

DVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

62. Jahrgang

März 2011

ISSN 0945-1196

C 2328

138/2011003

3/2011

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Franz Dillmann

Sozialhilfe und Verfahren: Ein nicht immer harmonisches Paar

Sigrid Jooß-Meyer

Wenn zwei den gleichen Antrag stellen

Werner Glenewinkel/ Birte Heiermann

Klausuren als Lern-Chance

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ

Edmund Beckmann

Neue Rechtsprechung zum Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

Fallbearbeitungen

Gerhard Lange

Die sprunghafte Beförderung In der Kreisverwaltung

Marcel Wemdzio/ Ralf Ramin

NewNet muss abnehmen und zahlen?

Frank Placke/ Falko Schuster

Kommunale Kosten- und Leistungsrechnung

Rechtsprechung

Niederlegung eines Ratsmandats

Beamtenrechtliches Auswahlverfahren
und Begründungsgebot

Höhe des Treppengeländers entgegen der DIN

Nachweis des Verdienstausfalls durch Ratsmitglied

Sondernutzung durch Anbringen von
Werbezetteln an Autos

Spielplatzrutsche mit Gefahren

Alkoholverbot in kommunaler Grünanlage

Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde für Schulgebäude

Entfernung einer dienstlichen Beurteilung aus Personalakte

Heimliches Mithören von Telefongesprächen

Mitarbeiterfoto auf Homepage eines Arbeitgebers

Schrifttum

Die DVP im März 2011/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Franz Dillmann

Sozialhilfe und Verfahren: Ein nicht immer harmonisches Paar 90

Bekanntlich sprühen selbst in einer sog. guten Ehe gelegentlich gewittrige Funken. Auch zwischen verwandten Rechtsgebieten geht nicht immer alles reibungslos zu. Sozialhilfe muss im Rahmen eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens gewährt werden. Die Eigenheiten des Sozialhilferechts bringen es mit sich, dass es mitunter im verfahrensrechtlichen Gebäck knirscht. In der Rechtsanwendung auf der Ebene der Sachbearbeitung macht dies nicht selten Probleme. Dieser Beitrag bietet anhand aktueller Urteile des Bundessozialgerichts einen Überblick über die wichtigsten Facetten der nicht immer ganz einfachen Rechtsbeziehung zwischen Sozialhilfe- und Verfahrensrecht und will dazu dienen, in der Praxis mögliche drohende Risse zu kitten.

Erläutert werden

- Rechtliche Grundlagen
- Verfahrensgrundsätze
- Beginn des Verwaltungsverfahrens
- Amtsermittlungsverfahren
- Sozialhilfebescheid
- Widerspruchsverfahren
- Aufhebung von Verwaltungsakten

Sigrid Joß-Meyer

Wenn zwei den gleichen Antrag stellen... 99

Diese Untersuchung wurde im Jahr 2009 an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl in Zusammenarbeit mit Studierenden durchgeführt. Ihre Ergebnisse geben wertvolle Hinweise auf das Zustandekommen von Entscheidungen in der Leistungsverwaltung. Dabei wird deutlich, dass die Hilfe Suchenden nicht nach gängigen Vorstellungen in „schwache Frauen“ und „starke Männer“ kategorisiert werden. Vielmehr lassen die Ergebnisse darauf schließen, dass es für das im Ermessen des Entscheidungsverantwortlichen stehende Urteil mehr Unterschied macht, ob ihnen Antragstellende vom gleichen oder vom anderen Geschlecht gegenüber treten.

Werner Glenewinkel/ Birte Heiermann

Klausuren als Lern-Chance. 102

Klausuren sind unbeliebt. Mehrere, nicht repräsentative Umfragen in Veranstaltungen an der FHöV mit jungen Studierenden ergaben, dass man vor ihnen am liebsten davonlief bzw. sie zu umgehen versucht, wo immer dies möglich ist. Klausuren erzeugen regelmäßig mehr Stress und Angst als mündliche Prüfungsformen. Wie kann man die Angst vor der Klausur reduzieren? In dem man sich selbst stärkt. Der Weg der Selbststärkung hat zum einen eine inhaltliche Seite. Je sicherer man im Stoff ist, desto weniger Angst sollte man haben.

Darüber hinaus gibt es auch eine subjektive Seite. Trotz ihres inhaltlichen Wissens bleiben manche Studierende vor Klausuren ängstlich. Ein Stück dieser Angst könnte durch mehr Verfahrenstransparenz abgebaut werden. Wer als Studentin keinerlei Vorstellung über das Denken und Tun der anderen Seite, also der Klausurerstellerinnen und Korrektorinnen, hat, kann leichter von irrealen Phantasien über das „Gespenst Klausur“ beherrscht und verunsichert werden.

Ziel des Beitrages ist es, anhand eines exemplarischen Falles Klausurschreiber und Klausurkorrektoren gewissermaßen in ein nachträgliches Gespräch über die Klausur zu verwickeln. Damit die Klausur ihren Schrecken verlieren und zu einer wirklichen Lern-Chance werden kann.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ. 108

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Edmund Beckmann

Neue Rechtsprechung zum Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren 110

Der Verfasser stellt - im Anschluss an den Beitrag in DVP 2005 S. 80 ff - die aktuelle neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren dar. Dabei nimmt er eine grobe Unterteilung in

- I. Grundsätzliches
- II. Verwaltungsverfahren,

- III. Widerspruchsverfahren,
 - IV. Vollstreckung und
 - V. Sonstiges
- vor.

Fallbearbeitungen

Gerhard Lange

Die sprunghafte Beförderung in der Kreisverwaltung . . . 114

Gegenstand dieser Fallbearbeitung aus dem Beamtenrecht NRW sind Fehler bei der Ernennung eines Beamten und deshalb zu veranlassende Maßnahmen.

Marcel Wemdzio/ Ralf Ramin

NewNet muss abnehmen und zahlen? 117

In diesem Fall geht es um eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil, das die Abnahme und Vergütungspflicht nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz betraf.

Frank Placke/ Falko Schuster

Kommunale Kosten- und Leistungsrechnung 122

Gegenstand dieser Klausur sind u.a. Grundbegriffe der Kosten- und Leistungsrechnung, Kostentheoretische Grundlagen, Kostenartenrechnung, Kostenstellenrechnung, Kostenträgerrechnung und Deckungsbeitragsrechnung.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Niederlegung eines Ratsmandats
(OVG Koblenz, Beschluss vom 23.03.2009 - 2 A 10100/09) 126

Beamtenrechtliches Auswahlverfahren und Begründungsgebot
(OVG Münster, Beschluss vom 26.11.2008 - 6 B 1416/08) 126

Höhe des Treppengeländers entgegen der DIN
(VGH München, Beschluss vom 20.02.2009 - 2 CS 08.3390)..... 127

Nachweis des Verdienstaustauschs durch Ratsmitglied
(VG Gießen, Urteil vom 22.04.2009 - 8 K 1196/08) 127

Sondernutzung durch Anbringen von Werbezetteln an Autos
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.07.2010 - IV-4 RBs 25/10)..... 128

Spielplatzrutsche mit Gefahren
(OLG Hamm, Urteil vom 19.03.2009 - 6 U 157/08)..... 128

Alkoholverbot in kommunaler Grünanlage
(OLG Hamm, Beschluss vom 04.05.2010 - 3 RBs 12/10) 129

Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde für Schulgebäude
(OLG Schleswig, Urteil vom 22.01.2009 - 11 U 71/08)..... 130

Entfernung einer dienstlichen Beurteilung aus Personalakte
(BAG, Urteil vom 18.11.2008 - 9 AZR 865/07) 131

Heimliches Mithören von Telefongesprächen
(BAG, Urteil vom 23.04.2009 - 6 AZR 189/08) 131

Mitarbeiterfoto auf Homepage eines Arbeitgebers
(LAG Köln, Beschluss vom 10.07.2009 - 7 Ta 126/09) 132

Schrifttum

132

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der
Fa. Haufe-Lexware GmbH & Co. KG.
Wir bitten um freundliche 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. Anzeigen-
schluss jeweils am 01. des Vormonats. Die Verwendung
von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Werbe-
zwecke 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 €. Be-
stellungen 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 urheber-
rechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheber-
rechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des
Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfäl-
tigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspei-
cherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmi-
gung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe
gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt.
Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekenn-
zeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der
Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redak-
tion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugs-
weisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Ein-
sender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für
amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion
keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskrip-
te und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch
die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag
auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

Produktionsmanagement:

impress media GmbH, Mönchengladbach

Liebe Leserinnen und Leser,

die bayerische Staatsregierung hat einen Plan aufgegriffen, der schon seit einiger Zeit auf der Wunschliste der Länder steht (s. BR-Drucks. 883/09 und 438/06): den Einsatz von Pensionären im Sitzungsdienst der Staatsanwaltschaft und im Aufgabenbereich der Rechtspfleger (z.B. Registerumschreibungen, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren). Es soll die formell-gesetzliche Grundlage dafür geschaffen werden, Ruheständler bis zur Vollendung des 68. Lebensjahres zu reaktivieren. Als Grund für diese Maßnahme wird die gegenwärtige Situation bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften angegeben, die durch eine hohe Arbeitsbelastung geprägt sei. Durch Stelleneinzüge werde sich die Lage in den kommenden Jahren voraussichtlich weiter verschärfen. Der Entwurf sieht im Detail nur einen punktuellen Einsatz in geeigneten, einfach gelagerten Fällen vor. Damit würden Ressourcen für die eigentliche Ermittlungsarbeit freigesetzt. Der deutsche Richterbund hat gegen diese Pläne protestiert. Er sieht in dem Einsatz von Pensionären kein geeignetes Instrument, um der Überlastung der Justiz entgegenzuwirken. Speziell die Tätigkeit im Sitzungsdienst erfordere ein hohes Maß an Befassung mit dem konkreten Fall und eine laufende Einbindung in das Alltagsgeschäft der Staatsanwaltschaften. Diese Voraussetzungen seien bei den Pensionären nicht (mehr) erfüllt. Der Richterbund dürfte im eigenen Interesse übertreiben. Es war und ist nicht ungewöhnlich, dass ein Staatsanwalt in der mündlichen

Verhandlung die Anklage vertritt, der den Fall nicht selbst bearbeitet hat. Das ist auch nicht so schlimm, wie der Richterbund suggeriert. Denn im deutschen Strafprozess ist ohnehin der Richter die zentrale Figur: er zumindest kennt die Akte perfekt (oder sollte sie kennen), er führt die Beweisaufnahme durch und er trifft die abschließende Entscheidung. Die Idee der bayerischen Staatsregierung verdient daher eine unvoreingenommene und sorgfältige Prüfung. Nicht mehr ganz zeitgemäß ist allerdings das Alterslimit, weil viele Beamte schon jetzt bis zum 67. Lebensjahr arbeiten müssen. Der Gesetzesvorschlag lässt sich auch in anderen Bereichen des öffentlichen Dienstes verwirklichen. Polizei-Pensionäre wären ohne weiteres in der Lage, „einfach gelagerte“ Anzeigen in die Schreibmaschine zu tippen und die Schutzmann-Puppe im Verkehrsunterricht zu bedienen.

Die chronisch unterfinanzierten Hochschulen wären gut beraten, emeritierte Professoren mit „einfach gelagerten“ Vorlesungen zu betrauen. Warum muss ein noch im aktiven Dienst befindlicher Jura-Dozent in Anfängervorlesungen Banalitäten zum Begriff des Verwaltungsakts vortragen? Wird er davon entlastet, kann er seine persönlichen frei gesetzten Ressourcen nutz bringender in die Forschung investieren. Die Studierenden würden durch den Einsatz der Emeriti keine Nachteile erleiden. Die Grundlagen und Grundbegriffe des allgemeinen Verwaltungsrechts haben sich zum Beispiel seit den Zeiten von *Walter Jellinek* (Verfasser des Lehrbuchs „Verwaltungsrecht“, 3. Aufl. 1931) und *Otto Mayer* („Deutsches Verwaltungsrecht“, 1924) kaum geändert („Verfassungsrecht vergeht – Verwaltungsrecht besteht“).

Völlig unproblematisch wäre der Einsatz der Alt-Dozenten in Vorlesungen zur Rechtsgeschichte. Gerade hoch betagte Ruheständler können dieses Fach kraft eigenen Erlebens besonders eindrucksvoll lehren.

Natürlich lässt sich im Einzelfall nicht ausschließen, dass ein Pensionär sich überschätzt und auch reduzierten Anforderungen nicht gewachsen ist. Diese Gefahr sehen auch die Entwurfsverfasser. Bei „kleineren Unregelmäßigkeiten“ könne von der Neubestellung des Ruhestandsbeamten abgesehen werden. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schadensverursachung sei der Ruheständler dem Rückgriff des Anstellungsträgers ausgesetzt. Dieses drohenden Hinweises hätte es im Übrigen nicht bedurft. Gerontologisch bedingte Schwächen werden vielfach durch Risikovermeidung und Erfahrung kompensiert, z.B. beim Autofahren. Und schließlich geht es ja immer nur um „einfach gelagerte Fälle“!

Prof. Dr. Jürgen Vahle, Bielefeld

Franz Dillmann*

Sozialhilfe und Verfahren: Ein nicht immer harmonisches Paar

1. Einleitung

Bekanntlich sprühen selbst in einer sog. guten Ehe gelegentlich gewitterige Funken. Auch zwischen verwandten Rechtsgebieten geht nicht immer alles reibungslos zu. Sozialhilfe muss im Rahmen eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens gewährt werden. Die Eigenheiten des Sozialhilferechts bringen es mit sich, dass es mitunter im verfahrensrechtlichen Gebälk knirscht. In der Rechtsanwendung auf der tiefen Ebene der Sachbearbeitung macht dies nicht selten Probleme. Der folgende Beitrag bietet anhand aktueller Urteile des Bundessozialgerichts einen Überblick über die wichtigsten Facetten der nicht immer ganz einfachen Rechtsbeziehung zwischen Sozialhilfe- und Verfahrensrecht und will dazu dienen, in der Praxis mögliche drohende Risse zu kitten.

2. Rechtliche Grundlagen

Das Besondere verdrängt das Allgemeine. Im Leben und im Recht. Das wussten schon die alten Römer, die nach dem Grundsatz verfuhr: „Lex specialis derogat legi generali“. Das besondere Gesetz verdrängt das allgemeine Gesetz. Dieses Prinzip gilt im Sozialhilferecht in einem doppelten Sinne. Zunächst ist nicht das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) des Bundes oder des Landes einschlägig. Nach § 1 Abs. 1 VwVfG (Bund) ist dieses auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden anzuwenden, soweit nicht bundesrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Solche verdrängenden Spezialnormen sind im Sozialgesetzbuch X (SGB X) zu finden.

Das SGB X ist in drei Kapitel unterteilt (unterschlägt man das aus einem Paragrafen bestehende Vierte Kapitel „Übergangs- und Schlussvorschriften“): Den Anfang macht das Kapitel über das Verwaltungsverfahren (§§ 1 bis 66 SGB X), es folgt das über den „Schutz der Sozialdaten“ (§§ 67 bis 85 a SGB X). Das SGB X endet mit dem Kapitel über „Die Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten“ (§§ 86 bis 119 SGB X). Die Vorschriften der §§ 1 bis 66 SGB X über das Verwaltungsverfahren gelten nach der besonderen Regelung des § 1 Satz 1 SGB X für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden, „die nach diesem Gesetzbuch ausgeübt wird“. Nun heißt das SGB X auch Sozialgesetzbuch, gemeint ist aber stets das ganze Sozialgesetzbuch, also die Bücher Sozialgesetzbuch I (SGB I) bis Sozialgesetzbuch XII (SGB XII). Soweit sich dort keine oder nur bruchstückhafte Regelungen finden (wie bei der Zustellung oder der Vollstreckung, gl. §§ 65, 66 SGB X), sind jeweils ergänzend die Verfahrensgesetze der Länder heranzuziehen. Mit dem Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 (BGBl. I, S. 3022) ist das Bundessozialhilfegesetz vom SGB XII im Wesentlichen mit Wirkung zum 01.01.2005 abgelöst worden. Damit wurde auch die formelle Einfügung der Sozialhilfe in das Sozialgesetzbuch mit erheblichen inhaltlichen Änderungen abgeschlossen. Zuvor war allerdings ebenfalls das SGB X über den Umweg des § 68 SGB I anzuwenden. Auch das Sozialgesetzbuch I (SGB I) enthält wichtige verfahrensrechtliche Regelungen. Es ist ein Gesetz, das wie der Allgemeine Teil des Bür-

gerlichen Gesetzbuches vor die Klammer der anderen Gesetze gezogen worden ist. Es weist weitgehend grundlegende Prinzipien auf, die bei der Anwendung der Vorschriften nach den anderen einzelnen Büchern zu berücksichtigen sind. Die sozialen Rechte der §§ 3 bis 10 sind keine Anspruchsgrundlagen, jedoch ausdrücklich bei der Auslegung der Vorschriften des Sozialgesetzbuches und bei der Ausübung von Ermessen zu beachten (vgl. § 2 Abs. 2 SGB I). Darüber hinaus stecken im SGB I konkrete Verfahrensnormen. Die praktisch bedeutsamen sind die zur Mitwirkung des Leistungsberechtigten im Verwaltungsverfahren (§§ 66 ff. SGB I).

Der eingangs hervorgehobene Grundsatz, dass das Besondere das Allgemeine verdrängt, ist im Hinblick auf das SGB I und das SGB X differenziert geregelt. Nach der wichtigen Scharniervorschrift des § 37 SGB I gelten diese beiden Gesetze mit verfahrensrechtlicher Schlagseite für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuches, „soweit sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt“. Ausgenommen sind von diesem Vorbehalt die Bestimmungen der §§ 1 bis 17 und 31 bis 36 SGB I und des Sozialdatenschutzes (§§ 67 ff. SGB X), auf die teilweise im Folgenden noch eingegangen werden wird, soweit sie das Sozialhilferecht berühren. Der Vorbehalt erstreckt sich ebenso auf landesrechtliche Ausführungsverordnungen zum SGB XII.

Für die Sozialhilfe relevant sind schließlich verfahrensrechtliche Sonderregelungen im Sozialgesetzbuch IX (SGB IX), welches neben dem Schwerbehindertenrecht Rechtsnormen zur Koordination und Harmonisierung der in den einzelnen Sozialgesetzbüchern enthaltenen Sozialleistungen für behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen zur „Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“ beinhaltet. Leistungen der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen gemäß §§ 53 ff. SGB XII sind sämtlich Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft. Die zuständigen Sozialhilfeträger sind zugleich Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX). Damit unterfallen die von diesen gewährten Sozialleistungen insofern dem SGB IX. Aber auch hier schlägt der genannte römische Grundsatz wieder durch: Die Vorschriften des SGB IX gelten nach § 7 SGB IX nur, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger einschlägigen Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt (siehe auch § 53 Abs. 4 SGB XII).

An dieser Stelle kommt demnach sogar in zweifacher Hinsicht die Wirkung des „verfahrensrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ zur Geltung. Es ist nicht nur hinzunehmen, dass für das Sozialhilferecht wegen seiner Zuordnung zum Sozialrecht ein besonderes Verfahrensrecht gilt, sondern es können ferner noch weitere spezielle Normen im SGB XII und SGB IX in Betracht kommen, die dem Verfahrensrecht in der Sozialhilfe zusätzlich seine eigene Gestalt geben. Wie aber ist der hier maßgebliche Begriff des „Abweichenden“ in Bezug auf das Sozialhilferecht zu verstehen? Einfach wäre die Frage zu beantworten, wenn man auf einer ausdrücklich abweichenden Regelung bestehen würde. Dies würde aber ignorieren, dass das Sozialhilferecht bisher jahrzehntelang durch besondere sozialhilferechtliche Prinzipien geprägt worden ist, die auch teilweise verfahrensrechtliche Bedeutung haben: Den Nachranggrundsatz, das Bedarfsdeckungsprinzip, den Individualisierungsgrundsatz, das Gegenwärtigkeitsprinzip und den Kenntnisgrundsatz, um allein die wichtigsten aufzuführen.

Diese Grundsätze schweben nicht gleichsam über dem Gesetz, sie haften schon normativ auf dem Boden. So lassen sich das Individuali-

* Franz Dillmann ist Leiter der Rechtsabteilung im Sozialhilfedezernat des Landeszweckverbandes Rheinland in Köln.

sierungsprinzip und der Bedarfsdeckungsgrundsatz aus § 9 SGB XII ableiten. Ausdrücklich geregelt mit der Schwere eines Prinzips sind sie nicht. Anders dagegen der Nachrang- sowie der Kenntnisgrundsatz, die jeweils ausdrücklich in § 2 SGB XII bzw. § 18 SGB XII genannt werden. § 37 SGB I verlangt lediglich, dass sich nichts anderes „ergibt“, nicht, dass dort ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat es stets ausreichen lassen, dass sich aus dem Gesetz ein „Anhalt“ für eine spezielle Regelung finden lässt (sog. Anhaltstheorie).¹ Seit dem 01.01.2005 erfolgte nicht nur ein Spurwechsel im materiellen Sozialhilferecht, sondern auch die prozessuale Landschaft wurde umgekrempelt. Es sind nunmehr die Sozialgerichte und nicht mehr die Verwaltungsgerichte für die Sozialhilfe zuständig (§ 51 Nr. 6 a SGG). Das Bundessozialgericht (BSG) folgt der traditionellen Auslegung des § 37 SGB I durch das BVerwG nicht mehr. Die sog. sozialhilferechtlichen Strukturprinzipien, die vom BVerwG entwickelt worden sind, seien „Supranormen“ (also quasi „Übergesetze“), die einer eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht zuwider laufen dürften. Sie seien vielmehr aus den jeweiligen maßgeblichen Normen zu entwickeln, könnten mithin nicht dazu genutzt werden, ausdrückliche gesetzliche Regelungen in ihr Gegenteil zu kehren.² Mit dieser Begründung wendet das BSG nunmehr, wie später näher erläutert werden soll, insbesondere § 44 SGB X weitgehender als das BVerwG auf das Sozialhilferecht an.

3. Verfahrensgrundsätze

a) Beteiligte und Bevollmächtigte

Bisher war vom Verwaltungsverfahren in einem weiten Sinne die Rede. Die §§ 8 ff. SGB X regeln nun das Verwaltungsverfahren im engeren Sinne. Ohne Form kein Inhalt. Die materiellen Sozialhilfeansprüche werden erst wirksam, wenn sie in eine fassbare Form gegossen werden. Die Regelungen des Verfahrensrechtes konkretisieren die durch das SGB XII verliehenen Rechte (und auch Pflichten). Grundsätzlich ist das Verwaltungsverfahren formfrei, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften bestehen (§ 9 SGB X). Die Ausnahme ist allerdings die Regel. Das Verfahren ist möglichst geradlinig und zügig durchzuführen (§ 9 Satz 2 SGB X, § 17 SGB I). Träger von Verfahrensrechten können im Sozialhilferecht sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Verfahrensbeteiligte im Sinne des § 12 SGB X sind der Antragsteller, die Person, an den der Verwaltungsakt gerichtet werden soll, und die Partner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sowie Hinzugezogene. Solche öffentlich-rechtlichen Verträge stellen etwa die Leistungs- Qualitäts- und Prüfungsvereinbarungen nach §§ 75 ff. SGB XII dar. Diese werden mit den Trägern und Anbietern von ambulanten und stationären Einrichtungen geschlossen, die Leistungen der Hilfe zur Pflege oder der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen erbringen (solche Verträge sind auch Leistungsvoraussetzung nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB XII). Es liegt in der Natur der Sache, dass Mitarbeiter des Sozialhilfeträgers es oft mit Beteiligten zu tun haben, deren Geschäftsfähigkeit (oder sogar beschränkte Geschäftsfähigkeit), welche Voraussetzung dafür ist, überhaupt wirksam am Verwaltungsverfahren teilzunehmen (§ 11 SGB X), zweifelhaft ist. Solange diese nicht geklärt ist, läuft die Verwaltung beispielsweise Gefahr, dass Verwaltungsakte über Jahre ins Leere gehen, da sie nicht wirksam zugegangen sind.

1 Urteil vom 10.05.1979, Az. 5 C 79/77 (BVerwGE 58, 68), zuletzt: BVerwG, Urteil vom 13. November 2003 – 5 C 26.02 – FEVS 55, 320, 321.

2 BSG, Urteil vom 17.6.2008, B 8 AY 5/07 R.

Soweit demnach insbesondere für geistig behinderte Menschen oder schwer demenziell erkrankte alte Menschen noch kein rechtlicher Betreuer nach §§ 1896 ff. BGB bestellt worden ist, ist ein Ersuchen beim Betreuungsgericht ins Auge zu fassen, einen Vertreter von Amts wegen zu bestellen (§ 15 SGB X).

In aller Regel ist dies in der Praxis nicht erforderlich, da die meisten Leistungsberechtigten, die Probleme haben, selbst das Verfahren zu führen, sich durch einen Bevollmächtigten nach § 13 SGB X vertreten lassen. Zwar setzt dessen Bevollmächtigung als Rechtsakt wenigstens partielle Geschäftsfähigkeit voraus. Diese ist aber zu unterstellen, solange keine schwerwiegenden Indizien auf das Gegenteil schließen lassen. Die Regelung des § 36 SGB I, die es Minderjährigen ab Vollendung des 15. Lebensjahres grundsätzlich erlaubt, selbstständig am Verfahren teilzunehmen, gilt auch für die Sozialhilfe.

b) Kommunikation im Verfahren

Im Sozialhilferecht steht die Behörde häufig Personen gegenüber, mit denen es aus den verschiedensten Gründen nicht einfach ist zu kommunizieren. Die Amtssprache ist deutsch, § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB X. Daran ist nicht zu rütteln. § 19 Abs. 2 bis 4 SGB X enthält zu den Problemen der Übersetzung und der Bestellung eines Dolmetschers die nötigen Bestimmungen. Jede Behörde tut sicher gut daran, Hinweisschilder und Merkblätter in den relevanten ausländischen Sprachen öffentlich auszuhängen bzw. bereit zu halten. Besonderes Augenmerk hat die Sozialhilfeverwaltung auf Menschen zu richten, deren Behinderung eine Kommunikation erschwert. Bereits

Kümmel

Beamtenversorgungsgesetz

Lambrecht | Palm | Adam | Röllig | Lüscho

Das Werk enthält eine ausführliche Kommentierung des für Bundes- und Landesbeamte (einschließlich der Kommunal- und Körperschaftsbeamten) geltenden Rechts.

Dabei wird im Besonderen die unterschiedliche Rechtslage im Bund und im Landesbereich berücksichtigt, die sich für den Landesbereich aus der Fortgeltung des BeamtVG in der am 31. 8. 2006 geltenden Fassung ergibt.

Praktische Beispiele erleichtern das Verständnis des umfangreichen und komplizierten Versorgungsrechts. Insbesondere werden die Vorschriften über das Zusammentreffen mit anderen Einkünften und die Kürzung der Versorgungsbezüge bei Ehescheidung ausführlich dargestellt und erläutert. Weitere Berücksichtigung finden die Änderungen durch die verschiedenen Versorgungsreformgesetze seit 1992, wobei besonders die Vorschriften über die ruhegehaltfähigen Dienstbezüge, die ruhegehaltfähigen Dienstzeiten und die Dienstunfallfürsorge von Bedeutung sind.

8 Ordner ca. 7.200 Seiten,
laufend aktualisierter Stand
ISBN 978-3-932086-14-4



140,- Euro

PINKVOSS
VERLAG

Landwehrstraße 85
30519 Hannover

Tel.: (0511) 990 50-0
Fax: (0511) 990 50-77

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

§ 19 Satz 2 SGB X räumt hörbehinderten Menschen das Recht ein, zur Verständigung Gebärdendolmetscher zu verwenden (vgl. auch § 17 Abs. 2 SGB I für die Ausführung der Leistung). Zudem verpflichten die meisten Behindertengleichstellungsgesetze der Länder die Behörden, bei der Gestaltung von schriftlichen Bescheiden, Allgemeinverfügungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen, Vordrucken und amtlichen Informationen die besonderen Belange betroffener Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen. Blinde und sehbehinderte Menschen können insbesondere verlangen, dass ihnen Bescheide, Vordrucke und amtliche Informationen kostenlos auch in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden, soweit dies zur Wahrnehmung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren erforderlich ist. Hilfreich für eine bessere Kommunikation ist das Bemühen der Verwaltung, sich in möglichst einfachem und verständlichem Deutsch auszudrücken und sich nicht hinter einem verquastem Behördendeutsch zu verschansen. Mittlerweile gibt es hierzu eine Reihe guter Leitfäden und Ratgeber. Übertreiben sollte man es mit der Vereinfachung nicht. Es gilt die einsteinsche Weisheit: So einfach wie möglich, aber nicht einfacher.

c) Anhörung und Akteneinsicht

In der Praxis der Sozialämter sind die Anhörung der Beteiligten und die Akteneinsicht geradezu klassische „Nebenkriegsschauplätze“. Hier gilt die Devise: Der Klügere gibt nach – im Rahmen geltenden Rechts. § 24 SGB X sieht nun einmal vor, dass vor Erlass eines Verwaltungsaktes, der „in die Rechte eines Beteiligten eingreift“, diesem angemessene Zeit (mindestens 14 Tage sollten es sein) eingeräumt werden muss, sich zu den erheblichen Tatsachen zu äußern. Kostenbeitragsbescheide sind unzweifelhaft sog. belastende Verwaltungsakte. Als Gegenpol zu dem in § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB X legal definierten begünstigenden Verwaltungsakt begründen sie einen rechtlich erheblichen Nachteil. Sie greifen damit in die Rechte ein. Bezweifelt wurde und wird diese Eingriffsqualität für ablehnende Bescheide auf Sozialhilfeanträge, da erst mit Erlass des VAs ein materieller Anspruch auf Sozialhilfe geschaffen würde. Formal gesehen, ist dies richtig. In der Praxis sollte man großzügiger sein – schon aus eigenem Interesse, spätere Korrekturen zu vermeiden. Es entspricht im Übrigen auch dem Gebot eines fairen Verfahrens, keine überraschenden Entscheidungen zu fällen. Viele Beteiligte steigern schließlich ihre Mitwirkung erheblich, wenn sie aus ihrer Erwartungshaltung gerissen werden, dass die Hilfe schon bewilligt werde. Selbst wenn von einem Antrag nicht abgewichen werden soll, und daher die Anhörung nach § 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X im Ermessen der Behörde steht, bringt bei komplexer Sachlage eine kurzfristige Anhörung gelegentlich neue Tatsachen zu Tage. Verpasste Anhörungen sind nicht weiter tragisch, die Behörde kann sie bis zum Abschluss des sozialgerichtlichen Verfahrens nachholen (§ 41 Abs. 2 SGB X)³. Anders als im VwVfG Bund/Land ist allerdings eine versäumte und nicht nachgeholtete Anhörung folgenschwer (§ 42 Satz 1 SGB X).

Das Verwaltungsverfahren im Sozialhilferecht ist kein Spiel mit verdeckten Karten. Das Recht der Akteneinsicht des Beteiligten im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ist für diesen ein wichtiges Instrument, um „Waffengleichheit“ herzustellen. Ohne Kenntnis der schriftlich fixierten Behördenvorgänge kann er im Sinne der Vorschrift seine Rechte nur schwer geltend machen oder verteidigen. Die Behörde muss nicht grundsätzlich die vollständige Akte offen legen. Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich allein auf die

Teile, die zur Rechtsverteidigung erforderlich sind. Allzu eng sollte man dies in konfliktträchtigen Fällen nicht betrachten. Spätestens im sozialgerichtlichen Verfahren bekommt der Kläger über das Gericht in den meisten Fällen Einsicht in die ganze Akte (§ 120 Sozialgerichtsgesetz – SGG), soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, insbesondere deren Gesundheitsdaten geschützt werden müssen (§§ 67 ff. SGB X). Weiterer Zankapfel in der Praxis ist nicht selten, Ort und Art und Weise der Akteneinsicht. Sicher kann die Sozialhilfebehörde im Erstverfahren darauf bestehen, dass selbst ein Rechtsanwalt nur Gelegenheit bekommt, in Räumen der Behörde Einblick in die Akte zu nehmen (elektronische Akten sollten in Papierform zur Verfügung gestellt werden). Es verbessert aber gerade im Sozialhilferecht die Zusammenarbeit mit den Bevollmächtigten, wenn hier Entgegenkommen gezeigt wird und die Akten an die Kanzlei oder das Büro des Vertreters gesandt werden. Im Widerspruchsverfahren ist das Ermessen hier ohnehin regelmäßig dahingehend auszuüben (§ 62 SGB X verweist auf § 120 SGG).

4. Beginn des Verwaltungsverfahrens

a) Kenntnisgrundsatz des § 18 SGB XII

Der Antrag ist üblicherweise der Startschuss für das Verfahren. So ist dies z.B. für die Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII in § 41 Abs. 1 SGB XII geregelt (für Folgezeiträume ist nach BSG⁴ jedoch ein Antrag entbehrlich, wenn sich an der Situation nichts geändert hat). In der Sozialhilfe beginnt im Übrigen aber das Verfahren „von Amts wegen“. Beide Wege sieht § 18 SGB X vor. Die Sozialhilfe setzt (schon, aber auch erst) gemäß der Sonderregel des § 18 SGB XII ein, wenn dem Träger der Sozialhilfe bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Leistung vorliegen. Die Leistung ist also nicht von einem Antrag abhängig, sondern von einer Notlage und der Kenntnis hierüber (wobei allerdings die erforderliche Kenntnis in der Regel durch einen Antrag – selbst bei einem unzuständigen Leistungsträger – vermittelt werden kann). Die Kenntnischwelle ist niedrig anzusetzen. Die Einreichung des sog. Sozialhilfegrundertrages ist nicht erforderlich. Die Notwendigkeit der Hilfe muss dargetan oder sonstwie erkennbar sein. Ausreichend ist die Kenntnis, dass eine bestimmte Person konkrete Hilfe zum Lebensunterhalt oder „in besonderen Lebenslagen“ (so noch § 10 SGB I), wie Krankheit, Pflege oder Behinderung benötigt. Aus den bekannten Tatsachen muss sich wenigstens schlüssig die Notwendigkeit ergeben, dass die Behörde, unterstellt die Tatsachen sind wahr, von einem Sozialhilfefall ausgehen muss. Die ganze Palette der Voraussetzungen muss nicht dargetan werden. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Beteiligte seine Einkommens- und Vermögenssituation offen legt. Es genügt, wenn er zunächst seine Bedürftigkeit behauptet (sei es konkludent). Unerheblich ist auch, von wem die Behörde die Kenntnis erlangt hat. Es kann auch ein Einrichtungsträger oder ein Anbieter sein, der einen konkreten Hilfebedarf meldet. Die Hilfe muss nach der berühmten tradierten Formel des Bundesverwaltungsgerichtes „nicht erahnt werden“.⁵ Dies enthebt die Behörde nicht ihrer allgemeinen Verpflichtung, eventuelle Unklarheiten im Rahmen der Amtsermittlung nach § 20 SGB X zu beseitigen (vgl. auch § 16 Abs. 3 SGB I). Hier reicht oft schon eine kurze Nachfrage. § 18 SGB XII ist auch deshalb so bedeutsam, weil er nicht nur das Eingangstor für das Verwaltungsverfahren darstellt, sondern den

³ Zur Nachholung der Anhörung im Gerichtsverfahren nun BGS, Urteil v. 9.11.2010, B 4 AS 37/09R.

⁴ BSG, Urteil vom 29.9.2009, B 8 SO 13/08 R.

⁵ BVerwG, Urteil vom 8.7.1982, Az. 5 C 96.81.

Zeitpunkt markiert, von dem an rückwirkend allenfalls Sozialhilfeleistungen bewilligt werden dürfen.

§ 18 Abs. 2 SGB XII weitet das Bekanntwerden des Bedarfs auf alle nicht zuständigen örtlichen und überörtlichen Sozialhilfeträger (§ 3 SGB XII) und auf alle nicht zuständigen Gemeinden aus. Diese haben dem zuständigen Sozialhilfeträger unverzüglich (§ 121 BGB: ohne schuldhaftes Zögern) die ihnen bekannt gewordenen Umstände mitzuteilen und ihnen vorgelegte Anträge und andere Unterlagen zu übersenden. Der Kreis der Behörden ist in dieser seit 1996 geltenden Sonderregel für die Sozialhilfe enger gezogen als in der allgemeinen Schutzregel des § 16 Abs. 2 SGB I, welche alle Sozialleistungsträger erfasst, also etwa auch die Agentur für Arbeit oder den Rentenversicherungsträger. § 16 Abs. 2 SGB I ist nach Ansicht des Bundessozialgerichts auf die Sozialhilfe ergänzend anzuwenden. Der Entscheidung lag folgender Fall⁶ zugrunde:

Fall 1:

Die nach mehreren Knochenbrüchen gebhehinderte Klägerin machte von der Beklagten für die Zeit vom 19.9. bis 31.10.2006 die Kosten für eine Haushaltshilfe in Höhe von 210,35 € geltend; in diesem Zeitraum bezog sie Alg II nach dem SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende). Nachdem sie zunächst die Kosten erfolglos bei der Arbeitsgemeinschaft für Grundsicherung Arbeitsuchender der Stadt Aachen geltend gemacht hatte, die den Antrag mit Bescheid vom 13.9.2006 und Widerspruchsbescheid vom 30.10.2006 zurückwies, beantragte sie am 22.9.2006 die Übernahme der Kosten für die Haushaltshilfe bei der Beklagten als Sozialhilfeträger. Während die Arbeitsgemeinschaft die Leistung abgelehnt hatte, weil das SGB II die Übernahme von Haushaltshilfekosten nicht vorsehe, lehnte die Beklagte die Leistung mit Bescheid vom 25.9.2006 und Widerspruchsbescheid vom 16.11.2006 im Hinblick darauf ab, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige vom Bezug der beantragten Leistung nach dem SGB XII (Sozialhilfe) ausgeschlossen seien.

Die Frage der Anwendung des § 16 Abs. 2 SGB I stellte sich, weil ein Leistungszeitraum (19.9.2006 bis 21.9.2006) streitig war, der vor dem Sozialhilfeantrag lag. Diese Vorschrift gelte auch für die Sozialhilfe, die im eigentlichen Sinne nicht antragsabhängig sei, so das BSG. Der Träger der SGB II-Leistung, bei dem zuvor ein Antrag auf Haushaltshilfe gestellt worden sei, sei unzuständiger Träger im Sinne des § 16 Abs. 2 SGB I. Unter Berücksichtigung des „Meistbegünstigungsgrundsatzes“ sei im Zweifel davon auszugehen, dass ohne Rücksicht auf den Wortlaut des Antrags sämtliche Sozialleistungen begehrt werden würden, die Nutzen bringen könnten. Dies gelte insbesondere im Verhältnis SGB II und SGB XII. Damit sei auch die erforderliche Kenntnis nach § 18 SGB XII gegeben, denn aus dem Antrag sei sowohl der konkrete Hilfebedarf (Haushaltskraft) wie die Hilfebedürftigkeit erkennbar gewesen. Der Anwendung des § 16 Abs. 2 SGB I stehe die Sonderregel des § 18 Abs. 2 SGB XII nicht entgegen, weil diese nicht die Rechtslage zum Nachteil des Leistungsberechtigten korrigieren wolle. Das BSG stößt mit diesem Urteil das Tor für alle Leistungsbegehren, die an unzuständiger Stelle geltend gemacht werden, weit auf. Um im Sozialhilferecht nicht firme Leistungsträger wie Krankenkassen oder Rentenversicherungen nicht zu überfordern, muss der Antrag bei der unzuständigen Stelle schon deutlich erkennen lassen, dass das Begehren auf eine Sozialhilfeleistung gerichtet ist.

Der Kenntnisgrundsatz wird durch § 25 SGB XII durchbrochen. Danach sind demjenigen, der in einem Eilfall einem anderen Leistungen

erbracht hat, die bei rechtzeitigem Einsetzen von Sozialhilfe nicht zu erbringen gewesen wären, auf Antrag Aufwendungen in gebotemem Umfang zu erstatten, wenn er sie nicht auf Grund rechtlicher oder sittlicher Pflicht selbst zu tragen hat. Der Anspruch richtet sich gegen den für die Sozialhilfeleistung zuständigen Sozialhilfeträger. Die Bestimmung verfolgt das Ziel, die Hilfsbereitschaft Dritter im Interesse in Not geratener Menschen durch Gewährleistung eines leistungsfähigen Schuldners zu erhalten und zu stärken sowie Hilfe in Fällen sicherzustellen, in denen Leistungen des Sozialhilfeträgers zu spät kämen oder wegen Zeitablaufs ins Leere gingen. Nach Ansicht des BSG⁷ greift sie auch in den Fällen, in denen noch keine Leistungen nach dem SGB II beantragt worden sind und deshalb kein Krankenversicherungsschutz besteht.

b) Zuständigkeitsklärung nach § 14 SGB IX

Den Schwierigkeiten im gegliederten Sozialleistungssystem bereits zu Beginn eines Verwaltungsverfahrens die Zuständigkeit für einen Leistungsantrag zu erkennen, will nicht nur die Vorschrift des § 18 SGB XII begegnen, sondern auch die umfangreiche Sonderbestimmung des § 14 SGB IX. Diese soll zugunsten des Leistungsberechtigten die Zuständigkeiten im Rahmen von sog. Rehabilitationsleistungen klären helfen. Der Sozialhilfeträger ist Rehabilitationsträger (§ 6 SGB IX) für die Leistungen der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII für behinderte Menschen zur medizinischen Rehabilitation sowie zur Teilhabe am Arbeitsleben und am Leben in der Gemeinschaft (§ 5 SGB IX). § 14 SGB IX führt häufig zu gerichtlichen Streitigkeiten. Im Kern ist die Vorschrift zunächst einfach: Der erstangegangene Träger muss die beantragte Rehabilitationsleistung vorläufig erbringen, wenn er sie nicht innerhalb von zwei Wochen an einen anderen Rehabilitationsträger weiterleitet. Dieser sog. zweitangegangene Träger darf nicht mehr weiterleiten, sondern muss ebenfalls leisten. Die Uhr für die wichtige 14-Tage-Frist fängt für den Sozialhilfeträger nach § 14 Abs. 3 SGB IX bereits mit Kenntnis im Sinne von § 18 SGB XII an zu ticken. Es ist daher wenig ratsam, mit angeblicher fehlender ausreichender Kenntnis des Hilfebedarfs die Uhr gleichsam zurück drehen zu wollen. Für die Kenntnis des Rehabilitationsbedarfs genügt es, wenn bekannt ist, dass ein behinderter Mensch ab sofort oder künftig eine ambulante oder stationäre Teilhabemaßnahme benötigt.

Der wesentliche Zweck des § 14 SGB IX ist die schnelle und dauerhafte Klärung der Zuständigkeit im Verhältnis zwischen betroffenen behinderten Menschen und den Rehabilitationsträgern, also im sog. Außenverhältnis. Er gilt seiner Intention nach auch in den Fällen, in denen eine Leistung beantragt wird, die von einem anderen in § 6 SGB IX genannten Träger als Rehabilitationsleistung zu erbringen wäre, wenn der erstangegangene Leistungsträger jedenfalls Rehabilitationsträger im Sinne des § 6 SGB IX ist. Dies bedeutet, der erst- bzw. zweitangegangene Rehabilitationsträger muss, wenn er nicht mehr weiterleiten kann, das Hilfebegehren nach allen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen des Rehabilitationsrecht prüfen und entscheiden. Im Außenverhältnis zum Bürger ist die einmal nach § 14 SGB IX begründete Zuständigkeit endgültig.⁸ Im Zweifel will der behinderte Mensch die ihm günstigste Leistungsart in Anspruch nehmen.⁹

⁷ BSG, Urteil vom 19.5.2009, B 8 SO 4/08 R

⁸ BSG, Urteil vom 29.09.2009, Az. B 8 SO 19/08 R, Rn. 12.

⁹ BSG, Urteil vom 20.10.2009, Az. B 5 R /07 R, Rn. 18.

⁶ BSG, Urteil vom 26.8.2008, Az. B 8/9b SO 18/07 R.

Da die Krankenkassen und die Rentenversicherungsträger ungern Sozialhilfe bewilligen, leiten sie vielfach den Antrag im Zweifel erst einmal an den Sozialhilfeträger weiter. Dies macht jedenfalls die Anwendung des § 14 SGB IX in der Praxis so problematisch – und auch so unbeliebt. Die Schwierigkeiten verdeutlicht auch folgender BSG-Fall¹⁰:

Fall 2:

Die schwer körperlich behinderte M. beantragte mit einem am 7.2.2002 bei der Stadt Bochum eingegangenen Schreiben die Übernahme der Kosten für eine berufliche Rehabilitation in Form einer sechswöchigen Berufsfindungsmaßnahme. Zu diesem Antrag führte die beim Gesundheitsamt der Stadt Bochum tätige Ärztin in einer Stellungnahme vom 25.2.2002 aus, die beantragte Maßnahme sei für die hoch motivierte M die einzig sinnvolle Möglichkeit, einen der Krankheit entsprechenden Beruf zu finden. Die Stadt Bochum leitete den Antrag und die ärztliche Stellungnahme am 27.2.2002 an den klagenden Landschaftsverband (in NRW überörtlicher Sozialhilfeträger) weiter. Die Unterlagen gingen dort am 5.3.2002 ein. Der Kläger übersandte die Antragsunterlagen der beklagten Bundesagentur für mit Schreiben vom 8.3.2002 – eingegangen am 11.3.2002 – mit dem Hinweis, diese sei für die Berufsfindungsmaßnahme zuständig. Diese antwortete dem Kläger mit Schreiben vom 13.3.2002, der Träger der Sozialhilfe sei hier zuständiger Rehabilitationsträger, da die Zusendung der Antragsunterlagen nicht innerhalb der Zweiwochenfrist erfolgt sei, könne man den Antrag nicht mehr annehmen. Der Kläger entgegnete mit Schreiben vom 19.3.2002, die Frist beginne erst mit der Vorlage sämtlicher entscheidungsrelevanter Unterlagen; das für den Nachweis über die Zugehörigkeit zum Personenkreis behinderter Menschen erforderliche ärztliche Gutachten sei erst am 25.2.2002 erstellt worden und am 27.2.2002 bei der Stadt Bochum eingegangen. Nachdem der klagende Landschaftsverband zu Gunsten von M deren Berufsfindungsmaßnahme gefördert hatte, machte er gegenüber der Beklagten einen Erstattungsanspruch in Höhe der ihm entstandenen Aufwendungen, über den das Gericht zu befinden hatte, geltend.

Nach Auffassung des BSG war die Stadt Bochum hier nicht erstangegangener Träger. § 14 SGB IX sei zunächst zwar auch zwischen Rehabilitationsträgern gleicher Ebene, also auch zwischen Sozialhilfeträgern einschlägig. Dies gelte aber nur, wenn es Anhaltspunkte gäbe für die Annahme, die beiden Sozialhilfeträger hätten über die Zuständigkeit gestritten. Vorliegend sei der Antrag jedoch lediglich nach § 16 SGB I vom örtlichen an den überörtlichen Träger weitergeleitet worden. Erst dieser habe anschließend die Antragsunterlagen an die beklagte Bundesagentur als vorrangig zuständigen Rehabilitationsträger weitergeleitet. In der Praxis ist es deshalb wichtig, dass die Sozialhilfeträger untereinander deutlich machen, dass es sich bei der Weiterleitung lediglich um eine solche nach § 18 Abs. 2 SGB XII bzw. § 16 Abs. 2 SGB I (bzw. nach speziellen landesrechtlichen Regelungen zum SGB XII) handelt. Zu beachten ist schließlich, dass über den Umweg des sog. Persönlichen Budgets des § 17 SGB IX (vgl. auch § 57 SGB XII), wonach Teilhabeleistungen auf Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen als eigenes Budget gewährt werden müssen, § 14 SGB IX auch für Sozialhilfeträger gilt, soweit sie für die Hilfe zur Pflege zuständig sind sowie auch für Pflegekassen, obgleich es sich im Sinne von §§ 4, 5 SGB IX nicht um Rehabilitationsleistungen handelt.

¹⁰ BSG, Urteil vom 28.11.2007, Az. B 11 a AL 29/06 R.

5. Das Amtsermittlungsverfahren

Der Sozialhilfeträger hat den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§ 20 SGB X). Die Grunddaten werden ihm in der täglichen Praxis regelmäßig im Wege eines sog. Sozialhilfegrundantrages geliefert. Zwingen kann man den Leistungsberechtigten nicht, diesen auszufüllen (§ 60 Abs. 2 SGB X). Zur Not muss die Behörde die Tatsachen auf eigene Faust ermitteln. Der Leistungsberechtigte ist im Rahmen der §§ 60 ff. SGB X zur Mitwirkung verpflichtet. Die Sozialämter müssen den in Frage kommenden Hilfebedarf im Hinblick auf den ganzen Strauß der Leistungsarten des § 8 SGB XII untersuchen (sog. Gesamtfallgrundsatz, siehe auch § 17 SGB I).

Die Leistungsberechtigten verirren sich nicht selten im Dickicht des gegliederten Sozialleistungssystems. Selbst institutionalisierte Beratungsstellen wie die Servicestellen nach § 22 SGB IX oder Pflegeberatungsstellen nach § 7 a SGB XI stoßen angesichts der Komplexität des Sozialleistungssystems – insbesondere bei Leistungen für behinderte und pflegebedürftige Menschen – schnell an die Grenzen ihrer Möglichkeiten. Der Mitarbeiter im Sozialamt muss in der Not als Lotse helfen. Seine Auskunftspflicht erstreckt sich nach § 15 Abs. 2 SGB I darauf, dem Leistungsberechtigten den richtigen Sozialleistungsträger zu nennen und ihn im Rahmen seiner Möglichkeiten, über Sozialrechte und -pflichten insgesamt zu informieren. Der „Blick über den Zaun“ der eigenen Zuständigkeit gehört zur Beratungspflicht des Sozialhilfeträgers (§§ 13, 14 SGB I § 10 SGB XII¹¹), soweit er auf vorrangige Ansprüche verweist. Dabei kann er auch auf Beratungsangebote anderer Leistungsträger, wie auch der Träger der freien Wohlfahrtsverbände hinweisen. Es können auch etwa bei der Beratung von Hilfen für behinderte Menschen institutionell eigene Beratungsstellen geschaffen werden. Welche rechtlichen Folgen haben Beratungsfehler und falsche Auskünfte? Anders als früher die Verwaltungsgerichte ziehen die Sozialgerichte¹² den sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch im Sozialhilferecht heran. Der Leistungsberechtigte ist demnach bei einem entsprechenden Behördenfehler so zu stellen, wie er bei richtiger Beratung stehen würde. Das BSG hat über die Anwendung noch nicht letztinstanzlich entschieden. Das BSG ist schon einige Male von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Sozialhilfe abgewichen, etwa bei der Anwendung des Grundsatzes „Keine Hilfe für die Vergangenheit“ im Rahmen des § 44 SGB X. Es ist daher wahrscheinlich, dass auch diese Barriere noch fallen wird und es in diesem Grundsatz kein Hindernis für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch sieht. Auch das BSG betont allerdings schon in Bezug auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch im Sozialhilferecht, dass rückwirkend nur rechtmäßige Zustände hergestellt werden können¹³, d.h. es muss noch eine konkrete Bedarfslage bestehen.

Bei der Ermittlung stehen der Behörde alle Beweismittel des § 21 SGB X zur Verfügung. Nicht selten läuft die von Amts wegen vorzunehmende Ermittlung im Alltag der Sachbearbeitung stockend, weil der Leistungsberechtigte nicht richtig mitwirkt und ohne ihn die nötigen Informationen nicht beschafft werden können. Insbesondere um private wirtschaftliche Verhältnisse wird gern ein Geheimnis gemacht. Die Frage, ob und wie rückwirkend Kontoauszü-

¹¹ Kein Anspruch auf Schuldnerberatung nach § 10 SGB XII: BSG, Urteil vom 13.7.2010, B 8 SO 14/09 R.

¹² Etwa LSG NRW, Urteil vom 20.11.2006, Az. L 20 AS 89/06.

¹³ BSG, Urteil vom 29.9.2009, Az. B 8 SO 11/08 R.

ge verlangt werden können, entschied das BSG im folgenden Fall¹⁴, der auf das SGB XII übertragen werden kann:

Fall 3:

Die Klägerin bezog seit April 2005 Leistungen nach dem SGB II. Am 23.2.2007 teilte sie der Beklagten eine Änderung ihrer Bankverbindung mit und reichte weitere Unterlagen ein. Die Beklagte änderte daraufhin die Leistungshöhe für die Monate März und April 2007 ab. Zugleich forderte sie die Klägerin mit Schreiben vom 21.3.2007 auf, die kompletten Kontoauszüge der letzten drei Monate vorzulegen. Die Klägerin kam der Aufforderung nach und machte geltend, die Beklagte sei nicht berechtigt, in Zukunft ohne konkrete Anhaltspunkte für einen missbräuchlichen Leistungsbezug die Vorlage von Kontoauszügen zu verlangen. Die Beklagte bestand darauf und begründete dieses mit der Mitwirkungspflicht der Klägerin und kündigte für den Fall der Nichtbefolgung eine Versagung der Leistungen bis zur Nachholung der Mitwirkungshandlung an. Das Gericht stellte zunächst fest, dass es sich bei den geforderten Kontoauszügen um Beweismittel bzw. Beweisurkunden im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB I handelt. Weiter heißt es: In einem aus Steuermitteln finanzierten Fürsorgesystem, das strikt an die Hilfebedürftigkeit der Leistungsempfänger als Anspruchsvoraussetzung anknüpft, stellt es keine unzumutbare und unangemessene Anforderung dar, Auskunft über den Bestand an Konten und die Kontenbewegungen (durch die Vorlage von Kontoauszügen) zu geben, jedenfalls soweit die Einnahmeseite betroffen ist. Dies gilt auch für den Fall, dass der Betroffene schon Leistungen bezogen hat und Leistungen für Folgezeiträume geltend macht. Gegen die Aufforderung, die Kontoauszüge für die letzten drei Monate vorzulegen, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Aus § 65 SGB I kann keine Einschränkung der Mitwirkungsobliegenheit dahingehend abgeleitet werden, dass nur bei einem konkreten Verdacht jeweils die Vorlage von bestimmten Beweisurkunden vom Sozialleistungsempfänger gefordert werden könnte. Für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben eines Trägers von Grundsicherungsleistungen ist es nicht erforderlich, dass dieser Kenntnis über das Ausgabeverhalten der Grundsicherungsempfänger in den in § 67 Abs. 12 SGB X genannten Bereichen erlangt (Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben). Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Adressaten/Empfänger der Zahlungen. Geschützt ist mithin nur die Geheimhaltung des Verwendungszwecks bzw. des Empfängers der Überweisung, nicht deren Höhe.

Weiteres Problemfeld neben der Aufdeckung der finanziellen Situation bilden die Nachforschungen zum Zusammenleben des Berechtigten mit anderen Personen, z.B. im Hinblick auf das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft (§ 20 SGB XII). Wegen seines Rechts aus Art. 13 Grundgesetz auf Schutz seiner Wohnung kann die Behörde einen Hausbesuch nicht über § 66 SGB I erzwingen. Wird dieser verweigert, obwohl er zur Ermittlung angemessen und erforderlich ist, kann die Hilfe wegen fehlender Darlegung versagt werden (also ein sog. „non liquet“ – „es ist nicht klar“ – vorliegt). Auch im Sozialhilferecht gilt der Grundsatz der objektiven Beweislast. Diese trägt hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen der die Leistung Begehrende.¹⁵

Weitreichende Auskunftspflichten sind in § 117 SGB XII normiert.

Die schon nach § 21 Abs. 4 SGB X bestehende Auskunftspflicht der Finanzbehörden wird auf Unterhaltspflichtige und andere Personen erweitert. Reine Ausforschung darf nicht betrieben werden. Die Fragen müssen der Durchführung des SGB XII dienen. Das Auskunftsbegehren hat Verwaltungsaktqualität.

6. Der Sozialhilfebescheid

a) Form und Bestimmtheit

Der Sozialhilfebescheid (§ 31 SGB X) krönt das Verfahren, § 8 SGB X. Auf ihn ist große Sorgfalt zu verwenden: Dafür fehlt im alltäglichen Massengeschäft oft die Zeit. Gut ausgearbeitete Bescheidmuster erleichtern die Arbeit. Von der Behörde nicht als Verwaltungsakt gemeinte Schreiben nach außen, können als solche aufgefasst werden. Ob ein Verwaltungsakt gegeben ist, hängt nach §§ 133, 157 BGB davon ab, wie ein verständiger Erklärungsempfänger in der Situation die Erklärung verstehen durfte.¹⁶ Rein informative Schriftstücke sollten daher deutlich als solche gekennzeichnet werden. Nach dem Motto „dies ist kein VA“, ist der fehlende Regelungscharakter im Einzelfall deutlich heraus zu streichen. Der Erstbescheid kann nach § 33 SGB X mündlich, schriftlich oder elektronisch (letzteres setzt allerdings eine zertifizierte Signatur voraus) ergehen. Nur ein Widerspruchsbescheid muss schriftlich erlassen werden, § 85 Abs. 3 SGG. Schriftlich heißt grundsätzlich eigenhändige Unterschrift des Bearbeiters. Schriftliche oder elektronische VA sind schriftlich zu begründen (§ 35 SGB X). Ausnahmen sind in § 35 Abs. 2 SGB X geregelt. Ermessensentscheidungen müssen die maßgeblichen Erwägungen erkennen lassen (§ 39 SGB I). Diese Anforderung spielt in der Sozialhilfe fast ausschließlich bei der Aufhebung von Bescheiden nach §§ 44 ff. SGB X eine Rolle. Auf Sozialhilfe besteht in der Regel nach § 17 Abs. 1 SGB XII ein Rechtsanspruch, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Ausnahmen finden sich etwa in §§ 27 Abs. 3, § 34 Abs. 1, 38 Abs. 1, 53 Abs. 1 Satz 2 SGB XII. Das Erfordernis der Bestimmtheit nach § 33 SGB X dient dazu, den Regelungsgehalt für den Bürger erkennbar zu machen und rechtlich verbindliche Klarheit zu schaffen. Die Bestimmtheit bezieht sich dabei auf den Entscheidungsausspruch, also den Verfügungssatz bzw. die Verfügungssätze der Entscheidung. Der VA muss eine geeignete Grundlage für seine zwangsweise Durchsetzung bilden. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts. Ein Bescheid über den Kostenersatz durch Erben nach § 102 SGB X ist danach schon dann hinreichend bestimmt, wenn der Adressat des Verwaltungsakts die Höhe der Haftungsschuld erkennen kann.¹⁷ Weitere Angaben müssen in der Begründung ergänzt werden. In der Sachbearbeitung sollte darauf geachtet werden, was und wie es etwa durch den VA geregelt werden soll. Mängel in der Bestimmtheit lassen sich – anders als eine nicht genügende Begründung (vgl. § 42 SGB X: Heilung) – später nur schwer durch eine sog. Umdeutung nach § 43 SGB X retten, wie folgender aktueller BSG-Fall zeigt.

Fall 4:

Im Streit war die Zahlung einer Tagespauschale bei Abwesenheit aus einer stationären Einrichtung. Die geistig behinderte Klägerin lebte seit längerem in einem Behindertenwohnheim. Die Kosten übernahm seit längerem

¹⁴ BSG, Urteil vom 19.02.2009, Az. B 4 AS 10/08 R.

¹⁵ Der Einsatz eines schnell in rechtlicher Grauzone agierenden Sozialdetektivs darf nur letztes Mittel sein (OVG Thüringen, Urteil v. 25.11.2010, Az. 1 KO 527/08).

¹⁶ Siehe hierzu BSG, Urteil vom 17.6.2008, Az. B 8 AY 8/07 R Rn. 11 f.

¹⁷ BSG, Urteil vom 23.3.2010, B 8 SO 2/09 R.

der zuständige überörtliche Sozialhilfeträger, der ihr 2003 auch Grundsicherung noch nach dem damals gültigen Grundsicherungsgesetz bewilligte. Mit gesondertem Bescheid vom 22.8.2003 wurde die Klägerin teilweise zu diesen Kosten herangezogen; für die Zeit der Abwesenheit z.B. wegen Urlaubs, kündigte der Bescheid an, werde ihr dieser Kostenbeitrag teilweise in Höhe der jeweils anteiligen Tagespauschalen erstattet werden. Im Dezember 2004 wies die Behörde darauf hin, dass ab 1.1.2005 mit Ablösung des Grundsicherungsgesetzes durch §§ 41 ff. SGB XII nicht mehr der Kostenbeitrag teilweise wieder erstattet, sondern nun eine Besuchsbeihilfe nach § 54 Abs. 2 SGB XII gewährt werden würde. Mit Bescheid vom 12.7.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.11.2005 lehnte der Sozialhilfeträger den Antrag ab, eine Pauschale in Höhe von insgesamt 288 € für 36 Tage Heimabwesenheit im ersten Quartal 2005 zu zahlen.

Das BSG gab letztlich der Klage gegen diesen ablehnenden Bescheid statt und hob diesen auf. Die Leistungsablehnung verstoße gegen die bestandskräftige Verfügung (§ 77 SGG) vom 22.8.2003 und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Dieser Bescheid habe sich nicht durch Zeitablauf oder anderweitig erledigt (§ 39 Abs. 2 SGB X). Er enthalte jedenfalls hinsichtlich der Zahlung der als selbständigen Leistung formulierten Abwesenheitspauschale ab 1.7.2003 keine Befristung (§ 32 SGB X). Eine Umdeutung des angegriffenen Bescheides nach § 43 SGB X scheide aus. Der fehlerhafte Verwaltungsakt vom 12.7.2005, der umgedeutet werden solle, sei nicht auf das gleiche Ziel gerichtet, wie der, in den umgedeutet werden soll. Erforderlich seien zwei Verfügungen, eine teilweise Aufhebung des Grundbescheides vom 22.8.2003 für das erste Quartal 2005 und eine Ablehnung des Leistungsantrages für diesen Zeitraum. In jedem Fall scheitere eine Umdeutung an § 43 Abs. 2 SGB X. Die Behörde sei erkennbar davon ausgegangen, dass der VA vom 22.8.2003 ganz und nicht nur teilweise seine Wirkung verloren habe. Dies sei aber für den Beklagten ungünstiger. Schließlich sei eine Umdeutung auch nach § 43 Abs. 3 SGB X unzulässig, weil die Rücknahme nach § 45 SGB X eine Ermessensausübung verlangt und bei der Prüfung einer Aufhebung nach § 48 SGB X bzw. § 45 SGB X das Vertrauen der Beklagten schutzwürdig ist. Die entscheidende Weiche für die formal stringente Entscheidung ist die Annahme, mit Änderung des Gesetzes zum 01.10.2005 sei der VA nicht erledigt, hätte man hier auch anders stellen können. Durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt sich der VA gemäß § 39 Abs. 2 SGB X, wenn er seine regelnde Wirkung verliert oder die Ausführung seines Hauptverfügungssatzes rechtlich oder tatsächlich unmöglich geworden ist. Eine Leistungsbewilligung auf der Grundlage des Grundsicherungsgesetzes war zum 1.1.2005 unmöglich geworden. Das Urteil macht jedenfalls deutlich, dass ein VA klar formuliert sein muss und der Sachbearbeiter sich stets bewusst sein muss, ob er nicht in vorangegangene Bescheide eingreift, die zunächst ganz oder teilweise wieder aufgehoben werden müssen.

b) Arten von Verwaltungsakten

Zum nötigen „Bescheidbewusstsein“ gehört auch die Klärung, ob ein „üblicher“ Sozialhilfe-VA mit monatsabschnittweisem Regelungsgehalt oder ein sog. Dauer-VA erlassen werden soll. Bis zur oben beschriebenen Sozialhilfe reform 2005 zählte es zum unumstößlichen sozialhilferechtlichen Kanon, dass Sozialhilfebescheide keine Verwaltungsakte mit Dauerwirkung seien, weil sie keine rentengleiche Dauerleistung bewilligten, sondern akute Hilfe in einer Notlage. Das BSG schließt sich dieser Ansicht nur im Grundsatz an.¹⁸ Zwar sei-

en Sozialhilfeleistungen nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung keine rentenähnlichen Dauerleistungen, sondern Hilfen in einer besonderen Notsituation. Sie würden deshalb grundsätzlich nicht über längere, sondern nur für die nächstliegende Zeit bewilligt. Die Behörde könne deshalb ihre Entscheidung über ein Hilfebegehren auf einen kurzen Zeitraum beschränken, sie sei aber auch nicht gehindert, den Sozialhilfefall für einen längeren Zeitraum zu regeln. Entscheidend sei stets der Inhalt des betreffenden Verwaltungsakts, der durch Auslegung zu ermitteln sei. Hierbei sei maßgebend, wie der Bewilligungsbescheid aus der Sicht des Adressaten zu verstehen sei. Eine Bescheidformulierung wie „bis auf weiteres“ verhindert wohl keinen Dauerverwaltungsakt. Insbesondere bei meist auf längere Zeiträume (sei es befristet auf ein Jahr) angelegten Leistungen, wie der Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII oder der Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB XII dürfte allein die monatliche Anpassung wenigstens über konkludente sog. Schalter- oder Kassenverwaltungsakte den vom BSG sinngemäß angenommenen Anschein des Dauerverwaltungsaktes zerstören. Werden Leistungen aber wie vorliegend zeitlich unbegrenzt bewilligt, können Folgebescheide bei entsprechender inhaltlicher Regelung in direkter Anwendung von § 96 SGG Gegenstand des Verfahrens werden. Dies gilt auch dann, wenn mehrere aufeinander folgende Bescheide ergehen, die jeweils Leistungen nur für einen bestimmten Zeitraum vorsehen; denn jeder dieser Bescheide ist dann ggfs. als ein den ursprünglichen Dauerverwaltungsakt abändernder Bescheid zu verstehen.¹⁹

c) Wirksamkeit und Bekanntgabe

Ein Verwaltungsakt wird erst wirksam, wenn er dem Adressaten bekannt gegeben wird (§ 39 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 37 SGB X). Für den Erstbescheid und auch für den Widerspruchsbescheid nach § 85 Abs. 3 Satz 1 SGG genügt die einfache Bekanntgabe per Post. Die hier nach geltende sog. Drei-Tages-Fiktion des § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X hat in der Praxis ihre Fallstricke, die auch folgende Entscheidung des BSG²⁰ leider nicht beseitigt hat.

Fall 5:

Der Sozialhilfeträger gab den Widerspruchsbescheid vom 11.10.2005, adressiert an die gesetzliche Betreuerin des geistig behinderten Leistungsberechtigten, mit Einschreiben am 12.10.2005 zur Post auf und vermerkte dies in den Akten. Der 15.10.2005 war ein Samstag. Am 17.11.2005 erhob diese im Namen des Leistungsberechtigten dagegen Klage. Sie trug vor, sie habe keine genaue Erinnerung mehr daran, wann sie den Widerspruchsbescheid erhalten habe. Nachdem sie auch keine Erinnerung daran habe, dass es hinsichtlich der Einhaltung der Klagefrist Probleme gegeben habe, gebe sie davon aus, dass sie den Widerspruchsbescheid erst deutlich nach dem 17.10.2005 erhalten habe.

Das BSG folgte dieser fadenscheinigen Ausrede zum Glück nicht. Da die Behörde den Weg der (förmlichen) Zustellung gewählt habe, seien nach § 85 Abs. 3 Satz 2 SGG die §§ 2 bis 10 des Verwaltungszustellungsgesetzes Bund (VwZG Bund) anzuwenden. Nach § 4 VwZG gilt der Verwaltungsakt als mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass das zuzustellende Schriftstück nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist: im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Schriftstücks und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen (dies ist auch bei § 37 SGB X, d.h. der einfachen, nicht förmlichen Bekanntgabe der Fall). Der Tag

19 So BSG, Urteil vom 17.06.2008, Az. B 8/9b AY 1/06 R.

20 BSG, Urteil vom 9.12.2008, B 8/9b SO 13/07 R.

18 BSG, Urteil vom 8.2.2007, Az. B 9B AY 1/06 R.

der Aufgabe zur Post ist in den Akten zu vermerken; des Namenszeichens des damit beauftragten Bediensteten bedarf es nicht. Die Vermutung der Zustellung greift auch dann ein, wenn der für die Zustellung maßgebende dritte Tag nach der Aufgabe zur Post auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Nach dem BSG scheidet dabei eine (entsprechende) Anwendung des § 26 Abs. 3 Satz 1 SGB X bzw. des § 64 Abs. 3 SGG aus. Nach der Zugangsvermutung des § 4 Abs. 1 VwZG gelte der Widerspruchsbescheid daher hier am 15.11.2005 als bekannt gegeben. Es stehe nicht entgegen, dass dieser Tag ein Samstag war.

Vermerken bedeutet lediglich, dass der Vorgang in den betreffenden Akten so erwähnt wird, dass auch eine mit der Sache bisher nicht befaste Person ihn als geschehen erkennen könne. Dementsprechend reiche jeder in den Akten befindliche Hinweis, der Aufschluss über den Tag der Aufgabe des Briefes zur Post gäbe. Der gesetzlich normierte Anscheinsbeweis scheitert nicht an § 4 Abs. 1 Halbsatz 2 VwZG. Weder sei der Widerspruchsbescheid nicht oder (nachweisbar) zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen, noch bestünden hierüber Zweifel, die die Behörde durch den Nachweis des Zeitpunkts des Zugangs ausräumen müsste. Der Zugangszeitpunkt sei nur dann von der Behörde nachzuweisen, wenn der Empfänger die Vermutung durch entsprechenden Tatsachenvortrag erschüttert. Zu fordern sei ein substantiiertes Bestreiten in der Weise, dass der Betreffende einen abweichenden Geschehensablauf schlüssig vorträgt und dadurch zumindest Zweifel begründet, weil anderenfalls die Zugangsvermutung wertlos wäre. Andererseits dürfen die Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht überspannt. Es müsse deshalb (schon) ausreichen, wenn der Zugang überhaupt ausdrücklich bestritten oder ein späterer Zugang konkret behauptet wird. Dies sei hier indes nicht geschehen. Den „Fehler“ der Betreuerin, vorzutragen, sich nicht mehr genau an die Zustellung zu erinnern, dürften in der Realität wenige Personen machen. Somit bleibt es bei der für die Behörde nachteiligen leichten Erschütterung des Anscheinsbeweises.²¹ Dennoch sollte, um der Behörde die entsprechenden Kosten zu sparen, nur an unsichere Kantonisten“ freiwillig die teure Form der förmlichen Zustellung per Postzustellungsurkunde gewählt werden. Zur Not wird eben noch einmal ein einfacher Brief aufgegeben.

7. Das Widerspruchsverfahren

Für Widersprüche gegen Sozialhilfebescheide gelten über § 62 SGB X neben dem SGB X die Vorschriften der §§ 78 bis 86 SGG. Bei der schriftlichen Einlegung muss nicht der Begriff Widerspruch ausdrücklich verwendet werden. Es genügt, wenn der Wille hervor scheint, dass der Verfügungssatz geändert werden soll. Verstirbt ein Widerspruchsführer nach Einlegung eines Widerspruches, wird das Widerspruchsverfahren entsprechend § 239 Zivilprozessordnung bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger unterbrochen; wird die Rechtsnachfolge im Widerspruchsverfahren verneint, ist dies in einem gesonderten, ebenfalls anfechtbaren Verwaltungsverfahren (mit Bescheid und ggfs. Rechtsbehelf) zu klären.²² Besonders ist, dass schon nach drei Monaten ab Eingang des Widerspruches nach § 88 Abs. 2 SGG Untätigkeitsklage erhoben werden kann, wenn in angemessener Frist über den Widerspruch nicht entschieden worden ist. Bei einem Widerspruch gegen die Ablehnung von Sozial-

hilfe besteht nach § 116 Abs. 2 SGB XII die Besonderheit, dass vor Erlass eines Widerspruchsbescheides „sozial erfahrene Dritte“ beratend zu beteiligen sind. Diese den sog. Beirat bildenden Personen, meist von Wohlfahrtsverbänden, haben nur ein Anhörungsrecht.²³ Das Erfordernis der Beteiligung sozial erfahrener Personen ist kein bloßes Ordnungserfordernis. Die Nichtbeteiligung sozial erfahrener Personen im Widerspruchsverfahren ist ein erheblicher Mangel des Vorverfahrens, der überdies wegen der Bedeutung der Beratung für die Entscheidungspraxis der Behörden im Allgemeinen nicht der Disposition der unmittelbar Beteiligten überlassen werden kann und mithin von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Dieser von Amts wegen zu beachtende Verfahrensmangel führt allerdings nur dann zu einer Aufhebung des Widerspruchsbescheids im Klageverfahren, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.²⁴ Gleichwohl haben schon einige Länder auf die Einrichtung eines solchen Beirates verzichtet („soweit Landesrecht nicht Abweichendes bestimmt“). Die Erdung der Verwaltungsentcheidung durch die Betreuerpraxis tut allerdings der Behörde gut. Für das Vorverfahren kann die Behörde nach § 64 Abs. 1 SGB X grundsätzlich keine Gebühren oder Verwaltungskosten geltend machen (Ausnahmen etwa nur Kopien von Akten oder Dolmetscherkosten). Für die Kostenerstattung im Vorverfahren gilt die Sonderregel des § 63 SGB X. Die Fälle im Sozialhilferecht sind in der Regel weder tatsächlich noch rechtlich einfach. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten ist deshalb nur in Ausnahmefällen nicht als erforderlich anzusehen. Im Abhilfebescheid wird diese Nebenentscheidung zu den Kosten gerne vergessen; den Rechtsanwälten fällt dies aber meistens auf.

8. Aufhebung von Verwaltungsakten

Die Anwendung der Aufhebungsvorschriften nach §§ 44 ff. SGB X ist für die Sozialämter tägliches, aber auch schwieriges Geschäft. Es muss auf ständig sich ändernde Bedarfslagen flexibel reagiert werden. Falsche und unvollständige Tatsachen führen oft zu Korrekturen. Neben dem Thema „Dauer-VA“ beschäftigt die Praxis die ihr vom BSG aufgedrängte Anwendung des § 44 SGB X. Nach dem BSG ist eine rückwirkende Korrektur bestandskräftiger rechtswidriger Leistungsablehnungen im Sozialhilferecht über § 44 SGB X grundsätzlich möglich. Der Verfassung sei kein Rechtssatz zu entnehmen, der dies verbietet. Dass die Verfassung nur ein Gebot enthält, in gegenwärtiger Not zu helfen, stehe auf einem anderen Blatt. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zur Nichtanwendung des § 44 SGB X wird nicht mehr aufrechterhalten. Die Sozialhilfeträger hatten aufgrund dieser ersten Entscheidungen schon das Schlimmste befürchtet, auch die Kritik in der Literatur war teils heftig.²⁵ Das BSG relativierte und präziserte seine Rechtsprechung in folgender Entscheidung.

Fall 6²⁶

Im Streit war die nachträgliche Zahlung von Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) für die Zeit von August 2002 bis April 2004

23 Zum Beirat weiter vgl. Dillmann, Allgemeines Sozialverwaltungsrecht und Grundzüge des sozialgerichtlichen Verfahrens, 2008, Rn. 343.

24 BSG, Urteil vom 22.03.2010, B 8 SO 17/09 R.

25 Etwa Hochheim, das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO 508/06, NZS 2009, S. 24 ff.

26 BSG, Urteil vom 29.9.2009, Az. B 8 SO 16/08 R

21 Wie in dem Fall: BSG, Urteil vom 11.12.2007, Az. B 8/9b SO 12/06 R, Rn. 10.

22 BSG, Urteil vom 13.7.2010, Az. B 8 SO 11/09 R.

unter entsprechender rückwirkender Korrektur bestandskräftiger Bewilligungsbescheide. Der 1975 geborene Kläger befand sich in der Zeit vom 23.9.2002 bis 8.4.2004 in Haft. Seinen Antrag auf Hilfe zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten zur Einlagerung seiner Möbel und des Hausrates bis zum Ende der Haft bzw. auf Zahlung der Kosten der Unterkunft lehnte der Beklagte ebenso ab (bestandskräftige Bescheide vom 30.6.2003 und 2.2.2004) wie nach der Haftentlassung Hilfe zum Lebensunterhalt für den Monat April 2004 (bestandskräftiger Bescheid vom 16.7.2004). Am 22.2.2006 stellte der Kläger beim Beklagten erfolglos einen Überprüfungsantrag (Bescheid vom 3.3.2006; Widerspruchsbescheid vom 28.3.2006. Zur Begründung seiner Entscheidung hatte das LSG ausgeführt, dass dem Begehren des Klägers die Bestandskraft der ablehnenden Bescheide entgegenstehe. Eine Überprüfung der Bescheide nach § 44 SGB X scheide mangels Anwendbarkeit dieser Regelung im Sozialhilferecht aus.

Für einen Anspruch auf rückwirkende Erbringung von Sozialhilfeleistungen genüge es nicht, dass bei Erlass der (bestandskräftigen) Verwaltungsakte Sozialleistungen zu Unrecht vorenthalten worden sind. Nach § 44 Abs. 4 SGB X würden Sozialleistungen nämlich (nur) „nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs“ (längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme) erbracht, wenn ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden ist. Die Worte „nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs“ ließen insoweit erkennen, dass den Besonderheiten des jeweiligen Leistungsrechts Rechnung getragen werden müsse. Im Bereich der Sozialhilfe sei insoweit zu berücksichtigen, dass die Sozialhilfe nur der Behebung einer gegenwärtigen Notlage diene (so genanntes Gegenwärtigkeitsprinzip) und nicht als nachträgliche Geldleistung ausgestaltet ist. Nach § 1 SGB XII sei die Aufgabe der Sozialhilfe nur darin zu sehen, den Leistungsberechtigten die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspreche. Die Gegenwärtigkeit bringe auch § 2 SGB XII zum Ausdruck, wonach Sozialhilfe nicht erhalte, wer sich etwa durch Einsatz seines Einkommens und Vermögens selbst helfen kann. Auch § 18 SGB XII folge dieser Vorstellung vom aktuellen Hilfebedarf. Deshalb müssen Sozialhilfeleistungen nach der ständigen Rechtsprechung zum Sozialhilferecht für einen zurückliegenden Zeitraum auch nur dann erbracht werden, wenn die Notlage im Zeitpunkt der beanspruchten Hilfeleistung noch besteht, sie also den Bedarf des Hilfebedürftigen noch decken kann. Dies setze nicht nur einen punktuellen Bedarf, sondern auch aktuelle Bedürftigkeit des Hilfesuchenden voraus. Allerdings habe schon das BVerwG zu Recht eine Vielzahl von Ausnahmen davon gemacht, insbesondere nach rechtswidriger Ablehnung der Hilfestellung und zwischenzeitlicher Bedarfsdeckung im Wege der Selbsthilfe oder Hilfe Dritter, wenn der Hilfesuchende innerhalb der gesetzlichen Fristen einen Rechtsbehelf einlegt und im Rechtsbehelfsverfahren die Hilfestellung erst erstreiten muss. Das Gebot der materiellen Gerechtigkeit verlange unter den genannten sozialhilferechtlichen Aspekten gerade nicht, dem (früher einmal) Hilfebedürftigen eine Leistung zu gewähren, der er nicht (mehr) bedarf. Ausnahmen seien nur in Einzelfällen denkbar, in denen es schlechthin unbillig wäre, wenn der Sozialhilfeträger wegen (zwischenzeitlichen) Bedarfswegfalls die Rücknahme der rechtswidrigen Ablehnung bzw. die Zahlung zu Unrecht vorenthaltener Sozialhilfeleistungen verweigern dürfte.

Mit dieser Auslegung des § 44 SGB X sei sicher gestellt, dass die nachträglich zu erbringende Leistung – entgegen dem Vorwurf von Seiten der Sozialhilfeträger – nicht den Charakter einer Entschä-

digung erhalte. Es seien Leistungen für Bedarfe abzulehnen, die entgegen prognostischer Sicht überhaupt nicht angefallen seien, etwa für Einmalleistungen (*Klassenfahrt nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 SGB XII*) oder Mehrbedarfe, bei denen nur die Höhe des Bedarfs, nicht aber der (nachzuweisende) Bedarf als solcher vom Gesetzgeber typisierend unterstellt werde (*z.B. für kostenaufwändige Ernährung nach § 30 Abs. 5 SGB XII*), bzw. die Bedarfslage sich als solche verändert habe (*z.B. Entfallen eines Einmalbedarfs durch Wohnungswechsel*). Habe der Schüler wegen der rechtswidrigen Leistungsablehnung nicht an der Klassenfahrt teilgenommen oder der Kranke auf die kostenaufwändige Ernährung verzichtet, existiere kein durch eine nachträgliche Leistung zu deckender Bedarf. Die Sozialhilfe könne ihren Zweck nicht mehr erfüllen, selbst wenn Bedürftigkeit im Sinne des BSHG bzw. des SGB XII oder (inzwischen) des Sozialgesetzbuchs Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) fortbestehe. Sozialhilfeleistungen seien dann trotz rechtswidriger Leistungsablehnung nicht nachträglich zu erbringen. Die ablehnenden Bescheide hätten sich bereits auf andere Weise erledigt (§ 39 Abs. 2 SGB X). Fielen die Voraussetzungen für die Erbringung einer einmaligen Sozialhilfeleistung weg, die nach der gesetzlichen Regelung der Deckung eines konkret nachzuweisenden Bedarfs diene, könne der mit ihr bezweckte Erfolg nicht mehr eintreten. Ein entsprechender Bewilligungsbescheid verliere seine (regelnde) Wirkung, ohne dass es – im Hinblick auf § 39 Abs. 2 SGB X – einer Aufhebung durch die Behörde bedürfe.

Seien Leistungen rechtswidrig abgelehnt worden und habe der Hilfebedürftige den (nicht entfallenen) Bedarf in der Folgezeit im Wege der Selbsthilfe (etwa unter Rückgriff auf Schonvermögen oder durch Aufnahme von Schulden) oder Hilfe Dritter gedeckt, die die fehlende Unterstützung durch den Sozialhilfeträger substituieren, sei zu unterscheiden, ob Bedürftigkeit aktuell noch bestehe oder zwischenzeitlich entfallen sei. Bestehe Bedürftigkeit im Sinne des SGB XII oder (inzwischen) des SGB II ununterbrochen fort, seien Sozialhilfeleistungen im Wege des § 44 Abs. 4 SGB X (nachträglich) zu erbringen, weil der Sozialhilfeträger bei rechtswidriger Leistungsablehnung nicht dadurch entlastet werden dürfe, dass der Bedarf anderweitig gedeckt worden sei. Die Sozialhilfe könne ihren Zweck noch erfüllen, weil an die Stelle des ursprünglichen Bedarfs eine vergleichbare Belastung als Surrogat getreten sei. Dabei bedürfe es bei pauschalierten Leistungen, die – wie der Regelsatz – typisierend von einer Bedarfsdeckung ausgehen und nicht nur die Höhe des nachzuweisenden Bedarfs typisierend pauschalieren, nicht des Nachweises anderweitiger Bedarfsdeckung, wenn sie nicht nur der Befriedigung eines aktuellen, sondern auch eines zukünftigen und vergangenen Bedarfs dienen. Diese Pauschalen nähmen daher nicht an der von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung angenommenen „Existenzschwäche“ des Sozialhilfeanspruchs teil und seien bei fortdauernder Bedürftigkeit im Rahmen von § 44 Abs. 4 SGB X nachzuzahlen.

Sei die Bedürftigkeit inzwischen temporär oder auf Dauer entfallen, etwa weil der Antragsteller ein entsprechendes Einkommen erzielt oder Vermögen erworben habe, sei die Nachzahlung in der Regel abzulehnen; ein sozialhilferechtlicher Bedarf bestehe mangels fortbestehender Bedürftigkeit nicht mehr. Gleiches müsse in einem solchen Fall auch bei allen pauschalierten Leistungen gelten. Maßgebender Zeitpunkt für die zu treffende Entscheidung sei dabei naturgemäß die letzte Tatsacheninstanz; entfalle die Bedürftigkeit erst danach, sei das aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes hinzunehmen. Seien Leistungen rück-

wirkend (überhaupt) nicht mehr zu erbringen, könne regelmäßig trotz Rechtswidrigkeit der bestandskräftigen Bescheide dann aber auch kein Anspruch auf deren Rücknahme nach § 44 Abs. 1 SGB X anerkannt werden. Die Regelung zielt im Ergebnis auf die Ersetzung des rechtswidrigen Verwaltungsakts, mit dem die Leistung zu Unrecht abgelehnt wurde, durch einen die Leistung gewährenden Verwaltungsakt. Einem Antragsteller, der über § 44 SGB X keine Leistungen mehr für die Vergangenheit erhalten könne, könne regelmäßig kein rechtliches Interesse an der Rücknahme im Sinne von § 44 Abs. 1 SGB X zugebilligt werden. Die Unanwendbarkeit der „Vollzugsregelung des § 44 Abs. 4 SGB X“ stehe dann einer isolierten Rücknahme entgegen.

Mit dieser umfangreichen und differenzierten Entscheidung hat sich der Sozialhilfesenat zur Freude der Sozialhilfepraxis wieder dem Wesenskern genähert, wonach Sozialhilfe keine Versicherungsleistung ist, sondern nachrangige Hilfe in einer akuten Notlage. Mit dem Urteil erhalten die Sozialhilfeträger ein brauchbares Instrumentarium an die Hand, problematische Einzelfälle zu lösen.

9. Schlussbemerkung

Die obigen Ausführungen beleuchten nur die wichtigsten Aspekte der schwierigen Beziehung zwischen Sozialhilfe- und Verfahrensrecht. Ausgeklammert werden mussten neben dem bedeutsamen Sozialdatenschutz aus Platzgründen vor allem verfahrensrechtliche Fragen, die sich um den Sozialgerichtsprozess ranken, wie etwa zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage oder zum einstweiligen Rechtsschutz. Das BSG wird sich sicher auch künftig weiter mit dem Thema „Sozialhilfe und Verfahren“ beschäftigen müssen, denn nicht alle Fragen sind zweifelsfrei geklärt. Dies gilt z.B. für die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches auf die Sozialhilfe. Ansonsten gelten die Regelungen des SGB I und SGB X für das Sozialhilferecht wie für alle anderen Sozialrechtsgebiete auch. Daher sei hier ergänzend auf entsprechende Lehrbücher verwiesen. Zum Sozialhilferechtsverfahren fehlt ein solches bislang; hier können die einschlägigen Passagen in den Kommentaren zum SGB XII weiterhelfen – wie auch hoffentlich ein wenig dieser Aufsatz.

Sigrid Jooß-Mayer*

Wenn zwei den gleichen Antrag stellen ...

– Einflüsse der Personenwahrnehmung auf Ermessensentscheidungen in der Leistungsverwaltung –

Die vorliegende Untersuchung wurde im Jahr 2009 an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl in Zusammenarbeit mit Studierenden durchgeführt. Ihre Ergebnisse geben wertvolle Hinweise auf das Zustandekommen von Entscheidungen in der Leistungsverwaltung. Dabei wird deutlich, dass die Hilfe Suchenden nicht nach gängigen Vorstellungen in „schwache Frauen“ und „starke Männer“ kategorisiert werden. Vielmehr lassen die Ergebnisse darauf schließen, dass es für das im Ermessen des Entscheidungsverantwortlichen stehende Urteil mehr Unterschied macht, ob ihnen Antragstellende vom gleichen oder vom anderen Geschlecht gegenüber treten.

Hintergrund der Untersuchung

Zahlreiche Gesetze und Vorschriften regeln die Gewährung von Leistungen der Verwaltung und sorgen dafür, dass diese gerecht und dem Gesetz entsprechend gewährt werden. Nun ist aber gerade die Beantragung öffentlicher Leistungen ein hochsensibler Bereich: Antragstellende sind dazu gezwungen, sich in einer individuellen Notlage fremden Personen aus der Verwaltung anzuvertrauen und diese um Unterstützung zu bitten. Wenn zwei Menschen sich in einer solchen Situation begegnen, führen zahlreiche Prozesse der Personenwahrnehmung zur Bildung eines persönlichen Eindrucks über die Person des jeweils Anderen. Dabei bildet die Wahrnehmung einer Person die Realität keinesfalls immer zutreffend ab. Da uns ständig sehr viele Informationen umgeben, kann unsere Wahrnehmung nur selektiv vorgehen, d.h. Informationen, die uns in einem bestimmten Moment zur Verfügung stehen, müssen gefiltert werden, und eine solche Fil-

terung impliziert immer eine gewisse Akzentuierung, wodurch subjektiv wichtige von den unwichtigen Informationen getrennt werden. Prozesse der Personenwahrnehmung sind daher sehr individuell und werden beeinflusst von den Erfahrungen eines Menschen.

Eine wichtige Rolle spielen in diesem Zusammenhang Stereotype. Aufgrund der Komplexität der Eindrücke, die uns umgeben, greift die Personenwahrnehmung auf Vereinfachungen zurück. Diese sind absolut notwendig, ohne sie wäre die persönliche Wahrnehmung überfordert. Dieser Vorteil der Personenwahrnehmung kann jedoch auch von Nachteil sein, nämlich dann, wenn Personen aufgrund unseres Wissens über Stereotype einfach und schnell bestimmten Gruppen, deren typische Merkmale wiederum wir gut kennen, zugeordnet werden. Im ungünstigsten Fall wird die persönliche Wahrnehmung dadurch verzerrt, indem wir die Merkmale einer Gruppe auf jedes Mitglied dieser Gruppe übertragen, was in der Realität nicht zutreffend sein muss.

Auch Entscheidungsverantwortliche in der Verwaltung unterliegen diesen Mechanismen der Personenwahrnehmung, weshalb sich die Frage stellt, inwieweit sie in der Lage sind, Hilfesuchenden objektiv und unvoreingenommen zu begegnen. Im Verwaltungsalltag werden die Einflüsse interpersonaler Wahrnehmung besonders in jenen Situationen deutlich, welche für die Akteure Handlungs- und Entscheidungsspielräume bieten, konkret, wo gesetzliche Regelungen die Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung einer Leistung in das Ermessen der Verantwortlichen stellen, so genannten Ermessensentscheidungen. Eine solche Situation wurde in der vorliegenden Untersuchung simuliert, um zu analysieren, ob die persönliche Wahrnehmung Entscheidungen über die Gewährung einer Leistung beeinflussen kann. Von besonderem Interesse war dabei der Einfluss der Geschlechtsstereotype auf die Einschätzung der Hilfesuchenden Personen durch die Verantwortlichen.

* Dr. Sigrid Jooß-Mayer (Arbeits- und Organisationspsychologin – MA- und Diplom-Verwaltungswirtin – FH –) ist Lehrbeauftragte an der Hochschule für öffentliche Verwaltung in Kehl.

Methodische Vorgehensweise

Um die subjektiven Sichtweisen der Beschäftigten festzustellen, wurden zwei Vignetten konstruiert, die ausschließlich im Geschlecht der Antragstellenden differierten. Diese Vignetten wurden Beschäftigten der Leistungsverwaltung in Baden-Württemberg vorgelegt mit der Bitte, zur Person der Antragstellenden und zu der Art und Weise der Entscheidungsfindung Stellung zu nehmen.

Die Befragung wurde eine mittels einer geschichteten Zufallsstichprobe durchgeführt.

Als homogenes Merkmal der Befragten wurde die Beschäftigung in der Leistungsverwaltung zugrunde gelegt. Als weitere Schichtkriterien wurden festgelegt:

1. die Art der Behörde: Kommune, Landratsamt, unterteilt nach Größe
 - bis 5.000 Einwohner
 - bis 10.000 Einwohner
 - bis 20.000 Einwohner
 - 20.000 Einwohner und mehr,
2. das Geschlecht der Befragten.

Es haben sich insgesamt 75 Personen an der Befragung beteiligt, davon erhielten 32 Probanden die männliche Variante der Vignette (LEM) und 42 Probanden die weibliche Version (LEF).

Vignette LEF („Frau L“)

Mit dieser Simulation sollte überprüft werden, wie die Antragstellerin Frau L hinsichtlich ihres Leistungsantrags von den Befragten beurteilt wird. Um Unklarheiten zu vermeiden, wurde eine fiktive Gesetzeslage geschildert und darauf verzichtet, spezielle Gesetzesregelungen zu benennen. Damit sollte ausgeschlossen werden, dass die Befragten Hilfestellungen aus der Literatur (Kommentierungen, Durchführungsverordnungen u.ä.) für die Beurteilung des Sachverhalts heranziehen können und sich in ihren Urteilen ausschließlich auf die Grundsätze zur fehlerfreien Ermessensausübung (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme) beziehen konnten. Dazu erhielten die Befragten die nachfolgende Beschreibung der Antragstellung (Vignette):

Frau L (32 Jahre) lebt in Scheidung, ist derzeit ohne Beschäftigung und der Behörde bereits durch vorangegangene Anträge bekannt. Sie beantragt die Übernahme von 2.500,- Euro Schulden durch die Behörde. Als Begründung führt sie an, den ihr von der Bank eingeräumten Kreditrahmen überzogen zu haben und mit der Wohnungsmiete bereits seit drei Monaten in Rückstand zu sein. Sie befürchtet deshalb bei weiterem Mietrückstand den Verlust ihrer Wohnung. Nach Gesetzeslage können Schulden nur übernommen werden, wenn dies zur Sicherung der Unterkunft oder zur Behebung einer vergleichbaren Notlage gerechtfertigt ist. Sie sollen übernommen werden, wenn dies gerechtfertigt und notwendig ist und sonst Wohnungslosigkeit einzutreten droht. Geldleistungen können als Beihilfe oder als Darlehen erbracht werden.

Vignette LEM („Herr L“)

Mit dieser Variante sollte überprüft werden, wie der Leistungsantrag eines männlichen Antragstellers, Herrn L, beurteilt wird. Die den Befragten vorgelegte Situationsbeschreibung entspricht der Vignette LEF mit der einzigen Ausnahme, dass anstelle von Frau L sich nun Herr L als Hilfesuchender vorstellte.

Nach Vorstellung der Ausgangssituation wurden die Befragten in beiden Fallkonstruktionen um ihre persönlichen Einschätzungen zur Antrag stellenden Person und zu ihrer Entscheidung gebeten.

Ergebnisse

Auf die Frage „Was ist Ihr spontaner Eindruck von Frau/Herrn L? Bitte geben Sie an, wie sehr die folgenden Aussagen auf Frau/Herrn L, zutreffen.“ ergaben sich unterschiedliche Bewertungen der Hilfesuchenden in Abhängigkeit vom Geschlecht der Antragstellenden.

Eigenschaften	Einschätzung Frau L		Einschätzung Herr L	
	Überdurchschnittlich ausgeprägt (in %)	N	Überdurchschnittlich ausgeprägt (in %)	N
Hilflosigkeit	26,2	42	40,6	32
Motivation	9,5	42	0	32
Leistungsfähigkeit	2,4	41	9,3	32
Selbstständigkeit	12,2	41	6,5	31
Überforderung	53,7	41	56,3	32
Eigeninitiative	14,7	41	6,1	33
Ehrlichkeit	22,5	40	18,2	33

Tabelle 1: Einschätzung der den Antrag stellenden Person

In der vergleichbaren Situation

- wird Herr L von 40,6 % der Befragten als überdurchschnittlich hilflos eingeschätzt, Frau L dagegen nur von 26,2 % der Befragten.
- Während bei Frau L noch 9,5 % der Befragten der Aussage zustimmen, sie sei motiviert, gehen die Befragten bei Herrn L von keiner überdurchschnittlichen Motivation aus.
- 9,3 % der Befragten attestieren Herrn L eine überdurchschnittliche Leistungsfähigkeit, aber nur 2,4% der Befragten sehen diese Leistungsfähigkeit bei Frau L
- 12,2 % der Befragten trauen Frau L eine gewisse Selbstständigkeit zu, bei Herrn L sind es nur etwa halb so viele (6,5%)
- 14,7 % der Befragten vermuten, dass Frau L über Eigeninitiative verfügt, diese Vermutung besteht bei Herrn L nur bei 6,1% der Befragten.

Dabei konnten folgende Unterschiede der Beurteilungen in Abhängigkeit vom Geschlecht der Befragten festgestellt werden.

In der vergleichbaren Situation

- schätzen die befragten Frauen die Antragstellerin Frau L hilfloser ein als Herrn L (M = 3,15 im Vergleich zu M = 2,54)
- schätzen die befragten Frauen die Antragstellerin mit M =2,15 motivierter ein als Herrn L (M =1,77)
- schätzen die befragten Männer ihren Geschlechtsgenossen (M = 2,08) leistungsfähiger ein als Frau L (M = 1,71)
- halten die befragten Männer Frau L (M = 3,06) für ehrlicher als die befragten Frauen dies von Herrn L (M=2,50) vermuten.

Darüber hinaus sollten die Befragten verschiedene Statements beurteilen, die Hinweise darauf geben sollten, wie sie über den Antrag entscheiden werden. Tabelle 2 gibt darüber Aufschluss.

	Einschätzung von Frau L			Einschätzung von Herr L		
	Mittelwert*	„stimme eher zu“ (in %)	N	Mittelwert	„stimme eher zu“ (in %)	N
Die Entscheidung zur Übernahme der Schulden hängt vom persönlichen Eindruck ab, den ich mir von dem/der Antragsteller/in gebildet habe.	2,63	29	38	2,43	23,4	30

Zur Absicherung meiner Entscheidung ist es wichtig zu wissen, ob der/die Antragsteller/ in Suchtprobleme hat und deshalb in die Notlage gekommen ist.	3,47	47,4	38	3,20	40	30
Da der/die Antragsteller/in bereits der Behörde bekannt ist, gehe ich davon aus, dass er/sie die Leistungen der Behörde als selbstverständlich ansieht und sich gar nicht um Selbsthilfe bemüht , bzw. versucht, solche Notsituationen zu vermeiden.	3,79	55,3	38	3,23	35,6	31
Der/Die Antragsteller/in ist aus eigenem Verschulden in die Notlage gekommen und sollte lernen, auch mit eigener Kraft wieder heraus zu kommen.	3,24	44,8	38	2,81	16,1	31
Das persönliche Umfeld des Antragstellers führt wahrscheinlich dazu, dass er immer wieder in derartige Notsituationen gelangen wird.	3,39	44,8	38	3,53	50	30

* Werteskala 1, „trifft überhaupt nicht zu“ bis 6 „trifft voll und ganz zu“

Tabelle 2: Entscheidungsrelevante Informationen

Die Einschätzungen der Befragten geben Hinweise darauf, wie die Entscheidung über den Antrag der Hilfesuchenden aussehen könnte: Während 50% der Befragten bei Herrn L vermuten, er könnte durch negative Einflüsse seines persönlichen Umfelds in die Notlage gekommen sein, zeichnet sich in der Beurteilung von Frau L eine Tendenz ab, sie als Antragstellerin zu betrachten, welche sich nicht bemüht mit eigener Kraft aus der Notlage zu kommen, sondern – ohne eigene Anstrengungen zu unternehmen – den Weg zur staatlichen Hilfe sucht. Auf die Frage danach, welche Kriterien einen Einfluss auf die eigene Entscheidung über die Gewährung der Hilfeleistung haben, zeigten sich dagegen nur geringfügige Unterschiede im Hinblick auf Frau L und Herrn L.

Zusätzlich gaben die Befragten an, wie sehr der persönliche Eindruck der Antragstellenden bzw. deren glaubhafte Schilderung der Notlage Einfluss auf die Entscheidung über die Gewährung einer Hilfeleistung haben. Dabei zeigte sich, dass der persönliche Eindruck in der Bewertung von Frau L (M = 3,24) ein höheres Gewicht bei den befragten Männern hat als dies bei Herr L (M = 2,23) der Fall ist. Ob die eigene Notlage glaubhaft geschildert werden kann, ist in der Einschätzung der befragten Frauen bei Herrn L von größerer Bedeutung (M = 4,36), als wenn diese Frau L beurteilen (M = 3,54).

Die Befragten sollten entscheiden, ob im vorgestellten Fall eine Übernahme der Schulden durch die Behörde erfolgen soll. Es hat sich gezeigt, dass die befragten Männer bei Herrn L (M = 3,82) mehr Bedenken haben, dass die Schuldenübernahme gerechtfertigt ist als dies bei Frau L (M = 3,00) der Fall war. Ein ähnlicher Effekt lässt sich auch in der Beurteilung der befragten Frauen feststellen: Auch sie haben im Falle einer Schuldenübernahme bei Frau L größere Beden-

ken (M = 4,12) als bei Herrn L (M = 3,00), so dass der Eindruck entsteht, dass den Einschätzungen jeweils unterschiedliche Maßstäbe zugrunde liegen, bzw. die Entscheidung über einen Antragstellenden gleichen Geschlechts kritischer geprüft wird als im Vergleichsfall. Diese Hypothese wird gestützt, wenn man die Beurteilung der weiblichen Befragten in einem weiteren Punkt heranzieht: Diese stimmen der Aussage „Ich glaube nicht, dass Frau L aus dieser Situation lernen wird, wenn die Schuldenübernahme gewährt wird“ in höherem Maße zu (M = 4,56) als dies bei der Frage „Ich glaube nicht, dass Herr L aus dieser Situation lernen wird, wenn die Schuldenübernahme gewährt wird“ der Fall ist. (M = 3,88).

Schließlich konnten die Befragten angeben, welche weiteren Informationen ihnen für die Entscheidung über die Antragstellung besonders wichtig erschienen. Die Auswertung dieser offenen Frage führte zu folgendem Ergebnis (Tabelle 3):

Von den Befragten gewünschte Zusatzinformationen	Nennungen LEF (Frau L)	Nennungen LEM (Herr L)
Nähere Angaben zum Sachverhalt	7	3
Hat der Antragstellende Kontakt mit dem Vermieter aufgenommen?	0	2
Ist der Antragstellende der Behörde bereits bekannt?	1	4
Wofür wurde das Geld ausgegeben?	0	2
Lebt der Antragstellende in Scheidung?	2	3
Wie ist der persönliche Eindruck?	3	0
Was hat der Hilfesuchende selbst unternommen, um sich aus der Notlage zu helfen?	3	0

Tabelle 3: Aus der Sicht der Befragten wichtige Informationen für die Entscheidungsfindung

Bewertung der Ergebnisse

Aufgrund der geringen Fallzahlen lassen sich keine Rückschlüsse auf die Gesamtheit der in der Leistungsverwaltung Beschäftigten und das Zustandekommen ihrer Entscheidungen ziehen. Die deskriptive Auswertung der Daten zeigt jedoch, dass Mechanismen interpersoneller Personenwahrnehmung auch in der Interaktion zwischen Hilfesuchenden und Entscheidungsverantwortlichen in der Leistungsverwaltung zum Tragen kommen und dort Effekte zeigen.

Ebenso deutlich wird der Einfluss von geschlechtsbezogenen Stereotypen in der Personenwahrnehmung. Diese entsprechen nicht dem gängigen Klischee vom starken Mann und der schwachen Frau, sondern weisen darauf hin, dass Unterschiede eher in der Einschätzung von Personen gleichen und anderen Geschlechts zu suchen sind. Die Befragten neigten dazu, Personen gleichen Geschlechts mehr positive Eigenschaften wie Leistungsfähigkeit, Lernfähigkeit usw. zuzuschreiben als solchen anderen Geschlechts und diese auch kritischer zu beurteilen.

In der Konsequenz könnte dies in der Praxis dazu führen, dass sich diese Effekte auch in der Gewährung von staatlichen Leistungen niederschlagen und Stereotypisierungen zu einem verzerrten Entscheidungsverhalten und einer Ungleichbehandlung von Hilfesuchenden führen. Für die Praxis der Leistungsverwaltung könnte die Erhöhung der Sensibilität bei den Entscheidungsverantwortlichen im Hinblick auf das Erkennen der eigenen Muster und Kategorisierungen dazu verhelfen, Ermessensentscheidungen so objektiv wie möglich und ohne Nachteile für die Antragstellenden zu gestalten.

Klausuren als Lern-Chance

Klausuren sind unbeliebt. Mehrere, nicht repräsentative Umfragen in Veranstaltungen an der FHöV mit jungen Studierenden ergaben, dass man vor ihnen am liebsten davonliefe bzw. sie zu umgehen versucht, wo immer dies möglich ist. Klausuren erzeugen regelmäßig mehr Stress und Angst als mündliche Prüfungsformen. Wie kann man die Angst vor der Klausur reduzieren? In dem man sich selbst stärkt. Der Weg der *Selbststärkung* hat zum einen eine inhaltliche Seite. Je sicherer man im Stoff ist, desto weniger Angst sollte man haben.¹ Darüber hinaus gibt es auch eine subjektive Seite. Trotz ihres inhaltlichen Wissens bleiben manche Studierende vor Klausuren ängstlich. Ein Stück dieser Angst könnte durch mehr *Verfahrenstransparenz* abgebaut werden. Wer als StudentIn keinerlei Vorstellung über das Denken und Tun der anderen Seite hat, also der KlausurerstellerInnen und KorrektorInnen, kann leichter von irrealen Phantasien über das „Gespenst Klausur“ beherrscht und verunsichert werden. Unseren Überlegungen liegt folgende Hypothese zugrunde:

Erster Aspekt: Das Lern- und Verbesserungspotential, das in wenig oder gar nicht geglückten Klausuren steckt, wird zu wenig genutzt – von den Studierenden, weil die Note die dazu nötige Motivation nicht befördert (gute Note: alles bestens; schlechte Note: auf ein Neues!) und von den Lehrenden, weil sie vorwiegend nur gute, gelungene Ideal-Lösungen veröffentlichen.

Zweiter Aspekt: Würde dieses Potential genutzt, indem geschriebene Klausuren individuell und differenziert nach besprochen würden, könnten vielschichtige Missverständnisse zwischen Klausurschreibern und Klausurbewertern in Bezug auf die jeweiligen Erwartungen (zur Sprache, zum Verstehensniveau und zur Bearbeitungssicherheit sowie zur bewertenden Korrektur) diskutiert und geklärt werden.

Ziel dieses Beitrages ist es, anhand eines exemplarischen Falles Klausurschreiber und Klausurkorrektoren gewissermaßen in ein nachträgliches Gespräch über die Klausur zu verwickeln. Damit die Klausur ihren Schrecken verlieren und zu einer wirklichen Lern-Chance werden kann.²

1. Die Klausur-Erstellung

Es war eine Klausur für das Fach Staats- und Verfassungsrecht (StVR) zu erstellen für das 2. Studienjahr (Studienabschnitt S 3.1.) im Fachbereich Kommunaler und Staatlicher Verwaltungsdienst. Zugelassenes Hilfsmittel war die Gesetzessammlung. Die erste Überlegung betrifft die Fallgestaltung. Soll der Sachverhalt ein aktuelles Thema aufgreifen oder sich an einem (möglicherweise konstruierten) Standardfall orientieren? Dies ist der *Sachverhalt*:

* Dr. Werner Glenewinkel lehrte bis August 2010 als Dozent für Staats- und Verfassungsrecht an der FHöV in Bielefeld. Birte Heiermann ist Diplom-Verwaltungswirtin/Stadtspektorin bei der Stadt Bielefeld und arbeitet zurzeit in der ARGE Bielefeld.

1 Empfehlenswert sind regelmäßiges Lernen in Arbeitsgruppen sowie eine gute Vor- und Nachbereitung von Veranstaltungen. Hinweise und Anregungen zum selbständigen Arbeiten sind seit jeher ein wichtiges Anliegen der DVP, vergl. dazu aus jüngster Zeit Rekkittke: Staatsrecht DVP 5/2010 S. 207ff. Besonders hilfreich wäre ein ernsthaftes Klausurtraining für alle Fächer, in denen die entscheidende Prüfungsleistung eine Klausur ist. Dafür müssten Klausurenkurse oder vergleichbare Angebote institutionell bereit gehalten werden.

2 Der Beitrag verdankt seine Entstehung dem glücklichen Zufall, dass die Autoren als Ersteller und als Schreiberin der Klausur die Möglichkeit des nachträglichen Austausches mit einer differenzierten Nachbereitung dieser Klausur hatten.

Nach einem erneuten Amoklauf eines schwer bewaffneten Jugendlichen in seiner Schule flammt die Diskussion um den Einfluss Gewalt verherrlichender Computer- und Videospiele wieder auf. Die Politik sieht sich zum Handeln genötigt. Zahlreiche Abgeordnete der Z-Fraktion im Deutschen Bundestag schätzen die Selbstkontrolle der Hersteller (USK) als unzureichend ein. Im Jahre 2005 wurden in Deutschland über 40 Millionen Spiele verkauft. Von den im Rahmen der Selbstkontrolle geprüften Titeln erhielten über 60 % die Freigabe unter 12 Jahre, ca 4 % wurde eine Freigabe verweigert. Die Abgeordneten wollen mehr staatliche Kontrolle. Gewalt verherrlichende Spiele, bei denen es ums Töten geht, gehörten nicht in die Hände von Kindern und Jugendlichen. Die Strafbarkeit Gewalt verherrlichender Spiele nach § 131 StGB greife zu selten. Zu viele solcher Spiele gelangten auf den Markt. Deshalb überlegen die Abgeordneten der Z-Fraktion aktuell zwei Maßnahmen. Der eine Teil der Abgeordneten schlägt vor, dass der Innenminister eine Liste mit den Titeln jugendgefährdender Spiele sowie den Namen der Hersteller – gewissermaßen als Warnhinweis – veröffentlichen soll. Die andere Gruppe der Abgeordneten will ein gesetzliches Verkaufsverbot solcher Gewalt verherrlichender Spiele. Diese Gruppe setzt sich zunächst mit ihrem Vorschlag durch. Die entscheidende Vorschrift ihres Gesetzentwurfes soll folgendermaßen lauten: „Der Handel mit und der Verkauf von Computer- und Videospiele mit Gewalt verherrlichendem Inhalt ist verboten“.

Der Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware (BIU e.V.) – die Interessengemeinschaft der Anbieter und Produzenten von Unterhaltungssoftware in Deutschland – erfährt von diesem Vorhaben und ist empört. Insbesondere findet er die Tatsache, dass der Handel und Verkauf von Kriegsspielzeug bei den Parlamentariern völlig außer Diskussion zu stehen scheint, schreiend ungerecht. Er möchte sein Verbandsmitglied – die N.-GmbH in F., Hersteller von Video- und Computerspielen (Hard- und Software) jeder Art – beim Vorgehen gegen dieses Gesetz unterstützen.

Die zweite Überlegung gilt der *Aufgabenstellung*. Soll sie möglichst weit und offen (z.B.: Erörtern Sie diese Problematik gutachterlich!) oder strukturiert und differenziert gestellt werden. So lautete die Fallfrage: *Deshalb beauftragt er die Rechtsabteilung um ein Gutachten zu folgenden Fragen:*

- 1. Wäre eine Verfassungsbeschwerde der N.-GmbH gegen dieses Gesetz – die formelle Verfassungsmäßigkeit einmal unterstellt – unter den Gesichtspunkten Berufsfreiheit und Gleichbehandlung begründet?*
 - 2. Angenommen, das Gesetz wäre ordnungsgemäß verabschiedet worden und bereits in Kraft getreten, wäre die Verfassungsbeschwerde auch zulässig?*
 - 3. Wie wäre die Zulässigkeit zu bewerten, wenn der Bundesverband BIU selbst die Verfassungsbeschwerde erheben würde?*
- Erstellen Sie dieses Gutachten, gegebenenfalls als Hilfsgutachten.*

Dieser Sachverhalt und die so formulierte Aufgabenstellung lassen deutlich erkennen, worum es inhaltlich geht: Verfassungsbeschwerde, Art. 12 und Art 3 GG. Der Sachverhalt enthält Informationen, die für eine spätere Abwägung bedeutsam/hilfreich sein können und Formulierungen, die bereits die Vergleichsgruppen für die Gleichbehandlungsproblematik umschreiben³. Schließlich will der Hinweis

3 In der Korrekturanmerkung (12) wird genau darauf hingewiesen.

auf ein mögliches Hilfsgutachten signalisieren, dass unterschiedliche Meinungen möglich/erwünscht sind und es kein einzig „richtiges“ Ergebnis geben kann. Die Dreiteilung der Aufgabenstellung sollte die Trennung zwischen Begründetheit und Zulässigkeit betonen und damit zugleich einen Hinweis auf die Gewichtung der Bearbeitung liefern: Schwerpunkt der Arbeit ist die Begründetheitsprüfung; Routine sollte die Abarbeitung der Prüfungsvoraussetzungen einer VB sein mit der deutlich erkennbaren Besonderheit der Beschwerdebefugnis gegen ein Gesetz. Die 3. Frage ist als Zusatzfrage zur Bedeutung der Beschwerdebefugnis für den BIU erkennbar.

2. Die Klausur-Bearbeitung

Für die Bearbeitung der Klausur standen 3 Zeitstunden zur Verfügung. Jetzt musste sich die Klausurschreiberin entscheiden, wie sie diese Zeit zwischen Nachdenken, Strukturieren und Schreiben angemessen aufteilt. Ob sie angesichts der 3-teiligen Fragestellung ihre Schwerpunktsetzung vorab klärt oder es darauf ankommen lässt. Ob sie sich von gut gemeinten Ratschlägen⁴ leiten lässt oder meint, je mehr man schreibt, um so besser werde das Ergebnis. Dies ist die Originalklausur:⁵

1. Aufgabe: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde = Prüfung der beeinträchtigten Grundrechte.

Eine Verfassungsbeschwerde der N-GmbH gegen das genannte Gesetz könnte begründet sein, wenn die N-GmbH in einem der auf sie anwendbaren Grundrechte verletzt/ingeschränkt ist.

Einschlägiges Grundrecht: Die N-GmbH könnte in dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) verletzt sein.

1. Schutzbereich: Dieses Freiheitsgrundrecht garantiert die freie Wahl des Berufes, des Arbeitsplatzes, der Ausbildungsstätte und die freie Berufsausübung. Grundrechtsträger sind alle natürlichen Personen. Die N-GmbH ist aber eine juristische Person des Privatrechts. Fraglich ist somit, ob sie sich überhaupt auf Art. 12 GG berufen kann. Diese Problematik betreffende Bestimmungen finden sich in Art. 19 III GG. Danach gelten die Grundrechte auch für juristische Personen, sofern sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Dies kann hier bejaht werden, da auch die N-GmbH als juristische Person des Privatrechts unmittelbar von beruflichen Regelungen betroffen ist. **(1)**

2. Eingriff: Weiterhin müsste der Gesetzesentwurf unmittelbar oder zumindest mittelbar in die Berufsfreiheit eingreifen. Ein unmittelbarer Eingriff ist nicht unbedingt erkennbar, da die N-GmbH weiterhin generell Video- und Computerspiele herstellen und vertreiben kann. Ein mittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit ist aber deutlich zu erkennen, da die N-GmbH nicht mehr „Computer- und Videospiele mit Gewalt verherrlichendem Inhalt“ herstellen/verkaufen darf und somit in ihrer Berufsfreiheit eingeschränkt wird. Die Einschränkung der Berufsfreiheit **(1a)** kann auf drei verschiedenen Stufen und somit in gesteigerter Intensität erfolgen. Die 1. Stufe betrifft Berufsausübungsregelungen („wie“).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Schranken: Die Schranken des Art. 12 GG sind in Art. 12 I GG durch einfachen Gesetzesvorbehalt bestimmt. Danach kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Ein solches Gesetz könnte der Gesetzesentwurf (nach seiner Verabschiedung) darstellen. Fraglich ist jedoch, ob das Gesetz auch verfassungsmäßig ist.

⁴ Vergl. dazu Glenewinkel: Das 5 vor 12 Phänomen DVP 5/2009 S. 191ff.

⁵ Sie umfasste 14 Seiten in der üblichen Schreibweise (halbseitig) plus 2 Seiten Bearbeitungs-Notizen. Die Hervorhebungen sind nachträglich von den Verfassern eingefügt worden. Die Ziffern **(1)** bis **(15)** kennzeichnen die Kommentare des Korrektors. Diese finden Sie unten in: 3. Die Klausur-Korrektur.

a. Formelle Verfassungsmäßigkeit: Die formelle Verfassungsmäßigkeit, in der Gesetzgebungskompetenz und -verfahren sowie die Form eingehalten werden müssen, ist hierbei zu unterstellen.

b. Materielle Verfassungsmäßigkeit: Die materiellen Gesichtspunkte der Verfassungsmäßigkeit sind für neue Gesetze **(2)** zum Teil in Art. 19 und 20 GG geregelt. Nach Art. 19 I 1 GG muss das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Dieses Einzelfallverbot ist zu bejahen. **(3)** da das Gesetz sich nicht an einen konkreten Sachverhalt oder eine konkrete Personengruppe richtet (z.B. die N-GmbH), sondern allgemein gültig ist. Des Weiteren darf nach 19 II GG das eingeschränkte Grundrecht in keinem Fall in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Das vorliegende Gesetz regelt zwar berufliche Tätigkeiten, stellt aber generell das Grundrecht aus Art. 12 nicht in Frage. Auch die Voraussetzungen des Rechtsstaatsprinzips **(4)** aus Art. 20 können als gewahrt gesehen werden. Hierbei können Regelungen, die die Berufsausübung betreffen, nur getroffen werden, wenn diese nach einem öffentlichen legitimen Zweck sinnvoll sind. Auf der 2. Stufe werden subjektive Zulassungsbeschränkungen „ob“, die sich an Kriterien des Einzelnen **(5)** ausrichten, vorgenommen. Diese dürfen nur vorgenommen werden, wenn dadurch ein wichtiges (Verfassungs-)Schutzgut geschützt werden soll. Bei der 3. Stufe schränken subjektive Zulassungsbeschränkungen, die sich nicht nur an den Fähigkeiten des Einzelnen ausrichten, das Grundrecht aus Art. 12 ein. Dies darf nur geschehen, um überragend wichtige Verfassungsgüter zu schützen. In dem vorliegenden Fall liegt eine Berufsausübungsregelung vor [Anmerkung der Verfasserin: Ich würde nach genauerer Überlegung zu Stufe 3 tendieren???. Kann aber aufgrund von Zeitmangel keine Korrektur vornehmen.] **(6)**, da den Herstellern von Computer- und Videospielen nicht generell die Herstellung und der Vertrieb verboten werden ist, sondern lediglich ein Teil der Herstellung betroffen ist, sodass die N-GmbH ihre Produktion umstellen muss.

4. Schranken-Schranken: Die Einschränkung der Freiheit der Berufsausübung aus Art. 12 GG kann nur durch einen legitimen öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden. Dieser legitime öffentliche Zweck zeichnet sich durch den Schutz von Kindern und Jugend aus. Fraglich ist nunmehr, ob der Eingriff auch verhältnismäßig ist. Dafür muss zunächst ein legitimer öffentlicher Zweck vorliegen **(7)** dieser Zweck ist wie bereits oben genannt durch den Kinder- und Jugendschutz gegeben. Das Gesetz muss nur geeignet sein, den erwünschten Zweck zu erreichen. Um zu verhindern, dass Gewalt verherrlichende Computerspiele Einfluss auf Kinder und Jugendliche nehmen, ist ein generelles Verkaufsverbot durchaus geeignet. Weiterhin ist zu prüfen, ob das Gesetz auch erforderlich ist. Hierbei ist zu prüfen, ob es kein milderes Mittel gibt, das die Erreichung des Zwecks gewährleistet. Ein milderes Mittel könnten die bereits bestehenden Vorschriften aus § 131 StGB darstellen. Jedoch ist diese Norm eventuell nicht hinreichend bestimmt, da der Begriff Computer- und Videospiele nicht explizit angesprochen wird. Somit könnte ein neues bestimmteres Gesetz erforderlich sein. Allerdings ist fraglich, ob das Gesetz genau in der vorliegenden Form das mildeste Mittel darstellt. Ein milderes Mittel könnte das explizite Verbot des Verkaufs der genannten Spiele an unter 18-jährige sein. Denn dadurch wird der Zweck (Schutz der Kinder und Jugend vor Gewalt verherrlichenden Spielen) auch erreicht, ohne dass in das Grundrecht aus Art. 12 zu sehr eingegriffen wird. Das Verkaufsverbot an unter 18-jährige könnte durch ein generelles Vorzeigen des Ausweises beim Kauf der gekennzeichneten Spiele zusätzlich gestärkt werden. Ein anderes milderes Mittel könnte die, von dem anderen Teil der Abgeordneten vorgeschlagene „Liste mit den Titeln jugendgefährdender Spiel sowie den Namen der Hersteller“ sein. Allerdings scheint diese zur Zweckerreichung wenig geeignet **(8)**, da Kinder und Jugendliche sich diese wahrscheinlich gar nicht durchlesen würden. Da der Gesetzesentwurf bereits an der Erforderlichkeit scheitert, ist davon auszugehen, dass er ebenfalls nicht angemessen ist. Bei der Angemessenheit darf der Eingriff zu der Bedeutung des verfolgten

Ziels nicht außer Verhältnis stehen. Ein generelles Verbot der Gewalt verherrlichenden Spiele wäre nicht verhältnismäßig i.e.S., da nicht nur die zu schützende Jugend, sondern auch Erwachsene davon betroffen wären.

5. Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde wäre aufgrund der fehlenden Erforderlichkeit des Gesetzes in Bezug auf Art. 12 begründet. (9)

Prüfung von Art. 3 GG: Bei Art. 3 GG handelt es sich im Gegensatz zu Art. 12 GG nicht um ein Freiheits-, sondern um ein Gleichheitsrecht.

Schutzbereich: Nach Art. 3 darf der Gesetzgeber wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandeln. 1. Gruppe bestimmen: Als im Gleichheitsgrundrecht (Art. 3) beeinträchtigte Gruppe kommen die Hersteller Gewalt verherrlichender Video- und Computerspiele in Betracht. 2. Vergleichsgruppe: Hersteller nicht Gewalt verherrlichender Spiele (10). 3. Oberbegriff: Der gemeinsame Oberbegriff ist Hersteller von Video- und Computerspielen.

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung: 1. Zulässiges Differenzierungsziel: Das Differenzierungsziel der Spiele bzw. deren Hersteller ist der Schutz von Kindern und Jugend. Dieses Ziel ist durchaus als zulässig anzusehen. (11) 2. Zulässiges Differenzierungskriterium: Als Differenzierungskriterium kommt die Unterscheidung nach Gewaltverherrlichung – ja oder nein – in Betracht. Dieses ist zulässig, um zum Schutze der Jugend zwischen den Spielen bzw. ihren Herstellern zu differenzieren. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit kann die Differenzierung nach dem o.g. Ziel und Kriterium als zulässig angesehen werden, sodass keine Verletzung der Gleichbehandlung nach Art. 3 vorliegt. (12)

2. Aufgabe: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Zunächst einmal ist das BVerfG nach Art. 93 I Nr. 4a GG iVm § 13 Nr. 8a und § 90 I BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig.

1. Beschwerdefähigkeit: Beschwerdefähig ist „jedermann“ (Art. 93 I Nr. 4a i.V.m. § 90 I BVerfGG). Das bedeutet in der Regel natürliche Personen können eine Verfassungsbeschwerde einreichen. (12a) In diesem Fall gilt das nach Art. 19 II GG aber auch für juristische Personen des Privatrechts, da Art. 12 seinem Wesen nach auf die N-GmbH anwendbar ist.

2. Beschwerdegegenstand: Beschwerdegegenstand muss ein Akt der öffentlichen Gewalt sein (Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG) Im vorliegenden Fall ist es ein Akt der gesetzgebenden Gewalt (Legislative).

3. Beschwerdebefugnis: Beschwerdebefugt ist derjenige, der in einem seiner Grundrechte verletzt ist (Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG) Eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12) wäre hierbei einschlägig. Die Beschwer muss zudem selbst, gegenwärtig und unmittelbar sein. Die N-GmbH ist eindeutig selbst betroffen. Da das Gesetz gerade in Kraft getreten ist, auch gegenwärtig und ohne weiteren Zwischenakt (unmittelbar) (13).

4. Rechtswegerschöpfung: Die N-GmbH müsste zunächst alle gerichtlichen Instanzen durch laufen, bevor sie die Verfassungsbeschwerde einreichen kann (§ 90 II BVerfGG) (14).

5. Form: Die Verfassungsbeschwerde muss schriftlich und begründet sein (§ 23 I i.V.m. § 92 BVerfGG).

6. Frist: Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz beträgt die Frist zur Einreichung nach § 93 III BVerfGG ein Jahr.

3. Aufgabe: Zulässigkeit BIU. Hier könnte es an der Beschwerdebefugnis scheitern, da BIU nicht selbst von der Grundrechtsverletzung der Berufsfreiheit betroffen ist. Auf Art. 12 können sich demnach lediglich Hersteller wie die N-GmbH berufen. (15)

3. Die Klausur-Korrektur

Die Klausur wurde mit 5 Punkten (ausreichend) benotet. Die Begründung lautete: „Verf. hat große Probleme mit einem logischen und konse-

quenten Aufbau. Die Drei-Stufentheorie wird nicht näher erläutert. Die Prüfung des Art. 3 GG fällt wegen der Wahl der Vergleichsgruppe gänzlich aus.“ Sie wird durch zahlreiche, z.T. sehr ausführliche Anmerkungen in der Klausur unterfüttert. Die im Folgenden wiedergegebenen Anmerkungen gehören zu den Ziffern im obigen Klausurtext:

- (1) Definition Beruf fehlt. Ist Beruf denn betroffen?
- (1a) Nach Art. 12 GG kann nur die Berufsausübung geregelt werden. Sie können hier nicht aus heiterem Himmel von 3 Stufen reden, sondern Sie müssen erläutern, warum Sie dazu kommen.
- (2) ... und für alte Gesetze? Wo noch?
- (3) Ausdruck: Wenn Sie das Vorliegen eines Einzelfallverbots bejahen, dann liegt doch eine Einzelfallregelung vor, oder?
- (4) Das kann so allgemein nicht stehen bleiben. Was ist mit Verhältnismäßigkeit, Bestimmtheit...
- (5) Was ist das?
- (6) Warum denn jetzt Stufe 3? Sie haben einen Aufbaufehler begangen, indem Sie Beruf nicht definiert haben. Gibt es denn den Beruf des „jugendgefährdende Computerspiele Herstellers“. Doch wohl nicht; somit kann es doch nur die 1. Stufe sein.
- (7) Den hatten Sie doch gerade schon erläutert
- (8) Vertretbares Ergebnis. Es fehlt allerdings die Abwägung, ob der gleiche Erfolg mit der gleichen Sicherheit und dem gleichen Aufwand erreicht würde. Das scheint hier eher nicht der Fall zu sein.
- (9) Vertretbar
- (10) Das ist keine Vergleichsgruppe. Gefährdet diese Gruppe denn auch die Jugendlichen. Sie vergleichen (Entschuldigung) Äpfel mit Birnen.
- (11) Das ist richtig, aber die Hersteller von Gesellschaftsspielen sind doch jugendgefährdend tätig.
- (12) Bei Ihrer Wahl der Vergleichsgruppen kann dieses Ergebnis nur so lauten. Warum nehmen sie nicht die im Sachverhalt genannte Vergleichsgruppe?
- (12a) Satz?
- (13) Genauer. Warum darf die N-GmbH ausnahmsweise (Hervorhebung im Original) gegen dieses Gesetz VB einlegen?
- (14) auch gegen ein Gesetz?
- (15) Ergebnis und Begründung zu knapp.

4. Die Klausur-Lösungshinweise

Die Studierenden wünschen sich in der Regel eine echte Musterlösung, mit deren Hilfe sie genau erkennen können, was „richtig“ und was „falsch“ ist. Als Klausur-Ersteller weiß man, dass es die richtige Lösung nicht geben kann, weil es in den meisten Fällen mindestens zwei Lösungsvarianten gibt. In sehr vielen Fällen sind Klausur-Ersteller und Klausur-Korrektor auch nicht identisch. Also kommt es bei den Lösungshinweisen vornehmlich darauf an, die eigene Sicht auf die Falllösung, die Erwartungen an die Studierenden, die Gewichtung der drei Fall-Fragen sowie notwendige Schwerpunkte zu benennen. Hier sind die für diese Klausur erstellten Lösungshinweise:

zu Frage 1: Begründetheit

Art. 12 GG

Die VB gegen das Gesetz wäre begründet, wenn der Bf dadurch in seinem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt worden ist. (Zum Folgenden vergl. auch Brauner/Stollmann/Weiß: Fälle und Lösungen zum Staatsrecht (1999) S. 108ff)

– Der Schutzbereich ist betroffen, wenn das Gesetz Auswirkungen auf ein Verhalten des Bf hätte, das als Beruf iSd Art. 12 zu werten wäre. Die herkömmliche Definition des Berufes – eine nicht sozialschädliche, auf Dauer angelegte und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit – ist entsprechend (vergl. zu Frage 2: Beteiligtenfähigkeit die Erwägungen zu Art. 19 III GG) auf den Bf zu beziehen und lässt sich dann als erlaubte wirtschaftliche Betätigung im System der sozialen Marktwirtschaft darstellen.

– Das Gesetz müsste in diese Berufsfreiheit eingreifen und damit eine berufsregelnde Tendenz verfolgt haben. (Vertretbar wäre, hier schon die Differenzierung der Dreistufentheorie einzuführen). In der Tat ist eine der gesetzgeberischen Absichten, weniger Gewalt verherrlichende Computerspiele auf den Markt zu lassen. Das Verbot von Handel und Verkauf wird Auswirkungen auf die Produktion dieser Spiele haben und damit – wenn auch vermittelt – auch auf die Berufsfreiheit des Bf. (vergl zu Frage 2: Beschwerdebefugnis).

– Nach Art. 12 I 2 GG kann der Eingriff gerechtfertigt sein, wenn das Gesetz formell und materiell verfassungsmäßig ist.

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit muss nach der Aufgabenstellung ausgegangen werden.

Materiell verfassungsmäßig ist das Gesetz, wenn es insbesondere verhältnismäßig und bestimmt ist.

Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist genügt, wenn das Gesetz 1. einen legitimen Zweck, d.h. einen Zweck, für den ein staatlicher Schutzauftrag besteht, verfolgt. Das erscheint unstrittig, weil es versucht, Jugendliche vor Gewalt verherrlichenden Computerspielen effektiver zu schützen als bisher.

- Dann müsste das Gesetz 2. geeignet sein, d.h. mit seiner Hilfe müsste das angestrebte Ziel zumindest befördert werden können. Dabei besteht ein weiterer Prognosespielraum, dessen Grenze erst bei „evidenter Untauglichkeit“ des Gesetzes (Schmidt: Grundrechte (2006) S. 71) überschritten ist. Hier könnte man auf das Vorhandensein der Unterhaltungssoftware Selbst Kontrolle (USK) verweisen, auf die Verbindlichkeit des Jugendschutzes in Deutschland im Vergleich zu anderen Staaten abheben, den § 131 StGB hervorheben u.a.m. Das Gesetz bleibt aber ein Schritt in die richtige Richtung und ist damit geeignet in diesem Sinne.
- Zudem muss das Gesetz erforderlich sein, d.h. es darf kein milderes Mittel ersichtlich sein, das den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde. (Auch hier könnte schon auf die Dreistufentheorie Bezug genommen werden). Milder sind alle Mittel jenseits des Handel- und Verkaufsverbotes. Hier ist Raum für viele kreative Ideen – denkbar ist eine stärkere Verfolgungsintensität bei Verstößen gegen § 131 StGB oder gegen das Jugendschutzgesetz, eine intensivere Informationspolitik, gesellschaftliche Aufklärungsarbeit mit Appellen und eine aktive Bildungspolitik. Man kann auch die im Sachverhalt angedeutete Idee der öffentlichen Warnung vor bestimmten Produkten hier aufgreifen. Entscheidend ist der Abgleich zwischen dem jeweiligen Aufwand. Die alternative Regelung muss mit einem vergleichbaren Aufwand erreichbar sein. Das Verbot ist in vielen Fällen das kostengünstigste Steuerungsinstrument und bis zum empirischen Beweis seiner Untauglichkeit auch schwer zu unterbieten. Insofern spricht viel für die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung. (Eine andere Lösung ist vertretbar, dann weiter mit Hilfgutachten)
- Letztlich geht es um die Angemessenheit der Regelung, d.h. einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs mit den ihn rechtfertigenden Gründen. Angemessen ist die Regelung, wenn die Grenze des Zumutbaren nicht überschritten worden ist; es gilt ein Übermaßverbot. Hier erlangt die Dreistufentheorie als eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Bedeutung: je intensiver der Eingriff in das Grundrecht, desto höher sind die Rechtfertigungsanforderungen. Insofern ist entscheidend, auf welcher Stufe die Regelung eingreift, ob es sich um eine Regelung der Berufswahl oder der Berufsausübung handelt. Zwar greift die gesetzliche Regelung erheblich in die Herstellung von Computer- und Videospielen ein, aber es wäre unsinnig, sich ein typisches Berufsbild des „jugendgefährdende Computerspiele-Herstellers“ vorzustellen. Insofern wird nicht ein eigenständiger Beruf, sondern das „Wie“ einer beruflichen Betätigung, also die Berufsausübung, geregelt. Zu ihrer Rechtfertigung reichen vernünftige

Erwägungen des Gemeinwohls, wie die Förderung des Jugendschutzes durch Reduzierung von Gewalt verherrlichenden Computerspielen.

Im Ergebnis ist die gesetzliche Regelung also verhältnismäßig in diesem Sinne.

Die materielle Verfassungsmäßigkeit erfordert auch die Beachtung des Bestimmtheitsgebotes. Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG entwickelte Grundsatz fordert, dass aus der Sicht des Betroffenen vorhersehbar und berechenbar ist, welche Auswirkungen eine gesetzliche Regelung für ihn haben wird. Das Gesetz verbietet den Handel und den Verkauf von Computer- und Videospielen „mit Gewalt verherrlichendem Inhalt“. Zunächst ist der Begriff „Gewalt“ äußerst vielschichtig und vielfältig, wie sich schon aus der strafrechtlichen Debatte um den Gewaltbegriff – z.B. in § 240 StGB – ersehen lässt. Zudem ist Gewalt auch ein kontextabhängiger Begriff: Für erwachsene Menschen liegt die Grenze zwischen Gewalt und Nicht-Gewalt anders als bei Kindern und Jugendlichen, bei Frauen anders als bei Männern. Das Gesetz trifft dazu keinerlei Unterscheidung. Schließlich muss es sich um einen Gewalt „verherrlichenden“ Inhalt handeln. Auch hierfür fehlt jeglicher Maßstabshinweis. Damit fehlt es an der gebotenen Klarheit und Bestimmtheit der Verbotsregelung, die mit Rücksicht auf den Normzweck erforderlich gewesen wäre. Denn Händler und Verkäufer können nicht mit hinreichender Bestimmtheit wissen, welche Video- und Computerspiele dem Verbot unterliegen sollen; folglich wissen auch die Hersteller nicht, welche Spiele weiterhin produziert werden dürfen und welche nicht.

Die gesetzliche Regelung ist also nicht verfassungsmäßig mangels hinreichender Bestimmtheit.

Ergebnis

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt und der Bf in seinem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt worden.

Art. 3 I GG:

Die VB könnte auch wegen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes begründet sein. Dann müsste der Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG verletzt sein. Das ist der Fall, wenn wesentlich Gleiches ungerechtfertigt ungleich behandelt worden ist.

- Der Handel und Verkauf von Gewalt verherrlichenden Video- und Computerspielen wird verboten, der von Kriegsspielzeug nicht. Damit liegt eine Ungleichbehandlung vor. Die beiden Situationen sind nur dann „wesentlich gleich“, wenn es einen gemeinsamen Bezugspunkt gibt. Beide Spielarten handeln von Gewalt. Auch Kriegsspielzeug kann zur Verharmlosung bzw. Verherrlichung von Gewalt beitragen. Damit kann „Gewaltverherrlichung“ als gemeinsamer Oberbegriff gelten. (Anderes Ergebnis mit Bezug auf die Unbestimmtheit der Begriffe möglich. Kriegsspielzeug kann von Zinnsoldaten bis zu Waffennachbildungen reichen).
- Fraglich ist, ob die Ungleichbehandlung durch das – formell verfassungsgemäße – Gesetz gerechtfertigt ist, d.h. ob sie willkürlich erscheint oder ob es einen sachlichen Grund geben kann. Die Hinweise im SV – z.B. die heftige Reaktion des BIU – lassen vermuten, dass es sich um eine größere Intensität der Ungleichbehandlung handeln kann. Dann reicht nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG „irgendein sachlicher Grund“ (= Evidenzkontrolle) des Gesetzgebers zugunsten der Ungleichheit nicht mehr aus. Es bedarf eines „sachgerechten Grundes“, der sich praktisch an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren muss (= Willkürprüfung i.e.S. vergl. Schmidt, aaO S. 154f). Insgesamt wird durch diese Unterscheidung der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers enger; gleichwohl ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, mit der Regelung eines Tatbestandes zugleich auch einen anderen, vergleichbaren Tatbestand zu regeln (vergl. BVerfG NJW 1994, 1577 (1584)).

Damit ist der Rahmen für inhaltliche Erwägungen zum sachgerechten Grund abgesteckt: Im Ergebnis werden sie auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung hinauslaufen, wenn man die Unterschiede zwischen den Spielarten genauer betrachtet. Stichworte dazu sind u.a.: Suchtpotential, Suggestivwirkung, Fremdbestimmung, Realitätsnähe, Verfügbarkeit, Austausch und kollektive Nutzung. (Anderes Ergebnis mit sachbezogenen Überlegungen vertretbar).

Ergebnis

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, der Bf. nicht in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG verletzt.

Insgesamt hätte eine VB materiell Aussicht auf Erfolg.

zu Frage 2: Zulässigkeit für die N.-GmbH

Es sind die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. Art. 93 I 4a GG, §§ 23ff, 90ff BVerfGG – hypothetisch – zu prüfen. Zu erörtern sind die beiden nicht eindeutigen Voraussetzungen Beteiligtenfähigkeit und Beschwerdebefugnis:

- **Beteiligtenfähigkeit:** Die N.-GmbH als Beschwerdeführer (Bf) gehört zu „jedermann“, wenn sie Träger von Grundrechten sein kann. Das richtet sich nach Art. 19 III GG. Art. 12 und Art. 3 I sind wesensmäßig auch auf die GmbH anwendbar, wenn diese Grundrechte auch kollektiv betätigt werden können. Die GmbH kann sowohl eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, die bei natürlichen Personen als Beruf angesehen wird, als auch gegenüber anderen juristischen Personen ungleich behandelt werden.
- **Beschwerdebefugnis:** Es muss die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung vorliegen. Das Gesetz verbietet den Handel und Verkauf von bestimmten Computer- und Videospielen. Der Bf ist Hersteller und Produzent von Unterhaltungssoftware, insofern nicht direkter Adressat dieser Regelung. Allerdings wird er indirekt betroffen, da sich die Absatzmöglichkeiten in Deutschland durch diese Regelung verschlechtern werden. Damit hat das Gesetz auch Auswirkungen auf den Bf. Die Möglichkeit eines Eingriffs in seine wirtschaftliche Tätigkeit ist möglich und nicht offensichtlich ausgeschlossen.

Darüber hinaus muss die N.-GmbH von dem Gesetz als Beschwerdegegenstand selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen sein.

- eine eigene Beschwer liegt vor, wenn der Bf die Verletzung seiner Rechte geltend macht. Hier ist der Bf kein direkter Adressat des Gesetzes. Das spricht zunächst gegen eine eigene Beschwer. Andererseits ist die eigene wirtschaftliche Betätigung als Hersteller und Produzent von Unterhaltungssoftware von der Zulassung seiner Produkte auf den Markt abhängig. Der Bf ist gewissermaßen Drittbetroffener des gesetzlichen Verbots (vergl. Schmidt aa.O.S. 412). Faktisch sind die Auswirkungen des Verbots für die Hersteller die gleichen wie für die Händler und Verkäufer.
- unmittelbare Beschwer liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung keines Vollzugsaktes mehr bedarf. Das gilt sicherlich für die Händler und Verkäufer, für den Bf wieder mit den bei der eigenen Beschwer genannten Einschränkungen: Die Auswirkungen des Verbots treffen den Bf allerdings auch, ohne dass es weiterer Vollzugsakte bedürfte.
- die Beschwer ist gegenwärtig, wenn der Bf schon oder noch betroffen ist. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ist die Beschwer gegenwärtig in diesem Sinne.

Bei der VB gegen ein Gesetz gilt das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht; die Frist beträgt ein Jahr.

Ergebnis:

Die Zulässigkeit der VB ist zu bejahen.

Frage 3: Zulässigkeit für den BIU e.V.

Es geht in dieser Zusatzfrage um die Möglichkeit, gute Fach- bzw. Methodik-Kenntnisse zu zeigen:

Zu erörtern ist ausschließlich die Frage der Beschwerdebefugnis unter dem Aspekt der Betroffenheit des Bf.

Es muss die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung vorliegen. Das Gesetz verbietet den Handel und Verkauf von bestimmten Computer- und Videospielen und reduziert damit die Absatzmöglichkeiten in Deutschland. Der BIU als Bf ist die Interessengemeinschaft der Anbieter und Produzenten von Unterhaltungssoftware in Deutschland. Damit hat das Gesetz auch Auswirkungen auf den Bf. Die Möglichkeit eines Eingriffs in seine wirtschaftliche Tätigkeit ist möglich und nicht offensichtlich ausgeschlossen.

Darüber hinaus muss der Verein von dem Gesetz als Beschwerdegegenstand selbst betroffen sein. Eine eigene Beschwer liegt vor, wenn der Bf die Verletzung seiner eigenen Rechte geltend macht. Hier ist der Bf weder direkter Adressat des Gesetzes noch selbst Produzent von Computerspielen. Der Bf ist als Interessenvertreter seiner Mitglieder noch indirekter betroffen als die Hersteller.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann ein Verband stets nur die ihm als Vereinigung zustehenden Rechte, nicht aber die seiner Mitglieder wahrnehmen (BVerfGE 2, 292, 294). Damit will das BVerfG verhindern, dass Verbände für ihre Mitglieder Verfassungsbeschwerden erheben. Die Verletzung eigener Rechte ist daher nur schwer zu begründen. Man könnte dazu auf die grundsätzliche Möglichkeit von Popularbeschwerden hinweisen, nach der unter bestimmten Voraussetzungen sich ausgesuchte Einrichtungen zum Sachwalter fremder Interessen vor Gericht machen können. Zum Beispiel nach § 61 BNatSchG.

5. Ein nachträglicher Blick auf die Klausur als Chance

Heute kommentiert die Klausurschreiberin das Thema Klausuren an der FHÖV wie folgt:

- Klausuren waren natürlich auch bei mir als Studentin nie sehr beliebt.
- Insbesondere in meinem letzten intensiven Studienjahr und jetzt nach meiner Zeit als Studentin an der FHÖV habe ich für mich aber verdeutlichen können, worauf es aus meiner Sicht bei der Klausurvorbereitung und der Klausurerstellung ankommt.
- Ein wichtiger Aspekt im Rahmen der Vorbereitung ist meiner Meinung nach, sich auch im Unterricht zu trauen, Nachfragen zu stellen, wenn Inhalte unklar sind.
- Es nützt nichts zu denken: „Das werde ich Zuhause schon verstehen, wenn ich es mir noch einmal anschau.“, weil dies nicht immer klappt und man sich Zuhause am Schreibtisch auch nicht immer an die Themen erinnern kann, die während des Unterrichts unklar geblieben sind. Sinnvoller ist es den Dozenten im Unterricht direkt zu fragen, da offene Fragen so schneller geklärt werden können und sich die Lösung auch nachhaltig besser einprägt.
- Ich selbst habe mich anfangs eher mit Fragen im Unterricht zurückgehalten und mich erst in meinem letzten Jahr an der FHÖV bemüht wirklich alles was unklar geblieben ist im Unterricht zu klären und auch Inhalte konkret zu hinterfragen, wenn ich anderer Auffassung gewesen bin. Gerade im Fach Staatsrecht gibt es vielfach Möglichkeiten Themen kontrovers zu diskutieren. Durch die Diskussionen kann man sich schließlich auch bes-

ser mit Inhalten auseinandersetzen und seine eigenen Gedankenstrukturen ausfeilen.

- Daneben ist es nach meiner Erfahrung unerlässlich für die Vorbereitung auf Klausuren genügend zu üben. Und damit meine ich nicht nur Texte zu lesen und Schemata einzuprägen, sondern auch richtige Klausuren vollständig ausformuliert als Selbsttest zu schreiben⁶. Hierbei bekommt man zum Beispiel, wenn diese *Übungsklausur* auch unter Klausurbedingungen geschrieben wird, ein gutes Gefühl für die Zeit, die einem bei einer echten Klausur zur Verfügung steht. Es nützt schließlich nichts, perfekt ausformulierte Klausurlösungen zu erstellen, wenn dies nicht in der vorgegebenen Zeit zu schaffen ist. Man sollte die Übungsklausur zwar auf jeden Fall, nachdem sie selbst geschrieben wurde, mit der Lösung abgleichen und gegebenenfalls Ergänzungen vornehmen, aber nicht den Anspruch haben, die Musterlösung perfekt abzuschreiben. Sehr hilfreich fand ich es auch, die Klausur von einem Dozenten korrigieren zu lassen, da man so eine individuelle Korrektur erhält und die Übungsklausur auch eventuell noch im Unterricht besprechen kann. So erhält man einen guten *Meinungsaustausch* über die Klausurlösung, was in Fächern wie Staatsrecht sehr von Vorteil ist, da es hier meist nicht eine bestimmte Lösung gibt, sondern viele Lösungsansätze, die durchdiskutiert werden können. Ich stimme der Behauptung voll und ganz zu, dass es (insbesondere in den juristischen Fächern) „die Lösung“ nicht gibt.
- Des Weiteren halte auch ich *Gruppenarbeit* für sehr sinnvoll, jedoch sollte man aus meiner Sicht ausformulierte Klausuren besser alleine erstellen. Aber zum Meinungsaustausch und zur Erörterung problematischer Sachverhalte und Klausurlösungen ist die Gruppenarbeit unerlässlich. Ich habe bei der Gruppenarbeit oft erlebt, dass ich durch die angeregten Diskussionen noch einmal eine andere Sicht bezüglich der Lösungsansätze erhalten habe und wir auch *Denkanstöße* austauschen konnten, die uns bisher bei der Bearbeitung fehlten.
- Während der Klausur ist es wichtig die Nerven zu behalten. Ich finde es hilfreich, sich zu Beginn der Klausur einen *Überblick* zu verschaffen und ein *Zeitkonzept* festzulegen, in dem man die einzelnen Klausurteile bearbeiten möchte. Wenn man ein solches Zeitkonzept nicht hat oder sich nicht daran hält, flattern schnell die Nerven und man bekommt Panik. Ich selber habe bei den Klausuren auch oft ein Zeitproblem gehabt, was schätzungsweise vielen Studenten ähnlich gehen wird. Von daher habe ich mich insbesondere in meinem letzten Studienjahr sehr daran gehalten in der Vorbereitungszeit genügend Übungsklausuren in der vorgegebenen Zeit auszuformulieren und während der Klausur das Zeitkonzept zu entwickeln, damit ich die Routine und den Überblick habe um die Klausur gut bewältigen zu können.

Und der Klausurersteller stellt rückblickend fest:

- Das Bemühen um eine differenzierte Aufgabenstellung – hier 3 Fragestellungen – die auch eine Differenzierung der Bewertungsebenen erleichtern soll, kann aus der Sicht der Klausur-

schreibenden als verwirrend und erschwerend wahrgenommen werden. Denn jetzt ist eine gute Zeiteinteilung unbedingt erforderlich, um alle Aufgaben bearbeiten zu können. Zugleich fehlt ihnen die Gewissheit des Klausurerstellers über die Wertigkeit und die Gewichtung der einzelnen Aufgaben. Heute würde ich eine prozentuale Gewichtung der jeweiligen Aufgabenstellung angeben.

- Jede Klausurerstellung erfordert ein Bemühen um Balance zwischen dem Curriculum (das vorschreibt, dieser Stoff ist zu beherrschen), den eigenen Erfahrungen im Umsetzen dieses Curriculums im Vorlesungs- und Unterrichtsaltag (die oft ergibt, dass diese Problematik schwerer zu vermitteln sei als gedacht oder mehr Zeit erforderte u.a.m.) sowie dem Wissen um die unterschiedlichen Voraussetzungen und Möglichkeiten der Studierenden (an der FHöV sitzen junge Abiturienten und lebensältere Aufsteigerinnen aus dem mittleren Dienst zusammen). Ob diese Klausur diesem Bemühen gerecht geworden ist, kann nicht allgemein gültig entschieden werden.
- Klausuren enthalten immer das Risiko des Missverstehens: Die Aufgabenstellung für die Studierenden und die Korrektoren; die Klausurbearbeitung für die Korrektoren; die Korrekturanmerkungen für die Studierenden. Sprache ist und bleibt interpretationsfähig und interpretationsbedürftig – das ist eine Grunderkenntnis juristischen Arbeitens – und gilt auch für Klausuren. Trotzdem muss es eine Grenze zwischen „bestanden“ und „nicht bestanden“ geben. Diese Grenze kann nach meiner Erfahrung nicht strikt gezogen werden, sondern muss diffus bleiben, d.h. von dem Gesamteindruck der Klausur (und den in ihr enthaltenen Indizien wie Gliederungsnotizen und Ähnlichem) abhängig gemacht werden. Das kann zu dem für Studierende oft unverständlichen Ergebnis führen, dass die eine Klausur noch als „bestanden“ gewertet wird, während die andere „nicht bestanden“ ist, obwohl nach Auffassung der Studierenden sie doch nicht nur gemeinsam gelernt haben, sondern auch das gleiche Ergebnis gefunden hätten.
- Bei der Erstellung der Klausur war die gesellschaftspolitische Bedeutung des ausgewählten Sachverhalts noch nicht so hoch wie heute. Der Klausur-Fall orientierte sich an dem Attentat von Emsdetten 2006. Daraufhin entbrannte eine Debatte um die Rolle der sogenannten Killerspiele, die bis heute noch nicht abgeschlossen ist. Nach dem Attentat von Winnenden 2009 hat sich die gesellschaftspolitische Diskussion auf den konkreten Zugang zu und Umgang mit Waffen ausgeweitet. Es könnte sein, dass die vielfältige Brisanz des Themas von der zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Problematik ablenkt. Dennoch erscheinen mir aktuelle Anlässe für Klausurthemen vorteilhaft, weil sie eine weitere Lernchance eröffnen. SchreiberInnen dieser Klausur könnten sich – wenn ihnen diese Problematik im Berufsalltag begegnet – erinnern und sie bewusster wahrnehmen.⁷

⁶ Kritisch ist anzumerken, dass an der FHöV ein institutionalisiertes Klausurtraining für die verschiedenen Fachgebiete fehlt. Lösungen sind auf vielfältige Weise – immer nur individuell – von einzelnen DozentInnen angeboten worden. Ein Diskussionsanfang findet sich in FHöV-aktuell Mai 2010; mit dem Ende des Diplomstudiengangs und der Einführung des Bachelor-Studiengangs könnte die Bedeutung der Klausur als Leistungsnachweis insgesamt abnehmen.

⁷ Aktuelle Themen sind auch aus meiner Sicht als ehemalige Studentin für eine Klausur sehr hilfreich. Solange Studierende die aktuelle Presse verfolgen und sich mit verfassungsrechtlichen Diskussionen auseinandersetzen, nützt auch dies der Klausurvorbereitung. Zudem fühlt man sich als jüngerer Mensch eher aktuellen verfassungsrechtlichen Themen verbunden, die einen auch selbst betreffen und im Alltagsleben begegnen können. Hierbei fällt es beispielsweise leichter ausführliche Abwägungen im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu treffen.

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 geben in die Gesetzgebung und in das Verwaltungshandeln ein und machen auch nicht vor angelsächsischen Termini halt. Das hier und in den folgenden Heften abgedruckte Glossar will dem Leser aktuelle und bedeutsame neue Wortprägungen erklären.

Öffentliche Sicherheit

Öffentliche Sicherheit, oft in der Wendung „öffentliche Sicherheit und Ordnung“, entstammt dem Polizeirecht. Es hat zum Ziel, Gefahren abzuwehren, auch Straftaten vorbeugend zu bekämpfen, und die öffentliche Ordnung gegen Störer zu schützen. Nach der polizeirechtlichen Generalklausel sollen Gefahren von der Allgemeinheit und auch vom Einzelnen abgewehrt werden. Zu schützen gilt es materielle und immaterielle Güter. Letztere gewinnen zunehmend an Bedeutung. Die EU-Richtlinie über Dienstleistungen zum Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006 erfasst zahlreiche zu schützende Bereiche wie die nationale Sicherheit, die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherung, den Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsempfänger und der Arbeitnehmer, die Verhütung von unlauterem Wettbewerb, den Gläubigerschutz, die Wahrung der ordnungsgemäßen Rechtspflege, die Straßenverkehrssicherheit, den Schutz des geistigen Eigentums, die Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes, die Notwendigkeit, ein hohes Bildungsniveau zu gewährleisten, die Wahrung der Pressevielfalt und die Förderung der Nationalsprache.

Wie beim engeren polizeirechtlichen Begriff vermengen sich öffentliche Sicherheit mit öffentlicher Ordnung, inzwischen aber mit umfassenderem Inhalt. Zur öffentlichen Ordnung zählen auch Fragen der menschlichen Würde, des Schutzes von Minderjährigen und hilfsbedürftigen Erwachsenen sowie der Tierschutz. Eng verbunden mit öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung ist die öffentliche Gesundheit samt des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor den Gefährdungen, die die moderne Lebensweise mit sich bringt wie Lärm, Luftverunreinigung und andere Immissionen. Zum Umweltschutz gehört auch die städtische Umwelt einschließlich der Stadt- und Raumplanung.

Öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung und öffentliche Gesundheit sind sog. zwingende Gründe des Allgemeininteresses, nämlich Gründe, die der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat.

Im Verständnis der Öffentlichkeit mutiert öffentliche Sicherheit mittlerweile zu einer sich auf alle Lebensbereiche und Lebenslagen beziehenden staatlichen und kommunalen Vorsorge gegen Risiken. Die Allgemeinheit erwartet eine sichere Währung, Sicherheit in der Finanz- und Schuldenkrise, sichere Renten, eine (zumindest) europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik, eine gesicherte Lebensmittel- samt Wasserversorgung, Datenschutz und Datensi-

cherheit, ferner auch Sicherheit, lies: unbürokratisches und rasches Handeln bei Notfallrettungen und Katastropheneinsätzen. Die Allgemeinheit befürchtet, dass die sich verbreitende Knappheit an natürlichen Ressourcen und ein etwaiger Klimawandel gesellschaftliche und militärische Sicherheitsrisiken bergen.

Die Allgemeinheit will sich immer weniger Risiken aussetzen. Nach neueren Meinungsumfragen schwindet die Risikobereitschaft der Deutschen deutlich. Gewiss müssen wir lernen, mit Unsicherheiten zu leben. Um sie zu verringern, sind Regierungen und Verwaltungen aufgerufen, ein Gesamtsystem öffentlicher Sicherheit zu entwerfen mit einem bei Bedarf schlagkräftigen Sicherheits-, Risiko- bzw. Krisenmanagement. Öffentliche Sicherheit zu produzieren, ist ein hochkomplexer Prozess, der öffentlich-private Partnerschaft erfordert. Spitzenbedarfe sind zu prognostizieren und personelle, institutionelle und finanzielle Kapazitäten im Bedarfsfall lokal, regional, national oder im Ausland bereitzustellen. Bei den Feuerwehren besitzt man jahrelange Erfahrungen. Aber bereits bei Unwetter und Massenkarambolagen fehlen vielfach Einsatzpläne, Leitungsstrukturen, Personal und Rufbereitschaft sowie Nahrungsmittel, Hilfsgüter, Fahrzeuge usw. Notstandsverfassung und Sicherstellungsgesetze vornehmlich für den Verteidigungsfall waren in der 1960er Jahren ein erster Schritt, gefolgt von rechtlichen Regelungen zur Vorratshaltung unter anderem an Rohstoffen (z.B. Erdöl und Kohle), Nahrungsmitteln (z.B. Getreide und Fertignahrung) und medizinischen Mitteln (z.B. Impfstoffen und Blutkonserven). Das Vorhalten solcher Reserven reicht indessen nicht aus.

Pensionen und Renten

In Deutschland bestehen drei grundsätzlich unterschiedliche Systeme der Altersversorgung: Pensionen als Vollversorgung für Beamte, Sozialrenten als Grundversorgung und Individualrenten als Zusatzleistungen für Arbeitnehmer (im öffentlichen Dienst und in der Wirtschaft).

Die Ruhestandsbezüge für Beamte beruhen auf der lebenslangen Dauer des Alimentationsprinzips. Beamte und Staat sind durch ein besonderes Treueverhältnis auf Lebenszeit aneinander gebunden. Der „ganze Einsatz für seinen Dienst“, seine Loyalität – der Beamte darf keine Arbeitskämpfe führen – und seine Immunität gegenüber politischer und finanzieller Einflussnahme, auch Ansehen und Wertigkeit eines Amtes, rechtfertigen einen angemessenen Lebensunterhalt für den Staatsdiener während seines Dienstes und nach seiner Pensionierung. Die Höhe der Pension bemisst sich nach der vorher bezogenen Besoldung. Die Beamtenpensionen werden nahezu ausschließlich aus dem Staatshaushalt, mithin aus Steuern bezahlt. Erst vor wenigen Jahren wurde angesichts der in den Jahrzehnten bis 2050 in den öffentlichen Haushalten sich verdreifachenden Pensionslasten und -zahlungen eine – freilich kaum ins Gewicht fallende – Versorgungsrücklage aus einem Teil der Gehaltssteigerungen eingeführt.

Anders die Renten der Arbeitnehmer. Was die Sozialrenten angeht, stammen sie aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Für sie gilt das Umlageverfahren, das heißt die Auszahlungen richten

sich nach der Höhe der Einzahlungen des einzelnen Beschäftigten (mit einer Höchstgrenze), wobei die heutigen Erwerbstätigen das Aufkommen für die heutigen Rentner finanzieren. Problematisch ist an diesem Generationenvertrag, dass die Zahl der Einzahler schrumpft, während die Zahl der Rentenbezieher ansteigt. Ergänzt wird die Sozialrente häufig durch Zusatzrenten, wie beispielsweise die betriebliche Altersvorsorge. Hier finden sich Übergänge zu einem dritten Prinzip. Es ist in der privaten Wirtschaft üblich und beinhaltet eine kapitalgedeckte Altersversicherung. Bei ihr spart jeder für sich selbst.

Qualifikation

In Verwaltung und Wirtschaft und bei Schulen und Hochschulen ist die nachzuweisende Befähigung schon immer eine wesentliche Voraussetzung für die Einstellung bzw. die Zulassung. Das Ziel eines einheitlichen europäischen Hochschulraumes und eines gesamteuropäischen Arbeitsmarktes führt jetzt dazu, dass die EU-Mitgliedstaaten nationale Qualifikationsrahmen (in Deutschland: DQR) erarbeiten; ein Europäischer Qualifikationsrahmen (EQR) soll eine Art Übersetzungshilfe bei der Vergleichbarkeit von Qualifikationen leisten. Qualifikationen werden in der allgemeinen Bildung, der Hochschulbildung und der beruflichen Bildung erreicht.

Acht Niveaustufen halten alle Abschlüsse des Bildungssystems fest, wobei akademische und berufliche Bildung auf die jeweils gleiche Stufe gesetzt werden, denn die Niveaustufen bilden gleichwertige und nicht gleichartige Qualifikationen ab. Beispielsweise ordnet man der Stufe 5 die allgemeine und die fachgebundene Hochschulreife zu sowie in der beruflichen Bildung den IT-Spezialisten, das Fachgymnasium und die Fachoberschule. Auf Stufe 6 stehen zum einen der Bachelor-Abschluss, zum anderen der Meister, Betriebswirt und Fachwirt. Auf Stufe 7 finden sich der Master-Abschluss und der sog. strategische Professional (i.e. ein gehobener IT-Manager). Die achte Stufe ist der Promotion vorbehalten.

Die acht Stufen beschreiben detailliert, was man unter Kompetenz zu verstehen hat. „Kompetenz bezeichnet die Fähigkeit und Bereitschaft des Einzelnen, Kenntnisse und Fähigkeiten sowie persönliche, soziale und methodische Fähigkeiten zu nutzen und sich durchdacht sowie individuell und sozial verantwortlich zu verhalten.“ Diese umfassende Handlungskompetenz wird in eine Fachkompetenz und eine personale Kompetenz unterteilt. Erstere umfasst Breite und Tiefe des Wissens samt kognitive und praktische Fertigkeiten. Letztere setzt sich aus Sozialkompetenz (Kommunikations- und Teamfähigkeit) und Selbständigkeit (Eigenständigkeit, Lernkompetenz und Verantwortung) zusammen.

Während man früher Bildungsabschlüsse an Input und Output beurteilte, also einerseits den Aufwand an (Schul- und Studien-) Zeit, Lehrgängen und Arbeitsmitteln, andererseits die bestandenen Prüfungen und Noten für die Qualifikation heranzog, legt man jetzt als Maßstab das sog. outcome-orientierte Lernen an. Es interessieren die Effekte des Lernprozesses bzw. die Lernergebnisse, etwa: beherrscht der Bewerber die Fremdsprache verhandlungssicher oder nur umgangssprachlich? Definiert wird nicht mehr, wie bestimmte Leistungen zu erlangen oder zu erbringen sind; man definiert vielmehr das Ziel des Lernens und bewertet die Zielerreichung. Auf den Zeugnissen erscheinen die Zahl der Prüflinge und die relative Gruppierung des Prüflings. Von 2012 an wird auf die mit dem Abschluss erreichte EQR-Niveaustufe hingewiesen.

Stadtkreis

Kommunale Aufgaben werden in Deutschland traditionell von kreisfreien Städten und in ländlichen Regionen von Landkreisen und ihren kreisangehörigen Gemeinden wahrgenommen. Für kreisfreie Städte spricht, dass ihnen ihre Größe (mindestens 40.000 Einwohner) erlaubt, alle kommunalen Aufgaben der örtlichen Ebene und der Kreisstufe zu erfüllen. Landkreise (mit Einwohnerzahlen zwischen 80.000 bis 300.000) üben überörtliche Aufgaben für ihre kreisangehörigen Gemeinden (vereinzelt bis zu 150.000 Einwohnern) aus. Die Heterogenität der kommunalen Gebietskörperschaften war früher historischen und siedlungsräumlichen und ist in der Gegenwart hauptsächlich staats- und kommunalpolitischen Gesichtspunkten geschuldet. Zur Erinnerung: Die preußischen Landkreise hatte man Anfang des 19. Jahrhunderts angeblich so zugeschnitten, dass die Bürger zu Pferd oder mit der Kutsche an einem Tag von der Gebietsgrenze bis zur Kreishauptstadt und zurück gelangen konnten.

Mehrere Aufgaben- und Gebietsreformen suchten und suchten bis heute Bürgernähe und Verwaltungskraft zu stärken. Eingemeindungen (z.B. von kleinen in größere Gemeinden) und Einkreisungen (z.B. geht eine kreisfreie Stadt in einem Landkreis auf) sowie Gemeinde- und Kreisfusionen (z.B. Verschmelzung zweier Gemeinden oder zweier Kreise) sind aus diesen Gründen üblich geworden. Die meisten vorbereitenden Gutachten befürworteten den funktionalen und territorialen Konzentrationsprozess. Sie folgten insoweit oftmals den Entwicklungen in der Wirtschaft, bei der freilich Wettbewerbsanforderungen, Marktmacht, Synergieeffekte und Kostenaspekte dominieren. Bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden spielt hingegen eine Tendenz zur Regionalisierung mit gesteigerter Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit die Hauptrolle.

Das Modell eines „Stadtkreises“ steht dafür exemplarisch. Darunter versteht man – wie auch jüngst der Städtetag Rheinland-Pfalz – eine Organisationsform, die die Kern-Umland-Problematik zu lösen vermag. Es bietet sich über alle parteipolitischen Kalküle hinweg an, dass günstig gelegene kreisfreie Städte mit intakter Infrastruktur und stabiler Finanzierung und einer Ausrichtung der Lebensverhältnisse der Bevölkerung auf diese benachbarten (Mittel-) Zentren die Kreis-, Verbands- und Ortsaufgaben der Umlandgemeinden übernehmen. Das bedeutet eine Auflösung des Landkreises zugunsten einer Aufgabenbewältigung durch eine allzuständige Stadt, wobei der Gemeindestatus der Umlandgemeinden erhalten bleibt. Dieser Ansatz verspricht Verbesserungen in der Aufgabenerfüllung nach außen und innen auf dem Gebiet der Regionalentwicklung (mit koordinierten Prozessen und Strukturen und Regionalmarketing), der Bildungsmobilisierung, Gesundheits-, Wasser- und Energieversorgung, Verkehrsanbindung, Wirtschaftsförderung und Abfallwirtschaft. Letztere ist beispielsweise nur noch durch einen starken städtischen Partner überörtlich zu erfüllen, wenn man sich nachhaltige Entsorgung, Schadstofflasten, Stoffkreisläufe, Sekundärrohstoffe, Klärwerke, Müllverbrennung, Zwischenlager- und Endlagerstätten usw. vergegenwärtigt.

Ein Stadtkreis dürfte sich auch deshalb empfehlen, weil finanzielle Belastungen (durch zentrale Vorhaltung namentlich sozialer, medizinischer, pädagogischer, kultureller und sportlicher Dienste und Einrichtungen) und Finanzkraft zwischen Kern- und Umlandgemeinden besser, das heißt angemessener und gerechter, verteilt werden können. Der kommunale Finanzausgleich, also der gesetzliche Anteil der Kommunen am Steueraufkommen des Landes, wäre dann entsprechend zu ändern.

Neue Rechtsprechung zum Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

Der Verfasser stellt – im Anschluss an den Beitrag in DVP 2005 S. 80 ff. – die aktuelle neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren dar. Dabei nimmt er nur eine grobe Unterteilung in

I. Grundsätzliches

II. Verwaltungsverfahren,

III. Widerspruchsverfahren,

IV. Sonstiges

vor. Selbstverständlich lassen sich dabei Überschneidungen nicht vermeiden.

I. Grundsätzliches

1. OVG NRW-Beschluss vom 27. Apr. 2010 Az. 1 E 406/10 VGH-Mannheim-Urteil vom 15. Okt. 2009 Az. 2 S 1457/09

Entscheidend für die **Einordnung einer behördlichen Maßnahme** ist nicht, wie die Behörde hätte handeln müssen, sondern wie sie tatsächlich gehandelt hat. Wählt die Behörde die **Form eines VA** und beruft sie sich damit auf eine hoheitliche Befugnis, so muss sie sich daran festhalten lassen.

Die Frage, ob ein **behördliches Schreiben als VA** (hier: ein als „Rechnung“ bezeichnetes Schreiben) zu qualifizieren ist, ist nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizontes unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu entscheiden; (vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 8).

2. VG Weimar-Urteil vom 8. Mai 2009 Az. 3 K 907/07

Ein von einer **Privatperson erlassener VA** ohne ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist rechtswidrig bzw. nichtig. Im vorliegenden Fall liegt jedoch kein Nicht-VA vor.

Eine **Heilung durch den Widerspruchsbescheid** kommt in diesen Fällen allerdings nicht in Betracht, weil dem Adressaten eine Instanz genommen wird (1) und zudem die Widerspruchsbehörde nicht die Befugnis hat, den VA zu ersetzen (2).

3. OVG NRW-Beschluss vom 30. Nov. 2009 Az. 12 A 3256/08

Die Behörde hat für fristwahrende Schriftsätze **organisatorische Vorkehrungen** zu treffen; auch für den Fall der Erkrankung des zuständigen Sachbearbeiters;

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 3).

4. BVerwG-Beschluss vom 23. Dez. 2004 Az. 10 B 25/04

Das Gericht darf bei einer **Überprüfung einer Abgabe** nur unter den engen Grenzen des § 113 Abs. 2 S. 2 VwGO die Neuberechnung des Betrages der Behörde überlassen. Die notwendigen **tatsächlichen Verhältnisse und Grundlagen** für die Neuberechnung der Abgabe hat das Gericht selbst festzulegen.

5. OVG NRW-Urteil vom 25. Jan. 2010 Az. 7 D 110/09.NE

Wenn ein Gesetz den **Tatbestand nicht abschließend selbst festlegt**, sondern auf andere Normen verweist (z.B. DIN ...), so muss dem Rechtsunterworfenen klar sein, was Rechtens ist bzw. von ihm gewollt ist.

6. VG Schwerin-Beschluss vom 5. Jan. 2007 Az. 1 A 2000/06

Die im IFG MV enthaltene **Frist auf Informationsgewährung** ist einzuhalten. Geschieht dies nicht, kann zu Recht bereits nach Ablauf der **Frist von 1 Monat Untätigkeitsklage** nach § 75 VwGO erhoben werden.

7. OVG NRW-Urteil vom 3. Nov. 2009 Az. 15 A 2318/07

Die **Festsetzung einer Gebühr im Voraus** darf grundsätzlich nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, weil die Festsetzung einer Abgabe unter der Bedingung, dass sie entsteht, dem Zweck einer Festsetzung widerspricht.

8. VG Köln-Urteil vom 28. Mai 2009 Az. 6 K 3711/07

Wenn der Staat **Rechtsansprüche des Bürgers** schafft, dann hat er die mit der Erfüllung beauftragte Verwaltung so auszustatten, dass sie diese Ansprüche erfüllen kann. Der Anspruch des Bürgers steht dann nicht etwa unter dem **Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Verwaltungsträgers**.

9. BVerwG-Beschluss vom 22. Dez. 2009 Az. 4 BN 54/09

Gibt es keine hinreichenden Gründe, dem **sachbearbeitenden RA einer Sozietät** die Vorbereitung eines Termins innerhalb der verkürzten Frist zuzumuten, so kann der Beteiligte auch nicht drauf verwiesen werden, sich durch einen anderen RA der Sozietät vertreten zu lassen.

II. Verwaltungsverfahren

10. VGH-Mannheim-Beschluss vom 22. Febr. 2010 Az. 10 S 2702/09

Die Feststellung, der Antragsteller dürfe mit der EU-Erlaubnis im Bundesgebiet Deutschland nicht fahren, ist ein **feststellender VA**. Es wird eine verbindliche feststellende Regelung getroffen.

11. OVG NRW-Beschluss vom 29. Jan. 2010 Az. 10 A 2430/08

Die von der Behörde schriftlich erklärte und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene **„Duldung eines Gebäudes“** stellt einen **VA** dar. Mit diesem VA trifft die Behörde die **rechtsverbindliche Regelung**, dieses Gebäude dauerhaft hinzunehmen.

12. BGH-Urteil vom 14. Jan. 2010 Az. IX ZR 50/07

Gerichte und Behörden haben die durch einen **VA getroffene Regelung** grundsätzlich ohne eigenständige Überprüfung als rechtsverbindlich zu beachten.

* Prof. Dr. Edmund Beckmann lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

13. VGH Bad.Württ.-Urteil vom 16. Dez. 2009 Az. 1 S 3263/08
Ein **Verkehrszeichen** entfaltet keine rechtliche Wirkungen, wenn seiner **Aufstellung durch einen Privaten** (hier: Umzugsunternehmen) keine verkehrsrechtliche Anordnung durch die Straßenverkehrsbehörde zugrunde liegt.

14. OVG NRW-Urteil vom 18. Febr. 2010 Az. 10 A 1013/08
OVG NRW-Urteil vom 29. Apr. 2008 Az. 19 A 3665/06

Gem. § 24 VwVfG NRW ist die Behörde im Verwaltungsverfahren verpflichtet, den **Sachverhalt** ohne Einschränkung durch den Vortrag der Beteiligten **von Amts wegen zu ermitteln**, soweit er für die Entscheidung des Falles von Bedeutung ist. Sie muss vernünftigerweise zur Verfügung stehende Möglichkeiten einer Aufklärung ausschöpfen, die geeignet erscheinen, die für die Entscheidung notwendige Überzeugung zu gewinnen.

Die Behörde hat sogleich ordnungsbehördliche Maßnahmen ergriffen. Sie hat keine **hinreichenden Ermittlungen** vorgenommen. Ein Sofortvollzug ist daher nicht notwendig gewesen.

15. OVG NRW-Beschluss vom 8. Apr. 2005 Az. 10 B 2730/04

Der Begriff „**Showroom**“ in der Untersagungsverfügung des Beklagten erfüllt den **Bestimmtheitsgrundsatz** des § 37 Abs. 1 VwVfG NRW. Es handelt sich um einen in der Modebranche klar umrissenen Begriff.

Auch liegt kein Verstoß gegen das in § 23 Abs. 1 VwVfG NRW festgehaltene Gebot der **deutschen Amtssprache** vor.

16. OVG Lüneburg-Beschluss vom 17. Sept. 2007 Az. 12 ME 225/07

Dem Beklagten wurde das **Führen eines Fahrtenbuchs** aufgegeben für die Dauer von 6 Monaten. Weil für das betreffende KfZ bereits eine Fahrtenbuchauflage ausgesprochen worden war, wurde in der Begründung des VA ausgeführt, dass sich die Führung eines Fahrtenbuchs für dieses KfZ somit um diese 6 Monate verlängere. Dies genügt dem **Bestimmtheitserfordernis eines VA** nicht. Um Unklarheiten zu vermeiden, hätte dies im **Tenor des VA** zum Ausdruck kommen müssen.

17. OVG NRW-Urteil vom 13. Juli 2010 Az. 20 A 1131/07

Entscheidend dafür, ob der Regelungsgehalt eines VA dem **Bestimmtheitserfordernis** des § 37 Abs. 1 VwVfG NRW genügt, ist der durch **Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungsgehalt des VA**. Bei der Auslegung sind die Maßstäbe der §§ 133, 157 BGB analog heranzuziehen. Die in der Ordnungsverfügung genannten „anderen Abfälle“ (Bauschutt) sind in der Verfügung weder textlich noch bildlich wiedergegeben. Der Beklagte hat den Mangel der Bestimmtheit auch nicht durch eine nachträgliche Konkretisierung behoben;
vgl. auch Ziff. 1.

18. Hess. VGH-Beschluss vom 7. Febr. 2008 Az. 3 ZU 473/07

Aus dem **Schriftform-** und dem **Bestimmtheitserfordernis eines VA** folgt, dass **mündliche Absprachen** und **Nebenabreden** grundsätzlich unerheblich sind.

19. OVG Magdeburg-Beschluss vom 27. Jan. 2006 Az. 2 L 922/03

Ein **schwerer und offenkundiger Fehler** iSv § 44 Abs. 1 VwVfG liegt nicht bereits dann vor, wenn der VA **Gemeinschaftsrecht**

verletzt. Es ist eine Offensichtlichkeit des Fehlers aus sich heraus notwendig. Dies ist vorliegend nicht gegeben. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich erst nach einer umfassenden rechtlichen Prüfung.

20. OVG Bautzen-Urteil vom 5. Nov. 2003 Az. 5 B 10/03

Eine **Heilung von VAen** ohne gleichzeitige Behebung der Fehler ist nicht denkbar.

21. VGH München-Beschluss vom 9. Sept. 2009 Az. 1 CS 09/1292

Liegt eine **Anscheinsgefahr** vor und wurde eine mündliche Ordnungsverfügung erlassen, so muss sich die Behörde bis zum Erlass der schriftlichen Bestätigung des VA im klaren sein, ob sich der Anschein bestätigt hat.

22. OVG NRW-Urteil vom 24. Apr. 2009 Az. 15 A 981/06

Die Behörde darf bei einem bestehenden Rechtsanspruch nur dann einen ablehnenden Bescheid erlassen, wenn sie dafür eine **Ermächtigungsgrundlage** hat, die es ihr erlaubt, den Anspruch abzulehnen.

23. VGH Mannheim-Beschluss vom 10. Dez. 2008 Az. 9 S 1099/08

Die Entscheidung über einen **Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens** ist allein verfahrensrechtlicher Natur und erschöpft sich in der Regelung, ob sich die Behörde auf die Bestandskraft beruft und es somit bei der bereits getroffenen Entscheidung verbleibt (sog. **wiederholende Verfügung**) oder ob diese aufgehoben und anschließend eine neue – positive oder negative – Sachentscheidung getroffen wird (sog. **Zweitbescheid**).

Sachliche Erwägungen in einem Bescheid, mit dem ein Antrag auf Wiederaufgreifen abgelehnt wird, müssen nicht zwingend ein Indiz für einen Zweitbescheid sein;

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 19).

24. BGH-Urteil vom 18. Febr. 2010 Az. III ZR 295/09

Solange für ein **Grundstück eine Zwangsverwaltung** angeordnet ist, kommt eine ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des **Eigentümers als Zustandsstörer** nicht in Betracht.

25. OVG MV-Beschluss vom 8. Juli 2009 Az. 3 M 84/09

Ein Erbbauberechtigter ist nicht **Rechtsnachfolger** eines – als Handlungsstörer – in Anspruch Genommenen, sondern allenfalls des Eigentümers.

Eine **Zustandsverantwortlichkeit** eines Erbbauberechtigten als Rechtsnachfolger des Eigentümers als Zustandsstörer erstreckt sich nur dann auf ein auf dem Grundstück stehendes Gebäude, wenn dieses Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist.

Ein zivilrechtliches Hindernis kann über eine **Duldungsverfügung** beseitigt werden. Eine solche Duldungsverfügung muss ihrerseits rechtmäßig sein. Dies wiederum setzt voraus, dass die Ausgangsverfügung = Beseitigungsverfügung rechtmäßig ist. Dies gilt auch dann, wenn die Ausgangsverfügung = Beseitigungsverfügung bestandskräftig ist. Eine solche Incident-Überprüfung im Rahmen der Duldungsverfügung wäre nur dann entbehrlich, wenn der Adressat der Duldungsverfügung in dem über die Rechtmäßigkeit der Ausgangsverfügung = Beseitigungsverfügung geführten Rechtsstreit vom Gericht beigeladen worden wäre und somit die Möglichkeit gehabt hätte, Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der Ausgangsverfügung = Beseitigungsverfügung gelten zu machen.

Ein Verweis in der Begründung zur **Anordnung der sofortigen Vollziehung** auf den übrigen Bescheid reicht idR nicht aus, wenn in dem Bescheid keine ausreichende Begründung iSv § 80 Abs. 3 VwGO enthalten ist;

(vgl. dazu auch Ziff. 38 und Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 20).

26. VG Saarlouis-Teilurteil vom 28. Aug. 2009 Az. 6 K 125/09
Bei unzureichenden Sicherungsmaßnahmen ist der **Heimbetreiber sog. Zweckveranlasser** für die Rückbeförderungskosten eines entlaufenden Heimbewohners durch die Polizei.

27. OVG Magdeburg-Beschluss vom 26. Jan. 2010 Az. 1 L 10/10
Begehrt der Zuwendungsempfänger im Rahmen eines Antrags- und anschließenden gerichtlichen Verfahrens die Verlängerung einer Frist, so kann er später nicht einwenden, die **Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG** für die Aufhebung des Zuwendungsbescheides sei nun wegen Fristablaufs verstrichen. Zum einen ist der Zuwendungsempfänger vor dem Erlass eines aufhebenden Bescheides nach § 28 Abs. 1 VwVfG anzuhören; zum andern ist es sachgerecht, die verwaltungsgerichtliche Entscheidung abzuwarten. Erst nach dem Erlass einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung beginnt die **Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG** zu laufen.

28. OVG Magdeburg-Beschluss vom 5. März 2010 1 L 6/10
Der Verstoß gegen Vergabebestimmungen kann den **Widerruf des Subventionsbescheides** rechtfertigen. Der Einwand des **Wegfalls der Bereicherung** kommt nicht in Betracht, wenn sich der Zuwendungsempfänger aus tatsächlichen Gründen wegen der Kenntnis der Rechtswidrigkeit darauf nicht berufen kann.

29. OVG Berlin-Brandenburg-Beschluss vom 6. Okt. 2008 Az. 2 N 129/07

Die Rückforderung einer auf der Grundlage eines **vorläufigen VA** erlangten Leistung kann auf die Rechtsgrundlage des **allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs** gestützt werden. § 49 a Abs. 1 BbgVwVfG ist nicht anwendbar. Außerhalb dieses Bereichs kann auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zurückgegriffen werden.

30. BVerwG-Urteil vom 19. Nov. 2009 Az. 3 C 7/09

Der Vorbehalt der späteren endgültigen Entscheidung stellt einen **vorläufigen VA** dar. Bei der endgültigen Festsetzung der Zuwendung ist die Behörde nicht an die Einschränkungen der §§ 48 und 49 VwVfG gebunden.

Bei einer Zuviel-Zahlung iVm einer Rückforderung ist **§ 49 a Abs. 1 und 3 VwVfG** entsprechend anzuwenden;

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 17).

31. OVG Lüneburg-Beschluss vom 2. Febr. 2009 Az. 1 MB 36/08

Die Jahresfrist beginnt zu laufen, wenn die Behörde die **Rechtswidrigkeit des VA** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennt. Ein **Rechtsirrtum bei der Berechnung der Frist** ist unbeachtlich. Dies gilt auch für einen **fiktiven VA**.

32. BVerwG-Beschluss vom 30. Apr. 2010 Az. 9 B 42/10

Das **Nachschieben von ergänzenden Ermessenserwägungen** im verwaltungsgerichtlichen Verfahren begegnet keinen verfassungs-

rechtlichen Bedenken. Das gilt auch nach dem tlw. Wegfall des Widerspruchsverfahrens in einigen Bundesländern.

Dies ist auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich, weil das Gericht – wenn das Verfahren mit Blick auf die nachgeschobenen Ermessensüberlegungen für erledigt erklärt wird – im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 162 Abs. 2 S. 1 VwGO eine sachgerechte Kostenentscheidung treffen kann; (vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 13).

33. OVG NRW-Beschluss vom 17. Dez. 2008 Az 15 B 1755/08

Ein VA darf – außer nach § 36 Abs. 1 VwVfG – nach **pflichtgemäßem Ermessen** mit einer **Nebenbestimmung** versehen werden. Nicht zulässig ist es jedoch, den VA mit einer Nebenbestimmung zu versehen, durch die erst sichergestellt werden soll, dass die wesentlichen gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass des VA überhaupt vorliegen.

Ein VA darf vielmehr erst dann erlassen werden, wenn unter Beachtung des § 24 VwVfG NRW die **Tatbestandsvoraussetzungen für den Erlass eines VA** gegeben sind:

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 24).

34. BGH-Urteil vom 14. Jan. 2010 Az. VII B 112/08

VG Neustadt-Urteil vom 9. Aug. 2009 Az. 4 K 408/09

Bestimmende Schriftsätze (Klage, etc.) per **E-Mail** benötigen eine **qualifizierte elektronische Unterschrift**. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt an die Stelle der notwendigen Unterschrift. Eine andere Betrachtungsweise kann nur dann in Betracht kommen, wenn aus der Art der Übertragung oder aus den sonstigen Umständen eindeutig ist, dass der Schriftsatz willentlich in den Rechtsverkehr gelangt ist (1) und sicher ist, dass der Schriftsatz eindeutig vom Verfasser stammt (2).

Ein **Widerspruch per einfacher Mail** ist auch bei sachlicher Einlassung der Behörde unzulässig.

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 25 und 26).

35. BFH-Urteil vom 20. Nov. 2008 Az. III R 66/07

Ein Steuerbescheid, der vor dem Datum des Bescheides zugestellt wird, ist wirksam bekannt gegeben. Die **Einspruchsfrist beginnt mit dem Tag der Bekanntgabe des Bescheides** zu laufen.

Versäumt der Empfänger aus diesen Gründen jedoch die Frist zur Einlegung, so ist regelmäßig **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** zu gewähren.

36. OVG NRW-Beschluss vom 20. Jan. 2009 Az. 5 A 1162/07 A.

Das **Empfangsbekanntnis** erbringt als **öffentliche Urkunde** den vollen Beweis für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks (1) sowie für den Zeitpunkt der Zustellung (2).

37. BVerwG-Urteil vom 25. Sept. 2008 Az. 7 C 5/08

Hat die Behörde **keine ausreichenden Ermittlungen** getroffen, so ist der Sofortvollzug idR nicht notwendig. Damit liegen die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 VwVG NRW für einen **Sofortvollzug** nicht vor. Die **Ersatzvornahme** ist daher rechtswidrig.

Die **Kosten der Ersatzvornahme** können daher nicht geltend gemacht werden.

Eine Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme über das „**Institut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auf-**

trag“ scheidet ebenfalls aus. Die vollstreckungsrechtlichen Kostenvorschriften sind abschließend.

38. OVG Saarland-Beschluss vom 30. Juni 2009 Az. 2 B 367/09
Bei der **Anordnung der sofortigen Vollziehung** reicht für § 80 Abs. 3 VwGO eine nur **formelhafte Begründung** nicht aus; vgl. auch Ziff. 25.

39. OVG Magdeburg-Beschluss vom 7. Nov. 2008 Az. 4 L 240/07
Wurde die **aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs** gegen einen Abgabenbescheid vom VG angeordnet und lässt sich weder dem Tenor noch der Begründung des Beschlusses entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die aufschiebende Wirkung gilt, so ist idR davon auszugehen, dass sie auf den **Zeitpunkt des Erlasses des Abgabenbescheides** zurückwirkt.

Fällt danach der Suspensiveffekt durch eine aufhebende Entscheidung des Gerichts wieder weg, so ist die Behörde nicht berechtigt, **Säumniszinsen für den Zeitraum ab Erlass des Abgabenbescheides** zu erheben.

40. VG Aachen-Urteil vom 9. Mai 2006 Az. 6 K 506/06
Die **Androhung eines einheitlichen Zwangsgeldes** im Hinblick auf eine Vielzahl unterschiedlicher Handlungspflichten ist keine taugliche Grundlage für eine spätere Zwangsgeldfestsetzung, wenn nicht erkennbar ist, für welchen Verstoß gegen welche Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht ein Zwangsgeld in welcher Höhe angedroht ist.

41. OVG Bautzen-Beschluss vom 4. Nov. 2003 Az. 4 BS 332/03
Die **Androhung eines weiteren Zwangsgeldes** führt weder zur Rechtswidrigkeit noch zur Erledigung von zuvor erlassenen Zwangsgeldandrohungen und/oder – festsetzungen.

42. BVerwG-Urteil vom 25. Sept. 2008 Az. 7 C 5/08
Ein VA bleibt solange **wirksam, solange er nicht erledigt** ist. Allein der **Vollzug eines** – einem Handlungspflichtigen – auferlegten VA führt nicht zu dessen Erledigung; und zwar auch dann nicht, wenn hiermit irreversible Tatsachen geschaffen werden.

Von einem VA, mit dem Handlungspflichten auferlegt werden, die im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt werden können, gehen weiterhin rechtliche Wirkungen aus für das Vollstreckungsverfahren. Der VA bildet nämlich die **Grundlage für den nachfolgenden Kostenbescheid**.

IdR setzt die Kostenerstattung keine rechtmäßige, sondern nur eine **rechtswirksame Grundverfügung** voraus.

43. OVG RheinPf-Urteil vom 25. Nov. 2009 Az. 8 A 10502/09
Eine mit einem **GrundVA verbundene Zwangsmittelandrohung** ist rechtswidrig, wenn die Behörde nicht gleichzeitig mit der Grundverfügung eine mögliches Vollstreckungshindernis durch den **Erlass einer Duldungsverfügung** ausräumt.

44. BVerwG-Urteil vom 25. Sept. 2008 Az. 7 C 5/08
Hat die Behörde **keine ausreichenden Ermittlungen** getroffen, so ist der Sofortvollzug idR nicht notwendig. Damit liegen die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 VwVG NRW für einen **Sofortvollzug** nicht vor. Die Ersatzvornahme ist daher rechtswidrig.

Die **Kosten der Ersatzvornahme** können daher nicht geltend gemacht werden.

Eine Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme über das **„Institut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag“**

scheidet ebenfalls aus. Die vollstreckungsrechtlichen Kostenvorschriften sind abschließend.

45. OVG NRW-Beschluss vom 17. Dez. 2008 Az. 15 B 1755/08
Lediglich eine **Androhung eines Zwangsmittels**, nicht aber eine **Festsetzung darf mit einem GrundVA** verbunden werden.

III. Widerspruchsverfahren

46. BVerfG-Beschluss vom 10. Sept. 2009 Az. 1 BvR 814/09
Es kann nicht als in der Rechtsprechung gesichert angesehen werden, dass die **Aufstellung eines Verkehrszeichens** bereits nach 1 Jahr nicht mehr angefochten werden kann. Die Frage, wann die **Frist für die Erhebung eines Widerspruchs** gegen die Aufstellung eines Verkehrszeichens abgelaufen ist, ist vom BVerwG noch nicht abschließend geklärt.

47. BVerwG-Urteil vom 28. Apr. 2009 Az. 2 A 8/08
Die Ausgangsbehörde, die einen VA als rechtswidrig erkennt, hat ein **Wahlrecht zwischen Abhilfe** nach § 72 VwGO und **Aufhebung** nach § 48 VwVfG außerhalb des Rechtsbehelfsverfahrens. Diese Entscheidung muss sie nach pflichtgemäßem Ermessen treffen. Sieht sie von einer für sie kostenpflichtigen Abhilfe nur dann ab, um den **Kostenerstattungsanspruch** zu umgehen, ist diese **behördliche Formenwahl unbeachtlich** und tatsächlich und rechtlich von einer Abhilfeentscheidung mit Kostenfolge für die Behörde auszugehen.

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 35).

48. VGH Mannheim-Beschluss vom 12. Nov. 2001 Az. 11 S 1594/01

Ausgangs- und Widerspruchsbescheid bilden eine Einheit, wobei der **Widerspruchsbescheid als „letztes Wort der Verwaltung“** dem Bescheid in seinem Tenor (1) sowie in seiner Begründung (2) seine maßgebliche Gestalt gibt. Ändert die Widerspruchsbehörde den Bescheid, so ist der „umgestaltete Bescheid“ in der Fassung des Widerspruchsbescheides Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung. Beantragt ein RA beim VG die aufschiebende Wirkung und übersendet er der Behörde eine **Abschrift dieses Antrags** mit der Bitte, keine Vollstreckungsmaßnahmen einzuleiten, so liegt darin in der Regel **kein Widerspruch**.

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 41).

49. OVG Bautzen-Beschluss vom 27. Jan. 2010 Az. 2 A 626/08
IdR ist in der Rechtsbehelfsbelehrung der **Sitz der Widerspruchsbehörde** anzugeben. Auf andere Unterlagen kann ausnahmsweise dann zurückgegriffen werden, wenn daraus der Sitz der Widerspruchsbehörde ohne Zweifel ermittelt werden kann.

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 36).

50. OVG NRW-Beschluss vom 4. März 2009 Az. 5 A 924/07
Eine Rechtsmittelbelehrung ist unrichtig iSv § 58 Abs. 2 VwGO, wenn sie auf den **„Fristablauf“** ab **„Bekanntgabe“** hinweist, aber der Bescheid aufgrund behördlicher Anordnung mittels Einschreibens **zugestellt** wird (allerdings zum alten LZG NRW!).

51. BGH-Beschluss vom 12. März 2009 Az. V ZB 71/08

Ein Rechtsmittel kann nicht **telefonisch zu Protokoll der Geschäftsstelle** erklärt werden.

52. OVG Weimar-Urteil vom 21. Juli 2010 Az. 4 KO 173/08

Die Entscheidung der Widerspruchsbehörde, einen Bescheid über einen Straßenausbaubeitrag neu zu berechnen und gegenüber dem Widerspruchsführer zu erhöhen (sog. **Verböserung**), ist rechtswidrig. Die Thüringische Kommunalverfassung ist in Selbstverwaltungsangelegenheiten auf eine **reine Rechtsaufsicht** beschränkt und ermächtigt nicht zur eigenständigen Entscheidung in der Sache.

53. BVerwG-Urteil vom 28. Febr. 2002 Az. 7 C 17/01

Die Ausgangsbehörde ist zu einer **isolierten Aufhebung des Widerspruchsbescheides** nicht befugt. Die Ausgangsbehörde kann nur den Ausgangsbescheid idF des Widerspruchsbescheides aufheben. Dazu ist jedoch Voraussetzung, eine ermessenssachgerechte Entscheidung zu treffen.

(vgl. dazu auch Beckmann, Neue Rechtsprechung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, DVP 2005 S. 80 ff. Ziff. 41 und 42).

54. BVerwG-Urteil vom 19. Febr. 2009 Az. 2 C 56/07

Wird eine zusichernde Behördenentscheidung auf den Widerspruch eines Dritten im Widerspruchsbescheid aufgehoben, so muss vor Klageerhebung **kein weiteres Widerspruchsverfahren** durchgeführt werden.

IV. Sonstiges**55. VG Frankfurt-Urteil vom 7. Dez. 2009 Az. 1 K 2786/09**

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten ist nicht zu bejahen, wenn der Bevollmächtigte nur deshalb eingeschaltet wurde, um der „**Behörde Beine zu machen**.“

56. VG Dessau-Urteil vom 2. Febr. 2004 Az. 3 A 55/03 DE

§ 80 SachAnhVwVfG ist auch in **abgaberechtlichen Angelegenheiten** anwendbar.

57. OVG Lüneburg-Beschluss vom 31. Juli 2008 Az. 7 LA 53/08

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist trotz ihrer partiellen Rechtsfähigkeit nach dem Zivilrecht (BGHZ 146 S. 341 ff.) nicht selbst Gewerbetreibende im Sinne der Gewerbeordnung und kann daher **nicht Adressat einer Gewerbeuntersagung** sein.

Fallbearbeitungen

Gerhard Lange*

Die sprunghafte Beförderung in der Kreisverwaltung

– Fallbearbeitung aus dem Beamtenrecht NRW –

A. Sachverhalt

Beim nordrhein-westfälischen Kreis Rundlingen (270.000 Einwohner) ist die im Stellenplan nach Besoldungsgruppe B 2 ausgewiesene Stelle des Leiters des Gesundheitsamtes seit einem Jahr vakant. Sie wird sodann innerhalb der Kreisverwaltung ausgeschrieben. Aus den fünf nach einer Vorauswahl zum Auswahlverfahren geladenen Bewerberinnen und Bewerbern geht Dr. Karl Sternau (S) als bester Kandidat hervor. S (50 Jahre alt) ist seit 10 Jahren als Kreismedizinaldirektor stellvertretender Leiter des Gesundheitsamtes des Kreises Rundlingen und ist der mit Abstand am besten dienstlich beurteilte Arzt in der Kreisverwaltung. Parallel hat S sich auch auf die Stelle des Gesundheitsamtsleiters in der kreisfreien Stadt Rheinburg (605.000 Einwohner), seinem Wohnort, beworben und war auch dort mit seiner Bewerbung erfolgreich; die Stelle in Rheinburg ist nach Besoldungsgruppe B 3 bewertet. Beim Kreis Rundlingen besteht im Hinblick auf die fachliche Kompetenz von S und seine Kenntnis der örtlichen Verhältnisse im Kreis großes Interesse, ihn zu halten. Aus diesem Grunde wird S sofort zum Leiter des Kreisgesundheitsamtes bestellt und ohne Mitwirkung des Landespersonalausschusses zum Leitenden Kreismedizinaldirektor in der Besoldungsgruppe B 3 ernannt; die Bewerbung bei der Stadt Rheinburg zieht er zurück. Der Stellenplan weist zwar nur eine Bewertung der Stelle nach Besoldungs-

gruppe B 2 aus, die Bewertung soll aber zum nächstjährigen Haushalt entsprechend angepasst werden. Eine Beteiligung des Personalrates und der Gleichstellungsbeauftragten sind „wegen der Dringlichkeit“ unterblieben. Der Tenor der von der Kreisdirektorin unterzeichneten und dem S ausgehändigten Ernennungsurkunde lautet: „Herr Kreismedizinaldirektor Dr. Karl Sternau wird zum Leitenden Kreismedizinaldirektor in einem Amt der Besoldungsgruppe B 3 ernannt“. Die Hauptsatzung des Kreises Rundlingen enthält keine Regelungen über beamtenrechtliche Entscheidungen.

B. Aufgabe

Prüfen Sie, ob die Ernennung rechtmäßig erfolgt ist! Gehen Sie dabei auch auf die Folgen festgestellter Fehler und die auf Grund dessen zu veranlassenden Maßnahmen ein!

C. Bearbeitungshinweise

1. Auszug aus der in NRW fortgeltenden Fassung des **BBesG**:

§ 2 Regelung durch Gesetz

(1) Die Besoldung der Beamten, Richter und Soldaten wird durch Gesetz geregelt.

§ 20 Besoldungsordnungen A und B

(1) Die Ämter der Beamten und Soldaten und ihre Besoldungs-

* Städt. Verwaltungsdirektor Gerhard Lange ist bei der Landeshauptstadt Düsseldorf, u.a. am dortigen Studieninstitut für kommunale Verwaltung, tätig

gruppen werden in Bundesbesoldungsordnungen oder in Landesbesoldungsordnungen geregelt. ...

§ 23 Eingangämter für Beamte

(1) Die Eingangämter für Beamte sind folgenden Besoldungsgruppen zuzuweisen:

...

4. in Laufbahnen des höheren Dienstes der Besoldungsgruppe A 13.

Bundesbesoldungsordnungen A und B Vorbemerkungen

I. Allgemeine Vorbemerkungen

1. Amtsbezeichnungen

(2) Die in der Bundesbesoldungsordnung A gesperrt gedruckten Amtsbezeichnungen sind Grundamtsbezeichnungen. Den Grundamtsbezeichnungen können Zusätze, die

1. auf den Dienstherrn oder den Verwaltungsbereich,
2. auf die Laufbahn,
3. auf die Fachrichtung

hinweisen, beigefügt werden. Die Grundamtsbezeichnungen „Rat“, „Oberrat“, „Direktor“ und „Leitender Direktor“ dürfen nur in Verbindung mit einem Zusatz nach Satz 2 verliehen werden.

2. Auszug aus dem Landesbesoldungsgesetz (LBesG) NRW:

§ 2 Landesbesoldungsordnungen

Die Zuordnung der bundesrechtlich nicht geregelten Ämter zu den Besoldungsgruppen der Besoldungsordnungen A und B, die Amtsbezeichnungen in diesen Ämtern und die Gewährung besonderer landesrechtlicher Zulagen richten sich nach der Anlage 1 – Landesbesoldungsordnungen –.

Landesbesoldungsordnung B Vorbemerkungen

Nr. 1.5 Auf die Amtsbezeichnung „Leitender Direktor“ in den Besoldungsgruppen B 2 und B 3 ist Nummer 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B entsprechend anzuwenden.

Besoldungsgruppe B 2

Leitender Direktor ...

– als Leiter einer großen und bedeutenden Organisationseinheit einer Kreisverwaltung –

Besoldungsgruppe B 3

Leitender Direktor

– als Leiter eines besonders großen und besonders bedeutenden Amtes der Verwaltung einer Stadt mit mehr als 600.000 Einwohnern sowie der Landeshauptstadt Düsseldorf – (Nach näherer Bestimmung durch den Stellenplan in höchstens drei Stellen.)

D. Lösung

I. Rechtmäßigkeit der Ernennung

Die Ernennung ist rechtmäßig, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür vorgelegen haben.

Mit der Ernennung wurde dem S im Vergleich zu seinem bisher bekleideten Amt ein Amt mit anderer Amtsbezeichnung (Leitender Städtischer Medizinaldirektor, bisher Städtischer Medizinaldirektor)

und anderem/höherem Endgrundgehalt (§ 20 Abs. 1 Satz 1 BBesG i.V.m. Landesbesoldungsordnung B, Nr. 1.5 der Vorbemerkungen, Besoldungsgruppe B 3 – Leitender Direktor –; bisher § 20 Abs. 1 Satz 1 BBesG i.V.m. Bundesbesoldungsordnung A, Nrn. 1, 2 und 3 der Vorbemerkungen, Besoldungsgruppe A 15 – Direktor –) verliehen (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamtStG), wobei es sich um eine Beförderung handelt (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 LBG NRW/§ 3 Satz 1 Nr. 1 LVO NRW).

1. Materielle Voraussetzungen

Diese Beförderung durfte nur erfolgen, wenn keine Beförderungsverbote vorgelegen haben.

a) Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LBG NRW/§ 10 Abs. 2 lit. b LVO NRW ist eine Beförderung frühestens ein Jahr seit der letzten Beförderung zulässig. Dies gilt jedoch nur, wenn das mit der letzten Beförderung verliehene Amt regelmäßig zu durchlaufen war (§ 20 Abs. 4 LBG NRW/§ 10 Abs. 1 Satz 1 LVO NRW). Nach § 10 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz LVO NRW sind grundsätzlich alle Ämter der Besoldungsordnung A regelmäßig zu durchlaufen. Da S jedoch bereits seit zehn Jahren das Amt eines Kreismedizinaldirektors, also ein Amt der Besoldungsgruppe A 15 (Bundesbesoldungsordnung A, Nr. 1 Abs. 2 Sätze 1, 2 und 3 der Allgemeinen Vorbemerkungen, Besoldungsgruppe A 15 – Direktor –) innehat, ist die einjährige Wartefrist eingehalten.

b) Des Weiteren dürfen regelmäßig zu durchlaufende Ämter nicht übersprungen werden. Dies ist hier jedoch geschehen, da S ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 hätte durchlaufen müssen; bezüglich des regelmäßigen Durchlaufens eines Amtes der Besoldungsgruppe B 2 ist eine entsprechende Festlegung der obersten Aufsichtsbehörde (§ 10 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 2, 2. Halbsatz LVO NRW) nicht ersichtlich.

c) Nach § 20 Abs. 3 Satz 1 LBG NRW/§ 10 Abs. 4 Satz 1 LVO NRW darf vor Ablauf einer Erprobungszeit auf dem höherwertigen Dienstposten, die in Laufbahnen des höheren Dienstes neun Monate beträgt (§ 10 Abs. 4 Satz 3 lit. c LVO NRW), keine Beförderung erfolgen. Da der Dienstposten des Leiters des Kreisgesundheitsamtes seit einem Jahr vakant war, kann davon ausgegangen werden, dass S als stellvertretender Amtsleiter in dieser Zeit die Aufgaben des Dienstpostens wahrgenommen und sich somit bereits bewährt hat.

d) Für die Verleihung eines Amtes der Besoldungsgruppe A 16 und höher muss S eine sechsjährige Dienstzeit (§ 41 Abs. 2 LVO NRW), gerechnet vom Zeitpunkt der Beendigung der Probezeit in der Laufbahngruppe des höheren Dienstes (§ 11 Satz 1, 1. Halbsatz LVO NRW), abgeleistet haben. Da S bereits seit mindestens zehn Jahren ein Beförderungsamts im höheren Dienst bekleidet (vgl. § 23 Abs. 1 Nr. 4 BBesG) und Beförderungen grundsätzlich nur außerhalb der Probezeit zulässig sind (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LBG NRW/§ 10 Abs. 2 Satz 1 lit. a LVO NRW), ist das Dienstzeiterfordernis erfüllt.

e) Da S als mit Abstand bester Bewerber aus dem Auswahlverfahren hervorgegangen ist, bestehen im Hinblick auf das Leistungsprinzip (§ 9 BeamtStG) keine Bedenken. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass sich das Auswahlverfahren nur auf eine Stelle mit der Bewertung B 2 bezog. Da S allerdings der am besten beurteilte Arzt in der Kreisverwaltung ist, hätte es auch bei einer internen Ausschreibung mit der Bewertung B 3 mit eventuell größerem Bewerberkreis im Auswahlverfahren keinen besseren Bewerber geben können.

f) Nach § 49 Abs. 3, 1. Halbsatz i.V.m. § 53 Abs. 1 KrO NRW, § 8 Abs. 1 Satz 1 GemHVO NRW bedurfte es zum Zeitpunkt der Beförderung einer entsprechend bewerteten Planstelle. Daran fehlt es hier, da die Stelle nur nach Besoldungsgruppe B 2 ausgewiesen ist; die Absicht, zukünftig die Bewertung anzuheben, reicht nicht aus.

2. Formelle Voraussetzungen

a) Die Entscheidung über die Ernennung sowie die Unterzeichnung der Ernennungsurkunde obliegen nach § 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 LBG NRW, §§ 49 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KrO NRW dem Landrat des Kreises Rundlingen, der hierbei durch die Kreisdirektorin als seine allgemeine Vertreterin (§ 47 Abs. 1 Satz 3 KrO NRW) vertreten werden kann. Da die Hauptsatzung keine beamtenrechtlichen Regelungen enthält, ist von der Möglichkeit der Übertragung beamtenrechtlicher Entscheidungsbefugnisse auf den Kreistag oder den Kreisausschuss (§ 49 Abs. 1 Satz 3 KrO NRW) kein Gebrauch gemacht worden. Die erforderliche Aushändigung der Ernennungsurkunde (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BeamtStG) kann unterstellt werden.

b) Der Beteiligung des Personalrates bedarf es bei einer Beamtenstelle der Besoldungsgruppe B 3 nicht (§ 72 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz Nr. 2 LPVG NRW). Mit der erfolgten Ausschreibung hat ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren (vgl. §§ 8 ff. LGG NRW) stattgefunden. In eiligen Fälle sind vorläufige Maßnahmen ohne Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten möglich (§ 18 Abs. 3 Satz 3 LGG NRW); eine Ernennung ist jedoch eine endgültige Entscheidung, so dass es hier an der erforderlichen Unterrichtung und Anhörung der Gleichstellungsbeauftragten (§ 18 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Nr. 1 LGG NRW) fehlt.

c) Fraglich ist, ob die dem S ausgehändigte Ernennungsurkunde den Anforderungen des § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BeamtStG entspricht. Danach muss bei der Verleihung eines Amtes in der Ernennungsurkunde die Amtsbezeichnung des verliehenen Amtes aufgeführt sein. Zwar ist in der Ernennungsurkunde die Amtsbezeichnung „Leitender Kreismedizinaldirektor“, also die Grundamtsbezeichnung „Leitender Direktor“ mit auf den Dienstherrn („Kreis-“) und die Fachrichtung („-medizinal-“) verweisenden Zusätzen enthalten (vgl. Nr. 1.5 der Vorbemerkungen zur Landesbesoldungsordnung B i.V.m. Nr. 1 Abs. 2 Sätze 1, 2 und 3 der Allgemeinen Vorbemerkungen zur Bundesbesoldungsordnung A). Mit der Ernennung sollte aber dem S ein Amt der Besoldungsgruppe B 3 verliehen werden, was jedoch nach der Landesbesoldungsordnung B ausschließlich Städten ab einer Einwohnerzahl von über 600.000 oder der Landeshauptstadt vorbehalten ist. Bei den Kreisen steht nach der Landesbesoldungsordnung B für Beamte mit der Grundamtsbezeichnung „Leitender Direktor“ maximal die Besoldungsgruppe B 2 zur Verfügung. Eine analoge Anwendung bezüglich der Besoldungsgruppe B 3 scheidet schon wegen der wesentlich geringeren Einwohnerzahl des Kreises aus, im Übrigen lässt die in § 2 Abs. 1 BBesG vorgegebenen Gesetzesstrenge keine Ausweitung der verleihbaren Ämter im Wege einer Analogie zu. Die Ernennung des S ist daher auf einen Status gerichtet ist, der nicht möglich ist, weil dem S ein Amt übertragen wurde, das das Besoldungsrecht nicht kennt. Ist indessen ein solches Amt in der Ernennungsurkunde aufgeführt, so ist die Amtsbezeichnung des verliehenen Amtes nicht im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BeamtStG ordnungsgemäß in der Ernennungsurkunde enthalten; es fehlt dann an der korrekten Angabe der Amtsbezeichnung. Dies macht die Ernennung fehlerhaft (so bezüglich einer ernennungsähnlichen Maßnahme nach LBG NRW a.F. VG Gelsenkirchen, Urt. vom 15.04.2008 – 12 K 689/07 –).

Ergebnis: Die Ernennung ist wegen Überspringen eines Beförderungsamtes, wegen Fehlens einer entsprechenden Planstelle, wegen fehlender Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten sowie wegen „Fehlens“ der Amtsbezeichnung in der Ernennungsurkunde rechtswidrig.

II. Fehlerfolgen und zu veranlassende Maßnahmen

1. Nichtigkeit

Die Ernennung könnte wegen der fehlerhaften Angabe der Amts-

bezeichnung nichtig sein. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG ist eine Ernennung nichtig, wenn sie nicht der in § 8 Abs. 2 BeamtStG vorgeschriebenen Form entspricht. Dieser Nichtigkeitsgrund liegt hier vor und kann auch nicht nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 BeamtStG nachträglich geheilt werden kann. Die Nichtigkeit ist festzustellen und dies dem S im Wege der Zustellung mitzuteilen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 106 LBG NRW). Das nach § 18 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz LBG NRW im Ermessen stehende Verbot der Weiterführung der Dienstgeschäfte kann unterbleiben, da die erfolgte Übertragung der Funktion des Leiters des Kreisgesundheitsamtes an S unabhängig von der Ernennung ist. S ist zuvor anzuhören (§ 28 Abs. 1 VwVfG NRW). Zuständig für die Feststellung der Nichtigkeit ist der Landrat (§ 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 LBG NRW, § 49 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KrO NRW).

2. Rücknahme

Bezüglich der Ernennung könnte darüber hinaus wegen des Überspringens eines Beförderungsamtes ein Rücknahmegrund vorliegen. Nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG ist die Ernennung zurückzunehmen, wenn eine durch Landesrecht vorgeschriebene Mitwirkung einer unabhängigen Stelle oder einer Aufsichtsbehörde unterblieben ist und nicht nachgeholt wurde. Eine Sprungbeförderung bedarf nach § 20 Abs. 5 LBG NRW/§§ 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 LVO NRW der Zustimmung des Landespersonalausschusses, der eine unabhängige Stelle ist (§ 97 Abs. 1 Satz 1 LBG NRW). Diese lag hier nicht vor und kann wegen der Unzulässigkeit der Verleihung eines Amtes der Besoldungsgruppe B 3 auch nicht nachgeholt werden, so dass ein Rücknahmegrund gegeben ist. Nach § 18 Abs. 2 LBG NRW ist die Rücknahme innerhalb von sechs Monaten auszusprechen, nachdem die dienstvorgesezte Stelle von der Ernennung und dem Grund der Rücknahme Kenntnis erlangt hat. Da aber die Ernennung nichtig ist, erübrigt sich über die Nichtigkeitsfeststellung hinaus eine Rücknahme, wobei aber in der Begründung der Nichtigkeitsfeststellung zweckmäßigerweise auch etwas zu den die Rücknahme ermöglichenden Fehlern ausgeführt werden sollte. Es kann aber auch – vorsorglich für den Fall, dass das bezüglich der Nichtigkeit gefundene Ergebnis keinen Bestand haben sollte – neben der Feststellung der Nichtigkeit hilfsweise die Rücknahme der Ernennung verfügt werden. S ist, soweit dies möglich ist, zuvor zu hören (§ 18 Abs. 2 Satz 2 LBG NRW). Zuständig für die Rücknahme ist der Landrat (§ 2 Abs. 4 Sätze 1 und 2 LBG NRW, § 49 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KrO NRW).

3. Belassung der gewährten Leistungen

Die dem S auf Grund der Ernennung gewährten Leistungen können ihm trotz Nichtigkeit und Rücknehmbarkeit belassen werden (§ 18 Abs. 1 Satz 5, Abs. 2 Satz 4 LBG NRW). In Hinblick darauf, dass es sich bei S um einen leistungsstarken Beamten handelt und er die Annahme der nach B 3 bewerteten Stelle in der Stadt Rheinburg abgesagt hat, sollte diesbezüglich zu seinen Gunsten entschieden werden und von Rückforderungen abgesehen werden.

4. Folgenlose Fehler

Da die Voraussetzungen für Nichtigkeit und Rücknahme einer Ernennung im LBG NRW abschließend geregelt sind, das Fehlen einer entsprechenden Planstelle sowie die fehlende Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten dort nicht als Nichtigkeits- oder Rücknahmegrund genannt sind, bleiben diese beiden Fehler bezüglich der Ernennung folgenlos.

Ergebnis: Die Nichtigkeit der Ernennung ist festzustellen; daneben kann hilfsweise deren Rücknahme verfügt werden.

NewNet muss abnehmen und zahlen?

Der Schwerpunkt des Falls liegt in der Grundrechtsprüfung, wobei neben den Grundrechten aus den Artikeln 12, 14, 3 und 2 GG, die Zulässigkeit der Urteils-Verfassungsbeschwerde zum Gegenstand gemacht wird.

SACHVERHALT

Der Netzbetreiber NewNet GmbH (NN GmbH) betreibt mit Sitz in Braunschweig im Land Niedersachsen ein Netz auf der Mittelspannungsebene. Die Wind AG (WAG) möchte ihren Strom bei NewNet einspeisen und verlangt die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Die WAG begründet ihr Bestreben damit, dass das Netz der NN GmbH am nächsten zum Windpark der WAG liege.

Die NN GmbH weigert sich. Sie hält nichts von erneuerbaren Energien. Es kann doch wohl nicht möglich sein, einfach in ihr Recht auf freie Entfaltung ihres Berufes einzugreifen. Zudem befindet sich das besagte Netz in ihrem Eigentum. Darüber hinaus würden Netzbetreiber in Bayern selten gezwungen, erneuerbare Energien einzuspeisen. Insofern liege eine Ungleichbehandlung vor. Ferner sei die Vergütungsverpflichtung im EEG eine unzulässige Sonderabgabe.

Die Unternehmensführung ist der Auffassung, dass die Regelungen im EEG gegen Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 und 2 Abs. 1 i. V. m. 105 ff. GG verstoßen. Deshalb müsse die NN GmbH auch nicht den Forderungen der WAG Folge leisten. Die WAG setzt ihr Ansinnen gegenüber der NN GmbH letztinstanzlich vor dem Bundesgerichtshof – BGH – durch, womit die NN GmbH getragen durch die Vorschriften des EEG (insbes. §§ 1, 8, 16 ff. EEG) nach Rechtskraft des Urteils vom 22.11.2010 verpflichtet wird, den Strom der WAG in ihr Mittelspannungsnetz aufzunehmen und die von der WAG gewünschte Vergütung nach dem EEG an das besagte Windenergieunternehmen zu entrichten. Das Urteil wird der Geschäftsführung der NN GmbH am 25.11.2010 ordnungsgemäß zugestellt. Die Geschäftsführung ist empört und legt über ihren Rechtsanwalt am Montag, dem 01.12.2010 mit ordnungsgemäßer Begründung, schriftlich Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht ein.

Wie beurteilen Sie die Erfolgsaussicht?

LÖSUNG

Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8 a, 90, 92 ff. BVerfGG)

Die NN GmbH hat hinsichtlich der mutmaßlichen Verletzung ihrer Grundrechte eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8 a, 90, 92 ff. BVerfGG zum Bundesverfassungsgericht eingelegt.

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

* Ass. iur. Marcel Wemdzio, LL.M. und Ass. iur. Ralf Ramin sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften (Professor Dr. Edmund Brandt) an der Technischen Universität Braunschweig. Der Fall wurde dort im Rahmen der Vorlesung Recht der erneuerbaren Energien im Wintersemester 2010/2011 als Klausur vorgestellt und bearbeitet.

I. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit ist gegeben, wenn der Antrag die für die Verfassungsbeschwerde erforderlichen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt.

1. Beschwerdefähigkeit

Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG ist „jedermann“ berechtigt Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht einzulegen.

Eine Einschränkung hinsichtlich der Beschwerdefähigkeit ergibt sich damit nur aus der Trägerschaft der jeweiligen Grundrechte.

Anders als beispielsweise das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), welches als sog. Deutschen-Grundrecht nur deutschen Staatsbürgern im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG und im Rahmen des vorrangigen Diskriminierungsverbotes bzw. der europarechtskonformen Auslegung nationaler Rechtsnormen zudem den Unionsbürgern im Sinne des Art. 20 Abs. 1 AEUV (ex.-Art. 17 Abs. 1 EGV) gewährt wird¹, sind die in Frage stehenden Grundrechte aus Art. 14, 2 und 3 GG von ihrer Trägerschaft her uneingeschränkt; sie werden daher auch als Jedermanns-Grundrechte bezeichnet.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie nach ihren Wesen auf sie anwendbar sind. Die NN GmbH ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine juristische Person (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG), die mit Sitz in Braunschweig in Deutschland (Niedersachsen) ihre Geschäfte betreibt. Zudem finden die Grundrechte der Gewährleistung der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG),² der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG),³ der Gleichheit nach Art. 3 Abs. 1 GG⁴ sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG⁵ ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen Anwendung, sodass die NN GmbH nach § 90 Abs. 1 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG beschwerdefähig ist.

2. Beschwerdegegenstand

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG und § 90 BVerfGG kommen als Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde nur Akte der

- ¹ So insges. *Di Fabio* – M/D-GG-Komm, (55. ErgLief.) 2009, Art. 2 Rn. 32; siehe aber auch Ehlers, JZ 1996, 776 (781); Breuer, Isensee/Kirchhof – HbStR –, 2. Aufl. 2001, § 147 Rn. 21; a.A. u.a. Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 (1081 ff.); Lücke, EuR 2001, 112 (113 ff.), die den Unionsbürgern die Rechte des Art. 12 Abs. 1 GG zwar im vollen Umfang gewähren wollen, aber den Schutz im Rahmen der europarechtskonformen Rechtsfortbildung den Staatsbürger der Europäischen Union über Art. 2 Abs. 1 GG zukommen lassen. Andere ausländische Staatsangehörige können Grundrechte hinsichtlich der beruflichen Freiheit nur im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beanspruchen, wofür bei ihnen allerdings bereits die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung (einfacher Gesetzesvorbehalt) als rechtfertigende Einschränkungsmöglichkeit dieses Rechts besteht, BVerfGE 78, 179 (196 f.); *Di Fabio* a.a.O. Art. 2 Rn. 32 f.; aber auch aus BVerfGE 35, 382 (399); VGH Kassel NVwZ-RR 2002, 501 f.
- ² Vgl. BVerfGE 21, 261 (266); 115, 205 (229), *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, GG-Komm, 2009, Art. 12 Rn. 38.
- ³ Vgl. BVerfGE 4, 7 (17); 50, 290 (351 f.), *Axer*, in: Epping/Hillgruber, (Fn. 2) Art. 14 Rn. 37.
- ⁴ Vgl. BVerfGE 3, 383 (390 f.); 21, 362 (369), *Enders*, in: Epping/Hillgruber, (Fn. 2) Art. 19 Rn. 42.
- ⁵ Vgl. BVerfGE 10, 89 (99); 113, 29 (45); *Lang*, in: Epping/Hillgruber, (Fn. 2) Art. 2 Rn. 19.

öffentlichen Gewalt in Betracht. Hierunter fallen alle Maßnahmen der deutschen unmittelbaren und mittelbaren Staatsgewalt; also der Legislative, der Exekutive und der Judikative.

Das Urteil des BGH ist als Akt der Judikative tauglicher Beschwerdegegenstand.

3. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugt im Verfahren der Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 90 Abs. 1 BVerfGG nur, wer behauptet, durch die deutsche, öffentliche Gewalt in einem Grundrecht oder in einem anderen im Grundgesetz genannten Rechte verletzt zu sein. Aus dem Tatsachenvortrag des Beschwerdeführers muss sich ergeben, dass die geltend gemachte Grundrechts- oder sonstige Rechtsverletzung aus dem Grundgesetz zumindest möglich erscheint.⁶ Der Beschwerdeführer muss substantiiert behaupten, selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seiner grundrechtlich geschützten Position betroffen zu sein.⁷

Selbstbetroffenheit bedeutet, dass der rechtsrelevante Akt gerade den Beschwerdeführer betreffen muss, was immer dann vorliegt, wenn der Beschwerdeführer Adressat des Verhaltens der öffentlichen Hand ist.⁸ Das Urteil des BGH erging gegen die NN GmbH. Das Unternehmen ist damit Adressat des in Frage stehenden Judikativakts.

Die gegenwärtige Betroffenheit verlangt, dass der Beschwerdeführer auf der einen Seite nicht bloß virtuell, also irgendwann einmal in der Zukunft betroffen sein wird.⁹ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ist demnach grundsätzlich, dass zum Zeitpunkt ihrer Erhebung die angegriffene Maßnahme Gültigkeit aufweist.¹⁰ Die unmittelbare Betroffenheit fehlt regelmäßig¹¹ dann, wenn der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen weiteren, besonderen Vollzugsakt voraussetzt.¹²

Mit dem BGH-Urteil vom 22.11.2010 liegt zu Lasten der NN GmbH ein vollstreckbarer Titel (§ 794 ZPO) gegen die Beschwerdeführerin – Bf. – vor, der ihr gegenüber unmittelbare und gegenwärtige Wirkung entfaltet.

Die Bf. rügt mit der Verletzung seiner Rechte aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 2 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 105 ff. GG die Verletzung von Grundrechten. § 90 Abs. 1 BVerfGG sieht die Verfolgung von Grundrechtsverletzungen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde vor. Hinsichtlich des auf die Regelungen im EEG gestützten Urteils des BGH erscheint es möglich, dass die NN GmbH i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG in ihren besagten Grundrechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

4. Frist, § 93 Abs. 1 BVerfGG

Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil muss gemäß § 93 Abs. 1 BVerfGG binnen eines Monats nach Zustellung der Entscheidung erhoben werden.

Die Monatsfrist beginnt gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG im Regelfall mit dem Tag der Zustellung der vollständigen gerichtlichen Entscheidung.

6 U. a. BVerfGE 89, 155 (171); Schlaich/Korioth, BVerfG, 7. Aufl., 2007 Rn. 216.

7 BVerfGE 53, 30 (48); 60, 360 (370); 102, 197 (206); 119, 181 (212).

8 BVerfGE 102, 197 (206 f.); 119, 181 (212).

9 BVerfGE 1, 97 (102); 97, 157 (164); 102, 197 (207); 119, 181 (212).

10 BVerfGE 60, 360 (372).

11 Ausnahme nur bei Rechtsakten (Gesetzen), wenn der Normadressat bereits vor der Rechtskraft zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen gezwungen wird oder zu Dispositionen veranlasst wurde, die nach dem späteren Gesetzesvollzug nicht mehr korrigiert werden können, vgl. BVerfGE 60, 360 (372); 65, 1 (37).

12 BVerfGE 72, 39 (42).

Das in Frage stehende Urteil ging dem Unternehmen am 25.11.2010 zu. Der am 01.12.2010 eingelegte Antrag zu einer Verfassungsbeschwerde ist damit fristgemäß.

5. Rechtswegerschöpfung, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG i. V. m. Art. 94 Abs. 2 GG ist eine Verfassungsbeschwerde erst zulässig, wenn der Rechtsweg erschöpft ist. Gegen Urteile müssen danach zunächst alle Rechtsmittel ausgeschöpft sein.

Mit dem BGH-Urteil vom 22.11.2010 besteht eine letztinstanzliche Entscheidung des Rechtszugs der sog. ordentlichen Gerichtsbarkeit. Weitere Rechtsmittel bestehen in dem Rechtszug nicht, sodass der Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft ist.

6. Rechtsschutzbedürfnis

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde setzt nach allgemeinem Prozessrecht ein Rechtsschutzbedürfnis voraus. Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis der Verfassungsbeschwerde besteht dann, wenn sie geeignetes, erforderliches und zumutbares verfassungsprozessuales Rechtsschutzmittel für das Rechtsschutzbegehren des Beschwerdeführers ist. Es ist gegeben, wenn insbesondere kein anderes Verfahren existiert, um das erstrebte Ziel leichter zu erreichen. Ein spezielleres Verfahren zur Durchsetzung des Ansinnens der Bf. gibt es nicht. Das Rechtsschutzbedürfnis ist damit gegeben.

7. Sonstige Voraussetzungen

Die sonstigen Voraussetzungen für den Antrag einer Verfassungsbeschwerde, insbesondere die Form des Antrag und dessen Begründung (gemäß § 23 Abs. 1 BVerfGG in Schriftform) sind gegeben. Das Unternehmen wird nach § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG zulässig von dem durch die Geschäftsführung der NN GmbH beauftragten Rechtsanwalt vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten.

Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Bf. durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt tatsächlich in einem der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Rechte verletzt ist.

1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

aa) persönlicher

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Berufsfreiheit aller Deutschen. Über Art. 19 Abs. 3 GG werden (auch inländische, privatrechtliche) juristische Personen in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.¹³

Als inländische juristische Person fällt auch die NN GmbH unter den persönlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit.

bb) sachlicher

Beruf ist der zentrale Begriff in Art. 12 Abs. 1 GG. Darunter ist jede Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.¹⁴

Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist die freie Wahl des Berufs (sowie der Arbeitsstätte) gewährleistet, während Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

13 Vgl. BVerfGE 21, 261 (266); 115, 205 (229), Ruffert, in: Epping/Hillgruber, GG-Komm, 2009, Art. 12 Rn. 38.

14 BVerfGE 7, 377 (397).

die Berufsausübung regelt. Art. 12 Abs. 1 GG wird als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit betrachtet, das umfassend die Wahl und die Ausübung des Berufs schützt.

Mit der Ausübung „des Berufes“ (des Geschäfts) der NN GmbH ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegend eröffnet.

b) Eingriff

Eingriffe in die Freiheit der Berufsbetätigung bedürfen der Rechtfertigung. Jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht und in den Schutzbereich des Grundrechts fällt, bedarf folglich einer Legitimation.¹⁵ Vor allem kommen Eingriffe durch normative Regelungen, wie berufsbezogene Regelungen, die verbindliche Vorgaben des „Ob“ und des „Wie“ beruflicher Tätigkeit enthalten hier in Betracht.¹⁶

Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der NN GmbH liegt mit der Verpflichtung aus dem BGH-Urteil vom 22.11.2010 zur Abnahme und Vergütung von Strom aus erneuerbaren Energien der WAG vor.

c) Rechtfertigung

Gesetzliche Regelungen der Berufsausübung sind statthaft und bleiben im Rahmen der dem Gesetzgeber durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingeräumten Regelungsbefugnis, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt bleibt.¹⁷

Die Ziele, die das EEG verfolgt, sind durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Zweck des EEG ist es gemäß § 1 Abs. 1 EEG, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern.

Das EEG will mit seinen Regelungen demzufolge über die Pflicht zur Abnahme (§ 8 EEG) und die Vergütung (§§ 16 ff. EEG) eingespeisten Stroms die Wirtschaftlichkeit der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien außerhalb der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft verbessern, um dazu beizutragen, dass sich der Anteil der erneuerbaren Energien an der Energieversorgung erhöht. Dies soll der Schonung der Ressourcen an endlichen Energieträgern sowie dem Klima- und dem Umweltschutz dienen. Die langfristige Sicherung der Energieversorgung, der Klima- und der Umweltschutz sind Gemeinschaftsinteressen von hohem Rang.¹⁸

Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ist durch Einfügung des Art. 20a GG in das Grundgesetz zum Staatsziel erhoben worden.

aa) Geeingentheit

Die Eignung einer Maßnahme ist immer schon dann anzunehmen, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.¹⁹ Mit dem EEG soll die Förderung erneuerbarer Energien zur Schonung der Ressourcen an endlichen Energieträgern erreicht und die Erzeugung von klimaschädlichen Abgasen verhindert werden.

Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien fördert den vorgenannten Zweck, denn Mittels umweltfreundlicherer Technik (insbesondere durch Wind-, Wasser- und Solarenergie sowie der Geothermie) ist die Förderung erneuerbarer Energien in der Lage, durch weitgehend CO₂- und treibhausgasfreie Energieerzeugung, als Ersatz u. a. für die durch die Gewinnung elektrischer Energie aus Kohle („Kohleverstromung“) und der damit verbundenen erheblichen Emissionen, dem Klima- und dem Umweltschutz zu dienen. Zudem werden durch den Einsatz erneuerbarer Energien fossile Ressourcen gespart. Das vom Gesetzgeber gewählte Mittel – die Begründung einer Abnahmepflicht für Strom aus erneuerbaren Energien verbunden mit einer Mindestpreisregelung – ist somit zur Erreichung der gesetzlich gefassten Ziele geeignet.

bb) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit eines Mittels ist gegeben, wenn die in Frage stehende hoheitliche Maßnahme nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können. Dabei billigt das Grundgesetz dem Gesetzgeber jedoch auch in der Bestimmung der zur Verfolgung seiner Ziele geeigneten und erforderlichen Maßnahmen einen weiten Gestaltungsraum zu.²⁰

Die Erforderlichkeit der Mindestvergütungsregelung des EEG könnte mit der Begründung verneint werden, dem Gesetzgeber hätten andere, die Grundrechte der Energieversorgungsunternehmen weniger stark beschränkende Mittel zur Erreichung des gesetzlichen Ziels zur Verfügung gestanden. Die Förderung erneuerbarer Energien wäre auch durch Übernahme der Finanzierungslast durch die öffentlichen Haushalte möglich, indem an alternative Stromproduzenten unmittelbar Beihilfen, Investitionszuschüsse oder zinsgünstige Darlehen gezahlt würden.

Diese Bedenken gegen die Erforderlichkeit der Regelung des EEG greifen nicht durch.²¹ Sie berücksichtigen nicht den Gestaltungsraum des Gesetzgebers, der nicht gehalten ist, von einer finanziellen Belastung einer bestimmten Gruppe immer schon dann abzusehen, wenn die Belastung in der einen oder anderen Weise auf dem Weg über den öffentlichen Haushalt auch der Allgemeinheit auferlegt werden kann.²²

Die Belastung anderer und die damit verbundene Einschränkung ihrer Grundrechte kann bei der Beurteilung eines Grundrechtseingriffs nicht als milderer Mittel angesehen werden.²³

Für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gerade auf dem vom EEG gewählten Weg können auch naheliegende Sachgründe geltend gemacht werden. Die gesetzliche Regelung knüpft daran an, dass die Energieversorgungsunternehmen schon weit vor dem EEG (und vor dem Vorgängergesetz, dem Stromeinspeisungsgesetz) kartellrechtlich verpflichtet waren, den in ihren Versorgungsgebieten erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und angemessen zu vergüten. Die wirtschaftlich schwache Stellung der meist kleineren Stromeinspeiser gegenüber den stromaufnehmenden Energieversorgungsunternehmen, die in ihrem Versorgungsgebiet jeweils eine monopolartige Stellung haben und das Ziel, die Planungssicherheit für Investitionen zur Stromerzeugung mit Hilfe erneuerbarer Energien zu erhöhen, konnten es

15 Pieroth/Schlink Grundrechte Staatsrecht II 25. Aufl 2009, Rn 253; Ruffert in BeckOK 2010, Art. 12, Rn. 51; BVerfGE 70, 191 (214).

16 BVerwGE 75, 109, 115 = JuS 1987, 820; vgl. BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035; Ruffert, in: BeckOK 2010, Art. 12, Rn. 51.

17 Vgl. BVerfGE 81, 156 (188).

18 Vgl. BVerfGE 30, 292 (323 f.); BVerfG RdE 1984, 133 (136), jeweils zur Sicherheit der Energieversorgung.

19 BVerfGE 81, 156 (192).

20 Siehe BVerfGE 81, 156 (192 f.).

21 So auch BGH NJW 1997, 574 (578).

22 Siehe dazu auch BVerfGE 33, 240 (246); 77, 84 (110 f.); aber auch BVerfGE 30, 292 (319); 81, 156, (193 f.); 85, 226 (237).

23 Studenroth, DVBl. 1995, 1216 (1221).

ohnehin zweckmäßig erscheinen lassen, eine gesetzliche Preisregelung vorzunehmen.

Das EEG verknüpft eine solche Preisregelung mit dem Ziel der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, indem es die Mindestpreise über den Preisen, die im allgemeinen ohne gesetzliche Regelung auf vertraglicher Ebene erreichbar wären, festsetzt. Dieser Weg der Förderung hat gegenüber der Gewährung staatlicher Subventionen jedenfalls den Vorteil, auf die Einschaltung von Behörden und den damit verbundenen Verwaltungsaufwand zu verzichten. Da die Energieversorgungsunternehmen in weitem Umfang die Möglichkeit haben, die Kosten der Förderung in ihre Strompreise eingehen zu lassen, kann auf dem vom EEG eingeschlagenen Weg, im Einklang mit den Zielen des Gesetzes (§ 1 EEG) – Schonung der endlichen Energieressourcen, Klima- und Umweltschutz –, der Stromverbrauch mit den Förderkosten belastet werden, während bei einer Finanzierung der Förderung durch öffentliche Haushaltsmittel die Belastung – ohne Einfluss auf den Energieverbrauch – die Allgemeinheit treffen würde.²⁴

Die vom EEG gewählten Mittel sind folglich auch als erforderlich anzusehen.

cc) Angemessenheit

Die den Netzbetreibern und Stromlieferanten durch das EEG auferlegten Verpflichtungen sind zudem zumutbar. Dies gilt insbesondere angesichts der geringen Eingriffstiefe.²⁵ Sowohl in die Berufsausübung der Netzbetreiber als auch der Stromversorger wird nur unerheblich eingegriffen. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Netzbetreiber wird durch das EEG ohnehin nur geringfügig eingeschränkt. Denn die Netzbetreiber sind bereits nach § 20 Abs. 1 EnWG verpflichtet, diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren, so dass die EEG-Strommengen nur auf der Zeitachse relevant werden können, weil EEG-Strom „vorrangig“ abzunehmen und zu vergüten ist. Zudem ist der vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiber zur vollständigen Abnahme und entsprechenden Vergütung der von dem Netzbetreiber aufgenommenen Strommenge verpflichtet.²⁶ Diese veräußert er an der Strombörse.²⁷ Die Mehrkosten reicht er als EEG-Umlage an die ihm nachgelagerten Stromlieferanten weiter.²⁸ Für die Netzbetreiber handelt es sich bei den EEG-Strom- und Geldmengen insofern um rein durchlaufende Posten. Die Zahlungspflicht der den Übertragungsnetzen nachgelagerten Stromlieferanten ist dabei direkt proportional zu ihrem durchschnittlichen Anteil am bundesweit abgesetzten Strom.²⁹ Die EEG-Umlage kann zu gleichen Wettbewerbsbedingungen für alle Stromlieferanten an die Letztverbraucher weitergegeben werden, so dass auch hier nur eine temporäre Inanspruchnahme der Stromlieferanten erfolgt.³⁰

In jedem Fall sind negative Auswirkungen durch die bundesweite Ausgleichsregelung nach den §§ 34ff. EEG stark begrenzt und im Hinblick auf regionale Unterschiede bei der Einspeisung von Windenergie verteilt worden.³¹ Die Neuordnung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV)³² hat für die Stromvertriebsun-

24 BGH NJW 1997, 574 (578).

25 BGH NJW 1997, 574 (578); NVwZ 2003, 1143 (1145); Oschmann in: Danner/Theobald, Energierecht, §§ 1-65 EEG Rn. 72 ff.

26 BGH, NVwZ 2003, 1143 (1145); Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 72 ff.

27 Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 73.

28 BGH NJW 1997, 574 (578).

29 BGH NJW 1997, 574 (578 f.); NVwZ 2003, 1143 (1145); Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 73 ff.

30 Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 73 ff.

31 BGH NVwZ 2003, 1143.

32 BGBl. I 2009, 2101 ff.

ternehmen zum 1. Januar 2010 die Eingriffstiefe weiter verringert. Mussten sie bis zu diesem Zeitpunkt den EEG-Strom auch tatsächlich abnehmen, beschränkt sich ihre Verpflichtung seither lediglich noch auf einen finanziellen Beitrag in Höhe der EEG-Umlage.³³

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Vergütungen für Strom aus erneuerbaren Energien gemäß dem EEG aufgrund der Degression nominal und zusätzlich inflationsbedingt real sinken, während sich eine deutliche und konstante Preissteigerungsentwicklung für den ansonsten vom Stromlieferanten zu beziehenden Strom abzeichnet. Bereits in der nächsten Dekade kann damit gerechnet werden, dass die im EEG garantierte Vergütung für relevante Strommengen unter den am Markt zu erzielenden Preis rutschen wird, so dass insoweit keine finanzielle Belastung der Stromlieferanten – und letztlich der Stromkunden – mehr vorliegt.³⁴

Auch unter der zeitlichen Geltung des EEG ist die besondere Verantwortung der Netzbetreiber und Stromlieferanten als wesentlicher Teil der Stromwirtschaft für eine ressourcenschonende und umweltgerechte Stromerzeugung bestehen geblieben. Insbesondere haben die etablierten Energieversorger ihre marktbeherrschende Position als Netzbetreiber durch ihr „natürliches“ Monopol in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet behalten und ihre monopolähnliche Position als Stromlieferanten bislang auch durch ihre Entflechtung und die Liberalisierung des Strommarktes in der Praxis nicht verloren. Der besonderen Verantwortung der Energieversorger steht nicht entgegen, dass es sich bei der Ressourcenschonung und dem Klima- und Umweltschutz – nach Art. 20a GG – auch um eine Staatsaufgabe handelt. Diese besondere Verantwortung besteht nicht nur für die Stromerzeuger, sondern gerade auch für die Netzbetreiber und Stromlieferanten als Bindeglied zwischen den Stromerzeugern und den Stromverbraucher. Die Netzbetreiber sind aufgrund ihres weit verzweigten Netzes auf der unteren Spannungsebene aus geographischen und technischen Gründen vorzugsweise in der Lage, den Strom aus erneuerbaren Energien aufzunehmen und mit möglichst geringen Verlusten an die Abnehmer weiterzuleiten. Den Stromlieferanten ist es wegen ihrer unmittelbaren Vertragsbeziehungen zu den Stromverbrauchern am einfachsten möglich, die Kosten, die durch die EEG-Umlage entstehen, auf die Stromverbraucher zu verlagern.³⁵

Der Eingriff des EEG in die Berufsfreiheit ist damit auch gerechtfertigt!

2. Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG

Im Hinblick auf das Vorbringen der NN GmbH käme auch eine Verletzung der Garantie des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht.

a) Schutzbereich des Art. 14 GG

aa) Personaler Schutzbereich

Art. 14 GG enthält keine Einschränkungen hinsichtlich des geschützten Personenkreises, ist also ein Jedermanns- Grundrecht.

bb) Sachlicher Schutzbereich

Bei der Bestimmung des Schutzbereiches des Eigentums ist zu beachten, dass Art. 14 Abs. 1 GG in ganz besonderem Maße „normgeprägt“ ist.³⁶ Das bedeutet, erst der Gesetzgeber legt verbindlich fest, was unter dem Schutz des Grundrechts der „Eigentumsgarantie“ fällt. Diese Normprägung kommt im Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck. Andererseits besteht angesichts des Vorrangs des GG vor den einfachgesetzlichen Regeln diese legislatorische Definitionsbefugnis nicht unbegrenzt. Es

33 Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 74.; vgl. zu den damit einhergehenden Einsparungen: Rostankowski/Oschmann, RdE 2009, 361 (365).

34 Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 75.

35 So insgesamt BGH NVwZ 2003, 1143 (1145); Oschmann, in: Danner/Theobald, (Fn. 27) Rn. 75.

36 BVerfG NJW 1982, 745 (749).

wäre nämlich das Eigentumsrecht nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient.³⁷

Inhaltlich erfasst Art. 14 Abs. 1 GG einen weiteren Bereich als das Eigentum im Sinne des § 903 BGB. Geschützt sind u. a. – eigentumsähnliche zugeordnete – private vermögenswerte Rechte,³⁸ z.B. das Sacheigentum an beweglichen Sachen und Grundstücken (§ 903 BGB), das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (aber nur Schutz der erworbenen Substanz vor unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriffen),³⁹ Straßenanliegergebrauch (Zugang zum Einzelhandelsgeschäft).⁴⁰

Der Begriff des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG umfasst zu einem bestimmten Zeitpunkt alles, was das einfache Recht in diesem Zeitpunkt als Eigentum definiert. Eigentum ist nichts natürliches, sondern ein Rechtsbegriff, der von der Rechtsordnung erst näher bestimmt werden muss.⁴¹ Der Begriff der vermögenswerten Position bzw. des konkreten Vermögensrechts schließt weiterhin die Einbeziehung künftiger Rechtspositionen in den Eigentumsbegriff aus. Chancen, Erwartungen oder Aussichten zählen damit nicht zum Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG,⁴² sondern allenfalls zur Berufs- und Gewerbebefreiheit, die durch Art. 12 Abs. 1 GG ihren grundrechtlichen Schutz erfährt.

Nach der Abnahme und Vergütungsregelung in §§ 8, 16 EEG sind die Netzbetreiber verpflichtet den zukünftigen Strom abzunehmen und zu vergüten. Damit handelt es sich lediglich um Erwartungen bzw. Chancen, die nicht von Art. 14 Abs. 1 GG erfasst sind.⁴³ Demzufolge ist die Eigentumsgarantie nicht verletzt.

3. Gleichheitssatz, Art. 3 GG

Die Regelung des der Abnahme- und Vergütungspflicht (§§ 8, 16 EEG) könnte das Recht der NN GmbH aus Art. 3 Abs. 1 GG wegen regionaler Unterschiede verletzen.

Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn das EEG zwei (oder mehr) in den wesentlichen Punkten vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt, ohne dass sich für diese Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund besteht.

Ungleichbehandlung von gleichen Sachverhalten

Durch die bundesweite Ausgleichsregelung §§ 34 ff. EEG, die die unterschiedliche Belastung einzelner Elektrizitätsversorger aufgrund regionaler Unterschiede insbesondere bei der Einspeisung von Windenergie gleichmäßig auf alle Letztverbraucher beliefernden Elektrizitätsversorgungsunternehmen verteilt, ist eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes durch die Abnahme- und Vergütungspflicht nach §§ 5 ff., 16 ff. EEG ausgeschlossen. Die Abnahme- und Vergütungspflicht verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.⁴⁴

4. Allgemeine Handlungsfreiheit (Verstoß gegen die Finanzverfassung), Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 105 ff. GG

Die Vergütungspflicht des § 16 EEG könnte möglicherweise die NN GmbH in ihrem Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzen, wenn die ihr durch § 16 EEG auferlegten

Zahlungen gegen die Finanzverfassung des Grundgesetzes (Art. 105 ff. GG) verstoßen.

Dann müsste es sich bei der zu leistenden Vergütung bei der gesetzlich vorgesehenen Abnahme von elektrischem Strom aus erneuerbaren Energien um eine staatliche Einnahmequelle handeln.

Grundsätzlich dürfen finanzielle Einnahmen nur für die zu erledigenden hoheitlichen Aufgaben erzielt werden. Die Finanzverfassung sieht hierfür ausschließlich die Erhebung von Steuern vor. Aus dem daraus resultierenden „Prinzip des Steuerstaates“ ergibt sich, dass andere – nichtsteuerliche – Möglichkeiten zur Erzielung von staatlichen Einnahmen der Steuer subsidiär zu sein haben⁴⁵ und ein Wahlrecht des Gesetzgebers bei einer Abgabenerhebung zwischen Steuern oder nichtsteuerlichen Abgaben zu wählen, nicht besteht.⁴⁶ Der Steuerbegriff ist im Grundgesetz nicht legaldefiniert. Er knüpft an die traditionelle, jetzt in § 3 Abs. 1 AO beschriebene Begriffsbestimmung an,⁴⁷ wonach Steuern Geldleistungen sind, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Die Erzielung von Einnahmen kann dabei auch lediglich Nebenzweck sein.

Die Befugnis zum Erheben nichtsteuerlicher Abgaben eröffnet sich den staatlichen Gebietskörperschaften im Rahmen der ihnen aus den Art. 70 ff. GG zustehenden Kompetenzen. Aus der Subsidiarität anderer Abgabentypen gegenüber der Steuer ergibt sich jedoch, dass entsprechende Abgaben von der Steuer verschieden sein müssen. Auch für die so erzielten, nichtsteuerlichen Abgaben, bestehend aus den Vorzugslasten (Gebühren und Beiträge) sowie den Sonderabgaben⁴⁸, ist die Einnahme finanzieller Mittel durch die öffentliche Hand charakteristisch.

An einer solchen, für steuerliche und nichtsteuerliche Erlöse zwingend vorausgesetzten Einnahme zu Gunsten der staatlichen oder kommunalen Hoheitsträger mangelt es der Vergütungspflicht nach § 16 EEG. Denn die Vergütung nach § 16 EEG führt zu keinerlei finanziellem Aufkommen der öffentlichen Hand. Es handelt sich lediglich um eine gesetzliche Vergütung des Netzbetreibers an den Lieferanten des Stroms aus erneuerbarer Energie, womit hierdurch kein tatbestandlicher Vorgang liegt, der unter die Finanzverfassung der Art. 105 ff. GG fällt. Dementsprechend kommt auch kein Verstoß gegen dessen Grundsätze in Betracht.⁴⁹

3. Ergebnis

In der Abnahme- und Vergütungspflicht des EEG nach den §§ 8, 16 EEG liegt kein Verstoß gegen die Grundrechte und die grundrechtsähnlichen Rechte der NN GmbH. Die Verfassungsbeschwerde der NN GmbH gegen das Urteil des BGH vom 22.11.2010 ist damit zwar zulässig, aber unbegründet.

37 BVerfGE 24, 367 (389).

38 So u. a. BVerfGE 91, 207 (220).

39 BVerfG NJW 1962, 100; BVerwG NJW 1963, 1811.

40 BVerwG NJW 1975, 357; BVerwG GewArch 1970, 280.

41 BVerfGE 58, 300 (336).

42 BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (334 f.); BGHZ 92, 34 (46).

43 So auch aus BGH NJW 1997, 574 (579).

44 BGH NVwZ 2003, 1143 (1146); Oschmann, in: Danner/Theobald (Fn. 27) Rn. 77.

45 BVerfGE 78, 249 (266 f.).

46 BVerfGE 55, 274 (300); 67, 256 (275 f.).

47 BVerfGE 67, 256 (282).

48 Der Begriff Sonderabgabe als Auffangtatbestand aller von Steuern und Vorzugslasten verschiedenen Abgaben, so u. a. noch der Zweite Senat des BVerfG in seiner Entscheidung zur Berufsausbildungsabgabe, BVerfGE 55, 274 (297) und Schmidt, NVwZ 1991, 36. Demgegenüber sieht das BVerfG heute Raum für weitere verfassungskonforme Abgaben, die über die unter den Begriff der Sonderabgaben beschriebenen Geldleistungen hinausgehen, so u. a. aus BVerfGE 81, 156 (186 f.) – Erster Senat –; BVerfGE 82, 159 (181) – Zweiter Senat –; ausführlich zu den Voraussetzungen der Sonderabgaben und der Kontroverse des BVerfG zu dem Bedingungen, siehe bei von Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, Diss. 2007, S. 160 ff.

49 BGH NVwZ 2003, 1143 (1146); Oschmann, in: Danner/Theobald (Fn. 27) Rn. 78.

Kommunale Kosten- und Leistungsrechnung

Aufgabe 1: Grundbegriffe der Kosten- und Leistungsrechnung

a) Definieren Sie die folgenden Begriffe der Kosten- und Leistungsrechnung und erläutern Sie die Begriffe kurz anhand eines einfachen Beispiels aus dem Bereich der Kommunalverwaltung:

- Kostenstelleneinzelkosten
- Kostenstellengemeinkosten
- Kostenträgereinzelkosten
- Kostenträgergemeinkosten

b) Erläutern Sie kurz, welcher Güterverbrauch mit folgenden Kostenarten verbunden ist:

- Personalkosten
- Materialkosten
- Mietkosten
- Kalkulatorische Abschreibungen (= Abschreibungskosten)
- Kalkulatorische Zinsen (= Zinskosten).

c) Erläutern Sie anhand eines einfachen Beispiels den Unterschied zwischen einer primären und einer sekundären Kostenart.

Aufgabe 2: Kostentheoretische Grundlagen

Gegeben ist die folgende Gesamtkostenfunktion:

$$K = 10.000 \text{ Euro} + 6 \text{ Euro} \cdot X$$

mit

K für die Gesamtkosten eines Betriebes in einem Jahr

und

X für die in einem Jahr produzierte Menge in Stück (jährliche Produktmenge).

a) Ermitteln Sie für eine jährliche Produktmenge von 1.000 Stück

- die Gesamtkosten
- die gesamten Fixkosten
- die gesamten variablen Kosten
- die gesamten Stückkosten
- die fixen Kosten pro Stück
- die Grenzkosten.

b) Trifft es zu, dass im vorliegenden Fall, die variablen Kosten pro Stück konstant sind? Begründen Sie kurz Ihre Antwort.

Aufgabe 3: Kostenartenrechnung

Betrachtet wird ein spezielles Materiallager. Folgende Daten wurden sorgfältig erfasst:

Der Anfangsbestand zu Beginn des Jahres 2009 betrug 1.000 kg mit einem Wert von insgesamt 1.000 Euro. Am 01.02.09 wurden 500 kg zu einem Preis von 1 Euro pro kg gekauft und eingelagert. Am 20.02.09

wurden 1.300 kg vom Lager entnommen und verbraucht. Am 01.04.09 wurden 2.000 kg zu einem Preis von 0,60 Euro pro kg gekauft und eingelagert und am 01.05.09 wurden noch einmal 1.000 kg zu einem Preis von 0,50 Euro pro kg gekauft und eingelagert. Am 18.05.09 wurden 2.900 kg vom Lager entnommen und verbraucht. Am 08.06.09 wurden 200 kg zu einem Preis von 2 Euro pro kg gekauft und eingelagert. Am 01.09.09 wurde das Lager vollständig verbraucht. Am 14.09.09 wurden 2.000 kg zu einem Preis von 0,40 Euro pro kg gekauft und eingelagert. Am 02.11.09 wurden 800 kg entnommen und verbraucht. Für den Rest des Jahres ist mit keinen Lagerzugängen und Lagerabgängen zu rechnen. Ermitteln Sie

- die im Jahre 2009 insgesamt verbrauchte Menge,
- den mengenmäßigen Lagerbestand am Ende des Jahres 2009,
- die für 2009 zu berücksichtigenden Kosten, wenn man die Methode des einfachen gewogenen Durchschnittspreises bzw. die jährliche Durchschnittswertermittlung anwendet und
- die für 2009 zu berücksichtigenden Kosten, wenn man die Methode des gleitenden gewogenen Durchschnittspreises bzw. die permanente Durchschnittswertermittlung anwendet.

Ergänzende Hinweise:

Der einfache gewogene Durchschnittspreis ist auf 2 Nachkommastellen und die permanenten Durchschnittspreise sind jeweils auf 4 Nachkommastellen zu runden.

Aufgabe 4: Kostenstellenrechnung

- a) Erstellen Sie für einen kommunalen Teilbetrieb (= Teilhaushalt) Ihrer Wahl einen Kostenstellenplan mit mindestens 5 und höchstens 8 Kostenstellen.
- b) Erläutern Sie, was man unter einer Vorkostenstelle und einer Endkostenstelle sowie einer Allgemeinen Kostenstelle, einer Hilfskostenstelle, einer Hauptkostenstelle und einer Nebenkostenstelle (= Nebeneinrichtung) versteht.
- c) Ordnen Sie die Kostenstellen aus dem unter a) entwickelten Kostenstellenplan den unter b) genannten Kostenkategorien zu und erläutern Sie kurz Ihre Zuordnung.

Aufgabe 5: Kostenträgerrechnung

Im Bereich Gebäudereinigung fallen pro Jahr Kosten in Höhe von 110.000 Euro an.

Es werden folgende, auf verschiedene Gebäude verteilte Flächen im gleichen Rhythmus gereinigt:

- Büroräume mit einer Gesamtfläche von insgesamt 400 m²,
- Flure mit einer Gesamtfläche von insgesamt 300 m²,
- Sanitärbereiche mit einer Gesamtfläche von 200 m² und
- Treppen mit einer Gesamttrittfläche von 100 m²

Eine von einer Spezialfirma durchgeführte Untersuchung hat ergeben, dass man für einen Quadratmeter Flur nur halb so hohe Reinigungskosten in Kauf nehmen muss wie für einen Quadratmeter Bürofläche. Die Reinigung des Sanitärbereichs ruft pro Quadratmeter doppelt so hohe Kosten hervor wie die Reinigung eines Quadratmeters im Bürobereich und bei den Treppen liegen die Reini-

* Prof. Dr. Frank Placke und Prof. Dr. Falko Schuster lehren an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes NRW in Köln bzw. Duisburg Öffentliche Betriebswirtschaftslehre

gungskosten pro Quadratmeter Trittsfläche 50% über denen für einen Quadratmeter Bürofläche.

Wie hoch sind die jährlichen Reinigungskosten für ein Gebäude, das über 160 m² Bürofläche, 50 m² Flur, 25 m² Sanitärbereich und keine Treppe verfügt?

Aufgabe 6: Deckungsbeitragsrechnung

Betrachtet wird das Theater einer Stadt, das über ein „großes Haus“ und ein „kleines Haus“ verfügt. Alle Angaben beziehen sich auf das abgelaufene Haushaltsjahr. Im „großen Haus“ wurden drei Stücke aufgeführt, und zwar eine Oper, eine Operette und ein Musical. Im „kleinen Haus“ wurden zwei Stücke aufgeführt, und zwar eine Tragödie und eine Komödie. Weiterhin befindet sich im „kleinen Haus“ noch ein Restaurant. Mit den einzelnen Stücken wurden folgende Erlöse erzielt:

- Oper: 500.000 Euro
- Operette: 350.000 Euro
- Musical: 400.000 Euro
- Tragödie: 60.000 Euro
- Komödie: 120.000 Euro

Den einzelnen Stücken konnten die nachfolgend aufgeführten Kosten eindeutig zugeordnet werden. Es handelte sich dabei beispielsweise um Gagen für die Schauspieler, Materialkosten für die Bühnenbilder usw.:

- Oper: 210.000 Euro
- Operette: 130.000 Euro
- Musical: 100.000 Euro
- Tragödie: 120.000 Euro
- Komödie: 30.000 Euro

Das Restaurant erzielte Erlöse in Höhe von 100.000 Euro. Weiterhin konnten dem Restaurant Kosten in Höhe von 60.000 Euro eindeutig zugeordnet werden. Es handelte sich dabei um die Kosten für Speisen, Getränke und das Bedienungspersonal.

Für die künstlerische Leitung des „großen Hauses“ war eine Person zuständig (Kosten 120.000 Euro) und für die künstlerische Leitung des „kleinen Hauses“ war ebenfalls eine Person zuständig (Kosten 80.000 Euro).

Die kalkulatorischen Abschreibungen für das „große Haus“ betragen 60.000 Euro und für das „kleine Haus“ 45.000 Euro.

Weiterhin fielen für die Leitung und Verwaltung des gesamten Theaters Kosten in Höhe von 200.000 Euro an. Ansonsten sind aus Vereinfachungsgründen keine Kosten zu berücksichtigen.

- a) Führen Sie in tabellarischer Form eine mehrstufige Deckungsbeitragsrechnung durch.
- b) Wie beurteilen Sie das Ergebnis?
- c) Ist der Deckungsbeitrag ein Ausdruck für die Leistung des Theaters? Begründen Sie kurz Ihre Antwort.

Lösungshinweise

Zu Aufgabe 1:

Zu a)

- **Kostenstelleneinzelkosten** sind Kosten, die man einer Kostenstelle eindeutig zuordnen kann, weil sie ausschließlich von dieser Kostenstelle verursacht werden.
- **Kostenstellengemeinkosten** sind Kosten, die man einer Kostenstelle nicht eindeutig zuordnen kann, weil sie simultan von mehreren Kostenstellen verursacht werden.

- **Kostenträgereinzelkosten** sind Kosten, die man einem Kostenträger eindeutig zuordnen kann, weil sie ausschließlich von diesem Kostenträger verursacht werden.
- **Kostenträgergemeinkosten** sind Kosten, die man einem Kostenträger nicht eindeutig zuordnen kann, weil sie simultan von mehreren Kostenträgern verursacht werden.

Betrachtet man beispielsweise einen Entsorgungsbetrieb, für den man die zwei Endkostenstellen Papierentsorgung und Hausmüllentsorgung gebildet hat und der in der Kostenstelle Papierentsorgung zwei Tonnenarten einsetzt, eine große gelbe Tonne und eine kleine gelbe Tonne, dann handelt es sich beispielsweise

- bei den Abschreibungen für ein Müllfahrzeug, das nur den Hausmüll aufnimmt, um Kostenstelleneinzelkosten,
- bei den Personalkosten der Mitarbeiter, die sowohl an der Hausmüllentsorgung als auch an der Papierentsorgung beteiligt sind, um Kostenstellengemeinkosten,
- bei den kalkulatorischen Abschreibungen der kleinen gelben Tonne um Kostenträgereinzelkosten und
- bei den kalkulatorischen Abschreibungen des speziell für die Papierentsorgung eingesetzten Müllwagens um Kostenträgergemeinkosten.

Zu b)

- Die **Personalkosten** erfassen den Verbrauch der menschlichen Arbeit.
- Die **Materialkosten** erfassen den Materialverbrauch.
- Die **Mietkosten** erfassen den Verbrauch eines Rechtes. Es handelt sich dabei um das Recht, einen Raum für eine bestimmte Zeit zu nutzen.
- Die **kalkulatorischen Abschreibungen (=Abschreibungskosten)** erfassen den anteiligen Verbrauch eines über mehrere Jahre nutzbaren Wirtschaftsgutes.
- Die **kalkulatorischen Zinsen (=Zinskosten)** erfassen den Verbrauch eines Rechts. Es handelt sich dabei um das Recht, in einem bestimmten Zeitraum Kapital zu nutzen.

Zu c)

Bei einer **primären Kostenart** handelt es sich um eine ursprüngliche bzw. erstmalig erfasste Kostenart. Personalkosten, Materialkosten und kalkulatorische Abschreibungen sind beispielsweise primäre Kostenarten. Bei einer sekundären Kostenart handelt es sich um eine Kostenart, die sich aus primären Kostenarten zusammensetzt. Bei den Verwaltungskosten handelt es sich beispielsweise um eine sekundäre Kostenart. In den Verwaltungskosten sind beispielsweise Personalkosten für das Verwaltungspersonal, Materialkosten für das Büromaterial, kalkulatorische Abschreibungen für die Büroeinrichtung enthalten.

Zu Aufgabe 2:

Zu a)

- Die Gesamtkosten betragen
 $K = 10.000 \text{ Euro} + 6 \text{ Euro/Stück} \cdot 1.000 \text{ Stück} = 16.000 \text{ Euro}$.
- Die **gesamten Fixkosten** betragen 10.000 Euro.
- Die **gesamten variablen Kosten** betragen 6.000 Euro.
- Die **gesamten Stückkosten** betragen
 $k = K : X = 16.000 \text{ Euro} : 1.000 \text{ Stück} = 16 \text{ Euro/Stück}$.
- Die **fixen Kosten pro Stück** betragen
 $k_f = 10.000 \text{ Euro} : 1.000 \text{ Stück} = 10 \text{ Euro/Stück}$.
- Die **Grenzkosten** betragen
 $dK/dX = K' = 6 \text{ Euro}$

Zu b)

Die Auffassung trifft zu. Bei einem linearen Verlauf der variablen Kosten sind die variablen Stückkosten konstant. In dem vorliegenden Fall betragen die variablen Stückkosten beispielsweise

- bei einer Menge von 1
 $kv = 6 \text{ Euro} \cdot 1 : 1 = 6 \text{ Euro}$
- bei einer Menge von 1.000
 $kv = 6 \text{ Euro} \cdot 1.000 : 1.000 = 6 \text{ Euro}$
- und bei einer Menge von 2.000
 $kv = 6 \text{ Euro} \cdot 2.000 : 2.000 = 6 \text{ Euro}$

Zu Aufgabe 3:

- Die **2009 insgesamt verbrauchte Menge** beträgt $1.300 \text{ kg} + 2.900 \text{ kg} + 500 \text{ kg} + 800 \text{ kg} = 5.500 \text{ kg}$.
- Der mengenmäßige **Lagerbestand Ende 2009** beträgt 1.200 kg .
- Die **Kosten für 2009** betragen **nach der Methode des einfachen gewogenen Durchschnittspreises** $0,66 \text{ Euro/kg} \cdot 5.500 \text{ kg} = \text{rund } 3.630 \text{ Euro}$.

Datum	Menge in kg	Preis in Euro	Wert in Euro
Jahresanfangsbestand	1.000	1,00	1.000
01.05.09 Zugang	500	1,00	500
01.04.09 Zugang	2.000	0,60	1.200
01.05.09 Zugang	1.000	0,50	500
08.06.09 Zugang	200	2,00	400
14.09.09 Zugang	2.000	0,40	800
	Menge Insgesamt 6.700	einfacher gewogener Durchschnittspreis $4.400 : 6.700 = \text{rund } 0,66$	Wert Insgesamt 4.400

- **Kosten für 2009** betragen **nach der Methode des gleitenden gewogenen Durchschnittspreises** $1.300 \text{ Euro} + 1.722 \text{ Euro} + 578 \text{ Euro} + 320 \text{ Euro} = 3.920 \text{ Euro}$

	Menge in kg	Preis in Euro	Wert in Euro
Jahresanfangsbestand	1.000	1,0000	1.000
01.02.09 Zugang	500	1,0000	500
neuer Bestand	1.500	1,0000	1.500
20.02.09. Entnahme	1.300	1,0000	1.300
neuer Bestand	200	1,0000	200
01.04.09 Zugang	2.000	0,6000	1.200
neuer Bestand	2.200	0,6364	1.400
01.05.09 Zugang	1.000	0,5000	500
neuer Bestand	3.200	0,5938	1.900
18.05.09. Entnahme	2.900	0,5938	1.722
neuer Bestand	300	0,5938	178
08.06.09 Zugang	200	2,0000	400
neuer Bestand	500	1,1560	578
01.09.09. Entnahme	500	1,1560	578
neuer Bestand	0	0	0

14.09.09 Zugang	2.000	0,4000	800
neuer Bestand	2.000	0,4000	800
02.11.09. Entnahme	800	0,4000	320
Endbestand	1.200	0,4000	480

Zu Aufgabe 4:

Zu a)

Betrachtet wird ein kommunales Theater mit den folgenden Kostenstellen:

- Theaterleitung und Verwaltung
- Werkstatt und Kostüme
- Aufführungen im „großen Haus“
- Aufführungen im „kleinen Haus“
- Restaurant

Zu b)

- Eine **Vorkostenstelle** ist eine Kostenstelle, die ihre Kosten an andere Kostenstellen weitergibt.
- Eine **Endkostenstelle** ist eine Kostenstelle, die ihre Kosten nicht im Innenverhältnis an andere Kostenstellen, sondern an andere Verwaltungseinheiten oder Außenstehende weitergibt. Die Kosten der Endkostenstellen werden somit auf die erstellten Produkte (=externe Kostenträger) verrechnet.
- Eine **Allgemeine Kostenstelle** gibt ihre Produkte im Innenverhältnis ab, und zwar an viele Kostenstellen, eventuell an alle anderen Kostenstellen.
- Eine **Hilfskostenstelle** gibt ihre Produkte ebenfalls im Innenverhältnis ab, allerdings an wenige Kostenstellen, eventuell nur an eine Kostenstelle.
- Eine **Hauptkostenstelle** gibt ihre Produkte an andere Verwaltungseinheiten oder Außenstehende ab. Es handelt sich dabei um Produkte, die im Mittelpunkt der betrieblichen Tätigkeit stehen (Kernsortiment).
- Eine **Nebenkostenstelle (=Nebeneinrichtung)** gibt ihre Produkte ebenfalls an andere Verwaltungseinheiten oder Außenstehende ab. Es handelt sich dabei allerdings um Produkte, die nicht im Mittelpunkt der betrieblichen Tätigkeit stehen (Randsortiment).

Allgemeine Kostenstellen und Hilfskostenstellen sind stets Vorkostenstellen. Haupt- und Nebenkostenstellen sind stets Endkostenstellen.

Zu c)

- Die Kostenstelle „Theaterleitung und Verwaltung“ ist eine Allgemeine Kostenstelle, da sie für alle anderen Kostenstellen tätig ist. Sie ist somit auch gleichzeitig eine Vorkostenstelle.
- Die Kostenstelle „Werkstatt und Kostüme“ ist auch im Innenverhältnis tätig, aber primär nur für zwei Kostenstellen, so dass man sie als Hilfskostenstelle einordnen kann. Sie ist auch eine Vorkostenstelle.
- Die Kostenstelle „Aufführungen im „großen Haus““ ist eindeutig eine Haupt- und Endkostenstelle.
- Das gilt auch für die Kostenstelle „Aufführungen im „kleinen Haus““.
- Das Restaurant wird man eher als Nebenkostenstelle ansehen. Es handelt sich aber auf jeden Fall um eine Endkostenstelle.

Zu Aufgabe 5:

Reinigungs- bereich	qm	Äquiva- lenzziffer	Rechen- einheiten	Kosten in € insgesamt	Kosten in € pro qm
Büro	400	1	400	40.000	100
Flur	300	0,5	150	15.000	50
Sanitärbereich	200	2	400	40.000	200
Treppen	100	1,5	150	15.000	150

Summe: 1.100

Nebenrechnung: 110.000 Euro : 1.100 Recheneinheiten
= 100 €/Recheneinheit

Jährliche Reinigungskosten für das betreffende Gebäude:
160 m² x 100 Euro/m² + 50 m² x 50 Euro/m² + 25 m² x 200 Euro/m²
= **23.500 Euro**

Zu Aufgabe 6:

Zu a)

	Theater der Stadt X					
	Aufführungen „großes Haus“			„kleines Haus mit Restaurant“		
	Oper	Operette	Musical	Aufführungen		Restaurant
				Tragödie	Komödie	
Erlöse	500.000	350.000	400.000	60.000	120.000	100.000
Einzelkosten der Produkte	210.000	130.000	100.000	120.000	30.000	60.000
Deckungsbeitrag 1	+ 290.000	+ 220.000	+ 300.000	- 60.000	+ 90.000	+ 40.000
Einzelkosten der Bereiche (Teil 1)	120.000			80.000		0
Deckungsbeitrag 2	+ 690.000			- 50.000		+ 40.000
Einzelkosten der Bereiche (Teil 2)	60.000			45.000		
Deckungsbeitrag 3	+ 630.000			- 55.000		
Einzelkosten des Betriebs	200.000					
Betriebsergebnis	+ 375.000					

Zu b)

Bis auf die Tragödie werfen sämtliche Produkte positive Deckungsbeiträge ab. Der negative Deckungsbeitrag der Tragödie bewirkt, dass der Deckungsbeitrag des „kleinen Hauses“ negativ ist, obwohl die beiden anderen Produkte positive Deckungsbeiträge erzielen. Wenn man die Situation lediglich aus dem Blickwinkel der Kostenrechnung betrachtet, müsste man den Verzicht auf die Tragödie prüfen. Allerdings reicht die Betrachtung der Erlöse und der Kosten für eine abschließende Empfehlung nicht aus. Dies macht die Antwort zu c) deutlich.

Zu c)

Bei der Deckungsbeitragsrechnung werden die Erlöse und die Kosten in die Betrachtung einbezogen. In den Bereichen des Marktversagens spiegeln die Erlöse nicht die Leistung. Leistung ist in der Kosten- und Leistungsrechnung definiert als sachzielbezogene bewertete Gütererstehung. Das kommunale Theater ist im Bereich des Marktversagens tätig. Insofern sind die Erlöse nicht vergleichbar mit Erlösen, die in einem funktionierenden Wettbewerb erzielt werden und ausdrücken, was ein Produkt wert ist. Im konkreten Fall könnte es sich bei der Tragödie um ein wertvolles Kulturgut handeln. Wel-

chen Wert dieses Theaterstück für die Gesellschaft hat, drücken die Erlöse nicht aus. Die Bestimmung der Leistung ist kaum möglich. Lediglich bestimmte Indikatoren könnten die Leistung andeuten. So könnten beispielsweise eine überregionale Beachtung des Stücks, eine sehr positive Beurteilung durch Kritiker oder eine Preisverleihung auf einem Theaterfestival Indikatoren sein, die zur Leistungsbeurteilung besser geeignet sind als die Erlöse.

Literaturhinweise:

Dreyhaupt, Klaus-Fritz und Placke, Frank: Kosten- und Leistungscontrolling auf der Basis von NKF – Eine Arbeitsanleitung zur Effizienzsteigerung in Öffentlichen Verwaltungen, Stuttgart 2007.

Schuster, Falko: Kommunale Kosten- und Leistungsrechnung – Controllingorientierte Einführung, 3. Auflage, München 2010.

Zufriedene Mitarbeiter – Hohe Qualität der Arbeit

Diplom-Psychologinnen offerieren Studie, wie kommunale Verwaltungen, Ämter und Behörden ihre Mitarbeiter zu Leistung und Erfolg motivieren können

„Erst wenn die Mitarbeiter kommunaler Verwaltungen als Dienstleister am Menschen physisch und psychisch gesund sind, können sie sich für ihr Unternehmen engagieren und qualitativ hohe Betreuungs- und Beratungsleistungen erbringen!“ So lautet die Überzeugung der Diplom-Psychologinnen Iris D. Röder und Susann Hildebrandt.

In ihrer Studie „Belastungssituationen bei Verwaltungsmitarbeitern und Wege zu ihrer Bewältigung“ identifizieren sie typische Belastungssituationen von Mitarbeitern kommunaler Verwaltungen, von Ämtern und Behörden und leiten daraus Maßnahmen zur Verbesserung ihrer Arbeitssituation ab. Sie bieten zudem den betroffenen Einrichtungen (Stadt- und Gemeindeverwaltungen mit den einzelnen Fachbereichen, Arbeitsagenturen, Job-Center usw.) an, sie bei der Umsetzung zu unterstützen, um die physische und psychische Gesundheit der Mitarbeiter und damit die Grundlage für berufliche Zufriedenheit zu sichern.

Interessierte Führungskräfte, Geschäftsführer, Amts- oder Teamleiter sowie Mitarbeiter kommunaler Verwaltungen können die Studie bei Hildebrandt & Röder Kommunikationsberatung GbR unter der Telefon- und Faxnummer 033762/225549 kostenlos anfordern.

Niederlegung eines Ratsmandats

(OVG Koblenz, Beschl. v. 23.3.2009 – 2 A 10100/09)

Jedes Ratsmitglied kann auf sein Mandat ohne Begründung verzichten. Eine andere Fraktion hat demgegenüber keine Abwehrrechte.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nachdem zwei Ratsmitglieder die Niederlegung ihres Mandats erklärt hatten, kam es zu einem Streit zwischen einer anderen Fraktion und dem Gemeinderat über die Wirksamkeit der Niederlegung und die Rechtmäßigkeit eines nachfolgenden Ratsbeschlusses.

Generell gilt, dass sich Ratsmitglieder zu einer Fraktion zusammenschließen können. Die Fraktionen wirken dann bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Gemeinderat mit; sie können insoweit ihre Auffassung auch öffentlich darstellen. Dieses allgemeine Mitwirkungsrecht wird in der Gemeindeordnung näher ausgeformt (vgl. § 30a GemO R-P). Auch wird in der Gemeindeordnung festgelegt, dass eine Gemeinderatsfraktion gegenüber dem Bürgermeister das Recht auf Unterrichtung hat. Sie kann darüber hinaus verlangen, dass einem Ausschuss oder einzelnen vom Gemeinderat beauftragten Ratsmitgliedern Einsicht in die Akten gewährt wird, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse des Gemeinderats vorliegt. Weiter ist vorgesehen, dass auf Antrag einer Fraktion eine Angelegenheit, die zu den Aufgaben des Gemeinderats gehört, auf die Tagesordnung der nächsten Sitzung zu setzen ist.

Durch den Verzicht auf das Amt eines Ratsmitgliedes werden aber weder der Bestand der Fraktion noch ihre Möglichkeiten berührt, die gesetzlichen Mitwirkungsrechte wahrzunehmen. Handelt es sich bei dem ausgeschiedenen Ratsmitglied um einen Angehörigen einer Fraktion, rückt vom Wahlvorschlag der jeweiligen Partei oder Gruppierung eine Ersatzperson in den Gemeinderat und die Fraktion nach. Damit bleibt die bisherige Fraktion als Organteil des Gemeinderates erhalten. Erst recht wird die Rechtsstellung einer Fraktion nicht berührt, wenn das Ratsmitglied, das auf sein Amt verzichtet, einer anderen Fraktion angehört. Desweiteren kann eine Gemeinderatsfraktion die ihr von der Gemeindeordnung eingeräumten Rechte bei der Willensbildung und Entscheidungsfindung im Gemeinderat ungehindert ausüben, auch wenn einzelne Mitglieder des Rates ihr Mandat niedergelegt haben.

Die Rechtsstellung einer Gemeinderatsfraktion umfasst über die gesetzlich geregelten Mitwirkungsrechte hinaus nicht die Befugnis, die Unwirksamkeit des Verzichts auf das Amt eines Ratsmitglieds gerichtlich geltend zu machen. Denn der Verzicht auf das Ratsmandat ist jederzeit ohne Angabe von Gründen möglich. Dementsprechend entzieht sich die Entscheidung eines Ratsmitglieds auf sein Amt zu verzichten jeglicher rechtlicher Bewertung und Überprüfung.

Dies mußte sich eine Ratsfraktion vom Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz sagen lassen. Sie war gegen das Nachrücken einer Ersatzperson gewesen. Dadurch war es nicht zu einer fehlerhaften Zusammensetzung des Rates gekommen, so dass der nachfolgende Ratsbeschluss wirksam war.

F. O.

Beamtenrechtliches Auswahlverfahren und Begründungsgebot

(OVG Münster, Beschl. v. 26. 11.2008 – 6 B 1416/o8 – in: ZBR 2009, S. 274 f.)

Ein Auswahlverfahren zur Besetzung einer Beförderungsstelle ist fehlerhaft, wenn die der Auswahlentscheidung zu Grunde liegenden wesentlichen Erwägungen nicht schriftlich niedergelegt sind (Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 –; ZBR 2008, 169).

Art.: 33 Abs. 5 GG

Anmerkung

Aus dem Sachverhalt:

Die Antragstellerin hatte sich um eine ausgeschriebene Planstelle beworben und war nicht berücksichtigt worden. Den Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Ziel, die Besetzung der Beförderungsstelle bis zur erneuten Entscheidung über ihre Bewerbung vorläufig zu verhindern, lehnte das Verwaltungsgericht ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die zu Gunsten der Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung ist rechtswidrig. Die schriftliche Niederlegung der für diese Auswahlentscheidung wesentlichen Erwägungen genügt nicht den Anforderungen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an die insoweit bestehende Dokumentationspflicht des Dienstherren zu stellen sind.¹ Der Schriftsatz, mit dem die zuständige Stelle die Antragstellerin über den Ausgang des Auswahlverfahrens informiert hat, ist im Hinblick auf die Auswahlwägungen nichtsagend. Darin heißt es: „Die Auswahlentscheidung erfolgte unter Zuhilfenahme der Kriterien dienstliche Beurteilung sowie Dienstalter.“ Eine solche Mitteilung versetzt den unterlegenen Bewerber nicht in die Lage, sachgerecht darüber zu befinden, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Ihr ist nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen, auf welcher Grundlage in diesem Fall die Auswahlwahlentscheidung allein anhand des Hilfskriteriums Dienstalter getroffen wurde.

Wie das Dienstalter der Bewerber als Hilfskriterium für die Beförderungentscheidung berechnet worden ist, lässt sich aus den Verwaltungsvorgängen nicht zweifelsfrei entnehmen. Die dort aufgenommenen Berechnungsbögen „Berechnung Probezeit/Anstellung/Nachteilsausgleich“ werfen als Ergebnis zwei Daten aus, nämlich das Datum, an dem die laubahnrechtliche Probezeit des jeweiligen Beamten endet und das Datum der planmäßigen Anstellung nach Berücksichtigung des Nachteilsausgleichs gemäß § 9 LVO NRW. Welches dieser Daten für die Berechnung des Dienstalters als Hilfskriterium maßgeblich sein soll, erschließt sich nicht.

H. W.

¹ Vgl. auch BVerfG NVwZ 2007, S. 1178

Höhe des Treppengeländers entgegen der DIN

(VGH München, Beschl. v. 20.2.2009 – 2 CS 08.3390)

Bei bestehenden baulichen Anlagen können Anforderungen zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit nur dann verlangt werden, wenn sie zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit notwendig sind.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Wenn ein Treppengeländer zu niedrig ist, ist eine erhöhte Gefahrensituation vorhanden. Jedoch hat es im Laufe der Jahrzehnte unterschiedliche Vorstellungen darüber gegeben, wie hoch ein Treppengeländer sein soll, um Gefahren zu verhindern. Stellt nun die Bauaufsichtsbehörde bei einem bestehenden Gebäude ein Treppengeländer fest, das verhältnismäßig niedrig ist, taucht die Frage auf, ob vom Grundstückseigentümer verlangt werden kann, das Geländer zu erhöhen. Dabei ist davon auszugehen, dass nach Art. 54 Abs. 4 BayBO bei bestandsgeschützten baulichen Anlagen Anforderungen gestellt werden können, wenn das zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit notwendig ist. Die Gefahr, welche die Anordnung rechtfertigt, muß konkret und erheblich sein. Wenn das Gebäude aber jahrzehntelang unfallfrei geblieben ist, kann kaum eine konkrete Gefährdungslage infolge zu niedriger Geländerhöhe angenommen werden.

In dem konkreten Fall hatte die Bauaufsichtsbehörde verlangt, das Treppengeländer um wenige Zentimeter zu erhöhen. Zwar gibt es die DIN 18065, die allerdings nur für Neubauten gilt. Sie kann nicht für nachträgliche Anforderungen an bestandsgeschützte bauliche Anlagen herangezogen werden, bei deren Errichtung entsprechende technische Regeln nicht vorhanden waren.

F. O.

Nachweis des Verdienstauffalls durch Ratsmitglied

(VG Gießen, Urt. v. 22.4.2009 – 8 K 1196/08)

Ein Ratsmitglied, das für die Teilnahme an Sitzungen des Rates und dessen Ausschüssen eine über den Durchschnittssatz liegende Entschädigung fordert, muß den Verdienstauffall konkret nachweisen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Soweit ein Ratsmitglied anstelle für den Verdienstauffall wegen seiner Mitwirkung an Rats- und Ausschusssitzungen mehr als den Durchschnittssatz verlangt, kann es einen höheren Betrag beanspruchen, wenn es den Verdienstauffall konkret nachweist (vgl. § 27 HGO). An seine Geltendmachung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen.

Die Tätigkeit eines Ratsmitglieds ist eben ehrenamtlich und erfolgt gemäß dessen freiwilligem Entschluß. Sinn und Zweck einer ehrenamtlichen Tätigkeit ist ein Ehrendienst für das gemeine Wohl. Dies schließt ein, dass der ehrenamtlich Tätige

sein freiwilliges Engagement grundsätzlich unentgeltlich leistet. Im Rahmen des Möglichen ist er gehalten, seine hauptberufliche Betätigung zeitlich flexibel zu gestalten und gegebenenfalls Ausweichzeiten zu finden. Für den Nachweis eines Verdienstauffalls genügt es indes nicht, eine auf der Grundlage von Einkommensteuerbescheiden oder Gewinnermittlungen des Steuerberaters errechnete Stundenpauschale vorzulegen. Demnach kann nicht das Jahreseinkommen heruntergerechnet werden auf die Stundenzahl der Tätigkeit, um einen Verdienstauffall während der Sitzungen zu belegen. Ein selbständig tätiger Mandatsträger muß vielmehr konkret nachweisen, dass er in der Zeit, in der er ehrenamtlich tätig war, einen Vertrag geschlossen hätte, mit der Folge eines bestimmten Verdienstes, und dass dieser Vertragschluß nicht zustande gekommen ist, weil der selbständig Tätige aufgrund seines Ehrenamtes verhindert war. Ein solcher Nachweis ist einem Selbständigen allerdings tatsächlich nur schwer möglich.

Diese Auffassung hat das Verwaltungsgericht Gießen vertreten. In dem konkreten Fall ging es um den Verdienstauffall eines niedergelassenen Arztes. Er meinte, er könnte 50 € pro Stunde beanspruchen. Dieser von ihm errechnete Betrag erfüllte jedoch nicht die Anforderungen hinsichtlich des geforderten konkreten Nachweises, sondern bezog sich auf eine pauschale Berechnung der durch eine mandatsbedingte Abwesenheit verursachten Gewinn- bzw. Umsatzeinbußen. Der Umsatz bzw. Gewinn, der infolge der Sitzungsteilnahme nicht erzielt werden kann, ist nämlich nicht automatisch der zu ersetzende Verdienstauffall. In dem konkreten Fall waren zudem noch nicht einmal Gewinn- bzw. Umsatzeinbußen entstanden, da der Arzt seine Patienten offensichtlich behandeln konnte. Insbesondere hatte er nicht hinreichend dargetan, dass er durch die Sitzungen die Patienten nicht auch zu anderen Zeitpunkten behandeln konnte, weil diese z. B. einen anderen Arzt aufgesucht hätten.

Richtig war, dass für das Ratsmitglied der Nachweis des tatsächlichen Verdienstauffalls als Freiberufler komplizierter zu führen ist als bei einem Arbeitnehmer. Denn die Behandlungstermine werden sinnvollerweise für einen solchen Termin vergeben, an der Arzt selbst in seiner Praxis anwesend ist, so dass regelmäßig nicht nachgewiesen werden kann, dass das Ratsmitglied mandatsbedingt Patienten verloren hat. Deshalb lag auch kein ersatzfähiger Verdienstauffall vor, da die Behandlung der Patienten eben zu einem Zeitpunkt außerhalb der Sitzungen erfolgte und somit zu einem anderen Zeitpunkt vergütet wurde. Der Arzt konnte über seine Praxiszeiten zwar nicht uneingeschränkt verfügen. Allerdings konnte er seine Arbeitseinteilung frei bestimmen, so dass er die Behandlungstermine auf Tage verlegen konnte, in denen keine Sitzungen stattfanden. Einkommensverluste hatte das Ratsmitglied insoweit nicht hinreichend dargetan. Vielmehr war es aufgrund der Dispositionsmöglichkeiten des Ratsmitglieds im Hinblick auf seine Arbeitseinteilung nahe liegend, dass er seine Patienten an anderen Tagen zu behandeln in der Lage war.

Ein Freizeitverlust war gleichfalls nicht gegeben, da Behandlungen auch nicht außerhalb der Öffnungszeiten der Praxis durchgeführt werden mussten. Hierdurch wurde allenfalls die Warteliste der Patienten etwas länger. Das Ratsmitglied hatte auch nicht hinreichend konkret nachgewiesen, dass aufgrund einer möglichen längeren Wartezeit Patienten die Behandlung abgebrochen und bei einem anderen Arzt fortgesetzt hätten.

F. O.

Sondernutzung durch Anbringen von Werbezetteln an Autos

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2010 – IV-4 RBs 25/10)

Das Befestigen von Karten mit Werbeaufdrucken eines Gebrauchtwagenhandels an parkenden Fahrzeugen auf einem öffentlichen Parkplatz zu Gewerbezwecken stellt eine genehmigungspflichtige Sondernutzung dar.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Das AG hat gegen den Betroffenen (B) wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen §§ 18 Abs. 1, 59 Abs. 1 Nr. 1 StrWG NRW eine Geldbuße in Höhe von 200,00 € verhängt. Hiergegen wendet er sich mit dem Antrag auf Zulassung der **Rechtsbeschwerde**. Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu, weil sie zumindest zur Fortbildung des Rechts, aber auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten sei. Die Sache gibt dem OLG Gelegenheit die Begriffe Gemeingebrauch und Sondernutzung i.S. des § 18 Abs. 1 StrWG NRW zu definieren und Leitsätze dazu aufzustellen, wann die Anbringung von Werbezetteln an geparkten Fahrzeugen zu gewerbsmäßigen Zwecken im öffentlichen Straßenraum einer Sondernutzungserlaubnis bedarf. Es bestehe Klärungsbedarf, weil es nach Kenntnis des Senats bisher an einer rechtlichen Einordnung als Sondernutzung oder Gemeingebrauch dieser Form der Nutzung des öffentlichen Straßenraums fehlte. Die Generalstaatsanwaltschaft hat in ihrer Stellungnahme ausgeführt: „Bisher ist in der Rechtsprechung z. B. entschieden worden, ob die Verteilung von Handzetteln, CDs und Büchern mit religiösem Inhalt in der Fußgängerzone (Beschluss des 1. Senats OLG Düsseldorf v. 08.04.1998 – 5 Ss (OWi) 394/97 – OWi 191/97 I), die Werbung mit abgestellten Kraftfahrzeugen (Beschluss des 1. Senats OLG Düsseldorf v. 19.06.1990 – 5 Ss (OWi) 233/90 – OWi 103/90 I), der Verkauf von Getränkedosen nach einem Fußballspiel aus einem Einkaufswagen (Beschluss des 2. Senats OLG Düsseldorf v. 21.09.2004 IV – 2 Ss (OWi) 142/03 – OWi 65/03 II) und die Tätigkeit von sogenannten Bauchladenhausierern in Fußgängerzonen (OLG Köln v. 19.08.1991 – Ss 356/90 (B) – 184 B, zitiert nach juris) als Gemeingebrauch oder als Sondernutzung zu bewerten ist. **Gemeingebrauch** i. S. des § 14 Abs. 1 StrWG NRW liegt nur vor, wenn die Verkehrsfläche im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften zum **Zwecke des Verkehrs** benutzt wird. Diese Zweckbindung des Gemeingebrauchs ist diesem immanent. Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn die Straße nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist (§ 14 Abs. 3 StrWG NRW). Maßgeblich für die Abgrenzung des Gemeingebrauchs von der erlaubnispflichtigen Sondernutzung ist danach der Zweck der Straßenbenutzung. Verfolgt der Straßenbenutzer mit seinem Tun **verschiedene Zwecke**, so entscheidet der **überwiegende** Zweck darüber, ob noch Gemeingebrauch vorliegt oder eine Sondernutzung gegeben ist (vgl. Beschluss des 1. Senats, OLG Düsseldorf v. 19.06.1990 – 5 Ss (OWi) 233/90, OWi 103/90 I). Es können somit Benutzungsarten vom Gemeingebrauch ausgeschlossen sein, die sich äußerlich zwar als Teilnahme am Straßenverkehr darstellen, bei denen aber wegen des mit der Straßenbenutzung darüber hinaus verfolgten anderweitigen Zwecks die Merkmale der Straßenbenutzung zu Zwecken des Verkehrs nicht mehr überwiegen (vgl. BVerwG E 4, 342). Das bedeutet auch, dass bestimmte Straßen eine erweiterte Zweckbestimmung haben können, wie beispielsweise in Fußgängerzonen oder verkehrsberuhigten Bereichen.

Die Zweckbestimmung des **öffentlichen Parkplatzes** beinhaltet den Parkverkehr, d.h. das Aufsuchen des Parkplatzes mit dem Fahrzeug, das Abstellen und das spätere Wegfahren von dem Parkplatz sowie das Begehen von Fußgängern auf dem Parkplatz zum Verlassen oder Aufsuchen des abgestellten Fahrzeugs. Die Zweckbestimmung wird nicht durch den Umstand, dass der Platz zum Abstellen von Personenkraftwagen dient, in Richtung auf eine vermeintlich zulässige mittels Anbringens von Handzetteln erfolgende Werbung für einen Gebrauchtwagenhandel erweitert. Diese Einschätzung steht auch in Einklang mit der Regelung in § 19 Abs. 3 StrWG NRW, wonach kein Gemeingebrauch mehr vorliegt, wenn die Straße nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist. Dadurch soll allein dem Bedürfnis der Allgemeinheit nach Nutzung der Straße zur Kommunikation Rechnung getragen werden. Aus der Funktion der Straße als Forum der Kommunikation ergibt sich eine **Grenze** dort, wo nicht mehr der Meinungsaustausch, sondern das **gewerbliche oder geschäftliche Interesse** des einzelnen im Vordergrund steht (Beschluss des 2. Senats, OLG Düsseldorf v. 21.09.2004 IV – 2 Ss (OWi) 142/03 – (OWi) 65/03 II m.w.N.). Die Grenzen des Gemeingebrauchs werden in aller Regel überschritten, wenn öffentlicher Straßenraum ausschließlich zu gewerblichen Zwecken genutzt wird (Beschluss des 1. Senats, OLG Düsseldorf v. 08.04.1998, 5 Ss (OWi) 394/97 – (OWi) 191/97 I, wo die freihändige entgeltliche und unentgeltliche Abgabe von Schriften, Büchern und CDs religiösen Inhalts in einer Fußgängerzone durch einen Anhänger der Hare-Krishna-Bewegung noch dem jedermann gestatteten Gemeingebrauch zugerechnet wurde). Das Befestigen von Karten mit Werbeaufdrucken eines Gebrauchtwagenhandels an parkenden Fahrzeugen auf einem öffentlichen Parkplatz zu Gewerbezwecken stellt eine genehmigungspflichtige Sondernutzung dar, weil es über die zum Gemeingebrauch gehörenden verkehrlichen Zwecke der Fortbewegung, Kommunikation und Kontaktaufnahme hinausgeht und lediglich eigenen gewerblichen Zwecken dient. Überdies führt die Befestigung von Werbekärtchen an die parkenden Fahrzeuge, wofür im Übrigen keine Zustimmung der jeweiligen verantwortlichen Fahrzeugführer vorliegt oder ohne Weiteres unterstellt werden kann, zur Verunreinigung der genutzten Parkflächen und damit zu Beeinträchtigungen wegen des erhöhten Reinigungsaufwands.“ Diesen Ausführungen hat sich das OLG angeschlossen und die Rechtsbeschwerde demgemäß als unbegründet abgelehnt.

J.V.

Spielplatzrutsche mit Gefahren

(OLG Hamm, Urt. v. 19.3.2009 – 6 U 157/08)

Eine auf einem Spielplatz aufgestellte Röhrenrutsche darf nicht auf einem Betonsockel enden, der nicht erkannt werden kann und eine Verletzungsgefahr darstellt.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Generell ist ein jeder Spielplatz aus Gründen der Verkehrssicherung so zu gestalten und zu erhalten, dass Benutzer vor solchen Gefahren geschützt werden, die über das übliche Risiko der Nutzung hinausgehen und für die Benutzer nicht ohne weiteres erkenn- und beherrschbar sind. An die Sicherheit von aufgestellten Spielgeräten sind hierbei besondere Anforderungen zu stellen, die gerade auch den Schutz

vor Miß- und Fehlgebräuchen betreffen. Ungeschicklichkeiten, Leichtsinns und Unfähigkeit im Umgang mit dem Spielgerät dürfen im Normalfall keine schwerwiegenden Folgen haben. Insbesondere muß der Untergrund unter den Spielgeräten so gestaltet werden, dass bei allfälligen Stürzen keine schweren Verletzungen drohen.

Dementsprechend sind Röhrenrutschen so zu konstruieren, dass der Rutschvorgang im Bereich der geschlossenen Röhre in liegender, zumindest aber gebeugter Haltung erfolgen muß. Damit verbunden ist das Risiko, sich nach dem unter Umständen für den Nutzer plötzlichen Erreichen des Ende der Röhre nicht mehr rechtzeitig aufrichten und den Körperschwerpunkt so ausrichten zu können, dass ein sicher in den Standkommen nach Verlassen der Rutsche gesichert ist und der Nutzer stattdessen mit dem Körper auf dem Boden aufprallt. Dieser Gefahrenlage muß durch Gestaltung des Untergrundes am Ende der Rutsche Rechnung getragen werden. Der Untergrund muß so gestaltet sein, dass ein nicht unwahrscheinlicher Aufprall mit dem Körper abgedämmt wird und nicht zu schweren Schäden führen kann.

Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Hamm vertreten. In dem konkreten Fall hatte ein Großvater seinen Enkel auf den Spielplatz begleitet und auch die Röhre benutzt. Am Ende der Röhre war ein mit nur losem Sand überdeckter harter und nicht dämpfender Betonsockel vorhanden, der von vorneherein die Gefahr in sich barg, dass der Sand weggetreten und seiner Dämpfungs- und Schutzfunktion nicht mehr gerecht wurde.

Vor diesem Hintergrund reichte weder die jährliche Kontrolle noch die wöchentliche Pflege aus, um ausreichenden Schutz vor der besonderen Gefahrensituation zu gewähren.

Die konkrete und sich im Schadensfall verwirklichende Gefahr war für den Großvater nicht erkennbar. Er musste weder wissen, dass sich unterhalb der Röhrenrutsche ein nur unzureichend abgedecktes Betonkiesfundament befand, noch konnte er dies erkennen, da der Sockel geringfügig mit Sand überdeckt war.

Es lag eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vor, so dass die Gemeinde zum Schadensersatz verpflichtet war. Allerdings musste sich der Verletzte ein Mitverschulden anrechnen lassen, weil er ein Spielgerät benutzt hatte, das erkennbar für die Nutzung durch Kinder bestimmt war. Ihm musste sich aufdrängen, dass die verbleibende Zeit nach dem liegenden Rutschen im Bereich der Röhre zum Aufrichten und in den Standkommen knapp bemessen war, eine schnelle Reaktion erforderte und gegebenenfalls mit dem höheren Risiko behaftet war, durchzurutschen, als dies bei offenen Rutschen der Fall ist. In dem Urteil des Oberlandesgerichts Hamm wurde das Mitverschulden des Verletzten mit 60% angenommen, so dass er den ihm entstandenen Schaden nur zu 40% ersetzt bekam.

F. O.

Alkoholverbot in kommunaler Grünanlage

(OLG Hamm, Beschl. v. 4.5.2010 – 3 RBs 12/10)

1. Ein generelles Alkoholverbot für den Bereich einer der Öffentlichkeit allgemein und ohne besondere Zulassung zugänglichen öffentlichen Grünfläche kann nicht als Benutzungsordnung einer öffentlichen Einrichtung i. S. des § 8 GO NRW (= z. B. Art. 21 BayGO, § 19 HGO durch die Gemeinde wirksam erlassen werden.

2. Der Alkoholkonsum auf öffentlichen Verkehrsflächen ist auch keine straßenrechtliche Sondernutzung. Er hält sich vielmehr als solcher noch im Rahmen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsflächen.

3. Auch die Regelung über ordnungsbehördliche Verordnungen (§ 27 Abs. 1 OBG NRW = z. B. §§ 71, 74 HSOG, § 55 Nds. SOG) scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus, es sei denn es lägen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der Konsum von Alkohol regelmäßig und typischerweise zum Eintritt von Schäden, etwa infolge von alkoholbedingten Gewaltdelikten, führt.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt:

Nach den zugrunde liegenden Feststellungen hielt sich der Betroffene (B) am 11. 07.2009 kurz vor 14.00 Uhr in der Grünanlage der Stadthalle in C im Bereich des Zugangs zur U-Bahn-Haltestelle auf. Entgegen dem ihm bekannten Verbot soll der Betroffene dort Alkohol, vermutlich klaren Schnaps, aus einem sog. „Flachmann“ konsumiert haben. Das Amtsgericht Bielefeld hat gegen B wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das in der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C“ geltende Alkoholverbot eine Geldbuße von 50,00 € verhängt. Die vom Amtsgericht in Bezug genommene „Satzung über die Benutzung der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C“ hat u. a. folgenden Wortlaut:

„§ 1 Widmungszweck

Die Stadt C stellt ihre Grünanlage „Stadthalle C“ ihren Einwohnerinnen und Einwohnern und den Besucherinnen und Besuchern der Stadt als öffentliche Einrichtung zur Naherholung, zur kulturellen Begegnung und für öffentliche Veranstaltungen im Rahmen der Aktivitäten der Stadthalle C zur Verfügung. Die Satzung dient der geregelten Benutzung und der Verkehrssicherheit im Bereich der Grünanlage „Stadthalle C“.

§ 3 Verhalten in der Grünanlage „Stadthalle C“

(1) Jeder hat sich in der Grünanlage „Stadthalle C“ so zu verhalten, dass andere nicht gefährdet, geschädigt oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt werden.

(2) Unabhängig von Absatz 1 ist in der Grünanlage generell verboten a.-d) ...

e) das Konsumieren von Alkohol.

§ 6 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. den Ge- und Verboten des § 3 zum Verhalten in der Grünanlage „Stadthalle C“ zuwiderhandelt;

2. ...

3. ...

Gegen das in seiner Anwesenheit verkündete Urteil hat B Rechtsbeschwerde eingelegt.

II. Zur Rechtslage:

1. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

Zwar waren die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 79 Abs. 1 Satz 1 OWiG nicht erfüllt (z. B. Geldbuße von mehr als 250 Euro). Allerdings hat das OLG die Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des materiellen Rechts zugelassen (§ 80 Abs. 2 Nr. 1 OWiG i. V. mit § 79 Abs. 1 Satz 2 OWiG).

2. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde hatte auch in der Sache Erfolg. Das OLG hat B deshalb freigesprochen. Der Bußgeldsenat hat die in der Satzung enthaltene Bestimmung über das generelle Verbot des Konsumierens von Alkohol (§ 3 Abs. 2 e) als rechtswidrig und damit als nichtig eingestuft. Damit konnte sie auch nicht Grundlage dafür sein, gegen B gem. § 6 ein Bußgeld zu verhängen. Der Senat führt im Wesentlichen folgendes aus:

a) Das durch die hier fragliche Satzung der Stadt C ausgesprochene generelle Alkoholverbot im Bereich der Grünfläche „C Stadthalle“ ist nicht als Benutzungsordnung einer öffentlichen Einrichtung i. S. des § 8 GO NW kompetenzgemäß erlassen (vgl. BVerfG, NVwZ 2004, 975). Das Verbot greift damit unzulässig in die **allgemeine Handlungsfreiheit** des B aus Art. 2 Abs. 1 GG ein (vgl. BVerfG, NJW 1980, 2572; Faßbender, NVwZ 2009, 566). Bei der Grünanlage „Stadthalle C“ handelt es sich nicht um eine öffentliche Einrichtung gem. § 8 GO NW. Der Begriff der **öffentlichen Einrichtung** umfasst solche Gegenstände oder eine Gesamtheit von Gegenständen, die von der Gemeinde für bestimmte öffentliche Zwecke gewidmet sind und deren Benutzung durch die Einwohner bzw. durch einen in der Zweckbestimmung festgelegten Personenkreis einer besonderen Zulassung bedarf (OVG Münster, DVBl. 1971, 218, Rehn/ Cronaue, GO NW, § 8 Anm. 3.) Nicht zu den öffentlichen Einrichtungen gehören dagegen die **Sachen im Gemeingebrauch**, die im Rahmen der Widmung von jedem auch ohne besondere Zulassung bestimmungsgemäß genutzt werden dürfen, etwa öffentliche Parks (Rehn/ Cronaue, a.a.O.). Bei der öffentlichen Grünanlage „Stadthalle C“ handelt es sich bereits nach der Widmung in § 1 der Satzung um eine jedermann ohne besondere Zulassung zugängliche öffentliche Verkehrsfläche. Damit steht sie aber im Gemeingebrauch i. S. des § 14 Abs. 1 StrWG NW (vgl. Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1424, 1428).

b) Eine Satzungscompetenz der Stadt C käme deshalb nur noch gem. § 19 Satz 1 StrWG NW als **Sondernutzungssatzung** in Betracht. Allerdings umfasst das Satzungsrecht nach § 19 GO NW nicht die Befugnis der Kommunen, selbst darüber zu bestimmen, ob ein bestimmter Gebrauch der Verkehrsfläche (Grünanlage) eine Sondernutzung darstellt oder nicht (Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1428). Dies bestimmt sich vielmehr allein nach dem jeweiligen Straßengesetz, hier nach § 14 Abs. 1 StrWG NW (Vgl. Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1428). **Straßenrechtlich** ist aber anerkannt, dass der **Alkoholkonsum** auf öffentlichen Verkehrsflächen keine Sondernutzung i. S. der straßenrechtlichen Bestimmungen darstellt, sondern sich vielmehr **noch im Rahmen des Gemeingebrauchs** an öffentlichen Verkehrsflächen hält (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251, 252; Hecker, NVwZ 2010, 359, 363 m. w. N.; Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1428; Kohl, NVwZ 2009, 624 f). Der ungestörten Teilnahme am Gemeingebrauch kommt nämlich entscheidende Bedeutung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu, sie ist Ausfluss der natürlichen Freiheit (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251 m. w. N.). Bei der gesetzlichen Regelung des Gemeingebrauchs und bei der Anwendung und Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften ist von dieser Grundrechtsbindung auszugehen (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 251). Dabei fallen auch Verhaltensweisen unter den Begriff des Gemeingebrauchs, die mit der eigentlichen Fortbewegung nichts zu tun haben, vielmehr dem Informations- und Meinungsaustausch sowie der Pflege menschlicher Beziehungen dienen, was insbesondere für innerörtliche Straßen und Plätze sowie Fußgängerbereiche und verkehrsberuhigte Zonen gilt (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252). Nach Ansicht des Senats

kann für sich an solche Verkehrsflächen anschließende, jedermann zugängliche Grünflächen nichts anderes gelten.

Insbesondere das „Niederlassen“ mehrerer oder einzelner Personen im innerstädtischen Bereich, etwa um zu kommunizieren oder sich durch Aufnahme von Speisen und Getränken zu stärken, ist unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe zweifellos vom verfassungsrechtlich garantierten Gemeingebrauch gedeckt, zumal der Gemeingebrauch anderer hierdurch nicht – jedenfalls nicht unzumutbar – beeinträchtigt wird (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252). Wird in einer derartigen Situation von einer oder mehreren Personen Alkohol getrunken, führt dies nicht dazu, dass dieses Verhalten sich nicht mehr im Rahmen des Gemeingebrauchs hält (OLG Saarbrücken, NJW 1998, 252; Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1428). Insoweit ist die Situation in einer öffentlichen Grünanlage nicht vergleichbar mit öffentlichen Einrichtungen i. S. des § 8 GO NW, die als Sachen im Anstaltsgebrauch (vgl. Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1428) gerade nicht unbeschränkt der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, wie etwa Schulen, Kindergärten oder Schwimmbäder. Bei derartigen Einrichtungen dürfte es bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. BVerfG, NVwZ 2004, 975 f) unbedenklich möglich sein, ein generelles Alkoholverbot wirksam bußgeldbewehrt anzuordnen.

c) Das in § 3 Abs. 2 e) der Satzung vorgesehene generelle Alkoholverbot kann auch nicht auf § 27 Abs. 1 OBG NRW gestützt werden. In der obergerichtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist nämlich anerkannt, dass ein **generelles Alkoholverbot** polizeirechtlich nur zulässig ist, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das verbotene Verhalten, mithin der Konsum von Alkohol, **regelmäßig und typischerweise** zum **Eintritt von Schäden**, etwa infolge von alkoholbedingten Gewaltdelikten, führt (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 55). Anderenfalls stellt das Konsumieren von Alkohol nämlich keine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung i. S. der einschlägigen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts (hier: § 27 Abs. 1 OBG NRW) dar (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 56; Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1426; Fassbender, NVwZ 2009, 564; Kohl, NVwZ 1991, 623). Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden aber durch polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen nicht gedeckt (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 56; Hebel/ Schäfer, DVBl. 2009, 1426).

J.V

Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde für Schulgebäude

(OLG Schleswig, Urt. v. 22.1.2009 – 11 U 71/08)

Als Schulträger obliegt der Gemeinde die Verkehrssicherungspflicht; sie kann nicht einfach davon ausgehen, dass die Lehrer oder der Hausmeister für die Verkehrssicherheit sorgen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Grundsätzlich ist die Gemeinde als Schulträger für die Sicherheit im Schulgebäude verkehrssicherungspflichtig und ihr obliegen deshalb in zumutbarem Umfang auch diesbezügliche Kontrollen. Kommt es zu einem Schaden, kann die Gemeinde nicht einfach davon ausgehen, die Verkehrssicherungspflicht wäre auf die Lehrer delegiert worden.

Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Schleswig vertreten. In dem konkreten Fall hatten Schüler unter Aufsicht eines Lehrers ein metallenes Wandregal montiert, das aber kurz danach umgefallen war und einen Passanten erheblich verletzt hatte. Die Gemeinde durfte nicht ohne weiteres auf eine einwandfreie Montage vertrauen. Wenn der Hausmeister überhaupt Kontrollgänge gemacht hätte, durfte er die primär den Lehrern zugänglichen Räume nicht ausklammern. Der Hausmeister durfte auch nicht darauf vertrauen, dass der fachkundige Lehrer, der die Montage angeleitet und beaufsichtigt hatte, für die Wandbefestigung und deren Kontrolle selbst gesorgt hatte. Die Gemeinde hatte es schlechthin unterlassen, dem Lehrer die Verantwortung für die Montage zuzuweisen. Die Wahrnehmung von Sicherheitsüberprüfungen kann ohne ausdrückliche Übertragung einer solchen Aufgabe nicht verlässlich angenommen werden.

F. O.

Entfernung einer dienstlichen Beurteilung aus Personalakte

(BAG, Urt. v. 18. 11. 2008 – 9 AZR 865/07)

1. Ein Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Entfernung einer dienstlichen Beurteilung aus seiner Personalakte, wenn sich ein Fehler im Beurteilungsverfahren auf das Ergebnis der Beurteilung auswirken kann.

2. Ein solcher Verfahrensfehler kann darin bestehen, dass eine Frist für die Bekanntgabe der Beurteilung der Beurteilung nicht eingehalten wird.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung

Die klagende – mit einem Grad von 50 schwerbehinderte – Arbeitnehmerin (K) beansprucht von der beklagten Arbeitgeberin (B) die Entfernung ihrer Regelbeurteilung („entspricht noch den Anforderungen“) aus der Personalakte, hilfsweise eine neue Beurteilung. Nach den einschlägigen Beurteilungsrichtlinien ist die Beurteilung dem Arbeitnehmer so schnell wie möglich – wenn nicht besondere Gründe vorliegen, nicht später als sechs Monate nach einer so genannten Gremiumsbesprechung – bekannt zu geben und mit ihm zu besprechen. Diese Frist wurde im Falle der K nicht eingehalten. K hat daher die Auffassung vertreten, die Regelbeurteilung müsse entfernt werden, weil B gegen zwingendes Verfahrensrecht verstoßen habe. Das BAG hat der Klage stattgegeben. Nach Ansicht des Gerichts beruht der **Anspruch** der K auf **Entfernung der Beurteilung** auf den § 611, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Beurteilungsvorschriften. Danach ist B schuldrechtlich verpflichtet, die unter Verstoß gegen ihre arbeitsvertraglichen Nebenpflichten nicht fristgerecht bekannt gegebene Beurteilung aus der Personalakte zu entfernen. Der **Verfahrensfehler indiziert** – so der Senat – dass eine (auch) **sachlich unzutreffende Beurteilung** zur Personalakte gelangt sei. Die fristgerechte Bekanntgabe und Besprechung sei keine reine Formalität, sie diene vielmehr dem **Schutz des Beurteilenden und des Beurteilten vor Erinnerungslücken**. Die Fristüberschreitung erschwere insbesondere die Stellungnahme der beurteilten Person als auch die Auseinandersetzung des Beurteilenden, seines Vertreters oder des Berichterstatters mit den Argumenten des Arbeitnehmers. Gelangen Beurteilungen nicht nur formell zu

Unrecht in die Personalakten, sondern könne der Verfahrensverstoß zudem Auswirkungen auf das Beurteilungsergebnis haben, trete das berechnigte Interesse des Arbeitgebers an der Vollständigkeit und Kontinuität der Akten zurück.

J.V.

Heimliches Mithören von Telefongesprächen

(BAG, Urt. v. 23. 4. 2009 – 6 AZR 189/08)

1. Ermöglicht ein Telefongesprächspartner einer im Raum befindlichen Person gezielt das heimliche Mithören des Gesprächs, so wird dadurch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Anrufers verletzt.

2. Diese Persönlichkeitsrechtsverletzung begründet ein Beweisverwertungsverbot.

3. Das gilt nicht, wenn die angerufene Person nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte den Gesprächsinhalt zur Kenntnis genommen hat, die Kenntnisnahme also nur zufällig erfolgte.

4. Bei dieser Konstellation (Leitsatz 3) treten die Interessen des Anrufers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts zurück, wenn die gerichtliche Vernehmung des Dritten der Durchsetzung der – im Einzelfall auch grundrechtlich geschützten – Rechte der angerufenen Person dient.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Die beklagte Firma (B) kündigte der Klägerin (K) innerhalb der Sechsmonats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG. Zu diesem Zeitpunkt war K arbeitsunfähig. Sie ist der Meinung, die Kündigung sei sittenwidrig. Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Personaldisponentin der B habe sie kurz vor der Kündigung angerufen und ihr gesagt, sie solle trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit kommen, andernfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen. Diese Behauptung wird von B bestritten. K beruft sich auf das Zeugnis einer Freundin, die bei dem Telefonat anwesend gewesen sei und das Gespräch zufällig ohne ihr Wissen mitgehört habe. ArbG und LAG haben die Vernehmung der Freundin der K abgelehnt, weil insoweit ein Beweisverwertungsverbot bestehe. Die Revision der K war erfolgreich. Der Senat hält die Aussage der Zeugin sowohl für beweiserheblich als auch möglicherweise verwertbar. In Betracht komme ein Verstoß gegen das **Maßregelungsverbot** des § 612a BGB. Ein Arbeitgeber darf danach einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme (hier: Kündigung) nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt (hier: Fernbleiben vom Dienst bei Arbeitsunfähigkeit). Allerdings wäre die Aussage der Zeugin unverwertbar, wenn K ihr **gezielt** ein **heimliches Mithören** des Telefonats **ermöglicht** hätte, z.B. durch Anstellen des Raumlautsprechers. Ein heimlich mithörender Dritter darf demgegenüber als Zeuge zum Gesprächsinhalt vernommen werden, wenn die angerufene Person nichts dazu beitragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte (beispielsweise durch unbemerktes Benutzen eines Zweithörers). Es bedarf somit weiterer gerichtlicher Feststellungen zu der hier vorliegenden Konstellation.

J.V.

Mitarbeiterfoto auf Homepage eines Arbeitgebers

(LAG Köln, Beschl. v. 10.7.2009 – 7 Ta 126/09 – RDV 2009, S. 283)

1. Ist einem Arbeitnehmer bekannt, dass ein von ihm gefertigtes Foto von seinem Arbeitgeber auf dessen Homepage verwendet wird, und widerspricht der Betroffene nicht, so kann der Arbeitgeber von einer – zumindest schlüssigen – Einwilligungserklärung des Arbeitnehmers ausgehen.

2. Dient das Foto nur Illustrationszwecken, so kann der Arbeitgeber damit rechnen, dass der abgelichtete Arbeitnehmer auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus kein gesteigertes Interesse an einer sofortigen Entfernung des Fotos hat.

3. Der Arbeitgeber muss den Aufwand einer Neugestaltung seiner Homepage ohne das Foto des ausgeschiedenen Arbeitnehmers nur dann auf sich nehmen wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich die Entfernung verlangt.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Die Antragstellerin (A) im vorliegenden Verfahren auf Gewährung von Prozesskostenhilfe wurde während ihres Beschäftigungsverhältnisses (als kaufmännische Angestellte) von Beauftragten ihrer Arbeitgeberin am Arbeitsplatz fotografiert. Die Arbeitgeberin verwendete das Foto als Illustration auf der Kontaktseite ihres Internetauftritts. A war dieser Verwendungszweck bekannt. Sie verlangt nunmehr von der Arbeitgeberin wegen dieser Fotoveröffentlichung Schadensersatz. Der Antrag hatte keinen Erfolg. Das Gericht hält infolge des **schlüssigen** oder zumindest **vermuteten Einverständnisses** der Arbeitnehmerin und damit mangels eines **rechtswidrigen** Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen einen Schadensersatzanspruch (gem. § 823 BGB) für nicht gegeben. Wegen fehlender Erfolgsaussicht des Rechtsschutzbegehrens schied damit auch die Gewährung von Prozesskostenhilfe aus.

J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

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

Schrifttum

v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz Band 2, 6. Aufl. 2010, 2459 Seiten, in Leinen € 280,00 (Vorzugspreis 260,00 € bei Abnahme der Bände 1 bis 3), Verlag Franz Vahlen, ISBN 978-3-8006-3732-4

Mit der aktuellen Auflage ist auch Band 2 der „Trilogie“ auf den Stand Anfang 2010 gebracht worden. Der Verfassungsgesetzgeber hat den Kommentatoren insbesondere durch die Föderalismusreform eine Menge Arbeit verschafft. Darüber hinaus waren Weiterentwicklungen auf europäischer Ebene (AEUV) zu berücksichtigen. Last, but not least war die (umfangreiche) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der europäischen Gerichte einzuarbeiten.

Die Vorzüge des Kommentars sind vielfach – auch in der Besprechung des Bandes I in dieser Fachzeitschrift – gerühmt worden. Der Rezensent beschränkt sich daher auf einige wenige Anmerkungen. Das Konzept des Werkes ist überzeugend; es ist zu Recht nicht geändert worden. Auf den Verfassungstext folgt regelmäßig ein Blick auf die Normgeschichte und vergleichbare Vorschriften im Landesverfassungsrecht sowie im Recht der Europäischen Union. Eine ausführliche Gliederung schließt sich an. Der Lesefluss wird nicht durch Zitate bzw. Zitatblöcke gehemmt, weil die Nachweise durchgehend in die Fußnoten verbannt wurden. Leitbegriffe sind im Fettdruck hervorgehoben. Zu (fast) allen Fragen bietet der Kommentar ausgewogene und überzeugende Antworten. Die aktuelle Rspr. wird gelegentlich knapp, aber nicht unkritisch eingearbeitet. Auch die Verwaltungspraxis ist gut beraten, in Fällen mit verfassungsrechtlichem Einschlag den Kommentar zu Rate zu ziehen. Der sog. Parteipatronage erteilt der Kommentar eine deutliche Absage (Art. 33 Rn. 19). (Starre) Frauenquoten finden keine Gnade in den Augen der Kommentatorin (Art. 33 Rn. 21). Auch die (Fehl-) Leistungen des Gesetzgebers werden einer fundierten Kritik unterzogen. Dies gilt etwa für die (gescheiterte) Reform des Staatshaftungsrechts. Sehr plastisch bezeichnet der Autor dieses verminten Gebiet als „Materie mit esoterischem Charakter“ (Art. 34 Rn. 149) und plädiert für eine grundlegende Neuordnung.

Fazit: Ein sowohl wissenschaftlich gediegener als auch ein auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittener Kommentar, der in keiner Verwaltungsbibliothek fehlen sollte.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Erlenkämper/Rhein, Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, 553 Seiten, kart., € 69,90, Kohlhammer, ISBN 978-3-555-30440-3

Das Verwaltungsvollstreckungs- und -zustellungsrecht sind (Querschnitts-) Materien, die in der Verwaltungspraxis eine große Rolle spielen. Viele Verwaltungsakte werden nach den einschlägigen Regeln zugestellt und vollstreckt. Kenntnisse auf diesen Gebieten sind daher sowohl für Absolventen der Verwaltungsausbildungseinrichtungen als auch für Verwaltungspraktiker unabdingbar. Vor diesem Hintergrund besteht großer Bedarf an einem Erläuterungsbuch. Die Autoren – gestandene Verwaltungspraktiker und zugleich durch weitere wissenschaftliche Veröffentlichungen (s. z. B. den Kommentar von Rhein zum OBG) ausgewiesen – haben einen gut les-

baren, an den Bedürfnissen der Praxis orientierten Kommentar zu beiden Gesetzen vorgelegt. Die Erläuterungen werden vielfach durch Beispiele verdeutlicht. Lobenswert ist weiterhin, dass – soweit erforderlich – die Querverbindungen zu anderen Materien (z. B. des Ordnungsrechts) aufgezeigt werden. Beispielfhaft erwähnt seien hier die Ausführungen zur Durchsetzung von Verkehrszeichen im Wege des Abschleppens falsch geparkter Pkw (§ 55 Rn. 33 ff.) und zur Rechtsgrundlage für die Kostenerhebung (§ 77 Rn. 91 ff.). Streitfragen weichen die Autoren nicht aus. Zu § 55 Abs. 1 VwVG werden die divergierenden Auffassungen zum Erfordernis der Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts dargelegt (§ 55 Rn. 47 ff.). Die Darstellung ist argumentativ gut nachvollziehbar, auch wenn der Rezensent in diesem Punkt anderer Meinung ist. Die Kommentierung des LZG NRW fällt schon aufgrund des geringeren Umfangs des Gesetzes knapper aus, ist aber ebenfalls gelungen. Im Gegensatz zum „ersten Teil“ wird hier allerdings auf die Hervorhebung von Leitbegriffen im Fettdruck verzichtet. Eine Anpassung erscheint indessen sinnvoll. Nützlich ist schließlich der Abdruck der Verwaltungsvorschriften zum VwVG.

Fazit: Ein sehr gelungener und daher empfehlenswerter Kommentar, der sowohl Praktikern als auch Studierenden bzw. Dozenten gute Dienste leistet.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Prokop/Borde: Kommunales Finanzmanagement: Möglichkeiten und Grenzen moderner Finanzinstrumente, 2010, 179 Seiten, € 34,00, Erich Schmidt Verlag, ISBN 978-3-503-12608-8

Mittlerweile ist der vierte Teil aus der Reihe Kommunale Verwaltungssteuerung des Erich Schmidt Verlages erschienen. Das vorliegende Werk richtet sich in erster Linie an Fach- und Führungskräfte in den Kommunalverwaltungen sowie an Studierende der Verwaltungswissenschaften, die einen Einblick in die Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes moderner Finanzinstrumente zur Finanzierung kommunaler Projekte oder Betriebe gewinnen möchten. Die Verschuldung des Staates und der Kommunen hat sich in den vergangenen Jahren deutlich erhöht. Zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit müssen immer mehr sog. Kassen- oder Liquiditätskredite aufgenommen werden, die die Zins- und Tilgungslasten enorm erhöhen. Deshalb muss nach Möglichkeiten gesucht werden, neben dem klassischen Kommunalkredit zu anderen Finanzierungsinstrumenten zu gelangen.

In einem ersten Schritt wird ein Überblick über die einzelnen Instrumente des Finanzmanagements verschafft um diese sodann auf Einsatzmöglichkeiten kritisch zu prüfen und Handlungsempfehlungen abzugeben. Kapitel 3 behandelt die Instrumente der Innenfinanzierung, Kapitel 4 und 5 die Instrumente der Außenfinanzierung, nämlich die Beteiligungsfinanzierung und die Kreditfinanzierung. Kapitel 6 befasst sich mit Derivaten als Instrumente des kommunalen Risikomanagements.

Fazit: Eine für die Praxis brauchbare Abhandlung – zumal es bisher wenig Literatur zu diesem Thema im kommunalen Bereich gibt.

Herbert Heidler

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 Vorbereitung von Klausuren, Seminararbeiten und Praxisbescheiden beitragen kann.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 69. Aufl. 2011, 3.041 Seiten, geb., € 148,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-60900-8

Trotz des Umfangs von mehr als 3.000 Seiten wird das Erläuterungsbuch in der Gruppe der „Beck'schen Kurzkommentare“ gelistet. Das ist eine gelinde Unterbreitung! Hinzu kommt, dass mittlerweile nur noch ein einziger Autor – Dr. Dr. Hartmann – für das traditionsreiche Werk verantwortlich zeichnet. Die hohe Zahl der Auflagen belegt eindrucksvoll, dass der „Baumbach“ zu den führenden Kommentaren zur ZPO gehört. Hohe Aktualität, präzise Aussagen und eine starke Verankerung in der Rechtsprechung sind seine Markenzeichen. Die erst vor kurzem in Kraft getretenen Änderungen durch die Reform des Kontopfändungsschutzes sind zum Beispiel bereits eingearbeitet worden. Zum Lesekomfort tragen insbesondere zahlreiche (rd. 130) sog. ABC-Reihen bei, in denen Beispiele zu bestimmten Problemen enthalten sind (s. z. B. zur Frage einer Beschwer des Klägers oder Beklagten: Grundz. § 511 Rn. 17 ff.). Erfreulicherweise nimmt Hartmann vielfach zu (Neu-) Regelungen kritisch Stellung. Selbstverständlich muss man dem Autor nicht in allen Punkten folgen (etwa zur Problematik der Anhörungsrüge wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit im Zusammenhang mit der nicht ganz geglückten Vorschrift des § 321a; s. dort Rn. 14). Unabhängig davon liefert der Autor stets gedankliche Anregungen und bietet mindestens gut vertretbare Lösungen). Nicht nur für zivilistisch tätige Anwälte und Richter ist das Werk eine vorzügliche Informationsquelle. Der Öffentlichrechter kann und darf die ZPO ebenfalls nicht ignorieren, bestimmt doch § 173 VwGO die entsprechende Anwendung von Bestimmungen der ZPO, soweit nicht Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entgegenstehen. Darüber hinaus wird vereinzelt auf die ZPO verwiesen.

Fazit: Ein „Klassiker“ auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts, der auch in Behördenbibliotheken nicht fehlen darf. Für Rechtsanwälte ist er ein „Muss“!

Prof. Dr. J. Vahle, 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 Verwaltungsschul-
verbandes, 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 Hoch-
schule 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 Verwaltungswissen-
schaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

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

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

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

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 kommu-
nale 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