

# DVPr

DEUTSCHE  
VERWALTUNGS-  
PRAXIS

62. Jahrgang  
Februar 2011  
ISSN 0945-1196  
C 2328  
138/201102

**2/2011**

**Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung**

## Abhandlungen

**Marco Weißer**

Führung als Entwicklungsfeld der öffentlichen Verwaltung

**Uwe Borsch/ Gerd-Uwe Gruben**

Die Re-Integration von GmbH in öffentlicher Hand

**Dirk Weber**

Zur Behördeneigenschaft der Betriebsleitung  
eines Eigenbetriebs

**Marcel Wemdzio/ Ralf Ramin**

Offshore-Windparks und Schutz von  
Fischereirechten Dritter

**Wolfgang Mosbacher**

Der Bericht aus Berlin

**Peter Eichhorn**

ABC – Glossar – XYZ

## Fallbearbeitungen

**Günter Haurand/ Jürgen Vahle**

Ein anstößiger Kleinlastwagen

**Gerhard Lange**

Die Kapelle im Außenbereich

## Rechtsprechung

Umfang der Lehrfreiheit im Fachhochschulbereich

Kommunalverfassungsstreit und Beteiligungsfähigkeit  
einer Fraktion

Auskunft des Bürgermeisters über Gemeinde-GmbH

Mit Mauer gegen Straßenbaubeitrag

Keine Notwendigkeit der Hinzuziehung eines  
Bevollmächtigten im Widerspruchsverfahren bei  
schleppender Widerspruchsbearbeitung

Sorgfaltsmaßstab für die Standsicherheit eines Baumes

## Schrifttum

# Die DVP im Februar 2011/Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

Marco Weißer

### Führung als Entwicklungsfeld der öffentlichen Verwaltung . . . . . 46

Es gibt kaum ein Thema, das im Rahmen der Verwaltungsmodernisierung so häufig diskutiert wird wie die Frage nach der „richtigen“ Führung des Personals. Dieser Beitrag versucht, die Schwächen der bisherigen Ansätze zu analysieren und einen Ansatz für eine Verbesserung zu finden.

Uwe Borsch/ Gerd-Uwe Gruben

### Die Re-Integration von GmbH in öffentlicher Hand. . . . . 49

Öffentliche Daseinsvorsorge kann sowohl in öffentlich-rechtlicher, als auch in privatrechtlicher Organisationsform betrieben werden. Die Gründe für die Wahl der einen oder anderen Form sind vielfältig, seien es Aspekte des Steuerrechts, der internen Organisation oder der Zusammenarbeit mit Privaten, die bestimmte Formen nahelegen. Eine typische Organisationsform im privatrechtlichen Bereich ist die der GmbH.

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Möglichkeiten zur Re-Integration der als GmbH ausgegliederten Einheiten und Aufgaben in die öffentlich-rechtliche Trägerschaft bestehen, insbesondere, welche Vorgaben des GmbH-Rechts, des Arbeitsrechts und des Steuerrechts hier zu berücksichtigen sind.

Dirk Weber

### Zur Behördeneigenschaft der Betriebsleitung eines Eigenbetriebs . . . . . 53

Die Organisationsform des Eigenbetriebs (§ 114 GO NRW: „Die gemeindlichen wirtschaftlichen Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit“) gibt der Gemeinde die Möglichkeit, bestimmte Aufgaben auf dafür geschaffene Sondervermögen mit organisatorischer Selbständigkeit zu übertragen. Es entspricht der gesetzlichen Regelung, dass der Eigenbetrieb im Rahmen seiner Wirtschaftsführung selbständig handeln kann und die Betriebsleitung ihn hierbei als Organ vertritt. Umstritten ist jedoch die Frage, ob die Betriebsleitung auch die Eigenschaft einer Behörde i.S.v. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW aufweist, oder ob es insoweit bei der Vertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister bleibt, so dass dieser auch im Rahmen eines schriftlichen Verwaltungsakts als handelnde Stelle zu bezeichnen ist (vgl. § 37 Abs. 3 Satz 1 VwVfG).

Der Beitrag erläutert vor dem Hintergrund z.T. widersprüchlicher Rechtsprechung, ob und unter welchen Voraussetzungen die Betriebsleitung des Eigenbetriebs als Behörde agieren, insbesondere Verwaltungsakte erlassen kann. Hierbei wird sowohl auf die Grundlagen in der Gemeindeordnung NRW (insbesondere § 63, wonach der Bürgermeister zur Außenvertretung der Gemeinde berufen ist), als auch auf die Möglichkeit eingegangen, eine Berechtigung der Betriebsleitung durch eine kommunale Satzung zu schaffen.

Marcel Wemdzio/ Ralf Ramin

### Offshore-Windparks und Schutz von Fischereirechten Dritter . . . . . 58

Mehrere Betriebe der Hochseefischerei haben versucht, durch Verfassungsbeschwerde gegen die Genehmigung eines Offshore-Windparks rechtlich vorzugehen. Das Gericht hat die Auffassung der zuvor angerufenen Verwaltungsgerichtsbarkeit bestätigt, dass den Klägern die Klagebefugnis fehle. Eine drittschützende Wirkung der Regelungen zur Genehmigung von Windenergieanlagen in der „Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres“ (SeeAnIV) wird damit prinzipiell abgelehnt.

Der Beitrag stellt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (sog. Muschelfischer-Fall) kurz dar, analysiert sie und versucht sodann, die Ausnahmemöglichkeit eines Drittschutzes entsprechender Fälle kurz zu beschreiben.

Wolfgang Mosbacher

### Der Bericht aus Berlin . . . . . 63

Im Anschluss an die Darstellungen zur Gesetzgebung im Jahre 2010 (zuletzt in der DVP 2010 S. 328) wird hier die regelmäßige Berichterstattung über die Gesetzgebung des Bundes fortgesetzt.

Peter Eichhorn

### ABC-Glossar-XYZ . . . . . 66

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

## Fallbearbeitungen

Günter Haurand/ Jürgen Vable

### Ein anstößiger Kleinlastwagen . . . . . 68

In dieser Staatsprüfungsklausur für den gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienst NRW im Fach Verwaltungsrecht mit Bezügen zum Ordnungsrecht geht es inhaltlich u.a. um Verstöße gegen §§ 119, 120 OWiG als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und um die Verantwortlichkeit nach §§ 17, 18 OBG NRW. Die Aufgabe verlangt den Entwurf einer Ordnungsverfügung.

Gerhard Lange

### Die Kapelle im Außenbereich . . . . . 76

Schwerpunkt dieses Falles aus dem Baurecht ist eine bauplanungsrechtliche Fragestellung mit grundrechtlichen Bezügen. Es geht um die Frage, ob der Bau einer Marienkapelle im Außenbereich aufgrund des religiösen Hintergrundes privilegiert sein kann.

## Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

**Umfang der Lehrfreiheit im Fachhochschulbereich**  
(BVerfG, Beschluss vom 11.04.2010 – 1 BvR 216/07) . . . . . 79

**Kommunalverfassungstreit und Beteiligungsfähigkeit einer Fraktion**  
(OVG Koblenz, Beschluss vom 04.02.2010 – 11246/09.OVG) . . . . . 82

**Auskunft des Bürgermeisters über Gemeinde-GmbH**  
(OVG Lüneburg, Urteil vom 03.06.2009 – 10 LC 217/07) . . . . . 84

**Mit Mauer gegen Straßenbaubeitrag**  
(VGH Kassel, Urteil vom 06.05.2009 – 5 A 2017/08) . . . . . 84

**Keine Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Widerspruchsverfahren bei schleppender Widerspruchsbearbeitung**  
(VG Frankfurt, Urteil vom 07.12.2009 – 1 K 2786/09) . . . . . 84

**Sorgfaltsmaßstab für die Standsicherheit eines Baumes**  
(OLG Celle, Urteil vom 14.05.2009 – 8 U 191/08) . . . . . 86

## Schrifttum 87

*Die Schriftleitung*

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage von Wolters Kluwer Deutschland. Wir bitten um Beachtung!

### 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 GmbH & Co. KG,  
Georgsplatz 1, 20099 Hamburg  
Tel. (0 40) 70 70 80-3 06, Telefax (0 40) 70 70 80-3 24  
eMail: vertrieb@deutsche-verwaltungs-praxis.de  
www.deutsche-verwaltungs-praxis.de  
ISSN 0945-1196

**Anzeigen:** Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,  
Hanna Fronert, Hochkreuzallee 1, 53175 Bonn,  
Tel. (02 28) 3 07 89-0, Telefax (02 28) 3 07 89-15,  
eMail: maxibonn@t-online.de

Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 27 gültig. Anzeigenschluss jeweils am 01. des Vormonats. Die Verwendung von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Werbezwecke ist nicht gestattet.

#### Auslieferung:

Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH  
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart  
Tel. 0711 / 6672 / 0, Fax 0711 / 66 72 19 74  
koehler-mittler@svk.de

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 79,90 € einschl. 7 % Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 7,80 €. Bestellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg.

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

#### Produktionsmanagement:

impress media GmbH, Mönchengladbach

### Liebe Leserinnen und Leser,

viele Bürgerinnen und Bürger legen dem „Staat“ wirkliche oder eingebildete Missstände und Fehlentwicklungen zur Last, z. B. unsinnige Verkehrsregelungen, zu hohe Steuern und Drogendealer in der Nachbarschaft. Der Ärger ist zuweilen so heftig, dass er sich eruptiv Bahn bricht. Dies gilt um so stärker, je mehr die Bürger überzeugt sind, im Besitz der Wahrheit und der richtigen Lösung für das Problem zu sein. Die öffentliche Verwaltung muss damit rechnen, dass sogar Projekte, die sie nach jahrelangen Planungen und Rechtsstreitigkeiten in „trockenen Tüchern“ wähte, auf heftigen Widerstand stoßen.

Es sind nicht nur notorische Querulanten und vermummte Profi-Demonstranten, die protestieren und sich der Polizei in den Weg stellen. Die Kameras zeigen immer häufiger Vertreterinnen und Vertreter des Bürgertums auf den Straßen: 1848 lässt grüßen! Natürlich lässt kein König das Militär aufmarschieren und auf Barrikadenbauer feuern, und es werden sich keine Trauerzüge mit Kartätschen-Opfern durch die Straßen wälzen. Die Krisenzeichen sind dennoch unübersehbar. Das Vertrauen in die Integrität und Kompetenz der „Obrigkeit“ – und damit ihre Autorität – schrumpft (nach den Meinungsumfragen in großem Ausmaß); die sinkende Wahlbeteiligung ist ein Menetekel. Diese Entwicklung ist beunruhigend. Als Mittel gegen die Politikverdrossenheit werden die Volksbefragung und der Volksentscheid genannt. Sie sollen nach Meinung vieler Leute viel häufiger verwendet werden. Die Erfahrungen anderer Länder sind indessen nicht durchweg ermutigend. In der ZEIT (Nr. 40 v. 30. 9. 2010, S. 8) wird über Volksentscheide in Kalifornien berichtet. Die Kalifornier haben beispielsweise beschlossen, dass jeder Straftäter, der zweimal rückfällig wird, lebenslanglich ins Gefängnis muss. Sie wollten auch Kindern von illegalen Immigranten den Besuch staatlicher Schulen verbieten. Die „Weisheit der Vielen“ garantiert offensichtlich keine weisen Ergebnisse. Die Väter des Grundgesetzes haben mit gesundem Misstrauen die plebiszitären Mitwirkungsmöglichkeiten weitgehend ausgeschlossen. Die entsprechenden Regelungen in den Landesverfassungen (s. z. B. Art. 68 Verf NRW) sind ebenfalls restriktiv. Zu Recht! Zwar haben Auswüchse des Lobbyismus das Ansehen auch der Parlamente geschwächt. Und auf kommunaler Ebene war so manches Bürgerbegehren überfällig, um großwahnsinnige Prestigeprojekte zu stoppen. Das Kind darf jedoch nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden. Denn trotz aller Unzulänglichkeiten ist das System der mittelbaren Demokratie in einer komplexen und heterogenen Gesellschaft ohne ernsthafte Alternativen. Der parlamentarische Entscheidungsprozess gewährleistet am besten einen akzeptablen Ausgleich widerstreitender Interessen. Im Idealfall verhindert er auch, dass einflussreiche Gruppen ihre Sonderinteressen ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl durchsetzen.

Der jahrzehntelange Grundkonsens über die Vorzüge der parlamentarischen Demokratie scheint indessen nicht mehr gesichert. Die Politik muss deshalb in Wort und Tat für ihn werben. Diese Werbung war in letzter Zeit nicht besonders erfolgreich.

Prof. Dr. Jürgen Vahle, Bielefeld

Marco Weißer\*

## Führung als Entwicklungsfeld in der öffentlichen Verwaltung

*Es gibt kaum ein Thema, welches im Rahmen von Verwaltungsmodernisierungsprozessen so häufig und dennoch so fruchtlos diskutiert wird, wie die Frage nach der „richtigen“ Führung des Personals. Auch wenn ständig neue Aufsätze und Bücher über dieses Thema geschrieben werden, so lassen sich doch leider keine wirklich innovativen Ansätze erkennen, die aus dem Dilemma helfen können. Der nachfolgende Aufsatz will die Entwicklung zur aktuellen Führungspathologie skizzieren und Wege aufzeigen, wie hier eine Verbesserung und Heilung möglich werden könnte.*

### Der erste Irrtum

Wenn über Führung geschrieben wird, dann sind die meisten Publikationen so abgefasst, dass die Leser den Eindruck gewinnen könnten, Führung sei ausschließlich etwas aktives der Führungskräfte. Dass dies nicht so ist und dass Führung letztendlich etwas ist, was in Wirklichkeit gar nicht stattfindet, ist den wenigsten Führungskräften beziehungsweise Vorgesetzten bewusst. Die im Volksmund weit verbreitete Aussage, dass der Zitronenfalter genauso wenig Zitronen faltet, wie der Abteilungsleiter eine Abteilung leitet, unterstreicht diesen Blickwinkel. Tatsächlich ist es so, dass die Geführten ihre Bedürfnisse, Erwartungen, Gefühle, usw. auf die Führungskraft projizieren. Diese Projektion ist verbunden mit der Hoffnung, dass die Erwartungen erfüllt werden. Erst dann, wenn aus Sicht der Geführten (nicht aus Sicht der Führungskraft!) eine Befriedigung eintritt, kann von gelingender Führung gesprochen werden. Dies verdeutlicht, dass die Führungsleistung letztlich etwas re-aktives der Führenden ist und eine Konstruktionsleistung derjenigen, die geführt werden. Allerdings wissen dies die wenigsten Führungskräfte.

### Die grundlegende Perspektive

Wenn wir über Führung sprechen, so müssen wir uns zunächst mit zwei Begriffen beschäftigen. Auf der einen Seite sprechen wir über Effektivität (Machen wir die richtigen Dinge?) und auf der anderen Seite sprechen wir über Effizienz (Machen wir die richtigen Dinge auch richtig?). Während wir uns im Rahmen der Frage nach der Effektivität damit beschäftigen welche Führungstheorien es gibt, beschäftigen wir uns im Rahmen der Frage der Effizienz mit Managementmodellen. Aus der Kombination von Führungstheorien und Managementmodellen entstehen letztendlich Führungsstile, die es den Führungskräften ermöglichen sollen, ihr Personal zu führen und eine Abteilung oder einen Fachbereich zu leiten. Nebenstehende Übersicht soll diese erste Annäherung verdeutlichen.

### Führung im weiteren Sinne

Konfuzius hat einmal gesagt: „Sorge dich nicht um die Ernte, sondern um die richtige Bestellung der Felder.“ Damit hat er bereits eine treffende Aussage über das Führungsverhalten in der öffentlichen Verwaltung getroffen. Dieses Zitat passt hier aus meiner Sicht

\* Marco Weißer (Master of Public Administration / Dipl. Verwaltungsbetriebswirt) ist Büroleitender Beamter der Verbandsgemeindeverwaltung Höhr-Grenzhausen. Er ist u.a. Lehrbeauftragter an der FHöV Mayen und berät als freiberuflicher Coach Führungskräfte und Ausbilder ([www.fficio.de](http://www.fficio.de))

Effektivität	Effizienz
Die richtigen Dinge tun.	Die (richtigen) Dinge richtig tun.
Bereich Führung im engeren Sinne	Bereich Management
Steuerung von Handlungen und Meinungen und Festlegung von einem Kurs für die Aufgabenerledigung.	Eine Leistung bewirken und herbeiführen, Übernahme von Leitung und Verantwortung.
Führende tun die richtigen Dinge.	Manager tun die (richtigen) Dinge richtig.
Werkzeuge	
Führungstheorien und -modelle - great man - scientific management - economic man - rational man - human relations - social man - Blake/Mouton - Hersey/Blanchard - Maslow - McGregor - Herzberg - Heckhausen	Management-Ansätze - management by communication - management by objectives - management by delegation - management by walking around - management by results - management by exceptions - management by motivation
Daraus resultierende Führungsstile:	
autoritär fürsorglich/patriarchalisch kooperativer laissez-faire	
Neuere Führungsstile:	
transformationale Führung transaktionale Führung	

sehr gut, weil es deutlich macht, dass sich die Führungskräfte mehr damit beschäftigen, welche Managementmodelle gerade „in“ sind, anstatt sich darüber Gedanken zu machen, welches Menschenbild dem Führungsprozess zugrunde liegt. Dieses Menschenbild ist eng verwoben mit einer inneren Haltung gegenüber einem Menschen, was ihn bewegt, wie ich ihm begegne und was ihm wichtig ist. Darauf wird später detailliert eingegangen.

### Das Problem der Führungskräfte

Jede Aufgabe, unabhängig davon, ob es sich um Führung oder Sachbearbeitung handelt, geht von zwei sich gegenüber stehenden Variablen aus. Zum einen geht es um eine Herausforderung, die zu bewältigen ist. Zum anderen geht es um ein bestimmtes Können, welches erforderlich ist, um diese Herausforderung zu meistern. Diese beiden Begriffspaare kann man sich vorstellen wie zwei Waagschalen.



Solange diese beiden ausgeglichen sind, entsteht grundsätzlich kein Dilemma. Schwierig wird es, wenn das Können größer ist wie die Herausforderung. Daraus entstehen nicht selten Prozesse der Langeweile und diese führen wiederum zu Erkrankungen, vorwiegend im psychosomatischen Bereich (bore-out).

Viel häufiger dürfte in der öffentlichen Verwaltung jedoch das Problem anzutreffen sein, dass die mit der Führungsaufgabe verbundenen Herausforderungen deutlich das tatsächliche Können der Führungskräfte übersteigen. Hierbei ist zu berücksichtigen dass eine Herausforderung, die nur ein wenig über dem derzeitigen Können liegt, nicht automatisch dazu führt, dass ein Mensch überfordert ist oder sich so fühlt. So ist z. B. ein Sachbearbeiter, der ein neues Aufgabenfeld übertragen bekommt, sicherlich nicht überfordert, sondern vielmehr herausgefordert.

Dies trifft jedoch leider meist nicht auf Führungsaufgaben zu, die ein Mitarbeiter übernimmt. Hintergrund ist der, dass im Rahmen der Führungsaufgabe ein völlig anderes Anforderungsprofil, oder sollte man sagen, Kompetenzprofil erforderlich wird, wie dies im Rahmen der normalen Sachbearbeitung notwendig ist. Dies wird häufig verkannt und damit beginnt bereits der Prozess der Abwärtsspirale. Die hier beschriebene Überforderung führt nicht selten dazu, dass die folgenden drei Stufen sich nach und nach anschließen:

1. Stufe eintretender Stress
2. Stufe ausbreitende Angst
3. Stufe Aktivierung der Notfallprogramme

### 1. Stufe – eintretender Stress

Die mit der Überforderung eintretenden Stresssituationen sind, sofern sie von geringer Dauer sind, aus ärztlicher/therapeutischer Sicht sicherlich unbedenklich. Allerdings ist häufig der durch die Überforderung entstehende Stress von großer Dauer, da Führungspositionen in der Regel nicht auf Zeit oder mit Befristung ausgesprochen werden. An dieser Stelle sei auf die sehr aktuelle Entwicklung im Bereich des Beamtenrechts hingewiesen, wonach eine Bestellung von Führungskräften, die im Beamtenverhältnis stehen, auf Zeit vom Bundesverwaltungsgericht als unzulässig angesehen wurde. Zwar wird vermehrt in Stellenausschreibungen bei tariflich Beschäftigten darauf hingewiesen, dass die Stellen mit einer Befristung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) versehen werden, allerdings ist die Häufigkeit von befristeten Besetzung von Führungspositionen eher die Ausnahme als die Regel.

### 2. Stufe – ausbreitende Angst

Kommen wir zurück auf den durch eine neue Aufgabe entstehenden Stress. Wenn dieser Stress, wie oben bereits gesagt, von langer Dauer ist, stellen sich nach einer gewissen Zeit Angstzustände ein. Das Problem bei angstbehafteten Zuständen ist, dass im Gehirn die Amygdala (Mandelkerne) auf „Hochtouren“ läuft und dadurch Innovation, Kreativität, Problemlösungskompetenzen, usw. nicht mehr aktiviert werden können. Im Gegenteil; die Angst lähmt und blockiert solche Denkprozesse, obwohl gerade Führung die Aufgabe hat, diese Aspekte im Rahmen der Arbeit zu unterstützen und zu fördern. Damit ist jedoch die Abwärtsspirale noch nicht beendet, es folgt noch die Stufe 3, bei der dann entweder völliges Erstarren oder aber übertriebene Aktivität an der Tagesordnung ist.

### 3. Stufe – Aktivierung der Notfallprogramme

Diese vorgenannten Angstzustände führen, ebenfalls bei langer Dauer, zur Aktivierung von so genannten archaischen Notfallpro-

grammen, die im Hirnstamm verankert sind. Diese Notfallprogramme kann man sich als Überlebensprogramme vorstellen. Daher verwundert es auch nicht dass es eigentlich nur drei Handlungsmöglichkeiten gibt, zu denen die Führungskräfte, die mit einer Aufgabe überfordert sind, tendieren:

#### – **Erstens: völlige Hilflosigkeit**

Diese Hilflosigkeit ist häufig verbunden mit Untätigkeit und lethargischem Verhalten. In der Praxis ist hier zu beobachten dass solche Führungskräfte den Kontakt zu Mitarbeitern in ihrer Abteilung scheuen, ihnen die Post in der Mittagspause auf den Tisch legen oder nach Dienstschluss, die persönlich kaum Gespräche führen sondern dies lieber über E-Mail erledigen oder schriftliche Vermerke usw.

#### – **Zweitens: Flucht-Tendenzen**

Dass die Führungskraft im Rahmen von einer gefühlten Überforderung Flucht Tendenzen am Tag legen kann, ist von einigen Lesern vermutlich nicht nachzuvollziehen.

In diesem Zusammenhang ist mit Flucht Tendenzen jedoch vielmehr die Flucht in eine Krankheit gemeint. Konkret sind hier zwei in Mode gekommene Krankheitsbilder zu nennen: Burn-Out und die Depression.

Häufig ist in der Praxis zu beobachten, dass Mitarbeiter heutzutage alle an ihrem Arbeitsort erkranken. Gerade Führungskräfte tendieren dazu, Burn-Out zu einer Art Modekrankheit zu glorifizieren. Die wenig-

Kümmel • Pohl

## Bundesbesoldungsrecht

Meier | Lüschow | Mangerich | Ramelow

Der Kommentar, aus dem niedersächsischen Standardkommentar „Kümmel-Pohl“ zum Besoldungsrecht im Bund und in Niedersachsen hervorgegangen, wurde aus Anlass der eigenständigen Regelung des Besoldungsrechts in Bund und Ländern als „Kommentar zum Bundesbesoldungsrecht“ neu eingeführt.

Die Bearbeitung des Kommentarteils durch erfahrene Praktiker aus der Bundesverwaltung gewährleistet eine aktuelle und kompetente Hilfestellung bei Ihren Fragen zur Anwendung des Bundesbesoldungsrechts. Auch zu Fragestellungen des komplexen Zulagenrechts, insbesondere bei der Bundespolizei, der Zollverwaltung und der Bundeswehr, werden Ihnen als Entscheider „vor Ort“ Antworten und aktuelle Rechtsprechung geboten.

Das Loseblattwerk enthält neben dem Bundesbesoldungsrecht mit Kommentarteil einen Ergänzungsband über die aktuellen Regelungen zum Kindergeldrecht nach dem Einkommensteuergesetz.

6 Ordner ca. 5.950 Seiten,  
laufend aktualisierter Stand  
ISBN 978-3-932086-02-1



140,- Euro

**PINKVOSS**  
V E R L A G

Landwehrstraße 85  
30519 Hannover

Tel.: (0511) 9 90 50-0  
Fax: (0511) 9 90 50-77

E-Mail: info@pinkvoss-verlag.de  
Internet: www.pinkvoss-verlag.de

sten wissen jedoch, dass im Rahmen einer Burn-Out-Erkrankung der Mensch im außen (wahrnehmbare Aufgabenerledigung) zu 100 % oder sogar 150 % funktioniert, allerdings nach innen (eigenes Erleben, Gefühle, usw.) in eine gewisse Haltung der Verwahrlosung abdriften.

Im Rahmen der Depression ist es genau umgekehrt. Hier funktioniert der Mensch im außen überhaupt nicht mehr weil er sich nur mit seinem innersten beschäftigt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass sich viele Führungskräfte vom persönlichen Empfinden her zwar als Burn-Out-Opfer sehen und fühlen, dies jedoch bei objektiver Betrachtung eher eine Depression zu sein scheint. Problematisch ist im Hinblick auf die Diagnose Burn-Out zusätzlich, dass es nach der Internationalen Klassifikation für Krankheiten (ICC-International Classification of Diseases) keine eigene Indikation gibt, sondern diese nur mit Hilfe eines Zusatz-Diagnoseschlüssels (ICD 10, Z 73.0, Problem mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensführung) möglich ist. Das bedeutet, dass Burn-Out allenfalls ein Einflussfaktor, nicht aber eine eigene Krankheit ist.

Wie aus den vorgenannten Darstellungen deutlich werden dürfte, äußert sich eine durch Überforderung Stress und Angst ausgelöste Fluchtreaktion in Krankheitsbildern, die heutzutage in jeder Verwaltung vermehrt angetroffen werden. Dies bestätigen sowohl Beratungs-/Coaching-Gespräche mit Klienten als auch praktizierende Psychologen und Psychotherapeuten.

**- Drittens: Angriff als Verteidigung**

Als dritte Folge der Aktivierung der so genannten Notfallprogramme tritt die Führungskraft den Angriff an. In der Praxis äußern sich solche Angriffe häufig durch Mobbing-Attacken gegenüber den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern; generell gegenüber unterstelltem Menschen. Betrachtet man gerade das Angriffsverhalten mit der transaktionsanalytischen Brille von Eric Berne, so kann man zu der Auffassung kommen, dass der oder die Handelnde aus einem inneren Zustand des „Ich bin nicht o.k.“ handelt. Diese innere Haltung eines „Ich bin nicht o.k.“ ist dann oft gekoppelt mit der weitergehenden Haltung eines „Dann darfst Du auch nicht o. k. sein und das zeige ich Dir jetzt!“ Solche gedanklichen Haltungen haben in der Führungsetage jedoch nichts verloren. Hier bieten sich zur Bearbeitung dieser „blinden Flecken“ Coaching oder Supervision an.

Wie aus der o. g. Darstellung deutlich geworden sein dürfte, kann keines der im Hirnstamm abgespeicherten und ausgeführten Notfallprogramme etwas dazu beitragen das Führungsprozesse in der öffentlichen Verwaltung erfolgreich gelingen können. Es dürfte vielmehr genau das Gegenteil eintreten, was vielerorts an der Tagesordnung ist

**Mit der Übertragung der Führung beginnt die Arbeit erst**

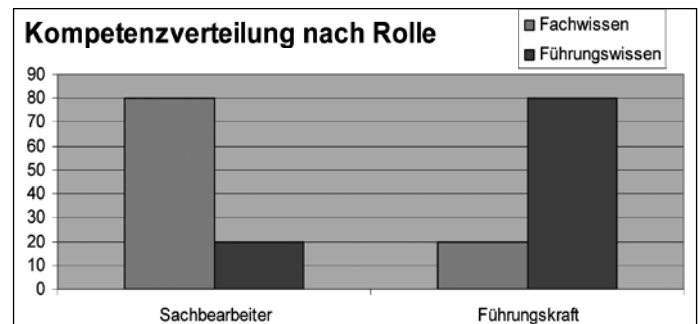
Viele Führungskräfte bzw. Menschen, die eine Führungsposition anstreben, sind sich nicht darüber im Klaren, dass die eigentliche Arbeit erst dann anfängt, wenn sie Führungskraft geworden sind. Wenn ein solches Amt übertragen worden ist, sollten die neu ernannten Führungskräfte z. B. Kommunikationstrainings, Coachings, regelmäßige Supervision in Anspruch nehmen, um den Anforderungen, die an sie gestellt werden, auch erfüllen zu können. Idealerweise haben sie das schon getan, um zu einer Führungskraft zu werden, selbst wenn sie zu diesem Zeitpunkt ihrer Persönlichkeitsentwicklung noch keine sind. Dazu ist erforderlich, dass sich die Führungskräfte aus ihrer, wie ich sie nenne, Komfortzone herausbewegen. Das bedeutet, sie müssen den Bereich verlassen, in dem sie alles kennen und alles können (= Komfortzone). Das heißt, sie müssen neues Land erkunden, neue Gebiete erforschen, in denen

sie bisher, wenn überhaupt, nur am Rande Erfahrungen gesammelt haben. Damit möchte ich zum nächsten Punkt kommen, den viele Führungskräfte vergessen, wenn sie eine solche Position anstreben.

**Worauf es beim Führen wirklich ankommt**

Wenn Sachbearbeiter von Top-Sachbearbeitern oder Sachgebietsleitern zu Führungskräften aufsteigen wollen, dann sollten sie sich darüber bewusst sein, dass die Verantwortung eine völlig neue Dimension erreicht und die persönlichen Rechte sehr stark in den Hintergrund rücken. Damit soll an dieser Stelle nur zum Ausdruck kommen, dass Führungskräfte nicht die gleichen Privilegien genießen, wie die von ihnen zu führenden Mitarbeitern, sondern weniger. Führung ist eine „Auf-Gabe“, d. h. irgendetwas muss im Vergleich zu früher wegfallen. Sie müssen „Vor-Bilder“ sein, an denen man sich orientieren können muss. Damit verbunden ist insbesondere die Tatsache, Werte vorzuleben und – was noch viel wichtiger ist – eine bestimmte Haltung an den Tag zu legen. Diese Haltung bezieht sich auf das innewohnende Menschenbild. Hier möchte ich in Anlehnung an den Begründer des personenzentrierten Ansatzes, Herr Carl R. Rogers, drei Faktoren nennen, die dazu führen, dass Führungskräfte kongruent, d. h. stimmig in den Worten und Taten bzw. in der Wahrnehmung aus Sicht der Geführten sind. Dies sind:

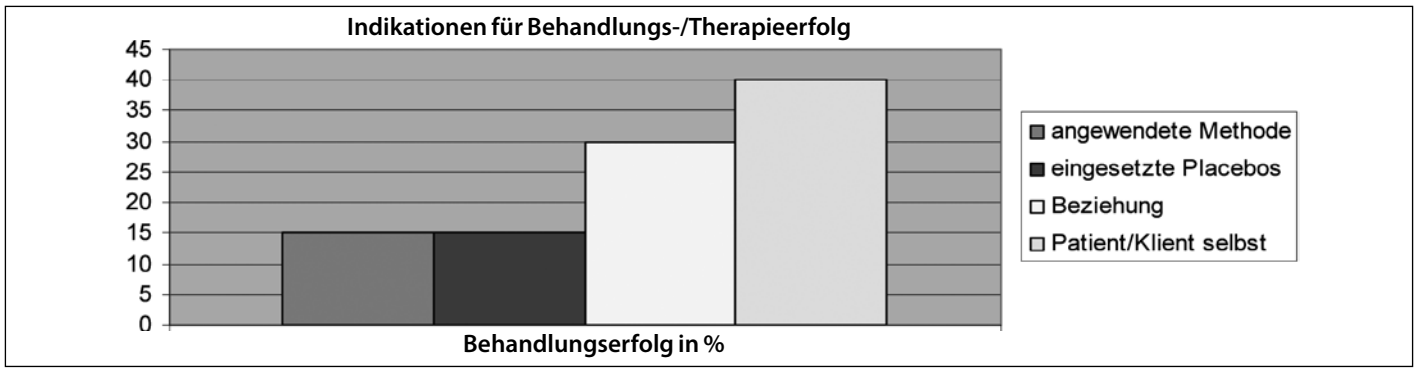
1. vorurteilsfreie Akzeptanz/unbedingte Wertschätzung/bedingungslose positive Zuwendung, d. h. meinen Gegenüber vollständig so zu nehmen, wie er ist; keine stereotypen Gedanken in Bezug auf den Gesprächspartner zu haben und ihm die volle Wertschätzung für ihn selbst und sein Anliegen entgegen zu bringen.
2. Empathie/einfühlerndes Verstehen, d. h. in die Welt des Gegenübers einzutauchen und wie der Gesprächspartner zu fühlen und zu denken; also vollständig in die Rolle des anderen zu schlüpfen, ohne er zu sein.
3. authentisches Verhalten, d. h. echt sein und nichts vorgaukeln, dazu gehört auch, einmal zu sagen, dass man als Führungskraft nichts mehr versteht, nicht mehr durchblickt, usw.



Es ist davon auszugehen, dass nur derjenige in der Lage ist, gut zu führen und damit auch kongruent zu führen, der diese drei Faktoren beherzigt und bei dem die Mitarbeiter sagen: „Wow, das ist ein Chef!“ und nicht „Es ist halt mein Vorgesetzter!“

Mit den o. g. veränderten Anforderungen sind die Bereiche Sachbearbeitung und Führung angesprochen. Natürlich muss auch ein Sachbearbeiter Wissen über Führung haben, wenn er sich, sein Sachgebiet usw. führen will; ebenso wie eine Führungskraft wissen muss, worum es in der Sache geht. Allerdings verdrehen sich die beiden Anforderungsprofile in dem Moment, in dem aus der Sachbearbeiterrolle die Rolle der Führungskraft wird.

Zu Beginn des Artikels wurden u. a. Führungstheorien und Managementmodelle vorgestellt. Sicherlich ist es von Bedeutung, dass die Führungskräfte über ein gewisses Maß an Führungswissen verfügen. Allerdings möchte ich an dieser Stelle deutlich machen, dass die



Werkzeuge, und dazu gehören diese Theorien und Modelle, wichtig, jedoch kein Garant für eine gelingende Führungsbeziehung sind. Entscheidend für das Gelingen einer Beziehung ist die Haltung, wie ich oben bereits angedeutet habe.

Aus verschiedenen Fachdisziplinen (z. B. Sprachheilpädagogik, Medizin, Psychotherapie) wird durch Forschungsergebnisse immer wieder bestätigt, dass die eingesetzten Methoden den geringsten Einfluss auf einen Behandlungs-/Therapieerfolg haben. Es ist zu vermuten, dass diese Erkenntnisse auch auf die Frage nach Führungserfolgen übertragen werden können. Dies soll ebenfalls anhand einer Grafik verdeutlicht werden.

Wie aus dem Diagramm deutlich wird, erreichen Methoden mit Placebos zusammen den prozentualen Wert, den die Qualität der Beziehung zwischen Arzt/Patient, Therapeut/Klient, Lehrer-Schüler, usw. erreicht. Bei der Betrachtung dieser Darstellung darf nicht vergessen werden, dass der Patient/Klient zwar 40 % aus eigener Kraft zum Genesungsprozess/Therapieerfolg beisteuert (z. B. durch positive Gedanken, ein hoffnungsvolle Einstellung usw.), allerdings ist davon auszugehen, dass diese 40 % nur dann aktiviert werden, wenn die Beziehung zwischen beiden Beteiligten gelingt.

Das bedeutet wiederum, dass – bei einer nicht gelingenden Beziehung – in der Summe 70 % (30 % Beziehung und 40 % Patient/Klient selbst) Erfolgswahrscheinlichkeiten letztlich wegbrechen. Vor diesem Hintergrund ist in höchstem Maße fraglich, ob es wirklich sinnvoll ist, die angehenden und schon tätigen Führungskräfte mit

immer neuen Führungstheorien und Managementmodellen zu versorgen. Dies alles dürfte zum Scheitern verurteilt sein.

**Mit der Haltung die Zukunft gestalten**

Viel wichtiger ist es, den gesamten Führungssektor in dem Bereich der Haltung zu schulen. Damit verbunden sind natürlich Vorstellungen über das Menschenbild, wie ich meinen Mitarbeiter wahrnehme usw. Die Haltung wirkt sich unmittelbar auf die Beziehungsgestaltung aus. Wenn die Führungskräfte allerdings nur im Bereich der Beziehung geschult werden, d. h. was sie alles tun müssen oder lassen sollen, dass Beziehung entstehen kann, dann verkommt die Beziehung an sich wieder zu einem Werkzeug bzw. zu einer Methode, die nur 15 % Wirkkraft hat. Nochmal: entscheidend ist und bleibt die Haltung. Sie ist der Nährboden, auf dem die Beziehung wachsen und gedeihen kann.

Insofern könnte sich bei diesem bildhaften Vergleich auch ein Paradigmenwechsel einstellen. Die Führungskraft stellt mit der humanistischen Haltung den Boden bereit, sie wird in diesem Sinne letztlich Diener für die Mitarbeiter und hilft somit diesen, zu wachsen. Gerade das ist eine originäre und primäre Aufgabe von Führungskräften; den Menschen zu helfen, wachsen und sich entwickeln zu können. Es scheint, dass viele Führungskräfte dies vergessen oder aber noch nie gewusst haben. Daher möchte ich an dieser Stelle auch Bernhard von Clairvaux zitieren, der gesagt hat: „Stehe an der Spitze, um zu dienen, nicht um zu herrschen.“ Es wäre wünschenswert und für alle ein Erfolg, wenn dieses Zitat zur Maxime des täglichen Handelns von Führungskräften werden könnte.

Uwe Borsch und Gerd-Uwe Gruben\*

## Die Re-Integration von GmbH in öffentliche Hand

*Die Organisation öffentlicher Daseinsvorsorge in der Rechtsform der GmbH ist heute zweifellos zulässig und weit verbreitet. Ergibt sich später die Notwendigkeit zur Rückübertragung der Aufgaben in öffentliche Trägerschaft und Auflösung der GmbH, bedingt das die Berücksichtigung zivilrechtlicher Vorschriften.*

*In aller Regel stellen sich dabei Probleme und Fragen, vor allem des Umwandlungs- und GmbH-Rechts, des Arbeits- oder Urheberrechts sowie des Steuerrechts. Da diese Rechtsgebiete für die öffentlichen Träger oft unvertrautes Terrain sind, gibt dieser Beitrag Hinweise zur Bewältigung solcher Re-Integrationen.*

**I. Ausgangspunkt**

Durch die formelle Privatisierung überträgt die öffentliche Hand bisher von ihr in öffentlicher Trägerschaft wahrgenommene Aufgaben – z. B.

der Energieversorgung, Krankenhäuser, Bildung oder Wohnungswirtschaft – in eine GmbH. Gesellschaftsrechtlich bewirkt dieser Schritt die Unterstellung der neuen Gesellschaft unter das GmbH-Recht<sup>1</sup>.

Wenn durch Meinungsbildung der Gesellschafter eine Auflösung der GmbH und die Rückübertragung ihrer Aufgaben und Betriebsmittel an eine Körperschaft des öffentlichen Rechts gewünscht ist, stellt sich zunächst die Frage nach den Umsetzungsmöglichkeiten. Dazu eröffnet das Gesellschaftsrecht Wege, die sich teilweise von denjenigen privater Rechtsträger unterscheiden. Das gilt insbesondere für den Bereich des Umwandlungsrechts.

\* Rechtsanwalt Dr. Uwe Borsch ist Partner der Sozietät Senger Reimann Kunzmann, Celle. Gerd-Uwe Gruben ist Steuerberater und Rechtsanwalt in der Anochin Roters Kollegen, wp-/StB-Gesellschaft, Celle.

1 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 17. A., § 1, Rn. 10; Kiethe NZG 2004, 995.

## II. Möglichkeiten der Re-Integration

Abstrakt kann die Re-Integration auf verschiedenen Wegen verfolgt werden. Während die Verschmelzung aus rechtlich zwingenden Gründen unmöglich ist, bieten sich die Alternativen von asset deal, Liquidation und Vermögensübertragung. Diese Möglichkeiten sind rechtlich, vor allem jedoch in ihren praktischen Auswirkungen und Handhabungen sehr unterschiedlich.

### 1. Verschmelzung

Eine Verschmelzung der GmbH mit der öffentlichen Körperschaft als Übernehmerin hätte den Vorzug der Gesamtrechtsnachfolge und damit des zustimmungsfreien Übergangs sowohl der Aktiva als auch der Verbindlichkeiten, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

Die Verschmelzung scheidet jedoch an zwingendem Gesellschaftsrecht. Zwar ist die übertragende GmbH nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verschmelzungsfähig, die Körperschaft jedoch ist es nicht. Körperschaften öffentlichen Rechts sind im numerus clausus des § 3 UmwG nicht enthalten, Analogien sind durch § 1 Abs. 2 UmwG verboten<sup>2</sup>.

### 2. asset deal

Der asset deal ist der Erwerb einzelner, ausgewählter Vermögensgegenstände. Die Möglichkeit des Käufers zur Einzelsukzession nur in bestimmte, ausgewählte Aktiva ist für die Re-Integration von GmbH in öffentlicher Hand eher theoretisch. Die isolierte Übertragung einzelner Aktiva hinterlasse nämlich die GmbH als Hülle mit Restvermögen, die nach §§ 60 ff. GmbHG separat zu liquidieren wäre. Die Dauer einer solchen Liquidation beträgt mindestens ein Jahr, § 73 GmbHG.

Geht man davon aus, dass die GmbH als funktionsfähige Einheit existiert und erhalten werden soll, müssen die wesentlichen Betriebsmittel, der Kern des Betriebs, einzeln übernommen werden. Für das Ziel der reibungslosen Re-Integration wird das in aller Regel ein Nachteil sein, weil bei Einzelsukzession eine Vielzahl von Zustimmungen eingeholt werden muss. Die Vertragsverhältnisse gehen ohne Zustimmung der Vertragspartner (Leasinggeber, Vermieter, Lieferanten etc.), grundsätzlich nicht auf den Erwerber über.

Arbeitsrechtlich liegt in aller Regel ein Betriebsübergang vor, so dass Widersprüche der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 S. 1 BGB denkbar sind, urheberrechtlich kann es zu Rückrufen im Sinne von § 34 Abs. 3 UrhG kommen, beides ist praktisch jedoch selten.

Im Ergebnis scheidet die Re-Integration im Wege des asset deals wegen der Zustimmungsbedürfnisse in aller Regel aus, zumal der asset deal die Existenz der GmbH nicht berührt und diese separat aufgelöst werden muss.

### 3. Liquidation

Ein mögliches Szenario ist die Liquidation der GmbH, die nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG durch eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Gesellschafterstimmen beschlossen werden kann<sup>3</sup>.

Der Auflösungsbeschluss setzt einen Grund zu Auflösung der GmbH und macht aus der bisher werbenden Gesellschaft eine solche, deren

Zweck sich nunmehr auf Abwicklung und Verwertung des eigenen Vermögens richtet.

Somit folgt die Beendigung laufender Geschäfte, Erfüllung von Verpflichtungen, Einziehung von Forderungen der Gesellschaft, Verwertung des eigenen Vermögens und Verteilung etwaiger Überschüsse an die Gesellschafter, § 70 GmbHG.

Im Zuge dessen können die Liquidatoren den gesamten Bestand der Aktiva veräußern<sup>4</sup>. Jedoch begründet auch diese Vorgehensweise eine Einzelrechtsnachfolge, sei sie auch dadurch gebündelt, dass die übernehmende öffentliche Körperschaft sämtliche Einzelrechte übernimmt. Im Ergebnis liegt wiederum ein asset deal mit den bereits erwähnten Nachteilen vor, der lediglich zeitlich anders positioniert ist, nämlich im Zuge der Liquidation erfolgt.

### 4. Vermögensübertragung

Eine Alternative zur Einzelrechtsnachfolge birgt das Umwandlungsrecht. §§ 174 ff. UmwG ermöglichen eine Vermögensübertragung samt Gesamtrechtsnachfolge. Die Vermögensübertragung ist ein Sondertatbestand der Übertragung von Kapitalgesellschaften auf den Bund, ein Land oder eine Gebietskörperschaft<sup>5</sup>, Personal- und Verbandskörperschaften<sup>6</sup> werden dagegen vom Katalog möglicher Übernehmer in § 175 Nr. 1 UmwG nicht umfasst.

Neben der Vollübertragung nach § 174 Abs. 1 UmwG lässt das Umwandlungsrecht auch Teilübertragungen zu. Es wird unterschieden<sup>7</sup> in

- aufspaltende Teilübertragung nach § 174 Abs. 2 Nr. 1 UmwG, bei der das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers in mindestens zwei Teile gespalten und an mindestens zwei Übernehmer übertragen wird, wodurch sich der übertragende Rechtsträger ohne Abwicklung auflöst;
- abspaltende Teilübertragung nach § 174 Abs. 2 Nr. 2 UmwG, bei der das übertragende Unternehmen verkleinert bestehen bleibt und die Gegenleistung für das übertragene Vermögen den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers zusteht;
- ausgliedernde Teilübertragungen nach § 174 Abs. 2 Nr. 3 UmwG, die sich von der abspaltenden dadurch unterscheidet, dass das übertragende Unternehmen hier selbst die Gegenleistung beanspruchen kann.

Alle drei Varianten der Teilübertragung dürften für die Re-Integration „öffentlicher“ GmbH nur in Ausnahmefällen von Interesse sein. Die Vollübertragung jedoch ist anders zu bewerten.

## III. Vollübertragung

Die Vollübertragung führt zu einer Gesamtrechtsnachfolge. Sie entspricht in der Wirkung einer Verschmelzung und bewirkt die u. a. die Auflösung der GmbH ohne Abwicklung. Das heisst, sie bietet zum einen den Vorteil des zustimmungsfreien Übergangs aller Rechte (Gesamtrechtsnachfolge) und beantwortet zum anderen die Frage nach dem Schicksal der nicht mehr benötigten GmbH. Auf Grund dessen wird sie häufig die richtige Alternative zur Re-Integration öffentlicher Aufgaben sein.

4 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 17. A., § 70, Rn. 14; Hachenburg/Hobner GmbHG, 8. A., § 70, Rn. 16 m. w. N.

5 Die hier nicht relevanten Versicherungsunternehmen bleiben unberücksichtigt.

6 Vgl. Schmitt/Reuter, in: Münch. Komm. BGB, 5. A., § 89, Rn. 6 ff.

7 Ausführlich Lüttge NJW 1995, 421 f.

2 Jorde BB 1999, 2163 m. w. N.; Schäffler, in: HK-UmwG, § 3, Rn. 1.

3 Stimmenthaltung gelten als nicht abgegeben: BGHZ 83, 36; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 17. A., § 60 Rn. 6.



## 1. Handhabung

Die Vollübertragung folgt im wesentlichen folgenden Regeln.

Die Beteiligung des öffentlichen Trägers richtet sich gemäss § 176 Abs. 4 UmwG nach den für diesen geltenden Rechtsvorschriften<sup>8</sup>, das kann z. B. Prüfungserfordernisse oder Genehmigungsvorbehalte betreffen.

Für die Übertragung ist nach § 174 Abs. 1 UmwG eine Gegenleistung zu gewähren, die nicht in Anteilen des Übernehmers besteht, üblicherweise wird das eine Geldzahlung sein. Soweit der Übernehmer Anteilsinhaber ist, entfällt die Gegenleistung für ihn. Sind weitere Gesellschafter beteiligt, sind (nur diese) abzufinden<sup>9</sup>.

Die Höhe der Gegenleistung muss angemessen sein. Masstab hierfür ist der wirkliche Wert der aufgegebenen Beteiligung, nicht der Wert des übertragenen Vermögens<sup>10</sup>.

Es ist ein Verschmelzungsvertrag im Sinne von §§ 4 f. UmwG zu schliessen, dessen Inhalt allerdings durch § 176 Abs. 2 UmwG modifiziert wird<sup>11</sup> und welcher der notariellen Form bedarf, § 6 UmwG. Die Vermögensübertragung bedarf deswegen – wie jeder umwandlungsrechtliche Vorgang – sorgfältiger Vorbereitung und Beurkundung. Sämtliche Fragen müssen in Vorbereitung eines Stichtags, demjenigen der Beurkundung, geklärt werden, während die Liquidation eine Abwicklung über einen längeren Zeitraum ermöglicht.

## 2. Arbeitsrecht

Arbeitsrechtlich ist für den Fall der Vollübertragung § 324 UmwG einschlägig<sup>12</sup>, der die früher umstrittene Frage nach der Geltung von § 613a BGB im Umwandlungsrecht klärt<sup>13</sup>. Die Klärung ist dahingehend erfolgt, dass § 324 UmwG eine Rechtsgrundverweisung vornimmt, so dass die Voraussetzungen des Betriebsübergangs selbständig zu prüfen sind<sup>14</sup>.

Im Falle einer Vollübertragung liegt regelmässig ein Betriebsübergang vor<sup>15</sup>, dessen Folgen für die Arbeitnehmer bereits im Übertragungsvertrag dargestellt werden müssen, § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG. Eine Ausnahme hiervon wäre nur über ein Gesetz für den Einzelfall erreichbar, durch die eine Gesamtrechtsnachfolge qua Gesetz begründet werden müsste<sup>16</sup>.

Für den einschlägigen § 613a BGB kommt es nicht darauf an, ob das Unternehmen mit wirtschaftlicher oder ideeller Zielsetzung betrieben wird, eine Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmers ist nicht nötig<sup>17</sup>. Auch die Tatsache, dass die zur re-integrierende GmbH sich in öffentlicher Hand befindet, tut der Anwendbarkeit von § 613a BGB keinen Abbruch<sup>18</sup>.

Liegt ein Betriebsübergang vor, wird sichergestellt, dass der Arbeitnehmer nicht seinen Arbeitsplatz verliert, sondern das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem ehemaligen Betriebsinhaber automatisch auf den neuen Betriebsinhaber übergeht. § 613a BGB umfasst keine freie Dienstverhältnisse, bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer und Organmitglieder juristischer Personen. Veräusserer und Erwerber können den Übergang eines Arbeitsverhältnisses nicht ausschliessen.

Der Arbeitnehmer jedoch kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses fristgebunden widersprechen, § 613a Abs. 6 S. 1 BGB. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder neuen Inhaber erklärt werden. Er ist unwiderruflich<sup>19</sup>.

Betriebsveräusserer bzw. der -erwerber sind dazu verpflichtet, die betroffenen Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang umfassend über die in Betracht gezogene Massnahme zu informieren, § 613a Abs. 5 BGB<sup>20</sup>. Die Unterrichtung hat in Textform zu erfolgen. Sie muss insbesondere enthalten:

- den geplanten Zeitpunkt des Übergangs;
- den Grund für den Übergang;
- die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer und
- die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Massnahmen.

<sup>19</sup> BAG vom 30.10.2003, 8 AZR 491/02.

<sup>20</sup> Vgl. auch § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. § 113a NGO.

<sup>9</sup> H. Schmidt, in: Lutter UmwG, 3. A., § 174, Rn. 9 m. w. N.

<sup>10</sup> H. Schmidt, in: Lutter UmwG, 3. A., § 174, Rn. 10 m. w. N.

<sup>11</sup> Ausführlich Findeisen, in: HK-UmwG, 176, Rn. 1 ff.; H. Schmidt, in: Lutter UmwG, 3. A., § 174, Rn. 7 f.

<sup>12</sup> Nicht dagegen § 323 UmwG; Joost, in: Lutter UmwG, 3. A., § 323, Rn. 2.

<sup>13</sup> BAG BB 2000, 2156 ff.; Joost, in: Lutter UmwG, 3. A., § 324, Rn. 3 m. w. N.

<sup>14</sup> Tempelmann, in: HK-UmwG, § 324, Rn. 1; Joost, in: Lutter UmwG, 3. A., § 324, Rn. 6.

<sup>15</sup> Tempelmann, in: HK-UmwG, § 324, Rn. 1; Joost, in: Lutter UmwG, 3. A., § 323, Rn. 16.

<sup>16</sup> Vgl. BAG BB 2006, 1339 ff.

<sup>17</sup> Müller-Glöge, in: Münch. Komm. BGB, 5. A., § 613a, Rn. 24 m. w. N.

<sup>18</sup> Vgl. BAG NZA 2000, 1116.

**Mit Haufe stärken Sie Ihre Finanzkraft. Versprochen.**

Mit dem „Haufe Finanz Office für die öffentliche Verwaltung“ sorgen Sie für eine bessere Finanzlage in Ihrer Kommune. Ganz gleich, ob es um Haushaltsplanung, Rechnungswesen, Controlling, Finanzierung oder Steuern geht. Ihre gesamte Abteilung ist stets mit aktuellstem Fachwissen, Arbeitshilfen sowie Best Practices für die Umsetzung versorgt.

**Jetzt 4 Wochen kostenlos testen:**  
Tel. 0180-50 50 172\*  
\*0,14 €/Min. aus dem dt. Festnetz, max. 0,42 €/Min. mobil.

[www.haufe.de/finanz-office](http://www.haufe.de/finanz-office)

**HAUFE.**

Mit „in Aussicht genommenen Massnahmen“ sind Fragen der Weitergeltung oder Änderung der bisherigen Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers gegenüber dem Arbeitnehmer sowie Kündigungsschutzthemen gemeint. Eine Kündigung aus Anlass des Betriebsüberganges durch den bisherigen oder den neuen Arbeitgeber ist nicht möglich, § 613a Abs. 4 S. 1 BGB. Eine Kündigung kann jedoch aus anderen Gründen, wie aus personen-, verhaltensbedingten oder außerordentlichen Kündigungsgründen erfolgen, ebenso die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen bei Widerspruch des Arbeitnehmers, weil der alte Arbeitsplatz beim (hier:) aufgelösten Arbeitgeber entfällt. Eine Erhöhungspflicht der Entgelte und Leistungen an übernommene Mitarbeiter besteht auch dann nicht, wenn die ursprünglich bei dem Erwerber Tätigen höher bezahlt werden<sup>21</sup>. Der Betriebsübergang bewirkt einen Eintritt des Erwerbers in bestehende Versorgungsanwartschaften<sup>22</sup>. Der Arbeitnehmer hat hiergegen kein separates Widerspruchsrecht<sup>23</sup>.

### 3. Urheberrecht

Verfügt die GmbH über urheberrechtlich relevante Nutzungsrechte, bewirkt die Vollübertragung den zustimmungsfreien Übergang derselben. Entscheidend hierfür ist – neben der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion der Gesamtrechtsnachfolge – die Ausnahmevorschrift von § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG.

Gründe, warum den Urhebern bei einer Re-Integration ein ausnahmsweises Rückrufrecht nach § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG zustehen könnte, sind erfahrungsgemäss selten vorhanden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG dispositiv ist<sup>24</sup>, so dass es theoretisch der Prüfung jedes Einzelfalls bedürfte, um weitere Rechtssicherheit herzustellen.

### IV. Steuerliche Aspekte bei gemeinnützigen GmbH

Wird eine gemeinnützige GmbH aufgelöst, stellt diese in der Regel ihre bisherigen steuerbegünstigten Aktivitäten ein und ändert ihren Zweck. Die Tätigkeit der Körperschaft ist nicht mehr darauf gerichtet, ihre steuerbegünstigten Zwecke zu verfolgen, sondern zielt darauf ab, die Gesellschaft zu liquidieren, indem die Gläubiger befriedigt werden und das verbleibende Vermögen entsprechend dem Gesellschaftsvertrag für gemeinnützige Zwecke verwendet wird.

Für solche Fälle ist streitig, ob steuerbefreiten Körperschaften eine Abwicklungsphase zuzubilligen ist, innerhalb derer trotz Beendigung der eigentlichen, steuerbegünstigten Tätigkeit ihre Geschäftsführung noch auf die Erfüllung steuerbegünstigter Zwecke gerichtet angesehen werden kann und die Körperschaftsteuerbefreiung bis zur Löschung der Körperschaft fortbesteht<sup>25</sup>.

Die Finanzverwaltung hat sich zu dieser Frage bisher nicht abschließend geäußert<sup>26</sup>.

21 BAG BB 2006, 440; *Cisch/Bleek* BB 2006, 2817.

22 BAG NZA 1993, 645 f.; BAG BB 2005, 2414.

23 *Tempelmann*, in: HK-UmwG, § 324, Rn. 100 m. W. N.

24 § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG. Vgl. i. e. *Acker/Thum* GRUR 2008, 671 ff.

25 So *Becker/Meining* FR 2006, 686 ff.

26 Tendenziell wie hier: OFD Hannover DStR 2010, 226.

Für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hat der BFH<sup>27</sup> entschieden, dass mit Beendigung der gemeinnützigen Zweckverfolgung die Körperschaft den Status der Gemeinnützigkeit verliert. § 174 Abs. 1 UmwG spricht von „Auflösung ohne Abwicklung“. Betrachtet man das Wort „Auflösung“ isoliert, stellt sich das vorstehend geschilderte Problem, denn eine Auflösung setzt in der Regel die Liquidation der GmbH in Gang<sup>28</sup>, dass die Frage der Zubilligung einer steuerbegünstigten Abwicklungsphase sich stellen könnte.

Bei der Vollübertragung jedoch ist die organisatorische Klärung der Beurkundung vorgeschaltet, eine Liquidation erfolgt nicht. Die Formulierung „Auflösung ohne Abwicklung“ stellt folgerichtig klar, dass der Auflösung als punktuellm Geschehen bei einer Vollübertragung ausnahmsweise keine Abwicklungs- (= Liquidations-) Phase folgt.

Mangels einer solchen Liquidationsphase vertreten wir die Auffassung, dass die Streitfrage zur Zubilligung einer Abwicklungsphase bei der Vollübertragung nicht einschlägig ist. Das heisst, die GmbH bleibt bis zuletzt steuerbegünstigt.

### 2. Mittelfehlverwendung

Da der übernehmende Rechtsträger per se keine steuerbefreite, gemeinnützige Körperschaft ist<sup>29</sup>, birgt eine Übertragung grundsätzlich die erhebliche Gefahr einer schwerwiegenden Mittelfehlverwendung und dürfte einen Verstoß gegen die satzungsmäßige Vermögensbindung darstellen<sup>30</sup>, die zu einer Nachversteuerung der letzten zehn Veranlagungsjahre führt<sup>31</sup>.

Nur soweit der Übernehmer das Vermögen unmittelbar an eine steuerbefreite Körperschaft durchleitet, könnte eine zulässige Mittelverwendung vorliegen. Zur Sicherung, dass die Finanzverwaltung dieser Rechtsauffassung abstrakt, aber auch in der konkreten Handhabung des Einzelfalls folgt, ist sie zwingend im Rahmen einer verbindlichen Auskunft mit der Finanzverwaltung abzustimmen.

### V. Fazit

Die Re-Integration von GmbH in öffentlicher Hand kann auf verschiedenen Wegen geschehen, überwiegend wird die Vollübertragung nach § 174 Abs. 1 UmwG die beste Variante sein. Diese hat den Vorzug der Gesamtrechtsnachfolge und damit Zustimmungsfreiheit Dritter. Sie wird in aller Regel auch den Übergang der Arbeitsverhältnisse und Urheberrechte bewirken.

Die Vollübertragung muss notariell beurkundet und schon deswegen, aber sicher auch wegen betrieblicher Erfordernisse, sorgfältig vorbereitet werden. Das geschieht hier in Vorbereitung auf einen „auflösenden“ Stichtag, während die Liquidation eine Beendigung über einen Zeitraum ermöglicht.

Steuerlich verlieren gemeinnützige GmbH ihren Status durch die Vollübertragung per se nicht, der Vorgang birgt aber die Gefahr der Mittelfehlverwendung. Daher sind im Vorfeld Abstimmungen mit dem Finanzamt zu treffen.

27 BFH BStBl 2007 II, 808.

28 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 17. A., § 60, Rn. 1.

29 Vgl. BFH BB 2005, 1888 ff.

30 Vgl. BFH DStR 2009, 2047 ff.

31 *Buchna* Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 9. A., S. 225 f.

Besuchen Sie uns auch im Internet! [www.deutsche-verwaltungs-praxis.de](http://www.deutsche-verwaltungs-praxis.de)

# Zur Behördeneigenschaft der Betriebsleitung eines Eigenbetriebs

## Vorbemerkung

*Seit Jahren streben die Gemeinden zunehmend eine organisatorische Selbstständigkeit ihrer kommunalen Aufgabenwahrnehmung an – in der Hoffnung, hierdurch einen unternehmerischen Geist bei den Akteuren zu wecken und so die Aufgaben besonders wirtschaftlich wahrzunehmen. Diese organisatorische Selbstständigkeit kann sich bspw. durch die Gründung von GmbHs, Aktiengesellschaften oder auch Eigenbetrieben vollziehen.*

*Gerade bei der Gründung von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen müssen aber auch weiterhin die öffentlich-rechtlichen Vorgaben aus den einschlägigen Spezialgesetzen berücksichtigt werden. Zur Wahrung seiner Rechtmäßigkeit ist es für den Erlass eines Verwaltungsaktes wichtig, den richtigen Kopfbogen zu verwenden (§ 37 Abs. 3 VwVfG NRW). Auf diesem muss nicht nur die juristische Person erscheinen, sondern auch die handelnde Behörde. Nach den Erfahrungen des Verfassers wird dies angesichts der organisatorischen „Abkopplung“ von der „Mutterverwaltung“ gerne übersehen, so dass neue Kopfbögen ohne „den Bürgermeister“ oder „den Landrat“ entwickelt werden. Neu ist auch der Wunsch, dass die Betriebsleitung eines – nicht rechtsfähigen – Eigenbetriebes als eigenständige Behörde auftritt und in dieser Funktion Kostenbeitrags- oder Gebührenbescheide erlässt oder den Anschluss- und Benutzungszwang mittels Verwaltungsakt vollzieht. Die nachstehenden Ausführungen widmen sich insbesondere der Frage, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen der Eigenbetrieb als Behörde fungieren kann. Die bisher in Nordrhein-Westfalen dazu ergangene Rechtsprechung (dazu unten) ist uneinheitlich bzw. noch unklar.*

## A) Rechtliche Ausgangssituation

### 1. Organ<sup>1</sup> und Behördeneigenschaft

Rechtssubjekte erlangen die Rechtsfähigkeit, wenn Sie kraft staatlicher Verleihung (Konzessionssystem) oder kraft Gesetzes (Normativsystem) zu Trägern von Rechten und Pflichten werden. Neben natürlichen Personen können daher wegen gesetzlicher Zuordnung von Rechten und Pflichten auch juristische Personen Rechtsfähigkeit erlangen (z.B. die GmbH kraft dem GmbH-Gesetz).

Die besondere Eigenart der juristischen Personen besteht darin, dass diese zwar rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig sind. Dafür bedarf es Organe. Die Organe nehmen also die Befugnisse und Aufgaben wahr, die der juristischen Person zustehen. Mit anderen Worten: die jeweilige Organisation handelt durch ihre Organe.

Für die Gemeinde als juristische Person, genauer: Gebietskörperschaft (§ 1 Abs. 2 GO), handelt der Bürgermeister sowie der Rat jeweils als Organ.<sup>2</sup> Beide Organe besitzen kraft der Gemeindeordnung spezielle Wahrnehmungsaufgaben (Zuständigkeiten). Diese Zuständigkeit kann sich innerorganisatorisch auswirken, aber auch

extern, wenn gegenüber außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Personen gehandelt wird.

Mit der Organeigenschaft hängt die Behördeneigenschaft zusammen. Behörden sind Organe, die mit Außenwirkung gegenüber dem Bürger handeln (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW) und dabei Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. „Außenorgane“ sind daher idR auch Behörden im Sinne des Verfahrens- bzw. Prozessrechts. So ist der Bürgermeister wegen seiner Zuständigkeit für die Umsetzung von Beschlüssen des Gemeinde-/Stadtrates (§ 62 Abs. 2 S. 3 GO) und in den Fällen der eigenständigen Ausführung der ihm zur selbstständigen Wahrnehmung zugewiesenen Aufgaben in den meisten Fällen die gemeindliche Behörde. Nur in den Fällen, in denen Ratsbeschlüsse keiner Umsetzung bedürfen, sondern unmittelbar mit Außenwirkung („self-executing“) ausgestaltet sind (wie z.B. bei der Benennung oder Widmung einer Straße, die Abberufung eines Beigeordneten (§ 71 Abs. 7 GO), die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen Einwohner (§ 29 Abs. 3 GO), etc.)<sup>3</sup>, ist der Rat handelnde Behörde. Aber selbst in solchen Fällen ist der Bürgermeister als gesetzlicher Vertreter (§ 40 Abs. 2 S. 3 GO) dazu bestimmt, den Verwaltungsakt des Rates zu unterschreiben.

Für die Qualifizierung als Organ und/oder Behörde ist also die Feststellung wichtig, ob für die interne Willensbildung eine Entscheidungszuständigkeit besteht – dann liegt eine Organeigenschaft vor. Oder ob die interne Willensbildung nach „Außen“, d.h. gegenüber außerhalb der Verwaltung stehende juristische oder natürliche Personen umgesetzt werden soll – dann liegt eine Behördeneigenschaft vor. Nach § 62 Abs. 2 S. 2 GO obliegt die Ausführung von internen Rats- und Ausschussbeschlüssen und damit –entscheidungen dem Bürgermeister. Damit sind Rat und Ausschuss regelmäßig nur intern zur Willensbildung bestimmt, während die Umsetzung unabhängig von der internen Kompetenzverteilung zwischen Bürgermeister, Rat und Ausschuss, durch den Bürgermeister erfolgt. Dieser ist dann Behörde (vgl. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW), soweit ein öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln vorliegt.

Neben § 62 Abs. 2 S. 2 GO ist § 63 Abs. 1 S. 1 GO von Bedeutung. Danach ist der Bürgermeister zum gesetzlichen Vertreter der Gemeinde in Rechts- und Verwaltungsgeschäften bestimmt. Damit steht dem Bürgermeister die Befugnis zu, gegenüber Dritten und folglich mit Außenwirkung für die Gemeinde zu handeln, und zwar insbesondere dann, wenn durch das Handeln Rechtswirkungen hervorgerufen werden (wie z.B. bei dem Erlass von Verwaltungsakten).

### 2. Der Eigenbetrieb

#### 2.1 Der Eigenbetrieb als Sondervermögen der Gemeinde mit organisatorischer Selbstständigkeit

Der Eigenbetrieb ist nach der Eigenbetriebsverordnung institutionell mit eigenem Handlungsspielraum und wirtschaftlicher Selbstständigkeit ausgestattet. Für ihn ist kennzeichnend, dass er gegenüber der Gemeinde vermögens- und rechnungsmäßig sowie haushaltsrechtlich selbständig

\* Dirk Weber ist hauptamtlicher Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

1 Vertiefend: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Auflage, § 83 III.

2 Vgl. Stephan Smith in Kleeraum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die Kommunale Praxis, Erläuterungen zu § 40 GO, IV.1.

3 Weitere Beispiele bei FN 2, IV.11.

ist.<sup>4</sup> So hat er einen eigenen Wirtschaftsplan (§ 14 EigVO), einen Erfolgsplan (§ 15 EigVO) und einen eigenen Vermögensplan (§ 16 EigVO) vorzuhalten. Grundsätzlich ist der Eigenbetrieb daher als finanzwirtschaftliches Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen. Rechtsgrundlagen für die Errichtung eines Eigenbetriebs enthalten die Gemeindeordnung in § 114 GO sowie die Eigenbetriebsverordnung NRW. Die interne Organisationsstruktur ist durch eine Betriebsatzung zu regeln, zu deren Erlass die Kommunen verpflichtet sind.

Die wirtschaftliche Verselbstständigung führt zur Bildung von Sondervermögen<sup>5</sup> (§ 97 Abs.1 Nr.3 GO, § 9 Abs.1 EigVO). Vermögen wird beim Eigenbetrieb selbständig geführt; Kredite werden beim Eigenbetrieb selbständig aufgenommen. Einnahmen werden selbständig verwaltet und letztendlich dem Gemeindehaushalt wieder zur Verfügung gestellt. Die Kostentransparenz wird durch die Verpflichtung zum Abschluss eines kaufmännischen Jahresabschlusses gesichert (vgl. §§ 19, 21, 22 EigVO).

Soweit z.B. Aufgaben der Abwasserbeseitigung durch einen Eigenbetrieb erfüllt werden sollen, handelt es sich um eine nicht-wirtschaftliche Betätigung. Die Gemeinden können also nicht nach § 114 GO einen Eigenbetrieb gründen (§ 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO). Dies geschieht vielmehr auf der Grundlage von § 107 Abs. 2 Satz 2 GO als eigenbetriebsähnliche Einrichtung.

Inhaltlich sind damit jedoch keine Unterschiede gegeben, da in beiden Fällen im Ergebnis die Eigenbetriebsverordnung anzuwenden ist. Auch diese eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist Teilbestand der Gemeinde und damit rechtlich unselbstständig.

Die organisatorische Selbstständigkeit wird insbesondere in den Kompetenzen der Betriebsleitung deutlich. Gemäß § 114 Abs.2 S.1 GO ist der Betriebsleitung in den Angelegenheiten des Eigenbetriebes ausreichende Selbstständigkeit der EntschlieÙung einzuräumen. Sofern es sich um Geschäfte der laufenden Betriebsführung handelt, vertritt die Betriebsleitung den Eigenbetrieb (§ 3 Abs.1 EigVO). Auch personalrechtlich können dem Betriebsleiter eigene Kompetenzen zuwachsen (§ 74 Abs.3 GO, § 3 Abs.3 S.3 EigVO, § 6 Abs.1 EigVO), wenn dies in der Hauptsatzung oder per Dienstanweisung geregelt ist. Dazu gehören bspw. Einstellungen, Entlassungen oder Höhergruppierungen. Die wirtschaftliche und teilweise organisatorische Selbstständigkeit bewirkt eine dem korrespondierende Unabhängigkeit gegenüber der Gemeinde.

## 2.2 Organe des nicht rechtsfähigen Eigenbetriebes

Juristisch liegt ein Organ vor, wenn durch Rechts- und Realakte die Aufgaben einer Organisation erfüllt werden.<sup>6</sup> Der Eigenbetrieb ist eine eigenständige Organisation (s.o.). Da der Eigenbetrieb wirtschaftlich selbständig handeln kann (s.o.) und der Betriebsleitung nach § 2 und § 3 EigVO, dem Rat nach § 4 EigVO und dem Betriebsausschuss nach § 5 EigVO eigene Entscheidungskompetenzen bei der Aufgabenwahrnehmung des Eigenbetriebes zugeteilt werden, handelt es sich um Organe der Gemeinde<sup>7</sup>.

4 Lexisnexis, Fundstelle: <http://www.lexisnexis.de/lexonline>, Cosack, in Cosack: Abwasserrecht (Recherche: 27.09.2010).

5 Sondervermögen liegt vor, wenn gemeindliches Vermögen außerhalb des gemeindlichen Haushalts gesondert geführt wird. Das Sondervermögen ist im gemeindlichen Haushalt gesondert auszuweisen und zu verwalten (§ 97 Abs.2 GO).

6 FN 1, § 83 III 1, RN 133.

7 Zur Organeigenschaft der Gemeinde: Rehn/Cronage, Kommentar zur Gemeindeordnung, Stand: November 2009, 34. Erg.-Lieferung, Kommentar zu § 40 GO, I.3. Organeigenschaft ausdrücklich bejahend für die Betriebsleitung des Eigenbetriebes sowie für den Betriebsausschuss (zum Letzteren: Rehn/Cronage, Kommentar zur Gemeindeordnung, Stand: November 2009, 34. Erg.-Lieferung, Kommentar zu § 114 GO, III.2).

Dem Eigenbetrieb kommt allerdings aufgrund der Regelungen der §§ 114 Abs.1 GO und § 1 EigVO keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Der Eigenbetrieb ist also ein wirtschaftliches Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit, der nach den Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung und der jeweiligen Betriebsatzung zu führen ist.

Seine fehlende Rechtsfähigkeit hat grundsätzlich zur Folge, dass im Außenverhältnis, also im Verhältnis zu Dritten, die Kommune nach wie vor selbst handelt bzw. handeln muss. Denn im Gegensatz zum Rat oder Bürgermeister hat der Eigenbetrieb nicht per se mittels Gesetz oder Satzung eigene Wahrnehmungszuständigkeiten, die er **für die Gemeinde im Außenverhältnis** vertritt.

So wird bspw. für die Betriebsleitung, die insbesondere für die laufende Betriebsführung zuständig ist, aus § 2 EigVO nicht deutlich, dass diese mit Außenzuständigkeit handeln darf.

Im Gegenteil: betont wird in § 2 Abs.1 S.3 EigVO die Verantwortlichkeit und damit die Zuständigkeit für die wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebes. Wirtschaftlich wird ein Betrieb geführt, wenn sein Handeln effektiv und effizient ist. Dafür ist dem Eigenbetrieb eine gewisse organisatorische Selbstständigkeit (s.o.) eingeräumt, die sich damit auf laufende – interne – Betriebsführungsgeschäfte beschränkt, die typischerweise zur Aufrechterhaltung eines einwandfreien, insbesondere wirtschaftlich geführten, Betriebs notwendig sind. Umgekehrt wird nicht von einer rechtlichen Verantwortlichkeit des Handelns gesprochen, so dass hierin schon eine Einschränkung der Betriebsführungsbefugnis zum Ausdruck kommt.

Nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen wird auch ein Hoheitsbetrieb wirtschaftlich geführt werden können. Dennoch steht gerade im Mittelpunkt der Tätigkeit eines Eigenbetriebes die wirtschaftliche Führung der Betriebsgeschäfte (§ 2 Abs.1 S.3 EigVO). Hieraus ist nicht die Ermächtigung zur hoheitlichen Tätigkeit des Eigenbetriebes zu schließen. Der Wortlaut legt es sogar nahe, dass mit der wirtschaftlichen Führung der laufenden Betriebsgeschäfte die hoheitliche Betätigung nicht legitimiert ist.

Außerdem steht die laufende Betriebsführung unter dem Vorbehalt anderweitiger Regelungen der Gemeindeordnung (vgl. § 2 Abs.1 Eigenbetrv, § 3 Abs.1 EigVO), wonach insbesondere der Bürgermeister für die laufenden Geschäfte der Verwaltung zuständig ist (§ 41 Abs.3 GO), die Gemeinde in den Rechts- und Verwaltungsgeschäften nach Außen vertritt (vgl. § 63 GO) und Zuständigkeiten anderer Organe auszuführen hat (§ 62 Abs.2 GO). Damit wird dem allgemeinen Grundsatz des Geltungsvorrangs Rechnung getragen, wonach das rangniedrigere Recht (hier die Eigenbetriebsverordnung als Rechtsverordnung des Landes NRW) dem ranghöheren Recht (hier die Gemeindeordnung als formelles Gesetz des Landes NRW) nicht widersprechen darf.

Damit stellt sich die Frage, welche Tätigkeiten unter den unbestimmten Rechtsbegriff der „laufenden Betriebsführung“ (§ 2 Abs.1 S.2 EigVO) fallen, wenn diese nur unter dem Vorbehalt der Regelungen der Gemeindeordnung stehen. Die einschlägige nordrhein-westfälische Mustersatzung<sup>8</sup> betont eher die innerorganisatorischen, den betriebsablauf betreffenden, Entscheidungszuständigkeiten sowie die Zuständigkeiten für den (externen) Abschluss privater Rechtsgeschäfte (private Verträge). § 3 Abs.2 Mustersatzungen bestimmt beispielsweise: „...Der Betriebsleitung obliegt insbesondere die laufende Betriebsführung. Dazu gehören alle Maßnahmen,

8 Mustersatzung für Eigenbetriebe in Nordrhein-Westfalen vom 25.01.2010, hrsg. vom Städte- und Gemeindebund NRW u.a. und abgestimmt mit dem IM NRW

die zur **Aufrechterhaltung eines einwandfreien Betriebes** laufend notwendig sind, insbesondere **der innerbetriebliche Personaleinsatz**, die Anordnung der notwendigen Instandhaltungsarbeiten und der laufenden Netzerweiterungen, Beschaffungen von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen sowie Investitionsgütern des laufenden Bedarfs, die Ersatzbeschaffung von Betriebsmitteln sowie der **Abschluss von Werk- und Dienstleistungsverträgen** sowie von **Verträgen** mit Tarif- und Sonderkunden.“ Damit wird deutlich, dass der Betriebsleiter unternehmerische Aufgaben insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts wahrnimmt. Insoweit obliegen dem Betriebsleiter bezüglich seiner Aufgabenwahrnehmung Kompetenzen. Insoweit wird § 2 EigVO in einem anwendungsorientierten Vorrang zu § 41 Abs.3 GO stehen.

Eine öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung bzw. Verwaltungstätigkeit mit hoheitlicher und unmittelbarer Außenwirkung kommt in den Rechtsgrundlagen für den Kompetenzbereich des Betriebsleiters nicht zum Ausdruck.

Eine weitere Auslegungshilfe zum Kompetenzbereich des Betriebsleiters bietet § 3 Abs.3 EigVO. Danach werden die Vorgaben für den Abschluss von Verpflichtungsgeschäften des Bürgermeisters nach § 64 GO entsprechend auf den Betriebsleiter des Eigenbetriebes übertragen. Geschäfte der laufenden Betriebsführung gelten dabei als Geschäfte der laufenden Verwaltung (§ 3 Abs.3 S.4 EigVO). § 3 Abs.3 EigVO sieht also ausdrücklich die Befugnis zum Abschluss von privaten Rechtsgeschäften vor<sup>9</sup>. Da der Erlass von Verwaltungsakten keine Verpflichtungsgeschäfte sind, lässt sich aus dem sonstigen Schweigen der Eigenbetriebsverordnung zum öffentlich-rechtlichem Verwaltungshandeln im Umkehrschluss entnehmen, dass dem Eigenbetrieb diesbezüglich keine eigene Kompetenz zuwächst.

Zusammenfassend kann daher bis hierhin festgestellt werden, dass der Betriebsleiter eines Eigenbetriebes grds. nicht kraft Gemeindeordnung oder Eigenbetriebsverordnung die Befugnis hat, mittels Verwaltungsakt den Bürger zum Kostenersatz oder zu Anschlussbeiträgen heranzuziehen oder zur Zahlung von Gebühren aufzufordern. Der Betriebsleiter wird nach Auffassung des Verfassers lediglich als interner **Zuarbeiter und Vorbereiter** zum Erlass der fraglichen Verwaltungsakte tätig. Der Erlass der entsprechenden Verwaltungsakte gehört zum „Geschäft der laufenden Verwaltung“ des Bürgermeisters<sup>10</sup>. Selbst dann, wenn man dem Betriebsleiter auch innerorganisatorisch eine eigene Entscheidungskompetenz für öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeiten zugesteht, muss die intern getroffene Entscheidung auf der Grundlage des § 62 Abs.2 S.2 GO durch den Bürgermeister nach außen umgesetzt werden. Der Erlass von Verwaltungsakten ist zudem eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung und damit ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 63 GO. Vor diesem Hintergrund urteilte das OVG Münster<sup>11</sup>:

„Ein durch die Betriebsleitung erlassener Verwaltungsakt ist demnach rechtswidrig, weil er nicht durch den Bürgermeister erlassen worden ist.... Nicht um Betriebsführung, sondern um die Bestimmung der kommunalrechtlichen Vorgaben für die Betriebsführung

handelt es sich dagegen, wenn im Einzelfall über die die Begründung, den Umfang oder das Aufrechterhalten eines Anschluss- und/oder Benutzungsverhältnisses betreffende Ansprüche oder Pflichten des Bürgers ... „streitig“ durch Verwaltungsakt entschieden werden muss“. Infolgedessen lautete der Leitsatz: „Die behördliche Zuständigkeit der Werkleitung für die laufende Betriebsführung umfasst nicht die im Einzelfall durch Verwaltungsakt zu treffende Entscheidung über die Begründung, den Umfang oder das Aufrechterhalten eines Anschluss- und/oder Benutzungsverhältnisses betreffende Rechte und Pflichten des Bürgers“.

In einem späteren Urteil des OVG Münster aus dem Jahr 1997<sup>12</sup> wird auf dieses Urteil Bezug genommen und die Behördeneigenschaft des Werkleiters eines städtischen Abwasserwerkes bejaht. Dabei wird angeführt, dass es dem Werkleiter im Rahmen seiner „laufenden Betriebsführung“ obliegt, „die erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Anschlussnehmer zum Schutz der kommunalen Abwasseranlage vor ungenehmigten Einleitungen zu treffen“. Eine nähere Begründung dieser Aussage wird nicht vorgenommen und überzeugt deswegen nicht.<sup>13</sup> Denn wie oben ausgeführt bezieht sich die laufende Betriebsführung auf die internen (zudem nicht öffentlich-rechtlichen) Entscheidungszuständigkeiten – und nicht auf die externen. Auch der Bürgermeister ist bei „Geschäften der laufenden Verwaltung“ zunächst nur intern zuständig. Die Vollziehung der internen Entscheidungszuständigkeit erfolgt dann in Anwendung der Vorschriften des § 62 Abs.2, § 63 GO und damit nach einer speziellen Ermächtigung, das Verwaltungshandeln gegenüber dem Bürger umzusetzen.

Das Verwaltungsgericht Arnberg (Urteil vom 15.11.2002, Aktenzeichen 13 K 3588/01) vertritt hingegen die Auffassung, dass die Betriebsleitung „(auch) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt. Insbesondere aus dem in der Betriebssatzung (aber auch aus § 3 Abs.1 EigVO) geregelte Befugnis zur Vertretung des Eigenbetriebes resultiere die Kompetenz, öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit durchzuführen. § 3 Abs.1 EigVO (bzw. die im konkreten Fall einschlägige Betriebssatzung) wären insoweit gegenüber § 41 Abs.3 GO bzw. § 63 GO eine „spezielle Zuweisung von Verwaltungsaufgaben“. Dieser Auffassung wird hier nicht gefolgt, weil sich dadurch der Kompetenzbereich des Betriebsleiters auf private und öffentliche Rechtsgeschäfte erstreckt und sich dadurch der Kompetenzbereich zu Lasten des Bürgermeisters rechtswidrig weit ausdehnt. Wie nachfolgend noch ausgeführt wird, gibt es gute Gründe, dass Vertretungsverhältnis lediglich auf die wirtschaftliche und damit – nach Ansicht des Verfassers – auch nicht hoheitliche Tätigkeit zu reduzieren. Würde man dies anders sehen, würde der Werkleiter bezüglich seiner übertragenen Aufgaben vollständig an die Stelle des Bürgermeisters als Behörde treten. Damit wäre sein Kompetenzbereich so deutlich eingeschränkt, dass § 2 und § 3 EigVO mit dem höherrangigen Recht kollidieren würde. Dass dies auch nicht gewollt sein kann, wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Eigenbetrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit hat. Soweit eine Behördeneigenschaft bejaht würde, suggeriert man eine rechtliche Berechtigung und Verpflichtung des (nicht rechtsfähigen) Eigenbetriebes und nicht der

9 Nicht unerwähnt bleiben soll, dass Verpflichtungsgeschäfte *auch* auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergehen können. Rehn/Cronaue (Kommentar zu § 64 GO, II.1) nennen als Beispiele: Übernahme von Straßenbaulasten, die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts. Verpflichtungsgeschäfte treten aber mehrheitlich im Zivilrecht auf.

10 Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar zu § 41 GO, 4.1.

11 Vgl. OVG Münster, Urteil vom 07.12.1988, Aktenzeichen 22 A 1013/88, DÖV 1989, 594 f.

12 LexisNexis Fundstelle LNR 1997, 13147, OVG Münster, Urteil vom 12.09.1997, Aktenzeichen 22 A 5779/96.

13 Vermutlich bezieht sich das Gericht auf die nicht eindeutige Aussage des Urteils aus dem Jahr 1988 (Vgl. FN 11), wonach **möglicherweise** [der Eigenbetrieb zur] Heranziehung zum Kostenersatz, zu Anschlussbeiträgen oder Gebühren, die nach Grund und Höhe weitgehend durch das einschlägige Satzungsrecht determiniert sind [ermächtigt ist].

(rechtsfähigen) Gemeinde. § 63 GO als unentziehbare Kompetenz des Bürgermeisters, die Gemeinde im Außenverhältnis zu vertreten, will genau dieses Missverständnis vermeiden.

Sofern man § 63 GO als ausschließliche und nicht entziehbare Kompetenz des Bürgermeisters wertet<sup>14</sup>, die Gemeinde in den „Rechts- und Verwaltungsgeschäften“ zu vertreten, dürften selbst die Bestimmungen zur „laufenden Betriebsführung“ der Betriebsleitung in Kollision mit der genannten Regelung der Gemeindeordnung treten, wenn der Betriebsleiter private Verträge abschließt. Sofern – wie oben dargestellt – die laufende Betriebsführung des Betriebsleiters auch (externe) private Verträge umfasst, würde § 3 EigVO in Widerspruch zu höherrangigem Recht treten, so dass selbst die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte im Namen des Eigenbetriebes nicht zulässig wären. Die Legitimation für den Abschluss der privaten Rechtsgeschäfte wird man dem Eigenbetrieb aber aus § 114 GO zugestehen können. Die Legitimation zur organisatorischen und wirtschaftlichen Selbständigkeit folgt unmittelbar aus § 114 Abs.2 GO. Eine solche Selbständigkeit ließe sich nicht verwirklichen, wenn der Eigenbetrieb nicht in eigener Regie private Rechtsgeschäfte abschließen könnte, um den Betrieb wirtschaftlich zu führen. Der Eigenbetrieb könnte also trotz organisatorischer und wirtschaftlicher Selbständigkeit gar nicht am „Wirtschaftsleben“ teilhaben. Insofern wird man § 114 GO diesbezüglich als Spezialregelung zu § 63 GO sehen können. Auf diese Weise ließe sich die oben skizzierte Kollisionslage auflösen, so dass die Regelungen der Eigenbetriebsverordnung mit der Gemeindeordnung in Einklang stehen.

Das Urteil des OVG Münster aus dem Jahr 1997 (siehe oben), wonach der Betriebsleiter auch einen Verwaltungsakt erlassen kann, muss nach Auffassung des Verfassers vor dem Hintergrund des Gesagten dahingehend verstanden werden, dass der Betriebsleiter als Annexkompetenz zur laufenden Betriebsführung ausnahmsweise die Behördeneigenschaft annehmen kann, wenn es sich um nicht regelmäßig wiederkehrende Fälle handelt.

### **B) Eigene – mit Außenwirkung vorhandene – öffentlich-rechtliche Wahrnehmungszuständigkeiten des Eigenbetriebes für die Gemeinde mittels Satzungsregelung?**

Im Urteil des OVG Münster aus dem Jahr 1988 ließ das Verwaltungsgericht offen, ob dem Eigenbetrieb eigene Wahrnehmungszuständigkeiten an Stelle des Rates bzw. des Bürgermeisters für den Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit übertragen werden können. Hat der Eigenbetrieb eigene Wahrnehmungszuständigkeiten, so kann er als Behörde auftreten und Verwaltungsakte erlassen.

Die mögliche Übertragung von Zuständigkeiten ist unter Heranziehung der Regelungen der Gemeindeordnung zu klären. Notwendig ist, dass Zuständigkeiten vom Rat oder Bürgermeister auf die Werkleitung übertragen werden.

Dies wiederum ist denkbar, indem der Rat eine Zuständigkeitsverlagerung mittels der Betriebsatzung auf die Werkleitung des Eigenbetriebes vornimmt<sup>15</sup>.

Die Betriebsatzung wird von der Gemeindevertretung beschlossen (§ 41 Abs.1 S.2 lit.f) GO iVm EigVO). Sie ist das grundlegende

innere Organisationsstatut des Eigenbetriebes. Während die Gemeindeordnung und die Eigenbetriebsverordnung für alle Eigenbetriebe Anwendung findet, stellt die Betriebsatzung die speziellen Regelungen für den einzelnen Eigenbetrieb auf. Zahlreiche Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung (§ 2 Abs.2 S.3: Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten, wenn die Betriebsleitung aus mehreren Betriebsleitern besteht; § 5 Abs.2: die Regelung zur Zusammensetzung des Betriebsausschusses; § 5 Abs.5 S.3: die Zuständigkeiten des Betriebsausschusses vorbehaltlich der laufenden Betriebsführung durch den Betriebsleiter; § 9 Abs.1: Festsetzung von Gegenstand und Wert des ausgegliederten Vermögens und der Schulden des Eigenbetriebes; § 9 Abs.2 und § 22 Abs.2: Festsetzung des Stammkapitals) ermächtigen den Rat, Regelungen in der Betriebsatzung zu treffen. Diese betreffen den internen laufenden Geschäftsbetrieb, die Befugnisse und die Zuständigkeitsverteilung der verschiedenen Organe zueinander, ohne jedoch in die festgelegten Zuständigkeitsvorschriften der Gemeindeordnung einzugreifen. Mit anderen Worten: Es werden lediglich die Kompetenzen und Zuständigkeiten der inneren Gemeindeverwaltung abgegrenzt.

Die Betriebsatzungen müssen allgemein die Anforderungen an das kommunale Normensetzungsverfahren erfüllen und mit dem höherrangigen Recht in Einklang stehen. Hierzu gehört zum einen die Einhaltung des Verfahrens und der Form. Zum anderen sind materiell-rechtlich insbesondere das höherrangige Eigenbetriebsgesetz sowie die höherrangige Gemeindeordnung (vgl. § 133 GO) zu beachten.

Nach der Gemeindeordnung sind z.B. die Erhebung von Kanalanschlussgebühren und sonstige Kostenbeiträge sowie die Durchführung des Anschluss- und Benutzungszwangs als Geschäfte der laufenden Verwaltung zu qualifizieren, da sie regelmäßig wiederkehrend vorkommen und nicht von weittragender politischer Bedeutung sind.<sup>16</sup> Damit fallen sie in die interne Zuständigkeit des Bürgermeisters (§ 41 Abs.3 GO). Die Geschäfte der laufenden Verwaltung werden aber auf den Bürgermeister nur kraft einer gesetzlich fingierten Delegation übertragen.<sup>17</sup> Originär ist der Rat zuständig. Damit ist es möglich, dass sich der Rat zumindest einen Teil der Geschäfte wieder zurückholen kann (Rückholrecht des Rates) und in eigener Zuständigkeit entscheiden kann. Dabei ist es nach dem Wortlaut auch möglich, dass er diese Geschäfte einzelnen Ausschüssen oder einer Bezirksvertretung (soweit diese nach § 37 GO zuständig ist) zuweisen kann (sogn. Subdelegation). Gemäß § 114 Abs.2 S.2 GO ist es auch denkbar, dass die zurückgeholt Zuständigkeit des Rates auf den Betriebsausschuss delegiert wird.

Eine Übertragung von Zuständigkeiten des Rates auf die Werkleitung des Eigenbetriebes sieht die Gemeindeordnung nach dem Wortlaut nicht vor.

Allerdings könnte argumentiert werden, dass der Rat bei einer Satzungsregelung zuständig bleibt. Durch einen entsprechenden Beschluss könnte der Rat die Satzungsregelung ändern und seine Zuständigkeit wieder herbeiführen. Insofern bleibt der Rat originär zuständig. Auf diesem Wege könnte eine weitere Delegation zu rechtfertigen sein.

Für diese – juristisch gewagte – erweiterte Auslegung in diesem Sinne spricht, dass damit die Verselbständigungsbestrebungen in private Unternehmen und Eigenbetriebe berücksichtigt wird.

<sup>14</sup> Friedel Erlenkämper, in Articus/Schneider, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Kommentar zu § 63 GO.

<sup>15</sup> Diese Frage ist nicht nur im Urteil des OVG Münster unter FN 11 offengelassen A 488/05.

<sup>16</sup> Ausdrücklich bestätigend: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar zu § 41 GO, 4.1.

<sup>17</sup> Sundermann, Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 7. Auflage, Abschnitt F, S.161, RN 4.

Gegen eine erweiterte Auslegung der Vorschrift spricht der Wortlaut des § 41 Abs.3 GO sowie die Systematik der Gemeindeordnung, die dem Bürgermeister eine besondere Stellung, insbesondere in seiner Funktion als Behörde, einräumt:

- Der Bürgermeister ist direkt gewählt und hat daher eine starke Stellung innerhalb der Gemeindeverwaltung. Deswegen wird sogar das Rückholrecht des Rates, dass die besondere unmittelbare demokratische Legitimation des Bürgermeisters nicht ausreichend berücksichtigt, als nicht mehr zeitgemäß und inzwischen nicht mehr systemkonform kritisiert.<sup>18</sup> Nun soll nicht nur der Bürgermeister gegenüber dem Rat, sondern sogar gegenüber der Werkleitung einen Kompetenzverlust erfahren. Das ist mit der besonderen Stellung des Bürgermeisters kaum vereinbar.
- Der Bürgermeister ist die allgemeine Behörde der Gemeinde, der die Beschlüsse der Ausschüsse und des Rates ausführt (§ 62 Abs.2 S.2 GO). Soweit die Werkleitung des Eigenbetriebes nun als Organ qualifiziert wird, ist nicht erkennbar, dass deren rechtliche Stellung über die des Ausschusses oder des Rates hinausgehen soll und eine Gleichstellung mit dem Bürgermeister als Behörde erfolgen soll. Sowohl § 62 Abs.2 GO als auch § 63 GO sind abschließende Spezialregelungen. „Dies bedeutet, dass der Bürgermeister – nicht entziehbar und nicht einschränkbar durch den Rat – die Gemeinde rechtswirksam und damit bindend im Außenverhältnis vertritt. Hieraus folgt, dass der Bürgermeister dazu berufen und berechtigt ist, die Gemeinde ... bei öffentlich-rechtlichem Handeln als Behörde ... zu vertreten“.<sup>19</sup>
- Die Gemeindeordnung ist durch ein ausgeprägtes System von „Checks und Balances“ zwischen Rat und Bürgermeister geprägt. Beschlüsse des Rates bzw. Ausschüsse werden bspw. durch den Bürgermeister auf seine Rechtmäßigkeit nach § 54 Abs.2 bzw. § 54 Abs.3 GO kontrolliert. Eine solche Kontrollbefugnis sieht weder die Gemeindeordnung noch die Eigenbetriebsverordnung gegenüber dem Betriebsleiter des Eigenbetriebes vor. Allerdings ist nach § 6 Abs.1 EigVO der Bürgermeister der Dienstvorgesetzte der Mitarbeiter des Eigenbetriebes und kann nach § 6 Abs.2 EigVO auch Weisungen erteilen. Dieses Recht wird in seiner Bedeutung allerdings abgeschwächt, weil bei Meinungsverschiedenheiten letztendlich der Betriebs- bzw. Hauptausschuss entscheidet. Außerdem besteht das Weisungsrecht nur „im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltungsführung“.
- Aus der fehlenden Rechtsfähigkeit des Eigenbetriebes (§ 1 EigVO) kann geschlossen werden, dass sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden hat, zwar eine organisatorisch-wirtschaftliche selbständige Verwaltungseinheit zu schaffen, nicht aber eine rechtliche. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers und dessen vorgenommene Kompetenzverteilung soll das Handeln der Gemeinde über den Bürgermeister ihr zugerechnet werden (§ 63 GO). Im Gegensatz zu Bürgermeister, Rat und Ausschuss besteht bei den Organen des Eigenbetriebes grds. keine unmittelbare demokratische Legitimation. Darüber hinaus ist der Bürgermeister für die Leitung und Beaufsichtigung des Geschäftsganges der gesamten Verwaltung zuständig (§ 62 Abs.1 S.2 GO, Organisationshoheit des Bürgermeisters). Der nicht rechtsfähige Eigenbetrieb ist ein Teil dieser Verwaltung. Dies wird daran deutlich, dass sich das Ergebnis des Eigenbetriebes im Haushaltsplan der Gemeinde

wiederfindet. Die Kompetenzverteilungen der Gemeindeordnung würden ad absurdum geführt, wenn eine lediglich organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit der Gemeinde die Stellung des Bürgermeisters als Behörde einnehmen soll. Denn wegen der fehlenden Rechtsfähigkeit des Eigenbetriebes wird die Gemeinde aus den Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet, und nicht der Eigenbetrieb.

- Mit der Organisationshoheit einher geht das Recht, Geschäfte der Verwaltung auf einzelne Mitarbeiter zu verteilen. Dieses Recht wird nunmehr deutlich eingeschränkt, weil die laufende Betriebsführung durch den Betriebsleiter „selbständig“ erfolgt (§ 2 Abs.1 S.1 EigVO). Anders als beim Rückholrecht nach § 41 Abs.3 GO, wonach der Rat sich einen bestimmten Kreis von Geschäften vorbehalten kann, wird der Bürgermeister wesentlich stärker entmachtet, weil der Rat über den Eigenbetrieb seine „eigene Verwaltung“ aufbauen könnte und über einen „wohlgesonnenen Werkleiter“ seine eigene Exekutive schafft; denn der Werkleiter wird durch den Rat bestellt und abberufen (§ 4 EigVO).
- Soweit man eine Behördeneigenschaft des Werkleiters eines Eigenbetriebes anerkennen würde, entsteht das Problem einer unscharfen Trennung zwischen den Aufgaben des Bürgermeisters und des Werkleiters. So ist z.B. die Folgefrage zu klären, wer für die Vollstreckung der erlassenen Verwaltungsakte zuständig sein soll. Bei einer teleologischen Betrachtung dieses Problems muss eher zugunsten der Behördeneigenschaft des Bürgermeisters entschieden werden. Denn § 63 GO soll sicherstellen, dass im Rechtsverkehr der Bürgermeister im Namen der Gemeinde Erklärungen abgibt. Der Bürger soll also nicht gezwungen sein im Einzelfall nachzuprüfen, ob der Bürgermeister auch die notwendige Vertretungsmacht besaß.<sup>20</sup>

### C) Ergebnis

Eine Satzungsregelung, die die Kompetenzen des Bürgermeisters bzw. des Rates auf die Werkleitung des Eigenbetriebes verteilt, widerspricht daher der Systematik der Gemeindeordnung. Diese sieht grundsätzlich nur drei Organe vor, die auch mit Außenzuständigkeit und damit als Behörde tätig werden können: Der Rat, der Bürgermeister und den Ausschuss mit Entscheidungsbefugnis. Dabei werden Rat und Ausschuss nur im Ausnahmefall als Behörde tätig. Regelmäßig ist der Bürgermeister nach den Vorgaben der Gemeindeordnung „die Behörde“. Eine Satzungsregelung, die die originär dem Bürgermeister obliegenden Geschäfte der laufenden Verwaltung auf den Eigenbetrieb delegiert und auf diesem Weg die Behördeneigenschaft des Eigenbetriebes begründen will, ist daher nach Auffassung des Verfassers nicht zulässig. Insbesondere § 63 GO ist eine unentziehbare originäre Kompetenz des Bürgermeisters, (öffentlich-rechtliche) Willenserklärung für die Gemeinde abzugeben. Soweit es sich wie hier um eine Organisation handelt, deren Handeln der Gemeinde wegen ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit zugeordnet wird, muss die Bestimmung des § 63 GO berücksichtigt werden und wird nicht durch untergeordnetes (Satzungs-) Recht oder einer anderweitigen (Eigenbetriebs-) Spezialregelung verdrängt. Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten bzw. die Befugnis zu hoheitlicher Tätigkeit ergibt sich auch nicht direkt aus der Eigenbetriebsverordnung, § 2 und § 3 EigVO, wonach dem Betriebsleiter die

<sup>18</sup> Vgl. FN 17, S. 162, RN 5; Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar zu § 41 GO, 4.1.

<sup>19</sup> FN 14.

<sup>20</sup> Vgl. FN 7, § 63 GO, II.1.

„laufende Betriebsführung“ obliegt und er den Eigenbetrieb „vertritt“, bezieht sich auf die wirtschaftliche Führung des Betriebes. Eine weite Auslegung der Vorschrift zugunsten des Betriebsleiters als Behörde würde ebenfalls in Kollision zur Kompetenzordnung der Gemeindeordnung geraten. Insbesondere die Rechte des Bürgermeisters würden unzulässig weit eingeschränkt. Der nichtrechtsfähige Eigenbetrieb ist dazu berufen, *wirtschaftlich* zu handeln. Diese Aufgabe resultiert direkt aus § 114 GO, so dass zwar die Befugnis des Betriebsleiters zum Abschluss von privaten Rechtsgeschäften zur Wahrung des „wirtschaftlichen Handelns“ besteht und insoweit eine Spezialregelung zu §§ 41 Abs.3 GO, 63 GO vorliegt; weder § 114 GO noch die EigVO

enthalten aber Ermächtigungen zum Erlass von hoheitlichen Verwaltungsakten, die für das wirtschaftliche Handeln nicht notwendig sind. Der Eigenbetrieb hat daher weiterhin den Kopfbogen des „Bürgermeisters“ zu verwenden. Die Anforderungen an die Gestaltung des Kopfbogens sind nicht besonders hoch, weil dieser die Behörde nur „erkennen lassen muss“. Eine besondere Hervorhebung der juristischen Person oder der Behörde ist also nicht notwendig. Sie müssen nur erscheinen.<sup>21</sup>

21 Vgl. Verwaltungsgericht Aachen, Urteil vom 23.10.2008, Aktenzeichen 4 K 433/07.

Marcel Wemdzio und Ralf Ramin\*

## Offshore-Windparks und Schutz von Fischereirechten Dritter

*Anmerkung zum Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. April 2010 – 2 BvR 2179/04 mit einem Beispiel zu schützender Rechte Dritte („Muschelfischer-Fall“)*

Nach erfolglos gebliebenem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Hamburg<sup>1</sup> in erster und vor dem Hanseatischen Oberverwaltungsgericht<sup>2</sup> in zweiter Instanz (Antrag auf Zulassung der Berufung), wandten sich als Beschwerdeführerinnen – Bf. – mehrere Betriebe der Hochseefischerei im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht – BVerfG –. Insbesondere gestützt auf ihre Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgarantie) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) sowie aus Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutz) versuchten die Bf. gegen die Genehmigung eines Offshore-Windparks nach § 3 SeeAnIV in der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) der Bundesrepublik Deutschland rechtlich vorzugehen. Der Beschwerdeantrag wurde vom BVerfG mit Beschluss vom 26. 4. 2010<sup>3</sup> nicht angenommen. Unter direktem Bezug auf die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen der Hamburger Gerichte bestätigt das BVerfG die Auffassung, dass die von den Bf. angeführten Grundrechte, obwohl sie betroffen sind, keine Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eröffnen.<sup>4</sup> In Bezug zu § 3 SeeAnIV wird für den beschriebenen Fall eine mögliche Klagefähigkeit in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot abgelehnt.<sup>5</sup> Eine drittschützende Wirkung der Regelungen zur Genehmigung von Windenergieanlagen im § 3 SeeAnIV wird damit prinzipiell abgesprochen.<sup>6</sup> Nachdem die Autoren die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kurz dargestellt (I.) und analysiert haben (II.), will der vorliegende Beitrag die Ausnahmemöglichkeit eines Drittschutzes entsprechender Fälle im Bereich der Fischerei anhand eines Beispiels kurz beschreiben (III.).

\* Assessor iur. Marcel Wemdzio, LL.M. (Umweltrecht) und Assessor iur. Ralf Ramin sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften (Professor Dr. Edmund Brandt) an der Technischen Universität Braunschweig. Das rechtliche Problem und der Fall „Die Muschelfischer vor Norderney“ wurden im Wintersemester 2010/2011 in der Vorlesung Recht der erneuerbaren Energien vorgestellt.

1 VG Hamburg NuR 2004, 548 ff.

2 OVG Hamburg NuR 2005, 50 ff. = ZUR 2005, 208 ff.; NJOZ 2004, 4126 ff.

3 BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 ff.

4 BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 (556).

5 Vgl. OVG Hamburg NuR 2005, 50 (51) = NJOZ 2004, 4126 (4129); VG Hamburg NuR 2004, 548 (549).

6 So auch Keller, ZUR 2005, 184 (187, 191), aber auch aus Brandt/Gafner, SeeanlagenV, 2002, § 3 Rn. 75 f.

### I. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. April 2010

#### 1. Sachverhalt

Die Bf. wenden sich gegen die Genehmigung eines Offshore-Windparks. Die Bf. sind Betriebe der Hochseefischerei. Sie beschäftigen sich vorwiegend mit dem Fang von Frischfisch und verfügen über jeweils ein oder zwei Fischereifahrzeuge. Mit dem angegriffenen Bescheid vom 9. 11. 2001 erteilte das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, eine Behörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, einem Windanlagenbetreiber die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwölf Windenergieanlagen in einem näher bezeichneten Gebiet in der Nordsee innerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) der Bundesrepublik Deutschlands, etwa 43 bis 50 km nordwestlich der Insel Borkum. Die Genehmigung des Vorhabens beruht auf § 3 der Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres, einer Vorschrift, die auf die Verordnungsermächtigung in § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 4a, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 1 Nr. 10a des Seeaufgabengesetzes gestützt ist. Gegen den genannten Genehmigungsbescheid legte eine Bf. erfolglos Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 10. 10. 2002 wurde durch das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie der Widerspruch einer der Bf. zurückgewiesen. Der Widerspruch sei unbegründet, da die angefochtene Genehmigung nicht rechtswidrig und die Widerspruchsführerin nicht in eigenen Rechten verletzt sei. Daraufhin erhob die Bf. im November 2002 Klage zum VG Hamburg. Das VG Hamburg wies die Klage mit dem angegriffenen Urteil vom 25. 3. 2004 mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) als unzulässig ab, da § 3 SeeAnIV keinen Drittschutz vermittele, sondern nur Schutzgüter der Allgemeinheit nenne.<sup>7</sup> Den Antrag auf Zulassung der Berufung wies das OVG Hamburg mit weitgehend gleicher Begründung zurück.<sup>8</sup>

7 VG Hamburg NuR 2004, 548 ff.

8 OVG Hamburg NuR 2005, 50 ff. = ZUR 2005, 208 ff.; NJOZ 2004, 4126 ff.



## 2. Vortrag der Beschwerdeführerinnen

Mit ihrer am 6. 11. 2004 eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügen die Bf. eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG. Die angefochtene Genehmigung ermögliche ein Vorhaben, welches bei seiner Umsetzung dazu führen werde, dass die Bf. früher oder später ihren Gewerbebetrieb und damit ihren Beruf nicht mehr ausüben könnten. Die Genehmigung sei rechtswidrig und könne den Eingriff in das Eigentumsgrundrecht und die Berufsfreiheit der Bf. nicht rechtfertigen. Dies hätten die Verwaltungsgerichte verkannt, als sie die Anfechtungsklage mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) als unzulässig abgewiesen hätten bzw. die Berufung nicht zugelassen haben. Zu den einzelnen erhobenen Rügen führen die Bf. aus:

Art. 14 Abs. 1 GG schütze das Recht der Bf. am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Eingriff in jenes Grundrecht der Bf. liege unmittelbar in der Genehmigung für die Errichtung des Offshore-Windparks begründet. Die Fangmöglichkeiten der Hochseefischerei würden schrittweise völlig aufgehoben, weil durch viele kleine Schritte der Eindruck erweckt würde, es handele sich jeweils nur um so marginale Einschränkungen, dass sie den Fischern zumutbar seien. Die Realisierung des genehmigten Vorhabens begründe zudem eine erhebliche Gefahr für eine Öl- oder Chemiekatastrophe, verursacht durch ein erhöhtes Kollisionsrisiko insbesondere von Tankschiffen vor allem während der Ausbauphase.<sup>9</sup> Das sei bei der Erteilung der Genehmigung nach § 3 SeeAnIV an die Anlagenbetreiber nicht hinreichend berücksichtigt worden.

Die vorliegende Genehmigung stelle nicht nur eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dar, sondern laufe faktisch auf eine Beschränkung der Berufswahlfreiheit hinaus, weil sie wirtschaftlich einer Zulassungsbeschränkung in ihrer Auswirkung nahekomme. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie die Berufsfreiheit lasse sich nicht rechtfertigen. Es fehle schon die hinreichende gesetzliche Grundlage; denn es hätte für die Einschränkung der Grundrechte der Bf. eines Parlamentsgesetzes bedurft.

## 3. Entscheidung und Begründung des Bundesverfassungsgerichts

In einer vorangestellten Frage musste sich das BVerfG bei seinem Beschluss dem Problem der Grundrechtswirkung in der AWZ widmen. Dazu entschied das Gericht, dass die Grundrechte die vom Grundgesetz verfasste deutsche öffentliche Gewalt auch binden, soweit Wirkungen ihrer Betätigung außerhalb des Hoheitsbereichs der Bundesrepublik Deutschland eintreten.<sup>10</sup>

Die Fanggründe in der Nordsee und der dortige Fischreichtum gehören allerdings nicht zu dem von Art. 14 GG geschützten Eigentum und begründen deshalb für Betriebe der Hochseefischerei keine Befugnis für eine Klage gegen die Genehmigung von Meeres-Windenergieanlagen. Die bloße schwere Beeinträchtigung der Fangmöglichkeiten stellt auch noch keinen Eingriff in das möglicherweise von Art. 14 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

Eine Klagebefugnis über Art. 12 GG und Art. 19 Abs. 4 GG wurde vom BVerfG abgelehnt, da kein Eingriff in eine geschützte Berufsfreiheit vorliege.

<sup>9</sup> Hinsichtlich des Kollisionsrisikos siehe VG Hamburg NuR 2004, 548 (549).

<sup>10</sup> BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 (556).

Zur Begründung führt das Gericht aus, dass eine Klagebefugnis aus Art. 14 GG nicht herzuleiten sei, weil die Fanggründe und der dortige Fischreichtum nicht zu dem von Art. 14 GG geschützten Eigentum gehören. Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergebe sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 2 GG Sache des Gesetzgebers ist.<sup>11</sup> Insoweit haben die Bf. selbst zutreffend darauf hingewiesen, dass die Rechtsordnung ein Institut wie das Eigentum in der AWZ nicht kenne. Eine – bloße – schwere Beeinträchtigung der Fangmöglichkeiten beinhalte nach Ansicht des Gerichts noch keinen Eingriff in das möglicherweise von Art. 14 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.<sup>12</sup> Die Fangmöglichkeiten seien keine Eigentumspositionen, vielmehr handele es sich um bloße Chancen und tatsächliche Gegebenheiten, die nicht dem geschützten Bestand zuzurechnen sind.<sup>13</sup>

Die Hamburger Verwaltungsgerichte sind zutreffend davon ausgegangen, dass die Bf. mit ihrem Vorbringen zu Art. 12 GG keinen Erfolg haben können. Das BVerfG ist daher der Ansicht, dass es vorliegend offenbleiben kann, ob Eingriffe in die von Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit eine berufsregelnde Tendenz voraussetzen.<sup>14</sup> Jedenfalls haben die Bf. – auch in ihrer Verfassungsbeschwerdeschrift – nicht dargelegt, dass die angegriffene Genehmigung ihnen die Grundlage für die Ausübung ihres Berufes entziehen könnte, oder, dass die tatsächlichen Auswirkungen der Genehmigung zu einer Beeinträchtigung der freien Berufsausübung führen könnten. Die mit der vorliegenden Genehmigung verbundene Sperrung eines Gebiets in Relation zum räumlichen Geltungsbereich der den Bf. erteilten Fischereierlaubnisse ist von verschwindend geringem Umfang, so dass sie allenfalls mittelbare Auswirkungen auf die Ausübung der beruflichen Fischerei haben kann, indem sie den Bf. einen marginalen Teil ihrer Fanggründe entzieht.

Schließlich ergebe sich auch aus dem Vorbringen der Bf. zu Art. 19 Abs. 4 GG kein Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung. Die Verfassungsnorm des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantiere den Rechtsweg, wenn jemand behauptet, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Ein Verstoß gegen diese Grundrechtsbestimmung setze eine im Interesse des Einzelnen gewährte Rechtsposition voraus, deren Verletzung durch die Exekutive vom Bürger geltend gemacht wird; denn zum Schutz derartiger Rechtspositionen ist der Rechtsweg verfassungsrechtlich garantiert.<sup>15</sup> Hingegen kann weder durch die Verletzung rein wirtschaftlicher Interessen noch durch die Verletzung von Rechtssätzen, die die Interessen der Allgemeinheit schützen und somit nur aus einer sog. Reflexwirkung damit auch den Interessen des Einzelnen dienen, eine Rechtsverletzung des einzelnen Betroffenen angenommen werden.<sup>16</sup> Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nämlich nicht selbst den sachlichen Bestand oder den Inhalt einer als verletzt behaupteten Rechtsstellung: Sie richtet sich vielmehr nach der Rechtsordnung im Übrigen.<sup>17</sup> Von den Fällen der Grundrechte und sonstiger verfassungsmäßiger Rechte abgesehen, bestimmt der Gesetzgeber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zusteht und welchen Inhalt es

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 53, 257 (292); 58, 81 (109 f.); BVerfG NJW 1986, 1159 (1160); NVwZ 2009, 1025 (1028).

<sup>12</sup> Noch offengehalten, in BVerfGE 105, 252 (278).

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG NJW 1980, 383 (386).

<sup>14</sup> Vgl. u. a. BVerfGE 95, 267 (302); BVerfGE 97, 228 (254).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG NJW 1990, 2249.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 31, 33 (39 f.).

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 61, 82 (110).

hat.<sup>18</sup> Demnach gewährt Art. 19 Abs. 4 GG den Bf. lediglich effektiven Rechtsschutz gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt in ihre eigenen Rechte. Eine darüber hinausgehende Verleihung weitergehender Rechte kommt durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Betracht. Die Rechtsschutzgarantie verleiht demzufolge keine der von den Bf. Vorgetragenen Rechte. Vorliegend scheidet eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls daran, dass das OVG Hamburg als Berufungsgericht insoweit ausdrücklich eine Alternativbegründung vornahm und sich nicht auf die Erwägungen zur fehlenden Klagebefugnis beschränkte. Danach hätte auch eine zulässige Klage in der Sache keinen Erfolg gehabt, weil es an einer Verletzung der Rechte der Klägerin in jenem Verfahren und einem daraus folgenden Abwehr- bzw. Aufhebungsanspruch fehle. Die Bf. sind mithin nicht dadurch beschwert, dass das VG die Klage mangels Klagebefugnis schon als unzulässig und nicht erst mangels Rechtsverletzung als unbegründet abwies.

## II. Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG nimmt in seiner Entscheidung zutreffend an, dass für einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit bzw. deren Ausübungsaspekt, § 3 SeeAnlV „objektiv berufsregelnde Tendenz“<sup>19</sup> zukommen müsste. Es führt nachvollziehbar aus, dass durch die Genehmigung eines Windparks die berufliche Tätigkeit der Hochseefischerei nicht nennenswert behindert wird, da der im Vergleich zum gesamten Fanggebiet ausgenommene Bereich des Windparks als verschwindend gering anzusehen ist.<sup>20</sup> Eine andere Beurteilung kann sich aber für zukünftig geplante Ausbauphasen von Offshore-Windparks ergeben, sofern diese wesentliche Teile der Fanggründe in Nord- und Ostsee überziehen sollten oder hierdurch eine für die Berufsfischerei wichtige Fischart deutlich zurückgeht.<sup>21</sup> Nicht richtig ist aber, dass es nach Ansicht des BVerfG kein Institut wie das Eigentum im Sinne von Art. 14 GG in der AWZ gäbe. Es weist selbst zutreffend drauf hin, dass die Grundrechte des Grundgesetzes für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Windparks maßgeblich sind. Dem steht nicht entgegen, dass hier die Genehmigung eines Offshore-Windparks in der AWZ der Bundesrepublik Deutschland in Rede steht. Die AWZ gehört zwar trotz der der Bundesrepublik Deutschland dort gem. Art. 56 Abs. 1 Seerechtsübereinkommen völkerrechtlich zustehenden „souveränen Rechte“ und „Hoheitsbefugnisse“ nicht zum deutschen Hoheitsgebiet. Indes binden die Grundrechte die von dem Grundgesetz verfasste deutsche öffentliche Gewalt auch, soweit Wirkungen ihrer Betätigung außerhalb des Hoheitsbereichs der Bundesrepublik Deutschland eintreten.<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund und im Zusammenspiel mit Art. 12 GG ist auch eine Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG nicht gänzlich ausgeschlossen. Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass Fanggründe und der dortige Fischreichtum nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht dem Eigentumsschutz unterliegen, da sie als bloße Erwerbsmöglichkeiten und Chancen eigentumsrechtlich nicht gesichert sind.<sup>23</sup> Ein eigentumsrechtlich relevanter Eingriff kann in

solchen Fallkonstellationen nur dann angenommen werden, wenn die Entziehung dieser Chancen einen Berufsfischer so schwer und unerträglich treffen oder den Bestand seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ernsthaft in Frage stellen würde.<sup>24</sup> Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Erträge durch die Errichtung von Offshore-Windparks in einer die Fortführung seines Gewerbebetriebs gefährdenden Weise zurückgegangen sind. Solange Berufsfischer in andere Fanggründe ausweichen und dort ihre Fangverluste ausgleichen können (was für die ersten genehmigten Pilotphasen regelmäßig der Fall sein dürfte), lehnt das BVerfG zu Recht eine Klagebefugnis ab.<sup>25</sup> Eine andere Beurteilung wäre für spätere Ausbauphasen unter Darlegung entsprechenden Zahlenmaterials aber nicht ausgeschlossen.<sup>26</sup> Konsequenz wäre derzeit, dass die Hochseefischer die erlaubte Benutzung des Meeres durch andere sowie das rechtmäßige Vorgehen Dritter ebenso hinnehmen müssten wie Veränderungen im Meer durch Naturgewalten.<sup>27</sup>

Selbst wenn die rechtliche Untersuchung einer Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG in der Begründetheit durch das BVerfG erfolgt wäre, hätte es kein anderes Ergebnis zu Folge gehabt. Die Klage hätte auch dann keinen Erfolg, da es jedenfalls an einer Verletzung der Rechte der Bf. und einem daraus folgenden Abwehranspruch – im vorliegenden Sachverhalt – gefehlt hätte.

## III. Die drittschützende Wirkung des § 3 SeeAnlV

### 1. Grundsätzliches zum Drittschutz

Auf der Grundlage der herrschenden Schutznormtheorie vermitteln Drittschutz nur solche Vorschriften, die nach dem in ihnen enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm auch der Rücksichtnahme auf die Interessen des betreffenden Dritten dienen.<sup>28</sup> Es genügt nicht, dass sich die Norm in irgendeiner Form auf private Interessen bezieht. Vielmehr muss sie dem Schutz dieser Interessen „zu dienen bestimmt“ sein. Maßgeblich ist also, dass der Gesetzgeber bzw. das Gesetz bestimmte Interessen in besonderer Weise schützen will, dass der Gesetzgeber den Schutz in das „Entscheidungsprogramm“<sup>29</sup> aufgenommen hat. Deutlich wird dies etwa, wenn der VGH Mannheim betont, dass nicht jede Norm des öffentlichen Rechts, die in die Interessenssphäre bestimmter Rechtssubjekte hineinwirkt, über ihren objektiv-rechtlichen Geltungsanspruch hinaus drittschützenden Charakter habe. Maßgebend ist nicht eine vorgegebene Abgrenzung von öffentlichen und privaten Interessen, sondern eine normative Entscheidung, subjektive Rechte zu begründen.<sup>30</sup>

Dementsprechend geht es bei der Frage, ob eine Norm Drittschutz vermittelt, nicht um den Nachweis individueller Interessen, sondern um die Feststellung des gesetzlich Gewollten im Wege der Auslegung. Entscheidend ist zunächst der Wortlaut. Enthält er eine klare individualisierte berechtigende Formulierung, so liegt ein subjektives

18 Vgl. BVerfGE 78, 214 (226).

19 U.a. BVerfGE 70, 191 (214); 95, 267 (302); 97, 228 (253 f.); 98, 218 (258); 113, 29 (48).

20 OVG Hamburg NuR 2005, 50 (51) = ZUR 2005, 208 (209) = NJOZ 2004, 4126 (4130); vgl. auch VG Hamburg NuR 2004, 548 (550).

21 Keller, ZUR 2005, 184; siehe auch Palme/Schumacher, NuR 2004, 773 (775).

22 BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 (556).

23 BVerfG NuR 1983, 157 (158) = NVwZ 1983, 151 (152) mit Verweis auf BGH NJW 1966, 1120 (1121); siehe aber auch bereits BVerfGE 45, 142 (173).

24 BVerfGE 36, 248 (251).

25 So auch bereits OVG Hamburg NuR 2005, 50 (52) = ZUR 2005, 208 (210) = NJOZ 2004, 4126 (4131).

26 Ebenso Palme/Schumacher, NuR 2004, 773 (775).

27 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2003, 642 (643); vgl. auch bereits BGH NJW 1966, 1120 (1122); Keller, ZUR 2005, 184.

28 Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Aufl., 2009, Einl. Rn. 20; auch aus BVerfG NVwZ 1989, 1157 (1160).

29 BVerfG NJW 1995, 1628; aber auch aus BVerfG NJW 1997, 3013 (3014).

30 Vgl. VGH Mannheim NVwZ 1990, 484 (485).

Recht vor. Wo der Gesetzgeber umgekehrt einem Rechtssatz ausdrücklich jeden subjektiv-rechtlichen Gehalt abgesprochen hat, ist diese Entscheidung grundsätzlich zu respektieren.<sup>31</sup>

Wenn der Wortlaut eines Rechtssatzes keine klare subjektiv-rechtliche Fassung aufweist, ist der gleichwohl mögliche subjektiv-rechtliche Gehalt nach Maßgabe der anderen Interpretationsregeln (historisch, systematisch, teleologisch) zu erforschen. Eine gewisse Rolle spielt hier der nachweisliche Wille des historischen Normsetzers (historische Auslegung). Lässt er positiv eine entsprechende Begünstigungsabsicht erkennen, so kommt es regelmäßig auf weitere Interpretationsregeln nicht mehr an.<sup>32</sup>

Die Schutznormlehre neuerer Prägung stellt vor allem auf den objektivierten Normzweck, die Normstruktur und das umgebende Normengefüge ab.<sup>33</sup> Das Gewicht der einzelnen Kriterien variiert nach Regelungsbereichen. Normen eines kleinräumigen Interessenausgleichs erfordern eine andere Gewichtung als solche großdimensionierter Planungsentscheidungen. Verfahrensregelungen und Organisationsvorschriften wiederum können nicht schematisch wie materielle Normen auf ihren subjektiv-rechtlichen Gehalt untersucht werden. Die bei der Individualisierung zu leistende Abgrenzung zum Schutz von reinen Allgemeininteressen fragt danach, inwieweit der Interessenschutz des Rechtssatzes in einer spezifischen Weise dem Rechtskreis des Einzelnen zugeordnet werden kann.<sup>34</sup>

## 2. Grundsätzliches zum Gebot der Rücksichtnahme

Darüber hinaus wird durch ein sog. Gebot der Rücksichtnahme ein Drittschutz von Rechtsnormen vermittelt. Es handelt sich dabei um eine aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) entwickelte „Auslegungshilfe“<sup>35</sup> für die Anwendung der Zulässigkeitsvorschriften der §§ 31 Abs. 2, 34 und 35 BauGB sowie § 15 Abs. 1 BauNVO. Der Zweck des Gebots liegt darin, in materiellem Zulässigkeitsrecht sicherzustellen, dass „einander abträgliche Nutzungen nur in rücksichtsvoller Weise einander zugeordnet werden“.<sup>36</sup> In der Bauleitplanung ist das so verstandene Gebot der Rücksichtnahme Aufgabe der planerischen Entscheidung und wird durch die Anforderungen des Abwägungsgebots selbst gewährleistet. Diesen Zwecken dienen insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Gebot der Konfliktbewältigung und die Verpflichtung zur gerechten Abwägung der privaten und öffentlichen Belange.<sup>37</sup> Dem mittlerweile anerkannten Rechtsinstitut „Gebot der Rücksichtnahme“ kommt nur insofern nachbarschützende Wirkung zu, als in qualifizierter und individualisierter Weise auf schützenswerte Interessen eines von der Allgemeinheit zu unterscheidenden Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.<sup>38</sup> Die Frage, wann das Rücksichtnahmegebot verletzt ist, kann wegen der auf den Einzelfall abstellenden Betrachtungsweise nicht allgemeingültig beantwortet werden. Das BVerwG stellt die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen dem Interesse des betroffenen Nachbarn an der Einhaltung der Fest-

setzungen des Bebauungsplans und damit an einer Verhinderung von Beeinträchtigungen und Nachteilen sowie den Interessen des Bauherrn deutlich heraus.<sup>39</sup> Grundsätzlich ist anzunehmen, je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugutekommt, umso mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Bei diesem Ansatz kommt es für die sachgerechte Beurteilung des Einzelfalles wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem an, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist.<sup>40</sup>

## 3. Übertragung der Grundsätze auf § 3 SeeAnIV

Inwieweit sich die Grundsätze auf § 3 SeeAnIV übertragen lassen, soll im Folgenden geklärt werden.

Dabei fällt am Wortlaut des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV auf, dass die Vorschrift insbesondere dem Schutz der Meeresumwelt im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1982<sup>41</sup> vor einer Verschmutzung dienen soll. Hieraus könnte sich für Berufsfischer ein drittschützender Gehalt der Norm ergeben. Es trifft zu, dass die dortige Definition des Begriffes der „Verschmutzung der Meeresumwelt“ die Interessen der Fischerei in den Blick nimmt. Verschmutzung meint nämlich die unmittelbare oder mittelbare Zuführung von Stoffen in die Meeresumwelt, aus der sich abträgliche Wirkungen wie eine Schädigung der lebenden Ressourcen, eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit, eine Behinderung der maritimen Tätigkeiten einschließlich der Fischerei und der sonstigen rechtmäßigen Nutzung des Meeres ergeben oder ergeben können.<sup>42</sup> Das so umgesetzte Seerechtsübereinkommen soll aber insoweit ersichtlich nur völkerrechtliche Pflichten gegenüber den Vertragspartnern des Übereinkommens und nicht – innerstaatliche – subjektive Rechte einzelner Fischer begründen. Aus der völkerrechtlichen Herleitung erscheint es daher ausgeschlossen, dass das Übereinkommen mit der beispielhaften Nennung der Fischerei als einer maritimen Tätigkeit und einer rechtmäßigen Nutzung des Meeres den Fischern eigene Rechte verschaffen sollte.<sup>43</sup> Dem entspricht die Rechtsprechung des BVerwG<sup>44</sup> für die vergleichbare Problematik der Genehmigung zur Verklappung von Dünnsäure nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes zu den Übereinkommen vom 15. 2. 1972 und 29. 12. 1972 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen durch Schiffe und Luftfahrzeuge vom 11. 2. 1977.<sup>45</sup> Diese Genehmigungsnorm vermittelt nicht deshalb einen allgemeinen Drittschutz, weil sie als Schutzgut u. a. auch die rechtmäßigen Nutzungen des Meeres erwähnt. Ebenso wie in Absatz 3 a der Anlage III im Übereinkommen zur Ver-

31 Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Rn. 137 (42. ErgLief., 2003).

32 Vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn. 31), Art. 19 Abs. 4 Rn. 138.

33 Schlichter, NVwZ 1983, 641 (642 f.).

34 Schmidt-Aßmann, (Fn. 31), Art. 19 Abs. 4 Rn. 139.

35 Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzenberg, BauGB-Kommentar, § 1 Rn. 210 (78. ErgLief., 2005).

36 Schlichter, Berliner Kommentar-BauGB, 3. Aufl., 2009, Vorb. zu §§ 29 ff. Rn. 34.

37 Söfker/Runkel, (Fn. 35) § 1 Rn. 210.

38 BVerwG NJW 1978, 62 (63); NJW 1990, 1192 (1193); NVwZ-RR 1999, 8; Keller, ZUR 2005, 184 (189).

39 Söfker, (Fn. 35) § 34 Rn. 50 (80. ErgLief., 2006).

40 BVerwG NJW 1978, 62 (63).

41 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, siehe ABl. EG 1998 L 197, 3 ff., in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zu dem Seerechtsübereinkommen der Ver BGBl. II 1994, 1798 ff.

42 OVG Hamburg NuR 2005, 50 (51) = ZUR 2005, 208 (209) = NJOZ 2004, 4126 (4128 f.).

43 So auch Palme/Schumacher, NuR 2004, 773 (774).

44 BVerwG NuR 1983, 157 f. = NVwZ 1983, 151 f.

45 Gesetz zu den Übereinkommen vom 15. Februar 1972 und 29. Dezember 1972 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen durch Schiffe und Luftfahrzeuge – MeerSchÜbkG –, BGBl. II 1977, 165 ff.

hütung der Meeresverschmutzung als allgemeine Erwägung die Beeinträchtigung der Schifffahrt, der Fischerei, der Erholung, der Gewinnung von Bodenschätzen etc. aufgeführt sind, ohne dass daraus auf einen subjektiv-rechtlichen Gehalt geschlossen werden kann, nennt die Definition des Begriffes der Meeresumwelt im Seerechtsübereinkommen die Fischerei, ohne damit den Fischern ein Recht auf Durchsetzung ihrer Interessen zu verschaffen. Vielmehr spricht gerade die ausdrückliche Bezugnahme in § 3 S. 2 Nr. 3 SeeAnIV auf das völkerrechtliche Seerechtsübereinkommen gegen eine individualrechtliche Schutzrichtung. Dass den Betroffenen der mit den Genehmigungsvoraussetzungen in § 3 SeeAnIV verbundene Schutz tatsächlich auch zu Gute kommen kann, genügt zur Begründung eines subjektiv-rechtlichen Gehalts der Vorschrift nicht.<sup>46</sup>

Der innerstaatliche Gesetzgeber hätte den Fischfang als überwiegendes öffentliches Interesse z.B. wie im Genehmigungstatbestand für die Verlegung und den Betrieb von Transitrohrleitungen und Unterwasserseile nach § 133 Abs. 2 i. V. m. § 132 Abs. 2 Nr. 3 lit. BergG ausdrücklich benennen müssen.<sup>47</sup>

Zu berücksichtigen wäre aber noch § 3 SeeAnIV i. V. m. dem im Baurecht entwickelten Gebot der Rücksichtnahme. Dann müsste den Berufsfischern ein Eigentumsrecht oder eine sonstige, andere Nutzungen ausschließende subjektiv-öffentliche Rechtsposition zustehen.<sup>48</sup> Nutzungsrechte an Fanggründen stehen grundsätzlich allen Interessenten im Rahmen der völkerrechtlichen, europäischen und nationalen Regelungen offen<sup>49</sup> – folglich auch Betreibern von Offshore-Windenergieanlagen. Die Berufsfischer besitzen damit weder an der durch einen genehmigten Windpark in Anspruch genommene Meeresoberfläche noch an den bestimmten Fanggründen ein Eigentumsrecht oder eine sonstige andere Nutzungen ausschließende subjektiv-rechtliche Rechtsposition.

Bereits im ähnlich gelagerten Dünnsäure-Fall hat das BVerwG<sup>50</sup> eine Anwendung des Rücksichtnahmegebots abgelehnt, weil das Verhältnis konkurrierender Meeresnutzer nicht mit den im Baurecht zu würdigenden Verhältnissen von Grundstücksnachbarn zu vergleichen ist. Die zum Baurecht angestellten Überlegungen, nach denen bei dem Hinzutreten besonderer, die Pflicht zur Rücksichtnahme qualifizierender und damit zugleich individualisierender Umstände dem objektiv-rechtlichen Gebot der Rücksichtnahme eine drittschützende Wirkung zukommen kann, seien auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Das Gebot zur Rücksichtnahme im Baurecht hat seine Grundlage in der gegenseitigen Verflechtung der baulichen Situation benachbarter Grundstücke. Durch diese Situationsgebundenheit wird das durch Art. 14 GG geschützte Grundeigentum geprägt. Sowohl Berufsfischer als auch Offshore-Anlagenbetreiber nutzen das Seegebiet, ohne dass ihnen besondere Nutzungsrechte zustehen.

Jedoch könnten sich die Berufsfischer dennoch auf Art. 14 Abs. 1 GG stützen. Das kann jedoch nicht im Zusammenhang mit einer auf § 3 SeeFischG beruhenden Fangerlaubnis geschehen. Fangerlaubnisse sprechen den Berufsfischern keine konkreten Fangerlaubnisse zu. Die lediglich für die Dauer eines Jahres erteilte Fangerlaubnis vermitteln den Berufsfischern lediglich das Recht, in dem die gesamte Nordsee oder Ostsee umfassenden Fanggebiet die ihnen zuge-

teilten Fischquoten auszufischen. Dieses Recht wird nicht dadurch beschränkt, dass ihnen nach Errichtung eines möglichen Windparks die tatsächliche Möglichkeit genommen wird, auf einer verschwindend kleinen Teilfläche der Nord- oder Ostsee auf Fischfang zu gehen.<sup>51</sup> Es kann aber dann zu einem beschränkenden Recht werden, wenn die Offshore-Windparks in naher Zukunft große Teile von Fischereigebieten in Anspruch nehmen. Dann kann man nicht mehr von kleinen Teilflächen sprechen. Es würde zu einem Verdrängungswettbewerb durch die Offshore-Anlagen kommen.

Ein Einfallstor über Art. 14 Abs. 1 GG könnte sich aus dem, den Berufsfischern zustehendem, Recht am eigenrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergeben. Die Fanggründe und der dortige Fischreichtum gehören nicht in der Weise zu dem durch Art. 14 GG geschützten Eigentum, das ihre bloße, ggf. schwere, Beeinträchtigung schon einen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellen würde.<sup>52</sup> Vermittelt werden durch die Fanggründe lediglich Erwerbsmöglichkeiten oder Chancen, die eigentumsrechtlich aber nicht gesichert sind.<sup>53</sup> Rechtsschutz und damit eine Möglichkeit der Berufsfischer sich gegen Offshoreanlagen zur Wehr zu setzen, besteht erst dort, wo eine gesetz- und rechtswidrige Entziehung dieser Chancen derart bestünde, dass der Gewerbebetrieb der Betroffenen schwer und unerträglich getroffen oder der Bestand ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ernsthaft in Frage gestellt würde.<sup>54</sup> Ein die Existenz des Gewerbebetriebes gefährdender Eingriff liegt erst dann vor, wenn absehbar ist, dass die Fischereierträge in Folge der Errichtung des Windparks in einer die Fortführung des Gewerbebetriebes gefährdenden Weise zurückgegangen sind und überdies auch ein Ausweichen in andere Seegebiete nicht möglich ist, weil der Aktionsradius des Schiffes begrenzt und die Fangplätze wegen ihrer natürlichen Bedingungen ortsgebunden sind.<sup>55</sup> Dass eine derartige Situation aber nicht unmöglich ist, soll anhand des folgenden Beispiels dargestellt werden.

#### 4. Fiktives Fallbeispiel: Die Muschelfischer vor Norderney

##### a) Sachverhalt

Petra Perlmutter (P) ist in vierter Generation die Betreiberin des Familienunternehmens „Norderney-Muschelfischerei“. Im Fanggebiet der P vor der Küste Norderneys befindet sich eine besondere Muschelart, die Norderneyseemuschel. Diese Muscheln existierten nur an zwei Orten in der Nordsee in Kolonien und werden ansonsten nur äußerst selten gefangen. In der Ostsee kommt die Spezies als Salzwassermuschel nicht vor. Trotz ihrer Seltenheit darf die P die Muscheln aufgrund ihrer hohen Reproduktionsrate im Gebiet vor der Ostfriesischen Insel fangen. Der Bestand der Muscheln wird dadurch nicht gefährdet. Dar-

46 So auch OVG Hamburg NuR 2005, 50 (51) = ZUR 2005, 208 (209) = NJOZ 2004, 4126 (4129).

47 So auch Keller, ZUR 2005, 184.

48 Vgl. Keller, ZUR 2005, 184

49 Vgl. bereits BGH NJW 1966, 1120 (1121).

50 BVerwG NuR 1983, 157 f. = NVwZ 1983, 151 f.

51 OVG Hamburg NuR 2005, 50 (51) = ZUR 2005, 208 (209) = NJOZ 2004, 4126 (4130).

52 BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 (556); OVG Hamburg NuR 2005, 50 (52) = ZUR 2005, 208 (210) = NJOZ 2004, 4126 (4130); VG Oldenburg, Urt. v. 03.06.2009 – 5 A 346/09, Rn. 45 (juris) = BeckRS 2009, 35629; VG Oldenburg, Urt. v. 03.06.2009 – 5 A 254/09, Rn. 28 (juris) = BeckRS 2009, 35628; Palme/Schumacher, NuR 2004, 773 (775); Keller, ZUR 2005, 184 (190).

53 BVerfG NJW 1980, 383 (386); NVwZ-RR 2010, 555 (556).

54 BVerwG NuR 1983, 157 (158) = NVwZ 1983, 151 (152); ebenso VG Hamburg, NuR 2004, 548 (550).

55 So aus BVerfG NVwZ-RR 2010, 555 (556); OVG Hamburg, NuR 2005, 50 (52) = ZUR 2005, 208 (210) = NJOZ 2004, 4126 (4130); VG Oldenburg, Urt. v. 03.06.2009 – 5 A 346/09, Rn. 45 (juris) = BeckRS 2009, 35629; VG Oldenburg, Urt. v. 03.06.2009 – 5 A 254/09, Rn. 28 (juris) = BeckRS 2009, 35628; Palme/Schumacher, NuR 2004, 773 (775); Keller, ZUR 2005, 184 (190).

aus ist ein hochspezialisierter Betrieb geworden, da sich mit der Norderneyseemuscheln im Gegensatz zu anderen Arten besonders hohe Gewinne erzielen lassen. Sie ist nämlich nicht nur zum Verzehr geeignet, sondern aus ihrem Fleisch kann auch eine besondere Wundsalbe hergestellt wird. Versuche, die Muscheln in Gefangenschaft zu züchten schlugen fehl. Die P besitzt eine Erlaubnis für die beiden besagten Gebiete mit einer jeweiligen Größe von 12 ha und mehrere speziell umfunktionierte Muschelfischereifahrzeuge.

Genau in dem Gebiet vor Norderney hat die Energie Ostfriesland (En-O) vom Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie den Bau von fünfzehn Windenergieanlagen genehmigt bekommen.

In dem zweiten Gebiet vor der Insel Amrum existieren heute keine Muschelkolonien der Norderneyseemuschel mehr. Grund dafür ist, dass sich die gesamte Muschelkolonie direkt nach der Inbetriebnahme von Windenergieanlagen dort auflöste, indem sich die Tiere auf die gesamte Nordsee verteilten. Das wird durch neueste, unangezweifelte wissenschaftliche Studien bestätigt und erklärt: Der erzeugte Infraschall und die erzeugte Wärme der Anlagen bewirkt, dass sich die Muscheln in ihrem Verhalten ändern und von sozialen, Kolonien bildenden Tieren in den Wasserverhältnissen vor Norderney und Amrum zu absoluten Einzelgängern wandeln. Die Reproduktion wird dadurch nachhaltig gestört. Würde der Windpark der En-O genehmigt, der im zweiten Gebiet der Muscheln liegt, wird der P die Existenz entzogen, da nach der fundierten wissenschaftlichen Studie auch hier die Muscheln ins Meer abwandern würden und dort nur noch äußerst selten und auch nur zufällig gefunden bzw. gefangen werden könnten.

#### b) Bewertung

Eine erforderliche Klagebefugnis ergibt sich für P aus dem von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Im Gebiet des genehmigten Vorhabens der En-O befinden sich wichtige Fanggründe für Muscheln. Das Vorbringen ist geeignet, nicht nur die Möglichkeit der Verletzung einer von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten eigentumsrechtlichen Position, sondern auch deren wahrhaftige Verletzung anzunehmen. Die P wäre

durch die Entziehung der Chance auf Fang der Muscheln in ihrer Existenz bedroht. Der Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes wäre ernsthaft in Frage gestellt, da sie aufgrund der speziellen Fischeifahrzeuge und ihrer hohen Spezialisierung nicht auf andere Fangbereiche ausweichen könnte. Ihre Ausbeute an Muscheln wäre annähernd gleich „Null“. Damit liegt ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor.

Gleichzeitig ergibt sich eine Klagebefugnis auch aus der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Denn durch die Genehmigung des Offshore-Windparks ist auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz deutlich zu erkennen. Die mit der vorliegenden Genehmigung verbundene Abwanderung der Muscheln, die für die P von existenzieller Bedeutung ist, hat unmittelbare Auswirkungen auf die Ausübung der beruflichen Muschelfischerei, indem sie der P ihre gesamten Fanggründe entzieht.

#### IV. Ergebnis

Aus § 3 SeeAnIV lässt sich keine drittschützende Wirkung herleiten. Doch besitzen die Berufsfischer eine Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO), wenn sie nachweisen können, dass durch den Bau von Offshore-Windparks ein schwerer Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Das bleibt jedoch schwer nachzuweisen und lässt sich mit pauschalen Behauptungen, dass sich ein geplanter Windpark im wichtigsten Fanggebiet einer Fischart liegt, ohne die Beibringung konkreter Angaben über Eckdaten, wie Fangmengen, Umsätze und Gewinne, nicht begründen. Die Sorge, dass durch die Errichtung von Windparks Fanggebiete verloren gingen, muss folgenlos bleiben, solange hiermit keine für die Berufsfischer verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen in nachvollziehbarer Weise anhand von Zahlen und/oder Fakten aufgezeigt werden. Erst wenn sich eine bestimmte Fischart nur (noch) in ganz bestimmten Gebieten befindet und der Berufsfischer sich gerade auf diese Fischart spezialisiert hat, sowie ein Ausweichen auf andere Gebiete (und wohl auch Fischarten) nicht möglich ist, lässt sich ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründen.

Wolfgang Mosbacher\*

## Der Bericht aus Berlin – Gesetzgebung des Bundes 2010 – Teil 3

In den Berichtszeitraum<sup>1</sup> fallen die Monate Juli bis Dezember 2010. Der Gesetzgeber hat nicht nur zahlreiche Gesetze verabschiedet, sondern einige erst jüngst verkündete Gesetze geändert oder plant eine solche Änderung: Die im letzten Bericht aus Berlin<sup>2</sup> noch dargestellte Verkürzung des Wehrdienstes soll nunmehr in eine Aussetzung der Wehrpflicht münden. Weiterhin ist das Stipendienprogrammgesetz bereits das erste Mal geändert worden. Zwei weitere Bundesgesetze dienen der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie und verdeutlichen die große Dimension dieser Brüsseler Regelung. Zudem sind zwei wichtige Gesetze zur Gesundheitsreform verkündet worden.

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

1 Die Bundesgesetzblätter Nr. 37 bis Nr. 68 aus dem Jahr 2010.

2 Vgl. DVP 2010, S. 328.

#### Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes

Diese Grundgesetzänderung fügt Art. 91e neu ein (BGBl. I 2010, 944). Sie betrifft inhaltlich die Verwaltungsformen, die bei der Abwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende zur Anwendung kommen können. Sie war bereits Gegenstand des letzten Berichts aus Berlin. Die Tendenz, den „Abschnitt VIII a. Gemeinschaftsaufgaben“ des Grundgesetzes auszuweiten, wird nach der Einführung des IT-Artikels 91c und des rein deklaratorischen Artikels 91d über Vergleichsverfahren mit der Föderalismusreform II also fortgesetzt. Für Freunde der grundgesetzlichen Systematik ist dies sicherlich keine positive Entwicklung. Auch die dazugehörige einfachrechtliche Änderung des SGB 2 ist nunmehr in dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitssuchende verkündet: BGBl. I 2010, 1112.

### Änderung des Bundeswaldgesetzes

Bei dieser geringfügigen Änderung des Bundeswaldgesetzes (BGBl. I 2010, 1050) geht es zunächst um § 2 BWaldG, der bestimmte Flächen von der Definition des Waldes im Sinne des Gesetzes ausnimmt. Der Ausnahmbereich wird vergrößert, d. h. es werden mehr Flächen aus dem Waldbegriff herausgenommen. Dahinter steht folgende Entwicklung: Wegen der Diskussionen um den Ersatz fossiler durch nachwachsende Rohstoffe wird die Bedeutung sogenannter Kurzumtriebsplantagen voraussichtlich zunehmen. Das sind Flächen, auf denen schnell wachsende Baumarten mit Umtriebszeiten von bis zu 20 Jahren angebaut werden. Diese Anbauart gleicht aber eher einer landwirtschaftlichen Bodennutzung, während sich die Grundsätze einer multifunktionalen, nachhaltigen Waldbewirtschaftung auf solchen Flächen nicht realisieren lassen. Damit diese Flächen weiterhin als landwirtschaftliche Flächen zu qualifizieren sind, werden diese daher generell vom Waldbegriff ausgenommen mit der erwünschten Folge, dass eine zukünftige Nutzung von bestehenden Waldflächen in Form von Kurzumtriebsplantagen einer Umwandlungsgenehmigung bedürfte. Weiterhin wird durch die Ergänzung des § 14 BWaldG nunmehr im Gesetz selbst die Haftung des Waldbesitzers für walddtypische Gefahren ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für typische, sich aus der Natur ergebende Gefahren. Dagegen werden Gefahren, die unmittelbar aus menschlichem Verhalten folgen, vom Haftungsausschluss nicht erfasst. Hierdurch verankert der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nunmehr auch formell im Bundeswaldgesetz.

### Gesetz zur Änderung wehr- und zivildienstrechtlicher Vorschriften 2010

Das schon im letzten Bericht aus Berlin besprochene Wehrrechtsänderungsgesetz 2010 ist nunmehr im Bundesgesetzblatt I 2010, S. 1052 zu finden. Das Gesetz verkürzt die Dauer des Wehrdienstes und entsprechend auch des Zivildienstes von neun auf sechs Monate. Doch die nächste, grundlegendere Reform erscheint schon am Horizont: Das Bundeskabinett hat im Dezember 2010 den Gesetzentwurf auf den Weg gebracht, der die Wehrpflicht aussetzen soll. Gleichzeitig hat das Kabinett den Entwurf eines Gesetzes über den Bundesfreiwilligendienst beschlossen. Dieser Dienst soll den auch auszusetzenden Zivildienst ersetzen.

### Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes

Dieses Gesetz (BGBl. I 2010, 1059) setzt die EU-Richtlinie 2008/50/EG über Luftqualität und saubere Luft für Europa<sup>3</sup> in deutsches Recht um, soweit die Umsetzung nicht durch Rechtsverordnung erfolgt. Grundsätzlich besteht nämlich die Möglichkeit, EU-Richtlinien etwa durch ein förmliches Parlamentsgesetz oder durch Rechtsverordnung in innerstaatliches Recht zu transferieren. Eine Umsetzung durch eine bloße Verwaltungsvorschrift reicht mangels Rechtssicherheit und ausreichender Publizität nicht aus, wie der EuGH gerade im Bereich der Luftqualität schon 1991 entschieden hat: Damals sah er eine Umsetzung in Deutschland durch die „TA Luft“ – nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift<sup>4</sup> – nicht als ausreichend an.<sup>5</sup>

Durch die Änderungen werden insbesondere folgende Anforderungen der Richtlinie umgesetzt: Information der Öffentlichkeit, Ablösung von Aktionsplänen durch Pläne für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen sowie Luftreinhaltepläne bei Überschreitung von Zielwerten. Die im selben Gesetzblatt veröffentlichte Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen (39. BImSchV) setzt den anderen Teil der oben genannten EU-Richtlinie um. Damit werden zwei Verordnungen, die 22. und die 33. BImSchV, aufgehoben. Inhaltlich werden hier vor allem konkrete Grenzwerte etwa für Blei, Benzol, Kohlenmonoxid, Arsen und Nickel, aber auch Verfahren und Berechnungsgrundlagen geregelt.

### Änderung des Stipendienprogramm-Gesetzes

Das bereits im letzten Bericht aus Berlin besprochene Gesetz zur Schaffung eines nationalen Stipendienprogramms ist inzwischen verkündet (BGBl. I 2010, 957), aber auch schon das erste Mal geändert worden. Die Änderung geht auf einen politischen Kompromiss kurz vor der abschließenden Befassung des Bundesrates mit dem Stipendienprogrammgesetz (StipG) im Sommer 2010 zurück. Damals konnte ein Durchbruch in den Bund-Länder-Verhandlungen erst erzielt werden, als der Bund zusagte, auch den ursprünglich vorgesehenen Finanzierungsanteil der Länder zu übernehmen. Diese rein politische Zusage setzt nun das Gesetz vom 21. Dezember 2010 (BGBl. I 2010, 2204) um: Durch die Änderung des § 11 StipG übernimmt der Bund komplett den öffentlichen Teil i.H.v. 150 Euro monatlich, der einen von Privaten gewonnen Betrag i.H.v. ebenfalls 150 Euro aufstockt. Zuvor war vorgesehen, dass der Bund und das jeweilige Land jeweils 75 Euro zahlen. Außerdem wird der Bund nunmehr einen pauschalen Anteil der sonstigen Zweckausgaben der Hochschulen als Beitrag zur Finanzierung der Durchführung des Gesetzes zahlen, § 11 Abs. 2 S. 2 StipG. Die Änderung ist zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

Außerdem hat der Bund nunmehr die notwendige Rechtsverordnung zur praktischen Durchführung des Stipendienprogrammgesetzes erlassen (BGBl. I 2010, 2197). Dort sind etwa Einzelheiten zu den von den Hochschulen durchzuführenden Auswahlverfahren und den Auswahlkriterien geregelt. Zumindest einmal im Jahr schreiben die Hochschulen die Stipendien aus. In § 2 Stipendienprogrammverordnung (StipV) sind Kriterien geregelt, welche zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit und der Begabung (§ 2 Abs. 1) sowie des Potentials (§ 2 Abs. 2) eines Bewerbers insbesondere herangezogen werden können. Für die ersten beiden Elemente zählt etwa die Abiturnote oder auch für den Studiengang relevante Einzelnoten oder bei bereits immatrikulierten Studenten Noten der an der (Fach-)Hochschule abgelegten (Zwischen-)Prüfungen. Interessant ist, dass bei der Einordnung des Potentials nicht nur gesellschaftliches, soziales oder politisches Engagement etwa in Vereinen, Verbänden oder Kirchen zählt, sondern nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 StipV auch andere Aspekte: besondere persönliche oder familiäre Umstände wie Krankheiten oder Behinderungen, die Betreuung eigener Kinder, Pflege naher Angehöriger, Mitarbeit im familiären Betrieb, studienbegleitende Erwerbstätigkeiten, familiäre Herkunft oder Migrationshintergrund. Vor allem die beiden letztgenannten Kriterien werden sicher noch den einen oder anderen Juristen beschäftigen wegen der Frage, ob sie mit Art. 3 GG vereinbar sind.

Zudem legt die Verordnung fest, dass erstmals zum Sommersemester 2011 Stipendien vergeben werden. Die Hochschulen sind verpflichtet, mindestens einmal jährlich zu überprüfen, ob die Begabung und Leistung des Stipendiaten eine Fortgewährung des Stipendiums rechtfertigen.

3 ABl. L 152 vom 11.6.2008, S. 1.

4 BVerwG NVwZ 2000, S. 440.

5 EuGHE 1991, Rs. 59/89, S. 2607, Rnr. 24; vgl. auch EuGHE 1986, Rs. 239/85, S. 3645, Rnr. 7.

Damit sind die Grundlagen für die Einführung eines neuen Systems der Begabtenförderung geschaffen. Man darf auf die ersten Erfahrungen gespannt sein.

### **Gesetze zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz und im Umweltrecht**

Der Bund hat die in seinem Zuständigkeitsbereich notwendigen Gesetze zur Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht in einem großen Artikelgesetz zusammengeführt, sondern hat sie Einzelgesetzen überlassen. So erklärt sich, dass nach den schon länger in Kraft getretenen Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes oder der Gewerbeordnung nunmehr die entsprechenden Gesetze für den Umweltbereich und die Justiz folgen.

Beim Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie auf dem Gebiet des Umweltrechts (BGBl. I 2010, 1163) geht es unter anderem um das Verfahren zur Bekanntgabe von Sachverständigen und der Anerkennung ausländischer Zulassungen und Nachweise.

Weiterhin wird weitgehend von der Genehmigungsfiktion bei der Verfahrensabwicklung über den einheitlichen Ansprechpartner und der elektronischen Verfahrensabwicklung abgesehen, da dem Staat eine besondere Überwachungs- und Garantiefunktion hinsichtlich der Einhaltung der Umweltrechtsvorschriften zukommt – bei einer Genehmigungsfiktion wäre diese Rolle des Staates nicht mehr effektiv wahrzunehmen.

Bekanntgabe-, Bestimmungs- oder Anerkennungsverfahren können nunmehr auf elektronischem Wege und über die in den Bundesländern eingerichteten einheitlichen Stellen abgewickelt werden. Schließlich werden Bearbeitungsfristen festgelegt, um die Verfahren zu beschleunigen.

Das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz (BGBl. I 2010, 2248) führt verbindliche Entscheidungsfristen von drei Monaten für die Berufszulassungsverfahren der rechtsberatenden Berufe – also insbesondere Rechtsanwälte – ein. Diese Fristen sollen auch im Verfahren über die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung und für das Verfahren zur Insolvenzverwaltervorauswahl gelten.

Darüber hinaus machte die Dienstleistungsrichtlinie Änderungen bei der Anerkennung von Übersetzungen fremdsprachiger Urkunden durch Übersetzer aus dem europäischen Ausland, bei der Prozessvertretungstätigkeit europäischer Hochschullehrer sowie bei der Registereinsicht durch ausländische Behörden erforderlich.

### **Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung**

Das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (BGBl. I 2010, 2262) hat zum Ziel, die Preissteigerungen von Arzneimitteln und somit Ausgabensteigerungen im Gesundheitswesen insgesamt zu reduzieren. Erfasst ist der gesamte Markt, also patentgeschützte Arzneimittel sowie patentfreie und wirkstoffgleiche Arzneimittel (Generika).

Der Gesetzentwurf setzt an dem tatsächlichen Mehrwert neuer Medikamente an: Nunmehr müssen Arzneimittelhersteller für alle neuen Medikamente den zusätzlichen Nutzen nachweisen. Für diese Arzneimittel handeln Pharmaunternehmen und der Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen den Erstattungsbeitrag aus. Ein Jahr haben sie dafür Zeit. Falls sie sich nicht einigen, entscheidet eine zentrale Schiedsstelle mit Wirkung ab dem 13. Monat nach Markteinführung. Für alle anderen Medikamente gelten nur noch marktübliche Festbeträge. Diese Neuerung soll zu sinkenden Arzneimittelpreisen und stabilen Beiträgen für die gesetzlich Krankenversicherten führen. Diesen Änderungen liegt die Idee

zugrunde, dass Pharmafirmen der Anreiz genommen wird, neue Medikamente ohne zusätzlichen Nutzen auf den Markt zu bringen. Patienten beteiligen sich weiterhin nur mit der gesetzlichen Zuzahlung an den Rezeptkosten. Die gesetzlich Versicherten können künftig auch ein teureres Medikament ihrer Wahl bekommen, wenn sie die höheren Kosten selbst übernehmen. Bislang war dies nicht möglich, denn die Kasse zahlte nur die preisgünstigste, wirkungsgleiche Arznei.

Eine mit den Innovationen durch das Internet zusammenhängende Regelung zu sogenannte Pick-up-Stellen sucht man vergebens. In den letzten Jahren haben große Drogeriemarktketten gemeinsam mit ausländischen Anbietern einen zusätzlichen versandkostenfreien Bestellweg für apothekenpflichtige Arzneimittel etabliert: Kunden können online etwa bei einer niederländischen Versandapotheke Arzneimittel bestellen und die Produkte in einer Drogeriefiliale bestimmter Ketten mit Pharma Punkt in Deutschland abholen. Die Koalitionsparteien hatten sich im Koalitionsvertrag noch vorgenommen, „die Auswüchse beim Versandhandel [zu] bekämpfen, indem [sie] die Abgabe von Arzneimitteln in den sogenannten Pick-up-Stellen verbieten“. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist eine solche Regelung allerdings nicht aufgenommen worden.

### **Gesetz zur Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung**

Das GKV-Finanzierungsgesetz (BGBl. I 2010, 2309) ist neben dem gerade dargestellten Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz der wichtigste Teil der in dieser Legislaturperiode beschlossenen Gesundheitsreform. Im Wesentlichen geht es um die Wiedererhöhung der Beitragssätze, um eine Senkung der Beitragsbemessungsgrenzen sowie um die Schaffung eines Sozialausgleichs für den Fall, dass der Versicherte den von seiner Krankenkasse erhobenen Zusatzbeitrag nicht zahlen kann.

Der Beitragssatz ist seit dem 1. Januar 2011 auf das Niveau vor der Wirtschafts- und Finanzkrise angehoben worden. Versicherte zahlen wieder 8,2 Prozent, Arbeitgeber 7,3 Prozent. Der Arbeitgeberanteil ist gleichzeitig festgeschrieben worden. Der Beitragssatz steigt damit insgesamt von 14,9 auf 15,5 Prozent. Die Beitragsbemessungsgrenze für das Jahr 2011 sinkt in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) auf 44.550 Euro jährlich (2010: 45.000 Euro) beziehungsweise 3.712,50 Euro monatlich (2010: 3.750 Euro). Bis zu diesem Einkommen werden Beiträge in der GKV berechnet. Zudem wird der Betrag leicht gesenkt, den man mindestens verdienen muss, um in eine private Krankenversicherung zu wechseln. Die Versicherungspflichtgrenze sinkt 2011 geringfügig von 49.950 auf 49.500 Euro bzw. von 4.162,50 Euro monatlich auf 4.125 Euro. Arbeitnehmer müssen nur noch ein Jahr (vorher waren es drei Jahre) dieses Bruttogehalt erhalten, um wechseln zu können. Schließlich wird ein Sozialausgleich bei Belastungen durch Zusatzbeiträge der gesetzlichen Krankenkassen eingeführt. Wenn Zusatzbeiträge erforderlich sind, erhebt eine Krankenkasse diese als einen einkommensunabhängigen Beitrag in Euro und Cent. Diesen Beitrag – über die Höhe entscheidet jede einzelne Krankenkasse selbst – zahlt der Versicherte direkt an die Krankenkasse. Der Sozialausgleich greift, wenn der durchschnittliche Zusatzbeitrag zwei Prozent des sozialversicherungspflichtigen Einkommens übersteigt. Der Versicherte hat dann Anspruch auf Ermäßigung seines Beitrags. Wenn also die Kasse etwa einen Zusatzbeitrag von 20 Euro im Monat erhebt und der Versicherte 800 Euro im Monat verdient, wirkt der Sozialausgleich wie folgt: Zwei Prozent von 800 Euro Einkommen sind 16 Euro. Diesen Betrag muss er höchstens zahlen, das heißt die Differenz zwischen 20 und 16 Euro übernimmt der Staat aus Steuermitteln.

## ABC – Glossar – XYZ

*Der Verwaltungssprache ergeht es wie anderen Fachsprachen: sie unterliegt einem ständigen Wandel. Neue Fragestellungen, Gegenstände, Sachverhalte, Methoden, Erfahrungen und Erkenntnisse bringen neue Begriffe hervor oder nutzen vorhandene Begriffe. Alte Fachausdrücke verschwinden. Die neuen oder mit verändertem Inhalt verwendeten Begriffe entstehen in Deutschland oder entstammen europarechtlichen Vorgaben. Sie gehen in die Gesetzgebung und in das Verwaltungshandeln ein und machen auch nicht vor angelsächsischen Termini halt. Das hier und in den folgenden Heften abgedruckte Glossar will dem Leser aktuelle und bedeutungsvolle neue Wortprägungen erklären.*

### Administrative Belastung

Von Seiten der Banken und Industrie, insbesondere der mittelständischen Unternehmen, aber auch der Krankenhausärzte und freiberuflichen Ärzte, der Lehrer und Polizisten und ihrer jeweiligen Verbände sowie der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern werden die von Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen ausgeübte Überregulierung und ausufernde Bürokratie beklagt. Hemmschuhe für eine effiziente Arbeit und Entwicklung bilden vor allem die langwierigen Planungs-, Genehmigungs- und Vergabeverfahren und die ungezählten Informations-, Dokumentations-, Auskunfts-, Nachweis- und Buchführungspflichten einschließlich der Meldepflichten für statistische Zwecke. Daraus resultieren im Vergleich zu anderen Ländern gravierend hohe Bürokratiekosten.

Die Weltbank wartete vor geraumer Zeit mit schockierenden Fakten und Daten auf: In Deutschland dauert es 45 Tage bis alle bürokratischen Hürden für die Gründung eines Unternehmens überwunden sind, während in Australien zwei, in Kanada drei, in Dänemark vier, in USA fünf, in Frankreich acht, in den Niederlanden elf und in Neuseeland zwölf Tage benötigt werden. Die Kosten, die einem Gründer dabei entstehen, sind hierzulande gut achtmal höher als in Schweden und 30 mal höher als in Neuseeland. Ähnlich misslich ist die Lage bei den Gewerbeanmeldungen. Für die Registrierung einer neuen Firma braucht man in Norwegen einen Tag, in Schweden und in Neuseeland zwei, in den Niederlanden fünf, in Australien sieben, in Südkorea elf und in USA zwölf Tage (um auch hier die ersten sieben Länder zu nennen). Deutschland hängt mit 41 Tagen weit zurück.

Vor fünf Jahren bezifferte der Deutsche Industrie- und Handelskammertag die der Wirtschaft aufgebürdeten Bürokratiekosten auf bis zu 46 Milliarden Euro. Da ständig mehr Gesetze verabschiedet als abgeschafft werden, dürften sich die administrativen Lasten kaum verringern.

Nur zögerlich werden von Bundes- und Landesregierungen bekannte Forderungen umgesetzt. Beispiele:

Bürokratie ließe sich bei den Genehmigungsverfahren abbauen, wenn man sie umkehren würde. Bisher gilt als grundsätzlich verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt ist. Künftig sollte erlaubt sein, was nicht ausdrücklich verboten ist.

Ein Beitrag zur Deregulierung bestünde auch darin, die bei Verwaltungsverfahren geübte Praxis der Mitwirkung unterschiedlicher Behörden auf ein Mindestmaß zu beschränken. Statt Einvernehmensregelungen, Zustimmung- und Genehmigungsvorbehalte vorzusehen, sollte man sich mit Anzeige- und Anhörungspflichten begnügen. Das Regelwerk allein des Bundes umfasst über 2.000 Gesetze mit mehr als 46.000 Einzelnormen und 3.000 Rechtsverordnungen mit nahezu 39.000 Einzelnormen. Viele Vorschriften könnten entfallen, weil sie inzwischen unwirksam oder nicht mehr gerechtfertigt sind. Geradezu Schneisen in das Gesetzesdickicht würde man schlagen, wenn die differenzierten Normen durch pauschale Regelungen ersetzt würden. Dann bliebe es nicht bei der politischen Rhetorik; die Besteuerung würde zum Beispiel tatsächlich einfacher, niedriger und transparenter ausfallen und auch gerechter, denn von der vermeintlichen Individualgerechtigkeit profitieren primär Zahler höherer Steuern.

Viele Vorschriften sollten von vornherein ein Verfallsdatum tragen, so dass Gesetz- und Ordnungsgeber erneut über die Rechtskraft befinden und sich beispielsweise mit offenen oder versteckten Subventionen auseinandersetzen müssten.

### Personalentwicklung

Sie ist eng mit der Personalführung verknüpft. Während diese die Zielsetzungen und Aufgabenstellungen zum Beispiel eines städtischen Dezernats oder Fachbereichs den Mitarbeitern vermittelt und auf sie entsprechend einwirkt (mit Führungsstil, Führungstechniken usw.) sorgt die Personalentwicklung dafür, dass die individuellen Wünsche, Einstellungen, Kenntnisse, Fertigkeiten und Verhaltensweisen mit den institutionellen Anforderungen konform gehen. Anders ausgedrückt: die Beschäftigten sind so zu qualifizieren, dass die Personalqualität das Leistungsvermögen der Verwaltung oder einer Organisationseinheit (oder eines Unternehmens) sicherstellt.

Die Personalentwicklung fördert in erster Linie Führungskräfte, daneben auch Fachkräfte (engl. Management Development) mit Hilfe der Aus- und Weiterbildung, der Leistungs- und Potenzialbeurteilung sowie mit Leistungsanreizen. Dazu zählen Karrierechancen (z.B. im Rahmen der Laufbahnplanung oder durch Projektmanagement, Job Rotation, Zuordnung von Mitarbeiterstellen), Beteiligung an Planungs- und Entscheidungsprozessen (z.B. in Abteilungsbesprechungen durch Mitarbeiterbefragungen und Mitwirkung im Team, etwa bei Qualitätszirkeln und Workshops) und monetäre Anreize (z.B. Prämien für vorgeschlagene Verbesserungen, Beförderungen oder tarifliche Höherstufungen).

Eine nicht zuletzt in Zusammenhang mit in den öffentlichen Dienst zu integrierenden Immigranten sich stellende Aufgabe ist die Eingliederung neuer (eingestellter, umgesetzter, versetzter oder abgeordneter) Mitarbeiter in die Linienhierarchie oder Stabsorganisation. Sie bedürfen oft der Förderung, um mit den für sie anderen Bedingungen zurecht zu kommen. Umgekehrt strahlt dies auf die vorhandenen Beschäftigten aus.

Im Zentrum der Personalentwicklung steht die Motivation sowohl einzelner Mitarbeiter als auch des Personalstamms. Bei der Personalentwicklungsplanung, die strategische und operative Aktivitäten

\* 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.



umfasst, ist darauf Rücksicht zu nehmen, insbesondere sind die möglichen Reaktionen einzuschätzen. Sie können beispielsweise von konkurrierenden Mitarbeitern herrühren, die sogar gruppendynamische Vorbehalte gegen die Personalentwicklung mobilisieren. (Das hat man auch schon früher beobachtet. Ludwig XIV., König von Frankreich, soll gesagt haben: Ich mache mit jeder Ernennung 99 Unzufriedene und einen Undankbaren.)

### Private Hochschulen

Von den über 400 Universitäten und Fachhochschulen einschließlich Kunst-, Pädagogische und Verwaltungshochschulen in Deutschland sind mehr als ein Fünftel private Hochschulen; einige davon haben wegen ihres breiten wissenschafts- und forschungsbezogenen Profils den hochschulrechtlichen Status einer Universität und besitzen das Promotions- und Habilitationsrecht. Neben wenigen Theologischen Hochschulen widmet sich der ganz überwiegende Teil der Hochschulen in privater Trägerschaft von Stiftungen oder gemeinnützigen GmbHs den Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften. Zur Zeit studieren etwa fünf Prozent der 2 Millionen Studierenden an Privathochschulen mit wachsender Tendenz.

Was veranlasst 100.000 Studierende und ihre Eltern trotz deutlich höherer Studiengebühren zum Studium an einer privaten Hochschule? Genauer: Was bieten sie, das die staatlichen Hochschulen nicht oder kaum offerieren können? Vorausgesetzt, die Privathochschule ist vom Wissenschaftsrat institutionell akkreditiert und vom betreffenden Bundesland anerkannt worden, so dass die erworbenen akademischen Grade (Bachelor und Master) national und international geführt werden dürfen, und ihren Studiengang hat außerdem eine Akkreditierungsagentur positiv beurteilt, dann sprechen die folgenden Eigenschaften für eine Immatrikulation.

Bei gleicher Wertigkeit mit staatlichen Hochschulen sind private Hochschulen anders geartet und damit offenbar attraktiv. Im Vordergrund stehen erstens berufsorientierte Studiengänge, zweitens interaktive Lehre in kleinen Studiengruppen, drittens intensive und individuelle Betreuung und Förderung, viertens Praxisprojekte im In- und Ausland sowie fünftens anwendungsbezogene Forschung und Beratung.

ad 1: Berufsorientierung bei den Studiengängen heißt, die Studierenden zum Führungspersonal für Wirtschaft und Gesellschaft auszubilden und die Absolventen für den Arbeitsmarkt fit zu machen oder sie auf Freie Berufe und Selbständigkeit vorzubereiten. Private Fachhochschulen verfolgen nicht vorrangig das Ziel, wissenschaftlichen Nachwuchs heranzubilden. Wichtig ist für sie, das Lehrangebot von der Nachfrage her zu platzieren und die Brücke zu schlagen zwischen Wissenschaft und Praxis. Das trifft auch für die weiterbildenden Studiengänge für Berufstätige (mit dem Abschluss als Master oder Executive Master) zu, die praktische Erfahrungen um theoretische Erkenntnisse erweitern und vertiefen.

ad 2: Anders als Massenuniversitäten mit Mammutveranstaltungen in Riesenhörsälen ziehen es Privathochschulen vor, Vorlesungen, Übungen, Seminare, Workshops, Tagungen usw. mehr als Begegnung und Besprechung im Team (Methode: debating) einzurichten. 25 Studierende im Raum gelten meist als oberste Grenze. Davon leben Interaktivität und cross culturing, wenn – wie bei privaten Hochschulen häufig – Immigranten und Ausländer sich zum englischsprachigen Studium eingeschrieben haben. Kleine Studiengruppen erleichtern auch modernes elektronisches Lernmanagement im Labor.

ad 3: Die Aussage „small is beautiful“ trifft für viele Privathochschulen zu. Sie bemühen sich um die Betreuung und Förderung jedes Studierenden. Er wird mit seinen Bedürfnissen und Wünschen wahrgenommen und angemessen bedacht. Während die großen Landesuniversitäten über zuviel gesetzgeberisch oder ministeriell überwältigte und über selbst geschaffene Bürokratie klagen, betonen private Hochschulen Effizienz, Flexibilität und „Kundenorientierung“. Um nicht missverstanden zu werden: Letztere spielt zwar eine Rolle bei der Beziehung zwischen der Hochschule als Leistungsanbieter und dem Studierenden als zahlender Leistungsempfänger. Dieser ist aber keineswegs nur Kunde; er nimmt am Wissenschaftsprozess teil (z.B. wenn er eine Thematik erarbeitet und präsentiert) und ist aus rollenspezifischer Sicht Mitglied, ja Mitarbeiter im Wissenschaftsbetrieb.

ad 4: Wie die meisten staatlichen Hochschulen haben die meisten privaten Hochschulen inzwischen Partnerhochschulen, mit denen sie in Forschung und Lehre kooperieren. Bei privaten Hochschulen gehört es in der Regel dazu, dass jeder Studierende ein Praxisprojekt mit Unternehmen, Verbänden oder öffentlichen Verwaltungen im In- oder Ausland durchführt und Bericht erstattet. Immer häufiger sehen die Curricula der Studiengänge vor, ein Semester im fremdsprachigen Ausland an einer der Partnerhochschulen zu studieren – selbstverständlich mit Anrechnung der dort erzielten Leistungen und Prüfungsergebnisse.

ad 5: Zum Profil von Privathochschulen zählen auch anwendungsbezogene Forschung und Beratung. Das trifft für die privaten Fachhochschulen insofern zu, als sie enge Beziehungen zu Arbeitgebern pflegen (siehe obigen Hinweis auf die Ausrichtung auf den Arbeitsmarkt und die Nachfrage). Hieraus resultieren dann vielfach Forschungs- und Beratungsaufträge mit dem Effekt der Drittmittelfinanzierung.

Einer jüngst erschienenen Studie des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft und der Unternehmensberatung McKinsey ist zu entnehmen, dass private Hochschulen gern als elitär bezeichnet werden, es aber keineswegs sind oder es gar sein wollen. Im Gegenteil: Privathochschulen bilden von ihrem Selbstverständnis her Lückenfüller, anders gesagt: sie bilden Studenten und Studentinnen aus, die der etablierte Wissenschaftsbetrieb vernachlässigt, beispielsweise Söhne und Töchter aus bildungsfernen Familien, Bewerber ohne Abitur, Einwanderer und Ausländer, neuerdings auch Berufstätige. Privathochschulen organisieren den Aufstieg durch Bildung; frühere Lehrberufe werden akademisiert; Fernstudiengänge ermöglichen ein Studium fernab von Hochschulstädten.

Was staatliche Universitäten in Deutschland noch vor sich haben, nämlich zu „unternehmerischen Hochschulen“ zu werden, ist bei privaten Hochschulen längst der Fall. Sie tragen unternehmerisches Risiko und übernehmen eine bildungspolitisch und gesellschaftlich wesentliche Aufgabe. Durch sie wird ein Bildungsmarkt geschaffen und das staatliche Bildungsmonopol dem Wettbewerb geöffnet. Die Leistungsfähigkeit privater Hochschulen bemisst sich nach dem Erreichungsgrad der Hochschulziele. Wurden Selbstbestimmung, Eigenverantwortung, Unabhängigkeit und Berufsfähigkeit der Studierenden verstärkt? Inwieweit gelingt es, die Interdisziplinarität und Internationalisierung zu intensivieren? Sorgt der pluralistische Bildungsmarkt dafür, dass die staatlichen Universitäten und Fachhochschulen wirksamer und wirtschaftlicher (mit den Mitteln des Steuerzahlers) arbeiten? Fragen, auf die es noch keine erschöpfenden Antworten gibt, die aber keinen Aufschub dulden, wenn man sich die konkurrierenden Länder in Europa und weltweit anschaut.

# Fallbearbeitungen

Günter Haurand und Jürgen Vahle\*

## Ein anstößiger Kleinlastwagen

– Klausur aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht\*\* –

### Sachverhalt:

Stadt Reitberg  
Ordnungsamt,  
Az. 32-5/10

14.05.2010

#### 1. Vermerk

Zahlreiche Bürgerinnen und Bürger haben sich in den letzten zwei Tagen bei mir gemeldet und über folgendes beschwert:  
Auf dem Kleinlastwagen des Herrn Leo Luhdewig (L) – ein VW Caddy mit dem amtl. Kennzeichen GT – L 666, Baujahr 2009) befindet sich eine Werbung für ein Internet- Erotik-Portal („www. Kreis-Gütersloh-Intim“), in dem sexuelle Dienstleistungen aller Art angeboten werden.

Eine Abbildung auf der Hecktür des Fahrzeuges zeigt das entblößte Gesäß einer Frau, das die Breite des Fahrzeuges etwa zu Zweidritteln ausfüllt; Kopf, Schultern und Beine der Frau sind abgeschnitten. Seitlich sind fotografische Darstellungen mit jeweils einer so gut wie unbedeckten Frau angebracht, die die gesamte Seitenfläche des Fahrzeuges ausfüllen.

Eine Frau trägt eine tierähnliche Maske und formt die Finger zu einer obszönen Geste die zweite hält eine Lederpeitsche im Mund. Beide Figuren sind mit Leuchtfarben ausgemalt und stechen daher stark ins Auge.

An beiden Seiten des Pkw ist ein auch auf Entfernung gut lesbarer Text angebracht, der wie folgt lautet:

*„Tanja und ihre Freundinnen besorgen es Dir rund um die Uhr. Sex-Sklavin „O“ wartet auf Deine Befehle! Trau Dich!“*

Der Wagen ist von einer Mitarbeiterin des Ordnungsamtes mehrfach im fließenden Verkehr gesichtet worden. Im Übrigen steht er regelmäßig auf öffentlichen Parkplätzen, u. a. direkt vor einer Hauptschule, einem Kindergarten und der katholischen Kirche von Reitberg sowie gelegentlich auf Privatparkplätzen, vermutlich von Kunden des L. Abends steht der Wagen auf dem Privatparkplatz vor dem Haus des L; dort ist er vom Bürgersteig aus gut erkennbar. L ist nach meinen Unterlagen als Dachdecker tätig und benutzt den Lieferwagen für Fahrten zu seinen Kunden.

Des Weiteren verteilt L auf Straßen und in Parks im Gebiet der Stadt Reitberg Prospekte für zwei Bordelle („Reithof“ und „Chez Madame“). Eine Erlaubnis hierfür hat L nicht.

Das Verhalten des L sollte unterbunden werden, auch wenn gegen den Text und die optische Gestaltung der Prospekte nichts einzuwenden ist. Da auch Ordnungswidrigkeiten vorliegen dürften, ist ergänzend ein Bußgeldverfahren einzuleiten.

2. Anschreiben fertigen: Anhörung des L.

3. Z. Vg.

Große-Brommelkamp, Stadtamtsfrau

Der Bürgermeister  
Apfelweg 22  
12345 Reitberg



Herrn  
Leo Luhdewig  
Winckelgasse 3  
12345 Reitberg

Amt	
Ordnungsamt	
Auskunft erteilt	Zimmer
Hr. Hoppe	22
☎ Vorwahl	☎ Durchwahl
00236	590422

\* Regierungsdirektor Günter Haurand u. Prof. Dr. Jürgen Vahle lehren an einer Fachhochschule in NRW.

\*\* Es handelt sich um die Staatsprüfungsklausur im Fach Verwaltungsrecht mit Bezügen zum Ordnungsrecht, die im Rahmen der Staatsprüfung für den gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienst in NRW im Jahre 2010 ausgegeben wurde. Die Bearbeitungszeit betrug vier Zeitstunden.

Az. 32-5/10

17.05.2010

**Anhörung gemäß § 28 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen**

Sehr geehrter Herr Luhdewig,

auf dem auf Ihren Namen zugelassenen VW-Kleintransporter des Typs „Caddy“ – aml. Kennzeichen GT L – 666) befindet sich eine Werbung für ein sog. Erotik-Portal. Diese Werbung ist grob anstößig und beeinträchtigt die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sie ist insbesondere geeignet, Kinder und Jugendliche zu gefährden.

Ich beabsichtige deshalb, Ihnen aufzugeben, das Fahrzeug aus dem öffentlichen Raum und öffentlich einsehbaren Flächen zu entfernen.

Des Weiteren beabsichtige ich, Ihnen zu untersagen, Prospekte für Bordelle auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen zu verteilen.

Derartige Werbung verstößt gegen § 12 Abs. 1 der ordnungsbehördlichen Verordnung, wonach es verboten ist, auf Verkehrsflächen und in öffentlichen Anlagen Werbeschriften zu verteilen.

**Sie haben Gelegenheit, sich hierzu bis zum 27.05.2009 schriftlich oder mündlich zu äußern.**

Mit freundlichen Grüßen

gez. *Große-Brommelkamp***Rechtsanwalt Dr. Hans Hansemann**Kronenweg 12  
12345 Reitberg

26.05.2010

An  
Stadtverwaltung Reitberg  
Apfelweg 22  
12345 Reitberg

EINGANG: 28.05.2010

Zu Aktenzeichen: 32-5/10

Mein Zeichen: Lu.1/10

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeige ich an, dass mich Herr Leo Luhdewig mit der Wahrnehmung seiner Interessen i. S. „Erotik-Portal“ (Ihre sog. Anhörung) betraut hat.

Vollmacht wird versichert.

Es trifft zwar zu, dass ein Wagen mit der von Ihnen beschriebenen Werbung auf den Straßen von Reitberg – und übrigens auch in den Nachbargemeinden – abgestellt war. Der „Caddy“ ist auf den Namen meines Mandanten zugelassen und wird als Firmenfahrzeug benutzt. Die Idee mit der Werbung – für die mein Mandant lediglich ein Monatshonorar von 50 € erhält – stammt nicht von meinem Mandanten, sondern von seiner Ehefrau Lila Luhdewig. Sie hat die Werbung aufgrund ihrer Erfahrungen mit Erotik-Darstellungen auch künstlerisch gestaltet und bei der Aufbringung der Farben mit einem ihrer Bekannten mitgewirkt. Wenn überhaupt müssten Sie gegen Frau Luhdewig vorgehen. Mein Mandant und seine Ehefrau leben derzeit getrennt; die Wohnanschrift von Frau Luhdewig ist:

Industriestraße 14  
12345 Reitberg.

Ein Vorgehen gegen meinen Mandanten scheidet auch deshalb aus, weil das streitbefangene Fahrzeug seit einigen Tagen meinem Mandanten nicht mehr gehört. Er hat es vielmehr an seinen Bruder Lothar Luhdewig mit Vertrag vom 23. Mai 2010 veräußert.

Beweis: Anliegender Kaufvertrag

Damit ist mein Mandant für die Werbung auf dem Fahrzeug nicht mehr verantwortlich.

Im Übrigen ist gegen die Werbung als solche nichts einzuwenden.

Sie haben geflissentlich nicht erwähnt, dass die „fast unbekleidete Frau“ mit einem Stringhöschen bekleidet ist und die Brust von ihren Haaren bedeckt ist.

Die Werbung ist zudem gesetzlich legitimiert. Prostitution ist seit dem Jahre 2002 völlig legal, wie sich aus dem entsprechenden Gesetz ergibt. Wenn sich Bürgerinnen und Bürger der Stadt Reitberg hierüber empört haben sollten, so hat das keinerlei rechtliche Bedeutung. Die in der Werbung angedeuteten sexuellen Praktiken werden in dem beworbenen Internet-Portal gar nicht ernsthaft angeboten.

Ich verweise darauf, dass im Bereich des Landkreises GT etliche Bordelle bestehen, gegen die die Behörde vernünftigerweise nicht eingeschritten ist. Zu nennen ist insbesondere das Etablissement „Reithof“ in Reitberg selbst, das sogar mit einem Flatrate-Angebot im Internet wirbt („Tabulose Damen bedienen Sie, sooft Sie wollen...“).

Wenn die Stadt Reitberg insoweit untätig bleibt, beweist das auch einen groben Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Aus diesen Gründen ist auch die von meinem Mandanten praktizierte Werbung mittels Verteilens von Handzetteln rechtlich nicht zu beanstanden. Werbung ist durch die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) verfassungsrechtlich geschützt und darf daher grundsätzlich nicht eingeschränkt werden.

Das Verteilen von Werbematerial gehört zum geschäftlichen „Verkehr“ und ist daher nach § 14 Straßen- und Wegegesetz NRW erlaubnisfrei zulässig.

Die von Ihnen zitierte ordnungsbehördliche Verordnung ist damit nicht vereinbar und deshalb wegen Verletzung höherrangigen Rechts nichtig. Mein Mandant bedarf keiner Erlaubnis und wird daher eine solche – die vermutlich gebührenpflichtig ist – auch keinesfalls beantragen.

*Hansemann*

**Anlage:**

**Kaufvertrag**

**zwischen Herrn Leo Luhdewig und Herrn Lothar Luhdewig.**

Hiermit wird der VW Caddy mit dem amtl. Kennz. GT L-666 (bisheriger Eigentümer: Leo Luhdewig) an Herrn Lothar Luhdewig verkauft und übereignet. Herr Leo Luhdewig darf das Fahrzeug aber weiterhin vollumfänglich für sich nutzen. Der Kaufpreis wird auf unbestimmte Zeit gestundet.

Berlin, den 23.05.2010

*Leo Luhdewig*

*Lothar Luhdewig*

**Stadt Reitberg**

Ordnungsamt  
Az. 32-5/10,

den 31.05.2010

1. Vermerk:

Der Caddy steht derzeit auf dem Parkplatz vor der Reitberger Berufsschule. Wer das Fahrzeug dort geparkt hat, ist unbekannt. Frau Luhdewig hat die Angaben im anwaltlichen Schriftsatz im Rahmen eines Gesprächs bestätigt. Ich habe ihr dabei eröffnet, dass evtl. auch gegen sie ordnungsrechtlich vorgegangen wird. Frau Lila Luhdewig hat ergänzend erklärt, ein flüchtiger Bekannter habe aufgrund eines Auftrages ihres Mannes entsprechend der Vorlage die Farben und die Beschriftung aufgebracht. Den Namen des „Bekannteren“ wolle sie nicht sagen, ohne einen Anwalt kontaktiert zu haben.

Der Bruder des Herrn Leo Luhdewig, Lothar Luhdewig, wohnt in 10006 Berlin, Krumme Gasse 5. Er ist dort als Pianist in einer Bar tätig. Es bleibt abzuwarten, welche Angaben Herr Lothar Luhdewig machen wird.

2. Anschreiben an Herrn Lothar Luhdewig: Anhörung

3. Z. Vg.

*Große-Brommelkamp*

**Der Bürgermeister**

Apfelweg 22  
12345 Reitberg



Herrn  
Lothar Luhdewig,  
Krumme Gasse 5  
10006 Berlin

Amt	
Ordnungsamt	
Auskunft erteilt	Zimmer
Hr. Hoppe	22
☎ Vorwahl 00236	☎ Durchwahl 590422

Az. 32-5/10

01.06.2010

**Anhörung gemäß § 28 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen**

Kleinlastwagen VW Caddy, amtl. Kennzeichen GT L-666

Sehr geehrter Herr Luhdewig,

nach Mitteilung Ihres Bruders haben Sie den o. a. Kleinlastwagen mit Vertrag vom 23.05.2010 käuflich erworben. Auf dem Fahrzeug befindet sich eine Werbung für ein sog. Erotik-Portal. Diese Werbung ist grob anstößig und beeinträchtigt die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sie ist insbesondere geeignet, Kinder und Jugendliche zu gefährden.

Ich erwäge daher, (auch) gegen Sie ordnungsrechtlich vorzugehen und Ihnen aufzugeben, dafür Sorge zu tragen, dass das Fahrzeug aus dem öffentlichen Verkehrsraum bzw. öffentlich einsehbaren Flächen entfernt wird.

Ich gebe Ihnen Gelegenheit, sich zu den für meine Entscheidung erheblichen Tatsachen

**bis zum 10. 6. 2010**

schriftlich oder mündlich zu äußern.

gez. *Große-Brommelkamp***Stadt Reitberg**

Ordnungsamt,

Az.: 32-5/10

den 11. 6. 2010

## 1. Vermerk

Herr Lothar Luhdewig hat sich nicht geäußert. Es drängt sich der Eindruck auf, dass es sich bei dem Vertrag vom 23. 5. 2010 um eine bloße Gefälligkeit handelt, die den Bruder entlasten soll.

## 2. Z. Vg.

*Große-Brommelkamp***Aufgabe:**

Sie sind Mitarbeiter(in) von Frau Große-Brommelkamp, die sich im Urlaub befindet. Ihr Amtsleiter bittet Sie, den Fall zu prüfen und – falls rechtlich zulässig – die notwendige(n) Verwaltungsentscheidung(en) im Entwurf zu formulieren.

1. Entwerfen Sie die aus Ihrer Sicht erforderliche(n) Verfügung(en). Lösungsrelevante Gesichtspunkte, die dort nicht angesprochen werden, sind in einem Vermerk niederzulegen.

Eine ausformulierte Rechtsbehelfsbelehrung ist nicht erforderlich; es genügt die Angabe der Art des Rechtsbehelfs.

Bei mehreren gleichartigen Verfügungen dürfen Sie auf übereinstimmende Teile Bezug nehmen.

Bußgeldrechtliche Maßnahmen sind nicht zu entwerfen.

Entscheidungszeitpunkt ist der Klausurtag.

2. Sollten Sie Maßnahmen aus Rechtsgründen nicht für zulässig halten, stellen Sie Ihre Erwägungen in einem Rechtsgutachten dar.

Das Gutachten soll auch die von den Beteiligten aufgeworfenen Rechtsfragen erschöpfend behandeln.

**Hinweise:**

a) § 12 Abs. 1 der – formell ordnungsgemäß zustande gekommenen – „Ordnungsbehördlichen Verordnung zur Aufrechterhaltung der

öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet der Stadt Reitberg“ hat (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

*„Es ist verboten, auf Verkehrsflächen und in öffentlichen Anlagen Flugblätter, Druckschriften, Handzettel und sonstige Werbeschriften zu verteilen.*

*Ausnahmen können auf Antrag in besonders gelagerten Fällen zugelassen werden.“*

b) Auszug aus dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG):

*„§ 1 Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.*

*§ 3 Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen.“*

c) Gesichtspunkte der Straßenverkehrsordnung, der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung und des Strafgesetzbuchs sind nicht zu prüfen.

d) Die Stadt Reitberg liegt im Kreis Gütersloh.

**Lösungshinweise:****Teil A: Entwurf einer Ordnungsverfügung**

Der Bürgermeister  
Apfelweg 22  
33390 Reitberg



Amt	
Ordnungsamt	
Auskunft erteilt	Zimmer
Hr. Hoppe	22
☎ Vorwahl	☎ Durchwahl
00236	590422

Gegen Empfangsbekanntnis

Herrn  
Rechtsanwalt Hansemann  
Kronenweg 12  
12345 Reitberg<sup>1</sup>

Az. 32-5/10

Datum:

Ihr Zeichen: Lu. 1/10

**ORDNUNGSVERFÜGUNG**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

1. hiermit gebe ich Ihrem Mandanten, Herrn Leo Luhdewig, Winkelgasse 3, 12345 Reitberg, auf,

a) das Fahrzeug (VW Caddy) mit dem amtlichen Kennzeichen GT L-666 aus dem öffentlichen Verkehrsraum und von anderen öffentlich einsehbaren Flächen zu entfernen, solange die Werbung für das Erotik-Portal darauf angebracht ist;

b) es zu unterlassen, im Stadtgebiet von Reitberg auf öffentlichen Verkehrsflächen und in Anlagen Werbeschriften (Handzettel, Prospekte u. ä.) für Bordelle und bordellartige Betriebe zu verteilen.

2. Hinsichtlich Nr. 1 dieser Verfügung ordne ich die sofortige Vollziehung an.  
Eine eventuelle Klage Ihres Mandanten hat daher keine aufschiebende Wirkung.

3. Androhung von Verwaltungszwang:

a) Sollte Ihr Mandant die Anordnung zu Nr. 1 a) nicht innerhalb von zwei Tagen nach Zustellung dieser Verfügung befolgen, werde ich das Fahrzeug auf Kosten Ihres Mandanten im Wege der Ersatzvornahme aus dem öffentlichen Verkehrsraum entfernen und ggf. sicherstellen. Die voraussichtlichen Kosten belaufen sich auf 150 Euro. Außerdem kann ich für die Maßnahme eine Verwaltungsgebühr erheben, die im Regelfall 75 Euro beträgt.<sup>2</sup>

b) Sollte Ihr Mandant gegen das Verbot zu Nr. 1 b) verstoßen, werde ich für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 250 € festsetzen.

Ist das Zwangsgeld uneinbringlich – Ihr Mandant also nicht zahlungsfähig –, so kann das Verwaltungsgericht auf meinen Antrag Ersatzzwangshaft bis zu zwei Wochen anordnen.

**Begründung:****I.**

Zahlreiche Bürgerinnen und Bürger haben sich bei mir über folgendes beschwert:

Auf dem von Ihrem Mandanten Leo Luhdewig benutzten Kleinlastwagen – ein VW Caddy mit dem amtlichen Kennzeichen GT – L 666, Baujahr 2009 – befindet sich eine Werbung für ein Internet-Erotik-Portal („www. Kreis-Gütersloh-Intim“), in dem sexuelle Dienstleistungen aller Art angeboten werden.

<sup>1</sup> Es liegt im Ermessen der Behörde, ob sie den Verwaltungsakt gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Betroffenen bekannt gibt (§ 41 Abs. 1 Satz 2 VwVfG NRW). Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 LZG NRW greift nicht ein, weil die Vollmacht nur „versichert“, aber nicht vorgelegt wurde. Es ist aber ohne weiteres vertretbar, die Zustellung gegenüber L. anzuordnen. Die Rechtslage in anderen Bundesländern ist vergleichbar.

<sup>2</sup> Der Betrag errechnet sich als „Mittelgebühr“ anhand des Gebührenrahmens in § 15 Abs. 1 Nr. 7 VO VwVG NRW.

Eine Abbildung auf der Hecktür des Fahrzeuges zeigt das entblößte Gesäß einer Frau, das die Breite des Fahrzeuges etwa zu Zweidritteln ausfüllt; Kopf, Schultern und Beine der Frau sind abgeschnitten. Seitlich sind fotografische Darstellungen mit jeweils einer so gut wie unbedeckten Frau angebracht. Eine Frau trägt eine tierähnliche Maske und formt die Finger zu einer obszönen Geste, die zweite hält eine Lederpeitsche im Mund. Beide Figuren sind mit Leuchtfarben ausgemalt und stechen daher stark ins Auge.

An beiden Seiten des Pkw ist ein den Raum ausfüllender Text angebracht, der wie folgt lautet:

*„Tanja und ihre Freundinnen besorgen es Dir rund um die Uhr. Sex-Sklavin „O“ wartet auf Deine Befehle! Trau Dich!“*

Der Wagen Ihres Mandanten ist auch im fließenden Verkehr gesichtet worden. Im Übrigen steht er regelmäßig auf öffentlichen Parkplätzen, u. a. direkt vor einer Hauptschule, einem Kindergarten und der katholischen Kirche von Reitberg, sowie gelegentlich auf Privatparkplätzen, vermutlich von Kunden Ihres Mandanten. Abends steht der Wagen auf dem Privatparkplatz vor dem Haus von Herrn Luhdewig; dort ist er vom Bürgersteig aus gut erkennbar. Ihr Mandant ist nach meinen Unterlagen als Dachdecker tätig und benutzt den Lieferwagen für Fahrten zu seinen Kunden.

Des Weiteren verteilt Herr Luhdewig Prospekte für zwei Bordelle („Reithof“ und „Chez Madame“) im Gebiet der Stadt Reitberg.

Im Rahmen der Anhörung haben Sie geltend gemacht, gegen die Werbung auf dem Fahrzeug – für die er lediglich ein monatliches Entgelt von 50 € erhalte – sei nichts einzuwenden. Prostitution sei seit dem Jahre 2002 völlig legal, wie sich aus dem entsprechenden Gesetz ergebe. Wenn sich Bürgerinnen und Bürger der Stadt Reitberg hierüber empört haben sollten, so habe das keinerlei rechtliche Bedeutung. Die in der Werbung angedeuteten sexuellen Praktiken würden in dem beworbenen Internet-Portal auch gar nicht ernsthaft angeboten. Im Bereich des Landkreises Gütersloh bestünden etliche Bordelle, gegen die die Behörde nicht eingeschritten sei. Das Etablissement „Reithof“ in Reitberg werbe sogar mit einem Flatrate-Angebot im Internet („Tabulose Damen bedienen Sie, sooft Sie wollen...“). Wenn die Stadt Reitberg insoweit untätig bleibe, beweise das einen groben Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Ein Vorgehen gegen Ihren Mandanten scheidet auch deshalb aus, weil ihm der VW Caddy seit einigen Tagen nicht mehr gehöre. Er habe das Fahrzeug mit Vertrag vom 23. Mai 2010 an seinen Bruder Lothar Luhdewig veräußert. Nach dem vorgelegten Kaufvertrag ist Ihr Mandant berechtigt, das Fahrzeug auch weiterhin zu benutzen. Der als Barpianist tätige Bruder Ihres Mandanten wohnt in Berlin.

Des Weiteren machen Sie geltend, die Idee mit der Werbung auf dem Fahrzeug stamme nicht von Ihrem Mandanten, sondern von seiner Ehefrau Lila Luhdewig. Diese habe die Werbung aufgrund ihrer Erfahrungen mit Erotik-Darstellungen auch künstlerisch gestaltet und bei der Aufbringung der Farben mit einem ihrer Bekannten mitgewirkt. Wenn überhaupt müsse die Behörde gegen Frau Luhdewig vorgehen.

Auch ein Verbot der Werbung durch Verteilen von Handzetteln sei unzulässig.

Werbung sei durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich geschützt und dürfe daher grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Das Verteilen von Werbematerial gehöre zum geschäftlichen „Verkehr“ und sei nach § 14 Straßen- und Wegegesetz (StrWG) NRW erlaubnisfrei zulässig. Demgegenüber sei die ordnungsbehördliche Verordnung der Stadt Reitberg eine nachrangige Regelung und deshalb nichtig. Ihr Mandant benötige keine Erlaubnis und werde eine solche auch nicht beantragen.

## II.

### Zu Nr. 1:

a) Die Ordnungsverfügung zu Nr. 1 a (Entfernen des Fahrzeuges aus dem öffentlichen Bereich)<sup>3</sup> findet ihre Rechtsgrundlage in der ordnungsbehördlichen Generalklausel (§ 14 Abs. 1 Ordnungsbehördengesetz – OBG – NRW).<sup>4</sup>

Danach können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist insbesondere die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung.

Die Verwendung des Kleinlastwagens mit der darauf angebrachten Werbung im öffentlichen Straßenverkehr und auf anderen öffentlich einsehbaren Flächen verstößt zum Einen gegen § 119 Abs. 1 und 3 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

Nach § 119 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig, wer öffentlich in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen, oder in grob anstößiger Weise durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen oder durch das öffentliche Zugänglichmachen von Datenspeichern Gelegenheit zu sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts abgibt.

Nach § 119 Abs. 3 OWiG handelt ferner ordnungswidrig, wer öffentlich Schriften, Ton- oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen oder Darstellungen sexuellen Inhalts an Orten ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht, an denen dies grob anstößig wirkt. Eine grob anstößige Wirkung ist anzunehmen, wenn die jeweilige Handlung in einer Weise aufdringlich ist, dass sie – auch bei Berücksichtigung gewandelter gesellschaftlicher Wertungen bei der Beurteilung sexueller Verhaltensweisen – nicht mehr zumutbar erscheint.<sup>5</sup> Dies trifft auf die von Ihrem Mandanten vorgenommene Werbung für das Internetportal „www. Kreis-Gütersloh-Intim“ – das die Möglichkeit zu verschiedenen Arten sexueller Betätigung bietet – zu. Dabei lässt beispielsweise die tierähnliche Maske die abgebildete Frau als anonymes Objekt sexueller Handlung

<sup>3</sup> Zur Werbung für ein sog. Erotik-Portal s. *OVG Münster*, DVP 2010, S. 81; dieser Entscheidung ist der Sachverhalt teilweise nachgebildet.

<sup>4</sup> = z. B. § 11 HSOg, § 13 SOG M-V, § 11 Nds. SOG, § 9 Abs. 1 POG Rh.-Pf., § 176 Abs. 1 LVwG S-H. Ausführungen zur Zuständigkeit und zum Verfahren sind zwar in der Praxis üblich, jedoch zumindest in einfach gelagerten Fällen wie hier nicht zwingend geboten. Die entsprechenden Darlegungen sollten jedenfalls im Urteilsstil gehalten sein, z. B. „Ich bin gemäß den §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 4 Abs. 1 OBG NRW für den Erlass der Ordnungsverfügung zuständig. Die nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW erforderliche Anhörung hat auf schriftlichem Wege stattgefunden.“

<sup>5</sup> *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Aufl. 2009, § 119 Rn. 17.

gen erscheinen. Besonders ins Gewicht fällt hierbei auch die Form der Abbildung, die keinen Zweifel lässt, dass hier Gelegenheiten zu sexuellen Handlungen angeboten werden. Der sich aufdrängende Zweck der Werbewirkung ergibt sich aus einer Gesamtschau aus Abbildung und Text. Beides zusammen soll Betrachter mit Internetzugang veranlassen, die beworbene Erotik-Seite einzusehen. Dass die Werbung angetan ist, auf Dritte, insbesondere auf Kinder und Jugendliche, belästigend und grob anstößig zu wirken, ergibt sich aus der besonderen Größe und der – farblich unterstützten – Aufdringlichkeit der auf dem Fahrzeug angebrachten Darstellungen. Unerheblich ist insoweit, dass die Frau – wie Sie vortragen – mit einem „Stringhöschen“ bekleidet ist und die Brust von ihren Haaren verdeckt wird. Entscheidend ist insoweit der Gesamteindruck der Darstellung, wie sie sich auch aus der Verbindung von Abbildung und Begleittext darstellt. Ob die beworbenen sexuellen Dienstleistungen – insbesondere sadomasochistischer Art – tatsächlich erbracht werden, ist im Hinblick auf den Schutzzweck der Normen unbeachtlich.

Im Straßenverkehr werden mit der aufdringlichen Bebilderung Verkehrsteilnehmer konfrontiert, ohne sich dem – etwa an Ampeln oder in Staus – entziehen zu können. Dies geschieht – unter gleichzeitiger Verwirklichung des Tatbestandes des § 119 Abs. 3 OWiG – auch an Orten, die eine besondere Schutzbedürftigkeit und Sensibilität aufweisen und an denen die Bevölkerung im Allgemeinen nicht mit belästigenden Begleiterscheinungen der Prostitution rechnen muss.

Darüber hinaus ist der Tatbestand des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG erfüllt, weil durch den Hinweis auf die Internetseite des Erotik-Portals eine Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen angekündigt wird.

Auch diese Vorschrift setzt eine konkrete Eignung der Werbung voraus, die Allgemeinheit durch die mit der Prostitution generell verbundenen Gefahren und Belästigungen zu beeinträchtigen.<sup>6</sup> Eine solche konkrete Beeinträchtigung ist – anders als bei diskreten Kleinanzeigen in Zeitungen – bei der Fahrzeugwerbung Ihres Mandanten im Hinblick auf die besondere Aufdringlichkeit der Werbung und ihre Verbreitungsart gegeben. Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) ändert an dem Verbot solcher Werbung nichts. § 1 ProstG hat zwar durch Anerkennung eines wirksamen Zahlungsanspruchs die Prostitution als solche vom Makel der Sittenwidrigkeit befreit. § 3 ProstG eröffnet den Beschäftigten lediglich einen Zugang zu den Sozialversicherungssystemen. Regelungen zum Schutz gegen Belästigungen im Zusammenhang mit entgeltlichen sexuellen Betätigungen werden hierdurch jedoch nicht berührt. Auch und insbesondere der Schutz von Minderjährigen muss nach wie vor gewährleistet sein.<sup>7</sup>

Indem Ihr Mandant das Fahrzeug im öffentlichen Verkehr verwendet, ist er Verhaltensverantwortlicher i. S. des § 17 Abs. 1 OBG NRW<sup>8</sup>. Er setzt es für einen Werbezweck ein und verursacht hierdurch unmittelbar eine Störung der öffentlichen Sicherheit. Diese Verantwortlichkeit ist durch den Abschluss des Kaufvertrages bzw. die darauf fußende Einigung über den Eigentumswechsel nicht erloschen.

Auch ist Ihr Mandant nach wie vor im Besitz des Fahrzeuges und damit – als Inhaber der tatsächlichen Gewalt i. S. des § 18 Abs. 2 OBG NRW<sup>9</sup> – auch unter diesem Gesichtspunkt verantwortlich.

Die Inanspruchnahme anderer Personen kommt nicht in Betracht.

Der Bruder Ihres Mandanten ist für die Störung der öffentlichen Sicherheit nicht verantwortlich; er ist weder Besitzer noch Eigentümer des Fahrzeuges (geworden).

Ihr Mandant ist nach wie vor Eigentümer des Fahrzeuges und damit auch Zustandsstörer im Sinne des § 18 Abs. 1 OBG NRW<sup>10</sup>. Zwar macht er geltend, er habe den Lastwagen an seinen Bruder veräußert. Das entsprechende Verfügungsgeschäft – Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses gem. § 930 BGB – ist jedoch sittenwidrig und damit unwirksam. Rechtsgeschäfte, die allein den Zweck verfolgen, behördliche Maßnahmen zu unterlaufen, verstoßen gegen die guten Sitten.<sup>11</sup> Von einem solchen Fall ist hier auszugehen. Der von Ihnen vorgelegte „Kaufvertrag“ ist unmittelbar nach meinem Anhörungsschreiben geschlossen worden. Das spricht für eine Reaktion auf meine im Rahmen der Anhörung geäußerte Absicht, ordnungsrechtlich gegen Ihren Mandanten vorzugehen. Ein Kaufpreis für das Fahrzeug ergibt sich aus dem Kaufvertrag nicht; das Fehlen dieser Angabe ist zumindest ungewöhnlich. Entsprechendes gilt für die Stundung des Kaufpreises auf unbestimmte Zeit, die im praktischen Ergebnis auf eine Schenkung hinausläuft. Hinzu kommt, dass ein vernünftiger Erwerbzweck des nicht in Reitberg ansässigen und in einem ganz anderen Beruf tätigen Bruders nicht erkennbar ist. Da der Zweck der geschäftlichen Transaktion darin bestand, durch einen Eigentumswechsel ordnungsbehördliche Maßnahmen zu durchkreuzen, erfasst die Sittenwidrigkeit nicht nur den Kaufvertrag, sondern auch das (dingliche) Verfügungsgeschäft der Eigentumsübertragung.

Etwas anderes würde sich schließlich auch dann nicht ergeben, wenn Herr Lothar Luhdewig Eigentümer des Fahrzeuges wäre. Denn Ihr Mandant ist „Doppelstörer“ und hat die Gefahr maßgeblich durch die Benutzung des Fahrzeuges in der Öffentlichkeit verursacht. Er zieht zudem den Nutzen aus der am Fahrzeug angebrachten Werbung in Form eines Entgelts.

6 Der *BGH* hat die Vorschrift des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG (Werbung für Prostitution) im Lichte des Prostitutionsgesetzes restriktiv ausgelegt (DVP 2007, S. 214). Die Vorschrift darf danach nicht mehr im Sinne eines generellen Verbots jeglicher Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen angewendet werden. In Anlehnung an § 119 Abs. 1 OWiG hält das Gericht nur eine solche Werbung für ordnungswidrig, die konkret Rechtsgüter der Allgemeinheit – insbesondere des Jugendschutzes – beeinträchtigt. Nach überwiegender Meinung ist § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG im Verhältnis zu § 119 Abs. 1 Nr. 2 OWiG subsidiär. Begründung: § 119 Abs. 1 Nr. 2 OWiG nehme den Tatbestand des § 120 OWiG insoweit voll in sich auf und sehe zudem eine höhere Geldbuße vor (*Göhler*, Anm. 5, § 120 Rn. 15). In der Klausur musste auf diese Konkurrenzfragen nicht eingegangen werden. Es genügte, wenn sich d. Bearb. mit der Problematik der §§ 119, 120 OWiG auseinandergesetzt hat. Prüflinge, die diese Vorschriften nicht gefunden haben, mussten auf das Schutzgut der öffentlichen Ordnung eingehen. Hierbei wäre der entwürdigende Charakter der Werbung herauszuarbeiten, der mit der Wertung des Art. 1 Abs. 1 GG schwerlich vereinbar ist.

7 *Göhler* (Anm. 5), § 120 Rn.1; *VG Weimar*, *GewArch* 2002, S. 298: Ausübung der Prostitution in Sperrbezirk ist immer noch eine Ordnungswidrigkeit.

8 = z. B. § 6 Abs. 1 HSOG, § 69 Abs. 1 SOG M-V, § 6 Abs. 1 Nds. SOG, § 4 Abs. 1 POG Rh.-Pf., § 218 Abs. 1 LVwG S-H.

9 = z. B. § 7 Abs. 1 HSOG, § 70 Abs. 2 SOG M-V, § 7 Abs. 1 Nds. SOG, § 5 Abs. 1 POG Rh.-Pf., § 219 Abs. 2 Satz 1 LVwG S-H.

10 = z. B. § 7 Abs. 2 Satz 1 HSOG, § 70 Abs. 1 SOG M-V, § 7 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG, § 5 Abs. 2 Satz 1 POG Rh.-Pf., § 219 Abs. 1 LVwG S-H.

11 *VGH München*, *NVwZ* 2002, S. 364.



Die Ehefrau Ihres Mandanten ist schon deshalb nicht verantwortlich, weil sie die Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht unmittelbar verursacht hat, wie es § 17 Abs. 1 OBG NRW<sup>12</sup> in einschränkender Auslegung voraussetzt. Durch die Erstellung einer Vorlage für die Aufbringung der Werbung auf dem Fahrzeug hat sie noch nicht ordnungswidrig gehandelt.

Im Übrigen wäre es auch unzweckmäßig, Frau Luhdewig ordnungsrechtlich in Anspruch zu nehmen, weil sie nicht über das Fahrzeug verfügen darf.

Von dem mir eingeräumten Ermessen habe ich pflichtgemäß Gebrauch gemacht.

Am Erlass dieser Verfügung bin ich insbesondere nicht im Hinblick auf die von Ihnen angeführte weitere Werbung gehindert. Der Hinweis auf ähnlich grob anstößige Werbung des „Reithofs“ gibt mir im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG allein Anlass zur Prüfung, ob auch dagegen ordnungsrechtlich vorzugehen ist. Die Verwaltungspraxis in anderen Gemeinden des Kreises Gütersloh bindet die Ordnungsbehörde der Stadt Reitberg demgegenüber im Rahmen der Ermessensbetätigung nicht.

Gründe, die eine andere Ermessensausübung – Absehen von einer Ordnungsverfügung – nahe legen könnten, sind weder ersichtlich, noch von Ihnen vorgetragen worden.

b) Das Werbeverbot (Nr. 1 b) stützt sich ebenfalls auf § 14 Abs. 1 OBG NRW.<sup>13</sup>

Das Verteilen von Werbezetteln ohne Erlaubnis der Stadt Reitberg stellt eine nicht genehmigte Sondernutzung i. S. des § 18 StrWG NRW<sup>14</sup> dar.

Die Verteilung von Werbematerial überschreitet die Grenzen des Gemeingebrauchs. Ausübung des Gemeingebrauchs im Sinne des § 14 StrWG NRW<sup>15</sup> ist grundsätzlich nur eine widmungsgemäße Nutzung, d. h. für Zwecke des öffentlichen Straßenverkehrs im Sinne der Fortbewegung. Zum geschäftlichen „Verkehr“ sind öffentliche Straßen und Wege nicht bestimmt, so dass es insoweit einer Sondernutzungserlaubnis bedarf.<sup>16</sup> Eine extensive Auslegung ist – anders als z. B. bei politischer Werbung – nicht von Verfassungs wegen geboten. Ein Gewerbetreibender ist auch nicht zwingend auf die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsflächen für Werbezwecke angewiesen.

Auf der anderen Seite ist die Straßenwerbung regelmäßig mit Verschmutzungen durch weggeworfenes Werbematerial verbunden. Angesichts des überwiegenden öffentlichen Interesses habe ich mich deshalb zum Eingreifen entschlossen. Da Ihr Mandant – Ihrem Schriftsatz folgend – ein solches Recht für sich in Anspruch nimmt, besteht die hinreichende Gefahr weiterer Rechtsverletzungen.

In Übereinstimmung mit dieser Rechtslage untersagt § 12 Abs. 1 der Ordnungsbehördlichen Verordnung der Stadt Reitberg ebenfalls die von Ihrem Mandanten praktizierten Werbemaßnahmen.

Im Übrigen kommt es auf die von Ihnen aufgeworfene Frage der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem StrWG NRW nicht an. Auch wenn das Gesetz den Allgemeingebrauch und die Sondernutzung auf öffentlichen Straßen abschließend regeln sollte und damit insoweit das Gebot des Vorrangs höherer Vorschriften (§ 28 Abs. 1 OBG NRW<sup>17</sup>) verletzt wäre,<sup>18</sup> würde Ihr Mandant – wie dargelegt – nach wie vor gegen § 18 StrWG NRW<sup>19</sup> verstoßen. Damit wäre zudem der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 StrWG NRW<sup>20</sup>).

Das Verbot ist auch mit dem Übermaßverbot des § 15 Abs. 2 OBG NRW<sup>21</sup> vereinbar. Unverhältnismäßig wäre es nur dann, wenn Ihr Mandant eine Erlaubnis beantragt bzw. dies angekündigt hätte und eine Erlaubniserteilung hinreichend wahrscheinlich wäre. Ihr Mandant hat jedoch im Rahmen der Anhörung deutlich gemacht, dass er nicht beabsichtigt, eine Sondernutzungserlaubnis zu beantragen.

## Zu Nr. 2:

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung beruht auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung. Das dort vorausgesetzte besondere öffentliche Interesse, den Verwaltungsakt auch vor Eintritt der Bestandskraft durchzusetzen, liegt vor. Die Abwägung zwischen dem privaten Interesse des Betroffenen, von der sofortigen Vollziehung bis zum Abschluss eines Klageverfahrens verschont zu bleiben, und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Durchsetzung der Maßnahme fällt zu Lasten Ihres Mandanten aus. Zugunsten Ihres Mandanten sprechen nur geschäftliche Einbußen, zu deren Ausmaß sich Ihr Mandant aber nicht geäußert hat. Demgegenüber steht das von meiner Behörde wahrgenommene – überwiegende – öffentliche Interesse, rechtswidrige und belästigende Werbung aus dem öffentlichen Verkehrsraum zu entfernen.

12 s. Anm. 8.

13 s. Anm. 4. Die Verfügung ließe sich auch auf § 22 StrWG NRW stützen. Diese Vorschrift und die ordnungsbehördliche Generalklausel schließen sich nicht aus, sondern sind nebeneinander anwendbar (vgl. *Haurand*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 5. Aufl. 2010, S. 31; vgl. auch *OVG MV*, DÖV 1999, S. 259, 260; *Vahle*, DVP 2000 S. 41).

14 = z. B. § 16 HStrG, § 22 StrWG M-V, § 18 NStrG, § 41 LStrG Rh.-Pf., § 21 StrWG S-H.

15 = z. B. § 14 HStrG, § 21 StrWG M-V, § 14 NStrG, § 34 LStrG Rh.-Pf., § 20 StrWG S-H.

16 *Papier*, in: *Achterberg/Püttner/Württemberg*, Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 2. Aufl. 2000, S. 876 f. m. w. N zu dieser h. M.; zur Annahme von Allgemeingebrauch tendiert demgegenüber *Grote*, in: *Kodal/Krämer*, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, S. 636 f. Wer dieser Auffassung folgt, könnte darauf abstellen, dass auch bestimmte Formen des kommunikativen Verkehrs zum Gemeingebrauch gerechnet werden. Auch könnte argumentiert werden, es sei unerheblich, ob eine Zettelverteilung der politischen oder der geschäftlichen Werbung dient. In diesem Fall wäre die Begründung in einem Vermerk niederzulegen.

17 = z. B. § 75 Abs. 1 HSOG, § 20 Abs. 1 SOG MV, § 43 Abs. 4 POG Rh.-Pf., § 57 Abs. 1 LVwVG S-H.

18 Zu dieser Auslegung *Rhein*, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden, 2004, § 29 Rn 3).

19 s. Anm. 14.

20 = z. B. § 53 Abs. 1 Nr. 3 HStrG, § 61 Abs. 1 Nr. 1 StrWG MV, § 61 Abs. 1 Nr. 1 NStrG, § 53 Abs. 1 Nr. 5 LStrG Rh.-Pf., § 56 Abs. 1 Nr. 1 StrWG S-H.

21 = z. B. § 4 Abs. 2 HSOG, § 15 Abs. 2 SOG M-V, § 4 Abs. 2 Nds. SOG, § 2 Abs. 2 POG Rh.-Pf.

**Zu Nr. 3:**

Die Androhung der Zwangsmittel beruht auf den §§ 55 Abs. 1<sup>22</sup>, 59 Abs. 1<sup>23</sup> 60<sup>24</sup> und 63<sup>25</sup> Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) NRW. Verwaltungsakte, die – wie hier – auf eine Handlung und ein Unterlassen gerichtet sind, können mittels Ersatzvornahme durch eigene Dienstkräfte oder beauftragte Unternehmer und mittels Zwangsgeldes durchgesetzt werden. Ich weise vorsorglich darauf hin, dass das Zwangsgeld im Falle der Nichtbeachtung erneut verhängt und hierbei erhöht werden kann. Die Befugnis, Ersatzzwangshaft anzuordnen, beruht auf § 61 VwVG NRW<sup>26</sup>.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Klage vor dem Verwaltungsgericht Minden

Im Auftrag

Unterschrift

22 = z. B. § 47 Abs. 1 HSOg, §§ 79, 80 Abs. 1 SOG M-V, § 64 Abs. 1 Nds. SOG, § 61 Abs. 1 LVwVG Rh.-Pf., § 228 Abs. 1 LVwVG S-H.

23 = z. B. § 49 Abs. 1 HSOg, § 89 Abs. 1 SOG M-V, § 66 Abs. 1 Nds. SOG, § 63 Abs. 1 LVwVG Rh.-Pf., § 238 Abs. 1 LVwVG S-H.

24 = z. B. § 50 HSOg, § 88 SOG M-V, § 64 LVwVG Rh.-Pf., § 237 LVwVG S-H.

25 = z. B. § 53 HSOg, § 87 SOG M-V, § 66 LVwVG Rh.-Pf., § 236 LVwVG S-H.

26 = z. B. § 51 HSOg, § 91 SOG M-V, § 67 LVwVG Rh.-Pf., § 240 LVwVG S-H.

Gerhard Lange\*

## Die Kapelle im Außenbereich

### – Fallbearbeitung aus dem Baurecht mit Bezügen zum Verfassungsrecht –

#### A. Sachverhalt<sup>1</sup>

Siehe nachfolgenden Auszug aus einer Akte des Amtes für Bauaufsicht der kreisfreien Stadt Bergstadt (NRW)! Die darin enthaltenen Angaben treffen in tatsächlicher Hinsicht zu.

#### Meldung im Bergstädter Tageblatt am ...

Kapellenbauverein gegründet

Vor zwei Monaten war es im landschaftlich reizvollen Bergstädter Stadtteil Nordbach wieder einmal zu einer „Marienerscheinung“ gekommen. Der Rentner Rudi Rüstig berichtete, dass ihm bei

einem Spaziergang am Rande des Nordbacher Wäldchens an der Kreuzung zweier Wanderwege die Gottesmutter erschienen sei und dabei die Errichtung einer Kapelle an dieser Stelle gefordert habe. Derartige Geschehnisse sind nicht völlig neu: Bereits zu Beginn der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts soll es an derselben Stelle wiederholt zu solchen Erscheinungen gekommen sein. Seinerzeit begnügte man sich mit der Aufstellung einer kleinen Gedenktafel und immer wieder suchten „Pilger“ vereinzelt diesen Ort auf. Das jüngste Ereignis zeigte allerdings eine größere Wirkung. Es wurde ein Kapellenbauverein gegründet, der laut Angaben seines Vorsitzenden bereits über 200 Mitglieder zählt, darunter auch der Bauer Ludwig Landmann, auf dessen Grundstück all dies passierte. In kürzester Zeit wurden Spenden zum Bau einer Kapelle gesammelt. Der Bauantrag soll in Kürze eingereicht werden.

Ordnungsgemäßer **Antrag** des Kapellenbauvereins Nordbach e. V., vertreten durch den Vorsitzenden, **auf Erteilung eines Vorbescheides** zur Frage der Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung bezüglich Errichtung einer ca. 4 m hohen, offenen Kapelle mit einer Nutzfläche von ca. 20 m<sup>2</sup> und einem Rauminhalt von ca. 80 m<sup>3</sup> mit lebensgroßer Marienstatue und zwei Reihen einfacher Sitzgelegenheiten für etwa 12 Personen auf dem Grundstück Gemarkung Nordbach, Flur 7, Flurstück 815 zur Erfüllung eines „mehrfachen göttlichen Bauauftrages“. Das Grundstück befindet sich in 300 m Entfernung von der Ortslage Nordbach an der Kreuzung zweier Wirtschaftswege am Rande eines größeren Waldgebietes und ist im Übrigen weitläufig von landwirtschaftlich genutzten Flächen umgeben. Ein Bebauungsplan besteht nicht.

\* Städt. Verwaltungsdirektor Gerhard Lange ist bei der Landeshauptstadt Düsseldorf tätig, Lehrbeauftragter am dortigen Studieninstitut für kommunale Verwaltung sowie Vorsitzender einer Prüfungskommission in der Staatsprüfung für den gehobenen Dienst beim Landesprüfungsamt für Verwaltungslaufbahnen NRW.

1 Der Fall ist nachgebildet einer Entscheidung des OVG Rhld.-Pf. (Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 72 ff.) und beinhaltet als Schwerpunkt eine bauplanungsrechtliche Fragestellung mit grundrechtlichen Bezügen. Zur Unterstreichung des Praxisbezuges ist eine „aktenmäßige“ Sachverhaltsdarstellung gewählt worden, wobei als Aufgabe der Entwurf eines (ausführlichen) Berichts an die Aufsichtsbehörde zur beabsichtigten Entscheidung über den eingereichten Antrag verlangt wird; so ergibt sich das Erfordernis, sowohl eine negative als auch eine positive Sachentscheidung begründen zu müssen. Würde der Entwurf der abschließenden Entscheidung über den gestellten Antrag gefordert, bestünde das Begründungserfordernis nur im Falle der Ablehnung, da eine positive Entscheidung nach § 71 Abs. 2 i.V.m. § 75 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz BauO NRW – da auch keine Drittbetroffenheit erkennbar ist – keiner Begründung bedürfte, wodurch eine „Richtung“ der Lösung vorgegeben würde.

**Bistum Rheiningen** (Anschrift)  
**Bischöfliches Ordinariat** (Datum)

An den  
 Oberbürgermeister  
 der Stadt Bergstadt  
 persönlich  
 (Anschrift)

**Errichtung einer Marienkapelle am Nordbacher Wäldchen in Bergstadt**

Sehr geehrter Herr Oberbürgermeister,

haben Sie vielen Dank, dass das zuständige Amt Ihrer Stadtverwaltung uns im Rahmen des baurechtlichen Verfahrens wegen Errichtung der Marienkapelle beteiligt hat. Da die Angelegenheit inzwischen von der Öffentlichkeit mit einem gewissen Interesse verfolgt wird, erlauben wir uns, die Rückäußerung unmittelbar an Sie persönlich zu übermitteln.

Wir müssen Ihnen mitteilen, dass dem Bau der Kapelle aus Sicht der römisch-katholischen Kirche keine Anerkennung zuteil werden kann. ... Wir werden daher weder eine finanzielle Förderung vornehmen, noch können wir ein Erfordernis für Gottesdienst und Seelsorge feststellen (§ 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB). ...

Mit freundlichen Grüßen  
*Prof. Dr. Theo Looge*  
 Stellvertretender  
 Diözesanadministrator

Bezirksregierung Bergstadt (Anschrift)  
 (Datum)

Az.: ...

An den  
 Oberbürgermeister  
 Bergstadt  
 (Anschrift)

**Bauvoranfrage für den Bau der Marienkapelle in Bergstadt-Nordbach**

Schreiben des Kapellenbauvereins Nordbach e.V. vom ...

Kopie des o.a. Schreibens erhalten Sie mit der Bitte um ausführlichen Bericht, wie Sie über den Antrag auf Erteilung eines Vorbescheides entscheiden wollen.

Anlage

Im Auftrag  
*Schneffke*

**Kapellenbauverein Nordbach e. V.** (Anschrift)  
 (Datum)

An die  
 Bezirksregierung Bergstadt  
 (Anschrift)

**Bauvoranfrage für den Bau einer Marienkapelle in Bergstadt-Nordbach**

Sehr geehrter Herr Regierungspräsident!

... Die Kapelle kann aber nur am Ort der Marienerscheinung ihre Bestimmung erfüllen. Wir bitten Sie, auf das Genehmigungsverfahren ein Auge zu haben, zumal wir auf Grund der im Grundgesetz garantierten Religionsfreiheit ein Recht auf positive Entscheidung haben. Die veralteten Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung dürften doch wohl kaum anwendbar sein.

Mit freundlichen Grüßen  
*Anselm von Medy-Thier*  
 Vorsitzender

**Aufgabe**

Entwerfen Sie den von der Bezirksregierung erbetenen Bericht (mit Sachverhaltsdarstellung und ausführlicher Darlegung der Rechtslage)!

**B. Lösungsvorschlag**

**Stadt Bergstadt** (Anschrift)  
**Der Oberbürgermeister** (Datum)

Amt für Bauaufsicht  
 Az.: ...

1.)  
 Bezirksregierung Bergstadt  
 (Anschrift)

**Bauvoranfrage für den Bau einer Marienkapelle in Bergstadt-Nordbach**

Ihre Verfügung vom ..., Az.: ...

Der Kapellenbauverein Nordbach e.V. beabsichtigt, auf dem Grundstück Gemarkung Nordbach, Flur 7, Flurstück 815 im Bergstadt eine Marienkapelle zu errichten. Hintergrund dieser Absicht sind „Marienerscheinungen“ vor mehreren Jahrzehnten sowie aus jüngster Zeit, in denen die Errichtung einer solchen Kapelle gefordert worden sein soll. Am ... ist hier zunächst ein Antrag auf Erteilung eines Vorbescheides zur Frage der Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung der Kapelle eingegangen. Dieser bezieht sich auf die Errichtung einer ca. 4 m hohen, offenen Kapelle mit einer Nutzfläche von ca. 20 m<sup>2</sup> und einem Rauminhalt von ca. 80 m<sup>3</sup> mit lebensgroßer Marienstatue und zwei Reihen einfacher Sitzgelegenheiten für etwa 12 Personen.

Ich beabsichtige, diesen Antrag abzulehnen, da die Voraussetzungen für die Erteilung des Vorbescheides nicht vorliegen.

**I. Verfahrensart, Zuständigkeit, Bescheidungsinteresse**

Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW ist es möglich, verbindliche Aussagen zu (einzelnen) Fragen eines Bauvorhabens (hier: Zulässigkeit der Art der Nutzung) durch einen Vorbescheid zu treffen. Da ein solcher Vorbescheid vor Einreichung eines Bauantrages ergeht und ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung ist, muss es sich um ein

baugenehmigungspflichtiges Vorhaben handeln. Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW bedarf die Errichtung einer baulichen Anlage grundsätzlich einer Baugenehmigung. Bei der Kapelle handelt es sich nach § 2 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW um eine bauliche Anlage, da sie aus Bauprodukten hergestellt werden soll und mit dem Erdboden verbunden wird. Bezüglich der Genehmigungspflicht ist für ein solches Vorhaben in den §§ 64 bis 67, 79, 80 BauO NRW und in § 2 Nr. 4 lit. b und c Bürokratieabbaugesetz I NRW nichts anderes bestimmt. Das Vorhaben bedarf also einer Baugenehmigung. Ein Vorbescheid kann daher – wie hier ordnungsgemäß geschehen – beantragt werden. Für die Erteilung des Vorbescheides bin ich nach §§ 60 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, 62 BauO NRW, § 4 Abs. 1 OBG NRW i.V.m. §§ 63 Abs. 1 Satz 1, 40 Abs. 2 Satz 2 GO NRW als untere Bauaufsichtsbehörde sachlich, instanzial und örtlich zuständig.

Das Bescheidungsinteresse des Kapellenbauvereins Nordbach e.V. ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass er nicht Grundstückseigentümer ist. Zum einen ergeht ein Vorbescheid nach § 71 Abs. 2 i.V.m. § 75 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW unbeschadet privater Rechte Dritter. Zum anderen ist eine das Bescheidungsinteresse ausschließende ausdrückliche Ablehnung des Grundstückseigentümers Ludwig Landmann nicht zu erwarten, da dieser selbst Mitglied im Kapellenbauverein ist.

## II. Entscheidungsvoraussetzungen

Die Erteilung des Vorbescheides ist abzulehnen, da dem Vorhaben hinsichtlich der zur Prüfung gestellten Frage der Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen (§ 71 Abs. 2 i.V.m. § 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW).

Die Zulässigkeit der Art baulichen Nutzung ist Teil der planungsrechtlichen Zulässigkeit; diese beurteilt sich nach §§ 30 ff. BauGB, da die Kapelle eine bauliche Anlage (im bauplanungsrechtlichen Sinne) und somit ein Vorhaben im Sinne von § 29 Satz 1 BauGB darstellt. Denn zusätzlich zu den oben aufgeführten bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer baulichen Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinne besitzt die Kapelle auch städtebaulich Relevanz; d.h., sie berührt Belange, die auch bei der Bauleitplanung zu berücksichtigen sind wie z.B. die Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB). Die planungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich nach § 35 BauGB.

Das Grundstück (300 m von der nächsten Ortslage entfernt am Waldrand und ansonsten umgeben von landwirtschaftlichen Flächen), auf dem das Vorhaben verwirklicht werden soll, liegt weder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (im Sinne von § 30 Abs. 1 BauGB) noch innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils (im Sinne von § 34 BauGB) und somit im Außenbereich.

### 1. Kein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB

Die Kapelle ist kein sog. privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB.

- a) Eine Privilegierung ergibt sich nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB aus ihrer (vermeintlichen) Ortsgebundenheit. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf ortsgebundene Gewerbetriebe, wobei der Begriff der Ortsgebundenheit auf die besondere geographische oder geologische Situation des Standortes abstellt. Dem steht eine objektiv nicht nachweisbare „Marienerscheinung“ an einer bestimmten Stelle nicht gleich.
- b) Eine Privilegierung ergibt sich des Weiteren auch nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB daraus, dass der Kapellenbau wegen seiner

besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich errichtet werden soll. Um zu vermeiden, dass diese Regelung zu einem Auffangtatbestand für beliebige Vorhaben dienen kann, ist sie eng auszulegen. Ein „Sollen“ im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist daher nur gegeben bei Vorhaben, die einen singulären Charakter haben und von daher keine Vorbildwirkung für andere Vorhaben entfalten (können). Vorhaben, die nicht im überwiegenden allgemeinen Interesse liegen, sondern in erster Linie individuellen Bedürfnissen dienen, rechtfertigen keine privilegierte Nutzung des Außenbereichs<sup>2</sup>. Von daher ist im vorliegenden Fall nicht vom dem (subjektiven) Vorhaben des Kapellenbauvereins Nordbach e.V. wegen der Marienerscheinung auszugehen, sondern unter objektiver Betrachtung von einem generell zu verstehenden Vorhaben „Kapellenbau“.

Die beabsichtigte Errichtung der Kapelle hat aber gerade keinen singulären Charakter. Für den Kapellenbauverein mag die Singularität in der Marienerscheinung mit dem übernatürlichen Bauauftrag für die Kapelle liegen. Die daraus abgeleitete religiöse Überzeugung ist jedoch objektiv nicht nachweisbar. Derartige religiöse oder weltanschauliche Gründe könnten auch von anderen Bauinteressenten angeführt werden, um im Außenbereich Bauvorhaben auszuführen. Diese Gründe allein schließen eine Vorbildwirkung nicht aus. Eine umfängliche allgemeine Anerkennung des Vorhabens, die zur Singularität des Vorhabens und somit zum Ausschluss der Vorbildwirkung führen würde, ist nicht gegeben. Denn ein nicht unwesentlicher Teil der Allgemeinheit, der auch der Marienverehrung nahe steht, wird durch die katholische Kirche repräsentiert<sup>3</sup>. Diese hat jedoch durch das Schreiben des bischöflichen Ordinariats Rheiningen vom ... dem Vorhaben die Anerkennung versagt. Im Übrigen wird die auf Grund früherer Marienerscheinungen errichtete Gedenktafel nur vereinzelt von Personen aufgesucht. Das Vorhaben liegt daher im Wesentlichen (nur) im Interesse des Kapellenbauvereins und seiner Mitglieder. Das Vorhaben ist somit nicht im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert<sup>4</sup>.

### 2. Kein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB

Der Kapellenbau ist auch nicht als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zuzulassen.

- a) Das Vorhaben beeinträchtigt öffentliche Belange, da es der natürlichen Eigenart der Landschaft widerspricht (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Die Schutzwürdigkeit dieses Belanges ist auch nicht durch schon vorhandene Beeinträchtigungen entfallen, sondern weiterhin beachtlich. Denn die vorhandene kleine Gedenktafel wird nur vereinzelt aufgesucht, woraus sich keine die Schutzwürdigkeit mindern- de Vorbelastung ergibt<sup>5</sup>.

- b) Die Ablehnung des Kapellenbaus nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist auch kein ungerechtfertigter Eingriff in das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). Dieses steht auch juristischen Personen wie dem Kapellenbauverein Nordbach e.V. als eingetragenen Verein nach § 21 BGB zu (Art. 19 Abs. 3 GG)<sup>6</sup>.

2 OVG Rhld.-Pf., Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 73 m.w.N.

3 OVG Rhld.-Pf., Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 73.

4 OVG Rhld.-Pf., Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 73.

5 OVG Rhld.-Pf., Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 73 f.

6 Schwemer, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, BauR 2008, 1552, m.w.N.

Es umfasst neben dem Schutz der inneren Glaubensüberzeugung auch Handlungen der nach außen gerichteten Religionsausübung wie die Errichtung der Kapelle<sup>7</sup>. Der in der Ablehnung liegende Eingriff ist vielmehr gerechtfertigt. Das Grundrecht der Religionsfreiheit wird zwar nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG schrankenlos gewährt. Eine Schranke ergibt sich auch nicht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV<sup>8</sup>. Zwar steht die Religionsausübung nach dem Wortlaut des Art. 136 Abs. 1 WRV, der durch Art. 140 GG in das GG inkorporiertes und somit vollwertiges Verfassungsrecht ist, unter dem Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes. Durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG soll aber nach seinem Wortlaut und nach seiner systematischen Stellung im Grundrechtsteil des GG die Religionsfreiheit gerade vorbehaltlos gewährt werden. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV wird insoweit überlagert<sup>9</sup> und ist daher kein Gesetzesvorbehalt für die Religionsfreiheit<sup>10</sup>. Diese gilt demnach vorbehaltlos. Allerdings endet die Wirkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte dort, wo sie mit anderen gleichrangigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang kollidieren, also durch verfassungsimmanente

Schranken eingeschränkt werden. Ein solches Verfassungsgut ist der in Art. 20 a GG garantierte Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, der durch die Regelung in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB eine Konkretisierung erfährt<sup>11</sup>. Die Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Interessen geht zu Lasten der Religions(ausübungs)freiheit. Diese wird hier nur insoweit eingeschränkt, als dass sie am geplanten Errichtungsort nicht gerade auch durch den Bau der Kapelle ausgeübt werden kann. Die Glaubensbetätigung am selben Ort in anderer Form an der vorhandenen Gedenktafel wird nicht ausgeschlossen. Weitere anderweitige Formen der Religionsausübung bis hin zur Errichtung einer Kapelle an einem anderen Ort werden ebenfalls nicht eingeschränkt. Vor diesem Hintergrund ist der natürlichen Eigenart der Landschaft der Vorrang einzuräumen<sup>12</sup>.

Im Auftrag

(Name)

2.) Wv. ...

7 Schwemer, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, BauR 2008, 1552, m.w.N.

8 Auf diese Vorschriften ist auch deshalb einzugehen, weil sich der Kapellenbauverein in seinem Schreiben an die Bezirksregierung ausdrücklich auf die WRV bezieht.

9 Schwemer, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, BauR 2008, 1553, m.w.N.

10 Veelken, Das Verbot von Weltanschauungs- und Religionsgemeinschaften, Diss. jur., Münster 1999, S. 193.

11 Vgl. Schwemer, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, BauR 2008, 1554.

12 Schwemer, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, BauR 2008, 1555; so im Ergebnis OVG Rhld.-Pf., Urt. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06 –, BauR 2007, 74. Andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

## Rechtsprechung

### Umfang der Lehrfreiheit im Fachhochschulbereich

(BVerfG, Beschl. v. 13.04.2010 – 1 BvR 216/07)

1. *Fachhochschullehrer, denen die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre übertragen worden ist, können sich auf die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen.*

2. *Anweisungen hinsichtlich der Lehre berühren das Recht des Hochschullehrers, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Anmerkung:

Hintergrund des vorliegenden Verfahrens ist die Verfassungsbeschwerde eines Fachhochschullehrers, der sich gegen die Zuweisung neuer Lehraufgaben zur Wehr gesetzt hat. Der Beschwerdeführer (Bf.) ist der Auffassung, die Hochschulleitung habe ihn „fachfremd“ eingesetzt, d. h. im Widerspruch zu dem Fachgebiet, für das er als Professor berufen worden war. Der Senat hat die zulässige Beschwerde im Ergebnis zurückgewiesen. Im Wesentlichen hat er folgendes ausgeführt:

1. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährt jedem, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, ein **Grundrecht auf freie wissen-**

**schaftliche Betätigung** (vgl. BVerfGE 15, 256 <263 f.>; 88, 129 <136>). Als **Abwehrrecht** schützt das Grundrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe und gewährt dem einzelnen Wissenschaftler einen vorbehaltlos geschützten Freiraum (vgl. BVerfGE 35, 79 <112 f.>; 47, 327 <367>; 88, 129 <136>; 90, 1 <11 f.>). Kern der Wissenschaftsfreiheit ist für Hochschullehrer das Recht, ihr Fach in Forschung und Lehre zu vertreten (vgl. BVerfGE 35, 79 <147>; 122, 89 <105>). In welchen Einrichtungen, in welchem Umfang und bezogen auf welchen Fächerzuschnitt Personen amtlich damit betraut werden, **wissenschaftlich** eigenständig zu forschen und zu lehren, ist im Grundsatz eine Entscheidung des **Gesetzgebers**. Er ist hierbei nicht auf die Fortschreibung der tradierten Formen und Einrichtungen beschränkt. Soweit er Personen als Hochschullehrern die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre überträgt, fallen diese unter den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG.

a) Bezogen auf die damalige Rechtslage hat das BVerfG es in seiner bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen, ob und in welchem Umfang sich **Fachhochschullehrer** auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen können (vgl. BVerfGE 61, 210 <237 ff.>; 64, 323 <353 ff.>). Es hat allerdings dabei auf die Wechselbeziehung dieser Frage mit den gesetzlich bestimmten Aufgaben der Fachhochschullehrer hingewiesen und so die Entwicklungsoffenheit des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit hervorgehoben. In diesem Zusammenhang hat es bereits damals auch schon auf

die **verstärkten Forschungsaufgaben** der Fachhochschulen, auf die fließenden Grenzen zwischen Forschung und Entwicklung sowie auf die gestiegenen Ansprüche an Fachhochschulen und an die Qualifikation der Fachhochschullehrer hingewiesen (vgl. BVerfGE 61, 210 <246 f.>). Auch für den materiellen Hochschullehrerbegriff hat das BVerfG eine Entwicklungsoffenheit betont, um dadurch strukturellen, organisatorischen und auf die Anforderungen und Aufgaben von Hochschullehrern bezogenen Veränderungen im Hochschulwesen Rechnung tragen zu können (vgl. BVerfGE 47, 327 <392>). Bundes- und Landesgesetzgeber haben in den vergangenen Jahren **Universitäten und Fachhochschulen einander angenähert**. Das Hochschulrahmengesetz und die Landeshochschulgesetze unterscheiden grundsätzlich nicht mehr zwischen solchen Regelungen, die allein für Universitäten Geltung beanspruchen, und solchen Regelungen, die für andere Hochschularten gelten (vgl. § 1 Satz 1 HRG). Die wesentlichen Aufgaben und Ausbildungsziele werden für alle Hochschularten einheitlich normiert (§ 2 und § 29 Abs. 1 BWHG, Art. 2 und Art. 55 Abs. 1 BayHG, § 4 und § 21 Abs. 1 BerlHG, § 3 und § 16 Abs. 1 BbgHG, §§ 4 und 52 BremHG, §§ 3, 46 und 49 HmbHG, §§ 3 und 13 HeHG, § 3 und § 28 Abs. 1 LHG M-V, § 3 NdsHG, § 3 und § 58 Abs. 1 NRWG, § 2 und § 16 Abs. 1 RPfHG, §§ 2 und 48 SaarUG, §§ 5 und 15 SÄHG, §§ 3 und 6 LSAHG, § 3 und § 46 Abs. 1 SHHG, § 5 und § 40 Abs. 1 ThürHG). Die Freiheit von Forschung und Lehre wird, zumeist unter ausdrücklicher Nennung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, auch für Fachhochschulen garantiert (§ 3 Abs. 1 bis 3 BWHG, Art. 3 Abs. 1 bis 3 BayHG, § 5 Abs. 1 BerlHG, § 4 Abs. 1 und 2 BbgHG, § 7 Abs. 1 bis 3 BremHG, § 11 HmbHG, § 28 Satz 1 HeHG, § 5 Abs. 1 bis 3 LHG M-V, § 4 Abs. 1 und 2 NRWG, § 3 Abs. 1 bis 3 RPfHG, § 3 Abs. 1 bis 3 SaarUG, § 4 SÄHG, § 4 Abs. 1 bis 4 LSAHG, § 4 Abs. 1 bis 4 SHHG, § 7 Abs. 1 bis 3 ThürHG) und Fachhochschulen werden Forschungsaufgaben übertragen (§ 40 BWHG, Art. 2 Abs. 1 Satz 6 BayHG, § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 4 BerlHG, § 3 Abs. 1 Satz 1 und 4 BbgHG, § 4 Abs. 1 Satz 1 BremHG, § 4 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Nr. 2 HmbHG, § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 3 Satz 4 HeHG, § 3 Abs. 1 Satz 1 und 4 LHG M-V, § 3 Abs. 4 Satz 2 NdsHG, § 3 Abs. 2 Satz 2 NRWG, § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 RPfHG, § 2 Abs. 1 Satz 3 SaFHG, § 5 Abs. 1 Satz 2 SÄHG, § 3 Abs. 11 Satz 2 LSAHG, § 94 Satz 3 SHHG, § 5 Abs. 1 Satz 2 und 4 ThürHG).

Da Aufgaben der Hochschulen und Ziele des Studiums unabhängig von der Hochschulart normiert werden, lässt sich die vom BVerfG in den Jahren 1982 und 1983 getroffene Feststellung, dass bei wissenschaftlichen Hochschulen die Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung und Lehre im Vordergrund stehen und dem Studierenden eine umfassende wissenschaftliche Ausbildung vermittelt werden soll, bei Fachhochschulen hingegen die Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit durch anwendungsbezogene Lehre vornehmliche Aufgabe ist (vgl. BVerfGE 61, 210 <244 f.>; 64, 323 <354 f.>; ähnlich auch: BayVerfGH, Entscheidung vom 8. Januar 1997 – Vf. 7-VII-96 –, NVwZ-RR 1997, S. 673 <674>), nicht mehr aufrechterhalten. Einerseits sind auch für die Universitäten Ausbildungsaufgaben zentral, so dass die Universitätslehre notwendig auf Prüfungsordnungen ausgerichtet und durch Studienpläne gesteuert wird, ohne dass dadurch der Wissenschaftscharakter der Lehre an Universitäten in Frage gestellt würde. Andererseits kann es ebenso wie bei Universitäten Aufgabe einer Fachhochschule oder der in ihr tätigen Professoren sein, ihren Studierenden im Rahmen der Ausbildungsaufgaben wissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden zu vermitteln sowie sie zu wissenschaftlicher Arbeit zu befähigen.

b) Auch weitere Annahmen bezüglich für den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG erheblicher Unterschiede zwischen Universitäten und Fachhochschulen im Hinblick auf Rolle und Bedeutung der Forschung lassen sich angesichts gesetzlicher Neuerungen und faktischer Entwicklungen nicht mehr aufrechterhalten. In den Jahren 1982 bzw. 1983 war die Feststellung, Fachhochschulen würden Forschungs- und Entwicklungsvorhaben nur im Rahmen ihres Ausbildungsauftrages vornehmen, während bei Universitäten die Forschung neben der wissenschaftlichen Grundlegung und Weiterentwicklung von Lehre und Studium ganz allgemein der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse diene (vgl. BVerfGE 61, 210 <244 f.>; 64, 323 <354 f.>), noch zutreffend. Gleiches gilt für die Aussage, der Gesetzgeber habe den Fachhochschulen Forschung zwar in einem bestimmten Rahmen gestattet, anders als wissenschaftlichen Hochschulen aber keinen Auftrag zur Forschung erteilt (vgl. BVerfGE 64, 323 <358 f.>), sowie für die Feststellung, die Betreuung mit Forschungsaufgaben sei insofern erheblich begrenzt, als sich das Forschungsspektrum der Fachhochschule allein an ihrem Ausbildungsauftrag orientiere (vgl. BVerfGE 64, 323 <359>). Heute gestattet die Mehrheit der Bundesländer in ihren Hochschulgesetzen den Fachhochschulen nicht lediglich zu forschen, **Forschung wird den Fachhochschulen vielmehr als Aufgabe**, teilweise sogar ohne funktionale Bindung an ihren Ausbildungsauftrag, ausdrücklich **zugewiesen** (vgl. hierzu m.w.N. Waldeyer, Das Recht der Fachhochschulen, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 2, Stand: Mai 2000, Rn. 11 ff.). Damit haben sich auch die dienstrechtlich vermittelten Aufgaben von Fachhochschullehrern inhaltlich erweitert. Allein das höhere Lehrdeputat und der daraus folgende geringere Freiraum für Forschung kann die Berufung des Fachhochschullehrers auf die Wissenschaftsfreiheit nicht ausschließen (vgl. BVerfGE 61, 210 <246>).

c) Auch das Argument der unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen für Studierende kann eine Herausnahme der Fachhochschulen aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit nicht länger rechtfertigen. Dass den Studierenden an Fachhochschulen mit Rücksicht auf ihren niedrigeren Bildungsabschluss keine wissenschaftliche Lehre erteilt werden könne (vgl. BVerfGE 64, 323 <357 f.>; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19. November 1996 – 8 B 107.96 –, juris, Rn. 26), vermag angesichts der aktuellen gesetzlichen Regelungen nicht mehr zu überzeugen. Auf der rahmenrechtlichen Grundlage des § 27 Abs. 2 Satz 2 HRG haben mittlerweile alle Bundesländer beruflich qualifizierten Personen ohne Hochschulreife den Zugang zum Universitätsstudium eröffnet (§ 59 BWHG, Art. 45 BayHG, § 11 BerlHG, § 8 BbgHG, § 35 BremHG, § 38 HmbHG, § 54 Abs. 2 und 3 HeHG, § 18 Abs. 1 und § 19 LHG M-V, § 18 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 NdsHG, § 49 Abs. 6 NRWG, § 65 Abs. 1 Satz 3 bis 5 RPfHG, § 69 Abs. 4 SaarUG, § 17 Abs. 2 und 5 SÄHG, § 27 Abs. 4 SAHG, § 39 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und 3 SHHG, § 63 ThürHG). Umgekehrt sind die gestiegenen Anforderungen an Fachhochschulstudierende daran ablesbar, dass unabhängig von der jeweiligen Hochschulart als Ziel von Lehre und Studium die Befähigung zu „selbständigem Denken“ (§ 16 Abs. 1 BbgHG, § 15 Abs. 1 SÄHG, § 6 Abs. 1 Satz 1 SAHG), zu „kritischem Denken“ (§ 21 Abs. 1 BerlHG), zu „wissenschaftlich-kritischem Denken“ (§ 13 Satz 1 HeHG, § 46 Satz 2 SaarFHG) oder zur „kritischen Einordnung wissenschaftlicher Erkenntnis“ (§ 58 Abs. 1 NRWG) formuliert wird.

d) Schließlich haben sich Annäherungen zwischen Universitäten und Fachhochschulen im Zuge des sog. **Bologna-Prozesses** ergeben, die erkennen lassen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch Fachhochschulen als wissenschaftliche Ausbildungsstätten angesehen werden sollen. Nach § 19 Abs. 1 HRG können alle Hochschulen „Studiengänge einrichten, die zu einem Bachelor- oder Bakkalaureusgrad und zu einem Master- oder Magistergrad führen“. Die Regelstudienzeit ist dabei unabhängig von der Hochschulart einheitlich geregelt. Bei der Hochschulprüfung an Fachhochschulen oder in Fachhochschulstudiengängen muss nach § 18 Abs. 1 Satz 2 HRG lediglich der Diplomgrad mit dem Zusatz „Fachhochschule“ („FH“) versehen werden.

e) Auch der Grundsatz der **Einheit von Forschung und Lehre** führt nicht dazu, dass wissenschaftliche Lehre institutionell zwingend an Universitäten gebunden ist und Fachhochschullehrern das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit folglich nicht zustehen kann. Lehre i. S. des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist nicht nur, was sich als kommuniziertes Resultat eigener Forschung erweist (vgl. Denninger, in: ders. u.a., AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 3 I, Rn. 29 f.; Hailbronner, Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, 1979, S. 164 f.). Für den Fachhochschullehrer folgt die Anforderung, die Forschungs- und Erkenntnisentwicklungen auf seinem jeweiligen Wissenschaftsgebiet permanent zu verfolgen, zu reflektieren, kritisch zu hinterfragen und für seine Lehre didaktisch und methodisch zu verarbeiten, schon aus der Formulierung der für Fachhochschulen gesetzlich normierten Aufgaben und Ausbildungsziele (vgl. hierzu BVerfGE 55, 261 <270 f.>). Sowohl an Universitäten wie an Fachhochschulen sind darüber hinaus Unterrichtstätigkeiten, die bloße Wissensvermittlung darstellen und die Weitergabe eigener und fremder Forschungsergebnisse zumeist untrennbar miteinander verknüpft. Würde man wissenschaftliche Lehre nur dann annehmen, wenn sie sich als Resultat eigener Forschung darstellt, wäre auch ein Großteil der Lehre an Universitäten nicht als wissenschaftlich zu qualifizieren, was dem Grundrechtsschutz für die Freiheit der Lehre nicht gerecht würde. Im Übrigen lässt sich die Einheit von Forschung und Lehre bei Fachhochschullehrern nicht pauschal verneinen, weil die Landeshochschulgesetze den Fachhochschulen Forschung als Aufgabe übertragen haben. Dass es sich nicht nur bei der Grundlagenforschung, sondern auch bei anwendungsbezogener Forschung um wissenschaftliche Forschung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG handelt, hat das BVerfG bereits 1982 festgestellt und sich in diesem Zusammenhang gegen einen restriktiven, statischen und abschließend definierten Forschungsbegriff gewendet. Forschung „war schon immer nicht nur reine Grundlagenforschung, sondern setzte auch an bestimmten praktischen Fragestellungen an“ (vgl. BVerfGE 61, 210 <252>).

2. **Anweisungen hinsichtlich der Lehre** gegenüber einem als selbständigen Wissenschaftler bestellten Hochschullehrer berühren dessen Recht, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten, und damit seine in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte **Wissenschaftsfreiheit**. Dabei wird die Freiheit der Lehre für den Hochschullehrer durch sein konkretes Amt bestimmt (vgl. BVerfGE 35, 79 <147>; 122, 89 <105 f.>; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. September 2003 – 4 S 1636/01 –, juris, Rn. 21).

a) Die Wissenschaftsfreiheit ist **vorbehaltlos gewährleistet**. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des BVerfG in die Wis-

senschaftsfreiheit, wie bei anderen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten, mit Rücksicht auf **kollidierendes Verfassungsrecht** eingegriffen werden (vgl. BVerfGE 47, 327 <369>; 57, 70 <99>), wobei es grundsätzlich auch insoweit einer **gesetzlichen Grundlage** bedarf (vgl. BVerfGE 83, 130 <142>; 107, 104 <120>; 122, 89 <107>). Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers können insbesondere durch das Ziel der – ihrerseits durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten – **Erhaltung und Förderung der Funktionsfähigkeit der Hochschulen** sowie des **Schutzes anderer Grundrechtsträger** gerechtfertigt sein (vgl. BVerfGE 55, 37 <68 f.>; 95, 193 <212>; 111, 333 <353 f.>; 122, 89 <114>). Insbesondere müssen die Universitäten und Fachbereiche ihre Aufgaben in Lehre und Forschung erfüllen können (vgl. BVerfGE 35, 79 <122>; 55, 37 <68 f.>; 122, 89 <114>). Zu berücksichtigen sind auch die in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechtspositionen der **Studierenden**, da die Hochschulen nicht nur der Pflege der Wissenschaften dienen, sondern auch die Funktion von Ausbildungsstätten für bestimmte Berufe haben (vgl. BVerfGE 35, 79 <121 f.>; 55, 37 <68 f.>; 93, 85 <95>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. August 2007 – 1 BvR 2667/05 –, NVwZ-RR 2008, S. 33 <33 f.>)

b) Da die **Lehre** zu den **dienstlichen Pflichten der Hochschulprofessoren** gehört, sind Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane über die inhaltliche, zeitliche und örtliche Koordination der von der Hochschule anzubietenden Lehre und über die Verteilung und Übernahme von Lehrverpflichtungen grundsätzlich zulässig (vgl. BVerfGE 93, 85 <98>). Dabei genießt die auf Eigeninitiative und Freiwilligkeit beruhende Selbstkoordination der dem Fachbereich angehörigen Professoren als milderer Mittel den Vorrang gegenüber der Fremdbestimmung durch die zuständigen Hochschulorgane; erst wenn eine kollegiale Einigung nicht zustande kommt, weil beispielsweise keiner der unter Berücksichtigung ihres Dienstverhältnisses und nach Maßgabe ihrer Lehrverpflichtungen in Betracht kommenden Hochschullehrer zur Übernahme einer Lehrveranstaltung bereit ist, kann zur Deckung des notwendigen Lehrangebots eine einseitige Anweisung zur Durchführung der Lehrveranstaltung ergehen (vgl. BVerfGE 35, 79 <129>).

c) **Anordnungen** hinsichtlich der vom Hochschullehrer zu haltenden Lehrveranstaltungen müssen sein **Grundrecht auf Freiheit von Forschung und Lehre** beachten, dessen inhaltlicher Bezugspunkt auch für den Fachhochschulprofessor durch sein konkret-funktionelles Amt bestimmt wird. Einfachgesetzlich ausgestaltet wird das konkret-funktionelle Amt durch § 43 HRG beziehungsweise durch die entsprechenden Vorschriften der Landeshochschulgesetze in Verbindung mit der Ausgestaltung des jeweiligen Dienstverhältnisses. Den **verschiedenen Aufgaben und Profilen der Hochschulen** beziehungsweise ihrer Organisationseinheiten kann so im Rahmen der jeweiligen Ausgestaltung der Dienstverhältnisse Rechnung getragen werden. Beschränkungen der Lehrfreiheit müssen sich in diesem gesetzlichen Rahmen halten. Hochschullehrern dürfen Aufgaben folglich „nur im Rahmen der für ihr Dienstverhältnis geltenden Regelungen übertragen werden“ (vgl. BVerfGE 93, 85 <98>). **Gegenständlich bestimmt und begrenzt** ist demnach das konkret-funktionelle Amt eines Hochschullehrers gemäß § 43 HRG und den entsprechenden Regelungen in den Hochschulgesetzen der Länder nicht nur durch die der Hochschule übertragenen Aufgaben, sondern daneben durch das dem **Hochschullehrer übertragene Fach**. Zur Ermittlung der inhaltlichen Reichweite des übertrage-

nen Faches kann auf die stellenplanmäßige Funktionsbezeichnung der Professur, die Berufungsvereinbarung, die Ernennungsurkunde und, soweit vorhanden, auf eine besondere Einweisungsverfügung sowie indiziell auf den Ausschreibungstext zurückgegriffen werden (vgl. Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 743; Reich, Hochschulrahmengesetz, 10. Aufl. 2007, § 43 Rn. 1 und 2; Detmer, Das Recht der Universitätsprofessoren, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2004, Rn. 159). Für die Frage, wie weit oder eng ein Fach zu verstehen ist, kann dabei auch auf den Kontext der Gesamtaufgaben einer Hochschule abgestellt werden; je spezialisierter und profilierter der wissenschaftliche Auftrag einer Hochschule ist, desto enger muss im Zweifel die jeweilige Fachbeschreibung verstanden werden. Es reicht dabei jedoch nicht, pauschal darauf abzustellen, ob es um die Fachbeschreibung in einer Fachhochschule oder einer Universität geht, sondern es muss der jeweils konkrete Kontext in Blick genommen werden, der auch innerhalb der verschiedenen Hochschulen differieren kann.

d) **Kern** der vorbehaltlos gewährten Lehrfreiheit ist insbesondere die **freie Wahl von Inhalt und Methode** der Lehrveranstaltungen. Diese sind hier nicht betroffen.

Eingriffe in die Lehrfreiheit bedürfen auch dann einer besonders gewichtigen Rechtfertigung durch entgegenstehendes Verfassungsrecht, wenn sie dem Hochschullehrer die Lehre des eigenen Fachs unmöglich machen (vgl. dazu BVerfGE 122, 89 <106 ff.>). Auch dafür ist im vorliegenden Fall nichts ersichtlich. Wegen der Prägung der grundrechtlichen Lehrfreiheit durch das konkretfunktionelle Amt beeinträchtigt auch die Zuweisung von Lehraufgaben, die nicht mehr vom Lehrauftrag gedeckt sind, die Lehrfreiheit (vgl. dazu Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 5 Abs. 3 Rn. 341; Thieme, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, Stand: April 2003, § 43 Rn. 91, 94 und 95; Reich, Hochschulrahmengesetz, 10. Aufl. 2007, § 4 Rn. 21 und § 43 Rn. 1 und 2). Eine unbeschränkte Möglichkeit für die Hochschulorgane, dem Hochschullehrer **fachfremden Unterricht** abzuverlangen, würde nicht nur dessen durch die Lehre des eigenen Faches bestimmter Lehrfreiheit nicht gerecht, sondern könnte auch zur Sanktionierung missliebiger Lehre im eigenen Fach benutzt werden (vgl. dazu BVerfGE 122, 89 <107>). Ob die Grenzen der Zuweisung fachfremder Lehre im vorliegenden Fall tatsächlich überschritten sind, ist streitig und durch die Verwaltungsgerichte im Hauptsacheverfahren zu klären.

#### Ergänzender Hinweis:

*Dozenten an Fachhochschulen werden die Entscheidung des BVerfG begrüßen. In der Tat gehört die Forschung auch zu ihren Aufgaben. Es ist daher nur konsequent, dass sie den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG in Anspruch nehmen können. Allerdings hat der Senat die Verfassungsschutzmöglichkeiten im Hauptsacheverfahren verwiesen. Immerhin sind einige bemerkenswerte Klarstellungen vorgenommen worden, die von den Verwaltungsgerichten zu berücksichtigen sind. In der Praxis ist es freilich nicht unüblich, FH-Dozenten möglichst „breit“ einzusetzen. Die Ausweitung der „Einsatzbreite“ mag helfen, Personalkosten zu sparen, widerspricht jedoch der Vernunft und der Einsicht, dass Wissenschaft und Praxis den Spezialisten mehr denn je benötigen. Nicht umsonst hat sich die Zahl der Fachanwaltschaften immer mehr erhöht. Schon eine mittelschwere Mietrechtsstreitigkeit setzt Fachkenntnisse und praktische Erfahrungen voraus, über die der nicht spezialisierte „Einzelkämpfer“ nicht (mehr) ver-*

*fügt. Niemand möchte sich im Übrigen von einem Zahnarzt am Blinddarm operieren lassen.*

J.V.

## Kommunalverfassungsstreit und Beteiligungsfähigkeit einer Fraktion

(OVG Koblenz, Beschl. vom 4. Februar 2010 – 11246/09.OVG)

*1. Eine Stadtratsfraktion verliert mit dem Ablauf der Wahlperiode ihre Existenz und ist deshalb im Verwaltungsprozess nicht mehr beteiligungsfähig im Sinne des § 61 Nr. 2 VwGO.*

*2. Für Fraktionen gilt der Grundsatz der formellen Diskontinuität.*

### Aus den Gründen

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit von zwei Beschlüssen des Beklagten aus dem Jahre 2009 als unzulässig abgewiesen. Die Klägerin war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr beteiligungsfähig im Sinne des § 61 Nr. 1 VwGO. Damit fehlte ihr auch das gemäß § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche berechtigte Interesse an den begehrten gerichtlichen Feststellungen. Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es für das Vorliegen der (genannten) Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht auf die Umstände der Klageerhebung, sondern nach allgemeinen verwaltungsprozessualen Grundsätzen auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.

Gemäß § 61 Nr. 2 VwGO sind Vereinigungen fähig, am Verwaltungsprozess beteiligt zu sein, soweit ihnen ein Recht zusteht. Im Rahmen von Kommunalverfassungsstreitverfahren zählen hierzu grundsätzlich auch Fraktionen im Sinne des § 30 a Abs. 1 GemO. Allerdings bestehen Fraktionen aufgrund der jeweiligen Fraktionsvereinbarung nur für die Dauer der Wahlzeit des Rates. Sie können daher als Gliederung des Gemeinderates diesen nicht „überleben“. Für Fraktionen gilt damit der Grundsatz der formellen Diskontinuität. Dies hat zur Folge, dass sie ihre Existenz und damit die Beteiligungsfähigkeit im Verwaltungsprozess mit dem Ablauf der Wahlperiode verlieren. Auch begründet § 34 Abs. 1 Satz 5 GemO keine Kontinuität von Ratsfraktionen über Wahlperioden hinaus. Der Grundsatz der formellen Diskontinuität einer Ratsfraktion führt nicht zwangsläufig zur Unanfechtbarkeit von Ratsentscheidungen, sondern schließt lediglich die Klagemöglichkeit einer nicht mehr bestehenden Fraktion aus. Dies ist im Hinblick auf das Beanstandungsrecht der Kommunalaufsicht hinnehmbar. Im konkreten Fall braucht auch nicht die Frage geklärt zu werden, ob trotz des Grundsatzes der formellen Diskontinuität eine Fraktion, welche in der neuen Wahlperiode im Rat vertreten und aus derselben Partei oder Wählergruppe wie die nicht mehr bestehende Fraktion hervorgegangen ist, dem anhängigen Verwaltungsprozess gemäß § 91 VwGO beitreten kann.

Das Verwaltungsgericht hat zudem zu Recht das für die erhobene Klage erforderliche Feststellungsinteresse verneint. Da die Klägerin nicht mehr besteht, ist auf sie bezogen eine Wiederholungsgefahr, ein Rehabilitationsinteresse und eine präjudizielle Wirkung der in Rede stehenden Stadtratsbeschlüsse ausgeschlossen.



## Anmerkungen

1. Die Verwaltungsgerichtsordnung mit ihren Vorgaben für eine erfolgreiche Klage ist im Grundsatz auf Streitigkeiten mit Außenrechtsbeziehungen zugeschnitten. Sie hat also Klagen zwischen Privatpersonen (einschließlich juristische Personen) auf der einen und staatlichen Verwaltungsträgern auf der anderen Seite oder den Streit zwischen (selbständigen) Verwaltungsträgern im Blick. Hiervon zu unterscheiden sind aber sog. Kommunalverfassungsstreitverfahren. Hier geht es um eine Streitigkeit innerhalb eines Verwaltungsträgers und nicht zwischen verschiedenen Rechtssubjekten. Es wird unterschieden zwischen interorganischen und intraorganischen Streitverfahren (vgl. nur Gersdorf, Hubertus, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., Rdnr. 238). Im ersten Fall handelt es sich um ein Streitverfahren zwischen verschiedenen Organen desselben Verwaltungsträgers. Bei dem intraorganischen Streitverfahren geht es um eine juristische Auseinandersetzung zwischen Teilen eines und desselben Organs desselben Verwaltungsträgers. Es handelt sich also um Streitverfahren, die die Innenrechtsbeziehungen betreffen. Gab es in der Vergangenheit erhebliche Diskussionen über die (grundlegende) Zulässigkeit dieser Streitverfahren, die richtige Klageart, die Beteiligtenfähigkeit u.a.m., so haben sich zwischenzeitlich für zentrale Fragen gefestigte Positionen herauskristallisiert. Maßgeblicher Ansatz ist dabei, dass das Kommunalverfassungsstreitverfahren in das vorhandene System der verwaltungsgerichtlichen Klagen eingebettet wird (einen allgemeinen Überblick zum Kommunalverfassungsstreitverfahren vermittelt Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl., Rdnr. 784 ff. m. umfangreichen N.).

2. Für ein Kommunalverfassungsstreitverfahren gelten die allgemeinen und besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der jeweiligen Klage (siehe Überblick bei Suckow/Weidemann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Rdnr. 408 ff., 417; Vertiefung: Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., §§ 3 ff.). Ein besonderes Augenmerk und gewisse Besonderheiten ergeben sich jedoch bei folgenden Punkten: Verwaltungsrechtsweg, statthafte Klage, Klagebefugnis, Beteiligungsfähigkeit, passive Prozessführungsbefugnis und das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. auch Schenke, a.a.O. Rdnr. 228).

3. Wurde früher die Auffassung vertreten, bei einem Kommunalverfassungsstreitverfahren handle es sich um eine Klage sui generis (vgl. nur OVG Lüneburg OVGE 2, 225 [232 f.]; 27, 351 [352]; OVGE Münster 17, 261 [263]; 32, 192 [[194]]), so wird heute einhellig diese Konstruktion abgelehnt und auf die vorhandenen Klagearten der VwGO zurückgegriffen. Nach h.M. kommt – je nach Klageziel – entweder die allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) oder die allgemeine Leistungsklage in Betracht. Ein Rückgriff auf die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage scheidet aus, da bei Streitigkeiten um Innenrechtsbeziehungen regelmäßig nicht um Verwaltungsakte gerungen wird. Es fehlt den strittigen Maßnahmen zumindest die nach § 35 S. 1 VwVfG erforderliche Außenwirkung (a.A. dagegen Schenke, a.a.O. Rdnr. 228).

4. Die Frage der Beteiligungsfähigkeit beurteilt sich nach § 61 VwGO. Hier geht es um die Fähigkeit, als Subjekt eines Prozessrechtsverhältnisses, d.h. zum Beispiel als Kläger an einem Verfahren vor einem Verwaltungsgericht teilnehmen zu können. Grundsätzlich wird die Beteiligungsfähigkeit von Organen und Organteilen bejaht, wenn sie ihr Klagerecht aus einer Verletzung von organschaftlichen Mitgliedschaftsrechten herleiten (Gern, a.a.O., Rdnr. 795 m.N.). Es ist dann eine Frage der Begründetheit, ob das im Streit stehende Recht dem Organ bzw. Organteil tatsächlich zusteht. Recht unproblematisch ergibt sich deren

Beteiligungsfähigkeit aus § 61 Nr. 2 VwGO. Hiernach sind Vereinigungen fähig, an einem Verwaltungsprozess beteiligt zu sein, soweit ihnen ein Recht zusteht. Die klagenden Organe (z.B. Vertretungskörperschaft, Ausschuss, Fraktion) werden einer Vereinigung gleichgestellt. Soweit natürliche Personen als Organwaltern (z.B. Bürgermeister, Ratsvorsitzender, Ratsmitglied) ihre Rechte wahrnehmen, ergibt sich deren Beteiligungsfähigkeit aus § 61 Nr. 2 VwGO (analog). Insoweit ist ein Rückgriff auf § 61 Nr. 1 VwGO verwehrt. Dies ist auch sachgerecht. § 61 Nr. 1 VwGO ist auf natürliche Personen zugeschnitten, die ihre subjektiv-öffentlichen Rechte des Außenrechts verteidigen (vgl. auch Gersdorf, a.a.O., Rdnr. 249 m.N.; Schenke, a.a.O., Rdnr. 457).

5. Die streitbefangene Norm der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, die der OVG-Entscheidung zugrunde lag, hat folgenden Wortlaut:

„§ 30 a GemO

(1) Ratsmitglieder können sich zu Fraktionen zusammenschließen.

Eine Fraktion muß mindestens aus zwei Mitgliedern bestehen.

(2) ....“

6. Auf den ersten Blick überraschend mag die Benennung des Grundsatzes der formellen Diskontinuität einer Fraktion sein, doch entspricht dies den Grundsätzen über die Bildung und der Funktion von Fraktionen. Da Fraktionen und Gruppen nur Zusammenschlüsse gewählter Ratsfrauen und Ratsherren sein können und deren Mitgliedschaft mit Ablauf der Wahlperiode endet, endet ebenfalls die rechtliche Existenz der Fraktionen und Gruppen spätestens zu diesem Zeitpunkt (vgl. auch OVG Münster NVwZ RR 1990, S. 505; OVG Lüneburg Nds. VBl. 2002, S. 135 [136]; VG Düsseldorf NwVBl. 2006, S. 152; vgl. ferner Schaaf, § 30a Rdnr. 4.2 GemO – Kommentar in: Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Praxis der Kommunalverwaltung, Stand: 1999). Dabei gilt dies auch dann, wenn sich in der neuen Wahlperiode eine Fraktion gleichen Namens konstituiert, selbst wenn ausnahmsweise eine Mitgliederidentität vorliegt. Hier ist zu berücksichtigen, dass diese Fraktion auf einem neuen Einrichtungsakt ihrer Gründungsmitglieder beruht (vgl. Wefelmeier § 39 a Rdnr. 23 NGO – Kommentar in: Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Praxis der Kommunalverwaltung, Stand: September 2006). Damit werden mit dem Untergang der Fraktion die vor dem Verwaltungsgericht geführten Klagen grundsätzlich unzulässig. Es entfällt die Beteiligungsfähigkeit nach § 61 VwGO. Ein Beteiligtenwechsel von der untergegangenen Fraktion zur „Nachfolgefraktion“ ist aber nach § 91 VwGO zulässig, wenn auch die neu amtierende Fraktion die streitige Frage einer erneuten gerichtlichen Entscheidung zuführen würde (vgl. auch Wefelmeier, a.a.O., Rdnr. 27).

7. In der vorstehenden Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz wurde nicht um Besonderheiten eines Kommunalverfassungsstreitverfahrens gerungen. Das Gericht hat die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen für eine Feststellungsklage zu Grunde gelegt. Büßt ein Beteiligter seine Beteiligungsfähigkeit ein, fehlt es an einer zwingenden Sachurteilsvoraussetzung. So war es im vorliegenden Fall. Zutreffend weist das Gericht darauf hin, dass die von der Klägerin zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 4, 144) und des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern (DÖV, 2003, S. 765) auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen werden können. Ihnen lagen Organstreitverfahren zugrunde, die von ehemaligen Abgeordneten, d.h. von natürlichen Personen, und nicht – wie hier – von einer nicht mehr existierenden Stadtratsfraktion betrieben wurden. Der Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz ist daher in vollem Umfang zuzustimmen.

H.W.

## Auskunft des Bürgermeisters über Gemeinde-GmbH

(OVG Lüneburg, Urt. v. 3.6.2009 – 10 LC 217/07)

*Ein Ratsmitglied hat einen umfassenden Anspruch auf Erteilung einer Auskunft durch den Bürgermeister; dies gilt auch in Angelegenheiten einer Gesellschaft, die von der Gemeinde bestimmt wird.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Grundsätzlich kann jedes Ratsmitglied zum Zwecke der eigenen Unterrichtung von dem Bürgermeister Auskünfte in allen Angelegenheiten der Gemeinde verlangen, soweit es nicht um Angelegenheiten geht, z.B. § 39a Satz 2 Nds.GO. die der Geheimhaltung unterliegen. Dieses Auskunftsrecht ist Ausfluss der Mitgliedschaft im Rat. Zur einer effektiven Wahrnehmung der Aufgabe, mit denen Ratsmitglieder vom Wähler beauftragt sind, sind sie angesichts der Vielzahl und Komplexität der dort zu beurteilenden Gegenstände auf Informationen aus dem Bereich der Verwaltung angewiesen.

Nach dem Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts besteht das Auskunftsrecht für alle Angelegenheiten der Gemeinde, also für die Angelegenheiten sowohl des eigenen als auch des übertragenen Wirkungskreises. Allerdings muß sich die Frage des Ratsmitgliedes auf einen Gegenstand beziehen, über den der Bürgermeister im Rahmen seiner Zuständigkeit als Leiter Gemeindeverwaltung oder, soweit die Gemeinde selbst betroffen ist, als deren gesetzlicher Vertreter nach außen Kenntnis erlangt hat oder erlangen kann. Ist das Auskunftsverlangen des Ratsmitgliedes auf ein bei dem Bürgermeister vorhandenes Wissen gerichtet, so besteht ein dahingehender Auskunftsanspruch deshalb nur, soweit der Bürgermeister dieses Wissen in der Funktion als Leiter der Gemeindeverwaltung oder als deren Außenvertreter erlangt hat.

Hierzu gehört auch das Wissen, das der Bürgermeister als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in einem entsprechenden Organ von Unternehmen oder wirtschaftlichen Einrichtungen der Gemeinde erlangt hat. Zur Offenbarung auf andere Art und Weise oder in einer anderen Funktion erlangten Wissens ist der Bürgermeister hingegen nicht verpflichtet. Deshalb ist der Bürgermeister auch nicht verpflichtet, Auskunft auf Fragen zu geben, die sich nicht auf in diesem Sinne amtlich gewonnenes Wissen beziehen.

In dem vom Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht zu beurteilenden Sachverhalt ging es um eine Wirtschaftsförderungsgesellschaft der Gemeinde, also um Aufgaben des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde. Der Umstand, dass sich die Gemeinde bei der Wahrnehmung von Maßnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftsstruktur der GmbH bediente, änderte an dieser Feststellung nichts. Soweit dem Bürgermeister aufgrund seines Kenntnisstandes aus der Tätigkeit als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde in deren Stellung als Gesellschafter der GmbH eine Beantwortung der Fragen nicht möglich war, war er verpflichtet, sich als Vertreter der Gesellschafterin unter Wahrnehmung der Auskunfts- und auch Einsichtsrechte jedes Gesellschafters nach dem GmbH-Gesetz an den Geschäftsführer der GmbH zu wenden. Wenn es um geheimzuhaltende Angelegenheiten der GmbH ging, die nicht in die Öffentlichkeit kommen sollten, hatte der Bürgermeister Gelegenheit die Fragen in nicht öffentlicher Ratssitzung zu beantworten, da

dann die erteilten Informationen von der Pflicht der Ratsmitglieder zur Amtsverschwiegenheit erfaßt werden.

F. O.

## Mit Mauer gegen Straßenbaubeitrag

(VGH Kassel, Urt. v. 6.5.2009 – 5 A 2017/08)

*Die Straßenbaubeitragspflicht wird durch das Angrenzen eines Grundstücks an die Straße ausgelöst. Daran ändert sich nichts, wenn der Eigentümer ein Hindernis errichtet.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Grundsätzlich sind die Gemeinden befugt, auch für den Um- und Ausbau einer vorhandenen Straße einen Straßenbaubeitrag von den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke zu erheben. Dies führt zu der Frage, ob das „Angrenzen“ entfällt, wenn der Grundstückseigentümer dafür entsprechende Maßnahmen eingeleitet hat.

So hat sich der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit der Frage befasst, was gilt, wenn ein Eigentümer auf seinem Grundstück Garagen gebaut hat, die mit ihrer Rückfront an die umgebaute Straße angrenzen, aber nur von einer anderen Straße her erreichbar sind. Für einen ähnlichen Fall, wo ein Grundstückseigentümer nur eine Mauer an der Grenze errichtet hatte, ist schon früher vom Bundesverwaltungsgericht die Auffassung vertreten worden, es würde sich um ein für den Straßenbaubeitragsanspruch unbeachtliches Hindernis handeln. Danach kann es nicht in das Belieben des Eigentümers gestellt werden, sein angrenzendes Grundstück durch die Errichtung einer solchen Mauer gleichsam mit der beitragsrechtlichen Folge zu „verschließen“, dass das Grundstück zu Lasten der übrigen erschlossenen Grundstücke bei der Verteilung des umlagefähigen Aufwands unberücksichtigt bleibt.

Dem Fall einer derartigen Mauer gleichzuachten ist eine „Verschließung“, die von der geschlossenen Rückwand einer längs der Straße errichteten Garagenzeile mit straßenabgewandter Zufahrtseite bewirkt wird. Der Eigentümer kann dann nicht mit Erfolg geltend machen, das bauliche Hindernis hindere die Ausfahrt bzw. das Betreten des Grundstücks von der angrenzenden Straße aus, weshalb er nicht an der durch die Straße vermittelten Inanspruchnahmefähigkeit teilnehme. Der Eigentümer war der Auffassung gewesen, von ihm könnte nicht gefordert werden, eine Garage abzubauen, um die Verbindung zwischen Grundstück und Straße herzustellen.

Es liegt also kein beachtliches Erreichbarkeithindernis vor, wenn der Grundstückseigentümer die Abschränkung vorgenommen hat.

F. O.

## Keine Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Widerspruchsverfahren bei schleppender Widerspruchsbearbeitung

(VG Frankfurt, Urt. v. 07.12.2009 – 1 K 2786/09)

*Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten ist nur dann gegeben, wenn die Sache selbst Sach- und Rechtsfragen aufwirft, die sich nicht ohne Weiteres beantworten lassen.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Der Hintergrund:**

Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen (§ 68 Abs. 1 VwGO, § 78 Abs. 1 SGG). Entsprechendes gilt für die Verpflichtungsklage, wenn ein Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes abgelehnt worden ist (§ 68 Abs. 2 VwGO, § 78 Abs. 3 SGG). Das Vorverfahren heißt im Bereich der allgemeinen Verwaltung und der Sozialverwaltung Widerspruchsverfahren und beginnt mit der Erhebung des Widerspruches (§ 69 VwGO, § 83 SGG). Auch im Bereich der Finanzverwaltung ist vor Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ein Vorverfahren durchzuführen (§ 44 Abs. 1 FGO). Es handelt sich hierbei um das Einspruchsverfahren nach den §§ 347 ff. AO.

Zweck des vor Klageerhebung durchzuführenden Einspruchsverfahrens ist – ebenso wie bei den Widerspruchsverfahren der allgemeinen Verwaltung und der Sozialverwaltung – nicht nur eine Entlastung der Gerichte herbeizuführen, sondern im Rahmen einer Selbstkontrolle der Verwaltung die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandels nochmals zu überprüfen.

Obwohl nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gegen Verwaltungsakte einer obersten Bundes- oder Landesbehörde, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt (z. B. § 126 Abs. 3 BRRG), entbehrlich ist und einige Bundesländer von der in § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO eingeräumten Möglichkeit auf das Widerspruchsverfahren im Bereich der landeseigenen Verwaltung und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, welche der Aufsicht der Länder unterstehen, zu verzichten teilweise Gebrauch gemacht haben (vgl. z. B. §§ 7 und 16a HessAGVwGO; § 8a Abs. 1 und 2 Nds. AGVwGO; § 6 Abs. 1 AGVwGO NRW; Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO), ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens insbesondere bei Massenverfahren im Bereich des Beitrags-, Gebühren- und Abgabewesens sowie der Sozialverwaltung nach wie vor die Regel.

**Das Problem:**

Ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Widerspruchsverfahren notwendig war oder nicht ist im Hinblick auf die Kostentragungslast vielfach Gegenstand verwaltungs- und sozialgerichtlicher Verfahren. Ist der Widerspruch erfolgreich, so sind die Rechtsverfolgungskosten des Widerspruchsführers von der Behörde zu tragen (vgl. z. B. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwVfG-Bund, § 63 Abs. 1 Satz 1 SGB X). Im Widerspruchsverfahren angefallene Rechtsanwaltskosten oder die Kosten eines sonstigen Bevollmächtigten sind erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war (vgl. z. B. § 80 Abs. 2 Satz 1 VwVfG-Bund, § 63 Abs. 2 SGB X). Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes oder sonstigen Bevollmächtigten im Widerspruchsverfahren beurteilt sich im Anwendungsbereich des VwVfG-Bund, der VwGO und des SGB X nach denselben Maßstäben (BVerwG, U. v. 10.04.1978, 6 C 27.77; OVG NRW, U. v. 13.02.2004, 16 A 2221/02 und U. v. 28.11.1995, 8 A 5370/94 m.w.N.; VG München, U. v. 09.10.2009, M 15 K 08.4362).

Sie ist vom Standpunkt eines verständigen Bescheidempfangers aus zu beurteilen, wobei Kenntnis und Urteilsfähigkeit des einzelnen Bürgers nicht überschätzt werden dürfen. Maßstab ist, ob sich ein vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand bei der gegebenen Sach- und Rechtslage eines Bevollmächtigten bedient hätte (BVerwG, U. v. 06.12.1963, VII C 14.63, U. v. 14.08.1987, 8 C 129.84, U. v. 17.12.2001, 6 C 19.01; OVG NRW, B. vom 25.10.1982, 13 B 3767/82; BSG U. v. 15.12.1987, 6 Rka 21/87).

**Die Entscheidung:**

Nach dem Urteil des VG ist die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zu verneinen, wenn dieser lediglich deshalb eingeschaltet wurde, um das Widerspruchsverfahren zu beschleunigen. Die Klägerin hatte beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) vergeblich einen Antrag auf Umweltbonusförderung gestellt. Im Widerspruchsverfahren war ihr mündlich mitgeteilt worden, dass ihr dagegen gerichteter Widerspruch Erfolg habe, jedoch ließ sich die Behörde Zeit und es dauerte fast sechs Monate bis zum Erlass des Abhilfebescheides.

Das VG hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass die Notwendigkeit i.S. des § 80 Abs. 2 VwVfG-Bund nicht danach beurteilt werden kann, „ob die Hoffnung besteht, durch die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes eine schnellere Bearbeitung herbeizuführen“. Eine schwierige Sach- und Rechtslage habe nicht vorgelegen, da die BAFA selbst die Erfolgsaussichten des Widerspruches bestätigte. Die rechtlichen Fragen seien zum Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsanwaltes bereits geklärt gewesen, es sei nur noch um die Frage gegangen, wann die Behörde die Entscheidung in schriftlicher Form fassen würde. Sofern der Klägerin durch die verzögerte Bearbeitung des Widerspruches finanzielle Verluste entstanden seien, müssten diese ggf. im Wege einer Amtshaftungsklage geltend gemacht werden.

**Praxishinweise für das (isolierte) Einspruchsverfahren im Bereich der Finanzverwaltung****1. Rechtslage nach der AO**

Die AO sieht im Bereich des isolierten Einspruchsverfahrens keine Kostenerstattung für Bevollmächtigte bei einem erfolgreichen Einspruch vor. Das Einspruchsverfahren nach der AO 1977 ist seit dem 01.01.1977 für beide Verfahrensbeteiligten (Einspruchsführer und FA) kostenfrei; Einspruchsführer und FA haben jeweils ihre eigenen Aufwendungen zu tragen. Die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser von § 80 VwVfG-Bund abweichende Regelung bewogen haben, ergeben sich aus dem schriftlichen Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 7/4292, Seite 8 f: Das Einspruchsverfahren ist ein verlängertes Veranlagungsverfahren; ca. 60 v.H. der Einsprüche führen zur Änderung des Bescheids, Erleichterung der Rücknahme des Rechtsbehelfs wegen Kostenfreiheit, Verwaltungsvereinfachung etc.).

Auch die Rechtsprechung hat bisher eine Kostenerstattungspflicht verneint (BFH, B. v. 23.07.1996, VII B 42/96, BStBl 1996 II S. 501 und B. v. 12.09.1989, VII K 10/85, BFH/NV 1990, 388; FG Brandenburg U. v. 25.07.2001, 4 K 3172/00, ZfZ 2002, 66). Das BVerfG hat bereits 1973 entschieden, dass die Kostenregelung für das isolierte Einspruchsverfahren nach der Reichsabgabenordnung – AO – (Kostenpflicht bei erfolglosem Einspruch, aber keine Kostenerstattung bei Erfolg des Rechtsbehelfs) nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, auch wenn andere bundesgesetzlich geregelte, nichtabgabenrechtliche Vorverfahren (§§ 80 Abs. 2 VwVfG-Bund, 63 Abs. 2 SGB X, 77 Abs. 2 EStG und 139 Abs. 3 Satz 3 FGO) einen Kostenerstattungsanspruch einräumen (BVerfG, B. v. 20.06.1973, 1 BvL 10/71, BStBl II 1973, 720).

Zudem stellt § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG-Bund ausdrücklich klar, dass § 80 Abs. 2 VwVfG-Bund nicht für Verfahren der Bundes- und Finanzbehörden nach der AO 1977 gilt. Derzeit muss sich allerdings der BFH erneut mit der Frage befassen, ob im isolierten Einspruchsverfahren bei einem erfolgreichen Einspruch die Kosten für den Bevollmächtigten des Einspruchsführers nicht doch erstattungsfähig sind.

Anlass hierfür ist eine Entscheidung des FG München vom 20.04.2009 (15 K 320/09). Das FG München hatte darüber zu entscheiden, ob das

Finanzamt der Klägerin im Verfahren über einen Einspruch die Kosten für die Vertretung durch einen Rechtsanwalt hätte zusprechen müssen. Der Klägerin ist der Meinung, dass die Vorschriften der §§ 80 Abs. 2 VwVfG-Bund, 63 Abs. 2 SGB X, 77 Abs. 2 EStG und 139 Abs. 3 Satz 3 FGO analog auch für den Bereich der Finanzverwaltung angewendet werden müssen. Unter Hinweis auf die bereits zitierte Rechtsprechung verneinte das FG München einen Kostenerstattungsanspruch und ließ daher auch die Revision zum BFH nicht zu. Hiergegen erhob die Klägerin Nichtzulassungsbeschwerde. Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen II B 83/09 beim BFH anhängig.

## 2. Die Besonderheit des § 77 EStG

Eine Besonderheit im Steuerrecht ist § 77 EStG. Dieser sieht die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten mit der Kostenfolge für das isolierte Einspruchsverfahren in Kindergeldsachen bei Familienkassen vor (§ 77 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 EStG). Die Regelung wurde deshalb nicht in den siebten Teil der AO, der die allgemeingültigen Regelungen zum außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren erhält, aufgenommen, sondern in den X. Abschnitt des EStG, der ausschließlich das Kindergeld betrifft.

## 3. Kostenerstattung für Bevollmächtigte im Wege der Amtshaftung

Lt. Bundesfinanzministerium sind 2008 rund 5,8 Millionen Einsprüche bei den Finanzämtern eingegangen. Die Erfolgsquote der Einsprüche lag bei 63,7 %.

Werden die Kosten für einen Bevollmächtigten im Rahmen des isolierten Einspruchsverfahrens nach der AO nicht ersetzt, so stellt sich die Frage, ob diese Aufwendungen im Wege eines Amtshaftungsprozesses vor den Zivilgerichten ersetzt werden müssen. Verletzt ein Finanzbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so hat er dem Steuerbürger den daraus entstandenen Schaden nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB zu ersetzen, wobei für die Amtspflichtverletzung durch den Beamten der Staat nach Art. 34 GG einsteht. Auch wenn nach der AO eine Erstattung der Kosten des Einspruchsverfahrens ausgeschlossen ist, stellen die Kosten des Bevollmächtigten im Einspruchsverfahren nach gefestigter Rechtsprechung einen im Rahmen der Amtshaftung ersatzfähigen Schaden dar. Bereits das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 04.02.1928 (III 138/37) festgestellt, dass der Steuerbürger einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, wenn ihm der Finanzbeamte durch schuldhafte Amtspflichtverletzung einen Schaden zufügt.

Diese Rechtsprechung ist vom BGH mit der Begründung weitergeführt worden, dass die Beauftragung eines Steuerberaters mit der rechtlichen Abwehr eines vom Finanzamt zuungunsten bekannt gegebenen Verwaltungsaktes im Rahmen eines typischen Ursachenverlaufs liegt. Jeder Steuerpflichtige kann sich gegenüber allen Maßnahmen der Steuerbehörde der Hilfe eines Steuerberaters bedienen (BGH U. v. 01.10.1956, III ZR 53/55, BGHZ 21, 359 ff.).

Auch die Instanzengerichte sind dieser Rechtsprechung gefolgt (vgl. z. B. OLG München U. v. 28.09.1995, 1 U 2954/95, NJW 1996, 1971; OLG Frankfurt U. v. 30.10.1980, 1 U 130/79; BB 1981, 228 ff.; LG Münster U. v. 28.01.1993, 11 O 621/92; LG Hamburg U. v. 10.04.1992, 303 O 340/91; OLG Koblenz U. v. 17.07.2002, 1 U 1588/01, NVwZ-RR 2003, 168).

Zum Amtshaftungsanspruch – Voraussetzungen und Einschränkungen – vgl. Prof. Dr. Vahle, DVP 6/08, S. 221 ff.

### Fazit:

Gerade im Beitrags-, Gebühren- und Abgabenrecht der allgemeinen Verwaltung, als auch im Bereich der Sozialverwaltung kommt es häu-

fig durch die Versendung von teilweise mehreren Tausend Bescheiden vor, das über Widersprüche nicht zeitnah entschieden werden kann. Sind im Widerspruchsverfahren keine rechtlichen Würdigungen vorzunehmen oder handelt es sich um Fragen der Sachverhaltsaufklärung, die leicht beantwortbar oder ohne unzumutbare Erschwernisse aufklärbar sind, ist die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten, insbesondere eines Rechtsanwaltes, nicht gegeben. Dies gilt auch für das Einspruchsverfahren im Bereich der Finanzverwaltung.

Der mittlerweile vielfach geübten Praxis, schon bei geringsten Verzögerungen bei der Bearbeitung von Widersprüchen anwaltschaftliche Hilfe mit der entsprechenden Kostenfolge in Anspruch zu nehmen, ist das VG Frankfurt entgegengetreten. Es handelt sich insofern um eine bedeutsame Entscheidung, weil sie nicht nur zu einer kostenmäßigen Entlastung der Behörden beiträgt, sondern auch die anwaltschaftliche Praxis verändern muss.

G. T.

## Sorgfaltsmaßstab für die Standsicherheit eines Baumes

(OLG Celle, Urt. v. 14.5.2009 – 8 U 191/08)

*Eine Gemeinde haftet auch dann nach Amtshaftungsgrundsätzen, wenn der Schaden durch einen von ihr beauftragten Unternehmer verursacht wird, der in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben tätig geworden ist.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Als Wurzeln eines Baumes eine Aufwölbung eines Gehweges verursachen, erteilte die dafür verantwortliche Gemeinde einem Privatunternehmer den Auftrag, die Wurzeln des Baumes zu beseitigen, die das Problem verursacht hatten. Der Baum fiel bald danach um und verletzte einen Passanten schwer. Deshalb wurde die Gemeinde auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Die Gemeinde haftete nach Amtshaftungsgrundsätzen (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). Dem stand nicht entgegen, dass der Schaden durch einen Privatunternehmer verursacht worden war. Denn Beamte im haftungsrechtlichen Sinne können auch Private sein, wenn sie von einem Verwaltungsträger mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in Form der Beileihung betraut sind, aber auch bei bloßen Hilfstätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Verwaltung, sogenannte Verwaltungshelfer. Maßgebend ist nicht die Person des Handelnden, sondern die Funktion, die er wahrnimmt. Bei der Beurteilung der Rechtsstellung selbständiger privater Unternehmer, die die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben durch privatrechtlichen Vertrag heranzieht, kommt es darauf an, ob die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluß genommen hat, dass sie die Arbeiten des privaten Unternehmers wie eigene gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muß, wie wenn der Unternehmer lediglich als Werkzeug der Behörde bei der Durchführung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig geworden ist.

So ist ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes schon einmal angenommen worden, als ein Land die Gehwegüberfahrt zu einem Privatgrundstück hatte pflastern lassen, wobei es zu einem Kappen der Haltewurzel einer Kastanie durch den privaten Unternehmer und einem Schaden gekommen war (BGH VersR. 1971, 867). Ebenso sind

Amtshaftungsgrundsätze in einem Fall zur Anwendung gekommen, nachdem eine Stadt Kanalbauarbeiten bei einem Unternehmer in Auftrag gegeben hatte, der bei den Arbeiten den Mindestabstand zu sich in der Nähe befindlichen Pappeln nicht eingehalten hatte, die daraufhin wegen fehlendem hinreichendem Wurzelwerkes umfielen (OLG Düsseldorf NJW – RR 2007, 970)

So war für den eingangs beschriebenen Sachverhalt die Gemeinde wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zuständig. Die Gemeinde muß nämlich Bäume oder Teile davon entfernen, die den Verkehr gefährden, insbesondere, wenn sie nicht mehr stand-sicher sind oder umzustürzen drohen. Von Straßenbäumen gehen dann Gefahren für den Verkehr aus, wenn sie nicht mehr stand- und bruch-sicher sind, und die nahe liegende Möglichkeit besteht, dass Äste oder ganze Bäume unvermittelt auf die Straße stürzen können. Andererseits stellt jeder Baum an einer Straße eine mögliche Gefahrenquelle dar, weil durch Naturereignisse sogar gesunde Bäume entwurzelt werden können. Auch ist die Erkrankung eines Baumes von außen nicht immer erkennbar. Eine schuldhaft Verletzung der Verkehrssicherungspflicht liegt daher nur dann vor, wenn Anzeichen verkannt oder übersehen werden, die nach der Erfahrung auf eine weitere Gefahr durch den Baum hinweisen. Auf dieser Grundlage ist zunächst eine äußere Zustands- und Gesundheitsprüfung bis zum Astwerk der Krone erforderlich. Erhöhte Anforderungen sind aller-

dings bei Anzeichen besonderer Gefahrenlagen zu stellen. Hierzu gehören die Fälle, bei denen die Gemeinde selbst oder Dritte mit ihrer Kenntnis Arbeiten am oder im Umfeld des Baumes vorgenommen haben, die dessen Standsicherheit beeinträchtigen können. Hier muß sowohl während der Arbeiten als auch insbesondere nach ihrer Fertigstellung überprüft werden, ob noch eine hinreichende Standsicherheit des Baumes gegeben ist oder ob diese wegen Bodenabsenkungen, Beseitigen von Wurzeln usw. beeinträchtigt ist. In dem konkreten Fall war der Schaden schuldhaft herbeigeführt worden, weil die für den notwendigen Halt des Baumes erforderlichen Wurzeln entfernt wurden. Die Kappung war ca. 30 cm vom dem Stamm entfernt vorgenommen worden. Die Pflasterreparatur hatte in Bezug auf die Wurzelkappung nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprochen. Alternativ wäre das Anlegen von sogenannten Wurzelbrücken oder eine Überhöhung des Pflasters im Wurzelbereich in Frage gekommen.

F.O.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

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

## Schrifttum

**Büchner/Joerger/Trockels/Vondung, Übungen zum Verwaltungsrecht und zur Bescheidtechnik, 5. Aufl. 2010, 279 Seiten, kart. € 28,80, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-021478-1**

Die Fallbearbeitung einschließlich Bescheidtechnik spielt sowohl in der Verwaltungspraxis als auch in der Ausbildung an den (Fach-) Hochschulen eine bedeutende Rolle. Ein Gutachten kann nur derjenige Student mit Aussicht auf Erfolg schreiben, der die entsprechenden methodischen Regeln – z. B. der Subsumtion – kennt und beherrscht. Es liegt auf der Hand, dass die Abfassung eines (praxisnahen) Bescheides nur gelingt, wenn der Verfasser mit dem Aufbau und dem Bescheidstil vertraut ist. Dem entspricht die Zielsetzung des vorliegenden Werkes. Es ist in drei Teile gegliedert. Teil 1 enthält eine umfassende Anleitung zur Fallbearbeitung. Der Leser findet hier insbesondere Aufbauschemata für Aufgabenstellungen im Bereich des Verwaltungsrechts, z. B. bei Eingriffs-Verwaltungsakten und bei der Beantragung einer staatlichen Leistung. Den zweiten Schwerpunkt dieses Teils bildet die Bescheidtechnik; hier gehen die Autoren auf zahlreiche mögliche Fallstricke ein und zeigen Verbesserungsmöglichkeiten auf. Der zweite Teil umfasst Fälle und (ausformulierte) Lösungen zur Gutachtenmethode. Kaum überraschen dürfte, dass Teil 3 die Methodik der Bescheidfertigung in den Mittelpunkt stellt.

Diese Stoffauswahl überzeugt und entspricht vollauf den Bedürfnissen der Studierenden an den Ausbildungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes. Darüber hinaus können auch Jurastudenten das Werk mit Gewinn zu Rate ziehen. In didaktischer Hinsicht lässt das Buch keine Wünsche offen: Der Stil ist frisch und einprägsam, zahlreiche Beispiele veranschaulichen die theoretischen Grundlagen und „Checklisten“ erleichtern die schnelle Wiederholung.

Fazit: Ein überzeugendes Methodenbuch zum Verwaltungsrecht, dessen Durcharbeitung wesentlich zum Erfolg bei der Verfertigung von Klausuren, Seminararbeiten und Praxisbescheiden beitragen kann.

Reg.- Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2011, 1317 Seiten, in Leinen, € 49,-, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-60941-1**

Knapp zwei Jahre sind seit dem Erscheinen der Voraufgabe verstrichen. Anlass für die Neubearbeitung waren zahlreiche Änderungen des Grundgesetzes. Die Autoren haben die Zeit genutzt, um Literatur und Rechtsprechung umfassend zu aktualisieren und auf den Stand 1. April 2010 zu bringen. Die Grundkonzeption des Kommentars wurde beibehalten; sie ist oft – auch in dieser Fachzeitschrift – gerühmt worden. Eine bemerkenswerte Neuerung betrifft die „Vorbemerkungen“ vor Art. 1, in der die allgemeinen Grundrechtslehren gewissermaßen vor die Klammer gezogen wurden. Der

studentische Leser erhält eine zwar knappe, aber äußerst instruktive Einführung in die Grundrechtsdogmatik, dem Fortgeschrittenen wird eine sehr gute Möglichkeit der Repetition geboten. Der handliche Kommentar bietet nach wie vor eine schnelle, präzise und aktuelle Erläuterung des GG. Studierende und Referendare wissen insbesondere die klare Gliederung und den einheitlichen, die Klausurtechnik fördernden Aufbau der Erläuterungen zu schätzen.

Fazit: Der „Jarass/Pieroth“ ist nach wie vor ein vorbildlicher Ratgeber für alle, die sich im Rahmen der Ausbildung oder in der Praxis mit Problemen des Verfassungsrechts beschäftigen müssen..

Reg.- Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Maunz/Dürig, Grundgesetz, 58. Erg.-Lieferung, Stand: April 2010, rd. 450 Seiten, € 36,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-60888-9; 59. Erg.-Lieferung, Stand: Juli 2010, rd. 560 Seiten, € 48,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-61211-4**

Die aktuellen Ergänzungslieferungen enthalten insbesondere Neubearbeitungen bzw. Aktualisierungen zu Art. 18, 33 GG (Absätze 4 und 5) und Art. 73 GG; die Kompetenznorm wird jetzt auf 284 Seiten umfassend dargestellt. Eine grundlegende Überarbeitung hat die Kommentierung zu Art. 14 GG erfahren; der Autor (Papier) hat auf 364 Seiten ein Werk von monographischer Breite vorgelegt. Rechtsprechung und Literatur sind mit der gewohnten Gründlichkeit eingearbeitet worden.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Ott/Wächtler/Heinhold, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, 7. Aufl. 2010, 432 Seiten, geb., € 48,00, Boorberg, ISBN 978-3-415-03196-8**

Aufgrund der Föderalismusreform ist die Zuständigkeit für das Versammlungsrecht auf die Länder übergegangen. Das Versammlungsgesetz des Bundes (VersG) hat damit allerdings seine Bedeutung (noch) nicht verloren; es gilt als Bundesrecht fort, solange es nicht durch Landesversammlungsgesetze ersetzt wird. Bisher haben nur wenige Bundesländer von der neu eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht. Im Übrigen ist damit zu rechnen, dass dem VersG eine Vorbildfunktion zukommen wird. Der vorliegende Kommentar legt den Schwerpunkt daher zu Recht auf die Erläuterung des VersG. Im Teil 2 zum Landesrecht befassen sich die Autoren schwerpunktmäßig mit dem Bayerischen Versammlungsgesetz; die anderen versammlungsrechtlich relevanten Landesgesetze (etwa zur Festlegung von Bannmeilen) werden immerhin abgedruckt. Mit Wächtler und Heinhold zeichnen zwei Rechtsanwälte für die Kommentierung verantwortlich. Die Linie des Kommentars ist liberal. Dies zeigt sich beispielsweise bei den Erläuterungen zu Verboten rechtsradikaler Versammlungen und Aufzüge (§ 5 Rn. 79 ff.). Hier setzen sich die

Verfasser ausführlich mit der (versammlungsfreundlichen) Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auseinander, die sie letztlich im Gegensatz zum OVG NRW teilen. Bezüglich der Anforderungen an das polizeiliche Anwesenheitsrecht gem. § 12 VersG folgt der Kommentar der strengen Meinung des BayVG, wonach es kein voraussetzungsloses Anwesenheitsrecht gebe (Rn. 10). Hier und auch in vielen anderen Punkten erfolgt eine argumentativ mindestens vertretbare Auseinandersetzung mit anderen Auffassungen der Literatur, insbesondere dem Kommentar von Dietel/Gintzel/Kniesel.

Fazit: Ein Kommentar, der mittlerweile zu den Standardwerken der versammlungsrechtlichen Literatur gehört und durch seine kritische, aber zugleich abgewogene Linie überzeugt.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, 178 Seiten, kart. € 19,50, C. F. Müller, ISBN 978-3-8114-9803-7**

Das in der „Schwerpunkte“-Reihe erschienene Werk behandelt das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen unter Einschluss des Folgenbeseitigungsanspruchs und des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Auch der Aufopferungsanspruch und die Ansprüche auf Entschädigung wegen Enteignung und enteignungsähnlichen Eingriffen werden ausführlich behandelt. Ersatzansprüche gegen internationale Organisationen – insbesondere die EG – sind einem eigenen Kapitel vorbehalten. Diverse Prüfungsschemata schließen die Darstellung ab. Insgesamt 17 Fälle sorgen für die notwendige Anschaulichkeit der nicht einfachen Ausführungen. Die an der Art der Rechtsgüter ausgerichtete Systematik überzeugt und lässt die Grundlinien der Materie hervortreten.

Fazit: Eine fundierte Darstellung, nach deren Durcharbeitung Studierende in der Lage sein dürften, Klausuren und Seminararbeiten aus diesem Rechtsgebiet erfolgreich zu meistern.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Bülter, Öffentlich-rechtliche Anwaltsklausuren im Assessorexamen, 2010, 224 Seiten, kart., € 18,95, C. F. Müller, ISBN 978-3-8114-7031-6**

Anwaltsklausuren sind schwer, u. U. schwerer als Klausuren, die von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern den Entwurf eines Urteils oder eines Verwaltungsbescheides verlangen. Eine Fallbearbeitung aus anwaltlicher Sicht verlangt nicht selten, dass die Interessen des Mandanten – und damit sein optimales Rechtsschutzziel – herausgearbeitet werden. Vor diesem Hintergrund ist das vorliegende Werk aus der Feder von Bülter, Richter am Oberverwaltungsgericht, sehr zu begrüßen. Anhand von „Stationen“ wird der Leser durch die denkbaren Phasen eines verwaltungsrechtlichen Mandats geführt. Teil 2 befasst sich mit dem „Mandantenbegehren“; in dieser Phase kommt es entscheidend darauf an, den „passenden“ Rechtsbehelf zu finden. Von diesem Ausgangspunkt ist sodann die Erfolgsaussicht eines Rechtsbehelfs zu durchdenken („Gutachten“). Breiten Raum nimmt zu Recht Station 4 („Zweckmäßigkeitüberlegungen“) ein. Insbesondere in diesem Zusammenhang wird der Unterschied zur Arbeitsweise des Richters und – vielleicht etwas weniger ausgeprägt – des Verwaltungsentscheiders deutlich. Die aus den vorangehenden Stationen gewonnenen theoretischen Erkenntnisse werden sodann in der 5. Station („Praktischer Aufgabenteil“) umgesetzt, z. B. Abfassung von praxisgerechten Anträgen. Vier Musterklausuren mit Hinweisen zur Bewertung runden das Buch ab.

Fazit: Speziell für Referendare, aber auch für anwaltliche Berufsanfänger ist das Buch von großem Nutzen. Wer sich optimal auf die Anwaltsklausur im II. Staatsexamen vorbereiten will, sollte den „Bülter“ unbedingt zu Rate ziehen!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Staudinger, BGB Eckpfeiler des Zivilrechts 2011, 1.366 Seiten, Broschur, € 49,95, De Gruyter, ISBN 978-3-8059-1109-2**

24 Hochschullehrer haben die „Eckpfeiler“ errichtet. Herausgekommen ist auf den ersten Blick ein recht voluminöses Werk. Es wirbt mit dem (Umschlag-) Slogan „Staudinger-Knowhow für Ihr Examen!“ Mit dem Namen „Staudinger“ verbindet der Jurist üblicherweise den gleichnamigen Großkommentar zum Bürgerlichen Recht. Um einen Kommentar handelt es sich bei dem hier anzuzeigenden Buch nicht. Die Einordnung als (klassisches) Lehrbuch würde dem Konzept des „Staudinger“ andererseits auch nicht gerecht. Das Vorwort enthält eine aufschlussreiche Erläuterung der Zielsetzung: „Das Buch will insbesondere fortgeschrittene und anspruchsvolle Studentinnen und Studenten sowie ambitionierte Referendarinnen und Referendare bei der zielgerichteten Wiederholung und Vertiefung des BGB-Stoffs zur Vorbereitung auf ein Prädikatsexamen unterstützen. Es versteht sich konzeptionell als Ergänzung zur unabdingbaren Vorbereitung durch Lehr- und Lernbücher, durch Anleitungen zu Fallbearbeitungen sowie vor allem durch eigenes Klausurentraining. Unsere „Eckpfeiler“ zielen auf die Vermittlung von Grund- und Hintergrundwissen, mehr noch von Grund- und Hintergrundverständnis ab, wie es im Examen von besseren Kandidaten erwartet wird.“

Die Ausführung des Buches entspricht diesem Anliegen: Es wird keine flächendeckende Darstellung des Bürgerlichen Rechts gegeben, sondern eine (Problem-) Auswahl aus den verschiedenen Büchern des BGB. Nach zwei einleitenden Kapiteln, die einen glänzenden Überblick über den Entwicklungsstand des Bürgerlichen Rechts vermitteln, werden konkrete Problemfelder behandelt, z. B. das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Mehrheit und Wechsel von Gläubigern und Schuldnern, Verbraucherschutzrecht, Besitz und Eigentum.

Die Auswahl dieser Querschnittsbeiträge orientiert sich erkennbar an den Vorgaben der juristischen Staatsexamina und den dort gestellten Aufgaben. Das gesamte Familien- und Erbrecht wird demgegenüber auf rd. 130 Seiten konzentriert. Den größten Nutzen aus den „Eckpfeilern“ kann daher derjenige ziehen, der sich bereits ein Grundwissen des Bürgerlichen Rechts angeeignet hat. Ihm bietet das Buch eine äußerst anregende und auf vertiefende Verständniserweiterung ausgerichtete Lektüre. Pars pro toto sei hier auf den Abschnitt über das Recht der Kreditsicherung verwiesen, den der Rezensent aus konkretem Anlass näher in Augenschein genommen hat. Die Verfasserin (Kessal-Wulf) bietet eine zwar komprimierte, aber sehr instruktive Darstellung; in beeindruckender Prägnanz wird etwa die Problematik der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften und anderen Formen der Mithaftung erläutert (Kap. K, Rn. 44 ff.). Die Benutzerfreundlichkeit des Buches wird durch drucktechnisch hervorgehobene Leitbegriffe und durch ein dicht gestaffeltes Randnummernsystem wesentlich gefördert.

Fazit: Der Kauf der „Eckpfeiler“ ist vor allem für Studierende in der Schlussphase vor dem I. juristischen Staatsexamen und für Referendare eine sehr lohnende Investition. Dem „fertigen“ Juristen bzw. Praktiker bietet es – insbesondere als Nachschlagewerk – eine Menge von Anregungen und Hinweisen, so dass er es auch mit Aussicht auf Erkenntnisgewinn in die Hand nehmen sollte.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Creifelds, Rechtswörterbuch (Hrsg. Weber), 20. Aufl. 2010, 1.499 Seiten, in Leinen, € 46,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-60689-3**

Das von Carl Creifelds begründete Werk bedarf keiner ausführlichen Vorstellung. Die hohe Zahl der Auflagen beweist, dass das „Rechtswörterbuch“ seinen festen Platz in der Literaturlandschaft gefunden hat. Und das völlig zu Recht!

Mehr als 12.000 Rechtsbegriffe aus den Bereichen Recht, Wirtschaft und Politik sind in der aktuellen Auflage zusammengestellt und erläutert. Der gegenüber der Voraufgabe geringere Seitenumfang beruht nicht auf einer Reduzierung des Inhalts, sondern auf dem neuen und größeren, aber immer noch gut handhabbaren Format. Etliche Stichwörter sind zusätzlich aufgenommen worden, u. a.: Vertrag von Lissabon, Föderalismusreform II, Gesetz zur Patientenverfügung. Die Erläuterungen sind sehr gut verständlich, so dass das Buch nicht nur Juristen eine nützliche Hilfestellung bietet, sondern auch jedem interessierten Laien. Im Anhang sind zudem etliche Schaubilder/Graphiken abgedruckt, z. B. zum Rechtsschutzsystem.

Fazit: Der angesprochene Adressatenkreis – „Juristen, Betriebe, Steuerberater, Studenten, Schüler, Lehrer“ – wird wie bisher auch im aktuellen „Creifelds“ einen verlässlichen Ratgeber finden.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl. 2011, 629 Seiten, geb., € 58,00, Heymanns, ISBN 978-3-452-27389-5**

Die Zuständigkeit für das Versammlungswesen liegt nach der Föderalismusreform bei den Ländern. Einige (wenige) haben von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und eigene Versammlungsgesetze erlassen (z. B. Bayern). Hieraus haben die Verfasser eine strukturelle Konsequenz gezogen und die ergänzende Kommentierung landesrechtlicher Bestimmungen unter dem jeweiligen Paragraphen des VersG aufgegeben. Stattdessen enthält das Buch jetzt einen zweiten Teil (B), in dem die Versammlungsgesetze der Länder erläutert werden, zudem finden sich dort weitere versammlungsbezogene Landesregelungen, z. B. zu den Banneilen.

Dieses Konzept ist geglückt und fördert die Übersichtlichkeit der Darstellung. Die inhaltlichen Vorzüge des Kommentars sind oft und ausführlich besprochen worden. Auf eine Wiederholung soll daher an dieser Stelle verzichtet werden. Die Argumentation auch sehr schwieriger Probleme ist durchgehend abgewogen und überzeugend. Rechtsprechung und Schrifttum sind auf den Stand Ende Juni 2010 gebracht worden. Einer der Mitbegründer des Kommentars, der frühere Inspekteur der Polizei von Nordrhein Westfalen Alfred Dietel, ist im März 2009 gestorben. Nicht zuletzt er hat maßgeblich dazu beigetragen, dass der Kommentar keine Theorielastigkeit aufweist und die „Bodenhaftung“ der Praxis stets erhalten geblieben ist.

Fazit: Der Kommentar ist nach wie vor ein unverzichtbares Arbeitsmittel für alle, die sich mit versammlungsrechtlichen Fragen zu befassen haben, z. B. Polizeibeamte, Rich-

ter und Rechtsanwälte. Kaum zu betonen ist, dass der „Dieter/Gintzel/Kniesel“ die erste Adresse ist, wenn es gilt, eine wissenschaftliche Arbeit aus dem Themenbereich des Versammlungsrechts zu fertigen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung**, 13. Aufl. 2010, 1263 Seiten, geb., € 89,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-60553-6

Seit der Voraufgabe sind vier Jahre verstrichen. In diese Zeit fallen zahlreiche gesetzgeberische Aktivitäten, die sich unmittelbar oder mittelbar auf das Verwaltungsprozessrecht ausgewirkt haben. Darüber hinaus galt es, zahlreiche neue Judikate des BVerwG und der Oberverwaltungsgerichte einzuarbeiten. Stichproben haben gezeigt, dass die Autoren ganze Arbeit geleistet haben. Das Werk ist auf den Stand Anfang 2010 gebracht worden.

Das Autorenteam (alle Autoren sind in der Verwaltungsjustiz und z. T. als Honorarprofessoren an der Universität tätig) garantiert Praxisnähe und wissenschaftliche Qualität des Werkes zugleich. Der Rezensent ist mit dem Kommentar sehr langem wohl vertraut und hat ihn sofort bei etlichen Problemen zu Rate gezogen. Und zwar stets mit Erfolg! Trotz des Umfangs ist der Kommentar sehr gut lesbar und handhabbar. Umfangreicheren Kommentierungen ist eine Übersicht vorangestellt, die eine schnelle Orientierung ermöglicht. Die äußere Gestaltung (Layout, Druckbild, Verwendung von Randnummern) lässt wie bisher keine Wünsche offen.

Wie es sich für einen guten Kommentar gehört, nehmen die Verfasser auch kritisch zu den legislatorischen „Leistungen“ Stellung. Die weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch die Länder beispielsweise wird – mit guten Gründen – als problematisch eingestuft (§ 68 Rn. 24). Wissenschaftliche Kritik hat einen zu einer bestimmten Regelung entschlossenen Gesetzgeber freilich selten beeindruckt.

Fazit: Ein „Praktikerkommentar“ im besten Sinne des Wortes, der in der Gruppe der „mittleren“ Kommentare einen herausragenden Platz einnimmt. Er sollte in keiner gut sortierten Gerichts- und Behördenbibliothek fehlen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten**, 5. Aufl. 2010, 199 Seiten, kart., € 19,50, Verlag Vahlen, ISBN 978-3-8006-3726-3

Der Untertitel des vorliegenden Buches umreißt seine Themenbreite bzw. –vielfalt: Klausur, Hausarbeit, Seminararbeit, Studienarbeit, Staatsexamen, Dissertation. Damit sind (fast) alle Arbeiten angesprochen, die in einem Juristenleben gefertigt werden können bzw. müssen. Adressaten des Buches sind damit vor allem Jurastudenten und Referendare. Ihnen bietet der Autor eine Fülle nützlicher Informationen und Hinweise für die Anfertigung der vorgenannten Arbeiten. Des Weiteren finden die Leserinnen und Leser Tipps für Vorträge und für die mündlichen Prüfungen. Auch die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten – insbesondere von Dissertationen – wird nicht ausgespart. Den Hauptnutzen dürften Fortgeschrittene und Examenskandidaten aus dem Buch ziehen. Die Standardtechniken der Auslegung und Subsumtion werden zwar angesprochen, jedoch nicht mit der für Anfänger erforderlichen Tiefe behandelt. So wird die für das Gelingen einer Klausur unabdingbare Subsumtionstechnik nur auf wenigen Seiten (s. z. B. S. 38, 39) erläutert. Entsprechendes gilt für die Interpretation und den Auslegungskanon als Argumentationshilfe (S. 97). Dem ebenso wichtigen Gutachten- und Urteilsstil ist lediglich eine gute Seite gewidmet (S. 124 f.).

Fazit: Ein instruktiver Leitfaden, der einen Überblick über juristische Arbeitstechniken vermittelt, allerdings zu wenig auf die Grundlagen eingeht und daher für Anfangssemester nur von begrenztem Nutzen ist.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

### Herausgeber:

Staatssekretär Dr. *Hans Bernhard Beus*  
Bundesministerium der Finanzen, Berlin

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bürgermeister der Stadt Darmstadt a.D. *Horst Knechtel*  
Schulleiter und Verbandsgeschäftsführer des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt

Prof. Dr. *Michael Koop*  
Präsident der Kommunalen Hochschule 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 Hochschule 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

Staatssekretärin *Cornelia Rogall-Grothe*  
Bundesministerium des Innern, Berlin  
Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik

Prof. Dr. *Utz Schliesky*  
Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages und Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

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

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

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

Prof. 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

Verwaltungsstudiendirektor Dipl. Volkswirt *Reinhard Wegener*  
Studienleiter der Verwaltungsseminare Frankfurt a. M. und Darmstadt

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

Direktor *Klaus Weisbrod*  
Leiter der Zentralen Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz und Direktor der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz, Mayen

Senatsrat *Ralf Uwe Wenzel*  
Referatsleiter beim Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen

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