

DDVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

63. Jahrgang
Mai 2012
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2012005

5/2012

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Thomas Kulle

Der Einkommenseinsatz nach den diversen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und des SGB XII

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ

Fallbearbeitung

Holger Weidemann

Die unzulässige Grenzbebauung

Jürgen Vahle

„Blumen des Bösen“

Rechtsprechung

Öffentliche und private Grünflächen im Bebauungsplan

Polizeiliche Videoüberwachung der Reeperbahn

Grenzen für Informationsanspruch einer Ratsfraktion

Mangelhaftigkeit eines Bebauungsplans wegen Befangenheit eines Ratsmitgliedes

Informantenschutz bei einer Verbraucherbeschwerde

Anspruch eines Ratsmitgliedes auf Sachmittelgewährung

Bürgerbegehren gegen Windkraftanlagen

Anschluss tieferliegender Grundstücke an den Entwässerungskanal

Nachbarn gegen Kinderspielplatz

Presse und Verbraucherinformation

Ratsmitglied beanspruchte Büroräume im Rathaus

Enteignung wegen Festsetzung im Bebauungsplan

Mehrkosten für Erneuerung der Wasserleitung

Finanzierung der Fraktionsarbeit durch die Gemeinde

Kein Anspruch auf Aufwandsentschädigung ohne Sitzungsteilnahme

Gebührenanforderung der Gemeinde für Oberflächenentwässerung

Ratsmitglied verlangte Auskunft

Kostenerstattungsanspruch der Feuerwehr wegen Alarmierung

Einsicht in Geschäftsunterlagen von Gewerbetreibenden

Irrtum beim Grundstückstausch

Anspruch auf angemessene Straßenbeschaffenheit

Verkehrssicherungspflicht für Verunreinigung im öffentlichen Treppenhaus

Keine Amtspflicht für bloße Erklärung der Baubehörde

Schrifttum

Die DVP im Mai 2012/Inhaltsverzeichnis

Thomas Kulle

Der Einkommenseinsatz nach den diversen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und des SGB XII . . . 178

Der Einkommenseinsatz nach den diversen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und des SGB XII bereiten sowohl den im Sozialrecht handelnden Akteuren, als auch den Studierenden, die das Fach Sozialrecht in ihren Vorlesungen hören, sehr häufig Schwierigkeiten.

Dies liegt zum einen an dem zum 01.01.2005 eingeführten § 9 II 3 SGB II, dessen Auslegung und Anwendung umstritten sind. Nach einer Meinung betritt der Gesetzgeber zwar mit diesem Satz Neuland, leistet aber keinen Beitrag dazu, was beim Betreten dieses Neulands zu beachten ist, denn die Gesetzesmaterialien bieten keine Anhaltspunkte dafür, welche Bedeutung dieser Satz bei der Umsetzung des Gesetzes haben soll oder kann.

Zum anderen treten immer wieder Schwierigkeiten beim Einsatz von Einkommen nach den verschiedenen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und SGB XII auf, weil in Lehre und Praxis Berechnungsmethoden mit „Bedarfsanteilmethode“ bezeichnet werden. Aber welche konkrete Berechnungsmethode ist mit der „Bedarfsanteilmethode“ beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II und des SGB XII gemeint? In der Praxis und besonders in SGB II-Bescheiden wird häufig der Begriff „Horizontalberechnung“ oder „Horizontalübersicht“ erwähnt. Im Rahmen der Durchführungshinweise der Agentur für Arbeit „erfolgt die Horizontalberechnung nach der Bedarfsanteilmethode“. Welche konkrete Berechnungsmethode ist mit den oben erwähnten Bezeichnungen aber gemeint?

Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Berechnungsmethode das Bundessozialgericht als oberstes deutsches Sozialgericht beim Einsatz von Einkommen im Rahmen des SGB II und des SGB XII anwendet?

Dieser Aufsatz möchte den im Sozialrecht handelnden Akteuren und den Studierenden Orientierung bieten, welche konkreten Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II und des SGB XII vertreten werden, wie die unterschiedlichen Berechnungsmethoden anzuwenden sind, welche Berechnungsmethode beim Einsatz von Einkommen im Rahmen des SGB II und des SGB XII die am besten geeignete ist und warum die anderen Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II und des SGB XII abzulehnen sind.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 195

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Fallbearbeitungen

Holger Weidemann

Die unzulässige Grenzbebauung 197

Gegenstand dieser Klausur sind vorrangig Fragen des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Diese werden mit baurechtlichen Aspekten verknüpft. Zur Lösung des Falles sind aber keine speziellen baurechtlichen Kenntnisse erforderlich.

Zu behandeln sind u.a. die Statthaftigkeit eines Widerspruchs gegen die Aufhebung einer Baugenehmigung, die Einhaltung der Widerspruchsfrist sowie im Rahmen der Begründetheit ein Anhörungsmangel und die Ermessenserwägungen bei Verletzung einer nachbarschützenden Norm.

Jürgen Vable

„Blumen des Bösen“ 205

In diesem Fall sind ein Gutachten sowie eine Klageerwiderung zu erstellen. In der Sache geht es zunächst um die Einhaltung der Klagefrist. Im Rahmen der Begründetheit ist sodann die Rechtmäßigkeit einer Schließungsverfügung gegen einen Gaststättenbetrieb zu prüfen. Hierbei ist u.a. auf die Rechtmäßigkeit der vorhergehenden Ermittlungen einzugehen, was wiederum zunächst die Frage aufwirft, ob überhaupt ein der Öffentlichkeit zugänglicher Gaststättenbetrieb vorliegt. Im Rahmen der Klageerwiderung wird auf die Klageschrift eingegangen; hierbei werden die Ergebnisse des Gutachtens verwendet.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

| | |
|---|-----|
| Öffentliche und private Grünflächen im Bebauungsplan (BVerwG, Beschluss vom 21.07.2011 – 4 BN 10/11) | 211 |
| Polizeiliche Videoüberwachung der Reeperbahn (BVerwG, Urteil vom 25.01.2012 – 6 C 9.11) | 211 |
| Grenzen für Informationsanspruch einer Ratsfraktion (OVG Koblenz, Urteil vom 28.10.2011 – 2 A 10685/11) | 212 |
| Mangelhaftigkeit eines Bebauungsplans wegen Befangenheit eines Ratsmitgliedes (OVG Koblenz, Urteil vom 24.03.2011 – 1 C 10731/10) | 212 |
| Informantenschutz bei einer Verbraucherbeschwerde (OVG Münster, Beschluss vom 28.09.2011 – 13 a F 46/10) | 213 |
| Anspruch eines Ratsmitgliedes auf Sachmittelgewährung (OVG Münster, Beschluss vom 18.03.2011 – 15 A 307/11) | 213 |
| Bürgerbegehren gegen Windkraftanlagen (OVG Saarlouis, Beschluss vom 20.05.2011 – 2 B 198/11) | 214 |
| Anschluss tieferliegender Grundstücke an den Entwässerungskanal (OVG Weimar, Beschluss vom 07.10.2011 – 4 EO 798/07) | 214 |
| Nachbarn gegen Kinderspielplatz (VGH Kassel, Urteil vom 25.07.2011 – 9 A 125/11) | 214 |
| Presse und Verbraucherinformation (VGH München, Beschluss vom 10.05.2011 – 1 S 570/11) | 215 |
| Ratsmitglied beanspruchte Büroräume im Rathaus (VGH München, Beschluss vom 12.10.2011 – 4 ZB 10.1246) | 215 |
| Enteignung wegen Festsetzung im Bebauungsplan (VGH München, Beschluss vom 20.12.2011 – 8 B 10.1370) | 216 |
| Mehrkosten für Erneuerung der Wasserleitung (VGH München, Beschluss vom 31.08.2011 – 8 ZB 11.549) | 216 |
| Finanzierung der Fraktionsarbeit durch die Gemeinde (VG Düsseldorf, Urteil vom 09.09.2011 – 1 K 6865/10) | 216 |
| Kein Anspruch auf Aufwandsentschädigung ohne Sitzungsteilnahme (VG Düsseldorf, Urteil vom 29.10.2011 – 1 K 8272/09) | 217 |
| Gebührenanforderung der Gemeinde für Oberflächenentwässerung (VG Köln, Urteil vom 19.10.2011 – 14 K 1336/10; VG Minden, Urteil vom 18.2.2011 – 3 K 822/10) | 217 |
| Ratsmitglied verlangte Auskunft (VG Meiningen, Urteil vom 20.09.2011 – 2 K 140/11) | 218 |
| Kostenerstattungsanspruch der Feuerwehr wegen Alarmierung (VG Neustadt/Weinstraße, Urteil vom 27.09.2011 – 5 K 221/11) | 218 |
| Einsicht in Geschäftsunterlagen von Gewerbetreibenden (VG Stuttgart, Urteil vom 13.10.2011 – 4 K 2413/11 u. 4 K 2414/11) | 218 |
| Irrtum beim Grundstückstausch (BGH, Urteil vom 30.09.2011 – V ZR 17/11) | 219 |
| Anspruch auf angemessene Straßenbeschaffenheit (OLG Jena, Urteil vom 31.05.2011 – 4 U 884/10) | 219 |
| Verkehrssicherungspflicht für Verunreinigung im öffentlichen Treppenhaus (LG Bielefeld, Urteil vom 08.04.2011 – 4 O 435/10) | 219 |
| Keine Amtspflicht für bloße Erklärung der Baubehörde (LG Detmold, Urteil vom 31.05.2011 – 1 O 203/09) | 220 |

Schrifttum

220

Die Schriftleitung

Impressum

Redaktion:

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

Regierungsdirektor Günter Haurand
Gadderbaumer Straße 15 a, 33602 Bielefeld
E-Mail: haurand@web.de

Prof. Dr. Jürgen Vahle
Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,
E-Mail: jvahle@web.de

Prof. Holger Weidemann
Südstraße 16, 28857 Syke
Tel. (05 11) 1 60 94 09

E-Mail: holger.weidemann@nds-sti.de

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
E-Mail: 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,
E-Mail: maxibonn@t-online.de

Zeitschrift ist Anzeigenpreisliste Nr. 28 gültig. Anzeigenschluss jeweils am 01. des Vormonats. Die Verwendung von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Werbezwecke ist nicht gestattet.

Auslieferung: Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart
Tel. 0711 / 6672-0, Fax 0711 / 6672 1974
koehler-mittler@svk.de

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

Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das Zitierrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

Produktionsmanagement:
impress media GmbH, Mönchengladbach

Liebe Leserinnen und Leser,

viele deutsche Gemeinden und Kreise sind überschuldet, wären sie private Unternehmen, müssten sie das Insolvenzverfahren beantragen. In der Zeitung „*Neue Westfälische*“ (*NW*) vom 25. Januar 2012 steht, dass die Gesamtverschuldung der Stadt Bielefeld erstmals in ihrer Geschichte die Milliarden-Grenze übersteigt. Die Stadt muss sparen.

Wenn es auf eine Meinungsumfrage der *NW* zum Thema Sparen ankäme, würde der Rat folgende Beschlüsse fassen:

1. Es wird weniger Geld in Freibäder investiert.
2. Die Beamtengehälter werden gekürzt.
3. Die Zahl der Politessen wird reduziert.
4. Der Posten des Oberbürgermeisters wird ein Ehrenamt.
5. Die Stadt investiert in Fachhochschulen.
6. Es wird Personal abgebaut.
7. Beamte zahlen ab sofort vernünftig Steuern wie andere auch.
8. Die Stadtbahn bekommt keine neue Linie.
9. Der Lichtturm bei den Stadtwerken wird abgeschaltet.
10. Ein geplantes Einkaufszentrum darf nicht gebaut werden.

Die Zeitung hat Passanten in der Innenstadt von Bielefeld nach Ideen zum Sparen befragt. Ich habe zunächst gedacht, gute Idee, sie entspricht demokratischen Grundsätzen, alle Gewalt geht vom Volk aus. Man wirft den Politikern vor, sie würden den Volkswillen nicht kennen beziehungsweise, falls sie ihn kennen, böswillig ignorieren. Die Bürgerinnen und Bürger vertreten demgegenüber die „Weisheit der Vielen.“ In der Zeitung werden die Antworten von sechs Passanten zitiert. Ich habe ihre Äußerungen in den Zehn-Punkte-Beschluss umformuliert, inhaltlich wurde nichts geändert. Der Vorschlag eines Studenten, weniger Geld in Freibäder zu investieren, Bildung und Kultur seien wichtiger, klang vernünftig. Andererseits formiert sich sehr oft Bürgerwiderstand, wenn ein Bad geschlossen oder der Badebetrieb eingeschränkt werden soll. Bei den anderen Sparvorschlägen gerät man schwer ins Grübeln. Wieso die Stadt spart, wenn sie (private und staatliche) Fachhochschulen finanziell unterstützt, leuchtet auch auf den zweiten Blick nicht ein. Es ist auch zumindest zweifelhaft, ob sich ein halbwegs normaler Mensch fände, der – wie Rentner G. es wünscht – ehrenamtlich die Verwaltung einer Stadt mit mehr als 300.000 Einwohnern führen will und kann. Wahrscheinlich würden sich auf eine entsprechende Stellenanzeige nur machtgierige und großwahn sinnige Leute und/oder gelangweilte Ruheständler melden. Sechs veröffentlichte Meinungen sind zweifellos kein Beweis dafür, dass die Mehrheit der Bielefelder Innenstadt-Passanten oder gar die Mehrheit der Einwohner von Bielefeld derartige Ansichten vertritt. Eine Umfrage mit so wenigen Probanden ist nicht aussagekräftig. Möglicherweise haben die Zeitungsleute viel mehr Passanten befragt, die sechs Antworten aber als repräsentativ eingeschätzt und deshalb veröffentlicht. Vielleicht haben sie auch nur besonders originelle Antworten ausgewählt. Ich habe auf einer Internetseite („Bürgerhaushalt“) gelesen, dass der Bürgerhaushalt das „erfolgreichste Partizipationsinstrument der letzten 15 Jahre“ sei. Die Bürger sollten regelmäßig über finanzielle Angelegenheiten ihrer Gemeinde bzw. Stadt über das Internet oder in Versammlungen abstimmen.

Nach der Lektüre der Sparvorschläge in der *NW* kamen mir Zweifel, ob eine „Volksabstimmung“ über den Einsatz der Haushaltsmittel das Leben in einer Stadt gerechter und angenehmer macht. Vielleicht wird die viel gerühmte Schwarmintelligenz überschätzt. Wenn die Behörden „online“ abstimmen lassen, benachteiligen sie übrigens alle Bürger, insbesondere ältere, die keinen Zugang zum Internet haben. Sie bevorzugen junge, technikbegeisterte Menschen. Die Vereinbarkeit des „Partizipationsinstruments“ mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz scheint mir noch nicht ausreichend geklärt zu sein.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Thomas Kulle*

Der Einkommenseinsatz nach den diversen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und des SGB XII

A. Einführung in die Problematik

Der Einkommenseinsatz nach den diversen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und des SGB XII, besonders die im Rahmen des SGB II, bereiten sowohl den im Sozialrecht handelnden Akteuren als auch den Studierenden, die das Fach Sozialrecht in ihren Vorlesungen hören, sehr häufig Schwierigkeiten.

Dies liegt zum einen im Rahmen des SGB II an dem zum 01.01.2005 eingeführten § 9 II 3 SGB II, der im Wortlaut lautet, dass „Ist in einer Bedarfsgemeinschaft nicht der gesamte Bedarf aus eigenen Kräften und Mittel gedeckt, gilt jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis der eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig“. Es stellt sich die Frage, wie dieser Satz anzuwenden und auszulegen ist. Zu dieser Frage wird auch die Auffassung vertreten, das „Deutschland sucht den Superstar, der dieses Rätsel löst“¹. Eine andere Meinung sieht in diesem Satz „eine der am heftigsten diskutierten Normen des SGB II“². Eine weitere Meinung sagt, dass „der Gesetzgeber zwar mit diesem Satz Neuland betritt, er aber keinen Beitrag dazu leistet, was beim Betreten dieses Neulands zu beachten ist, denn die Gesetzesmaterialien bieten keine Anhaltspunkte dafür, welche Bedeutung dieser Satz bei der Umsetzung des Gesetzes haben soll oder kann“³.

Zum anderen treten immer wieder Schwierigkeiten beim Einsatz von Einkommen nach den verschiedenen Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II und SGB XII auf, weil zum einen in der Lehre und zum anderen auch in der Praxis sowohl die Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB II⁴ als auch die Berechnungsmethoden im Rahmen des SGB XII mit „Bedarfsanteilmethode“ bezeichnet werden. Aber welche konkrete Berechnungsmethode ist mit der „Bedarfsanteilmethode“ beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II und des SGB XII gemeint? In der Praxis und besonders in SGB II-Bescheiden wird häufig der Begriff „Horizontalberechnung“ oder „Horizontalübersicht“ erwähnt. Im Rahmen der Durchführungshinweise der Bundesagentur für Arbeit „erfolgt die Horizontalberechnung nach der Bedarfsanteilmethode“⁵. Welche konkrete Berechnungsmethode ist mit den oben erwähnten Bezeichnungen aber gemeint?

Des weiteren stellt sich die Frage, welche Berechnungsmethode das Bundessozialgericht als oberstes deutsches Sozialgericht beim Einsatz von Einkommen im Rahmen des SGB II und des SGB XII anwendet?

Der folgende Aufsatz möchte den im Sozialrecht handelnden Akteuren und den Studierenden Orientierung bieten, welche konkreten Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des

SGB II und des SGB XII vertreten werden, wie die unterschiedlichen Berechnungsmethoden anzuwenden sind, welche Berechnungsmethode beim Einsatz von Einkommen im Rahmen des SGB II und des SGB XII die am besten geeignete ist und warum die anderen Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II und des SGB XII abzulehnen sind.

B. Die Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB XII

I. Die Berechnungsmethoden beim Einsatz von Einkommen im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII

Das Fürsorgerecht betrachtete die Familie wirtschaftlich als Notgemeinschaft. Dementsprechend war der Haushaltsvorstand alleiniger Anspruchsinhaber der für die Familie als Ganzes zu erbringenden Fürsorgeleistungen. Demgegenüber war im Rahmen des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jeder Angehörige der Bedarfsgemeinschaft einzeln und nicht die Bedarfsgemeinschaft als solche leistungsberechtigt. Für die Arbeitslosenhilfe stellte sich dieses Problem nicht, da nur der einzelne Arbeitslose die Leistungsvoraussetzungen in seiner Person erfüllen konnte, unabhängig davon, ob er mit der Familie oder anderen Personen zusammenlebte. Aus dem Einzelanspruch im Sozialhilferecht folgte, dass innerhalb der Bedarfsgemeinschaft nur derjenige leistungsberechtigt war, der seinen persönlichen Bedarf nicht durch eigenes oder bei ihm zu berücksichtigendes Einkommen oder Vermögen anderer decken konnte. Bezogen auf eine Familie bedeutete dies: Reichte das Familieneinkommen nicht aus, um den Bedarf der gesamten Familie zu decken, so war nicht die gesamte Familie oder jeder in der Familie einzeln leistungsberechtigt. Vielmehr war zum Beispiel in einer Familie mit einem Kind nur dieses leistungsberechtigt, wenn die Eltern Einkommen erzielten, das zwar ihren persönlichen Bedarf, nicht aber auch den Bedarf des Kindes deckte. Im Rahmen der Bewilligung war für jedes Mitglied der Bedarfsgemeinschaft einzeln zu ermitteln, ob das in seiner Person zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen seinen persönlichen Bedarf deckte⁶. Die Leistungsbewilligung hatte gegenüber jedem Berechtigten gesondert zu erfolgen, eine Rückforderung war nur vom einzelnen Leistungsempfänger im Umfang der ihm erbrachten Leistungen möglich⁷.

§ 19 I SGB XII in Verbindung mit § 27 II SGB XII legt nicht fest, nach welchen Kriterien das den eigenen Bedarf übersteigende Einkommen auf die übrigen Mitglieder der Einsatzgemeinschaft im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel

* Thomas Kulle ist Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW Abteilung Münster Studienort Münster und lehrt schwerpunktmäßig das Fach Sozialrecht.

1 Brühl info also 2004, 104, 109.

2 Spellbrink info also 2009, 99, 101.

3 Kievel ZfF 2005, 217, 217.

4 Siehe Kulle DVP 2011, 462, 470 und DVP 2012, 76, 81.

5 Durchführungshinweise der Bundesagentur für Arbeit für die Anwendung des SGB II, Berechnung, 3.1 (2).

6 Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 28.

7 Spellbrink NZS 2007, 121, 124; Udsching/Link SGB 2007, 513, 515; Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 28; Schoch ZfF 2004, 169, 169.

SGB XII zu verteilen ist⁸. Im Rahmen des BSHG war der Leistungsanspruch für jede Person getrennt durch Zuordnung des eigenen Bedarfs und des für sie zu berücksichtigenden Einkommens zu ermitteln. Dies gilt auch jetzt im Rahmen des SGB XII. Hat in einer Bedarfsgemeinschaft mit zwei Personen die eine Person ein Einkommen, das genau ihren eigenen Bedarf deckt, die andere überhaupt kein Einkommen und Vermögen, so ist die erste Person nicht hilfebedürftig, die zweite in voller Höhe ihres Bedarfs. Erreicht das Einkommen der ersten Person nur die Hälfte des eigenen Bedarfs, so ist diese in Höhe des verbleibenden halben Restbedarfs bedürftig, die zweite Person in voller Höhe ihres Bedarfs. Hat hingegen die erste Person ein Einkommen, das den eigenen Bedarf übersteigt und die zweite Person wiederum kein eigenes Einkommen und Vermögen, so ist die erste Person selbst nicht hilfebedürftig und der den Bedarf der ersten Person übersteigende Teil des Einkommens ist bei der zweiten Person zu berücksichtigen. Das Maß der Bedürftigkeit und damit der Leistungsanspruch der zweiten Person ergibt sich aus der Höhe des eigenen Bedarfs nach Abzug des zu berücksichtigenden Teils des Einkommens der ersten Person. Leben in einer Bedarfsgemeinschaft weitere Personen, so stellt sich die Frage, wie das überschießende Einkommen der ersten Person zur Berücksichtigung auf die übrigen Personen der Einsatzgemeinschaft aufzuteilen ist⁹. Dabei sind verschiedene Lösungswege vorstellbar¹⁰.

Im Sozialhilferecht wurden dazu drei Berechnungsmethoden entwickelt: Die Kaskadenlösung, die Kopfteilslösung und die Verhältnis- oder Prozentlösung¹¹. Kennzeichen dieser Rechenwege ist, dass es sich jeweils um eine vertikale Berechnungsmethode handelt. Dies bedeutet, dass die drei Berechnungsmethoden konsequent den auch in der Einsatzgemeinschaft bestehenden Individualanspruch umsetzen und bei jeder einzelnen ihrer Personen prüfen, ob sie hilfebedürftig ist, d.h. ob ihr eigener Bedarf nicht von ihrem Einkommen gedeckt werden kann. Hat eine Person einen Einkommensüberschuss, so wird der Überschuss dann verteilt¹². Es besteht nur ein erheblicher Unterschied im Rahmen der drei Rechenwege darin, wie dieser Überschuss dann auf die weiteren hilfebedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aufzuteilen ist. Jeder dieser Rechnungswege belässt aber demjenigen, der über eigenes Einkommen verfügt, denjenigen Teil dieses Einkommens, den er zur Deckung des eigenen Bedarfs benötigt¹³. Dies bedeutet also, dass die Person, die ihren eigenen Bedarf durch eigenes Einkommen decken kann, nicht hilfebedürftig ist.

1. Die Kaskadenlösung

Nach der Kaskadenlösung (= Kaskade, lat.: stufenförmige hintereinander geschaltete Anordnung) wird das übersteigende Einkommen zunächst in voller Höhe einem zweiten Mitglied der Einsatzgemeinschaft zugeordnet. Ob dies der Partner oder das Kind ist, spielt keine Rolle. Wenn nach diesem Rechenschritt die Bedürftigkeit der zweiten Person wegfällt, wird das dann noch vorhandene übersteigende Einkommen anschließend einer dritten Person zugeordnet. Dies geschieht solange, bis das überschießende Einkommen vollständig eingesetzt worden ist¹⁴.

Beispiel

Herr A (befristet erwerbsunfähig), Frau A (befristet erwerbsunfähig), Sohn A (15 Jahre, befristet erwerbsunfähig) und Tochter A (10 Jahre) bilden eine Einsatzgemeinschaft. Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 600,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 100,00 € monatlich. Herr A erhält als Kindergeldberechtigter das Kindergeld von jeweils 184,00 € monatlich für Sohn A und Tochter A. Herr A verfügt über ein bereinigtes Einkommen von 1.400,00 € monatlich.

Nach der Kaskadenlösung ergibt sich folgende Berechnung:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | Tochter A | insgesamt |
|--------------------------------|---------------|-------------|-------------|---------------------------------------|---------------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 287,00 | 251,00 | 1.212,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 600,00 |
| Bedarf für Heizung | 25,00 | 25,00 | 25,00 | 25,00 | 100,00 |
| Gesamtbedarf | 512,00 | 512,00 | 462,00 | 426,00 | 1.912,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 | 368,00 |
| Restbedarf¹⁵ | 512,00 | 512,00 | 278,00 | 242,00 | 1.544,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 1.400,00 | | | | 1.400,00 |
| Überschuss | 888,00 | | | | 888,00 |
| Einkommensverteilung | | 888,00 | | | |
| 1. Schritt | | - 512,00 | | | 512,00 |
| Überschuss | | 376,00 | | | |
| Einkommensverteilung | | | 376,00 | | |
| 2. Schritt | | | - 278,00 | | 278,00 |
| Überschuss | | | 98,00 | | |
| Einkommensverteilung | | | | 98,00 | 98,00 |
| 3. Schritt | | | | | |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 144,00 (3. Kapitel SGB XII) | 144,00 |

8 Siehe Mergler/Zink-SGB XII-Dauber § 19 Rdn. 17ff; siehe Schoch ZfF 2004, 169, 173.

9 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 32.

10 Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5; Schoch ZfF 2004, 169, 173; Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 32; Kievel ZfF 2005, 217, 224; Rosenow SGB 2008, 282, 285.

11 LPK-SGB XII-Schoch § 19 Rdn. 33; Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5; Rosenow SGB 2008, 282, 285; Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 32; Schoch ZfF 2004, 169, 173.

12 Siehe Rosenow SGB 2008, 282, 285.

13 Siehe Rosenow SGB 2008, 282, 285; Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5.

14 Siehe Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5; siehe LPK-SGB XII-Schoch § 19 Rdn. 33.

15 Der Begriff „Restbedarf“ wird dann verwendet, wenn der Gesamtbedarf der Haushaltsgemeinschaft bzw. der Bedarfsgemeinschaft oder der Bedarf eines einzelnen Mitglieds um Einkommen im Rahmen eines ersten Schritts der Einkommensverteilung reduziert wird. Ein einzelnes Mitglied der Haushaltsgemeinschaft bzw. der Bedarfsgemeinschaft hat dann einen eigenen Restbedarf. Die Addition der einzelnen eigenen Restbedarfe führt dann zum gesamten Restbedarf der Haushaltsgemeinschaft bzw. der Bedarfsgemeinschaft. Wenn hilfebedürftige Kinder in der Familie vorhanden sind, dann ist in der Regel immer ein Restbedarf zu bilden, da das Kindergeld nach § 82 I 3 SGB XII bzw. nach § 11 I 4 SGB II dem Kind zuzuordnen ist, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wird.

Herr A deckt seinen eigenen Restbedarf von 512,00 € mit seinem bereinigten Einkommen in Höhe von 1.400,00 €. Sein übersteigendes Einkommen beträgt 888,00 €. Dieser Überschuss fließt in einem 1. Schritt der Einkommensverteilung Frau A zu. Dadurch deckt Frau A ihren eigenen Restbedarf von 512,00 € und erzielt noch einen Einkommensüberschuss in Höhe von 376,00 €. Diesen Überschuss erhält in einem 2. Schritt der Einkommensverteilung Sohn A. Dadurch deckt Sohn seinen eigenen Restbedarf von 278,00 € und erzielt noch einen Überschuss in Höhe von 98,00 €. Dieser Überfluss fließt in einem 3. Schritt der Einkommensverteilung Tochter A zu. Dadurch reduziert Tochter A ihren eigenen Restbedarf von 242,00 € auf 144,00 €, so dass sie am Ende einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 144,00 € hat. Herr A, Frau A und Sohn A sind nicht hilfebedürftig.

2. Die Kopfteilslösung

Nach der Kopfteilslösung wird zunächst das übersteigende Einkommen durch die Zahl der weiteren hilfebedürftigen Mitglieder der Einsatzgemeinschaft geteilt. Jedem weiteren hilfebedürftigen Mitglied wird ein gleich hoher Betrag (= Quote) zugeordnet. Dies kann dazu führen, dass nach diesem ersten Rechenschritt der Einkommensverteilung ein anderes Mitglied der Einsatzgemeinschaft dann über übersteigendes Einkommen verfügt, weil es seinen eigenen Bedarf durch die Zuordnung der Quote deckt. In diesem Fall wird dann das überschießende Einkommen dieses Mitglieds der Einsatzgemeinschaft durch die Zuordnung einer weiteren Quote auf die anderen hilfebedürftigen Einsatzgemeinschaftsmitglieder verteilt. Diese Rechenschritte werden solange wiederholt, bis kein überschießendes Einkommen mehr vorhanden ist¹⁶.

Beispiel wie oben

Nach der Kopfteilslösung ergibt sich folgende Berechnung:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | Tochter A | insgesamt |
|---------------------------------|----------|--------------------------------|--------|-----------|-----------|
| Restbedarf | 512,00 | 512,00 | 278,00 | 242,00 | 1.544,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 1.400,00 | | | | |
| Restbedarf | 0,00 | 512,00 | 278,00 | 242,00 | 1.032,00 |
| Überschuss | 888,00 | | | | 888,00 |
| Einkommensverteilung 1. Schritt | | 296,00 | 296,00 | 296,00 | 888,00 |
| Restbedarf | | 216,00 | 0,00 | 0,00 | 216,00 |
| Überschuss | | | 18,00 | 54,00 | 72,00 |
| Einkommensverteilung 2. Schritt | | 72,00 | | | |
| Restbedarf | | 144,00 | | | 144,00 |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 144,00 (3. Kapitel SGB XII) | 0,00 | 0,00 | 144,00 |

16 Siehe Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5.

Herr A deckt seinen eigenen Restbedarf von 512,00 € mit seinem bereinigten Einkommen in Höhe von 1.400,00 €. Sein übersteigendes Einkommen beträgt 888,00 €. Dieser Überschuss wird durch die Zahl der übrigen hilfebedürftigen Einsatzgemeinschaftsmitglieder geteilt. Dies ergibt eine Quote von 296,00 € für jedes hilfebedürftige Mitglied der Einsatzgemeinschaft (= 888,00 € : 3 Personen). Diese Quote wird jedem hilfebedürftigen Mitglied in einem 1. Schritt der Einkommensverteilung zugewiesen. Danach hat Frau A noch einen eigenen Restbedarf von 216,00 €. Sohn A deckt seinen eigenen Restbedarf von 278,00 € durch die zugewiesene Quote von 296,00 €. Danach erzielt er einen Einkommensüberschuss von 18,00 €. Tochter A deckt ihren eigenen Restbedarf von 242,00 € durch die zugewiesene Quote von 296,00 €. Danach hat sie einen Überschuss von 54,00 €. Damit ist Frau A die einzige noch hilfebedürftige Person in der Einsatzgemeinschaft. Damit erhält sie in einem 2. Schritt der Einkommensverteilung den Überschuss von Sohn A in Höhe von 18,00 € und den von Tochter A in Höhe von 54,00 €. Somit reduziert sich der eigene Restbedarf von Frau A um 72,00 € auf dann 144,00 €, so dass sie einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 144,00 € hat. Herr A, Sohn A und Tochter A sind nicht hilfebedürftig.

3. Die Verhältnis- oder Prozentlösung

Nach der Verhältnis- oder Prozentlösung werden zunächst für die weiteren hilfebedürftigen Personen die eigenen Bedarfe bzw. Restbedarfe ermittelt, die dann im Verhältnis des eigenen Restbedarfs zum gesamten Restbedarf gesetzt werden. Danach wird anhand dieser ermittelten Prozentzahlen das übersteigende Einkommen auf die hilfebedürftigen Personen aufgeteilt¹⁷.

Beispiel wie oben

Nach der Verhältnis- oder Prozentlösung ergibt sich folgende Berechnung:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | Tochter A | insgesamt |
|---------------------------|----------|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|-----------|
| Restbedarf | 512,00 | 512,00 | 278,00 | 242,00 | 1.544,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 1.400,00 | | | | |
| Restbedarf | 0,00 | 512,00 | 278,00 | 242,00 | 1.032,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | | 49,61 | 26,94 | 23,45 | 100,00 |
| Überschuss | 888,00 | | | | 888,00 |
| Einkommensverteilung | | 440,54 | 239,23 | 208,24 | 888,01 |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 71,46 (3. Kapitel SGB XII) | 38,77 (3. Kapitel SGB XII) | 33,76 (3. Kapitel SGB XII) | 143,99 |

Herr A deckt seinen eigenen Restbedarf von 512,00 € mit seinem bereinigten Einkommen in Höhe von 1.400,00 €. Sein übersteigendes Einkommen beträgt 888,00 €. Der Anteil des eigenen Restbedarfs im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beträgt bei Frau A 49,61 %,

17 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 32; siehe LPK-SGB XII-Schob § 19 Rdn. 33.

bei Sohn A 26,94 % und bei Tochter A 23,45 %. Anhand dieser Prozentzahlen wird dann der Einkommensüberschuss von Herrn A in Höhe von 888,00 € aufgeteilt. Vom Einkommensüberschuss in Höhe von 888,00 € erhält aufgrund der ermittelten Prozentzahlen dann Frau A 440,54 €, Sohn A 239,23 € und Tochter A 208,24 €. Danach hat Frau A einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 71,46 €, Sohn A auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 38,77 € und Tochter A auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 33,76 €. Herr A ist nicht hilfebedürftig.

4. Die Bewertung der Berechnungsmethoden

Wie die Berechnungen des obigen Beispiels zeigen, sind für die Einkommensverteilung des übersteigendem Einkommens von Herrn A im Rahmen der Kopfteilslösung zwei Rechenschritte und im Rahmen der Kaskadenlösung sogar drei Rechenschritte erforderlich. Dies stellt einen erheblichen Vorteil für die Verhältnis- oder Prozentlösung dar, die zwar mathematisch komplizierter ist¹⁸, aber wo immer nur ein Rechenschritt für die Einkommensverteilung von übersteigendem Einkommen erforderlich ist¹⁹.

Gegen die Kaskadenlösung spricht auch, dass unklar ist, in welcher Reihenfolge auf welche Personen das überschießende Einkommen zu verteilen ist. Damit werden willkürlich Mitglieder der Einsatzgemeinschaft zu hilfebedürftigen Personen gemacht und andere nicht²⁰.

18 Siehe Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5.

19 Siehe *Rosenow* SGB 2008, 282, 285.

20 Siehe LPK-SGB XII-Schoch § 19 Rdn. 33; *Schoch* ZfF 2004, 169, 173.

Gegen die Kopfteilslösung ist auch einzuwenden, dass nach einem ersten Rechenschritt weitere Kopfteilslösungen möglich sind, und zwar dann, wenn ein anderes Mitglied der Einsatzgemeinschaft nach dem ersten Rechenschritt im Rahmen der Kopfteilslösung über übersteigendes Einkommen verfügt, weil es aufgrund der Zuordnung der Quote im ersten Rechenschritt seinen eigenen Bedarf decken kann und jetzt einen Überschuss hat. Dieser Überschuss ist dann auf die weiterhin hilfebedürftigen Mitglieder der Einsatzgemeinschaft anhand einer weiteren Quote in einem zweiten Rechenschritt zu verteilen. Dies zeigt, dass im Rahmen der Kopfteilslösung weitere Kopfteilslösungen möglich sind, wodurch mindestens ein weiterer Rechenschritt für die Einkommensverteilung des überschießenden Einkommens erforderlich wird, was gerade nicht zur Vereinfachung des Verfahrens beiträgt.

Auch spricht gerade für die Verhältnis- oder Prozentlösung, dass sie zu sachgerechten Ergebnissen führt und der Unterhaltsberechnung in Mangelfällen nach der Düsseldorfer Tabelle entspricht²¹.

Daher ist die Verhältnis- oder Prozentlösung vorzuziehen.

In der Lehre und auch in der Praxis hat sich bei den vertikalen Berechnungsmethoden die Verhältnis- oder Prozentlösung durchgesetzt. Die Rechenwege der Kaskaden- und der Kopfteilslösung spielen in der Lehre eher eine untergeordnete Rolle und werden lediglich zur Verdeutlichung und Veranschaulichung der unterschiedlichen Rechenwege herangezogen. Daher wird in der Lehre und auch in der Praxis häufig der Rechenweg der Verhältnis- und

21 Kommentar zum Sozialrecht-SGB XII-Coseriu § 19 Rdn. 5.

Jetzt mit neuer
Benutzeroberfläche!



Die Komplett-Lösung für Ihre TVöD-Personalarbeit

Mit der Online-Lösung *Haufe TVöD Office Professional* gestalten Sie Ihre tägliche Personalarbeit noch effizienter. Profitieren Sie u. a. von:

- > Praxisbeiträgen und Kommentaren zum Tarifrecht, zum allgemeinen Arbeitsrecht sowie zum SGB und Personalvertretungsrecht
- > zahlreichen praktischen Arbeitshilfen
- > 10 inklusiven Online-Seminaren

Jetzt 4 Wochen kostenlos testen:

Tel. 0180 50 02 427*

* 0,14 €/Min. aus dem dt. Festnetz, max. 0,42 €/Min. mobil.

www.haufe.de/tvoed-office

HAUFE.

Prozentlösung mit der vertikalen Berechnungsmethode gleichgesetzt²². Oder anders ausgedrückt: Wenn in der Lehre der Begriff der vertikalen Berechnungsmethode verwendet wird, dann ist damit in der Regel die Verhältnis- oder Prozentlösung gemeint. Sehr häufig wird aber dafür in der Lehre und in der Praxis auch der Begriff der „Bedarfsanteilmethode“ verwendet. Dieser Begriff könnte aber dann missverständlich sein, wenn es mehrere Berechnungsmethoden gibt, bei denen Anteile von Bedarfen ermittelt und berechnet werden. Im Rahmen des SGB XII kann der Begriff der „Bedarfsanteilmethode“ verwendet werden, weil die Verhältnis- und Prozentlösung der einzige Rechenweg ist, wo Anteile von Bedarfen der hilfebedürftigen Personen ermittelt und berechnet werden. Aber besser wäre es, die Berechnungsmethode gleich mit der „Verhältnis- oder Prozentlösung“ zu bezeichnen. In der Lehre wird häufig auch bei der Verteilung von Einkommen im Rahmen des SGB XII der Begriff der vertikalen Berechnungsmethode verwendet. Dies ist zwar richtig, aber zu oberflächlich, da es sich bei den drei Rechenwegen der Kaskaden-, der Kopfteilslösung und der Verhältnis- oder Prozentlösung jeweils um eine vertikale Berechnungsmethode handelt und es stellt sich dann die Frage, welcher Rechenweg konkret angewendet wurde. Daher ist es im Rahmen des SGB XII am besten die Berechnungsmethode als Verhältnis- oder Prozentlösung zu bezeichnen.

II. Die Berechnungsmethoden beim Einsatz von Einkommen im Rahmen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII

§ 19 II 1 SGB XII in Verbindung mit § 43 I 1. Halbsatz SGB XII legt nicht fest, nach welchen Kriterien das den eigenen Bedarf übersteigende Einkommen auf die übrigen Mitglieder der Einsatzgemeinschaft im Rahmen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem 4. Kapitel SGB XII zu verteilen ist.

Im Rahmen des SGB XII ist der Leistungsanspruch für jede Person, die grundsicherungsberechtigt ist, getrennt durch Zuordnung des eigenen Bedarfs und des für sie zu berücksichtigenden Einkommens zu ermitteln²³.

Hat in einer Einsatzgemeinschaft mit zwei Personen, die grundsicherungsberechtigt sind, die eine Person ein Einkommen, das genau ihren eigenen Bedarf deckt, die andere überhaupt kein Einkommen und Vermögen, so wird die erste Person nicht hilfebedürftig, die zweite in voller Höhe ihres Bedarfs. Erreicht das Einkommen der ersten Person nur die Hälfte des eigenen Bedarfs, so ist diese in Höhe des verbleibenden halben Restbedarfs bedürftig, die zweite Person in voller Höhe ihres Bedarfs. Hat hingegen die erste Person ein Einkommen, das den eigenen Bedarf übersteigt und die zweite Person wiederum kein eigenes Einkommen und Vermögen, so ist die erste Person selbst nicht hilfebedürftig und der den Bedarf der ersten Person übersteigende Teil des Einkommens ist bei der zweiten Person zu berücksichtigen. Das Maß der Bedürftigkeit und damit der Leistungsanspruch der zweiten Person ergibt sich aus der Höhe des eigenen Bedarfs nach Abzug des zu berücksichtigenden Teils des Einkommens der ersten Person.

Leben in einer Einsatzgemeinschaft weitere Personen, so stellte sich die Frage, wie das übersteigende Einkommen der ersten grundsicherungsberechtigten Person zur Berücksichtigung auf die übrigen

grundsicherungsberechtigten Personen der Einsatzgemeinschaft aufzuteilen ist. Dabei sind die verschiedenen Lösungswege der Kaskadenlösung, der Kopfteilslösung und der Verhältnis- oder Prozentlösung wie im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII denkbar, so dass auch im Rahmen des 4. Kapitels SGB XII am besten die Verhältnis- oder Prozentlösung anzuwenden ist (siehe oben).

III. Die Berechnungsmethoden beim Einsatz von Einkommen bei hilfebedürftigen Person nach dem 3. und 4. Kapitel SGB XII im Rahmen der Einsatzgemeinschaft

Problematisch könnte aber folgender Fall im Rahmen des SGB XII sein, wenn sich eine Einsatzgemeinschaft aus einer ersten Person, die ein Einkommen, das den eigenen Bedarf übersteigt, und weiteren hilfebedürftigen Personen, die aber unterschiedliche Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB XII haben, zusammensetzt. Eine zweite hilfebedürftige Person hat zum Beispiel einen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII und eine dritte hilfebedürftige Person einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII. Es stellt sich dann die Frage, in welcher Reihenfolge auf welche Personen das überschießende Einkommen der ersten Person zu verteilen ist.

Dazu ein Beispiel zur Verdeutlichung der Problematik.

Beispiel

Herr A (66 Jahre), Frau A (50 Jahre) und Sohn A (13 Jahre) bilden einen Haushalt. Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 450,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 90,00 € monatlich. Herr A erhält eine Altersrente in Höhe von 400,00 € monatlich. Frau A bezieht eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung in Höhe von 600,00 € monatlich. Herr A erhält als Kindergeldberechtigter das Kindergeld in Höhe von 184,00 € monatlich.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung:

| | Herr A (4. Kapitel SGB XII) | Frau A (3. Kapitel SGB XII) | Sohn A 3. Kapitel SGB XII) | insgesamt |
|-----------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|----------------------------------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 251,00 | 925,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 150,00 | 150,00 | 150,00 | 450,00 |
| Bedarf für Heizung | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 90,00 |
| Gesamtbedarf | 517,00 | 517,00 | 431,00 | 1.465,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 |
| Restbedarf | 517,00 | 517,00 | 247,00 | 1.281,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 400,00 | 600,00 | | 1.000,00 |
| Restbedarf | 117,00 | 0,00 | 247,00 | 364,00 |
| Überschuss | | 83,00 | | 83,00 |

Frau A kann ihren eigenen Bedarf in Höhe von 517,00 € durch ihr bereinigtes Einkommen in Höhe von 600,00 € decken. Sie erzielt einen Einkommensüberschuss in Höhe von 83,00 €. Der Restbedarf von Herrn A, der einen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Ka-

22 Siehe *Gerenkamp ZfF* 2007, 106, 107.

23 Siehe oben: B. I.

pitel SGB XII hat, beläuft sich auf 117,00 €. Der Restbedarf von Sohn A, der einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII hat, beträgt 247,00 €.

Es stellt sich hier die Frage, in welcher Reihenfolge auf welche Personen das übersteigende Einkommen von Frau A in Höhe von 83,00 € zu verteilen ist. Dabei könnte es eine Rolle spielen, dass Herr A einen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII hat, Sohn A dagegen einen Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII. Denn § 19 II 2 SGB XII besagt, dass die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII vorgehen.

Satz 2 des § 19 II SGB XII stellt das Rangverhältnis zwischen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung und der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII dar²⁴. Damit handelt es sich bei § 19 II 2 SGB XII um ein Vorrang-/Nachrangverhältnis, das die Zuordnung des anspruchsberechtigten Personenkreises zu den Leistungen des 3. und 4. Kapitels SGB XII regelt und nicht um die Verteilung von übersteigendem Einkommen²⁵. Daher steht die Einsatzgemeinschaft nach § 19 I SGB XII in Verbindung mit § 27 II SGB XII und die Einsatzgemeinschaft nach § 19 II 1 SGB XII in Verbindung mit § 43 I 1. Halbsatz SGB XII gleichberechtigt nebeneinander. Daher ist das überschießende Einkommen hier nach der im Rahmen des SGB XII am besten geeigneten Verhältnis- oder Prozentlösung zu verteilen (siehe oben).

Daraus ergibt sich dann folgende Berechnung:

| | Herr A | Sohn A | insgesamt |
|---------------------------|-------------------------------|--------------------------------|-----------|
| Restbedarf | 117,00 | 247,00 | 364,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 32,14 | 67,86 | 100,00 |
| Einkommensverteilung | 26,68 | 56,32 | 83,00 |
| Gesamtanspruch | 90,32 (4. Kapitel SGB XII) | 190,68 (3. Kapitel SGB XII) | 281,00 |

Der eigene Restbedarf im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beläuft sich bei Herrn A auf 32,14 % und bei Sohn A auf 67,86 %. Anhand dieser Prozentzahlen ist dann der Überschuss von Frau A in Höhe von 83,00 € aufzuteilen. Danach hat Herr A einen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII in Höhe von 90,32 € und Sohn A auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII in Höhe von 190,68 €.

C. Die Berechnungsmethoden beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II

Auch das SGB II geht grundsätzlich vom Einzelanspruch jedes Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft aus. Systematisch ergibt sich dies schon aus den unterschiedlichen Leistungen für erwerbsfähige Leistungsberechtigte, die Arbeitslosengeld II (Alg II) erhalten, und für die weiteren Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft, die Sozialgeld (SozG) erhalten. Andernfalls wäre auch die Vermutung der Bevollmächtigung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zur Antragsstellung und Entgegennahme von Leistungen für die Bedarfsgemeinschaft nach

§ 38 SGB II überflüssig. Zudem sind nach dem Wortlaut des § 7 I und II SGB II und des § 9 II 3 „Personen“ entweder als erwerbsfähige Leistungsberechtigte oder als Angehörige einer Bedarfsgemeinschaft, nicht aber die Bedarfsgemeinschaft als solche leistungsberechtigt.

Trotz dieser Parallele erfährt die Bedürftigkeitsprüfung im SGB II durch § 9 II 3 SGB II gegenüber dem Sozialhilferecht einer wesentlichen Änderung.

Die Änderung betrifft den Kreis der Hilfebedürftigen und damit die Leistungsberechtigten. Nach BSHG war derjenige niemals hilfebedürftig, dessen Einkommen und Vermögen zur Deckung des eigenen Bedarfs ausreichte, wenn es auch nicht ausreichte, den zusätzlichen Bedarf der weiteren hilfebedürftigen Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft zu decken.

Demgegenüber gilt nach § 9 II 3 SGB II, wenn in einer Bedarfsgemeinschaft nicht der gesamte Bedarf aus eigenen Mitteln gedeckt ist, jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig²⁶.

Zum 01.01.2011 hat der Gesetzgeber Satz 4 des § 9 II SGB II eingefügt. Danach ist in den Fällen des § 7 II 3 SGB II Einkommen, soweit es die nach § 7 II 3 SGB II zu berücksichtigenden Bedarfe übersteigt, im Verhältnis mehrerer Leistungsberechtigter zueinander zu gleichen Teilen zu berücksichtigen. Die Regelung baut auf der Vorschrift des § 7 II 3 SGB II auf, die ihrerseits klarstellt, dass Leistungsberechtigte nach § 28 SGB II zur Deckung ihrer Bedarfe auch dann Leistungen erhalten, wenn sie mit Personen in einem Haushalt zusammenleben, mit denen sie nur deshalb keine Bedarfsgemeinschaft bilden, weil diese aufgrund des zu berücksichtigenden Einkommens selbst nicht leistungsberechtigt sind. In diesen Fällen fehlt es an einer erwerbsfähigen hilfebedürftigen Person zur Bildung einer Bedarfsgemeinschaft. Daher wird in § 7 II 3 SGB II die Leistungsberechtigung desjenigen Kindes, bei dem nur die Bedarfe für Bildung und Teilhabe nicht gedeckt sind, ausdrücklich geregelt. § 9 II 4 SGB II soll dementsprechend gewährleisten, dass in Fällen, in denen aus dem zu berücksichtigenden Einkommen die Regelbedarfe, Mehrbedarfe und Bedarfe für Unterkunft und Heizung vollständig gedeckt sind, weiteres zu berücksichtigendes Einkommen die Leistungen für Bildung und Teilhabe mindert und diese nicht etwa entgegen dem Bedürftigkeits- und Bedarfsabhängigkeitsgrundsatz ohne weiteren Einkommenseinsatz zu leisten sind. Insofern wird Einkommen von nicht leistungsberechtigten Personen, sofern es nicht zur Deckung der vorrangig zu berücksichtigenden Bedarfe benötigt wird, bei der Berechnung des Anspruchs auf Leistungen für Bildung und Teilhabe berücksichtigt. Sind schließlich mehrere Personen nur im Umfang der Bildungs- und Teilhabeleistung leistungsberechtigt, wird das übersteigende Einkommen kopfanteilig bei jeder Person berücksichtigt²⁷. Damit hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 9 II 4 SGB II für die Kopfteillösung als Berechnungsmethode entschieden, nach der das übersteigende Einkommen durch die Zahl der hilfebedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft geteilt wird²⁸. Im Gegensatz dazu trifft die dem § 9 II 3 zugeordnete Gesetzesbegründung keine Aussage zum Einkommenseinsatz von übersteigendem Einkommen. Damit sind nach wie vor drei Lösungsansätze denkbar: die vertikale, die horizontale und die vertikale-horizontale Berechnung²⁹.

26 Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 29ff.

27 Kommentar zum Sozialrecht-SGB II-Spellbrink/G. Becker § 9 Rdn. 15a.

28 Siehe oben: B. F. 2.

29 Siehe LPK-SGB II-Thie/Schoch § 9 Rdn. 38.

24 Mergler/Zink-SGB XII-Dauber § 19 Rdn. 25.

25 Siehe LPK-SGB XII-Schoch § 19 Rdn. 41.

I. Die horizontale Berechnungsmethode

Das Bundessozialgericht hat sich in seinen ersten Urteilen für die horizontale Berechnungsmethode ausgesprochen. Danach werden zunächst die Bedarfe der Personen einzeln berechnet und hieraus dann der Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft ermittelt. Dem Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft wird dann das Gesamteinkommen der Bedarfsgemeinschaft gegenübergestellt³⁰. Das Gesamteinkommen, das nicht den Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft deckt, wird dann im Verhältnis des jeweiligen Einzelbedarfs zum Gesamtbedarf auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aufgeteilt, also horizontal (= waagrecht).

Beispiel

Die Familie A besteht aus Herrn A, Frau A und Sohn A (2 Jahre). Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 510,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 90,00 € monatlich. Herr A erzielt ein bereinigtes Einkommen von 1.000,00 € monatlich. Herr A erhält als Kindergeldberechtigter das Kindergeld in Höhe von 184,00 € monatlich.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung nach der horizontalen Berechnungsmethode:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | insgesamt |
|------------------------------------|------------------|------------------|---------------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 219,00 | 893,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 170,00 | 170,00 | 170,00 | 510,00 |
| Bedarf für Heizung | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 90,00 |
| Gesamtbedarf | 537,00 | 537,00 | 419,00 | 1.493,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 35,97 | 35,97 | 28,06 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen + Kindergeld | 1.000,00 | | 184,00 | 1.184,00 |
| Einkommensverteilung | 425,88 | 425,88 | 332,23 | 1.183,99 |
| Gesamtanspruch | 111,12 Alg II | 112,12 Alg II | 86,77 SozG | 309,01 |

Herr A und Frau A haben jeweils einen eigenen Bedarf von 537,00 € und Sohn A von 419,00 €. Der Anteil des eigenen Bedarfs im Verhältnis zum Gesamtbedarf beläuft sich bei Herrn A und Frau A jeweils auf 35,97 % und bei Sohn A auf 28,06 %. Das bereinigte Gesamteinkommen beträgt 1.184,00 €. Anhand der ermittelten Prozentzahlen wird das bereinigte Gesamteinkommen auf Herrn A, Frau A und Sohn A aufgeteilt. Damit hat Herr A und Frau A jeweils einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 111,12 € (Alg II) und Sohn A von 86,77 € (SozG).

II. Die vertikale Berechnungsmethode

Die vertikale Berechnung setzt konsequent den auch in der Bedarfsgemeinschaft bestehenden Individualanspruch um und prüft bei jeder einzelnen ihrer Personen, ob sie hilfebedürftig ist, d.h. ob ihr eigener Bedarf nicht von ihrem Einkommen gedeckt werden kann. Hat eine Person einen Einkommensüberschuss, so wird der nach Maßgabe der

30 LPK-SGB II-Thie/Schoch § 9 Rdn. 41.

§ 9 II 1 und 2 SGB II auf die bedürftigen Personen der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis von deren eigenem Restbedarf zum gesamten Restbedarf verteilt³¹. Die Person, die ihren eigenen Bedarf durch eigenes Einkommen deckt, ist nicht hilfebedürftig und hat daher keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Kennzeichen dieser Berechnungsmethode ist also, dass sie demjenigen, der über eigenes Einkommen verfügt, denjenigen Teil dieses Einkommens, den er zur Deckung des eigenen Bedarfs benötigt, belässt und erst dann das übersteigende Einkommen an die weiterhin hilfebedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aufteilt. Damit betrachtet diese Berechnungsmethode erst einmal jede Person isoliert, also vertikal (= senkrecht).

Im Rahmen des SGB II wird diese Methode als vertikale Berechnungsmethode bezeichnet³².

Wenn die Bezeichnung wie bei der Verteilung von übersteigendem Einkommen im Rahmen des SGB XII verwendet werden würde, dann wäre an dieser Stelle die Verhältnis- und Prozentlösung die richtige Bezeichnung (siehe oben).

Beispiel wie oben

Daraus ergibt sich folgende Berechnung nach der vertikalen Berechnungsmethode:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | insgesamt |
|---------------------------|----------|------------------|---------------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 219,00 | 893,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 170,00 | 170,00 | 170,00 | 510,00 |
| Bedarf für Heizung | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 90,00 |
| Gesamtbedarf | 537,00 | 537,00 | 419,00 | 1.493,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 |
| Restbedarf | 537,00 | 537,00 | 235,00 | 1.309,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 1.000,00 | | | 1.000,00 |
| Restbedarf | 0,00 | 537,00 | 235,00 | 772,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | | 69,56 | 30,44 | 100,00 |
| Überschuss | 463,00 | | | 463,00 |
| Einkommensverteilung | | 322,06 | 140,94 | 463,00 |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 214,94 Alg II | 94,06 SozG | 309,00 |

Herr A deckt seinen eigenen Bedarf von 537,00 € durch sein bereinigtes Einkommen in Höhe von 1.000,00 €. Damit ist er nicht hilfebedürftig. Herr A erzielt einen Einkommensüberschuss in Höhe von 463,00 €, der auf Frau A und Sohn A im Verhältnis des eigenen Restbedarfs zum gesamten Restbedarf zu verteilen ist. Der Anteil des eigenen Restbedarfs am gesamten Restbedarf beträgt bei Frau A 69,56 % und bei Sohn A 30,44 %. Anhand dieser Prozentzahlen ist dann der Überschuss von Herrn A in Höhe von 463,00 € aufzuteilen. Damit hat Frau A einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 214,94 € (Alg II) und Sohn A von 94,06 € (SozG).

III. Die vertikale-horizontale Berechnungsmethode

Bei der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode werden zunächst die individuellen Bedarfe der Mitglieder der Bedarfsgemein-

31 LPK-SGB II-Thie/Schoch § 9 Rdn. 39.

32 LPK-SGB II-Thie/Schoch § 9 Rdn. 39ff.

schaft ermittelt und hieraus der Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft berechnet. Der nicht durch das Einkommen gedeckter Gesamtbedarf ist dann im Verhältnis des jeweiligen Einzelbedarfs zum Gesamtbedarf der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu setzen. Wenn ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft Einkommen bezieht, das bei den übrigen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft nicht zu berücksichtigen ist, dann ist dieses Einkommen vorab vom eigenen Bedarf abzuziehen. Das Einkommen des Kindes (z.B. Unterhalt, Kindergeld) wird dem jeweiligen Kind zugerechnet, also vertikal. Daher steckt der Begriff „vertikal“ in dieser Berechnungsmethode. Dadurch reduziert sich der Bedarf des Kindes um den zu berücksichtigenden Betrag des Kindeseinkommens und es entsteht dadurch ein Restbedarf des Kindes. Wenn das Einkommen des Kindes seinen eigenen Bedarf übersteigt, dann ist es selbst nicht hilfebedürftig und gehört nicht zur Bedarfsgemeinschaft der Eltern. Dann wird der Restbedarf der einzelnen Bedarfsgemeinschaftsmitglieder ermittelt und danach der gesamte Restbedarf der Bedarfsgemeinschaft berechnet. Anschließend wird dann der gesamte Restbedarf der Bedarfsgemeinschaft dem Gesamteinkommen der Bedarfsgemeinschaft gegenübergestellt. Das nicht den gesamten Restbedarf deckende Gesamteinkommen wird dann im Verhältnis des jeweiligen Einzelbedarfs zum gesamten Restbedarf der Bedarfsgemeinschaft auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aufgeteilt³³, also horizontal (= waagrecht). Daher steckt der Begriff „horizontal“ in dieser Berechnungsmethode. Bei diesem Rechenweg wird also zunächst, wenn Kindeseinkommen vorhanden ist, dieses Kindeseinkommen „vertikal“ den Kindern zugeordnet und dann das andere Einkommen „horizontal“ auf alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft verteilt. Daher wird diese Methode als vertikale-horizontale Berechnungsmethode bezeichnet.

Beispiel wie oben

Daraus ergibt sich folgende Berechnung nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode:

| | Herr A | Frau A | Sohn A | insgesamt |
|---------------------------|------------------|------------------|---------------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 219,00 | 893,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 170,00 | 170,00 | 170,00 | 510,00 |
| Bedarf für Heizung | 30,00 | 30,00 | 30,00 | 90,00 |
| Gesamtbedarf | 537,00 | 537,00 | 419,00 | 1.493,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 |
| Restbedarf | 537,00 | 537,00 | 235,00 | 1.309,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 41,02 | 41,02 | 17,95 | 99,99 |
| Bereinigtes Einkommen | 1.000,00 | | | 1.000,00 |
| Einkommensverteilung | 410,20 | 410,20 | 179,50 | 999,90 |
| Gesamtanspruch | 126,80 Alg II | 126,80 Alg II | 55,50 SozG | 309,10 |

Der eigene Bedarf von Herrn A und Frau A beträgt jeweils 537,00 € und von Sohn A 419,00 €. Das Kindergeld in Höhe von 184,00 € ist nach § 11 I 4 SGB II Sohn A zuzurechnen, weil er kein anderes Einkommen hat und damit das Kindergeld zur Sicherung seines Lebensunterhalts benötigt wird. Um diesen Betrag reduziert sich der

33 Siehe Hohm-SGB II-H. Schellborn § 9 Rdn. 33; siehe Hauck/Noftz-SGB II-Hengelhaupt § 9 Rdn. 100.

eigene Bedarf von Sohn A. Damit beläuft sich dann der Restbedarf von Herrn A und Frau A jeweils auf 537,00 € und von Sohn A auf 235,00 €. Der Anteil des eigenen Restbedarfs im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beläuft sich bei Herrn A und Frau A jeweils auf 41,02 % und bei Sohn A auf 17,95 %. Anhand dieser Prozentzahlen ist das bereinigte Einkommen von Herrn A in Höhe von 1.000,00 € auf Herrn A, Frau A und Sohn A aufzuteilen. Damit hat Herr A und Frau A jeweils einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 126,80 € (Alg II) und Sohn A von 55,50 € (SozG).

IV. Schlussfolgerungen

1. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass der zu zahlende Gesamtbetrag an die Bedarfsgemeinschaft fast identisch ist. Nach der horizontalen Berechnungsmethode 309,01 €, nach der vertikalen Berechnungsmethode 309,00 € und nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode 309,10 €. Der Unterschied ergibt sich besonders aufgrund der Vorschrift des § 41 II SGB II, wonach nach § 41 II 1 SGB II Berechnungen auf zwei Dezimalstellen durchgeführt werden, wenn nichts Abweichendes bestimmt ist. Nach § 41 II 2 wird bei einer auf Dezimalstellen durchgeführten Berechnung die letzte Dezimalstelle um eins erhöht, wenn sich in der folgenden Dezimalstelle eine der Ziffern 5 bis 9 ergeben würde³⁴.

Ein erheblicher Unterschied wird aber bei der Höhe der Einzelsprüche der einzelnen Bedarfsgemeinschaftsmitglieder aufgrund der möglichen Berechnungsmethoden deutlich. So hat zum Beispiel Herr A nach der vertikalen Berechnungsmethode keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode hat er aber einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 126,80 €.

Dieser erhebliche Unterschied hat vor allem praktische Bedeutung in Aufhebungs- und Erstattungsbescheiden, die jeweils auf die Einzelsprüche des Ausgangsbescheids bezogen werden müssen³⁵. Im Hinblick darauf besteht auch schon für den Ausgangsbescheid ein Rechtsschutzinteresse für jede Person der Bedarfsgemeinschaft auf korrekte Einzelspruchsberechnung³⁶.

Deshalb stellt sich die Frage, welche Berechnungsmethode die richtige Methode ist. Daher erfolgt eine Bewertung der Berechnungsmethoden.

2. Bewertung der Berechnungsmethoden

a.) Bewertung der horizontalen Berechnungsmethode

Die horizontale Berechnungsmethode ist abzulehnen. Zum einen ist die horizontale Berechnungsmethode zu negieren, weil sie mit der gesetzlichen Vorgabe des § 9 II 2 SGB II nicht vereinbar ist, da das Einkommen der Kinder (z.B. Unterhalt) nicht auf die Eltern angerechnet werden darf, sondern nur Einkommen der Eltern auf den Bedarf der Kinder³⁷. Diese einseitige Einsatzverpflichtung der Eltern gegenüber ihren Kinder nach § 9 II 2 SGB II wird auch als „Einbahnstraße“ bezeichnet³⁸.

34 Siehe LPK-SGB II-Conradis § 41 Rdn. 13.

35 Udsching/Link SGB 2007, 513, 515; Spellbrink NZS 2007, 121, 124.

36 Siehe BSG NDV-RD 2009, 6, 9.

37 LPK-SGB II-Thie/Schoch § 9 Rdn. 43 und 19.

38 Schoch ZfF 2004, 169, 173.

Zum anderen ist die horizontale Berechnungsmethode abzulehnen, weil sie das Kindergeld zum Gesamteinkommen der Bedarfsgemeinschaft einfach dazu addiert. Dies widerspricht dem Wortlaut des § 11 I 4 SGB II. Danach ist das Kindergeld dem jeweiligen Kind nach § 11 I 4 SGB II zuzurechnen, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wird. Erst wenn Kindergeld zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht mehr benötigt wird, da der Bedarf des Kindes durch Einkommen des Kindes gedeckt ist, fließt es nach § 11 I 4 SGB II an den Kindergeldberechtigten zurück und damit auch zum Gesamteinkommen der Bedarfsgemeinschaft.

b.) Bewertung der vertikalen Berechnungsmethode

Es stellt sich die Frage, wie die vertikale Berechnungsmethode beim Einsatz von Einkommen im Rahmen des SGB II rechtlich zu bewerten ist.

Dabei könnte es vielleicht eine Rolle spielen, dass bei der Einkommensverteilung im Rahmen des SGB XII festgestellt worden ist, dass dort die vertikale Berechnungsmethode die am besten geeignete Berechnungsmethode ist (siehe oben).

Als Begründungen für die vertikale Berechnungsmethode werden genannt, dass zum einen die systematische Auslegung aufgrund des Zusammenhangs des Satzes 3 des § 9 II SGB II mit den vorangegangenen Sätzen 1 und 2 des § 9 II SGB II für die vertikale Berechnungsmethode spricht³⁹. Zum anderen spricht die Einheit der Rechtsordnung für die vertikale Berechnungsmethode, da damit ein Bruch zum SGB XII vermieden wird, wo die vertikale Berechnungsmethode angewendet wird⁴⁰. Auch Sinn und Zweck der Regelung des § 9 II 3 SGB II sprechen im Zusammenhang des Individualanspruchs, der unstreitig in der Bedarfsgemeinschaft besteht, für die vertikale Methode. Darüber hinaus ist sie verständlich und bürgerfreundlich⁴¹.

Die Argumente, dass die systematische Auslegung aufgrund des Zusammenhangs der drei Sätze des § 9 II SGB II und Sinn und Zweck des § 9 II 3 SGB II für die vertikale Methode sprechen und die vertikale Berechnungsmethode im Gegensatz zur vertikalen-horizontalen Methode verständlich und bürgerfreundlich ist, sind nicht überzeugend und schlüssig. Auch haben die systematische Auslegung und die teleologische Auslegung nach Sinn und Zweck ihre Grenzen im Wortlaut des Gesetzes (siehe unten). Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Norm zunächst eindeutig und trotz aller kognitiver Probleme bisheriger Sozialhilferechter nicht interpretierbar⁴² und bietet kaum einen Anhalt für eine abweichende Gesetzesinterpretation⁴³. Die anteilige Bedürftigkeit aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft mag wenig sinnvoll erscheinen, entspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, der nicht einfach übergangen werden kann⁴⁴.

Gegen die vertikale Berechnungsmethode spricht aber gerade folgendes:

Zum einen überzeugt das Argument mit der Einheit der Rechtsordnung nicht, dass ein Bruch zum SGB XII vermieden wird, weil dort die vertikale Berechnungsmethode Anwendung findet. Dies liegt aber daran, dass es damals im BSHG und jetzt im SGB XII keine entsprechende Regelung wie die des § 9 II 3 SGB II gab bzw. gibt. Zum anderen ist der Wortlaut des Gesetzes nach § 9 II 3 SGB II zu beachten, der besagt, dass „jede Person der Bedarfsgemeinschaft im

Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig gilt“. Damit spricht sich der Gesetzgeber für eine anteilige Bedürftigkeit aller Bedarfsgemeinschaftsmitglieder aus. Somit sind auch Personen, die ihren eigenen Bedarf durch Einkommen decken können, aber nicht den der anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, hilfebedürftig. Der Wortlaut des Gesetzes spricht damit gegen die vertikale Berechnungsmethode.

c.) Bewertung der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode

Gegen die vertikale-horizontale Berechnungsmethode werden folgende Begründungen genannt:

Die Berechnungen nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode sind für den Adressaten völlig undurchschaubar und unverständlich⁴⁵. Weiter begegnet die vertikale-horizontale Berechnungsmethode erheblichen grundrechtlichen Bedenken, weil sie Personen, die sich selbst helfen können, zu Hilfebedürftigen macht⁴⁶. Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Auffassung vertreten, dass § 11 I BSHG vom Bedarf des Hilfesuchenden ausgeht und regelt, welches Einkommen und Vermögen diesem Bedarf als Deckungsmittel gegenüberzustellen sind. Dass dabei nur das Einkommen und Vermögen des selbst nicht hilfesuchenden Elternteils berücksichtigt werden kann, das über den Betrag hinausgeht, den der einsatzpflichtige Elternteil benötigt, um seinen eigenen Bedarf abzudecken, versteht sich von selbst. Denn andernfalls würde der Einsatzzpflichtige durch den Entzug der für seinen eigenen Lebensunterhalt notwendigen Mittel selbst sozialhilfebedürftig. Eine solche Auslegung und Anwendung der Vorschrift verstößt gegen das Grundrecht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG), weil sie denjenigen, der sich selbst helfen kann (§ 2 I BSHG), verpflichtet, seine Mittel für andere einzusetzen, mit der Folge, dass er dadurch selbst mittellos wird und auf staatliche Hilfe angewiesen ist⁴⁷.

Den vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken kann nicht gefolgt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte seine zu § 11 I BSHG vertretene Auffassung mit einem Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht⁴⁸ zu den Regelungen des Freibetrages im Einkommensteuerrecht begründet⁴⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu unter Bezugnahme auf Art. 2 I, 12 I, 14 I GG ausgeführt, dass dem Einkommensteuerpflichtigen nach Erfüllung seiner Steuerschuld von seinem Erworbenen so viel verbleiben muss, wie er zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie benötigt. Es darf daher kein Steuerpflichtiger infolge Besteuerung darauf verwiesen werden, seinen existenznotwendigen Bedarf durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen zu decken⁵⁰. Die vom Bundesverwaltungsgericht zugrunde gelegte Situation ist nicht ohne weiteres mit der des § 9 II 3 SGB II vergleichbar. Während es sich bei dem der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Sachverhalt um einen staatlichen Eingriff durch Besteuerung handelt, geht es im Rahmen des § 9 II 3 SGB II um die Gewährung von Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende bzw. deren Aufteilung im Rahmen eines

39 LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 46; *Kievel ZfF* 2005, 217, 217ff.

40 Siehe *Gerenkamp ZfF* 2007, 106, 108; LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 46.

41 LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 46.

42 *Spellbrink* info also 2009, 99, 101.

43 Siehe *Spellbrink NZS* 2007, 121, 122.

44 Siehe *Hauck/Noftz-SGB II-Hengelhaupt* § 9 Rdn. 36.

45 *Kievel ZfF* 2005, 217, 224.

46 *jurisPK-SGB II-Klaus* § 9 Rdn. 56; LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 46.

47 *BVerwGE* 108, 36, 38; siehe *BVerfGE* 87, 153, 169.

48 *BVerfGE* 87, 153, 153ff.

49 *Hauck/Noftz-SGB II-Hengelhaupt* § 9 Rdn. 101; *jurisPK-SGB II-Klaus* § 9 Rdn. 59.

50 *BVerfGE* 87, 153, 172.

engen Familienverbandes mit ohnehin gesteigert Unterhaltspflichtigen aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität⁵¹. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass eine die Abwicklung von Massenverfahren erleichternde Typisierung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist⁵². Auch hat das Bundesverwaltungsgericht zu § 11 I BSHG festgestellt, dass zwar jeder einzelne Hilfesuchende einen eigenen Anspruch auf Hilfe hat. Gleichwohl sind die Ehegatten und ihre minderjährigen unverheirateten Kinder, wenn sie in einem Haushalt zusammenleben, zu einer Bedarfsgemeinschaft zusammengeschlossen. Dieser Zusammenschluss mag auch mit der gesteigerten Unterhaltspflicht dieses Personenkreises zusammenhängen. Auf jeden Fall drückt sich in dieser Zusammenfassung die Erfahrung des täglichen Lebens aus, dass die eng miteinander Lebenden aus einem Topf wirtschaften, und es deshalb geboten ist, auch in gewissem Umfang die Mittel zusammenfassen, die den einzelnen Mitgliedern der Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft zufließen⁵³. Dass eine dem § 9 II 3 SGB II entsprechende „Zusammenfassung“ im Rahmen des BSHG von der Rechtsprechung abgelehnt wurde, ist bereits deshalb zutreffend, weil eine derartige Vorschrift im BSHG schlicht nicht vorhanden war⁵⁴.

Auch das Bundessozialgericht hält die Vorschrift des § 9 II 3 SGB II für verfassungsgemäß.

Das Bundessozialgericht spricht sich für eine bedarfsanteilige Bedürftigkeit aller Bedarfsgemeinschaftsmitglieder aus⁵⁵. Zu der hieran geäußerten Kritik hat es ausgeführt, dass zum einen dabei verkannt wird, dass gleichwohl die aus dem Konstrukt der Bedarfsgemeinschaft erwachsenen rechtlichen und tatsächlichen Zweifel für Fälle individueller Bedürftigkeiten mehrerer Personen nicht gelöst werden würden. Zum anderen kann der Meinung, dass die Regelung des § 9 II 3 SGB II verfassungswidrig ist, weil durch sie nichtbedürftige Personen zu Bedürftigen werden, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden, solange die betroffene Person nur Leistungen nach dem SGB II erhält. Vielmehr wird dem individuell Nichtbedürftigen sogar noch ein Leistungsanspruch nach dem SGB II zugestanden. Das verfassungsrechtliche Problem liegt allenfalls in der „Kürzung“ der Leistungsansprüche der bedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft. Denn dadurch dass der Nichtbedürftige Leistungen erhält, kommt es zu der Verkürzung der individuellen Ansprüche der anderen hilfebedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft⁵⁶. Denn dem an sich Bedürftigen wird ein Anteil quasi weggenommen und dieser Anteil dem Nichtbedürftigen zugewiesen⁵⁷, denn schließlich wird dem an sich nicht Hilfebedürftigen ja auch etwas gewährt. Er erhält einen Anspruch auf Alg II, der ihm an sich aufgrund seiner Ressourcen überhaupt nicht zusteht. Besonders kritisch sind deshalb vielmehr die Rechtsfolgen der Einbeziehung einer nichtbedürftigen Person in das SGB II insgesamt – als System – zu betrachten⁵⁸. Diese Rechtsfolge ist jedoch zumindest so lange hinzunehmen, als es sich um eine „funktionierende“ Bedarfsgemeinschaft handelt, in der die

bewilligten Leistungen tatsächlich auch den bedürftigen Personen im Ergebnis zufließen. Zu denken ist jedoch immerhin daran, dass sich aus der öffentlich-rechtlichen Konstruktion der Bedarfsgemeinschaft ein zivilrechtlicher Anspruch auf „Weiterleitung“ des Betrags herleiten lassen kann, der dem individuell Nichtbedürftigen „für den anderen“ vom Leistungsträger zugestanden wird. Ggf. muss ein Darlehen nach § 24 I SGB II gewährt werden. Verfassungswidrig können allenfalls sonstige an das Merkmal der fiktiven Hilfebedürftigkeit anknüpfende Rechtsfolgen auf der Pflichtenseite sein. Dem muss jedoch an der dortigen Stelle durch eine ggf. verfassungskonforme Auslegung Rechnung getragen werden (etwa: wichtiger Grund bei § 31 I 2 SGB II, keine Eingliederungsvereinbarung wegen Atypik, „soll“). Gleiches muss ggf. für eine Auslegung des § 9 II 3 SGB II in den Fällen, in denen ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft keinen Anspruch nach dem SGB II hat (etwa § 7 IV SGB II), gelten. § 9 II 3 SGB II kann dann nur für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zur Anwendung kommen⁵⁹.

Auch wird vertreten, dass das gesetzgeberische Konzept einer Bedürftigkeit der gesamten Bedarfsgemeinschaft bei grundsätzlichem Festhalten an Einzelansprüchen ihrer Mitglieder jedoch vor allem unter folgenden systematischen Gesichtspunkten problematisch ist: Bedenklich ist zunächst, dass jemand, der persönlich keine Hilfe benötigt, mit Rücksicht auf die Hilfebedürftigkeit anderer, denen er unter Umständen nicht einmal unterhaltspflichtig ist, den strengen Verhaltenspflichten des SGB II unterworfen wird. Auch erscheint es zweifelhaft, die stark personenbezogenen Merkbedarfe nach § 21 SGB II bei der Aufteilung des ungedeckten Gesamtbedarfs innerhalb der Bedarfsgemeinschaft nach § 9 II 3 SGB II mit einzubeziehen. Allerdings lässt sich dies mit der Überlegung rechtfertigen, dass dieser Mehrbedarf auch in einer nicht hilfebedürftigen Familie bzw. Partnerschaft aus dem gemeinsamen Einkommen getragen werden muss. Schwierigkeiten bereitet das Konzept der anteiligen Hilfebedürftigkeit aller Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft auch im Hinblick auf die abweichende Leistungserbringung nach § 24 SGB II. So stellt sich insbesondere die Frage, ob das unwirtschaftliche Verhalten eines einzelnen Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft dazu führt, dass die ganze Bedarfsgemeinschaft nur noch Sachleistungen erhält. Zwar könnte die Leistung nach § 24 II SGB II nur anteilig in Höhe des Bedarfs des sich unwirtschaftlich Verhaltenden als Sachleistung erbracht werden, doch stellt sich dann die Frage, ob dies auch dann gerechtfertigt ist, wenn dieser aufgrund eigenen Einkommens für sich allein betrachtet nicht hilfebedürftig ist und sein Bedarf alleine auf der Zurechnung eines Anteils des in der Bedarfsgemeinschaft ungedeckten Bedarfs nach § 9 II 3 SGB II beruht. Vorteilhaft ist die Regelung allerdings für Arbeitslose, die eigenes Einkommen in Höhe ihres persönlichen Bedarfs erzielen (z.B. private Berufsunfähigkeitsrente). Da auch sie innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft nach § 9 II 3 SGB II als hilfebedürftig gelten, erhalten sie bei bestehender Erwerbsfähigkeit einen Anspruch auf Leistungen zur Eingliederung in Arbeit⁶⁰.

d.) Entscheidung für eine bestimmte Berechnungsmethode

Bei der Entscheidung, welche Berechnungsmethode im Rahmen des SGB II die richtige ist, gilt es zum einen den Wortlaut des Gesetzes nach § 9 II 3 SGB II zu beachten. Der Wortlaut des § 9 II 3 SGB II besagt, dass „jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des

51 jurisPK-SGB II-Klaus § 9 Rdn. 59; Hauck/Noftz-SGB II-Hengelhaupt § 9 Rdn. 101.

52 BVerfGE 87, 153, 172.

53 BVerwG vom 17.05.1972, Aktenzeichen V C 43.72, FEVS 21, 1, 1ff – Juris.

54 Hauck/Noftz-SGB II-Hengelhaupt § 9 Rdn. 101; jurisPK-SGB II-Klaus § 9 Rdn. 59.

55 BSG NDV-RD 2009, 6, 8ff; BSG NDV-RD 2007, 3, 4ff.

56 BSG NDV-RD 2007, 3, 4ff; Spellbrink NSZ 2007, 121, 122ff.

57 Spellbrink NSZ 2007, 121, 122.

58 Spellbrink NSZ 2007, 121, 122ff.

59 BSG NDV-RD 2007, 3, 4ff.

60 Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 30a.

eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig gilt“. Damit spricht sich der Gesetzgeber eindeutig für eine anteilige Bedürftigkeit aller Bedarfsgemeinschaftsmitglieder aus⁶¹. Somit sind auch Personen, die ihren eigenen Bedarf durch Einkommen decken können, aber nicht den der anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, hilfebedürftig. In der Rechtswissenschaft werden verschiedene Auslegungsmethoden, wie die historische Auslegung, die systematische Auslegung und die teleologische Auslegung nach Sinn und Zweck angewendet, aber es gibt keine bessere Auslegungsmethode wie die Wortlautauslegung, und zwar die Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes. Der Wortlaut des Gesetzes des § 9 II 3 SGB II spricht hier eindeutig für die vertikale-horizontale Berechnungsmethode.

Zum anderen hat das Bundessozialgericht, das früher die rein horizontale Methode angewendet hat, seine Auffassung dahingehend geändert, seine Berechnungsmethode zu modifizieren und nur noch übersteigendes Einkommen von Eltern/Partnern auf Kinder sowie von Partnern untereinander in der Bedarfsgemeinschaftsberechnung horizontal zu verteilen, während es Kindeseinkommen vertikal berücksichtigt⁶². Als Begründung nennt das Bundessozialgericht, dass das Einkommen und Vermögen der Eltern nach § 9 II 2 SGB II bei der Berechnung des Bedarfes der Kinder zu berücksichtigen ist. Aus Satz 1 und Satz 2 des § 9 II SGB II zusammen folgt mithin umgekehrt, dass Einkommen und Vermögen der minderjährigen Kinder der Bedarfsgemeinschaft bei Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Eltern außer Betracht zu bleiben haben. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung zudem in der sich aus § 7 III Nr.4 SGB II ergebenden Regel, wonach minderjährige Kinder dann nicht zur Bedarfsgemeinschaft gehören, wenn die ihren Lebensunterhalt im Sinne des SGB II durch eigenes Einkommen und Vermögen decken können. Einkommen und Vermögen von minderjährigen Kindern dienen also nach dem System des SGB II vorrangig dazu, den Bedarf der Kinder zu decken, stehen mithin nicht bzw. nur oberhalb der Bedarfsdeckungsgrenze der Kinder zur Verteilung innerhalb der Bedarfsgemeinschaft zur Verfügung⁶³. Eine weitere Ausnahme von der horizontalen Berechnung macht das Bundessozialgericht in verfassungskonformer Auslegung entgegen dem Wortlaut des § 9 II 3 SGB II, wenn der Bedarfsgemeinschaft eine Person angehört, die vom SGB II-Bezug ausgeschlossen ist. Nur das den Bedarf des nicht leistungsberechtigten Mitglieds übersteigende Einkommen ermittelt nach der vertikalen Berechnungsmethode ist auf die hilfebedürftigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu verteilen. Ansonsten würden SGB II-Leistungsberechtigte, die Partner eines Altersrentners sind, schlechter dastehen, als wenn sie mit anderen nicht ausgeschlossenen SGB II-Berechtigten zusammenleben würden⁶⁴. Dafür ist jedenfalls kein sachlicher Grund ersichtlich, wenn die vom Leistungsausschluss nach dem SGB II betroffene Person wegen der anderen Einkommensberechnung nach dem SGB XII auch dort nicht leistungsberechtigt ist. Geboten ist daher eine Auslegung des § 9 II 3 SGB II, die sicherstellt, dass Ansprüche der nach dem SGB II Berechtigten nicht durch die Art der Berechnung des Anspruchs verkürzt werden. Es ist auch angesichts der Funktion der Leistung nach dem SGB II, das soziokulturelle Existenzminimum sicherzustellen, im Hinblick auf Art. 1 GG problematisch, wenn die Berechnung zu einer Verkürzung der Ansprüche der hilfebedürftigen Mitglieder

der Bedarfsgemeinschaft führt⁶⁵. Als Ausnahme von der Ausnahme anzusehen ist übersteigendes Kindergeldeinkommen eines nicht der Bedarfsgemeinschaft angehörenden Kindes, das seinem Elternteil zuzurechnen ist⁶⁶. Dadurch dass das Bundessozialgericht die rein horizontale Methode durch die oben erwähnten Modifikationen geändert hat, verteilt es das zu berücksichtigende Einkommen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft jetzt vertikal-horizontale. Dies stellt ein starkes Argument dar, dass jetzt das höchste deutsche Sozialgericht auch die vertikale-horizontale Berechnungsmethode anwendet. Die oben erwähnten Urteile des Bundessozialgerichts zeigen und verdeutlichen, dass das Bundessozialgericht entscheidend die vertikale-horizontale Berechnungsmethode mitentwickelt hat. Auch bestätigt das Bundessozialgericht durch aktuelle Rechtsprechung die vertikale-horizontale Berechnungsmethode und leistet damit einen erheblichen Beitrag dafür, dass die vertikale-horizontale Berechnungsmethode in der Rechtsprechung, in der Praxis und auch in der Lehre anerkannt wird.

Daher ist die vertikale-horizontale Berechnungsmethode beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II anzuwenden⁶⁷.

Da das Bundessozialgericht früher die rein horizontale Berechnungsmethode vertreten und angewendet hat, verwenden einige Grundsicherungsträger noch heute die Begriffe „Horizontalberechnung“ oder „Horizontalübersicht“ im Rahmen ihrer Berechnungen der SGB II-Bescheide, was aufgrund der oben geschilderten Änderungen ein wenig irreführend ist.

Sehr häufig wird in der Lehre und in der Praxis der Begriff der „Bedarfsanteilmethode“ für die vertikale-horizontale Berechnungsmethode verwendet⁶⁸, der aber missverständlich ist, da im Rahmen aller Berechnungsmethoden Anteile von Bedarfen ermittelt und berechnet werden⁶⁹, wie zum Beispiel im Rahmen der horizontalen Berechnungsmethode, aber auch im Rahmen der vertikalen Berechnungsmethode. Daher ist die Verwendung des Begriffes „Bedarfsanteilmethode“ im Rahmen des SGB II irreführend. Daher ist es vorzuziehen, die Methode als vertikale-horizontale Berechnungsmethode zu bezeichnen. Im nachfolgendem wird die vertikale-horizontale Berechnungsmethode durch weitere Beispiele erläutert und konkretisiert.

V. Konkretisierungen der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode durch weitere Beispiele

1. Beispiel 1

Frau A (erwerbsfähig) lebt mit ihrem Ehemann, Herrn A, zusammen. Frau A erhält einen angemessenen Mehrbedarf wegen kostenintensiver Ernährung in Höhe von 50,00 € monatlich. Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 280,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 46,00 € monatlich. Herr A erzielt durch Erwerbstätigkeit ein bereinigtes Einkommen in Höhe von 900,00 € monatlich.

65 BSG NDV-RD 2008, 115, 119.

66 LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 43.

67 Auch wenn eine der oben genannten Modifikationen als Ausnahme nicht vorliegt, d.h. es muss kein übersteigendes Einkommen zunächst vertikal zugerechnet werden, sondern es findet eine rein horizontale Verteilung statt, kann die Methode dann als vertikale-horizontale Berechnungsmethode bezeichnet werden. In der Rechtsprechung wird trotz Anerkennung der oben genannten Modifikationen dann die Methode als horizontale Berechnungsmethode bezeichnet, was irreführend ist.

68 Siehe Kulle DVP 2011, 462, 470 und DVP 2012, 76, 81.

69 Siehe LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 46.

61 Siehe *Spellbrink* NZS 2007, 121, 122.

62 LPK-SGB II-*Thie/Schoch* § 9 Rdn. 43.

63 BSG NDV-RD 2009, 6, 9.

64 Siehe BSG NDV-RD 2008, 115, 119ff.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob und ggf. in welcher Höhe Ansprüche nach dem SGB II bestehen?

Es ergibt sich folgende Berechnung:

| | Frau A | Herr A | insgesamt |
|---------------------------|------------------------|------------------------|---------------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 674,00 |
| Mehrbedarf | 50,00 | | 50,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 | 140,00 | 280,00 |
| Bedarf für Heizung | 23,00 | 23,00 | 46,00 |
| Gesamtbedarf | 550,00 | 500,00 | 1.050,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 52,38 | 47,62 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen | | 900,00 | 900,00 |
| Einkommensverteilung | 471,42 | 428,58 | 900,00 |
| Gesamtanspruch | 78,58 Alg II | 71,42 Alg II | 150,00 |

Frau A hat einen eigenen Bedarf von 550,00 €. Der Bedarf von Herrn A beträgt 500,00 €. Damit beläuft sich der Gesamtbedarf auf 1.050,00 €. Herr A erzielt ein bereinigtes Einkommen von 900,00 €. Somit besteht ein ungedeckter Bedarf⁷⁰ in Höhe von 150,00 €. Der Anteil des eigenen Bedarfs im Verhältnis zum Gesamtbedarf beträgt bei Frau A 52,38 % und bei Herrn A 47,62 %. Anhand dieser Prozentzahlen wird dann das bereinigte Einkommen von Herrn A in Höhe von 900,00 € aufgeteilt. Nach § 9 II 3 SGB II ist Frau A in Höhe von 78,58 € (Alg II) hilfbedürftig. Auch ist Herr A in Höhe von 71,42 € (Alg II) hilfbedürftig, obwohl er seinen eigenen Bedarf von 500,00 € aus seinem bereinigten Einkommen von 900,00 € vollständig decken kann.

2. Beispiel 2

siehe Beispiel 1, aber mit folgender Ergänzung:

Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 560,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 92,00 € monatlich. Im Haushalt leben noch die gemeinsamen Kinder von Frau A und Herrn A, und zwar Sohn A (15 Jahre) und Tochter A (10 Jahre). Herr A erhält als Kindergeldberechtigter jeweils das Kindergeld in Höhe von 184,00 € monatlich für Sohn A und Tochter A.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob und ggf. in welcher Höhe Ansprüche nach dem SGB II bestehen?

Es ergibt sich folgende Berechnung:

| | Frau A | Herr A | Sohn A | Tochter A | insgesamt |
|-----------------------|--------|--------|--------|-----------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 287,00 | 251,00 | 1.212,00 |
| Mehrbedarf | 50,00 | | | | 50,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 | 140,00 | 140,00 | 140,00 | 560,00 |

⁷⁰ Der Begriff „ungedekter Bedarf“ wird dann verwendet, wenn die Gegenüberstellung von Gesamtbedarf und bereinigtem Einkommen ergibt, dass der Gesamtbedarf durch das bereinigte Einkommen nicht vollständig gedeckt wird und somit ein Teil des Gesamtbedarfs nicht gedeckt ist. Damit liegt dann ein „ungedekter Bedarf“ vor.

| | | | | | |
|---------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|----------------------|---------------|
| Bedarf für Heizung | 23,00 | 23,00 | 23,00 | 23,00 | 92,00 |
| Gesamtbedarf | 550,00 | 500,00 | 450,00 | 414,00 | 1.914,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 | 368,00 |
| Restbedarf | 550,00 | 500,00 | 266,00 | 230,00 | 1.546,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 35,58 | 32,34 | 17,20 | 14,88 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen | | 900,00 | | | 900,00 |
| Einkommensverteilung | 320,22 | 291,06 | 154,80 | 133,92 | 900,00 |
| Gesamtanspruch | 229,78 Alg II | 208,94 Alg II | 111,20 Alg II | 96,08 SozG | 646,00 |

Frau A hat einen eigenen Bedarf von 550,00 €. Der Bedarf von Herrn A beträgt 500,00 €. Der Restbedarf von Sohn A beträgt 266,00 € nach Abzug des bei ihm zu berücksichtigenden Kindergelds in Höhe von 184,00 € nach § 11 I 4 SGB II und der von Tochter A 230,00 € nach Abzug des bei ihr zu berücksichtigenden Kindergelds in Höhe von 184,00 € nach § 11 I 4 SGB II. Der gesamte Restbedarf beträgt 1.546,00 €. Der ungedeckte Bedarf beläuft sich auf 646,00 €. Der Anteil des eigenen Bedarfs im Verhältnis zum Gesamtbedarf beträgt bei Frau A 35,58 %, bei Herrn A 32,34 %, bei Sohn A 17,20 % und bei Tochter A 14,88 %. Anhand dieser Prozentzahlen wird dann das bereinigte Einkommen des Herrn A in Höhe von 900,00 € auf Frau A, Herrn A, Sohn A und Tochter A aufgeteilt. Nach § 9 II 3 SGB II ist Frau A in Höhe von 229,78 € (Alg II), Sohn A in Höhe von 111,20 € (Alg II) und Tochter A in Höhe von 96,08 € (SozG) hilfbedürftig. Auch Herr A ist in Höhe von 208,94 € (Alg II) hilfbedürftig, obwohl er seinen eigenen Bedarf von 500,00 € aus seinem bereinigten Einkommen von 900,00 € vollständig decken kann.

In beiden Beispielen ergab sich der Leistungsanspruch aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft bereits durch Gegenüberstellen des Gesamtbedarfs bzw. gesamten Restbedarfs und des bereinigten Gesamteinkommens der Bedarfsgemeinschaft. Eine solche „Familienberechnung“ ohne Zuordnung des ungedeckten Bedarfs zu den einzelnen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft vereinfacht die Berechnung und schwebte möglicherweise dem Gesetzgeber als Regelberechnung vor. Jedoch widerspricht sie dem Grundsatz des Einzelanspruchs im SGB II und erfordert bei der Rückforderung von Überzahlungen eine Nachberechnung des jeweiligen Einzelanspruchs, da eine dem § 19 V 2 SGB XII entsprechende Regelung, wonach im Falle fehlender Bedürftigkeit die Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft für die Rückforderung des Sozialhilfeträgers als Gesamtschuldner haften, im SGB II fehlt. Zudem ist bei der „Familienberechnung“ die Gefahr sehr hoch, den Gesamtleistungsanspruch der Familie falsch zu berechnen⁷¹. Zur Verdeutlichung der Problematik wird Beispiel 3 und Beispiel 4 gebildet und berechnet.

3. Beispiel 3

siehe Beispiel 2, aber mit folgender Ergänzung:

Sohn A erzielt ein bereinigtes Einkommen in Höhe von 400,00 € monatlich.

⁷¹ Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 36.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob und ggf. in welcher Höhe Ansprüche nach dem SGB II bestehen?

Daraus ergeben sich folgende Berechnungen:

a.) Berechnung für Sohn A auf Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

| | Sohn A |
|-----------------------|--|
| Regelbedarf | 287,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 |
| Bedarf für Heizung | 23,00 |
| Gesamtbedarf | 450,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 400,00 |
| Restbedarf | 50,00 |
| Kindergeld | 50,00 Kindergeld in Höhe von 134,00 € fließt nach § 11 I 4 SGB II an Herrn A als Kindergeldberechtigter zurück. |
| Anspruch | 0,00 |

Sohn A hat einen eigenen Bedarf von 450,00 €. Als Einkommen sind bei ihm ein bereinigtes Einkommen in Höhe von 400,00 € und das Kindergeld in Höhe von 184,00 € zu berücksichtigen. Da er aufgrund seines Gesamteinkommens in Höhe von 584,00 € seinen eigenen Bedarf in Höhe von 450,00 € decken kann, fließt Kindergeld in Höhe von 134,00 nach § 11 I 4 SGB II an Herrn A als Kindergeldberechtigter zurück. Damit ist Sohn A nicht hilfebedürftig und somit kein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft. Damit hat Sohn A keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

b.) Berechnung für Frau A, Herrn A und Tochter A auf Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

| | Frau A | Herr A | Tochter A | insgesamt |
|------------------------------------|------------------|--------------------------------|---------------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 251,00 | 925,00 |
| Mehrbedarf | 50,00 | | | 50,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 | 140,00 | 140,00 | 420,00 |
| Bedarf für Heizung | 23,00 | 23,00 | 23,00 | 69,00 |
| Gesamtbedarf | 550,00 | 500,00 | 414,00 | 1.464,00 |
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 |
| Restbedarf | 550,00 | 500,00 | 230,00 | 1.280,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 42,97 | 39,06 | 17,97 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen + Kindergeld | | 900,00 + 134,00 aus Kindergeld | | 1.034,00 |
| Einkommensverteilung | 444,30 | 403,88 | 185,81 | 1.033,99 |
| Gesamtanspruch | 105,70 Alg II | 96,12 Alg II | 44,19 SozG | 246,01 |

Frau A hat einen eigenen Restbedarf von 550,00 €, Herr A von 500,00 € und Tochter A von 230,00 €. Damit beläuft sich der gesamte Restbedarf auf 1.280,00 €. Herr A verfügt über ein bereinigtes Einkommen von 900,00 € und über Kindergeld in Höhe von 134,00 €, also insgesamt über 1.034,00 €. Damit beträgt der ungedeckte Bedarf 246,00 €. Der

Anteil des eigenen Restbedarfs im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beläuft sich bei Frau A auf 42,97 %, bei Herrn A auf 39,06 % und bei Tochter A auf 17,97 %. Anhand dieser Prozentzahlen wird dann das bereinigte Gesamteinkommen des Herrn A in Höhe von 1.034,00 € auf Frau A, Herrn A und Tochter A aufgeteilt. Nach § 9 II 3 SGB II ist Frau A in Höhe von 105,70 € (Alg II), Herr A in Höhe von 96,12 € (Alg II) und Tochter A in Höhe von 44,19 € (SozG) hilfebedürftig.

4. Beispiel 4

wie Beispiel 2, aber mit folgender Ergänzung:

Das bereinigte Einkommen des Herrn A beträgt 1.500,00 € monatlich.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob und ggf. in welcher Höhe Ansprüche nach dem SGB II bestehen?

Es könnte ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Betracht kommen, aber auch ein Anspruch auf Kinderzuschlag nach § 6 a BKGG.

Daraus ergeben sich folgende Berechnungen:

a.) Berechnung für Frau A und Herrn A auf Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

| | Frau A | Herr A | insgesamt |
|---------------------------|--------|----------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 674,00 |
| Mehrbedarf | 50,00 | | 50,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 | 140,00 | 280,00 |
| Bedarf für Heizung | 23,00 | 23,00 | 46,00 |
| Gesamtbedarf | 550,00 | 500,00 | 1.050,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 52,38 | 47,62 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen | | 1.500,00 | 1.500,00 |
| Einkommensverteilung | 785,70 | 714,30 | 1.500,00 |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 0,00 | 0,00 |

Frau A und Herr A können ihren eigenen Bedarf und damit auch den Gesamtbedarf durch das bereinigte Einkommen des Herrn A in Höhe von 1.500,00 € decken. Daher besteht nach dieser Berechnung für Frau A und Herrn A kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

b.) Berechnung für Frau A, Herrn A, Sohn A und Tochter A auf Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

| | Frau A | Herr A | Sohn A | Tochter A | insgesamt |
|-----------------------|--------|--------|--------|-----------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 287,00 | 251,00 | 1.212,00 |
| Mehrbedarf | 50,00 | | | | 50,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 140,00 | 140,00 | 140,00 | 140,00 | 560,00 |
| Bedarf für Heizung | 23,00 | 23,00 | 23,00 | 23,00 | 92,00 |
| Gesamtbedarf | 550,00 | 500,00 | 450,00 | 414,00 | 1.914,00 |

| | | | | | |
|----------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|------------------------------|----------------------------|--------------|
| Kindergeld | | | 184,00 | 184,00 | 368,00 |
| Restbedarf | 550,00 | 500,00 | 266,00 | 230,00 | 1.546,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 35,58 | 32,34 | 17,20 | 14,88 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen | | 1.500,00 | | | 1.500,00 |
| Einkommensverteilung | 533,70 | 485,10 | 258,00 | 223,20 | 1.500,00 |
| Gesamtanspruch | 16,30 Alg II | 14,90 Alg II | 8,00 Alg II | 6,80 SozG | 46,00 |

Herr A hat einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 16,30 € (Alg II), Frau A in Höhe von 14,90 € (Alg II), Sohn A in Höhe von 8,00 € (Alg II) und Tochter A in Höhe von 6,80 € (SozG).

c.) Berechnung für Frau A und Herrn A auf Anspruch auf Kinderzuschlag nach § 6 a BKGG

Durch die Zahlung des Kinderzuschlags sollen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II vermieden werden, wenn in einer Bedarfsgemeinschaft allein wegen der im Haushalt lebenden Kinder Hilfebedürftigkeit besteht. Da ein zeitgleicher Bezug von Kinderzuschlag und Alg II bzw. Sozialgeld ausgeschlossen ist, kann eine Anrechnung lediglich im Rahmen der Prüfung relevant werden, ob durch die Gewährung von Kinderzuschlag die Hilfebedürftigkeit der Bedarfsgemeinschaft insgesamt vermieden werden kann⁷².

Ein Anspruch auf Kinderzuschlag hat folgende Voraussetzungen:

1. Die Eltern bzw. der Elternteil hat einen Anspruch auf Kindergeld für das zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Kind⁷³.
2. Das Einkommen und das Vermögen der Eltern bzw. des Elternteils reicht aus, um den eigenen Bedarf zum Lebensunterhalt abzudecken⁷⁴ (= unterer Grenzbetrag).
3. Das Einkommen und Vermögen der Eltern bzw. des Elternteils überschreitet nicht die Summe aus eigenem Bedarf (unterer Grenzbetrag) und dem maximalen Kinderzuschlag⁷⁵ (= oberer Grenzbetrag).
4. Die Hilfebedürftigkeit der Bedarfsgemeinschaft wird insgesamt durch Zahlung des Kinderzuschlags vermieden⁷⁶.
Als Besonderheit im Rahmen der Berechnung des unteren Grenzbetrags ist zu beachten, dass die Ermittlung des elterlichen Bedarfs bezüglich des Anteils an den Bedarfen für Unterkunft und Heizung nicht kopfanteilig, sondern auf der Grundlage des Existenzminimumsbericht 2012 der Bundesregierung erfolgt⁷⁷.

72 Siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 1; siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 2.
73 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 6; siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 5 und Rdn. 8.
74 Siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 13ff; siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 7ff.
75 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 12; siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 18ff.
76 Siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 22ff; siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 13.
77 Siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 18ff und 47ff.

Der Unterkunftskosten- und Heizkostenanteil der Eltern beläuft sich nach dem Existenzminimumsbericht 2012 für ein Elternpaar mit zwei Kindern auf 71,15 %⁷⁸.
Nach § 6 a II 1 BKGG beträgt der Kinderzuschlag für jedes zu berücksichtigend Kind jeweils bis zu 140,00 € monatlich⁷⁹.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung für den unteren Grenzbetrag:

| | |
|---|---|
| Regelbedarf für Frau A | 337,00 |
| Regelbedarf für Herrn A | 337,00 |
| Bedarf für Unterkunft und Heizung nach dem sog. Existenzminimumsbericht 2012 | 463,90 (= Berechnung: 652,00 x 0,7115) |
| Unterer Grenzbetrag | 1.137,90 |

Damit beläuft sich der untere Grenzbetrag auf 1.137,90 € monatlich. Der obere Grenzbetrag beträgt 1.417,90 € monatlich (= Berechnung: unterer Grenzbetrag in Höhe von 1.137,90 € + maximaler Kinderzuschlag in Höhe von 280,00 €). Das bereinigte Einkommen des Herrn A beläuft sich auf 1.500,00 € monatlich. Damit wird der obere Grenzbetrag überschritten. Die dritte Voraussetzung für einen Anspruch auf Kinderzuschlag ist nicht erfüllt. Damit besteht kein Anspruch auf Kinderzuschlag⁸⁰.

d.) Ergebnis

Da ein Anspruch auf Kinderzuschlag nicht in Betracht kommt, findet die Berechnung auf Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II unter b.) Anwendung. Danach hat Herr A einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 16,30 € (Alg II), Frau A in Höhe von 14,90 € (Alg II), Sohn A in Höhe von 8,00 € (Alg II) und Tochter A in Höhe von 6,80 € (SozG).

5. Beispiel 5

a.) Einführung in die Problematik

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für die Fälle, in denen ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hat⁸¹.

Zur Einführung in die Problematik wird folgendes Beispiel gebildet:

Die Bedarfsgemeinschaft setzt sich aus dem Altersrentner, Herrn R (66 Jahre), seiner Frau R (50 Jahre, erwerbsfähig) und Sohn R (15 Jahre, erwerbsfähig) zusammen. Herr R erhält eine Altersrente. Herr R als Altersrentner, der mit seiner Frau R verheiratet ist, ist zwar nach § 7 III Nr. 3 a) SGB II Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, aber wegen seiner Altersrente nach § 7 IV SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen⁸². Damit kann § 9 II 3 SGB II nur noch für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, und zwar für Frau R und Sohn R, zur Anwendung kommen. Allerdings ist die Altersrente des Herrn R als Einkommen nach § 9 II 1 und 2 SGB II im Rahmen der Einsatzgemeinschaft bei Frau R und Sohn R zu berücksichtigen.

78 LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 51.
79 Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink Anhang Rdn. 15; LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 34ff.
80 Siehe LPK-SGB II-Schwitzky Anh. § 12 a Rdn. 18 und 20.
81 Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38a.
82 BSG NDV-RD 2008, 115, 117.

Zunächst ist der eigene Bedarf jedes Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft zu ermitteln. Der eigene Bedarf von Frau R und Sohn R lässt sich unproblematisch berechnen.

Es stellt sich aber die Frage, wie Herr R als Altersrentner zu berücksichtigen ist.

Nach § 7 IV SGB II ist dieser als Altersrentner von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Wie lässt sich dann der Bedarf von Herrn R als Altersrentner ermitteln? Hier erscheint es sinnvoll, bei der Ermittlung des Gesamteinkommens das Einkommen von Herrn R gemindert um dessen fiktiven SGB II- oder SGB XII-Bedarf im Rahmen der Einsatzgemeinschaft zu berücksichtigen und den Gesamtbedarf nur aus den eigenen Bedarfen der übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu bilden. Der nach dem SGB XII maßgebliche Bedarf tritt dann an die Stelle des SGB II-Bedarfs, wenn dieser höher ist. Andernfalls verbliebe Herrn R nach der Anrechnung nur noch ein Einkommen, das unter der Eintrittsschwelle des für ihn maßgeblichen untersten sozialen Sicherungssystem, und zwar der Grundsicherung im Alter, liegen würde. Einen Leistungsanspruch nach dem SGB XII hat er aber nicht, da er sein Einkommen nach § 2 I SGB XII unabhängig von der Anrechnung bei den SGB II-Berechnungen bei Frau R und Sohn R zunächst für sich selbst einzusetzen hat. Ein eigener Leistungsanspruch kann anschließend nur für die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft ermittelt werden^{83 84}.

b.) konkretes Beispiel zur Verdeutlichung der Problematik

Zur Verdeutlichung der Problematik wird folgendes Beispiel gebildet und berechnet.

Beispiel

Die Bedarfsgemeinschaft besteht aus Frau R (erwerbsfähig, ohne Einkommen) und Herrn R, der eine Altersrente in Höhe von 830,00 € monatlich bezieht. Im Haushalt lebt noch der gemeinsame Sohn R (15 Jahre, erwerbsfähig, ohne Einkommen). Der Bedarf für Unterkunft beträgt 300,00 € monatlich und der Bedarf für Heizung beträgt 60,00 € monatlich. Herr R erhält als Kindergeldberechtigter das Kindergeld in Höhe von 184,00 € monatlich für Sohn R.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob und ggf. in welcher Höhe Ansprüche nach dem SGB II bestehen?

Zur Ermittlung der Leistungsansprüche kommen zwei Rechenwege in Betracht.

aa.) Rechenweg 1⁸⁵

1. Schritt: Ermittlung des eigenen Bedarfs bzw. des eigenen Restbedarfs

| | Frau R | Sohn R | Herr R | insgesamt |
|------------------------------|--------|--------|--------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 287,00 | 337,00 | 961,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 300,00 |
| Bedarf für Heizung | 20,00 | 20,00 | 20,00 | 60,00 |

83 Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38a.

84 Siehe BSG NDV-RD 2008, 115, 119ff: In diesem Urteil nimmt das BSG zu der angesprochenen Problematik Stellung, wenn ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft eine Altersrente erhält und damit wegen § 7 IV SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist.

85 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38b.

| | | | | |
|---------------------|---------------|---------------|---------------|-----------------|
| Gesamtbedarf | 457,00 | 407,00 | 457,00 | 1.321,00 |
| Kindergeld | | 184,00 | | 184,00 |
| Restbedarf | 457,00 | 223,00 | 457,00 | 1.137,00 |

2. Schritt: Ermittlung des bereinigten Einkommens der Bedarfsgemeinschaftsmitglieder

| | Frau R | Sohn R | Herr R |
|------------------------------|--------|--------|--|
| Bereinigtes Einkommen | 0,00 | 0,00 | 800,00 (Berechnung: 830,00 abzüglich der Versicherungspauschale in Höhe von 30,00 € nach § 6 I Nr.1 Alg II-V) |

3. Schritt: Prüfung, ob über den fiktiven eigenen SGB II-Bedarf hinausgehendes Einkommen von Personen, die von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, beim Gesamteinkommen zu berücksichtigen ist.

Berechnung für Herrn R:

| | |
|-------------------------------|---------------|
| Fiktiver SGB II-Bedarf | 457,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 800,00 |
| Überschuss | 343,00 |

Herr R hat keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, da er wegen § 7 IV SGB II von Leistungen ausgeschlossen ist. Es liegt bei Herrn R ein Einkommensüberschuss in Höhe von 343,00 € vor, das seinen fiktiven SGB II-Bedarf übersteigt.

4. Schritt: Prüfung, ob der gesamte Restbedarf der SGB II-Leistungsberechtigten gedeckt ist

A. Gesamter Restbedarf der SGB II-Leistungsberechtigten:
457,00 € + 223,00 € = 680,00 €

B. Gesamteinkommen der SGB II-Leistungsberechtigten zuzüglich weiteres zu berücksichtigendes Einkommen:
0,00 € + 0,00 € + 343,00 € = 343,00 €

C. Ungedeckter Bedarf:
680,00 € – 343,00 € = 337,00 €

5. Schritt: Ermittlung des persönlichen Leistungsanspruchs durch Verteilung des bereinigten Einkommens

| | Frau R | Sohn R | insgesamt |
|----------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|---------------|
| Restbedarf | 457,00 | 223,00 | 680,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 67,21 | 32,79 | 100,00 |
| Bereinigtes Einkommen | | | 343,00 |
| Einkommensverteilung | 230,53 | 112,47 | 343,00 |
| Gesamtanspruch | 226,47 Alg II | 110,53 Alg II | 337,00 |

Der Anteil des eigenen Restbedarfs im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beträgt bei Frau R 67,21 % und bei Sohn R 32,79 %. An-

hand dieser Prozentzahlen wird das bereinigte Einkommen in Höhe von 343,00 € aufgeteilt. Danach hat Frau R einen Anspruch in Höhe 226,47 € (Alg II) und Sohn R in Höhe von 110,53 € (Alg II). Wenn zu diesen SGB II-Leistungen in Höhe von 337,00 € das bereinigte Einkommen des Herrn R in Höhe von 800,00 € dazu addiert wird (= 1.137,00 €), dann wird der gesamte SGB II-Restbedarf einschließlich des fiktiven Bedarfs von Herrn R in Höhe von 1.137,00 € (siehe Tabelle im 1. Schritt) gedeckt.

bb.) Rechenweg 2⁸⁶

Die Schritte 1 bis 3 erfolgen wie beim Rechenweg 1.

4. Schritt: Prüfung, ob der gesamte Restbedarf einschließlich der Personen, die von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sind, gedeckt ist

A. Gesamter Restbedarf der Bedarfsgemeinschaft:
457,00 € + 223,00 € + 457,00 € = 1.137,00 €

B. Bereinigtes Gesamteinkommen der Bedarfsgemeinschaft:
0,00 € + 0,00 € + 800,00 € = 800,00 €

C. Ungedeckter Bedarf:
1.137,00 € – 800,00 € = 337,00 €

5. Schritt: Ermittlung des gesamten Restbedarfs der nur SGB II-Leistungsberechtigten
hier: 457,00 € + 223,00 € = 680,00 €

6. Schritt: Ermittlung des persönlichen Leistungsanspruchs durch Verteilung des ungedeckten Bedarfs

| | Frau R | Sohn R | insgesamt |
|---------------------------|------------------|------------------|-----------|
| Restbedarf | 457,00 | 223,00 | 680,00 |
| Individuelle Bedarfe in % | 67,21 | 32,79 | 100,00 |
| Ungedeckter Bedarf | | | 337,00 |
| Gesamtanspruch | 226,47 Alg II | 110,53 Alg II | 337,00 |

Der Anteil des eigenen Restbedarfs im Verhältnis zum gesamten Restbedarf beträgt bei Frau R 67,21 % und bei Sohn R 32,79 %. Anhand dieser Prozentzahlen wird dann der ungedeckte Bedarf in Höhe von 337,00 € aufgeteilt. Danach hat Frau R einen Anspruch in Höhe 226,47 € (Alg II) und Sohn R in Höhe von 110,53 € (Alg II). Wenn zu diesen SGB II-Leistungen in Höhe von 337,00 € das bereinigte Einkommen von Herrn R in Höhe von 800,00 € dazu addiert wird (= 1.137,00 €), dann wird der gesamte SGB II-Restbedarf einschließlich des fiktiven Bedarfs von Herrn R in Höhe von 1.137,00 € (siehe Tabelle im 1. Schritt vom Rechenweg 1) gedeckt.

cc.) Die Bewertung der Rechenwege

Von den Rechenwegen dürfte der Rechenweg 2 der einfachere sein⁸⁷, obwohl er einen zusätzlichen Rechenschritt aufweist.

86 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38d.
87 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38e.

Doch macht Rechenweg 1 deutlich, dass durch das Zusammenspiel von § 7 IV SGB II und § 9 II 3 SGB II das Einkommen eines Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft auf die übrigen Bedarfsgemeinschaftsmitglieder verteilt wird, ohne dass ihm ein eigener Leistungsanspruch nach dem SGB II gegenüber steht⁸⁸.

VI. Konsequenzen für die Leistungsträger nach § 19 III 2 SGB II

Die Wahl der Methode für die Bestimmung der Hilfebedürftigkeit hat erhebliche Konsequenzen für die Kostenverteilung der Grundsicherungsträger. Nach § 19 III 2 SGB II deckt zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen zunächst die Bedarfe nach den §§ 20, 21 und 23 SGB II, darüber hinaus nach § 22 SGB II. Daher mindert zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen zunächst die Geldleistungen der Bundesagentur für Arbeit. Erst soweit darüber hinaus Einkommen und Vermögen vorhanden ist, mindert dieses die Geldleistung der kommunalen Träger.

Dazu wird ein Beispiel zur Erläuterung gebildet und berechnet⁸⁹.

Beispiel

Die Bedarfsgemeinschaft setzt sich aus den Eheleuten, Herrn A und Frau A (erwerbsfähig), zusammen. Der angemessene Bedarf für Unterkunft beträgt 300,00 € monatlich und der angemessene Bedarf für Heizung beträgt 60,00 € monatlich. Herr A erzielt ein bereinigtes Einkommen aus Erwerbstätigkeit in Höhe von 600,00 € monatlich.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung:

| | Herr A | Frau A | insgesamt |
|-----------------------|--------|--------|-----------|
| Regelbedarf | 337,00 | 337,00 | 674,00 |
| Bedarf für Unterkunft | 150,00 | 150,00 | 300,00 |
| Bedarf für Heizung | 30,00 | 30,00 | 60,00 |
| Gesamtbedarf | 517,00 | 517,00 | 1.034,00 |
| Bereinigtes Einkommen | 600,00 | | 600,00 |

Im folgenden wird das bereinigte Einkommen in Höhe von 600,00 € als erstes nach der vertikalen Berechnungsmethode und als zweites nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode verteilt.

1. Einkommensverteilung nach der vertikalen Berechnungsmethode:

| | Herr A | Frau A | insgesamt |
|-------------------------------|--------|------------------|-----------|
| Restbedarf | 0,00 | 517,00 | 517,00 |
| Überschuss | 83,00 | | 83,00 |
| Aus Überschuss | | 83,00 | 83,00 |
| Gesamtanspruch | 0,00 | 434,00 Alg II | 434,00 |
| Aufteilung nach Kostenträgern | | | |

88 Siehe Eicher/Spellbrink-SGB II-Mecke § 9 Rdn. 38e.
89 Siehe auch Beispiel bei Spellbrink Sozialrecht aktuell 2008, 10, 11ff.

| | | | |
|----------------------------------|--|--------|--------|
| Anteil Kommunalen Träger | | 180,00 | 180,00 |
| Anteil Bundesagentur für Arbeit | | 254,00 | 254,00 |

2. Einkommensverteilung nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode⁹⁰:

| | Herr A | Frau A | insgesamt |
|----------------------------------|------------------|------------------|-----------|
| Individuelle Bedarfe in % | 50,00 | 50,00 | 100,00 |
| Einkommensverteilung | 300,00 | 300,00 | 600,00 |
| Gesamtanspruch | 217,00 Alg II | 217,00 Alg II | 434,00 |
| Aufteilung nach Kostenträgern | | | |
| Anteil Kommunalen Träger | 180,00 | 180,00 | 360,00 |
| Anteil Bundesagentur für Arbeit | 37,00 | 37,00 | 74,00 |

3. Die Bewertung des Beispiels

Für die Bedarfsgemeinschaft insgesamt besteht aufgrund der unterschiedlichen Berechnungsmethoden kein materieller Unterschied. Der Anspruch auf Alg II bleibt gleich hoch. Es spielt keine Rolle, ob vertikal oder vertikal-horizontale berechnet wird⁹¹.

Das Beispiel verdeutlicht aber, dass die beiden Berechnungsmethoden zu erheblichen Unterschieden in der Kostenverteilung der Grundsicherungsträger führen.

Denn nach der vertikalen Berechnungsmethode beträgt der Anteil des kommunalen Trägers 180,00 € und der Anteil der Bundesagentur für Arbeit 254,00 €.

Nach der vertikalen-horizontalen Berechnungsmethode beläuft sich der Anteil des kommunalen Trägers auf 360,00 € und der Anteil der Bundesagentur für Arbeit auf 74,00 €.

Dies zeigt, dass die vertikale-horizontale Berechnungsmethode zu einer Kostenentlastung der Bundesagentur für Arbeit führt, die vertikale Berechnungsmethode hingegen zu einer Kostenentlastung der kommunalen Trager⁹².

Damit ist auch zu erklären, wieso sich die kommunalen Träger so vehement gegen die gesetzliche Regelung des § 9 II 3 SGB II zur Wehr setzen und für die vertikale Berechnungsmethode kampfen^{93 94}. Obwohl das Bundessozialgericht als das zuständige oberste deutsche Sozialgericht hierzu bereits im November 2006 eindeutig klargestellt hat⁹⁵, dass der Gesetzgeber des SGB II damit mit der sozialhilferechtlichen Figur der Einsatzgemeinschaft gebrochen hat und im Rahmen des § 9 II 3 SGB II davon ausgeht, dass bei der

90 In der Bedarfsgemeinschaft sind keine Kinder vorhanden, so dass Kindeseinkommen keine Rolle spielt und daher kein Einkommen zunächst vertikal zuzurechnen ist. Deshalb könnte die Methode hier auch als horizontale Berechnungsmethode bezeichnet werden, aber es gilt FN 67 zu beachten.

91 *Spellbrink* Sozialrecht aktuell 2008, 11, 11.

92 Siehe *Spellbrink* Sozialrecht aktuell 2008, 11, 11.

93 Kommentar zum Sozialrecht-SGB II-*Spellbrink/G. Becker* § 9 Rdn. 15; *Spellbrink* Sozialrecht aktuell 2008, 10, 11ff.

94 Kommunalen Befürworter für die vertikale Berechnungsmethode bei der Einkommensverteilung im Rahmen des SGB II ist insbesondere *Gerrenkamp* in *ZfF* 2007, 106, 106ff.

95 BSG NDV-RD 2007, 3, 4ff.

Prüfung der Hilfebedürftigkeit auch der isoliert betrachteten Nicht-hilfebedürftigen zum Hilfebedürftigen werden kann, wenn der Bedarf in der Bedarfsgemeinschaft insgesamt nicht gedeckt ist, wird diese Entscheidung des Gesetzgebers für diese Methode der Bestimmung der Hilfebedürftigkeit insbesondere im kommunalen Bereich nach wie vor nicht akzeptiert⁹⁶.

Allerdings sind die Kommunen nicht befugt, deshalb direkt gegen die Bundesagentur für Arbeit bzw. die zuständige Agentur für Arbeit zu klagen. § 44 a VI schreibt mit Wirkung ab dem 01.01.2011 bei Streit über die Hilfebedürftigkeit ein Widerspruchsverfahren vor, wenn der kommunale Träger mit der nach § 44 a IV 1 SGB II von der Agentur für Arbeit festzustellenden Hilfebedürftigkeit nicht einverstanden ist. Ohne vorherige Befassung der Agentur für Arbeit ist eine Klage unzulassig⁹⁷.

D. Fazit

Die Berechnungsmethode, die beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB XII anzuwenden ist, ist die Verhältnis- oder Prozentlösung als vertikale Berechnungsmethode. Denn diese bietet den Vorteil gegenüber den anderen Berechnungsmethoden, dass sie für die Verteilung des übersteigenden Einkommens nur einen Rechenschritt benötigt. Auch führt die Verhältnis- oder Prozentlösung zu sachgerechten Ergebnissen und entspricht der Unterhaltsberechnung in Mangelfallen nach der Düsseldorfer Tabelle. Darin besteht große Einigkeit in der Rechtsprechung, in der Praxis und auch in der Lehre, denn diese Methode wurde schon zu Zeiten des BSHG überwiegend angewendet.

Die Frage, welche Berechnungsmethode die richtige beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II ist, ist zwar schwieriger zu beantworten. Denn § 9 II 3 SGB II wurde zum 01.01.2005 neu eingeführt und eine vergleichbare Vorschrift gab es nicht zu Zeiten des BSHG oder gibt es auch jetzt nicht im Rahmen des SGB XII. Es scheint einen großen Meinungsstreit dahingehend zu geben, ob die vertikale oder die vertikale-horizontale Berechnungsmethode die richtige Methode ist. Doch dieser Meinungsstreit hat seine Grundlage darin, dass die unterschiedlichen Rechenwege erhebliche Konsequenzen für die Kostenverteilung der Grundsicherungsträger haben. Die vertikale-horizontale Berechnungsmethode führt zu einer Kostenentlastung der Bundesagentur für Arbeit und die vertikale Berechnungsmethode zu einer Kostenentlastung der kommunalen Träger. Daher ist es nicht verwunderlich, dass sich gerade die kommunalen Träger gegen die vertikale-horizontale Berechnungsmethode mit diversen Argumenten aussprechen und sich für die vertikale Berechnungsmethode mit diversen Argumenten einsetzen. Doch am Ende ist dieser Meinungsstreit sehr mühselig, denn der Gesetzgeber hat sich eindeutig aufgrund des Wortlauts des § 9 II 3 SGB II für eine anteilige Bedürftigkeit aller Bedarfsgemeinschaftsmitglieder entschieden und damit für die vertikale-horizontale Berechnungsmethode. Auch findet diese Anwendung und Auslegung des § 9 II 3 SGB II ihre Anerkennung und Bestätigung in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, also dem höchsten deutschen Sozialgericht. Daher ist die vertikale-horizontale Berechnungsmethode beim Einkommenseinsatz im Rahmen des SGB II anzuwenden.

96 *Spellbrink* Sozialrecht aktuell 2008, 10, 10ff.

97 Kommentar zum Sozialrecht-SGB II-*Spellbrink/G. Becker* § 9 Rdn. 15; *Eicher/Spellbrink-SGB II-Spellbrink* § 19 Rdn. 15.

ABC – Glossar – XYZ

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

Krisenmanagement

Krisen von und in Staaten sind mit Krankheiten vergleichbar. Ihnen vorzubeugen, sie zu lindern und zu heilen ist im staatlichen Leben Aufgabe des Krisenmanagements. Im Unterschied zum Katastrophenmanagement, das eine urplötzlich eintretende Grenzsituation zu meistern hat, kündigen sich sowohl Finanz-, Schulden-, Währungs- und Wirtschaftskrisen als auch Bürokratie-, Politik- und Verfassungskrisen meist an und schwelen eine Zeit lang bevor sie ausbrechen. Arbeitsplatzverluste, Depression, Inflation, Illiquidität, Steuerausfälle, Überschuldung, Insolvenzen, Korruption, Affären, Streiks, Epidemien usw. fordern bei gravierendem Ausmaß staatliches Handeln zur Wiederherstellung einer ausgewogenen (System-)Entwicklung heraus.

Vom Krisenmanagement erwartet man, dass es nicht erst zum Wendepunkt einer gefährlichen Lage eingreift. Bereits in der Zeitspanne, in der sich eine Krise abzeichnet, bedarf es staatlicher Ursachenerkundung und Wirkungsabschätzung, um dann gegebenenfalls mit der Gegensteuerung zu beginnen. Da sich Krisen oft über einen begrenzten Zeitraum hinziehen, wird man damit einen Krisenstab vorübergehend betrauen. Je nach dem Grad personeller, finanzieller, institutioneller und/oder räumlicher Bedrohung und Betroffenheit ist ein solches Gremium mit Experten aus obersten Behörden und mit Verwaltungschefs, auch mit dem Landrat oder Oberbürgermeister im Krisengebiet, ad hoc zu berufen. Sie besitzen die Weisungskompetenzen und nehmen die Aufsicht über die Interventionen wahr. Ergänzend können interne (z.B. Lehrer, Polizeibeamte, Truppenführer und andere Soldaten) und externe Fachleute (unter anderem Wirtschaftsvertreter, Finanzberater, Juristen, Mediziner, Psychologen, Feuerwehrleute, Dolmetscher) mitwirken.

Charakteristisch für Krisenmanagement ist, dass es rund um die Uhr unter Zeitdruck stattfindet und dass die gefährliche Lage schwierige und improvisierende Arbeitseinsätze mit höchst verantwortungsbewussten Entscheidungen abverlangt. Die Bewältigung von Krisen erweist sich meistens als ergebnisoffen. Erfolge heimsen der Krisenstab und im Weiteren die Bundes- oder Landesregierung ein. Bei Misserfolg wird dem Krisenmanagement in der Öffentlichkeit Versagen vorgeworfen. Da im Unterschied zu anderen Ländern die Deutschen als besonders sicherheitsbewusst gelten – im Ausland sogar als „the German angst“ kolportiert – nimmt die Öffentlichkeit zwar regen Anteil am Umgang

mit Krisen. Der Risiken wegen hüllen sich die Behörden hierzulande aber in Schweigen. Eine erfreuliche Ausnahme bildet das Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK) mit seinem Leitfaden „Verhalten bei besonderen Gefahrenlagen“. Das Faltblatt enthält Hinweise zur Vorsorge und Selbsthilfe bei Explosionen, eingestürzten Gebäuden, verschütteten Mitmenschen, Großbränden sowie chemischen, biologischen und radiologischen Gefahren.

Nachwuchsmangel

In vielen oberen und mittleren Bundes- und Landesbehörden, auch in Schulen, Fachhochschulen und Universitäten, bei der Polizei, in Finanz- und Zollämtern, Gesundheitsverwaltungen und öffentlichen Krankenhäusern, können offensichtlich nicht mehr alle Stellen besetzt werden. Nach Recherchen des Deutschen Beamtenbundes fehlten derzeit bundesweit 20.000 Lehrer und 10.000 Polizisten. Der deutsche Hochschulverband fordert 7.000 zusätzliche Professoren, um der explodierenden Studierendenzahl Herr zu werden und das Betreuungsverhältnis von einem Professor auf 60 Studierenden beizubehalten. In Anbetracht der in den nächsten Jahren altersbedingt ausscheidenden Beschäftigten nimmt der Mangel noch zu.

Für den mangelnden Nachwuchs gibt es teils durch Gesetzgebungsdickicht, eigennützige Parteienpolitik, dominierenden Lobbyismus und beamtenkritischen Zeitgeist fremdbestimmte, teils selbstgestrickte Gründe. Potenzielle Nachwuchskräfte machen sich oft auch ein falsches Bild von der „öffentlichen Verwaltung“ – ein Etikett, das die Vielfalt und Vielzahl von Ministerien, Rechnungshöfen, Botschaften, Statistischen Ämtern, Wehrbereichsverwaltungen, Wasser- und Schifffahrtsdirektionen, Regierungspräsidien, Kreisverwaltungen (um nur einige zu nennen) nicht augenscheinlich werden lässt. Beklagt werden von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, ihren Gewerkschaften und Verbänden und nicht minder von Teilen der Bevölkerung bürokratische Arbeitsweisen und Hemmnisse, langwierige Dienstwege und enge Entscheidungsspielräume sowie rückständige räumliche und technische Ausstattung.

Warum Berufsanfänger den Dienst bei Bund, Ländern und Gemeinden meiden, mag auch daran liegen, dass viele der Ansicht sind, die Parteipolitisierung in den Führungspositionen bremse leistungsstarke Fachleute. Gut ausgebildete Lehrer für die sog. MINT-Fächer (Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik), ebenso Architekten, Mediziner, Betriebswirte und Juristen streben nach lukrativeren Stellen in der Privatwirtschaft, ihnen missfallen im öffentlichen Dienst befristete und geteilte Arbeitsplätze, restriktive Teilzeitbeschäftigung, in der Regel abhängige Tätigkeiten, inflexible Beförderungen und hierarchiebetontes Arbeitsklima.

Manche Vorbehalte mögen ungerechtfertigt sein. Das letzten Endes auf rechtliche Bindung und Kontrolle getrimmte Verwaltungshandeln darf man nicht über denselben Leisten ziehen wie die erwerbswirtschaftliche Arbeit außerhalb der Verwaltungswelt.

Dem Nachwuchsmangel lässt sich begegnen, indem man Staats- und Kommunalverwaltungen auf ihre ureigenen Aufgaben zurück führt. Sie bestehen im Wesentlichen erstens aus der Umsetzung von Strategien der Gesetzgeber und Regierungen in Form von Förderung,

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

Regulierung und Überwachung. Dazu bedarf es eines hoch qualifizierten Führungspersonals mit ausreichender Kompetenz, Verantwortung und Bezahlung. Man kennt es beispielhaft vom Auswärtigen Dienst und von der Deutschen Bundesbank.

Soweit zweitens Vollzugsaufgaben zu erledigen sind, müsste man sie auf hoheitliche Bereiche (z.B. Besteuerung, innere und äußere Sicherheit bzw. Justiz, Polizei und Verteidigung) begrenzen und Arbeitsbedingungen schaffen, die den (vornehmlich Beamten-)Nachwuchs anziehen. Um dessen kreatives Potential zu wecken, sollten breit gefächerte Experimentierklauseln und Pilotprojekte Neuerungen erlauben. Sonstige Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wie im Bereich von Bildung und Gesundheit sowie in der Daseinsvorsorge im Infrastrukturbereich von Wasser, Energie, Verkehr und Entsorgung sind weniger geborene als erkorene öffentliche Aufgaben. Sie sind nicht dem Alimentationsprinzip des Grundgesetzes verpflichtet, wonach der Staat seinen Beamten eine „amtsangemessene“ Bezahlung gewährt, sondern müssen im (durchaus Bezahl-)Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft erbracht werden. In diesem Konkurrenzkampf unterliegen öffentliche Tarifbeschäftigte zumeist den monetären Anreizen und gestalterischen Freiräumen privater Angestellter.

Drittens ist Nachwuchs wohl nur zu gewinnen, wenn moderne öffentliche Verwaltungen ihr Erscheinungsbild bzw. Image polieren und ihren Dienst am Gemeinwesen profilieren, will sagen: eine Öffentlichkeitsarbeit betreiben, die bei der Jugend ankommt. Der Staat samt Kommunen muss nicht hinter dem Berg halten. Seine Arbeit ist transparent darzulegen, dem Publikum begreifbar zu machen und die Bedeutung des Verwaltungshandelns hochzuschätzen.

Ein starker Staat, auf den man stolz sein kann, wird genügend Nachwuchs akquirieren – vorausgesetzt er besinnt sich auf seine essentiellen Aufgaben, fällt nicht dem Größenwahn anheim, räumt der rechtsstaatlichen und qualitativ hochwertigen Aufgabenerfüllung Priorität ein, bezahlt seine Beamten „amtsangemessen“ und sein übriges Personal „arbeitsmarktdäquat“. (Ein Fingerzeig: Was die Einstiegsgehälter von Hochschulabsolventen betrifft, liegt nach einer Untersuchung der Vergütungsberatung Personalmarkt der öffentliche Dienst mit JahresbruttoBezügen von durchschnittlich 36.000 Euro im unteren Mittelfeld.)

Öffentliche Güter

Als öffentliche Güter bezeichnet man solche Natur-, Sach-, Kultur- und Rechtsgüter sowie Dienstleistungen, die hauptsächlich am kollektiven, daneben am individuellen Nutzen orientiert sind. Sie werden vom Staat bereit gestellt, erhalten, wieder hergestellt, ersetzt oder bei Übernutzung reglementiert. Kennzeichnend ist für öffentliche Güter, dass von ihrer Nutzung niemand ausgeschlossen werden kann (z.B. von der Sicherheit, die die Landesverteidigung oder vom Schutz, den der Deichbau gewährt). Ferner ist eine Aufteilung auf Einzelne nicht möglich, denn es herrscht keine Rivalität zwischen den Nutznießern (so schließt z.B. ein zusätzlicher Rundfunkempfänger die Teilnahmemöglichkeit anderer nicht aus). Bei manchen öffentlichen Gütern, den sog. Gemein- bzw. Kollektivgütern bzw. Gütern im Gemeinschaftseigentum, entsteht durch Übernutzung Verwendungskonkurrenz, so dass individuelle Freiheiten beschränkt werden müssen (z.B. ist der Raubbau an einer Allmendkiesgrube oder an einem Gemeinschaftsforst zu verhindern).

Da öffentliche Güter regelmäßig erhebliche Kosten verursachen, die Nutzer kaum bereit sind, dafür etwas zu bezahlen, und deshalb keine Gewinne erzielt werden können, hat der Staat für sie zu sorgen. Er bietet beispielsweise öffentliche Schulen in Verbindung mit Schul-

pflicht an, kümmert sich um innere Sicherheit, fördert Grundlagenforschung, gesunde Ernährung und gesellschaftliche Partizipation, reaktiviert Industriebranchen usw. Der Staat kann auch auf andere Weise die Nachfrage nach öffentlichen oder weitgehend öffentlichen Gütern unterstützen, indem er (Bau-, Sanierungs-)Aufträge vergibt oder ÖPNV, regenerative Energien, Verbraucher- und Umweltberatung subventioniert.

Viele öffentliche Güter sind nicht lokal, regional oder national begrenzt, sondern von globaler Bedeutung. Man braucht nur an das Klimasystem, die Artenvielfalt, die Bodenfruchtbarkeit und die menschliche Gesundheit zu denken, um zu verstehen, dass die Völkergemeinschaft und jeder Staat deren Zerstörung unterbinden muss, anders gesagt: nur nachhaltiges Wirtschaften und Verwalten diese Gemeingüter zu erhalten vermögen.

Subventionen

Bei Subventionen gilt das umgekehrte Sankt-Florian-Prinzip: kaum ein Steuerzahler hält solche Staatshilfen für angebracht, aber jeder käme gern in den Genuss von Subventionen. Im zweijährlich erscheinenden Subventionsbericht der Bundesregierung wird ein enger Subventionsbegriff zugrunde gelegt. Danach umfassen Subventionen zum einen Finanzhilfen des Bundes in Form von Geldzahlungen an Unternehmen und Wirtschaftszweige. Zum andern fallen auch Steuervergünstigungen darunter, die zu geringeren staatlichen Einnahmen führen. Dem jüngsten Subventionsbericht der Bundesregierung vom August 2011 ist zu entnehmen, dass beide Subventionsarten zusammen den Bund im Jahr 2010 rund 25 Mrd. Euro kosteten. Ein großer Anteil floss in den Steinkohlebergbau, ein anderer war durch die Abwrackprämie bei Altagos veranlasst.

Obwohl seit Jahren ein Subventionsabbau mit dem Argument gefordert wird, die Begünstigung Einzelner zu Lasten der Allgemeinheit schade der Volkswirtschaft insgesamt, ist die Subventionsquote in Relation zum Bruttoinlandsprodukt nahezu konstant. Zwar wurde die Eigenheimzulage schrittweise abgeschafft, gleichzeitig stiegen aber die Verkehrssubventionen an. Für Subventionen spricht, wenn sie den notwendigen Strukturwandel erleichtern, Existenzgründern und neuen Anbietern innovativer Produkte beiseite stehen und dazu beitragen, in unterversorgten Regionen Anreize zu schaffen. Werden Finanzhilfen und Steuervergünstigungen allerdings zu lange gewährt, verfälschen sie die Preise und den Wettbewerb; dann sind Fehlallokationen der Ressourcen die Folge. Überhaupt haftet Subventionen der Hautgout von Lobbyismus und versteckten Beihilfen an. Gegen letztere zieht die EU-Kommission zu Felde, indem sie auf Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vom 7. Februar 1992 in der Amsterdamer Fassung vom 2. Oktober 1997 verweist. Danach „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Bestünde ein Transparenzgebot in der Subventionspolitik und würde man alle Steuersubventionen in die Berichterstattung aufnehmen, käme ein ungeschminktes Bild zustande. Der Wirrwarr an Vergünstigungen im Steuerrecht würde über die Staatshilfen für die gewerbliche Wirtschaft hinaus Bildung, Kultur und Wissenschaft, Ernährung, Gesundheit und Sport als Subventionsempfänger offenbaren. Wirtschaftsforscher gehen davon aus, dass die Subventionen in Deutschland fünfmal höher sind als offiziell bekannt gemacht.

Holger Weidemann*

Die unzulässige Grenzbebauung

Sachverhalt¹

Landkreis Diepholz
Der Landrat
Marktstr. 17
27282 Diepholz

Diepholz, den 3. Mai 2012

1.) Übergabe-Einschreiben:

Ferdinand Zyska
Im Brahmbusch 17
27262 Sulingen

Kommunikation:

Bearbeiter: Herr Sauerlich
Telefon: 05141/121314
Fax: 05141/477
Az.: 44/5/2012

ab: 4. Mai 2012

Garagenneubau

Hier: Baugenehmigung vom 12. Januar 2012

Sehr geehrter Herr Zyska,

hiermit hebe ich die Ihnen mit Datum vom 12. Januar 2012, Az.: 44/5/2012, erteilte Baugenehmigung zur Errichtung einer Garage auf Ihrem Grundstück in Sulingen, Im Brahmbusch 17, auf.

Die Kosten dieses Verfahrens haben Sie zu tragen.

Begründung:

Im Januar diesen Jahres ist Ihnen die Genehmigung zur Errichtung einer Garage auf dem obigen Grundstück erteilt worden. Da diese Baugenehmigung rechtswidrig ist, bin ich nach § 1 Abs. 1 Nds. Verwaltungsverfahrensgesetz (NVwVfG²) – Fundstelle) in Verbindung mit § 48 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – Fundstelle –) berechtigt, diese aufzuheben.

* Prof. Holger Weidemann ist auf der Leitungsebene des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, das zugleich Träger der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen ist, tätig

1 Trotz praxisnaher Gestaltung handelt es sich um einen fiktiven Sachverhalt. Diese Aufgabenstellung wurde 2009 als 5-std. Übungsklausur im Fachhochschulbereich (5. Semester: Bereich Recht) geschrieben. Es handelt sich um eine Klausur, die Fragen des Allgemeinen Verwaltungsrechts mit baurechtlichen Aspekten verknüpft. Zur Lösung dieses Falles sind aber keine speziellen baurechtlichen Kenntnisse erforderlich. Bearbeiter müssen mit dem vorhandenen Methodenset diese Aufgabe lösen können. Die Darstellungen der Lösungsskizze gehen mitunter über die Anforderungen hinaus, die von den Klausurbearbeitern gefordert wurden

2 Im Bescheid sind die aktuellen Gesetzesfundstellen anzugeben. Zur Straffung des Sachverhalts ist hier auf die Angabe der jeweiligen Gesetzesquellen verzichtet worden. Es ist aber davon auszugehen, dass der Bescheid insoweit den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

Die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung ergibt sich aus folgenden Gründen:

Grundsätzlich muss ein Gebäude, wenn es errichtet werden soll, einen Grenzabstand zu den Nachbargrundstücken einhalten (s. § 7 ff Nds. Bauordnung (NBauO) – Fundstelle –).

Bestimmte bauliche Anlagen, dazu zählen auch Garagen, können nur unter bestimmten Voraussetzung an der Grenze errichtet werden (§ 12 NBauO). Nach § 12 NBauO dürfen aber die Gebäude, die den Grenzabstand nach § 7 NBauO unterschreiten, an keiner Grenze eine größere Gesamtlänge als 9 m aufweisen. Dies ist bei Ihnen aber der Fall. Eine Ortsbesichtigung hat ergeben, dass an der gemeinsamen Grundstücksgrenze zum Nachbarn Kruse hin bereits eine 9 m lange Garage vorhanden ist. Damit haben Sie die Möglichkeit der Grenzbebauung bereits ausgeschöpft. Die Errichtung einer weiteren Garage hätte von mir nicht genehmigt werden dürfen. Sie haben es seinerzeit unterlassen, mich auf die bereits vorhandene Grenzbebauung hinzuweisen. Die entsprechenden Felder des offiziellen Bauantragformulars wurden von Ihnen nicht ausgefüllt.

Die Entscheidung zur Aufhebung der Baugenehmigung ist ermessensgerecht. Sie ist geboten, um rechtmäßige Zustände herzustellen. Die Grenzabstandsvorschriften dienen auch dazu, nachbarliche Belange zu berücksichtigen. Eine Grenzbebauung von ca. 18 m kann aber Ihrem Nachbarn nicht zugemutet werden. Ein weniger belastendes Mittel zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann der vorhandene Verstoß nicht durch Eintragung einer Baulast ausgeräumt werden. Ihr Nachbar hat ausdrücklich erklärt, dass er einer derartigen Baulast nicht zustimmen wird. Ihre Interessen an der Verwirklichung des Bauvorhabens haben gegenüber den Interessen der Allgemeinheit an der Schaffung rechtmäßiger Verwaltungsentscheidungen zurückzustehen. Zudem besteht bei Verwirklichung Ihres Vorhabens die Gefahr, dass andere Bauherrn sich auf Ihren Fall unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes berufen werden. Auch verlangt die Berücksichtigung nachbarlicher Belange eine Verhinderung des Bauvorhabens.

Kostenentscheidung (ordnungsgemäß)

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch beim Landkreis Diepholz, 27282 Diepholz, Marktstr. 17 erheben.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrage

Sa. 3./5.

2.) Wiedervorlage 15.6.2012
(Widerspruch eingegangen?)

Helmut Bresser
Rechtsanwalt und Notar
28001 Bremen, Am Wall 17

Bremen, den 6. Juni 2012
☎ 0421/50 6070-1
FAX: 0421/35 36

An den
Landkreis Diepholz
Marktstr. 17
272829 Diepholz

Eingang: 7. Juni 2012

Betr.: Aufhebung einer Baugenehmigung

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeige ich an, dass mich Herr Ferdinand Zyska, 27262 Sulingen, Im Brahmusch 17, mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hat. Eine auf mich lautende Vollmacht ist beigelegt (vom Abdruck der Vollmacht wurde abgesehen). Im Namen meines Mandanten erhebe ich ausdrücklich Widerspruch gegen Ihre Entscheidung vom 3. Mai 2012. Diese Entscheidung kann keinen Bestand haben, da sie eindeutig rechtswidrig ist.

Entgegen Ihrer Auffassung ist bereits äußerst zweifelhaft, ob es sich bei dem Vorhaben, das mein Mandant verwirklichen will, überhaupt um eine Garage handelt. Es soll vielmehr ein Carport errichtet werden, der an vier Seiten offen ist. Diese Bauweise soll sicherstellen, dass mein Mandant auch den rückwärtigen Bereich des Grundstückes mit dem Auto erreichen kann. Es ist zudem fraglich, ob eine derartige Anlage überhaupt als Gebäude gesehen werden kann. Zudem muss berücksichtigt werden, dass dem Landkreis hinreichend bekannt war, dass auf dem Grundstück eine Garage existiert. Bereits 1995 hat der Landkreis Diepholz meinem Mandanten die Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses mit Garage erteilt. Beide Baukörper sind entsprechend der Baugenehmigung errichtet worden. Da das Bauvorhaben zudem im Innenbereich der Stadt Sulingen liegt, ist meines Erachtens von einer Genehmigungsfreiheit i.S.d. § 69a NBauO auszugehen.

Bei Ihrer Entscheidung müssen Sie zudem berücksichtigen, dass mein Mandant bereits erhebliche finanzielle Vorleistungen getätigt hat. Die notwendigen Verträge sind vor einigen Wochen abgeschlossen worden und die Materialien für die Carporterrichtung sollen in den nächsten Wochen geliefert werden. Ein Rücktritt von diesen Verträgen würde zu einem erheblichen Schaden für meinen Mandanten führen.

Wenig Verständnis habe ich für den Ablauf des gesamten Verfahrens. Sie propagieren immer die bürgerfreundliche Verwaltung, doch hier ist von Bürgerfreundlichkeit nichts zu erkennen. Ohne Vorankündigung hat mein Mandant die Aufhebungsentscheidung erhalten. Sofern Sie meinen Mandanten bereits im Vorwege beteiligt hätten, wäre diese Entscheidung sicherlich vermieden worden. Auch entspricht die Rechtsbehelfsbelehrung kaum den gesetzlichen Mindestanforderungen. So fehlt ein Hinweis auf die gesetzlich vorgesehene Form des Rechtsbehelfs.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Aufhebungsentscheidung in formeller und materieller Hinsicht rechtswidrig ist. Sie müssen diesem Widerspruch stattgeben.

Mit freundlichen Grüßen

Helmut Bresser

Herr Sauerlich,
bitte bereiten Sie eine Stellungnahme
für das Rechtsamt vor.
Müller 8.6.2012
Fachdienstleiter

Fachdienst 51

Diepholz, den 14. Juni 2012

An das
Rechtsamt (FD 44)

Mit Bescheid vom 3. Mai 2012 habe ich die Herr Ferdinand Zyska erteilte Baugenehmigung vom 12. Januar 2012 zur Errichtung einer Garage auf seinem Grundstück in Sulingen aufgehoben. Gegen diese Entscheidung hat Herr Zyska, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, Widerspruch eingelegt. Es ist bereits zweifelhaft, ob dieser Widerspruch überhaupt fristgerecht eingelegt worden ist, da der Postbote das Einschreiben bereits am 5. Mai 2012 übergeben hatte. Hier greift eindeutig die Monatsfrist. Die dem strittigen Bescheid beigelegte Rechtsbehelfsbelehrung entspricht dem Muster der Rechtsamtes vom Februar 2005.

Zumindest in inhaltlicher Hinsicht vermag der Widerspruch keinen Erfolg haben.

Es ist zutreffend, dass von mir 1995 die Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses mit Garage erteilt worden ist. Da ich vom Bauherrn keine Nachricht über die Verwirklichung des Bauvorhabens erhalten habe, konnte ich auch nicht erkennen, dass bereits die seinerzeit genehmigte Garage auf der Grenze errichtet worden ist. Zu berücksichtigen ist zudem, dass nach § 77 NBauO Baugenehmigungen nach Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen. Es hätte daher durchaus die Möglichkeit bestehen können, dass diese Baugenehmigung insoweit ihre Wirksamkeit verloren hätte. Zumindest bestand für den Bauherrn die Verpflichtung, den Landkreis über die tatsächlichen Verhältnisse zu informieren.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Verwaltungsentscheidung nicht auf eine Verschuldensituation ankommt.

Die Auffassung des Rechtsanwaltes, dass es sich hier nicht um eine Garage handelt, geht in der Sache fehl. Ich verweise hier ausdrücklich auf die Kommentierung Große-Sucksdorf/ Lindorf/Schmalz/ Wichert NBauO Kommentar, 8. Auflage, § 46 Rdnr. 7:

„Garagen können einmal Gebäude sein, gleichgültig ob sie mehr oder weniger durch Wände umschlossen sind. Auch ein nur auf Stützen ruhendes Dach, ein sogenannter Carport ist ein Gebäude (...) und somit, wenn es dem Schutz eines KfZ dient,

eine Garage. Aber auch Gebäudeteile zum Abstellen vom KfZ können Garagen sein. ...“

Zutreffend ist, dass das Baugrundstück im Innenbereich der Stadt Sulingen liegt. Da für diesen Bereich aber kein Bebauungsplan besteht, beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB. Damit scheidet eine Beurteilung nach § 69 a NBauO aus.

Die finanziellen Auswirkungen dieser Entscheidung für den Bauherrn können im Rahmen der Aufhebungsentscheidung keine Rolle spielen. Hier ist zudem zu berücksichtigen, dass § 48 Abs. 3 VwVfG eine ausdrückliche Regelung für einen Ausgleich eines Vermögensschadens enthält.

Auf eine Anhörung konnte im Hinblick auf § 28 II Nr.1 1. Alt. VwVfG verzichtet werden.

Im Auftrage

Müller

Fachdienstleiter

Aufgabenstellungen:

1. Sie sind Mitarbeiter/Mitarbeiterin im Rechtsamt des Landkreises Diepholz. Ihre Vorgesetzte/Ihr Vorgesetzter bittet Sie, gutachtlich die Erfolgsaussichten des Widerspruchs zu prüfen und einen Entscheidungsvorschlag zu unterbreiten, indem Sie auch auf die Entscheidungszuständigkeit eingehen.

2. Formulieren Sie bitte anschließend den Tenor der abschließenden Entscheidung.

Bearbeitungshinweise:

1. Sollten Sie die Unzulässigkeit des Widerspruchs feststellen, ist **hilfs-gutachtlich** die Begründetheit des Widerspruchs zu untersuchen.
2. Die Stadt Sulingen hat 12.917 Einwohner und liegt im Landkreis Diepholz.
3. Nebenentscheidungen sind im Gutachten **nicht** zu thematisieren.
4. Der Landkreis Diepholz ist die zuständige Bauaufsichtsbehörde. Sie ist zuständig für die Erteilung der Baugenehmigung sowie für deren Aufhebung. Ausführungen sind insoweit entbehrlich.
5. Die Baugenehmigung wurde **formell** rechtmäßig erteilt.

Aufgaben 1

Lösungsskizze³

Der Widerspruch hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

³ Der grundlegende Aufbau der gutachtlichen Lösung orientiert sich am Aufbaumuster „Widerspruchsentscheidung“ aus: Nds. Studieninstitute, Aufbaumuster für die Bearbeitung verwaltungsrechtlicher Fälle, 2006, S. 5 f. Da der Rechtsanwalt ausdrücklich im Namen seines Mandanten Widerspruch erhoben hatte, waren Ausführungen zum Prüfungspunkt „Vorprüfung“ entbehrlich. Im Gutachten sind Ausführungen zu Nebenentscheidungen (z.B. Kostenfrage) nur dann zu thematisieren, wenn dies nach der Aufgabenstellung ausdrücklich gefordert wird. Zu den grundlegenden Anforderungen an eine gutachtliche Bearbeitung siehe Barthel, Torsten in *Drape/Weidemann* (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Fallbearbeitung, 2004, S. 8 ff

1. Prüfung der Zulässigkeit des Widerspruchs⁴

Der Widerspruch ist zulässig, wenn er alle formellen Voraussetzungen erfüllt, die gemäß §§ 68 ff. VwGO für diesen förmlichen Rechtsbehelf (§ 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 79 VwVfG⁵) vorgesehen sind. Im Rahmen einer problemorientierten Bearbeitung der Zulässigkeit des Widerspruches sind lediglich die Aspekte

- Statthaftigkeit des Widerspruchs und
 - ordnungsgemäße Widerspruchserhebung
- erörterungsbedürftig.

1.1 Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch könnte der gesetzlich vorgesehene Rechtsbehelf sein. So ist § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO regelmäßig vor der Erhebung einer Anfechtungsklage die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO kommt in einem späteren Klageverfahren eine Anfechtungsklage in Betracht, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt wird. Herr Zyska zielt mit seinem Rechtsbehelf darauf ab, die Aufhebungsentscheidung vom 3. Mai 2012 zu beseitigen. Bei dieser Maßnahme handelt es sich ersichtlich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Da Herr Zyska die Aufhebung dieses Verwaltungsakts begehrt, käme in einem späteren Klageverfahren als richtige Klageart die Anfechtungsklage in Betracht.

Der Anfechtungsklage ist aber nur dann ein Vorverfahren vorgeschaltet, wenn nicht eine Ausnahme nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO greift. Hier könnte eine Ausnahme nach § 68 Abs. 1 S. 2 1. HS VwGO in Betracht kommen. So bedarf es keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren, wenn dies durch Gesetz bestimmt ist. Der nds. Landesgesetzgeber hat mit § 8 a Abs. 1 Nds. AG VwGO⁶ ein entsprechendes Gesetz erlassen. Hiernach ist, sofern keine Ausnahme nach § 8 a Abs. 3 Nds. AG VwGO vorliegt, vor der Erhebung einer

⁴ Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Widerspruchs gibt es folgende grundlegende Prüfungsstationen: (1) Verwaltungsrechtsweg (2) Statthaftigkeit (3) ordnungsgemäße Einlegung (4) Beteiligungs-, Handlungsfähigkeit, ordnungsgemäße Vertretung (5) Widerspruchsbefugnis (6) Rechtsschutzbedürfnis; eingehend zur Zulässigkeit eines Widerspruchs siehe Suckow/Weidemann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., S. 221 ff m.N.. Eine kundige Bearbeitung der Zulässigkeit des Widerspruchs setzt auf einen problemorientierten Bearbeitungsansatz; siehe auch Weidemann, DVP 2001, S. 372 [374 Fn. 6]

⁵ Das VwVfG das Bundes findet nach § 1 Abs. 1 NVwVfG grundsätzlich auch in Niedersachsen Anwendung; Einzelheiten zu den Wechselbeziehungen zwischen bundesrechtlichen und landesrechtlichen Regelungen siehe Weidemann, Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz (NVwVfG) Kommentar in: Praxis der Kommunalverwaltung A 15 Nds. Loseblattsammlung, Einf. Ziff 1 ff.; § 1 Rdnr. 1 ff.; ferner Brandt, S. 164 ff. in Brandt/Schinkel (Hrsg.), Staats- und Verfassungsrecht für Niedersachsen, Baden-Baden 2002. Da die Bestimmungen überwiegend deckungsgleich sind, wird im weiteren Verlauf auf die jeweilige Nennung der landesrechtlichen Verweisungsnorm verzichtet.

⁶ Auszug aus § 8 a Nds. AG VwGO (Nds. GVBl. 2004, S. 394 geändert. durch Gesetz vom 25. Nov. 2009, Nds. GVBl. S. 437):

(1) Vor Erhebung der Anfechtungsklage bedarf es abweichend von § 68 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren.

(2) (...)

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Verwaltungsakte, (...)

Nr. 3a die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches und der Niedersächsischen Bauordnung (...) sowie der auf diesen Rechtsvorschriften beruhenden Verordnungen und Satzungen erlassen werden.

(...)

Satz 1 gilt auch für Verwaltungshandlungen, die sich rechtlich unmittelbar auf die genannten Verwaltungsakte beziehen, insbesondere Zusicherungen, Nebenbestimmungen, Vollstreckungs- und Kostenentscheidungen, Aufhebungen sowie Entscheidungen über das Wiederaufgreifen des Verfahrens.“

(Fortsetzung Fußnote 6 auf S. 200)

Anfechtungsklage ein Vorverfahren entbehrlich. Fraglich ist nun, ob eine vom Landesgesetzgeber formulierte Ausnahme greift. Nach § 8 a Abs. 3 Nr. 3a Nds. AG VwGO ist auf die Durchführung eines Vorverfahrens, abweichend von dem Grundsatz des Absatzes 1, dann nicht zu verzichten, wenn der Verwaltungsakt nach den Vorschriften der Niedersächsischen Bauordnung (NBauO) erlassen wurde. Bauordnungsrechtliche Fragen sind zwar bei diesem Widerspruch anzusprechen, die tragende Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebungsentscheidung ist aber gerade nicht in der NBauO sondern im Verwaltungsverfahrensgesetz, hier § 48 Abs. 1 S. 1, zu finden. Damit scheidet eine Ausnahme nach § 8 a Abs. 3 S. 1 Nr. 3a Nds. AGVwGO aus. § 8 a Abs. 3 S. 3 Nds. AGVwGO bestimmt aber, dass sich Satz 1 auch auf bestimmte Verwaltungshandlungen, die sich unmittelbar auf die genannten Verwaltungsakte beziehen, erstreckt. Ausdrücklich werden Aufhebungen genannt. Vorstehend geht es um die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der auf der Grundlage des § 75 NBauO erlassen wurde. Damit liegt keine durch das Nds. AG VwGO bestimmte Ausnahme, die auf die Entbehrlichkeit des Vorverfahrens zielt, vor. Da auch die weiteren Ausnahmen des § 68 Abs. 1 S. 2 (2. HS) VwGO nicht greifen, ist vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Vorverfahren durchzuführen. Nach § 69 VwGO beginnt dieses Vorverfahren mit der Erhebung des Widerspruchs. Damit ist der Widerspruch gesetzlich vorgesehen und somit statthaft.

1.2 Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung

Der Widerspruch wurde nach § 70 Abs. 1 S.1 VwGO ordnungsgemäß erhoben, wenn er in der richtigen Form, bei der richtigen Stelle und in der vorgegebenen Frist eingegangen ist. Der Widerspruch wurde schriftlich und damit formgerecht beim Landkreis Diepholz als Ausgangsbehörde eingelegt. Der Landkreis Diepholz ist damit auch die richtige Stelle.

Fraglich ist jedoch, ob die Widerspruchsfrist eingehalten worden ist. Nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO beträgt die Widerspruchsfrist einen Monat nach Bekanntgabe des Bescheides, wenn der angefochtene Bescheid eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung enthält (§§ 70 Abs. 2, 58 VwGO). Die Rechtsbehelfsbelehrung ist dann ordnungsgemäß, wenn sie schriftlich verfasst, Informationen über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde bei der der Rechtsbehelf anzubringen ist, deren Sitz und die einzuhaltende Frist enthält und keine erschwerenden oder/und unrichtigen Zusätze aufweist.⁷ Der Aufhebungsentscheidung ist eine Belehrung beigefügt worden, in

(Fortsetzung Fußnote 6)

Da mit der Abschaffung des Vorverfahrens keine Erfahrungen vorlagen, war zunächst eine fünfjährige Erprobungszeit vorgesehen gewesen. Die durchgeführte Evaluierung hat keine schwerwiegenden Nachteile als Folge des Wegfalls des Widerspruchsverfahrens gesehen. Dies veranlasste das Parlament, eine dauerhafte Lösung vorzusehen; Einzelheiten siehe auch Ltg.-Drs. 16/1414. Auch in anderen Bundesländern gibt es landesrechtliche Vorschriften, die zu einem Zurückdrängen des Vorverfahrens führen; § 16a HessAGVwGO iVm der Anlage. Zudem werden in einzelnen Bundesländern ebenfalls weitreichende Einschränkungen des Vorverfahrens diskutiert [siehe nur: Die Innovative Verwaltung 2007, Heft, S. 8]. Zur Entwicklung in Bayern siehe Müller-Grune, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens, 2007, S. 1 ff. Der BayVerfGH hat in seiner Entscheidung vom 23.10.2008 NVwZ 2009, S. 716 ff. die Zulässigkeit der weitreichenden Abschaffung des Widerspruchsverfahrens bestätigt. Grundlegend zu den Voraussetzungen eines statthaften Widerspruchs siehe Weidemann, VR 2006, S. 79 ff.

7 Da es für die Frage der Zulässigkeit entscheidend darauf ankommt, ob der Widerspruch fristgemäß eingelegt worden ist und die Ordnungsmäßigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung gerügt wird, sind hier entsprechende Ausführungen geboten.

der der Widerspruch als maßgeblicher Rechtsbehelf benannt wurde. Zudem wurde auf die Monatsfrist, berechnet ab dem Zeitpunkt Zustellung, angegeben. Dies ist auch sachgerecht, hat der Landkreis doch als Bekanntgabeart die Zustellung gewählt. Mit dem Hinweis auf den Landkreis Diepholz und dessen Adresse sind Angaben über die Behörde und deren Sitz enthalten. Damit sind die nach § 58 Abs. 1 VwGO geforderten Mindestbestandteile einer Rechtsbehelfsbelehrung vorhanden. Nicht erforderlich ist es, einen Hinweis zur Form des Rechtsbehelfs aufzunehmen.⁸ Da die schriftlich gefasste Rechtsbehelfsbelehrung auch keine unrichtigen oder erschwerenden Zusätze aufweist, ist sie ordnungsgemäß verfasst worden. Der Widerspruch ist damit innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Die Frage, wann die Bekanntgabe des Verwaltungsakts erfolgte, beurteilt sich nach den § 41 Abs. 5 VwVfG, § 1 Abs. 1 NVwZG, §§ 2, 4 VwZG, da der Landkreis die Zustellungsart „Übergabe-Einschreiben“ wählte. Nach § 4 Abs. 2 VwZG gilt ein derartig übermitteltes Dokument grundsätzlich mit dem 3. Tage nach Aufgabe zur Post als zugestellt. Unerheblich ist dabei, ob das Schriftstück bereits früher übergeben wurde. Die Zustellung erfolgte damit am 7. Mai 2012.

Für die Fristberechnung ist nach §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG auf die Bestimmungen des BGB zurückzugreifen. Nach § 188 Abs. 2 BGB endet eine Monatsfrist, wenn ein Fall des § 187 Abs. 1 BGB vorliegt, mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis fällt. Zunächst handelt es sich bei der Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO um eine Monatsfrist. Auch liegt ein Fall des § 187 Abs. 1 BGB vor, da für den Anfang der Frist ein Ereignis, hier die Bekanntgabe des angefochtenen Verwaltungsakts am 7. Mai 2012, maßgebend ist. Damit endet die Frist im folgenden Monat an dem Tage um 24.00 Uhr, der hinsichtlich der Zahl dem Ereignistag entspricht. Das ist hier der 7. Juni 2012. Der Widerspruch geht am 7. Juni 2012 beim Landkreis Diepholz ein. Somit ist die Widerspruchsfrist eingehalten worden. Der Widerspruch ist damit ordnungsgemäß eingelegt worden.

1.3 Zwischenergebnis

Da auch die weiteren Voraussetzungen unstreitig vorliegen, ist der Widerspruch zulässig.

2. Prüfung der Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, soweit der angefochtene VA rechtswidrig und der Widerspruchsführer dadurch (tatsächlich) in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I 1 VwGO analog) und kein Aufhebungsausschluss nach § 46 VwVfG besteht.

Er ist ferner begründet, wenn der VA zwar rechtmäßig aber unzulässig ist (§ 68 I 1 VwGO)⁹.

2.1 Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn die Behörde beim Erlass der Aufhebungsentscheidung den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht beachtet hätte¹⁰. So läge ein Verstoß dann

8 Vgl. auch BVerwGE 50, 248

9 Da die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage eine Ermessensnorm ist, empfiehlt es sich, bereits hier auf den erweiterten Prüfungsumfang im Rahmen der Begründetheitsprüfung hinzuweisen.

10 Zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vgl. nur Zimmerling, VR 1993, S. 257 ff.; Wehr, JuS 1997, S. 231 ff. und S. 419 ff., Ennuschat, JuS 1998, S. 905 ff.

vor, wenn die Behörde den Verwaltungsakt nicht auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen könnte, obgleich diese nach dem Vorbehalt des Gesetzes erforderlich ist oder dieser in formeller und/oder materieller Hinsicht nicht mit der Rechtsordnung im Einklang stünde (Vorrang des Gesetzes).

2.1.1 Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG¹¹ in Betracht.

2.1.2 Formelle Rechtswidrigkeit

Der Verwaltungsakt ist formell rechtswidrig, wenn er hinsichtlich der Zuständigkeit, des Verfahrens und/oder der Form Rechtsmängel aufweist. Erörterungsbedürftig sind nur die Form des Verwaltungsakts und die Frage, ob Herr Zyska im Vorwege hätte beteiligt werden müssen.

2.1.2.1 Form¹²

Da hier ein schriftlicher Verwaltungsakt vorliegt, muss er nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG ordnungsgemäß begründet sein, da eine Ausnahme nach Abs. 2 nicht vorliegt. Die Begründung muss den Anforderungen des § 39 Abs. 1 S. 2 und 3 VwVfG genügen. In der Aufhebungsentscheidung werden die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen genannt, die die Entscheidung stützen. Zudem wurden die maßgeblichen Ermessenserwägungen dargelegt. Es liegt damit eine ordnungsgemäße Begründung vor.

2.1.2.2 Verfahren (Anhörung)

Zu klären ist, ob vor Erlass der Aufhebungsentscheidung ein Anhörungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in die Rechte eines Beteiligten eingreift, ein Anhörungsverfahren durchzuführen, sofern nicht eine Ausnahme (Abs. 2 oder 3) greift. Die Aufhebungsentscheidung ist, wie bereits bei der Statthaftigkeit angesprochen, ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Herr Zyska ist auch Beteiligter nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. VwVfG, da der Verwaltungsakt an ihn gerichtet ist. Ein Eingriff in seine Rechte liegt ebenfalls vor, da seine bisherige Rechtsstellung zu seinem Nachteil verändert wurde, weil ihm eine Rechtsposition, hier das Recht, ein Bauvorhaben zu verwirklichen, wieder genommen wurde.¹³ Der Verwaltungsakt greift zumindest in die Eigentumsposition (Art. 14 Abs. 1 GG – Baufreiheit –) des Beteiligten ein. Fraglich ist aber, ob nicht ausnahmsweise ein Anhörungsverfahren entbehrlich gewesen wäre. So kann nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG von der Anhörung dann abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Gefahr im Verzug setzt voraus, dass durch die vorherige Anhörung auch bei Gewährung einer kürzesten Anhörungsfrist ein Zeitverlust eintritt, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass der Zweck der

beabsichtigten Maßnahme nicht zu erreichen wäre¹⁴. Eine derartige zeitliche Dringlichkeit ist in diesem Fall nicht zu erkennen. So wird nicht vorgetragen, dass Bauarbeiten unmittelbar bevor gestanden haben. Zu berücksichtigen ist zudem, dass für ein Anhörungsverfahren keine besondere Form vorgesehen ist. So hätte auch eine mündliche, ggfs. sogar telefonische Beteiligung erfolgen können. Ein Anhörungsverfahren hätte also den Zweck der Maßnahme nicht vereitelt. Die Gesamtumstände lassen es auch nicht gerechtfertigt erscheinen, von einem erhöhten Gefährdungspotential zu sprechen, so dass auch die 2. Alt. des § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ausscheidet. Da weitere Ausnahmetatbestände (§ 28 Abs. 2 u. 3 VwVfG) nicht ersichtlich sind, hätte vor Erlass des Verwaltungsakts ein Anhörungsverfahren durchgeführt werden müssen. Dieses Anhörungsverfahren ist aber unterblieben.

2.1.2.3 Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt leidet an einem Verfahrensfehler und ist damit formell rechtswidrig.

2.1.2.4 Heilung¹⁵

Soweit eine nachträgliche Heilung möglich wäre, könnte der Fehler unbeachtlich sein. So ist nach § 45 VwVfG eine Heilung dann möglich, wenn der formelle Fehler von § 45 VwVfG erfasst wird, keine Nichtigkeit nach § 44 VwVfG vorliegt, die zeitliche Schranke des § 45 Abs. 2 VwVfG nicht überschritten und die unterbliebene Handlung nachgeholt wird. Der Anhörungsmangel wird ausdrücklich in § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG erwähnt. Auch begründet dieser Fehler keine Nichtigkeit nach § 44 VwVfG. Nach § 45 Abs. 2 VwVfG kann die fehlende Anhörung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des Verwaltungsgerichts nachgeholt werden. Es ist davon auszugehen, dass diese Schranke nicht überschritten wird, da der Fehler erkannt und in diesem (Verwaltungs-)Verfahren behoben werden soll. Damit ist eine Heilung möglich. Zu klären ist nun weiter, auf welche Weise dies erfolgen wird. Nach gefestigter Rechtsprechung¹⁶ kann ein Anhörungsmangel durch Erlass eines Widerspruchsbescheides behoben werden, wenn ein ordnungsgemäß begründeter mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehener Verwaltungsakt vorliegt. Dies ist hier der Fall.¹⁷ Zudem darf die Widerspruchsbehörde ihre Entscheidung nicht auf Tatsachen stützen, die dem Widerspruchsführer bisher nicht bekannt waren. Davon ist hier nicht auszugehen. Zudem hat die Widerspruchsbehörde die Argumente des Widerspruchsführers im Rahmen des Bescheides zu würdigen. Die Behörde wird die geforderte Würdigung auch vornehmen.

11 Vgl. auch Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., S. 244

12 A. Aufbau vertretbar; im Hinblick auf Punkt 2.1.2.4 ist es aber sinnvoll, bereits frühzeitig die Frage zu klären, ob hier ein ordnungsgemäß begründeter Verwaltungsakt vorliegt.

13 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz 6. Aufl. § 28 Rn 26.; siehe auch Vable, DVP 2004, S. 197 [190 f]. Das Bundesverwaltungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von der Veränderung eines Status quo in einen Status quo minus [BVerwGE 66, 184]; zur Wirkung einer Baugenehmigung siehe auch Rotaug in: Weidemann/Rotaug/Barthel, Besonderes Verwaltungsrecht, 2009, S. 72

14 So BVerwGE 68, S. 267 [271]; 80, S. 299 [303 f]

15 Es ist sinnvoll, die Rechtsprobleme dort aufzugreifen, wo sie auftauchen. Sollte beispielsweise eine Heilung nicht möglich sein, dann wäre das erste Tatbestandsmerkmal des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog erfüllt. Konsequenterweise wäre sodann das zweite Tatbestandsmerkmal (tatsächliche Rechtsverletzung) zu beleuchten. U.U. könnte damit ein formeller Fehler, der auch nicht von der Privilegierung des § 46 VwVfG erfasst wird dazu führen, dass der Widerspruch begründet wäre. In einer derartigen Fallkonstellation könnte der Klausurbearbeiter sich u.U. Ausführungen zur materiellen Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ersparen. Beispiele, in denen der formelle Fehler zum Erfolg im Widerspruchsverfahren führt sind: Verstoß gegen die Vorgaben zur sachlichen Zuständigkeit und Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG; siehe auch Fallbeispiel von Weidemann, DVP 2005, S. 514 ff.; in vorliegendem Fall bietet sich aber die Möglichkeit der Heilung an.

16 Siehe BVerwGE 66, 111

17 Siehe auch Ausführungen zu den Punkten 1.2 und 2.1.2.1

2.1.2.4 Zwischenergebnis

Der angefochtene Verwaltungsakt ist zwar formell rechtswidrig, die Widerspruchsbehörde wird diesen Fehler aber durch Erlass des Widerspruchsbescheides beheben.

2.1.3 Materielle Rechtswidrigkeit

Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn entweder die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben sind oder aber, beim Vorliegen der maßgeblichen tatbestandlichen Voraussetzungen, eine unzulässige Rechtsfolge gezogen worden wäre.

2.1.3.1 Prüfung des Tatbestandes der Ermächtigungsgrundlage

Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind dann gegeben, wenn mit der Baugenehmigung ein rechtswidriger Verwaltungsakt zurückgenommen wird. Die Baugenehmigung, die ersichtlich einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG darstellt, ist dann rechtswidrig, wenn sie mit der Rechtsordnung nicht im Einklang steht (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Rechtswidrigkeit ist dann gegeben, wenn die Entscheidung die formellen und/oder materiellen¹⁸ Voraussetzungen nicht berücksichtigt (Vorrang des Gesetzes).

Als Rechtsgrundlage für die Baugenehmigung kommt § 75 Abs. 1 NBauO¹⁹ in Betracht.

Danach muss Gegenstand des Genehmigungsverfahrens zunächst eine *Baumaßnahme* sein. Da die seinerzeit beantragte Anlage unter Verwendung von Holz und sonstigen Baustoffen und damit aus Bauprodukten (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 NBauO) hergestellt und zudem mit dem Erdboden verbunden werden soll, ferner der Baukörper „eine gewisse Schwere und Unbeweglichkeit“²⁰ aufweist, handelt es sich bei der Errichtung dieser baulichen Anlage (§ 2 Abs. 1 S. 1 NBauO)

18 Grundsätzlich sind auch die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu beleuchten. Eine Beschäftigung mit den formellen Aspekten kann hier aber im Hinblick auf den Bearbeitungshinweis Nr. 5 unterbleiben.

19 Die maßgeblichen Vorschriften der Niedersächsischen Bauordnung lauten:

§ 2 Begriffe

(1) Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. (...)

(2) Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.

(5) Baumaßnahmen sind die Errichtung, die Änderung, der Abbruch, die Beseitigung, die Nutzungsänderung und die Instandhaltung von baulichen Anlagen oder von Teilen von baulichen Anlagen.

(6) Bauprodukte sind

1. aus Baustoffen, Bauteile vorgefertigte Anlagen, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden,

2. aus Baustoffen und Bauteilen vorgefertigte Anlagen, die hergestellt werden, um mit dem Erdboden verbunden zu werden, wie Fertighäuser, Fertiggaragen und Silos.

(10) Öffentliches Baurecht sind die Vorschriften dieses Gesetzes, (...)

§ 68 Genehmigungsvorbehalt

(1) Baumaßnahmen bedürfen der Genehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde (Baugenehmigung), soweit sich aus Absatz 2 und den §§ 69 bis 70, 82 und 84 nichts anderes ergibt.

§ 69 a Genehmigungsfrei Wohngebäude

(1) Keiner Baugenehmigung bedarf in Baugebieten, die ein Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 oder 2 Baugesetzbuch als Kleinsiedlungsgebiete oder als reine, allgemeine oder besondere Wohngebiete festsetzt, die Errichtung von Wohngebäuden geringer Höhe, (...)

§ 75 Baugenehmigung

(1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn die Baumaßnahme, soweit sie genehmigungsbedürftig ist und soweit die Prüfung nicht entfällt, dem öffentlichen Baurecht entspricht. (...)

20 Große-Suchsdorf u.a., a.a.O. § 2 Rdnr. 8; vertretbar ist es auch, in diesem Zusammenhang von der beabsichtigten „ortsfesten Nutzung“ zu sprechen

um eine Baumaßnahme (§ 2 Abs. 5 NBauO). Diese bedarf grundsätzlich nach § 68 Abs. 1 NBauO der (vorherigen) *bauaufsichtlichen Genehmigung*, es sei denn, es greifen hier Vorschriften über die Genehmigungsfreiheit. Vom (beauftragten) Rechtsanwalt wird angeführt, hier könnte eine Genehmigungsfreiheit nach § 69 a NBauO vorliegen. Eine Voraussetzung hierfür ist aber, dass das Baugebiet im Bereich eines Bebauungsplanes liegt, der bestimmten Anforderungen genügt. Dies ist aber nicht der Fall. Das Baugrundstück des Widerspruchsführers befindet sich vielmehr im sog. unbeplanten Innenbereich. Insoweit liegt keine Genehmigungsfreiheit vor.

Weitere Aspekte, die eine Genehmigungspflicht ausschließen, sind nicht ersichtlich.²¹ Damit handelt es sich hier um ein genehmigungspflichtiges Bauvorhaben. Die Baugenehmigung wurde aber nur dann rechtmäßig erteilt, wenn diese dem öffentlichen Baurecht entspricht. Zum öffentlichen Baurecht zählen nach § 2 Abs. 10 NBauO auch die Vorschriften dieses Gesetzes.

Problematisch könnte sein, ob es zulässig war, eine Baumaßnahme zu genehmigen, die zum Nachbarn hin keinen Grenzabstand einhalten muss. Grundsätzlich müssen nach § 7 Abs. 1 NBauO Gebäude mit allen auf ihren Außenflächen oberhalb der Geländeoberfläche gelegenen Punkten von den Grenzen des Baugrundstücks einen Abstand einhalten.²² Dieser Abstand beträgt nach Abs. 3 regelmäßig ein H, mindesten jedoch 3 m. Zweifelhaft könnte nun sein, ob ein Carport, der sich gerade dadurch auszeichnet, dass er nicht von geschlossenen Wänden umgeben ist, ein Gebäude im Sinne der NBauO darstellt. Gebäude sind nach § 2 Abs. 2 NBauO selbstständig benutzbare überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und dazu bestimmt sind (u.a.) dem Schutz von Sachen zu dienen. Wie bereits geklärt, handelt es sich bei einem Carport um eine bauliche Anlage, die zudem selbständig nutzbar ist, da sie allein der Unterbringung eines Pkws dient und eigene Zugangsmöglichkeiten aufweist. Die Anlage erhält ein Dach und bietet so Schutz vor unerwünschten Witterungseinflüssen. Nicht erforderlich sind dagegen geschlossene Umfassungswände; es genügt, wenn das Dach auf Stützen ruht, wie es hier der Fall ist.²³ Damit erfüllt die Anlage eine Schutzfunktion. Sie

21 Eine Beschäftigung mit § 69 Abs. 1 S. 1 NBauO i.V.m der Anlage über genehmigungsfreie Bauvorhaben kann unterbleiben, da weder vorgetragen wird, dass ein Carport insoweit als genehmigungsfreie Anlage einzustufen ist, noch Gesichtspunkte sich aufdrängen, die eine entsprechende Prüfung erfordern würden.

22 zur Funktion von Abstandsregelungen siehe Oldiges in Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., S. 679; Peine, a.a.O., S. 366 m.N.; Der Wortlaut der §§ 7 und 12 NBauO [Auszug] lautet:

§ 7 Grenzabstände

(1) Gebäude müssen mit allen auf ihren Außenflächen oberhalb der Geländeoberfläche gelegenen Punkten von den Grenzen des Baugrundstücks Abstand halten. (...)

(3) Der Abstand beträgt 1 H, mindestens 3 m. (...)

§ 12 Wegfall oder Verringerung der Abstände von Gebäuden besonderer Art

(1) Auf einem Baugrundstück sind jeweils

1. eine Garage oder eine Anlage, die aus mehreren aneinander gebauten Garagen besteht, (...)

ohne Grenzabstand (...) zulässig. Soweit die in Satz 1 genannten Gebäude den Grenzabstand nach § 7 unterschreiten, darf

1. ihre Grundfläche im Fall der Nummer 1 höchstens 36 m²(...) betragen,

2. ihre Gesamtlänge an keiner Grenze größer als 9 m sein und

3. ihre Höhe 3 m nicht übersteigen. (...)

(2) Ausnahmsweise können Garagen mit notwendigen Einstellplätzen (§ 47) für das Baugrundstück (...), in größerer Anzahl und in größerem Ausmaß als nach Absatz 1 Sätze 1 und 2 Nrn. 1 und 2 gestattet, ohne oder mit einem bis auf 1 m verringerten Grenzabstand zugelassen werden, wenn sie sonst nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten auf dem Baugrundstück errichtet werden können. (...)

23 Vgl. auch Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, Niedersächsische Bauordnung-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 38

kann zudem von Menschen betreten werden. Der Carport stellt also ein Gebäude dar. Grundsätzlich kann damit das strittige Gebäude nur bei Einhaltung eines Grenzabstandes errichtet werden.

Die Baugenehmigung sieht aber gerade keinen Grenzabstand vor. Dies wäre dann rechtmäßig, wenn die NBauO besondere Regelungen für diesen Carport vorsehen würde. Hier könnten nun die Sonderregelungen für Garagen (§ 12 Abs. 1 NBauO) greifen. Voraussetzung ist aber, dass ein Carport als Garage anzusehen ist. Entgegen der im Widerspruchsschreiben vorgetragenen Auffassung handelt es sich bei einem Carport um eine Garage, da dieses Gebäude dem Schutz eines Pkws dient. So kann nach § 12 NBauO bei Gebäuden besonderer Art, zu denen auch Garagen zählen (Abs. 1 Nr. 1) unter bestimmten Voraussetzungen der Grenzabstand wegfallen. Weiter ist erforderlich, dass das Gebäude an keiner Grenze eine größere Gesamtlänge als 9 m aufweist. An dieser Grenze ist aber bereits eine Garage mit einer Länge von 9 m vorhanden. Weitere Ausnahmen sind hier nicht ersichtlich (§ 12 Abs. 2 NBauO). Damit ist das Grenzprivileg ausgeschöpft worden. Die Garage hätte nur mit einem Grenzabstand von mindestens 3 m genehmigt werden dürfen. Somit widerspricht die vorhandene Genehmigung dem öffentlichen Bau-recht. Sie ist daher rechtswidrig.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind erfüllt.

2.1.3.2 Rechtsfolge

§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG sieht als Rechtsfolge Ermessen vor. Die Ermessensausübung hat sich an den Vorgaben des § 40 VwVfG zu orientieren.²⁴ Danach ist das Ermessen so auszuüben, dass der Zweck der Ermächtigung beachtet und die gesetzlichen Grenzen eingehalten werden. Der Zweck der Ermächtigung ist es, rechtmäßige Zustände herzustellen. Diesem Zweck dient die Aufhebungsentscheidung. Auch ist es zweckmäßig, die Wirkungen der Baugenehmigung bereits für die Vergangenheit zu beseitigen. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG räumt der Behörde ausdrücklich diese Entscheidungsmöglichkeit ein. Nur so kann jede Bindungswirkung einer Baugenehmigung vermieden werden.²⁵ Zudem sind sachfremde Gesichtspunkte nicht zu erkennen. Der Zweck der Ermächtigung wurde damit beachtet.

²⁴ Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens wird nicht nur die vorhandene Entscheidung daraufhin überprüft, ob Ermessensfehler vorliegen, vielmehr trifft die Widerspruchsbehörde eine eigene Ermessensentscheidung. So ist die Widerspruchsbehörde befugt, andere tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte zur Begründung des von der Ausgangsbehörde erlassenen Bescheides anzuführen, sowie Ermessenserwägungen der Ausgangsbehörde uneingeschränkt abzuändern und zu ersetzen, also nicht nur andere Gründe für die bereits getroffene Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, sondern auch eine neue Ermessensentscheidung zu treffen; so zutreffend Pitzner/Ronellenfisch, *Das Assessor-examen im Öffentlichen Recht*, 11. Aufl., § 39 Rdnr. 1. Zu berücksichtigen ist, dass sich die gerichtliche Prüfung sich an dem Ausgangsbescheid, den er durch den Widerspruchsbescheid erhalten hat, orientiert (vgl. § 79 VwGO). Es bietet sich daher an, unmittelbar zu prüfen, ob die stritte Verwaltungsentscheidung ermessensgerecht erlassen werden durfte. Im Zuge eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens würde dagegen die Fehlerprüfung im Vordergrund stehen (vgl. auch § 114 VwGO).

²⁵ Es ist durchaus vertretbar, die Frage, ob die Aufhebungsentscheidung für die Zukunft oder für die Vergangenheit ergehen soll, an anderer Stelle zu beleuchten. So ist es zulässig, diese Frage als gesonderten Punkt im Zuge der Erforderlichkeit oder aber Angemessenheit (Stichwort: Interessenabwägung) zu betrachten. Zu beachten ist aber, dass eine Thematisierung im Zuge der sog. „inneren Ermessensgrenzen“ ausscheidet, da der Gesetzgeber insoweit gerade keine Schranken formuliert; anders als bei § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG, wo eine Aufhebung nur mit Wirkung für die Zukunft in Betracht kommt.

Die Beachtung der gesetzlichen Grenzen erfordert zunächst die Berücksichtigung der durch die Ermächtigungsgrundlage gesetz-ten Beschränkungen.²⁶ Nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG kann ein begünstigender Verwaltungsakt nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden. Da die Baugenehmigung (auch²⁷) ein Recht einräumt, handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt. Dieser Verwaltungsakt gewährt jedoch weder eine Geldleistung noch eine teilbare Sachleistung. Damit kommt die Einschränkung des § 48 Abs. 2 VwVfG nicht zum Tragen. Für die Aufhebung sonstiger begünstigender Verwaltungsakte begründet § 48 Abs. 3 VwVfG dagegen keine Einschränkung; denn diese Norm gewährt dem Betroffenen regelmäßig keinen Bestandsschutz, sondern räumt ihm unter bestimmten Voraussetzungen einen Vermögensschutz ein. Eine Beschränkung könnte sich daher allenfalls aus § 48 Abs. 4 VwVfG ergeben. Danach darf eine Aufhebung lediglich innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen. Diese (Jahres-)Frist nach § 48 Abs. 4 VwVfG ist hier aber ersichtlich noch nicht verstrichen. Damit ergibt sich aus der Norm selbst keine Begrenzung für die Ermessensbetätigung.

Daneben hat die Verwaltung auch die äußeren Grenzen der Ermessensbetätigung zu beachten. Hierzu zählt u. a. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Aufhebung ist verhältnismäßig, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die Aufhebungsentscheidung ist geeignet, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Auch ein für den Einzelnen oder die Allgemeinheit weniger einschneidendes, aber gleich wirksames Mittel ist nicht zu erkennen. Auch die Eintragung einer Baulast scheidet aus. So ist bereits fraglich, ob die Eintragung einer Baulast überhaupt als milderer (belastendes) Mittel zu betrachten ist, zumindest hat der Nachbar eindeutig zu erkennen gegeben, dass er einer derartigen Eintragung nicht zustimmt. Damit vermag allein die Aufhebung den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Die Maßnahme ist daher auch erforderlich. Fraglich ist jedoch, ob sie auch angemessen ist. Die Angemessenheit liegt dann vor, wenn die Maßnahme nicht zu einem Nachteil führt, der zum erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sind die privaten Interessen des Adressaten des Verwaltungsaktes mit den öffentlichen Belangen abzuwägen. Für die Interessen des Herrn Zyska könnte sprechen, dass er auf den Verwaltungsakt vertraut hat und bereits Verträge abgeschlossen hat. Demgegenüber steht das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände. Zudem muss eine negative Vorbildfunktion vermieden werden. Ferner hat die Behörde die Belange des Nachbarn zu berücksichtigen. Die Beachtung der Grenzabstandsvorschriften dient gerade auch dazu, die Nutzungsmöglichkeiten des Nachbargrundstücks nicht unzumutbar zu beschränken. Unzulässige Grenzbebauungen führen zur Verschattung des Nachbargrundstücks, die der Nachbar nicht hinzunehmen braucht. Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes, wie vom Widerspruchsführer angeführt und wie sie ausdrücklich beim Absatz 2 normiert sind, kommen bei der Rücknahme eines sonstigen begünstigenden Verwaltungsaktes jedoch regelmäßig nicht zum Tragen. Die gesetzgeberische Grundentscheidung sieht mit Absatz 3 lediglich einen Vermögensschutz vor. Grundsätzlich entstehen dem Adressaten

²⁶ sog. innere Ermessensgrenzen; siehe auch Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O., § 40 Rdnr. 73

²⁷ Zu den rechtlichen Wirkungen einer Baugenehmigung siehe Rotaug, a.a.O., S. 72

der Aufhebungsentscheidung, sofern die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen, damit keine finanziellen Nachteile. Zu berücksichtigen ist hier aber auch, dass die unzutreffenden bzw. unvollständigen Angaben im Zuge des Antragsverfahrens den Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes begünstigt haben. Den Widerspruchsführer trifft insoweit eine besondere Verantwortung. Damit überwiegen die öffentlichen Gründe. Den privaten Interessen an der Beibehaltung der vorhandenen Regelung kommt daher nicht das entscheidende Gewicht bei. Somit ist die Maßnahme auch angemessen.

2.1.3.4 Zwischenergebnis

Der angefochtene Verwaltungsakt ist materiell rechtmäßig.

2.1.3.5 Unzweckmäßigkeit

Der rechtmäßige Verwaltungsakt ist zudem nicht unzweckmäßig (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO).

2.2 Ergebnis

Damit ist der Widerspruch unbegründet.

3. Entscheidungsvorschlag

3.1 Entscheidung

Da der Widerspruch zwar zulässig, aber unbegründet ist, kommt eine Abhilfe (§ 72 VwGO) nicht in Betracht und es ergeht ein zurückweisender Widerspruchsbescheid (§ 73 Abs. 1 S. 1 VwGO).

3.2 Entscheidungszuständigkeit

Nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO erlässt den Widerspruchsbescheid regelmäßig die nächsthöhere Behörde, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. In Selbstverwaltungsangelegenheiten entscheidet die Selbstverwaltungsbehörde (§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VwGO). Eine Selbstverwaltungsangelegenheit scheidet aus, da die untere Bauaufsichtsbehörde, und der Landkreis zählt nach § 63 Abs. 1 NBauO hierzu, regelmäßig im übertragenen Wirkungskreis tätig wird. Nun findet die Aufhebungsentscheidung ihre Ermächtigungsgrundlage zwar nicht in der NBauO sondern im VwVfG, doch ist die Aufhebungsentscheidung als „Gegenakt“ zur Baugenehmigung anzusehen, der insoweit ebenfalls dem übertragenen Aufgabenkreis des Landkreises zuzurechnen ist. Nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO erlässt die Ausgangsbehörde auch den Widerspruchsbescheid, wenn die nächsthöhere Behörde eine oberste Landesbehörde ist. Die nächsthöhere Behörde ist hier mit dem zuständigen Ministerium eine oberste Landesbehörde. Damit ist der Landkreis zugleich Widerspruchsbehörde.

3.3 Form des Widerspruchsbescheides

Der Widerspruchsbescheid ist nach § 73 Abs. 3 VwGO zu begründen und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen. Zudem ist er zuzustellen. Hier kommt, da der Widerspruchsführer durch einen

Rechtsanwalt vertreten wird, die Zustellung gegen Empfangsbekanntnis nach § 5 Abs. 4 VwZG in Betracht.

Aufgabe 2²⁸

Landkreis Diepholz

Der Landrat

Marktstr. 17

27282 Diepholz

Diepholz, im Juli 2012

Gegen Empfangsbekanntnis

Herrn

Rechtsanwalt und Notar

Helmut Bresser

28001 Bremen, Am Wall 17

Widerspruch

Ihr Schreiben vom 6. Juni 2012, hier eingegangen am 7. Juni 2012

Sehr geehrter Bresser,

der von Ihnen, im Namen Ihres Mandanten Ferdinand Zyska, Im Brahmusch 17, 27262 Sulingen am 7. Juni 2012 eingelegte Widerspruch gegen den Bescheid vom 3. Mai 2012, AZ.: 44/5/2012 wird zurückgewiesen.

Verwaltungsgebühren werden nicht erhoben.²⁹

Ihrem Mandanten werden die zur zweckgerichteten Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen erstattet, sofern er dies bei mir beantragt. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war notwendig.

28 Nach der Aufgabenstellung war nur gefordert worden, den Tenor zu formulieren. Im Interesse einer besseren Anschaulichkeit sind hier weitere Informationen aufgenommen worden.

29 Nach § 73 Abs. 3 VwGO ist auch über die Kosten zu entscheiden. Grundsätzlich trifft die Behörde in diesem verfahren lediglich eine Kostenlastentscheidung. Regelmäßig ist zwischen Verwaltungsgebühren und Aufwendungen zu unterscheiden. Die Verteilung der Kostenlast folgt grundsätzlich dem Ergebnis des Verfahrens. Regelmäßig muss der „unterliegende“ Teil die Kostenlast tragen. § 80 Abs. 1 S. 3 VwVfG sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme vor. Diese liegen hier vor. Sofern Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nicht deckungsgleich wären, würden der Widerspruchbehörde Verwaltungsgebühren zustehen, die dann der Widerspruchsführer von der (fehlerhaften arbeitenden) Ausgangsbehörde im Zuge des Aufwendungsersatzes zurückfordern könnte. Da in diesem Falle aber Ausgangs- und Widerspruchsbehörde deckungsgleich sind, bietet sich diese Vorgehensweise nicht an.



Peter Eichhorn

Management im Öffentlichen Dienst

Maximilian Verlag Hamburg

ISBN 978-3-7869-0835-7

€ 19,90

Im Vordergrund des Buches von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn, Emeritus der Universität Mannheim und Präsident der SRH Hochschule Berlin, stehen die innovativen Entwicklungen in Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen. Wie in der privaten Wirtschaft stehen auch diese in dynamischen Veränderungsprozessen. Zu Methoden und Maßnahmen nimmt das Buch Stellung und unterbreitet vielfältige Vorschläge, die nach alphabetischen Stichworten geordnet sind.

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

Jürgen Vahle*

„Blumen des Bösen“

– Fallbearbeitung aus dem Verwaltungsrecht –

Sachverhalt:

Stadt Detmold
Der Bürgermeister
Ordnungsamt
Az.: 32/17-11

5. April 2011

Einschreiben

Frau
Leyla Lockermann
Venusstraße 1
32 760 Detmold

Ihr Club Fleurs du Mal

Ordnungsverfügung mit Zwangsandrohung

Sehr geehrte Frau Lockermann,

1. hiermit untersage ich Ihnen die Fortführung des Gaststättenbetriebs – Ausschank alkoholischer Getränke – in den Räumen Venusstraße 1 („Club Fleurs du Mal“).

2. Ich ordne die sofortige Vollziehung der vorbezeichneten Anordnung an.

3. Für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung zu 1. drohe ich ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000 Euro an.

Begründung:

I.
Der von Ihnen gegründete und geleitete „Club Fleurs du Mal“ besteht seit ungefähr zwei Jahren. Ein Mitarbeiter des Ordnungsamtes ist von einer Bekannten auf die Existenz des Clubs hingewiesen worden. Aufgrund der Angaben des Mitarbeiters habe ich veranlasst, dass Ermittlungen in Bezug auf Ihren Betrieb eingeleitet wurden. Diese haben folgendes ergeben: Der Club hat seinen Sitz in Detmold, Venusstraße 1. Die Venusstraße verläuft überwiegend durch ein allgemeines Wohngebiet und endet in einem Industriegebiet. Grundstück Nr. 1 ist etwas abgesetzt von einer Wohnsiedlung und gehört formal noch zum allgemeinen Wohngebiet.

In der „Vereinsatzung“ wird der Club als „nicht rechtsfähiger Verein“ bezeichnet.

§ 1 der Satzung beschreibt den Vereinszweck wie folgt: „Förderung von Unterhaltung und Geselligkeit zwischenmenschlichen Charakters, insbesondere die Unterhaltung von Einzelpersonen über 18 Jahren“. Mitglieder des Clubs erhalten gemäß § 2 der Satzung auf Antrag eine Clubkarte in den Farben schwarz („Gründungs-Mitglied“, rot („Stamm-Mitglied“) und gelb („Gelegenheits-Mitglied“). Der Clubbeitrag beläuft sich auf 3 Euro pro Vierteljahr und ist im Voraus zu zahlen. Für jeden einzelnen Clubbesuch ist ein gesonderter „Unkostenbeitrag“ zu entrichten, der am Eingang in jeweiliger Höhe angegeben wird (§ 3 Clubsatzung). Die Mitgliedschaft im Club kann nach § 4 der Satzung jede Person über 18 Jahre erwerben. Der Zutritt zum Club wird auf Klingelzeichen gewährt, dabei ist die Clubkarte vorzuzeigen bzw. die Bereitschaft zu erklären, eine Karte zu erwerben. Werbung für den Club findet hauptsächlich durch Mundpropaganda statt. Zudem wurden Werbekärtchen in verschiedenen Bars in Detmold und Umgebung verteilt. Auf einem mir vorliegenden Kärtchen heißt es:

„Fleurs du Mal ist eine außergewöhnliche Bar mit erotischer Atmosphäre. Ausgewählte Gäste und unsere speziell für Sie engagierten Freundinnen sorgen für eine individuelle Betreuung und die Erfüllung auch ungewöhnlicher Wünsche.“

Der Zutritt zum Club wird nur auf Klingeln hin und nach einer „Gesichtskontrolle“ (Türspion) gewährt. Man erreicht den Schankraum und die Nebenräume des Clubs sodann durch einen ca. acht bis 10 Meter langen Gang, der videoüberwacht ist.

Nach meinen Ermittlungen vor Ort werden im Club alkoholische Getränke gegen Entgelt ausgeschenkt. Eine Flasche Wein kostet zwischen 70 und 100 €, für eine Flasche Sekt („Champagne Exquisite“) werden ca. 300 € berechnet. Die Clubräume umfassen separate Zimmer mit einer besonderen Ausstattung, die von den Besucherinnen und Besuchern zwecks intimen Beisammenseins aufgesucht werden; die „Vorgänge“ im Zimmer können im Einverständnis der „Beteiligten“ von den übrigen Gästen beobachtet werden. Zudem hielten sich nach behördlicher Feststellung an der Bar junge Frauen auf, die allem Anschein nach als Prostituierte tätig waren.

Derzeit sind Sie „Vorsitzende“ des Vereins. In den Räumen Venusstraße 1 wurde bis vor ca. drei Jahren eine Nachtbar betrieben. Inhaber war Herr Karl Krumm. Die ihm erteilte Gaststättenerlaubnis wurde ihm im Jahre 2008 wegen Unzuverlässigkeit entzogen. Herr Krumm wird in der Clubsatzung als „Vorstandsmitglied“ bezeichnet und hat einen Raum im Club (ca. 35 qm) gemietet.

Aufgrund dieser Sachverhaltsermittlungen habe ich Ihnen persönlich im Rahmen eines Gesprächs am 30. 3. 2011 Gelegenheit gegeben, zu den Tatsachen Stellung zu nehmen, und eine Schließung des Clubs in Aussicht gestellt. Daraufhin haben Sie eine Stellungnahme durch ihren Rechtsanwalt Dr. Winkel angekündigt. Diese ist aber nicht erfolgt.

* Prof. Dr. Jürgen Vahle lehrt an einer Fachhochschule in NRW.

II.

Zu 1. Nach meinen Ermittlungen betreiben Sie einen nicht genehmigten Gaststättenbetrieb (§§ 1 und 2 Gaststättengesetz – GastG). Ihr „Club“ ist eine Bar, in der Partnertausch betrieben werden kann (sog. Swinger-Club) und in der alkoholische Getränke ausgegeben werden. In Bezug auf Letzteres bedarf es einer Gaststättenerlaubnis (Erlaubnisfreiheit nur bei Ausschank alkoholfreier Getränke, § 2 Abs. 2 Nr. 1 GastG). Fehlt eine solche Erlaubnis kann der Betrieb verhindert werden (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Gewerbeordnung i. V. mit § 31 GastG).

Gründe, die für eine andere Ermessensentscheidung sprechen könnten, sind nicht ersichtlich und von Ihnen auch nicht geltend gemacht worden.

Zu 2. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung beruht auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung. Im öffentlichen Interesse ist die sofortige Beendigung des nicht genehmigten Betriebs geboten. Die ermittelten Vorgänge im Club lassen es geboten erscheinen, zumindest den Alkohol-Ausschank unverzüglich zu beenden, um ggf. anschließend in einem Konzessionsverfahren zu prüfen, ob die gewerbe- und baurechtlichen Vorgaben beachtet sind bzw. werden können. Dies gilt um so mehr, als es sich bei Ihrem Club um einen Barbetrieb mit Tendenzen zur Prostitution handelt.

Es kann nicht hingegenommen werden, dass diese Maßnahme durch ein Verwaltungsstreitverfahren um unbestimmte Zeit verzögert wird.

Zu 3. Die Androhung des Zwangsmittels stützt sich auf die §§ 55 Abs. 1, 60 und 63 Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. Es war geboten, ein Zwangsmittel anzudrohen, weil nur so sichergestellt werden kann, dass Sie meiner Anordnung unverzüglich Folge leisten. Ihr „Club“ stellt aufgrund des gewerblichen Charakters und der ermittelten Preise eine nicht unerhebliche Einnahmequelle für Sie dar, was ich bei der Bemessung der Höhe des Zwangsgeldes berücksichtigt habe.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Ordnungsverfügung kann innerhalb eines Monats nach Zugang Klage erhoben werden. Die Klage ist beim Verwaltungsgericht Minden einzulegen.

Hinweis:

Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung können Sie einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beim Verwaltungsgericht Minden stellen.

Im Auftrag

Meyer vom Katten

(Stadtoberinspektorin)

Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Winckel
Windgasse 66
32758 Detmold,
Verwaltungsgericht Minden
Postfach Eingang: 18. 7. 2011

den 14. Juli 2011

Klage

der Frau Leyla Lockermann – vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Winckel –

– Klägerin –

gegen

die Stadt Detmold – vertreten durch den Bürgermeister –

– Beklagte –

Hiermit erhebe ich Klage und beantrage,

den Bescheid der Beklagten gegen meine Mandantin vom 5. April 2011 (Az. 32/17-11)

aufzuheben und die Kosten des Verfahrens der Beklagten aufzuerlegen.

Begründung:

Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und deshalb aufzuheben.

1. Es ist schon merkwürdig, auf welche Weise Ihre Behörde an die zugrunde liegenden Informationen gelangt ist.

Zum einen haben Sie privates Wissen verwertet, was mit dem Amts-ermittlungsgrundsatz des § 24 VwVfG NRW unvereinbar ist.

Zweitens muss sich einer Ihrer Mitarbeiter in den Club eingeschlichen und dort spioniert haben. Das ist ein grober Verstoß gegen Artikel 13 Grundgesetz und die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre. Verdeckte Ermittlungen sind im Übrigen der Polizei vorbehalten, eine Ordnungsbehörde ist hierzu nicht befugt.

Aus alledem folgt ein Verwertungsverbot bezüglich der ermittelten Tatsachen.

2. Für den Bescheid gibt es keine rechtliche Grundlage. Es handelt sich bei dem Club „Fleurs du Mal“ um einen Privatclub für Leute mit ausgefallenem Geschmack auf erotischem Gebiet und nicht um einen Betrieb, der dem Gaststättenrecht unterliegt. Ein Gaststättenbetrieb muss alle Merkmale des § 1 GastG erfüllen, was hier nicht der Fall ist. Zugelassen werden vielmehr nur ausgewählte Club-Mitglieder, die sich an die Vereins-Satzung halten und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. Nicht die Öffentlichkeit erhält Zutritt zum Club, sondern ein nach besonderen persönlichen Merkmalen bestimmter Personenkreis zur Pflege der Geselligkeit und spezieller Interessen. Um den besonderen Clubcharakter zu wahren, wird erst nach Prüfung der Persönlichkeit des Antragstellers über die Aufnahme entschieden. Vorher muss sich das Mitglied mit voller Anschrift in eine Mitgliedsliste eintragen.

3. Ihre Ordnungsverfügung orientiert sich nicht an den Vorgaben des Gewerberechts, sondern verfolgt das Ziel, den Club meiner Mandantin zu kriminalisieren. Die Andeutung in Ihrer Verfügung, im Club werde Prostitution betrieben, weisen wir mit Nachdruck zurück. Die

Vorgänge im Club sind strafrechtlich irrelevant, weil alle Beteiligten mit den dort geübten Praktiken einverstanden sind und deshalb rechtlich geschützte Güter nicht beeinträchtigt werden. Jugendlichen wird der Zugang strikt verwehrt, und es ist auch ausgeschlossen, dass „unbedarfte“ Leute mit den Vorgängen im Club unfreiwillig konfrontiert werden. Das Ihnen eingeräumte Ermessen haben Sie deshalb fehlerhaft ausgeübt.

4. Ich weise weiterhin darauf hin, dass Herr Karl Krumm, Auf den Höhen 1, 32758 Detmold einen Raum im Club gemietet hat und auch an der Leitung des Vereins beteiligt ist. Herr Krumm nutzt den Raum für Raucherabende mit guten Freunden. Im Falle einer Schließung des Clubs wären die Mieterrechte von Herrn Krumm beeinträchtigt.

Mir ist bekannt, dass die Ordnungsbehörde Herrn Krumm nach wie vor zur Last legt, dass ihm seinerzeit die Gaststättenkonzession wegen mangelnder Zuverlässigkeit entzogen wurde. Die Vorstrafen von Herrn Krumm haben jedoch mit dem Vorgehen gegen meine Mandantin nichts zu tun. Von dem Club meiner Mandantin gehen keinerlei Gefahren aus.

Der Klage ist daher stattzugeben.

Auf mich lautende Vollmacht ist beigelegt.

Dr. Winckel

Rechtsanwalt

Ordnungsamt
zu Az.: 32/17-11

9. 8. 2011

1. Vermerk:

Die Klageschrift von RA Dr. Winckel ändert nichts an der Beurteilung der Rechtslage in meinem Bescheid. Die Klage ist bereits verfristet und damit unzulässig. Sie ist aber darüber hinaus auch unbegründet.

Es trifft zu, dass im Club Namenlisten ausliegen. Unser Mitarbeiter Detlef Döllmer hat sich im dienstlichen Auftrag „verdeckt“ im Club umgesehen. Ihm ist aufgefallen, dass fast alle Club-Mitglieder „Meier“, „Meyer“ oder „Müller“ heißen. Eine Namensprüfung anhand des Personalausweises fand nicht statt. Herr Döllmer wurde nach kurzem Aufenthalt von einer jungen Dame angesprochen. Sie machte ihm ein unmissverständliches Angebot und nannte auch ihren Preis: „250 Euro“ für „Standard“, 500 Euro für „Extras“. Im Übrigen gibt es nach den Beobachtungen von Herrn Döllmer besondere Räume, in die sich Paare, die sich an der Bar verabreden, zwecks sexueller Betätigung zurückziehen können.

2. Frau Stadtinspektorin Meyer vom Kotten m. d. B. um Fertigung eines Gutachtens zur Rechtslage und Entwurf einer Klageerwidern.

Aufgabe: Führen sie die an Frau Meyer vom Kotten gerichtete Weisung aus.

Hinweise:

1. Das Gerichtsverfahren hat das Aktenzeichen 4 K 44/11

2. Dem Schriftsatz von RA Dr. Winckel war die erwähnte Vollmacht beigelegt.

Lösungsvorschlag:

Erster Teil: Gutachten zur Rechtslage

Die Aufgabe ist dahin auszulegen, dass die Erfolgsaussicht der von Frau Lockermann (L) erhobenen Klage – d.h. deren Zulässigkeit und Begründetheit – zu prüfen ist.

A. Zulässigkeit

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) ist eröffnet, weil die streitentscheidenden Normen (s. insbesondere § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO i. V. mit § 31 GastG), zum öffentlichen Recht gehören.

II. **Örtlich zuständig** ist das VG Minden (§ 21 JustG NRW Anlage 1 lfd. Nr. 67 Sp. H).

III. Da es sich bei der **Schließungsanordnung** (Nr. 1 der Ordnungsverfügung) um einen Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG NRW¹ handelt, ist die **Anfechtungsklage** statthaft (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO). Entsprechendes gilt für die **Zwangsgeldandrohung** (Nr. 3), weil auch sie eine hoheitliche Maßnahme in Form eines Verwaltungsaktes darstellt (*Sadler, VwVG, VwZG*, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 1).

IV. Als Adressatin des Bescheides ist L **klagebefugt** (§ 42 Abs. 2 VwGO); es besteht die Möglichkeit einer Verletzung ihrer (Grund-) Rechte aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.

V. Entgegen § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist für (Anfechtungs-)Klagen bei Verwaltungsakten, die – wie hier – zwischen dem 1.11.2007 und dem 31.10.2012 bekannt gegeben worden sind, ein **Widerspruchsverfahren nicht** vorgesehen (§ 110 Abs. 1 Satz 1 JustG NRW).

VI. Fraglich ist, ob die Klage fristgemäß erhoben worden ist. Die **Klagefrist** von einem Monat (§ 74 Abs. 2 VwGO) wurde nicht eingehalten. Allerdings läuft die Frist nur, wenn eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wurde (§ 58 VwGO). Das ist hier problematisch wegen der Verwendung des Begriffs „Zugang“ statt „Zustellung“. Zugang bedeutet, dass das bekannt zu gebende Schriftstück in den Machtbereich des Adressaten gelangt. Zugang und förmliche Zustellung können zwar zusammenfallen, etwa im Falle der Übergabe durch einen Postmitarbeiter mit Zustellungsurkunde. Eine solche Übereinstimmung ist bei hier gewählten Zustellform „Einschreiben“ allerdings sehr selten. Ein Einschreiben geht in der Regel am ersten oder zweiten Tag nach Aufgabe zur Post zu, gilt aber gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 LZG NRW² erst am dritten Tag als zugestellt. Eine Belehrung dahin, die Frist laufe bereits ab „Zugang“ ist damit geeignet, falsche Vorstellungen über den Zeitpunkt des Fristbeginns

1 § 1 Abs. 1 Satz 1 VwVfG Bbg. i. V. mit § 35 VwVfG; § 35 HVwVfG; § 1 Abs. 1 Satz 1 NVwVfG i. V. mit § 35 VwVfG; § 1 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG Rh.-Pf. i. V. mit § 35 VwVfG.

2 § 1 Abs. 1 Satz 1 BbgVwZG i. V. mit § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG; § 1 Abs. 1 HessVwZG i. V. mit § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG; § 1 Abs. 1 NVwZG i. V. mit § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG; § 1 Abs. 1 LVwZG Rh.-Pf. i. V. mit § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG.

auszulösen. Der Empfänger kann deshalb fälschlich davon ausgehen, die Monatsfrist sei bereits abgelaufen, obwohl er noch einen Tag oder zwei Tage hat, um Klage zu erheben. Eine solche Rechtsbehelfsbelehrung ist deshalb unrichtig i. S. des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO (*OVG Münster*, NVwZ 2001, S. 212; *Sadler*, a. a. O., Einleitung VwZG Rn. 4). Es läuft damit die Ausschlussfrist von **einem Jahr** (§ 58 Abs. 2 VwGO), so dass die Klage fristgerecht erhoben wurde.

VII. Die Klägerin ist ordnungsgemäß **anwaltlich vertreten** (§ 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

B. Begründetheit

Die Klage der L ist begründet, wenn die angefochtene Ordnungsverfügung rechtswidrig und L dadurch in ihren Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

I. Rechtmäßigkeit der Schließungsverfügung (Nr. 1)

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Sachverhaltsermittlung (§ 24 VwVfG NRW)³

Ein Verstoß gegen die Regeln der Sachverhaltsbeschaffung kann zur formellen Rechtswidrigkeit führen (*Kopp*, VwVfG, 12. Aufl. 2011 § 24 Rn. 36). § 24 Abs. 1 PolG NRW i. V. mit § 24 Nr. 8 OBG⁴ verbietet den Ordnungsbehörden zudem ausdrücklich eine **Datennutzung**, wenn die Daten **rechtswidrig** erlangt wurden.

aa) Das vorhandene „private“ Wissen eines Behördenbediensteten darf, zumindest wenn es nicht illegal erlangt wurde, in das Verfahren eingebracht werden. Im Streitfall übernimmt der Beamte die Rolle eines **Zeugen** (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwVfG NRW⁵). Demgemäß bestehen keine Bedenken, die privat gewonnenen Erkenntnisse des Mitarbeiters des Ordnungsamtes zu verwerten.

bb) Grundsätzlich dürfen auch Erkenntnisse verwertet werden, die eine Behörde im Rahmen einer rechtmäßigen **gaststättenrechtlichen Nachschau** (§ 22 Abs. 2 GastG) erlangt hat. Es kann offen bleiben, ob – wie L meint – durch eine Nachschau in den **Schutzbereich des Art. 13 GG** eingegriffen worden ist (s. zu dieser Problematik *Michel/Kienzle/Pauly*, Das Gaststättengesetz, 14. Aufl. 2003, § 22 Rn. 13). Dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG wurde jedenfalls in § 22 Abs. 2 Satz 3 GastG entsprochen. Die Vorschrift ist eine verfassungsmäßige Ermächtigung für gaststättenrechtliche Kontrollen.

(1) Voraussetzung für eine Nachschau gem. § 22 Abs. 2 GastG ist allerdings, dass es sich um einen (Gaststätten-)Betrieb i. S. des § 1 Abs. 1 GastG handelt.

Dann müsste der Club der L **öffentlich**, d. h. allgemein oder zumindest den Angehörigen gewisser gesellschaftlicher Gruppen **zugänglich** sein (*Pörtl*, Gaststättenrecht, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 30). Ein „Privatclub“, der nur bestimmten Personen zugänglich ist, erfüllt dieses Merkmal nicht; in einem solchen dürfte eine Ordnungsbehörde nicht

ohne Weiteres (heimlich) ermitteln. Eine private Veranstaltung – die nicht dem Gaststättenrecht unterliegt – setzt indessen voraus, dass die Gäste **individuell** bestimmt werden, z. B. aufgrund einer persönlichen Einladung. Hierfür könnte sprechen, dass nur solche Personen in den Club der L eingelassen werden, die entweder bereits Vereinsmitglieder sind oder beim Besuch eine entsprechende Mitgliedschaft erwerben. Clubs und Vereine sind andererseits frei zugänglich, wenn der Kreis der Mitglieder nicht von vornherein auf eine kleine Zahl fester Mitglieder beschränkt ist, sondern die Mitgliederzahl nicht begrenzt ist und bei dem ein Wechsel im Bestand der Mitglieder jederzeit möglich ist (*Pörtl*, a. a. O., § 1 Rn. 30).

L beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Vereinssatzung, in der Kriterien für die Zulassung zum Club aufgestellt sind. Die Aufnahmebedingungen sind jedoch derart weit gefasst, dass praktisch jedermann über 18 Jahre „Mitglied“ des Vereins werden kann. Auch etwaige besondere sexuelle Praktiken (insbesondere Partnertausch) im Club rechtfertigen nicht die Annahme, dass sich ein nach besonderen persönlichen Merkmalen bestimmter Personenkreis zu einem Privatclub zusammengeschlossen hat. Ein sog. **Swinger-Club** ist lediglich eine besondere **Betriebsart** der Gaststättenerlaubnis (§ 3 Abs. 1 Satz 1 GastG; s. *BayVGH*, GewArch 2002, S. 296).

Die im Club ausliegenden Namenslisten können die Annahme eines privaten Clubs ebenfalls schwerlich stützen. Entscheidend ist insoweit nicht der Text einer „Vereinssatzung“, sondern die **tatsächliche Handhabung** (*OVG Münster*, GewArch 2011, S. 367 zur Parallelproblematik der „Raucherclubs“).

Die Club-Betreiberin L ist nicht bemüht, die „Vereinsmitglieder“ zu individualisieren. Die in den Listen des Clubs vermerkten Namen belegen aufgrund der auffallenden Häufung der Namen „Meier“ (in allen möglichen Varianten) und Müller, dass die „Vereinsmitglieder“ die Anonymität suchen und sich insofern nicht von den Gästen einer „normalen“ Bar bzw. eines Swinger-Clubs unterscheiden. Schließlich zeigen die im Club erhobenen Getränkepreise, dass L die in Bars und barähnlichen Betrieben üblichen Preise erhebt.

Die freie Zugänglichkeit zu einer Schankwirtschaft wird schließlich nicht dadurch berührt, dass Besucher nur auf **Klingelzeichen** und nach einer „Gesichtskontrolle“ eingelassen und dass **Eintrittsgelder** bzw. „Clubbeiträge“ erhoben werden (*Metzner*, GastG, 6. Aufl. 2002, § 1 Rdn. 71; *Pauly/Michel/Kienzle*, a. a. O., § 1 Rdn. 49). Es ist kein Wesensmerkmal eines Gaststättenbetriebes, dass die Eingangstür immer geöffnet ist. Jedem Gastwirt steht es grundsätzlich frei, ob und zu welchen Bedingungen er Zutritt gewährt (*Metzner*, a. a. O., § 1 Rdn. 72). Da L (zumindest) alkoholische Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, betreibt sie ein Gaststättengewerbe i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG.

(2) Kontrollen dürfen auch „verdeckt“ vorgenommen werden, indem ein **Behördenvertreter als Gast** auftritt (*Michel/Kienzle/Pauly*, a. a. O., § 22 Rn. 5). Allein verdeckte Kontrollen sind vielfach geeignet, die Effektivität der Aufsicht sicherzustellen. § 22 Abs. 2 GastG schreibt nicht vor, dass sich behördliche Kontrolleure als solche ausweisen müssen. Für die Notwendigkeit einer „Tarnung“ spricht hier, dass der Sachbearbeiter bei Aufdeckung seines Auftrags vermutlich bereits am Eingang „abgewimmelt“ worden wäre. Im Übrigen hätte die Überwachung des Zugangs zum Schankraum der Club-Betreiberin die Möglichkeit verschafft, das Personal und die „Clubmitglieder“ auf die behördliche Maßnahme vorzubereiten. Der Erkenntnisgewinn einer offenen Nachschau wäre demgemäß deutlich geringer gewesen.

³ S. die Fn. 1 erwähnten Gesetze.

⁴ § 39 Abs. 1 BbPolG i. V. mit § 23 Nr. 2 d) OBG; § 38 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG.

⁵ S. die in Fn. 1 erwähnten Gesetze

cc) Befugnisse zur **verdeckten Datenerhebung** (§§ 16a ff. PolG NRW⁶) stehen den Ordnungsbehörden zwar nicht zu, wie § 24 OBG zeigt. Hierunter fallen jedoch nur solche Maßnahmen, bei denen die Zugehörigkeit des Beamten zur Polizei **bewusst verschleiert** wird (*Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 10. Aufl. 2011, § 9 Rn. 27), z. B. durch Verwendung einer Legende als sog. Verdeckter Ermittler. Das Ziel ist die Täuschung des Umfeldes über die wahre berufliche Tätigkeit. Es handelt sich demgegenüber nicht um eine verdeckte Maßnahme, wenn ein Polizeibeamter in Zivilkleidung Dienst versieht und – wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles – nicht ausdrücklich darauf hinweist, dass er Polizist ist. Der Sachbearbeiter der Stadt hat keine solche Legende verwendet, sondern sich wie ein gewöhnlicher Gast verhalten. Er hat auch keine Ermittlungen vorgenommen, die über ein bloßes „Umschauen“ hinausgehen. Sein Auftreten als Gast diente lediglich dem Zweck, ein ungeschminktes Bild über die Vorgänge im Club zu gewinnen.

Die Behörde hat somit nicht gegen die Regeln der Sachverhaltsbeschaffung verstoßen und war demgemäß nicht gehindert, ihre Entscheidung auf ihre Ermittlungsergebnisse zu stützen.

b) Anhörung

Die in § 28 Abs. 1 VwVfG NRW⁷ vorgeschriebene **Anhörung** hat stattgefunden. L wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Unerheblich ist, dass sie diese Möglichkeit nicht genutzt hat.

Zwischenergebnis: Die Anordnung der Betriebsschließung ist formell rechtmäßig.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Ermächtigungsgrundlage für die Ordnungsverfügung kann § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO i. V. mit § 31 GastG sein.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

L müsste ein **erlaubnispflichtiges (Gaststätten-)Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis** betreiben. Hier liegt ein Schankbetrieb i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG vor, der gem. § 2 Abs. 1 GastG erlaubnispflichtig ist. L besitzt nicht die nötige Gaststättenerlaubnis.

b) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die Entscheidung über die Untersagung des Ausschanks von Alkohol steht im behördlichen **Ermessen**.

Grundsätzlich rechtfertigt allein der Verstoß gegen den Erlaubnisvorbehalt den Erlass einer Verbotsverfügung (sog. **formelle Illegalität**). Es entspricht der gesetzgeberischen Intention, dass die Verwaltung formell illegale Betriebe schließt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Betrieb offensichtlich und eindeutig **materiell genehmigungsfähig** ist und die Erlaubnis in Kürze erteilt wird (s. näher *Pöhl*, a. a. O., § 2 Rn. 48 m. w. N.).

Das Ausschankverbot beruht auf dem Fehlen der erforderlichen Gaststättenerlaubnis. Auf die Frage, ob L oder ein früherer Inhaber die für den Betrieb einer Gaststätte erforderliche Zuverlässig-

keit besitzt, hat die Behörde – entgegen der Meinung der Klägerin – nicht abgestellt. Erst recht liegen keine Anhaltspunkte vor, dass es der Behörde darauf ankommt, den Betrieb zu „kriminalisieren“. Der Club ist andererseits nicht auf den ersten Blick materiell genehmigungsfähig. Die näheren Umstände des Clubbetriebs und vor allem die **räumliche Lage** des Clubs im allgemeinen Wohngebiet lassen die Genehmigungsfähigkeit eher zweifelhaft erscheinen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Club eine gebietsbezogene Versorgungsfunktion i. S. des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO erfüllt und damit bauplanungsrechtlich zulässig ist.

Sonstige Gesichtspunkte, die im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine andere Ermessensentscheidung rechtfertigen bzw. nahe legen könnten, sind nicht ersichtlich. L hat schließlich weder einen **Erlaubnis Antrag** gestellt, noch ist offensichtlich, dass ein solcher Antrag in Kürze gestellt werden wird.

Die Ermessensausübung ist mithin nicht zu beanstanden.

Zwischenergebnis: Das Verbot des Ausschanks alkoholischer Getränke ist rechtmäßig.

II. Rechtmäßigkeit der Zwangsandrohung (Nr. 3)

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Die für die Schließungsanordnung zuständige Ordnungsbehörde ist auch **zuständig** für die Androhung von Zwangsmitteln (§ 56 Abs. 1 VwVG NRW⁸).

b) Einer speziellen **Anhörung** bedurfte es nicht (§ 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG NRW⁹).

c) Die Ordnungsverfügung – und damit auch die Androhung – sind im Einklang mit § 63 Abs. 6 VwVG NRW¹⁰ **formell zugestellt** worden.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung sind die §§ 55 Abs. 1¹¹, 60¹² und 63 VwVG NRW.¹³ Das Ausschankverbot ist eine (vollstreckbare) auf Unterlassung gerichtete **Grundverfügung** i. S. des § 55 Abs. 1 VwVG.¹⁴

b) Weder gegen die **Art** des Zwangsmittels noch die **Höhe** bestehen Bedenken. Die Ordnungsbehörde hat bei der Bemessung des Zwangsgeldes ihr Ermessen zutreffend ausgeübt, indem sie auf den mutmaßlichen Gewinn der L abgestellt hat.

8 § 16 Abs. 1 VwVG Bbg; § 68 Abs. 1 HessVwVG; § 70 Abs. 2 NVwVG; § 4 Abs. 2 Satz 1 LVwVG Rh.-Pf.

9 S. die in Fn. 1 erwähnten Gesetze.

10 § 23 Abs. 6 VwVG Bbg; § 69 Abs. 1 Nr. 3 HessVwVG; § 1 Abs. 1 LVwVG Rh.-Pf. i. V. mit § 13 Abs. 7 VwVG.

11 § 15 Abs. 1 VwVG Bbg; §§ 68 Abs. 1, 69 Abs. 1 HessVwVG; § 70 Abs. 1 NVwVG i. V. mit § 64 Abs. 1 Nds. SOG; § 61 Abs. 1 LVwVG Rh.-Pf.

12 § 20 VwVG Bbg; § 76 HessVwVG; § 70 Abs. 1 NVwVG i. V. mit § 67 Nds. SOG; § 64 LVwVG Rh.-Pf.

13 § 23 VwVG Bbg; § 69 Abs. 1 HessVwVG; § 70 Abs. 1 NVwVG i. V. mit § 70 Nds. SOG; § 66 LVwVG Rh.-Pf.

14 S. Fn. 11

6 S. z. B. § 16 HSOG („Polizeibehörden“); §§ 36, 36a Nds. SOG („Polizei“).

7 S. die in Fn. 1 erwähnten Gesetze.

c) Die Zwangsandrohung ist nicht deshalb fehlerhaft, weil – wie von L vorgetragen – der Nutzer eines Raums in ihrem Club (K) möglicherweise in seinem Mietrecht betroffen ist. Zwar können zivilrechtliche Rechte einer Zwangsandrohung entgegenstehen, weil sie ein **Vollstreckungshindernis** bilden (*Sadler*, a. a. O., § 15 VwVG Rn. 10, 11). K wird die Ausübung seines Mietrechts durch die Verfügung weder rechtlich noch faktisch erschwert. Er kann nach wie vor „Raucherabende“ mit „guten Freunden“ veranstalten, weil es sich nach dem Vortrag der Klägerin um private Veranstaltungen handelt. Die Ordnungsverfügung an L bezieht sich nur auf den öffentlich zugänglichen Schankbetrieb, nicht auf private Treffen zwecks gemeinsamen Rauchens.

Zwischenergebnis: Die Zwangsgeldandrohung ist rechters.

Gesamtergebnis: Die Ordnungsverfügung (Nrn. 1 und 3) ist rechtmäßig. Die Klage der L ist hiernach zwar zulässig, jedoch unbegründet.

Zweiter Teil: Entwurf der Klageerwiderung

Stadt Detmold
Ordnungsamt
Az.: 32/17-11

Detmold, den ...

An das
Verwaltungsgericht Minden

M i n d e n

In der Verwaltungsrechtssache

Lockermann ./. Stadt Detmold

– 4 K 44/11 –

wird beantragt, die Klage abzuweisen.

Begründung:

Die Klage ist zwar zulässig, jedoch unbegründet.

Die angefochtene Ordnungsverfügung ist rechtmäßig.

1. Die Verwaltungsermittlungen verstoßen nicht gegen den Amtsermittlungsgrundsatz. Das vorhandene „private“ Wissen eines Behördenmitarbeiters darf, sofern es nicht illegal erlangt wurde, in das Verfahren eingebracht werden. Im Bestreitensfall mag der fragliche Mitarbeiter als Zeuge vernommen werden.

Ebenso verwertbar sind die Feststellungen, die die Behörde im Rahmen der Gaststättenaufsicht (§ 22 Abs. 2 GastG) erlangt hat. Bei dem Club der Klägerin handelt es sich um einen (Gaststätten-) Betrieb, der der Öffentlichkeit zugänglich ist. Eine private Veranstaltung – die nicht dem Gaststättenrecht unterliegt – würde voraussetzen, dass die Gäste individuell bestimmt werden, z. B. aufgrund einer personenbezogenen Einladung. Die von der Klägerin aufgeführten Zugangsbeschränkungen genügen indessen nicht, um das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit auszuschließen. Die

Aufnahmebedingungen in der Vereinssatzung sind aber derart weit gefasst, dass praktisch jedermann über 18 Jahre „Mitglied“ des Vereins werden kann. Auch etwaige besondere sexuelle Praktiken (insbesondere Partnertausch) im Club rechtfertigen nicht die Annahme, dass sich ein nach besonderen persönlichen Merkmalen bestimmter Personenkreis zu einem Privatclub zusammengeschlossen hat. Die im Club ausliegenden Namenslisten ändern an dieser Bewertung nichts. Die darin vermerkten Namen belegen aufgrund der auffälligen Häufung der Namen „Meier“ (in allen möglichen Varianten) und „Müller“ vielmehr, dass die „Vereinsmitglieder“ die Anonymität suchen und sich insofern nicht von den Gästen einer Bar oder eines Swinger-Clubs unterscheiden. Schließlich zeigen die im Club erhobenen Getränkepreise, dass der Club die in Bars und barähnlichen Betrieben üblichen Preise erhebt und sich in diesem Punkt nicht von einem Barbetrieb unterscheidet.

Die Zugänglichkeit zu einer Schankwirtschaft wird nicht dadurch berührt, dass Besucher nur auf Klingelzeichen eingelassen kund dass Eintrittsgelder bzw. „Clubbeiträge“ erhoben werden. Es ist kein Wesensmerkmal eines Gaststättenbetriebes, dass die Eingangstür immer geöffnet ist. Jedem Gastwirt steht es grundsätzlich frei, ob und zu welchen Bedingungen er Zutritt gewährt.

Ein Behördenmitarbeiter darf eine Gaststätte während der Öffnungszeiten als „Gast“ aufsuchen und Beobachtungen anstellen. Es trifft zwar zu, dass die Befugnisse zur verdeckten Datenerhebung (§§ 16a ff. PolG NRW) der Ordnungsbehörde nicht zustehen.

Hierunter fallen jedoch nur solche polizeilichen Maßnahmen, bei denen die Zugehörigkeit des Beamten zur Polizei bewusst verschleiert wird. Der Mitarbeiter meiner Behörde hat jedoch keine spezielle „Legende“ verwendet, sondern sich wie ein gewöhnlicher Gast verhalten. Er hat zudem keine Ermittlungen vorgenommen, die über ein bloßes „Umschauen“ hinausgegangen sind.

2. Hieraus ergibt sich, dass die Verfügung – entgegen der Meinung der Klägerin – auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO i. V. mit § 31 GastG gestützt werden darf.

Die Klägerin besitzt nicht die für einen Gaststättenbetrieb notwendige Erlaubnis.

3. Das Ausschankverbot beruht allein auf dem Fehlen der erforderlichen Gaststättenerlaubnis und ist ermessensfehlerfrei angeordnet worden. Es wurde nicht das Ziel verfolgt, den Betrieb der Klägerin zu „kriminalisieren“. Die Frage, ob die Klägerin oder einer ihrer Rechtsvorgänger die für den Betrieb einer Gaststätte erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, hat insoweit keine Rolle gespielt. Es entspricht vielmehr der gesetzgeberischen Zielsetzung, dass formell illegale Betriebe geschlossen werden. Gesichtspunkte, die im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine andere Ermessensentscheidung rechtfertigen bzw. nahe legen könnten, sind nicht ersichtlich.

Der Betrieb der Klägerin ist auch nicht auf den ersten Blick materiell benehmigungsfähig. Die näheren Umstände des Clubbetriebs und vor allem die räumliche Lage des Clubs im allgemeinen Wohngebiet lassen die Genehmigungsfähigkeit eher zweifelhaft erscheinen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Club eine gebietsbezogene Versorgungsfunktion i. S. des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO erfüllt und damit bauplanungsrechtlich zulässig ist. Hierüber kann abschließend erst in einem gaststättenrechtlichen Genehmigungsverfahren bzw. im bauordnungsrechtlichen Verfahren entschieden werden.

Sonstige Gesichtspunkte, die im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine andere Ermessensentscheidung rechtfertigen bzw. nahe legen könnten, sind nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht geltend gemacht worden. Die Klägerin hat insbesondere weder einen Erlaubnisantrag gestellt, noch ist ein solcher in Kürze zu erwarten.

4. Die Zwangsandrohung ist nicht deshalb fehlerhaft, weil – wie von der Klägerin angedeutet – Herr Krumm einen Raum im Club gemietet hat. Zwar können zivilrechtliche Rechte einer Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme und damit bereits ein Androhung von Zwangsmitteln entgegenstehen. Ein solches Vollziehungshindernis ist hier aber nicht ersichtlich. Die Androhung eines Zwangsgeldes greift nicht in das Mietrecht von Herrn Krumm ein. Er kann nach wie vor „Raucherabende“ mit „guten Freunden“ veranstalten, weil es sich um

private Veranstaltungen handelt, die durch die Ordnungsverfügung nicht berührt werden.

Unterschrift

Ergänzender Hinweis: Die Klageerwiderung ist bewusst kürzer gehalten als das Gutachten. Im Wesentlichen setzt sich der Schriftsatz lediglich mit den Argumenten in der Klageschrift auseinander. Die Hinweise auf Rechtsvorschriften und Zitate sind gekürzt bzw. komplett gestrichen worden: Das Gericht prüft die Rechtslage eigenverantwortlich und könnte umfangreiche „Belehrungen“ als unangemessen empfinden. Auch auf die Wiedergabe der – bereits im Bescheid dargestellten – Sachlage konnte verzichtet werden. Die Behördenakten liegen dem Gericht ohnehin vor bzw. müssen vorgelegt werden. Die Nummerierung der Klageerwiderung orientiert sich im Wesentlichen an der Struktur der Klageschrift.

Rechtsprechung

Öffentliche und private Grünflächen im Bebauungsplan

(BVerwG, Beschl. v. 21.7.2011 – 4 BN 10/11)

Die Verwendung des Begriffs „Parkanlage“ kommt in einem Bebauungsplan sowohl für eine öffentlichrechtliche wie auch für eine private Grünfläche in Betracht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Im Bebauungsplan können auch „Grünflächen“ festgesetzt werden (§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB). Dabei handelt es sich um einen Oberbegriff, der die Ausweisung einer Grünfläche als „privat“ oder „öffentlich“ umfasst. Durch eine solche Festsetzung kommt zum Ausdruck, dass lediglich die Anlage und Unterhaltung einer begrüneten Fläche gestattet ist. Darüber hinaus muss die Gemeinde die Festsetzung nur in dem Maße konkretisieren, als es für die städtebauliche Entwicklung erforderlich ist.

Es muss sich nur um eine „Parkanlage“ handeln, was nicht nur für öffentliche Parkanlagen gilt. Auch eine privat angelegt gärtnerische Fläche kann als „private“ Grünfläche mit der Bezeichnung „Parkanlage“ festgesetzt werden, sofern hierfür ein städtebaulicher Grund vorliegt. Dies hängt von den Gegebenheiten im konkreten Fall ab.

F. O.

Polizeiliche Videoüberwachung der Reeperbahn

(BVerwG, Urt. v. 25. 1. 2012 – 6 C 9.11)

1. Eine offene polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Räume (hier: Reeperbahn in Hamburg) kann sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgungsvorsorge dienen.

2. Diese legitimen Ziele – Verhütung von Delikten und Vorsorge für künftige Strafverfolgung – rechtfertigen auf gesetzlicher Grundlage einen derartigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

2. Soweit die Strafverfolgungsvorsorge betroffen ist, unterliegt diese zwar der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG); diese hat der Bund aber nicht abschließend wahrgenommen.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Die Reeperbahn wird seit Ende März 2006 durch 12 Videokameras offen polizeilich überwacht. Sie können um 360° geschwenkt und variabel geneigt werden. Die Kameras haben eine Zoomfunktion. Sie werden in der Polizeieinsatzzentrale gesteuert. Die Videobänder werden durch Mitarbeiter der Polizeizentrale täglich 24 Stunden überwacht. Ziel der Maßnahme ist der Schutz der Besucher und Anwohner der Reeperbahn vor Straftaten. Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung im zweiten Stock eines Hauses an der Reeperbahn. Gegenüber diesem Haus ist eine der Polizei-Kameras angebracht; diese Kamera erfasst in ihrem Schwenkbereich das Wohnhaus und den davor liegenden Straßenraum. Die Klägerin hat sich hiergegen sowohl per einstweiliger Anordnung gem. § 123 VwGO (s. DVP 2007, S. 304) als auch mittels Klage gewehrt. VG und OVG haben der Polizei untersagt, mit der Videoüberwachung auch die Wohnräume der Klägerin und den Eingangsbereich des Hauses zu erfassen. Die (potentielle) Überwachung ihrer Wohnung mit einer Videokamera stellt nach Ansicht des OVG einen Eingriff in den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) dar. Ein solcher Eingriff dürfe aber gem. Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG nur zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr und nur aufgrund richterlicher Anordnung vorgenommen werden. Eine diesen Vorgaben entsprechende gesetzliche Eingriffsbefugnis

für die offene Videoüberwachung eines durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützten Raumes gebe es nicht. Im Revisionsverfahren vor dem BVerwG ging es nur noch um die Videoüberwachung des **öffentlichen Straßenraums**.

Insoweit hat das Gericht die polizeiliche Maßnahme als rechtmäßig bewertet. Die Videoüberwachung sei gem. § 8 Abs. 3 des Hamburger Gesetzes über die polizeiliche Datenverarbeitung (HmbPolDVG) gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift (= z. B. § 15a PolG NRW) darf die Polizei öffentlich zugängliche Orte mittels Bildübertragung und -aufzeichnung beobachten, soweit an diesen Orten wiederholt Straftaten begangen worden sind und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort auch künftig mit der Begehung von Straftaten zu rechnen ist. Die Norm sei verfassungsgemäß, insbesondere sei der Landesgesetzgeber zum Erlass einer solchen Vorschrift zuständig gewesen. Das Gericht schreibt § 8 Abs. 3 HmbPolDVG eine doppelte Zielsetzung zu: **Gefahrenabwehr** und **Vorsorge für künftige Strafverfolgung**, wenn es trotz des Abschreckungseffekts der Kameras zu einer Straftat kommt. Die letztere Aufgabe gehört allerdings zum Strafverfahrensrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und damit zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (s. BVerfG, DVP 2005, S. 473). Nach Ansicht des BVerwG hat der Bund aber in der StPO **keine Vorschriften** erlassen, die den Fall einer offenen Videoüberwachung **abschließend** regeln und deshalb einen Zugriff der Länder verhindern. Insbesondere die Vorschriften über die Anfertigung und Aufbewahrung von Lichtbildern zu erkennungsdienstlichen Zwecken (s. § 81b StPO) sowie über die Observation Tatverdächtiger (s. § 163f StPO und § 100h StPO) wiesen nach Einsatzzweck und Voraussetzungen bedeutsame Unterschiede zur offenen Videoüberwachung auf. Dass die aufgezeichneten Bilder, soweit nötig, im Strafverfahren verwendet werden können und sollen, mache die offene Videoüberwachung nicht zu einer Maßnahme der Strafverfolgung. Vielmehr verfolge der Gesetzgeber mit der offenen Videoüberwachung von Brennpunkten der Straßensriminalität (hier: Reeperbahn) legitime Ziele. Diese Ziele rechtfertigten einen Eingriff in das – durch Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG geschützte – Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

J.V.

Grenzen für den Informationsanspruch einer Ratsfraktion

(OVG Koblenz, Urt. v. 28.10.2011 – 2 A 10685/11)

Den Ratsfraktionen sind alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die für Sachentscheidungen erforderlich sind; sie können nicht weitergehend die Unterrichtung über einen Schriftwechsel fordern, der zwischen dem Bürgermeister und einer anderen Verwaltungsorganisation zustande gekommen ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

In den Gemeinderäten sind verschiedene Fraktionen vorhanden, die ein entsprechendes Informationsbedürfnis haben. Der Umfang des Unterrichtungsanspruchs ergibt sich für die Kommunalorgane und Organteile aus den von der Gemeindeordnung zugewiesenen Befugnissen und aus dem Zweck der Unterrichtung über die Bera-

tungsgegenstände einer Ratssitzung. Danach ist der Anspruch auf die Unterrichtung auf die bei der Verwaltung vorhandenen Sachinformationen beschränkt. Ein Recht der Fraktionen auf weitere Sachverhaltsaufklärungen umfasst der Unterrichtungsanspruch hingegen nicht. Der Anspruch auf Unterrichtung soll nur sicherstellen, dass alle Fraktionen die gleichen Informationen über die Beratungsgegenstände von Ratssitzungen erhalten und eine Bevorzugung einzelner Fraktionen verhindern. Darüber hinaus soll die Unterrichtung die Fraktionen und ihre Mitglieder in den Stand versetzen, das Recht und die Pflicht zur Willensbildung und Entscheidungsfindung im Gemeinderat wahrzunehmen. Es soll also eine Sachentscheidung ermöglicht werden. Die Fraktionen müssen dafür in die Lage versetzt werden, dem Entscheidungsvorschlag entweder zuzustimmen oder ihn abzulehnen. Hierzu ist eine angemessene und gleiche Unterrichtung aller Fraktionen über die beim Ratsvorsitzenden und der Gemeindeverwaltung vorhandenen Informationen hinsichtlich der Beratungsgegenstände erforderlich, aber auch ausreichend.

Der Informationsanspruch für Ratssitzungen ist also auf die beim Ratsvorsitzenden vorhandenen Informationen beschränkt. Der Umfang richtet sich nach der Art der anstehenden Entscheidung im Einzelfall. Bei umfangreichen oder schwierigen Entscheidungsgegenständen sowie bei Angelegenheiten von größerer Bedeutung für die Gemeinde ist der Bürgermeister gehalten, die Ratsmitglieder und Fraktionen schon im Vorfeld der Sitzung des Gemeinderates und eines Ausschusses angemessen zu unterrichten. Die Ratsmitglieder und Fraktionen sind so vollständig zu unterrichten, dass sie ihre gesetzliche Aufgabe zur Willensbildung und Entscheidungsfindung im Rat wirksam erfüllen können. Diese Information kann auch dadurch erfolgen, dass der Sachstand in einer Vorlage zusammenfassend aufbereitet wird.

Diese Auffassung hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz vertreten. Danach bestand für eine Ratsfraktion nicht der Anspruch, den gesamten Schriftwechsel zur Kenntnis zu bekommen, der zwischen der Verwaltung und einer anderen Verwaltungsorganisation geführt wurde.

F.O.

Mangelhaftigkeit eines Bebauungsplans wegen Befangenheit eines Ratsmitgliedes

(OVG Koblenz, Urt. v. 24.3.2011 – 1 C 10731/10)

Für ein Ratsmitglied gilt das gesetzliche Verbot, an einer Beratung und Entscheidung mitzuwirken, ob es dadurch einen Vorteil erreichen kann oder einem Nachteil ausgesetzt ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Durch einen Bebauungsplan werden weitgehende Entscheidungen über die bauliche Nutzung der Grundstücke im Bebauungsplanbereich getroffen; die Entscheidung kann dahin gehen, ob und wie die Grundstücke bebaut werden können. Dafür gibt es im Baugesetzbuch bestimmte Vorschriften, die beachtet werden müssen. Stellt ein Grundstückseigentümer später Mängel fest, wird er den Versuch machen, gegen den Bebauungsplan anzugehen.

Insbesondere dürfen beim Bebauungsplanverfahren keine Ratsmitglieder beratend oder entscheidend mitwirken, die im Sinne der Gemeindeordnung befangen sind (vgl. § 22 GemO RP). Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung einem Ratsmitglied einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann.

Sinn und Zweck des gesetzlichen Mitwirkungsverbots ist es, Ratsmitglieder anzuhalten, ihre Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmenden Überzeugung auszurichten, ihnen persönliche Konfliktsituationen zu ersparen sowie das Vertrauen der Bürger in eine saubere Kommunalverwaltung zu erhalten und zu stärken. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob das betroffene Ratsmitglied durch die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte einen möglichen Vor- oder Nachteil tatsächlich erreicht. Vielmehr genügt ein dahingehender Anschein. Der besteht auch dann, wenn konkrete Umstände den Eindruck begründen, das Ratsmitglied könnte bei einer Entscheidung auch von persönlichen Interessen geleitet werden. Ein eigenem privaten abwägungserheblichen Belang in die im Rahmen der Bauleitplanung zu treffenden Abwägungsentscheidung einbringendes Gemeinderatsmitglied ist daher von vornherein über die Beratung und Beschlussfassung über den Bebauungsplan ausgeschlossen.

Ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil ist bei einem Ratsmitglied gegeben, bei dem aufgrund seiner engen persönlichen Beziehung zum Beratungsgegenstand ein individuelles Sonderinteresse besteht, welches zu einer Interessenkollision führt und die Besorgnis begründet, der Betroffene werde nicht mehr uneigennützig und gemeinwohlorientiert handeln. Wenn dies der Fall ist, ergibt sich eine Bewertung der Beziehungen zwischen dem Ratsmitglied und dem Beratungs- und Entscheidungsgegenstand aufgrund der Umstände des Einzelfalles. Eine Befangenheit liegt vor, wenn die zu treffende Entscheidung des Rates und den möglichen vor- oder nachteiligen Folgen ohne Hinzutreten eines weiteren Umstandes eine direkte Ursächlichkeit besteht oder wenn die zur Verwirklichung des Vor- oder Nachteils erforderliche Umsetzung des Ratsbeschlusses zwangsläufig zu erwarten ist.

Für die Befangenheit kommt es nicht unbedingt auf die jeweiligen Eigentums- oder Besitzverhältnisse im Planungsbereich an. Maßgeblich ist, ob durch die Bauleitplanung solche eigenen Interessen berührt werden, die in die planerische Abwägung einzubeziehen sind. Ohne Bedeutung ist, ob ein Gemeinderatsmitglied als Eigentümer an einer seinen Grundbesitz betreffenden Planungsentscheidung mitwirkt. Es kommt darauf an, ob seine durch die Planung betroffenen privaten Interessen schutzwürdig sind und deshalb die Grenze zur Abwägung überschreiten.

Ein Bebauungsplan, an dem ein Ratsmitglied wegen seiner Befangenheit nicht mitwirken durfte, ist unwirksam.

F. O.

Informantenschutz bei einer Verbraucherbeschwerde

(OVG Münster, Beschl. v. 28.9.2010 – 13 a F 46/10 – NWVBl. 2011, S. 110)

1. Sind Behörden bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben auf Angaben Dritter angewiesen, dürfen sie zum Schutz des Informanten dessen Identität geheim halten.

2. Die Schutzbedürftigkeit des Informanten entfällt nicht deshalb, weil sich die konkret in einer Beschwerde genannten Beanstandungen nicht bestätigt haben.

3. Die Grenze der Vertraulichkeit bildet die Frage, ob greifbare Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass der Informant die fraglichen Angaben leichtfertig oder wider besseres Wissen gemacht hat.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Der Kläger (K) verlangte Einsicht in Verwaltungsvorgänge, die im Zusammenhang mit einer sich auf sein Lokal beziehenden Beschwerde eines Verbrauchers beziehen. Die beklagte Behörde hatte zwar Akteneinsicht gewährt, jedoch die personenbezogenen Daten des Hinweisgebers geschwärzt. Im verwaltungsgerichtlichen Zwischenverfahren über die Aktenschwärzung (s. § 99 Abs. 2 VwGO) hatte K keinen Erfolg. Das Gericht folgt in der Sache der herrschenden Linie. Danach dürfen Behörden die Identität ihrer Informanten **grundsätzlich geheim** halten. Dieser Informantenschutz ist – wie das OVG betont – unabhängig von einer entsprechenden ausdrücklichen Bitte des Tipgebers oder der begründeten Befürchtung, sich im Falle einer Offenlegung möglichen Repressalien ausgesetzt zu sehen. Entscheidend ist, dass Behörden die für eine **effektive Aufgabenerfüllung** (hier: Verbraucherschutz) unentbehrlichen Informationen von Seiten Dritter in der Regel nur erhalten, wenn sie dem Informanten Vertraulichkeit der personenbezogenen Daten zusichern. Dieser Informantenschutz ist grundsätzlich auch **unabhängig vom Wahrheitsgehalt** der Angaben des Informanten. Etwas anderes gilt nur unter den aus Leitsatz 3 ersichtlichen Voraussetzungen.

J.V.

Anspruch eines Ratsmitgliedes auf Sachmittelgewährung

(OVG Münster, Beschl. v. 18.3.2011 – 15 A 307/11)

Nachdem die Gemeinde einem Ratsmitglied, das keiner Fraktion angehörte, im Rathaus zunächst einen Büroraum und Sachmittel zur Verfügung gestellt hatte, durfte sie für die Zukunft davon abweichen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Ein Ratsmitglied, das keiner Fraktion angehörte, hatte zunächst einen Büroraum im Rathaus sowie monatlich 125 € zur Sitzungsvorbereitung erhalten. Diese Zugeständnisse entfielen später, was nach Auffassung des Ratsmitgliedes eine ermessensfehlerhafte Entscheidung bei Anwendung des § 56 Abs. 3 Satz 6 GO NRW war. Nach dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen konnten Überlegungen der Gemeinde aber zu dem Ergebnis führen, dass es an einer Raumreserve fehlte. Auch konnte davon ausgegangen werden, dass das Ratsmitglied finanziell belastbar war. Der eventuell bestehende Leerstand von Büroräumen führte nicht dazu, dass das Ratsmitglied einen Anspruch auf Bereitstellung eines Büros im Rathaus hatte. Alle Ratsfraktionen stimmten darin überein, dass

dem Ratsmitglied kein Büro im Rathaus eingerichtet werden muss. Das Ratsmitglied konnte auch nichts mit dem Hinweis erreichen, es müsse bei dem gewährten finanziellen Pauschalbetrag für ihn bleiben. Ein Anspruch auf Gewährung weitergehender finanziellere Zuwendungen wäre nur dann begründet gewesen, wenn anderenfalls die Vorbereitung des Ratsmitgliedes auf die Sitzungen von ihm als Einzelmandatsträger nur in eingeschränktem Umfang geleistet werden konnte als von Mandatsträgern innerhalb einer Fraktion. Der Grundsatz der Chancengleichheit war kein Grund dafür, dass das einzelne Ratsmitglied ebenso behandelt werden musste wie Fraktionen. Differenzierungen kommen im Hinblick darauf, dass Fraktionen die Arbeit im Rat und seinen Ausschüssen nicht nur unerheblich steuern und damit erleichtern, zulässig sein.

Auch aus der Höhe der den Fraktionen gewährten Zuwendungen konnte das Ratsmitglied nichts für den von ihm geltend gemachten Leistungsanspruch herleiten. Das ergab sich schon daraus, dass die gewährten Leistungen zweckgebunden waren. Daher war allein darauf abzustellen, ob der Einzelmandatsträger eine zu geringe finanzielle Zuwendung erhielt, um sein Mandat ordnungsgemäß ausüben zu können. Dafür war aber nichts ersichtlich.

F. O.

Bürgerbegehren gegen Windkraftanlagen

(OVG Saarlouis, Beschl. v. 20.5.2011 – 2 B 198/11)

Ein Bürgerbegehren ist unzulässig, wenn es nur eine Vorgabe für den Gemeinderat zum Inhalt hat, nicht aber eine Entscheidung für den Bürgerentscheid vorgesehen ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Der Neubau von Windkraftanlagen stößt nicht überall auf Begeisterung, so dass es Versuche gibt, solche Entwicklungen zu verhindern. Mit einem solchen Sachverhalt hat sich das Oberverwaltungsgericht Saarland befasst. In dem konkreten Fall machte eine Gruppe den Versuch, eine Windkraftanlage durch ein Bürgerbegehren zu verhindern. Dafür musste ein Anordnungsanspruch vorliegen. Grundsätzlich konnte die Gruppe beantragen, dass sie anstelle des Gemeinderats über eine Angelegenheit der Gemeinde selbst entscheiden wollte (§ 21a KSVG Saarland). Von einer Entscheidung anstelle des Gemeinderats konnte aber mit Blick auf das mit einem Bürgerbegehren verfolgte Anliegen nur dann ausgegangen werden, wenn das Bürgerbegehren eine abschließende Regelung der betreffenden Angelegenheit beinhaltet, weil nur in diesem Fall die Bürger unmittelbar selbst Verantwortung entsprechend der gesetzlichen Regelung übernehmen könnte. Daher entspricht ein Begehren nur dann der Vorgabe, wenn mit der Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage die zu entscheidende Angelegenheit auch tatsächlich entschieden wurde. Dies ist nicht der Fall, wenn mit dem Begehren lediglich ein zwar notwendiger, zur Erreichung des angestrebten Zieles aber nicht ausreichender Schritt unternommen und oder dem Rat lediglich eine Vorgabe für von ihm noch zu treffende weitere Entscheidungen gemacht werden soll.

F. O.

Anschluss tieferliegender Grundstücke an den Entwässerungskanal

(OVG Weimar, Beschl. v. 7.10.2010 – 4 EO 798/07)

Für ein Grundstück, das tiefer liegt als der öffentliche Entwässerungskanal, besteht auch dann eine Anschlusspflicht, wenn das Abwasser dafür angehoben werden muss.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Gar nicht so selten gibt es Baugrundstücke, deren unterer Hauskanal tiefer liegt als der öffentliche Entwässerungskanal in der Straße. Hierdurch entstehen den Grundstückseigentümern Probleme, weil sie eine Pumpanlage einbauen müssen, um das häusliche Abwasser von der Sohle des Hauskanals auf die Höhe des Straßenkanals anzuheben. Trotzdem sind die Grundstückseigentümer nach der Entwässerungssatzung verpflichtet, die bebauten Grundstücke an die öffentliche Entwässerungseinrichtung anzuschließen (Anschlusszwang). Dieser Anschlusszwang besteht nur dann nicht, wenn der Anschluss rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist. In technischer Hinsicht ist es jedoch nicht unmöglich, ein Grundstück mit Hilfe einer Hebeanlage anzuschließen. Der Mehraufwand durch Einbau einer Hebeanlage stellt keine technische Unmöglichkeit dar, wie sich aus dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Weimar ergibt. Der Anschluss ist auch dann rechtlich möglich, wenn Kleinkläranlagen vorhanden waren, die wegen der Anschlussmöglichkeit aber stillgelegt werden müssen. Es ist eben von dem Organisationsremessen der Gemeinde auszugehen. Es müssen bei der Ausgestaltung der Abwasseranlage eine Vielzahl objektiver Gegebenheiten wie Bodenverhältnisse, Topographie, Straßen- und Leitungsverläufe, aber auch ein Geflecht teilweise widerstreitender öffentlicher und privater Interessen berücksichtigt werden. Dem kann die Gemeinde nur gerecht werden, wenn es ihr überlassen bleibt, wo und wie sie die Kanalisation baut.

F. O.

Nachbarn gegen Kinderspielplatz

(VGH Kassel, Urt. v. 25.7.2011 – 9 A 125/11)

Die Wertung von Nachteilen, die von einem Kinderspielplatz ausgehen, ergibt sich aus der Berücksichtigung der wesentlichen Umstände. Gegenüber einer zweckwidrigen Nutzung kommen polizei- oder ordnungsrechtliche Maßnahmen in Betracht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nachdem die Gemeinde einen Kinderspielplatz angelegt hatte und er ein Jahr lang benutzt worden war, waren die Nachbarn wegen der Lärmbelästigungen nicht einverstanden. Sie verlangten von der Gemeinde eine Reduzierung dieser Belästigungen, was jedoch abgelehnt wurde. Es kam darauf an, ob die Immissionen als schädlich anzusehen waren. Jedoch ließ sich die Schädlichkeit nicht nach einem festen und einheitlichen Maßstab bestimmen. Es kam auf eine

umfassende situationsbezogene Abwägung aller Umstände an. Dafür konnte nicht schlechthin die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm oder eine Freizeitlärmrichtlinie zur Anwendung kommen. Die Bewertung der Zumutbarkeit richtete sich ausschließlich nach den Besonderheiten, insbesondere nach der durch die Gebietsart und die tatsächlichen Verhältnisse bestimmten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit. Es kam auf eine Gesamtbetrachtung an.

Nach dem Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes lag eine deutlich wahrnehmbare Geräuschkulisse vor, die von den Nachbarn jedoch hingenommen werden musste. Die Nachbarn konnten aus Gründen des Lärmschutzes nicht beanspruchen, dass an dem Spielplatz bauliche Veränderungen vorgenommen wurden. Dies galt insbesondere, soweit die Nachbarn eine Entfernung des auf dem Spielplatz befindlichen Kletterturms mit Rutsche beanspruchten.

Auch kam es nicht auf die missbräuchliche Nutzung des Spielplatzes durch ältere Kinder, insbesondere nach 19.00 Uhr, an. Der Gemeinde konnten nur solche Auswirkungen zugerechnet werden, die sich aus der rechtmäßigen Nutzung des Kinderspielplatzes ergeben, nicht aber Immissionen, die durch eine missbräuchliche Nutzung der Einrichtung verursacht wurden. Solche Missbräuche sind grundsätzlich mit polizei- und ordnungsrechtlichen Mitteln zu verhindern.

F. O.

Presse und Verbraucherinformation

(VGH Mannheim, Beschl. v. 10. 5 2011 – 1 S 570/11 – VbBW 2012, S. 25)

1. Der presserechtliche Informationsanspruch (hier: gem. § 4 Abs. 1 Landespressesgesetz Baden-Württemberg – LPresseG BW) wird durch den Informationsanspruch nach § 1 Abs. 1 Verbraucherinformationsgesetz (VIG) nicht verdrängt.

2. Nicht jede Verletzung privater Interessen schließt den presserechtlichen Informationsanspruch aus (hier: gem. § 4 Abs. 2 Nr. 3 LPresseG BW); es muss vielmehr die Verletzung schutzwürdiger Interessen zu befürchten sein.

3. Ob die betroffenen Interessen schutzwürdig sind, ist im Wege einer umfassenden Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und den entgegenstehenden privaten Interessen zu ermitteln.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Die Antragstellerin (Ast.) – eine Verbraucherzeitschrift – verlangte vom Antragsgegner (Ag.), der das Chemische und Veterinäruntersuchungsamt Karlsruhe betreibt, Auskunft über die Namen der Kinderzeitschriften, denen gesundheitsgefährdende Geschenkbeigaben beigelegt waren. Ihr Antrag im einstweiligen Anordnungsverfahren (§ 123 VwGO) war erfolgreich.

Nach Ansicht des Gerichts ergibt sich der **Auskunftsanspruch** der Ast. aus § 4 Abs. 1 LPresseG (= z. B. § 4 Abs. 1 LPresseG NRW). Danach sind **Behörden verpflichtet**, der **Presse** die zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen. Diesem Anspruch steht der Informationsanspruch nach § 1 Abs. 1 VIG nicht entgegen. Das VIG stellt zwar besondere verfahrensmäßige Anforderungen auf: einen schriftlichen Antrag und die vorherige Anhörung

Betroffener. Zudem darf die Information erst nach Bestandskraft der Entscheidung oder zwei Wochen nach Anordnung der sofortigen Vollziehung erteilt werden. Hierauf kommt es indessen hier nicht an. Denn die Erweiterung des Rechts der Verbraucherinformation bedeutet – so das Gericht – nicht, dass hierdurch bestehende presserechtliche Auskunftsansprüche beschnitten werden sollten. Die Regelungen ergänzen sich vielmehr. Allerdings darf eine Behörde die Auskunft verweigern, wenn hierdurch ein **überwiegendes** öffentliches oder schutzwürdiges privates **Interesse** verletzt würde (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 LPresseG BW). Entscheidend ist hiernach, wie hoch das öffentliche Informationsinteresse zu bewerten ist und wie stark der Eingriff in private Rechte durch Offenlegung der Information zu gewichten ist (s. Leitsatz 3). Die hiernach nötige Abwägung geht in concreto zu Lasten des Ag. aus. Zwar könnten die betroffenen Zeitschriftenverlage vorübergehende Gewinneinbußen erleiden, wenn die Namen der Kinderzeitschriften mitgeteilt würden. Andererseits gehe es um Informationen über Tatsachen, an denen die Öffentlichkeit ein starkes Interesse habe. Die durch die begehrte Auskunft eröffnete Möglichkeit, die Öffentlichkeit über die gesundheitliche Problematik eines bestimmten Produkts zu informieren, sei höher zu bewerten als das geschäftliche Interesse der Verlage. Die Produkte befänden sich zwar nicht mehr im Handel, aber noch im Gebrauch, so dass es (immer noch) darum gehe, Nachteile gesundheitlicher Art abzuwehren.

J.V.

Ratsmitglied beanspruchte Büroräume im Rathaus

(VGH München, Beschl. v. 12.10.2010 – 4 ZB 10.1246)

Ein Ratsmitglied, das keiner Partei, keiner Fraktion und auch keiner Wählergruppe angehört, kann nicht beanspruchen, dass ihm im Rathaus ein Büroraum zur Verfügung gestellt wird.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich mit der Frage befasst, ob ein Ratsmitglied, das keiner Fraktion, keiner Partei und auch keiner Wählergruppe angehört, verlangen kann, dass ihm im Rathaus ein Raum überlassen wird. Das Ratsmitglied hatte jedoch nur einen Anspruch auf sachgerechte und ermessensfehlerfreie Verteilung der bereitgestellten Mittel und Ressourcen. Da es sich bei der Verpflichtung zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Gangs der Geschäfte um eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises im Rahmen der Organisationshoheit der Gemeinde handelte, konnte die Gemeinde nach eigenem Ermessen bestimmen, welche Maßnahmen hierfür erforderlich sind. Demgegenüber konnte sich das Ratsmitglied nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes berufen. Ein Anspruch, als fraktionsloses, nicht in Ausschüssen stimmberechtigtes Ratsmitglied im Hinblick auf die Ausstattung mit Büro und Büroustattung in gleicher Weise unterstützt zu werden wie Fraktionen oder Ausschussgemeinschaften besteht grundsätzlich nicht. Allerdings darf die Gemeinde nicht ohne sachliche Rechtfertigung einen Teil ihrer Mandatsträger bessere Arbeitsbedingungen oder eine bessere finanzielle Ausstattung zukommen lassen als einem anderen Teil. Gegen eine Differenzierung bei der Vergabe von Zuwendungen etwa danach, ob Mitglieder außer dem Plenum auch einem Ausschuss

angehören, bestehen andererseits aber keine Bedenken, ebenso wenig wie die Zugrundelegung anderer Modalitäten. So ist die Nichtberücksichtigung von Mandatsträgern bei der Vergabe bestimmter Zuwendungen – wie etwa der Überlassung von Räumen – durchaus mit dem legitimen Ziel der Förderung der Zusammenarbeit von Ratsmitgliedern vereinbar und entspricht diesem, wenn solche Ratsmitglieder als alleinige Vertreter ihrer Partei oder Wählergruppen dem Rat angehören und sich auch nicht mit anderen Ratsmitgliedern zusammenschließen.

Allerdings verbietet sich eine Regelung, die sich gegen eine bestimmte politische Gruppierung richtet, mit dem alleinigen oder vorrangigen Ziel, ihre Tätigkeit zu beeinträchtigen oder sie als unerwünschte politische Kraft auszuschalten. Andererseits gilt, dass die Überlassung von Räumen nicht der Ermöglichung der öffentlichkeitswirksamen Selbstdarstellung einzelner Ratsmitglieder zu dienen hat. Für ein einzelnes Ratsmitglied besteht auch kein Anspruch, sich auf dieselbe Art und Weise den Bürgern und Wählern zu präsentieren wie andere Ratsmitglieder. Dabei wird verkannt, dass die Überlassung von Büroräumen nicht auf wahlunterstützende Aktivitäten abzielt, sondern allein auf den ordnungsgemäßen Gang der den Ratsmitgliedern obliegenden Geschäfte.

F. O.

Enteignung wegen Festsetzung im Bebauungsplan

(VGH München, Beschl. v. 20.12.2010 – 8 B 10.1370)

Wenn ein Bebauungsplan nur Straßen festsetzt und dafür Flächen benötigt werden, die nicht freihändig erworben werden können, kann ein Enteignungsverfahren nur nach dem Baugesetzbuch durchgeführt werden.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Es gibt eine Vielzahl von speziellen Rechtsvorschriften, z. B. für das Wasser- oder Straßenrecht.

Nach dem Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes sind die speziellen gesetzlichen Regelungen aber nicht anzuwenden, wenn es um die Enteignung einer Fläche für eine Straße geht, die im Bebauungsplan festgesetzt ist. Die Verwaltung darf also zur Durchsetzung eines Vorhabens nur dasjenige Enteignungsgesetz anwenden, das der für den jeweiligen Sachbereich zuständige Gesetzgeber erlassen hat. Ist eine Straße in einem Straßenbebauungsplan festgesetzt worden, der nur Festsetzungen über die Verkehrsflächen, den Straßenkörper, das Zubehör und eventuell über Randflächen, nicht aber über überbaubare Grundstücksflächen und über die Art und das Maß der baulichen Nutzung enthält, kann eine Enteignung oder Besitzeinweisung nur nach dem im Baugesetzbuch geregelten Enteignungsrecht (§§ 85 ff. BauGB) durchgeführt werden. Durch im Bebauungsplan enthaltene Verkehrspolitik, die beispielsweise in der Einrichtung der Ortsumgehung oder Entlastungsstraße liegt, werden andere mit dem Straßenbau verfolgte Zwecke in einem solchen Ausmaß verdrängt, dass ihnen kein Gewicht mehr zukommt. Dies gilt auch dann, wenn es sich um qualifizierte Straßen (Bundes-, Landes-, Kreisstraßen) handelt. Bei der Grundstücksbeschaffung für eine Straße geht es um die Verwirklichung des Bebauungsplans.

F. O.

Mehrkosten für Erneuerung der Wasserleitung

(VGH München, Beschl. v. 31.8.2011 – 8 ZB 11.549)

Eine die Gemeinde verpflichtende Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Bürgermeister kommt rechtlich nicht in Frage.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als sich in einem Gemeindegebiet ergab, dass eine vorhandene Wasserleitung erneuert werden musste, kamen die Gemeinde und der Wasserbeschaffungsverband überein, dass unter Berücksichtigung der für den Feuerschutz notwendigen Dimensionierung gebaut werden müsse. Wegen der Übereinstimmung der beiden Beteiligten beschloss der Gemeinderat, dass die neue Wasserleitung zu verlegen war, ohne dass die Dimensionierung der Leitung konkret benannt wurde, die im Hinblick auf die Belange der Versorgung und der Feuersicherheit erforderlich war, noch wurden die dafür anfallenden Mehrkosten konkret ausführlich geregelt.

Nach Ausführung der Baumaßnahme verlangte der Wasserbeschaffungsverband dann von der Gemeinde die Erstattung der Mehrkosten in Höhe von 30.000 €. Ein entsprechender Vertragsschluss wurde aber unterlassen.

Nach dem Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes war dieser Zahlungsanspruch unbegründet, weil die Heranziehung der Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Frage kam. Unbegründet war die Auffassung des Bürgermeisters, die Gemeinde hätte den Leitungsbau mit einer Dimensionierung von 150 mm bestellt und ebenso die Vergütung der Mehrkosten zugesagt. Dabei hatte er ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass er die Gemeinde dem Wasserbeschaffungsverband gegenüber nicht verpflichten konnte. Der Bürgermeister hätte die Gemeinde nur dann wirksam nach außen vertreten, wenn er auch über die im konkreten Fall notwendige Vertretungsmacht verfügt hätte. Daran fehlte es. Die entsprechenden Regelungen der Gemeindeordnung können nicht durch Heranziehung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht umgangen werden. Der Bürgermeister darf Erklärungen für die Gemeinde nur in Vollzug eines Gemeinderatsbeschlusses abgeben. Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters ist hiermit durch die Entscheidungszuständigkeit des Gemeinderats als Hauptorgan beschränkt. Für Rechtsgeschäfte hat dies zur Folge, dass diese nach dem § 177 ff. BGB schwebend unwirksam sind.

F. O.

Finanzierung der Fraktionsarbeit durch die Gemeinde

(VG Düsseldorf, Urt. v. 9.9.2011 – 1 K 6865/10)

Die Finanzierung der Fraktion im Rat steht im Ermessen der Gemeinde.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Allgemein ist es bei den Gemeinden üblich geworden, durch Beschlüsse der kommunalen Organe die Finanzierung der Fraktions-

arbeit sicherzustellen. Dabei werden vielfach die Zuwendungen verbindlich konkretisiert.

Die Gemeinde gewährt den Fraktionen und Gruppen aus Haushaltsmitteln Zuwendungen zu den sachliche und personellen Aufwendungen für die Geschäftsführung (§ 56 Abs. 3 GO NRW). Dadurch wird ein Anspruch der Fraktionen auf Zuwendungen für die Geschäftsführung begründet. Eine Ratsfraktion kann im kommunalrechtlichen Organstreit geltend machen, die ihre gewährten Zuwendungen wären zu gering und andere konkurrierende Fraktionen durch eine Verteilungsregelung gleichheitswidrig begünstigt.

Die Bestimmung der Höhe der Zuwendungen steht allerdings im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. Ein Anspruch auf eine Vollkostenerstattung besteht jedoch nicht. Eine gesetzlich zwingende Erstattung aller Geschäftsführungskosten entfällt, weil der Umstand nicht außer Acht gelassen werden darf, dass den Fraktionen weitere Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen, wie etwa Finanzmittel der hinter ihnen stehenden Parteien oder Wählervereinigungen, Spenden Einzelner und Umlagen der Fraktionsmitglieder. Wenn sich der Gemeinderat entschließt, nur einen Teil der Aufwendungen zu erstatten, die den Fraktionen für ihre Arbeiten entstehen, müssen die übrigen Ermessensgrundsätze beachtet werden. Bei der Festlegung des Finanzierungssystems hat die Gemeinde insbesondere den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten; sie ist überdies an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, der als Rechtsprinzip Geltung auch für die Rechtsbeziehungen zwischen Kommunalorganen und Organteilen beansprucht. Die Gewährung von Zuwendungen ist dabei nicht an den strengeren Maßstab des Gleichheitssatzes zu messen. Vielmehr ist der allgemeine Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Grundsatz der Chancengleichheit zu beachten.

Bei der Ausgestaltung des Finanzierungssystems kann die Gemeinde eine generalisierende und typisierende Betrachtung der Fraktionsarbeit vornehmen. Ob eine Fraktion im Einzelfall besonders viele politische Aktivitäten entfaltet oder sich eher passiv verhält, muss sie nicht gesondert berücksichtigen. Mit dem weiten Ermessen korrespondierend hat die Gemeinde bei der Überprüfung des Finanzierungssystems eine entsprechende Zurückhaltung zu üben.

F. O.

Kein Anspruch auf Aufwandsentschädigung ohne Sitzungsteilnahme

(VG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2010 – 1 K 8272/09)

Ein Ratsmitglied, das aus eigenem Entschluss keine Mandatsstätigkeit wahrnimmt, kann keine Aufwandsentschädigung beanspruchen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Eine Aufwandsentschädigung wird den Ratsmitgliedern in pauschaler Form gewährt. Hierdurch soll ohne Vorlage eines Nachweises im Einzelfall der gesamte finanzielle Aufwand abgegolten werden, der mit der Tätigkeit eines Ratsmitgliedes verbunden ist. Wenn die Gemeindeordnung keine weiteren Regelungen vornimmt, ergibt sich die Frage, ob der Anspruch dann ausgeschlossen ist, wenn ein Ratsmitglied aus eigenem Entschluss keine Mandatsstätigkeit mehr ausübt.

Insoweit ist davon auszugehen, dass die Aufwandsentschädigung nach allgemeinem Sprachverständnis voraussetzt, dass dem Berechtigten ein Aufwand entstanden sein muss. Es geht um einen Ausgleich für Kosten, deren tatsächlicher Anfall vermutet wird.

Dass die bei der Mandatsausübung anfallenden Kosten, die durch die pauschale Aufwandsentschädigung kompensiert werden sollen, nur vermutet werden, gilt auch für Auslagen, die bei Ausübung des Ratsmandats entstehen.

Die Freiheit des Mandats gewährleistet nicht eine Freiheit von Pflichten, sondern lediglich die Freiheit in der inhaltlichen Wahrnehmung dieser Pflichten. Nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Repräsentation steht im Ermessen der Ratsmitglieder. Ist daher das „Ob“ der Mandatsausübung zu verneinen, steht der Grundsatz des freien Mandats der Verweigerung der Aufwandsentschädigung nicht entgegen.

F.O.

Gebührenanforderung der Gemeinde für Oberflächenentwässerung

(VG Köln, Urt. v. 19.10.2010 – 14 K 1336/10),

(VG Minden, Urt. v. 18.2.2011 – 3 K 825/10)

Für Oberflächenwasser, das auf einem Grundstück anfällt, und abflusswirksam in die öffentliche Kanalisation gelangt, sind Niederschlagsgebühren zu zahlen. Diese Verpflichtung entfällt, soweit Regenwasser auf dem Grundstück zum Versickern gebracht wird.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Das auf einem Grundstück ankommende Niederschlagswasser muss generell der Ortsentwässerung zugeführt werden. Dies gilt insbesondere für das Regenwasser auf befestigten Flächen, wie Terrassen, Gartenwegen, Gartenhäusern.

Allgemein legen die örtlichen Satzungen fest, dass die Gebühr für die Beseitigung des Niederschlagswassers nach der Größe der bebauten, überbauten und/oder befestigten Grundstücksfläche, von der Niederschlagswasser leitungsgebunden oder nicht leitungsgebunden abflusswirksam in die gemeindliche Abwasseranlage gelangen kann, berechnet wird. Dieser Flächenmaßstab ist als Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die Berechnung der Niederschlagswassergebühren allgemein anerkannt.

In dem konkreten Fall war eine 58 qm große Garagenzufahrt vorhanden. Sie war bei der Ermittlung der abflusswirksamen Fläche nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts Minden zu berücksichtigen. Nicht in Betracht kam aber die Berücksichtigung der Dachfläche, weil aus diesem Bereich kein Niederschlagswasser in die Abwasseranlage gelangte. Die Gebührenpflicht war allein davon abhängig, ob ein leitungsgebundenes oder nicht leitungsgebundenes Einleiten des Niederschlagswassers in die Abwasseranlage vorlag. Liegt aber eine nicht leitungsgebundene Einleitung mangels Gefälle nicht vor und fehlt die leitungsmäßige Verbindung zur Beseitigung des Regenwassers, fehlt es an der grundlegenden Voraussetzung für das Entstehen der Gebührenpflicht. Diese Auffassung hat das Verwaltungsgerichts Köln vertreten. Generell ist sonst davon auszugehen, dass die Abwassergebühr für die tatsächliche Inanspruchnahme der Abwasseranlage erhoben wird. Was besonders deutlich wird, wenn nach der Gebührensatzung maßgebend ist, ob das Niederschlagswasser abflusswirksam ist. Entspre-

chend dieser Regelung kann die Gemeinde insoweit keine Gebühren fordern, als die Abwasseranlage auf einem Grundstück mit den nicht an die Niederschlagsentwässerung angeschlossenen Flächen nicht tatsächlich in Anspruch genommen wird.

F.O.

Ratsmitglied verlangte Auskunft

(VG Meiningen, Urt. v. 20.9.2011 – 2 K 140/11)

Ein Gemeinderatsmitglied kann vom Bürgermeister in einer nicht öffentlichen Sitzung Auskunft über die Höhe und Zusammensetzung der Bezüge des Geschäftsführers einer Gesellschaft verlangen, deren Anteile überwiegend der Gemeinde zustehen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Meiningen kann ein Gemeinderatsmitglied vom Bürgermeister in nicht öffentlicher Sitzung eine Auskunft über die Höhe und Zusammensetzung der Bezüge des Geschäftsführers einer in die kommunale Aufgabenerfüllung eingeschalteten GmbH, deren überwiegende Anteile die Kommune hält, verlangen, dieses Auskunftsrecht folgt aus seiner Mandatsstellung, so dass offen bleibt, ob die Auskunft für die Mandatswahrnehmung erforderlich war.

Nach der Auffassung des Gerichts kann der Geschäftsführer eine solche – allerdings nur gemeinderatsinterne – Weitergabe seiner Gehaltsdaten nicht unter Berufung auf sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlangen. In der gemeinderatsinternen Weitergabe der Gehaltsdaten ist nach Auffassung des Gerichts kein Eingriff in den Schutzbereich zu sehen, da der Gemeinderat als Organ des Gesellschafters einen sowohl kommunalrechtlich als auch gesellschaftsrechtlich begründeten Anspruch auf Kenntnis hat. Solange die Gehaltsdaten den organschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Innenbereich nicht verlassen, liegt für das Gericht keine Verletzung vor. Zwar ist der alleinige Gesellschafter einer kommunalen GmbH vor der Veröffentlichung seiner Gehaltsdaten im Beteiligungsbericht der Kommune geschützt, was aber einer Weitergabe der Gehaltsdaten an interessierte Gemeinderatsmitglieder in nicht öffentlicher Sitzung nicht entgegenstehen würde.

F.O.

Kostenerstattungsanspruch der Feuerwehr wegen Alarmierung

(VG Neustadt/Weinstraße, Urt. v. 27.9.2011 – 5 K 221/11)

Wer grob fahrlässig und subjektiv vorwerfbar einen Brand verursacht, was den Einsatz der Feuerwehr erfordert, ist zur Erstattung der Feuerwehrkosten verpflichtet.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Ein Lehrer wollte in der Schule eine Kochvorführung vornehmen und ging dabei in einer Weise vor, die zur Alarmierung der Feuerwehr

führte. Dafür erhielt der Lehrer einen Kostenbescheid; danach sollte er 1.500 € für den Feuerwehreinsatz zahlen, was er ablehnte. Deshalb hat sich das Verwaltungsgericht Neustadt/Weinstraße mit der Angelegenheit befasst. Die Prüfung des Sachverhaltes ergab, dass im Zeitpunkt der Maßnahmen der Feuerwehr eine Gefahr bestanden hatte. Auch war der Lehrer Verursacher dieser Gefahr. Er hatte eine besondere Überwachungspflicht gehabt. Für Ablauf und Durchführung des Kochunterrichts war allein er verantwortlich. Die Vermeidung von Gefahren für die Schüler und das Schuleigentum fiel in seine Risikosphäre.

Der Lehrer hatte grob fahrlässig gehandelt. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ein objektiv grober Pflichtverstoß rechtfertigt für sich allein allerdings noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit einhergeht. Vielmehr erscheint ein solcher Vorwurf nur dann als gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung vorliegt.

Nach diesem Maßstab lag grobe Fahrlässigkeit vor. Das Erhitzen von Öl oder Fett in einem offenen Kochtopf auf einen Küchenherd ist wegen der damit verbundenen Brandgefahr ein Vorgang, der höchste Aufmerksamkeit verlangt und nur unter Einhaltung strenger Sorgfaltsanforderungen durchgeführt werden darf. Da der Lehrer die Schulküche verlassen hatte, ohne sicherzustellen, dass sämtliche Herdplatten abgeschaltet waren, hatte er einen objektiv schweren Verstoß gegen die von jedermann zu beachtende und jedermann einleuchtende Sorgfaltspflicht und hierdurch den objektiven Tatbestand der groben Fahrlässigkeit erfüllt.

Der Sorgfaltsverstoß war auch in subjektiver Hinsicht nicht zu entschuldigen. Ihn durfte das Fehlverhalten eines Schülers nicht überraschen. Dem in Hauswirtschaftsunterricht erfahrenen Lehrer oblag eine Sorgfaltspflicht zur Beseitigung einer selbst geschaffenen besonderen Gefahrensituation. Diese Unterlassung war ihm als subjektive grobe Fahrlässigkeit anzulasten.

Der Kostenerstattungsanspruch bestand, weil der Lehrer den Schaden grob fahrlässig verursacht hatte (vgl. § 36 Brand- und Katastrophenschutzgesetz RLP). Es kam nicht in Frage, das Bundesland vorrangig vor dem Lehrer in Anspruch zu nehmen, da er auch im Innenverhältnis zum Dienstherrn den Schaden tragen müsste.

Die geforderten Kosten waren der Höhe nach rechtlich nicht zu beanstanden. Gegen den Kostenbescheid war auch unter Ermessensrichtlinien nichts vorzubringen. Es lagen keine Gründe für die Herabsetzung des Kostenersatzes im Rahmen des gegebenen Ermessens vor.

F.O.

Einsicht in Geschäftsunterlagen von Gewerbetreibenden

(VG Stuttgart, Urt. v. 13. 10. 2011 – 4 K 2413/11 u. 4 K 2414/11 – n. rkr., Gewerbearchiv 2012, S. 33 u. 34)

1. Das Nachschauerecht der Ordnungsbehörden gem. § 29 Abs. 2 GewO umfasst nicht das Recht, geschäftliche Unterlagen aus den Geschäftsräumen mitzunehmen; der Betroffene muss lediglich die Einsichtnahme vor Ort dulden.

2. Die Mitnahme von Unterlagen ist nur gerechtfertigt, wenn der betroffene Gewerbetreibende damit einverstanden ist.

3. Der rechtlich unzulässige Hinweis eines Bediensteten der Ordnungsbehörde, er sei befugt, Geschäftsunterlagen – notfalls zwangsweise – mitzunehmen, schließt die Freiwilligkeit der Herausgabe solcher Unterlagen aus.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Im Rahmen der Gewerbeaufsicht dürfen die Behördenmitarbeiter sich geschäftliche Unterlagen vorlegen lassen und in diese Einsicht nehmen (§ 29 Abs. 2 Satz 1 GewO). In den beiden vom VG entschiedenen Fällen hatte der Mitarbeiter jeweils behauptet, er sei auch berechtigt, die Unterlagen – notfalls mit Gewalt – mitzunehmen. Daraufhin hatten die Betroffenen die Unterlagen herausgegeben. Das Gericht weist die Meinung der Behörde zurück, es liege gar kein Eingriff vor, weil die Herausgabe freiwillig vorgenommen worden sei. Der Behördenmitarbeiter habe vielmehr **unzulässigen Druck** ausgeübt. Ein Recht auf „Herausverlagerung“ der Nachschau ergebe sich aus § 29 GewO nicht. Eine Nachschau dürfe nach dem **Wortlaut** der Norm nur in den Geschäftsräumen des Betroffenen vorgenommen werden.

J.V.

Irrtum beim Grundstückstausch

(BGH, Urt. v. 30.9.2011 – V ZR 17/11)

Eine Gemeinde kann die Rückauflassung verlangen, wenn sich nachträglich ergibt, dass ihr in den Vorgang hineingegebenes Grundstück einen wesentlich höheren Marktwert hatte als das ihr überlassene Grundstück.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als eine Gemeinde ein Privatgrundstück für eine Verkehrsanlage benötigte, vereinbarte sie mit dem Eigentümer einen Grundstückstausch. Beide Teilnehmer gingen davon aus, dass die auszutauschenden Grundstücke gleich groß waren. Später ergab sich dann ein erheblicher Unterschied in der Größe. Das ursprünglich gemeindeeigene Grundstück war ungefähr um 10.000 qm größer als das erworbene Privatgrundstück. Die Gemeinde machte deshalb einen Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB) geltend, um einen Ausgleich zu erreichen.

Bei dem Abschluss des Grundstückstauschvertrages hatte zwar eine Planzeichnung vorgelegen, die Angaben über die Lage, den Zuschnitt und die Größe des Privatgrundstücks enthielt. Eine solche Konkretisierung fehlte für das noch zu vermessende Gemeindegrundstück. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes hatte die Gemeinde einen Anspruch auf Rückauflassung des auf den Privatmann übertragenen Grundstücks, da sie wegen der Störung der Geschäftsgrundlage berechtigt war, den Vertrag aufzulösen.

F. O.

Anspruch auf angemessene Straßenbeschaffenheit

(OLG Jena, Urt. v. 31.5.2011 – 4 U 884/10)

Der Straßenbaulastträger ist verpflichtet, in geeigneter und zumutbarer Weise diejenigen Gefahren auszuräumen und erforderlichenfalls vor ihnen zu warnen, die für den Benutzer nicht erkennbar sind und auf die er sich nicht einstellen kann.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die winterliche Situation macht die Verkehrsteilnehmer darauf aufmerksam, dass die Beschaffenheit vieler Straßen fragwürdig ist. Es geht darum, ob der zuständige Straßenbaulastträger seiner Straßenverkehrssicherungspflicht nachkommt, denn er hat den öffentlichen Verkehr zugelassen.

Jeder Verkehrsteilnehmer ist von den durch die Straße hervorgerufenen Gefahren zu schützen, so dass dafür gesorgt werden muss, dass sich die Straße in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entsprechenden Zustand befindet. Jedoch kann nicht beansprucht werden, dass die Straße praktisch gefahrlos ist. Das ist mit zumutbaren Mitteln nicht zu erreichen und kann deshalb vom Straßenbaulastträger nicht verlangt werden. Der Straßenbenutzer muss sich vielmehr den gegebenen Verhältnissen anpassen und die Straße so hinnehmen, wie sie sich ihm erkennbar darbietet. Der Straßenbaulastträger muss in geeigneter und in objektiv zumutbarer Weise alle, aber nur diejenigen Gefahren ausräumen und erforderlichenfalls vor ihnen warnen, die für den Benutzer, der die erforderliche Sorgfalt walten lässt, nicht erkennbar sind und auf die er sich nicht einrichten kann.

Generell gilt, dass eine Straße in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entsprechenden Zustand zu halten ist. Dies entscheidet sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung, Art und Häufigkeit der Benutzung des Verkehrsweges und seine Bedeutung.

F. O.

Verkehrssicherungspflicht für Verunreinigung im öffentlichen Treppenhaus

(LG Bielefeld, Urt. v. 8.4.2011 – 4 O 435/10)

In einer gemeindeeigenen Klinik besteht die übliche Verkehrssicherungspflicht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als der Besucher aufgrund einer Verunreinigung im Treppenhaus der Klinik stürzte, verlangte er von der Gemeinde als Träger der öffentlichen Einrichtung Schadensersatz. Es war davon auszugehen, dass die Gemeinde durch die Führung des Klinikbetriebes eine Gefahrenlage geschaffen hatte und mithin verpflichtet war, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich und zumutbar sind, um die Schädigung Dritter möglichst zu vermeiden. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist indes nicht erreichbar.

Der Pflichtige muß deshalb nicht für alle denkbaren, entfernteren Möglichkeiten eines Schadeneintritts Vorsorge treffen. Es genügen diejenigen Vorkehrungen, die nach den konkreten Umständen zur Beseitigung der Gefahr erforderlich und zumutbar sind. Dabei geht es um eine Risikoverteilung in vertretbarer Form zwischen dem Sicherungspflichtigen und der gefährdeten Person, d. h. darum, welche Sicherheit diese Person in der jeweiligen Situation erwarten darf und mit welchen Risiken sie rechnen muß und welche ihr abgenommen werden können.

Ausgehend davon reichten die Maßnahmen zur Beseitigung von Verunreinigungen werktäglich aus. Die Treppenhäuser wurden werktäglich vormittags einmal von fest angestellten Reinigungskräften gereinigt. Darüber hinaus gab es die Anweisung an die Mitarbeiter des Klinikums konkrete Verunreinigungen zu melden, die sodann durch Reinigungskräfte beseitigt wurden. Darüber hinausgehende regelmäßige Kontrollen waren nicht erforderlich.

F. O.

Keine Amtspflicht für bloße Erklärung der Baubehörde

(LG Detmold, Urt. v. 31.5.2010 – 1 O 203/09)

Eine von der Baubehörde geforderte Erklärung begründet keine Amtspflicht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Der Amtsträger hat die Pflicht zur gesetzmäßigen Verwaltung, d. h., er hat die ihm übertragenen Aufgaben und Befugnisse im Einklang mit dem objektiven Recht wahrzunehmen. Daher hat die Baube-

hörde ein Baugesuch im Einklang mit dem geltenden Recht gewissenhaft, ordentlich und sachdienlich zu behandeln. Eine Baugenehmigung darf nur erteilt werden, wenn öffentlich-rechtlichen Vorschriften dem nicht entgegenstehen (§ 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW). Denn der Bauherr soll nicht in Gefahr gebracht werden, einen vorschriftswidrigen Bau auszuführen, der keinen Bestand haben kann und unter Umständen wieder beseitigt werden muss, sondern ihm soll eine verlässliche Grundlage für seine wirtschaftlichen Dispositionen verschafft werden.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass eine Baugenehmigung nicht geeignet ist, zugunsten des Antragstellers einen Vertrauenstatbestand zu schaffen. Insbesondere gilt dies, wenn die Baugenehmigung noch nicht in Bestandskraft erwächst. Der Bauherr muss nämlich damit rechnen, dass die noch nicht bestandskräftige Baugenehmigung aufgrund einer Anfechtung noch kassiert werden kann. Dass die Nachbarschaft das Bauvorhaben nicht ohne Widerspruch hin- nimmt, wird dem Bauherrn spätestens aufgrund eines Drittwider- spruchs gegen einen erteilten Bauvorbescheid bekannt. Der Bauherr muss dann damit rechnen, dass sich der Nachbar auch gegen eine Baugenehmigung wendet.

Der Bauherr kann nicht einfach mit der Genehmigungsfähigkeit sei- nes Vorhabens rechnen. Er kann auch nicht einfach behaupten, durch die ihm erteilte Auskunft wäre für ihn ein Vertrauenstatbestand ent- standen. Jedenfalls entsteht durch die Zusage eines Baubeamten kein Vertrauensschutz, wenn die Erklärung lediglich von einem Sachbe- arbeiter abgegeben worden ist. Es fehlt dann an einer vorgesehenen Außenwirkung, so dass es auch nicht zu einer Verlässlichkeitsgrund- lage kommt.

F.O.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

F.O. = Rechtsanwalt Dr. Franz Otto
J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

Schrifttum

Jarass, BImSchG, 9. Aufl. 2012, 1.003 Seiten, in Leinen, € 129,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63097-2

Das Bundesimmissionsschutzgesetz gehört zu den Kernmaterien des Umweltrechts, zumal das Gesetz durch derzeit zahlreiche Verordnungen und zwei grundlegende Ver- waltungsvorschriften (TA Lärm, TA Luft) mit praktisch gesetzvertretender Wir- kung ergänzt wird. Mit der vorliegenden Auflage wird die Kommentierung auf den Gesetzesstand August 2011 gebracht. Einzuarbeiten waren insbesondere sechs Än- derungsgesetze, u. a. das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie auf dem Gebiet des Umweltrechts und das Gesetz zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Emissionshandels. Weitere Änderungen betreffen die Bundesim- missionsschutzverordnungen. Darüber hinaus hat der Autor – wie üblich mit hoher Zu- verlässigkeit – neue Entscheidungen und Fachliteratur in die Darstellung eingearbeitet. Nach wie vor ist der Kommentar trotz des Umfangs aus einem Guss und sehr gut lesbar.

Fazit: Der Kommentar wird auch weiterhin ein unentbehrlicher Begleiter für alle sein, die sich mit dem komplexen Thema Immissionsschutz zu befassen haben.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Kommunalverfassungsrecht Hessen, Kommentare, Texte, 26. Nachlieferung, De- zember 2011, 302 Seiten, € 49,80, Gesamtwerk: 4.388 Seiten, € 199,00, Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden

Diese Lieferung umfasst weitere Kommentierungen der Hessischen Landkreisord- nung, des Hessischen Kommunalgesetzes sowie des Textes des Gesetzes über die Met- ropolregion Frankfurt/Rhein-Main (MetropolG).

Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Gesamtes Medienrecht Kommentar, 2. Aufl. 2012, 1.729 Seiten, geb., € 189,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-6465-8

Rund drei Jahre sind seit der 1. Auflage des Kommentars verstrichen. Die Neuauflage ist im Umfang um 235 Seiten gewachsen, der Preis ist nur maßvoll angehoben worden. In der Besprechung der Voraufgabe wurden die Vorzüge des Werkes eingehend darge- stellt. Das Grundkonzept wurde zu Recht beibehalten, es soll daher nur kurz referiert werden.

Das Werk ist in elf Teile gegliedert. Teil 1 gibt einen äußerst instruktiven Überblick über das Medienverfassungs- und Europarecht. Speziell die Einbeziehung der europarech- tlichen Bezüge (z. B. Art. 10 EMRK) ist schon im Hinblick auf die Rspr. des EGMR und seine wachsende Bedeutung auf die deutsche Judikatur – auch des BVerfG – sinnvoll und sehr zu begrüßen. Im 2. Teil wird das Medienkartell- und Regulierungsrecht dar- gestellt; hier bildet die Kommentierung des Telekommunikationsgesetzes den inhalt- lichen Schwerpunkt, darüber hinaus kommen auch Fragen aus dem Bereich des GWB zur Sprache. Der Wettbewerb auf dem Mediensektor ist das Thema des 3. Teils; in der Hauptsache wird hier das UWG erläutert. Eine vorzügliche Darstellung des „Medien- zivilrechts“ findet sich im 4. Teil. Sehr übersichtlich und klar verständlich werden hier die Schutzansprüche (hauptsächlich Unterlassung, Schadensersatz, Entschädigung) bei einer (drohenden) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts/Rechts am eigen- en Bild durch die öffentlichen Medien dargestellt. Das hauptsächlich durch die Rspr. entwickelte Schutzkonzept ist im Laufe der letzten Jahre weiter verfeinert worden. Stichproben haben gezeigt, dass alle wichtigen Entscheidungen erfasst und nahtlos in den Text integriert worden sind. Dem Autor ist es gelungen, nicht nur die Grundlini- en nachzuzeichnen, sondern auch die vielfältigen Differenzierungen des Persönlich-

Schrifttum

keitsschutzes herauszuarbeiten. Das Medienhandelsrecht – z. B. Kooperations- und Finanzierungsverträge – ist Gegenstand des (relativ kurzen) Teils 5. Der 6. Teil ist dem gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht gewidmet. Neben der Kommentierung des Urheberrechtsgesetzes finden sich auch Erläuterungen zu den einschlägigen Vorschriften des Markengesetzes. Rd. 30 Seiten sind im 7. Teil für arbeitsrechtliche Aspekte reserviert („Medienarbeitsrecht“). Die Medienordnung (insbesondere die Pressegesetze) und die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen sind im 8. Teil dargestellt. Die datenschutzrechtlichen Bezüge folgen im 9. Teil; insoweit ergeben sich allerdings naturgemäß partielle inhaltliche Überschneidungen mit dem 4. Teil (z. B. im Hinblick auf den Bildnisschutz). Der Jugendmedienschutz wird im 10. Teil thematisiert (Kommentierung des JuSchG). Mit spezifischen strafrechtlichen und strafprozessualen Fragestellungen befasst sich der 11. Teil (Kommentierung insbesondere der StPO-Normen über die Telekommunikationsüberwachung). Die äußere Gestaltung des Kommentars ist ansprechend und leserfreundlich. Zumindest umfangreichen Kommentierungen sind Gliederungen vorangestellt, in denen auf die einschlägigen Randnummern Bezug genommen wird. Auch in der Sache lässt der Kommentar kaum Wünsche offen. Stichproben haben gezeigt, dass die Erläuterungen durchweg auf aktuellem Stand sind und trotz des großen Detailreichtums stets gut verständlich sind. Angesichts des Querschnittscharakters des Medienrechts dürfte der Kommentar hauptsächlich einschlägig tätige Rechtsanwälte und Berater als Zielgruppe haben. Darüber hinaus sind auch spezialisierte (z. B. Datenschutz-)Behörden mit dem Kommentar hervorragend bedient. Schließlich gehört es in jede gut sortierte (Fach-)Hochschulbibliothek.

Fazit: Herausgeber und Autoren haben die einzigartige Position des Kommentars/Handbuchs ausgebaut. Ein „Muss“ für jeden, der sich mit Problemen aus dem umfangreichen Gebiet des Medienrechts zu befassen hat.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Marco Weißer, Die selten beherrschte Kunst der richtigen Ausbildung, Worauf es ankommt – was wirklich zählt, Das Praxisbuch für Ausbilder, Lehrer und Führungskräfte, 310 Seiten, € 22,80, ISBN 978-3-86369-028-1, public book media verlag

Dieses Buch erfüllt jede Ausbildung mit Leben. Ausbildung kann ein Erlebnis sein. Sie soll den Weg in eine lebenswerte Zukunft ermöglichen und Spaß machen. Der Autor hat zahlreiche Erkenntnisse aus Fachdisziplinen wie z.B. Pädagogik, Psychologie und Neurobiologie in Fragestellungen bezüglich des Themas „Ausbildung von Nachwuchskräften“ einfließen lassen, die in allen gängigen Publikationen aus diesem Bereich entweder gänzlich fehlen oder aber nicht mit dem notwendigen Tiefgang dargestellt werden.

Ausbildung erfordert Individualität und Kreativität. Daher finden Sie in diesem Buch Antworten auf Fragen wie z.B.

- Wie gestalte ich den ersten Tag der Ausbildung?
- Wie kann ich ein lernförderndes Umfeld schaffen?
- Wie kann ich der Leuchtturm für den Nachwuchs sein?
- Wie gestalte ich motivierende Ziele?
- Wie finde ich einen Draht zu den Auszubildenden?

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. 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 des Fachbereichs Weiterbildung bei der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg, Oranienburg

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 a. D. *Klaus-Jochen Lehmann*
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.

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

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

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

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