkeiten in Kirche und Gewerkschaften oder die Ausübung politischer Wahlämter sind ebenfalls keine Nebentätigkeiten<sup>5</sup>. Ebenso verhält es sich mit der Verwaltung des eigenen Vermögens bzw. des der Nutznießung des Beschäftigten unterliegenden Vermögens.

Zentrales Merkmal im Nebentätigkeitsrecht ist somit unter anderem die Entgeltung der Tätigkeit. Zum Entgelt zählen dabei das Gehalt bzw. das Honorar, die erhaltenen Gewinnanteile aus unternehmerischer Tätigkeit und die Sachbezüge (z. B. freie Unterkunft und Verpflegung, freie Nutzung von Kraftfahrzeugen und Krafträdern, wenn diese ansonsten im Allgemeinen nur gegen ein Entgelt gewährt werden)<sup>6</sup>.

## III. Wesentliche Rechtsgrundlagen

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind grundsätzlich zur Ausübung einer Nebentätigkeit berechtigt. Sie können sich dabei auf Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz (GG) und Artikel 12 Absatz 1 GG berufen, da gleichermaßen die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Berufsausübungsfreiheit betroffen sind<sup>7</sup>. Jeder Beschäftigte hat das Recht aus seiner Person das Maximum zu entfalten und zu verwerten. Ein generelles Verbot der Ausübung einer Nebentätigkeit ist dem Arbeitgeber daher nicht möglich<sup>8</sup>. Der Arbeitnehmer darf daher gegen ein unberechtigtes Verbot einer Nebentätigkeit verstoßen ohne eine Abmahnung oder Kündigung fürchten zu müssen.

Das Recht auf Ausübung einer Nebentätigkeit kann jedoch gleichermaßen durch einen Tarifvertrag<sup>9</sup> und durch den Einzelarbeitsvertrag eines Beschäftigten beschränkt werden. Unzulässig wäre jedoch in beiden Fällen die Aufnahme einer Regelung, die den Beschäftigten die Ausübung einer Nebentätigkeit grundsätzlich verbietet. Eingriffe der Tarifparteien und des Arbeitgebers in die arbeitsfreie Zeit des Arbeitnehmers, also in dessen Privatsphäre, haben weitestgehend zu unterbleiben. Die Beschäftigten schulden nach der das Arbeitsrecht prägenden Grundregelung des § 611 Absatz 1 BGB nur die Erbringung der „versprochenen Dienste“. Sie schulden nicht im Sinne der beamtenrechtlichen Dogmatik die Einbringung ihres „vollen persönlichen Einsatzes im Beruf“.

\* Oberregierungsrat Matthias Schütte ist Dozent an der FH öV NRW am Studienort Münster

1 BAG vom 14.01.1982 – 2 AZR 154/81

2 Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen, Kommentar zum Tarif- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, § 3 TV-L, RdZiffer 72

3 Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Auflage, München, 2007, § 42 Abschnitt II, RdZiffer 7

4 Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen, Kommentar zum Tarif- und Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, § 3 TV-L, RdZiffer 71

5 Anderer Ansicht Röllner in Küttner, Personalbuch 2008, Abschnitt 322 RandNr. 1

6 Spöner/Steinherr, Kommentar zum TV-L, § 3 RdZiffer 114

7 BAG in NZA 2002, S. 98 sowie in ZTR 2002, S. 30

8 Braun, ZTR 2004, S. 69

9 Das Recht der Tarifvertragsparteien zur Regelung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen umschließt nach der Rechtsprechung des BAG das Recht zur Regelung von Nebenpflichten für Nebentätigkeiten (BAG vom 26.06.2001, 9 AZR 343/00).

Im öffentlichen Dienst werden in der Regel überwiegend standardisierte Einzelarbeitsverträge mit Bezug auf den Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes (TVöD) geschlossen. Dieser regelt auch den Bereich der Nebentätigkeiten einheitlich für alle tarifvertraglich unterworfenen Beschäftigten. Weitere Vereinbarungen im Einzelarbeitsvertrag sind daher nicht erforderlich und in der Praxis auch für die Tarifbeschäftigten nicht üblich. Sollten sie dennoch im Einzelfall getroffen werden, dürfen und können sie keine Schlechterstellung gegenüber den tarifvertraglichen Regelungen bewirken. Tatsächlicher Handlungsbedarf bestünde bei den Kommunen somit nur in den wenigen Fällen, in denen bestimmte Spitzenkräfte außertariflich geführt werden.

### III.1. Anzeigepflicht der Beschäftigten

Die Beschäftigten sind nach § 3 Absatz 3 Satz 1 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) bzw. § 3 Absatz 4 Satz 1 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) verpflichtet eine angestrebte Nebentätigkeit rechtzeitig vor deren Aufnahme schriftlich anzuzeigen. Das schließt grundsätzlich auch die Unterzeichnung der Anzeige ein (vgl. § 126 BGB). Als taugliche Ersatzform zur Schriftform kommt nach § 126 Absatz 3 BGB in Verbindung mit § 126 a BGB die elektronische Form in Betracht (also zum Beispiel Anzeige per email). Der Arbeitgeber muss in jedem Fall ausreichend Zeit zur Prüfung haben, ob und wie weit die geplante Nebentätigkeit des Arbeitnehmers seine betrieblichen Interessen beeinträchtigt und ob statt einer vollständigen Untersagung eine Begrenzung der angezeigten Nebentätigkeit durch eine Auflage als weniger schwerwiegender Eingriff in die Sphäre des Arbeitnehmers in Betracht kommt. Es ist daher in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen, ob die Anzeige des Beschäftigten rechtzeitig erfolgte. Je komplexer die erstrebte Nebentätigkeit ist, desto mehr Zeit wird der Arbeitgeber zur Prüfung benötigen. In keinem Fall darf die Situation eintreten, dass der Arbeitgeber kurzfristig vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Zur Sicherstellung einer ausreichend qualifizierten Prüfungsmöglichkeit des Arbeitgebers sind vom Beschäftigten Angaben über die Anzahl der ausgeübten Nebentätigkeiten insgesamt sowie Art und zeitlicher Umfang, Befristungen und das erzielte oder erwartete Entgelt zu verlangen. Die zuständige Stelle für die Entgegennahme und Bearbeitung der Anzeige des Beschäftigten bestimmt der Arbeitgeber. Regelmäßig sind bei den Kommunen damit die Personalämter zuständig.

Die tarifvertraglich vereinbarte Anzeigepflicht ist verfassungsrechtlich zulässig und wirksam. Sie beschränkt die Arbeitnehmer nicht unverhältnismäßig in ihren Grundrechten<sup>10</sup>. Der Tarifvertrag regelt nicht mehr den Inhalt und den Umfang der Anzeige. Der alte Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) verwies in seinem § 11 noch auf das Regelungswerk für die Nebentätigkeiten der Beamten. Hiervon hat sich der TVöD vollständig gelöst. Es wird auch nicht mehr zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Nebentätigkeiten unterschieden.

Aus der tarifrechtlichen Begrenzung auf eine bloße Anzeigepflicht der Beschäftigten folgt, dass diese ihre geplante Nebentätigkeit aufnehmen können, wenn der Arbeitgeber sich nicht in angemessener Zeit zur Sache äußert bzw. eine Untersagung ausspricht. Nimmt der Beschäftigte jedoch eine Nebentätigkeit vor der Anzeige an den Arbeitgeber auf, verstößt er gegen den Arbeitsvertrag und muss wenigstens mit einer Abmahnung rechnen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Verstoß dem Beschäftigten subjektiv vorwerfbar war. Es reicht aus, dass der Arbeitgeber den objektiven Verstoß rügt<sup>11</sup>. Eine ordentliche Kündigung wird bei erstmaligem Verstoß selten in Betracht kommen. Bei einem besonders schwerwiegenden Verstoß oder bei wiederholten Verstößen des Beschäftigten gegen die Anzei-

gepflicht ist neben der ordentlichen Kündigung auch die außerordentliche (fristlose) Kündigung durch den Arbeitgeber vertretbar.

### III.2. Grenzen der Nebentätigkeit

Der Arbeitgeber ist berechtigt nach § 3 Absatz 3 Satz 2 TVöD eine Nebentätigkeit des Arbeitnehmers zu untersagen oder mit Auflagen zu versehen, wenn die Nebentätigkeit geeignet ist die Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten oder berechnete Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. Auch ohne diese tarifvertraglichen Grenzen ergeben sich Beschränkungen bei der Ausübung von Nebentätigkeiten. Diese stammen zum Beispiel aus dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG). Dort regeln die Paragraphen 3 und 5 sowohl die höchstzulässige Arbeitszeit als auch die einzuhaltenden Ruhezeiten zwischen dem Arbeitseinsatz und dem Arbeitsneubeginn. Haupt- und Nebentätigkeit dürfen aufsummiert nicht gegen die vorgenannten Normen verstoßen. Jeder Arbeitgeber ist zur Beachtung der gesetzlichen Höchstgrenzen der Arbeitszeit und zur Sicherstellung der Ruhezeiten zwischen den Arbeitseinsätzen verpflichtet. Es ist dabei unerheblich, ob er Arbeitgeber der Haupt- oder Nebentätigkeit des Arbeitnehmers ist<sup>12</sup>.

Weitere gesetzliche Grenzen sind dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) zu entnehmen. Während des gesetzlichen Mindesturlaubs ist gemäß § 8 BUrlG die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ebenfalls nicht möglich, da dies dem Zweck des Urlaubs zuwider liefe. Unabhängig davon kann eine Nebentätigkeit während des Urlaubs auch als mangelnde Rücksichtspflicht qualifiziert und entsprechend sanktioniert werden.

Ebenso verhält es sich, wenn während einer Zeit der Dienstunfähigkeit eine Nebentätigkeit ausgeübt wird. Auch hier liegt ein Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflichten vor, da durch die Belastung der Nebentätigkeit der Heilungsprozess verlangsamt werden könnte. Noch schwerer wiegt der Verstoß, wenn der Arbeitnehmer die Erkrankung nur vorgetäuscht hat, um der Nebentätigkeit nachgehen zu können. In derartigen Fällen ist der Arbeitgeber regelmäßig zur außerordentlichen Kündigung berechtigt<sup>13</sup>. Weitere Grenzen können aus fehlenden behördlichen Erlaubnissen stammen (z. B. aus der Gewerbeordnung), aus drohendem Verstoß gegen Schutzvorschriften wie zum Beispiel der Lenk- und Ruhezeiten bei Berufskraftfahrern oder aus Verstößen gegen sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten.

#### Grundsätzlich gilt:

*Der Beschäftigte hat alles zu unterlassen, was seine Fähigkeit zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung erheblich herabsetzt oder ernsthaft stören kann. In Betracht kommen neben der oben beschriebenen zeitlichen Überbeanspruchung auch die Ausübung einer Konkurrententätigkeit (zum Beispiel als Verkaufsberater bei einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft der Nachbargemeinde, die sich überregional um Kunden für ihre Energieversorgungsleistungen bemüht), Ausübung einer Nebenbeschäftigung während einer Erkrankung sowie die Fälle der unmittelbaren Kollision von Pflichten im Hauptamt mit denen der Nebenbeschäftigung (Bsp. Ein Mitarbeiter des städtischen Bauamtes, der dort für die Beantwortung von Bauvoranfragen und die Erteilung von Baugenehmigungen zuständig ist, will nebenbei als Verkäufer, Bauingenieur oder Archi-*

<sup>10</sup> BAG vom 18.01.1996 – 6 AZR 314/95

<sup>11</sup> Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen Kommentar zum Tarif- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, § 3 Rdziffer 99

<sup>12</sup> Gaul/Khanian, MDR 2006, S. 68

<sup>13</sup> Braun ZTR 2004, S. 73 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BAG (u. a. BAG in ZTR 1994, S. 122)

*tekt bei einer Baufirma tätig werden, die ihrerseits eine ganze Reihe von Bauvoranfragen stellen will und auch Bauvorhaben in der Stadt plant, die den städtischen Mitarbeiter im Hauptamt beschäftigt. Die Beschäftigten haben stets auf die Belange der Kommune – ihres Arbeitgebers – Rücksicht zu nehmen.*

### III.2.1 Untersagung der Nebentätigkeit durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber kann nach § 3 Absatz 3 Satz 2 TVöD eine Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn seine berechtigten (betrieblichen, dienstlichen) Interessen beeinträchtigt sein könnten.

Es reicht hierfür aus, wenn die Beeinträchtigung nach Lage des Sachverhaltes nicht ausgeschlossen werden kann<sup>14</sup>. Ein Ermessen besteht hierbei nicht. Eine Beeinträchtigung dienstlicher Interessen liegt regelmäßig vor, wenn die zeitliche Belastung der Arbeitnehmer durch die Nebentätigkeit ein Fünftel der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit übersteigt. Ferner sind dienstliche Interessen beeinträchtigt, wenn die Nebentätigkeit während der Dienstzeit ausgeübt wird. Bei gleitender Arbeitszeit ist die Kernarbeitszeit als Maßstab zu nehmen. Während der Kernarbeitszeit darf somit keine Nebentätigkeit ausgeübt werden. Weitere Beeinträchtigungen ergeben sich, wenn der Beschäftigte in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber tritt oder diesen und seine betriebliche Sicherheit gefährdet. Ferner stellt die Gefährdung der Erfüllung öffentlicher Aufträge einen Untersagungsgrund dar.

Der Arbeitgeber muss die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen begründen und den maßgeblichen Sachverhalt im Streitfalle beweisen können. Allgemeine Ängste, Probleme des Arbeitsmarktes, sonstige allgemein sozialpolitische Gründe oder vermeintliches Unverständnis bei der Bevölkerung reichen nicht aus<sup>15</sup>.

Will der Arbeitgeber eine Nebentätigkeit untersagen, muss er gemäß § 72 Absatz 1 Satz 1 Nr. 9 Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG) für das Land Nordrhein-Westfalen den Personalrat beteiligen. Der Personalrat hat in diesen Fällen ein Mitbestimmungsrecht. Das Landespersonalvertretungsgesetz gewährt somit dem Personalrat eine stärkere Regelung als das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) einem Betriebsrat in der freien Wirtschaft zugesteht. Das BetrVG sieht eine Beteiligung des Betriebsrates bei der Entscheidung über eine angezeigte Nebentätigkeit nicht vor. Es enthält auch sonst keinerlei Regelung zu diesem Themenkomplex.

Auch nicht anzeigepflichtige Nebentätigkeiten können in der Praxis für den Arbeitgeber ein Problem darstellen. Der Beschäftigte hat daher auch bei ehrenamtlichen Tätigkeiten Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Arbeitgeber. Werden ehrenamtliche Aufgaben in einem so weit reichenden Umfang ausgeübt, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr gewährleistet ist (z. B. bei außergewöhnlich engagierter Tätigkeit in der Kirchengemeinde oder überregionalem Engagement in der Führungsebene der Freiwilligen Feuerwehr), kann der Arbeitgeber bei Kenntnis auch hier eine Untersagung aussprechen<sup>16</sup>.

Eine Benutzung der Einrichtungen oder dienstlichen Gegenstände des Arbeitgebers (zum Beispiel Personal, Räume, Kopierer, Strom und Wasser oder Kraftfahrzeuge) für die Ausübung der Nebentätigkeit bedarf hingegen der besonderen Erlaubnis. Diese muss rechtzeitig vor der tatsächlichen Nutzung dem Beschäftigten vorliegen, sonst ist die Nutzung rechtswidrig. Ferner muss der Beschäftigte für die gewünschte Nutzung eine Nutzungsentschädigung an den Arbeitgeber zahlen. Der Arbeitgeber kann die Nutzung seiner Einrichtungen nach zunächst erteilter Genehmigung wieder untersagen, wenn es zu Störungen kommt. Nutzt der Beschäftigte unerlaubt dienstliche Einrichtungen oder Gegenstände kommt durchaus eine außerordentliche Kündigung in Betracht<sup>17</sup>.

### III.2.2 Kostenersatz für den Einsatz von Privatdetektiven

In der Wirtschaft aber auch bei einigen Verwaltungen des öffentlichen Dienstes wird gelegentlich die Frage nach dem Einsatz von Privatdetektiven bei entsprechendem Verdacht einer nicht angezeigten Nebentätigkeit – insbesondere im Zusammenhang mit angezeigter Dienstunfähigkeit – gestellt. Hier sind nicht nur die formellen und materiellen Aspekte des Einsatzes an sich, sondern auch die zum Teil erheblichen Kostenlasten von Bedeutung. Das BAG hat hierzu bereits ausgeführt, dass bei entsprechenden Verdachtsmomenten (konkreter Tatverdacht) eine Beauftragung eines Detektivs gerechtfertigt und nachfolgend eine Forderung auf Kostenersatz gegen den überführten Arbeitnehmer aus § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 263 Absatz 1 StGB akzeptabel ist. Alternativ sei der Anspruch des Arbeitgebers auch aus § 280 Absatz 1 BGB in Verbindung mit dem jeweiligen Einzelarbeitsvertrag abzuleiten<sup>18</sup>.

Beweispflichtig ist in diesen Fällen der Arbeitgeber hinsichtlich des konkreten Tatverdachts und der tatsächlichen Überführung des Arbeitnehmers. Ferner müssen die entstandenen Kosten sachdienlich und notwendig gewesen sein und in angemessenem Verhältnis zu dem abgewehrten Schaden aus Vertragsverletzung des Arbeitnehmers stehen. Maßstab ist, was ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Einzelfalles zur Störungsbeseitigung oder Schadensverhütung für erforderlich halten dürfte. Anders verhält es sich in den Fällen, in denen der Arbeitgeber aus reiner Vorsorge zur Gefahrenabwehr Aufwendungen für einen Sicherheitsdienst oder Detektiv tätigt. Diese Kosten sind reine Betriebsausgaben und daher nur vom Arbeitgeber zu tragen, wobei ein Teil der Literatur hier bereits den Einsatz von Detektiven für unzulässig hält<sup>19</sup>.

### III.2.3 Pflicht des Beschäftigten zur Ablieferung der erzielten Vergütung

Der alte Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) verwies die Arbeitnehmer noch pauschal auf die Regelungen, die für die Beamten gelten. Diese sehen nach § 57 Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz) in Verbindung mit § 13 Absatz 1 der Nebentätigkeitsverordnung (NtV)<sup>20</sup> Ablieferungspflichten vor, wenn der Beamte im öffentlichen Dienst Vergütungen oberhalb der Grenze von 6.000,- € erzielt hat. Der TVöD verwies bei seinem Inkrafttreten zunächst nicht mehr auf die Regelungen für die Beamten. Die Tarifvertragsparteien haben jedoch mit Wirkung zum 01.07.2008 in § 3 Absatz 3 TVöD einen Satz drei neu aufgenommen. Nach dieser Vorschrift kann eine Ablieferungspflicht zur Auflage gemacht werden.

Für die Beschäftigten des Bundes sollen dabei wiederum die Bestimmungen maßgebend sein, die für die Bundesbeamten gelten. Somit ist für diese Gruppe der Beschäftigten nunmehr ein Stück weit wieder die Regelung des alten BAT etabliert worden. Die Bundesnebtätigkeitsverordnung (BNV) mit der Folge einer klaren Ablieferungspflicht für im öffentlichen Dienst erarbeitete Vergütungen oberhalb definierter Freigrenzen wird wieder angewendet.

Für die Beschäftigten der Kommunen, die ebenfalls den TVöD anwenden, gibt es derartige pauschale Regelungen hingegen nicht. Hier ist jedoch zu beachten, dass bei ihnen einzelvertraglich entspre-

14 Sponer/Steinherr, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst, Gesamtausgabe, – Kommentar – Band 2, § 3 RdZiffer 123

15 Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2009, § 611, RdZiffer 726

16 Sponer/Steinherr, Kommentar zum TV-L § 3 RdZiffer 202

17 LAG Hamm, NZA-RR 1999, S. 126

18 Gaul/Khanian MDR 2006, S. 70 mit weiteren Nachweisen.

19 Gaul/Khanian MDR 2006, S. 70 mit Hinweis auf Borchert in AuR 1990, S. 375, 380

chende Ablieferungspflichten vereinbart werden können. Dabei kann der kommunale Arbeitgeber ebenfalls auf die in seinem Bundesland geltenden nebensächlichkeitsrechtlichen Vorschriften für die Landesbeamten und die bei diesen bestehenden Ablieferungspflichten verweisen. Alternativ denkbar wäre auch ein Verweis auf das Bundesrecht. Nach der Rechtsprechung verstößt die Ablieferungspflicht nicht gegen die Verfassung. Weder Artikel 12 noch Artikel 3 GG seien betroffen<sup>21</sup>. Die Regelung diene in zulässiger Weise dazu der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen und der Überbeanspruchung der Beschäftigten entgegenzuwirken und gleichzeitig den Reiz einer Nebentätigkeit zu reduzieren. Auch die Notwendigkeit sparsamer Haushaltsführung im gesamten öffentlichen Dienst sei ein wesentliches Argument für die Ablieferungspflicht. Schließlich würden die Beschäftigten aus Haushaltsmitteln ihre Vergütung erhalten<sup>22</sup>.

Dieser Rechtsprechung begegnen Bedenken. Das vorgenannte Ziel der Vermeidung einer Überbeanspruchung der Beschäftigten kann bei Nebentätigkeiten außerhalb des öffentlichen Dienstes mit der aktuellen Regelung nicht erreicht werden, obwohl es ein durchaus wichtiges Ziel ist. Im Gegenteil, die Beschäftigten werden auf diese Weise geradezu dazu veranlasst, sich Tätigkeiten außerhalb des öffentlichen Dienstes zu suchen.

Die Gewährleistung sparsamer Haushaltsführung – in Folge der früheren Einheit des öffentlichen Dienstes in Deutschland – durch die Ablieferungspflicht wirkt spätestens nach der Föderalismusreform mit der tiefgreifenden Liberalisierung des Dienst- und Besoldungsrechts befremdlich und nicht mehr stichhaltig. Die unterschiedlichen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes wirtschaften trotz identischer oder ähnlicher Tarifvorschriften zunehmend eigenständiger. Dies sollte nicht auf Nebengebieten wie dem Nebentätigkeitsrecht wieder verzerrt werden. Bei Beamten, Richtern oder Soldaten mag mit Blick auf den Alimentationsgedanken eine andere Bewertung durchaus vertretbar sein, aber bei den Beschäftigten erscheint diese Überlegung mittlerweile deplatziert.

### III.2.4 Pflicht der Beschäftigten zur Übernahme einer Nebentätigkeit?

Nicht nur die Erörterung der Anzeige- und Ablieferungspflichten und des allgemeinen Rechts der Beschäftigten auf eine Nebentätigkeit ist von Interesse. Auch die Frage, ob der Arbeitgeber seinerseits verlangen kann, dass „seine“ Beschäftigten eine Nebentätigkeit bei ihm übernehmen ist von Bedeutung. Hier kann wiederum ein Blick auf die Grundstruktur des Arbeitsvertrages die gesuchte Antwort unmittelbar erteilen. Der Arbeitnehmer schuldet nur, was arbeitsvertraglich mit seinem Arbeitgeber vereinbart ist. Nur in diesem Rahmen kann der Arbeitgeber sein Direktionsrecht ausüben und wechselnde Aufgaben übertragen. Eine darüber hinaus gehende Pflicht des Arbeitnehmers zur Übernahme einer Nebentätigkeit besteht somit nicht. Hierzu bedürfte es einer einvernehmlichen Änderung des Arbeitsvertrages mit entsprechender Festlegung der dann (zusätzlich) geschuldeten Arbeitsleistung. Auch die (zusätzliche) Vergütung für diese Nebentätigkeit beim selben Arbeitgeber müsste zwischen den Parteien entsprechend vereinbart werden. Im Rahmen der zivilrechtlichen Privatautonomie können die Beschäftigten also frei entscheiden, ob sie bei ihrem Arbeitgeber, der Stadt oder dem Landkreis, eine Nebentätigkeit annehmen wollen oder nicht.

## IV. Rechtsschutz und Rechtsweg bei Streitigkeiten

Nach § 2 Absatz 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 8 Absatz 1 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) entscheidet das Arbeitsgericht in erster Instanz streitwertunabhängig unter anderem über alle bürgerlich rechtlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Diese Rege-

lung stellt klar, dass eine andere Gerichtsbarkeit weder vereinbart noch durch rügelose Einlassung begründet werden kann (vgl. §§ 38, 39 Zivilprozessordnung – ZPO). Bei einem Konflikt über die Art der Ausübung bzw. die Untersagung einer Nebentätigkeit oder eine erfolgte Abmahnung oder Kündigung durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer Nebentätigkeit ist mithin das Arbeitsgericht allein zuständiges Streitgericht. Es besteht dort kein Anwaltszwang. Der betroffene Beschäftigte kann somit gemäß § 11 Absatz 1 ArbGG seine Interessen selbst vertreten oder sich durch eine Gewerkschaft vertreten lassen.

Prozessual kommt nach der Abkehr von der alten Regelung des § 11 BAT nur noch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in Betracht<sup>23</sup>. Das Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass der Arbeitgeber die Berechtigung der angestrebten Nebentätigkeit bestreitet. Der Arbeitnehmer müsste ohne die Feststellungsklage ansonsten auf die arbeitsrechtliche Sanktion des Arbeitgebers warten und käme nur im Rahmen einer inzidenten Prüfung zur Überprüfung der Untersagung der Nebentätigkeit.

Der Feststellungsantrag ist somit prozessökonomisch und gut geeignet, die Rechtsunsicherheiten zwischen den Parteien zu beseitigen. Bei den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes kann davon ausgegangen werden, dass sie sich dem Feststellungsurteil des erkennenden Gerichts beugen werden.

Auch der Arbeitgeber könnte ein Interesse am Rechtsschutz des Arbeitsgerichts haben. Denkbar wären hier die Fälle, in denen ein Arbeitnehmer durch Aufnahme einer zweiten Beschäftigung so stark belastet wird, dass er seine Arbeitsleistung im Hauptarbeitsverhältnis schlecht oder gar nicht mehr erbringt. In solchen Fällen scheint eine Unterlassungsklage zunächst der richtige gerichtliche Rechtsbehelf zu sein. Tatsächlich gesteht die herrschende Lehre dem Arbeitgeber in solchen Fällen keine Unterlassungsklage zu. Er wird vielmehr darauf verwiesen den Arbeitnehmer notfalls auf Schadensersatz wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Leistungserbringung in Anspruch zu nehmen<sup>24</sup> oder die allgemeinen Sanktionsmittel (Abmahnung, Kündigung, außerordentliche Kündigung) einzusetzen.

## V. Fazit

Die aktuelle tarifrechtliche Regelung zum Nebentätigkeitsrecht der Beschäftigten der Kommunen stellt eine spürbare Verbesserung gegenüber der früheren Regelung des § 11 BAT dar. Sie hat die notwendige Entkopplung vom früheren Pauschalverweis auf das Beamtenrecht etabliert. Komplizierte Unterscheidungen zwischen anzeige- und genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten sind entfallen. Die unterschiedlichen Interessen der Beschäftigten und die Interessen der kommunalen Arbeitgeber wurden dadurch gut und zeitgerecht abgewogen. Die Regelung des § 3 Absatz 3 Satz 1 TVöD ist leicht handhabbar und mithin voll praxistauglich. Bei gegenseitigem Verständnis und ausreichender Rücksichtnahme auf die Belange des anderen Vertragspartners dürfte es also in der Praxis keine ernsthaften Konflikte um die Ausübung einer Nebentätigkeit durch die Beschäftigten der Kommunen geben.

20 Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Lande Nordrhein-Westfalen vom 21.09.1982

21 BVerfGE 55, 207

22 Beschluss des BVerfG vom 16.01.2007 2 BvR 1188/05, Pressemitteilung des BVerfG 10/2007 vom 30.01.2007

23 Früher wäre noch eine Leistungsklage zu erheben gewesen, da der Beschäftigte in der Regel eine Genehmigung des Arbeitgebers zur Ausübung einer Nebentätigkeit hätte erstreiten müssen.

24 Dörner in Dörner/Luczak/Wildschütz, Handbuch des Fachanwalts für Arbeitsrecht, 7. Auflage, Köln 2008, C RdZiffer 427

## 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 Hefen abgedruckte Glossar will dem Leser aktuelle und bedeutsame neue Wortprägungen erklären.*

### Bürokratieabbau

In Deutschland und Europa ist ein Übermaß an Bürokratie längst zum Politikum geworden. Denn die beträchtlichen und häufig noch wachsenden Verwaltungsapparate kosten Zeit und Geld, belasten Bürger und Unternehmen und hemmen Innovationen und Wettbewerb. Ohne auf die Mammutbehörden, explodierenden Verwaltungskosten, exorbitante Regelungsdichte, ausufernden Gerichtsverfahren und endlose Internet- und Papierflut der EU-Organe und EU-Ausschüsse einzugehen, sollen hier die für Deutschland grundlegenden Aspekte genannt werden.

Bürokratie als Inbegriff der Herrschaft der Amtszimmer wird zum Bürokratismus, wenn die Amtswalter Formvorschriften engstirnig auslegen, sich also der Formenkrämerei hingeben. Bürokratie und ihre Steigerung, der Bürokratismus, findet man vor allem in großen Behörden und anderen Großbetrieben. Kritisch betrachtet werden hierzulande insbesondere Steuer-, Schul-, Gesundheits- und Sozial-, insbesondere Rentenbürokratie, ebenso wie Bau-, Planungs-, Regulierungs- und Sicherheitsbürokratie auf Seiten der öffentlichen Hände. In der privaten Wirtschaft stößt man auf Unternehmens-, Verbände- und Gewerkschaftsbürokratie. Zu viele und zu große bürokratische Apparate weisen auch Parteien und Parlamente auf.

Will man übertriebene Bürokratie abbauen, sind zunächst deren Erscheinungsformen und Ursachen zu analysieren, um dann Maßnahmen zur Entbürokratisierung zu ergreifen. Hinter aufgeblähten Organisationseinheiten, Personalkörpern und Verwaltungsaktivitäten verbergen sich meist personelle Schwächen sowie funktionale und institutionelle Webfehler. So führen sowohl Büromanie, vulgo: das Übel, durch zusätzliche Mitarbeiter einerseits mehr Ansehen und Einfluss zu gewinnen, andererseits sich von Arbeit zu entlasten, als auch ideologische – lies: vorgetäuschte – Interessen ins bürokratische Abseits. Diese Interessen bestehen zum Beispiel darin, Verwaltungsaufgaben im angeblichen Dienst der öffentlichen Sache, des Amtes, der Adressaten, der Bürgerschaft und der Allgemeinheit zu generieren. Bei Unternehmen ist es ähnlich, dort im Hinblick auf unechte Betriebszwecke, Kunden- oder Lieferantenanforderungen usw.

Sichtbare Konsequenzen sind Großbürokratien mit überdimensionierten Leitungsbüros, Stäben und Zentralabteilungen zu Lasten von Fachabteilungen und Bürger- bzw. Kundenkontakten. Großbürokratien schaffen wiederum perfektionistische Regelwerke für ihre eigene Steuerung. Aber auch mittlere und kleine staatliche und kommunale Ämter sowie private Wirtschaftssubjekte haben bürokratische Auswüchse zu bewältigen, die aus der Forderung nach Einzel-

fallgerechtigkeit resultieren. Davon betroffen ist eine Reihe von Rechtsmaterien, die administrativ zu bewältigende Restriktionen beinhalten und damit mehr hemmen als fördern. Ungezählte Ge- und Verbote im Wettbewerbs-, Bau- und Planungs-, Sozial-, Steuer- und Vergaberecht offenbaren dies.

Bürokratieabbau lässt sich auf verschiedene Weise in Angriff nehmen.

Erstens: Verhältnismäßig einfach ist der Ansatz des Reengineering, das heißt die Reorganisation durch Neugestaltung von Prozessen. Hier bemüht man sich um rationelle Arbeitsverfahren, sucht also Aufgaben und Verfahren zu bündeln, kurze Wege anzusetzen, weniger Ebenen einzurichten und flache Hierarchien zu bilden. Man zielt auf Lean Management in der Absicht, sich viele Weisungen und Überwachungen zu ersparen, etwaigen Redundanzen entgegenzuwirken und Arbeitsabläufe zu vereinfachen. Dadurch wird der bürokratische „Marathon“ für Verwalten und Verwalter vermieden. Außer einer verbesserten Wirtschaftlichkeit hofft man auf eine gesteigerte Effizienz und Effektivität. Effizientes Verhalten stellt sich ein, wenn die Mitarbeiter in der schlanken Organisation größere Kompetenz und Verantwortung erhalten, Identität mit ihren Aufgaben und ihrer Institution gestiftet wird, Führungsstil und Arbeitsklima motivieren und auch monetäre Anreize geboten werden. Können auch die angestrebten Ziele schneller, zuverlässiger, kundenfreundlicher und umweltverträglicher erreicht werden, wächst die Arbeitseffektivität.

Zweitens: Mit Hilfe eines Organisationswandels ist die Überlegung verbunden, die Trennung zwischen Fachaufgaben und Querschnittsaufgaben aufzugeben. Ursprünglich als zweckmäßige Arbeitsteilung zwischen Produkt- und Ressourcenverantwortung eingeführt, entstanden in Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen Grundsatz-, Haupt- bzw. Zentralabteilungen mit Planungs-, Koordinations-, Steuerungs-, Kooperations- und Kontrollaufgaben, die Kompetenzüberschneidungen und quälende Kommunikationsprozesse mit sich brachten. Ein Rückbau dieser kopflastigen Bürokratieverursacher erfolgt durch den Aufbau von Leistungszentren (Performance Centers, Profit Centers) mit Budgets, Ressourcen- und Fachkompetenz samt eigener Rechnungslegung. Durch die „Bedienung aus einer Hand“ entrinnt man zum einen Ressortegoismen und Reibungsverlusten, zum andern haben die Leistungsabnehmer eine Bezugsperson oder eine Dienststelle, mit der sie kooperieren können. Als typisches Vorbild erweisen sich kommunale Wirtschaftsförderungsaufgaben, die früher oft auf mehrere (Liegenschafts-, Bau-, Rechts-, Kämmerei- und Haupt-) Ämter verteilt waren und inzwischen gern in einem Fachbereich oder einer Wirtschaftsförderung-GmbH zusammengefasst werden. Ansiedlungswillige Unternehmen schätzen diese Praxis sehr.

Drittens: Eine tief greifende Strategie bildet der Systemwechsel im öffentlichen Dienst – beispielsweise die Einführung eines Stufentarifs oder gar eines für alle gleichen Steuersatzes (Flat Tax) im Einkommensteuerrecht. Ein solcher Systemwechsel hätte die Verkleinerung, Verschmelzung oder Auflösung von Finanzämtern zur

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

Folge. Andere Beispiele würden sich entsprechend auswirken auf Institute, Fachbereiche, Präsidien, Direktionen, Außenstellen oder auf ganze Behörden. Ein Systemwechsel durch Pauschalierung kann auch zu Aufgabenverlagerungen auf andere Organisationseinheiten mit Bündelungseffekten oder zu Aufgabenverkürzungen durch Verzicht bis hin zur vollständigen Aufgabenaufkündigung führen.

### Konfliktmanagement

In personalintensiven Betrieben, wozu Behörden zählen, sind soziale Konflikte unausweichlich. Uneinigkeit lässt sich nicht vermeiden, wenn Menschen mit unterschiedlichen Zielen, Einstellungen, Werten und Rollen ihre Interessen durchsetzen wollen. Der Konflikt bricht sich Bahn unabhängig davon, ob er wirklich oder nur gefühlt, zu recht oder unrecht, gewollt oder ungewollt existiert. Konflikte bestehen zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern, zwischen Konkurrenten, zwischen Paaren, in und zwischen Dreier- und Mehrpersonengremien, Organen und Organisationen.

Als Konfliktarten herrschen vor Gruppenzugehörigkeits-, Karriere-, Kommunikations-, Koalitions-, Herrschafts-, Rang-, Ressort- und Konzentrationskonflikte.

Für den Konfliktverlauf sind sog. Eskalationsstufen entwickelt worden (manchmal als „Treppe in den Abgrund“ etikettiert). Es beginnt mit Verstimmung und Verhärtung, setzt sich fort über Kontaktabbruch, Unsachlichkeit und Feindseligkeit und endet mit Drohung bis hin zu Gewalt, Sabotage und (psychische und gesellschaftliche) „Vernichtung“.

Konfliktmanagement sucht mögliche Konflikte von vorn herein auszuräumen und eingetretene Konflikte zu bewältigen. Auch hierfür hat man ein Grundmuster erarbeitet. Am Anfang geht man auf die Konfliktparteien in der Absicht zu, eine Konfliktklärung zu akzeptieren. Im öffentlichen Dienst tendiert man eher zum Respektieren einer Klärung, denn man wähnt sich „in seinem guten Recht“. Es folgt die Darlegung der jeweiligen Sichtweisen und Absichten und die Suche nach einer gemeinsamen Lösung und gegebenenfalls nach einer beide Seiten bindenden Vereinbarung. Bei diesem Findungsprozess ist hilfreich, wenn ein neutraler Dritter, neuerdings gern als Mediator bezeichnet, das Verfahren steuert, selbst kleinste Zugeständnisse und Wünsche in der Aussprache nutzt und die Parteien zu Anerkennungen zu bewegen vermag. Beim Scheitern empfiehlt sich, wenigstens einen Folgetermin zu erreichen.

So belastend Konflikte auch sind, man kann ihnen doch etwas Gutes abgewinnen. Sie machen Probleme bewusst, motivieren zu Verbesserungen, fördern unter Umständen Kenntnisse, Können und Kreativität, vertiefen zwischenmenschliche Beziehungen, tragen zur Versachlichung und zu besseren Entscheidungen bei und lassen oft Personen reifen.

### Sparsamkeitsprinzip

Sparsamkeit als Haushaltsgrundsatz geht zurück auf die Verwaltungsreformen des „Großen Kurfürsten“ Friedrich Wilhelm I., König von Preußen (aus dem Hause Hohenzollern), Anfang des 18. Jahrhunderts. Für die Beamten galten Sparsamkeit, Zuverlässigkeit, Bescheidenheit, Pflichtbewusstsein und Unbestechlichkeit als die „preußischen Tugenden“.

Das heutige Haushaltsrecht für Bund, Länder und Gemeinden fordert für die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Beachtung der „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“. Definiert man Wirtschaftlichkeit als Verhältnis von Kosten zu

Leistungen, etwa die Kosten von Auskünften, Bescheiden, Bekanntmachungen, Botendiensten, Fördermaßnahmen, Sozialarbeit oder Steuererhebung, oder bildet man einen Quotienten aus Kosten zu Umsatzerlösen (aus Verkäufen), dann gibt es zwei Alternativen für wirtschaftliches Handeln. Das Maximalprinzip lautet: Maximiere die Leistungen bzw. Erlöse bei gegebenen Kosten. Beim Minimalprinzip ist es umgekehrt: Minimiere die Kosten bei gegebenen Leistungen bzw. Erlösen. So gesehen erweist sich das Minimalprinzip als das Sparsamkeitsprinzip. Sparsamkeit ist damit ein Unterfall der Wirtschaftlichkeit. Insoweit liegt eine tautologische Gesetzesprache vor.

Eingedenk der genannten Tugenden will der Gesetzgeber aber vielleicht Sparsamkeit absolut verstanden wissen. Sparsames Verhalten ist dann schlicht Verzicht auf Ausgaben. Dieses einseitige Verhalten ohne Ziel und Zweck gleicht dem Rudern im Nebel, ist also unnötig und unnütz. Zielt der Staat hingegen beispielsweise auf volkswirtschaftlich niedrige Energiepreise und setzt dafür ein Kreditförderungsprogramm für Wärmedämmungsmaßnahmen ein, handelt er womöglich sparsam, aber nicht absolut sparsam, sondern in Bezug auf einen erwünschten Zustand – folglich wirtschaftlich.

Sparsamkeit als Prinzip erfährt in Bundes-, Landes- und Kommunalhaushalten bzw. -budgets verschiedenartige Ausprägungen. Für Konsolidierungszwecke wird an Verbrauchsausgaben gespart, zur Sicherung der Liquidität werden Auszahlungen zurückgehalten, zur Zinsminimierung nimmt man Umschuldungen vor. Sparen kann auch mit vermehrten Ausgaben verknüpft sein, wenn sie in Rücklagen für künftige investive Vorhaben oder finanzielle Zwangslagen fließen – getreu der Devise guten Haushaltes: Spare in der Zeit, dann hast Du in der Not. Nicht unproblematisch ist das Sparen öffentlicher Haushalte durch Verlagern von Ausgaben in Neben- bzw. Schattenhaushalte, indem Ausgliederungen erfolgen (z.B. lassen sich Dienstposten und Personalausgaben im Haushalt dadurch einsparen, dass man ein Amt – etwa ein Leihamt – rechtlich verselbständigt) oder Schuldaufnahmen verdeckt werden (z.B. finanzieren Landesbetriebe Kredite für Hoch- und Straßenbau oder bedienen Landespensionsfonds die Versorgungsansprüche der Landesbediensteten mit Hilfe von Krediten) oder andere öffentliche Haushalte die Finanzlasten aufgebürdet bekommen (z.B. spart eine Gebietskörperschaft Ausgaben für Reinigung, Fuhrpark, Sicherheit usw., wenn sie diese Dienste auf niedrigtarifliche Gewerbebetriebe überträgt, die Kurzarbeiterbeschäftigen und wiederkehrend Arbeitslosengeld von der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung erhalten).

Sparsamkeit als Minimierungsalternative des Wirtschaftlichkeitsprinzips bezieht sich außer auf den öffentlichen Haushalt insbesondere auf die Kostenrechnungsebene. Sparen heißt hier Kostensenkung bei der Leistungserstellung. Man bemüht sich darum, Betriebsgrößenvorteile wahrzunehmen, Verwaltungsverfahren zu beschleunigen bzw. zu kürzen, Aufgaben auszugliedern oder ganz aufzugeben und andere Kostensenkungsmaßnahmen zu ergreifen. Die Einsparung erfasst dementsprechend die Verwaltungskosten und nicht die Zweckausgaben des Haushalts.

Schließlich kann das Sparsamkeitsprinzip auch so verstanden werden, dass man bei der Erhebung von öffentlichen Abgaben sparsam bzw. behutsam verfährt, um die Steuer-, Gebühren- oder Beitragszahler zu schonen. Reduzierte Haushaltseinnahmen im laufenden Jahr werden dann zu Spareffekten auf der Ausgabenseite in den Folgejahren führen. Im Hinblick auf den Generationenausgleich unterliegt das Sparen öffentlicher Haushalte langfristigen Überlegungen. Das Begeben von Staatsanleihen mag gegenwärtig niedrige Steuereinnahmen erlauben, ruft aber künftige Tilgungs- und Zinslasten hervor.



Reiner Stein\*

## „Der verhängnisvolle Laserstörer“

### – Fallbearbeitung im Besonderen Verwaltungsrecht –

#### Einführende Bemerkungen

Die nachfolgende Fallbearbeitung verbindet die Probleme mehrerer polizeilicher Maßnahmen. In prozessualer Hinsicht werden die wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage behandelt. In der materiellen Prüfung stehen mit der Durchsuchung eines Wohnmobils und der polizeilichen Sicherstellung äußerst praxis- und studienrelevante Standardmaßnahmen im Mittelpunkt der Bearbeitung. Daneben wird mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Zwangsmittelandrohung eine weitere ausbildungsnaher Thematik angesprochen.

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

#### Sachverhalt:

Familie Müller aus Rostock begibt sich während der Pfingstferien 2009 mit ihrem Wohnmobil auf große Tour Richtung Süden.

Um ungestört und zügig voranzukommen, erwirbt Vater Müller vor der Abfahrt über eine Annonce im Internet ein Laserstörgerät. In diesem Gerät befindet sich laut Bedienungsanleitung „eine Sendeanlage, die durch Laserdioden eine Laserstrahlung erzeugt, die ihrerseits in die Empfangsoptik eines Geschwindigkeitsmessgerätes eindringt und das Gerät gegen seine eigenen Signale gewissermaßen verstopft“. Um es zum Einsatz zu bringen, muss das Gerät mittels eines am Gehäuse befindlichen Saugnapfes an der Innenseite der Windschutzscheibe befestigt und ein Stromverbindungskabel in die Buchse des Zigarettenanzünders gesteckt werden, was innerhalb weniger Sekunden möglich ist.

Anschließen will Herr Müller das Gerät ausschließlich auf Landstraßen und Autobahnen, da er nur auf solchen Strecken Geschwindigkeitsmessungen befürchtet. Während der übrigen Fahrten soll es in einem Handschuhfach unter dem Armaturenbrett verstaut werden.

Am Pfingstmontag trifft Familie M gegen 15.00 Uhr mit ihrem rollenden Heim im mecklenburgischen Güstrow ein, um dort die Werke des Künstlers Ernst Barlach zu besichtigen. Wegen der zahlreichen Baustellen im Innenstadtbereich verliert Vater M völlig die Orientierung. Nachdem er in der Altstadt mit dem großen Wohnmobil schließlich feststeckt, kommt er auf die Idee, einen zufällig vorbeilaufenden Polizisten um Hilfe zu bitten. M kurbelt das Fenster des Fahrzeugs herunter und fragt den Beamten nach dem kürzesten Weg zum Barlachmuseum. In diesem Augenblick meldet sich der vierjährige Sohn Max zu Wort und tönt vorlaut: „Papa, zeig dem Polizisten doch mal dein neues Laserstörgerät“.

Hellhörig geworden hegt der Beamte einen bösen Verdacht und stellt Vater M hinsichtlich des Vorhandenseins eines Laserstörers zur Rede. Als dieser eine Antwort schuldig bleibt und einen hochroten Kopf bekommt, und Mutter M von außen zudem gut hörbar bemerkt „jetzt ist alles aus“, legt der Polizeivollzugsbeamte seinen Dienstausweis vor und fordert Herrn M auf, sich auszuweisen.

Nach Durchsicht der Dokumente führt der Beamte aus, dass Radar- oder Laserstörgeräte nach § 23 I b StVO weder betrieben noch betriebsbereit mitgeführt werden dürfen. Falls M im Besitz eines solchen Gerätes sei, müsse er es herausgeben, damit es sichergestellt

und anschließend vernichtet werden kann. M antwortet genervt, er fühle sich zu gar nichts verpflichtet, zumal solche Geräte heutzutage legal im Internet bestellt werden könnten.

Sodann kündigt der Polizist die Durchsuchung des Wohnmobils und ggf. die Sicherstellung des Gerätes an und führt weiterhin aus, M könne nun zu den angekündigten Maßnahmen Stellung beziehen und überdies die Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes vor dem Verwaltungsgericht nachträglich überprüfen lassen. M äußert sich zu den angekündigten Vorhaben nicht, woraufhin der Beamte ihn nunmehr auffordert: „Lassen Sie mich das Wohnmobil durchsuchen“. Unter lautem Protest lässt M den Beamten in das Wohnmobil. Der routinierte Polizist beginnt sogleich mit der Durchsuchung, findet innerhalb weniger Sekunden den Laserstörer in einem der beiden Handschuhfächer und fordert M unter Anordnung der Sicherstellung auf, das Gerät auszuhändigen. Als M dies zunächst verweigert, droht ihm der Polizeibeamte die gewaltsame Wegnahme des Gerätes an. Erst danach greift M widerwillig in die Ablage und übergibt dem Polizisten den Laserstörer. Nachdem sich der Beamte durch Einstecken des Stromkabels in den Zigarettenanzünder von der Funktionsfähigkeit des Laserstörers überzeugt hat, verstaut er das Gerät in seiner Aktentasche und quittiert den Empfang auf einer Bescheinigung, die den Grund der Maßnahme sowie eine Rechtsbehelfsbelehrung ausweist. Hinsichtlich der erfolgten Durchsuchung erhält M vom Polizisten eine Niederschrift, die als zuständige Behörde die Polizeidirektion Rostock ausweist, Anlass, Zeit und Ort der Maßnahme aufführt und schließlich von beiden unterschrieben wird.

Die Anspannung im Inneren des Wohnmobils ist nunmehr auf dem Höhepunkt angelangt. Als Sohn Max lauthals zu schreien anfängt, verliert M die Fassung, ergreift einen unter dem Fahrersitz verstauten Hammer und schlägt damit auf die auf dem Beifahrersitz abgelegte Aktentasche des Beamten, in der sich der sichergestellte Laserstörer befindet. Das Gerät wird dadurch völlig zerstört. Infolgedessen sieht der Polizist von der Mitnahme des Gerätes ab und gibt es M zurück.

Nach Rückkehr aus dem Urlaub erhebt M unter dem Datum des 10. 06. 2009 schriftlich Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht Schwerin. Mit der Klage beantragt er die Feststellung der Rechtswidrigkeit der am 01. 06. 2009 getroffenen polizeilichen Maßnahmen mit Ausnahme der Befragung und Identitätsfeststellung. In seiner Klagebegründung behauptet M fundamentale Grundrechtsverletzungen und vertritt die Ansicht, ein so drastisches Vorgehen der Polizei sei unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt. Im Übrigen sei das Gerät im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens gar nicht im Einsatz gewesen, da es ja im Handschuhfach verstaut und noch nicht an die Stromzufuhr angeschlossen war.

\* 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.

**Aufgabe:**

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage.

<b>Kurz-Lösung</b>	
<b>I.</b>	<b>Zulässigkeit der Klage</b>
<b>1.</b>	<b>Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges § 40 I VwGO</b>
<b>2.</b>	<b>Statthaftigkeit einer „erweiterten Fortsetzungsfeststellungsklage“ gem. § 113 I 4 analog VwGO</b>
<b>2.1</b>	Vorliegen eines / mehrerer VA
<b>2.1.1</b>	Das Durchsuchen des Wohnmobils ( <i>sog. Ausführungsermächtigung</i> )
<b>2.1.2</b>	Die Sicherstellung ( <i>sog. Ausführungsermächtigung</i> )
<b>2.1.3</b>	Die Zwangsmittelandrohung
<b>2.2.</b>	Erledigung der VA <b>vor</b> Erhebung einer Anfechtungsklage
<b>3.</b>	<b>Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog)</b> Durch Durchsuchung und Sicherstellung mögl. Rechtsverletzung in Grundrechten aus Art. 13, 14 GG. Hinsichtlich Zwangsmittelandrohung Art. 2 I GG
<b>4.</b>	<b>Fortsetzungsfeststellungsinteresse</b> Anerkannt bei <b>Wiederholungsgefahr</b> ( <i>als schutzwürdiges Interesse rechtlicher Art</i> ) und <b>Rehabilitationsbedürfnis</b> ( <i>als schutzwürdiges Interesse ideeller Art, etwa Beseitigung einer Diskriminierung</i> ). Gesichtspunkt der Rehabilitation durch einen Grundrechtseingriff erfordert allerdings Eingriff in besonders bedeutsames Grundrecht ( <i>hier Art. 13 und 14 GG</i> ) ferner Wiederholungsgefahr
<b>5.</b>	<b>Kein Vorverfahren analog § 68 I VwGO erforderlich</b> nach ständiger Rechtspr. des BVerwG
<b>6.</b>	<b>Keine Klagefrist analog § 74 I 2 VwGO</b> nach neuerer Rechtspr. im Falle vorprozessualer Erledigung
<b>7.</b>	<b>Ordnungsgemäße Klageerhebung (§§ 81, 82 VwGO)</b> – keine Bedenken
<b>8.</b>	<b>Richtige Auswahl des Beklagten</b> Gem. § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AGGerStrG M-V ist die Klage gegen PD Rostock als untere Landesbehörde.
<b>9.</b>	<b>Beteiligungs- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)</b> M ist gem. §§ 61 Nr. 1; 62 I Nr. 1 VwGO beteiligungs- u. prozessfähig; PD Rostock als Beklagte gem. § 61 Nr. 3 i.V.m. § 14 I AGGerStrG M-V; § 62 III VwGO
<b>10.</b>	<b>Objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)</b> Sachlicher Zusammenhang / derselbe Beklagte / Zuständigkeit desselben Gerichts
<b>Zwischenergebnis</b> Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist <b>zulässig</b>	
<b>II./A</b>	<b>Begründetheit des Klageantrags hinsichtlich der Durchsuchung des Wohnmobils</b> ( <i>Obersatz</i> ) → FFKlage begründet, wenn die Durchsuchung des Wohnmobils rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde (§ 113 I 4 analog i.V.m. § 113 I 1 VwGO)
<b>1.</b>	<b>Formell-gesetzliche EGL § 59 III SOG M-V</b>
<b>1.1</b>	Begriff der Wohnung i.S.d. § 59 III
<b>1.2</b>	Durchsuchen i.S.d. § 59 III (+) ( <i>abgrenzen vom bloßen Betreten i.S.d. § 59 I SOG M-V</i> )
<b>2.</b>	<b>Formelle RMK der Durchsuchung</b>
<b>2.1</b>	<b>Zuständigkeit des Polizeivollzugsbeamten (+)</b> Sachl. Zust. gem. § 59 VI i.V.m. III_SOG M-V; instanz. Zust. gem. § 5 II i.V.m. § 2 I Nr. 2 POG M-V (PD als untere Landesbehörde); ösrtl. zust. ist PD Rostock (§§ 5 I Nr. 2, 3 S. 2 POG M-V)
<b>2.2</b>	<b>Beachtung der Verfahrensvorschriften</b>
<b>2.2.1</b>	Richtervorbehalt des § 59 V SOG M-V ( <i>wegen „Gefahr im Verzug“ keine richterl. Anordnung erforderlich</i> )
<b>2.2.2</b>	Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG M-V (+)
<b>2.2.3</b>	Beachtung der spez. Verfahrensvorschriften des § 60 SOG M-V (+)

<b>2.3</b>	<b>Beachtung der Formvorschriften (+)</b>
<b>3.</b>	<b>Materielle RMK der Durchsuchung</b>
<b>3.1</b>	<b>Tatbestandsvoraussetzungen der EGL (§ 59 III SOG M-V)</b>
<b>3.1.1</b>	<b>Tatbestandsvoraussetzungen des § 59 III Nr. 2 SOG M-V (i.V.m. § 61 I Nr. 1 SOG M-V)</b>
a)	Voraussetzungen des Sicherstellungsgrundes nach § 61 I Nr. 1 SOG M-V
aa)	Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit
	• Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen (+) → dazu gehört auch ungestörte Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auf dem Gebiet der Verkehrsüberwachung durch Geschwindigkeitsmessgeräte
	• Objektive Rechtsordnung (+) → Verstoß gegen § 23 I b StVO i.V.m. § 6 I Nr. 3 i. StVG, wonach Betrieb bzw. betriebsbereites Mitführen von Laserstörgeräten verboten ist
	bb) Gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 61 I Nr. 1 SOG M-V
b)	Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte i.S.d. § 59 III Nr. 2 SOG M-V (hins. des Sicherstellungsgrundes des § 61 I Nr. 1 SOG M-V)
c)	Richtiger Adressat der Durchsuchungsmaßnahme (M als „Inhaber“ der Wohnung)
<b>3.1.2</b>	<b>Tatbestandsvoraussetzungen des § 59 III Nr. 3 (-) da keine „erhebliche Gefahr“</b>
<b>3.2</b>	<b>Rechtsfolge der EGL → Ermessen (keine Ermessenfehler)</b>
<b>3.3</b>	<b>Verhältnismäßigkeit</b>
	• Durchsuchung als Vorbereitungsmaßnahme für evt. Sicherstellung geeignet
	• Erforderlichkeit: (+); angesichts des Verhaltens des M scheiden mangels Geeignetheit „mildere“ Maßnahmen aus
	• Angemessenheit: (+), → Eingriff in Art. 13 I GG, → Rechtfertigung nach Art. 13 II (+), da spezialgesetzliche Durchsuchungsermächtigung und „Gefahr im Verzug“ (+)
<b>3.4</b>	<b>Allgemeine Grundsätze § 37 I VwVfG M-V, rechtliche und tatsächliche Durchführbarkeit (+)</b>
<b>Zwischenergebnis:</b> Durchsuchung des Wohnmobils war rechtmäßig	
<b>II./B</b>	<b><u>Begründetheit des Klageantrags hinsichtlich der Sicherstellung des Laserstörers</u></b> (Obersatz) → FFKlage begründet, wenn die Sicherstellung rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde (§ 113 I 4 analog i.V.m. § 113 I 1 VwGO)
<b>1.</b>	<b>Formell-gesetzliche EGL § 61 I SOG M-V</b>
<b>2.</b>	<b>Formelle RMK der Sicherstellung</b>
<b>2.1</b>	<b>Zuständigkeit</b> §§ 7 I Nr. 3 SOG M-V, 1, 5 II i.V.m. 2 I Nr. 2, 5 I Nr. 2, 3 S. 2 POG M-V
<b>2.2</b>	<b>Beachtung der Verfahrensvorschriften</b>
2.2.1	Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG M-V(+)
2.2.2	Ausstellung einer Bescheinigung gem. § 62 II SOG M-V
<b>2.3</b>	<b>Beachtung der Formvorschriften (+)</b>
<b>3.</b>	<b>Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Sicherstellung</b>
<b>3.1</b>	<b>Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage § 61 I SOG M-V</b>
<b>3.1.1.</b>	<b>Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 I Nr. 1 SOG M-V</b>
a)	Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit
	• Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen (+)
	• Objektive Rechtsordnung (§ 23 I b StVO i.V.m. § 6 I Nr. 3 i. StVG) (+) → setzt „Betriebsbereitschaft“ des Laserstörers voraus „Betriebsbereitschaft“ (+), wenn das Gerät jederzeit während der Fahrt ohne größere technische Vorbereitungen eingesetzt werden kann. Nach dem Sachverhalt ist dies zu bejahen
b)	Gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit i.S.d. § 61 I Nr. 1

<ul style="list-style-type: none"> <li>• hins. Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen (<i>Geschwindigkeitsmessungen</i>) (+), da mit nächstmöglichem Einsatz des Gerätes gerechnet werden muss</li> <li>• hins. der objektiven Rechtsordnung (<i>Verstoß gegen § 23 I b StVO i.V.m. § 6 I Nr. 3 i. StVG</i>) Störung (+)</li> </ul>
<p>c) Richtiger Adressat der Sicherstellungsmaßnahme nach § 61 I Nr. 1 SOG M-V mangels Spezialregelung abstellen auf → § 69 I SOG M-V; M ist Verhaltensverantwortlicher</p>
<p>3.1.2 <b>Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 I Nr. 4 SOG M-V</b></p> <p>a) Schutzgüter „Begehung einer Straftat / OWi“ (+), das verbotswidriges Mitführen eines betriebsbereiten Laserstörers ist OWi i.S.d. § 49 I Nr. 22 StVO</p>
<p>b) Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte hinsichtlich der Begehung einer OWi (+)</p>
<p>c) Richtiger Adressat der Sicherstellungsmaßnahme nach § 61 I Nr. 4 SOG M-V mangels Spezialregelung abstellen auf → § 69 I SOG M-V; M ist Verhaltensverantwortlicher</p>
<p>3.2 <b>Rechtsfolge der EGL</b> → Ermessen (<i>keine Ermessensfehler</i>)</p>
<p>3.3 <b>Verhältnismäßigkeit</b>                  Geeignetheit: (+)                  Erforderlichkeit: (+),                  Angemessenheit: (+) → Eingriff in Art. 14 GG, → Rechtfertigung nach Art. 14 I 2 im Rahmen der „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“ (<i>bei § 61 I SOG M-V</i> (+))</p>
<p>3.4 <b>Allgemeine Grundsätze</b> § 37 I VwVfG M-V, rechtliche und tatsächliche Durchführbarkeit (+)</p>
<p><b>Zwischenergebnis:</b> Sicherstellung war rechtmäßig</p>
<p>II./C <b>Begründetheit</b> des Klageantrags hinsichtlich der <b>Androhung von unmittelbarem Zwang</b> (<i>Obersatz</i>) → FFKlage begründet, wenn die Zwangsmittelandrohung rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde (§ 113 I 4 analog i.V.m § 113 I 1 VwGO)</p>
<p>1. <b>Formell-gesetzliche EGL</b> § 87 I i.V.m. § 62 I SOG M-V (<i>als Spezialregelung der Statthaftigkeit</i>)</p>
<p>2. <b>Formelle RMK der Zwangsmittelandrohung</b></p> <p>2.1 <b>Zuständigkeit</b>                  Gem. § 62 I SOG M-V nur von Vollzugsbeamten i.S.d. § 103 SOG M-V</p>
<p>2.2 <b>Beachtung der Verfahrens- und Formvorschriften</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG M-V wegen § 28 II Nr. 5 VwVfG M-V entbehrlich</li> <li>• Grunds. gem. § 87 I 1 SOG M-V Schriftform; hier Ausnahme gem. § 87 I 2 → § 80 II Nr. 1 SOG M-V (+), da gegenwärtige Gefahr bzw. Störung der öffentliche Sicherheit (<i>Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen / objektive Rechtsordnung</i>).</li> </ul>
<p>3. <b>Materielle RMK der Zwangsmittelandrohung</b></p> <p>3.1 Vorliegen eines wirksamen, vollziehbaren Titels (<i>als HDU-Vfg. i.S.d. § 79 I SOG M-V</i>) (+)                  → hier die Sicherstellungsanordnung</p>
<p>3.2 Ordnungsgemäße <b>Art und Weise</b> der Zwangsmittelandrohung</p> <p>3.2.1 Angabe eines bestimmten Zwangsmittels (+)</p>
<p>3.2.2 Statthaftigkeit des Zwangsmittels des unmittelbaren Zwangs (+) vgl. <i>Spezialregelung in § 62 I SOG M-V</i></p>
<p>3.2.3 Fristsetzung nach § 87 II 2 SOG M-V entbehrlich, wenn Duldung/Unterlassung erzwungen werden soll (<i>wie bei Sicherstellung Duldung der aml. Gewahrsamsbegründung</i>)</p>
<p>3.2.4 Ermessen (<i>keine Ermessensfehler</i>)</p>
<p>3.2.5 Verhältnismäßigkeit (+) gerechtfertigter Eingriff in Art. 2 I GG</p>
<p>3.2.6 Richtiger Vollzugsadressat (+) M als Adressat des Grund-VA</p>
<p>3.2.7 Keine Vollzugshindernisse (+)</p>

**Zwischenergebnis:** Androhung des unmittelbaren Zwangs war rechtmäßig.

**Ergebnis:** Die Fortsetzungsfeststellungsklage des M ist zwar zulässig aber unbegründet. Das VG wird in seinem Urteil die Klage zurückweisen.

## Ausführliche Lösungshinweise

### I. Zulässigkeit der Klage

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges bestimmt sich mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen nach der verwaltungsrechtlichen „Generalklausel“ des § 40 IVwGO.

Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.

#### 1.1 Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach der modifizierte Subjektstheorie

Nach der sog. modifizierten Subjektstheorie<sup>1</sup> 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 zum Handeln berechtigen oder verpflichten.

Im vorliegenden Fall richtet sich der Rechtsstreit gegen die polizeilichen Maßnahmen am 01. 06. 2009 mit Ausnahme der Befragung und der Identitätsfeststellung; es geht also um die Durchsuchung des Wohnmobils, die Sicherstellung des Laserstörers sowie die Androhung einer gewaltsamen Wegnahme des Gerätes.

Als Ermächtigungsgrundlagen und damit als streitentscheidende Normen für die Durchsuchung des Wohnmobils und die Anordnung auf Herausgabe des Laserstörers kommen §§ 59 III, 61 ISOG M-V in Betracht. Für die Androhung der gewaltsamen Wegnahme ist auf § 87 SOG M-V i.V.m. § 62 I SOG M-V abzustellen (*eine Übersicht der entspr. Vorschriften der anderen B-Länder findet sich in den Fußnoten 29, 49 und 59*). Zu diesen, als Gefahrenabwehrmaßnahmen zu qualifizierende Handlungen<sup>2</sup>, sind allein die Ordnungsbehörden bzw. die Polizei ermächtigt (vgl. §§ 4, 7 SOG M-V bzw. § 82 SOG M-V *hins. der Vollzugszuständigkeit*). Ordnungsbehörden und Polizei sind zwar selbst keine Hoheitsträger, sie handeln jedoch als Handlungsorgane für den jeweils hinter ihnen stehenden Hoheitsträger. Damit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

#### 1.2 Keine verfassungsrechtliche Streitigkeit

Da bei der Streitigkeit weder Verfassungsorgane<sup>3</sup> beteiligt sind, noch im Kern über Verfassungsrecht gestritten wird, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Der Verwaltungsrechtsweg nach §§ 40 IVwGO ist somit eröffnet.

### 2. Statthaftigkeit einer „erweiterten“ Anfechtungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO analog

M begehrt die Feststellung, dass die polizeilichen Maßnahmen am 01. 06. 2009 rechtswidrig waren. Als statthafte Klageart könnte eine erweiterte Anfechtungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog in Betracht kommen. Diese Klageart betrifft den Fall der Erledigung des Verwaltungsaktes vor Erhebung einer Anfechtungsklage. Für diesen Fall stellt die VwGO dem Bürger keine spezielle Klage zur Feststellung der Rechtswidrigkeit zur Verfügung.

Nach der wohl immer noch h. M. in Rechtsprechung und Literatur<sup>4</sup> lassen sich diese Fälle über eine analoge<sup>5</sup> Anwendung des § 113 I 4 VwGO lösen.

Mit der erweiterten Anfechtungsfeststellungsklage kann der Kläger beim Verwaltungsgericht einen prozessualen Anspruch auf Feststellung geltend machen, dass ein bestimmter Verwaltungsakt, der nun keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, rechtswidrig gewesen ist.

Voraussetzung für die Statthaftigkeit dieser Klageart ist damit das Vorliegen eines **Verwaltungsaktes** (*bzw. mehrerer erledigter Verwaltungsakte*) und der Eintritt der „**Erledigung**“.

#### 2.1 Vorliegen eines Verwaltungsaktes

M begehrt einmal die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung des Wohnmobils und der Sicherstellung sowie weiterhin die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Androhung einer gewaltsamen Wegnahme des Laserstörers.

Diese drei polizeilichen Maßnahmen müssten, um als Verwaltungsakte qualifiziert werden zu können, die Merkmale des § 35 S. 1 VwVfG M-V<sup>6</sup> erfüllen. Fraglich ist allein das Merkmal „zur Regelung“. In Abgrenzung zu bloßen Tathandlungen, die als Realakte anzusehen sind, müssten die polizeilichen Maßnahmen auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge bei M gerichtet sein.

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 Eine nähere Erörterung bzw. Unterscheidung von präventivpolizeilichen und repressivpolizeilichen Maßnahmen scheint hier in der Fallbearbeitung überflüssig. Zwar kann ein Durchsuchen von Wohnräumen und ein Sicherstellen von Gegenständen auch zum Zwecke der Strafverfolgung (§§ 102 ff., 94 ff., 111 b StPO mit der Konsequenz einer abdrängenden Rechtswegzuweisung nach § 23 EGGVG) erfolgen, doch geht es im Fall eindeutig um die Verhinderung eines verbotswidrigen Betriebes eines Laserstörgerätes. Der Zweck des Einschreitens lag also in der Gefahrenabwehr; Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat gibt es im Fall nicht. Die Polizei handelte damit präventiv und konnte ihre Maßnahmen auf die Vorschriften des SOG M-V stützen.

3 Zu den Anforderungen an das Vorliegen einer „Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art“ insbes. zur Frage der Erforderlichkeit einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit siehe bei Schmidt, Verwaltungsprozessrecht (zit. VPR), 12. Aufl., 2008, Rdn. 97 ff.

4 Vgl. nur OVG NRW, NVwZ 2003, 113; Rozek, Neues zur Fortsetzungsfeststellungsklage: Fortsetzung folgt→ -BVerwGE 109, 203, JuS 2000, 1162 (1166). Dieser Lösungsweg ist allerdings nicht unumstritten. Vgl. den ausführlich dargestellten Meinungsstand bei Stein, Die Fortsetzungsfeststellungsklage im System der Klagearten, DVP 2005, 232 (234).

5 Hier kann wegen des Zeitpunktes der Erledigung § 113 I 4 VwGO nur analog angewendet werden, denn die gesetzliche Regelung in § 113 I 4 VwGO setzt eine bereits rechthängige Anfechtungsklage voraus. Das ergibt sich auf Grund der systematischen Stellung der Vorschrift im 10. Abschnitt der VwGO über Urteile, was begrifflich ein anhängiges Klageverfahren und damit eine Erledigung nach Klageerhebung voraussetzt. Teilweise wird in der Literatur eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO mit den Argumenten kritisiert, es fehle für eine solche Anwendbarkeit an einer planwidrigen Regelungslücke, so dass im Falle der Erledigung eines Verwaltungsaktes vor Klageerhebung nunmehr eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO statthaft sei. Allerdings hat das BVerwG seine als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnete Rechtsprechung hins. einer anlogischen Anwendbarkeit des § 113 I 4 VwGO nicht aufgegeben und die aufgeworfene Frage nach der Statthaftigkeit einer Feststellungsklage im Falle einer vorprozessualen Erledigung offen gelassen; ausführlich hierzu Schenke, Die Neujustierung der Fortsetzungsfeststellungsklage, JuS 2007, 697 (699 f.).

6 Vgl. entsprechend § 106 I LVwG S-H.

### 2.1.1 Die Durchsuchung des Wohnmobils

Für die Durchsuchung des Wohnmobils kommt als Spezialermächtigung die in den Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder als Standardmaßnahme geregelte Befugnis zur Durchsuchung von Räumen in Betracht.

Kontrovers diskutiert wird in der Literatur der Rechtscharakter dieser Standardmaßnahme, was nicht allein für die Frage des Rechtsschutzes, sondern auch für die Frage nach der Vollziehung bedeutsam ist.

Während einige Stimmen beim Durchsuchen von Räumen ausschließlich Realakte sehen<sup>7</sup>, geht die wohl h. M. davon aus, dass ein Durchsuchen (*wie auch ein bloßes Betreten*) von Räumen einen mit einem Realakt gekoppelten, befehlenden Verwaltungsakt beinhaltet, durch den der Betroffene verpflichtet werde, der Aufforderung Folge zu leisten und die tatsächliche Ausführungshandlung der Maßnahme zu dulden<sup>8</sup>.

Insoweit komme solchen (*teilweise als Ausführungsermächtigungen bezeichneten*) Standardmaßnahmen eine „Doppelnatur“ zu, bestehend aus Verwaltungsakt (*der vorausgehenden Durchsuchungsanordnung: „Lassen sie mich den Raum durchsuchen“ als regelndes Element der Standardmaßnahme*) und Realakt (*der tatsächlichen Durchführungshandlung als tatsächliches Element der Standardmaßnahme*)<sup>9</sup>.

Aus verfahrensökonomischen Gründen werde die betreffende Standardmaßnahme durch den Gesetzgeber allerdings als eine einheitliche Maßnahme behandelt, die neben dem als Verwaltungsakt zu qualifizierenden Regelungselement die tatsächliche Vollziehungshandlung nur als ein im Verhältnis zur Regelung unselbstständigen „Anhang“ beinhalte<sup>10</sup>. Die Durchführung der Maßnahme sei damit allein Mittel zum Zweck.

Dieser Ansicht ist jedenfalls bei Anwesenheit des Adressaten<sup>11</sup> zuzustimmen. Damit ist bei der Frage des Rechtsschutzes allein auf die Anordnung (*als regelndes Element*) der Maßnahme gegenüber dem Betroffenen abzustellen<sup>12</sup>. Da insoweit der erforderliche Regelungsgehalt bejaht werden kann, ist der Vorgang des Durchsuchens des Wohnmobils bei einheitlicher Betrachtung als Verwaltungsakt zu qualifizieren.

### 2.1.2 Die Anordnung auf Herausgabe des Laserstörers

In der Aufforderung, das vorgefundene Laserstörgerät herauszugeben und der anschließenden Gewahrsamnahme, könnte eine Sicherstellung zu sehen sein. Ebenso wie das oben erörterte Durchsuchen, ist auch die Sicherstellung nach h. M. eine Standardmaßnahme mit Doppelnatur. Eine Sicherstellung erfolgt demgemäß im Normalfall durch die vorausgegangene Anordnung, die Sache herauszugeben und die anschließende Begründung amtlichen Gewahrsams durch die schlichte Ansichnahme der Sache. Die Aufforderung, die sicherzustellende Sache herauszugeben, weist als Regelungselement alle erforderlichen Merkmale eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG M-V auf<sup>13</sup>.

### 2.1.3 Die Androhung der gewaltsamen Wegnahme des Laserstörers

Die Androhung der gewaltsamen Wegnahme durch den Polizeibeamten erweist sich als Androhung von unmittelbarem Zwang.

Nach h. M.<sup>14</sup> wird der Androhung des unmittelbaren Zwangs (*wie auch der Androhung der beiden anderen Zwangsmittel, der Androhung von Zwangsgeld und Ersatzvornahme*) eine Regelungswirkung zugesprochen. Dies ergibt sich daraus, dass die Androhung eine konstitutive Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Anwendung des Verwaltungszwangs im gestreckten Verfahren darstellt und damit eine für die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens unerlässliche Regelung trifft<sup>15</sup>.

Damit sind alle drei polizeilichen Maßnahmen als Verwaltungsakte zu qualifizieren.

### 2.2 Eintritt der Erledigung

„Erledigung“ eines Verwaltungsaktes bedeutet, dass sich der Verwaltungsakt inhaltlich erschöpft hat und seine Rechtswirkungen weggefallen sind. Oft wird auch vom „Wegfall der Beschwerde“ gesprochen.

Der Begriff der „Erledigung“ eines Verwaltungsaktes ist umstritten. Im Verwaltungsprozessrecht (*insbes. in der VwGO*) findet sich dazu keine Legaldefinition. Allein § 43 II VwVfG M-V spricht im Rahmen der (*Un-*)Wirksamkeit von Verwaltungsakten von einer Erledigung im Falle von Rücknahme, Widerruf oder anderweitiger Aufhebung. Wenn auch eine identische Auslegung des Begriffs der Erledigung in § 113 I 4 VwGO und in § 43 II VwVfG M-V nicht zwingend ist, so spricht hier doch alles für eine grundsätzlich gleiche Interpretation, so dass hier auf § 43 II VwVfG M-V zurückgegriffen werden kann<sup>16</sup>.

Die von M angegriffenen Maßnahmen haben sich allesamt bereits am 01. 06. 2009 durch Beendigung der Maßnahmen inhaltlich erschöpft. Das in der Anordnung der Durchsuchung liegende Duldungsgebot hat sich dadurch erledigt, dass der Polizist die Durchsuchung des Wohnmobils durchgeführt hat; die Sicherstellungsanordnung hat sich dadurch erledigt, dass der Beamte das bereits begründete öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis durch Rückgabe des nunmehr zerstörten Laserstörers beendet hat; die Erledigung der Zwangsmittelandrohung ist letztlich durch die freiwillige Herausgabe

7 Siehe etwa bei Finger, der insbesondere die Annahme einer konkludenten Duldungsverfügung ablehnt; Polizeiliche Standardmaßnahmen und ihre zwangsweise Durchsetzung – Rechtsnatur, Rechtsgrundlagen und Rechtsschutz am Beispiel der Ingewahrsamnahme, JuS 2005, 116 (117 f.); Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, § 12 c (S. 216).

8 So Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, Rdn. 115 f.; Schmidt, Besonderes Verwaltungsrecht II (zit. BVR II), 12. Aufl., 2008, Rdn. 119 ff.

9 Diese tatsächliche Durchführungshandlung – hier die Durchsuchung des Wohnmobils – darf nicht mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung (etwa mit dem unmittelbaren Zwang) verwechselt werden. Der bloßen Vollziehung der Durchsuchungsanordnung mangelt es an dem für Vollstreckungshandlungen charakteristischen Merkmal der Brechung eines entgegenstehenden Willens des Pflichtigen. Die Standardermächtigung zur Durchsuchung von Räumen umfasst deshalb nicht das gewaltsame Betreten eines Raumes und ein anschließendes gewaltsames Öffnen von Türen, Schubladen, usw. Wenn sich allerdings der Wohnungseigentümer weigert, der Durchsuchungsanordnung freiwillig nachzukommen, so kann die Anordnung als Grundverwaltungsakt (sog. „HDU-Verfügung“) mit dem entsprechenden Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs gegen den Willen des Wohnungsinhabers durchgesetzt werden. Abzulehnen ist insoweit auch die teilweise in der Lit. vertretene Ansicht, die Standardmaßnahmen berechtigen bereits ihrerseits (allein) zu Vollstreckungsmaßnahmen. Ausführlich dazu Schenke (Fußn. 8), Rd. 116 m.w.N.

10 Vgl. Schenke (Fußn. 8), Rdn. 115; Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 119 ff.

11 Nach wohl h.M. ist die Durchführung einer Ausführungsermächtigung (etwa Betreten/Durchsuchen oder Sicherstellung) bei abwesenden Adressaten die Vollziehung eines fiktiven Grundverwaltungsaktes (i.S.d. Ausführungsermächtigungen für das Betreten/Durchsuchen oder Sicherstellung) im Wege des sofortigen Vollzugs (§ 81 SOG M-V); vgl. Schenke (Fn. 8), Rdn. 116 sowie die kontroverse Erörterung bei Möller/Wilhelm, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2003, Rdn. 386, 398.

12 Die Gegenansicht, die in dieser Standardmaßnahme lediglich einen Realakt sieht, vermag nicht zu überzeugen, da sie das neben die Vollziehung der Standardmaßnahme tretende Regelungselement ausblendet. Folgte man ihr, so müsste die Polizei für den Fall, dass der Betroffene sich weigert, der Aufforderung nachzukommen, zur Vollstreckung systemwidrig auf die (vollstreckungsfähige) polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel zurückgreifen. Näher dazu bei Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 122.

13 Zur Vertiefung: Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 566 ff.

14 Vgl. BVerwG NVwZ 1998, 393; Möller/Wilhelm (Fußn. 11), Rdn. 214 unter Hinweis auf BVerwG, NVwZ-RR 1989, 337; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 10. Aufl., 2008, § 35, Rdn. 67.

15 Vgl. nur bei Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 972 und Schenke, (Fußn. 8), Rdn. 546.

16 Ausführlich zur umstrittenen Auslegung des in der VwGO nicht legaldefinierten Begriffs der Erledigung Stein (Fn. 4), 233 m.w.N.

be des Gerätes zu bejahen. Damit sind alle ihre in die Zukunft weisenden Rechtswirkungen weggefallen, d.h. die drei „erledigten“ Verwaltungsakte entfaltet nun für M keine Rechtswirkungen mehr<sup>17</sup>.

Damit ist hier eine „erweiterte Anfechtungsfeststellungsklage“ in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO die statthafte Klageart.

### 3. Klagebefugnis<sup>18</sup> (§ 42 II VwGO analog) bezüglich der erledigten Verwaltungsakte

M müsste – bezogen auf die erledigten Maßnahmen – eine Klagebefugnis nachweisen können. Dies ist für die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage deshalb erforderlich, weil diese Klage nur eine nun nicht mehr statthafte Anfechtungsklage ersetzt. Daher müssen auch alle Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage einschließlich der Klagebefugnis vorliegen. Der Kläger M müsste insoweit in analoger Anwendung des § 42 II VwGO geltend machen können, durch das Durchsuchen des Wohnmobils, die Sicherstellung sowie die Androhung von unmittelbarem Zwang in seinen Rechten verletzt zu sein.

Nach der Adressatentheorie<sup>19</sup> ist bei Adressaten belastender Verwaltungsakte regelmäßig von einer Klagebefugnis auszugehen, da sich der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes zumindest immer auf eine Beeinträchtigung seiner Grundrechte berufen kann. Im Fall besteht die Möglichkeit, dass M durch die Durchsuchung und die Sicherstellung möglicherweise als Adressat dieser Maßnahmen in seinen Spezialgrundrechten aus Art. 13 und 14 GG verletzt ist. Hinsichtlich der Zwangsmittelandrohung kommt Art. 2 I GG in Betracht.

Damit ist seine Klagebefugnis zu bejahen.

### 4. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Zusätzlich zur Klagebefugnis wird als besondere Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO ein besonderes Feststellungsinteresse gefordert, das hier als „Fortsetzungsfeststellungsinteresse“ bezeichnet wird.

Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte haben sich – wie bei der allgemeinen Feststellungsklage i.S.d. § 43 I VwGO – drei Hauptgruppen herausgebildet, bei deren Vorliegen ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Klägers in Betracht kommt. Anerkannt ist ein solches Fortsetzungsfeststellungsinteresse insbesondere bei **Wiederholungsgefahr** (als *schutzwürdiges Interesse rechtlicher Art*) oder wenn sich der Kläger glaubhaft auf ein **Rehabilitationsbedürfnis** (als *schutzwürdiges Interesse ideeller Art*) berufen kann (etwa *Beseitigung einer Diskriminierung*)<sup>20</sup>.

Ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation kann auch durch einen Grundrechtseingriff abgeleitet werden, allerdings wird es dabei um einen tiefgreifenden Eingriff in ein besonders bedeutsames Grundrecht gehen müssen<sup>21</sup>.

Im Fall kann sich M auf besonders bedeutsame Grundrechte aus Art. 13 und 14 GG berufen. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus dem Gesichtspunkt des Rehabilitationsinteresses kann damit bejaht werden. Darüber hinaus kann auch unter dem Aspekt der Wiederholungsgefahr ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse des M hier bejaht werden, denn es besteht durchaus die Möglichkeit einer Wiederholung der erledigten Maßnahmen oder zumindest gleichartiger Maßnahmen<sup>22</sup>.

### 5. Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens (§ 68 I VwGO analog)

Die Durchführung eines Vorverfahrens ist im Fall der Erledigung des Verwaltungsaktes vor Ablauf der Widerspruchsfrist nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG weder erforderlich, noch überhaupt statthaft<sup>23</sup>.

### 6. Keine Klagefrist (§ 74 I 2 VwGO analog)

Nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG wird bei der Fortsetzungsfeststellungsklage im Falle vorprozessualer Erledigung die Einhaltung einer Klagefrist eindeutig nicht (*mehr*) verlangt<sup>24</sup>.

### 7. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§§ 81, 82 VwGO)

Hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Klageerhebung nach den Anforderungen der §§ 81, 82 VwGO ergeben sich keine Bedenken.

### 8. Richtige Auswahl des Beklagten

Gem. § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AGGerStrG M-V analog ist die Klage gegen die Ausgangsbehörde zu richten. Dies ist im Fall die Polizeidirektion Rostock als untere Landesbehörde.

### 9. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

Der Kläger M ist gem. § 61 Nr. 1 VwGO als natürliche Person beteiligungsfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO (*wegen unterstellter Geschäftsfähigkeit*) auch prozessfähig.

In Mecklenburg-Vorpommern sind Behörden auf Grund der landesrechtlichen Bestimmung in § 14 I AGGerStrG M-V gem. § 61 Nr. 3 VwGO beteiligungsfähig. Für den Polizeibeamten ist im Fall die Polizeidirektion Rostock zuständige Polizeibehörde. Die Prozessfähigkeit der Polizeidirektion folgt aus § 62 III VwGO.

### 10. Objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)<sup>25</sup>

M verfolgt mehrere Klagebegehren, nämlich die Feststellung der Rechtswidrigkeit von drei belastenden Verwaltungsakten. Dies ist im Fall im Rahmen einer objektiven kumulativen Klagehäufung zulässig, da sich alle Klagebegehren gegen denselben Beklagten richten, das angerufene Gericht für alle Anträge sachlich und örtlich zustän-

17 Nach einer solchen Erledigung ist nach h. M. eine ggf. eingereichte Anfechtungsklage nicht mehr statthaft, da es nun an einem wirksamen und aufhebbaren Verwaltungsakt fehlt. Für den Kläger kann es in diesem Fall nur noch Sinn machen, dass ihm das Verwaltungsgericht in einem Urteilspruch bescheinigt, dass der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war; vgl. statt vieler: Kopp/Schenke (Fußn. 1), § 113, Rdn. 122.

18 Da die (erweiterte Anfechtungs-) Fortsetzungsfeststellungsklage an die Stelle einer wegen Erledigung des Verwaltungsaktes unzulässigen Anfechtungsklage tritt, muss auch für diesen Fall eine Klagebefugnis verlangt werden.

19 Zur Adressatentheorie vgl. statt vieler Kopp/Schenke (Fußn. 1), § 42, Rdn. 69 m.w.N.; ausführlich zur Klagebefugnis vgl. Achterberg, DVBl 1981, 278 ff.

20 BVerwGE 41, 252 (259 f.); BVerwG, NJW 1990, 268; zur Vertiefung siehe die Darstellung bei Schmidt, VPR (Fußn. 3), Rdn. 415 ff.

21 Bisher bejaht etwa bei Abhörmaßnahmen (Eingriff in Art. 10 I GG), vgl. etwa BVerwGE 87, 23 (25). Hinsichtlich eines Betretungsverbot und des daraus resultierenden Eingriffs in Art. 11 GG vgl. VGH Mannheim NJW 2005, 88 (89).

22 Näher zur Wiederholungsgefahr bei Schmidt, VPR (Fußn. 3), Rdn. 416 ff.

23 Vgl. BVerwGE 26, 161 (165 ff.) Schwabinger Krawalle“; zustimmend BVerwGE 109, 203 (209) = NVwZ 2000, 63 (64); krit. dazu insbes. Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl., 2005, § 31, Rdn. 29 f.

24 Vgl. BVerwGE 109, 203 (209) = NVwZ 2000, 63 (64). Ausführlich zur Frage der Fristbindung und zum bisherigen Meinungsstand: Rozek (Fn. 4), 1162 ff.; Stein (Fn. 4), 234 f.

25 Zum Prüfungsaufbau: Liegen die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung unzweifelhaft vor, so ist es in einer Klausurbearbeitung zweckmäßig, hinsichtlich der verschiedenen Klageanträge eine einheitliche Zulässigkeitsprüfung vorzunehmen. In einem letzten Prüfungspunkt der gemeinsamen Zulässigkeitsprüfung sollten dann die Voraussetzungen des § 44 VwGO erörtert werden. Die Begründetheit sollte dann allerdings getrennt nach den unterschiedlichen Klagebegehren durchgeführt werden, da bei einer zulässigen Klagehäufung trotz prozessualer Verbindung jeder Klageantrag an sich eine eigene Klage bildet.

dig (vgl. §§ 45 ff. VwGO) ist und alle Klagebegehren in einem sachlichen Zusammenhang stehen<sup>26</sup>.

**Zwischenergebnis: Die Fortsetzungsfeststellungsklage des M ist zulässig.**

## II./A. Begründetheit des Klageantrags hinsichtlich der Durchsicherung des Wohnmobils<sup>27</sup>

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Durchsicherung des Wohnmobils rechtswidrig gewesen ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist<sup>28</sup> (§ 113 I 4 analog i.V.m. § 113 I 1 VwGO).

### 1. Formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Wegen des Gesetzesvorbehalts bedarf der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes einer formell gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Für die Durchsicherung des Wohnmobils kommt als Ermächtigungsgrundlage § 59 III SOG M-V<sup>29</sup> in Betracht.

*Wegen der unterschiedlichen Versionen der vergleichbaren Landes-Polizeigesetze wird der Wortlaut des in dieser Fallbearbeitung zu Grunde gelegten § 59 SOG M-V einmal hier abgedruckt:*

#### **§ 59 Betreten und Durchsicherung von Räumen**

(1) Das Betreten von Wohn- und Geschäftsräumen oder eines befriedeten Besitztums ist gegen den Willen des Inhabers nur zulässig, wenn dies zur Verhütung einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist.

(2) Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie andere Räume und Grundstücke, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, dürfen zum Zwecke der Gefahrenabwehr während der Arbeits-, Geschäfts- oder Aufenthaltszeit betreten werden.

(3) Die Durchsicherung von Wohn- und Geschäftsräumen oder eines befriedeten Besitztums ist nur zulässig, wenn

1. tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich darin eine Person befindet, die nach § 51 vorgeführt oder nach einer Rechtsvorschrift in Gewahrsam genommen werden darf,
2. tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich darin Sachen befinden, die nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 sichergestellt werden dürfen, oder
3. dies zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr erforderlich ist.

(4) Während der Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 der Strafprozessordnung) ist das Betreten und die Durchsicherung nur zur Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr zulässig. Dies gilt nicht für das Betreten von Räumen,

1. die zur Nachtzeit jedermann zugänglich sind,
2. wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass
  - a) dort Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,
  - b) sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften verstoßen,
  - c) sich dort gesuchte Straftäter verbergen oder
  - d) dort Personen dem unerlaubten Glücksspiel nachgehen, oder
3. die der Prostitution dienen.

(5) Durchsicherungen von Wohn- und Geschäftsräumen dürfen, außer bei Gefahr im Verzug, nur aufgrund richterlicher Anord-

nung erfolgen. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die zu durchsuchenden Räume liegen. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.

(6) Maßnahmen nach Absatz 3 und 4 dürfen nur Polizeivollzugsbeamte vornehmen.

Die gegenüber der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel nach dem Subsidiaritätsgrundsatz vorrangig zu berücksichtigende Standardmaßnahme in § 59 III SOG M-V setzt in Abgrenzung zu § 57 SOG M-V (der die Durchsicherung von Sachen regelt) zunächst einmal voraus, dass es sich bei dem Wohnmobil um **Wohnraum, Geschäftsraum oder befriedetes Besitztums** handelt. Weiterhin muss es sich (in Abgrenzung zu einem bloßen **Betreteten** i.S.d. § 59 I, II) um ein **Durchsuchen** zu präventivpolizeilichen Zwecken handeln.

### 1.1 Begriff der Wohnung i.S.d. § 59 III SOG M-V

Unter dem (aus Art 13 GG abzuleitenden) Begriff der Wohnung versteht man diejenigen Räume, die ein Mensch der allgemeinen Zugänglichkeit entzogen hat. Danach umfasst die Wohnung nicht nur Wohn- und Nebenräume, sondern auch Geschäftsräume sowie befriedetes Besitztum (vgl. auch den Gesetzestext in § 59 III SOG M-V). Maßgeblich ist, dass der Zutritt nicht generell der Öffentlichkeit preisgegeben ist, sondern von einer Entscheidung des Hausrechtsinhabers abhängig gemacht wird. Darunter fällt jede tatsächlich bewohnte Räumlichkeit, u. a. auch Campingwagen, Zelte, Hausboote, **Wohnmobile** als auch Schlafplätze im LKW, soweit sie auch als Medium zur Entfaltung von Privatheit dienen<sup>30</sup>.

### 1.2 Durchsuchen einer Wohnung i.S.d. § 59 III SOG M-V

Unter einem „Durchsuchen“ ist das über das bloße Betreten hinausgehende ziel- und planmäßige Aufspüren von Personen, Sachen oder Sachverhalten zu verstehen. Die Rechtsprechung verlangt für die Durchsicherung insoweit ein systematisches und gezieltes

<sup>26</sup> Hinsichtlich des erforderlichen Sachzusammenhangs genügt es, dass die geltend gemachten Klagebegehren nach allgemeiner Lebensanschauung tatsächlich oder rechtlich, sei es nach dem Entstehungsgrund oder nach dem erstrebten Erfolg einem einheitlichen Lebensvorgang zuzurechnen sind; vgl. Kopp/Schenke (Fußn. 1), § 44, Rdn. 5.

<sup>27</sup> Wie bereits angemerkt, soll die Begründetheit getrennt nach den verschiedenen Klagebegehren durchgeführt werden. Unabdingbar ist die richtige Reihenfolge der Prüfung, zumal die Sicherstellungsanordnung als (selbstständige) Folgemaßnahme der Durchsicherung anzusehen ist.

<sup>28</sup> Das Erfordernis einer eigenen Rechtsverletzung des Klägers wird trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts des § 113 I 4 VwGO ganz überwiegend verlangt und daraus gefolgert, dass es sich beim Urteil über eine Fortsetzungsfeststellungsklage nicht um ein Feststellungsurteil i.S.d. § 43 VwGO, sondern um einen Unterfall der Anfechtungsklage handelt; vgl. Cremer, Aufenthaltsverbot und offene Drogenszene, (Fallbearbeitung). NordÖR 2001, 324 (326); Ehlers, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, Jura 2001, 415 (422).

<sup>29</sup> Die Ermächtigungen für Durchsicherungen zum Zwecke der Gefahrenabwehr finden sich im SOG M-V getrennt nach Personen (§ 53), Sachen (§ 57) und Wohnungen (§ 59 III), weil teilweise unterschiedliche grundgesetzliche Anforderungen für diese Eingriffe bestehen.

Synopse zu §§ 59 f. SOG M-V (Betreten und Durchsicherung von Räumen)  
 §§ 19 f. MEPOlG; BaWü: §§ 31 PolG; Bay: Art. 23 f. PAG; Berl: §§ 36 f. ASOG; Brand: §§ 23 ff. PolG; Brem: §§ 21 PolG; Hamb: §§ 16 f. SOG; Hess: §§ 38 f. SOG; Nds: §§ 24 f. SOG; NRW: §§ 41 f. PolG; RhLPfl: §§ 20 f. POG; Saar: §§ 19 f. PolG; Sachs: §§ 25 PolG; SachAnh: §§ 43 f. SOG; SchlHolst: §§ 208 f. LVwG; Thür: §§ 25 f. PAG.

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler: Schmidt, BVR II, (Fußn. 8), Rdn. 513 m.w.N.



Suchen um etwas aufzuspüren, das der Wohnungsinhaber im Verborgenen bzw. geheim hält und von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will. Spezifisches Merkmal ist somit das Eindringen in die private Geheimsphäre<sup>31</sup>. Keine Durchsuchung, sondern bloßes Betreten liegt dann vor, wenn bei der Besichtigung einer Wohnung Gegenstände wahrgenommen werden, die dort offen zutage liegen, die der Inhaber aber lieber dem behördlichen Einblick entzogen hätte<sup>32</sup>. Dagegen handelt es sich um eine Durchsuchung, wenn Schränke und Schubladen geöffnet werden, um Verborgenes zutage zu fördern.

Im Fall ging es dem Polizeibeamten um das Auffinden des im Wohnmobil vermuteten Laserstörgerätes. Insoweit handelte es sich bei der Maßnahme um ein ziel- und zweckgerichtetes Suchen nach etwas Verborgenen, mithin um ein Durchsuchen.

Als Ermächtigungsgrundlage ist damit § 59 III SOG M-V einschlägig.

## 2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Durchsuchung

### 2.1 Zuständigkeit

Bei einer Durchsuchung von Wohnraum ist die besondere Zuständigkeitsregelung des § 59 VI i. V. m. III SOG M-V einschlägig, wonach nur Polizeivollzugsbeamte zu diesen Maßnahmen befugt sind. Das Einschreiten des Polizeivollzugsbeamten ist der instanzial und örtlich zuständigen Polizeidirektion Rostock als untere Landesbehörde zuzurechnen (vgl. §§ 5 II i. V. m. 2 I Nr. 2, 5 I Nr. 2, 3 S. 2 POG M-V).

### 2.2 Beachtung der Verfahrensvorschriften

#### 2.2.1 Richtervorbehalt des § 59 V SOG M-V

Als besondere Verfahrensvorschrift normiert § 59 V SOG M-V (in Ausprägung des Art. 13 II GG) im Falle der Durchsuchung von Wohnraum einen Richtervorbehalt. Danach sind Wohnungsdurchsuchungen ohne vorherige richterliche Anordnung nur bei Gefahr im Verzug zulässig. „Gefahr im Verzug“ i. S. d. Vorschrift liegt vor, wenn die Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde<sup>33</sup>. Dabei ist insbesondere im Falle einer präventivpolizeilichen Durchsuchung zu berücksichtigen, dass eine vorherige Einholung einer (schriftlichen) richterlichen Durchsuchungsanordnung in vielen Fällen die Effektivität der Gefahrenabwehr in Frage stellen würde<sup>34</sup>.

Im Fall lässt sich die Annahme einer Gefahr im Verzug ohne weiteres bejahen, denn aus Sicht des Polizisten lagen konkrete Anhaltspunkte vor, dass sich im Wohnmobil ein Laserstörgerät befindet, das ohne sofortige Durchsuchung und Sicherstellung zwecks Umgehung der angedrohten Vernichtung von M beiseite geschafft oder unbrauchbar gemacht werden kann.

#### 2.2.2 Anhörung gem. § 28 I VwVfG M-V35

M wurde vor der angekündigten Durchsuchung vom Polizeibeamten ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. § 28 I VwVfG M-V ist damit beachtet worden.

#### 2.2.3 Beachtung der speziellen Verfahrensvorschriften des § 60 SOG M-V

Gem. § 60 II SOG M-V ist dem Wohnungsinhaber vor Beginn der Durchsuchung der Grund der Maßnahme bekanntzugeben. Weiterhin muss er auf die zulässigen Rechtsbehelfe hingewiesen werden.

Zusätzlich zu diesen Anforderungen ist nach § 60 III SOG M-V eine Niederschrift hinsichtlich der Durchführung der Maßnahme anzufertigen, die Anlass, Zeit und Ort der Durchsuchung ausweist und vom Vollzugsbeamten sowie dem Wohnungsinhaber zu unterschreiben ist.

Ausweislich des Sachverhalts sind alle diese Voraussetzungen erfüllt worden.

### 2.3 Beachtung der Formvorschriften

Besondere gesetzliche Formerfordernisse sind nicht ersichtlich. Die Durchsuchungsanordnung wurde vom Polizeibeamten zulässigerweise mündlich ausgesprochen und damit gegenüber M bekannt gegeben (§ 37 II 1, 3. Alt.; 41 I 1 VwVfG M-V)<sup>36</sup>.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Durchsuchung

### 3.1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Die Tatbestandsvoraussetzungen für das Durchsuchen einer Wohnung sind in § 59 III SOG M-V geregelt<sup>37</sup>. Diese Norm weist verschiedene Anlassstatbestände aus, die zur Wohnungsdurchsuchung ermächtigen.

#### 3.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen des § 59 III Nr. 2 SOG M-V (i. V. m. § 61 I Nr. 1 SOG M-V)

Nach § 59 III Nr. 2 SOG M-V kann eine Wohnung durchsucht werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dabei Sachen gefunden werden, die ihrerseits nach § 61 I Nr. 1 SOG M-V sichergestellt werden dürfen. Nach diesem als Vorbereitungsmaßnahme ausgestalteten Anlassstatbestand müssen zunächst die gleichen Rechtsgüter wie bei einer Sicherstellung nach § 61 I Nr. 1 SOG M-V betroffen sein. Weitere Sicherstellungsvoraussetzung ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr.

#### a) Voraussetzungen des § 61 I Nr. 1 SOG M-V

§ 61 I Nr. 1 SOG M-V verlangt eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder öffentliche Ordnung.

##### aa) Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit

Zum Schutzbereich der **öffentlichen Sicherheit** gehören der Schutz des Staates, die Funktionsfähigkeit des Staates und sonstiger Hoheits-

31 Zur Vertiefung: Schenke (Fußn. 8), Rdn. 153; Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Teil, JuS 1994, 479 (484).

32 Vgl. OVG Hamburg NJW 1997, 2193 (2194). Ebenfalls keine Durchsuchung liegt in der Durchführung einer Kontrolle von Personen, die in Räumlichkeiten nicht verborgen, sondern offen anwesend; vgl. BVerwG NJW 2005, 454 (455). Zur näheren Abgrenzung vgl. BVerwGE 47, 31 (37).

33 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Schmidt, BVR II (Fn. 8), Rdn. 555 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung.

34 Insoweit sind Entscheidungen des BVerfG in Fällen strafprozessualer Durchsuchungen, in denen eine enge Auslegung des Begriffs „Gefahr im Verzug“ gefordert und eine richterliche Durchsuchungsanordnung als Regelfall und eine nichtrichterliche als Ausnahme angesehen wird (etwa BVerfGE 103, 147 (150 ff.) = NJW 2001, 1121; BVerfG NJW 2005, 1637), für die Fälle der Gefahrenabwehr nicht ohne weiteres übertragbar. Siehe dazu auch Schmidt, BVR II (Fn. 8), Rdn. 557 a.

35 Vgl. entsprechend § 87 I LVwG S-H.

36 Vgl. entsprechend §§ 108 II, 110 I LVwG S-H.

37 § 59 IV SOG, der strengere Voraussetzungen im Falle einer Durchsuchung zur Nachtzeit i. S. d. § 104 III StPO (vom 1. Oktober bis 31. März von 21.00 – 6.00 Uhr) regelt, ist im Fall wegen der im Sachverhalt genannten Uhrzeit nicht zu erörtern.

träger sowie deren Einrichtungen, die objektive Rechtsordnung, die Individualrechtsgüter und sonstige kollektive Rechtsgüter<sup>38</sup>.

Im Fall könnte zunächst die **Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen** betroffen sein. Entsprechend des recht weiten und eher untechnischen Verständnisses dieser Begriffe, erfasst die Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen nicht nur die sachlichen Einrichtungen eines Hoheitsträgers, sondern auch dessen ungestörte Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Dazu zählen auch die ordnungsrechtlichen Aufgaben auf dem Gebiet der Verkehrsüberwachung durch die Aufstellung bzw. den Betrieb von Geschwindigkeitsmessanlagen- bzw. geräten<sup>39</sup>. Geschwindigkeitsmessungen dienen der Verkehrserziehung. Ertrappte Fahrer sollen durch ein Bußgeldverfahren angehalten werden, sich in Zukunft verkehrsgemäß zu verhalten. Der Einsatz eines Laserstörgerätes beeinträchtigt die hierzu erforderlichen präventivpolizeilichen Verkehrsüberwachungsmaßnahmen i.S.d. § 44 I StVO. Insoweit ist durch den Einsatz eines Laserstörgerätes die Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen und damit die öffentliche Sicherheit betroffen.

Weiterhin kommt **die objektive Rechtsordnung** als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit in Betracht.

Zur „objektiven Rechtsordnung“ im Rahmen der öffentlichen Sicherheit gehören diejenigen Rechtsnormen, aus denen sich bestimmte Verhaltenspflichten ergeben. In der Praxis geht es dabei insbesondere um solche öffentlich-rechtliche Normen, die vom Bürger ein Tun oder Unterlassen verlangen und keine eigene Ermächtigungsgrundlage zum präventiven Eingreifen nach dem Polizei- und Ordnungsrecht enthalten (*also in der Hauptsache die Ge- und Verbotsnormen des Straf- und Ordnungswidrigkeitsrechts*).

Im Fall ist ein Verstoß gegen § 23 I b StVO i.V.m. § 6 I Nr. 3 i. StVO in zu bejahen, wonach es einem KFZ-Führer untersagt ist, ein technisches Gerät zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen, das dafür bestimmt ist, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören. Gem. Satz 2 des § 23 I b StVO gilt dies insbesondere für Radarwarn- oder Laserstörgeräte, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Verbotsnorm erfüllt sind. Zudem ist Ordnungswidrigkeitsnorm des § 49 I Nr. 22 StVO erfüllt. Damit ist die öffentliche Sicherheit auch unter dem Gesichtspunkt der geschriebenen Rechtsordnung tangiert.

#### bb) Gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 61 I Nr. 1 SOG M-V

§ 61 I Nr. 1 SOG M-V verlangt weiterhin das Vorliegen einer „gegenwärtigen Gefahr“. „Gegenwärtig“ ist eine Gefahr, wenn eine Sachlage besteht, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht (*vgl. § 3 III Nr. 2 SOG M-V*).

Im Hinblick auf die oben erörterte Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen ist mit einer Rechtsgutverletzung in allernächster Zeit zu rechnen, zumal davon ausgegangen werden muss, dass ein solches Gerät vom Besitzer auch zu den sich bietenden Gelegenheiten eingesetzt werden soll. Insoweit liegt diesbezüglich eine gegenwärtige Gefahr vor. Hinsichtlich der objektiven Rechtsordnung liegt bei einem Mitführen eines betriebsbereiten Laserstörgerätes wegen des bereits verwirklichten Verstoßes gegen die Verbotsnorm des § 23 I b StVO eine „Störung“ vor, die qualitativ eine „gegenwärtige“ Gefahr konsumiert<sup>40</sup>.

#### b) Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte i.S.d. § 59 III Nr. 2 SOG M-V

§ 59 III Nr. 2 SOG M-V verlangt das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ hinsichtlich der Annahme einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit (*also des hier einschlägigen*

*Sicherstellungsgrundes in § 61 I Nr. 1 SOG M-V*)<sup>41</sup>. Voraussetzung ist also, dass aus der Perspektive des handelnden Polizisten bei der maßgeblichen ex-ante-Betrachtung über bloße Vermutungen hinausgehende konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Sicherstellung unterliegende Sachen bei der Durchsuchung aufgefunden werden können. Angesichts der Äußerungen von Sohn Max und Frau M sowie der Reaktion von M, der sich „zu überhaupt nichts verpflichtet“ sah und überdies zu den angekündigten Maßnahmen keine Stellung bezog, waren aus Sicht des Polizeibeamten konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Laserstörgerätes vorhanden.

#### c) Richtiger Adressat der Durchsuchungsmaßnahme

M müsste auch der richtige Adressat der Maßnahme sein. Die Standardmaßnahme „Durchsuchung von Räumen“ i.S.d. § 59 SOG M-V richtet sich an den „Inhaber“ der Räume und enthält insoweit eine spezielle Adressatenregelung. Wohnungsinhaber i.d.S. ist jeder, der Träger des Grundrechts aus Art. 13 I GG ist<sup>42</sup>. Danach ist M im Hinblick auf das Wohnmobil als „Wohnungsinhaber“ und damit als richtiger Adressat der Durchsuchungsanordnung anzusehen.

#### 3.1.2 Tatbestandsvoraussetzungen des § 59 III Nr. 3 SOG M-V

Der Anlasstatbestand des § 59 III Nr. 3 SOG M-V verlangt das Vorliegen einer **gegenwärtigen erheblichen Gefahr**. Zu beachten ist, dass dieser gesteigerte Gefahrenbegriff die in Betracht kommenden Schutzgüter qualitativ eingrenzt und insoweit im Aufbau bei der Bestimmung der Rechtsgüter geprüft werden muss<sup>43</sup>. Eine „**erhebliche Gefahr**“ bedeutet nach der Legaldefinition in § 3 III Nr. 3 SOG M-V eine Gefahr für ein **bedeutsames Rechtsgut**, wie Leib, Leben oder Freiheit einer Person, wesentliche Sach- oder Vermögenswerte oder den Bestand des Staates. Die in § 3 III Nr. 3 SOG M-V gebrauchte Formulierung „**wie**“ macht deutlich, dass die Aufzählung der Schutzgüter in dieser Definition nicht abschließend ist. Daher kommen hier auch andere Rechtsgüter in Betracht, zumindest, soweit diese strafrechtlich geschützt werden und den in den Polizei- und Ordnungsgesetzen genannten Rechtsgütern in ihrer Wertigkeit nicht wesentlich nachstehen<sup>44</sup>.

Im Fall geht es – wie oben ausgeführt – um einen angenommenen Verstoß gegen § 23 I b StVO (*was eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 49 I Nr. 22 StVO darstellt*) sowie um eine gegenwärtige Gefahr für hoheitliche Einrichtungen (*Geschwindigkeitsmessungen*). Diese Rechtsgüter sind in ihrer Wertigkeit nicht als „bedeutsame Rechtsgüter“ i.S.d. § 3 III Nr. 3 SOG M-V anzusehen, sodass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 59 III Nr. 3 SOG M-V nicht erfüllt sind.

<sup>38</sup> Vgl. bei Möller/Wilhelm, (Fußn. 11), Rdn. 78 f. m.w.N.

<sup>39</sup> Siehe bei Schmidt, BVR II (Fn. 8), Rdn. 578; vgl. auch OVG Münster zu Warnung vor Radarkontrollen, NJW 1997, 1596.

<sup>40</sup> Eine Störung in diesem Sinne charakterisiert einen Zustand, in dem der Schaden nicht mehr bevorsteht, sondern bereits eingetreten ist (sog. „verwirklichte“ Gefahr) und die Rechtsgutbeeinträchtigung dabei noch fortwirkt. Näher hierzu (mit Beispielen) bei Möller/Wilhelm (Fußn. 11), Rdn. 11.

<sup>41</sup> Insoweit handelt es sich hierbei um einen gesetzlich geregelten Fall des Gefahrenverdachts.

<sup>42</sup> Dazu zählt jeder, der berechtigterweise eine Wohnung (unabhängig von den Eigentumsverhältnissen) bewohnt, also auch Mieter, Untermieter, Pächter sowie Hotelgäste. Zur Vertiefung siehe bei Schmidt, BVR II (Fn. 8), Rdn. 552.

<sup>43</sup> Bei den unterschiedlichen „gesteigerten Gefahrenbegriffen“ muss differenziert werden. Während etwa eine „gegenwärtige“ Gefahr auf die zeitliche Nähe zum Schadenseintritt abstellt, handelt es sich bei einer „erheblichen“ Gefahr um eine Qualifizierung mit Bezug zum geschützten Rechtsgut.

<sup>44</sup> Dazu gehört etwa auch die Ehre, die sexuelle Selbstbestimmung und überhaupt die Willensentschlussfreiheit (insbesondere geschützt durch die Tatbestände der Beleidigung und Nötigung); vgl. Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 670.

### 3.2 Rechtfolge der Ermächtigungsgrundlage

§ 59 III SOG M-V ist eine Ermessensnorm. Insoweit hatte der Beamte bei seiner Entscheidung Entschließungs- und Auswahlmessen, das gem. § 14 SOG M-V ordnungsgemäß auszuüben war. Anhaltspunkte für einen Ermessensnichtgebrauch, einen Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung sind vorliegend nicht ersichtlich.

### 3.3 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die im Ermessen stehende Durchsuchungsanordnung müsste auch verhältnismäßig, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein.

Ein auf § 59 III Nr. 2 SOG M-V gestütztes Durchsuchen einer Wohnung dient als Vorbereitungsmaßnahme dem Zweck, Gegenstände aufzuspüren, die in der Folge sichergestellt werden können. Insoweit war im Fall das Durchsuchen des Wohnmobils eine **geeignete** Maßnahme, um von dort aus die Sicherstellung des Laserstöres anordnen und damit dessen Einsatz verhindern zu können.

Die **Erforderlichkeit** der Durchsuchung ist zu bejahen, wenn im Fall kein gleich geeignetes, milderes Mittel in Betracht kam. Als milderes Mittel i.d.S. ist die bloße Aufforderung eines Polizeibeamten anzusehen, den vermuteten Gegenstand herauszugeben. Ausweislich des Sachverhalts zeigte sich M in der Auseinandersetzung mit dem Beamten jedoch uneinsichtig und „zu gar nichts verpflichtet“. Aufgrund dieses Verhaltens war die durchgeführte Durchsuchung auch erforderlich.

Im Rahmen der **Angemessenheit** ist zu prüfen, ob die auf § 59 III Nr. 2 SOG M-V gestützte Durchsuchungsanordnung mit den Grundrechten<sup>45</sup> des M vereinbar ist. Die angeordnete Maßnahme darf bei M nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht, d. h., der verfolgte Zweck der Maßnahme muss mindestens so wichtig sein, dass er gerade diesen konkreten Grundrechtseingriff rechtfertigt<sup>46</sup>.

Bei der Durchsuchung kommt ein Eingriff in das Grundrecht des M aus **Art. 13 I GG** Betracht<sup>47</sup>. Das Grundrecht aus Art. 13 I GG schützt die Privatsphäre innerhalb der Wohnung. Die Durchsuchung des Wohnmobils durch den Polizeibeamten stellt einen Eingriff in die Privatsphäre des M dar.

Dieser Eingriff könnte durch den qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 13 II GG gerechtfertigt sein. Danach dürfen Durchsuchungen nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgen. Weiterhin dürfen Durchsuchungen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden<sup>48</sup>.

Im Fall kann sich die Maßnahme auf die spezielle Durchsuchungsermächtigung in § 59 III Nr. 2 SOG M-V stützen. Wie bereits bei der formellen Rechtmäßigkeitsprüfung ausgeführt, ist im Fall eine Gefahr im Verzug zu bejahen, so dass anstelle eines Richters die Durchsuchung von einem Polizeivollzugsbeamten (vgl. § 59 VI SOG M-V) unter Beachtung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften des § 60 SOG M-V angeordnet werden durfte. Auch verstößt der Eingriff verstößt auch nicht gegen das Übermaßverbot und ist somit insgesamt verhältnismäßig.

### 3.4 Allgemeine Grundsätze

Die auf § 59 III SOG M-V gestützte Durchsuchungsanordnung war inhaltlich hinreichend bestimmt (§ 37 I VwVfG M-V) und konnte von M auch tatsächlich und rechtlich befolgt werden.

#### Zwischenergebnis:

Die Durchsuchung des Wohnmobils war rechtmäßig.

## II./B Begründetheit des Klageantrags hinsichtlich der Sicherstellung des Laserstörers

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Sicherstellung rechtswidrig gewesen ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I 4 analog i.V.m. § 113 I 1 VwGO).

### 1. Formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Wegen des Gesetzesvorbehalts bedarf der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes einer formell gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Als solche Ermächtigungsgrundlage für die Sicherstellung kommt als Spezialermächtigung die als Standardmaßnahme in § 61 I SOG M-V<sup>49</sup> geregelte Befugnis in Betracht.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Sicherstellung

#### 2.1 Zuständigkeit

Die (*sachliche, instanzielle und örtliche*) Zuständigkeit der Polizei für die Sicherstellung folgt aus §§ 7 I Nr. 3 SOG M-V<sup>50</sup>, 1, 5 II i.V.m. 2 I Nr. 2, 5 I Nr. 2, 3 S. 2 POG M-V.

#### 2.2 Beachtung der Verfahrensvorschriften

##### 2.2.1 Anhörung

M ist vor der Sicherstellungsanordnung vom Polizeibeamten gem. § 28 I VwVfG M-V angehört worden.

##### 2.2.2 Ausstellung einer Bescheinigung

Als besondere Verfahrensvorschrift normiert § 62 II SOG M-V, dass dem Betroffenen eine Bescheinigung über die sichergestellten Sachen und den Grund der Sicherstellung auszustellen ist. Dies ist im Fall geschehen<sup>51</sup>.

#### 2.3 Beachtung der Formvorschriften

Besondere gesetzliche Formerfordernisse sind nicht ersichtlich. Die Sicherstellungsanordnung wurde vom Polizeibeamten zulässigerweise mündlich ausgesprochen und damit gegenüber M bekannt gegeben (§ 37 II 1, 3. Alt., 41 I 1 VwVfG M-V).

### 3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Sicherstellung

45 Insbesondere weil M im Sachverhalt ausdrücklich Grundrechtverletzungen behauptet, ist in der Fallbearbeitung eine sorgfältige Grundrechtsprüfung erforderlich.

46 Vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2008, § 11, Rdn. 29.

47 Wegen allgemeiner Spezialität des Art. 13 GG tritt hier Art. 2 I GG zurück und muss in der Bearbeitung nicht näher erörtert werden.

48 Zur Vertiefung siehe bei Katz, Staatsrecht, 17. Aufl., 2007, Rdn. 809 f.

49 Synopse zu §§ 61 f. SOG M-V (Sicherstellung)

§§ 21 f. MEGP; BaWü: §§ 32 f. PolG; Bay: Art. 25 ff. PAG; Berl: §§ 38 ff. ASOG; Brand: §§ 25 ff. PolG; Brem: §§ 23 ff. PolG; Hamb: § 14 SOG; Hess: §§ 40 ff. SOG; Nds: §§ 26 ff. SOG; NRW: §§ 43 ff. PolG, 24 OBG; RhLPf: §§ 22 ff. POG; Saar: §§ 21 ff. PolG; Sachs: §§ 26 f. PolG; SachAnh: §§ 45 ff. SOG; SchlHolst: §§ 210 ff. LVwG; Thür: §§ 27 ff. PAG.

50 Hier liegt ein Fall der subsidiären „Eilfallzuständigkeit“ der Polizei vor.

51 Diese Bescheinigung dient der Beweissicherung für den Betroffenen und soll es ihm ermöglichen, einen (eventuellen) späteren Rückgabeanspruch erfolgreich geltend machen zu können.

### 3.1 Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst muss der Gegenstand der Sicherstellung eine (*bewegliche oder unbewegliche*) „Sache“ sein. Bei dem Laserstörgerät handelt sich um eine Sache und damit um einen tauglichen Sicherstellungsgegenstand.

Die speziellen Tatbestandsvoraussetzungen für eine Sicherstellung von Sachen sind in § 61 I SOG M-V geregelt. Danach kommt eine Sicherstellung in vier Fällen in Betracht<sup>52</sup>:

1. zur *Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung* (vgl. § 61 I Nr. 1),
2. zur *Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung, wenn die Sache von einer festgehaltenen Person mitgeführt wird* (vgl. § 61 I Nr. 2),
3. zum *Schutz des Eigentümers oder rechtmäßigen Inhabers der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung* (§ 61 I Nr. 3) und
4. wenn *tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass die Sache zur Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verwendet werden soll* (vgl. § 61 I Nr. 4).

#### 3.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 I Nr. 1 SOG (Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung)

##### a) Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit

Wie bereits ausgeführt, beeinträchtigt der Einsatz eines Laserstörgerätes die präventivpolizeilichen Verkehrsüberwachungsmaßnahmen i.S.d. § 44 I StVO und insoweit die **Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen**. Damit ist die öffentliche Sicherheit betroffen.

Ebenfalls erörtert wurde bereits oben, dass durch ein Betreiben oder ein betriebsberechtigtes Mitführen eines Laserstörgerätes die **objektive Rechtsordnung** (§ 23 I b StVO) als Bestandteil der „öffentlichen Sicherheit“ zu berührt ist.

Während als Voraussetzung für die Anordnung der Durchsuchung (i.S.d. §§ 59 III Nr. 2, 61 I Nr. 1 SOG M-V) „tatsächliche Anhaltspunkte“ hinsichtlich des Vorhandenseins eines „betriebsbereiten“ (*sicherstellungsbedürftigen*) Gerätes genügen, ist bei der im Zeitpunkt der Sicherstellung maßgeblichen ex-post-Betrachtung eine Betriebsbereitschaft des Gerätes unabdingbare Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Mithin stellt sich die entscheidende Frage, wann ein solches Gerät als „betriebsbereit“ i.S.d. § 23 I b StVO anzusehen ist. In Rechtsprechung und Literatur scheinen die Anforderungen an den **Begriff der Betriebsbereitschaft** noch nicht abschließend geklärt<sup>53</sup>. Grundsätzlich kann eine Betriebsbereitschaft (*in Abgrenzung zum bloßen nicht untersagten Transport*) eines funktionsfähigen Gerätes dann bejaht werden, wenn ein solches Gerät jederzeit während der Fahrt ohne größere technische Vorbereitungen eingesetzt werden kann. Dies darf im Einzelnen nicht davon abhängen, ob das Gerät eingeschaltet oder ob der Stecker herausgezogen ist, wenn das bloße Herstellen des elektrischen Kontaktes oder das Einschalten genügt, um das Gerät in Funktion zu setzen<sup>54</sup>. Allerdings muss die Herstellung der Stromversorgung während der Fahrt kurzfristig möglich sein<sup>55</sup>.

Im Sicherstellungszeitpunkt befand sich der aufgefundene Laserstörer zwar in einem Handschuhfach, doch genügte wenige Handgriffe (*Befestigung an der Scheibe mittels Saugnapf sowie Einstecken des Stromverbindungskabels*) um das Gerät binnen weniger Sekunden in Betrieb setzen zu können. Die Betriebsbereitschaft des Laserstörers im fraglichen Zeitpunkt ist damit zu bejahen. Auch hat sich

der Beamte vor der Sicherstellung von der Funktionsfähigkeit des Gerätes überzeugt.

##### b) Gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Hinsichtlich der **Funktionsfähigkeit hoheitlicher Einrichtungen** kann aus Sicht des Polizeibeamten das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr problemlos bejaht werden, zumal davon ausgegangen werden muss, dass ein funktionsfähiges und betriebsberechtigtes Laserstörgerät auch bei der nächstbietenden Gelegenheit von seinem Besitzer eingesetzt werden soll.

Im Hinblick auf die **objektive Rechtsordnung** ist ein bereits verwirklichter, und in die Zukunft fortwirkender Verstoß gegen die Verbotsnorm des § 23 I b StVO und mithin eine „Störung“ zu bejahen, die – wie oben bereits ausgeführt – qualitativ eine „gegenwärtige“ Gefahr konsumiert.

##### c) Richtiger Adressat der Sicherstellungsmaßnahme nach § 61 I Nr. 1 SOG M-V

Da § 61 I Nr. 1 SOG M-V keine spezielle Adressatenregelung trifft, ist auf die allgemeinen Bestimmungen über die Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit der §§ 69, 70 SOG M-V abzustellen. M hat unmittelbar durch sein Verhalten die oben erörterten Rechtsgüter gefährdet (*bzw. hinsichtlich der Tatvariante des § 23 I b StVO bereits verletzt*). Er ist damit gem. § 69 I SOG M-V als Verhaltenverantwortlicher richtiger Adressat der Sicherstellung.

#### 3.1.2 Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 I Nr. 4 SOG

##### a) Schutzgüter „Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit“

Nach § 61 I Nr. 4 SOG M-V ist eine Sicherstellung zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass eine Sache zur Begehung einer **Straftat oder Ordnungswidrigkeit** verwendet werden soll<sup>56</sup>.

Das verbotswidrige Mitführen eines betriebsberechtigten Laserstörgerätes stellt eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 49 I Nr. 22 StVO dar, die im Fall auch bereits verwirklicht wurde.

##### b) Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ hinsichtlich der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit

Die in diesem Anlasstatbestand ausgesprochene Forderung nach einem Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ für die **Rechtfertigung dieser Annahme** ist als gesetzlich geregelter Fall des Gefahrenverdachts anzusehen. Damit reicht bereits ein unvollständiges Tatsachenbild zum Einschreiten hier aus.

Das verbotswidrige Mitführen eines betriebsberechtigten Laserstörgerätes stellt eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 49 I Nr. 22 StVO dar, die im Fall auch bereits verwirklicht wurde.

52 Die Mehrzahl der Polizeigesetze der Länder kennt nur drei Fallgruppen (sog. „Anlasstatbestände“). Insoweit wird dort – wie auch in § 21 MEPoG – auf die in § 61 I Nr. 4 SOG M-V geregelte Sicherstellungsbefugnis (bei Anhaltspunkten, dass die Sache zur Begehung von Straftaten gebraucht wird) verzichtet.

53 Siehe auch Lütke, Straßenverkehr, Band 2 (StVO-Kommentar), 2008, § 23 StVO, Rdn. 28.

54 Vgl. Hentschel, Änderung der StVO durch die 35. VO zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, NJW 2002, 1237 (1238); König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht (Kommentar); 40. Aufl., 2009, § 23 StVO, Rdn. 36

55 Vgl. Beschluss des VGH München vom 12. 11. 2007, NJW 2008, 1549.

56 Der Anwendungsbereich dieser Tatbestandsalternative kann sich insoweit mit dem der Nr. 1 überschneiden.

### c) Richtiger Adressat der Sicherstellungsmaßnahme nach § 61 I Nr. 4 SOG M-V

Mangels spezieller Adressatenregelung ist (*wie bereits im Fall des § 61 I Nr. 1*) auf die allgemeinen Bestimmungen über die Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit abzustellen und eine Verhaltensverantwortlichkeit des M gem. § 69 I SOG M-V zu bejahen.

Damit sind auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 I Nr. 4 SOG M-V erfüllt.

### 3.2 Rechtfolge der Ermächtigungsgrundlage

§ 61 I SOG M-V ist eine Ermessensnorm. Insoweit hatte der Beamte bei seiner Entscheidung Entschließungs- und Auswahlermessen, das im Fall auch ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

### 3.3 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

An der **Geeignetheit** der Sicherstellung zum Schutz der oben erörterten Rechtsgüter bestehen keine Bedenken. Im Fall ist kein gleich geeignetes, milderes Mittel ersichtlich, um aus Sicht des Polizeibeamten den Verstoß gegen § 23 I b StVO zu beenden und die zu befürchtende Beeinträchtigung von Geschwindigkeitsmessungen zu verhindern. Damit war die Sicherstellung des Laserstörgerätes auch **erforderlich**.

Bei der Prüfung der **Angemessenheit** der Maßnahme ist im Rahmen einer Interessenabwägung näher auf das Grundrecht des M aus Art. 14 GG einzugehen. Zunächst ist ein Eingriff in Art. 14 GG zu bejahen, da dieses Grundrecht nicht nur vor Eigentumsbeeinträchtigungen im engeren Sinne, sondern auch vor Besitzentziehungen schützt<sup>57</sup>. Dieser Eingriff ist nur im Rahmen der „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“<sup>58</sup> aus Art. 14 I 2 GG zulässig. Bei der auf § 61 I SOG M-V gestützten Sicherstellung handelt es sich um eine Eigentumsbeschränkung, die im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I 2 GG gerechtfertigt ist. Der Eingriff verstößt auch nicht gegen das Übermaßverbot und ist damit zulässig gewesen. Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt sich somit nicht erkennen.

### 3.4 Allgemeine Grundsätze

Die ausgesprochene Sicherstellungsanordnung war inhaltlich hinreichend bestimmt (§ 37 I VwVfG M-V) und konnte von M auch tatsächlich und rechtlich befolgt werden.

#### Zwischenergebnis:

Die Sicherstellung war rechtmäßig.

### II./C Begründetheit des Klageantrags hinsichtlich der Androhung von unmittelbarem Zwang

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Zwangsmittelandrohung rechtswidrig gewesen ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I 4 analog i.V.m. § 113 I 1 VwGO).

#### 1. Formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf auch die Zwangsmittelandrohung einer Ermächtigungsgrundlage. Für die Androhung des Zwangsmittels des unmittelbaren Zwangs kommt § 87 SOG M-V<sup>59</sup> i.V.m. der spezialgesetzlichen Regelung in § 62 I SOG M-V in Betracht.

Im Gegensatz zu anderen Bundesländern (*und auch dem MEPolG*) findet sich im SOG des Landes Mecklenburg-Vorpommern in § 62 I

eine spezielle Regelung zur Statthaftigkeit von unmittelbarem Zwang im Rahmen einer Sicherstellung.

Diese landesrechtliche Sondervorschrift verdrängt die allgemeine Regelung in § 90 SOG M-V, die zur Statthaftigkeit des unmittelbaren Zwangs grundsätzlich verlangt, dass die Zwangsmittel der Ersatzvornahme und des Zwangsgeldes erfolglos bzw. unzweckmäßig sind. Allerdings sind über § 101 SOG M-V die Vorschriften über die Art und Weise der Ausübung des unmittelbaren Zwangs (§§ 102-112 SOG M-V) anzuwenden. Unberührt von der Spezialregelung bleiben auch die hier zu beachtenden Vorschriften über die Androhung von Zwangsmitteln in § 87 SOG M-V.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Zwangsmittelandrohung

#### 2.1 Zuständigkeit

Unmittelbarer Zwang darf gem. § 62 I SOG M-V nur von Vollzugsbeamten i.S.d. § 103 SOG M-V ausgeübt und angedroht werden. Im Fall war der für die Vollzugsbehörde (*die Polizeidirektion Rostock*) handelnde Polizeivollzugsbeamte insoweit zuständig.

#### 2.2 Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften

Eine vorherige Anhörung nach § 28 I VwVfG M-V war nicht erforderlich, da die Androhung eines Zwangsmittels zu den „Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung“ nach § 28 II Nr. 5 VwVfG M-V zählt.

Grundsätzlich ist gem. § 87 I 1 SOG M-V für eine Zwangsmittelandrohung die Schriftform vorgeschrieben. Diese kann allerdings unter den Voraussetzungen des § 80 II SOG M-V<sup>60</sup> unterbleiben (*vgl. die Ausnahmeregelung in § 87 I 2 SOG M-V*). Im Fall sind die Voraussetzungen des § 80 II Nr. 1 SOG M-V bejahen, da eine gegenwärtige Gefahr der öffentlichen Sicherheit hinsichtlich der Beeinträchtigung staatlicher Einrichtungen sowie eine Störung im Hinblick auf die objektive Rechtsordnung vorlag, die wegen der Weigerung des M (*zunächst*) nicht ohne gewaltsame Sicherstellung abzuwehren war. Damit war im Fall gem. §§ 87 I 2, 80 II Nr. 1 SOG M-V<sup>61</sup> eine schriftliche Androhung entbehrlich.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Zwangsmittelandrohung

#### 3.1 Vorliegen eines wirksamen, vollziehbaren Titels

Zunächst muss ein Verwaltungsakt vorliegen, der auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist (*sog. „HDU-Verfügung“ als Titel, vgl. § 79 I SOG M-V*).

<sup>57</sup> Vgl. statt vieler Schmidt, BVR II (Fußn. 8), Rdn. 562.

<sup>58</sup> Zum Begriff der „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“ vgl. Katz (Fn. 48), Rdn. 819ff. unter Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>59</sup> Synopse zu § 87 SOG M-V (Androhung von Zwangsmitteln) § 34 MEPolG; BaWü: §§ 20 I VwVG, 52 II PolG; Bay: Art. 54 II PAG; Berl: § 5 II, 13 I VwVG; Brand: §§ 23 VwVG, 54, 59 PolG; Brem: § 17 VwVG; Hamb: §§ 15 II VwVG, 20 SOG; Hess: § 48 II SOG; Nds: § 65 II GefAG; NRW: §§ 56, 61 PolG, §§ 63, 69 VwVG; RhLPfl: § 56 I 1 POG; Saar: § 45 II PolG; Sachs: § 20 VwVG; SachAnh: § 20 II VwVG, § 59 SOG; SchlHolst: § 236 LVwG; Thür: § 56 VwVZG, §§ 52, 57 PAG.

<sup>60</sup> Synopse zu § 80 II SOG M-V BaWü: § 21 VwVG; Bay: Art. 35 VwVZG; Hamb: § 27 VwVG; Hess: § 72 VwVG; RhLPfl: § 66 I VwVG; Sachs: § 21 VwVG; SchlHolst: § 229 II LVwG SH. In den übrigen Bundesländern, die keine solche ausdrückliche Befreiungsregelung haben, lässt sich das Ergebnis unter Heranziehung der Vorschriften über den sofortigen Vollzug „a maiore ad minus“ rechtfertigen.

<sup>61</sup> Dieses Zwischenergebnis kann hier auch über § 80 II Nr. 2 SOG M-V hergeleitet werden (eine rechtswidrige (Straf-) Tat kann nicht anders verhindert werden).

Die von dem Polizeibeamten ausgesprochene Sicherstellungsanordnung war auf ein positives Tun (*die Herausgabe des Laserstörers*) sowie auf ein Dulden (*der amtlichen Gewahrsamsbegründung*) gerichtet und ist damit als „Titel“ i.S.d. § 79 I SOG M-V anzusehen.

Die mündlich ausgesprochene Sicherstellungsanordnung wurde auch ordnungsgemäß bekannt gegeben (§§ 43 I, 41 VwVfG M-V). Nichtigkeitsgründe i.S.d. § 44 II / I VwVfG M-V sind nicht ersichtlich. Ein wirksamer Grund-Verwaltungsakt („Titel“) lag damit vor.

Gesetzliche Voraussetzung für die Vollziehbarkeit des Grund-Verwaltungsaktes nach § 80 I SOG M-V ist weiterhin, dass er „unanfechtbar ist oder ein Rechtsbehelf (*gegen ihn*) keine aufschiebende Wirkung hat“.

Zwar war der Grund-Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Zwangsmittelandrohung noch nicht bestandskräftig i.S.d. § 80 I Nr. 1 SOG M-V, doch lagen die Voraussetzungen von Nr. 2 dieser Vorschrift vor.

Die Sicherstellungsanordnung war als unaufschiebbare Anordnung eines Polizeivollzugsbeamten gem. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO vollziehbar, ohne dass es hierzu einer gesonderten behördlichen Anordnung bedurfte. Ein dagegen gerichteter Rechtsbehelf konnte somit keine aufschiebende Wirkung entfalten.

Damit war der wirksame Grund-Verwaltungsakt nach § 80 I Nr. 2 SOG M-V auch vollziehbar.

### 3.2 Ordnungsgemäße Art und Weise der Zwangsmittelandrohung

#### 3.2.1 Angabe eines bestimmten Zwangsmittels

Nach § 87 IV 1 SOG M-V muss in der Androhung ein bestimmtes Zwangsmittel bezeichnet werden. Im Fall hat der Polizeibeamte die gewaltsame Wegnahme angedroht und damit das Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs umschrieben.

#### 3.2.2 Statthaftigkeit des Zwangsmittels des unmittelbaren Zwangs

Die Statthaftigkeit des Zwangsmittels des unmittelbaren Zwangs ergibt sich im Falle einer Sicherstellung aus der spezialgesetzlichen Regelung in § 62 I SOG M-V (*siehe oben*).

#### 3.2.3 Fristsetzung (§ 87 II 1 SOG M-V)

Grundsätzlich ist gem. § 87 II 1 SOG M-V in der Androhung eine Frist zu bestimmen, „innerhalb der die Erfüllung der Verpflichtung

dem Pflichtigen billigerweise zugemutet werden kann“. Nach § 87 II 2 SOG M-V braucht jedoch keine Frist bestimmt werden, wenn eine Duldung oder Unterlassung erzwungen werden soll. Die Sicherstellung ist insbesondere auf eine Duldung (*der amtlichen Gewahrsamsbegründung*) gerichtet, und erfüllt damit diesen Ausnahmetatbestand.

#### 3.2.4 Ermessen

Im Fall gibt es keine Anhaltspunkte für eine pflichtwidrige Ermessensausübung bei der Androhung des unmittelbaren Zwangs.

#### 3.2.5 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Das Ermessen wird durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt. Danach muss das angedrohte Zwangsmittel geeignet, erforderlich und angemessen sein. Die angedrohte gewaltsame Wegnahme war **geeignet** und auch **erforderlich**, den (*bereits oben beschriebenen*) Zweck der Maßnahme zu erreichen. Der im Rahmen der **Angemessenheit** zu berücksichtigende Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (*Art. 2 I GG*) des M ist im Falle einer rechtmäßigen Zwangsmittelandrohung durch die verfassungsmäßige Ordnung gerechtfertigt.

Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt sich somit nicht erkennen.

#### 3.2.6 Richtiger Vollzugsadressat

Der Kläger M war als Adressat des Grundverwaltungsaktes gem. § 83 SOG M-V der richtige Vollzugsadressat.

#### 3.2.7 Vollzugshindernisse sind im Fall nicht ersichtlich.

#### Zwischenergebnis:

Die Androhung des unmittelbaren Zwangs war rechtmäßig.

#### Ergebnis:

Die Fortsetzungsfeststellungsklage des M ist zulässig aber **unbegründet**. Das Verwaltungsgericht wird in seinem Urteil die Klage zurückweisen.



Reiner Stein

#### **Bescheidtechnik**

344 Seiten | DIN A5 | Broschur | € 22,50

ISBN 978-3-7869-0698-8

Der Entwurf einer praxistauglichen Verwaltungsentscheidung wird nicht nur von Studenten und Lehrgangsteilnehmern der Verwaltungsschulen und -fachhochschulen verlangt, sondern zunehmend auch von Jura-Studenten und Rechtsreferendaren in Ausbildung und Prüfung.

Ihnen wird das vorliegende Lehrbuch als Wegweiser helfen, sich rasch und gezielt einen Überblick über die von den Verwaltungsbehörden zu fertigenden Bescheide zu verschaffen. Der Autor hat für die didaktische Konzeption des Buches seine mehrjährige Erfahrung als Dozent an einer Verwaltungsfachhochschule ausgewertet.

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

# Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

## Aufgabe 1

- 1.1 Grenzen Sie bitte die Begriffe „Betrieb“ und „Unternehmen“ ab.
- 1.2 Handelt es sich
  - a) bei den Stadtwerken in der Rechtsform der GmbH,
  - b) bei einem Eigenbetrieb,
  - c) bei einem Regiebetrieb und
  - d) bei dem Fachbereich „Organisation und Personal“ einer Kommunalverwaltung um einen Betrieb oder um ein Unternehmen?
- 1.3 Führen Sie kurz aus, was Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kostenrechnende Einrichtungen sind und wie diese im Hinblick auf „Rechtliche Selbständigkeit“ und „Betriebliche Zielsetzung“ voneinander abgegrenzt werden können.

## Aufgabe 2

Die „Arge“ der Stadt X bearbeitet mit 28 Mitarbeitern jährlich 35.000 Fälle. Die Gesamtkosten betragen jährlich 525 Mio. Euro. (davon 50 Mio. für Personal- und Sachkosten). Einnahmen (aus Erstattungen anderer Träger und von den Angehörigen) werden in Höhe von 85 Mio. Euro erzielt. Die „Arge-Einrichtungen“ von Städten mit vergleichbaren Gesamtkosten haben durchschnittliche Personal- und Sachkosten von 1.350 Euro pro Fall.

- 2.1. Definieren Sie das erzeugte Produkt/die erzeugten Produkte. (Orientieren Sie sich dabei nur an den Informationen des Sachverhaltes)
- 2.2. Berechnen Sie die Produktionskosten.
- 2.3. Sind die Einnahmen der „Arge“ mit den Erlösen aus vereinnahmten Müllgebühren vergleichbar?
- 2.4. Was ist unter Effektivität zu verstehen und mit welchen Kennziffern könnte die Effektivität der „Arge“ beim angeführten Fall gemessen werden?
- 2.5. Was lässt sich auf Grund der genannten Daten über die Wirtschaftlichkeit und die Produktivität der „Arge“ sagen?

## Aufgabe 3

- 3.1. Erläutern Sie zunächst kurz, was Ziele sind und welche Informationen für eine eindeutige Zieldefinition gegeben sein müssen. Verdeutlichen Sie Ihre Ausführungen durch ein Beispiel.
- 3.2. Führen Sie sodann aus, welche Unterschiede beim privatwirtschaftlichen Unternehmen einerseits und dem kommunalen Verwaltungsbetrieb andererseits hinsichtlich des Sachziels und der Formalziele /Nebenbedingungen gegeben sind. Definieren Sie auch die Begriffe Sachziel, Formalziel und Nebenbedingung.
- 3.3. Formulieren Sie für die Bereiche Bücherei, VHS und Bürgerservice zunächst ein Produkt und dann für jedes Produkt zwei Formalziele/Nebenbedingungen. Machen Sie abschließend zu jedem Formalziel/jeder Nebenbedingung einen Vorschlag, wie das Formalziel/die Nebenbedingung operationalisiert werden können.

## Aufgabe 4

- 4.1. Nennen und erläutern Sie die mit der Beschaffung von Büromaterial verbundenen Kosten. Gehen Sie dann darauf ein, welche dieser Kosten im Grundmodell zur Berechnung der optimalen Bestellmenge berücksichtigt werden.
- 4.2. Ermitteln Sie die optimale Bestellmenge für die Beschaffung eines speziellen Materials „Y“ unter Verwendung des Grundmodells zur Ermittlung der optimalen Bestellmenge. Gehen Sie dabei davon aus, dass pro Jahr 1.350 Einheiten verbraucht werden. Der Preis für eine Mengeneinheit beträgt 30 Euro. Die fixe Kosten für dieses besonders aufwendige Bestellverfahren betragen pro Bestellung 100 Euro. Der Lagerkostensatz hat eine Höhe von 8 % und der Zinskostensatz liegt bei 2 %.
- 4.3. Warum lässt sich eine optimale Bestellmenge für die Energiebeschaffung von Heizöl zum Beheizen der Verwaltungsgebäude mit dem Grundmodell zur optimalen Bestellmenge nicht berechnen? Nennen Sie auch weitere Restriktionen, die die Berechnungsmöglichkeiten der optimalen Bestellmenge mit dem Grundmodell einschränken.

## Aufgabe 5

In den letzten Jahren sind immer mehr Verwaltungen dazu übergewechselt, Zielvereinbarungen im Rahmen des Kontraktmanagements einzuführen.

- 5.1. Erläutern Sie, was Zielvereinbarungen sind und zwischen welchen Personen/Organisationseinheiten diese abgeschlossen werden.
- 5.2. Führen Sie aus, welcher Zusammenhang zwischen Zielvereinbarungen und dem Berichtswesen im Rahmen des Controllings besteht.
- 5.3. Was sind Leitbilder und welcher Zusammenhang besteht hier zu Zielvereinbarungen?

## Lösungsskizze

### Aufgabe 1.1.

**Grenzen Sie bitte die Begriffe „Betrieb“ und „Unternehmen“ ab.**

Der Betrieb ist eine planvoll organisierte Wirtschaftseinheit, in der unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips Produktionsfaktoren eingesetzt und kombiniert werden, um Sachgüter und Dienstleistungen zu erstellen und (im Wesentlichen für den Fremdbedarf) abzusetzen. Betriebe werden zu Unternehmen, wenn zusätzlich Gewinnerzielungsabsicht vorliegt und die (vorrangig) privaten Eigentümer eigenständig entscheiden können, was in welchem Umfang produziert und abgesetzt werden soll.

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

**Aufgabe 1.2.**

Handelt es sich

- a) bei den Stadtwerken in der Rechtsform der GmbH,
- b) bei einem Eigenbetrieb,
- c) bei einem Regiebetrieb und
- d) bei dem Fachbereich „Organisation und Personal“ einer Kommunalverwaltung um einen Betrieb oder um ein Unternehmen?

Die Zuordnung der genannten Begriffe kann eindeutig durch die vorhandene bzw. nicht vorhandene Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen werden. Während die Stadtwerke GmbH und der Eigenbetrieb Gewinn erzielen dürfen und sollen, ist diese Absicht beim Regiebetrieb und dem Fachbereich „Organisation und Personal“ einer Kommunalverwaltung nicht gegeben. GmbH und Eigenbetrieb sind also Unternehmen, Regiebetrieb und Fachbereich „Organisation und Personal“ dagegen Betriebe.

**Aufgabe 1.3.**

Führen Sie kurz aus, was Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und kostenrechnende Einrichtungen sind und wie diese im Hinblick auf „Rechtliche Selbständigkeit“ und „Betriebliche Zielsetzung“ voneinander abgegrenzt werden können.

Gemäß § 114(1) GO ist der Eigenbetrieb ein in Gemeindeeigentum befindliches wirtschaftliches Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit. Die Eigengesellschaft ist ein kommunales Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, in der Regel als GmbH oder AG geführt. Die kostenrechnende Einrichtung definiert der § 12 GemHVO (alte Fassung) als unselbständige Einrichtung, die in der Regel aus Entgelten finanziert wird.

Rechtlich selbständig ist nur die Eigengesellschaft, Eigenbetrieb und kostenrechnende Einrichtung sind unselbständig. Während Eigenbetrieb und Eigengesellschaft grundsätzlich Gewinnerzielungsabsicht haben, ist dieses Ziel bei der kostenrechnenden Einrichtung nicht gegeben.

**Aufgabe 2.1.**

Definieren Sie das erzeugte Produkt/die erzeugten Produkte. (Orientieren Sie sich dabei nur an den Informationen des Sachverhaltes)

Das Produkt ist das Ergebnis des Verwaltungshandelns. Es entsteht dadurch, dass Tätigkeiten und Leistungen aus Kunden- bzw. Nachfragersicht zusammengefasst werden. Im vorliegenden Fall sind die erzeugten Produkte die genannten 35.000 Bewilligungs- oder Ablehnungsbescheide.

**Aufgabe 2.2.**

Berechnen Sie die Produktionskosten.

Die Produktionskosten bestehen aus den angefallenen Kosten für die Antragsaufnahme, die Antragsbearbeitung sowie die Erstellung und Versendung der Bescheide, mithin also um die Personal- und Sachkosten von 50 Mio. Euro.

**Aufgabe 2.3.**

Sind die Einnahmen der „Arge“ mit den Erlösen aus vereinnahmten Müllgebühren vergleichbar?

Eine Vergleichbarkeit der erzielten Einnahmen mit den Erlösen aus vereinnahmten Müllgebühren ist nicht gegeben.

Der wesentliche Unterschied beruht darauf, dass sich die Erlöse

aus den vereinnahmten Müllgebühren auf die Erstellung des Produktes „Müllentsorgung“ beziehen und insofern auch kostendeckend sein dürfen (oder müssen), die Einnahmen der „Arge“ sich aber nicht auf die Erstellung des Produktes beziehen, sondern auf die gewährten und ausgezahlten Hilfen und deshalb auch nicht kostendeckend sein können (denn sonst würde ja keine Hilfe zu gewähren sein).

**Aufgabe 2.4.**

Was ist unter Effektivität zu verstehen und mit welchen Kennziffern könnte die Effektivität der „Arge“ beim angeführten Fall gemessen werden?

Mit dem Begriff der Effektivität wird die Wirksamkeit des Verwaltungshandelns im Hinblick auf die angestrebten Ziele beschrieben. Aus den Informationen des Sachverhaltes lässt sich keine Aussage zur Effektivität ableiten. Mögliche Kennziffern, die eine Aussage zur Effektivität der „Arge“ zulassen, könnten sein:

- Pünktlichkeit der Zahlung
- Berechtigte Einsprüche/Widersprüche oder
- Bearbeitungsdauer

**Aufgabe 2.5.**

Was lässt sich auf Grund der genannten Daten über die Wirtschaftlichkeit und die Produktivität der „Arge“ sagen?

Die Wirtschaftlichkeit kann unterteilt werden in die wertmäßige Wirtschaftlichkeit oder Effizienz und die Kostenwirtschaftlichkeit. Im vorliegenden Fall kann nur die Kostenwirtschaftlichkeit ermittelt werden.

Die Kostenwirtschaftlichkeit ergibt sich als Quotient aus Wert- und Mengengrößen, indem Outputmenge auf den Inputwert bezogen wird.

$$\text{Kostenwirtschaftlichkeit der Arge} = \frac{50 \text{ Mio. Euro}}{35.000 \text{ Fälle}} = 1.428,57 \text{ Euro/Fall}$$

Da die Produktionskosten anderer (vergleichbarer) Städte bei 1.350 Euro liegen, ist die Arge der Stadt X (unter der Annahme gleicher Leistungsqualität) um 5,8 % teurer bzw. unwirtschaftlicher.

Als Produktivität bezeichnet man das Verhältnis von Ausbringungs- und Einsatzmenge. Im vorliegenden Fall kann nur die Arbeitsproduktivität gemessen werden.

$$\text{Arbeitsproduktivität der Arge} = \frac{35.000 \text{ Fälle}}{28 \text{ Mitarbeiter}} = 1.250 \text{ Fälle/Mitarbeiter}$$

**Aufgabe 3.1.**

Erläutern Sie zunächst kurz, was Ziele sind und welche Informationen für eine eindeutige Zieldefinition gegeben sein müssen. Verdeutlichen Sie Ihre Ausführungen durch ein Beispiel.

Ziele sind zukünftig gewollte und angestrebte Zustände oder Ergebnisse. Beispiel: Verbesserung der Nutzung der Bücherei bis zum Ende der Legislaturperiode um 10% mehr Ausleihen.

Damit Ziele gemessen und die Zielerreichung überprüft werden können, ist eine exakte Beschreibung der Ziele unumgänglich. Dazu müssen zumindest die folgenden drei Dimensionen der Zielsetzung eindeutig definiert sein:

- Zielinhalt (Qualität des Ziels). Hier: Verbesserung der Nutzung der Bücherei.



- Zeitbezug. Hier: Bis zum Ende der Legislaturperiode.
- Zielausmaß (Quantität des Ziels). Hier: 10 % mehr Ausleihen.

Oft ist es auch sinnvoll festzulegen, wer das Ziel mit welchen Mitteln erreichen soll.

(Alternative Möglichkeiten der Zieldefinition, z.B. nach SMART, sind denkbar.)

**Aufgabe 3.2.**

Führen Sie sodann aus, welche Unterschiede beim privatwirtschaftlichen Unternehmen einerseits und dem kommunalen Verwaltungsbetrieb andererseits hinsichtlich des Sachziels und der Formalziele/Nebenbedingungen gegeben sind. Definieren Sie auch die Begriffe Sachziel, Formalziel und Nebenbedingung.

Sachziele sind Leistungsziele, die den Inhalt der Zielsetzung festlegen, also das konkrete Handlungsprogramm eines Betriebes / eines Unternehmens (weitgehend verbal) benennen.

Formalziele und Nebenbedingungen beschreiben die Rahmenbedingungen, unter denen das Sachziel erreicht werden soll. Sie werden auch als Erfolgsziele bezeichnet und sind i.d.R. abstrakt formuliert. (Teilweise wird in der Literatur nicht zwischen Formalzielen und Nebenbedingungen unterschieden.)

Wichtige Unterschiede:

- Die Sachzielbildung unterliegt bei den privaten Unternehmen weitgehend der unternehmerischen Freiheit. Die Sachzielbildung im kommunalen Verwaltungsbetrieb ist fast vollständig fremdbestimmt durch Pflichtaufgaben (Gesetz) oder freiwillige Aufgaben (Rat).
- Privatwirtschaftliche Unternehmen benennen die Gewinnerzielung als Formalziel, für kommunale Verwaltungsbetriebe dagegen gilt das Formalziel der Wirtschaftlichkeit. (Mit Ausnahme des Eigenbetriebes: Hier gilt zusätzlich auch das Gewinnziel als Formalziel.)
- In der Privatwirtschaft gilt „Formalzieldominanz“. Der Gewinn ist das oberste Unternehmensziel, aus dem alle anderen Ziele (auch das Sachziel) abgeleitet werden. Für Verwaltungsbetriebe gilt die strenge Gleichrangigkeit von Sach- und Formalziel. Formalziele dürfen die Sachziele niemals dominieren.
- Liquiditätsziel ist in der Privatwirtschaft dem Gewinnziel untergeordnet und aus diesem abgeleitet. Ständige Zahlungsfähigkeit ist zwangsweise Voraussetzung, um Gewinn zu erzielen. Das Liquiditätsziel ist beim kommunalen Verwaltungsbetrieb (außer Eigenbetrieb) nicht aus Gewinnziel oder Wirtschaftlichkeitsziel ableitbar und muss damit zusätzlich benannt werden (z.B. alter Haushaltsausgleich).
- Weitere Formalziele/Nebenbedingungen wie Regelmäßigkeit, Mitarbeiterfreundlichkeit, Bürgernähe und Nachhaltigkeit haben für öffentliches Handeln verbindliche Bedeutung, unterliegen aber in der Privatwirtschaft der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit.

**Aufgabe 3.3.**

Formulieren Sie für die Bereiche Bücherei, VHS und Bürgerservice zunächst ein Produkt und dann für jedes Produkt zwei Formalziele/Nebenbedingungen. Machen Sie abschließend zu jedem Formalziel/jeder Nebenbedingung einen Vorschlag, wie das Formalziel/die Nebenbedingung operationalisiert werden können.

Organisationseinheit	Produkt	Formalziele/ Nebenbedingungen	Indikatoren
Bücherei	Bücherausleihe	Aktualität Nachfragegerechte Beschaffung	Zeit zwischen Veröffentlichung und Beschaffung in Tagen. Ausleihen pro Jahr
Bürgerservice	Ausgabe von Ausweisen	Geringe Wartezeiten Kurze Bearbeitungszeiten	Wartezeit in Minuten Bearbeitungszeit in Minuten
VHS	Angebot von Kochkursen	Wirtschaftlichkeit Trend-Aktualität	Kostendeckungsgrad Zahl der Buchungen pro Kurs

(Selbstverständlich sind auch andere Lösungen möglich)

**Aufgabe 4.1.**

Nennen und erläutern Sie die mit der Beschaffung von Büromaterial verbundenen Kosten. Gehen Sie dann darauf ein, welche dieser Kosten im Grundmodell zur Berechnung der optimalen Bestellmenge berücksichtigt werden.

Die Beschaffungskosten setzen sich zusammen aus drei Kostenfaktoren.

**Beschaffungskosten im engeren Sinn.** Dieses sind die unmittelbaren Beschaffungskosten, die sich aus Beschaffungsmenge und Einstandspreis multiplizieren.

**Lagerkosten** bestehen aus den Raumkosten, den Vorratshaltungskosten zur Pflege und Erhaltung der Vorräte, den Zinskosten für das gebundene Kapital und den sogenannten sonstigen Kosten, die sich z.B. durch Schwund oder durch Veraltern der Vorräte ergeben.

Als dritter Kostenfaktor müssen grundsätzlich auch **Fehlmengenkosten** berücksichtigt werden. Diese entstehen, wenn Konventionalstrafen anfallen, Preisdifferenzen zu einem höheren Einstandspreis führen oder sonstige Kosten, wie entgangene Gewinne zu berücksichtigen sind.

Im Grundmodell zur Berechnung der optimalen Bestellmenge werden die Beschaffungskosten im engeren Sinne in vollem Umfang berücksichtigt. Die Lagerkosten werden mit dem Zins- und Lagerkostensatz berücksichtigt. Die sonstigen Kosten (Schwund, Veralterung etc.) finden keine Berücksichtigung. Ebenso bleiben mögliche Fehlmengenkosten unberücksichtigt.

**Aufgabe 4.2.**

Ermitteln Sie die optimale Bestellmenge für die Beschaffung eines speziellen Materials „Y“ unter Verwendung des Grundmodells zur Ermittlung der optimalen Bestellmenge. Gehen Sie dabei davon aus, dass pro Jahr 1.350 Einheiten verbraucht werden. Der Preis für eine Mengeneinheit beträgt 30 Euro. Die fixe Kosten für dieses besonders aufwendige Bestellverfahren betragen pro Bestellung 100 Euro. Der Lagerkostensatz hat eine Höhe von 8 % und der Zinskostensatz liegt bei 2 %.

$$\text{Optimale Bestellmenge} = \sqrt{\frac{2 \times \text{Jahresbedarf} \times \text{bestellfixe Kosten}}{\text{Einstandspreis} \times (\text{Zins- und Lagerkostensatz})}}$$

$$\sqrt{\frac{2 \times 1350 \times 100}{30 \times (0,08 + 0,02)}} = 300 \text{ Einheiten}$$

**Aufgabe 4.3.**

Warum lässt sich eine optimale Bestellmenge für die Energiebeschaffung von Heizöl zum Beheizen der Verwaltungsgebäude mit dem Grundmodell zur optimalen Bestellmenge nicht berechnen? Nennen Sie auch weitere Restriktionen, die die Berechnungsmöglichkeiten der optimalen Bestellmenge mit dem Grundmodell einschränken.

Die Anwendung des Grundmodells zur Berechnung der optimalen Bestellmenge erfordert u.a., dass der Bedarf und damit der Lagerabgang keinen zeitlichen Schwankungen unterliegt. Aus diesem Grund kann die Berechnung der optimalen Energiebestellmenge (ÖL) zum Beheizen der Verwaltungsgebäude mit dem Grundmodell nicht erfolgen.

Die weitere Restriktionen sind: alle entscheidungsrelevanten Daten sind bekannt, die Kosten im Planungszeitraum (Einstandspreis, Zins- und Lagerkosten, bestellfixe Kosten) sind konstant, keine Lagerungs- und Finanzierungsrestriktionen, keine Lagerausfälle und frei wählbare Anlieferungszeitpunkte.

**Aufgabe 5.1.**

Erläutern Sie, was Zielvereinbarungen sind und zwischen welchen Personen/Organisationseinheiten diese abgeschlossen werden.

Zielvereinbarungen sind vertragsähnliche Absprachen in schriftlicher Form zwischen Institutionen oder Personen, die sich auf unterschiedlicher hierarchischer Ebene befinden, über quantitative und qualitative Handlungsergebnisse der nachrangigen hierarchischen Ebene. Zielvereinbarungen werden für einen festgelegten Zeitraum geschlossen.

Grundsätzlich können Zielvereinbarungen zwischen allen hierarchischen Ebenen geschlossen werden. Rat oder Ratsausschüsse schließen Zielvereinbarungen mit der Verwaltungsleitung bzw. dem Bürgermeister. Letztere ihrerseits mit Dezernenten, Beigeordneten oder Fachbereichsleitern, die dann den Zielvereinbarungsprozess weiter „runterbrechen“ können auf Amts- und Abteilungsleiterebene. In letzter Konsequenz sind dann Zielvereinbarungen zwischen Amts- oder Abteilungsleiter und dem Sachbearbeiter möglich.

An der Schnittstelle zur Bevölkerung können Zielvereinbarungen durchaus auch zwischen Rat / Verwaltungsleitung und externen Personengruppen (Vereine etc.) geschlossen werden.

**Aufgabe 5.2.**

Führen Sie aus, welcher Zusammenhang zwischen Zielvereinbarungen und dem Berichtswesen im Rahmen des Controlling besteht.

Das System der Zielvereinbarungen erfordert es, dass jederzeit Informationen über den Grad der Zielerreichung vorliegen. Diese Informationen liefert ein auf die Bedürfnisse der handelnden Personen/Institutionen abgestimmtes Berichtswesen im Rahmen des Controlling

**Aufgabe 5.3.**

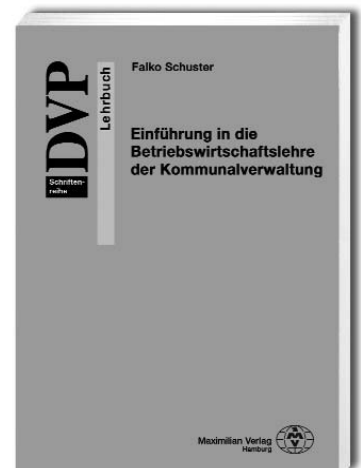
Was sind Leitbilder und welcher Zusammenhang besteht hier zu Zielvereinbarungen?

Leitbilder sind die entscheidende Grundlage für die Ziele, die eine Verwaltung erreichen will. In Leitbildern wird das Selbstverständnis der Verwaltung und der Mitarbeiter formuliert und bildet den Ausgangspunkt für ein abgestimmtes Handeln aller Organisationselemente. Zielvereinbarungen müssen daher aus dem Leitbild abgeleitet und auf die jeweils betroffene Hierarchieebene heruntergebrochen werden.

# DVP Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg!

Falko Schuster bietet eine systematische, kompakte und praxisnahe Einführung in die spezielle Betriebswirtschaftslehre des kommunalen Verwaltungsbetriebs. Allgemein anerkanntes betriebswirtschaftliches Grundwissen wird dargestellt, die relevanten Methoden und Instrumente erläutert. In einem zweiten Schritt wird dann überprüft, inwieweit diese Methoden auf den kommunalen Verwaltungsbetrieb übertragbar sind. Aktuelle Themen wie die kommunale Doppik, die kommunale Kosten- und Leistungsrechnung oder kommunales Controlling werden in die Betrachtung einbezogen.

2., überarbeitete Auflage, 224 Seiten,  
DIN A5, Broschur, € 22,50  
ISBN 978-3-7869-0665-0



Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder bei:  
Maximilian-Verlag, Postfach 104504, 20031 Hamburg, Fax: 0 40 / 70 70 80-3 24  
Inland: versandkostenfrei; Ausland: Vorkasse zzgl. Versandkosten und Bankgebühren

Hiermit bestelle ich

\_\_\_ Ex..Einf. in die Betriebswirtschaftslehre  
à € 22,50 / ISBN 978-3-7869-0665-0

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.

Ich erhalte die Sendung gegen Rechnung.

Name \_\_\_\_\_

Straße, Hausnr. \_\_\_\_\_

Plz, Ort \_\_\_\_\_

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

# Klausur öffentliche Betriebswirtschaftslehre

## Teilgebiet KLR

### Aufgabe 1

Für die Umlage der Vorkostenstellen Wasser, Energie und Verwaltung nach dem Stufenleiterverfahren liegen für das Studentenwohnheim der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung die folgenden Angaben über Primärkosten und Verbrauchsmengen vor:

Kostenstelle	Primärkosten in €	Verbrauch Wasser in cbm	Verbrauch Energie in kWh	Verbrauch Verwaltung in h
Wasser	24.000	–	–	–
Energie	56.000	4.800	–	–
Verwaltung	76.000	8.000	20.000	–
Wohnheim I	36.000	32.000	80.000	900
Wohnheim II	42.000	32.000	60.000	900

Legen Sie zunächst bitte die Reihenfolge der Vorkostenstellen fest. Welche Größen ergeben sich bei Vervollständigung des folgenden BAB's durch die Verrechnung mit Hilfe des Stufenleiterverfahrens? Verwenden Sie die von Ihnen benutzten Faktoren bitte auf vier Stellen hinter dem Komma gerundet. Weisen Sie die Zahlen im BAB bitte auf volle Zahlen gerundet aus.

Kostenstelle					
Primärkosten					
Umlage					
Umlage					
Umlage					
Gesamtkosten					

### Aufgabe 2

In der vergangenen Abrechnungsperiode sind lt. BAB folgende Kosten angefallen:

Einzelkosten:	
Fertigungsmaterial	620.000,- €
Fertigungslohn	540.000,- €
Sondereinzelkosten der Fertigung	40.000,- €
-----	
Gemeinkosten:	1.800.000,- €

Wie groß ist der summarische Gemeinkostenzuschlagssatz, wenn

- (1) die Materialeinzelkosten
- (2) die Fertigungseinzelkosten
- (3) die gesamten Einzelkosten

als Zuschlagsgrundlage herangezogen werden?

Runden Sie Ihre Ergebnisse bitte auf zwei Stellen hinter dem Komma.

### Aufgabe 3

In einer behördeneigenen Reparaturwerkstatt ergeben sich für das Betrachtungsjahr aus dem BAB folgende Kosten:

	Werkstatt	Materiallager	Verwaltung
Einzelkosten	40.000,- (Fertigungslöhne)	110.000,- (Fertigungsmaterial)	–
Gemeinkosten	140.000,-	10.000,-	100.000,-

Für die Reparatur eines LKW wurde Material im Werte von 6.000,- € verbraucht, die Lohnkosten betragen 7.000,- €. Berechnen Sie die Selbstkosten dieser Reparatur

- (1) mit Hilfe der summarischen Zuschlagskalkulation auf Basis der gesamten Einzelkosten
- (2) mit Hilfe der differenzierten Zuschlagskalkulation

Bitte benutzen Sie alle Zuschlagssätze auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet, und weisen Sie alle Zahlen Ihrer Rechnung ebenfalls auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet aus.

## Teilgebiet Investitionsrechnung

### Aufgabe 1

Eine Behörde plant die Anschaffung eines neuen PKW. Die Vorausswahl hat dazu geführt, dass nur noch zwei Fahrzeuge zur Wahl stehen, deren Nutzen in etwa gleich eingeschätzt wird. Der Alternativenvergleich kann daher allein auf der Basis von Kosten oder Ausgaben durchgeführt werden. Folgende Informationen liegen vor:

Beide Fahrzeuge haben eine geschätzte Nutzungsdauer von vier Jahren. Die Anschaffungsausgaben bei Wagen A betragen 40.000,- €, und sie sind sofort zu entrichten. Bei Fahrzeug B betragen die Anschaffungsausgaben 55.000,- €. Hier ist eine spezielle Finanzierung zu berücksichtigen: 15.000,- € sind sofort zu bezahlen. Die restlichen 40.000,- € in vier gleich hohen Raten jeweils am Ende eines Nutzungsjahres. Fahrzeug A verbraucht auf 100 km 8 Liter Benzin, Fahrzeug B verbraucht auf 100 km 6 Liter Benzin. Weiterhin fallen für beide Fahrzeuge Versicherungsausgaben an, die jeweils zu Beginn eines Nutzungsjahres zu entrichten sind. Bei Fahrzeug A betragen sie 500,- € pro Jahr, bei Fahrzeug B nur 450,- €. Weitere Ausgaben sind nicht zu berücksichtigen. Der Kalkulationszinssatz beträgt 7%. 1 Liter Benzin kostet 1,50 €.

- a) Ermitteln Sie mit Hilfe der statischen Kostenvergleichsrechnung die günstigste Alternative, wenn man von 20.000 gefahrenen km pro Jahr ausgeht.
- b) Bei welcher jährlichen km-Zahl sind beide Alternativen gleich gut? Berechnen Sie auch hier die Lösung mit Hilfe der statischen Kostenvergleichsrechnung.

Von Ihnen berechnete Zahlen weisen Sie bitte mit zwei Stellen hinter dem Komma aus.

\* Dr. Rita Orlean, Dozentin BWL am Fachbereich AIV, Fachhochschule des Bundes

**Aufgabe 2**

In der Behörde wird die Ersatzbeschaffung eines Dienst-Kfz geplant. Es wird überlegt, ob ein Diesel- oder Benzinfahrzeug gekauft werden soll.

Sie wurden beauftragt, eine Preiserhebung für Diesel- und Benzinfahrzeuge (einer bestimmten Leistungsklasse) durchzuführen und einen Kostenvergleich zu erstellen. Sicherlich hätte Ihr Kostenvergleich wie folgt ausgesehen:

	Fahrzeugart	
	Benzin	Diesel
Anschaffungspreis	24.000 €	27.800 €
Restwert	4.900 €	5.800 €
-----		
Abschreibungen*	3.820 €	4.400 €
kalkulatorische Zinsen**	1.156 €	1.344 €
variable Kosten bei 30.000 km jährlich	16.800 €	13.500 €
-----		
insgesamt	21.776 €	19.244 €

\* n = 5 Jahre ; Anschaffungswert = Wiederbeschaffungswert

\*\* Zinssatz = 8 %

- a) In welchem Zeitraum amortisiert sich die Mehrausgabe für das Diesel-Fahrzeug?
- b) Nehmen Sie in kurzen Worten Stellung zu der Aussage : „Bei alternativ durchzuführenden Investitionsvorhaben ist die Maßnahme mit der kürzeren Amortisationszeit immer die wirtschaftlichere Alternative.“

**Teilgebiet Controlling**

**Aufgabe 1**

Definieren Sie „Controlling“ Erläutern Sie den Unterschied zwischen strategischem und operativem Controlling

**Aufgabe 2**

Definieren Sie den Begriff „Kennzahlen“ und beschreiben Sie mit Hilfe von Beispielen ausführlich welche Funktionen monetäre bzw. nicht monetäre Kennzahlen innehaben können.

**Teilgebiet Projektmanagement**

**Aufgabe 1**

Die folgende Vorgangsliste zeigt die Grunddaten für eine Projektplanung:

Vorgang	Nachfolgende Vorgänge	Dauer (Wochen)
A	B, D, E	10
B	C	4
C	F	3
D	G	8
E	F	6
F	H	5
G	H	3
H	-	2

- a) Zeichnen Sie den entsprechenden Netzplan als Vorgangspfeilplan und ermitteln Sie für jeden Vorgang die Größen FAZ, SAZ, sowie die Gesamtpufferzeit und die unabhängige Pufferzeit. Welche Vorgänge liegen auf dem kritischen Weg?
- b) Die Projekttermine werden zunächst zu den frühesten Anfangszeitpunkten eingeplant. 12 Wochen nach Projektbeginn stellt man fest, dass Vorgang D drei Wochen länger dauern wird als ursprünglich geplant. Welche Änderungen ergeben sich hieraus für die Gesamtdauerdauer und den kritischen Weg?

**Teilgebiet Change Management**

**Aufgabe 1**

- a) Was verstehen Sie unter Organisationsentwicklung?
- b) Welche Phasen gibt es im so genannten Änderungsgesetz nach Lewin? (Geben Sie eine kurze und präzise Antwort)
- c) Welche Instrumente der lernenden Organisation kennen Sie? (Geben Sie eine kurze und präzise Antwort)

**Aufgabe 2**

Stellen Sie die grundlegenden Unterschiede zwischen der Theorie der Organisationsentwicklung und der der lernenden Organisation in kurzer und übersichtlicher Weise dar.

**Lösung Klausur öffentliche Betriebswirtschaftlehre, Teilgebiet KIR**

**Aufgabe 1**

Die Reihenfolge der Vorkostenstellen muss Wasser, Energie, Verwaltung lauten, da

- die Verwaltung nur an die Endkostenstellen leistet und somit als letzte gesetzt werden kann;
- Energie nur an die Verwaltung und die Endkostenstellen liefert, nicht aber an Wasser, muss die Energiekostenstelle an die zweite Stelle;
- lediglich die Wasserkostenstelle allen anderen zuliefert, muss diese nach vorne.

In diesem Fall ergibt sich somit kein Verrechnungsfehler bei der gewählten Reihenfolge.

Verrechnung:

Kostenstelle	Wasser	Energie	Verwaltung	WH I	WH II
Primärkosten	24.000	56.000	76.000	36.000	42.000
Umlage	-24.000	+1.500	+2.500	+10.000	+10.000
Umlage		-57.500	+7.188	+28.752	+21.564
Umlage			-85.688	+42.844	+42.844
Gesamtkosten	0	0	0	117.596	116.408

N.R.

$$\frac{24.000}{76.800} = 0,3125 \times 4.800 \times 8.000 \times 32.000 \times 32.000$$

$$\frac{57.500}{160.000} = 0,3594 \times 20.000 \times 80.000 \times 60.000$$

$$\frac{85.688}{1.800} = 47,6044 \times 900 \times 900$$

**Aufgabe 2**

**Gemeinkostenzuschlagssatz**

Auf Basis der Materialeinzelkosten:  $\frac{GK_{BAB}}{MEK_{BAB}} \times 100 = \frac{1.800.000}{620.000} \times 100 = 290,32\%$

Auf Basis der Fertigungseinzelkosten:  $\frac{GK_{BAB}}{FEK_{BAB}} \times 100 = \frac{1.800.000}{540.000} \times 100 = 333,33\%$

Auf Basis der gesamten Einzelkosten:  $\frac{GK_{BAB}}{EK_{BAB}} \times 100 = \frac{1.800.000}{1.200.000} \times 100 = 150\%$

**Aufgabe 3**

a) mit Hilfe der summarischen Zuschlagskalkulation auf Basis der gesamten Einzelkosten

Zuschlagssatz:  $\frac{250.000 GK_{BAB}}{150.000 EK_{BAB}} \times 100 = 166,67\%$   
 Kalkulation:  $\frac{6.000 MEK_p}{+7.000 FEK_p} = 13.000 EK_p$   
 $+ 21.667,10 GK_p (13.000 \times 166,67\%)$   


---

 = 34.667,10 Selbstkosten Produkt

b) mit Hilfe der differenzierten Zuschlagskalkulation

Zuschlagssätze:

$(FGK_{BAB} : FEK_{BAB}) \times 100 = (140.000 : 40.000) \times 100 = 350\% \text{ FGKZ}$   
 $(MGK_{BAB} : MEK_{BAB}) \times 100 = (10.000 : 110.000) \times 100 = 9,09\% \text{ MGKZ}$   
 $(VWVGK_{BAB} : HK_{BAB}) \times 100 = (100.000 : 300.000) \times 100 = 33,33\% \text{ VWGKZ}$

Kalkulation

$\frac{7.000 FEK_p}{+ 24.500 FGK_p (7.000 FEK_p \times 350\% \text{ FGKZ})}$   


---

 = 31.500 FK<sub>p</sub>  
  
 $\frac{6.000 MEK_p}{+ 545,40 MGK_p (6.000 MEK_p \times 9,09\% \text{ MGKZ})}$   


---

 = 6.545,40 MK<sub>p</sub>  
  
 = 38.045,40 HEKO<sub>p</sub>  
 $+ 12.680,53 \text{ VWGK}_p (38.045,40 \text{ HEKO}_p \times 33,33\% \text{ VWGKZ})$   


---

 = 50.725,93 Selbstkosten Produkt

**Teilgebiet Investitionsrechnung**

**Aufgabe**

a) Statische Kostenvergleichsrechnung:

	Fahrzeug A	Fahrzeug B
kalk. Abschreibungen	10.000	13.750
kalk. Zinsen	1.400	1.925
Benzinverbrauch	2.400	1.800
Versicherung	500	450
-----		
Summe	14.300	17.925

Fahrzeug A ist zu wählen (6 Punkte)

b)

Kosten A := Kf + gefahrene km x kv = Kosten B = Kf + gefahrene km x kv  
 = 11.900 + 0,12 gef.km = 16.125 + 0,09 gef.km  
 -> 0,03 gef.km = 4.225  
 -> gef.km = 140.833,33

Ergebnis:

Bei 140.833,33 km pro Jahr sind beide Alternativen gleich gut. (6 Punkte)

**Aufgabe 2:**

a) Bei der Berechnung der Amortisationsdauer sind Abschreibungen nicht zu berücksichtigen.

zusätzlicher Kapitaleinsatz :  $\frac{2.900 \text{ €}}{3.112 \text{ €}} = 0,93 \text{ Jahre}$

b) Als alleiniges Beurteilungskriterium für die Wirtschaftlichkeit einer Investitionsmaßnahme ( im Alternativenvergleich) reicht die Amortisationsrechnung nicht aus.

Sie ist eher ein Instrument zur Beurteilung des Investitionsrisikos: Je größer die Differenz zwischen Amortisationszeit und geplanter Nutzungsdauer, desto geringer ist das Investitionsrisiko. Im Alternativenvergleich müssen – z.B. im Falle von Rationalisierungsinvestitionen – Aussagen über das Verhältnis zwischen Minderkosten und Kapitaleinsatz getroffen werden ( Rentabilitätsrechnung).

**Teilgebiet Controlling**

**Aufgabe 1**

a) Controlling

Kurzformel: Managementunterstützung durch Informationen und Vorschläge. Ausführlichere Definition: Begleitender betriebswirtschaftlicher Service für das Management durch Informationen und Vorschläge für Planung, Steuerung, Kontrolle und Systemgestaltung (einschließlich der Gestaltung des Führungs- und Controlling-systems).

b) Unterschied strategisch / operativ

strategisches Controlling machen wir die richtigen Dinge? – langfristig und grundsätzlich, die Frage nach den Wirkungen / dem Outcome  
 operatives Controlling machen wir die Dinge richtig? – die Frage nach der effizienten Aufgabenerfüllung in kurz- und mittelfristiger Perspektive, die Frage nach Output, Input und Effizienz.

**Aufgabe 2**

Kennzahlen sind Zahlen, die in knapper und präziser Form über zahlenmäßig erfassbare Sachverhalte informieren. Kennzahlen müssen eine hohe Aussage- und Erkenntniskraft besitzen, da sie die grundlegende Informationsbasis für das Controlling (Berichtswesen) und für Leistungsvergleiche (Benchmarking) bereitstellen.

Als zentrales Instrument des Controllings dienen Kennzahlen als Messgrößen der Zielerfolgskontrolle (Zielvereinbarungen) und sind damit Grundlage für Planungs- und Steuerungsentscheidungen.

Monetäre Kennzahlen werden zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit herangezogen. Sie werden auch als Finanzkennzahlen bezeichnet und entstammen dem betrieblichen Rechnungswesen. Sie stehen ohne Mehraufwand regelmäßig zur Verfügung. Beispiele für monetäre Kennzahlen sind Stückkosten, Deckungsbeitrag,

Rentabilität, Cash Flow. In der öffentlichen Verwaltung werden monetäre Kennzahlen durch die Kosten- und Leistungsrechnung zur Verfügung gestellt, z.B. Produktkosten, Stückkosten und Leistungsmengen.

Nichtmonetäre Kennzahlen stehen regelmäßig nicht unmittelbar zur Verfügung, sondern müssen durch Aufschreibung oder Auswertung vorhandener Daten ermittelt werden. Beispiele für nichtmonetäre Kennzahlen sind Durchlaufzeit, Erledigungsquote, Anzahl der eingegangenen Anträge, Anzahl der Kundenkontakte, Anzahl der Beschwerden. Zur Bewertung der Leistungsfähigkeit öffentlicher Verwaltungen sind neben monetären Kennzahlen insbesondere nichtmonetäre Kennzahlen geeignet

**Teilgebiet Projektmanagement**

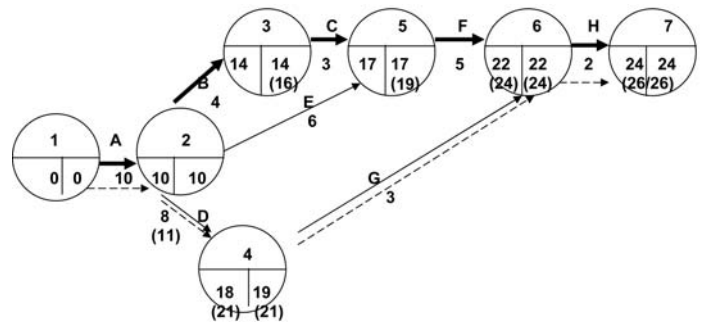
**Aufgabe 1**

zu a)

Vorgang	GP	UP
A	0	0
B	0	0
C	0	0
D	1	0
E	1	1
F	0	0
G	1	0
H	0	0

zu b)

Vorgang	GP	UP
A	0	0
B	2	
C	2	0 (-2)
D	0	0
E	3	1
F	2	0
G	0	0
H	0	0



- a) 24 Wochen Projektdauer, Kritischer Weg: A - B - C - F - H →
- b) 26 Wochen Projektdauer, Kritischer Weg: A - D - G - H - - - - →

**Teilgebiet Change Management**

**Aufgabe 1**

- a) "OE ist ein ganzheitliches Konzept zur Veränderung von Organisationen (Strukturen, Prozesse, des Verhaltens der Organisationsmitglieder, der Kultur), das mit Unterstützung von Methodenexperten und über gruppensdynamische Prozesse den Mitgliedern der Organisation hilft, ihre Probleme zu erkennen und zu lösen. Träger der Veränderung sind also die Organisationsmitglieder selbst.
- b) Auftauen, Verändern, Stabilisieren
- c) Controlling, Personalmanagement, Personalentwicklung

**Aufgabe 2**

**Antwort:**

Organisationsentwicklung:	Lernende Organisation:
Wandel als Sonderfall/Ausnahme	Wandel als Normalfall
Wandel als separates PÜproblem	Wandel endogen; Teil der Systemprozesse
Direktsteuerung des Wandels	Indirekte Steuerung des Wandels
Wandel durch (externe) Experten, Organisation als Klient	Wandel als generelle Kompetenz der Organisation

**RECHTSPRECHUNG**

**Zur interkommunalen Zusammenarbeit bei der Daseinsvorsorge – keine gemeinschaftsweite Ausschreibung –**

(EuGH, Urteil vom 09.06.09 – C480/06)

1. Eine öffentliche Stelle kann ihre im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben auch im Rahmen einer Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen.
2. Das Gemeinschaftsrecht schreibt den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vor.

(Leitsätze des Bearbeiters)

**I. Problemstellung und Argumentation der Beteiligten:**

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften beantragte mit der Klage gem. Art. 226 Abs. 2 EG festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 in Verbindung mit den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, dass die Landkreise Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade einen Auftrag über Abfallentsorgungsleistungen direkt an die Stadtreinigung Hamburg erteilt haben, ohne dass dieser Dienstleistungsauftrag im förmlichen Verfahren gemeinschaftsweit ausgeschrieben worden ist.

Der Vertrag betraf die Entsorgung von Abfällen der Kreise in einer Müllverbrennungsanlage. Hierzu wurde in der Anlage eine Kapazität von 120000 Tonnen reserviert und für alle Partner nach einer gleichen

Formel abgerechnet. Die Vergütung wird über die Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber der Anlage, der ihr Vertragspartner ist, gezahlt. Die Laufzeit des Vertrags beträgt zwanzig Jahre.

### 1. Vergabe durch öffentlichen Auftraggeber oder Amtshilfe?

Die Kommission hat ihre Klage damit begründet, dass

- die betreffenden Landkreise öffentliche Auftraggeber i.S.d. Art. 1 Richtlinie 92/50 seien,
- es sich bei dem fraglichen Vertrag um einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag handle, der den für die Anwendung der Richtlinie 92/50 maßgeblichen Schwellenwert überschreite,
- die Abfallentsorgung eine Dienstleistung im Sinne der Kategorie 16 des Anhangs I A dieser Richtlinie sei.

Nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland ist der Vertrag ein **verwaltungsinterner Vorgang** und fällt daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50. Die Vertragspartner leisteten einander **Amtshilfe** bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben. Daher könne die Stadtreinigung Hamburg nicht als Dienstleistungserbringer (vgl. Art. 1 Buchst. c der Richtlinie) angesehen werden, der gegen Bezahlung tätig werde, sondern sei vielmehr ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger, der gegen Erstattung seiner Betriebskosten benachbarten Körperschaften des öffentlichen Rechts Amtshilfe leiste. Das Rechtsverhältnis werde in der Präambel des Vertrags als „**Regionaler Entsorgungverbund**“ bezeichnet. Dieser stelle auf die Zusammenarbeit der Vertragspartner ab, die einander in Notfällen Beistand bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht leisteten und damit diese Aufgabe in der Region gemeinsam wahrnahmen. So sei vorgesehen, dass sich die betreffenden Landkreise unter gewissen Umständen für eine bestimmte Zeit verpflichteten, die angelieferten Abfallmengen zu reduzieren, wenn die Verwertungsanlage nicht funktioniere. Sie akzeptierten auf diese Weise die Einschränkung ihres vertraglichen Erfüllungsanspruchs.

### 2. Verwaltungsinterne Kontrolle?

Die Kommission verneint zweitens, dass sich die Bundesrepublik Deutschland auf die „In-house“-Ausnahme berufen könne, nach der von einem öffentlichen Auftraggeber geschlossene Verträge dann nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fielen, wenn die **Körperschaft öffentlichen Rechts über ihren Vertragspartner, eine rechtlich von ihr verschiedene Person, eine Kontrolle ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen** und diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft öffentlichen Rechts verrichte. Die Bedingung der Kontrolle wie über eigene Dienststellen hält die Kommission im vorliegenden Fall deshalb nicht für erfüllt, weil keine der Auftraggeberinnen auf die Leitung der Stadtreinigung Hamburg Einfluss nehme.

Die Bundesrepublik Deutschland ist dagegen der Auffassung, dass die geforderte Kontrollintensität, die sich am öffentlichen Interesse zu orientieren habe, in der Metropolregion Hamburg gegeben sei, da die beteiligten Verwaltungen einander gegenseitig kontrollierten. Ein Abweichen von den gemeinsam definierten Zielen hätte eine Einstellung der gesamten Zusammenarbeit zur Folge. Aufgrund des Prinzips des gegenseitigen „Gebens und Nehmens“ hätten die Stadtreinigung Hamburg und die betreffenden Landkreise ein **Interesse**

**an der Aufrechterhaltung einer solchen Zusammenarbeit** und folglich an der Berücksichtigung der gemeinsam definierten Ziele.

### 3. Qualität der Aufgabenwahrnehmung

Die Kommission rügt drittens, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht nachgewiesen habe, dass aus technischen Gründen nur die Stadtreinigung Hamburg den fraglichen Vertrag hätte abschließen können und sie sich deshalb auf die Ausnahme nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 berufen könne.

Die Bundesrepublik Deutschland entgegnet, dass die Stadtreinigung Hamburg im Fall einer Ausschreibung nicht notwendigerweise in der Lage gewesen wäre, ein Angebot zu unterbreiten, da die Stadt Hamburg 1994 nicht über die Verwertungskapazität verfügt habe, die sie hätte veranlassen können, an einer Ausschreibung teilzunehmen. Die Errichtung der Anlage Rugenberger Damm sei nämlich nur im Hinblick auf den erst später bekannt gewordenen Abfallverwertungsbedarf der betreffenden Landkreise und auf die Versicherung, dass diese eine zukünftige Anlage nutzen würden, ins Auge gefasst worden. Zudem hätten die Landkreise die Gewissheit gehabt, dass die geplante Anlage der Stadtreinigung Hamburg in einem überschaubaren Zeitraum in Betrieb genommen werde, was kein anderer Bieter hätte gewährleisten können.

Die Kommission weist viertens das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland zurück, die Richtlinie 92/50 müsse nach Art. 86 Abs. 2 EG unangewendet bleiben, wenn sie wie im vorliegenden Fall dazu führe, dass öffentliche Einrichtungen die ihnen übertragene Aufgabe der Abfallbeseitigung nicht erfüllen könnten.

Die Bundesrepublik Deutschland ist nämlich der Auffassung, dass die Auslegung der Richtlinie 92/50 durch die Kommission zum einen dazu führen würde, dass die betreffenden Landkreise die Stadtreinigung Hamburg nicht mit der Abfallentsorgung – einer Aufgabe von allgemeinem Interesse auf Gemeinschaftsebene – betrauen könnten und gezwungen wären, diese Aufgabe dem Dienstleistungsanbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu übertragen, ohne jegliche Garantie dafür, dass die öffentliche Dienstleistung auf zufriedenstellende und dauerhafte Weise erledigt werde; zum anderen würde sie dazu führen, dass die Kapazitäten der neuen Anlage nicht rentabel genutzt würden.

Nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland wäre ohne die beanstandete Vereinbarung keine der beiden Vertragsparteien in der Lage gewesen, ihre öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Insbesondere hätte die Stadt Hamburg nicht eine Anlage mit Überkapazitäten errichten können, um dann aus wirtschaftlichen Gründen ohne Erfolgsgarantie zu versuchen, diese nicht ausgelasteten Kapazitäten auf dem Markt unterzubringen.

## II. Würdigung durch den Gerichtshof

Der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist zu entnehmen, dass eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist, wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche **Kontrolle** ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, vorausgesetzt, dass diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihr oder mit anderen Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

Der Gerichtshof hat außerdem zu einem Fall, in dem eine Gemeinde einer **interkommunalen Genossenschaft mit der alleinigen**

**Dieser DVP-Ausgabe ist das Jahressinhaltsverzeichnis 2009 beigelegt**

**Aufgabe, den angeschlossenen Gemeinden Dienstleistungen zu erbringen**, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt hat, entschieden, dass die Vergabe an die Genossenschaft rechtmäßig ohne Ausschreibung erfolgen konnte, weil die angeschlossenen Gemeinden gemeinsam die Kontrolle über sie ausübten, auch wenn die Leitung der Genossenschaft durch den Verwaltungsrat in mancherlei Hinsicht selbständig erfolgte.

Im vorliegenden Fall ist jedoch unstreitig, dass die vier Landkreise weder über ihren Vertragspartner, die Stadtreinigung Hamburg, noch über den Betreiber der Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm, eine Gesellschaft, deren Kapital teilweise aus Privatvermögen besteht, eine Kontrolle ausüben, die als eine ähnliche Kontrolle wie die über ihre eigenen Dienststellen charakterisiert werden könnte.

Indes wird mit dem streitigen Vertrag eine **Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – vereinbart**. Diese Aufgabe steht mit der Umsetzung der Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15. Juli 1975 über Abfälle (ABl. L 194, S. 39) in Zusammenhang, mit der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, Abfallbewirtschaftungspläne zu erstellen, die insbesondere „Maßnahmen zur Förderung der Rationalisierung des Einsammelns, Sortierens und Behandeln von Abfällen“ vorsehen, wobei eine der wichtigsten dieser Maßnahmen nach der Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18. März 1991 (ABl. L 78, S. 32), durch die Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 75/442 geändert wurde, darin besteht, zu versuchen, den Abfall in einer so nah wie möglich gelegenen Anlage zu verwerten.

Des Weiteren steht fest, dass der Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den betreffenden Landkreisen das **Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur interkommunalen Zusammenarbeit** ist und Anforderungen enthält, mit denen **sichergestellt werden kann, dass die Aufgabe der Abfallentsorgung erfüllt wird**. Vertragsgegenstand ist nämlich, der Stadt Hamburg dadurch die Errichtung und den Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen zu ermöglichen, dass die benachbarten Landkreise ihren Abfall einbringen und so eine Kapazität von 320 000 Tonnen erreicht werden kann. Aus diesem Grund wurde die Errichtung der Anlage erst beschlossen und durchgeführt, nachdem sich die vier Landkreise damit einverstanden erklärt und sich dazu verpflichtet hatten, die Anlage zu nutzen.

Aus den Vertragsbedingungen zur Haftung und zu den Zahlungsmodalitäten sowie zum Beistand in Notfällen bei der Erfüllung der gesetzlichen Entsorgungspflicht ergibt sich nach Auffassung des Gerichtshofs, dass der beanstandete Vertrag sowohl die **Rechtsgrundlage als auch den Rechtsrahmen für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bildet, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – der thermischen Abfallverwertung – bestimmt ist**. Der Vertrag wurde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen, sieht keine Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vor und präjudiziert sie auch nicht.

Der Gerichtshof hat u. a. festgestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.

Der Gerichtshof sieht auch – anders als die Kommission – **keine Notwendigkeit, eine derartige Zusammenarbeit nur in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts** von der Ausschreibungspflicht auszunehmen. Zum einen schreibt das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vor. Zum anderen kann eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen

das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte **Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten** gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

Auf die restlichen Argumente musste der Gerichtshof daher gar nicht mehr eingehen.

G.H.

### Hilfe der Polizei zum Schutz privater Rechte

(OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.9.2008 – 11 LA 396/07, NdsVBl. 2009, S. 23)

1. *Die Hilfe der Polizei zur Durchsetzung privater Rechte kommt nur in Betracht, wenn der um Hilfe Nachsuchende glaubhaft macht, Inhaber des zu schützenden Rechts zu sein.*
2. *Die Polizei muss deshalb vor dem Einschreiten eine überschlägige zivilrechtliche Plausibilitätsprüfung durchführen.*
3. *Fallen die Begründung eines zu schützenden Rechts und das Eingreifen der Polizei zusammen, ist ein Rückgriff auf die entsprechende Zuständigkeitsnorm (hier: § 1 Abs. 3 Nds. SOG) nicht möglich.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Anmerkung:

Der Kläger (K) hatte von einem Schützenverein einen Saal für eine Veranstaltung gemietet, an der ca. 200 Personen aus der rechtsextremen Szene teilnahmen. Diese Veranstaltung wurde durch die Polizei vorzeitig aufgelöst. Der Einsatzleiter – ein Kriminaldirektor – erklärte hierbei, der Eigentümer dulde die Veranstaltung nicht mehr bzw. sehe den Vertrag als nicht existent an. Nach dem Vorbringen der beklagten Behörde hat der Einsatzleiter auf ausdrücklichen Wunsch des Schützenvereins die Anfechtung des Mietvertrages erklärt.

K hat erfolgreich die verwaltungsgerichtliche Feststellung beantragt, dass die Auflösung der Veranstaltung durch die Polizei rechtswidrig war (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). Beide Instanzen bemängeln, dass die Polizei für die Anordnung der Saalräumung keine Rechtsgrundlage gehabt habe. Von den Teilnehmern der Versammlung sei **keine konkrete Gefahr** i. S. der §§ 11, 17 Nds. SOG ausgegangen. Auch eine Berechtigung zum Einschreiten wegen des **Schutzes privater Rechte** (hier: des Vermieters) nach § 1 Abs. 3 Nds. SOG (= z.B. § 1 Abs. 2 PolG NRW) habe nicht bestanden. Ein zu sicherndes Recht auf Herausgabe des Schützenhauses als Mietsache setze voraus, dass der Mietvertrag unwirksam war. Dazu hätte der Schützenverein als Vermieter den Vertrag wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB wirksam anfechten müssen. Es fehle hier indessen an einer entsprechenden **Anfechtungserklärung**.

Der Einsatzleiter habe nicht als Privatperson, sondern als mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteter Polizeibeamter gehandelt. Auch sei nicht aktenkundig, dass der Beamte Ausführungen zum **Anfechtungsgrund** gemacht habe. Die Polizei hätte insoweit die näheren Umstände des Vertragsschlusses prüfen müssen, um die Vorausset-



zungen für die Anfechtung nach § 123 BGB (arglistige Täuschung, Ursächlichkeit der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung des Vermieters) zu klären. Da dies unterblieben sei, fehle es an einem – zumindest plausibel dargelegten – privaten Recht bzw. Anspruch.

Nichts anderes könne aber auch in dem Fall gelten, dass die Anfechtungserklärung wirksam gewesen sei. Frühestens mit der vom Einsatzleiter ausgesprochenen Erklärung wären danach Rückabwicklungsansprüche hinsichtlich des Mietvertrages begründet worden. Die Polizei dürfe aber nicht eine **Gefahrenlage selbst** (hier: Abgabe einer Anfechtungserklärung) **herbeiführen**, um so die Möglichkeit zum Einschreiten zu schaffen.

J.V.

### **Straßenreinigungsgebühren bei Durchgangsverkehr**

(OVG Münster, Urt. v. 1.6.2007 – 9 A 956/03)

*Die Gemeinde darf die Kosten der Straßenreinigung nicht in vollem Umfang auf die Eigentümer der angrenzenden Grundstücke umlegen; sie muß anteilig den Aufwand tragen, der durch das Allgemeininteresse an saubereren Straßen bedingt ist.*

(Nichtamtlicher Leitsatz)

#### **Anmerkung:**

Grundsätzlich sind die Gemeinden berechtigt, für die Durchführung der Straßenreinigung Gebühren von den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke zu fordern. Dabei ist aber unter Umständen zu berücksichtigen, dass die Straßen in unterschiedlicher Weise benutzt werden. Beispielsweise gibt es Straßen, die überwiegend dem Anliegerverkehr dienen, aber auch Straßen, auf denen in erheblichem Umfang ein innerörtlicher oder überörtlicher Durchgangsverkehr stattfindet. Dann wird die Straßenreinigung nicht nur im Interesse der Anlieger, sondern auch im Interesse der übrigen Straßenbenutzer und damit im Allgemeininteresse durchgeführt. Es kommt dann nicht in Frage, die Kosten, die Befriedigung dieses Allgemeininteresses an sauberen Straßen betreffen, den Anliegern aufzubürden.

Die Festlegung der Höhe des auf das Allgemeininteresse entfallenden Kostenanteils liegt allerdings im Ermessen der Gemeinde. Dafür kommen zwei Regelungen in Frage. Einmal kann der auf das Allgemeininteresse entfallende Kostenanteil vorab abgesetzt werde, wenn die Höhe des Straßenreinigungsaufwandes feststeht. Zum anderen ist es möglich, nach der Verkehrsbedeutung (z. B. Anliegerstraßen, innerörtliche Straßen, überörtliche Straßen) unterschiedliche Gebührensätze vorzusehen. Grundsätzlich ist jedenfalls zu beachten, dass das Allgemeininteresse um so höher zu bewerten ist, je intensiver die Straße durch Nichtanlieger in Anspruch genommen wird.

Wird die Höhe des für das Allgemeininteresse festgesetzten Anteils von den Grundstückseigentümern in Zweifel gezogen, muß die Gemeinde nachvollziehbar darstellen, wie der festgelegte Prozentsatz gerechtfertigt ist. Nach dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen kann ein Anteil von 15% der Gemeinde für das öffentliche Interesse an den Straßenreinigungskosten nicht als offensichtlich angemessen angesehen werden. Da der durch die Satzung festgelegte Anteil der Gemeinde von 15% vom Gericht nicht gebilligt wurde, war die örtliche Straßenreinigungsgebührensatzung insgesamt nichtig. Der mit der Klage angefochtene Straßenreinigungsgebührenbescheid wurde aufgehoben.

F. O.

### **Zur Klassifizierung eines Schenkungsrückforderungsanspruches als Schonvermögen im Recht des Pflegewohngeldes nach dem PFG NRW**

(OVG Münster, Urteil vom 14.10.2008 – Az. 16 A 1409/07)

1. *Der Härteklausele des § 90 Abs. 3 SGB XII kommt im Recht des Pflegewohngeldes NRW eine besondere Korrekturfunktion zu, die eine erweiterte Auslegung des Härtebegriffs nach dem Gesetzeszweck gebietet.*
2. *Eine Härte bezüglich Schenkungsrückforderungen liegt vor, wenn zum Einen der Beschenkte nicht bereit und/oder in der Lage ist, den Anspruch unverzüglich zu erfüllen und zum Anderen Beschenkte und Heimbewohner sich so nahe stehen, dass es unzumutbar ist, dem Schenker ein Verklagen des Beschenkten auf Herausgabe aufzugeben.*

(Nichtamt. Leitsätze)

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

Im Recht der Sozialhilfe für die Kosten der stationären Unterbringung in einem Pflegeheim stellt sich in zahlreichen Fällen die Frage nach der Vorrangigkeit zivilrechtlicher Ansprüche des Heimbewohners gegen Andere, insbesondere Verwandte. Häufigste Fallgestaltung dabei ist die Realisierung eines Schenkungsrückforderungsanspruches (§ 528 BGB), da die Hilfebedürftigkeit innerhalb der 10-Jahresfrist (§ 529 Abs. 1 BGB) eingetreten ist. In den konkreten Fällen handelt es sich oft um die Übertragung von Grundeigentum, Bargeschenken oder auch den Verzicht auf ein lebenslanges Wohnrecht, wie im hier zu besprechenden Fall.

§ 12 Abs. 3 PFG NRW knüpft die Gewährung des bewohnerorientierten Investitionskostenzuschusses (Pflegewohngeld) an die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Heimbewohners und lehnt diese zur Vereinfachung an die Vorschriften des SGB XII an. Hinsichtlich des Vermögenseinsatzes wird der sozialhilferechtliche Schonvermögensbetrag auf 10.000 € angehoben. Das PFG NRW sieht jedoch nicht die Überleitung von vorrangigen Ansprüchen analog dem SGB XII vor.

In der Praxis ergeben sich somit die Fallgestaltungen, dass ein Heimbewohner aus einkommens- und vermögensrechtlicher Perspektive einen Anspruch auf Pflegewohngeld, ggf. ergänzend auch noch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII hat. Liegen Schenkungsrückforderungen vor, erschien es bislang den Praktikern unangemessen, Pflegewohngeld ungeachtet des vorrangigen zivilrechtlichen Anspruches zu gewähren, Sozialhilfe hingegen von diesem Anspruch abhängig zu machen, ggf. durch Überleitung des Anspruches auf den Sozialhilfeträger. Um jedoch der fehlenden Überleitungsmöglichkeit im Pflegewohngeldrecht Rechnung zu tragen, wurde ein Pflegewohngeldanspruch regelmäßig versagt, die daraus entstehende Bedarfslücke durch die Sozialhilfe gedeckt und dann in voller Höhe durch Durchsetzung des Anspruches refinanziert.

In einer ersten Entscheidung zu dem hier beschriebenen Problemkreis hatte das OVG Münster am 13.12.2007 (Az. 16 A 3391/06) die beschriebene Praxis für rechtswidrig erklärt. Der Sozialhilfegewährung komme nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 3 PFG NRW Tatbestandswirkung zu mit der Folge, dass immer dann Pflegewohngeld zu leisten sei, wenn auch Sozialhilfe geleistet werde. Das nun ergangene Urteil führt diese Rechtsprechung fort.

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen die Aufhebung eines Bewilligungsbescheides über Pflegegeld wegen eines vorrangigen Schenkungsrückforderungsanspruches. Die Klägerin befindet sich seit 2001 in einem Pflegeheim. Im Jahr 2002 verzichtete sie zugunsten ihrer Tochter auf ein lebenslanges Wohnrecht an einem Wohngebäude, das bereits 1993 auf die Tochter übertragen worden war. Der beklagte Pflegegeldträger sah in dem Verzicht auf das Wohnrecht eine Schenkung, die als Vermögen in Höhe des Kapitalwertes des Wohnrechts der Gewährung von Pflegegeld entgegenstehe.

Die Klägerin wandte sich mit der Begründung gegen diese Auffassung, dass die Tochter zunächst den Anspruch dem Grunde nach bestreite und darüber hinaus allenfalls ein monatlich wiederkehrender Unterhaltsanspruch von maximal 250 € bestünde, nicht aber ein einmaliger Anspruch in Höhe der Gesamtsumme der Monatszahlungen. Der Beklagte entgegnete mit der Aufforderung, den Anspruch notfalls gerichtlich durchzusetzen, da ihm die Überleitungsmöglichkeit versagt sei.

Das erstinstanzliche Urteil hatte der Klägerin bereits Recht gegeben.

### Zu den Entscheidungsgründen:

Das Gericht lässt die Frage offen, ob sich der Schenkungsrückforderungsanspruch ggf. auf eine monatliche Unterhaltszahlung oder auf die Kapitalisierung des weggegebenen Rechts bezieht, denn darauf komme es nicht an, da die Durchsetzung dieses Anspruches in jedem Fall eine Härte im Sinne von § 90 Abs. 3 SGB XII darstelle. Die Klägerin stehe der Beschenkten – ihrer Tochter, die auch die gesetzliche Betreuung übernommen hat – derart nahe, dass es ihr nicht zuzumuten sei, diese auf Erfüllung des Schenkungsrückforderungsanspruches zu verklagen.

Hinsichtlich des Vermögensbegriffs verweise das PfG NRW (§ 12 Abs. 3) auf die entsprechenden Vorschriften des SGB XII (§ 90). § 90 Abs. 3 SGB XII regelt, dass Vermögen dann nicht einzusetzen ist, wenn dies für den Leistungsberechtigten eine Härte bedeuten würde. Unter Verweis auf die Rechtsprechung der Sozialhilfe erläutert das Gericht die Leitlinien bei der Auslegung des Härtebegriffs. Demnach regelt die Vorschrift Fallgestaltungen, deren Atypik nicht von der Aufzählung der Schutztatbestände des § 90 Abs. 2 SGB XII erfasst werden kann. Zielsetzung der Vorschrift sei die Vermeidung eines wirtschaftlichen Ausverkaufs und der daraus folgenden sozialen Herabstufung.

Im dann folgenden Begründungsteil führt das Gericht aus, wie eine Anpassung des Härtebegriffs an die landesgesetzgeberischen Leitvorstellungen im Pflegegeldrecht zu erfolgen hat:

- Der Härteklausele komme eine besondere Korrekturfunktion zu, da im PfG NRW auch Unterhaltsansprüche vom Subsidiaritätsgrundsatz ausdrücklich ausgenommen seien.
- Zielsetzung des Pflegegeldes sei es nach dem Willen des Gesetzgebers, die Zahl der Bezieher von Sozialhilfeleistungen in Pflegeheimen zu verringern.
- Der Gesetzgeber habe die Möglichkeit der Überleitung vorrangiger Ansprüche ausdrücklich nicht mit in die Verweisung auf das SGB XII eingeschlossen, womit er den Nachrangigkeitsgrundsatz weitgehend außer Kraft gesetzt habe.

Demnach treffe der Verweis der Klägerin auf die Durchsetzung eines Schenkungsrückforderungsanspruches diese „hart“ im spezifisch pflegewohngeldrechtlichen Sinne. Mangels Überleitungsmöglichkeit in Verbindung mit der Tatbestandswirkung einer Sozialhilfe-

gewährung bleibe nur die Möglichkeit, sämtliche Leistungen zu versagen und die Klägerin auf die gerichtliche Durchsetzung des Anspruches zu verweisen. Dies sei ihr jedoch nicht zuzumuten.

Ihre Tochter sei nicht bereit, das Erhaltene zurückzugeben. Eine gerichtliche Durchsetzung ginge erfahrungsgemäß fast immer mit einem persönlichen Zerwürfnis einher. Da jedoch nahe Verwandte für Heimbewohner häufig die letzte Ausprägung des sozialen Umfeldes seien, sei es Anliegen des Gesetzgebers gewesen, dessen Verlust zu verhindern.

Abschließend bemüht sich das Urteil, Kriterien für eine maßgebliche Nähe zwischen Leistungsberechtigtem und Beschenktem zu entwickeln, die einer Forderungsdurchsetzung entgegen stehen könnten. Zu berücksichtigen seien das subjektive Empfinden des Heimbewohners und die objektive Nähe zu Beschenkten. Das Näheverhältnis müsse bereits geraume Zeit bestehen. Kriterium könne der Vortrag des Heimbewohners sein, wobei die Anforderungen an diesen Sachvortrag umso geringer bemessen sein müssten, je enger das Verwandtschaftsverhältnis zum Beschenkten sei.

### Anmerkung:

Das Urteil fordert an mindestens drei Stellen zur Kommentierung heraus:

Zum Einen kann bezweifelt werden, dass es sich bei Schenkungsrückforderungsansprüchen grundsätzlich um atypische Fallgestaltungen handelt, die eine Auslegung über die Härteklausele eröffnen. Denn solche Ansprüche liegen bei einer Vielzahl von Anspruchsberechtigten der stationären Heimpflege vor. Die Lebenserfahrung zeigt, dass häufig Schenkungen „zu spät“ vorgenommen werden, d.h. bei Eintritt einer sozialhilferechtlichen Hilfebedürftigkeit die 10-Jahresfrist noch nicht abgelaufen ist. Die Kenntnis um diese Frist dürfte darüber hinaus mittlerweile zum Allgemeinwissen gehören, da zahlreiche Veröffentlichungen mit Leserkreis gerade in der Seniorenschaft diese Kenntnis und die daraus entstehenden Folgen regelmäßig publizieren.

Weiterhin bleibt fraglich, ob die Annahme des Gerichts, die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen führe regelmäßig zu einem persönlichen Zerwürfnis, gerechtfertigt ist und ob es demgegenüber gerechtfertigt sein kann, die damit vereitelte Anspruchsherausgabe in Schutz zu nehmen. Denn tatsächlich handelt es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch unter Verwandten. Die Herausgabe des Erlangten gegenüber der Mutter unter Inkaufnahme eines Gerichtsprozesses zu verweigern lässt hingegen bereits vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung auf ein Zerwürfnis schließen, denn die Unterstützung der bedürftigen Mutter durch Erfüllung legitimer Ansprüche dürfte dem gesunden Rechtsempfinden der meisten Bürger entsprechen. Etwas anderes gilt gegebenenfalls, wenn der Einwand in Kenntnis entsprechender, schützender Rechtsprechung erhoben wird, wissend, dass dadurch eine Anspruchsdurchsetzung vermieden werden kann.

Drittens generiert das Urteil die Frage, wie verfahren werden soll, wenn kein relevantes Näheverhältnis zum Beschenkten besteht, die Anspruchserfüllung aber dennoch verweigert wird, was gerade bei fehlender Nähe zum Schenker dann der Regelfall sein dürfte. Die Rechtsfragen des Spannungsverhältnisses zwischen mangelnder Überleitungsmöglichkeit im Pflegegeldrecht und der Tatbestandswirkung einer Sozialhilfegewährung sind für solche Fälle nach wie vor unbeantwortet.

Positiv wird sich für die Praxis auswirken, dass das Gericht deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass die entwickelten Grundsätze nicht für die Handhabung von Schenkungsrückforderungen auf der Rechtsgrundlage des SGB XII maßgeblich sind.

R.R.

## Höhere Hundesteuer für Kampfhunde nach der sog. „Rasseliste“ zulässig

(VGH Mannheim, Urt. vom 26.03.2009 – 2 S 1619/08)

**Zum Zwecke der Gefahrenabwehr können Städte und Gemeinden Kampfhunde wegen ihrer potenziellen Gefährlichkeit höher besteuern.**

**Hierbei kann auf sog. „Rasselisten“ in landesrechtlichen Regelungen zur Gefahrenabwehr zurückgegriffen werden.**

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Hunde, die rassebedingt oder deren Gefährlichkeit vermutet wird, werden als „Kampfhunde“ bezeichnet. Da es keine bundeseinheitliche Regelung gibt, bei welchen Hunderassen es sich um Kampfhunde handelt, erfolgt dies in den meisten Bundesländern durch sog. „Rasselisten“. In 14 Bundesländern bestehen Rasselisten, nachdem Sachsen-Anhalt ab dem 01.03.2009 eine Rasseliste eingeführt hat. Eine Rasseliste fehlt lediglich in den Bundesländern Niedersachsen und Thüringen.

In Baden-Württemberg ist die Rasseliste Bestandteil der Polizeiverordnung des Innenministeriums und des Ministeriums ländlicher Raum über das Halten gefährlicher Hunde – PolVO – vom 03.08.2000. Neben Anhaltspunkten zu den bisherigen Erkenntnissen über die Gefährlichkeit bestimmter Hunderassen, dient die Rasseliste auch als Grundlage für die Hundesteuersatzungen der Kommunen, da die Einstufung eines Hundes als Kampfhunde für den Hundebesitzer nicht nur bedeutet, dass er beim Ordnungsamt eine Erlaubnis zur Haltung des Kampfhundes beantragen muss, sondern das auch eine erhöhte Hundesteuer zu zahlen ist. In den Rasselisten werden insbesondere die Hunderassen „American Staffordshire Terrier“, „Staffordshire Bullterrier“ und „Pit Bull Terrier“ als Kampfhunde bezeichnet.

Der VGH Baden-Württemberg hatte darüber zu entscheiden, ob die Hundesteuersatzung der beklagten Stadt hinsichtlich eines erhöhten Steuersatzes für Kampfhunde rechtmäßig ist. In der Satzung ist geregelt, dass für einen Kampfhund jährlich 600 € Hundesteuer zu zahlen sind, wären für alle anderen Hunde, die jährlich Steuer auf 81 € festgesetzt wird. Ziel des höheren Steuersatzes ist es, neben der Einnahmeerzielung auch die Haltung von Kampfhunden zu erschweren.

Das VG hat nach erfolglosem Widerspruchsverfahren die Heranziehung der Klägerin – Besitzerin eines American Staffordshire Terrier – zur Hundesteuer mit dem für Kampfhunde erhöhten Steuersatz von 600 € pro Jahr für rechtswidrig gehalten. Nach Auffassung des VG sind neuere Erkenntnisse über die Gefährlichkeit von Kampfhunden nicht in die PolVO eingeflossen, aus welcher die beklagte Stadt die Rasseliste übernommen hat.

Dagegen stellten die Richter beim VGH fest, dass durch wissenschaftliche Studien nach wie vor bewiesen sei, dass Kampfhunde ein genetisches Potenzial besitzen, dass sie besonders gefährlich machen könnten. Der vorgenommene Rückgriff auf die Rasseliste sei daher zulässig.

Die erhöhte Hundesteuer für Hunde der Rasse „American Staffordshire Terrier“ verstoße auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, da die Stadt die Grenzen ihrer steuerlichen Gestaltungsfreiheit nicht überschritten habe, indem sie manche Hunde automatisch und unwiderleglich, andere aber nur unter besonderen Umständen erhöht besteuere. Bei Hunden der Rasse

„American Staffordshire Terrier“ sei wegen ihrer Größe, ihres Gewichtes, ihrer Sprung-, Muskel- und Beißkraft von einer gesteigerten Gefährlichkeit auszugehen, selbst wenn dies möglicherweise nicht auf sämtliche Exemplare dieser Züchtung zutreffe, weil die Aggressivität eines Hundes neben seiner Veranlagung auch von seiner Aufzucht abhängt.

Die Privilegierung anderer Hunderassen wie z. B. dem Deutschen Schäferhund, dem Dobermann und dem Rottweiler gegenüber dem „American Staffordshire Terrier“ sei zulässig, auch wenn von diesen Hunderassen ebenfalls eine abstrakte Gefahr ausgehe. Nicht nur weil bei Züchtern und Haltern dieser Hunderassen eine größere Erfahrung bezüglich der Eigenschaften dieser Hunde bestehe, deren Gefährlichkeit dadurch eher beherrschbar erscheine, sondern auch weil es sich um sog. „Wach- und Gebrauchshunde“ handle, deren Halter eine größere soziale Akzeptanz in der Bevölkerung genössen.

Der VGH bestätigte damit nicht nur seine bisherige Rechtsprechung aus dem Jahre 2004

(B. v. 29.07.2004 – 2 S 2695/03 –), als er den erhöhten Steuersatz für Kampfhunde auch bei einer erfolgreichen Verhaltensprüfung des Hundes bestätigte, sondern befindet sich auch im Einklang mit der Rechtsprechung des OVG Rheinland-Pfalz (U. v. 19.09.2000 – 6 A 10789/00.OVG – ; U. v. 26.11.2002, – 6 C 10609/02– und des BVerwG, B. v. 28.6.2005, – 10 B 22/05–).

G.T.

## Zum Anwesenheitsrecht der Polizei bei Versammlungen in geschlossenen Räumen

(VGH München, Urt. v. 15. 7. 2008 – 10 BV 07.2143, DÖV 2008, S. 1006)

- 1. In der Anwesenheit von Polizeibeamten bei einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen kann – im Hinblick auf eine mögliche Abschreckungswirkung – ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) liegen.**
- 2. § 12 VersG räumt der Polizei kein voraussetzungsloses Recht auf Anwesenheit ein.**
- 3. Der Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht ist in Ansehung der spezialgesetzlichen (Eingriffs-) Regelungen in den §§ 12a und 13 VersG zweifelhaft; die polizeilichen Generalklauseln könnten die Anwesenheit der Polizei im Übrigen nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr rechtfertigen (hier verneint).**

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Der Kläger (K) veranstaltete im Juli 2006 eine Veranstaltung zum Thema „Was tun gegen Rechts? – Opfer stärken – Tätern Grenzen setzen“. Als vor Beginn der Veranstaltung zwei Beamte in Zivil erschienen, verweigerte K ihnen den Zutritt. Die beiden Beamten kehrten sodann in Begleitung uniformierter Kollegen zurück und forderten K auf, ihnen einen Platz zuzuweisen. Nach einer Diskussion über das Zutrittsrecht der Polizei nahmen die Beamten im Veranstaltungsraum Platz.

Gegen diese Maßnahme hat K eine erfolgreiche **Feststellungsklage** erhoben.

Als Rechtsgrundlage kam seinerzeit nur § 12 VersG in Betracht, weil das neue Bay. Versammlungsgesetz erst am 1. 10. 2008 in Kraft getreten ist und damit das bundesrechtliche VersG abgelöst hat. Der BayVGH geht davon aus, dass der – zumal (wie hier) erzwungene – Zutritt von Polizeibeamten zu einer öffentlichen Versammlung einen **Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG** darstellt. Die Versammlungsteilnehmer könnten sich durch die Polizeipräsenz veranlasst sehen, ihre **Meinungsfreiheit** in der Versammlung nicht oder nicht in vollem Umfang auszuüben. Für den Eingriff bedürfte es daher einer versammlungsrechtlichen **Befugnisnorm**, die – weil die Freiheit von Versammlungen in geschlossenen Räumen keinem Gesetzesvorbehalt unterliege – nur zum **Schutz kollidierender Verfassungsgüter** zulässig sei.

§ 12 VersG genüge dieser verfassungsrechtlichen Anforderung nicht, weil die Vorschrift nur die Modalitäten der polizeilichen Anwesenheit (insbesondere die Pflicht, sich dem Versammlungsleiter erkennen zu geben), nicht aber die Voraussetzungen des Eingriffs regelt.

Mit dieser Entscheidung steht das Gericht im Widerspruch zur ganz überwiegenden Kommentarliteratur. *Dietel/Gintzel/Kniessel* (Versammlungsgesetz, 15. Aufl. 2008, § 12 Rz. 11) leiten z. B. ein solches Anwesenheitsrecht unmittelbar aus § 12 VersG und der Bußgeldnorm des § 29 Abs. 1 Nr. 8 VersG ab. Die **Länder** – die nach der Föderalismusreform für das **Versammlungsrecht zuständig** geworden sind – können das vom Gericht monierte Befugnisdefizit beim Erlass von eigenen (Landes-)Versammlungsgesetzen beheben.

J.V.

### Werbung für kommunales Unternehmen

(OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 6.12.2007 – 6 U 37/07)

*Eine Gemeinde kann für ihre Unternehmen, die Bestattungsunternehmen, Theater, Kliniken, Volkshochschulen mit dem Stadtwappen, einer einheitlichen Sammeltelefonnummer und E-Mail-Adresse werben. Nur darf dabei nicht zusätzlich die Bezeichnung „Der Magistrat“ verwendet werden.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

#### Anmerkung:

Das Oberlandesgericht Frankfurt hat sich mit der Frage befasst, ob und wie ein kommunales Bestattungsunternehmen für sich werben kann. Ein privater Bestatter hatte einen Unterlassungsanspruch geltend gemacht.

Nach der Auffassung des Gerichts erweckte die blickfangartige Verwendung des Stadtwappens in Anzeigen noch nicht den Eindruck hoheitlichen Handelns der Gemeinde. Da die Gemeinde dieses Wappens als gemeinsames Erkennungszeichen für ihre gesamten vielfältigen Aktivitäten hoheitlicher wie auch nicht hoheitlicher Art verwendete, wurde dem Verkehr mit dem Gebrauch dieses Wappens auch im Bestattungsbereich nicht mehr und nicht weniger vermittelt als die zutreffende Tatsache, dass es sich bei dem inserierenden Bestattungsunternehmen um eine kommunale Einrichtung handelte. Auch für den Vorwurf der unangemessenen Inanspruchnahme staatlicher Autorität bestand nach der Auffassung des Gerichts unter diesen Umständen kein hinreichender Ansatz.

Es ging dann weiter um die Gestaltung der Eintragung im Telefonbuch. Die kommunale Einrichtung „Städtische Pietät“ wurde in einem gemeinsamen Rahmen zusammen mit hoheitlich tätigen Ämtern präsentiert. Daneben waren in dem Sammeleintrag aber auch

erwerbswirtschaftlich tätige Institutionen wie Theater, Kliniken und die Volkshochschule aufgeführt, so dass der Schluss, gerade bei der Pietät können es sich um eine hoheitlich tätige Behörde handeln, nicht nahe liegen konnte.

Wettbewerbsrechtlich unbedenklich war schließlich auch die Verwendung der städtischen Sammelrufnummer, des städtischen Domän-Namens in der E-Mail-Adresse. Wenn eine Gemeinde einerseits Ämter und Behörden und andererseits Eigenbetriebe und sonstige nicht hoheitlich handelnde Stellen unterhält, liegt es nach der Auffassung des Gerichts ohne weiteres nahe, sich hierfür einer einheitlichen Sammelrufnummer und eines einheitlichen Internetauftritts zu bedienen. Der Verkehr wird hieraus allein noch keine Rückschlüsse auf den Charakter einzelnen Institutionen ziehen.

Jedoch bestand ein Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung des Zusatzes „Der Magistrat“ zur Bezeichnung „Städtische Pietät“ wie es auf Briefbögen der Stadt üblich war (§§ 3, 5, 8 UWG). Ein solcher Briefbogen erweckte den Eindruck hoheitlicher Tätigkeit, weil er insgesamt ein Gepräge hatte, wie es dem Bürger typischerweise aus dem Bereich der Hoheitsverwaltung geläufig ist. Insbesondere werden Verwaltungsakte regelmäßig in vergleichbarer Form erlassen und dem Bürger bekannt gegeben.

F.O.

### Allgemeine Geschäftsbedingungen im Angebot des Bieters

(OLG München, Beschl. v. 21.2.2008 – Verg 1/08)

*Ein Angebot ist von der Teilnahme auszuschließen, wenn ihm der Bieter seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen beifügt.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

#### Anmerkung:

Als aufgrund einer Ausschreibung die eingegangenen Angebote geprüft wurden, fiel eines dieser Angebote dadurch auf, dass ihm die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters beifügt worden waren. Die Vergabestelle war deshalb der Meinung, dass dieses Angebot ausgeschlossen werden müsse, da es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Der Zuschlag sollte einem anderen Unternehmen erteilt werden. Damit war der Bieter nicht einverstanden; er rügte den Vergabevorschlag.

Die Beifügung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Begleitschreiben des Bieters zu seinem Angebot stellte eine abweichende Bestimmung gegenüber den verbindlichen Festlegungen in den Verdingungsunterlagen dar. Das Angebot war daher zwingend auszuschließen.

Zwar ist dieser Ausschlussgrund nicht ausdrücklich in der VOB/A genannt; doch können die sich nicht deckenden Willenserklärungen nicht zu dem beabsichtigten Vertragsschluss führen.

Das Begleitschreiben war Bestandteil des abgegebenen Angebots. Das Angebot entsprach nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Der Bieter hatte damit der Vergabestelle ein Angebot unterbreitet, das einen anderen Vertragsinhalt zur Folge gehabt hätte, als die Vergabestelle ihn nach ihren Verdingungsunterlagen abschließen wollte.

Fazit: Jeder Bieter sollte davon absehen, dem Angebot seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen beizufügen.

F. O.

## Diskriminierung wegen des Geschlechts

(LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26. 11. 2008 – 15 Sa 517/08)

1. Als Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts (§ 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG) kann eine Statistik über die Geschlechterverteilung auf den verschiedenen Hierarchieebenen eines Unternehmens herangezogen werden.
2. Will der Arbeitgeber einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung bei der Personalentscheidung geltend machen, so kann er sich nur auf solche Tatsachen berufen, die er im Rahmen des Auswahlverfahrens offen gelegt hat.
3. Fehlt es an einer Stellenausschreibung bzw. einer schriftlichen Dokumentation der Auswahlkriterien, sind Einwendungen des Arbeitgebers in der Regel ausgeschlossen.

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Die Entscheidung betrifft den Vorwurf der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Besetzung einer Führungsposition (Personalleiter) in einer Firma mit mehr als 1100 Beschäftigten. Zum Nachweis der Diskriminierung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) berief sich die Klägerin auf eine unternehmensbezogene Statistik. Danach sind alle Führungspositionen mit Männern besetzt, obwohl die Belegschaft zu zwei Dritteln aus Frauen besteht. Damit hat die Bewerberin ein **hinreichendes Indiz** für eine **Diskriminierung** i. S. des § 22 AGG vorgetragen. Damit kam ein Schadensersatzanspruch gem. § 15 AGG in Betracht.

J.V.

## Entschädigung wegen Altersdiskriminierung

(ArbG Köln, Urt. v. 8. 8. 2008 – 1 Ca 2076/08 – DB 2008, S. 2708)

1. Allein die Behauptung der Zugehörigkeit einer durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geschützten Gruppe reicht nicht aus, um die Anspruchsvoraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch wegen unzulässiger Benachteiligung (hier: wegen Alters) darzulegen.

2. Die unterbliebene Einladung eines Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch beim möglichen künftigen Arbeitgeber ist kein Indiz, das die Benachteiligung des (knapp 51jährigen) Bewerbers wegen Alters vermuten lässt.
3. Eine Benachteiligung von „bestgeeigneten“ Bewerbern für eine vom Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle gegenüber Bewerbern, die nicht besser oder in gleicher Weise geeignet sind, wird vom Schutzbereich des AGG nicht erfasst.

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Der Kläger (K) macht einen Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung gem. § 15 Abs. 2 AGG geltend. Er hatte sich auf eine Stellenanzeige beworben, mit der die Beklagte (B) eine Projektleiterin bzw. einen Projektleiter suchte. B teilte K u. a. mit, dass sie dessen Bewerbungsunterlagen sorgfältig geprüft habe, ihm jedoch mitteilen müsse, dass sie seine Bewerbung nicht in den engeren Auswahlkreis einbeziehen könne.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. K habe **keine ausreichenden Indizien** für eine nach § 7 Abs. 1 i. V. mit § 1 AGG **unzulässige Benachteiligung wegen Alters** vorgetragen. Insbesondere handele es sich bei der unterbliebenen Einladung zu einem **Vorstellungsgespräch** nicht um ein Indiz i. S. des § 22 AGG, das zu einer (abgeschwächten) Beweislastumkehr führen könnte. Zum Einen gebe es keinen generellen Anspruch für Bewerber, zu einem Einstellungsgespräch geladen zu werden. Die Entscheidung des Arbeitgebers, welche Bewerber er zu einem Vorstellungsgespräch einlädt, hänge weiterhin nicht nur davon ab, ob die in der Stellenausschreibung genannten Qualifikationen vorhanden seien. Maßgebend sei vielmehr auch, wie viele geeignete Bewerber vorhanden seien, welche dieser Bewerber möglicherweise über weiter gehende Ausbildungen als K oder zusätzliche Qualifikationen verfügten und wie der Arbeitgeber anhand der ihm vorliegenden Unterlagen die Qualifikation einschätze. Alle diese Umstände hätten nichts mit den in § 1 AGG aufgeführten (Diskriminierungs-) Merkmalen zu tun.

J.V.

### Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

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

## SCHRIFTTUM

Bergmann, Textausgabe Staatsangehörigkeitsgesetz, 1. Aufl. 2009, 315 Seiten, kart., 11,90 €, C.H. Beck, ISBN 978-3-423-05776-9

Die vorliegende Textausgabe enthält alle wesentlichen Vorschriften des Staatsangehörigkeitsrechts, und zwar gegliedert nach Bundesrecht, Verwaltungsvorschriften/Anwendungshinweisen sowie internationalen Verträgen.

Von besonderem Interesse dürfte der komplett abgedruckte „Einbürgerungstest“ (nebst Antworten) sein. Ergänzt wird die Textsammlung durch eine rd. zwölf Seiten umfassende sehr instruktive Einführung. Der Zugriff auf die gesuchten Begriffe wird durch das ausführliche Sachverzeichnis erleichtert.

**Fazit:** Die handliche Textausgabe ist für jeden ein nützliches Hilfsmittel, der sich mit Problemen aus dem Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts befasst.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Das gesamte Strafrecht, Textausgabe 2009, Walhalla Online-Bibliothek, Walhalla Fachverlag, 795 Seiten, kart., 14,95 €, ISBN 978-3-8029-1902-2

Die sehr handliche Textausgabe umfasst nicht nur das Strafgesetzbuch und die strafrechtlichen Nebengesetze (z.B. das Betäubungsmittelgesetz) sondern auch die Bereiche Zoll- und Verbrauchssteuerstrafrecht, Ordnungswidrigkeiten, Strafverfahren und Rechtshilfe. Die Textausgabe ist mit einer „Online-Anbindung“ gekoppelt, d.h. der Käufer erwirbt einen kostenlosen Online-Zugang zur aktuellen Internetlösung. Bei Gesetzesänderungen wird er per E-Mail davon in Kenntnis gesetzt. Zu den Vorzügen der Sammlung gehört auch das Stichwortverzeichnis, das den Zugriff auf das gesuchte Problem bzw. die gesuchte Vorschrift erleichtert.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Martina Niederlag, Gerhard Ropeter, Rechtsanwendung mit Tipps zur Klausurbearbeitung und zur praktischen Prüfung, Lernbuch (für Studierende) und Materialband (für Lehrende), 2. Auflage Göttingen 2006, XVIII und 246 Seiten, Ab 15 Exemplaren, 18,80 € (Mengenpreise), ISBN-10: 3-9807484-3-X, Bezug: www.gap-verlag.de**

Wer die Kernkompetenzen eines Rechtsanwenders beherrscht, verfügt über gute Voraussetzungen für den Erfolg in Prüfungen und in der beruflichen Praxis. Wie kann man aber lernen, sicher mit Rechtsnormen umzugehen, Fälle zielgerichtet zu bearbeiten und sich zweckmäßig auf Klausuren vorzubereiten? Diese und ähnliche Fragen stellen sich immer wieder Auszubildenden, Studierenden und Prüflingen in Rechtsfächern und auch ihren Dozenten.

Niederlag/Ropeter haben sich dieses Problems angenommen und in der Studienreihe „Wissen und Können“ nun schon in zweiter Auflage ein Studienpaket „Rechtsanwendung mit Tipps zur Klausurbearbeitung und zur praktischen Prüfung“, bestehend aus einem Lernbuch (für Lernende) und einem Materialband (für Lehrende) vorgelegt.

Das Lernbuch richtet sich nach seinem Vorwort in erster Linie an Lernende in Verwaltungsschulen, Studieninstituten (Verwaltungsfachangestellte, Angestellte I und II, Assistentenanwärter), Berufsakademien, Berufsschulen und ähnlichen Einrichtungen. Durch zahlreiche weiterführende Informationen eignet es sich, wie zu Recht angemerkt wird, auch zur Verwendung an (Verwaltungs-)Fachhochschulen.

Kernthema des Buches ist die Darstellung des juristischen Methodenwissens, das, didaktisch sehr geschickt, an ausgewählten Sachthemen und -fragen der Ausbildung entwickelt wird. So können Lernende damit zwei Kompetenzbereiche zugleich erweitern und trainieren: Erwerb grundlegenden Fachwissens und Kenntnis typischer Rechtsprobleme, sowie das Einüben zielgerichteter Bearbeitung juristischer Fälle.

Mit einer Fülle von Beispielen und Übersichten, Übungen und pointiert gestalteten Fällen wird derjenige, der das Buch durcharbeitet, von den Anfängen der Normanwendung bis zur intensiven, geschliffenen Darstellung der Fallbearbeitung geführt. Die Technik der Rechtsanwendung wird mit Basisinformationen, Beispielen und zahlreichen Übungen für den Lernenden verständlich erklärt: Merksätze, Definitionen, instruktive Basistexte und Übersichten liefern das notwendige Fachwissen. Fälle, Übungen und zahlreiche Beispiele geben vielfach Gelegenheit, das für die erfolgreiche Fallbearbeitung notwendige Handwerkszeug zu erwerben und die klausurrelevanten Fertigkeiten zu trainieren. Dabei haben Niederlag/Ropeter vor allem den Umgang mit konkreten Prüfungsanforderungen im Blick: Ausführlich wird in zwei besonderen Kapiteln mit zahlreichen Anregungen und Tipps die Bearbeitung von Klausuren und die Bearbeitung von Aufgaben im Rahmen der praktischen Prüfung für Verwaltungsfachangestellte dargestellt und geübt. Ein Glossar und ein ausführliches Sachverzeichnis, das eine rasche Orientierung ermöglicht, vervollständigen das konsequent anwendungs- und trainingsbezogen konzipierte Lernbuch.

Der Materialband enthält die Lösungen zu den Fällen und Übungen des Lernbuches, weiterführende didaktische Anregungen zur Gestaltung von Lehrveranstaltungen mit Lehrunterlagen (Arbeitsblätter, Folienvorlagen usw.), sowie Übungs- und Prüfungsklausuren mit Lösungen.

Das gut gelungene Studienpaket kann uneingeschränkt als Lehr- und Lernhilfe empfohlen werden.

Peter Jürgens, I. Kreisrat a.D.

**Wendler/Hoffmann, Technik und Taktik der Befragung im Gerichtsverfahren, 2009, 155 Seiten, kart., € 36,00, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-020446-1**

Worum es in diesem Handbuch geht, verrät die Unterzeile des Titels: Urteile begründen, Urteile prüfen, Lüge und Irrtum aufdecken. Die Autoren – erfahrene Richter am Oberlandesgericht – wollen speziell angehenden Juristen die Kenntnisse vermitteln, die für eine richtige Sachverhaltsfeststellung nötig sind. Dahinter steckt die grundlegende Erkenntnis, dass die beste Rechtsanwendung nichts nutzt, wenn sie sich auf einen falschen Sachverhalt stützt. Die Ermittlung des Sachverhalts wiederum stützt sich auf unterschiedliche Beweismittel. Das wohl häufigste – aber leider auch unzuverlässigste – ist der Zeuge. Hinzu tritt das weitere Problem, die Aussage eines Zeugen in korrekter Form zu protokollieren. Das Vernehmungsprotokoll (auch bei der Polizei) ist nach einem gewissen Zeitablauf ein sehr wichtiges Hilfsmittel, um die Richtigkeit der Zeugenaussage zu überprüfen. Selbstverständlich müssen die Vernehmungspersonen auch die rechtlichen Vorgaben der einschlägigen Verfahrensordnungen beachten; Fehler z.B. bei der Belehrung eines Zeugen oder Beschuldigten können sich verheerend auswirken.

An einer praxisnahen Einführung in dieses wichtige Thema besteht hiernach ein erheblicher Bedarf. Das vorliegende Werk schließt diese Bedarfslücke und bietet eine Fülle von Informationen und praktischen Tipps. Die Berufserfahrung der Autoren liefert das Know-how, das es ihnen ständig ermöglicht, gewissermaßen „aus dem Nähkästchen“ zu erzählen. Dieser Umstand und die zahlreichen sorgfältig ausgewählten Beispiele machen das Buch sehr gut lesbar.

Kernaussagen werden optisch aufbereitet und als „Fazit“ hervorgehoben; das gibt die Möglichkeit sich diese Aussage sicher einzuprägen. Dem Buch ist eine CD-ROM beigelegt, auf der die im Buch erwähnten Entscheidungen, eine Rechtsprechungsübersicht sowie zwei Musterurteile beigelegt sind.

Das Buch wendet sich zwar in erster Linie an Jurastudenten, Referendare und Richter, ist aber auch für Polizeibeamte und sonstige Angehörige der öffentlichen Verwaltung von Nutzen. Auch die letztgenannten Personenkreise müssen Vernehmungen durchführen und zu Papier bringen.

**Fazit:** Das Handbuch bietet hervorragende Hilfen für alle Amtsträger, die sich mit der Vernehmung von Zeugen etc. befassen müssen. Für sie sollte es Pflichtlektüre sein!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Reich, BeamStG, 2009, 454 Seiten, in Leinen € 58,00, C. H Beck, ISBN 978-3-406-58648-4**

Das „Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern“ vom 17. Juni 2008 ist eine Frucht der sog. Föderalismusreform I. Durch diese ist zum Einen der Kompetenztitel des Art. 74a GG (Konkurrierende Gesetzgebung für die Besoldung und Versorgung) entfallen – mit der Folge, dass die Länder einen eigenen Weg bei der Alimentierung ihrer Beamten beschreiten dürfen. Des Weiteren ist die Rahmenvorschrift des Art. 75 GG gestrichen worden. Andererseits ist mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 eine neue Bundeskompetenz (Statusrechte und -pflichten) begründet worden. Künftig wird sich der dienstrechtliche Status eines Landes- oder Kommunalbeamten sowohl nach dem BeamStG als auch nach dem jeweiligen Landesbeamtengesetz richten. Der grundlegende Bezugsrahmen – insbesondere für den Landesgesetzgeber – ist das BeamStG. Vor diesem Hintergrund – der Autor bietet insoweit eine sehr instruktive Einführung – ist das vorliegende Erläuterungswerk zu begrüßen. Stichproben haben gezeigt, dass Reich eine gut verständliche und durchaus auch kritische Kommentierung des neuen Gesetzes vorgelegt hat. Deutlich wird durch die Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung und Literatur freilich auch, dass die Regelungsmasse des Beamtenrechts im Kern unangetastet geblieben ist. Ebenso ist deutlich, dass die Reform den Keim für Spannungen zwischen der bundesrechtlichen Vorgabe und ergänzenden landesrechtlichen Regelungen gelegt hat. Der Handlungsrahmen der Länder ist nicht immer besonders präzise (s. z.B. die knappe Regelung des § 43 über Teilzeitbeschäftigung: ... „ist zu ermöglichen“).

In Bezug auf die äußere Gestaltung orientiert sich der Kommentar an den üblichen Maßstäben der „Gelben Reihe“, z.B. in Form vorangestellter Übersichten und Hervorhebungen von Schlüsselbegriffen in Fettdruck). Wünschenswert wäre es, wenn Nachweise künftig in Fußnoten untergebracht würden.

**Fazit:** Ein gut verständlicher und sehr instruktiver Kommentar, der den Übergang auf den neuen Rechtszustand im Beamtenrecht erheblich erleichtert.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Walhalla-Fachredaktion, Das gesamte Zolldienstrecht 2009, 1434 Seiten, kart., € 19,90, Walhalla Fachverlag, ISBN 978-3-8029-5421-4**

Der Walhalla Fachverlag hat eine handliche Textausgabe vorgelegt, die das (neue) Dienstrecht der Zollverwaltung zusammenfasst. Alle relevanten Gesetze, Verordnungen und mehr als 150 Verwaltungsvorschriften sind abgedruckt. Ein umfangreiches Stichwortverzeichnis ermöglicht dem Benutzer eine schnelle Orientierung.

**Fazit:** Ein gut verständlicher und sehr instruktiver Kommentar, der den Übergang auf den neuen Rechtszustand im Beamtenrecht erheblich erleichtert.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Schmidbauer/Banten, BRH-Taschenbuch 2009, 176 Seiten, € 14, 50, Walhalla, ISBN 978-3-8029-1368-2**

Das Autorenteam ist beruflich eng mit dem Bund der Ruhestandsbeamten, Rentner und Hinterbliebenen (BRH) verbunden. Schmidbauer ist Vorsitzender des Landesverbandes Bayern sowie stellvertretender Bundesvorsitzender des BRH, die Rechtsanwältin Banten ist als juristische Mitarbeiterin der BRH-Bundesgeschäftsstelle tätig. Diese fachliche Ausrichtung gewährleistet, dass die „Tipps für den Seniorenalltag“ (so ein Untertitel des Werkes) praxisnah und in gut verständlicher Weise vermittelt werden. Die behandelten Themen dürften in der Tat alles ansprechen, was für Ruheständlerinnen und Ruheständler von Belang ist. Das Beamten-, Besoldungs- und Versorgungsrecht wird auf rd. 11 Seiten in knapper, aber ausreichender Weise dargestellt. Den Schwerpunkt der Darstellung bilden die Abschnitte über die Sozialversicherung, die Krankenversicherung, die gesetzliche Pflegeversicherung sowie die gesetzliche Rentenversicherung. Beispiele und Tabellen runden die Darstellung vorteilhaft ab.

**Fazit:** Ein instruktiver Ratgeber, der passgenau auf die Zielgruppe zugeschnitten ist.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Kattenbeck, Der aktuelle Steuerratgeber öffentlicher Dienst 2009, 448 Seiten, kart., € 9, 50, Walhalla Fachverlag, ISBN 978-3-8029-1072-5**

Das Steuerrecht bleibt – entgegen so mancher öffentlicher („Bierdeckel“-)Erklärung aus dem politischen Bereich – ein äußerst kompliziertes Rechtsgebiet. Der gut eingeführte – im jährlichen Rhythmus neu verlegte – Ratgeber von Kattenbeck leistet speziell den Angehörigen des öffentlichen Dienstes eine gute Hilfestellung bei der Steuererklärung für das Jahr 2008. Es ist gut gegliedert und in benutzerfreundlicher Sprache abgefasst. Ein umfangreiches Steuer-ABC mit (Berechnungs-)Beispielen schließt sich an. Musterformulare und Tabellen runden den „Ratgeber“ ab.

**Fazit:** Ein sehr empfehlenswerter Ratgeber, der zuverlässige Informationen zu allen interessanten Fragen und Problemen im Einkommensteuerrecht bietet.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Jennißen, Der WEG-Verwalter. Handbuch für Verwalter und Beirat, 2007, 212 Seiten, in Leinen € 39,00, C. H. Beck Verlag, ISBN 978-3-406-55668-5

Das Wohnungseigentumsrecht ist im Jahre 2007 grundlegend reformiert worden – einfacher geworden ist es nach den ersten Erfahrungen jedoch nicht. Eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten auf diesem Rechtsgebiet betrifft die Person des Verwalters. Zumeist geht es um Haftungsfragen und Probleme der Kündigung des Vertrages, nicht selten auch um die Zulässigkeit von Klauseln in einschlägigen Vertragswerken. Das neue Wohnungseigentumsgesetz (WEG) hat dem Verwalter weitere Pflichten übertragen, z.B. die Führung einer sog. Beschluss-Sammlung.

Im Verwaltungsbeirat seiner Wohnungseigentumsanlage sitzen im Regelfall keine Juristen. Gleichwohl benötigen die Beiratsmitglieder ein gewisses Grundlagenwissen auch rechtlicher Art, um die Führung der Amtsgeschäfte eines Verwalters hinreichend kontrollieren zu können. Nicht selten dürften die Beiratsmitglieder sich ihres Haftungsrisikos nicht ausreichend bewusst zu sein.

Vor diesem Hintergrund ist das vorliegende Handbuch sehr zu begrüßen. Es konzentriert sich zwar auf die Akteure „Verwalter“ und „Beirat“, hat jedoch darüber hinaus stets den rechtlichen Bezugsrahmen im Blick. So finden sich im Zusammenhang mit den Aufgaben des Verwalters knappe, aber instruktive Ausführungen zu den verschiedenen Formen der „Modernisierung“ und den hierzu erforderlichen Mehrheiten (S. 78 ff.). In einfacher und sehr gut verständlicher Sprache werden auch komplizierte Rechtsfragen dargestellt. Stichproben haben ergeben, dass der Autor – Rechtsanwalt und Betriebswirt auf das Wohnungseigentumsrecht spezialisiert – zuverlässig und unter gründlicher Auswertung der Rechtsprechung und Literatur über die angesprochenen Rechtsfragen informiert. Optisch hervorgehobene Beispiele sowie die Hervorhebung von Leitbegriffen in Fettdruck erleichtern die Lektüre erheblich.

**Fazit:** Ein sehr gelungenes Handbuch, das Praxisnähe mit überzeugender juristischer Dogmatik verbindet. Ein Muss für alle, die sich mit diesem Problemkreis zu befassen haben, sei es als WE-Verwalter, Richter oder als Verwaltungsbeirat bzw. Wohnungseigentümer.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Deutsch, Polizeiliche Gefahrenabwehr bei Sportgroßveranstaltungen, 2005, 264 Seiten, kart. € 74,00, Duncker & Humblot, ISBN 3-428-11907-X

Die vorliegende Studie ist 2004/2005 an der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen worden. Der Autor geht den polizeirechtlichen Fragen nach, die sich bei der Absicherung von Sportgroßveranstaltungen stellen. Die Überlegungen dürften weitgehend auch auf sonstige Großveranstaltungen übertragbar sein, z.B. Rock-Konzerte. Der rechtliche Bezugsrahmen ist weit gespannt; er bezieht auch das Verfassungs- und Europarecht mit ein. Im verwaltungsrechtlichen Teil wird die aus dem Versammlungsrecht bekannte „Kooperationspflicht“ des Veranstalters auf die Organisatoren von Großveranstaltungen herangezogen. Aufatmen dürften die Verantwortlichen bei der – sicher zutreffenden – These des Verfassers, dass nach geltendem Recht keine Pflicht zur Erstattung der Polizeikosten besteht; das sei eine rein politische Entscheidungsmöglichkeit des Gesetzgebers.

Das sorgfältig verfasste und Rechtsprechung/Literatur gründlich auswertende Werk ist nicht nur für Polizeibehörden von Interesse. Auch Kommunen sind vielfach mit Großveranstaltungen befasst, denen ein gewisses Gewaltpotenzial innewohnt.

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

Verbandsverwaltungsdirektor *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

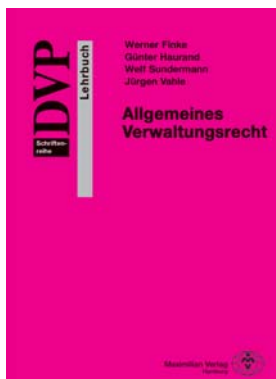
*Dr. Götrik Wewer*, Geschäftsführer der Nationalen Anti-Doping-Agentur

# Unsere Erfahrung – Ihr Erfolg

Mit unserem Angebot aus Zeitschrift,  
Loseblattsammlung und Schriftenreihe  
sorgen wir für Ihren Durchblick in  
**Ausbildung, Studium und Praxis der  
öffentlichen Verwaltung.**



DVP-Vorschriftensammlung  
Bundes- und Landesrecht  
Fordern Sie unseren kostenlosen Prospekt an unter  
vertrieb@deutsche-verwaltungs-praxis.de



Werner Finke/Günter Haurand/  
Welf Sundermann/Jürgen Vahle  
**Allgemeines Verwaltungsrecht.**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
10., Auflage, Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0635-3, 22,50 €.



Karl Michael Reineck  
**Allgemeine Staatslehre und  
deutsches Staatsrecht.**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
15., Auflage, Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0667-4, 22,50 €.



Reiner Stein  
**Bescheidtechnik**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0698-8, 22,50 €.



Falko Schuster  
**Einführung in die Betriebswirtschaftslehre  
der Kommunalverwaltung.**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
2., überarbeitete Auflage, Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0665-0, 22,50 €.



Holger Weidemann/Michael Rotaug/  
Thorsten F. Barthel  
**Besonderes Verwaltungsrecht.**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0697-1, 22,50 €.



Günther Klein/Klaus Niehues/  
Mechthild Siegel  
**Bürgerliches Recht**  
DVP-Schriftenreihe: Grundriss,  
Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0664-3, 22,50 €.



Welf Sundermann  
**Kommunalverfassung in  
Nordrhein-Westfalen**  
DVP-Schriftenreihe: Lehrbuch.  
7., überarbeitete Auflage, Broschur.  
ISBN 978-3-7869-0763-3, 22,50 €.

## Die »Deutsche Verwaltungspraxis« – Bundesteil jetzt 1-bändig!

Die DVP-Vorschriftensammlung Bund ist ein Premiumprodukt, das wir ab sofort in einem Ordner anbieten. Dabei ist es möglich geworden, durch modernste Drucktechnik und Verarbeitung hochwertigen Papiers, weiterhin alle erforderlichen Gesetze aufzunehmen. Zusammen mit der Landesausgabe bietet Ihnen die DVP eine umfassende Zusammenstellung aller ausbildungsrelevanten Gesetze.

Weiterhin finden Sie unter [www.deutsche-verwaltungs-praxis.de](http://www.deutsche-verwaltungs-praxis.de) aktuelle Informationen, wie z.B. Aufsätze und Fallbearbeitungen zu den wichtigsten Rechtsgebieten, Anmerkungen zur Rechtsprechung, Methodik der Fallbearbeitung und Bescheidtechnik, Verwaltungsorganisation, Verwaltungsmanagement und Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, sowie unser Hefearchiv.

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

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung  
oder direkt beim Maximilian-Verlag, Georgsplatz 1, 20099 Hamburg, Telefax 0 40 / 70 70 80 - 3 24