

# DDVP

DEUTSCHE  
VERWALTUNGS-  
PRAXIS

62. Jahrgang  
Oktober 2011  
ISSN 0945-1196  
C 2328  
138/2011010

**10/2011**

**Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung**

## Abhandlungen

**Udo Steiner**

Zum Stand des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes in Deutschland

**Peter Eichhorn**

ABC – Glossar – XYZ

**Holger Weidemann**

Die Zustellung eines Verwaltungsakts – Ein Überblick

**Edmund Beckmann/Ingo Strote**

Über die von den staatlichen Hochschulen verliehenen akademischen Grade, Titel und sonstigen Bezeichnungen sowie deren Entzug/Verlust durch Aberkennung

## Fallbearbeitungen

**Reiner Stein**

„Der mobile Zeitungshändler“

**Michael Grosse**

Grundsicherung für Arbeitsuchende

## Rechtsprechung

Gestaltungsvorschriften für den Friedhof

Die Finanzierung der Gemeindeausgaben

Organisationsentscheidungen der Gemeinde.

Observation eines aus der Haft entlassenen Sexualstraftäters zwecks Gefahrenabwehr

Beanstandung eines Ratsbeschlusses durch den Bürgermeister

Polizeiliche Durchsuchung zwecks Beschlagnahme eines Lärm verursachenden Geräts

Kündigung bei ehrverletzender Äußerung über Vorgesetzte

Ambulante Dienste keine Sonderrechtsnachfolger in der Sozialhilfe

## Schrifttum

# Die DVP im Oktober 2011/Inhaltsverzeichnis

Udo Steiner

## Zum Stand des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes in Deutschland . . . . . 398

Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz ist eine unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaates. Dieser Beitrag bilanziert die Situation des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland.

Wer mit der Bundesrepublik Deutschland groß und alt geworden ist, darf trotz aller aufgezeigten Rückschritte der letzten Jahrzehnte die Rechtsschutzbilanz 2011 positiv interpretieren. Der unabhängige und gut ausgebildete Berufsrichter ist ein ganz starkes Stück Deutschland. Richter und Anwälte genießen nach einer Studie der Nürnberger Gesellschaft für Konsumforschung hohes Vertrauen in der Bevölkerung. Deutlich vor ihnen liegen mit einem Spitzenwert die Feuerwehrleute (97%). Damit kann die Rechtspflege leben.

Der öffentlich-rechtliche Rechtsschutz durch Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichte sorgt dafür, dass der Rechtsstaat den Bürger mit dem Staat nicht allein lässt. Die insgesamt positive Einschätzung der Situation des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland schließt aber Wünsche nicht aus. Eine Rückkehr zum verwaltungsprozessualen Zustand vor der sechsten Änderung der VwGO 1996 wird es nicht geben. Auf der Wunschliste der Verwaltungsrichter steht die Lösung anderer Probleme. Auch über die Gestaltung des Instanzenzuges ist nachzudenken. Es erscheint vor allem ein Problem, wenn die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die de facto nicht selten das Verwaltungsstreitverfahren insgesamt beenden, in der zweiten Instanz und damit in der Landesinstanz durch Entscheidungen von Landesrichtern enden, und zwar vor allem dort, wo starke und spezifische Landesinteressen durch die richterliche Entscheidung berührt werden. Hier könnte – abgesehen von der Frage der Wahrung der Rechtseinheit und der Entscheidung von Grundsatzfragen – der richterliche Blick der ferneren Bundesinstanz auf solche Verfahren dem Kläger das Gefühl einer wirklich unabhängigen richterlichen Beurteilung vermitteln. Dies gilt beispielsweise für Entscheidungen beamtenrechtlicher Fragen.

Peter Eichhorn

## ABC-Glossar-XYZ . . . . . 404

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Holger Weidemann

## Die Zustellung eines Verwaltungsakts – Ein Überblick . 406

Empfangsbedürftige Willenerklärungen einer Behörde müssen demjenigen bekanntgegeben werden, der dadurch eine Begünstigung oder aber eine Belastung erfährt. Ausdrücklich bestimmt § 43 Abs. 1 VwVfG, dass ein Verwaltungsakt erst mit der Bekanntgabe wirksam wird. Bekanntgabe ist damit einer der Schlüsselbegriffe des (allgemeinen) Verwaltungsrechts.

An wen die Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erfolgen hat, ergibt sich entweder aus spezialgesetzlichen Vorgaben oder aber aus § 41 Abs. 1 VwVfG. Hier nach ist der Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist. Der Gesetzgeber hat aber darauf verzichtet, den Bekanntgabebegriff zu definieren, so dass auf die Entwicklung der Rechtsprechung zurückzugreifen ist.

Der Beitrag stellt mit Hilfe von kurzen Fällen Grundbegriffe und Regelungen zur Bekanntgabe von Verwaltungsakten dar. Der Schwerpunkt wird hierbei auf die aktuellen Regelungen der formalisierten Bekanntgabe, der Zustellung, gelegt.

Edmund Beckmann/Inge Strote

## Über die von den staatlichen Hochschulen verliehenen akademischen Grade, Titel und sonstigen Bezeichnungen sowie deren Entzug/Verlust durch Aberkennung . . . . . 412

Die Berechtigung zur Führung der von den staatlichen Hochschulen verliehenen Auszeichnungen sowie deren Verlust beschäftigen – seit dem „Fall zu Gutenberg“ – verstärkt die Gesellschaft. Im Gegensatz dazu haben sich Literatur und

Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit intensiv mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Die gegen verschiedene Personen des öffentlichen Lebens erhobenen Plagiatsvorwürfe sollen daher nicht in erster Linie im Vordergrund des Beitrages stehen.

Vielmehr wird nach der Einleitung zunächst eine Übersicht über die akademischen und sonstigen Titel der staatlichen Hochschulen gegeben. Im Anschluss daran sollen unter III. die rechtlichen Voraussetzungen für den Entzug/Verlust insbesondere des „Dokortitels“ im engeren Sinne aufgezeigt werden. Dabei wird durchaus Bezug genommen werden auf die aktuellen Ereignisse, um sodann unter IV. einen kleinen Ausblick vorzunehmen.

## Fallbearbeitungen

Reiner Stein

## „Der mobile Zeitungshändler“ . . . . . 419

Im Mittelpunkt dieser Fallbearbeitung steht die Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit einer Anfechtungsklage gegen eine straßen- und wegerechtliche Verbotserfügung wegen fehlender Sondernutzungserlaubnis. Neben der Abgrenzung vom Straßenverkehrs- zum Straßen- und Wegerecht ist bei der Prüfung einer Sondernutzung eine Auseinandersetzung mit dem kommunikativen Verkehrsbegriff und einem möglicherweise gesteigerten Gemeingebrauch erforderlich. Bei der Bearbeitung der Zusatzaufgaben ist u. a. auf die gewerberechtliche Beurteilung des Straßenverkaufs von Zeitungen einzugehen.

Michael Grosse

## Grundsicherung für Arbeitsuchende . . . . . 427

Es handelt sich hier um einen praktischen Fall, der als Staatsprüfungsklausur im Fach Sozialrecht im Jahre 2011 an der FHöV NRW ausgegeben wurde. Zu prüfen ist u. a. anhand eines konkreten Fallbeispiels, ob Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht kommen und ob ein Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X gegen die Agentur für Arbeit besteht.

## Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

**Gestaltungsvorschriften für den Friedhof**  
(OVG Lüneburg, Beschluss vom 17.05.2010 – 8 ME 125/10) . . . . . 435

**Die Finanzierung der Gemeindeausgaben**  
(OVG Schleswig, Urteil vom 19.05.2010 – 2 KN 2/09) . . . . . 435

**Organisationsentscheidungen der Gemeinde**  
(VGH Mannheim, Urteil vom 31.05.2010 – 2 S 2423/08;  
OVG Münster, Urteil vom 26.10.2010 – 15 A 440/08) . . . . . 435

**Observation eines aus der Haft entlassenen Sexualstraftäters zwecks Gefahrenabwehr**  
(VG Aachen, Urteil vom 24.01.2011 – 6 K 140/10) . . . . . 436

**Beanstandung eines Ratsbeschlusses durch den Bürgermeister**  
(VG Darmstadt, Urteil vom 11.02.2010 – 3 K 1209/08) . . . . . 436

**Polizeiliche Durchsuchung zwecks Beschlagnahme eines Lärm verursachenden Geräts**  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.03.2010 – 14 Ws 9/10) . . . . . 437

**Kündigung bei ehrverletzender Äußerung über Vorgesetzte**  
(BAG, Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 534/08) . . . . . 437

**Ambulante Dienste keine Sonderrechtsnachfolger in der Sozialhilfe**  
(BSG, Urteil vom 13.07.2010 – 8 SO 13/09) . . . . . 438

## Schrifttum 440

Die Schriftleitung



live testen

Mit Haufe testen Sie alle Online-Produkte ohne Registrierung. Versprochen.

Testen Sie jetzt unsere Online-Produkte 30 Minuten lang in der Vollversion. Kostenlos und ohne Registrierung. Alle Funktionen und Produktinhalte stehen Ihnen sofort zur Verfügung. Besuchen Sie jetzt unseren Haufe Shop und starten Sie den Live-Test!

[www.haufe.de/30-min-test](http://www.haufe.de/30-min-test)

HAUFE.

### 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

## Editorial

### Liebe Leserinnen und Leser,

eine von der Bundesregierung eingesetzte „Ethik-Kommission“ hat geprüft, ob und gegebenenfalls wann ein Ausstieg aus der Atomenergie möglich ist. Es ist nicht das einzige Gremium, das moralische Urteile abgibt. Ethik hat zur Zeit Konjunktur. Im Internet kann man lesen, dass auch die Wirtschaft Ethik braucht. Viele große Firmen erlassen sog. Ethik-Codes, damit sich die Beschäftigten seriös verhalten und keine Behördenvertreter bestechen. An den (Fach-)Hochschulen werden Ethik-Vorlesungen in allen möglichen Studiengängen angeboten. Die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen (FHöV NRW) nimmt Ethik besonders ernst. Ethik ist an der FHöV NRW ein Pflichtfach. Es werden sogar Klausuren gestellt. In einer Musterlösung kann man lesen, dass es sich für Polizisten nicht gehört, Leute zu beleidigen, und zwar auch dann nicht, wenn diese sturzbetrunken sind und sich im Dienstwagen übergeben. Frauenfeindliche und/oder rassistische Bemerkungen gegenüber einer Polizeikollegin sollen unter ethischen Gesichtspunkten unterbleiben. Wer hätte das gedacht? Vermutlich jeder, der seine fünf Sinne halbwegs beisammen hat und mit den Umgangsformen unter zivilisierten Menschen vertraut ist. Beleidigungen sind strafbar, und mit frauenfeindlichen Äußerungen bringt sich jeder Mann in Teufels Küche.

Die Hochschule Coburg hat Ethik in den Wahlfachkatalog des „Studium Generale“ aufgenommen, er umfasst ca. 50 Veranstaltungen. Wer sich nicht für das Thema „Allgemeine Ethik“ interessiert, kann alternativ beispielsweise die Veranstaltungen „Die Gitarre in Theorie und Praxis“ und „Social Contacts and Telephoning“ wählen. Es fragt sich, warum Studierende an einer Verwaltungsfachhochschule eine solche Wahlfreiheit nicht haben. Der Verwaltungs- und Polizeinachwuchs in Nordrhein-Westfalen ist vermutlich in charakterlicher Hinsicht nicht besser und schlechter als Coburger Studenten, die nur Gitarre spielen wollen. Die moralischen Versuchungen in einem Verwaltungsberuf sind wahrscheinlich deutlich geringer als in der sog. freien Wirtschaft. Verwaltungsbeamte müssen keine Dinge verkaufen, die niemand braucht. Polizisten werden für gute Aufklärungszahlen nicht mit Vergnügungsreisen belohnt, die aus dem Ruder laufen können. Der Umgang mit den Bürgern (modern: Verwaltungskunden) wird durch zahlreiche Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften bestimmt. Es kommt zwar trotzdem zuweilen zu ungerechten Entscheidungen und sogar zu Korruptionsstraftaten. Derartige Missgriffe wären jedoch fast immer schon dadurch vermeidbar gewesen, dass sich die Beteiligten an Recht und Gesetz gehalten und mit Augenmaß und Vernunft entschieden hätten. Rechtsfächer bilden daher zu Recht immer noch einen Schwerpunkt in der Ausbildung des Verwaltungsnachwuchses.

Verständnis für die Belange anderer und Mitgefühl sind zwar auch in einer stark gesetzgebundenen Verwaltung unerlässlich. Diese Eigenschaften bekommen Studierende jedoch nicht dadurch, dass sie verpflichtet werden, die „affirmative und kritische Moral im sozialen Leben (zu) analysieren“ (aus einem Ethik-Modul). Ein Charakter bildet sich im Strom des Lebens (*Goethe*, Tasso, 2,1), nicht im Hörsaal!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Udo Steiner\*

## Zum Stand des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes in Deutschland\*\*

### I. Vom Notrechtsschutz der Nachkriegszeit zum Rechtsschutzstaat der Gegenwart

#### 1. Der Anfang nach dem Zweiten Weltkrieg

Als zentraler Baustein der Wiederherstellung einer rechtsstaatlichen Ordnung in Bayern gilt nach 1945 der (Wieder-)Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>1</sup> Wie in anderen Ländern auch beginnt die amerikanische Besatzungsmacht überraschend bald nach der Kapitulation, Vertrauen in die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit zu fassen. Die Militärregierung ordnet an, dass die Verwaltungsgerichte in Bayern ihre Tätigkeit mit dem 15. November 1945 wiederaufnehmen. Dies ist aber jedenfalls dem BayVGH, der noch formell besteht, nicht ohne weiteres möglich. Nur zwei Richter sind greifbar. Akten und Bibliothek in München sind vollständig zerstört. Bescheiden startet die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit an zunächst fünf Standorten mit ein bis zwei Kammern. Gemessen daran hat sich derjenige, der sich heute über aktuelle Fragen des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht und damit auch über dessen Qualität und Effizienz äußert, eher mit Luxusproblemen zu befassen. Längst ist der öffentlich-rechtliche Rechtsschutz auf Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit und natürlich auch auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Bund und Ländern verteilt, mit zwei bis drei Rechtszügen, zahlreichen Kammern und Senaten, einer vierstelligen Zahl von Richterinnen und Richtern, drei obersten Bundesgerichten in Leipzig, München und Kassel. Dies kann sich auch in Europa sehen lassen. Ob wir freilich Europameister des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes sind, wird bezweifelt.

#### 2. Aufbau und Abbau des Verwaltungsrechtsschutzes

Immerhin waren 15 Jahre Zeit des Experiments notwendig, um 1960 die VwGO bundesweit in Kraft zu setzen. Als Vollendung des Rechtsstaats 1945 neu belebt, wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel in eine umfassende Verantwortung für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verwaltung genommen.<sup>2</sup> Erste Krisensymptome zeigten sich dann in den 1980er Jahren mit der zunehmenden Last der Asylverfahren, mit deren Einfluss auf die Struktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit und mit der moralischen Überforderung mancher Richterinnen und Richter in den menschlichen Fragen dieses Verfahrens. Erst in den 1990er Jahren aber geriet die Verwaltungsgerichtsbarkeit wirklich in Bedrängnis. Die Politik wollte den zügigen Abschluss der Gerichtsverfahren bei Vorhaben der öffentlichen Infrastruktur, meinte, die Verwaltungsrichter griffen unerlaubt in den Kernbereich der Verwaltung ein; die Verwaltungsgerichtsbarkeit koste zuviel Geld,

und sie sei lästig. In Infrastrukturfragen sei der Wirtschaftsstandort Deutschland in Gefahr.<sup>3</sup> Aus richterlicher Sicht<sup>4</sup> sah man Mitte der 1990er Jahre die „Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Krise“. *Stelkens*, damals Vorsitzender Richter am OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster, in Erwartung des Sechsten Gesetzes zur Änderung der VwGO vom 1. November 1996<sup>5</sup>, aus der Sicht der Richter ein Strukturgesetz und nicht nur eine Summe punktueller Eingriffe, formulierte: Vielleicht befinde sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in einer midlife-crisis; darauf reagiere man aber im sonstigen Leben durch psychologischen Beistand, nicht aber – wie vom Gesetzgeber bei der VwGO geplant – durch Amputation von Gliedmaßen oder das Entfernen wichtiger Organe.<sup>6</sup> Die Neuerungen des damaligen Änderungsgesetzes sind durchaus noch aktuell, weil sich viele Beteiligte – Rechtsanwälte ebenso wie Richter und Wissenschaftler – mit diesen Neuerungen bis heute nicht abfinden wollen. Dies gilt beispielsweise für die Zulassungsberufung. 2010 bilanziert *Wilfried Erbguth* die Entwicklung seitdem unter dem Stichwort „Abbau des Verwaltungsrechtsschutzes“.<sup>7</sup>

### II. Verwaltungsverfahren als vorgelagerter Rechtsschutz

#### 1. Funktionsverlust des Verwaltungsverfahrens

a) Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ist als rechtskulturelles Glanzstück 1976 gestartet. Ihm liegt bekanntlich die Idee zugrunde, ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren sichere eine sachrichtige und mit dem geltenden Recht übereinstimmende Verwaltungsentscheidung.<sup>8</sup> Dieser Sicherungseffekt greife vor allem in den Fällen, in denen das Gesetz der Verwaltung durch unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensermächtigungen oder Einräumung von Planungsermessen erhebliche Entscheidungsspielräume gewähre. Das Verwaltungsverfahren entlaste den richterlichen Verwaltungsrechtsschutz, dessen Kontrolle bei offenen Handlungsermächtigungen der Verwaltung an Grenzen stoße. Der berühmte Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG<sup>9</sup> hat diesen Gedanken 1979 pointiert: Grundrechtsschutz durch Verfahren. Auch das Europäische Gemeinschaftsrecht setzt auf Richtigkeits- und Rechtmäßigkeitsgewähr durch Verfahren. Man spricht hier von Prozedualisierung.<sup>10</sup>

\* Bundesverfassungsrichter a.D. Prof. Dr. Udo Steiner, Universität Regensburg.

\*\* Wolf-Rüdiger Schenke gewidmet zum 70. Geburtstag am 25. Oktober 2011

1 Dazu näher *Steiner*, in FS Wahl, 2011; zur Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der DDR siehe *Classen*, *JurArbeitsblätter* 2010, 487, 490

2 Siehe für Süddeutschland Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25.9.1946 (VGG), *BayGVBl.* S. 281

3 Siehe dazu *Manssen*, *Verwaltungsrecht als Standortnachteil*, 2006

4 *Stelkens*, *DVBl.* 1995, 1105

5 Dazu auch *Schenke*, in: Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, 2007, S. 1027, 1032 ff.; zur Gesetzesbegründung siehe *BT-Drucks.* 13/3993 vom 6.3.1996

6 *Stelkens*, *DVBl.* 1995, 1105

7 *Erbguth*, *DÖV* 2009, 921; *ders.*, Hrsg., *Verwaltungsrechtsschutz in der Krise: vom Rechtsschutz zum Schutz der Verwaltung?*, 2010; siehe auch den Bericht über die Rostocker Tagung zur Situation des Verwaltungsrechtsschutzes von *Schubert* (NVwZ 2009, 1214)

8 Zum Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht siehe die Grundsatzreferate von *Gurlit* und *Fehling*, in: *VVDStRL* Bd. 70 (2011)

9 BVerfGE 53, 30

10 Näher dazu etwa *Grünewald*, *Die Betonung des Verfahrensgedankens im deutschen Verwaltungsrecht durch das Gemeinschaftsrecht*, 2010, S. 123 ff.

b) Heute, im Jahr 2011, hat dieser schöne Gedanke an Glanz verloren. Die Funktion des Verwaltungsverfahrens scheint eher geschwächt zu sein.<sup>11</sup> Das Verwaltungsverfahren sei – so die jüngere Doktrin – nicht Selbstzweck, sondern dienender Natur. Mängel im Verfahren seien daher nur relevant, wenn sie für das Ergebnis von Bedeutung sind. In den 1990er Jahren wollte man die Verwaltungsverfahren (und natürlich auch die verwaltungsgerichtlichen Verfahren) beschleunigen. Man hatte es eilig mit der Herbeiführung der Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen, zuerst in den Neuen Ländern, dann in der gesamten Bundesrepublik, vor allem bei Maßnahmen der öffentlichen Infrastruktur, darüber hinaus im gesamten Investitionsbereich.<sup>12</sup> Die Gesetzesnamen sind bekannt<sup>13</sup>: Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz (1991), Planungsvereinfachungsgesetz (1993), Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz (1996), Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz (2006), Immissionsrechtbeschleunigungsgesetz (2007), Innenentwicklungsgesetz (2006), insbesondere die Einführung eines beschleunigten Verfahrens für Bebauungspläne der Innenentwicklung (§ 13a BauBG)<sup>14</sup>, Energieausbauleitungsgesetz (2009)<sup>15</sup>. Zwar ist physikalisch Beschleunigung nicht gleich Geschwindigkeit. Gleichwohl: Fachplanungsrecht, Recht der Bauleitplanung und allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht haben durch den Beschleunigungsgedanken ein rechtsstaatlich neues Gesicht erhalten.

c) Die Kritiker der gesetzlichen Entwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes haben mehrere Änderungen auf die rechtsstaatliche Verlustliste gesetzt. Die Pflicht zur Anhörung Beteiligter (§ 28 VwVfG) – das Verfahrensgrundrecht schlechthin – ist unverändert geblieben. Es bleibt allerdings auch hier immer eine wichtige Forderung an die Praxis, dass der Betroffene „inneres Gehör“ findet, dass man ihm also zuhört und ihn nicht nur anhört.<sup>16</sup> Seit Ende 1996 kann nun die Anhörung nachgeholt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG), und zwar bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 45 Abs. 2 VwVfG). Dies geht an die rechtsstaatliche Substanz. Die nachgeholtete Anhörung als Formalie abzuwerten, ist durchaus ab dem Zeitpunkt nicht unberechtigt, in dem Verwaltung und Betroffene sich vor dem Verwaltungsgericht gegenüberstehen.

## 2. Das Fehlerfolgenkonzept des Gesetzgebers

a) Ohne Zweifel wertet der Gesetzgeber das Verwaltungsverfahren ab, wenn formelle Fehler ohne Folgen für den Bestand der Verwaltungsentscheidung bleiben. Sie bleiben dies grundsätzlich, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG). Seit 1996 gilt die Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 46 für alle Verwaltungsakte, auch solche, deren Erlass im Ermessen der Verwaltung stehen. Das Planfeststellungsrecht hat den Gedanken der Bestandserhaltung aufgenommen (§ 75 Abs. 1a VwVfG), aus praktischer Sicht verständlich. Die negativste

Ausprägung dieses Gedankens sind ohne Zweifel die Vorschriften der §§ 214 und 215 BauBG über die sog. Planerhaltung im Zusammenhang mit städtebaulichen Plänen und Satzungen, die die kommunale Verwaltung bei vielen formellen und teilweise auch bei materiellen Fehlern in Schutz nehmen.<sup>17</sup> Die hohe Kunst der Bestandsicherung durch Fehlernichtfolgenrecht hat der Gesetzgeber detailliert in § 214 Abs. 2a des BauBG 2007 für den Bebauungsplan der Innenentwicklung (§ 13a) fortgesetzt.<sup>18</sup> Es dürfte der planenden Verwaltung schwer fallen, einen Fehler im Zusammenhang mit einem derartigen Bebauungsplan zu begehen, der beachtlich ist. Es kann in rechtsstaatlicher Hinsicht aber nicht zweifelhaft sein: Können die Verwaltungsgerichte Entscheidungen der Verwaltung nicht mehr wegen formeller Fehler aufheben, so entfällt die Drohung gegenüber der Verwaltung mit einem empfindlichen Übel. Es ist schwer vorstellbar, dass dies ohne Einfluss auf die rechtsstaatlich gebotene Verfahrensdiziplin bleibt. Natürlich sind – deutschem Brauchtum entsprechend – alle diese Schritte des Gesetzgebers begleitet worden mit Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit und der Drohung mit dem Bundesverfassungsgericht.<sup>19</sup> Diesen Zweifeln muss man hier nicht nachgehen. Insgesamt aber scheint es wohl so zu sein, dass der Gesetzgeber immer an die Grenze dessen gegangen ist, was verfassungsrechtlich zulässig ist; er hat dabei eher rechtsstaatliche Qualität vermindert und weniger verfassungswidrig gehandelt.

b) Sieger in der Beschleunigungsgesetzgebung ist die Verwaltung auch geblieben, soweit es um die Möglichkeit der Ergänzung von Planungs- und Ermessungsentscheidungen durch Ergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren geht. § 114 Satz 2 VwGO ist 1996 in die VwGO aufgenommen worden, systematisch dort wohl deplaziert. Ergänzt können der Planfeststellungsbeschluss und die Plangenehmigung werden (§ 75 Abs. 1a Satz 2), und natürlich der Flächennutzungsplan und die städtebauliche Satzung (§ 214 Abs. 4 BauBG). Formell gesehen sind solche Regelungen keine Minderung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes. Abwehren kann der Bürger nur den rechtswidrigen Verwaltungsakt und die rechtswidrige Satzung. Erledigt sich die Rechtswidrigkeit durch Nachbesserung, kann der Hoheitsakt nicht Rechte verletzen. Bei der Erfolgseinschätzung hat deshalb der Rechtsanwalt hier – also im Zusammenhang mit den gesetzlich vorgesehenen Heilungs- und Unbeachtlichkeitsoptionen – den Mandanten realistisch bei der Beratung aufzuklären. Andererseits ist eine selbstbewusste verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in der Lage, durch Auslegung erheblichen Einfluss auf die Tragweite aller dieser Bestimmungen zu nehmen, und sie hat dies teilweise auch getan. Ergänzung und ergänzendes Verfahren können nicht Wege der Korrektur sein, wenn es um die Konzeption der Maßnahme oder des Vorhabens geht. Mängel des Grundgerüsts der Abwägung sind nicht reparabel, Reparatur scheidet aus, wenn Fehler die Identität des Planes oder den Kern der Abwägungsentscheidung treffen.<sup>20</sup>

## 3. Weitere Schritte zu rechtlichen Stabilisierung von Verwaltungsentscheidungen

a) Kontinuierlich hat der Gesetzgeber Fristen verkürzt, um zügige Entscheidungen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit

11 *Vofskuhle* spricht von Aufstieg und Fall des Verwaltungsverfahrens (in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 935, 940 ff.)

12 Siehe dazu etwa *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 76 ff.

13 Zu den Anfängen siehe die Beiträge in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994

14 Dazu umfassend *Marion Robl*, Das beschleunigte Verfahren für Bebauungspläne der Innenentwicklung, 2010

15 Dazu *Holzner/Nagel*, DVBl. 2010, 669

16 *Steiner*, NZS 2002, 113, 116

17 Vgl. kritisch auch *Steiner*, BayVBl. 2009, 1, 3

18 Siehe dazu *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, Vorb. §§ 214 – 216 Rn. 12

19 Siehe *Battis* (Fn. 18), § 214 Rn. 24

20 Dazu etwa *Manssen* (Fn. 3), S. 23 ff.

herbeizuführen. Knappe Fristsetzungen zu Lasten der Behörden und der Träger der öffentlichen Belange gehören dazu (§ 73 Abs. 3a VwVfG). Seit 2006 kann der Bebauungsplan nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nur noch innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung angegriffen werden; davor waren es zwei Jahre. § 215 Abs. 1 setzt eine Frist für die Geltendmachung von Rechtsmängeln des Flächennutzungsplans und der Satzungen von einem Jahr. Das ist eine kurze, manche meinen zu kurze Frist, aber sachlich überzeugender als die früher bestandene, eher mysteriöse Differenzierung nach ein oder sieben Jahren. Hinzu kommt schon seit langem die materielle Präklusion, die innerhalb und außerhalb des Fachplanungsrechts den Rechtsanwalt zu einer höchst sorgfältigen und umsichtigen Verfahrensmoderation zwingt.

b) Den Suspensiveffekt kann man als den großen Verlierer der 1990er Jahre unter den Institutionen des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes bezeichnen. § 212a BauBG steht beispielhaft für viele Fälle über zahlreiche Rechtsmaterien des deutschen Verwaltungsrechts hinweg.<sup>21</sup> Manche formulieren, der Wegfall des Suspensiveffekts sei schon eher die Regel als die Ausnahme.<sup>22</sup> Auch der Landesgesetzgeber kann entsprechende Regelungen treffen. Hinzu kommt eine begrenzte Dauer des Suspensiveffekts (§ 80b VwGO).

Nicht gerne gesehen ist der Suspensiveffekt auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht. Er ist sozusagen nur geduldet, weil er die Anwendung und Durchsetzung von (sekundärem) EU-Recht vorläufig hemmt. Der EuGH<sup>23</sup> gibt aber auch der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5, § 80a, § 47 Abs. 6 und § 123 VwGO eher eine restriktive Linie vor, wenn die Gültigkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzungsaktes in Frage gestellt wird. Bei Verwaltungsakten, die auf Gemeinschaftsverordnungen beruhen, aber auch bei sonstigen Verwaltungsakten der europäischen Organe soll gelten, weil der EuGH das Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten nach einheitlichen Grundsätzen durchgesetzt sehen will: Die Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung müssen erheblich sein. Nur in Fällen der Dringlichkeit darf der Vollzug ausgesetzt werden. Das Gericht muss das Interesse der Gemeinschaft an effektivem und gleichmäßigem Vollzug seiner Rechtssetzungsakte angemessen berücksichtigen.<sup>24</sup> Entsprechendes gilt für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO.<sup>25</sup> Diese Vorgaben bewirken eine nicht erfreuliche geteilte Rechtslage in der verwaltungsgerichtlichen Praxis des Eilrechtsschutzes zwischen dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht und dem Vollzug rein nationalen Rechts.<sup>26</sup> In Zweifel hat man auch gezogen, ob das europäische Recht überhaupt über eine Kompetenz verfügt, in die nationalen Verwaltungsprozessordnungen einzugreifen.<sup>27</sup>

#### 4. Perspektiven

Es wäre aber freilich nicht fair und nicht redlich bilanziert, bliebe die verstärkte Einführung von Genehmigungsfiktionen in das Verwaltungsrecht unerwähnt. Prototyp der fingierten Genehmigung ist die im BBauG von 1960 enthaltene fiktive Bodenverkehrsgenehmigung (§ 19 Abs. 4). Der Gesetzgeber hat die Figur der fingierten Verwaltungsentscheidung bereits in mehreren Bereichen eingesetzt.<sup>28</sup> Seit 2008 ist sie als Muster ohne unmittelbaren normativen Wert in § 42a VwVfG enthalten. Nach Ablauf einer bestimmten Frist – drei Monate nach Eingang der vollständigen Unterlagen mit der Möglichkeit einer angemessenen Verlängerung – gilt die beantragte Genehmigung als erteilt, sofern der entsprechende Antrag hinreichend bestimmt ist. Dies ist ohne Zweifel eine bürgerfreundliche Option des modernen Verwaltungsrechts. Sie kann freilich nicht greifen, wenn gewichtige Belange der Allgemeinheit oder Dritter durch die Genehmigung berührt werden. Zu Recht hebt man hervor, dass das Institut der Genehmigungsfiktion der Verwaltungsbehörde eine Befugnis zur Disposition über diese Belange nicht geben darf.<sup>29</sup>

b) Mehr Beschleunigungsgesetzgebung wird es wohl bis auf weiteres nicht geben. Andererseits gibt es aber wohl auch keinen Weg zurück, also keine Art Entschleunigungsgesetzgebung. Ob es zu einer Wiederkehr des Widerspruchsverfahrens in den Ländern nach dessen grundsätzlicher Abschaffung mit und ohne fakultative Komponenten kommt oder kommen soll, lässt sich schwer einschätzen.<sup>30</sup> Allerdings liegt gegenwärtig noch im Zusammenhang mit der Beschleunigungsgesetzgebung ein Referententwurf des Bundesministeriums des Innern zum VwVfG vor. Er hat die Aufnahme einer Vorschrift in das Planfeststellungsrecht des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum Ziel. Danach kann der Erörterungstermin nach Verfahrensermessen der Verwaltung im Planfeststellungsverfahren entfallen.<sup>31</sup> Ob dies im Ergebnis zügiger zu rechtmäßigen Planfeststellungsbeschlüssen führt, ist wohl eine Frage des Einzelfalls. Die Zweckmäßigkeit dieser Gesetzesänderung wird ohnehin vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit „Stuttgart 21“ zu diskutieren sein.<sup>32</sup>

### III. Die Gegenwartslage des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes

#### 1. Das Rollenverständnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) In der Literatur macht man der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Vorwurf, sie habe selbst an der Verlustliste des Verwaltungsrechtsschutzes mitgewirkt.<sup>33</sup> Es wird behauptet, sie habe durch ein wenig rechtsschutzfreundliches Verständnis der dargestellten gesetzlichen Vorschriften zur Schmälerung eines effizienten Rechtsschutzes beigetragen. Man beklagt: Die Rechtsprechung verlange bei formellen Fehlern den Nachweis materiell-rechtlicher Relevanz. Es werde für

21 Siehe etwa § 84 Abs. 1 AufenthG; § 54 Abs. 4 BeamStG; § 4 Abs. 4 SchfHWG

22 Schoch, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 29 Rn. 55

23 Siehe etwa EuGH, NVwZ 1991, 460. Zu den aufgeworfenen Fragen siehe näher Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2006; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233; Ziekow, NVwZ 2010, 793. Zum Recht auf effektiven Rechtsschutz im gemeineuropäischen Rechtsstaatsverständnis siehe Sommermann, in: FS Merten, 2007, S. 443

24 Dazu näher Schoch (Fn. 22) § 29 Rn. 149

25 EuGH, NJW 1996, 1333

26 Siehe etwa Ehlers, DVBl. 2004, 1441; M.P. Huber, BayVBl. 2001, 577 sowie Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, 2003

27 Siehe zur Kompetenzfrage etwa Schwarze, NVwZ 2000, 241, 244; Nachweise zur Kompetenzkritik bei Schoch (Fn. 22), § 29 Rn. 149 i.V.m. Fn. 371

28 Dazu Uechtritz, DVBl. 2010, 684

29 Dazu Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 685

30 Zu den bayerischen Erfahrungen siehe Eibner, Die Abschaffung des verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens in Bayern, Diss. Erlangen-Nürnberg, 2010. Grundsätzlich zum Verhältnis von Verwaltungsrechtsschutz und Widerspruchsverfahren Breuer, in: FS Steiner, 2009, S. 92 ff.

31 Dazu den Bericht von Stürer, DVBl. 2010, 1492, 1493. Zur öffentlichen Diskussion dieser Frage siehe FAZ Nr. 5 vom 7.1.2011, S. 11

32 Siehe dazu – aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht – Kämmerer, NJW-Editorial 7/2010; Kotzur, NJW-Aktuell 2010/52, S. 10 f.; Leisner, NJW 2001, 33; Steinberg, FAZ vom 14.12.2010

33 Zum Folgenden siehe Erbguth, DÖV 2009, 921, 927 ff.

die Möglichkeit der Entscheidungsbeeinflussung durch Fehler im Abwägungsvorgang eine einzelfallorientierte Kausalität gefordert. Auch nimmt man dem BVerwG die Mahnung übel, die Verwaltungsgerichte sollten sich nicht ungefragt auf Fehlersuche bei Bebauungsplänen begeben, sollten auf eine fehlerrechtliche Rasterfahndung also verzichten. Es soll hier offen bleiben, ob man dies so kritisch sehen kann. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht sich wahrscheinlich dem Geist der Gesetze verpflichtet (was ja keine methodisch abwegige Linie ist). Wissenschaft und Anwaltschaft erwarten offenbar im Zusammenhang mit der Beschleunigungsgesetzgebung von der Rechtsprechung eine eher kontraproduktive Linie (man kann auch sagen: oppositionelle Linie). Das muss zu Enttäuschungen führen.<sup>34</sup>

b) Für die verwaltungsgerichtliche Bestimmung der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO treffen die zitierten kritischen Worte ohnehin weniger zu. Hier sind durchaus klägerfreundliche Entwicklungen zu verzeichnen: Die sog. Konkurrentenklage ist etabliert, über das Beamtenrecht hinaus in anderen Rechtsmaterien, im Gewerbe- und Gesundheitsrecht beispielsweise.<sup>35</sup> Im Baurecht hat die Rechtsprechung die sog. Schutznormtheorie im Bedarfsfall komplettiert durch die subjektivrechtliche Komponente des Rücksichtnahmegebots.<sup>36</sup> Sie hat sich dem Gesetzgeber entgegengestellt, als dieser die Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO angenähert hat, um dem Angriff auf die Abwägung in der Bauleitplanung Grenzen zu setzen.<sup>37</sup> Sehr schnell hat hier die Rechtsprechung die Anerkennung eines subjektiven Rechts auf rechtmäßige planerische Abwägung für die abwägungsrelevanten privaten Belange (§ 1 Abs. 7 BauGB) auch unter dem neuen Recht fortgesetzt.

c) Bekanntlich haben auch das europäische Gemeinschaftsrecht und der EuGH den Zugang des Bürgers zur Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Gewährung von subjektiven Rechten im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO verstärkt.<sup>38</sup> Der Bürger, und nicht zuletzt der in Verbänden organisierte Bürger (Verbandsklage des Umweltrechtsbehelfsgesetzes)<sup>39</sup>, soll mit Hilfe der Verwaltungsgerichte für einen effizienten Vollzug des europäischen und des nationalen Rechts, das europäisches Recht umsetzt, und dies sind bei vorsichtiger Schätzung 50% des in Deutschland geltenden Rechts, aktiviert werden. Dieses Segment der Europäisierung des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsrechtsschutzes hat viele Facetten. Als prominente Beispiele seien genannt der Anspruch auf Erlass eines Aktionsplans nach § 47 BImSchG (im Zusammenhang mit Maßnahmen der Luftreinhaltung)<sup>40</sup> oder der Anspruch auf Mitteilung von Umweltinformationen nach § 3 Abs. 1 Umweltinformationsgesetz (UIG).<sup>41</sup>

34 Siehe in diesem Zusammenhang auch Steiner, BayVBl. 2009, 1, 3

35 Dazu etwa Schenke, in: FS Schnapp, 2008, S. 679 (Beamtenrecht); Steiner, NVwZ 2009, 486 (Gesundheitswesen)

36 Siehe etwa Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 27 Rn. 15 ff.

37 Dazu Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 47 Rn. 44

38 Dazu – mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH – Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2010, 1233, 1234 ff.

39 Siehe dazu Marty, ZUR 2009, 115

40 EuGH, NVwZ 2008, 984; dazu Paternoster, Verkehrsbeschränkungen zur Verringerung der innerstädtischen Feinstaubbelastung, 2010, S. 206 ff. Die Zuerkennung von klagefähigen Ansprüchen ist nicht auf das Verwaltungsrecht beschränkt. Siehe etwa zur Rechtsprechung des EuGH zur Geltendmachung von Kartellschäden Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 7 Rn. 1b

41 Zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben siehe Merten, NVwZ 2005, 1157 f.; Koch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2007, S. 112 f.

## 2. Strukturfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) Seit 1996 – also dem 6. VwGO-Änderungsgesetz – ist dem Einzelrichter durch § 6 VwGO eine wichtige Rolle im gerichtlichen Verfahren zugewiesen. Bis dahin hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihrem erstinstanzlichen Kammerprinzip eine qualitative Sonderstellung. Hinzu kommt: Auch gegen Urteile des Einzelrichters ist die Berufung beschränkt (§ 124 VwGO). Gewiss werden informell der Einzelrichter und insbesondere der Proberichter im ersten Jahr nach seiner Ernennung (§ 6 Abs. 1 Satz 2 VwGO) den Rat der Kammer oder zumindest den des Vorsitzenden suchen, auch wenn der Einzelrichter nach dem Konzept der VwGO nur für tatsächlich und rechtlich einfach gelagerte Fälle zuständig ist. Zudem hat die Kammer in Anwendung des § 6 VwGO weitreichenden Spielraum bei der Übertragung der Entscheidung eines Rechtsstreits auf den Einzelrichter. Es bleibt aber dabei, dass die Befassung einer Sache durch die Kammer Kläger und Behörden mehr Respekt erweist und auch die Chance auf Akzeptanz der Entscheidung bei beiden Parteien erhöht.

b) Zu den höchst aktuellen Fragen des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes gehört die Sanktionierung überlanger Gerichtsverfahren. Nunmehr liegt der Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vor<sup>42</sup> und ist inzwischen dem Bundesrat zugeleitet. Er trägt der Diskussion des Referentenentwurfs

42 BT-Drucks. 17/3802 v. 17.11.2010.

Topka • Möhle

## Beihilfavorschriften

### Kommentar zum Beihilferecht Niedersachsens und des Bundes

Lambrecht

Das Werk enthält eine ausführliche Kommentierung der in Niedersachsen geltenden beihilferechtlichen Bestimmungen. Dabei finden in besonderem Maße die Anwendung des Beihilferechts in erheblichen Umfang mitbestimmenden Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte Berücksichtigung. Daneben enthält das Werk eine Darstellung der Beihilfe Regelungen des Bundes.

Ferner sind die für die Praxis unentbehrlichen gebührenrechtlichen Regelungen auf dem jeweils aktuellen Stand (GÖÄ, GOZ, Gebüh) und die wichtigsten Regelungen aus der Sozialgesetzgebung (SGB V und XI) enthalten.

5 Ordner ca. 4.500 Seiten,  
laufend aktualisierter Stand  
ISBN 978-3-932086-15-1

120,- Euro



**PINKVOSS**  
V E R L A G

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

in einigen wichtigen Teilen Rechnung. Die Literatur<sup>43</sup> will festgestellt haben, dass sich die Verwaltungsgerichte in der Vergangenheit gegenüber Beschwerden wegen überlanger Verfahrensdauer resistent gezeigt hätten. Dies gelte auch für Fälle des „Verfahrenskomas“.<sup>44</sup> Es gebe – so die Verwaltungsgerichte<sup>45</sup> – eben keinen Rechtsbehelf für Fälle der Untätigkeit der Verwaltungsgerichte. Der Gesetzentwurf belässt es bei seiner grundsätzlichen Lösung, Entschädigung zu gewähren für die Nachteile einer unangemessen langen Verfahrensdauer, wenn der Betroffene vorher eine Verzögerungsrüge erhoben habe. Neu ist gegenüber dem Referentenentwurf, dass die Entscheidung über Entschädigungsansprüche bei der jeweils betroffenen Gerichtsbarkeit liegt, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit also bei den Oberverwaltungsgerichten bzw. den Verwaltungsgerichtshöfen. Bei unangemessen verzögerten Verfahren vor den Obersten Bundesgerichten entscheiden jeweils die betroffenen Obersten Bundesgerichte selbst. Auch für das BVerfG sind entsprechende Regelungen vorgesehen. Bekanntlich ist der deutsche Gesetzgeber erst aufgrund der Rechtsprechung des EGMR<sup>46</sup> aktiv geworden. Man sollte sich in der Frage der überlangen Dauer gerichtlicher Verfahren in Deutschland nichts vormachen. In einem Musterurteil vom 2. September 2010<sup>47</sup> hat der EGMR festgestellt, die überlange Dauer von Gerichtsverfahren sei in Deutschland ein allgemeines, also strukturelles Problem. Mehr als die Hälfte der gegen Deutschland ergangenen Urteile des EGMR hätten darin ihren Grund, nach einer anderen Zählung sogar 80%. Aber auch das BVerfG, das selbst Probleme bei der überlangen Dauer seiner eigenen Verfahren und damit auch Probleme mit dem EGMR hat<sup>48</sup>, hat immer wieder festgestellt, dass die überlange Dauer eines Verfahrens eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG darstellt. Die Rechtsprechung des BVerfG ist in der Sache klar<sup>49</sup>: Die Dauer von Klageverfahren im öffentlich-rechtlichen Bereich ist an den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG zu messen. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie, sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen. Das ist Stand der Rechtsprechung schon seit vielen Jahren. In einem Punkt ist diese Rechtsprechung freilich ebenso kompromisslos wie möglicherweise naiv: Der Staat kann sich nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen. Dazu gehört eben vor allem die personelle und sachliche Unterausstattung von Gerichten und Gerichtsbarkeiten bei hohem Geschäftsanfall. In der Sozialgerichtsbarkeit ist dies bekanntlich nicht erst seit der SGB-II-Gesetzgebung der Fall. Es darf aber die Frage gestellt werden, ob sich die Rechtsprechung des BVerfG wirklich positiv auf die Stellen- und Ausstattungspläne der Justizhaushalte ausgewirkt hat.

43 Ziekow, Rechtsschutzmöglichkeiten bei Untätigkeit des Verwaltungsgerichts, 1998. Siehe zur Problematik auch Dietlein, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1980 f.

44 Ziekow (Fn. 43), S. 10

45 Ziekow (Fn. 43), S. 29 ff.

46 EGMR, NJW 2006, 2389; NVwZ 2008, 289

47 EGMR, NJW 2010, 3355

48 Dazu Steiner, in: Detterbeck u.a. (Hrsg.), FS Bethge, 2009, S. 653, 656 ff.

49 Nachweise zur Rechtsprechung bei Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 19 Rn. 66. Siehe aus jüngerer Zeit BVerfG, Beschl. v. 14.12.2010, 1 BvR 404/10 – Juris.

## IV. Grundgesetzliche Vorgaben für einen effektiven Rechtsschutz

### 1. Justizgewährung und Justizgrundrechte

Das Grundgesetz lässt die Rechtsprechung nicht mit dem Gesetzgeber allein. Unter seiner Geltung hat die Dritte Gewalt einen Ansehensaufstieg und eine Einflusszunahme erfahren, auch wenn sich dies in den Justizhaushalten nicht immer niederschlägt. Es sind nicht zuletzt die verfassungsrechtlichen Prinzipien, deren Entfaltung diese Entwicklung bewirkt haben. Allen voran ist es Art. 19 Abs. 4 GG, der gegen Akte der öffentlichen Gewalt den Rechtsschutz gewährleistet, und man darf nach der Rechtsprechung des BVerfG hinzufügen: effektiven Rechtsschutz. Greift die Gewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG nicht, weil es nicht um Akte der öffentlichen Gewalt geht, steht der sog. Justizgewährleistungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) dem rechtsuchenden Bürger zur Seite. Zur Effizienz des Verwaltungsrechtsschutzes gehören zeit-, sach- und lebensnahe Urteile. Andere Gewährleistungen des Grundgesetzes kommen hinzu. Es ist der gesetzliche Richter, den das BVerfG<sup>50</sup> und auch die sonstige deutsche Rechtsprechung in einer Weise entfaltet haben, die man als weltmeisterlich bezeichnen kann. Weiter ist es der Anspruch auf rechtliches Gehör, der das BVerfG<sup>51</sup> und dessen Plenum (mehrheitlich) veranlasst hat, die Anhörungsrüge zu erfinden – eine Erfindung, zu der das Plenum heute wegen der inzwischen vorliegenden Erfahrungen möglicherweise nicht mehr so stehen würde. Insgesamt: Den Bürgern und deren Anwälten hat das BVerfG nicht alle Wünsche erfüllt, die sie im Zusammenhang mit unserem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystem hatten und haben, hat jedoch einige wichtige Akzente gesetzt. Zu den noch offenen Wünschen gehört die Anerkennung des Art. 19 Abs. 4 GG als Justizgrundrecht, auf das sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts und Privatrechtssubjekte in öffentlicher Trägerschaft, z.B. staatliche oder kommunale Unternehmen, berufen können.<sup>52</sup> Das BVerfG hat die Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG auf Rechtsschutzbegehren von öffentlichen Aufgabenträgern ohne Begründung und im Kontext materieller Grundrechte und nicht der Justizgrundrechte verneint<sup>53</sup>, in späteren Entscheidungen diese Frage aber offen gelassen.<sup>54</sup> Das Schrifttum ist sich nicht einig.<sup>55</sup> Gesteht man juristischen Personen des öffentlichen Rechts und deren „ausgegründeten“ Privatrechtssubjekten die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG im Verwaltungsrecht nicht zu, entsteht eine eigenartige Asymmetrie innerhalb des grundsätzlich für alle gleich geltenden

50 Siehe die Nachweise zur Rechtsprechung bei Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 101 Rn. 5 ff.

51 Siehe BVerfGE 107, 395

52 Dazu Schenke, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rnrrn. 32 ff., 38 (Drittbearbeitung 2009)

53 BVerfGE 39, 302, 316

54 Siehe BVerfGE 61, 82, 109; 107, 299, 310 f.; siehe auch die Kammerentscheidungen BVerfG NVwZ 2007, 1176, 1177 (Justizgewährleistungsanspruch); 2008, 778, 779

55 Für eine Gleichbehandlung mit den anderen Justizgrundrechten siehe etwa Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3 Rn. 42; Maurer, in: Badura/Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 467, 485; Zuck, EuGRZ 2008, 680, 683 i.V.m. Fn. 32. Röllecke (in: Umbach/Clemens, GG, Mitarbeiter-Kommentar, Bd. I, 2002, Art. 19 Abs. 1 – 3 Rn. 106) meint, zu den Prozessgrundrechten gehöre auch Art. 19 Abs. 4 GG, weil der demokratische Rechtsstaat ein eigenes Interesse an der gerichtlichen Kontrolle habe. Eine starke Gegenmeinung im Schrifttum sieht dies allerdings anders. Siehe etwa Dietlein (Fn. 43), S. 1814 ff. mit umfangreichen Nachweisen; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 3 Rn. 324; Sachs, in: Sachs (Fn. 50), Art. 19 Rn. 108; Schenke, a.a.O.; wohl auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40 ff. (Bearbeitungsstand: 2003)



Verwaltungsprozessrechts. Private können sich, gestützt auf Art. 19 Abs. 4 GG, gegen eine übermäßig strenge Auslegung und Anwendung der Vorschriften der VwGO über die Voraussetzungen für den Zugang zu Rechtsmitteln und über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wenden<sup>56</sup>, Träger staatlicher oder kommunaler Aufgaben dagegen nicht. Dieser Unterschied ist schwer zu rechtfertigen.

## 2. Rechtsschutzgarantie und Suspensiveffekt

Das BVerfG hat den gesetzlichen Suspensiveffekt nicht vor dem Gesetzgeber gerettet. Es gesteht ihm zwar hohes rechtsstaatliches Gewicht zu, vor allem in seiner Funktion zu verhindern, dass durch den Vollzug einer Verwaltungsentscheidung eine irreparable Situation eintritt. Das Gericht hat auch klargestellt, dass der Wegfall des Suspensiveffekts aufgrund gesetzlicher Anordnung die Ausnahme bleiben muss.<sup>57</sup> Es spricht davon, dass das Rechtsschutzsystem des § 80 VwGO auf dem Suspensiveffekt aufbaut. Es können jedoch – so das Gericht – überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen einstweilig zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Dies lässt das Gericht vor allem für die sog. mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnisse, wie etwa im Immissionsschutzrecht, gelten. Hier muss auch das Interesse des Genehmigungsempfängers in die gesetzgeberische Wertung eingehen. Am Rande weist das Gericht darauf hin, dass der grundsätzliche automatische Eintritt der aufschiebenden Wirkung von belastenden Verwaltungsakten eher ein deutscher Sonderweg in Europa und im europäischen Recht ist.<sup>58</sup>

## 3. Rechtsschutzorientierte Interpretation der Prozessordnung

a) Andererseits hat das BVerfG immer wieder in die tägliche Praxis der Anwendung der jeweiligen Prozessrechtsordnung eingegriffen, wenn die Gerichte den Zugang zum Rechtsmittelgericht unzumutbar erschwert haben. Dies ist auch für die Verwaltungsrechtsprechung wichtig, weil die VwGO die Einlegung der Berufung an eine Zulassung gebunden und damit sachlich eingeschränkt hat. Das BVerfG<sup>59</sup> hat zwar dem Grundgesetz keine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung eines Rechtsmittelzugs entnommen, also keine Verpflichtung zum prozessual institutionalisierten Schutz gegen den Richter. Wird aber eine Instanz eröffnet, muss effektiver gerichtlicher Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet werden. Das Rechtsmittelgericht darf – so das Verfassungsgericht – ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und nicht für den Beschwerdeführer „leer laufen“ lassen.<sup>60</sup> Es sei dem Gericht durch das Rechtsstaatsgebot verboten, wenn es die verfahrensrechtliche Vorschrift auslegt und anwendet, den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen von Voraussetzungen abhängig zu machen, die unerfüllbar oder unzumutbar sind oder den Zugang in einer Weise erschweren, die aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigen sind.<sup>61</sup> Dies hat beispiels-

weise Bedeutung für die Substanziierungslast bei Revisionsrügen, etwa im Jugendgerichtsgesetz bei der Anforderung der eindeutigen Angabe eines zulässigen Angriffsziels.<sup>62</sup>

b) Ein dritter und für die Praxis durchaus wichtiger Punkt: Das BVerfG hat immer wieder in Einzelfällen die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung beanstandet. Es sieht die jeweilige Vorschrift des Prozessrechts im Lichte der Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Wird ein Prozessbeteiligter mit entscheidungserheblichem Vorbringen deshalb ausgeschlossen, weil ihm bei fristgebundenen Rechtsbehelfen die Wiedereinsetzung aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, versagt, ist sein (verfassungsrechtlicher) Anspruch auf effektiven Zugang zum Gericht betroffen. Folgerichtig verlangt das BVerfG, dass die Anforderungen an die Gewährung der Wiedereinsetzung nicht „überspannt“ werden. Dies gilt vor allem dann, wenn der Grund für die Versäumung der Frist auch in der Sphäre des Gerichts oder der Verwaltung zu finden ist.<sup>63</sup>

## V. Versuch einer Bilanz

Wer mit der Bundesrepublik Deutschland groß und alt geworden ist, darf trotz aller aufgezeigten Rückschritte der letzten Jahrzehnte die Rechtsschutzbilanz 2011 positiv interpretieren. Der unabhängige und gut ausgebildete Berufsrichter ist ein ganz starkes Stück Deutschland. Richter und Anwälte genießen nach einer Studie der Nürnberger Gesellschaft für Konsumforschung (GfK)<sup>64</sup> hohes Vertrauen in der Bevölkerung. Deutlich vor ihnen liegen mit einem Spitzenwert die Feuerwehrleute (97%). Damit kann die Rechtspflege leben. Der öffentlich-rechtliche Rechtsschutz durch Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichte sorgt dafür, dass der Rechtsstaat den Bürger mit dem Staat nicht allein lässt. Die insgesamt positive Einschätzung der Situation des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland schließt aber Wünsche nicht aus. Eine Rückkehr zum verwaltungsprozessualen Zustand vor der sechsten Änderung der VwGO 1996 wird es nicht geben. Auf der Wunschliste der Verwaltungsrichter steht die Lösung anderer Probleme.<sup>65</sup> Auch über die Gestaltung des Instanzenzuges ist nachzudenken. Es erscheint vor allem ein Problem, wenn die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die de facto nicht selten das Verwaltungsstreitverfahren insgesamt beenden, in der zweiten Instanz und damit in der Landesinstanz durch Entscheidungen von Landesrichtern enden, und zwar vor allem dort, wo starke und spezifische Landesinteressen durch die richterliche Entscheidung berührt werden. Hier könnte – abgesehen von der Frage der Wahrung der Rechtseinheit und der Entscheidung von Grundsatzfragen (§ 132 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VwGO) – der richterliche Blick der ferneren Bundesinstanz auf solche Verfahren dem Kläger das Gefühl einer wirklich unabhängigen richterlichen Beurteilung vermitteln. Dies gilt beispielsweise für die Entscheidung beamtenrechtlicher Fragen.

56 Siehe zum Folgenden unter 3) mit Nachweisen

57 Zum Folgenden siehe BVerfG, NVwZ 2009, 240, 241; vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 1871 (Fehlen eines Suspensiveffekts im Sozialleistungsrecht)

58 BVerfG, NVwZ 2009, 240, 242

59 BVerfGE 87, 48, 61; st. Rspr.

60 BVerfGE 9, 27, 39; 112, 185, 208

61 BVerfGE 112, 185, 208; BVerfG, NJW 2011, 1276

62 BVerfGK 11, 383; BVerfG, NVwZ 2010, 1482

63 Siehe z.B. BVerfGK 12, 303, 306. Zu dieser Rechtsprechung siehe auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 60 Rn. 9

64 Siehe NJW-Aktuell 2010/26, S. 12

65 Siehe dazu die Beiträge von *Paetow* und *Storost*, in: *Magiera/Sommermann*, Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung, Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag, 2009, S. 105 und S. 109

## ABC – Glossar – XYZ

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

### Entrepreneurship

Dieser auf der ganzen Welt verbreitete Begriff wird immer dann gebraucht, wenn man auf die „essentials“ des Unternehmertums hinweisen möchte. Dabei bezieht man Unternehmertegeist nicht nur auf erwerbswirtschaftliche Unternehmen, sondern hat auch jede Art unternehmerischen Denkens und Handelns im Sinn. Als wesentlich für Entrepreneurship gelten konkrete Ideen, Durchsetzung von Innovationen, Eingehen von Chancen und Tragen von Risiken – flankiert von Verantwortungsbewusstsein gegenüber der Sache, den Mitarbeitern (in diesem Kontext gern als Mitunternehmer, Binnenunternehmer oder Intrapreneurs bezeichnet), den Nachfragern, Nutzern und anderen Betroffenen bis hin zur Gesamtwirtschaft, der Allgemeinheit und der Natur. Im engeren Sinn beinhaltet Entrepreneurship das Generieren von Geschäftsideen, die Erarbeitung von Business-Plänen, die (Existenz-) Gründung von Firmen, das Einsetzen von Wagniskapital und weiteren Ressourcen und die Diffusion der Produkte im Markt. Im weiteren Sinn erfasst Entrepreneurship auch nichtkommerzielles Verhalten, zum Beispiel erfindungsreiches Konkurrieren im kulturellen, sportlichen, sozialen oder im staatlichen Bereich. Anders gesagt: Unternehmer bzw. Entrepreneurs findet man unter Dirigenten und Intendanten, Sportfunktionären und Sportmäzenen, bei Trägern, Verbänden und Betrieben der freien Wohlfahrtspflege (immer öfter als Sozialunternehmen etikettiert) und in der öffentlichen Wirtschaft. In vielen Bundes-, Landes- und Kommunalunternehmen, ebenso (mit Beteiligung Privater) in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sowie in privaten Unternehmen zur Erstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, stößt man nicht minder auf Entrepreneurship.

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit Unternehmertegeist ganz allgemein für jedwede öffentliche Dienstleistung einschließlich der administrativen Aktivitäten nutzbar sein könnte. Bei manchen sog. nichtwirtschaftlichen Einrichtungen von Gemeinden ist das schon der Fall. Trotz der rechtlichen Restriktionen aufgrund der öffentlichen Aufgabenstellung breiten sich mehr und mehr unternehmerische Elemente aus in der Betriebsorganisation, Finanzwirtschaft, Rechnungslegung und Kundenorientierung von städtischen Theatern, Orchestern, Museen, Tiergärten, Heimen, Badeanstalten, Krankenhäusern, bei Märkten, Straßenreinigung und Stadtentwässerung,

bei Müllentsorgung, Feuerwehr und Friedhöfen. Der Variationsfächer reicht von der Eigenerstellung über Public-Private-Partnerships bis hin zur Fremderledigung. Noch zugespitzter gefragt: Soll und kann Entrepreneurship das Verwaltungshandeln stimulieren? Bestehen in den öffentlichen Verwaltungen genügend große (Entscheidungs-) Spielräume für Entrepreneurship? Dürfen und können sich Führungs- und Fachkräfte im öffentlichen Dienst unternehmerisch betätigen? Antworten darauf haben einen rechtlich-institutionellen und einen funktional-personellen Aspekt.

Eine enge (formale) juristische Auffassung leitet sich vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ab und kann sich Entrepreneurship beim Verwaltungshandeln kaum vorstellen. Die Begründung: Der Vorrang des Gesetzes besagt, dass Fragen, die in einem bestimmten Gesetz geregelt sind, nicht anders entschieden werden dürfen. Und wegen des Vorbehalts des Gesetzes darf die Verwaltung entweder gar nicht oder nur im Wege einer gesetzlichen Ermächtigung tätig werden. Doch diese Argumentation schränkt Unternehmertegeist nur ein, verbietet aber keineswegs Unternehmertegeist. Vom institutionellen Standpunkt aus eröffnen sich selbst im Rahmen gegebenen Rechts strukturelle und prozedurale Neuerungen in Form von behördlichen Kooperationen und Fusionen, Aus- und Eingliederungen, Alternativen bei der Liquiditätsplanung und Mittelbewirtschaftung, Optionen zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Trägerschaft (z.B. bei Hochschulen, in der Tourismus- und Wirtschaftsförderung) sowie Make or Buy-Entscheidungen (mit entsprechenden Ausschreibungsverfahren). Handlungsspielräume existieren auch bei der Standortwahl der Ämter und Abteilungen; nicht zuletzt lässt sich kundenfreundliches Verhalten praktizieren.

Mit Kunden- und weiter gefasst: mit Mitarbeiter- und Umfeldorientierung wird bereits der funktional-personelle Aspekt angesprochen. Die Beamten und Angestellten können sich durchaus partiell als Intrapreneurs begreifen, denn Bürokratie muss nicht total sein, muss nicht im Superlativ Bürokratismus gipfeln, sondern sollte unternehmerisch unterlaufen, lies: reduziert und blockiert, werden. Wie private Unternehmer und unternehmerisch handelnde Mitarbeiter, kurz: Mitunternehmer, den gesetzlichen Pflichten genügen müssen, haben die Intrapreneurs des öffentlichen Dienstes den rechtsstaatlichen Grundsätzen und Anforderungen zu folgen. Der Rechtsstaat ist nicht gefährdet, wenn der Führungsstil auf die Leistungsträger Bedacht nimmt, die Beschäftigten motiviert, ihre Leistungen nach einschichtigen Kriterien evaluiert und kommuniziert und Karrierechancen geboten werden. Das behördliche Vorschlagswesen lädt geradezu ein, sich unternehmerisch zu betätigen.

Unternehmerisches Verständnis und Verhalten sind Amtsleitern und Mitarbeitern grundsätzlich auf verschiedene Weise möglich: sie suchen nach Verbesserungen in unregelmäßigen Verwaltungsabläufen (z.B. lassen sich Adressen vom Einwohneramt an das Finanzamt digital und damit kostengünstiger als postalisch übermitteln) oder bemühen sich um einfachere und zweckmäßigere Verfahren nach geltendem Recht (z. B. können Doppelprüfungen im Arbeitsschutz durch Berufsgenossenschaften und Gewerbeaufsicht sowie Vollerhebungen für Statistiken vermieden werden). Besondere unternehmerische Pionierleistungen erbringen Intrapreneurs im öffentlichen

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn, Emeritus der Universität Mannheim, ist Präsident der SRH Hochschule Berlin.

Dienst, wenn sie (ministeriell verfasste) Verordnungen oder gar Gesetze auf Schwachstellen untersuchen und Neuerungen den Weg weisen. Herauskommen gegebenenfalls klare Zuständigkeiten, Aufgabenbündelung, zugeordnete Verantwortung, beschleunigte Planungs- und Genehmigungsverfahren, verbessertes eGovernment, interadministrative Zusammenarbeit, öffentlich-private Partnerschaften und insgesamt höhere Leistungsfähigkeit. Letzten Endes mündet Entrepreneurship in öffentlichen Verwaltungen in ein Verwaltungssystem im Wettbewerb – zum Teil ohne Preise und erst recht ohne Profitstreben. (Das sei jenen gesagt, die Wettbewerb nur als kommerzielle Konkurrenz begreifen und sich nicht mit Systemwettbewerb und Leistungsvergleichen anfreunden wollen.)

### Kassenkredit

Früher als kurzfristiges Mittel zur Liquiditätssicherung der Gebietskörperschaften verwendet – ähnlich einem Dispokredit beim Privatgirokonto –, ist der Kassen(verstärkungs)kredit zumal in Kommunen zu einem ständigen Finanzierungsinstrument herangewachsen. Der offenkundige Grund liegt in der gravierenden Verschuldung der öffentlichen Haushalte (in Deutschland derzeit insgesamt 1,8 Billionen Euro, die 2010 67 Milliarden Euro Zinsen erforderten, und um die Zinsen für die Altschulden bezahlen zu können, werden neue Schulden aufgenommen). Kassenkredite sind in diese Schuldenfälle gar nicht eingerechnet. Sie kommen in den Haushaltsplänen nicht vor, da sie keine Haushaltskredite bzw. Deckungsmittel für Ausgaben bilden. Kassenkredite dienen dazu, kurzfristige Engpässe in der Kasse meist in Form von Kontokorrentkrediten zu überbrücken. Sie dürfen nach § 13 Haushaltsgrundsätzegesetz „nicht später als sechs Monate nach Ablauf des Haushaltsjahres, für das sie aufgenommen worden sind, fällig werden.“ Zur Aufnahme von Kassenkrediten bedarf es einer Kreditemächtigung durch das Haushaltsgesetz bei Bund und Ländern. Die staatlichen Kassenkredite stammen in der Regel von der Deutschen Bundesbank. Bei den Gemeinden ermächtigt die Haushaltssatzung den Kämmerer, Kassenkredite bis zu einem von der Kommunalaufsicht zu genehmigenden Höchstbetrag in Anspruch zu nehmen. Kassenkreditgeber sind bei den Gemeinden regelmäßig die Sparkassen.

Zwei kritische Bemerkungen gelten der Planungspraxis und dem Verwendungszweck von Kassenkrediten. Bei der Planung des finanziellen Gleichgewichts von Ein- und Auszahlungen findet in der Regel keine Liquiditätsoptimierung statt, das heißt die entlang eines Zahlungspfades zu ermittelnden voraussichtlichen festliegenden und dispositiven Zahlungsströme werden nicht im Hinblick auf Finanzierungskosten und Finanzerlösen gesteuert. Wegen der Vielzahl sowohl von Bundes- und Landeskassen als auch der nicht vorhersehbaren täglichen Kassenbewegungen stößt eine detaillierte Planung der Zahlungsströme auf große Schwierigkeiten. Für Gemeinden mit einer Hauptkasse und wenigen Nebenkassen existiert allerdings ein mathematisch fundiertes Modell, das einen optimalen Liquiditätsplan zum Ziel hat (Peter Eichhorn, Liquiditätsplanung und Gelddisposition in öffentlichen Haushalten, Ein Beitrag zum Einsatz betriebswirtschaftlicher Instrumente in der Finanzwirtschaft staatlicher und insbesondere kommunaler Verwaltungen, 2. Aufl., Baden-Baden 1974, mit weiterführenden IT-Anwendungen durch Rudolf Paptistella 1979 und Herbert Meier 1984). Statt diesen Ansätzen zu folgen, verfahren die Kämmerer nach dem Schema „solange der Höchstbetrag nicht überschritten wird, ist die Kassenkreditaufnahme unbedenklich“ – und lassen das ökonomische Kalkül beiseite.

Problematisch wird es zusätzlich, wenn – wie derzeit in zahlreichen Kommunen – Kassenkredite als Deckungersatz für Haushaltsdefizite herangezogen werden. Diese fatale Finanzsituation verdeutlicht, dass Rücklagen aufgezehrt sind, die Finanzkraft ungenügend ist und die Verschuldung der Gemeinde höher liegt als im Haushaltsplan veranschlagt.

### Wissensbilanz

Die Wissensbilanz, genauer: die jährliche Wissensbilanz einer Hochschule, ist ein Instrument zur Darstellung, Bewertung und Vermittlung intellektuellen Vermögens bzw. immaterieller Werte und Wirkungen. Im Unterschied zur kaufmännischen Bilanz, die dem Anlage- und Umlaufvermögen das Eigen- und Fremdkapital zu einem bestimmten Zeitpunkt (meist 31. Dezember) gegenüber stellt, enthält die Wissensbilanz auch zeitraumbezogene Positionen (meist für ein akademisches Jahr). Mit der erstmals in Österreich 2006 eingeführten Wissensbilanz wird der Versuch unternommen, über verstreute Berichte, Nachweise, Statistiken und Zahlen hinaus mittels eines umfassenden und einheitlichen Systems der Berichterstattung über die aktuelle Lage einer Universität und ihre Entwicklung zu informieren.

Der sog. narrative Teil der Wissensbilanz beschreibt die strategischen Ziele, zum Beispiel Qualitätssicherung, Internationalisierung, Interdisziplinarität und Anwendungsorientierung, und die jeweilige Zielerreichung. Im Teil „Kennzahlen“ wird zwischen Humankapital (Anzahl der Habilitationen, Berufungen, Frauenquoten), Strukturkapital (Gleichstellung der Geschlechter, Studierende mit Behinderungen, Vereinbarkeit von Studium, Beruf und Familie, Großgeräte, Nutzflächen) und Beziehungskapital (Auslandsaufenthalte der Wissenschaftler bzw. Künstler, Kooperationsverträge, Beteiligung an externen Gremien) unterschieden. Es folgen die „Kernprozesse“ Lehre und Weiterbildung sowie Forschung und Entwicklung mit qualitativen und quantitativen Angaben über Personal, Studiengänge, Studierende, Stipendien, Doktoranden, Forschungsprojekte und Drittmittelfinanzierung. In den Abschnitten „Output und Wirkungen der Kernprozesse“ werden die Studienabschlüsse statistisch aufbereitet, ebenso die Abschlüsse der Doktoratsstudien, die Veröffentlichungen, Vorträge usw.

Es überrascht nicht, dass sich die Wissensbilanz aus heterogenen Bestandteilen und Kennzahlen zusammensetzt. Anders als kaufmännische Formalziele (wie Streben nach Rentabilität, Wahrung der Liquidität und Vermeidung von Risiken) sind Sachziele vielfältig und weniger gut zu erfassen. Man muss Indikatoren bemühen, wenn sich Sachziele als imponderabel erweisen. Aber was sagen Zahlen über Abschlüsse oder Publikationen in puncto Lehr- oder Forschungsqualität aus? Nebeneinander positionierte Sachziele decken womöglich konkurrierende Zielbeziehungen zu. Maßnahmenwirkungen können kurzfristig ins Abseits führen, weil sie sich oft erst in späteren Jahren ermitteln lassen.

Dennoch sollte man Wissensbilanzen nicht gering schätzen. Sie helfen der Hochschule, namentlich den leitenden und mitarbeitenden Führungskräften, ihre Leistungen im wissenschaftlichen Wettbewerb zu dokumentieren. Wissensbilanzen schaffen Transparenz für Bewerber, Studierende und Arbeitgeber, nicht minder für das zuständige Ministerium, das damit eine Grundlage für Leistungsvereinbarungen mit der Hochschule und deren Umsetzung in der Hochschule erhält. Schließlich dienen Wissensbilanzen auch als Informationsquelle bei Akkreditierungsverfahren, die üblicherweise eine Selbstdokumentation der Hochschule verlangen.

# Die Zustellung eines Verwaltungsakts – Ein Überblick

## Gesetzgeber modernisiert erneut das Verwaltungszustellungsgesetz

### 1. Einführung

Empfangsbedürftige Willenerklärungen einer Behörde müssen demjenigen bekanntgegeben werden, der dadurch eine Begünstigung oder aber eine Belastung erfährt. Ausdrücklich bestimmt § 43 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), dass ein Verwaltungsakt erst mit der Bekanntgabe wirksam wird. Fehlt diese, so erlangt der Verwaltungsakt keine rechtliche Existenz. Bekanntgabe ist damit einer der Schlüsselbegriffe des (allgemeinen) Verwaltungsrechts. An wen die Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erfolgen hat, ergibt sich entweder aus spezialgesetzlichen Vorgaben (z.B. §§ 57 ff Niedersächsische Bauordnung) oder aber aus § 41 Abs. 1 VwVfG. Hiernach ist der Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist (§ 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Der Gesetzgeber hat aber darauf verzichtet, den Bekanntgabebegriff zu definieren, so dass auf die Entwicklung der Rechtsprechung zurückzugreifen ist.<sup>1</sup> Bei der Bekanntgabe handelt es sich um einen Vorgang, der aus zwei Elementen besteht. Zunächst ist der **Entäußerungswille** der Behörde zu nennen. Es muss sich um eine willentliche und wissentliche Entscheidung der Behörde handeln. Zweites Element ist der **Zugang des Verwaltungsakts**. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei einem Verwaltungsakt um eine empfangsbedürftige – nicht annahmbedürftige – öffentlich-rechtliche Willenerklärung handelt.<sup>2</sup> Daher muss der Verwaltungsakt in den Herrschafts- und Wahrnehmungsbereich des Empfängers gelangen. Nicht erforderlich ist es, dass der Empfänger auch tatsächlich Kenntnis genommen hat.<sup>3</sup>

Auf welche Art und Weise der Verwaltungsakt bekannt gegeben wird, hängt auch davon ab, in welcher Form ein Verwaltungsakt erlassen wird. So macht es schon einen Unterschied, ob ein mündlicher Verwaltungsakt unmittelbar in einem Gespräch eröffnet wird oder aber die Behörde die Schriftform wählt. Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Vorgabe, wie sie beispielsweise § 10 Abs. 7 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) formuliert, entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, in welcher Form sie den Verwaltungsakt erlassen will (§ 37 Abs. 2 VwVfG). Sie kann den Verwaltungsakt schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen. Traditionell spielt die Schriftform auch heute noch eine große Rolle. Doch zunehmend gewinnen die elektronischen Kommunikationsformen an Bedeutung. Hat die Behörde sich für eine bestimmte Form des Verwaltungsakts entschieden, so kann sie den Verwaltungsakt selbst übermitteln oder sich Dritter, z.B. Postdienstleister, bedienen, um den Verwaltungsakt in den Herrschafts-

bereich des Empfängers zu verbringen. Zudem kann sie, sofern es keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben gibt, wie z.B. beim § 73 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), entscheiden, ob sie die **nichtförmliche Bekanntgabe** oder aber die **förmliche Zustellung** wählt. Ausdrücklich bestimmt § 41 Abs. 5 VwVfG, dass die Vorschriften über die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts mittels Zustellung unberührt bleiben. Zustellung stellt eine streng formalisierte Form der Bekanntgabe dar.

#### Fall 1

Die zuständige Behörde ordnet mit Bescheid vom 4. Juli die Beseitigung eines illegal errichteten Wochenendhauses an. Dieser Bescheid soll per Zustellungsurkunde (ZU) zugestellt werden. Der Postbote trifft den Zustellungsempfänger in seiner Wohnung nicht an und legt den Brief am 6. Juli in den Hausbriefkasten ein und vermerkt dieses Datum auf der ZU. Der Betroffene entnimmt am 6. Juli den Brief aus seinem Briefkasten. Ist der Brief zugestellt worden?

#### Fall 2

Der Landkreis Allertal (Niedersachsen) ordnet mit Bescheid vom 9. Juli – Aufgabe zur Post als Übergabeeinschreiben am 11. Juli – die Schließung der von Martin Sonntag betriebenen Spielhalle an. Sonntag soll den Betrieb bis spätestens zum 30. Juni 24.00 Uhr den Spielhallenbetrieb einstellen. Für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung wird ein Zwangsgeld angedroht. Da der Postbote Sonntag am 12. Juli nicht antrifft, wirft er eine Benachrichtigung, dass ein Einschreiben bei der Post lagert, in den Briefkasten ein. Da Sonntag das Einschreiben von der Post nicht abholt, sendet diese den Brief zurück an den Landkreis. Eine erneute Überprüfung am 15. Juli ergab, dass Sonntag den Spielhallenbetrieb nicht eingestellt hat. Kann der Landkreis nun das Zwangsgeld festsetzen?

#### Fall 3

Helmut Karst lässt sich in einer gewerberechtlichen Angelegenheit durch einen Rechtsanwalt vertreten. Eine schriftliche Vollmacht liegt der Behörde vor. Ein Bediensteter der Behörde gibt die Gewerbeuntersagung im Geschäftszimmer des Rechtsanwaltsbüros ab. Das vom Rechtsanwalt unterschriebene Empfangsbekanntnis geht am 22. Juli bei der Behörde ein. Der Anwalt trägt den 19. Juli als das Datum ein, an dem er den Bescheid seines Mandanten erhalten hat. Ausweislich des Eingangsstempels ist der Brief bereits am 18. Juli um 12.30 Uhr in der Anwaltskanzlei eingegangen. In der Kanzlei arbeiten drei Anwälte. Wann ist der Bescheid zugestellt worden?

#### Fall 4

Wiederholt hat der Landkreis mit Martin Klausning in verschiedenen Verwaltungsangelegenheiten elektronisch (per mail) kommuniziert. Herr Klausning hat ausdrücklich erklärt, dass er für alle den Zugang für elektronische Verfahren eröffnet hat. Auch ist von ihm ein De-Mail-Konto eröffnet und diese Eröffnung dem Landkreis mitgeteilt worden. Das aktuelle Verfahren betrifft ein von Klausning eingeleite-

\* Prof. Holger Weidemann (Hannover) ist auf der Leitungsebene des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung Hannover e.V. tätig; der Verein ist zugleich Träger der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen.

1 Siehe nur *VG Gießen NVwZ-RR* 1990, S. 412

2 *Schoch*, JURA 2011, S. 23 [24]

3 *Schoch*, JURA 2011, S. 23 [24 m.N.]

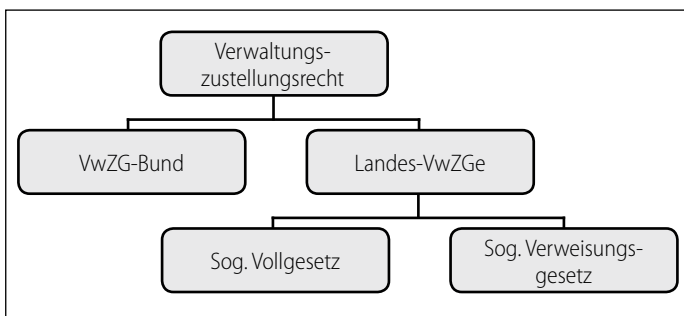
tes Baugenehmigungsverfahren. Da Klausling die negative Entscheidung des Landkreises nicht akzeptieren wollte, legte er form- und fristgerecht Widerspruch ein. Den ablehnenden Widerspruchsbescheid übermittelt der Landkreis elektronisch über einen nach § 17 des De-Mail-Gesetzes akkreditierten Diensteanbieters an Klausling. Entspricht diese Übermittlung des Bescheides den Vorgaben des § 73 Abs. 3 VwGO?

#### Fall 5

Den Widerspruchsbescheid vom 4. Juni übermittelt die zuständige Behörde, obgleich sich der Widerspruchsführer durch einen Rechtsanwalt vertreten ließ und dies durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht nachgewiesen wurde, am 6. Juni per Zustellungsurkunde unmittelbar an den Widerspruchsführer. Dem Widerspruchsbescheid war eine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt. Der Widerspruchsführer erhob am 22. Juli Klage. Ist die Klage noch rechtzeitig eingegangen?

## 2. Verwaltungszustellungsrecht – Anwendungsbereich

Das Verwaltungszustellungsrecht ist dem Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts zuzuordnen.<sup>4</sup> Zentrale Rechtsvorschrift ist das **Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)**. § 1 Abs. 1 VwZG bestimmt, dass die Vorschriften dieses Gesetzes für die Zustellungsverfahren der Bundesbehörden, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts und der Landesfinanzbehörden. Aus verfassungsrechtlichen Gründen heraus ist es dem Bundesgesetzgeber aber verwehrt, das Zustellungsrecht auch für Landesbehörden für anwendbar zu erklären. Gleichwohl darf der Wert eines weitgehend einheitlichen Zustellungsrechts im Bund und den Ländern nicht verkannt werden. Einheitliche Regelungen des Verfahrens der förmlichen Zustellung tragen erheblich zur Rechtseinheit sowie zur Vereinheitlichung und Beschleunigung von Verwaltungsverfahren bei.<sup>5</sup> Die Bundesländer sind nun unterschiedliche Wege gegangen, um ein – weitestgehend – einheitliches Zustellungsrecht in Deutschland zu schaffen. Sie haben entweder ein sog. „Vollgesetz“ erlassen (vgl. z.B.: Bayern, Nordrhein-Westfalen) oder durch ein sog. Verweisungsgesetz (z.B.: Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt) auf das Bundesrecht Bezug genommen.



Verweisung bedeutet, dass der Gesetzgeber auf eine andere Rechtsvorschrift Bezug nimmt, ohne sie im Detail auszuformulieren. Sie sind verfassungsrechtlich zulässig.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Vgl. *Sadler*, VwZG-Kommentar, Einf. Rdnr. 2

<sup>5</sup> Vgl. auch Nds. Ltg.-Drs. 15/2555 S. 2

<sup>6</sup> Grundlegend zur Funktion und Zulässigkeit von Verweisungsnormen vgl. auch *Weidemann/Rheindorf*, apf 2010, S. 332 ff m.N.

## 15. Fachmesse und Kongress Strategie und Best Practices für IT, Personal und Finanzen



Was führende Köpfe bewegt.  
8. – 9. November 2011, Berlin

Tickets jetzt online buchen &  
bis zu 25% Preisnachlass sichern!

[www.moderner-staat.com/Tickets](http://www.moderner-staat.com/Tickets)

Über viele Jahrzehnte galt das Verwaltungszustellungsrecht – trotz gewisser Anpassungen – als relativ stabiler Rechtsbereich. Mit der Novellierung im Jahre 2005 sind dann aber bedeutsame Neuerungen eingeführt worden. Das Gesetz zur Novellierung des Verwaltungszustellungsrechts vom 12. August 2005<sup>7</sup> ist am 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Zugleich ist das VwZG 1952 außer Kraft getreten. Der Gesetzgeber hat das Verwaltungszustellungsrecht modernisiert und flexibilisiert und zugleich an die gewandelten Lebensverhältnisse angepasst. So hat sich das Verwaltungszustellungsrecht auch den modernen Kommunikationsformen geöffnet (vgl. §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 5 VwZG a.F.).<sup>8</sup> In den folgenden Jahren ist das Verwaltungszustellungsrecht dann weiter entwickelt worden. So ist mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008<sup>9</sup> § 10 VwZG geändert worden. Mit dem Vierten Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11. Dezember 2008<sup>10</sup> erfolgte eine Anpassung der §§ 2, 5 und 9 VwZG.<sup>11</sup> Mit Art. 3 des Gesetzes zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 28. April 2011<sup>12</sup> ist der Gesetzgeber den Weg, das Zustellungswesen für moderne Kommunikationsformen zu öffnen, konsequent weitergegangen. Mit der elektronischen Zustellung gegen Abholbestätigung über De-Mail-Dienste ist eine neue Zustellungsart eingeführt worden (vgl. § 5 a VwZG).

Durch das Verwaltungszustellungsgesetz wird nicht bestimmt, in welchen Fällen ein Dokument zuzustellen ist. Das Verwaltungszustellungsgesetz regelt nur Arten und Modalitäten der Zustellung. Die Anwendbarkeit des Verwaltungszustellungsgesetzes hat zur Voraussetzung, dass entweder in einer Rechtsvorschrift die Zustellung ausdrücklich angeordnet wird oder aber die Behörde bestimmt, dass ein Dokument zugestellt werden soll (siehe § 1 Abs. 2 VwZG und vergleichbare landesrechtliche Bestimmungen<sup>13</sup>). Sofern eine Rechtsvorschrift die Zustellung verbindlich vorsieht, enthält sie zugleich das Verbot, ein Dokument lediglich einfach bekannt zu geben. Regelmäßig verbleibt es aber in der Entscheidungsgewalt der Behörde, die – im konkreten Fall sinnvolle – Zustellungsart festzulegen (vgl. § 2 Abs. 3 VwZG). Gesetzlich vorgeschrieben ist die Zustellung beispielsweise in folgenden Fällen: §§ 122 Abs. 5 S. 1, 284 Abs. 6 S. 1, 309 Abs. 2 S. 1, 310 Abs. 2 Abgabenordnung; §§ 70 Abs. 1, 113 Abs. 1, 116 Abs. 1 S. 3 Baugesetzbuch; § 51 Abs. 1 S. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz; §§ 69 Abs. 2, 74 Abs. 4 und 5 VwVfG; §§ 13 Abs. 1, 36 Satz 3 Landesjagdgesetz für Sachsen-Anhalt; § 41 a Abs. 4 S. 1 Niedersächsisches Strafrechtsgesetz. Entscheidet sich die Behörde dazu, ein Dokument zuzustellen, obgleich dazu eine gesetzliche Verpflichtung nicht bestand, so handelt es sich hierbei um eine Ermessensentscheidung<sup>14</sup>. Diese bedarf zwar keiner besonderen Begründung, doch muss sich der Wille, das Dokument durch förmliche Zustellung übermitteln zu wollen, aus den Akten ergeben.<sup>15</sup> Soweit die Behörde die förmliche Zustellung angeordnet hat, ist sie auch verpflichtet, die

dafür gesetzlich vorgesehenen Förmlichkeiten zu beachten. Unerheblich ist dabei, ob sie berechtigt gewesen wäre, ihren Bescheid statt in der gewählten Weise formlos bekannt zu geben.<sup>16</sup> Da das VwZG eine abschließende Regelung trifft, ist der Behörde ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht verwehrt.<sup>17</sup>

### 3. Arten der Zustellung

#### 3.1 Übersicht

Zustellung ist nach § 2 Abs. 1 VwZG die Bekanntgabe eines schriftlichen oder elektronischen Dokuments in einer in diesem Gesetz bestimmten Form. Beide Formen sind gleichwertig und unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der technischen Ausführung. Die **Zustellung** wird durch die **Behörde** selbst, einem **Erbringer von Postdienstleistungen** und neuerdings<sup>18</sup> auch durch einen nach § 17 des De-Mail-Gesetzes **akkreditierten Diensteanbieter** ausgeführt (§ 2 Abs. 2 VwZG). Das Gesetz kennt folgende **Zustellungsarten** (Siehe Grafik S. 409):

Soweit die Zustellung durch einen Erbringer von Postdienstleistungen ausgeführt wird, ist damit nicht ausschließlich die Deutsche Post AG gemeint.<sup>19</sup>

#### 3.2 Regelarten der Zustellung

##### 3.2.1 Zustellung schriftlicher Dokumente

Bei der Zustellung eines Verwaltungsakts mittels **Zustellungsurkunde** ersucht die Behörde die Post, den Verwaltungsakt durch einen Postbediensteten zustellen zu lassen. Die Behörde übergibt der Post den Zustellungsauftrag, den zuzustellenden Verwaltungsakt in einem verschlossenen Umschlag und einem vorbereiteten Vordruck einer Zustellungsurkunde. Wann die Zustellung bewirkt ist, ergibt sich aus den Vorgaben des Zivilprozessrechts. So verweist § 3 Abs. 2 S. 1 VwZG auf die §§ 177 bis 182 Zivilprozessordnung (ZPO). Die Zustellung ist an dem vom Postboten beurkundeten Tag bewirkt. Der Regelfall ist, dass der Postbedienstete den Verwaltungsakt unmittelbar dem Adressaten der Sendung übergibt. Trifft der Postbedienstete den Empfänger nicht an, kommt entweder eine Ersatzzustellung (§ 3 Abs. 2 VwZG, §§ 178 ff. ZPO) oder Niederlegung (§ 3 Abs. 2 VwZG, § 181 ZPO) in Betracht.

Beim **Fall 1** hat der Postbedienstete den Empfänger der Sendung nicht angetroffen. Damit kommt der Regelfall der Zustellung nicht Betracht. Es ist eine Form der Ersatzzustellung gewählt worden. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 VwZG iVm mit § 180 S. 2 ZPO kommt eine Ersatzzustellung auch durch Einlegung des Schriftstücks in den Briefkasten des Empfängers in Betracht. Da dies auch ordnungsgemäß vermerkt worden ist, wurde der Verwaltungsakt am 6. Juli zugestellt. Bei der Zustellung eines Dokuments mittels Zustellungsurkunde wird der Erbringer von Postdienstleistungen öffentlich-rechtlich tätig. Er handelt als Lizenznehmer nach § 5 PostG als beliehener Unternehmer (§ 33 Abs. 1 PostG).<sup>20</sup>

Bei der Zustellung eines Verwaltungsakts durch die Post mittels Einschreiben ist zwischen dem **Übergabeeinschreiben** und dem

7 BGBl. I S. 2354.

8 Einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen gibt *Weidemann* in: *Praxis der Kommunalverwaltung* Nds. VwZG A 18 Nds Einf. Ziff. 1.1.2

9 BGBl. I S. 2026 (Art. 6 b)

10 BGBl. I S. 2418

11 Einzelheiten siehe *Schlattmann*, Nachtrag zu *Engelhardt/APP VwVfG/VwZG*, Stand 1. Januar 2009, Vorb. S. 1 ff

12 BGBl. I S. 666

13 Z.B. § 2 Nds. VwZG;

14 Vgl. nur *Sadler*, VwZG-Kommentar, § 1 Rdnr. 12; ferner *Tiedemann* in: *Bader/Ronellenfitsch*, VwVfG-Kommentar, 2010, § 41 Rdnr. 130

15 Vgl. auch *BFH* Urteil vom 16.3.2000 NVwZ-RR 2001, S. 215

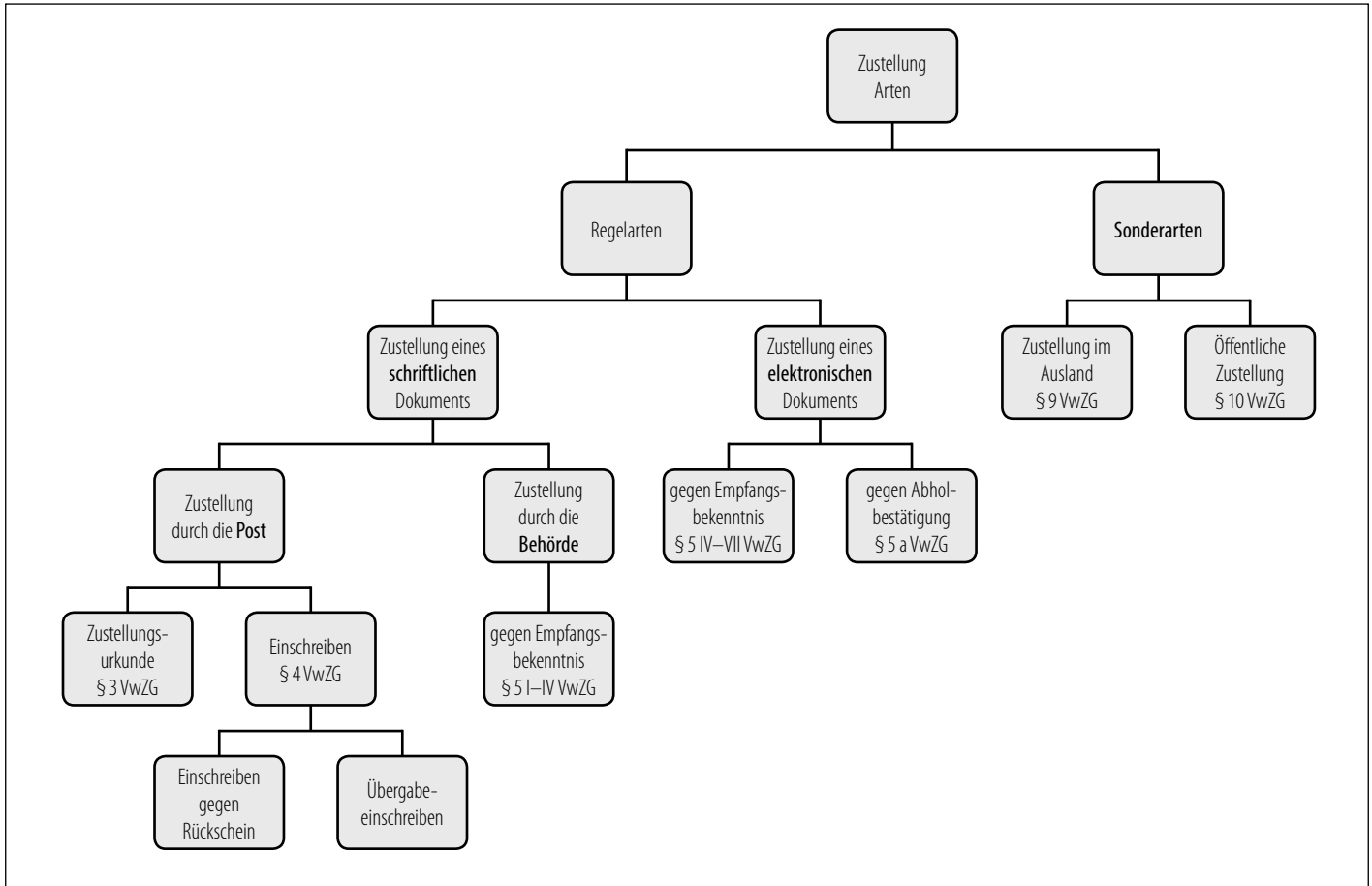
16 Vgl. *OVG Münster*, Urteil vom 26.9.1994, NVwZ-RR 1995, S. 623

17 Vgl. auch *Schoch*, Fn. , S. 27 m.N.

18 Siehe Fn. 12

19 Vgl. nur *Kremer* NJW 2006, S. 332

20 Vgl. *Schoch*, S. 28



**Einschreiben mit Rückschein** zu unterscheiden. Bei dem Übergabe-einschreiben händigt der Postbedienstete das Dokument dem Empfänger persönlich aus. Der Empfänger dokumentiert die Zustellung durch Übergabe. Das Übergabeeinschreiben nach § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG gilt mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass es nicht oder aber zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Vergleichbar der Regelungsstruktur des § 41 Abs. 2 VwVfG greift die Fiktion auch dann, wenn der Verwaltungsakt dem Adressaten nachweislich früher zugegangen ist oder wenn dieser (dritte) Tag auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt.<sup>21</sup> Bei **Einschreiben mit Rückschein** bestätigt der Empfänger den Erhalt des Einschreibens mit seiner Unterschrift auf dem sog. Rückschein. Dieser wird dann postwendend im Original an die Behörde zurückgesandt.<sup>22</sup> Die Zustellung ist an dem Tag bewirkt, den der Rückschein angibt (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 VwZG). Keine Zustellung im Sinne des Verwaltungszustellungsrechts stellt dagegen das Angebot des sog. **Einwurf-Einschreibens** durch Postdienstleister dar.<sup>23</sup> Ist eine persönliche Zustellung nicht möglich, so kommt auch bei einem Einschreiben eine Ersatzzustellung in Betracht. Wer zum Kreis der Ersatzempfänger zu zählen ist, ergibt sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post. Hier ist zu berücksichtigen, dass die postalische Zustellung mittels Einschreiben als privatrechtliche

Beauftragung des Dienstleisters gewertet.<sup>24</sup> Eine Zustellung durch Niederlegung des Einschreibens bei einer öffentlichen Stelle kommt nicht in Betracht.<sup>25</sup> Bei einem erfolglosen Zustellungsversuch hinterlässt der Postbedienstete bei dem Empfänger eine Nachricht, dass das Einschreiben bei der Post verwahrt wird und innerhalb einer Frist von sieben Werktagen abgeholt werden kann. Eine Zwangsmittelfestsetzung (**Fall 2**) kommt nur in Betracht, wenn ein Grundverwaltungsakt vorliegt, der auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist (§ 64 Abs. 1 Niedersächsisches Gesetz über öffentliche Sicherheit und Ordnung). Der Landkreis hat zwar eine Schließungsanordnung erlassen, diese kann aber nur den dann Wirkungen entfalten, wenn sie wirksam geworden ist (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Der Landkreis hat für die Bekanntgabe des Verwaltungsakts auf die Zustellungsart Übergabeeinschreiben zurückgegriffen (§ 1 Abs. 1 Niedersächsisches Verwaltungszustellungsgesetz, §§ 2, 4 VwZG). Da eine unmittelbare Übergabe nicht möglich war, hat der Postbote den Empfänger darüber informiert, dass das Dokument innerhalb von sieben Werktagen bei der Post abgeholt werden kann<sup>26</sup>. Da der Betroffene das Einschreiben nicht abgeholt hat, wird es nach Ablauf der Lagerungsfrist an den Landkreis zurückgesandt. Eine Verpflichtung zur Abholung besteht nicht. Damit ist der Zustellungsvorgang gescheitert.<sup>27</sup> Folglich ist die Schließungsanordnung

21 Vgl. nur *OVG Lüneburg* NJW 2011, S. 1529 f.; *Sadler*, Fn. 14, § 4 Rdnr. 12 mit umfangreichen Nachweisen; a.A. für den Bereich des Abgabenrechts siehe nur Bundesfinanzhof Bundessteuerblatt Teil II S. 898  
 22 Vgl. auch *Engelhardt/APP*, VwZG-Kommentar, 8. Aufl., § 4 Rdnr. 2  
 23 Einzelheiten siehe *Weidemann*, DVP 2007, S. 12 ff.

24 Vgl. *Schoch*, Fn. 2, S. 28 m.N.  
 25 Vgl. *Sadler*, Fn. 14, § 4 Rdnr. 35  
 26 Vgl. Abschnitt 4 (5) AGB Post; es handelt sich insoweit um einen privatrechtlichen Kundendienst. Siehe auch *OLG Brandenburg* NJW 2005, S. 1585  
 27 Vgl. nur *BVerwG* Urteil vom 13.4.1999 NJW 1999 S. 2608

nicht bekanntgegeben worden. Da der notwendige Grundlagenverwaltungsakt fehlt, kann das Zwangsmittel nicht festgesetzt werden. Bei der **Zustellung durch die Behörde** händigt der zustellende Bedienstete den zustellenden Verwaltungsakt dem Empfänger (regelmäßig) in einem verschlossenen Umschlag aus (§ 5 Abs. 1 S. 1 VwZG). Ausnahmsweise kann der Verwaltungsakt offen ausgehändigt werden. Voraussetzung für diese Verfahrensweise ist, dass keine schutzwürdigen Interessen des Empfängers entgegenstehen (§ 5 Abs. 1 S. 2 VwZG). Der Empfänger selbst hat ein mit dem Datum der Aushändigung versehenes Empfangsbekanntnis zu unterschreiben. Der zustellende Bedienstete vermerkt das Aushändigungsdatum auf dem Umschlag des zustellenden Dokuments oder – bei offener Zustellung – auf dem Dokument selbst.

### 3.2.2 Zustellung elektronischer Dokumente

Da die Lebensverhältnisse und technischen Entwicklungen sich in den vergangenen Jahren gravierend verändert haben, war auch eine Anpassung des Verwaltungszustellungsrechts notwendig. War mit dem 3. VwVfÄndG zunächst das Verwaltungsverfahren für den modernen Rechtsverkehr geöffnet worden, erfolgte der notwendige Anpassungsschritt für das Recht der Zustellung im Jahre 2005. Die grundlegende Novellierung des Zustellungsrechts schuf die Grundlage dafür, dass bei der Zustellung nunmehr auch zwischen der schriftlichen und elektronischen Form gewählt werden kann. Art. 9 a des Gesetzes vom 11. Dezember 2008 hat dann zu einer Anpassung der Vorschriften über die elektronische Zustellung an die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft geführt.<sup>28</sup> So fordert die Dienstleistungsrichtlinie, dass bestimmte Verwaltungsverfahren vollständig elektronisch abgewickelt werden können. Die Forderung, dass der Empfänger des Dokuments eine Empfangsbestätigung ausfertigt, entsprach nicht vollständig den Vorgaben der Richtlinie. Die mit Art. 9 a des Änderungsgesetzes eingeführte Zustellungsfiktion schaffte die gebotene Anpassung. Bei der elektronischen Zustellung sind im Grundsatz<sup>29</sup> die beiden nachfolgenden Varianten zu unterscheiden:

#### 3.2.2.1 Elektronische Zustellung gegen Empfangsbekanntnis

Damit eine **elektronische Zustellung** an in § 5 Abs. 5 S. 1 VwZG genannten Personenkreis („Jedermann“) erfolgen kann, müssen bestimmte Voraussetzungen vorliegen.<sup>30</sup> Zunächst ist die Zugangseröffnung durch den Empfänger zu nennen (§ 5 Abs. 1 S. 1 VwZG). Zudem ist bei der Übermittlung eines elektronischen Dokuments das Dokument mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen (vgl. § 5 Abs. 5 S. 2 VwZG). Weiterhin muss sichergestellt werden, dass eine unbefugte Kenntnisnahme durch Dritte nicht möglich ist (§ 5 Abs. 5 S. 2. HS VwZG). § 5 Abs. 6 VwZG formuliert bestimmte formelle Anforderungen, damit der Empfänger sogleich erkennen kann, dass es sich um ein förmliches Zustellungsverfahren handelt. Zum Nachweis der Zustellung genügt ein mit Datum und Unterschrift versehenes Empfangsbekanntnis, das an die Behörde zurückzusenden ist (§ 5 Abs. 7 S. 1 VwZG). Geht dieses Empfangsbekanntnis nicht bzw. nicht rechtzeitig der absendenden Behörde zu, so formuliert das VwZG eine Zustellungsfiktion (vgl. § 5 Abs. 7 S. 2 und 3 VwZG).

28 Siehe Schlattmann, Fn. 11, Vorb., Ziff. N 3 f.

29 Gewisse Besonderheiten sind nach bei der Zustellung an die sog. privilegierten Empfängerkreise (§ 5 Abs. 4 VwZG) zu beachten; siehe Ziff. 3.3

30 Vertiefung siehe Weidemann, H./Bartbel, T., Elektronische Zustellung eines Verwaltungsakts, DVP 2010, S. 486 ff

#### 3.2.2.2 Zustellung gegen Abholbestätigung

Mit dem Gesetz vom 28.4.2011<sup>31</sup> sind nun auch die **De-Mail-Dienste** für das Zustellungsverfahren geöffnet worden. Ausdrücklich bestimmt nun § 2 Abs. 2 S. 1 VwZG, dass eine Zustellung auch durch einen nach § 17 des De-Mail-Gesetzes akkreditierten Diensteanbieter ausgeführt werden kann. Der neu in das VwZG eingeführte § 5 a ergänzt die bisherigen Möglichkeiten der elektronischen Zustellung nach § 5 Abs. 4 und 5 VwZG. Voraussetzung ist aber, dass der Empfänger über ein De-Mail-Postfach verfügt (§ 5 a Abs. 1 S. 2 VwZG, § 3 De-Mail-Gesetz). Bei der Zustellung über De-Mail-Dienste wird eine beweissichere elektronische **Abholbestätigung** eingeführt, die der akkreditierte Diensteanbieter des Empfängers elektronisch erzeugt. Nach § 5 Abs. 9 S. 1 De-Mail-Gesetz ist der akkreditierte Diensteanbieter verpflichtet, eine Abholbestätigung zu übermitteln. Welche Angaben die Abholbestätigung enthalten muss, ergibt sich aus § 5 Abs. 9 S. 5 De-Mail-Gesetz. Der akkreditierte Diensteanbieter des Empfängers hat die Abholbestätigung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen (§ 5 Abs. 9 S. 6 De-Mail-Gesetz). Zum Nachweis der elektronischen Zustellung genügt die Abholbestätigung nach § 5 Abs. 9 De-Mail-Gesetz (siehe § 5 a Abs. 3 S. 1 VwZG). Geht die Abholbestätigung nicht fristgerecht ein, sieht das VwZG auch hier eine Zustellungsfiktion vor (vgl. § 5 a Abs. 4 VwZG).

Zu berücksichtigen ist aber, dass die De-Mail-Dienste keine Alternative zur qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz darstellen.<sup>32</sup> So stellt die qualifizierte Signatur ein Äquivalent zur handschriftlichen Unterschrift dar und dient der Erfüllung eines im Einzelfall erforderlichen Schriftformerfordernisses (vgl. nur § 3 a VwVfG). Dagegen wird mit den De-Mail-Diensten eine Plattform bereitgestellt, die eine sichere und nachvollziehbare Kommunikation schafft. Die De-Mail-Dienste ermöglichen heute die Nachweisbarkeit der elektronischen Kommunikation, da der Versand bzw. der Empfang von De-Mails nachgewiesen werden kann und die Identität der Kommunikationspartner gesichert wird.<sup>33</sup> Qualifizierte Signatur und De-Mail-Dienste verfolgen also unterschiedliche Zielsetzungen. Es ist aber denkbar, eine De-Mail und die qualifizierte elektronische Signatur miteinander zu verknüpfen. So kann die qualifizierte Signatur vom Nutzer in den Fällen eingesetzt werden, in denen das per De-Mail versendete Dokument einem Schriftformerfordernis unterliegt. § 73 Abs. 3 VwGO fordert, dass ein Widerspruchsbescheid zugestellt wird. Zugestellt wird nach den Vorgaben des VwZG. Dabei entscheidet die Behörde, welche Zustellungsart die wählen will. Nach § 5 a VwZG bietet der Gesetzgeber nun auch die Zustellung

31 E-Mails sind in der heutigen Zeit zu einem Massenkommunikationsmittel geworden. Auch Behörden greifen in verstärkter Maße auf die E-Mail-Kommunikation zurück. E-Mails sind einfach, schnell, preiswert und örtlich nicht gebunden. Nachteilig ist aber, dass sie mit geringem Aufwand abgefangen und auch in ihrem Inhalt verändert werden können. Hinsichtlich ihres Sicherheitsstandards ähneln sie der guten alten Postkarte (vgl. auch Btg.-Drs. 17/3630 S. 1). Um nun die Funktionsfähigkeit und Akzeptanz der elektronischen Kommunikation zu erhalten, ist eine Infrastruktur notwendig, die die Vorteile der E-Mail mit den Aspekten der Sicherheit und des Datenschutzes verbindet. Die De-Mail-Dienste sollen die notwendige Infrastruktur schaffen. Im Zuge eines Akkreditierungsverfahrens haben die De-Mail-Diensteanbieter nachzuweisen, dass die durch sie gebotenen E-Mail-, Identitätsbestätigungs- und Dokumentenablagendienste hohe Anforderungen an Sicherheit und Datenschutz erfüllen (ebenda). Mit dem Gesetz sind nun die rechtlichen Rahmen für die Akkreditierung einerseits und die Nutzung der Dienste andererseits geschaffen worden.

32 Einzelheiten siehe Btg.-Drs. 17/3630 S. 2

33 ebenda



gegen Abholbestätigung über De-Mail-Dienste als weitere Variation an. Damit ist es durchaus zulässig, einen Widerspruchsbescheid per De-Mail zuzustellen. Die Behörde kann aber auf diese Kommunikationsform nur zurückgreifen, wenn der Empfänger ein De-Mail-Postfach eröffnet hat (§ 5 a Abs. 1 VwZG). Der Empfänger muss also den a VwZG g Zugang für eine derartige Kommunikationsform eröffnet haben. Diese Voraussetzungen liegen im **Fall 4** vor. Damit hat die Widerspruchsbehörde ein Zustellungsverfahren gewählt und es auch ordnungsgemäß durchgeführt. Die Vorgaben des § 73 Abs. 3 VwGO wurden beachtet.

### 3.3 Zustellung an einen privilegierten Empfängerkreis

Für einen **privilegierten Empfängerkreis** sind die an den Zustellungsvorgang formulierten Anforderungen gelockert worden (§ 5 Abs. 4 VwZG). Zu den im Gesetz – abschließend – genannten Empfängerkreis zählen Behörden, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberatungsgesellschaften, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften. Bei diesen Institutionen und Personen nimmt der Gesetzgeber eine besondere Rechtstreue und Zuverlässigkeit an.<sup>34</sup> An diesen Empfängerkreis kann auch auf **andere Weise**, auch **elektronisch**, **gegen Empfangsbekanntnis** zugestellt werden. „Auf andere Weise“ bedeutet, dass die Zustellung z.B. auch durch einfachen Brief durch die Post, persönlich durch einen Bediensteten oder Einlegen in das Anwaltsfach bei Gericht erfolgen kann.<sup>35</sup>

Die in § 5 Abs. 4 VwZG genannten Empfänger sind direkte Adressaten, so dass die Ausfertigung des Empfangsbekanntnisses durch eine Vertretung, z.B. durch eine Büroangestellte, unzulässig ist. Für die Zustellung eines Dokuments an einen Rechtsanwalt ist nicht der Zugang im Rechtsanwaltsbüro sondern der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Rechtsanwalt bestätigt, dass er das zuzustellende Dokument als zugestellt annimmt. Damit ist die Zustellung im **Fall 3** erst am 19. Juli, dem Tag, als das Empfangsbekanntnis vom empfangsberechtigten Rechtsanwalt unterschrieben wurde, zugestellt.<sup>36</sup>

### 3.4. Sonderarten der Zustellung

Zu den Sonderarten der Zustellung zählen die Bestimmungen über die Zustellung im Ausland (§ 9 VwZG) und die öffentliche Zustellung (§ 10 VwZG).

### 4. Zustellung an Bevollmächtigte

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 VwZG können Zustellungen an den allgemeinen oder für bestimmte Angelegenheiten bestellten Bevollmächtigten gerichtet werden. Wann eine Bevollmächtigung möglich ist, ergibt sich nicht aus dem Verwaltungszustellungsrecht sondern dem jeweiligen Fachrecht (z.B. § 14 VwVfG). Ist eine Bevollmächtigung erfolgt und liegt der Behörde eine schriftliche Vollmacht vor, ist die Zustellung an den Bevollmächtigten zu richten (§ 7 Abs. 1 S. 2 VwZG). Die Behörde hat insoweit keine Entscheidungsfreiheit.

Beim **Fall 5** hängt die Beantwortung der Frage davon ab, welche Frist zum Tragen kommt. Ist ein Widerspruchsbescheid erforderlich, ist die Klage innerhalb eines Monats nach der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides zu erheben (§ 74 Abs. 1 S. 2. VwGO). § 73 Abs. 3

VwGO erfordert die Zustellung des Widerspruchsbescheides. An dieser mangelt es hier. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 VwGO war der Widerspruchsbescheid an den bevollmächtigten Rechtsanwalt zuzustellen, da die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen wurde. Dies ist nicht geschehen. Danach war nur die Zustellung an den Bevollmächtigten wirksam und hätte die Klagefrist in Lauf gesetzt. Die Zustellung gegenüber dem Widerspruchsführer ist insoweit formell unwirksam; die Bekanntgabe diente lediglich dessen Unterrichtung.<sup>37</sup> Die Klagefrist ist damit noch nicht verstrichen.

### 5. Heilung von Zustellungsmängeln

Liegt ein Zustellungsmangel vor, so sieht § 8 des VwZG die Möglichkeit einer Heilung vor. Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungs Vorschriften zugegangen, so gilt es in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist. Ein Zustellungsfehler kann somit nur geheilt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen<sup>38</sup> vorliegen:

#### ① *Zustellungsfehler*

Es muss sich um einen Fehler bei der Ausführung der Zustellung handeln. Liegt dagegen überhaupt keine Zustellung vor, weil es z.B. an dem notwendigen Zustellungswillen der Behörde fehlt, kann auch keine Heilung eintreten. So fehlt beispielsweise besonders häufig eine Zustellung, wenn an Eheleute nur ein Bescheid übergeben wurde.<sup>39</sup>

#### ② *Zugang des Dokuments*

Das Dokument muss zugegangen sein.

#### ③ *Beweiskräftige Feststellung des tatsächlichen Zugangs*

Es muss der Zeitpunkt beweiskräftig feststehen, in welchem das Dokument dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist. Beim **Fall 5** ist davon auszugehen, dass der Widerspruchsführer seinem Rechtsanwalt das Widerspruchsschreiben übergeben hat, damit dieser die Klage vorbereitet. Es liegt damit ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG vor. Mit der Übergabe des Widerspruchsbescheides an den Rechtsanwalt ist dieser Fehler behoben. Spätestens zu diesem Zeitpunkt gilt der Widerspruchsbescheid – durch Heilung (§ 8 S. 1 VwZG) als zugestellt.<sup>40</sup>

### 6. Schlussbetrachtung

Über viele Jahrzehnte gehörte das **Verwaltungszustellungsrecht** zu den **stabilen Rechtsgebieten**. Die Veränderung der Lebensverhältnisse und die neue technische Revolution, Stichwort: elektronische Kommunikation, haben eine Anpassung des Verwaltungszustellungsrechts erforderlich gemacht. Im Jahre 2005 hat der Gesetzgeber auf den Weg begeben, um das Zustellrecht den gewandelten Verhältnissen anzupassen. Die nachfolgenden Änderungen haben den eingeschlagenen Weg des Gesetzgebers konsequent weiter entwickelt.

37 Vgl. auch *OVG Lüneburg* NJW 2009, S. 1834

38 Im Hinblick auf die Ziff. 2 und 3 vgl. *Sadler*, Fn. 14, § 8 Rdnr. 4

39 Ein weiteres Beispiel hat der *VGH Mannheim* jüngst betrachtet. Es hat entschieden, dass keine Heilung eintritt, wenn ein Verwaltungsakt einem Verfahrensunfähigen zugestellt wurde und der Betreuer lediglich Kenntnis von dem Verwaltungsakt erlangt hat. Hier besteht nicht die Möglichkeit der Heilung, weil die Behörde bei der unwirksamen Zustellung gegenüber dem Betreuer regelmäßig nicht den erforderlichen Bekanntgabewillen hatte. Vgl. *VGH Mannheim*, NJW 2011, S. 1756 (L.); abrufbar unter BeckRS 2011, 45432

40 Vgl. auch *BSG NVwZ* 1990, S. 1108

34 Vgl. *Sadler*, Fn. 14, § 5 Rdnr. 42

35 Vgl. *Sadler*, Fn. 14, § 5 Rdnr. 36 m. weiteren Beispielen

36 Vgl. *Engelhardt/App*, Fn. 22, § 5 Rdnr. 14 m.N.

Mit Art. 3 des Gesetzes vom 28.4.2011 (De-Mail-Gesetz) hat der Gesetzgeber aktuell einen rechtlichen Rahmen geschaffen, um die Risiken der E-Mailkommunikation zu minimieren. Ob die Entwicklung mit dieser Rechtsänderung bereits abgeschlossen ist, darf eher bezweifelt werden. So ist gegenwärtig noch nicht absehbar, welche weiteren technischen Entwicklungen aber welche neuen Angebote der Erbringer von Postdienstleistungen oder der Betreiber von elektronischen Plattformen zu erwarten sind. Gerade die rechtspolitische Diskussion über die Leistungsfähigkeit der **Kommunikation mittels E-Postbrief** zeigt, dass eine gewisse Bewegung noch zu erwarten sein wird.<sup>41</sup> Die bisherige Entwicklung aber die Hoffnung reifen, dass der Gesetzgeber bereit ist, zeitnah auf neue Herausforderungen und An-

gebote zu reagieren. Es ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft mit weiteren Anpassungen zu rechnen ist. Die entscheidende Frage wird aber sein, in welchem Maße wird die (Verwaltungs-)Praxis diese neuen Kommunikationsmöglichkeiten nutzen. Um welche Potentiale es geht, vermag die Zahl der von der Verwaltung versandten Briefe verdeutlichen. Pro Jahr versendet die Verwaltung ca. **1,313 Milliarden Briefe** (mit einem Gewicht von unter 50 g)<sup>42</sup>. Sicherlich wird von diesen Briefen nur ein eher geringer Teil zuzustellen sein. Doch bieten sich die neuen Kommunikationsformen auch in den Bereichen an, in denen eine Zustellung nicht zwingend vorgeschrieben ist. Die Erwartung ist, dass langfristig die Verwaltungskosten gesenkt werden können.

41 Vgl. nur *Luch/Tischer*, Die öffentlich-rechtliche Schriftform und die hybride Kommunikation mittels E-Postbrief; DÖV 2011, S. 598 ff.

42 Vgl. BTg.-Drs. 17/3630 S. 3

Edmund Beckmann\*/Ingo Strote\*\*

## Über die von den staatlichen Hochschulen verliehenen akademischen Grade, Titel und sonstigen Bezeichnungen sowie deren Entzug/Verlust durch Aberkennung<sup>1</sup>

*„Hab nun, ach, Philosophie, Juristerei und Medizin und leider auch Theologie studiert mit heißem Bemühn. Da steh ich nun, ich armer Tor, und bin so klug als wie zuvor.“<sup>2</sup>*

### I. Einleitung

Als ehemaliger Dezernent für Rechtsangelegenheiten, Liegenschaften und Studentische Angelegenheiten einer Universität im Ruhrgebiet ist der Verfasser der Bitte, die Grundzüge der Verleihung und des Verlustes der – von den staatlichen Hochschulen – verliehenen akademischen Grade, Titel und sonstigen Bezeichnungen darzustellen, gerne nachgekommen.<sup>3</sup> Dabei sollen die Vorschriften des bundes-

weit geltenden Hochschulrahmengesetzes (HRG), die Vorschriften des bayerischen Hochschul- (BayHG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG)<sup>4</sup> sowie die entsprechenden Regeln des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW und VwVfG NRW) zugrunde gelegt werden.

Die Berechtigung zur Führung derartiger Auszeichnungen sowie deren Verlust beschäftigen – seit dem „Fall zu Guttenberg“<sup>5</sup> – verstärkt die Gesellschaft.<sup>6</sup> Im Gegensatz dazu hat sich die Literatur und Rechtsprechung<sup>7</sup> bereits in der Vergangenheit intensiv mit dieser Problematik auseinandergesetzt und nach Lösungen gesucht bzw. Recht gesprochen. Die gegen verschiedene Personen des öffentlichen Lebens erhobenen Plagiatsvorwürfe sollen daher nicht in erster Linie im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen stehen.

Vielmehr wird nach der Einleitung I. unter II. eine Übersicht über die akademischen und sonstigen Titel der staatlichen Hochschulen gegeben. Im Anschluss daran sollen sodann unter III. die rechtlichen

\* Prof. Dr. Edmund Beckmann ist Hochschullehrer an der FHöV NRW.

\*\* Dipl.-Päd. Ingo Strote ist Lehrbeauftragter an der Medizinischen Hochschule Hannover und Leiter der FSGF.

1 Dieser Beitrag setzt den Beitrag von *Vable*, Akademische Grade und Titel, DVP 2010 S. 99 ff., fort. Anlass, sich mit diesem Thema zu beschäftigen, sind die aktuellen Ereignisse im Zusammenhang mit der Verleihung akademischer Grade/Titel/Bezeichnungen. Eine Wertung oder gar eine – alle Aspekte – umfassende Aufarbeitung/Darstellung akademischer Grade/Titel/Bezeichnungen ist jedoch nicht beabsichtigt.

2 V. Goethe, Faust, I Vers 354 ff.

3 Nicht dargestellt werden soll die Verleihung von akademischen Graden, Titeln und sonstigen Bezeichnungen von nicht-staatlichen Hochschulen (vgl. u.a. § 73 Abs. 2 HG NRW); ebenso wenig ist die Vergabe durch ausländische Hochschulen und die Berechtigung zur Führung derartiger Auszeichnungen Gegenstand dieser Abhandlung (vgl. u.a. § 69 Abs. 2 HG NRW und in jüngster Zeit u.a. *OVG NRW*, Beschluss vom 16. März 2005 Az. 19 B 374/05, NWVBl. 2005 S. 352 ff.). Der Verfasser lässt darüber hinaus das – immer wieder belebte und diskutierte – Verhältnis Universität – Fachhochschule und die Forderung nach einem Promotionsrecht der Fachhochschulen außen vor (vgl. u.a. § 67 Abs. 6 HG NRW und zuletzt zum Verhältnis Universität – Fachhochschule BVerfG, Beschluss vom 13. Apr. 2010 zum Az. 1 BvR 216/07, juris.de, wonach „es ... nicht mehr gestattet ist, die alte Differenzierung Fachhochschule – Universität fortzuschreiben.“); ebenso bleibt die aktuelle „Breitseite gegen den „Dr. med“ unkommentiert; dazu u.a. FAZ.NET vom 15. Juli 2011; <http://www.faz.net/artikel/30901/promotion-breitseite-gegen-den-dr-med-30288084.html>.

4 Wegen des Falls zu Guttenberg.

5 Vgl. zum Fall zu Guttenberg: u.a. *Mörtl*, Korrekter Umgang mit Plagiatsvorwürfen, PUBLICUS 2011 S. 5 ff., Bericht der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“ der Universität Bayreuth, 5. Mai 2011, [wikipedia/Plagiatsaffäre zu Guttenberg](http://wikipedia.org/wiki/Plagiatsaffäre_zu_Guttenberg).

6 Vgl. dazu u.a. WAZ-Artikel vom 17. Juni 2011 „Schlamm Schlacht um den Dokortitel“ (betreffend die Europa-Abgeordnete *S. Koch-Mehrin*) sowie die weiteren Nachweise und interessanten Übersichten zu anderen Personen der Öffentlichkeit bei VroniPlag Wiki in wikipedia.

7 Die Literatur/Rechtsprechung dazu ist mittlerweile unübersehbar. Daher hier nur einige Hinweise: *Wichardt*, Die Verleihung und Entziehung des Doktorgrades, Kiel, Dissertation 1976; v. *Münch*, Promovieren: Leiden, Freuden, Kaufen, JURA 2007 S. 495 ff.; bereits: *OVG Berlin*, Urteil vom 26. Apr. 1990 Az. 3 B 19/89, NVwZ 1991 S. 188 f. (Entziehung wegen Unwürdigkeit); *BVerwG*, Beschluss vom 25. Aug. 1992 Az. 6 B 31/91, NVwZ 1992 S. 1201 f. (Entziehung wegen Unwürdigkeit); aus jüngster Zeit: *VGH Mannheim*-Beschluss vom 13. Okt. 2008 Az. 9 S 494/08, NVwZ-RR 2009 S. 285 ff. (Entzug wegen Täuschung/Plagiat); *VG Darmstadt*, Urteil vom 14. Apr. 2011 Az. 3 K 899/10, [www.vg.darmstadt.justiz.hessen.de](http://www.vg.darmstadt.justiz.hessen.de) (Entzug wegen Täuschung/Plagiat).

Voraussetzungen für den Entzug/Verlust insbesondere des „Dokortitels“ im engeren Sinne aufgezeigt werden. Dabei wird durchaus Bezug genommen auf die aktuellen Ereignisse; um sodann unter IV. einen kleinen Ausblick vorzunehmen.

Dabei erlauben es die (leider) föderalistische Struktur Bund/Länder und die nicht mehr zu zählende Anzahl von Universitäten, Fachhochschulen und sonstigen Bildungseinrichtungen nicht, auf alle Einzelheiten einzugehen. Nimmt man – modellhaft – eine Universität mit einem Lehrangebot von 10 Fakultäten mit jeweils einem Diplom- und Bachelor-/Master-Abschluss sowie einem Promotionsstudiengang und der Möglichkeit zur Habilitation, so bedeutet dies – trotz gewisser rahmenrechtlicher Regelungen – nur für diese Universität im Ergebnis:

10 x 2 = 20 Studienordnungen + 10 x 2 = 20 Prüfungsordnungen + 10 Promotions- + 10 Habilitationsordnungen = 60 im Detail unterschiedliche Hochschulordnungen;  
die sonstigen Satzungen und Ordnungen dieser Hochschule nicht eingerechnet!

## II. Akademische Grade, Titel und sonstige Bezeichnungen

### 1. Hochschulen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (KöR)

Die staatlichen Hochschulen sind idR vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie haben das „Recht der Selbstverwaltung“ und „dienen der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und der Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Zudem bereiten sie auf berufliche Tätigkeiten vor“.<sup>8</sup> Die ihnen obliegenden Aufgaben nehmen sie dabei in öffentlich-rechtlicher Weise wahr.<sup>9</sup> Die an den Hochschulen hauptberuflich Tätigen, die Studierenden und die Doktoranden sind *Mitglieder* der Hochschulen, mit den in den jeweiligen Hochschulgesetzen und Hochschulordnungen/-satzungen festgelegten Rechten und Pflichten.<sup>10</sup>

Die Hochschulen haben das – vom Staat verliehene – Recht, **Hochschulgrade, -titel und sonstigen -bezeichnungen** zu vergeben. Dabei stellt § 18 Abs. 1 S. 1 HRG das sog. „Regelerfordernis“<sup>11</sup> auf, dass ein Hochschulgrad „aufgrund einer Hochschulprüfung“ vergeben wird; und zwar nach § 18 Abs. 1 S. 1 HRG im Regelfall „den Diplomgrad mit Angabe der Fachrichtung“. Die Einzelheiten wiederum ergeben sich aus den jeweiligen Prüfungsordnungen (PrüfungsOen) der Hochschulen.

Der Bundesgesetzgeber bestimmt darüber hinaus mit § 18 Abs. 2 S. 1 HRG rahmenrechtlich, dass das „jeweilige Landesrecht bestimmt, welche Hochschulgrade im Übrigen verliehen werden“ können.

### 2. Grundlegende Unterscheidung

Vorweg ist festzuhalten, dass – wie unter I. angedeutet – grundlegend zwischen den akademischen Graden/Titeln, die eine Berufsqualifikation nach sich ziehen, und solchen Graden/Titeln und sonstigen Bezeichnungen, die dies nicht beabsichtigen, zu unterscheiden ist. Demgegenüber differenziert der Bundesgesetzgeber zwischen

8 So u.a. Art. 2 Abs. 1 S. 1 und 2 BayHG.

9 Vgl. u.a. § 2 Abs. 2 S. 2 HG NRW.

10 Art. 17 ff. BayHG und §§ 9 ff. HG NRW; zum Begriff „Angehörige der Hochschulen“ siehe § 9 Abs. 4 HG NRW.

11 Reich, HRG, Kommentar, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 1.

„Titeln“, „Orden“ und „Ehrenzeichen“.<sup>12</sup> Wiederum unabhängig von diesen Definitionen stellt das Strafgesetzbuch pauschalierend das „unberechtigte Führen von in- oder ausländischen Amts- oder Dienstbezeichnungen, akademischen Graden, Titeln oder öffentlichen Würden“ (mit einer Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr bzw. Geldstrafe) unter Strafe.<sup>13</sup>

## 3. Berufsqualifizierende Grade/Titel

### a. Diplom

Die Hochschulen sind grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, für das mit einer Hochschulprüfung abgeschlossene berufsqualifizierende Studium einen akademischen Grad zu verleihen.<sup>14</sup> Wie in § 18 Abs. 1 HRG festgehalten, war/ist dies in aller Regel das „Diplom“ (z.B. Diplom-Chemiker, Diplom-Ingenieur, Diplom-Pädagoge). Das „Diplom“ war bis zur Einführung des Bachelor-/Masterabschlusses der häufigste verliehene akademische Grad in der Bundesrepublik Deutschland,<sup>15</sup> an den Fachhochschulen mit dem Zusatz „FH“.

### b. Magister

Im Gegensatz zum „Diplom“ bereitet ein Studium mit dem Abschluss „Magister“ nicht in erster Linie auf einen konkreten Beruf vor, sondern ist mehr auf eine breite – wissenschaftliche – Orientierung ausgerichtet; idR wählt der Studierende ein Hauptfach und zwei Nebenfächer mit dem Abschluss „Magister“ (z.B. Magister Artium).

### c. Staatsexamen

Einige Ausbildungen (z.B. Lehramt, Rechtswissenschaften) werden durch staatliche Prüfungen an sog. staatlichen Prüfungsämtern abgeschlossen. Zurückzuführen ist dies darauf, dass der Staat – als möglicher – Abnehmer von Absolventen derartiger Studiengänge (idR verbunden mit einem Referendariat bei der „öffentlichen Hand“) ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Ausbildung hat (z.B. 1. und 2. Staatsexamen Lehramt und Rechtswissenschaften) und aus diesem Grunde die Prüfungen vor sog. staatlichen Prüfungsämtern abzulegen sind.

### d. Bachelor/Master

Nach dem sog. **Bologna-Prozess**<sup>16</sup> ist nun – vereinfacht dargestellt – von Folgendem auszugehen:

„Aufgrund einer Hochschulprüfung, mit der ein erster berufsqualifizierender Abschluss erworben wird, verleiht die Hochschule ... einen Bachelorgrad ... mit Angabe der Fachrichtung ..., bei Absolventen ... von Fachhochschulstudiengängen mit dem Zusatz „FH“, bei Absolventen universitärer Studiengänge mit dem Zusatz „Univ.“. In anderen als Fachhochschulstudiengängen können die Hochschulen

12 So bereits das Bundesgesetz über „Titel, Orden und Ehrenzeichen“ (BGBl. I S. 844) und die jeweiligen Ausführungsverordnungen der Länder.

13 § 132a StGB; vgl. dazu Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., § 132a Rdnr. 1 ff.; die Strafbewehrung gilt auch für das Führen solcher Grade, Titel, etc., die diesen zum Verwechseln ähnlich sind.

14 Vgl. Art. 66 ff. BayHG und §§ 66 ff. HG NRW.

15 Vgl. u.a. Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 306 ff.–306.

16 Vgl. die übersichtliche Darstellung bei wikipedia „Bologna-Prozess“; Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl., XI Rdnr. 34 ff. „Der sog. Bologna-Prozess“; zur berechtigten Kritik an dieser Art des „Bulimielernens“: u.a. Nida-Rümelin, Der Bachelor-Bankrott, 1. Okt. 2008, SZ-online.de; SZ-online.de vom 20. Okt. 2010 „Sachsen kehrt zum Staatsexamen für Lehrer zurück“; zur Verfassungswidrigkeit der „Akkreditierung von Studiengängen nach nordrhein-westfälischem Hochschulrecht“ zutreffend: Grünewald NWVBl. 2011 S. 132 ff.

auch einen Mastergrad verleihen ... aufgrund einer Hochschulprüfung, mit der ein weiterer berufsqualifizierender Abschluss erworben wird.<sup>17</sup>

Mit dem „Bologna-Prozess“ ist das Ziel verbunden, im europäischen Raum vergleichbare Abschlüsse zu ermöglichen, um auf diese Weise eine europäische Dimension der Hochschulausbildung zu erreichen. Die Rechtsgrundlagen finden sich in § 19 HRG und in den jeweiligen Hochschulgesetzen wieder; detailliert sodann geregelt in den jeweiligen Hochschulsatzungen und PrüfungsOen.

#### e. Habilitation

Darüber hinaus kann „die Universität Gelegenheit zur Habilitation geben“.<sup>18</sup> Die Habilitation ist der „Nachweis einer besonders qualifizierten Befähigung zu selbständiger wissenschaftlicher Forschung und Lehre“.<sup>19</sup> Das Habilitationsverfahren aus Habilitationsschrift, Probevortrag, und Colloquium ist ein Qualifikationsverfahren „eigener Art“.<sup>20</sup> Die Habilitation ist nicht primär darauf gerichtet, einen akademischen Grad oder Titel zu vergeben. Verbunden mit der Habilitation ist vielmehr eine Selbstergänzung des Lehrkörpers. Mit dem erfolgreichen Abschluss der Habilitation wird dem Habilitanden die „*facultas docendi*“ = **Lehrbefähigung** für ein bestimmtes Fach ausgesprochen und zugleich die Lehrbefähigung für dieses Fach zuerkannt („*venia legendi*“); je nach Bundesland verbunden mit dem Recht, die Bezeichnung „Privatdozent“ bzw. den „Dr. habil.“ zu führen.<sup>21</sup> Zwar wurde in der Vergangenheit „durch die damalige Bundesbildungsministerin *Bulmann* der Versuch unternommen, die Habilitation (als Regelvoraussetzung) zu schleifen“,<sup>22</sup> dennoch stellt die Habilitation im staatlichen Hochschulbereich – neben der Juniorprofessur – für die Universitätslaufbahn weiterhin die klassische berufsqualifizierende Voraussetzung für die Laufbahn als Hochschullehrer dar.<sup>23</sup> Aus diesem Grunde wird die Habilitation hier unter II. bei den berufsqualifizierenden Graden/Titeln angesprochen.

#### f. Recht zur Führung

Über das Erreichen des berufsqualifizierenden Abschlusses wird dem Absolventen „nach dem Bestehen des Studiums durch eine Hochschulprüfung (1), staatliche (2) oder kirchliche Prüfung (3)“<sup>24</sup> eine Urkunde ausgehändigt. Zugleich ist er berechtigt, den verliehenen akademischen Grad/Titel „gemäß der Verleihungsurkunde“ zu führen.<sup>25</sup>

#### g. Verlust der akademischen Grade/Titel

Akademische Grade/Titel werden aufgrund von Hochschulprüfungen verliehen.<sup>26</sup> Der Verlust akademischer Grade/Titel richtet sich daher primär nach den Regelungen, die in diesen untergesetzlichen

Rechtsvorschriften enthalten sind.<sup>27</sup> Mit dem *VGH Mannheim*<sup>28</sup> wird man jedoch davon ausgehen können, dass „ein Rückgriff auf die allgemeinen Rücknahmenvorschriften nicht ausgeschlossen ist“.<sup>29</sup> Denn regelmäßig sind die den Entzug/Verlust regelnden Vorschriften in den jeweiligen Ordnungen auf dasselbe Ziel mit denselben tatbestandlichen Voraussetzungen gerichtet wie die allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG.<sup>30</sup> Gegenüber dem „Dokortitel“, der im Allgemeinen als „akademischer Ritterschlag“ bezeichnet wird, sind die akademischen Grade und Titel „Diplom“, „Magister“, „Staatsexamen“, „Bachelor“ und „Master“ – über die ohne Zweifel anzuerkennende Prüfungsleistung hinaus – nicht mit der Verleihung einer besonderen Würde verbunden. Es wird Prüfungswissen abgefragt, so dass der Verlust/Entzug berufsqualifizierender Grade/Titel wegen Unwürdigkeit regelmäßig ausscheiden dürfte.<sup>31</sup>

Der Verlust/die Entziehung wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der verleihenden Behörde im Form eines **Verwaltungsakts (VA)** ausgesprochen.

Selbstverständlich ist der ehemals Berechtigte verpflichtet, bei einem Entzug/Verlust die ausgehändigte Urkunde zurückzureichen. Dies folgt – vorbehaltlich sondergesetzlicher Regelungen in den jeweiligen Ordnungen – bereits aus z.B. § 52 S. 2 VwVfG, wonach derartige Urkunden im Falle der Aberkennung/des Verlustes zurückgegeben werden müssen.

Bei der Entscheidung über den Entzug/Verlust handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Dabei sind das öffentliche wissenschaftliche Interesse an der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände sowie das persönliche Interesse des bisher Berechtigten (u.a. Beibehaltung des Rechtszustandes, seine Ehre, sein Vertrauen auf den Bestand, sein Recht aus Art. 5 Abs. 3 GG, etc.) sachgerecht gegeneinander abzuwägen.

Vor allem wird zu beachten sein, dass es neben der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 der VwVfG sondergesetzliche Vorschriften erlassen sind, welche die rückwirkende Aufhebung von Prüfungsleistungen zeitlich beschränken.<sup>32</sup>

Bei der zu treffenden Ermessensentscheidung („kann“) wird die Behörde zusätzlich in aller Regel eine sofortige Vollziehung der Rückgabeverfügung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Ziff. 4 VwGO aussprechen und diese Verfügung gemäß der Vorgabe des § 80 Abs. 3 VwGO ausreichend begründen, um dem öffentlichen Interesse an der Beseitigung des Rechtsscheins der Urkunde unmittelbare Geltung zu verschaffen.<sup>33</sup>

Zu den Voraussetzungen für den Verlust/Entzug beim „Dokortitel“ wird auf die unter III. 2. folgenden Ausführungen verwiesen.

17 U.a. Art. 66 Abs. 1 S. 1 und 2 BayHG.

18 Vgl. § 68 Abs. 1 S. 1 HG NRW.

19 Reich, HRG, Kommentar, 9. Aufl., § 44 Rdnr. 5 ff.

20 Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl., V Rdnr. 41 ff. – 78.

21 Vgl. u.a. 65 Abs. 1 S. 2 BayHG.

22 Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl., V Rdnr. 47 mwN.

23 Vgl. zu den weiteren Einstellungs Voraussetzungen als Hochschullehrer: u.a. § 36 HG NRW.

24 Vgl. § 63 Abs. 1 S. 1 HG NRW.

25 Vgl. dazu u.a. Art. 67 S.1 BayHG.

26 Vgl. zum Prüfungsrecht allgemein: Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl.

27 Vgl. Art. 2 Abs. 3 Ziff. 2 BayHG, wonach das Verwaltungsverfahrensgesetz – und damit § 48 (Aufhebung rechtswidriger VAe) – nur soweit gilt, als nicht die Besonderheiten des Prüfungsverfahrens entgegenstehen; „*lex specialis derogat legis generalis*“.

28 Beschluss vom 13. Okt. 2010 Az. 9 S 494/08, NVwZ-RR 2009 S. 285 ff.

29 So auch Art. 69 S. 1 BayHG: „Der von einer Hochschule verliehene akademische Grad kann unbeschadet des Art. 48 BayVwVfG entzogen werden, wenn sich der Inhaber ... durch ein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat.“

30 Vgl. dazu auch *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Kommentar, 6. Aufl., § 48 Rdnr. 1 ff.

31 Vgl. jedoch Art. 69 S. 1 BayHG; *VG Düsseldorf* zur Rücknahme einer Lehrbefugnis wegen wissenschaftlicher Unwürdigkeit, KMK-HSchr/NF 21 C.3 Nr. 8.

32 Vgl. u.a. § 22 Abs. 2 JAG NRW: „Auch nach Aushändigung des Zeugnisses über das Bestehen ... kann diese für nicht bestanden erklärt werden, jedoch nur innerhalb von fünf Jahren seit dem Tag der (die Prüfung abschließenden) mündlichen Prüfung.“

33 Vgl. u.a. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 11. Aufl., § 52 Rdnr. 2 ff., 7. und 10ff..

#### 4. Nicht-berufsqualifizierende Grade/Titel und sonstige Bezeichnungen

##### a. Promotion

Der Doktor bildete im Mittelalter „den höchsten Grad in der Stufenfolge vom Lernenden zum Lehrenden.“<sup>34/35</sup> „Durch die Promotion wird an der Universität eine über das allgemeine Studienziel hinausgehende **Befähigung zu selbständiger, wissenschaftlicher Arbeit** nachgewiesen;“<sup>36</sup> und zwar aufgrund einer „wissenschaftlich beachtlichen schriftlichen Arbeit (Dissertation)“ und idR einer „mündlichen Prüfung“.<sup>37</sup> Das nähere regeln die jeweiligen Promotionsordnungen (PromotionsOen) der Hochschulen;<sup>38</sup> nebst Anlagen, in denen versichert wird, dass „die Dissertation selbständig angefertigt und alle Hilfsmittel angegeben ...“ worden sind.<sup>39</sup>

Die Promotionskompetenz liegt innerhalb der Hochschule beim Fachbereich.<sup>40</sup> Mit dem *BVerwG*,<sup>41</sup> mit *Hartmer/Detmer*,<sup>42</sup> *Reich*<sup>43</sup> und *Thieme*<sup>44</sup> gehen die Verfasser davon aus, dass – auch nach dem Außerkrafttreten des Gesetzes zur Führung von akademischer Grade<sup>45</sup> – in der Verleihung des „Dokortitels“ eine besondere akademische Würde zu sehen ist.<sup>46</sup>

##### b. Ehrenpromotion

Die Hochschulen haben darüber hinaus die Möglichkeit, den „**Doctor honoris causa**“/„**Doktor ehrenhalber**“ zu verleihen.<sup>47</sup> Grundlage ist idR ein besonderes Verdienst des Geehrten um Wissenschaft, Technik, Kultur oder Kunst. Das Nähere wird auch hier in den jeweiligen PromotionsOen geregelt.

##### c. Honorarprofessur

Zu den „Ehrungen im weitesten Sinne“ gehört auch die sog. Honorarprofessur.<sup>48</sup> Hier wird dem zu Ehrenden die Berechtigung verliehen, sich (idR ohne den Zusatz „Honorar“) mit dem Titel „Professor“ zu schmücken. Dies setzt regelmäßig (langjährige) **Verdienste um die Wissenschaft** an der verleihenden Hochschule voraus. Aus diesem

34 Siehe dazu umfassend: *Leuze/Epping*, HG NRW, Kommentar, § 67 Rdnr. 9 ff.; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 310 ff.–311.; „Der Doktorgrad ist „der“ eigentliche akademische Grad“.

35 Eindrucksvoll und lesenswert zur Geschichte der Promotion: v. *Münch*, Promovieren: Leiden, Freuden, Kaufen, JURA 2007 S. 495 ff.–495; „Promotionen waren früher ein wichtige Einnahmequelle der Universitäten. ... Genau geregelt war auch der sog. Doktorschmaus. ... Nach den Kölner Statuten mussten die Pedelle der Universitäten auf Kosten der Doktoranden neu eingekleidet werden. ...“.

36 Vgl. z.B. § 67 Abs. 1 S. 1 HG NRW.

37 Siehe dazu auch *Leuze/Epping*, HG NRW, Kommentar, § 67 Rdnr. 23 und 41 f.; vgl. auch Promotionsordnung der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth vom 27. Nov. 1979 idF vom 30. März 2000, www.uni-bayreuth.de/promot\_habil/fak3.

38 Vgl. u.a. Promotionsordnung der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum vom 7. Jan. 2008, Amtl. Bekanntmachungen der Ruhr-Universität Bochum Nr. 714.

39 Dies ist im Übrigen bei den sonstigen Graden/Titeln ebenfalls zu versichern.

40 Vgl. u.a. § 67 Abs. 1 S. 1 HG NRW; *Lindner*, Zum Rechtsstatus der Fakultät, WissR 2007 S. 254 ff.

41 *BVerwG* NVwZ 1992 S. 1201 f.

42 *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl., V Rdnr. 33.

43 *Reich*, HRG, Kommentar, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 8.

44 *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 311/2 und 322.

45 AkadGFG vom 7. Juni 1939 (RGBl I S. 985), das als Landesrecht fortgalt.

46 A.A. u.a. *Linke*, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, WissR 1999 S. 146 ff.; auf diesen Gesichtspunkt wird später noch einmal unter III.2.b. einzugehen sein.

47 § 67 Abs. 3 S. 6 HG NRW; *Leuze/Epping*, HG NRW, Kommentar, § 67 Rdnr. 91.

48 *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 333.

Grunde geht *Karpen* davon aus, dass es weniger eine Ehre als vielmehr ein Titel für eine Tätigkeit ist.<sup>49</sup>

##### d. Außerplanmäßiger Professor

Die sog. apl.-Professur ist ein Titel, der eine **Habilitation** voraussetzt und von einer Universität an solche Privatdozenten (siehe die Ausführungen II. 3. e.) vergeben wird, die sich nach dem Erhalt ihrer Privatdozentur in Forschung und Lehre um die Hochschule – in langjähriger Lehre – verdient gemacht haben.<sup>50</sup> Wie bei der Honorarprofessur ist auch der apl.-Professor berechtigt, den Titel ohne Zusatz zu führen, solange der Betreffende noch nicht zum (ordentlichen) Professor ernannt ist.

##### d. Sonstige Auszeichnungen (Ehrensator, etc.)

Neben den dargestellten Graden/Titeln haben die Hochschulen zu Recht „schon vor langer Zeit eine weitere Ebene der Ehrungen eingeführt“; und zwar die des Ehrensators, des Ehrenmitglieds sowie der Medaillen und der Preisverleihungen, etc..<sup>51</sup> Der Verleihung derartiger Würden an Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens und/oder der Wissenschaft liegen ebenfalls **wissenschaftliche Verdienste** (z.B. Mäzenatentum) bzw. wissenschaftlich herausragende Leistungen zugrunde. Auch mit diesen Auszeichnungen ist idR eine besondere Würdigkeit verbunden.

##### e. Führung

Wie bereits unter II. 3. f. festgestellt, sind die zuvor erwähnten Grade/Titel/Bezeichnungen/Auszeichnungen in der Form zu führen, in der sie verliehen worden sind.<sup>52</sup>

Der „Dokortitel“ gehört – obwohl er nach § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 PaßG und § 5 Abs. 2 Ziff. 3 PAuswG dem Namen hinzugefügt wird – nicht zum Bestandteil des Namens.<sup>53</sup> Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass es der Üblichkeit entspricht, ihn als Bestandteil des Namens anzusehen. Colorandi causa wird darauf aufmerksam gemacht, dass der öffentlich-rechtlich Beschäftigte u.a. nach § 78 Abs. 2 S. 1 LBG NRW einen Anspruch darauf hat, seine Amtsbezeichnung im Dienst – und auch außerhalb – zu führen; die Professoren nach Eintritt in den Ruhestand gar ohne den Zusatz „a.D.“<sup>54</sup>

Da die – nicht berufsqualifizierenden – Grade/Titel/Bezeichnungen in aller Regel eine Würde zur Verleihung an derartige Personen voraussetzen (z.B. Ehrensator), kann die Berechtigung zur Führung dazu in begründeten Fällen von der Hochschule durch VA zurückgenommen oder widerrufen werden; entweder nach den speziellen in den jeweiligen Ordnungen enthaltenen, mindestens jedoch nach den allgemeinen Vorschriften der VwVfGe; unter der Voraussetzung, dass die Verleihung in Form eines VAs erfolgte.<sup>55</sup>

49 *Karpen*, Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., S. 795 ff.

50 *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl., V Rdnr. 87 ff.

51 *Karpen*, Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl., Band 1 S. 809 ff.; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 332 ff.

52 Vgl. dazu u.a. Art. 67 S. 2 BayFG.

53 *Zimmerling*, Zum Anspruch auf Anrede mit dem Doktorgrad, www.zimmerling.de/veroeffentlichungen.

54 Beim Professoren-Titel, der mit der beamtenrechtlichen Verleihung des Amtes als Hochschullehrer verbunden ist, handelt es sich einerseits um einen sog. Amtstitel; andererseits ist damit zugleich der korporationsrechtliche Status als Hochschullehrer verbunden (Professoren-Titel als akademische Würde); vgl. dazu u.a. *Karpen*, Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl., Band 1, S. 805/6; *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., S. 525 ff.; vgl. auch *Beckmann*, Zur Rechtsstellung des Hochschullehrers an der FHöV NRW und zur Führung der Amtsbezeichnung „Professor“; n.v..

55 Vgl. die Ausführungen unter II. 3. g..

### III. Entzug/Verlust

Der Entzug, die freiwillige Rückgabe und der unfreiwillige Verlust akademischer Grade/Titel sind keine Erscheinung der Jahre 2010/11.<sup>56</sup>

Auch soll angemerkt werden, dass eine freiwillige Veränderung im Berufsfeld, Auswirkungen auf das Führen akademischer Grade/Titel haben kann. So verliert derjenige, der z.B. aus dem Status des Hochschullehrers ausscheidet, den damit verbundenen Amtstitel. Ob er dennoch berechtigt ist, den Professoren-Titel als akademische Würde weiterhin zu führen, bedarf einer Überprüfung im Einzelfall. Unstrittig ist z.B., dass der Professor – „Emeritus“, wie er früher genannt wurde, in dem Moment, in dem er in Pension geht, zwar die damit verbundene Rechtsstellung verliert, aber den Professoren-Titel als akademische Würde mitnimmt. Darüber hinaus verliert z.B. der Privatdozent seinen Titel dadurch, dass er in die Rechtsstellung des „Professors“ eintritt.

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen soll daher nur der unfreiwillige Verlust/Entzug sein.

#### 1. Entzug berufsqualifizierender Grade/Titel

##### a. Ermächtigungsgrundlage: PrüfungsO / §§ 48, 52 VwVfG

Berufsqualifizierende Grade/Titel werden – ausnahmslos – aufgrund von Hochschulprüfungen verliehen. Wie bereits unter II. 3. g. erwähnt, richtet sich dabei das Verfahren der Qualifikation und damit auch das Verfahren eines Verlustes/Entzugs in erster Linie nach den spezialgesetzlichen Vorschriften der jeweiligen PrüfungsOen. Diese enthalten detaillierte Vorschriften über das Bestehen, Nichtbestehen und die nachträgliche Aberkennung von Prüfungen; vor allem wegen einer Täuschung im Prüfungsverfahren.<sup>57</sup>

Da es sich bei der Prüfungsentscheidung um einen VA handelt, wird auch das nachträgliche Nichtbestehen ebenfalls in Form eines VA's ausgesprochen (sog. *actus contrarius*). Die Diplomurkunde/Masterurkunde/etc. ist dabei – wie bereits ausgeführt – über die in den jeweiligen PrüfungsOen ebenfalls vorhandenen speziellen Vorschriften zurückzugeben.<sup>58</sup>

Sollten detaillierte Ermächtigungsgrundlagen zur Aufhebung der rechtswidrigen Prüfungsentscheidung und zur Rückforderung der ausgehändigten Urkunde – wider Erwarten – in der jeweiligen PrüfungsO nicht oder nur rudimentär vorhanden sein, so ist ein Rückgriff auf die §§ 48 und 52 VwVfG möglich und angezeigt.

Wiederholend ist festzuhalten, dass es sich um sog. Ermessensentscheidungen handelt,<sup>59</sup> bei denen der tatsächliche Sachverhalt, der Veranlassung zur Aufhebung gibt, und das Ermessen zum Ausdruck gebracht werden müssen.<sup>60</sup>

56 Vgl. u.a. Verlust durch freiwillige Rückgabe der Dissertation eines schleswig-holsteinischen Landtagsabgeordneten im Jahre 1988 nach dem Vorwurf des wissenschaftlichen Fehlverhaltens; bereits: *VGH Mannheim*, Urteil vom 18. Nov. 1980, ESUGH 31 S. 54 ff. (unzitiertes Abschreiben); *OVG NRW*, Urteil vom 29. Juni 1983 Az. 15 A 1696/82 (sog. Bielefelder Kartei); wenn auch aus anderen Gründen, aber dennoch in Erinnerung zu rufen: Entzug der *missio canonica* gegenüber H. Küng wegen seiner Kritik am sog. Dogma der Unfehlbarkeit im Jahre 1979.

57 Vgl. z.B. § 22 JAG NRW.

58 Vgl. dazu II.3.g..

59 Vgl. § 40 VwVfG.

60 Vgl. § 39 Abs. 1 VwVfG.

Dabei wird die gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Ziff. 4 VwGO iVm § 80 Abs. 3 VwGO für sofort vollziehbar erklärt und ausreichend begründete Rückgabeverfügung – in analoger Rechtsanwendung des § 52 VwVfG – im öffentlichen Interesse geboten sein.

##### b. Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verlusts/Entzugs

Der genaue Zeitpunkt des Inkrafttretens der aufhebenden Entscheidung ist festzulegen; also ob der Verlust/Entzug mit Wirkung *ex tunc* oder mit Wirkung *ex nunc* erfolgen soll.

Nach der zutreffenden Ansicht des *BVerwG*<sup>61</sup> kommt idR eine **Rücknahme ex tunc** immer dann in Betracht, wenn der Fehler im Verantwortungsbereich des Betroffenen liegt (vgl. für den Fall „zu *Guttenberg*“ Bericht der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“ der Universität Bayreuth, vom 5. Mai 2011 S. 26 ff., wonach „die Gutachter keine Mitverantwortung für das wissenschaftliche Fehlverhalten ... trifft. Es ist festzuhalten, dass auch die Gutachter getäuscht wurden. ... Ein Vorwurf der Mitverantwortung für das Fehlverhalten ist auch gegenüber dem damaligen Dekan nicht zu erheben.“).

In derartigen Fällen kann eine Berücksichtigung etwaiger schützenswerter Interessen wie Beruf, Ansehen, etc. nicht in Betracht kommen, wie sich bereits aus der – in derartigen Fällen nicht anzuwendenden, aber inhaltsreichen – Vorschrift des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG<sup>62</sup> ergibt, obwohl es reizt, diese Vorschrift dennoch anzuwenden. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass eine Abwägung der persönlichen Interessen des Betroffenen am Erhalt des Grades/Titels mit dem öffentlichen Interesse am Entzug regelmäßig zu Lasten des Betroffenen ausgeht.

##### c. § 48 Abs. 4 VwVfG

Gem. § 48 Abs. 4 VwVfG ist die Rücknahme eines VA's jedoch nur **innerhalb eines Jahres** seit dem Zeitpunkt möglich, an dem die Behörde von den Tatsachen Kenntnis erhält, die die Rücknahme rechtfertigen. Dabei ist auf die Behörde abzustellen, die für die Rücknahme zuständig ist; zudem muss die für die aufhebende Entscheidung zuständige Behörde in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in der Lage sein, eine aufhebende Entscheidung zu treffen (sog. Entscheidungsfrist). Sollten also der (Prüfungs-)Behörde Unregelmäßigkeiten bekannt werden, so tut sie gut daran, den Sachverhalt umfassend aufzuklären (1) und den Betroffenen nach § 28 Abs. 1 VwVfG vor einer negativen Entscheidung „zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen“<sup>63</sup> anzuhören (2) – ggf. unter Gewährung von Akteneinsicht nach § 29 VwVfG –, um sodann innerhalb eines Jahres eine aufhebende Entscheidung zu treffen. Die in Literatur und Rechtsprechung streitige Rechtsfrage, ob § 48 Abs. 4 VwVfG überhaupt wegen vorrangiger Regelungen in den spezialgesetzlichen Vorschriften (u.a. PrüfungsOen) anwendbar ist,<sup>64</sup> kann dann dahinstehen.<sup>65</sup>

61 Vgl. Nachweise bei *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Kommentar, 6. Aufl., § 48, Rdnr. 113 ff.

62 Vgl. den Wortlaut von § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG.

63 So der Wortlaut der häufig missverstandenen Vorschrift des § 28 Abs. 1 VwVfG, deren Anwendung selbstverständlich nicht über § 2 Abs. 3 Ziff. 2 VwVfG ausgeschlossen ist, weil es sich beim Entzug nicht um eine Prüfungsleistung im engeren Sinne, sondern um die Aufhebung einer Prüfungsentscheidung handelt.

64 Mit dieser Frage hatte sich schon das *BVerwG* im Jahre 1992 beschäftigt: *BVerwG*, Beschluss vom 25. Aug. 1992 Az 6 B 31/91, KMK-HSchr/NF Nr. 21 A Nr. 4..

65 So scheint sich die Europa-Abgeordnete *S. Koch-Mehrin* auf diesen Standpunkt stellen zu wollen, wenn sie dahingehend zitiert wird, die Mängel ihrer Arbeit seien der Hochschule von Anfang an bekannt gewesen.

## 2. Verlust/Entzug nicht berufsqualifizierender Grade/Titel/Bezeichnungen – hier des Dokortitels –

Vorab soll kurz auf die aktuelle Diskussion eingegangen werden mit einer Übersicht aus VroniPlag Wiki:<sup>66</sup>

<http://de.vroniplag.wikia.com/wiki/Home>

rechtswidrigen VAs. Die Verleihung des Dokortitels kann immer nur dann erfolgen, wenn der Geehrte die unter II. 4. a. dargelegten objektiven (1) und subjektiven (2) Voraussetzungen für die Verleihung erfüllt. Erfüllte er die Voraussetzungen nicht, so lag eine materiell rechtswidrige Verleihung vor, die unter den aufgezeigten Grundsätzen zurückgenommen werden kann; einschließlich der Rückforderung der Urkunde.

| Autor der Dissertation | Parteizugehörigkeit, öffentliches Amt/Mandat | Anteil der Seiten mit Plagiatsvorwürfen | Stand und Quellen | Konsequenzen                         |
|------------------------|--|---|-------------------|--------------------------------------|
| Uwe Brinkmann          | SPD  | 25,98 %                                 | 15. Juni 2011     | Aberkennung des Doktorgrades         |
| Jorgo Chatzimarkakis   | FDP-MdEP                                     | 71,58 %                                 | 15. Juni 2011     | Aberkennung des Doktorgrades         |
| Bijan Djir-Sarai       | FDP-MdB                                      | 67,22 %                                 | 24. August 2011   | Untersuchung seitens der Universität |
| Jürgen Goldschmidt     | FDP (Bürgermeister von Forst (Lausitz))      | 15,42 %                                 | 17. August 2011   | Untersuchung seitens der Universität |
| Siegfried Haller       | Leiter Jugendamt Leipzig                     | 21,01 %                                 | 29. Juli 2011     | Untersuchung seitens der Universität |
| Arne Heller            | –  | 30,56 %                                 | 31. August 2011   | –                                    |
| Silvana Koch-Mehrin    | FDP-MdEP                                     | 34,33 %                                 | 17. Juni 2011     | Aberkennung des Doktorgrades         |
| Margarita Mathiopoulou | FDP  | 46,88 %                                 | 29. Juli 2011     | Untersuchung seitens der Universität |
| Matthias Pröfrock      | CDU-MdL BW                                   | 53,15 %                                 | 26. Juni 2011     | Aberkennung des Doktorgrades         |
| Veronica Saß           | –  | 53,98 %                                 | 25. Mai 2011      | Aberkennung des Doktorgrades         |
| Cornelia Scott         | Präsidentin des bdvb                         | 20,44 %                                 | 25. August 2011   | Untersuchung seitens der Universität |

### a. Ermächtigungsgrundlage

Hier kann auf die vorherigen Ausführungen Bezug genommen. Ermächtigungsgrundlage sind entweder die speziellen Regelungen in den jeweiligen PromotionsOen oder aber § 48 Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 3 der jeweiligen VwVfGe.<sup>67</sup> Für die Verpflichtung zur Rückgabe der Urkunde gelten auch hier die speziellen Regelungen in den jeweiligen Ordnungen bzw. § 52 VwVfG.<sup>68</sup>

Dabei ist erneut in Erinnerung zu rufen, dass es beim Dokortitel nicht nur um eine Qualifizierung, sondern darüber hinaus auch um die Verleihung einer besonderen Würde geht.<sup>69</sup> Tatbestandsvoraussetzung für den Verlust/Entzug ist somit immer das Vorliegen eines

Wird also – wie im Falle „zu Guttenberg“ – festgestellt, dass „Herr Fhr. zu Guttenberg die Standards guter wissenschaftlicher Praxis evident grob verletzt und hierbei vorsätzlich getäuscht hat“ und das wissenschaftliche Fehlverhalten darin liegt, „dass seine Doktorarbeit in großen Teilen aus sog. Falschangaben ... besteht“,<sup>70</sup> so waren die Voraussetzungen für die Verleihung eines „Doktors der Rechte“ offensichtlich nicht erfüllt und sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme des Verleihungs-VA offensichtlich gegeben.<sup>71</sup> Anders gewendet: Derartige Dissertationen stellen keine iSd Art. 64 Abs. 1 S. 1 BayHG bzw. § 67 Abs. 1 S. 1 HG NRW „selbständige“ (1) wissenschaftliche (2) Arbeit“ dar. Die Rechtsfolge ist die, dass der in der Verleihung liegende positive VA mit Wirkung ex tunc aufgehoben und die Urkunde mit Wirkung ex nunc zurückgefordert werden kann.

Wie bereits unter II. 3. g. ausgeführt, ist das Ermessen sachgerecht auszuüben. Die Verleihung des „Dokortitels“ stellt allerdings auch eine Prüfungsentscheidung dar, so dass die aufgezeigten prüfungs-

<sup>66</sup> VroniPlag\_Wiki

<sup>67</sup> Linke, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, WissR 1999 S. 146 ff., kommt auf S. 148 – ohne überzeugende Begründung – zu dem Ergebnis, dass „die Entziehungsvorschriften der Promotionsordnungen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage entbehren und daher nichtig sind“, lässt jedoch ebenfalls subsidiär einen Rückgriff auf § 48 VwVfG zu.

<sup>68</sup> Vgl. oben II.3.g..

<sup>69</sup> So u.a. § 21 Abs. Promotionsordnung der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum vom 7. Jan. 2008, Amtliche Bekanntmachungen Nr. 714; ebenso § 16 Abs. 5 der Promotionsordnung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth vom 27. Nov. 1979/30. März 2000; allerdings unter Bezugnahme auf das AkadGFG; vgl. jedoch Art. 69 BayHG: wonach ein Verlust/Entzug auch eintreten kann bei einem „späteren unwürdigen Verhalten.“; vgl. ergänzend die Ausführungen unter II.4.a. sowie Leuze/Epping, HG NRW, Kommentar, § 67 Rdnr. 123 ff. mwN.

<sup>70</sup> Vgl. die Übersicht und den Bericht der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft der Universität Bayreuth“, 5. Mai 2011, S. 13 ff. und Anlage 3 dieses Berichts.

<sup>71</sup> Vgl. u.a. Löwer, Normen zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, WissR 2000 S. 219 ff.; Hartmann/Fuchs, Standards guter wissenschaftlicher Praxis und wissenschaftliches Fehlverhalten vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit, WissR 2003 S. 204 ff..

rechtlichen Vorschriften nicht gänzlich außer Acht gelassen werden dürfen. *Linke*<sup>72</sup> spricht sich für eine analoge Anwendung der prüfungsrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Fachgebietes (z.B. Rechtswissenschaften) aus. In der Tat ist zu bedenken, dass auch ein öffentliches Interesse am Verlust/Entzug zurücktreten kann mit Blick auf die Situation des konkreten Einzelfalls. Dies kann dann in Betracht kommen, wenn die für das jeweilige Fachgebiet geltenden Rücknahmefristen erheblich überschritten sind. Es kann kein öffentliches Interesse daran bestehen, die Berechtigung zur Führung eines „Dokortitels“ wegen Täuschung abzuerkennen, wenn der Berechtigte z.B. diesen akademischen Grad sein ganzes (Berufs-)Leben geführt hat.

#### b. Erledigung der Angelegenheit durch Verzicht?

VAe – und damit auch die Verleihung von Graden/Titeln – entfalten innere und äußere Wirksamkeit. Darüber hinaus ist mit ihnen ggf. eine feststellende Wirkung verbunden.

Hier nun stellt sich die Frage, ob mit einem Verzicht des Betroffenen – selbstverständlich verbunden mit einer freiwilligen Rückgabe der Urkunde – eine Erledigung der Rechtswirkungen der Verleihung des Dokortitels nach § 43 Abs. 3 VwVfG eintritt, die eine danach erfolgende – die Verleihung aufhebende oder den Verlust feststellende – Entscheidung rechtlich unzulässig macht. Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition durch den Verzicht des Rechtsinhabers entfallen kann.<sup>73</sup>

Eine ausdrückliche Regelung für den Verzicht kennt das öffentliche Recht nicht<sup>74</sup>; jedoch ist der freiwillige (1) und zugleich unbedingte (2) Verzicht auf eine öffentlich-rechtliche Befugnis als verwaltungsrechtliches Institut allgemein anerkannt.<sup>75</sup> Dies setzt jedoch eine Befugnis des Rechtsinhabers – also des Inhabers des Dokortitels – zum Verzicht voraus.

Daran könnten erhebliche Zweifel bestehen. IdR werden mit dertartigen – nicht berufsbezogenen – Graden/Titeln nicht nur Prüfungsleistungen abgefragt. Vielmehr ist damit auch eine akademische Ehre/Auszeichnung verbunden.<sup>76</sup> *Hartmer/Detmer*<sup>77</sup> weisen zu Recht darauf hin, dass „niemand promoviert, sondern man wird (passivisch) promoviert.“ Abwegig erscheint die Ansicht von *Maurer*<sup>78</sup>, „von einem promovierten Akademiker kann man wohl erwarten, dass er weiß, was er tut, und tut, was er für richtig hält.“ Dies ist nicht die Frage. Die Frage ist vielmehr die, ob die verleihende Stelle weiterhin eine VA-Befugnis zum Entzug hat, mindestens aber zum rückwirkend feststellenden Entzug, und zwar trotz Rückgabe.

Die Verleihung des Doktorgrades stellt einen sog. Dauer-VA dar. Die verleihende Stelle hat mit der Vergabe des Grades nach außen für die Vergangenheit und auch für die Zukunft dokumentiert, dass der Grad-/Titelinhaber im Rechtsverkehr nach außen berechtigt war/ist,

dieser akademischen Ehre würdig zu sein. Die verleihende Stelle hat daher ein berechtigtes Interesse daran, nach außen diese feststellende Wirkung idR – wie ausgeführt – rückwirkend zu beseitigen. Die rechtliche Situation ist also z.B. eine andere als z.B. im öffentlichen Baurecht, wo anerkannt ist, dass der Inhaber einer Baugenehmigung diese Erlaubnis zurückgeben kann.<sup>79</sup>

Wenn auch die Rückgabe der Urkunde ausschließlich für die Zukunft wirkt, so kann und wird die verleihende Stelle weiterhin ein Interesse daran haben, einen möglichen Rechtsschein „auch für die Vergangenheit“ zu beseitigen. Dies gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass eine festgestellte Täuschungshandlung zur Verleihung des Doktorgrades geführt hat.

Die Verfasser kommen somit zu dem Ergebnis, dass staatliche Hochschulen ein rechtliches und tatsächliches Interesse daran haben, die Verleihung rückgängig zu machen; und zwar rückwirkend. Dies gilt auch dann, wenn der Inhaber der Urkunde diese bereits zurückgegeben und auf die Führung der Auszeichnung für die Zukunft verzichtet hat. Mindestens ist die verleihende Stelle befugt und gut beraten, einen sog. feststellenden VA dahingehend zu erlassen, dass die Verleihung rechtswidrig war und der Inhaber in der Vergangenheit (natürlich auch in der Zukunft) nicht berechtigt war/ist, den Grad/ Titel zu führen.

#### IV. Ausblick

Die Verleihung akademischer Grade/Titel durch staatliche Hochschulen bedarf sicherlich einer kritischen Bestandsaufnahme und Verbesserung. Dazu hat z.B. die Universität Bayreuth mit ihren „Empfehlungen“<sup>80</sup> (umfassende Einführung von Plagiatsoftware, Bestimmung der Gutachter durch die gesamte Promotionskommission, strikte Anwendung des Notenerfordernisses ohne Einräumung von Ausnahmen, etc.) überzeugende Vorschläge unterbreitet. Auch sollten die jeweiligen Hochschulordnungen dahingehend überprüft/novelliert werden, ob sie nun als spezialgesetzliche Normen abschließende Regelungen treffen wollen einschließlich evtl. Fristen für den Verlust/Entzug von akademischen Graden, Titeln und sonstigen Bezeichnungen.

Verfehlt wäre es jedoch, in den aktuellen Fällen aus der jüngsten Vergangenheit ein pauschales Versagen der staatlichen Hochschulen bzw. ihrer Organe und Gremien zu sehen. Vielmehr gilt es, in Ruhe und vor allem ohne mediale Beeinflussung die einzelnen Sachverhalte zu erarbeiten und die so festgestellten Missstände rechtsstaatlich zu lösen.

Dem „Deutschen Sprichwort“ gemäß sollte, wenn schon kein „Meister“, dann aber bestimmt auch kein „Doktor“ vom Himmel fallen.<sup>81</sup>

72 *Linke*, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, *WissR* 1999 S. 146 ff. – 171 f.

73 Vgl. dazu u.a. *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, Kommentar, 11. Aufl., § 43 Rdnr. 41; § 48 Rdnr. 19.

74 Vgl. dazu u.a. *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, Kommentar, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 17ff. mwN.

75 Bejahend zur Möglichkeit des Verzichts auf den Doktorgrad u.a.: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl., Band 1, S. 775; *Kobusch*, Pflichtexemplare einer Dissertation im Lichte des Urhebergesetzes, IV. Exkurs: Der Verzicht auf den Doktorgrad, *WissR* 2001 S. 268 ff.; vgl. allgemein zur Entziehung: *Linke*, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, *WissR* 1999 S. 146 ff.

76 Vgl. dazu die obigen Ausführungen unter II. 4. a.

77 *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 2. Aufl., V Rdnr. 33.

78 *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl., Band 1, S. 775 ff.–777.

79 Aber auch für dieses Rechtsgebiet ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Baubehörde ein feststellendes Interesse daran haben kann, im Wege einer feststellenden Aufhebung nach außen zu dokumentieren, dass der Bauherr nun nicht (mehr) berechtigt ist, sich auf die Baugenehmigung zu berufen (so zuletzt *VG Saarlouis*, Urteil vom 3. Juni 2009 Az. 5 K 1767/08, *Maurer*, *BauR* 2009 S. 1628 f.).

80 Vgl. Bericht der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“, 5. Mai 2011, S. 33 ff.

81 Siehe auch: *Simrock*, Deutsche Sprichwörter, Nr. 1647.



Reiner Stein\*

## „Der mobile Zeitungshändler“\*\*

### Fallbearbeitung aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht

#### Einführende Bemerkungen

*Im Mittelpunkt der nachfolgenden Fallbearbeitung steht die Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit einer Anfechtungsklage gegen eine straßen- und wegrechtliche Verbotsverfügung wegen fehlender Sondernutzungserlaubnis. Neben der Abgrenzung vom Straßenverkehrs- zum Straßen- und Wegerecht ist bei der Prüfung einer Sondernutzung eine Auseinandersetzung mit dem kommunikativen Verkehrsbegriff und einem möglicherweise gesteigerten Gemeingebrauch erforderlich. Bei der Bearbeitung der Zusatzaufgaben ist u. a. auf die gewerberechtliche Beurteilung des Straßenverkaufs von Zeitungen einzugehen.*

#### Sachverhalt:

Nach gescheitertem Jurastudium entschließt sich Otto Ohnesorg (O) zu einer neuen Karriere als Zeitungsverkäufer. Nach vorausgegangenen Verhandlungen mit dem Zeitungsverlag Meyer und Meyer beabsichtigt er, werktags auf den Parkplätzen der großen Super- und Baumärkte seiner Heimatstadt Güstrow das in großer Auflage erscheinende Tagesblatt „ACTION NEWS“ zu verkaufen.

Bevor es allerdings dazu kommt, wird O beim morgendlichen Studium der Güstrower Volkszeitung auf die „katastrophalen Verkehrszustände“ auf dem City-Ring aufmerksam. Dort befindet sich für die Dauer von weiteren drei Monaten auf einem ca. 700 m langen Straßenabschnitt eine Richtung Güstrower Innenstadt ziehende Wanderbaustelle, die ein Befahren nur im Schneckentempo erlaubt. Überdies müssen die Autofahrer an den Ampeln der Baustelle ca. sechs Minuten warten. Nach Begutachtung des Geschehens beschließt O, an die an der Ampelanlage haltenden PKW heranzutreten und den Fahrern das Blatt anzubieten. Dabei will er auch während des Herumlauftens zwischen den Fahrzeugen die oft reißerisch formulierten Schlagzeilen des Nachrichtenblattes laut ausrufen.

Gesagt – getan. Wenige Tage später steht O ausgestattet mit einer prall gefüllten großen roten Zeitungstasche auf der Wanderbaustelle und preist das Blatt an. Die Geschäfte laufen gut; nach vier Tagen errechnet O einen durchschnittlichen Stundenlohn von 10,50 Euro. Am Nachmittag des 15. 04. 2011 wird O von Sachbearbeiter Sigurd Streng (S) an der Wanderbaustelle aufgesucht und von diesem über alle möglichen Anzeige- und Genehmigungspflichten belehrt. O zeigt sich diesbezüglich völlig irritiert, zumal „Verwaltungsrecht“ noch nie seine Stärke war. Sachbearbeiter S bittet O deswegen zu einem Gespräch ins Rathaus und schlägt auch gleich einen Termin für den kommenden Montagnachmittag vor.

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

\*\* Der Fall war (in leicht abgeänderter Form) als vierstündige Prüfungsklausur im Fach Allgemeines Verwaltungsrecht des Fachbereichs Allgemeine Verwaltung der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege des Landes Mecklenburg-Vorpommern im Juni 2011 zu bearbeiten.

Als O am 18. 04. 2011 gegen 14.00 Uhr verabredungsgemäß im Rathaus erscheint und dort auf Sachbearbeiter S trifft, weist er sogleich jegliche Genehmigungspflichten von sich. Im Einzelnen führt O – der mittlerweile die einschlägige Fachliteratur studiert und den Rat eines ehemaligen Kommilitonen eingeholt hat – aus, es handle sich bei seiner Betätigung weder um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung einer Straße noch um ein Verhalten, das die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs beeinträchtigen könne. Bei seiner Tätigkeit lege O große Sorgfalt darauf, zusätzliche Störungen zu verhindern, indem er etwa – was zutrifft – nur denjenigen Fahrern die Zeitung anbiete, die in der nächsten Grünphase ohnehin nicht die Ampel passieren dürfen.

Der Sachbearbeiter zeigt sich von O's Ausführungen allerdings wenig beeindruckt und kündigt dem uneinsichtigen O eine straßen- und wegrechtliche Verbotsverfügung an.

So nimmt das Schicksal seinen Lauf und die Behörde erlässt unter dem Datum des 20. 04. 2011 den unter der beigelegten Anlage abgedruckten Bescheid. Da O am 21. 04. 2011 vom Postbediensteten nicht zu Hause angetroffen wird, händigt dieser das mit PZU zuzustellende Schriftstück an O's Mutter aus, die zusammen mit O im gleichen Haushalt lebt.

Unter dem Datum des 01. 05. 2011 legt O gegen den Bescheid schriftlich Widerspruch ein; dieser geht am 02. 05. 2011 bei Bürgermeister der Stadt Güstrow ein.

Daraufhin erhält O einen am 09. 05. 2011 vom Bürgermeister der Stadt Güstrow erlassenen und mit ordnungsgemäßer Begründung sowie fehlerfreier Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Widerspruchsbescheid mit folgendem Tenor:

1. Ihr Widerspruch vom 01. 05. 2011 gegen meinen Bescheid vom 20. 04. 2011 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Widerspruchsverfahrens sind vom Widerspruchsführer zu tragen.
3. Dieser Widerspruchsbescheid ergeht gebührenfrei.

Der Widerspruchsbescheid wurde am 11. 05. 2011 mittels Empfangsbekanntnis von einem Behördenmitarbeiter des Bürgermeisters der Stadt Güstrow an O übergeben. Dabei vermerkte der Behördenmitarbeiter das Zustellungsdatum auf dem Bescheid und ließ das vorgefertigte Empfangsbekanntnis von O unterzeichnen.

Mit Schriftsatz vom 31. 05. 2011 legt O formgerecht beim Verwaltungsgericht Schwerin Klage gegen die Zurückweisung seines Widerspruchs in Ziffer 1 des Widerspruchsbescheides ein. Die Klage geht beim Verwaltungsgericht am 01. 06. 2011 ein.

#### Aufgaben:

1. Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten der Klage.
2. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn sich O beim Anbieten der Zeitungen ein batteriebetriebenes Blinklicht umhängen würde

um dadurch die Aufmerksamkeit der an der Ampelanlage halten- den PKW-Fahrer auf sich zu lenken?

3. Unterliegt O's Tätigkeit gewerberechtl. Anzeig- und Er- laubnispflichten?

**Bearbeitungshinweise:**

Gehen Sie davon aus, dass es sich beim City-Ring um eine Gemein- destraße der Stadt Güstrow handelt.

**Anlage:**

**Stadt Güstrow**  
Der Bürgermeister  
Rathaus  
Am Markt 1  
18273 Güstrow

Güstrow, den 20. 04. 2011

**Gegen Postzustellungsurkunde**

Herrn  
Otto Ohnesorg  
Armesünderstraße 12  
18273 Güstrow

Aktenzeichen: 08/15-20101

Sachbearbeiter: Sigurd Streng

Telefon: 03843-456123

**Unberechtigte Straßennutzung**  
Unterredung am 18. 04. 2011

Sehr geehrter Herr Ohnesorg

- 1. Sie werden aufgefordert, ab Bekanntgabe dieses Bescheides den Verkauf von Zeitungen auf der Wanderbaustelle des Güstrower City-Rings zu unterlassen.
- 2. Die sofortige Vollziehung von obenstehender Ziffer 1 wird angeordnet.

**Gründe**

*(ordnungsgemäß – hier nicht abgedruckt)*

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erheben. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift beim Bürgermeister der Stadt Güstrow, Am Markt 1, 18273 Güstrow einzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

*S. Streng*  
I. A. Streng  
(Stadtverwaltungsinspektor)

**Lösungshinweise**

**Aufgabe 1:**

**A: Zulässigkeit der Klage**

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges bestimmt sich mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen nach § 40 I VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um

eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Nach der sog. modifizierten Subjektstheorie<sup>1</sup> handelt es sich dann um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn sich die Beurteilung des Rechtsstreits nach solchen Vorschriften richtet, die ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt zum Handeln berechtigen oder verpflichten. Im vorliegenden Fall kommt als strei-

<sup>1</sup> Vgl. zur modifizierten Subjektstheorie statt vieler Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 3, Rdn. 17 ff.; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 16. Aufl., 2009, § 40, Rdn. 11 m.w.N.

tentscheidende Norm für das vom Bürgermeister ausgesprochene Verbot § 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V in Betracht. Nach dieser Vorschrift sind allein die (für die Erteilung der Erlaubnis) zuständigen Behörden berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der (unerlaubten) Straßenbenutzung zu treffen. Behörden nehmen als Handlungsorgane öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit für den jeweils hinter ihnen stehenden Hoheitsträger wahr. Damit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Da bei der Streitigkeit auch keine Verfassungsorgane<sup>2</sup> beteiligt sind, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit nach § 40 I VwGO eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die richtige Klageart bestimmt sich nach dem Klagebegehren. Der Kläger O wendet sich mit seiner Klage allein gegen die Entscheidung unter Ziffer 1 des Widerspruchsbescheides, in der sein Widerspruch zurückgewiesen wurde. Soweit sich O gegen die Zurückweisung seines Widerspruchs wendet, begehrt er – nach wie vor – die Aufhebung des mit Bescheid vom 20.04.2011 ausgesprochenen Verbots des Zeitungsverkaufs an der Wanderbaustelle. Dieses Klagebegehren des O kann im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Alt. VwGO in statthafter Weise verfolgt werden, wenn es sich bei dem Verbot des Zeitungsverkaufs an der Wanderbaustelle um einen (aufhebbaren) Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 VwVfG M-V<sup>3</sup> handelt.

Das Verbot ist eine **Maßnahme** der **Behörde** Bürgermeister auf der Grundlage des § 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V – mithin auf dem **Gebiet des öffentlichen Rechts**. Das Verbot verpflichtet O zu einem Unterlassen und ist damit auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet, d. h. es enthält eine (befehlende) **Regelung**. Da diese Rechtsfolgen bei einer außerhalb der Verwaltung stehenden Person, nämlich bei O eintreten sollen, enthält die Maßnahme auch **Außenwirkung**. Die Anordnung des Bürgermeisters bezieht sich auf einen konkreten Sachverhalt und richtet sich gegen einen Adressaten; sie regelt somit auch einen **Einzelfall**. Das Verbot des Zeitungsverkaufs an der Wanderbaustelle stellt damit einen (befehlenden und belastenden) Verwaltungsakt dar.

Prozessual handelt es sich bei der Anfechtung des Verbots um einen Fall des § 79 I Nr. 1 VwGO, d. h. Klagegegenstand ist der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Damit ist die Klage des O als Anfechtungsklage statthaft.

## III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

Der Kläger O müsste weiterhin klagebefugt sein. Das ist nach § 42 II VwGO derjenige, der geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Nach der Adressatentheorie<sup>4</sup> ist bei Adressaten belastender Verwaltungsakte regelmäßig von einer Klagebefugnis auszugehen, da sich der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts zumindest immer auf eine Beeinträchtigung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG berufen kann. O ist Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes und damit klagebefugt.

<sup>2</sup> Zu den Anforderungen an das Vorliegen einer „Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art“ insbes. zur Frage der Erforderlichkeit einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit siehe bei *Schmidt*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2010, Rdn. 97 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. entsprechend § 106 I LVwG S-H.

<sup>4</sup> Zur Adressatentheorie vgl. statt vieler *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 42, Rdn. 69 m.w.N.; ausführlich zur Klagebefugnis vgl. *Achterberg*, DVBl 1981, 278 ff.

## IV. Vorverfahren (§ 68 I 1 VwGO)

### 1. Keine Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

Grundsätzlich muss vor Erhebung einer Anfechtungsklage ein erfolgloses Vorverfahren durchgeführt worden sein, es sei denn, das Vorverfahren ist ausnahmsweise entbehrlich. Im Fall war ein Vorverfahren mangels Vorliegens einer der Ausschlussfälle des § 68 I 2 VwGO nicht entbehrlich.

### 2. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

Zu prüfen ist, ob das mit Widerspruchsbescheid des Bürgermeisters der Stadt Güstrow vom 09. 05. 2011 abgeschlossene Vorverfahren auch ordnungsgemäß – insbesondere form- und fristgerecht – durchgeführt wurde.

#### 2.1 Form der Widerspruchseinlegung

Der schriftlich eingelegte Widerspruch vom 01. 05. 2011 entspricht den Formvorschriften des § 70 I 1 VwGO.

#### 2.2 Widerspruchsfrist

Zu prüfen ist, ob die Widerspruchsfrist eingehalten wurde. Wegen der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung ist die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 I 1 VwGO zu Grunde zu legen. Bei der Zustellung mit Postzustellungsurkunde an die Mutter des O am 21. 04. 2011 handelte es sich um eine Ersatzzustellung nach § 96 II VwVfG M-V<sup>5</sup> i.V.m. § 178 I Nr. 1 ZPO. Nach § 178 I Nr. 1 ZPO kann ein zuzustellendes Schriftstück in der Wohnung des Zustellungsadressaten einem erwachsenen Familienangehörigen ersatzweise zugestellt werden, wenn der Zustellungsadressat nicht angetroffen wird. Die Mutter des O ist eine Familienangehörige i.S.d. Vorschrift. Damit wurde der Bescheid am 21. 04. 2011 ordnungsgemäß bekannt gegeben.

**Fristbeginn** war gem. §§ 79, 31 I VwVfG M-V<sup>6</sup> i.V.m. § 187 I BGB der 22. 04. 2011; unschädlich ist dabei, dass es sich bei diesem Tag um einen gesetzlichen Feiertag (*Karfreitag*) handelte. Das **Fristende** fiel rein rechnerisch auf den 21. 05. 2011 (§§ 79, 31 I VwVfG M-V i.V.m. § 188 II BGB). Da dieser Tag ein Samstag war, endete die Widerspruchsfrist nach § 31 III VwVfG M-V<sup>7</sup> am nächsten Werktag, dem 23. 05. 2011.

<sup>5</sup> Vgl. entsprechend § 148 II LVwG S-H.

<sup>6</sup> Hinsichtlich der Berechnung der Widerspruchsfrist sind zwei unterschiedliche Wege anerkannt. Nach einer Meinung kann die Berechnung ausgehend von § 57 II VwGO über § 222 ZPO geführt werden, der wiederum auf die Vorschriften des BGB (§§ 187 ff.) verweist. So etwa bei *Kopp/Schenke*, (Fn. 1), § 70, Rdn. 8; *Pietzner/Ronellenfisch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl., 2010, § 33, Rdn. 7. Nach der Gegenansicht kann die Berechnung ausgehend von § 79 VwVfG M-V über § 31 I VwVfG M-V nach §§ 187 ff. BGB erfolgen (vgl. bei *Linhart*, Schreiben, Bescheide und Vorschriften in der Verwaltung, (Loseblatt), 3. Aufl., Stand: Nov. 2010, § 20, Rdn. 87, *Redeker/v. Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 15. Aufl., 2010, § 70, Rdn. 2). In einer Klausur sollten beide Berechnungswege vertretbar sein, zumal beide (nur über unterschiedliche „Brückennormen“) zur Anwendung der §§ 187 ff. BGB führen. Jedenfalls spricht für eine Anwendung der §§ 79, 31 I VwVfG M-V, dass der Umweg über die ZPO damit erspart bleibt. Da die Streifrage auf das Ergebnis keinerlei Auswirkung hat, sollte in einer Klausur darauf nicht näher eingegangen werden. Vgl. die entspr. Vorschriften zu §§ 79, 31 I VwVfG M-V in §§ 119 I, 89 I LVwG S-H.

<sup>7</sup> Ebenso vertretbar kann dieses Ergebnis über eine Anwendung des § 193 BGB herausgearbeitet werden. Die vereinzelt in der Literatur vertretene Auffassung (vgl. zum Streitstand bei *Linhart*, Fn. 4, § 20, Rdn. 89), die Regelung in § 31 III VwVfG M-V sei als Spezialregelung unbedingt gegenüber § 193 BGB vorrangig anzuwenden, sollte hier nicht überstrapaziert werden.

Der am 02. 05. 2011 beim Bürgermeister der Stadt Güstrow eingegangene Widerspruch des O war damit fristgerecht.

**2.3 Entscheidung durch die zuständige Widerspruchsbehörde**  
Fraglich ist, ob der Bürgermeister der Stadt Güstrow auch als zuständige Widerspruchsbehörde den Widerspruchsbescheid erlassen durfte<sup>8</sup>. Ausgehend davon, dass sowohl die Erteilung von straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnissen hinsichtlich Gemeindestraßen als auch ein Einschreiten bei illegaler Sondernutzung Aufgaben im eigenen Wirkungskreis darstellen<sup>9</sup>, ist der Bürgermeister der Stadt Güstrow auch zuständige Widerspruchsbehörde gem. § 73 I 2 Nr. 3 VwGO, da sich der Widerspruch gegen eine Maßnahme im Rahmen seines Selbstverwaltungsbereiches richtet<sup>10</sup>.

## V. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§ 70 I 1 VwGO)

### 1. Form der Klageeinlegung (§ 81 VwGO)/ Inhalt der Klageschrift (§ 82 VwGO)

Nach § 81 I 1 VwGO ist die Klage schriftlich beim Verwaltungsgericht zu erheben<sup>11</sup>. Wird die Klage schriftlich erhoben, so setzt die nach § 80 I 1 VwGO verlangte Schriftform gem. § 126 I BGB zwecks Feststellung der Urheberschaft des Klägers grundsätzlich eine eigenhändige Unterschrift voraus. Weiterhin wird gem. § 82 I 1 VwGO verlangt, dass in der Klageschrift der Kläger, die beklagte Behörde sowie der angefochtene Verwaltungsakt bezeichnet werden. Da aus dem Sachverhalt folgt, dass die Klage formgerecht erhoben wurde, bestehen an der Beachtung dieser Anforderungen keine Zweifel.

### 2. Klagefrist (§ 74 I 1 VwGO)

Die Klage ist gem. § 74 I 1 VwGO grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides zu erheben. Aus dem Sachverhalt folgt, dass der Widerspruchsbescheid mit einer fehlerfreien Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde; insoweit bleibt es bei der Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO.

**Bekanntgabezeitpunkt** war der 11. 05. 2011. Die Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides erfolgte mittels Empfangsbekanntnis gem. §§ 73 III 1, 2 VwGO, 5 I VwZG. Nach den Schilderungen im Sachverhalt ist darauf zu schließen, dass diese Zustellung auch ordnungsgemäß unter Beachtung der Vorgaben des § 5 I 2 VwZG erfolgte. **Fristbeginn** war der 12. 05. 2011 (gem. §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB). Das **Fristende** fällt rechnerisch auf den 11. 06. 2011 (§§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 188 II BGB). Da dieser Tag ein Samstag war und der darauffolgende Montag ein gesetzlicher Feiertag (*Pfingstmontag*), endete die Klagefrist nach § 222 II ZPO am Dienstag, dem

8 Entscheidet eine unzuständige Behörde als WS-Behörde, so führt dies nicht zur Unzulässigkeit der Klage; allerdings führen solche Fehler zur Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheides und berechtigen zu dessen isolierter Anfechtung und Aufhebung gem. § 79 II 2 VwGO; vgl. *Kopp/Schenke*, (Fn. 1), Vorb. § 68, Rdn. 8 m.w.N..

9 Das zeigt bereits die Gestaltung der Straßenaufsicht in § 52 I StrWG M-V, die nur Rechtsaufsicht i.S.d. § 78 II KV M-V ist. § 52 I StrWG M-V (Straßenaufsicht) lautet: „Die Erfüllung der Aufgaben, die den Trägern der Straßenbaulast obliegen, wird durch die Straßenaufsicht überwacht. Sie ist gegenüber den Landkreisen, kreisfreien Städten, Gemeinden und Zweckverbänden nur Rechtsaufsicht“. Vergleichbare Vorschriften finden sich u.a. in § 20 FStrG; 53 ff. StrWG NW; 57 f. NStrG; 48 ff. StrWG S-H und 15 f. BerlStrG.

10 Zur Vertiefung siehe *Krämer in Kodal/Krämer*, Straßenrecht, 7. Aufl., 2010, Kapitel 2, Rdn. 20 ff.

11 Nach § 80 I 2 VwGO kann die Klage auch mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten bei der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts erhoben werden.

14. 06. 2011. Die am 01. 06. 2011 beim Verwaltungsgericht Schwerin eingegangene Klage des O wurde damit fristgerecht eingelegt.

## VI. Richtige Auswahl des Beklagten

Gem. § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AG GSG M-V<sup>12</sup> ist die Klage gegen die Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Hinsichtlich des Verbots des Zeitungsverkaufs an der Wanderbaustelle ist damit richtiger Beklagter der Bürgermeister der Stadt Güstrow, der diesen – immer noch streitigen – Ausgangsverwaltungsakt erlassen hat.

## VII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit von Kläger und Beklagtem

Nach §§ 61 Nr. 1, 62 I Nr. 1 VwGO ist der Kläger O als natürliche und geschäftsfähige Person beteiligungs- und prozessfähig. Die Beteiligungsfähigkeit des Bürgermeisters der Stadt Güstrow folgt aus § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AG GSG M-V<sup>13</sup>; die Prozessfähigkeit der Behörde ergibt sich aus § 62 III VwGO.

## Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage des O ist zulässig.

## B. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

### I. In Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage

Wegen des Gesetzesvorbehalts bedarf der Erlass eines belastenden Verwaltungsakts einer formell gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Als solche Ermächtigungsgrundlage für das Verbot des Scheibenwischens an der Wanderbaustelle kommt § 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V<sup>14</sup> in Betracht.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verbots

### 1. Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Güstrow

Aus § 25 I 1 StrWG M-V folgt, dass die für die Erteilung der Erlaubnis zuständigen Behörden auch berechtigt sind, die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der (*unerlaubten*) Straßenbenutzung zu treffen. Insoweit ist bei der Zuständigkeitsprüfung für das streitgegenständliche Verbot zunächst zu prüfen, ob der Bürgermeister der Stadt Güstrow für die Erteilung einer straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnis zuständig ist. Vorliegend handelt es sich laut Bearbeitungshinweis bei dem City-Ring um eine Gemeindestraße. Für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen nach §§ 22 I

12 In Mecklenburg-Vorpommern gilt über die Ausnahmeregelung in § 14 II AG GSG M-V das „Behördenprinzip“. Falls eine solche landesrechtliche Sonderregelung i.S.d. § 78 I Nr. 2 VwGO nicht existiert, ist auf den Rechtsträger der jeweiligen Behörde abzustellen.

13 In Mecklenburg-Vorpommern sind Behörden auf Grund der landesrechtlichen Bestimmung in § 14 I AG GSG M-V gem. § 61 Nr. 3 VwGO beteiligungsfähig.

14 § 22 I StrWG M-V (Sondernutzung) lautet: „Die Benutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf des Trägers der Straßenbaulast. Die Erlaubnis darf, soweit es sich nicht um Zufahrten im Sinne des § 26 handelt, nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden. Für die Erlaubnis können Bedingungen und Auflagen festgesetzt werden.“ Vergleichbare Vorschriften finden sich in § 8 FStrG sowie in §§ 18 StrWG NW, 18 NStrG, 21 StrWG SH, 19 Hamb WG und 11 BerlStrG. Eine vergleichende Übersicht über die Straßen- und Wegegesetze der Länder unter Einbeziehung des Bundesfernstraßengesetzes findet sich bei *Kodal/Krämer* (Fn. 10) im Anhang.

1, 14 StrWGM-V<sup>15</sup> sind nach dem Gesetzeswortlaut die Gemeinden als „Träger der Straßenbaulast“ zuständig. Sondernutzungserlaubnisse können aber – entgegen der unglücklichen Formulierung in § 22 I 1 StrWG M-V – nur von den zuständigen Straßenbaubehörden erteilt werden, durch die die Träger der Straßenbaulast erst handlungsfähig werden<sup>16</sup>. Zuständige Straßenbaubehörde ist im vorliegenden Fall gem. § 57 V StrWG M-V der Bürgermeister der Stadt Güstrow. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 3 I Nr. 1 VwVfG M-V<sup>17</sup> da sich die Sondernutzungserlaubnis auf ein „ortsgebundenes Recht“ bezieht<sup>18</sup>. Insoweit ist der Bürgermeister der Stadt Güstrow für die Erteilung der straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnis zuständig und mithin auch für das auf § 25 I 1 StrWG M-V beruhende Verbot.

## 2. Einhaltung der Verfahrensvorschriften

Da es sich bei dem Verbot des Scheibenwischens an der Wanderbaustelle um einen Verwaltungsakt handelt, der in die Rechte des O als Beteiligtem i.S.v. § 13 I Nr. 2 VwVfG M-V<sup>19</sup> eingreift, müsste dieser gem. § 28 I VwVfG M-V<sup>20</sup> vor Erlass der Verbots angehört worden sein. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass O bei der Zusammenkunft mit Sachbearbeiter S am 18. 04. 2011 ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich der angekündigten Maßnahme erhielt und diese auch nutzte, um seine Auffassung darzulegen. Die gem. § 28 I VwVfG M-V vorgeschriebene Anhörung wurde damit ordnungsgemäß durchgeführt<sup>21</sup>.

## 3. Einhaltung der Formvorschriften

Ausweislich des in der Anlage beigefügten Bescheides lässt der schriftlich erlassene Verwaltungsakt die Ausgangsbehörde erkennen und enthält die Namenswiedergabe und Unterschrift des Sachbearbeiters; von einer ordnungsgemäßen Begründung ist auszugehen. Damit wurden die Formvorschriften der §§ 37 II / III, 39 I VwVfG-MV<sup>22</sup> erfüllt.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verbots

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage (§ 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V)

Nach den Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V muss es sich um die Benutzung einer Straße „ohne die nach § 22 erforderliche Erlaubnis“ handeln, also um die Benutzung einer „öffentlichen Straße über den Gemeingebrauch hinaus“ (vgl. den Wortlaut des § 22 I 1 StrWG M-V).

### 1.1 Benutzung einer „öffentlichen Straße“

O bietet die Zeitung auf der Wanderbaustelle des Güstrower City-Rings. Der City-Ring ist gem. Bearbeitungshinweis eine Gemeindefraße der Stadt Güstrow und als solche eine öffentliche Straße i.S.d. § 2 I StrWG M-V, die gem. § 7 I 1 StrWG M-V<sup>23</sup> durch den Träger der Straßenbaulast dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist. Insoweit handelt es sich bei O's Tätigkeit um die Benutzung einer öffentlichen Straße i.S.d. § 22 I StrWG M-V.

### 1.2 Benutzung über den Gemeingebrauch hinaus

Erlaubnispflichtig wäre der Zeitungsverkauf des O gem. § 22 I StrWG M-V aber nur dann, wenn es sich dabei um eine Benutzung einer öffentlichen Straße „über den Gemeingebrauch hinaus“ – also um eine „Sondernutzung“ – handeln würde<sup>24</sup>. Der „schlichte straßenrechtliche Gemeingebrauch“ ist das jedermann gewährte subjektiv-öffentliche Recht, die öffentlichen Straßen und Wege ohne besondere Zulassung im Rahmen der Widmung und im Rahmen der verkehrsrechtlichen Vorschriften zu Zwecken des Verkehrs unentgeltlich zu benutzen (vgl. § 21 I StrWG M-V). Weiterhin darf nach dem Prinzip der Gemeinverträglichkeit die Straße nur so benutzt werden, dass dadurch die Benutzungsmöglichkeiten anderer nicht ungerechtfertigt beschränkt werden<sup>25</sup>. Ferner ist in diesem Zusammenhang heute anerkannt, dass der Gemeingebrauch an Straßen nicht nur auf bloße Fortbewegung zu beschränken ist, sondern darüber hinaus auch die Kommunikation auf der Straße umfasst, d. h. die Möglichkeit, die Straße als Forum der Kontaktaufnahme und Kommunikation sowie zum Austausch von Informationen und Meinungen zu nutzen (sog. „kommunikativer Verkehr“ bzw. „kommunikativer Gemeingebrauch“). Dies ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung des Verkehrsbegriffs im Lichte der Art. 5 und 8 GG<sup>26</sup>. Nach den oben genannten Kriterien handelt es sich bei der Tätigkeit des O nicht mehr um eine Straßennutzung zum Verkehr, da das Anbieten der Zeitung auf dem City-Ring nicht von der Verkehrsfunktion im engeren Sinne abgedeckt wird. Die Tätigkeit zählt auch nicht zum kommunikativen Gemeingebrauch, da O die Straße nicht als Forum der Kommunikation und des Informationsaustausches, sondern vielmehr als Stätte gewerblicher Betätigung in Anspruch nimmt. Schließlich kann sich O im Fall auch nicht auf einen **Anliegergebrauch** und damit auf ein gesteigertes tatsächliches und wirtschaftliches Bedürfnis an der Benutzung der Straße berufen. Die Tätigkeit des O geht damit über den Gemeingebrauch hinaus und stellt eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung dar.

### 1.3 Unerlaubte Sondernutzung (ohne die nach § 22 StrWG M-V erforderliche Erlaubnis)

Das Erfordernis einer straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnis nach § 22 I 1 StrWG M-V setzt weiterhin voraus,

15 Die Abgrenzung hinsichtlich einer vorrangig zu beachtenden Erlaubnispflicht gem. § 46 I Nr. 8 bzw. Nr. 9 StVO soll an dieser Stelle des Gutachtens zur Vermeidung von „Kopflastigkeit“ unterbleiben; siehe dazu unter Gliederungspunkt B III 1.3.

16 Siehe auch bei *Biermann*, Wahlkampf mit Hindernissen, DVP 2005, 508 (509).

17 Vgl. entsprechend § 31 I Nr. 1 LVwG S-H.

18 Vgl. statt vieler *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 11. Aufl., 2010, § 3, Rdn. 20. Vgl. § 31 I Nr. 1 LVwG S-H als entspr. Vorschrift zu § 3 I Nr. 1 VwVfG M-V.

19 Vgl. entsprechend § 78 I Nr. 2 LVwG S-H.

20 Vgl. entsprechend § 87 I LVwG S-H.

21 Ausführlich hierzu *Stein*, Die Anhörung im Verwaltungsverfahren nach § 28 VwVfG, VR 1997, 238 (239).

22 Vgl. entsprechend §§108 II / III, 109 I LVwG S-H.

23 Entsprechende Regelungen finden sich in: §§ 2 FStrG, 8 I-V StrWG NW, 7 I, III-V NStrG, 6 StrWG SH, 6, 8 HambWG und 3 BerlStrG.

24 Überdies muss in Abgrenzung zur privatrechtlichen Sondernutzung i.S.d. § 30 StrWG M-V (die lediglich eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Straßeneigentümer – ggf. gegen Entgelt – erfordert) durch eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung i.S.d. § 22 I 1 StrWG M-V auch der Gemeingebrauch (anderer Straßennutzer) beeinträchtigt werden, was bei sog. „Oberflächennutzungen“ grunds. anzunehmen ist. In der Fallbearbeitung muss darauf an dieser Stelle aber nicht eingegangen werden.

25 Ausführlich zum Begriff des Gemeingebrauchs *Grote* in *Kodal/Krämer* (Fn. 10), Kap. 24, Rdn. 9 ff.

26 Vertiefend zum kommunikativen Verkehrsbegriff *Sauthoff*, Straße und Anlieger, 2003, Rn. 567 ff. mit umfassenden Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen.

dass O für seine Tätigkeit auf der Straße nicht vorrangig eine Erlaubnis nach straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften – insbesondere nach §§ 29 II, 46 I Nr. 8 bzw. Nr. 9 StVO<sup>27</sup> – benötigt<sup>28</sup>.

Nach dem in § 22 VII StrWG M-V zum Ausdruck gebrachten Grundsatz vom Vorrang des Straßenverkehrsrechts würde in einem solchen Fall die straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis mit enthalten; es würde also zur Vermeidung eines doppelten Genehmigungserfordernisses die Erlaubnis nach der StVO gleichzeitig als straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis gelten. Insoweit ist die Tätigkeit des O daraufhin zu untersuchen, ob sie unter dem Vorbehalt einer straßenverkehrsrechtlichen Genehmigungspflicht steht<sup>29</sup>. Zunächst ist § 29 II StVO auszuschließen, da es sich bei dem Anbieten der Zeitung nicht um eine „Veranstaltung“ i.S.d. Vorschrift handelt<sup>30</sup>.

Die Tätigkeit könnte aber gegen § 33 I Nr. 2 StVO verstoßen und somit einer straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnis gemäß § 46 I Nr. 9 StVO vorbehalten sein. Nach der Verbotsnorm des § 33 I Nr. 2 StVO müsste es sich zunächst um ein „Anbieten von Waren und Leistungen aller Art auf der Straße“ handeln. „Anbieten“ i.d.S. ist jede Kundgabe der Bereitschaft zur Warenlieferung oder Leistungserbringung<sup>31</sup>. Der mit einer prall gefüllten großen roten Zeitungstasche ausgestattete O bietet den wartenden Autofahrern sichtbar eine Ware – die Zeitung „ACTION NEWS“ – an.

Nach § 33 I StVO müssten dadurch aber auch andere Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können. Erforderlich, aber auch genügend ist die abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die erst dann zu bejahen ist, wenn das jeweilige Verhalten nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer verkehrerschwerenden bzw. verkehrsgefährdenden Ablenkung oder Belästigung führen kann<sup>32</sup>. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass O mit einer einzigen roten Zeitungstasche keine sperrigen Arbeitsutensilien benötigt, so dass der ohnehin durch die Baustelle bedingte zähfließende Verkehr durch das Umherlaufen des O zwischen den Autos nicht zwangsläufig zusätzlich beeinträchtigt wird. Entschärfend kommt hinzu, dass O bei seiner Tätigkeit in besonders sorgfältiger Weise gerade darum bemüht ist, zusätzlich Beeinträchtigungen dadurch zu verhindern, dass er nur denjenigen Fahrern die Zeitung anbietet, die in der nächsten Grünphase ohnehin nicht die Ampel passieren können. Gem. Rdn. 2 der VwV – StVO zu § 33 II StVO<sup>33</sup> kann das Ausrufen von Zeitungen und Zeitschriften den Verkehr nur unter außerge-

wöhnlichen Umständen gefährden oder erschweren. Für ein belästigendes oder aufdringliches Anbieten gibt es im Fall des O allerdings keinerlei Anhaltspunkte. Nach alledem kann man keine Verkehrsgefährdung bzw. -erschwerung annehmen, sondern allenfalls eine geringfügige Belästigung. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass O während des Herumlauftens zwischen den Fahrzeugen die oft reißerisch formulierten Schlagzeilen des Nachrichtenblattes laut ausruft. Dieses Verhalten ist regelmäßig nicht als beeinträchtigend anzusehen<sup>34</sup>; im Übrigen wird eher die Nachricht als das Ausrufen der mögliche Erschwerungsgrund sein. Damit sind die Voraussetzungen der Verbotsnorm des § 33 I Nr. 2 StVO hier nicht erfüllt.

Für die Tätigkeit des O kommt eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis nach § 46 I Nr. 9 StVO somit nicht in Frage, sondern allein eine straßen- und wegrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach § 22 I 1 StrWG M-V. Damit sind alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 I 1, 1. Alt. StrWG M-V erfüllt.

## 2. Rechtsfolgenseite der Ermächtigungsgrundlage

§ 25 I 1 StrWG M-V räumt der Behörde hinsichtlich der Rechtsfolge einen Ermessensspielraum ein. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte für Ermessensfehler im engeren Sinne (*Ermessensnichtgebrauch, -überschreitung, oder -fehlgebrauch*). Der Bürgermeister hat das ihm zustehende Ermessen folglich fehlerfrei ausgeübt.

## 3. Verhältnismäßigkeit des Verbots

Das im Ermessen der Behörde stehende Verbot müsste auch verhältnismäßig, d. h. geeignet, erforderlich und schließlich auch angemessen sein<sup>35</sup>.

### 3.1 Geeignetheit des Verbots

Das ausgesprochene Verbot ist geeignet, wenn damit der bezweckte Erfolg zumindest gefördert werden kann. Das Verbot des Zeitungsverkaufs an der Wanderbaustelle dient dem legitimen Zweck, die formell illegale Sondernutzung zu beenden und überdies einem negativen Nachahmungseffekt entgegenzuwirken. Damit ist das Verbot geeignet.

### 3.2 Erforderlichkeit des Verbots

Die Erforderlichkeit des Verbots ist dann zu bejahen, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel ersichtlich ist. Hier kommt allein in Anlehnung an eine überwiegend in Rechtsprechung und Schrifttum zu § 15 II 1 GewO vertretene Auffassung<sup>36</sup> die Überlegung in Betracht, O behördlicherseits zur Einholung der erforderlichen

27 Über den Wortlaut des § 22 VII StrWG M-V hinaus werden durch diese Vorschrift nicht nur straßenverkehrsrechtliche Genehmigungen nach § 29 II StVO („übermäßige Benutzung“), erfasst, sondern auch Ausnahmegenehmigungen i.S.d. § 46 I StVO.

28 Vgl. BVerwG DVBl 1994, 347, wonach eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis bereits dann entbehrlich ist, wenn eine straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung objektiv erforderlich ist, auch wenn sie bisher nicht erteilt wurde. Siehe ferner auch die Fallbearbeitung von *Biermann* (Fn. 16), 511 f.

29 Allein die Ankündigung einer straßen- und wegrechtlichen Verbotsverfügung entbindet nicht von der Prüfung des Vorrangs des Straßenverkehrsrechts in Gestalt von §§ 29 II, 46 I Nr. 8 bzw. Nr. 9 StVO.

30 Veranstaltungen i.S.d. § 29 II StVO sind beispielsweise Jahrmärkte oder Schaustellungen; zur Vertiefung siehe *Janker in Burmann/Heß/Janke/Janker*, Straßenverkehrsrecht (Kommentar), 21. Aufl., 2010, § 29, Rdn. 4.

31 Vgl. *König in Hentschel/König/Dauer*, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl., 2011, § 33, Rdn. 7.

32 Vgl. *König in Hentschel/König/Dauer* (Fn. 31), § 33, Rdn. 9 f.

33 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrsordnung vom 22.10.1988, zul. geändert am 17.07.2009.

34 Vgl. hierzu auch OLG Bremen, NJW 1976, 1359 (1360).

35 Der Einbau der Prüfung, ob ein Verwaltungsakt verhältnismäßig ist, wird in der Ausbildungsliteratur im Fallaufbau in verschiedener Weise vorgenommen. Teilweise wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als spezielle Ermessensgrenze auf der Rechtsfolgenseite (unter „Ermessensüberschreitung“) geprüft. Hier erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter einem gesonderten Prüfungspunkt. Damit soll deutlich werden, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz bei allen nicht ausschließlich begünstigenden Maßnahmen anzuwenden ist, die der Verwaltung einen Handlungsspielraum eröffnen.

36 Nach dieser – nicht unumstrittenen – Ansicht muss die zuständige Behörde vor Erlass eines Fortführungsverbotens i.S.d. § 15 II 1 GewO prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis vorliegen. Wird das bejaht, kann wegen des Gebotes des mildesten Mittels ein Fortführungsverbot nach § 15 II 1 GewO nur dann ergehen, wenn sich der Gewerbetreibende weigert, den hierfür erforderlichen Erlaubnis Antrag zu stellen; vgl. hierzu die Darstellung von Marcks in *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, Band I, (Kommentar, Loseblatt, Stand: Juli 2010), § 15, Rdn. 15 m.w.N.

Sondernutzungserlaubnis aufzufordern, um damit die (*formell*) unerlaubte Sondernutzung überwinden zu können. Dies setzt allerdings voraus, dass die Genehmigungsfähigkeit offensichtlich ist, was bei der im Ermessen der Behörde stehenden Entscheidung nach § 22 I StrWG M-V hinsichtlich der zu erteilenden Erlaubnis letztlich nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null der Fall sein kann. Ein solcher Fall, der regelmäßig eine besondere Grundrechtsbedeutung der begehrten Erlaubnis voraussetzt, kann hier keinesfalls bejaht werden<sup>37</sup>.

Damit ist das vom Bürgermeister ausgesprochene Verbot im Fall auch erforderlich.

### 3.3 Angemessenheit des Verbots

Im Rahmen der Angemessenheit ist zu prüfen, ob das auf § 25 I 1 StrWG M-V gestützte Verbot mit den Grundrechten des O vereinbar ist. Das Verbot darf bei O nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht, d. h., der verfolgte Zweck der Maßnahme muss mindestens so wichtig sein, dass er gerade diesen konkreten Grundrechtseingriff rechtfertigt.

#### 3.3.1 Art. 12 I GG

Zunächst müsste der persönliche und sachliche Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet sein. O ist als Deutscher (*Art. 116 I GG*) Träger des Grundrechts aus Art. 12 GG. Der persönliche Schutzbereich ist also eröffnet. Auch der sachliche Schutzbereich ist im Fall eröffnet, denn die Tätigkeit als „ambulante Zeitungverkäufer“ ist eine grundsätzlich erlaubte, auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die zwar nicht zur Schaffung, aber doch zur Absicherung der Lebensgrundlage des O dient. Es handelt sich mithin um einen Beruf i.S.d. Art. 12 I GG<sup>38</sup>.

In diesen Schutzbereich müsste durch das Verbot eingegriffen worden sein. Durch das Verbot des Zeitungverkaufs auf der Wanderbaustelle des City-Rings wird O nicht an der Zulassung der Tätigkeit des ambulanten Zeitungshändlers und der Ausübung als solcher gehindert. Ihm werden durch das Verbot lediglich Modalitäten vorgegeben, *wie* er seinen Beruf auszuüben hat (*hins. der straßenrechtlichen Nutzung des City-Rings*). Die freie Berufswahl wird nicht angetastet, denn das vom Bürgermeister ausgesprochene raumbezogene Verbot belässt O die Möglichkeit, die erwählte Tätigkeit an anderen Orten, etwa auf Parkplätzen (*von privaten Großmärkten, Baumärkten etc.*) und in Parkhäusern auszuüben. Wendet man die zur Konkretisierung der Angemessenheitsprüfung entwickelte Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts an, so ist das angefochtene Verbot als bloße Berufsausübungsregelung und damit als Eingriff auf der ersten Stufe anzusehen<sup>39</sup>. Ein solcher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist aus vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls zulässig. Wie oben bereits ausgeführt, dient das Verbot dem Zweck, die formell illegale Sondernutzung zu beenden und überdies einem negativen Nachahmungseffekt entgegenzuwir-

ken. Dies stellt einen vernünftigen Grund des Gemeinwohls und mithin eine verfassungsrechtlich zulässige Schranke des Art 12 I GG dar. Demgegenüber sind die wirtschaftlichen Interessen des O (*entgangener Gewinn*) geringer zu bewerten und müssen insoweit im Rahmen einer Abwägung zurücktreten.

Eine Verletzung von Art. 12 I GG liegt also nicht vor, da der Eingriff angemessen und somit gerechtfertigt ist.

#### 3.3.2 Art. 14 I GG

Im Fall kommt ein Eingriff in das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als eigentumsfähige Position i.S.d. Art. 14 I GG in Betracht<sup>40</sup>. Ein Eingriff in diese Rechtsposition setzt eine unmittelbare bzw. betriebsbezogene Beeinträchtigung, die zielgerichtet den Betrieb zum Erliegen bringt oder den Betrieb in seiner Substanz erheblich beeinträchtigt, voraus (*etwa bei Gewerbeuntersagungen und Betriebschließungen*).

Im Fall geht es nur um das Verbot, den Zeitungverkauf auf der Wanderbaustelle des City-Rings ohne straßen- und wegerechtliche Sondernutzungserlaubnis auszuüben. Soweit der ambulante Zeitungshandel des O überhaupt als „Gewerbebetrieb“ anzusehen ist, muss jedenfalls festgestellt werden, dass er von dem streitgegenständlichen Verbot nicht in existenzvernichtender Art und Weise betroffen ist, zumal – wie oben bereits ausgeführt – diese Tätigkeit von O ohne Weiteres auf Parkplätzen (*insbesondere von privaten Großmärkten, Baumärkten*) und in Parkhäusern ausgeübt werden kann. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG liegt deshalb nicht vor.

#### 3.3.3 Art. 5 I GG

Der Vertrieb von Presseerzeugnissen fällt in den Schutzbereich des Grundrechts der Pressefreiheit (*Art. 5 I 2, 1. Fall GG*)<sup>41</sup>. In diesen Schutzbereich wurde durch das Verbot des Zeitungverkaufs auf der Wanderbaustelle auch eingegriffen. Art. 5 I GG tritt im Rahmen der Grundrechtskonkurrenzen jedoch im Wege der Einzelfallspezialität gegenüber Art. 12 I GG zurück, da im Fall Art. 12 I GG als das Grundrecht mit dem stärkeren sachlichen Bezug zur einschlägigen sachlichen Beeinträchtigung anzusehen ist.

#### 3.3.4 Art. 2 I GG

Art. 2 I GG ist ein „Auffanggrundrecht“ und tritt im Fall wegen allgemeiner Spezialität zurück<sup>42</sup>. Das Verbot des Zeitungverkaufs auf der Wanderbaustelle verstößt auch nicht gegen das Übermaßverbot und ist somit insgesamt verhältnismäßig.

## 4. Allgemeine Grundsätze

O ist richtiger Adressat des ausgesprochenen Verbots. Das Verbot ist auch inhaltlich hinreichend bestimmt (§ 37 I VwVfG M-V<sup>43</sup>). Bedenken an einer rechtlichen/tatsächlichen Durchführbarkeit bestehen nicht.

### Ergebnis zu Aufgabe 1:

Das Verbot des Bürgermeisters vom 20. 04. 2011 ist rechtmäßig. Die Anfechtungsklage des O ist zwar zulässig, aber unbegründet.

37 Überdies ist höchstfraglich, ob die zu § 15 II GewO vertretene Ansicht ohne Weiteres auf § 25 I StrWG M-V übertragen werden kann. Dagegen spricht insbesondere, dass es sich bei einem auf § 25 I 1 StrWG M-V gestützten Verbot im Unterschied zu einem gewerberechtlichen Fortführungsverbot nach § 15 II 1 GewO nicht um einen existentiell schwerwiegenden Eingriff handelt, der zur Schließung eines Gewerbebetriebes führt. Daraus kann abgeleitet werden, dass bei der relativ geringen Eingriffsintensität eines Verbots nach § 25 I 1 StrWG M-V bereits die formell illegale Straßennutzung unterbunden werden kann.

38 Zum Begriff des „Berufs“ i.S.d. Art. 12 I GG vgl. BVerwGE, 286 (289).

39 Vgl. grundlegend dazu das sog. „Apothekenurteil“, BVerfGE 7, 377 (401 ff.).

40 Zur Vertiefung siehe bei *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl., 2008, § 22 II 1 c).

41 Vgl. hierzu nur VG Karlsruhe, NJW 2002, 160 (161) m.w.N.

42 Zur Vertiefung: *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 13. Aufl., 2010, Rdn. 789.

43 Vgl. entsprechend § 108 I LVwG S-H.

**Aufgabe 2:** (*Einsatz eines batteriebetriebenen Blinklichts*)

Durch den Einsatz eines batteriebetriebenen Blinklichts durch den Zeitungsverkäufer während des Herumlafens zwischen den Fahrzeugen auf der Wanderbaustelle wäre der Verbotstatbestand des § 33 I Nr. 2 StVO hinsichtlich der erforderlichen Verkehrsgefährdung bzw. Verkehrserschwerung erfüllt. Ein blinkendes Licht ist in besonderem Maße geeignet, die Aufmerksamkeit von Kraftfahrern auf sich zu ziehen. Insbesondere auf Baustellen erschwert die damit verbundene Ablenkung die Kontrolle des Verkehrsgeschehens erheblich<sup>44</sup>.

Bei einem Verstoß gegen die Verbotsnorm des § 33 I Nr. 2 StVO sieht die StVO selbst keine Ermächtigungsgrundlage zur Unterbindung des illegalen Verhaltens vor. Insbesondere § 33 I StVO enthält als bloße Verbotsvorschrift keine Befugnis zum Erlass von Ordnungsverfügungen (*keine „VA-Befugnis“*) und scheidet somit als taugliche Ermächtigungsgrundlage aus. Insoweit kann ein Verbot wegen verkehrsgefährdendem Anbieten von Waren (*mangels Einschlägigkeit von Spezialvorschriften*) allein auf die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel (*in Mecklenburg-Vorpommern: §§ 13, 16 SOG M-V*)<sup>45</sup> gestützt werden<sup>46</sup>. Ein Verstoß gegen § 33 I StVO ist ein Verstoß gegen die „objektive Rechtsordnung“ und damit eine Störung der „öffentlichen Sicherheit“ i.S.d. §§ 13, 16 SOG M-V.

Darüber hinaus wäre der Zeitungsverkauf unter Verstoß gegen § 33 I Nr. 2 StVO als Ordnungswidrigkeit i.S.d. §§ 49 I Nr. 28 StVO, 24 StVG anzusehen.

**Aufgabe 3:** (*Prüfung etw. gewerberechtliche Anzeige- und Erlaubnispflichten*)**1. Erlaubnispflichtige Reisegewerbetätigkeit**

Es ist zu prüfen, ob es sich beim Zeitungsverkauf des O um ein Reisegewerbe handelt, das einer behördlichen Erlaubnis bedarf.

**1.1 Vorliegen eines Reisegewerbes i.S.d. § 55 I GewO**

Der Begriff des Reisegewerbes wird in § 55 I GewO definiert. Danach betreibt ein Reisegewerbe, „wer gewerbsmäßig, ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung (§ 4 Abs. 3) oder ohne eine solche zu haben, Waren feilbietet oder Bestellungen aufsucht (*vertreibt*) oder ankauft, Leistungen anbietet oder Bestellungen auf Leistungen aufsucht (*Nr. 1 des § 55 I*) oder selbstständig unterhaltende Tätigkeiten als Schausteller oder nach Schaustellerart ausübt“ (*Nr. 2 des § 55 I*).

Zunächst muss die zu beurteilende Tätigkeit überhaupt gewerbsmäßig vorgenommen werden. „Gewerbsmäßig“ in diesem Sinne ist jede erlaubte, nicht sozial unwerte, auf Gewinnerzielung gerichtete, dauerhaft ausgeübte, selbstständige Tätigkeit<sup>47</sup>. Selbstverständlich muss auch die „Gewerbsfähigkeit“ vorliegen, das heißt, es darf sich bei der

Tätigkeit nicht um Urproduktion, Verwaltung eigenen Vermögens oder um einen freien Beruf handeln<sup>48</sup>.

Der Verkauf der Tageszeitung „ACTION NEWS“ verstößt weder gegen geltendes Verfassungsrecht oder Strafgesetze<sup>49</sup> und ist auch nicht als „sozial unwert“ anzusehen. O will auf gewisse Dauer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung – also selbstständig – tätig werden und dabei Gewinn erzielen. Urproduktion, Verwaltung eigenen Vermögens oder eine freiberufliche Tätigkeit sind im Fall auszuschließen. O will damit „gewerbsmäßig“ tätig werden. Nach § 55 I Nr. 1 GewO muss Gegenstand der gewerbsmäßigen Tätigkeit der Vertrieb von Waren, Leistungen oder das Aufsuchen von Bestellungen sein. Bei dem Verkauf der Tageszeitung handelt es sich um den Vertrieb von Waren. Diese Tätigkeit soll von O auch – wie in § 55 I GewO verlangt – außerhalb einer gewerblichen Niederlassung (*bzw. ohne eine solche zu haben*) ausgeübt werden.

Schließlich muss die beabsichtigte Tätigkeit „ohne vorhergehende Bestellung“ erfolgen<sup>50</sup>. Auch diese Voraussetzung ist bei einem mobilen Straßenverkauf zu bejahen.

Es handelt sich damit um ein Reisegewerbe i.S.d. § 55 I Nr. 1 GewO.

**1.2 Genehmigungserfordernis**

Wer ein Reisegewerbe betreiben will, bedarf grundsätzlich der Erlaubnis in Form einer Reisegewerbekarte (*vgl. § 55 II GewO*)<sup>51</sup>. Dies gilt im Reisegewerbe allerdings nicht ausnahmslos. Reisegewerbekartenfrei und damit nicht erlaubnispflichtig sind die in §§ 55 a, 55 b GewO aufgelisteten Tätigkeiten. Der Verkauf der Tageszeitung fällt unter den Privilegierungstatbestand des § 55 a Nr. 10 GewO (*Feilbieten von Druckwerken auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder anderen öffentlichen Orten*). Insoweit ist O's Tätigkeit im Reisegewerbe erlaubnisfrei.

**2. Anzeigepflicht**

Gem. § 55 c S. 1 GewO ist jeder Gewerbetreibende, der ein erlaubnisfreies Reisegewerbe ausübt, verpflichtet, den Beginn des Gewerbes der zuständigen Behörde<sup>52</sup> anzuzeigen. Ein Verstoß gegen diese Anzeigepflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 145 III Nr. 1 GewO dar, die mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden kann (*vgl. § 145 IV GewO*).

48 Der Gewerbebegriff des § 55 GewO stimmt dabei grundsätzlich mit dem allgemeinen Gewerbebegriff der GewO überein; siehe nur bei Schönleiter in Landmann/Rohmer (Fn. 36), § 55 Rdn. 22 ff.

49 Die „Erlaubtheit“ des Gewerbes in diesem Sinne setzt voraus, dass die Tätigkeit ihrer Art nach nicht generell gegen geltendes Verfassungsrecht oder materielles Strafrecht verstößt. Nicht erlaubte Tätigkeiten i.d.S. stellen folglich kein Gewerbe dar. Abzugrenzen ist dieses Merkmal vom Begriff der „verbotenen Tätigkeiten“ i.S.d. § 56 GewO. Bei den „verbotenen Tätigkeiten“ nach § 56 GewO handelt es sich um generell erlaubte Tätigkeiten (die also ein Gewerbe darstellen und damit der GewO unterliegen), die allerdings im Einzelfall in der Erwerbsart des Reisegewerbes nicht in zulässiger Weise ausgeübt werden dürfen. Ausführliche Nachweise zum Merkmal der Erlaubtheit bei Kabl in Landmann/Rohmer (Fn. 36), Einl., Rdn. 38 f.

50 Erforderlich ist hierbei, dass die Initiative vom Gewerbetreibenden und nicht vom Kunden ausgeht.

51 Diese Regelung entspricht der des stehenden, genehmigungspflichtigen Gewerbes; insoweit handelt es sich bei der in § 55 II GewO normierten Erlaubnispflicht um ein sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

52 Aus § 155 II GewO ergibt sich, dass die sachliche Zuständigkeit für die Ausführung der GewO durch landesrechtliche Vorschriften bestimmt wird. In Mecklenburg-Vorpommern ist hierbei auf die Anlage zu § 2 der Landesverordnung über die Regelung von Zuständigkeiten im allgemeinen Gewerberecht (*GeWRZustVO*) abzustellen. Danach sind für die Entgegennahme der Anzeige über reisegewerbekartenfreie Tätigkeiten die „Ordnungsbehörden“ (Oberbürgermeister/Bürgermeister einer kreisfreien Stadt, Amtsvorsteher eines Amtes bzw. Bürgermeister einer amtsfreien Gemeinde) zuständig.

44 Siehe hierzu auch die Entscheidung des OVG Frankfurt (O), NVZ 1997, 53, bei der es um eine Prismenwendeanlage ging.

45 Vgl. die ordnungsrechtlichen „Generalklauseln“ in den anderen Bundesländern: BaWü: §§ 1 I, 3 PolG; Bay: Art. 7 II LStVG; Berl: § 17 I ASOG; Brand: § 13 I OBG; Brem: § 10 I PolG; Hamb: § 3 I SOG; Hess: § 11 SOG; MV: §§ 13, 16 SOG; Nds: § 11 GefAG; NRW: § 14 I OBG; RhIPfl: § 9 I POG; Saar: § 8 I PolG; Sachs: § 3 I PolG; SachAnh: §§ 13, 11 SOG; SchlHolst: § 174 LVwG; Thür: § 5 I OBG.

46 Vgl. nur OVG Frankfurt (O), NVZ 1997, 53.

47 Vgl. BVerwG NVwZ 1997, 287 (289) unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG sowie Schönleiter in Landmann/Rohmer (Fn. 36), § 55 Rdn. 19 ff.



## Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

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

In einem Haushalt der kreisfreien Stadt B. in Nordrhein-Westfalen (Bereich des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe) leben

- Herr A. (52 Jahre alt, erwerbsfähig),
- Frau A. (Ehefrau des Herrn A., 49 Jahre alt, dauerhaft voll erwerbsgemindert),
- Andreas A. (Sohn der Eheleute A., 23 Jahre alt, erwerbsfähig),
- Anna A. (14 Jahre alt, Tochter der Eheleute A.) und
- Martha M. (Mutter von Frau A., 77 Jahre alt).

Herr A. beantragt am 11.03.2011 beim zuständigen Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende (Jobcenter der Stadt B.) für sich und seine Familie Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.

Die wirtschaftliche Situation der Familie stellt sich wie folgt dar:

Herr A. ist seit einem halben Jahr arbeitslos. Von der zuständigen Agentur für Arbeit erhält er Arbeitslosengeld (Alg I) in Höhe von monatlich 495,00 €. Frau A. ist nach Feststellung des zuständigen Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung dauerhaft voll erwerbsgemindert und bezieht eine Rente wegen voller Erwerbsminderung nach § 43 Abs. 2 SGB VI i. V. m. § 102 SGB VI von monatlich 580,00 € (netto). Sie ist im Besitz eines Ausweises nach § 69 Abs. 5 SGB IX (Schwerbehindertenausweis) mit dem Merkzeichen „G“. Für seine Tochter Anna erhält Herr A. als Kindergeldberechtigter von der zuständigen Familienkasse das gesetzliche Kindergeld in Höhe von monatlich 184,00 €. Bei Andreas liegen die Voraussetzungen für eine Kindergeldzahlung wegen des für ihn zu berücksichtigenden Einkommens nicht vor.

Andreas ist vor 3 Wochen (unverschuldet) arbeitslos geworden. Bei der zuständigen Agentur für Arbeit hat er einen Antrag auf Arbeitslosengeld (Alg I) nach den Vorschriften des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) gestellt, über den aber bisher wegen fehlender Arbeitsbescheinigungen noch nicht entschieden werden konnte.

Frau M. bezieht vom zuständigen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung eine Regelaltersrente nach § 35 SGB VI in Höhe von monatlich 835,00 € (netto).

Neben einem angemessenen Hausrat verfügen die Eheleute A. über ein gemeinsames Sparbuch mit einem aktuellen Guthaben von

17.200,00 €. Herr A. besitzt einen PKW mit einem Zeitwert von 4.700,00 €. Für die Kfz-Haftpflichtversicherung wird ein monatlicher Beitrag von 38,00 € nachgewiesen. Andreas besitzt ebenfalls einen PKW mit einem Zeitwert von 8.950,00 €. Für seine Kfz-Haftpflichtversicherung werden monatlich 49,00 € fällig. Für ihre Mietwohnung (105 qm) zahlen die Eheleute A. monatlich 480,00 € (Grundmiete einschließlich der umlagefähigen Nebenkosten) und für die Heizkosten eine monatliche Pauschale von 100,00 €.

Am 30.03.2011 bewilligt die zuständige Agentur für Arbeit für Andreas rückwirkend ab 26.02.2011 Arbeitslosengeld (Alg I) in Höhe von monatlich 820,00 €.

### Aufgaben:

Prüfen Sie gutachtlich,

1. ob und ggf. in welchem Umfang für den Monat März 2011 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht kommen,
2. ob die Möglichkeit besteht, die für März 2011 ggf. angefallenen Kosten für die Hilfeleistung aus der Nachzahlung des Arbeitslosengeldes (Alg I) erstattet zu bekommen und
3. welche Auswirkungen die Bewilligung des Arbeitslosengeldes (Alg I) für Andreas im Hinblick auf weitergehende Leistungsansprüche auch der übrigen Personen hat (Kurzdarstellung).

### Bearbeitungshinweise:

1. Anlage zu § 28 SGB XII:

#### Regelbedarfsstufen nach § 28 in Euro

| gültig ab  | Regelbedarfsstufe 1 | Regelbedarfsstufe 2 | Regelbedarfsstufe 3 |
|------------|---------------------|---------------------|---------------------|
| 01.01.2011 | 364,00              | 328,00              | 291,00              |
|            | Regelbedarfsstufe 4 | Regelbedarfsstufe 5 | Regelbedarfsstufe 6 |
|            | 287,00              | 251,00              | 215,00              |

#### Regelbedarfsstufe 1:

alleinstehende oder alleinerziehende Leistungsberechtigte,

#### Regelbedarfsstufe 2:

Ehegatten und Lebenspartner sowie andere erwachsene Leistungsberechtigte, die in einem gemeinsamen Haushalt leben und gemeinsam wirtschaften,

#### Regelbedarfsstufe 3:

erwachsene Leistungsberechtigte, die keinen eigenen Haushalt führen, weil sie im Haushalt anderer Personen leben,

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

<sup>1</sup> Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als Staatsprüfungsklausur im Fach Sozialrecht vom Landesprüfungsamt für die Staatsprüfung 2011 ausgewählt wurde und der von den Studierenden des Fachbereichs kommunaler Verwaltungsdienst zu bearbeiten war. Für die Bearbeitung standen insgesamt vier Zeitstunden zur Verfügung. Als Hilfsmittel waren alle unkommentierten Gesetzestexte zugelassen.

**Regelbedarfsstufe 4:**

Jugendliche vom Beginn des 15. bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres,

**Regelbedarfsstufe 5:**

Kinder vom Beginn des siebten bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres,

**Regelbedarfsstufe 6:**

Kinder bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres.

2. Die Kosten für Unterkunft und Heizung sind angemessen.
3. Auf Ansprüche nach dem Wohngeldgesetz (WoGG) ist nicht einzugehen.
4. Die zuständigen Träger der Leistungen zum Lebensunterhalt haben von der Möglichkeit, die Unterkunfts- und Heizkosten zu pauschalieren, keinen Gebrauch gemacht.
5. Gehen Sie davon aus, dass alle im Haushalt lebenden Personen eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden.
6. Gehen Sie davon aus, dass z. Zt. weder für Herrn A. noch für Andreas bei der Arbeitsvermittlung des Jobcenters geeignete Stellenangebote vorliegen.
7. Gehen Sie davon aus, dass am 30.03.2011 über den Antrag auf Leistungen nach dem SGB II bereits entschieden war und ein ggf. bestehender Erstattungsanspruch vom Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende bei der Agentur für Arbeit fristgerecht angemeldet wurde.
8. Im Rahmen ggf. bestehender Erstattungsansprüche ist auf die entrichteten Beiträge zur Sozialversicherung nicht einzugehen.
9. Eine Zuständigkeitsprüfung ist nicht vorzunehmen. Das Jobcenter der Stadt B. ist der zuständige Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II.
10. Eine differenzierte Berechnung nach den in § 6 SGB II genannten Trägern der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist nicht vorzunehmen.

**Lösung:****1 Aufgabe 1**

Aufgrund der im Sachverhalt beschriebenen Situation der Familie A. kommen Sozialleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht. Derartige Leistungen sind insbesondere im SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende) und im SGB XII (Sozialhilfe) vorgesehen.

Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende umfassen nach Kapitel 3 Abschnitt 2 SGB II das Arbeitslosengeld II (§ 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II), das Sozialgeld (§ 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II), die Leistungen bei medizinischer Rehabilitation der Rentenversicherung und bei Anspruch auf Verletztengeld aus der Unfallversicherung (§ 25 SGB II), den Zuschuss zu Versicherungsbeiträgen (§ 26 SGB II), die Leistungen für Auszubildende (§ 27 SGB II) und die Leistungen für Bildung und Teilhabe (§§ 28 bis 30a SGB II).

Die Sozialhilfe umfasst nach § 8 SGB XII als Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII und die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII.

Es ist sachgerecht, aus Sicht des angegangenen Trägers zunächst die Voraussetzungen für die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu prüfen.<sup>2</sup>

**1.1 Anspruchsberechtigter Personenkreis im SGB II****1.1.1 Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II)**

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II sind, hilfebedürftig im Sinne von § 9 Abs. 1 SGB II sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Als Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte nach § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II Arbeitslosengeld II (Alg II).

**Herr A.** ist 52 Jahre alt und erfüllt damit die Altersvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Er ist erwerbsfähig und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I), also seinen Lebensmittelpunkt hat. Herr A. wohnt in der kreisfreien Stadt B. in NRW. Üblicherweise ist der Wohnort auch der Lebensmittelpunkt. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen.

Herr A. gehört damit vorbehaltlich der noch zu prüfenden Hilfebedürftigkeit zum anspruchsberechtigten Personenkreis für den Bezug von Arbeitslosengeld II (Alg II) nach § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II.

Auch **Andreas** erfüllt vorbehaltlich der noch zu prüfenden Hilfebedürftigkeit die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II. Für ihn kommt damit ebenfalls als Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts Arbeitslosengeld II (Alg II) in Betracht.

Für **Frau A.** könnte ebenfalls ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II) bestehen. Sie erfüllt die Altersvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Fraglich ist jedoch, ob sie erwerbsfähig ist. Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens 3 Stunden täglich erwerbstätig zu sein (§ 8 Abs. 1 SGB II). Frau A. ist nach Feststellung des zuständigen Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 43 Abs. 2 i. V. m. § 102 SGB VI **dauerhaft voll erwerbsgemindert**. Wegen der inhaltsgleichen Regelungen der §§ 8 Abs. 1 SGB II und 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VI ist der Beurteilungsmaßstab für die Nichterwerbsfähigkeit und die volle Erwerbsminderung grundsätzlich identisch.

Aufgrund der vom Rentenversicherungsträger festgestellten vollen Erwerbsminderung ist Frau A. nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II) besteht für sie daher nicht.

Tochter **Anna** ist 14 Jahre alt und erfüllt damit nicht die Altersvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II) kann für sie ebenfalls nicht in Betracht kommen.

**Frau M.** ist 77 Jahre alt und hat damit die Altersgrenze nach § 7a SGB II erreicht. Sie erfüllt ebenfalls nicht die Altersvoraussetzungen

<sup>2</sup> Auch eine andere Prüfungsstruktur im Hinblick auf den Vorrang der Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII ist zulässig.

nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Durch den Bezug einer Rente wegen Alters ist sie im übrigen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB II von sämtlichen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II ausgeschlossen. Auf Grund der Höhe ihres Einkommens kann sie offensichtlich ihren notwendigen Lebensunterhalt aus eigenen Mittel beschaffen, so dass für sie auch keine Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen der Sozialhilfe nach dem SGB XII in Betracht kommen.

### 1.1.2 Anspruch auf Sozialgeld

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind leistungsberechtigt auch Personen, die die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 SGB II selbst nicht erfüllen, aber mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer **Bedarfsgemeinschaft** leben. Nicht erwerbsfähige Personen, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II **Sozialgeld**, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII haben. Zu prüfen ist daher, ob Frau A. und Tochter Anne mit Herrn A. bzw. Andreas in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Die Zugehörigkeit zur Bedarfsgemeinschaft ergibt sich aus § 7 Abs. 3 SGB II. Sie besteht unabhängig davon, ob auch eine Leistungsberechtigung nach dem SGB II besteht.<sup>3</sup>

Herr A. ist erwerbsfähiger Leistungsberechtigter (sogenannter „Hauptleistungsberechtigter“ i. S. des § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II) und Ausgangspunkt für die Bildung einer Bedarfsgemeinschaft. Herr und **Frau A.** sind verheiratet und leben nicht getrennt. Zur Bedarfsgemeinschaft gehört nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) SGB II als Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten der nicht dauernd getrennt lebende Ehegatte. Für Frau A. kommen damit grundsätzlich Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Form von Sozialgeld nach §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II in Betracht.

Dies gilt allerdings nur, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem **4. Kapitel SGB XII** (Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung) hat. Entsprechende Leistungen sind gegenüber dem Sozialgeld vorrangig (vgl. §§ 5 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II). Leistungsberechtigt nach dem 4. Kapitel SGB XII sind Personen, die die Altersgrenze nach § 41 Abs. 2 SGB XII erreicht haben (für Geburtsjahrgänge bis einschließlich 1946 das vollendete 65. Lebensjahr) oder gemäß § 41 Abs. 3 SGB XII das 18. Lebensjahr vollendet haben, unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage voll erwerbsgemindert im Sinne des § 43 Abs. 2 SGB VI sind und bei denen unwahrscheinlich ist, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden kann (dauerhafte volle Erwerbsminderung).

Frau A. ist 49 Jahre alt und hat damit die maßgebende Altersgrenze nach § 41 Abs. 2 SGB XII nicht erreicht. Sie ist jedoch nach Feststellung des zuständigen Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung **dauerhaft** voll erwerbsgemindert und damit grundsätzlich dem anspruchsberechtigten Personenkreis nach dem 4. Kapitel SGB XII zuzuordnen. Fraglich ist allerdings, ob dieser Anspruch im Hinblick auf das zu berücksichtigende Einkommen realisierbar ist.

Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ist gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 SGB XII nach den besonderen Voraussetzungen des 4. Kapitels SGB XII den dort genannten Personen zu leisten, sofern sie ihren Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, insbesondere aus ihrem Einkommen und Vermögen, bestreiten können. Ob im Hinblick auf die wirt-

schaftlichen Verhältnisse ein Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem 4. Kapitel SGB XII für Frau A. besteht, ist durch eine individuelle Bedarfsermittlung und die Gegenüberstellung des zu berücksichtigenden Einkommens (§§ 82 bis 84 SGB XII) und Vermögens (§§ 90, 91 SGB XII) festzustellen. Dabei sind auch Einkommen und Vermögen des nicht getrennt lebenden Ehegatten, die dessen notwendigen Lebensunterhalt nach § 27a SGB XII übersteigen, zu berücksichtigen (vgl. § 43 Halbsatz 1 SGB XII).

Der Umfang der Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII ergibt sich aus § 42 SGB XII. Die Vorschrift verweist im Einzelnen auf die relevanten Bedarfe im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII.

### Bedarfsermittlung (4. Kapitel SGB XII):

|  |                 |
|--|-----------------|
| Regelbedarf/Regelbedarfsstufe 2                            | 328,00 €        |
| (§§ 27a, 28 SGB XII i. V. m. der Anlage zu § 28 SGB XII)   |                 |
| Mehrbedarf (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 SGB XII)                     | 55,76 €         |
| Leistungen für die Unterkunft (§ 35 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) | 96,00 €         |
| Leistungen für Heizung (§ 35 Abs. 4 Satz 1 SGB XII)        | 20,00 €         |
| <b>Gesamtbedarf</b>  | <b>499,76 €</b> |

Aufgrund der für Frau A. als Einkommen zu berücksichtigenden Rente wegen voller Erwerbsminderung in Höhe von monatlich 580,00 € liegt keine Hilfebedürftigkeit im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 1 SGB XII vor. Da sie ihren Lebensunterhalt aus eigenem Einkommen beschaffen kann, ist die Prüfung einer Einsatzverpflichtung des Ehemannes im Rahmen der Einsatzgemeinschaft (vgl. § 43 Halbsatz 1 SGB XII) vorliegend entbehrlich.

Frau A. hat damit keinen realisierbaren Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII. Das sich aus §§ 5 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II ergebende Vorrang-Nachrang-Verhältnis ist allerdings nicht mit einem generellen Leistungsausschluss im SGB II verbunden, so dass für Frau A. Sozialgeld in Betracht kommen könnte.

Tochter **Anna** könnte ebenfalls einen Anspruch auf Sozialgeld nach §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II haben, sofern sie in einer Bedarfsgemeinschaft mit Herrn A. lebt. Nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II gehören zur Bedarfsgemeinschaft die dem Haushalt angehörenden unverheirateten Kinder der in Nr. 1 bis 3 genannten Personen, wenn sie das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, soweit sie die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen beschaffen können. Diese Voraussetzungen treffen für Anna zu, so dass sie grundsätzlich sozialgeldberechtigt ist.

Der Bedarfsgemeinschaft ist nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II auch **Andreas** zuzurechnen, da er ein (unverheiratetes) Kind der in § 7 Abs. 3 Nr. 1 und 3 SGB II genannten Personen ist, das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und z. Zt. über kein eigenes Einkommen und/oder Vermögen verfügt.

Ausschlussstatbestände nach § 7 Abs. 1, 4, 4a und 5 SGB II liegen nicht vor.

### Zwischenergebnis:

Die Eheleute A. und die gemeinsamen Kinder Andreas und Anna bilden eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II. Vorbehaltlich der weiteren Prüfung haben Herr A. und Andreas als erwerbsfähige Leistungsberechtigte einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II (§§ 7 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Frau A. und

<sup>3</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 07.11.2006, B 7b AS 8/06 R, BSGE 97, 217 = NDV-RD 2007 = FEVS 58, 259.

Anna sind nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte in der Bedarfsgemeinschaft, für die grundsätzlich ein Anspruch auf Sozialgeld als Leistung im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bestehen könnte (§§ 7 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II).

Frau M. ist aufgrund ihres Einkommens offensichtlich nicht hilfebedürftig. Für sie kommen Leistungen zum Lebensunterhalt (nach dem SGB II oder SGB XII) daher nicht in Betracht.

**1.2 Nachrang der SGB-II-Leistungen**

Der Nachrang der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang der §§ 2, 5, 9 Abs. 1 und 12a SGB II.

Erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen haben in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten; sie müssen ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts für sich und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen einsetzen (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 SGB II). Gemäß § 12a Satz 1 SGB II sind Leistungsberechtigte verpflichtet, Sozialleistungen anderer Leistungsträger in Anspruch zu nehmen und die dafür erforderlichen Anträge zu stellen, sofern dies zur Vermeidung, Beseitigung, Verkürzung oder Verminderung der Hilfebedürftigkeit erforderlich ist. Dabei sind die Regelungen des § 12a Satz 2 SGB II einschränkend zu berücksichtigen.

Als vorrangige Möglichkeit der Selbsthilfe ist insofern die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit (vgl. § 10 SGB II), die Realisierung von Ansprüchen gegen Angehörige, sonstige Dritte oder andere Leistungsträger sowie der Einsatz von Einkommen und Vermögen vorgesehen. Herr A. erhält Arbeitslosengeld (Alg I) und steht damit den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit bzw. des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende zur Verfügung. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen allerdings keine geeigneten Stellenangebote für ihn vor (vgl. Bearbeitungshinweis 6). Gleiches gilt auch für Andreas. Frau A. ist voll erwerbsgemindert und somit nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II. Die Verpflichtung, die Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts einzusetzen, besteht nach § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB II nur für **erwerbsfähige** Leistungsberechtigte. Für Anna kommt die Verpflichtung zum Einsatz der Arbeitskraft aufgrund ihres Alters und der bestehenden Schulpflicht ebenfalls nicht in Betracht.

Andreas hat bei der Agentur für Arbeit Arbeitslosengeld (Alg I) beantragt. Ob und ggf. in welchem Umfang ein Erstattungsanspruch des SGB-II-Trägers besteht, wird unter Aufgabe 2 geprüft. Darüber hinaus sind neben den im Sachverhalt genannten Ansprüchen weitere ggf. noch zu verfolgende Ansprüche nicht ersichtlich. Auf Ansprüche nach dem Wohngeldgesetz ist lt. Bearbeitungshinweis 3 nicht einzugehen. Inwieweit das zu berücksichtigende Einkommen und/oder Vermögen dem Leistungsanspruch nach dem SGB II entgegensteht, wird nachfolgend geprüft.

**1.3 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Bedarfsermittlung)**

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Arbeitslosengeld II. Nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten nach § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II Sozialgeld. Die Leistungen umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe

und den Bedarf für Unterkunft und Heizung (§ 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Dabei sind für das Sozialgeld die ergänzenden Maßgaben nach § 23 SGB II zu berücksichtigen.

**1.3.1 Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts**

Der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts umfasst insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf die Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile sowie persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens, zu denen in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft gehört (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB II).

Gemäß § 20 Abs. 4 SGB II ist ein Regelbedarf in Höhe von monatlich 328,00 € anzuerkennen, wenn zwei Partner der Bedarfsgemeinschaft das 18. Lebensjahr vollendet haben. Die Eheleute A. erfüllen die genannten Voraussetzungen. Andreas ist ein sonstiger erwerbsfähiger Angehöriger der Bedarfsgemeinschaft im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II, für den als Regelbedarf monatlich 291,00 € anerkannt werden, da er das 18. Lebensjahr vollendet hat. Für Anna ist ein Regelbedarf nach § 23 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 77 Abs. 4 Nr. 4 SGB II in Höhe von 287,00 € zu berücksichtigen, da sie sich im 15. Lebensjahr befindet.

**1.3.2 Mehrbedarfe**

Nach § 23 Nr. 4 SGB II wird bei nichterwerbsfähigen Personen, die voll erwerbsgemindert nach dem Sechsten Buch Sozialgesetzbuch sind, ein Mehrbedarf von 17 Prozent der nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfe anerkannt, wenn sie Inhaber eines Ausweises nach § 69 Abs. 5 SGB IX mit dem Merkzeichen G sind. Diese Voraussetzungen liegen bei Frau A. vor, so dass für sie ein Mehrbedarf von 55,76 €<sup>4</sup> (17 Prozent von 328,00 €) zu berücksichtigen ist. Die Anerkennung weiterer Mehrbedarfe kommt nicht in Betracht.

**1.3.3 Bedarfe für Unterkunft und Heizung**

Bedarfe für Unterkunft und Heizung werden nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind. Zu den Bedarfen der Unterkunft gehören auch die Kosten für die Gebrauchsüberlassung des Wohnraumes, die vertraglich geschuldet werden (Miete zuzüglich der umlagefähigen Nebenkosten).

Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind als angemessen anzusehen (vgl. Bearbeitungshinweis 2) und kopfanteilig (d. h. zu jeweils 1/5) bei allen vier grundsätzlich leistungsberechtigten Personen zu berücksichtigen.

**Bedarfsermittlung (Zusammenfassung):**

|                        | Herr A.         | Frau A.         | Andreas         | Anna            |
|------------------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| Regelbedarf            | 328,00 €        | 328,00 €        | 291,00 €        | 287,00 €        |
| Mehrbedarf             | –               | 55,76 €         | –               | –               |
| Bedarfe für Unterkunft | 96,00 €         | 96,00 €         | 96,00 €         | 96,00 €         |
| Bedarfe für Heizung    | 20,00 €         | 20,00 €         | 20,00 €         | 20,00 €         |
| <b>Gesamtbedarf</b>    | <b>444,00 €</b> | <b>499,76 €</b> | <b>407,00 €</b> | <b>403,00 €</b> |

<sup>4</sup> Die Rundungsvorschriften nach § 77 Abs. 5 SGB II gelten nur für die Mehrbedarfe nach § 21 SGB II.

**1.4 Einsatz der Mittel der Einsatzgemeinschaft**

Zu prüfen ist, ob die Eheleute A. und die Kinder Andreas und Anna ihren Lebensunterhalt aus dem zu berücksichtigenden Einkommen und Vermögen sichern können (vgl. § 9 Abs. 1 SGB II).

**1.4.1 Einsatz des Einkommens**

**1.4.1.1 Zu berücksichtigendes Einkommen**

Dem zuvor ermittelten Bedarf ist zunächst das zu berücksichtigende Einkommen gegenüberzustellen. Als Einkommen zu berücksichtigen sind nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II alle Einnahmen in Geld oder Geldeswert abzüglich der nach § 11b SGB II abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a SGB II genannten Einnahmen. Sowohl das Arbeitslosengeld (Alg I) des Herrn A. als auch die Rente wegen voller Erwerbsminderung seiner Ehefrau sind Einnahmen im Sinne der genannten Vorschrift. Die in § 11a SGB II genannten Ausnahmen sind vorliegend nicht einschlägig. Auch § 1 Arbeitslosengeld II/ Sozialgeld-Verordnung (Alg II-V) sowie spezielle Regelungen zum Einkommenseinsatz in anderen Gesetzen stehen einer grundsätzlichen Berücksichtigung nicht entgegen.

Gleiches gilt auch für das Kindergeld, das gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB II dem zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Kind zuzurechnen ist, soweit es zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wird. Da Anna über kein eigenes Einkommen verfügt, ist ihr das Kindergeld bei der weiteren Prüfung des Leistungsanspruchs als Einkommen zuzurechnen.

Nach § 11b SGB II i. V. m. mit den entsprechenden Regelungen der Alg II-V sind vom Einkommen bestimmte Beträge abzusetzen (Einkommensbereinigung).

Vom Einkommen der Eheleute A. ist nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-V (ohne weiteren Nachweis) **jeweils** eine Pauschale von monatlich 30,00 € für Beiträge zu Versicherungen, die nach Grund und Höhe angemessen sind, abzusetzen. Darüber hinaus sind die Beiträge für die Kfz-Haftpflichtversicherung des Herrn A. als gesetzlich vorgeschriebene Versicherung nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II in der nachgewiesenen Höhe von seinem Einkommen abzusetzen. Da Andreas über kein eigenes Einkommen verfügt, können für ihn weder die Versicherungspauschale noch die Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung im Rahmen der Absetzungsmöglichkeiten nach § 11b SGB II berücksichtigt werden<sup>5</sup>.

Damit ist ein bereinigtes Einkommen für Herrn A. in Höhe von 427,00 € und für Frau A. in Höhe von 550,00 € zu berücksichtigen.

**1.4.1.2 Zurechnung des Einkommens im Rahmen der Einsatzgemeinschaft**

Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, das Einkommen und Vermögen des Partners zu

berücksichtigen. Herr und Frau A. sind nicht dauernd getrennt lebende Ehegatten und leben als Partner in einer Bedarfsgemeinschaft (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) SGB II). Sie sind somit verpflichtet, ihr Einkommen gegenseitig zur Bedarfsdeckung einzusetzen.

Eine Einsatzverpflichtung besteht nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II auch bei Eltern gegenüber ihren unverheirateten Kindern, die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft leben und ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen sichern können. Anna und Andreas sind unverheiratet, gehören zur Bedarfsgemeinschaft (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II) und verfügen (neben dem für Anna zu berücksichtigenden Kindergeld) über keine weiteren Einnahmen. Sie müssen sich somit das Einkommen ihrer Eltern zurechnen lassen.

Das zu berücksichtigende Einkommen der Eheleute A. reicht offensichtlich nicht aus, um den Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft zu decken.

In diesem Fall gilt jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II). In diesem Verhältnis ist das Einkommen der Eheleute A. allen vier Personen zuzurechnen (sog. Bedarfsanteilmethode). Dabei ist bei Anna der um das Kindergeld geminderte Bedarf zu berücksichtigen, da das dem Kind zuzurechnende Einkommen nicht zur Bedarfsdeckung der Eltern einzusetzen ist.

**Zurechnung des Einkommens nach der Bedarfsanteilmethode:**

|  | Herr A.  | Frau A.  | Andreas  | Anna     | insgesamt  |
|--|----------|----------|----------|----------|------------|
| Gesamtbedarf                                     | 444,00 € | 499,76 € | 407,00 € | 403,00 € |            |
| ./. Kindergeld                                   | -        | -        | -        | 184,00 € |            |
| Restbedarf                                       | 444,00 € | 499,76 € | 407,00 € | 219,00 € | 1.569,76 € |
| in % am Gesamtbedarf                             | 28,28 %  | 31,84 %  | 25,93 %  | 13,95 %  | 100 %      |
| (bereinigtes) Einkommen der Eheleute A.          | 427,00 € | 550,00 € | -        | -        | 977,00 €   |
| Einkommensverteilung (Bedarfsanteilmethode)      | 276,29 € | 311,08 € | 253,34 € | 136,29 € | 977,00 €   |
| rechnerischer Anspruch <sup>6</sup> (Fehlbedarf) | 167,71 € | 188,68 € | 153,66 € | 82,71 €  | 592,76 €   |

**1.4.2 Einsatz von Vermögen**

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob und inwieweit der notwendige Lebensunterhalt aus dem Vermögen der Eheleute A. zu bestreiten ist. Nach § 12 Abs. 1 SGB II sind als Vermögen alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen. Verwertbar ist der Teil des Vermögens, der in einem angemessenen Zeitraum (in der Regel innerhalb des sechsmonatigen Bewilligungszeitraumes)<sup>7</sup> durch unmittelbaren Verbrauch, Veräußerung, Beleihung, Vermietung oder Verpachtung wirtschaftlich nutzbar gemacht werden kann. Dabei ist das Vermögen ohne Rücksicht auf steuerrechtliche Vorschriften mit seinem Verkehrswert zu berücksichtigen (vgl. § 8 Alg II-V).

5 Vgl. Hauck/Noftz, Kommentar SGB-II-Grundsicherung für Arbeitsuchende, Rn. 433 zu § 11 SGB II. Auch eine andere Lösung (d. h. Absetzung der Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung und der Versicherungspauschale vom Einkommen des Herrn A.) wäre mit entsprechender Begründung vertretbar (so auch Arbeitshinweise der BA, Rn. 11.72 zu § 11 SGB II).

6 Nach der Neufassung des § 41 Abs. 2 SGB II werden Beträge nicht (mehr) gerundet, sondern auf zwei Dezimalstellen berechnet, wenn nichts Abweichendes bestimmt ist.

7 Vgl. BSG, Urteil vom 27.01.2009, B 14 AS 42/07 R, NDV-RD 2009, 107 = FEVS 61, 66.

Das Sparbuch der Eheleute A. kann als Forderungsrecht gegenüber dem Kreditinstitut jederzeit geltend gemacht werden. Die PKW von Herrn A. und Andreas sowie der Hausrat sind Sachwerte, die durch Veräußerung kurzfristig wirtschaftlich nutzbar sind.

Als Vermögen nicht zu berücksichtigen sind nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB II der (lt. Sachverhalt) angemessene Hausrat und nach Nr. 2 ein angemessenes Kraftfahrzeug für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende erwerbsfähige Person. Ein PKW ist im Regelfall pauschal als angemessen anzusehen, wenn sein Verkehrswert den Betrag von 7.500,00 € nicht überschreitet<sup>8</sup>.

Herr A. ist erwerbsfähig. Der aktuelle Verkehrswert seines PKW liegt unter der genannten Wertgrenze, so dass weder der Hausrat noch der PKW von Herrn A. als Vermögen zu berücksichtigen ist. Der PKW von Andreas ist dagegen nicht angemessen im Sinne von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II, da der Verkehrswert den Betrag von 7.500,00 € überschreitet. Damit ist der die Angemessenheitsgrenze übersteigende Wert (1.450,00 €) in die weitere Prüfung einzubeziehen und auf die Absetzungs- bzw. Freibeträge nach § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB II anzurechnen<sup>9</sup>.

Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II ist vom Vermögen abzusetzen ein Grundfreibetrag in Höhe von 150,00 € je vollendetem Lebensjahr für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende volljährige Person und deren Partnerin oder Partner, mindestens aber jeweils 3.100,00 €. Andreas kann im Hinblick auf das für ihn zu berücksichtigende Vermögen demnach einen Grundfreibetrag in Höhe von 3.450,00 € (23 Jahre x 150,00 €) geltend machen. Der maßgebende Höchstbetrag nach § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB II wird nicht überschritten. Damit kann der Einsatz des Vermögens zur Bedarfsdeckung von ihm nicht gefordert werden.

Das Sparbuch der Eheleute A. ist nicht dem „Schonvermögen“ nach § 12 Abs. 3 SGB II zuzurechnen. Der Einsatz dieses Vermögens zur Bedarfsdeckung kann allerdings ebenso nur verlangt werden, soweit dessen Wert die in § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB II genannten Freibeträge übersteigt. Von dem zu berücksichtigenden Sparguthaben der Eheleute A. ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II ein Grundfreibetrag in Höhe von 15.150,00 € (101 Jahre x 150,00 €) abzusetzen.<sup>10</sup> Die nach § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB II maßgebenden Höchstbeträge werden nicht überschritten.

Ein Grundfreibetrag in Höhe von 3.100,00 € ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB II grundsätzlich auch für jedes leistungsberechtigte minderjährige Kind zu berücksichtigen. Dies gilt allerdings nur, soweit dem minderjährigen Kind nach den Umständen des Einzelfalls eigenes Vermögen zugeordnet werden kann.

Der Freibetrag nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB II ist kein „Kinderfreibetrag“. Er ist nicht auf das Vermögen der Eltern anzurechnen, sondern mindert lediglich das zu berücksichtigende Vermögen des Kindes selbst.<sup>11</sup>

Da Anna über kein eigenes Vermögen verfügt, ist die Regelung im vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

8 Vgl. BSG, Urteil vom 06.09.2007, B 14/7b AS 66/06 R, BSGE 99, 77 = FEVS 59, 385.

9 Vgl. Fußnote 6.

10 Da die Eheleute A. nach § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II gegenseitig zum Vermögensersatz verpflichtet sind, ist es sachgerecht, den Grundfreibetrag für beide Personen zusammen zu berechnen. Vertretbar wäre auch eine nach Personen getrennte Berechnung des Grundfreibetrages und der jeweiligen Absetzung vom hälftigen Vermögen.

11 Vgl. Eicher/Spellbrink, Kommentar zum SGB II, 2. Auflage, Rn. 42 zu § 12 SGB II.

Zusätzlich zum Grundfreibetrag ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB II ein Freibetrag für notwendige Anschaffungen in Höhe von 750,00 € für jeden in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Leistungsberechtigten vom Vermögen abzusetzen (Zusatzfreibetrag). Wie bereits festgestellt wurde, leben die Eheleute A., Andreas und Anna als Leistungsberechtigte in einer Bedarfsgemeinschaft. Damit ist ein entsprechender Freibetrag von 3.000,00 € (4 x 750,00 €) zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf das zu berücksichtigende Vermögen der Eheleute A. ist insgesamt ein Freibetrag in folgender Höhe anzuerkennen:

|   |                    |
|---|--------------------|
| • Grundfreibetrag nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II (101 Jahre x 150,00 €)                       | 15.150,00 €        |
| • Zusatzfreibetrag für notwendige Anschaffungen nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB II (4 x 750,00 €) | 3.000,00 €         |
| <b>insgesamt</b>  | <b>18.150,00 €</b> |

Das zu berücksichtigende Vermögen der Eheleute A. in Form des Sparbuches erreicht diese Grenze nicht. Damit kann der Einsatz dieses Vermögens zur Bedarfsdeckung nicht verlangt werden.

### 1.5 Vermutung der Bedarfsdeckung

Nach § 9 Abs. 5 SGB II wird vermutet, dass Hilfebedürftige, die in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten leben, von ihnen Leistungen erhalten, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann. Die Regelung erfasst Personen, die nicht zum Kreis der Einsatzpflichtigen nach § 9 Abs. 2 SGB II gehören. Sie trägt dem Gedanken der sog. Notgemeinschaft Rechnung, wonach Verwandte oder Verschwägerte, die in einer Haushaltsgemeinschaft leben, sich gegenseitig im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten unterstützen, auch wenn keine Unterhaltsverpflichtung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) besteht.

Frau M. ist mit Frau A. sowie den Kindern Andreas und Anna verwandt und mit Herrn A. verschwägert. Es ist auch davon auszugehen, dass alle im Haushalt lebenden Personen eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden (vgl. Bearbeitungshinweis 5). Die gesetzliche Vermutung der Leistungserbringung durch den Verwandten oder Verschwägerten (hier durch Frau M.) setzt allerdings dessen Leistungsfähigkeit voraus.

Bei der nach § 9 Abs. 5 SGB II zugrunde liegenden Vermutung sind bezüglich des Einkommens gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V die um die Absetzbeträge nach § 11b SGB II bereinigten Einnahmen in der Regel nicht zu berücksichtigen, soweit sie einen Freibetrag in Höhe des doppelten Betrags des nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II maßgebenden Regelbedarfs zuzüglich der anteiligen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie darüber hinausgehend 50 Prozent der diesen Freibetrag übersteigenden bereinigten Einnahmen nicht überschreiten.

Für Frau M. ist ein Freibetrag in folgender Höhe zu berücksichtigen:

|  |                 |
|--|-----------------|
| doppelter Betrag des Regelbedarfs nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II | 728,00 €        |
| zzgl. anteilige Aufwendungen für Unterkunft                      | 96,00 €         |
| anteilige Aufwendungen für Heizung                               | 20,00 €         |
| <b>Freibetrag</b>  | <b>844,00 €</b> |

Das (um die Absetzbeträge nach § 11b SGB II zu bereinigende) Einkommen der Frau M. übersteigt den Freibetrag nicht. Damit kann nicht erwartet werden, dass die übrigen Personen von ihr Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten.

### 1.6 Form der Hilfe/Leistungsart

Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden in Form von Dienstleistungen, Geldleistungen und Sachleistungen erbracht (vgl. § 4 Abs. 1 SGB II), wobei die Geldleistung bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Regelfall ist. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen.

Es besteht im vorliegenden Fall auch keine Möglichkeit, die Leistungen in Form eines Darlehens zu erbringen, so dass die Hilfe als nicht rückzahlbare Geldleistung (Beihilfe) zu gewähren ist.

### 1.7 Beginn der Leistung/Antragserfordernis

Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden auf Antrag erbracht (vgl. § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Ein entsprechender Antrag wurde von Herrn A. am 11.03.2011 gestellt. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB II werden Leistungen nicht für Zeiten vor der Antragstellung erbracht. Bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wirkt der Antrag auf den Ersten des Monats zurück (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB II), so dass der Leistungsanspruch (Arbeitslosengeld II/Sozialgeld) in der festgestellten Höhe für die Familie A. ab 01.03.2011 besteht.

Die Leistungen sollen nach § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II jeweils für sechs Monate (d. h. also durch einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung) bewilligt und monatlich im Voraus erbracht werden. Abweichend von diesem Grundsatz kann der Bewilligungszeitraum nach § 41 Abs. 1 Satz 5 SGB II auf bis zu zwölf Monate bei Leistungsberechtigten verlängert werden, bei denen eine Veränderung der (persönlichen und wirtschaftlichen) Verhältnisse in diesem Zeitraum nicht zu erwarten ist. Für die Entscheidung über eine entsprechende Verlängerung des Bewilligungszeitraumes ist wesentliche Grundlage eine einzelfallbezogene Prognoseentscheidung der Arbeitsvermittlung des SGB-II-Trägers (z. B. im Hinblick auf eine Vermittlung in ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) zu treffen. Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 SGB II wird vermutet, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach dem SGB II auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Die Vermutung gilt zugunsten der Antrag stellenden Person auch dann, wenn mehrere erwerbsfähige Leistungsberechtigte in einer Bedarfsgemeinschaft leben (vgl. § 38 Abs. 1 Satz 2 SGB II). Auf eine Antragstellung durch Frau A. und Andreas muss daher nicht hingewirkt werden.

## 2 Aufgabe 2

Zu prüfen ist, ob und ggf. in welchem Umfang ein Erstattungsanspruch gegen die zuständige Agentur für Arbeit besteht. Ein Erstattungsanspruch könnte nach § 104 SGB X in Betracht kommen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB II müssen erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit ausschöpfen. Leistungsberechtigte sind u. a.

verpflichtet, Sozialleistungen anderer Träger in Anspruch zu nehmen, sofern dies zur Vermeidung, Beseitigung, Verkürzung oder Verminderung der Hilfebedürftigkeit erforderlich ist (vgl. § 12a Satz 1 SGB II). Die Ausnahmeregelungen des § 12a Satz 2 SGB II sind hier nicht einschlägig. Der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende hat als nachrangig verpflichteter Träger Leistungen wegen bestehender Hilfebedürftigkeit erbracht. In derartigen Fällen kann das Nachrangverhältnis durch ein Erstattungsverfahren im Nachhinein wieder hergestellt werden.

### 2.1 Voraussetzungen für einen Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X

#### 2.1.1 (Rechtmäßige) Hilfeleistung

Zu Unrecht erbrachte Leistungen sind nach dem geschlossenen System der §§ 44 ff. SGB X (ergänzt um § 34a SGB II) zurückzufordern.<sup>12</sup> Damit ist eine rechtmäßige Hilfeleistung Voraussetzung für die Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs nach § 104 SGB X. Nach den bereits gefundenen Ergebnissen wurden die Leistungen im vorliegenden Fall rechtmäßig erbracht.

#### 2.1.2 Anspruch gegen einen Sozialleistungsträger

Es muss ein Anspruch gegen einen Sozialleistungsträger bestehen. Andreas hat einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg I) nach den Vorschriften des SGB III gegen die Bundesagentur für Arbeit. Die Bundesagentur für Arbeit ist gemäß §§ 12, 19 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 SGB I ein Leistungsträger im Sinne des Sozialgesetzbuches.

#### 2.1.3 Nachrangige Verpflichtung des SGB-II-Trägers

Nachrangig verpflichtet ist nach § 104 Abs. 1 Satz 2 SGB X ein Leistungsträger, soweit er bei rechtzeitiger Erfüllung der Leistungsverpflichtung eines anderen Leistungsträgers selbst nicht zur Leistung verpflichtet gewesen wäre.

Der Nachrang der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang der §§ 2, 5, 9 Abs. 1 und 12a SGB II. Damit wäre der SGB-II-Träger bei rechtzeitiger Zahlung des Arbeitslosengeldes (Alg I) durch die zuständige Agentur für Arbeit nicht oder nicht in dieser Höhe zur Leistung verpflichtet gewesen und ist als nachrangig verpflichteter Leistungsträger tätig geworden.

#### 2.1.4 Personenidentität

Anspruchsinhaber ist Andreas. Nur bezüglich der für ihn erbrachten Leistungen nach dem SGB II besteht Personenidentität zwischen Leistungsempfänger und Anspruchsinhaber. Die Berücksichtigung von Leistungen an andere Personen (neben dem Anspruchsinhaber) sieht § 104 Abs. 1 SGB X nicht vor.

Nach § 104 Abs. 2 SGB X kann ein Erstattungsanspruch auch geltend gemacht werden, wenn von einem nachrangig verpflichteten Leistungsträger Sozialleistungen für einen Angehörigen erbracht worden sind und ein anderer mit Rücksicht auf diesen Angehörigen einen Anspruch auf Sozialleistungen hat oder hatte. Beim Arbeitslosengeld (Alg I) werden Angehörige des leistungsberechtigten Andreas A. nicht berücksichtigt, so dass auch § 104 Abs. 2 SGB X keine Grundlage dafür bietet, die Leistungen nach dem SGB II für die übrigen Personen in den Erstattungsanspruch einzubeziehen.

<sup>12</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 10.09.1992, 5 C 71/88, BVerwGE 91, 13 = FEVS 43, 224.

Für den Fall, dass sich das Recht des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende, Ersatz seiner Aufwendungen von einem anderen zu verlangen, nach sonstigen gesetzlichen Vorschriften bestimmt, die dem § 33 SGB II vorgehen, gelten nach § 34b SGB II als Aufwendungen auch solche Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, die an den nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner der leistungsberechtigten Person erbracht wurden sowie an dessen unverheiratete Kinder, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten.

Der Übergang von Ansprüchen gegen einen Leistungsträger ist nach § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II ausgeschlossen. Damit geht § 104 SGB X dem § 33 SGB II vor. Nach dem Wortlaut des § 34b SGB II können jedoch die Aufwendungen für die Eheleute A. und Anna in den Erstattungsanspruch nicht einbezogen werden, da es sich bei den genannten Personen weder um den Ehegatten bzw. Lebenspartner noch um die Kinder der leistungsberechtigten Person handelt.

**2.1.5 Gleichzeitigkeit**

Die Ansprüche gegen den vorrangig verpflichteten Leistungsträger müssen für den Zeitraum bestehen, für den auch ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II bestanden hat. Dies trifft für die Zeit ab 01.03.2011 bis zur Aufnahme der laufenden Zahlung des Arbeitslosengeldes (Alg I) durch die zuständige Agentur für Arbeit zu.

**2.1.6 Kausalität**

Ein Erstattungsanspruch besteht nach § 104 Abs. 1 Satz 3 SGB X nicht, soweit der nachrangig verpflichtete Leistungsträger seine Leistungen auch bei Leistung des vorrangig verpflichteten Leistungsträgers hätte erbringen müssen.

In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, in welchem Umfang sich die rechtzeitige Leistung von Arbeitslosengeld (Alg I) durch die Bundesagentur für Arbeit auf die Leistung des SGB-II-Trägers ausgewirkt hätte.

Nach § 9 Abs. 1 SGB II hätte Andreas das Arbeitslosengeld (Alg I) als Einkommen zur Deckung seines Bedarfs einsetzen müssen. Dieses hätte ausgereicht, seinen Lebensunterhalt zu sichern, so dass ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II) für ihn nicht bestanden hätte. Kausalität besteht damit in Höhe der für Andreas erbrachten Leistungen für den Monat März 2011 in Höhe von 153,66 €.

**2.2 Ergebnis**

Die Voraussetzungen für einen Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X gegen die Bundesagentur für Arbeit in Höhe von 153,66 € für den Monat März 2011 liegen vor.

Der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende muss den Anspruch spätestens zwölf Monate nach Ablauf des letzten Tages, für den die Leistung erbracht worden ist, geltend machen, da der Erstattungsanspruch gemäß § 111 SGB X ansonsten ausgeschlossen ist. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass eine entsprechende Anmeldung fristgerecht erfolgt ist (vgl. Bearbeitungshinweis 7).

**3 Aufgabe 3**

Durch die Nachzahlung bzw. die laufende Zahlung des Arbeitslosengeldes (Alg I) ab April 2011 ist Andreas in der Lage, seinen Lebensunterhalt aus dem für ihn zu berücksichtigenden Einkommen

zu sichern<sup>13</sup>. Er ist damit nicht (mehr) der Bedarfsgemeinschaft mit den übrigen Personen zuzurechnen (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II). Somit entfällt auch die Einsatzverpflichtung der Eheleute A. gegenüber Andreas gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II.

Im Rahmen der Bedarfsanteilmethode ist das zu berücksichtigende Einkommen der Eheleute A. den Eheleuten selbst und ihrer Tochter Anna zuzurechnen.

Ab April 2011 ergibt sich folgender Anspruch:

|   | Herr A.        | Frau A.        | Anna           | insgesamt       |
|---|----------------|----------------|----------------|-----------------|
| Gesamtbedarf                                | 444,00 €       | 499,76 €       | 403,00 €       |                 |
| ./. Kindergeld                              | -              | -              | 184,00 €       |                 |
| Restbedarf                                  | 444,00 €       | 499,76 €       | 219,00 €       | 1.162,76 €      |
| in % am Gesamtbedarf                        | 38,18 %        | 42,98 %        | 18,84 %        | 100 %           |
| (bereinigtes Einkommen der Eheleute A.      | 427,00 €       | 550,00 €       | -              | 977,00 €        |
| Einkommensverteilung (Bedarfsanteilmethode) | 373,02 €       | 419,91 €       | 184,07 €       | 977,00 €        |
| <b>rechnerischer Anspruch (Fehlbedarf)</b>  | <b>70,98 €</b> | <b>79,85 €</b> | <b>34,93 €</b> | <b>185,76 €</b> |

Bezüglich der Frage, inwieweit Vermögen der Eheleute A. zur Bedarfsdeckung einzusetzen ist, ergibt sich im Ergebnis keine Änderung. Da Andreas nicht mehr der Bedarfsgemeinschaft mit seinen Eltern zugerechnet werden kann, ist zwar ein Zusatzfreibetrag nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB II nunmehr nur noch für drei Personen (und damit ein um 750,00 € reduzierter Gesamtfreibetrag von 17.400,00 €) zu berücksichtigen – das Sparguthaben übersteigt den Freibetrag jedoch nicht, so dass der Einsatz dieses Vermögens nach wie vor nicht verlangt werden kann.

Da Andreas nicht zum Kreis der Einsatzpflichtigen nach § 9 Abs. 2 SGB II gehört, aber mit den übrigen leistungsberechtigten Personen verwandt ist und mit ihnen in einer Haushaltsgemeinschaft zusammenlebt, greift auch hier die Vermutung der Bedarfsdeckung nach § 9 Abs. 5 SGB II, soweit dies nach Einkommen und Vermögen erwartet werden kann.

Bei der nach § 9 Abs. 5 SGB II zugrunde liegenden Vermutung sind bezüglich des Einkommens gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V die um die Absetzbeträge nach § 11b SGB II bereinigten Einnahmen in der Regel nicht zu berücksichtigen, soweit sie einen Freibetrag in Höhe des doppelten Betrags des nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II maßgebenden Regelbedarfs zuzüglich der anteiligen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie darüber hinausgehend 50 Prozent der diesen Freibetrag übersteigenden bereinigten Einnahmen nicht überschreiten.

Für Andreas ist (wie bei Frau M.) ein Freibetrag in Höhe von 844,00 € zu berücksichtigen. Das (um die Absetzbeträge nach § 11b SGB II zu bereinigende) Einkommen von Andreas übersteigt den Freibetrag nicht. Damit kann nicht erwartet werden, dass die übrigen Personen von ihm Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten.

<sup>13</sup> Dass der laufende Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg I) monatlich nachträglich ausgezahlt wird (vgl. § 337 Abs. 2 SGB III) ist an dieser Stelle nicht weiter zu problematisieren. Die Nachzahlung (hier für den Zeitraum vom 26.02. bis 31.03.2011) erfolgt durch die zuständige Agentur für Arbeit im Regelfall innerhalb weniger Tage, so dass Andreas seinen Lebensunterhalt ab April 2011 aus eigenem Einkommen bestreiten kann.



## Gestaltungsvorschriften für den Friedhof

(OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.05.2010 – 8 ME 125/10)

*Durch die Friedhofssatzung kann es untersagt werden, Erdgrabstätten mit Grabplatten abzudecken, wenn dadurch die Verwesungsdauer wesentlich verlängert wird.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Die Gemeinde hat die Befugnis, die Situation für ihren Friedhof zu bestimmen, insbesondere Gestaltungsvorschriften für die Grabstätten festzulegen. Sie kann in der Satzung auch vorsehen, dass auf schriftliche Aufforderung eine Grabstätte innerhalb einer festzusetzenden angemessenen Frist in Ordnung zu bringen ist, wenn sie nicht ordnungsgemäß hergerichtet oder gepflegt ist. Eine solche Bestimmung gestattet es der Gemeinde auch, die Beseitigung von Grabmalen anzuordnen, die im Widerspruch zu den Gestaltungsvorschriften der Friedhofssatzung errichtet worden sind.

Bei dieser Ausgangslage hat sich das Oberverwaltungsgericht Lüneburg mit einem Sachverhalt befasst, wo es um die Frage ging, ob das vorgenommene Anbringen von Grabplatten auf einer Grabstätte rechtswidrig war. Der Nutzungsberechtigte hatte nicht die erforderliche Genehmigung eingeholt, sondern die Grabstätte einfach nach seinen Vorstellungen hergerichtet und eine vollständige Abdeckung vorgenommen. Nach der Friedhofssatzung waren für Erdgrabstätten aber keine Abdeckungen erlaubt.

In dem Verbot lag ein Eingriff in das Recht des Nutzungsberechtigten auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nach dem Grundgesetz, das den Wunsch naher Angehöriger eines Verstorbenen umfasst, des Toten nach eigenen Vorstellungen zu gedenken und hierzu auch Grabmale nach eigener Gestaltung zu errichten. Dies war aber gerechtfertigt, denn die Gestaltungsfreiheit des Friedhofsbenutzers findet ihre Grenze in der verfassungsmäßigen Ordnung. Hierzu gehören auch Regelungen einer Friedhofssatzung betreffend die Gestaltung von Grabmalen, die der Verwirklichung allgemeiner Friedhofszwecke dienen. Zu diesen allgemeinen Friedhofszwecken zählen u.a. die geordnete und würdige Bestattung der Toten, ein ungestörtes Totengedenken sowie die Gewährleistung einer ungehinderten Leichenverwesung innerhalb der Ruhezeiten.

Nach einem Gutachten führte die Verwendung von Grabplatten für eine Sarg-Erdgrabstätte in dem fraglichen Bereich des Friedhofs zu einer deutlichen Verlängerung der Verwesungsdauer, da sich aufgrund der besonderen Bodenverhältnisse und der durch die Grabplatte verringerten Sauerstoffzufuhr der Verwesungsprozess verzögerte. Die für Fälle einer vollständigen Abdeckung prognostizierte Verwesungsdauer von länger als 40 Jahre überschritt die festgelegte Ruhezeit von 30 Jahren deutlich.

Die angegriffene Beseitigungsverfügung war rechtmäßig, so dass der Nutzungsberechtigte ihr entsprechen musste.

F.O.

## Die Finanzierung der Gemeindeausgaben

(OVG Schleswig, Urt. v. 19.05.2010 – 2 KN 2/09)

*Die Gemeinden sind verpflichtet, vorrangig Einnahmen durch Entgelte*

*für bestimmte Leistungen zu erzielen; daneben können sie nach Maßgaben der Gesetze Steuern erheben.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Von einigen Sonderbehörden abgesehen sind die Gemeinden für fast alles zuständig, was entsprechende Ausgaben erfordert. Die Einnahmen dafür können auf zweierlei Art erzielt werden, nämlich einmal durch Steuern, zum anderen durch Einnahmen aus Entgelten für bestimmte Leistungen. Die davon betroffenen Unternehmen und Bürger sind manchmal der Auffassung, die Steuern müssten höher oder niedriger ausfallen oder die Entgelte müssten erhöht oder reduziert werden. Jedoch sind die Gemeinden in der Finanzierung nicht frei.

Es gilt das Kommunalabgabengesetz, wonach die Gemeinden die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel aus eigenen Einnahmen aufzubringen haben. Diese Regelung basiert auf der aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht folgenden Befugnis der Gemeinden, eigene Finanzquellen im Rahmen der Gesetze zu erschließen. Jedoch gilt dabei eine Rangfolge. Die erforderlichen Finanzmittel muß eine Gemeinde vorrangig aus Entgelten für ihre Leistungen herbeiführen, im Übrigen aus Steuern (vgl. § 76 GO S-H).

Eindeutig steht nach den einschlägigen Gesetzesvorschriften die Steuererhebung an zweiter Stelle. Wer eine spezielle Leistung bekommt, soll also dafür vorab zahlen. Eine Gemeinde, die sich nicht an diesen Grundsatz hält, muss mit einer kommunalaufsichtlichen Beanstandung rechnen.

F.O.

## Organisationsentscheidungen der Gemeinde.

(VGH Mannheim, Urt. v. 31.5.2010 – 2 S 2423/08; OVG Münster, Urt. v. 26.10.2010 – 15 A 440/08)

*Das den Gemeinden zustehende Selbstverwaltungsrecht ermöglicht es ihnen, Organisationsentscheidungen zu treffen, soweit es dafür nicht gesetzliche Grenzen gibt.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

### Anmerkung:

Die Entscheidung einer Gemeinde darüber, ob sie ihre Aufgaben in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Handlungsformen erfüllt, ist eine von ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht umfasste Organisationsentscheidung. Bevor die Gemeinde private Dritte mit der Erfüllung ihrer Aufgaben beauftragt, hat sie jedoch mit Blick auf ihre Verpflichtung, die Ausgaben so niedrig wie möglich zu halten, zu prüfen, ob sie die auftragsbildenden Tätigkeiten nicht in eigener Regie kostengünstiger selbst vornehmen kann. Diese Auffassung hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vertreten.

In dem konkreten Fall hatte die Gemeinde als Träger der öffentlichen Abfallbeseitigung einen privaten Dritten mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragt. Dies lässt das öffentliche Preisrecht zu. Für das zu zahlende Entgelt kommt auch noch ein kalkulatorischer Gewinnzuschlag in Frage, was auch möglich ist, wenn der Dritte eine GmbH ist, an welcher die Gemeinde selbst beteiligt ist.

Zu einem ähnlichen Sachverhalt hat sich Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen geäußert. Hier hatte die Gemeinde mit mehreren Nachbargemeinden eine kommunale Dienstleistungsgesellschaft gegründet, die zur Durchführung von Beschaffungsvorgängen sowie zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen der Gesellschafter zuständig sein sollte. Nach der Auffassung der kommunalen Aufsichtsbehörde war diese Mitgliedschaft unzulässig; sie forderte die Gemeinde auf, zur Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse aus der KDG auszuscheiden.

Die Gemeinden können aber die ihnen obliegenden Aufgaben im Zusammenwirken mit anderen Verwaltungsträgern wahrzunehmen. Diese Gewährleistung umfasst auch die eigenverantwortliche Entscheidung über die Art und Weise der Aufgabenerledigung. Das schließt die Befugnis ein, die Aufgabenwahrnehmung auf eine privatrechtliche Gesellschaft mit mehrheitlicher oder ausschließlicher gemeindlicher Beteiligung zu übertragen.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Selbstverwaltung eine Beschränkung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muß, was die Kommunalaufsicht außer Acht gelassen hatte.

F. O.

### Observation eines aus der Haft entlassenen Sexualstraftäters zwecks Gefahrenabwehr

(VG Aachen, Urt. v. 24. 1. 2011 – 6 K 140/10)

1. Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, die insbesondere dem Bestimmtheitsgebot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss.

2. Es bestehen Zweifel, ob die Vorschrift über die längerfristige Observation von Personen für Zwecke vorbeugender Straftatenbekämpfung in § 16a Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW hinreichend bestimmt i. S. des Leitsatzes 1 ist.

3. Etwaige Bestimmtheitsdefizite können jedoch im Wege verfassungskonformer Auslegung ausgeräumt werden; demgemäß sind die Tatbestandsmerkmale der Norm einschränkend auszulegen.

4. „Kontakt- und Begleitpersonen“ einer von einer Observation betroffenen Person sind nur solche Personen, die zum Kreis der potentiellen Mittäter oder Gehilfen gehören.

(Nichtamtl. Leitsätze)

#### Anmerkung:

Der Fall hat ein starkes Medienecho gefunden. Er betrifft einen Sexualstraftäter (S), bei dem – nach einem psychiatrischen Sachverständigengutachten – eine hohe Rückfallgefahr besteht. Nach Entlassung aus Haft fand er bei seinem Bruder, dem Kläger (K), und dessen Familie Unterkunft. Die zuständige Landrat als Kreispolizeibehörde ordnete zur Gefahrenabwehr die längerfristige Observation des S sowie von Kontakt- und Begleitpersonen an. Aufgrund dieser Anordnung wurden auch K und seine Frau intensiv beobachtet. K machte geltend, dadurch würden er und seine Familienangehörigen einer enormen psychischen Belastung ausgesetzt. Seine gegen die Obser-

vation gerichtete Klage war indessen erfolglos. Nach § 16a Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW darf die Polizei personenbezogene Daten durch eine sog. **längerfristige Observation** erheben, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen will. Soweit es für Zwecke der vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist, dürfen „Kontakt- oder Begleitpersonen“ der Zielperson observiert werden. Dabei dürfen auch personenbezogene Daten über „andere Personen“ erhoben werden, soweit dies erforderlich ist, um eine Datenerhebung gegenüber den primär betroffenen Personen durchführen zu können. Das VG äußert erhebliche Zweifel, ob diese Vorschrift mit dem rechtsstaatlich fundierten **Bestimmtheitsgebot** vereinbar und damit verfassungsgemäß ist. Die Vorschrift verlange für Eingriffe in das **informationelle Selbstbestimmungsrecht** keinen konkreten, in der Entwicklung begriffenen Vorgang oder dessen Planung und auch keine konkreten Vorbereitungsmaßnahmen für eine Straftat. Es genüge die auf Tatsachen gegründete, nicht näher konkretisierte Möglichkeit, dass jemand in Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen will. Dieses **Normkonzept** sei in seinem Ausgangspunkt vage, weil vielfältige Anknüpfungen denkbar seien, die nach hypothetischem Kausalverlauf in eine Straftat münden könnten. Trotz der monierten Normdefizite hat das Gericht von einer Vorlage beim BVerfG (vgl. Art. 100 GG) abgesehen. Der methodische Hebel zur Vermeidung einer Richtervorlage ist die **verfassungskonforme Auslegung**. Diese Auslegung ist geboten bzw. zulässig, wenn mehrere Deutungen einer Norm möglich sind, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt. § 16a Abs. 1 Nr. 2 Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen enthält nach Ansicht des Gerichts immerhin einen „objektiven Regelungskern“ (s. Leitsatz 4). Was eine Straftat von „erheblicher Bedeutung“ sei, werde durch § 8 Abs. 3 PolG NRW Nordrhein-Westfalen näher konkretisiert. Was die Einbeziehung von „Kontakt- und Begleitpersonen“ betreffe, so könne u. a. auf nähere persönliche Beziehungen zu der Zielperson abgestellt werden oder darauf, ob der Kontakt eine gewisse Zeitdauer umfasse. Anzumerken ist, dass der Gesetzgeber selbst sich durch Definitionen bemüht hat, den Personenkreis einzuzugrenzen (s. § 16a Abs. 1 Sätze 3 u. 4 PolG NRW). Das VG geht allerdings noch einen Schritt weiter und verlangt insoweit konkrete Tatsachen für eine Einbeziehung dieser Personen in den Handlungskomplex als **potentielle Mittäter bzw. Gehilfen**. Nach dem Gesetzestext ist das freilich nicht erforderlich. Nach der Lesart des VG waren B und seine Familie keine Kontakt- oder Begleitpersonen, sondern „andere Personen“ i. S. des § 16a Abs. 1 Satz 2 PolG NRW. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Gericht nicht nur die unmittelbare Beobachtung der Zielperson S, sondern auch die seines zwangsläufig mit betroffenen familiären Umfeldes als rechtmäßig bewertet.

J.V.

### Beanstandung eines Ratsbeschlusses durch den Bürgermeister

(VG Darmstadt, Urt. v. 11.2.2010 – 3 K 1209/08)

Die Gemeinden sind verpflichtet, vorrangig Einnahmen aus Entgelten zu erheben, für die sie Leistungen erbracht haben. Nachrangig kommt die Erhebung von Steuern in Betracht, soweit die anderen Einnahmen nicht ausreichen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Anmerkung:**

Nachdem ein Rat die ersatzlose Aufhebung der Straßenbaubeitragssatzung und die Erhöhung des Hebesatzes für die Grundsteuer B beschlossen hatte, beanstandete der Bürgermeister diese Entscheidung. Nach seiner Auffassung stand der Beschluß mit den kommunalrechtlichen Grundsätzen der Einnahmenbeschaffung nicht im Einklang. Nach dem maßgeblichen Landesrecht hatte sich die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen soweit vertretbar und geboten aus Entgelten für ihre Leistungen und im Übrigen aus Steuern zu beschaffen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen. Dabei handelt es sich nicht nur um Ratschläge des Gesetzgebers, die die Gemeinde aufgrund von Zweckmäßigkeitsüberlegungen befolgen oder auch nicht befolgen kann. Deshalb verletzt die Nichtbeachtung dieser Grundsätze das Recht.

**Der Gemeinderat hatte sich mit seinem Beschluß über den gesetzgeberischen Willen hinweggesetzt.**

Zunächst war es vertretbar und geboten für straßenbeitragsfähige Maßnahmen einen entsprechenden Beitrag zu erheben. Nach der Auffassung des Rates verteilte sich die Erhebung nach der Straßenbaubeitragssatzung aber ungleichmäßig, also ungerecht auf die zahlungspflichtigen Bürger. Ein Teil der beitragspflichtigen Bürger bleibe von der Zahlung von Straßenbaubeiträgen befreit, weil die betreffenden Straßen im Zuge von Kanalbaumaßnahmen wiederhergestellt werden würden. Auch würde es für verschiedene Straßen Zuschüsse vom Land geben, so dass für dadurch mitfinanzierte Maßnahmen die Beträge reduziert wären.

Dieser Auffassung ist das Verwaltungsgericht Darmstadt entgegengetreten. Der Rat hätte verkannt, dass die Heranziehung zu Straßenbaubeiträgen alle beitragspflichtigen Bürger trifft, die Anwohner einer Straße sind, für die die Gemeinde mit Kosten für die Kommune verbundene Straßenbaumaßnahmen ergreift. Überhaupt kann die Gemeinde Beiträge nur in Höhe der ihr entstandenen Kosten fordern. Dagegen sind die Einnahmen aus der Grundsteuer nicht zweckgebunden. Sie müssen also nicht für die Finanzierung des Um- oder Ausbaus von öffentlichen Straßen verwendet werden. Da eine Erhöhung des Grundsteuerhebesatzes von den jeweiligen Hauseigentümern auf eventuelle Mieter umgelegt werden darf, hätte eine Finanzierung der Maßnahmen des Um- und Ausbaus von öffentlichen Straßen über die Einnahmen aus der Grundsteuer B auch zur Folge gehabt, dass die Kosten für diese Maßnahmen nicht nur vom straßenbaubeitragspflichtigen Personenkreis der Eigentümer der anliegenden Grundstücks zu tragen waren. Dies war mit der gesetzlichen Systematik nicht zu vereinbaren.

Der Bürgermeister hatte den Ratsbeschluss zu Recht beanstandet.

F. O.

### Polizeiliche Durchsuchung zwecks Beschlagnahme eines Lärm verursachenden Geräts

(OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2010 – 14 Wx 9/10 – NJW 2010, S. 2961)

*1. Eine Wohnungsdurchsuchung verlangt in Ansehung der Schwere des Eingriffs in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte Lebenssphäre Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und eine Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.*

*2. Eine Durchsuchung einer Wohnung zum Zwecke der Beschlagnahme eines i. S. des § 117 Abs. 1 OWiG unzulässigen Lärm verursachenden Geräts ist zulässig, wenn die betroffene Person sich uneinsichtig zeigt und sowohl die Herausgabe des Geräts als auch das Abstellen oder auch nur eine zeitliche Einschränkung des Betriebs verweigert.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

**Anmerkung:**

Das OLG hat über eine Beschwerde gegen einen amtsgerichtlichen Durchsuchungsbeschluss entschieden. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer Polizeibehörde wurde eine Ruhestörung (sehr lautende und anhaltende Brummtöne) angezeigt, die ihre Ursache in der Wohnung des Betroffenen (B) habe. Die Polizei stellte fest, dass der Lärm von einer von B betriebenen elektrischen Laubsäge stammte. B weigerte sich, das Gerät abzustellen, und erteilte den Polizeibeamten „Hausverbot“. Da das Geräusch auch am folgenden Tag zu hören war, beantragte die Polizeibehörde beim AG, die Durchsuchung der Wohnung zum Zwecke der Beschlagnahme des Geräts anzuordnen. Das Gericht entsprach diesem Antrag. Nach Ansicht des OLG zu Recht: Es hätten die Voraussetzungen einer **Durchsuchung** nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 PolG BW (= z. B. § 41 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW) vorgelegen. Danach kann die Polizei eine Wohnung durchsuchen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die sichergestellt oder beschlagnahmt werden darf. Eine Beschlagnahme ist gem. § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW zulässig, wenn dies erforderlich ist zum Schutz eines Einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung. Dies entspricht der Rechtslage in den anderen Bundesländern (s. z. B. § 43 Nr. 1 PolG NRW: „um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren“). In concreto war eine Verletzung der Rechtsordnung bereits eingetreten, weil B in einem unzulässigen und vermeidbaren Ausmaß Lärm erzeugte, der geeignet war, die Nachbarschaft erheblich zu belästigen und die Gesundheit anderer zu schädigen. Damit war der Tatbestand einer **Ordnungswidrigkeit** nach § 117 Abs. 1 OWiG erfüllt. Darüber hinaus war eine unmittelbar bevorstehende **Gefahr für die Gesundheit** der Nachbar gegeben, weil der Lärm jedenfalls bei anhaltender Dauer geeignet war, das körperliche Wohlbefinden der Nachbarn erheblich zu beeinträchtigen. Schließlich – so das OLG – sei der Eingriff auch im Hinblick auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) gerechtfertigt. Zwar bestünden insoweit hohe Voraussetzungen für Durchsuchungen (s. Leitsatz 1). Diese Anordnungen seien hier jedoch erfüllt, insbesondere habe angesichts der Uneinsichtigkeit des B kein milderer Mittel zur Gefahrenabwehr zur Verfügung gestanden (s. Leitsatz 2).

J.V.

### Kündigung bei ehrverletzender Äußerung über Vorgesetzte

(BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, DB 2010, S. 1128)

*1. Auch grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen können eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen.*

*2. Entsprechendes gilt für bewusst wahrheitswidrig aufgestellte Tatsachenbehauptungen, etwa wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen.*

3. *Geschah eine diffamierende oder ehrverletzende Äußerung in vertraulichen Gesprächen unter Arbeitskollegen, vermögen sie eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Weiteres zu begründen.*

4. *Vertrauliche Äußerungen unterfallen dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.*

5. *Hebt der Gesprächspartner später gegen den Willen des sich negativ äussernden Arbeitnehmers die Vertraulichkeit auf, geht dies arbeitsrechtlich nicht zu dessen Lasten.*

6. *Den Schutz der Privatsphäre und Meinungsfreiheit kann jedoch derjenige Arbeitnehmer nicht für sich in Anspruch nehmen, der selbst die Vertraulichkeit der Situation aufhebt.*

7. *Störungen des Vertrauensverhältnisses oder des Betriebsfriedens, die durch die Weitergabe des Gesprächsinhalts eingetreten sind, können einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers nicht rechtfertigen.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

**Anmerkung:**

Die Beklagte (B) – ein Versicherungsunternehmen – hat der Klägerin (K), die bei B als eine von drei Organisationsleiterinnen beschäftigt war, außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt, weil sie sich nach Mitteilung ihrer beiden Kolleginnen ehrverletzend und herabsetzend über ihren Vorgesetzten geäußert habe. K räumt lediglich ein, sie habe sich im Rahmen privater Kontakte zu ihren Kolleginnen einmal scherzhaft über die Erkrankung des Vorgesetzten geäußert. B hat ihren Antrag auf Abweisung der Klage um einen – hilfsweise gestellten – Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ergänzt. Zur Begründung machte sie geltend, K habe noch weitere unwahre Behauptungen gegenüber ihren Kolleginnen aufgestellt und dadurch den Betriebsfrieden gestört. Die Klage war in allen Instanzen erfolgreich. Ein **wichtiger Grund** i. S. des § 626 Abs. 1 BGB, der eine **fristlose Kündigung** rechtfertigen könnte, liegt nach Ansicht auch des BAG nicht vor. Zwar könne das Verbreiten wahrheitswidriger Behauptungen oder das Verbreiten von Gerüchten ebenso wie grobe Beleidigungen (§§ 185 ff. StGB) einen gewichtigen Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten darstellen, so dass sie eine solche Kündigung rechtfertigten. Allerdings anerkennt das Gericht, dass Arbeitnehmer einen vertraulichen Bereich haben müssen, in dem sie „Dampf ablassen“ dürfen. Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) schütze auch die **vertrauliche Kommunikation in der Privatsphäre**. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in Vertraulichkeitsbeziehungen verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des Betroffenen vorgehe. Damit greift der Senat auf den Gedanken der „beleidigungsfreien Sphäre“ zurück, der im Strafrecht gilt und wonach an sich strafrechtlich relevante Äußerungen in engen persönlichen Verhältnissen auch dann nicht strafbar sind, wenn sie nach außen dringen (Lenckner, in: *Schönke/Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 185 ff., Rn. 9 ff.). Zumindest Äußerungen im kleinen Kreis von Kollegen bleiben entsprechend arbeitsrechtlich folgenlos, zumal regelmäßig die Erwartung besteht, die Äußerungen würden nicht über den Kreis der Gesprächsteilnehmer hinausgehen. Wird diese Erwartung – aus welchen Gründen

auch immer – enttäuscht, ist das rechtlich unerheblich (s. Leitsatz 5). Etwas anderes (s. Leitsatz 6) gilt, wenn der sich Äußernde selbst die Vertraulichkeit der Situation beseitigt, also beispielsweise damit rechnet oder sogar bewusst einkalkuliert, dass seine Äußerungen an das Ohr der beleidigten Person gelangen.

Mangels einer Pflichtverletzung ist auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund **ordentlicher Kündigung** i. S. von § 1 KSchG **sozial nicht gerechtfertigt**.

Es ist konsequent, dass der Senat den **Auflösungsantrag** (gem. § 9 KSchG) als unbegründet abweist. Zwar kann sich der Arbeitgeber zur Begründung seines Auflösungsantrags auch auf solche Umstände berufen, die er der Kündigung zugrunde gelegt hat. Hier widerspräche es jedoch der auf der Vertraulichkeit des Gesprächs beruhenden kündigungrechtlichen Wertung, wenn die (angeblichen) Äußerungen der K als Begründung dafür dienen würden, das Arbeitsverhältnis wegen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der K aufzulösen.

J. V.

**Ambulante Dienste keine Sonderrechtsnachfolger in der Sozialhilfe**

(BSG, Urteil v. 13.07.2010 – 8 SO 13/09)

*Nach dem Tod eines Leistungsberechtigten nach dem Sozialgesetzbuch XII (SGB XII) gehen noch offene, nicht bewilligte Sozialhilfeansprüche nicht per Gesetz auf ambulante Dienste über, die im Vorgriff Leistungen für diesen erbracht haben.*

(Nichtamtl. Leitsatz)

**Entscheidungskontext:**

Das Thema „Tod und Sozialhilfe“ ist ein weites Feld. Verwaltung und Gerichte treibt dieses Thema nicht nur bei den Bestattungskosten nach § 74 SGB XII um, sondern auch bei noch nicht bewilligten, offenen Kosten von Maßnahmeträgern.

Sozialhilfeansprüche wurden früher wegen ihres höchstpersönlichen Charakters grundsätzlich nicht als vererblich angesehen, selbst wenn der Leistungsberechtigte während eines Gerichtsverfahrens um die Sozialhilfe verstarb. Dies ist gelockert worden: Erblichkeit wird nun angenommen, wenn die Sozialhilfe beim Tode schon mit Bescheid bewilligt war, die Behörde aber säumig mit der Auszahlung ist oder wenn im Hinblick auf eine ausbleibende, aber erwartete Gewährung der Sozialhilfe oder eine rechtswidrige Ablehnung ein Dritter zur Beseitigung der Notlage vorgeleistet hat. Ist dies ein Einrichtungsträger, der seinen eigenen Anspruch nach § 19 Abs. 6 SGB XII verfolgt, fehlt dem Erben die Aktivlegitimation.

Für Ansprüche auf Sozialhilfe ist § 19 Abs. 6 SGB XII Sonderregelung zu §§ 56 ff. SGB I. Mit dem Tod geht ein Anspruch auf eine noch ausstehende Sozialhilfeleistung auf die in der Regel juristische Person (Heimträger usw.) über, die tatsächlich die Leistung erbracht hat. Diese kann den insoweit übergegangenen Anspruch in eigenem Namen unter Umständen auch gerichtlich geltend machen; dies mit Erfolg aber nur, wenn im Übrigen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des eigentlichen Sozialhilfeanspruchs in der Person des verstorbenen Antragstellers zum Zeitpunkt des Anspruchsübergangs vorgelegen haben (wie Notwendigkeit der Hilfe, Bedürftigkeit usw.). Im vorliegenden Fall war zu entscheiden, ob diese Schutzvorschrift für die Maßnahmeträger nur für vollstationäre (wie Pflege- und Behindertenheime) und teilstationäre Einrichtungen (z.B. Tagesstätten,

Werkstätten für behinderte Menschen) oder auch für sog. ambulante Dienste gilt, die etwa aufsuchende ambulante Hilfe zur Pflege leisten.

#### Sachverhalt:

Der Kläger ist Inhaber eines ambulanten Pflegedienstes. Er führte die ambulante Pflege der Hilfeempfangerin in deren häuslichem Umfeld seit dem 01.06.2005 durch. Gegen den entsprechenden Bewilligungsbescheid wandte sich diese, weil der Eigenanteil angeblich zu hoch und zudem der tatsächliche Pflegebedarf nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Nachdem die Hilfeempfangerin am 09.02.2006 verstorben war, wies die beklagte Behörde die Hinterbliebenen mit Schreiben vom 03.03.2006 darauf hin, dass eine weitere Bearbeitung des Widerspruchs nicht erfolgen könne, da es sich bei Sozialhilfensprüchen um Ansprüche höchstpersönlicher Art handle, die mit dem Tode des Hilfeempfängers untergingen.

Mit Schreiben vom 12.04.2006 teilte der Kläger mit, er trete in das Widerspruchsverfahren der Hilfeempfangerin gemäß § 19 Abs. 6 SGB XII ein und mache für den Zeitraum vom 01.06.2005 bis 31.12.2005 einen Betrag in Höhe von 14.741,75 € geltend. Später reichte er einen eigenen Antrag ein. In der Folgezeit ging die Beklagte zunächst ersichtlich davon aus, dass Ansprüche der Hilfeempfangerin gemäß § 19 Abs. 6 SGB XII auf den Kläger übergegangen seien, erkannte einen höheren Pflegebedarf und gab dem Antrag im Umfang von 2.986,88 Euro statt. Der Kläger verfolgte den behaupteten Anspruch in Höhe von 11.754,87 Euro weiter.

Daraufhin wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie lediglich aus, die Voraussetzungen des § 19 Abs. 6 SGB XII lägen nicht vor, da die genannte Vorschrift für ambulante Dienste nicht anwendbar sei, sich vielmehr auf Leistungen für Einrichtungen oder auf das sog. Pflegegeld beziehe. Die hiergegen beim Sozialgericht Dortmund erhobene Klage wies dieses zurück. Die gegen das SG-Urteil eingelegte Berufung blieb erfolglos.

#### Entscheidungsgründe:

Nach § 19 Abs. 6 SGB XII können Träger einen Sozialhilfenspruch besitzen, wenn sie Leistungen für einen Betreuten erbracht haben, dessen Sozialhilfenspruch aber nicht erfüllt werden konnte, weil er vor Bewilligung verstarb. Das BSG hat es abgelehnt, diese Schutzvorschrift auf Träger ambulanter Dienste anzuwenden.

Der Wortlaut umfasse neben dem „Pflegegeld“ ausdrücklich nur „Leistungen für Einrichtungen“. Der Gesetzgeber unterscheide schon bei der Begriffsbestimmung im Zweiten Kapitel Erster Abschnitt („Grundsätze der Leistungen“) zwischen „Leistungen außerhalb von Einrichtungen“ (ambulante Leistungen) und Leistungen in teilstationären oder stationären Einrichtungen (teilstationäre oder stationäre Leistungen). Beide Begriffe würden in § 13 Abs. 1 SGB XII definiert. Sie tauchten auch in § 75 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 SGB XII wieder auf. Ambulante Leistungen würden hiernach „außerhalb

von Einrichtungen“ erbracht; ambulante Dienste seien mithin gerade nicht Einrichtungen im Sinne dieser Definition.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz spreche nicht gegen dieses Ergebnis. Ambulante und stationäre Einrichtungen seien nicht vergleichbar. Das Kostenrisiko sei für stationäre Einrichtungen typischerweise größer als für ambulante. Dort seien die Kosten auch regelmäßig höher. Durch den Anspruchsübergang sollen die Träger einer Einrichtung, die Hilfe zur Pflege erbracht haben, und Pflegepersonen im Sinne von nahen Angehörigen des Pflegebedürftigen, die Pflege geleistet haben, zudem in ihrem Vertrauen auf die Gewährung von Leistungen geschützt werden. Die besondere Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens resultiere bei Pflegepersonen aus dem Umstand der geleisteten persönlichen Pflege aufgrund einer emotionalen Verbundenheit mit dem Pflegebedürftigen und der damit verbundenen Entlastung der Solidargemeinschaft. Das Vertrauen von Einrichtungen, die (teil-)stationäre Leistungen erbringen, sei ebenfalls besonders schutzwürdig. (Teil-) Stationäre Pflege werde im Regelfall gewährt, wenn ambulante Hilfen nicht ausreichend sind, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Hilfebedürftige in einem zunehmenden Maße pflegebedürftig wird.

#### Anmerkungen:

Angesichts der Formulierungen in § 13 SGB XII eine richtige Entscheidung des BSG. Trotzdem bleibt ein merkwürdiger Nachgeschmack, da der Senat sich in der Urteilsbegründung eine Leistungslandschaft ausmalt, die so nicht der Realität entspricht.

Anders als das BSG meint, sind in der Verwaltungspraxis ambulante Dienste mindestens dem gleichen finanziellen Risiko ausgesetzt wie Heime. Wenn über den Leistungsantrag erst Monate nach Antrag entschieden wird, muss auch ein Träger eines ambulanten Dienstes erheblich und ungesichert vorleisten. Behindertenheime schützt hier in der Regel die Vorleistungsvorschrift des § 92 Abs. 1 SGB XII.

Ferner ist es etwas spekulativ, eine enge emotionale Verbundenheit der Betreuer zu den Betreuten allein bei stationären und teilstationären Einrichtungen zu unterstellen. Mitarbeiter ambulanter Dienste haben regelmäßig ebenso innigen Kontakt zu ihren Betreuten.

Erfreulich ist, dass das Bundessozialgericht im Hinblick auf die Definition der „stationären Einrichtung“ dem Bundesverwaltungsgericht folgt. Danach handelt es sich bei einer Einrichtung um einen in einer besonderen Organisationsform zusammen gefassten Bestand von personellen und sächlichen Mitteln unter verantwortlicher Trägerschaft, der auf gewisse Dauer angelegt und für einen wechselnden Personenkreis zugeschnitten ist und Leistungen der Sozialhilfe erbringt. Dies bietet wenig spekulative Rechtssicherheit.

F.D.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

|      |   |                             |
|------|---|-----------------------------|
| F.D. | = | Franz Dillmann              |
| F.O. | = | Rechtsanwalt Dr. Franz Otto |
| J.V. | = | Prof. Dr. Jürgen Vahle      |

Besuchen Sie uns auch im Internet!

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

# Schrifttum

**Ebert, Der Verwaltungsprozess in der Behördenpraxis, 1. Aufl. 2011, 140 Seiten, kart., € 29,80, Carl Link Verlag, ISBN 978-3-556-05987-6**

Die Bedeutung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist in der Behördenpraxis deutlich gestiegen. Ursache hierfür ist die weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in vielen Bundesländern, z. B. in Nordrhein-Westfalen. Infolgedessen „landen“ viele Verwaltungsakte unmittelbar auf dem Richterisch und müssen von den Behörden „verteidigt“ werden. Nur in wenigen Fällen bedienen sich die Verwaltungen anwaltlicher Hilfe, im Regelfall werden sie – zumindest im erstinstanzlichen Verfahren – von Beamten des gehobenen oder höheren Dienstes vertreten. Entsprechend dieser Verwaltungsrealität sind auch die Lehrpläne an den Ausbildungseinrichtungen für den Verwaltungsdienst geändert worden; der Schwerpunkt liegt nicht mehr auf dem Vorverfahren, sondern auf dem gerichtlichen Verfahren. Vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass der Autor – als Verwaltungspraktiker, Richter und Verfasser wissenschaftlicher Beiträge ausgewiesen – einen handlichen „Leitfaden für Praxis und Ausbildung“ (so der Untertitel des Buches) vorgelegt hat. Er gibt eine gute Einführung in die Grundlagen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und umreißt den Bogen von der Erhebung der Klage bis hin zur Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen. Die Schwerpunktssetzung überzeugt: Beispielsweise wird der Ablauf des Verfahrens in erster Instanz deutlich umfangreicher dargestellt als die Revision. Die Darstellung wird aufgelockert durch zahlreiche Muster und Beispiele, so dass der teilweise recht spröde Stoff anschaulich wird.

Fazit: Ein sehr nützlicher Ratgeber für alle Behörden, die an Gerichtsverfahren beteiligt sind. Darüber hinaus ist es auch ein sehr gutes Arbeitsmittel für Studierende bzw. Absolventen der Verwaltung, die sich mit dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertraut machen wollen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

**Kommunalverfassungsrecht Bayern, Kommentare, Texte, 9. Nachlieferung, Juli 2011, 412 S., € 49,90, Gesamtwerk 2116 S., € 129,00, Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden**

Diese Lieferung beinhaltet eine umfangreiche Aktualisierung der GO-Kommentierung. Außerdem wurden die Texte von LKrO und BezO auf den aktuellen Stand gebracht. Schließlich ist auch der Kommentar zum KommZG überarbeitet worden.

**Radtke/Hohmann, StPO, Kommentar, 2011, 2579 Seiten, geb. € 198,00, Verlag Vahlen, ISBN 978-3-8006-3602-0**

An guten Kommentaren zur Strafprozessordnung besteht kein Mangel (s. z. B. Meyer-Goßner, Beck). Es drängt sich daher die Frage auf, ob für einen weiteren Kommentar überhaupt ein Bedarf besteht. Der vorliegende – überwiegend von Rechtsanwältinnen gestaltete – „Radtke/Hohmann“ gehört zur Gruppe der „mittelgroßen“ Erläuterungswerke. Um mit den äußeren Vorzügen zu beginnen: Schriftbild, optische Gestaltung und Strukturierung sind sehr gelungen und benutzerfreundlich. Vielen Kommentierungen sind Übersichten vorangestellt, die auf die Randnummern im Fließtext Bezug nehmen. Literatur- und Rechtsprechungsangabe sind vom Text abgesetzt und stören damit den Lesefluss nicht. Schließlich sind Schlüsselbegriffe im Fettdruck hervorgehoben. Trotz des erheblichen Umfangs ist die Arbeit mit dem Kommentar daher sehr unkompliziert. Auch der „eilige“ Leser findet schnell Zugang zu dem Werk. Der Grundton des Kommentars ist, das mag an der Zusammensetzung des Autorenkreises liegen, durchaus kritisch, aber sachlich. Abweichende Auffassungen insbesondere in der Rechtsprechung werden nicht „unterschlagen“. Dies gilt etwa für die sog. Widerspruchslösung bei Verfahrensverstößen, die zu einem Verwertungsverbot führen können (s. § 257 Rn. 24 ff.), die von den Kommentatoren abgelehnt wird (s. § 81a Rn. 30 f.; § 136 Rn. 30).

Der Rezensent hat den Kommentar mehrfach bei verschiedenen Rechtsfragen zu Rate gezogen und hat stets gute Argumente und Lösungen gefunden. Hauptadressaten des „Radtke/Hohmann“ dürften in Ansehung des recht hohen, aber angemessenen Preises in erster Linie (Behörden- und Hochschul-) Bibliotheken sein. Auch Rechtsanwälte sind gut beraten, wenn sie bei einem

strafrechtlichen Mandat zu dem Werk greifen. Speziell für Verwaltungsbehörden sind viele Erläuterungen mit Blick auf das Ordnungswidrigkeitenrecht von Bedeutung, erklärt doch § 46 Abs. 1 OWiG die Normen der StPO für sinngemäß anwendbar.

Fazit: Der vorliegende Kommentar stellt eine Bereicherung der Erläuterungswerke zur StPO dar. Er wird sich – diese Prognose sei gewagt – auf diesem gut besetzten Feld durchsetzen und eine führende Rolle erlangen.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Gade/Stoppa, Waffengesetz, Kommentar, 2011, 555 Seiten, geb., € 64,-, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-62087-4**

Das Waffengesetz (WaffG) ist eine spezielle Materie des Gefahrenabwehrens. Der Gesetzgeber sieht im Besitz insbesondere von Schusswaffen einen Gefahrenherd, der einer strengen Regulierung bedarf. Die polizeiliche Statistik zeigt allerdings, dass bei Straftaten mit Schusswaffen hauptsächlich illegale Waffen verwendet werden. Amokläufe unter Einsatz einer Schusswaffe haben in den letzten Jahren zu mehreren Verschärfungen des WaffG geführt. Grundsätzlich soll privater Waffenbesitz in Deutschland verboten sein. Allerdings ist dieser Grundsatz im deutschen Waffenrecht durch zahlreiche Ausnahmen (z. B. zugunsten von Sportschützen und Jagdberechtigten) durchlöchert. Viele unbestimmte Rechtsbegriffe (z. B. Bedürfnis) schaffen immer wieder Anlass für Rechtsstreitigkeiten. Der neu in der „Gelben Reihe“ verlegte Kommentar bietet zunächst eine rd. 22 Seiten umfassende sehr instruktive Einführung in die Grundlagen und das Konzept des deutschen Waffenrechts. Sodann werden die einzelnen Vorschriften des WaffG – einschließlich Anlagen – gründlich und kenntnisreich kommentiert. Mehrere Stichproben, u. a. zum Kleinen Waffenschein (§ 10) und zum Verbot des Führens von Waffen bei öffentlichen Veranstaltungen (§ 42) – haben diese erste Einschätzung bestätigt. Die Sprache ist gut verständlich, zahlreiche Beispiele verdeutlichen den nicht einfachen Stoff.

Fazit: Der Kommentar bietet eine sehr gute Informationshilfe für alle, die sich mit Problemen des Waffenrechts befassen müssen, also z. B. Polizei- und Verwaltungsbeamte, Straf- und Verwaltungsrichter und Rechtsanwälte.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Luber, Schelter, Deutsches Sozialrecht, Textsammlung, 276. Ergänzungslieferung, Stand 1. August 2011, € 171,00, Verlag R. S. Schulz, Starnberg**

**Hauck, Noftz, Sozialgesetzbuch SGB X, Verwaltungsverfahren, Schutz der Sozialdaten, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten, Kommentar, Lieferung 2/2011, Erich Schmidt Verlag, Berlin**

Mit der Lieferung 2/11 erfolgt eine Aktualisierung der Gesetzestexte (SGB X, SGG und VwGO) und des Stichwortverzeichnisses. Außerdem wird die Kommentierung der §§ 21 (Beweismittel), 22 (Vernehmung durch das Sozial- und Verwaltungsgericht), 44 (Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes), 74 (Übermittlung bei Verletzung der Unterhaltungspflicht und beim Versorgungsausgleich) sowie aus dem Zweiten Abschnitt des 3. Kapitels (Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander) der §§ 102 (Anspruch des vorläufig leistenden Leistungsträgers), 103 (Anspruch des Leistungsträgers, dessen Leistungsverpflichtung nachträglich entfallen ist), 104 (Anspruch des nachrangig verpflichteten Leistungsträgers) und 105 (Anspruch des unzuständigen Leistungsträgers) an die neueste Gesetzeslage und Rechtsprechung angepasst und teilweise vollständig überarbeitet.

**Berg, Staatsrecht, 6. Aufl. 2011, 265 Seiten, kart., € 25,00, Boorberg, ISBN 978-3-415-04662-7**

Der „Grundriss des Staatsorganisationsrechts und der Grundrechte“ ist vor 20 Jahren erstmalig erschienen. Er ist ausweichlich des Vorwortes nicht zuletzt als Arbeitshilfe für die Ausbildung junger Juristen in den neuen Bundes-

ländern konzipiert worden. Ziel war – und ist es auch heute – eine streng systematische Darstellung der tragenden Prinzipien des Staatsrechts und seiner Funktion in der Gesamtrechtsordnung, eingebunden in die geschichtliche und politische Entwicklung. Besonderen Wert legt der Autor darauf, den systematischen Aufbau des Grundgesetzes aufzuzeigen und die wechselseitigen Bezüge zwischen Organisationsrecht und Grundrechten herauszuarbeiten.

Eine Darstellung deren reiner Text nur rund 230 Seiten umfasst, muss aber notgedrungen komprimiert sein. Der Autor versteht es jedoch als erfahrener Hochschullehrer, den Stoff prägnant und verständlich darzustellen. Stichproben haben gezeigt, dass das Buch auf aktuellem Stand ist und sowohl die neue Gesetzgebung als auch Judikatur bruchlos eingearbeitet wurden.

Positiv zu werten sind auch etliche Hinweise auf die Verfassungspraxis und die Verweisungen auf das Europarecht.

Fazit: Das Werk bietet eine sehr komprimierte Darstellung des komplexen Stoffes und ist insbesondere für Wiederholungszwecke gut geeignet.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

**Übersicht über das Sozialrecht, Ausgabe 2011/2012, 1120 Seiten, mit CD-ROM, € 36,00, BW Bildung und Wissen Verlag und Software GmbH, Nürnberg, ISBN 978-3-8214-7247-8**

Die Übersicht über das Sozialrecht umfasst die zwölf Bücher des Sozialgesetzbuches sowie die anderen Gebiete des Sozialrechts wie die Hilfen für Familien, die soziale Sicherung der freien Berufe, das Wohngeld, die Ausbildungsförderung oder die Hilfen für Spätaussiedler.

Die Autorinnen und Autoren des Werks sind Experten aus den Bundesministerien, den Sozialversicherungen oder dem Bundessozialgericht und informieren aus erster Hand.

Das Buch richtet sich an Fachleute in sozialen Einrichtungen und Diensten, in Verwaltungen und Unternehmen, an Lehrende und Studierende der sozialen Arbeit und nicht zuletzt an alle interessierten Bürgerinnen und Bürger. Berechnungsbeispiele und Tabellen helfen bei der täglichen Arbeit. Das detaillierte Stichwortverzeichnis ermöglicht eine schnelle Suche nach Fachbegriffen und Einzelregelungen. Überblicksdarstellungen und Summaries in englischer Sprache zu jedem Kapitel erschließen den Inhalt. Eine CD-ROM enthält den gesamten Inhalt des Buches und das Statistische Taschenbuch des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

### 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 Ehrenpräsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Udo Post*

Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Standortes Oldenburg des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Oldenburg

Studienleiterin *Gabriele Reichel*  
Leiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt, Magdeburg

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

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

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

Ltd. Verbandsverwaltungsleiter *Jörg Siekmeier*  
Leiter des Kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald

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

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

*Karl Wagner*  
Präsident der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz

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

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

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

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

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

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