

DDVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

63. Jahrgang
November 2012
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2012011

11/2012

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Holger Weidemann
Das neue Mediationsgesetz

Johann Horstmann
Sonderposten „Gebührenaussgleich“ in Niedersachsen

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Wolfgang Mosbacher
Der Bericht aus Berlin

Hendrik Lackner
„Bauen ohne Baugenehmigung“ – mit der neuen
Niedersächsischen Bauordnung (NBauO)

Fallbearbeitungen

Hermann Wilhelm
Alles Gute kommt von oben

Michael Grosse
Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

Helmut Globisch/Holger Weidemann
Flohmarkt am Sonntag? – Teil 2

Rechtsprechung

Befreiung von Schulveranstaltung Kinobesuch („Krabat“)

Kommunalaufsicht verpflichtet zur
Straßenbaubeitragssatzung

Kein Mitentscheidungsanspruch des Gemeinderats für
die Erteilung einer Baugenehmigung

Richtige Zuteilung von Hausnummern

Sozialamt beansprucht Ausgleichszahlung von den Erben
Gebührenbescheid des Gemeindewerkes

Kein Anspruch auf Teilnahme am Neujahrsempfang

Haftung für eine Ölspur

Verkehrssicherungspflicht im Wald

Haftung der Gemeinde für Unebenheiten im Gehweg

Ärztliche Auskunft über Gesundheitszustand eines
verstorbenen Zeugen

Schrifttum

Die DVP im November 2012/Inhaltsverzeichnis

Holger Weidemann

Das neue Mediationsgesetz 442

Dort wo Menschen miteinander zu tun haben, wo es um (Rechts-)Beziehungen zwischen Menschen und Organisationen oder Organisationen untereinander geht, kann es zu Konflikten kommen. Diese Konflikte können unterschiedliche Ursachen aufweisen: Die gescheiterte Ehe und es gibt Streit über das Sorgerecht für die Kinder sowie die Aufteilung des ehelichen Vermögens; die Nutzung des genehmigten Schweinestalles und der Streit mit den Nachbarn über die unerwünschten Geruchsmissionen; der Bau einer Schule und der Streit über vermeintliche Baumängel und damit die Zahlung der vereinbarten Vergütung; der geplante Ausbau einer Straße und die Bedenken der Anwohner, die Nutzung eines Patentes der Konkurrenzfirma.

Nun sind unterschiedliche Modelle denkbar, um diese Konflikte einer Lösung zuzuführen. Der Spannungsbogen dieser Modelle reicht von der Streitentscheidung durch das zuständige Gericht bis zur Mediation. Bei der gerichtlichen Entscheidung gibt es regelmäßig einen Gewinner, die obsiegende Partei, und einen Verlierer, die unterliegende Partei. Die Konfliktlösung ist zudem allein auf die Klärung von Rechtspositionen reduziert. Ganz anders ist dagegen ein Mediationsverfahren angelegt. Ziel dieses Verfahrens ist es, eine Lösung zu finden, die allen Beteiligten zusammen mehr Vorteile bringt als eine gerichtliche Entscheidung des Konflikts (sog. win-win-Situation). Dies erfordert es u.U. in den Lösungsprozess auch Elemente einfließen zu lassen, die über den eigentlichen Streitgegenstand hinausgehen und auch außer-rechtliche Überlegungen mit einbeziehen. So können Gesamtpakte geschnürt werden, die für alle Beteiligten vorteilhaft sind.

Der Beitrag gibt einen Überblick über das neue Mediationsgesetz, welches Ende Juli 2012 in Kraft getreten ist. Dargestellt werden insbesondere

- die Zielsetzung,
- Begriffsbestimmungen,
- die Mediation als strukturiertes Verfahren,
- die Anforderungen an den Mediator und Pflichtenkanon
- die Anwendung in der VwGO und
- das Verhältnis zum Verwaltungsverfahren.

Johann Horstmann

Sonderposten „Gebührenaussgleich“ in Niedersachsen . . . 445

In den Kommunen stellt sich häufig die Frage, wie müssen die Zuführung und die Entnahme aus dem Sonderposten „Gebührenaussgleich“ bei Aufstellung des Haushaltsplanes geplant bzw. für den Jahresabschluss gebucht werden. Nach einer Einführung wird anhand von Fallbeispielen aufgezeigt, wie der Sonderposten zu bewirtschaften ist. Dabei muss auch die Frage geklärt werden, ob die Bewirtschaftung des Sonderpostens das Jahresergebnis beeinflussen darf.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 448

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Wolfgang Mosbacher

Der Bericht aus Berlin 450

Im Anschluss an die letzte Darstellung zur Gesetzgebung in der DVP 2012 S. 90 wird hier die regelmäßige Berichterstattung über die Gesetzgebung des Bundes fortgesetzt.

Hendrik Lackner

„Bauen ohne Baugenehmigung“ – mit der neuen Niedersächsischen Bauordnung (NBauO) 452

Am 20. März 2012 hat der Niedersächsische Landtag nach über einjähriger Beratungsphase mit breiter parlamentarischer Mehrheit eine neue Landesbauordnung beschlossen. Sie tritt – von wenigen Ausnahmen abgesehen – am 1. November 2012 in Kraft. Im Vergleich zu den vorangegangenen Bauordnungsnovellen aus den Jahren 1995, 2002 und 2005 handelt es sich um eine grundlegende Neuausrichtung und Weiterentwicklung des Bauordnungsrechts.

Dieser Beitrag möchte den Einstieg in das neue Regelwerk erleichtern, notwendige Orientierung vermitteln und die neue Regelungsstruktur veranschaulichen. Dazu wird einleitend das Gesetzgebungsverfahren in der gebotenen Kürze nachgezeichnet. Insbesondere sollen hier die Regelungsziele des Gesetzgebers in den Blick genommen und die teils konträren rechtspolitischen Argumentationslinien thematisiert werden. Anschließend werden die zentralen Eckpfeiler und Schwerpunkte der neuen NBauO im Vergleich zur bislang geltenden Gesetzesfassung vorgestellt. Hierzu gehören neben dem Herzstück des Gesetzes – einer weitreichenden Liberalisierung, Deregulierung und Entstaatlichung des Baugenehmigungsverfahrens

– beispielsweise auch die Novellierung der Vorschriften über Grenzabstandsflächen, die Einführung von Gebäudeklassen, neue Vorschriften zu Rauchwärmeldern und zu Abweichungen, die Einführung einer Pflicht zur Errichtung von Spielplätzen sowie die Verankerung des Instituts eines Bauleiters. In einem abschließenden Fazit wird die neue Regelungslogik der NBauO einer kritischen Würdigung unterzogen.

Fallbearbeitungen

Hermann Wilhelm

Alles Gute kommt von oben 457

Gegenstand dieser Fallbearbeitung aus dem Verwaltungs- und Ordnungsrecht sowie dem Verwaltungsprozessrecht sind u.a. die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage gegen eine Ordnungsverfügung, die im Wege der Rechtsnachfolge auf eine Erbin übergegangen ist, eine nachträgliche Fristverkürzung, die Anordnung der sofortigen Vollziehung, eine Zwangsmittelandrohung sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten hiergegen.

Michael Grosse

Grundsicherung für Arbeitssuchende 464

Gegenstand dieser Staatsprüfungsklausur im Fach Sozialrecht ist eine zu treffende Entscheidung über Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie ein möglicher Erstattungsanspruch bei verschwiegenem Vermögen.

Helmut Globisch/Holger Weidemann

Flohmarkt am Sonntag – Teil 2. 472

In dieser Fallbearbeitung aus dem Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht wird der Fall aus dem Juni-Heft der DVP fortgeführt, wo eine Ausnahme-genehmigung nach dem Feiertagsgesetz abgelehnt wurde. Zu prüfen ist jetzt, wie die Behörde reagieren kann, wenn der Antragsteller trotz fehlender Erlaubnis seine geplanten Flohmärkte durchführen will.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Befreiung von Schulveranstaltung Kinobesuch („Krabat“)
(OVG Münster, Beschluss vom 22.12.2011 – 19 A 610/10,) 476

Kommunalaufsicht verpflichtet zur Straßenbaubeitragssatzung
(VGH Kassel, Beschluss vom 20.12.2011 – 5 B 2017/11) 477

Kein Mitentscheidungsanspruch des Gemeinderats für die Erteilung einer Baugenehmigung
(VGH Mannheim, Urteil vom 09.03.2012 – 1 S 3326/11) 477

Richtige Zuteilung von Hausnummern
(VGH München, Beschluss vom 06.12.2011 – 8 ZR 11.1676) 478

Sozialamt beansprucht Ausgleichszahlung von den Erben
(VG Bremen, Urteil vom 10.02.2012 – 5 K 518/04) 478

Gebührenbescheid des Gemeindewerkes
(VG München, Urteil vom 01.03.2012 – M 10 K 11.986) 478

Kein Anspruch auf Teilnahme am Neujahrsempfang
(VG Weimar, Beschluss vom 13.01.2012 – 3 E 27/12) 479

Haftung für eine Ölspur
(BGH, Urteil vom 28.06.2011 – VI ZR 184/10) 479

Verkehrssicherungspflicht im Wald
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.12.2010 – 7 U 13/10) 482

Haftung der Gemeinde für Unebenheiten im Gehweg
(OLG Jena, Beschluss vom 20.03.2012 – 4 W 134/12) 483

Ärztliche Auskunft über Gesundheitszustand eines verstorbenen Zeugen
(BAG, Beschluss vom 23.02.2010 – 9 AZN 876/09) 483

Schrifttum 484

Die Schriftleitung

Diese Ausgabe der Zeitschrift enthält eine Beilage der Fa. Haufe-Lexware GmbH & Co. KG. Wir bitten um freundliche Beachtung!

Dieser Ausgabe der Zeitschrift liegt die Beilage Beck KOMMUNALPRAXIS plus bei. Wir bitten um freundliche Beachtung!

Impressum

Redaktion:

Chefredakteur
Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke
Alsweder 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

Zurzeit 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 Zitierungsrecht 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,

während meiner Schulzeit, vor allem im Deutsch- und Englischunterricht während der Gymnasialzeit, musste ich mich mit etlichen Verbrechen und stark von der Norm abweichendem Verhalten beschäftigen. Hier eine kleine Auswahl: Ein Soldat wird von seinem Hauptmann schikaniert und von einem skrupellosen Militärarzt für medizinische Versuche missbraucht. Der Gedeütigte wird schließlich wahnsinnig und ersticht seine treulose Freundin. Ein einbeiniger Kapitän will sich an einem Wal rächen, der ihm das Bein abgebissen hat, und treibt seine Mannschaft bei diesem Versuch in den Tod; nur ein Matrose überlebt die Katastrophe. Ein alternder Gelehrter schließt einen Pakt mit dem Teufel und verführt ein einfaches Bauernmädchen, das aus Scham ihr uneheliches Kind tötet und deshalb zum Tode verurteilt wird. Die Schulklasse hat, mehr oder weniger gern, die düsteren Stoffe analysiert und zumindest in einem Fall mit dem Deutschlehrer das entsprechende Theaterstück oder die gleichnamige Oper – ich weiß es nicht mehr so genau – besucht. Auch der Schulleiter hatte offensichtlich keine Bedenken gegen diese schulische Veranstaltung. Die Eltern wurden nur über den auswärtigen Termin informiert. Vielleicht wäre der Oberstudiendirektor vorsichtiger gewesen, wenn es damals bereits den Beschluss des *Oberverwaltungsgerichts Münster* vom 22. 12. 2011 – 19 A 610/10 (NWVBl. 2012, S. 235) gegeben hätte. Der Fall ist schnell erzählt: In der Jahrgangsstufe 7 eines nordrhein-westfälischen Gymnasiums wurde das (Jugend-) Buch „*Krabat*“ behandelt. Der Roman spielt in der Lausitz zu Beginn des 18. Jahrhunderts. Der 14-jährige Waisenjunge *Krabat* wird Lehrling in einer Mühle. Diese entpuppt sich nach kurzer Zeit als „Schwarze Schule“, in der der Müllermeister, ein Zauberer, seinen Lehrlingen Unterricht in der „Schwarzen Kunst“ erteilt. In jedem Jahr muss der Meister allerdings einen Lehrling opfern, um selbst am Leben zu bleiben. Am Ende gelingt es dem Titelhelden, mit Hilfe eines Mädchens, in das er sich verliebt hat, den Fängen des mörderischen Meisters zu entkommen. Die Schulleitung genehmigte den Besuch des gleichnamigen Films als schulische Veranstaltung. Ein Elternpaar lehnte die Teilnahme ihres Sohnes an dem Filmbesuch aus religiösen Gründen ab. Der Schulleiter seinerseits gab dem Antrag auf Befreiung des Schülers nicht statt. Die Eltern erhoben daraufhin Klage und beantragten, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung ihres Befreiungsantrags festzustellen. Das *Verwaltungsgericht Münster* hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger war erfolgreich. Es habe, so das *Oberverwaltungsgericht Münster*, ein wichtiger Grund i. S. des § 43 Abs. 3 SchulG NRW für eine Befreiung vom Kinobesuch vorgelegen. Die Teilnahme des Schülers am Kinobesuch hätte nicht nur sein Grundrecht auf Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), sondern auch das seiner Eltern und deren grundrechtlich geschütztes Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) beeinträchtigt. Der Senat äußert seine Überzeugung, dass hier ein ernsthafter Glaubenskonflikt bestanden habe. Die Kläger hätten eindrucksvoll dargelegt, dass sie Spiritismus und Magie ablehnen, man befasse sich nicht mit schwarzer Magie und halte sich von ihr fern. Der Film „*Krabat*“ widerspreche diesen glaubensmäßigen Überzeugungen.

Nun praktizieren die meisten Eltern (und ihre Kinder) in Nordrhein-Westfalen keine Hexerei und sie begehen auch keine Morde, sie halten sich von diesen Dingen fern. Dürfen sich Schülerinnen und Schüler nordrhein-westfälischer Gymnasien folglich aus weltanschaulichen Gründen weigern, *Macbeth* als Schullektüre zu lesen bzw. eine Verfilmung anzuschauen? Die gnadenlose Jagd auf einen Wal ist, gemessen am Grundgesetz (Art 20a GG: Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen) und am Tierschutzgedanken, nicht zu rechtfertigen. Müsste *Moby Dick* nicht schon deshalb als Schullektüre für die 5. oder 6. Jahrgangsstufe ausscheiden? In den USA ist man übrigens, wie so oft, einen Schritt weiter, dort haben sie *Harry-Potter*-Romane wegen „Okkultismus“ aus Schulbibliotheken entfernt. *Goethes* Zauberlehrling dürfte es an manchen amerikanischen Schulen auch nicht leicht haben.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Holger Weidemann*

Das neue Mediationsgesetz

1. Konfliktlösungsmodelle

Dort wo Menschen miteinander zu tun haben, wo es um (Rechts-) Beziehungen zwischen Menschen und Organisationen oder Organisationen untereinander geht, kann es zu Konflikten kommen. Diese Konflikte können unterschiedliche Ursachen aufweisen: Die gescheiterte Ehe und es gibt Streit über das Sorgerecht für die Kinder sowie die Aufteilung des ehelichen Vermögens; die Nutzung des genehmigten Schweinemaststalles und der Streit mit den Nachbarn über die unerwünschten Geruchsimmissionen; der Bau einer Schule und der Streit über vermeintliche Baumängel und damit die Zahlung der vereinbarten Vergütung; der geplante Ausbau einer Straße und die Bedenken der Anwohner; die Nutzung eines Patentes der Konkurrenzfirma. Nun sind unterschiedliche Modelle denkbar, um diese Konflikte einer Lösung zuzuführen. Der Spannungsbogen dieser Modelle reicht von der Streitentscheidung durch das zuständige Gericht bis zur Mediation. Bei der gerichtlichen Entscheidung gibt es regelmäßig einen Gewinner, die obsiegende Partei und einen Verlierer, die unterliegende Partei. Die Konfliktlösung ist zudem allein auf die Klärung von Rechtspositionen reduziert. Ganz anders ist dagegen ein Mediationsverfahren angelegt. Ziel dieses Verfahrens ist es, eine Lösung zu finden, die allen Beteiligten zusammen mehr Vorteile bringt als eine gerichtliche Entscheidung des Konflikts (sog. win-win-Situation).¹ Dies erfordert es u.U. in den Lösungsprozess auch Elemente einfließen zu lassen, die über den eigentlichen Streitgegenstand hinausgehen und auch außerrechtliche Überlegungen mit einbeziehen. So können Gesamtpakte geschnürt werden, die für alle Beteiligten vorteilhaft sind.

Außergerichtliche Konfliktlösungsmodelle waren bereits in der Vergangenheit in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen erwähnt worden. Zu nennen sind hier beispielsweise die §§ 135 (außergerichtliche Konfliktbewältigung über Folgesache) und 156 Abs. 1 (in Kindschaftssachen Hinwirken auf ein Einvernehmen) FamFG². Mit gewissen Einschränkungen kann hier auch der Opfer-Täterausgleich (§ 46 a StGB) genannt werden. Für das Mediationsverfahren, das, anders als in anderen Ländern³, in Deutschland noch nicht auf eine lange Tradition zurückblicken kann, gab es dagegen bisher keine gesetzliche Normierung. Erst mit den Impulsen der EU beschleunigte sich auch in Deutschland der Prozess der Normierung. Zu nennen sind hier das Grünbuch der EU, der Verhaltenskodex für Mediatoren (Code of Conduct for Mediators) sowie die Richtlinie 2008/52 EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelsachen.⁴ Mit dem Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012⁵ hat der

Gesetzgeber die Vorgaben der EU erfüllt und die vorhandene Lücke geschlossen. Zutreffend brachte die zuständige Ministerin im Laufe der parlamentarischen Beratungen zum Ausdruck, dass im Bereich der Mediation sehr unterschiedliche Auffassungen aufeinandertreffen, die nicht leicht in Einklang zu bringen sind.⁶ Die Differenzen betreffen u.a. die Frage nach der Qualifikation der Mediatoren, der Vollstreckungsfähigkeit entsprechender Verabredungen und die sog. gerichtliche Mediation. Bis in das Gesetzgebungsverfahren hinein wurden unterschiedliche Ansätze verfolgt. Dies führte dazu, dass der Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen hat.⁷ Zentraler Streitpunkt im Gesetzgebungsverfahren war die Rolle der Gerichte im Mediationsverfahren. Anders als der Bundestag wollte die Länderkammer an der Gerichtsmediation festhalten. Ausdrücklich wurde auf die Erfolge der Gerichtsmediation hingewiesen.⁸ Der vom Vermittlungsausschuss erzielte Einigungsvorschlag stellt klar, dass auch weiterhin die gerichtliche Streitschlichtung durch einen sog. Güterichter möglich ist. Die Bezeichnung Mediator ist aber der außergerichtlichen Streitschlichtung vorbehalten. Da der Bundesrat sodann keinen Einspruch gegen das vom Bundestag beschlossene Mediationsgesetz einlegte, konnte das Gesetzgebungsverfahren positiv zum Abschluss gebracht werden.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus den Art. 73 Abs. 1 Nr. 9, 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 GG. Soweit die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Anspruch genommen wird, besteht die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung gemäß Art. 72 Abs. 2 GG. Zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit ist eine bundeseinheitliche Regelung der Grund- und Verfahrenspflichten sowie der Qualifikationsanforderungen der Mediatoren im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Ausbleibende oder gar unterschiedliche Regelungen der Landesgesetzgeber würden eine Rechtszersplitterung begründen, die problematische Folgen nach sich ziehen könnten.⁹

2. Grundzüge des Mediationsgesetzes

2.1 Zielsetzung

Da in Deutschland immer noch viele Streitigkeiten vor den Gerichten ausgetragen werden, soll das Gesetz einen Beitrag dazu leisten, einen Rahmen für die eigenverständliche Streitbeilegung zu schaffen. So sollen Konfliktlösungen beschleunigt werden. Die eigenverantwortliche Regelung einer Konfliktbewältigung kann zudem nachhaltig den Rechtsfrieden fördern. Zudem kann so ein Beitrag zur Entlastung der Gerichte geleistet werden.¹⁰ Ausdrücklich hat sich der Gesetzgeber von dem Leitsatz des Bundesverfassungsgerichts¹¹ leiten lassen, wonach eine zunächst streitige Problemlage, die durch eine einvernehmliche Lösung bewältigt wird, auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen

* Prof. Holger Weidemann ist auf der Leitungsebene des Niedersächsisches Studieninstituts Hannover e.V., der zugleich Träger der Fachhochschule für kommunale Verwaltung in Niedersachsen ist, tätig.

1 Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 12. Aufl., Einf. I Rdnr. 77

2 Gesetz über Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2556, 2557) zuletzt geä. durch Art. 3 des Gesetzes vom 21.7.2012 (BGBl. I S. 1577)

3 Vgl. nur die Entwicklung in den USA in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts.

4 ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3

5 BGBl. I S. 1577

6 Siehe Rede zur 1. Lesung des Gesetzentwurfes im Bundestages

7 Beschluss vom 10. Februar 2012 (BR-Drs. 10/12 [B])

8 ebenda

9 Btg.-Drs. 17/5335 S. 12

10 Ebenda S. 11

11 Beschl. vom 14. Febr. 2007 AZ.: 1 BvR 1351/01

Streitentscheidung ist. Zudem soll mit diesem Gesetz die außergerichtliche Konfliktbewältigung und hier insbesondere die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung und der in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen stärker verankert werden.¹² Ausdrücklich wird auf unterschiedliche Mediationsregelungen für grenzüberschreitende und nationale Streitigkeiten verzichtet. So sollen ansonsten drohende Rechtszersplitterungen vermieden werden.¹³

2.2 Begriffsbestimmungen

§ 1 des Gesetzes enthält Legaldefinitionen für die Begriffe Mediation und Mediator. Danach ist Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung des Konflikts anstreben (§ 1 Abs. 1 MediationsG). Nach Abs. 2 ist ein Mediator eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnisse, die die Parteien durch die Mediation führt. An beide Begriffe sind konkrete Rechtsfolgen geknüpft, die insbesondere in den nachfolgenden Paragraphen konkretisiert werden:

- ↳ Aufgaben des Mediators und Verfahren (§ 2)
- ↳ Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen (§ 3)
- ↳ Verschwiegenheitspflicht (§ 4)

Der Gesetzgeber hat zu Recht darauf verzichtet, zwingend bestimmte Verfahrensschritte einzuhalten und sich festgelegter Mediations- und Kommunikationsmethoden zu bedienen. Dies ist auch sachgerecht, da die zu behandelnden Sachbereiche und beteiligten Akteure so verschiedenartig sind, dass sich insoweit einheitliche Vorgaben verbieten. Gleichwohl besteht weitgehende Übereinstimmung darüber, dass bestimmte materielle Grundvoraussetzungen vorliegen müssen, damit eine erfolgreiche Konfliktmittlung möglich ist.¹⁴

Erfolgreiche Konfliktmittlung

Voraussetzungen	Inhalte
Kompromissfähigkeit	Der Konfliktstoff muss sich für eine Mediation eignen. Er muss so beschaffen sein, dass ausreichende Gestaltungspotentiale für eine Verhandlungslösung vorliegen. Kann es am Ende der Mediation nur einen Gewinner geben, ist die Mediation kein geeigneter Ansatz zur Konfliktbewältigung.
Verhandlungsanreize	Alle Beteiligten müssen sich von den Verhandlungen Vorteile versprechen können. Dies schließt nicht aus, dass auch eigene Verhandlungspositionen eingeräumt werden. Entscheidend ist ein Gesamtergebnis, dass von den Partner getragen werden kann. Notwendig ist daher, dass die Verhandlungspartner auch über ausreichende Verhandlungsmacht verfügen.
Verbindlichkeit	Das erzielte Ergebnis muss über den Abschluss der Vereinbarung hinaus Bestand haben. Es sind daher Regelungen über die Umsetzung des Mediationsergebnisses zu verabreden. Reine Absichtserklärungen werden im Regelfall nicht ausreichend sein.

12 Btg.-Drs. 17/5335 S. 11
 13 Ebenda; hier ist zu berücksichtigen, dass insoweit der Ansatz des Gesetzgebers über die Vorgabe der EU-Richtlinie hinausgeht. Diese hatte nur nationale Regelungen für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen gefordert.
 14 Einzelheiten nach Koop/Ramsauer, vgl. Fn. 1, Einf. I. Rdnr. 78 ff. m. N.

2.3 Mediation als strukturiertes Verfahren

Ausdrücklich hat der Gesetzgeber bereits in der Legaldefinition dargelegt, dass es sich bei der Mediation um ein strukturiertes Verfahren handelt. Auch wenn der Gesetzgeber sich weitgehend zurückgehalten hat, sind doch unverzichtbare Strukturelemente durch den Gesetzgeber vorgegeben worden:

- Der Mediator nimmt die ihm zugewiesene Rolle ein (siehe auch Ziff. 2.4).
- Das Prinzip der Freiwilligkeit und Autonomie weist den Parteien die Verantwortung für das Verfahren und das Ergebnis zu. So entscheiden die Parteien selbst, ob sie eine Mediation durchführen wollen. Auch wählen die Parteien den Mediator aus (§ 2 Abs. 1). Die Eigenverantwortlichkeit der Parteien bleibt für die gesamte Dauer des Verfahrens bestehen. Dies bedeutet, dass die Parteien die Mediation jederzeit beenden können (§ 2 Abs. 5 S. 1).
- Die Parteien sind über die Sachlage und das Verfahren vollständig informiert (Konsequenz aus §§ 2 Abs. 2, 1 Abs. 2). Es besteht die Möglichkeit, dass die Parteien verfahrensregelnde Verabredungen treffen. Denkbar sind eigenständige Verabredungen z.B. über die Geheimhaltung, die Beweisverwertung, die Vergütung, den Umfang von Akteneinsichtsrechten.¹⁵
- Es gilt im Regelfall der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit für das Verfahren. Nur mit Zustimmung aller Parteien können Dritte in die Mediation einbezogen werden (§ 2 Abs. 4)
- Im Falle der Einigung sieht § 2 Abs.6 bestimmte Hinweispflichten und Dokumentationsmöglichkeiten vor. So soll sichergestellt werden, dass die Parteien den Inhalt der Einigung verstehen. Es besteht aber keine Pflicht zur Dokumentation des Einigungsergebnisses.
- Nach § 4 Abs. 1 S. 1 sind Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen regelmäßig zur Verschwiegenheit verpflichtet. Typischerweise vollzieht sich dieser Mediationsprozess in mehreren Phasen¹⁶:

1. Vorverhandlungsphase
 In dieser Phase klären die beteiligten Parteien, ob sie sich eines Mediators bedienen wollen, wer diese Funktion übernehmen soll und was thematisch Gegenstand der Mediation sein soll.
2. Verhandlungsphase
 Hier geht es um die Konfliktbearbeitung. Es wird gemeinsam geklärt, ob eine ausreichende Informationsbasis besteht, welche Lösungsansätze möglich sind und Entwicklung einer Lösung; Dokumentation der Einigung.
3. Umsetzungsphase
 In dieser Phase kommt es zur Umsetzung des Lösungskonzeptes.

Auf allen drei Stufen kann es zum Scheitern der Mediation kommen. Gerade in der letzten Phase der Mediation ist besondere Sorgfalt geboten. Nur eine präzise Einigungsformel, die auch umgesetzt wird, vermag den Konflikt zu beenden.

2.4 Anforderungen an den Mediator und Pflichtenkanon

Der Gesetzgeber verzichtete darauf, für Mediatoren Zulassungsvoraussetzungen oder aber eine staatliche Anerkennung vorzusehen. So soll den sich abzeichnenden Entwicklungen ein ausreichender

15 Vgl. Btg.-Drs. 17/5335 S. 15
 16 Siehe nur Koop/Ramsauer, Fn. 1, Rdnr. 84 m.N.

Gestaltungsspielraum verbleiben. Der Verzicht auf ein abschließendes Berufsbild trägt dem Umstand Rechnung, dass gegenwärtig viele Mediatoren nicht hauptberuflich tätig sind. § 5 Abs. 1 normiert eine Verpflichtung für den Mediator in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und regelmäßige Fortbildung sicherzustellen, dass er über die erforderliche Qualifikation verfügt.¹⁷ Dabei soll die Ausbildung auch berücksichtigen, dass die Mediatoren aus völlig unterschiedlichen Herkunftsberufen kommen können.¹⁸ So können als Mediatoren (u.a.) Psychologen, Soziologen, Sozialarbeiter, Juristen, Unternehmensberater, Kommunikationswissenschaftler, Pädagogen und Theologen arbeiten.

Eine zentrale Anforderung an die Mediatoren ist, dass sie ihre Funktion neutral ausüben und keine Entscheidungsbefugnisse haben (§ 1 Abs. 2.). Der geforderten Neutralität kommt eine zentrale Bedeutung für das Mediationsverfahren zu. Sie hat primär verfahrensbezogene Bedeutung und verpflichtet den Mediator zur unparteiischen Verhandlungsführung und zur Gleichbehandlung der Parteien.¹⁹ Die fehlende Entscheidungskompetenz ist die Kehrseite der Eigenverantwortlichkeit der Parteien. Hauptaufgabe des Mediators ist es, „ohne eigene Entscheidungsbefugnis die Parteien dabei zu unterstützen, dass diese selbst ihre eigenen Interessen herausarbeiten, allseits vorteilhafte Einigungspositionen entwickeln und eine einvernehmliche Vereinbarung zur dauerhaften Lösung des Konflikts treffen.“²⁰

Die Mediatoren haben zudem unabhängig zu sein. Diese Unabhängigkeit ist personenbezogen zu verstehen. Sie betrifft in erster Linie die persönliche Unabhängigkeit von den Parteien. Mediatoren dürfen keinerlei Weisungen einer Mediationspartei unterliegen.²¹ Zudem darf es keine zu starken Bindungen in Bezug auf die Verfahrensgegenstände der Mediation geben. Die Übernahme einer Mediation kommt nicht in Betracht, wenn Gegenstand der Mediation (u.a.) das Nutzungsrecht an einem Patent ist und der Mediator, der zugleich Unternehmensberater ist, für einen Mandanten sich ebenfalls um dieses Patent bemüht.²²

Der Mediator hat die Verantwortung für das Verfahren und insbesondere für eine gelingende Kommunikation zwischen den Parteien (vgl. auch § 1 Abs. 2 „... Parteien durch die Mediation führt.“; § 2 Abs. 3).

Dem Mediator obliegen verschiedene Hinweis-, Informations- und Offenbarungspflichten. So hat er nach § 3 Abs. 1 S. 1 gegenüber den beteiligten Parteien alle Umstände offen zulegen, die seine Unabhängigkeit oder Neutralität beeinträchtigen können. Er hat zudem die Parteien auf deren Verlangen hin über seine Qualifikation und Erfahrungen auf dem Gebiet der Mediation zu informieren (§ 3 Abs. 5). Er hat sich zudem zu vergewissern, dass die Parteien wissen, was ein Mediationsverfahren ist und freiwillig an der Mediation teilnehmen (§ 2 Abs. 2). Kommt es zur Einigung der Parteien, hat er Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilgenommen haben,

17 Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere (1) Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen, (2) Verhandlungs- und Kommunikationstechniken, (3) Konfliktkompetenz, (4) Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie (5) praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision vermitteln (§ 5 Abs. 1 S. 2). Unter bestimmten Voraussetzungen darf sich ein Mediator als zertifizierter Mediator bezeichnen (§ 5 Abs. 2, 3 i.V.m. mit der entsprechenden Verordnung nach § 6). Der Gesetzgeber überlässt es damit praktisch dem Marktgeschehen, dass sich gewisse Qualitätsstandard herausbilden.

18 Vgl. Btg.-Drs. 17/5335, S. 18

19 Ebenda, S. 14

20 Ebenda, S. 14

21 Ebenda, S. 14

22 Weiteres Beispiel siehe Btg.-Drs. 17/5335, S. 14

darauf hinzuweisen, dass eine Begutachtung durch einen externen Berater möglich ist (§ 2 Abs. 6 S. 2). Im Einigungsfall wirkt er zudem darauf hin, dass die Parteien den Inhalt auch verstehen (§ 2 Abs. 6 S. 1).

Unter bestimmten Voraussetzungen gibt es für den Mediator Tätigkeitsbeschränkungen (vgl. § 3 Abs. 2 bis 4).

Den Mediator trifft eine Verschwiegenheitspflicht (§ 4).

Der Mediator hat das Recht, die Mediation zu beenden (§ 2 Abs. 5).

Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn er zu der Auffassung kommt, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

2.5 Evaluierung

Das Gesetz sieht vor, dass Bund und Länder wissenschaftliche Forschungsvorhaben vereinbaren können, um die Folgen einer finanziellen Förderung der Mediation für die Länder zu ermitteln (§ 7 Abs. 1). Hier geht es insbesondere um die Klärung der Frage, ob die Mediation dazu beitragen kann, die Prozess- und Verfahrenskosten der Länder zu senken.²³ Zudem wird die Bundesregierung verpflichtet, den Bundestag über bestimmte Erfahrungen mit Mediationsverfahren und deren Auswirkungen zu informieren (§ 8).

2.6 Das Mediationsgesetz und die VwGO

Die Änderung²⁴ des § 173 S. 1 VwGO stellt sicher, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch der § 278 a ZPO anzuwenden ist. So kann das Gericht den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktregelung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Das Gericht kann zudem erreichen, dass der Streit von einem nicht entscheidungsbefugten Güterichter behandelt wird (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 278 Abs. 5 ZPO). Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbewältigung einschließlich der Mediation einsetzen. Damit sind die Gerichte jetzt, wenn auch unter anderer Bezeichnung, befugt, Konfliktbeilegungsverfahren unter Rückgriff auf die Mediationsmethoden durchzuführen.

3. Das Verhältnis von Mediation und Verwaltungsverfahren

Die Lösung eines verwaltungsrechtlichen Konfliktes im Wege eines Mediationsverfahrens ist nicht ausgeschlossen. Es sind aber verschiedene Restriktionen zu beachten, die den Einsatz von Mediationsverfahren erschweren. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass Verwaltungsverfahren nicht als Mediationsverfahren ausgestaltet werden können. So kann beispielsweise ein Verwaltungsmitarbeiter der zuständigen Behörde nicht in die Rolle des Mediators schlüpfen. Es fehlt an der gebotenen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit. Auch ist zweifelhaft, welche rechtliche Verbindlichkeit einer entsprechenden Verabredung zukommt. Mündet die Einigung in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff VwVfG), so ist das Kopplungsverbot des § 56 VwVfG zu beachten. Gerade bei einem Verwaltungsverfahren ist der Sachgegenstand begrenzt; der Aus-

23 Btg.-Drs. 17/5335, S. 18

24 Vgl. Art. 6 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbewältigung (BGBl. I 2012, S. 1577)

weitung der Gestaltungsmasse sind somit Grenzen gesetzt. Kommt es zudem nicht zu einer verbindlichen vertraglichen Vereinbarung kann es zu einer Disharmonie bei der Umsetzung kommen. Erfüllt beispielsweise die Verwaltung die von ihr übernommenen Pflichten (z.B. Erteilung des begehrten Verwaltungsaktes), während die andere Partei darauf verzichtet, ihren Teil der Einigung zu erfüllen, kann es für die Verwaltung schwierig werden, den Verwaltungsakt aufzuheben. Sie wäre auf die Aufhebungsvorschriften (§§ 48 ff VwVfG) beschränkt. Ohne entsprechende Anpassung der VwVfGesetze wird die Mediation wohl eher auf die dem Verwaltungsverfahren vorlaufende Mediationsverfahren beschränkt bleiben.

4. Ausblick

Mediationsverfahren sind bei bestimmten Konfliktlagen gut geeignet, eine allseits befriedigende Konfliktlösung herbeizuführen. Der

Gesetzgeber hat mit dem Mediationsgesetz einen ersten Schritt unternommen, um gewisse Rahmenbedingungen vorzugeben. Es ist gut nachvollziehbar, dass er sich auf grundständige Regelungen beschränkt hat. Hier hat er berücksichtigt, dass es sich hier um ein Konfliktlösungsmodell handelt, das sich noch deutlich entwickeln wird. Bedauerlich ist, dass die öffentlich-rechtlichen Konflikte nicht primär im Blickfeld des Gesetzgebers gestanden haben. Ist doch das Mediationsverfahren besonders gut geeignet Konflikte zu bewältigen. Gerade im Bereich des Baurechts und des Umweltrechts bietet sich dieses Verfahren gut an, die mehrpolige Betroffenheit zu einem angemessenen Ausgleich zu führen. Weitere Anwendungsfelder könnten im Planungssektor und im Vergaberecht liegen. Hier fehlt es aber noch an der Einbettung des Mediationsverfahrens in das allgemeine (und u.U. besondere) Verfahrensrecht. Bleibt zu hoffen, dass die positiven Erfahrungen der Praxis den Gesetzgeber veranlassen, die notwendigen Regelungen zu erlassen.

Johann Horstmann*

Sonderposten „Gebührenaussgleich“ in Niedersachsen¹

In den Kommunen (Gemeinden, Samtgemeinden, Städten, Landkreisen und der Region Hannover) stellt sich häufig die Frage, wie müssen die Zuführung und die Entnahme aus dem Sonderposten „Gebührenaussgleich“ bei Aufstellung des Haushaltsplanes geplant bzw. für den Jahresabschluss gebucht werden. Nach einer Einführung wird anhand von Fallbeispielen aufgezeigt, wie der Sonderposten zu bewirtschaften ist. Dabei muss auch die Frage geklärt werden, ob die Bewirtschaftung des Sonderpostens das Jahresergebnis beeinflussen darf.

Die Kommunen erheben nach § 5 Abs. 1 NKAG² als Gegenleistung für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen z. B. Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung, Bestattungen (Friedhöfe), Wochenmärkte usw. Benutzungsgebühren, soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird. Das Gebührenaufkommen soll die Kosten der jeweiligen Einrichtung decken, darf sie jedoch nicht übersteigen (Kostendeckungsprinzip; Kostenüberschreitungsverbot). Dabei ist eine unbeabsichtigte Überschreitung der Kosten unschädlich. Die Kommunen können niedrigere Gebühren erheben oder von Gebühren absehen, soweit daran ein öffentliches Interesse besteht. Nach § 5 Abs. 2 NKAG sind die Kosten der Einrichtungen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Der Gebührenermittlung kann ein Kalkulationszeitraum zugrunde gelegt werden, der drei Jahre nicht übersteigen soll. Weichen am Ende eines Kalkulationszeitraums die tatsächlichen von den kalkulierten Kosten ab, so sind Kostenüberdeckungen innerhalb der nächsten drei Jahre auszugleichen; Kostenunterdeckungen sollen innerhalb dieses Zeitraumes ausgeglichen werden.

* Professor Johann Horstmann, ist Dozent am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e. V. und an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen, Bildungszentrum Hannover.

1 Rechtsgrundlage ist das niedersächsische kommunale Haushalts- und Kassenrecht.

2 NKAG: Niedersächsisches Kommunalabgabengesetz

Sofern bei der Gebührenermittlung ein Gebührenerüberschuss ermittelt wird, muss dieser innerhalb von drei Jahren an die Gebührenschuldner zurückgegeben werden, d. h. in der nächsten Gebührenermittlung wird der Überschuss „als Guthaben“ in die Kalkulation einbezogen. Dies führt in der nächsten Periode zu einem Ausfall an zahlungswirksamen Erträgen, da die Erträge bereits bei der Kasse eingegangen sind.³

Der Gebührenerüberschuss wird in der Bilanz als Sonderposten „Gebührenaussgleich“ gezeigt (§ 54 Abs. 4 Nr. 1.4.3 GemHKVO⁴). Nach dem Kontenrahmen wird der Überschuss „als Aufwand“ bei Konto

4611 Abführung Gebührenerüberschuss an Sonderposten Gebührenaussgleich

nachgewiesen.

Bei einer späteren Unterdeckung wird zum Ausgleich des „Gebührenerhaushalts“ die Entnahme aus dem Sonderposten „als Ertrag“ bei Konto

3381 Erträge aus der Auflösung von Sonderposten für den Gebührenaussgleich

eingebucht.

3 Sofern keine Kasseneinnahmereste vorhanden sind, also alle Forderungen bezahlt sind.

4 GemHKVO: Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sowie die Abwicklung der Kassengeschäfte der Gemeinden auf der Grundlage der kommunalen Doppik

Beispiel 1: Gebührenausschuss 200 T€		
Zwischensumme Erträge	15.000	T€
Entnahme (Auflösung) Sonderposten Gebühren	0	T€
Summe Erträge	15.000	T€
Zwischensumme Aufwand	14.000	T€
Abführung Gebühren an Sonderposten	200	T€
Summe Aufwand	14.200	T€
Jahresergebnis	+ 800	T€

Der Überschuss der Erträge über die Aufwendungen beträgt 1.000 T€ (= Jahresergebnis), aber nach der Abführung des Gebührenausschusses von 200 T€ an den Sonderposten Gebührenaussgleich verringert sich das „ursprüngliche“ Jahresergebnis auf 800 T€. Dieser Betrag wird in die „Überschussrücklage“ eingestellt.

Beispiel 2: Gebührenausschuss 180 T€		
Zwischensumme Erträge	15.000	T€
Entnahme (Auflösung) Sonderposten Gebühren	180	T€
Summe Erträge	15.180	T€
Zwischensumme Aufwand	14.000	T€
Abführung Gebühren an Sonderposten	0	T€
Summe Aufwand	14.000	T€
Jahresergebnis	+ 1.180	T€

Der Überschuss der Erträge über die Aufwendungen beträgt 1.000 T€ (= Jahresergebnis), aber nach der Entnahme aus dem Sonderposten Gebührenaussgleich von 180 T€ erhöht sich das „ursprüngliche“ Jahresergebnis auf 1.180 T€. Dieser Betrag wird in die „Überschussrücklage“ eingestellt.

Bei einem Gebührenausschuss (siehe Beispiel 1) wird durch einen „künstlichen“ Aufwand das Jahresergebnis verringert. Bei einer Gebührenausschuss wird durch einen „künstlichen“ Ertrag das Jahresergebnis verbessert. Beides verstößt gegen den Periodisierungsgrundsatz nach § 10 Abs. 2 S. 1 GemHKVO.

Nach § 10 Abs. 2 S. 1 GemHKVO werden die Erträge und Aufwendungen in dem Haushaltsjahr veranschlagt (und gebucht), dem sie wirtschaftlich zuzurechnen sind. Die Benutzungsgebühren sind in dem Haushaltsjahr der Festsetzung durch Bescheid „Ertrag“⁵. Die Abführung des Gebührenausschusses an den Sonderposten Gebührenaussgleich stellt aber keinen Aufwand⁶ dar, da in diesem Haushaltsjahr kein Werteverzehr durch Verbrauch oder Abnutzung von Gütern oder Dienstleistungen stattfindet. Weiterhin stellt die Auflösung des Sonderpostens „Gebührenaussgleich“ in einem späteren Haushaltsjahr keinen Ertrag dar, da in diesem Haushaltsjahr kein Wertezuwachs aus Gütern und Dienstleistungen vorliegt. Im NKomVG⁷ bzw. in der GemHKVO gibt es keine Sonderregelung für die Abführung bzw. Auflösung des Gebührenausschusses in einen Sonderposten. Nur in § 54 Abs. 4 Nr. 1.4.3 GemHKVO wird für die Bilanz der Ausweis als „Sonderposten Gebührenaussgleich“ bestimmt. Deshalb sind die Erträge und Aufwendungen nach § 10 Abs. 2 S. 1 GemHKVO in dem Haushaltsjahr zu veranschlagen und zu buchen, dem sie wirtschaftlich zuzurechnen sind (Periodisierungsgrundsatz).

5 § 59 Nr. 17 GemHKVO Erträge: in Geld bewertete Wertezuwächse für Güter und Dienstleistungen in einem Haushaltsjahr.

6 § 59 Nr. 4 GemHKVO Aufwendungen: in Geld bewerteter Werteverzehr durch Verbrauch oder Abnutzung von Gütern und Dienstleistungen in einem Haushaltsjahr

7 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz

Nach § 178 Abs. 4 NKomVG stellt die Landesstatistikbehörde u. a. einen verbindlichen Kontenrahmen auf und benennt die dazu erforderlichen Zuordnungskriterien. Diese Ermächtigungsnorm ist aber keine Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung und stellt somit „nur“ eine Ermächtigung zum Erlass einer verbindlichen Verwaltungsvorschrift dar, denn in § 178 Abs. 1 und 2 NKomVG wird das Innenministerium ermächtigt „durch Verordnung“ Vorschriften zu erlassen. Diese Verordnungsermächtigung fehlt aber in Abs. 4⁸. Außerdem würden die „künstlichen“ Erträge bzw. Aufwendungen die Kennzahlen zum Jahresabschluss verfälschen.

Ergebnis:

Die Abführung an den Sonderposten und die Entnahme (Auflösung) aus dem Sonderposten Gebührenaussgleich stellen weder Ertrag noch Aufwand dar und dürfen folglich auch nicht als Ertrag bzw. Aufwand in die Ergebnisrechnung eingebucht werden und damit das Jahresergebnis beeinflussen.

Erst in dem „Ergebnisverwendungsbeschluss“ der Vertretung (Rat, Samtgemeinderat, Kreistag, Regionsversammlung) nach §§ 58 Abs. 1 Nr. 10, 129 Abs. 1 S. 3 NKomVG ist die Abführung an den Sonderposten bzw. Entnahme aus dem Sonderposten Gebührenaussgleich zu beschließen (siehe nachstehende Beschlussvorschläge).

Damit hat der „Ergebnisverwendungsbeschluss“ nicht nur deklaratorische Bedeutung, sondern entfaltet hier eine konstitutive Wirkung.

Nachstehend einige Fallbeispiele für die Zuführung bzw. Entnahme aus dem Sonderposten:

1. Fallbeispiel		T€
Jahresergebnis (ohne Sonderposten Gebührenaussgleich)		+ 500
davon Überschuss (+) / Fehlbetrag (-) Gebührenaussgleich		+ 300
Feststellung Jahresergebnis mit skizzierten Beschlussvorschlag:		
1. Feststellung Jahresergebnis		+ 500
2. Zuführung (+) / Entnahme (-) Sonderposten Gebührenaussgleich	Bestand T€	+ 300
	0	
3. Zuführung (+) / Entnahme (-) Überschussrücklage	Bestand T€	+ 200
	0	

2. Fallbeispiel		T€
Jahresergebnis (ohne Sonderposten Gebührenaussgleich)		+ 200
davon Überschuss (+) / Fehlbetrag (-) Gebührenaussgleich		- 120
Feststellung Jahresergebnis mit skizzierten Beschlussvorschlag:		
1. Feststellung Jahresergebnis		+ 200
2. Zuführung (+) / Entnahme (-) Sonderposten Gebührenaussgleich	Bestand T€	- 120
	+ 300	
3. Zuführung (+) / Entnahme (-) Überschussrücklage	Bestand T€	+ 320
	+ 200	

8 Artikel 43 Nds. Verfassung Verordnungen:

(1) Gesetze können die Landesregierung, Ministerien und andere Behörden ermächtigen, Vorschriften im Sinne des Artikels 41 als Verordnungen zu erlassen. Die Gesetze müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen.

(2) In der Verordnung ist die Rechtsgrundlage anzugeben. Die Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung darf nur, wenn das Gesetz dies zulässt, und nur durch Verordnung weiter übertragen werden.

3. Fallbeispiel		T€
Jahresergebnis (ohne Sonderposten Gebührenaussgleich)		- 400
davon Überschuss (+) / Fehlbetrag (-) Gebührenhaushalt		+ 300
Feststellung Jahresergebnis mit skizzierten Beschlussvorschlag:		
1. Feststellung Jahresergebnis		- 400
2. Zuführung (+) / Entnahme (-) Sonderposten Gebührenaussgleich	Bestand T€	+ 300
	+ 180	
3. Zuführung (+) / Entnahme (-) Überschussrücklage	Bestand T€	- 520
	+ 520	
4. Ergebnisvortrag aus Vorjahren (= NKR-Fehlbeträge aus Vorjahren)	Bestand T€	- 180
	0	
Ohne den Überschuss im Gebührenhaushalt wäre das Jahresergebnis - 700 T€.		

5. Fallbeispiel		T€
Jahresergebnis (ohne Sonderposten Gebührenaussgleich)		- 100
davon Überschuss (+) / Fehlbetrag (-) Gebührenhaushalt		- 120
Feststellung Jahresergebnis mit skizzierten Beschlussvorschlag:		
1. Feststellung Jahresergebnis		- 100
2. Zuführung (+) / Entnahme (-) Sonderposten Gebührenaussgleich	Bestand T€	- 120
	+ 130	
3. Zuführung (+) / Entnahme (-) Überschussrücklage	Bestand T€	+ 20
	+ 270	
Ohne den Fehlbetrag im Gebührenhaushalt wäre das Jahresergebnis + 20 T€.		

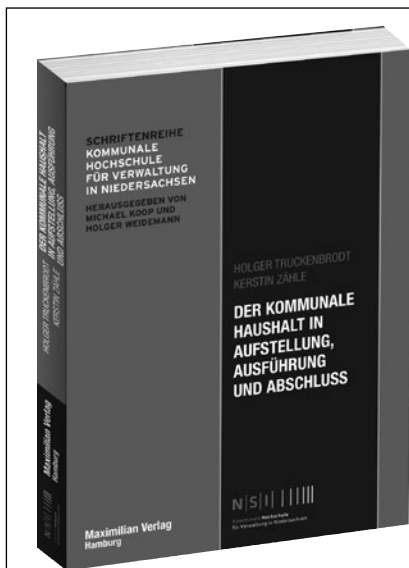
Aufstellung Haushaltsplan

Bei der Aufstellung des Haushaltsplanes sollte ein Überschuss im Gebührenhaushalt bei Konto „4611 Abführung Gebührenüberschuss an Sonderposten Gebührenaussgleich“ eingeplant werden, damit bei den Haushaltsberatungen nicht ein falscher Eindruck zur Ergebnislage (hier: Überschuss im Ergebnishaushalt) entsteht und zusätzliche Aufwendungen eingefordert werden, die nicht eingestellt werden können, da ein Überschuss in einer späteren Periode gutgeschrieben werden muss und somit zu Gebührenaussfällen (= Gebührenerunterdeckung) führen wird.

Sofern eine Unterdeckung im Gebührenhaushalt gegeben ist, sollte beim Konto „3381 Erträge aus der Auflösung von Sonderposten für den Gebührenaussgleich“ eine Entnahme im Haushaltsplan eingeplant werden. Dadurch kann ein Fehlbetrag im Ergebnishaushalt bei Planaufstellung vermieden werden.

Im Vorbericht nach § 6 GemHKVO sollte beim Überblick über die Entwicklung und den Stand der Haushaltswirtschaft auf den Überschuss bzw. die Unterdeckung in den Gebührenhaushalten eingegangen werden. Sofern mit einer dauerhaften Unterdeckung im jeweiligen Gebührenhaushalt gerechnet wird, wären Maßnahmen aufzuzeigen, wie die Unterdeckung in den nächsten Haushaltsjahren vermieden werden kann.

4. Fallbeispiel		T€
Jahresergebnis (ohne Sonderposten Gebührenaussgleich)		+ 100
davon Überschuss (+) / Fehlbetrag (-) Gebührenhaushalt		- 350
Feststellung Jahresergebnis mit skizzierten Beschlussvorschlag:		
1. Feststellung Jahresergebnis		+ 100
2. Zuführung (+) / Entnahme (-) Sonderposten Gebührenaussgleich	Bestand T€	- 350
	+ 480	
3. Zuführung (+) / Entnahme (-) Überschussrücklage	Bestand T€	+ 270
	0	
4. Ergebnisvortrag aus Vorjahren (= NKR-Fehlbeträge aus Vorjahren)	Bestand T€	+ 180
	- 180	
Ohne den Fehlbetrag im Gebührenhaushalt wäre das Jahresergebnis + 450 T€.		



Holger Truckenbrodt
Kerstin Zähle
Der kommunale Haushalt in Aufstellung, Ausführung und Abschluss

Maximilian Verlag Hamburg
2., überarbeitete Auflage
ISBN 978-3-7869-0864-7
€ 29,90

Ob Kursteilnehmer, Mitarbeiter einer Verwaltung, interessierter Politiker oder einfach neugieriger Laie: Dieser vorliegende Band aus der Schriftenreihe „Kommunale Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen“ (Hrsg. Michael Koop und Holger Weidemann) hilft dem Leser, sich zügig einen fundierten Überblick über das kommunale Planungs- und Rechnungswesen für niedersächsische Kommunen zu verschaffen.

Ein aufschlussreiches Lehrbuch, das die komplexe Thematik durch anschauliche Beispiele und Grafiken leicht verständlich vermittelt.

Jetzt bereits in 2. Auflage lieferbar.

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.

ABC – Glossar – XYZ

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

Informationsfreiheit

Zurückgehend auf den Freedom of Information Act von 1966 in den USA wurde der Begriff mit dem Informationsfreiheitsgesetz vom 1. Januar 2006 in den deutschen Sprachgebrauch aufgenommen. Wie schon im Umweltinformationsgesetz von 1994 wird den Bürgern der freie Zugang zu amtlichen Dokumenten, Dateien und sonstigen Unterlagen gewährt. Dieses neue Bürgerrecht zunächst bei Bundesbehörden und inzwischen auch in den meisten Ländern beendet die Geheimniskrämerei der Ämter in Deutschland. Wie die Praxis zeigt, gewöhnen sich die Verwalter aber erst langsam an das Prinzip der Akzenttransparenz, denn früher war grundsätzlich alles vertraulich und dem Amtsgeheimnis unterworfen. Obwohl jetzt die Zugänglichkeit zu behördlichen Informationen die Regel ist, bestehen im Einzelfall spezielle Ausschluss- und Beschränkungsrechte, die vom Staat zu begründen sind. Dazu zählen behördliche Verschlussachen, Persönlichkeitsschutz, Datenschutz und nachteilige Auswirkungen für die Behörden, etwa auf Sicherheitsinteressen, internationale Beziehungen und Kontrollaufgaben der Steuer-, Zoll- und Wettbewerbsbehörden.

Ein nicht zu übersehendes Problem stellen die Kosten der Information für das Bereitstellen einerseits und für die nachfragenden Bürger andererseits dar. Bei den Behörden kann dies aus Gründen der Kosteneinsparung und der unliebsamen Preisgabe sensibler Informationen zu eingeschränkter Aktenführung beitragen. Und hohe Gebühren verhindern bei den Bürgern den Zugriff auf amtliche Daten und Fakten, der zwar rechtlich möglich ist, tatsächlich aber gezügelt wird. Gebühren von 300 bis 500 Euro dürften nur jene Bürger bezahlen, die sich von einer Akteneinsicht viel versprechen; zum Beispiel wo und wann Straßen, Brücken, Versorgungsleitungen und -anschlüsse, Kindergärten, Schulen, Neubaugebiete gebaut werden, welche Veränderungen die Pläne für den öffentlichen Personennahverkehr vorsehen, was sich bei Verkehrszählungen und Lärmmessungen ergeben und wie sich die Luftreinhaltung entwickelt hat. Ist die Betroffenheit gering oder handelt es sich um Bagatellauskünfte, die ohnehin einen Großteil der Anfragen ausmachen, fallen kaum Gebühren an, meist nur für Kopien von Amtsunterlagen.

Anfragen ließen sich vermeiden und die Informationsfreiheit dennoch gewährleisten, wenn man dem Recht auf Akteneinsicht eine Pflicht zur Berichterstattung gegenüberstellen würde. Damit sind aber nicht Berichte gemeint wie der von der Bundesregierung in vierjährigen Abständen zu veröffentlichende „Bericht über den Zustand der Umwelt im Bundesgebiet“. Behörden sollten vielmehr zu laufender Berichterstattung verpflichtet werden und zwar nach festzulegendem Inhalt und Umfang. Von Interesse für die Allgemeinheit wären Informationen über Untersuchungsergebnisse über Lebens- und Umweltqualität einschließlich raumgreifende Störfälle und Katastrophen, über politische Entscheidungen von großer Tragweite, Vorhaben in der Raumordnung und Landesplanung, Flächennutzungs- und Bebauungspläne, Änderungen in der Verkehrsinfrastruktur, Abfallentsorgung und -lagerung sowie über Projekte mit erheblichen finanziellen Folgen für Haushaltsausgaben und -einnahmen. In anderem Zusammenhang ist von Bring- und Holschuld die Rede. Bei der Informationsfreiheit könnte man vom verbindlichen laufenden Informieren der Öffentlichkeit und von Auskunftspflichten des Bürgers und Auskunftspflichten der Behörde sprechen. Mit dieser Art politisch-administrativer Transparenz womöglich im weiterverarbeitbaren Format entgegen, durch Daten – gegebenenfalls auch durch Texte – Potenziale zur Erzeugung von zusätzlichem Wissen in Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft zu aktivieren.

Parlamentarischer Ruck

In der Berliner Rede am 26. April 1997 hat Roman Herzog als Bundespräsident mit der Formel „Durch Deutschland muss ein Ruck gehen“ radikale Änderungen in Politik und Medien, Wirtschaft und Gesellschaft angemahnt. Unter anderem kritisierte er in unserem Land (meines Erachtens unwidersprochen) mangelnde Dynamik, Regulierungswut, Bürokratismus, Existenzängste, geringe Risikobereitschaft, Modernisierungstau, einseitige Interessenorientierung, zu viele Bedenkenträger, eine Überforderung des Staates seitens der Bürger und umgekehrt sowie einen gefährlichen Verlust an Gemeinsinn. An dieser Erkenntnis hat sich seitdem kaum etwas geändert. Er ruft dazu auf, einen neuen Gesellschaftsvertrag zugunsten der Zukunft zu schließen, dabei Verantwortung zu übernehmen, mobiler und flexibler, solidarisch auch mit kommenden Generationen zu sein, mit Technik aufgeklärt umzugehen, sich mit Europa zu identifizieren und sich für eine gerechte Weltordnung einzusetzen. Neben anderen Adressaten nennt er Bundestag und Bundesrat und fordert von ihnen, seinerzeit und noch immer anstehende Reformprojekte rasch voranzubringen. Wie man aber leider feststellen muss, fehlt auch der Politik die Kraft, richtig Erkanntes durchzusetzen.

Soll die Politik ihre Geltung behalten, muss durch die Parlamente ein Ruck gehen und zwar in mehrere Stoßrichtungen: Primär haben sie sich selbst zu wandeln. Die Bürger und Wähler sind der ständigen Wahltermine und Wahlkämpfe überdrüssig – im Übrigen liegen

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

dann Gesetzgebung, Regierungsgeschäfte und Verwaltungsarbeit brach. Die Lösung bestünde in einer terminlichen Zusammenführung der Bundestags- und Landtagswahlen.

In einem in Europa zukunftsfähigen und leistungsstarken Bundesstaat Deutschland sollte man zusätzlich weitere strukturelle Probleme lösen. Das Nebeneinander – häufig ein vielfältiges Gegeneinander – von 16 Ländern mit höchst unterschiedlichen Merkmalen müsste ein Ende haben. Es divergieren Landesgebiete, Flächenländer und Stadtstaaten, die Einwohnerzahl, Agrar-, Industrie- und Dienstleistungsländer mit stark abweichenden Erwerbs- und Vermögenseinkommen, die Finanzkraft mit der Folge von Transferzahlungen zwischen Geber- und Nehmerländern, Länder mit und ohne Metropolregionen, Kulturangebote, Freizeiteinrichtungen und andere Infrastrukturleistungen mit Auspendler- und Einpendlerströmen zwischen Nachbarländern. Die im Art. 29 Grundgesetz verheißene Neugliederung des Bundesgebietes müsste endlich angepackt werden. Mit einem einigermaßen homogenen Zuschnitt der Länder und ihrer Zusammenfügung zu möglicherweise sieben bis acht ausgewogenen Ländern wäre eine Halbierung ihrer Zahl, eine weniger zersplitterte Ländergemeinschaft, eine konzentrierte politische Repräsentanz und höhere Leistungsfähigkeit bei der Aufgabenbewältigung verbunden.

Neu ordnen müsste man auch die vielfach verfassungsrechtlich, einfachgesetzlich, verordnungs- und vertragsrechtlich verflochtenen Beziehungen zwischen dem Bund und den (übrig gebliebenen) Ländern. Die gegenwärtige föderalistische Kleinstaaterei ist auf Dauer nicht europafest und hindert eine tatkräftige deutschlandweite Politik. Der Deutsche Bundestag und der Bundesrat sollten für die Gesetzesziele und Gesetzesinhalte ausschließlich zuständig sein. Auf die Länder wäre die Gesetzgebung über die administrative Umsetzung zu übertragen. Damit ginge eine für die Bürger offensichtliche und verständliche Kompetenzverteilung einher ohne Gesetzgebungsüberschneidung und Parallelgesetzgebung, Gemeinschaftsaufgaben und Mischfinanzierung, Kulturhoheit der Länder und Partikularismus sonstiger Art. Derzeit steht nach Art. 70 Grundgesetz das Recht der Gesetzgebung grundsätzlich den Ländern zu, wenngleich es in der Praxis zugegebenermaßen insbesondere im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 und 74 Grundgesetz) teilweise auf den Bund übergegangen ist.

Ein parlamentarischer Ruck wäre darüber hinaus in anderer Hinsicht vonnöten. Schlagworte: Legitimität der Demokratie und Glaubwürdigkeit der Politik(er). Die repräsentativ verfasste Demokratie hält nicht mehr, was sich die Wahlbürger von ihr versprechen. Die parlamentarischen Entscheidungen werden zwar formal korrekt getroffen, materiell aber handeln Abgeordnete eher im parteilichen Machterhaltungs- oder Machtgewinnungsinteresse auf populistischer medialer Bühne als sich im Wettbewerb um Konfliktregelungen und Konsenslösungen zu bemühen. Die mündigen Bürger wollen im politischen Leben Transparenz und Partizipation (und keine marketinggestützte Inszenierung der Problembewältigung auf Grund demoskopischer Befragung und Bewertung). Dies gelänge, wenn zusätzlich zu den vom Volk in Mehrjahresabständen gewählten Repräsentanten über Sachentscheidungen abgestimmt werden könnte. Die Formen direkter Bürgerbeteiligungen sind vielfältig und reichen auf kommunaler Ebene von Planverfahren über Bürgerinitiativen und Bürgerbegehren bis zu Bürgerentscheiden. Auf staatlicher Ebene kennt man als plebiszitäre Instrumente der Volksgesetzgebung Volksinitiativen (mit Einbringung von Resolutionen und Appellen), Volksbegehren und Volksentscheide; umgekehrt können

Regierung und Parlament das Volk über wichtige Gegenstände oder Probleme befragen (sog. Referenden). Trotz prinzipiell möglicher direkter Demokratie mangelt es in Deutschland an ihrer konkreten Ausgestaltung für Anlässe, Festlegung bzw. Begrenzung des Sachverhalts, Zahl der Abstimmungsberechtigten, Aus- und Folgewirkungen, Verantwortlichkeiten usw. Das Hauptproblem: Parlamente würden einen Bedeutungsverlust erfahren (weshalb der Ruck auch auf sich warten lässt).

Transferzahlungen

Bezeichnung für eine Geldübertragung sowohl zwischen öffentlichen Institutionen als auch zwischen der öffentlichen Hand und privaten Wirtschaftssubjekten jeweils ohne direkte Gegenleistung des Zahlungsempfängers. Typische Beispiele sind der Finanzausgleich zwischen Geber- und Nehmerländern oder die Zuschüsse eines Landes an seine Hochschulen oder an Kommunen. Daneben fasst man darunter die Pensions- und Rentenzahlungen, Geldleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, Sozialhilfe, Kindergeld, Ausbildungsförderung und Subventionen.

Im Unterschied zu Personal- und Sachkosten, Abschreibungen und anderen kalkulatorischen Kosten bilden Transferzahlungen Zweckausgaben. Soweit sie im Zusammenhang mit der Erstellung öffentlicher Dienstleistungen gezahlt werden, handelt es sich gewöhnlich um Erstattungen von Personal- und Sachkosten. Beispiel: Ein Land finanziert kommunale Betreuungsangebote in Kindertagesstätten. Anders hingegen bei der Bezuschussung von Hochschulen, wo Pausch- bzw. Globalbeträge überwiesen werden. Unabhängig davon, ob spezielle Ausgleichszahlungen oder generelle Transferzahlungen vorliegen – stets wird entweder eine vollständige oder teilweise Finanzierung angestrebt.

Voraussetzung für Transferzahlungen zwischen öffentlichen Institutionen ist eine zu genehmigende Vorlage von differenzierten Kostenrechnungen oder Struktur- und Entwicklungsplänen mit Angabe meist der Ausgaben und Einnahmen (und weniger häufig der Kosten und Erlöse). Der Transferzahler will sich ein Bild machen von Art, Menge und Güte der Leistungen, den Kosten pro Fall oder Stück und vom Zeitraum. Bei den Kosten interessieren wegen ihres hohen Anteils in erster Linie die Personalkosten (Gehälter der Beamten, Angestellten, Arbeiter, Praktikanten und freien Mitarbeiter nach Durchschnittssätzen von Besoldungs- und Vergütungsstufen), ferner Personalnebenkosten (Pauschalen für Beihilfen, Reisekosten, Essenszuschüsse usw.) und Sachkosten (laufende Kosten für Material, Büro, Verwaltung und Gebäude). Soweit der Zuschussempfänger Pensionen für Beamte und Sozialbeiträge für Tarifbeschäftigte zu bezahlen hat, kommen entsprechende Pauschbeträge hinzu; gegebenenfalls auch kalkulatorische Abschreibungen auf die Investitionen in Höhe der geschätzten Abnutzung und Alterung sowie kalkulatorische Zinsen für die Kapitalbindung in Immobilien in Höhe der geschätzten entgangenen Verzinsung bei einer Geldanlage am Kapitalmarkt.

Transferzahlungen zwischen öffentlichen Institutionen resultieren letztlich aus einer fehlenden Konnexität von öffentlichen Aufgaben, daraus resultierenden Ausgaben und nicht zugeordneten Einnahmen(quellen). Die Gesamt- oder Teilfinanzierung von Aufgaben und Ausgaben erfolgt deshalb von anderer (Haushalts-) Stelle aus – häufig mit Hinweis auf das Solidaritätsprinzip. Tatsächlich spielt die unangepasste Steueraufkommensverteilung die entscheidende Rolle.

Der Bericht aus Berlin

– Gesetzgebung des Bundes 2012 –

Zwischen Februar und August 2012 hat der Gesetzgeber sich nicht nur mit weiteren Gesetzen zur Stabilisierung des Euros beschäftigt, sondern auch eine Reihe wichtiger Gesetze beschlossen, die sich auf die Verwaltungspraxis auswirken werden. Im Berichtszeitraum¹ sind insbesondere die Änderung des Grundgesetzes und einfacher Gesetze zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen, das Gesetz zur besseren Bekämpfung des Rechtsextremismus, das Gesetz zur Errichtung eines Nationalen Waffenregisters sowie ein erleichtertes Zuwanderungsrecht für Staatsangehörige aus Nicht-EU-Staaten erwähnenswert.

Gesetz zur Umsetzung der EU-Hochqualifizierten-Richtlinie

Diese wichtigen Änderungen im Ausländerrecht, BGBl. I 2012, 1224, setzen zum einen die Hochqualifizierten-Richtlinie der EU um, zum anderen zielen sie darauf, Deutschland für gut ausgebildete ausländische Zuwanderer aus Drittstaaten attraktiver zu machen. Die Regelungen sind zum 1. August 2012 in Kraft getreten. Seitdem gibt es etliche Erleichterungen für Ausländer aus Nicht-EU-Staaten, die in Deutschland arbeiten wollen.

Durch das Gesetz gibt es nur noch einen einzigen Aufenthaltstitel für Hochqualifizierte aus Drittstaaten mit bestimmten Gehaltsgrenzen, die „Blaue Karte EU“, § 19a Aufenthaltsgesetz. Die Mindestverdienstgrenze von bisher 66.000 € wird für die Blaue Karte auf zwei Drittel der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung festgesetzt, das sind derzeit 44.800 €. Eine Vorrang- oder Vergleichbarkeitsprüfung findet nicht statt. Für sogenannte Mangelberufe beträgt die Verdienstgrenze sogar nur 52 Prozent der Beitragsbemessungsgrenze, das sind derzeit 34.944 €. Dazu zählen insbesondere alle Ingenieure, akademische und vergleichbare Fachkräfte in der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Ärzte. In diesen Fällen ist eine Vergleichbarkeitsprüfung vorgesehen, um Lohndumping zu verhindern.

Inhaber einer befristeten Blauen Karte EU erhalten nach rund drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis und damit ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, soweit ihr Arbeitsvertrag fortbesteht und sie u.a. Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet haben, § 19a Abs. 6 AufenthG. Durch die Notwendigkeit des Fortbestandes des Arbeitsvertrages wird verhindert, dass die sozialen Sicherungssysteme belastet werden. Soweit deutsche Sprachkenntnisse der Stufe B1 nachgewiesen werden, wird die Niederlassungserlaubnis bereits nach rund zwei Jahren erteilt, § 19a Abs. 6 S. 3 AufenthG. So wird ein zusätzlicher Anreiz zur Integration geschaffen.

Weiterhin wird ein auf sechs Monate befristeter Aufenthaltstitel zur Arbeitsplatzsuche eingeführt, Erteilungsvoraussetzungen sind Hochschulabschluss und eigenständige Lebensunterhaltssicherung. Diese Regelung in § 18c AufenthG ist auf drei Jahre befristet und soll anschließend evaluiert werden, da sie eine Abkehr vom Prinzip ist, dass eine Einwanderung in ein konkretes Arbeitsverhältnis erfolgen soll.

Ausländische Studenten aus Nicht-EU-Staaten können von nun an länger neben dem Studium arbeiten: Der zulässige Umfang ist von 90 ganzen bzw. 180 halben Tagen auf 120 ganze bzw. 240 halbe Tage angehoben worden, § 16 Abs. 3 S. 1 AufenthG. Dies erleichtert den beruflichen Einstieg und die Existenzsicherung für Nicht-BAföG-Berechtigte. Für ausländische Absolventen deutscher Hochschulen wird die Frist für die Suche nach einem angemessenen Arbeitsplatz von zwölf auf 18 Monate erhöht und die Möglichkeit eingeräumt, in dieser Zeit uneingeschränkt jede Erwerbstätigkeit auszuüben, § 16 Abs. 4 AufenthG.

Ausländer in einer betrieblichen Berufsausbildung oder in einer anderen Berufsausbildung an sonstigen Bildungseinrichtungen erhalten die Möglichkeit, nebenher bis zu zehn Stunden pro Woche einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Absolventen von Berufsausbildungen erhalten ein Jahr Zeit zur Suche nach einem angemessenen Arbeitsplatz und dürfen in dieser Zeit unbeschränkt arbeiten. Dies gibt Fachkräften auch in Ausbildungsberufen eine gute Chance für den Berufseinstieg – auch dann, wenn der Ausbildungsbetrieb den Auszubildenden nicht direkt übernehmen kann.

Gesetz zur Errichtung eines Nationalen Waffenregisters

Dieses Gesetz dient in erster Linie der Umsetzung einer EU-Richtlinie², es soll aber auch den ordnungsgemäßen Vollzug des Waffenrechts und die Arbeit der Sicherheitsbehörden vereinfachen.

Mit dem bereits im Jahr 2009 eingeführten § 43a Waffengesetz hatte der Gesetzgeber zwar schon eine Norm geschaffen, die bestimmte, dass bis zum 31. Dezember 2012 ein nationales Waffenregister zu errichten ist. Allerdings fehlten bisher detailliertere Regelungen, die aber aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung notwendig sind. Diese Lücke schließt das Nationale-Waffenregister-Gesetz (NWRG), BGBl. I 2012, 1366.

Im Nationalen Waffenregister werden künftig keine neue Daten erfasst, sondern die derzeit bei den über 500 Waffenbehörden vorhandenen, sehr heterogenen Daten standardisiert, bereinigt und die relevanten Eckdaten in einem zentralen Register zusammengefasst. Registerbehörde wird das Bundesverwaltungsamt sein, § 1 Abs. 2 NWRG. Mit dem Nationalen Waffenregister können erlaubnispflichtige Schusswaffen sowie waffenrechtliche Erlaubnisse, Ausnahmen, Anordnungen, Sicherstellungen oder Verbote konkreten Personen zugeordnet werden. Die nach Landesrecht zum Vollzug des Waffengesetzes bestimmten Behörden sind nach § 5 NWRG verpflichtet, im Anschluss an bestimmte, in § 3 NWRG näher aufgeführte Verwaltungsvorgänge, die Daten wie z. B. Name, Vorname, Geburtsdatum und -ort, Adresse und Staatsangehörigkeit zu übermitteln.

In § 10 NWRG normiert das Gesetz die Voraussetzungen, unter denen neben den Waffenbehörden auch die Polizeien von Bund und Ländern, die Justiz- und Zollbehörden und die Nachrichtendienste

* Ministerialrat Dr. Wolfgang Mosbacher, Berlin

¹ Die Bundesgesetzblätter Nr. 6 bis 44 aus dem Jahr 2012.

² Richtlinie 2008/51/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 21. Mai 2008

Daten abfragen können. Das Bundesverwaltungsamt prüft gemäß § 11 NWRG, ob das Übermittlungersuchen im Rahmen der in § 10 genannten Aufgaben der ersuchenden Stelle liegt, es sei denn, dass ein besonderer Anlass besteht, die Zulässigkeit der Übermittlung zu prüfen. Zudem ist aber auch unter gewissen Bedingungen ein automatisierter Abruf durch Behörden möglich, insbesondere wenn diese bestimmte technische und organisatorische Vorkehrungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz getroffen haben, § 13 Abs. 1 NWRG.

Erweiterung des Rechtsschutzes in Wahlsachen

Parteien können auf zwei Wegen zur Bundestagswahl zugelassen werden: Entweder sie sind im Bundestag oder einem Landtag seit deren letzter Wahl ununterbrochen mit mindestens fünf Abgeordneten vertreten oder sie zeigen ihren Beteiligungswillen dem Bundeswahlleiter spätestens neunzig Tage vor der Wahl an gemäß den formalen Anforderungen des § 18 Abs. 2 Bundeswahlgesetz (BWG). In letzterem Fall stellt der Bundeswahlausschuss verbindlich fest, welche Parteien für die Wahl anzuerkennen sind, § 18 Abs. 4 Nr. 2 BWG.

Nach bisherigem Recht bestand für Vereinigungen, die vom Bundeswahlausschuss nicht als Partei für die Bundestagswahl zugelassen wurden, nur ein nachträglicher Rechtsschutz: Sie konnten nach der Wahl einen Wahleinspruch beim Bundestag einlegen gemäß Art. 41 GG. Eine gewisse Aufmerksamkeit hatten vor der letzten Bundestagswahl die Fälle der Freien Union, die von Gabriele Pauli (früher CSU) geführt wurde, der Vereinigung „Die Partei“ des Satirikers Martin Sonneborn sowie der „Grauen“ erzielt. Alle drei waren nicht zur Bundestagswahl zugelassen worden und hatten erfolglos vor dem Bundesverfassungsgericht vor der Bundestagswahl um Rechtsschutz nachgesucht.³

Das neue Gesetz verbessert nun den Rechtsschutz in Wahlsachen.

Die Konzeption des nachträglichen Rechtsschutzes wird durchbrochen und Vereinigungen, welche der Bundeswahlausschuss nicht als Partei zugelassen hat, vor einer Bundestagswahl der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht eröffnet. Materiell können also Vereinigungen überprüfen lassen, ob ihnen die Eigenschaft als Partei im Sinne des § 18 Abs. 4 Nr. 2 BWG zu Unrecht abgesprochen wurde. Formal erfolgten dazu eine Ergänzung des Grundgesetzes (BGBl. I 2012, 1478) und Änderungen vor allem im Bundeswahlgesetz und im Wahlprüfungsgesetz (BGBl. I 2012, 1501). Nach dem neuen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4c GG ist den nicht als Partei anerkannten Vereinigungen nunmehr vor der Bundestagswahl die Möglichkeit einer Beschwerde zum Bundesverfassungsgericht eröffnet. Entsprechend werden detailliertere Regelungen zu dieser neuen Verfahrensart in §§ 13, 96a–96d Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) getroffen.

Erleichtert wird auch das bereits existierende Wahlprüfungsverfahren nach § 48ff BVerfGG, indem das Erfordernis gestrichen wird, nach dem bisher 100 Wahlberechtigte einer Beschwerde gegen den Beschluss des Bundestages über die Gültigkeit der Wahl beitreten mussten.

Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus

Dieses Gesetz ist eine unmittelbare Konsequenz aus den Taten der rechtsextremen Zwickauer Terrorzelle, die sich selbst als „Nationalsozialistischer Untergrund“ bezeichnete und Anfang November 2011 nach einem Banküberfall in Eisenach aufflog.

³ BVerfG, NVwZ 2009, 1367; BayVBl 2009, 750; BVerfGK 16, 82; vgl. auch Frenzel, NVwZ 2009, 1349.

Das Gesetz, BGBl. I 2012, 1798, enthält die Rechtsgrundlage für die Errichtung einer Rechtsextremismusdatei. Ziel ist es, den Informationsaustausch zwischen den insgesamt 36 Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder im Bereich der Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus zu intensivieren und zu beschleunigen. Nach § 1 Abs. 1 Rechtsextremismus-Datei-Gesetz (RED-G) sind das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei, die 16 Landeskriminalämter, die 16 Landespolizeien, die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie der Militärische Abschirmdienst erfasst.

Es handelt sich um eine gemeinsame standardisierte zentrale Datei, die beim Bundeskriminalamt angesiedelt ist. Dort werden gemäß § 2 RED-G Daten über bekannte rechtsextremistische Straftäter, bekannte rechtsextremistische gewaltorientierte Personen, deren Kontaktpersonen sowie Vereinigungen, Sachen und Objekte gespeichert. Zudem normiert § 2 Abs. 1 RED-G eine Pflicht, dass die Behörden bereits erhobene Daten und Informationen in der Datei speichern. § 3 legt verbindlich und detailliert fest, welche Daten gespeichert werden müssen wie z.B. E-Mail-Adressen, Bankverbindungen, Waffenbesitz, aktuelle Haftbefehle und Zugehörigkeit zu rechtsextremistischen Netzwerken. Jeder teilnehmenden Behörde wird der sofortige Zugriff auf bestimmte Angaben zu entsprechenden Personen und Objekten ermöglicht. Das Abrufverfahren ermöglicht, dass Erkenntnisse einer Behörde einer anderen den Bund und die Länder übergreifend leichter zugänglich gemacht werden. Grundgedanke ist, dass einzelne Erkenntnisse einer Behörde in Verknüpfung mit Erkenntnissen anderer Behörden wertvolle Spuren auf gewaltbezogenen Rechtsextremismus liefern können. Am 19. September 2012 ist die Rechtsextremismusdatei in Betrieb genommen worden.

Gesetz zur finanziellen Beteiligung am ESM

Dieses Gesetz (BGBl. I 2012, 1918) setzt notwendige Regelungen zur Durchführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) um. Der ESM ist ein dauerhaftes Element zur Euro-Stabilisierung, indem er Stabilitätshilfen an einen Mitgliedstaat der Eurozone gewähren kann, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität der Eurozone als Ganzes unabdingbar ist.

Der ESM ist eine durch einen völkerrechtlichen Vertrag gegründete internationale Finanzinstitution, die am 8. Oktober 2012 ihre Arbeit aufgenommen hat. Zuvor war es nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. September 2012 innerstaatlich für die Bundesrepublik möglich, den Vertrag zu ratifizieren. Vor der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Brüssel hatten sich die Vertragspartner auf eine Auslegungserklärung geeinigt, die den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht.⁴

Das Gesetz sieht in § 1 vor, dass sich Deutschland mit 21,7 Mrd. € am einzuzahlenden Kapital des ESM und mit 168,3 Mrd. € am abrufbaren Kapital beteiligt. Das Gesetz spiegelt somit wider, dass der deutsche Kapitalanteil am ESM nach Art. 8 Abs. 5 des ESM-Vertrags unter allen Umständen auf 190 Milliarden € begrenzt ist. Des Weiteren enthält das Gesetz Sonderregelungen für die Beteiligung des Deutschen Bundestages, entweder durch das Plenum, den Haushaltsausschuss oder ein nach § 6 gewähltes Sondergremium, das in besonderen Fällen wie dem Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt zum Zweck der besonderen Vertraulichkeit eingebunden wird.

⁴ Vgl. BGBl. II 2012, 1087.

„Bauen ohne Baugenehmigung“ – mit der neuen Niedersächsischen Bauordnung (NBauO)

Am 20. März 2012 hat der Niedersächsische Landtag nach über einjähriger Beratungsphase mit breiter parlamentarischer Mehrheit eine neue Landesbauordnung beschlossen¹. Sie tritt – von wenigen Ausnahmen abgesehen – am 1. November 2012 in Kraft. Im Vergleich zu den vorangegangenen Bauordnungsnovellen aus den Jahren 1995, 2002 und 2005 handelt es sich um eine grundlegende Neuausrichtung und Weiterentwicklung des Bauordnungsrechts. Der nachfolgende Beitrag möchte den Einstieg in das neue Regelwerk erleichtern, notwendige Orientierung vermitteln und die neue Regelungsstruktur veranschaulichen. Dazu soll einleitend das Gesetzgebungsverfahren in der gebotenen Kürze nachgezeichnet werden. Insbesondere sollen hier die Regelungsziele des Gesetzgebers in den Blick genommen und die teils konträren rechtspolitischen Argumentationslinien thematisiert werden (I.). Anschließend werden die zentralen Eckpfeiler und Schwerpunkte der neuen NBauO im Vergleich zur bislang geltenden Gesetzesfassung² – nachfolgend als NBauO a.F. bezeichnet – vorgestellt (II.). Hierzu gehören neben dem Herzstück des Gesetzes – einer weitreichenden Liberalisierung, Deregulierung und Entstaatlichung des Baugenehmigungsverfahrens – beispielsweise auch die Novellierung der Vorschriften über Grenzabstandsflächen, die Einführung von Gebäudeklassen, neue Vorschriften zu Rauchwarnmeldern und zu Abweichungen, die Einführung einer Pflicht zur Errichtung von Spielplätzen sowie die Verankerung des Instituts eines Bauleiters. In einem abschließenden Fazit (III.) wird die neue Regelungslogik der NBauO einer kritischen Würdigung unterzogen.

I. Gesetzgebungsverfahren

Der Gesetzentwurf der Landesregierung wurde am 21. Dezember 2010 in den Niedersächsischen Landtag eingebracht³. Zuvor erhielten 82 Kammern und Verbände Gelegenheit zur Stellungnahme⁴. Auf Antrag der Landesregierung wurde der Gesetzentwurf gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 der Geschäftsordnung des Niedersächsischen Landtages (GO-LT Nds) sogleich an den federführenden Ausschuss für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration überwiesen, so dass die grundsätzlich obligatorische erste Beratung im Plenum unterbleiben konnte. Die nach § 24 Abs. 3 GO-LT Nds stattdessen vorgesehene öffentliche Erörterung des Gesetzentwurfs im federführenden Ausschuss fand am 3. Februar 2011 statt. Am 3. März 2011

führte der Ausschuss gem. § 93 Abs. 2 GO-LT Nds eine öffentliche Anhörung von insgesamt 15 Vertretern von Interessenverbänden und Sachverständigen durch⁵. Bis zur Erstellung der Beschlussempfehlung⁶ sowie des schriftlichen Berichts des zuständigen Berichtstatters *Beckmann*⁷ fanden insgesamt sieben weitere Sitzungen des federführenden Ausschusses statt. Die erstmalige und abschließende Beratung und Abstimmung im Niedersächsischen Landtag erfolgte am 20. März 2012⁸. Der Gesetzentwurf der Landesregierung wurde mit nur geringfügigen Änderungen von einer breiten parlamentarischen Mehrheit beschlossen. Lediglich die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke stimmten gegen den Gesetzentwurf. Das Gesetz wurde am 3. April 2012 ausgefertigt und am 12. April 2012 im Niedersächsischen Gesetzes- und Verordnungsblatt verkündet.

1. Ziele des Gesetzgebers

Der niedersächsische Gesetzgeber verfolgt mit der Neuregelung der NBauO vier, sich teilweise überlagernde Zielsetzungen:

a) Verfahrensbeschleunigung

Im Hinblick auf die Neuregelung des Baugenehmigungsverfahrens dient die Gesetzesreform in erster Linie der Verfahrensbeschleunigung durch Entbürokratisierung und Vereinfachung⁹. Die Befreiung zahlreicher weiterer Bauvorhaben vom Baugenehmigungsvorbehalt wird nach Einschätzung des Gesetzgebers darüber hinaus zu einer deutlichen Entlastung der Bauaufsichtsbehörden führen¹⁰.

Der in § 10 S. 2 VwVfG allgemein verankerte Grundsatz, wonach Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen sind¹¹, beansprucht gerade auch im komplexen und bislang außerordentlich prüfungsintensiven Baugenehmigungsverfahren eine gewichtige Rolle. Die Steigerung der Effizienz des Verwaltungshandelns im Baugenehmigungsverfahren ist nicht nur ein ordnungs- und rechtspolitisches Anliegen, sondern darüber hinaus auch ein verfassungsrechtlich gebotenes Postulat (Grundrechtsschutz durch Verfahren)¹², hat der Bauherr doch einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch, dass über seinen Bauantrag ohne unnötige Verzögerungen entschieden wird¹³.

* Dr. Hendrik Lackner ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule Osnabrück und Richter am Verwaltungsgericht Hamburg (beurlaubt). Er war dort bis Anfang 2011 Mitglied einer auf Baurecht spezialisierten Kammer.

1 Niedersächsische Bauordnung (NBauO) v. 3. April 2012, Nds. GVBl. S. 46 ff.
2 Niedersächsische Bauordnung (NBauO) in der Fassung vom 10. Februar 2003, Nds. GVBl. S. 89 ff., zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 10. November 2011, Nds. GVBl. S. 415 ff.
3 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011. Innerhalb der Landesregierung ist das Ministerium für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration federführend, dessen Abteilung 5 (Bauen und Wohnen) u.a. für das Bauordnungsrecht zuständig ist.
4 Vgl. LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 61.

5 Eine Übersicht der angehörten Interessenvertreter ist im Internet abrufbar unter www.landtag.niedersachsen.de/kurzberichte_ausschuesse_wp_16/soziales/ (Zugriff am 10. August 2012).

6 LT-Drs. 16/4587 v. 13. März 2012.

7 LT-Drs. 16/4621 v. 19. März 2012.

8 Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 16997 ff.

9 *Özkan*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 17009.

10 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 60.

11 Siehe hierzu näher *Pünder*, JuS 2011, 289 (293).

12 *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 14 Rn. 22.

13 Vgl. *Schmaltz*, in: Große-Suchsdorf u. a., Niedersächsische Bauordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2006, § 75 Rn. 3.

b) Kostenreduzierung durch Deregulierung

Neben einer Verfahrensbeschleunigung erhofft sich der Gesetzgeber außerdem, dass Bauvorhaben insgesamt kostengünstiger realisiert werden können¹⁴. Kostenersparnisse könnten zum einen dadurch realisiert werden, dass auf verschiedene präventive bauaufsichtliche Prüfungen verzichtet wird, zum anderen dadurch, dass bestimmte materielle bauordnungsrechtliche Anforderungen gestraft oder ganz gestrichen werden. Der Verzicht auf staatliche Prüftätigkeit dürfe, so die Gesetzesbegründung, jedoch nicht zu einem Verlust an Sicherheit oder Bauqualität führen¹⁵.

c) Rechtsvereinheitlichung durch Anpassungen an die Musterbauordnung

Sehr deutlich artikuliert der Gesetzgeber die Regelungsabsicht, die NBauO näher an die Musterbauordnung (MBO)¹⁶ und die Landesbauordnungen anderer Bundesländer heranzuführen, um für alle am Bau Beteiligten ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten.

d) Reduzierung von Verfahrensmängeln und materieller Baurechtsverstöße

Schließlich bezweckt der Gesetzgeber, mit eindeutigeren Rechtsvorschriften und dem Abbau komplexer und für überflüssig erachteter Detailregelungen die Zahl an Verfahrensmängeln und materiellen Baurechtsverstößen abzusenken¹⁷.

2. Rechtspolitische Konfliktlinien

Der Diskussionsverlauf im federführenden Parlamentsausschuss sowie die abschließende Plenardebatte im Niedersächsischen Landtag lassen folgende rechtspolitische Konfliktlinien deutlich hervortreten: Die Regierungsfractionen CDU und FDP sehen in der Neugestaltung der Landesbauordnung einen wichtigen Beitrag zur Vereinfachung und Beschleunigung des niedersächsischen Bauordnungsrechts. Der im Verzicht auf nicht zwingend erforderliche präventive bauaufsichtliche Prüfungen zum Ausdruck kommende Bürokratieabbau erweitere die Freiheitssphäre bauwilliger Bürger und Unternehmen und stärke deren Eigenverantwortung¹⁸. Durch die Halbierung der Grenzabstände von 1 H auf 0,5 H werde die Baufreiheit gestärkt und eine Nachverdichtung ermöglicht¹⁹.

Von Seiten der Opposition wurde insbesondere die gesetzliche Verpflichtung des Bauherrn, beim Bau von Gebäuden ab fünf Wohnungen Spielplätze für Kleinkinder einzurichten, für unzureichend gehalten²⁰. Auch das Thema Barrierefreiheit habe nicht ausreichend Berücksichtigung bei der Neufassung der NBauO gefunden²¹. Die

14 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 58.

15 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 60.

16 Die Musterbauordnung in der Fassung vom November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom Oktober 2008, ist im Internet abrufbar unter www.is-argebau.de/Dokumente/42311628.pdf (Zugriff am 10. August 2012).

17 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 60.

18 *Mundlos*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 16997.

19 *Matthiesen*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 16998.

20 *Staudte*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 17002. Der vom Plenum abgelehnte Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, LT-Drs. 16/4619 v. 19. März 2012, sieht unter Ziff. 4 vor, dass bereits bei der Errichtung eines Gebäudes mit mehr als drei Wohnungen ein ausreichend großer Spielplatz für Kinder anzulegen ist.

21 *Adler*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 17000.

Regelung über Rauchwarnmelder sei in doppelter Hinsicht unzulänglich: Einerseits trage die lange Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2015 der Bedeutung des Grundrechts auf Leben nicht hinreichend Rechnung. Andererseits sei die Vorschrift sanktionslos ausgestaltet, weil die Nichteinhaltung nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werde²². Darüber hinaus seien Aspekte des Klimaschutzes bei der Novellierung der Landesbauordnung zu kurz gekommen, etwa im Bereich von Kleinwindanlagen²³. Die SPD-Fraktion stimme – trotz Kritik zu Detailfragen, insbesondere der mehrjährigen Übergangsfrist für die Installation von Rauchwarnmeldern²⁴ – dem Gesetzentwurf zu.

II. Wesentliche Änderungen im Überblick

Der Gestaltungsanspruch des Gesetzgebers, zu vereinfachen und zu verschlanken, hat sich auch in quantitativer Hinsicht bemerkbar gemacht: Gegenüber der alten Gesetzesfassung mit ihren 102 Paragraphen beschränkt sich die neue NBauO auf insgesamt 88 Paragraphen und einen Anhang zu § 60 Abs. 1 NBauO. Nachfolgend werden zunächst die Änderungen im Bereich des Baugenehmigungsverfahrens (1.) dargestellt. Anschließend werden verschiedene Aspekte des materiellen Bauordnungsrechts angesprochen, die neu geregelt worden sind (2.).

1. Reform des Baugenehmigungsverfahrens

In Übereinstimmung mit der MBO und in enger Anlehnung an die NBauO a.F. sieht die neue NBauO folgende verfahrensrechtliche Grundtypen vor:

- verfahrensfreie Baumaßnahmen, § 60 NBauO²⁵;
- sonstige genehmigungsfreie Baumaßnahmen, § 62 NBauO²⁶;
- das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren, § 63 NBauO²⁷;
- das Baugenehmigungsverfahren, § 64 NBauO²⁸.

Im Unterschied zur NBauO a.F. haben sich die jeweiligen Anwendungsbereiche der unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Grundtypen im neuen Regelwerk stark verschoben. Das klassische Baugenehmigungsverfahren ist zum Ausnahmeverfahren herabgestuft worden – es ist nur noch für Sonderbauten im Sinne des § 2 Abs. 5 NBauO einschlägig. Verfahrensübergreifend kommt es gemäß § 65 NBauO – erneut die Vorgaben der MBO nachvollziehend – zu einem staatlichen Prüfverzicht bei den Nachweisen für den Schall-, Wärme- und Erschütterungsschutz. Zur Begründung führt die Gesetzesbegründung an, dass diese Nachweise von qualifiziertem Personal erstellt würden²⁹.

22 *Adler*, a.a.O., S. 17001. Der Änderungsantrag der Fraktion Die Linke, LT-Drs. 16/4631 v. 19. März 2012, der unter Ziff. 4 eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2013 und unter Ziff. 12 einen entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestand vorsieht, wurde im Plenum abgelehnt, vgl. Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 17011.

23 *Staudte*, a.a.O.

24 *Brunotte*, Plenarprotokoll 16/131 v. 20. März 2012, S. 17006. Siehe hierzu auch den Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, LT-Drs. 16/180 v. 22. Mai 2008, der ausweislich LT-Drs. 16/4528 v. 2. März 2012 zurückgezogen wurde.

25 Vgl. § 59 MBO.

26 Vgl. § 62 MBO.

27 Vgl. § 63 MBO.

28 Vgl. § 64 MBO.

29 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 59.

a) Verfahrensfreie Baumaßnahmen

§ 60 Abs. 1 S. 1 NBauO sieht vor, dass die im Anhang zu § 60 Abs. 1 NBauO genannten baulichen Anlagen und Teile baulicher Anlagen in dem dort festgelegten Umfang ohne Baugenehmigung errichtet, in bauliche Anlagen eingefügt und geändert werden dürfen. § 60 Abs. 3 NBauO führt für den Abbruch und die Beseitigung bestimmter baulicher Anlagen ein Anzeigeverfahren – die so genannte Abbruchanzeige – ein. Im Unterschied zu § 69 Abs. 3 Nr. 1 NBauO a.F. gilt das Anzeigeverfahren nunmehr auch für Hochhäuser im Sinne des § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 NBauO. Dass § 60 NBauO mit „Verfahrensfreie Baumaßnahmen“ überschrieben ist – in § 69 NBauO a.F. hieß es „Genehmigungsfreie Baumaßnahmen“, – dient zuvörderst der terminologischen Abgrenzung zu den in § 62 NBauO neu normierten sonstigen genehmigungsfreien Baumaßnahmen³⁰.

Im Vergleich zur Regelung in § 69 Abs. 1 NBauO a.F. ist der Katalog der verfahrensfreien Baumaßnahmen in nicht unerheblichem Umfang erweitert worden. Baugenehmigungsfrei errichtet werden dürfen nach der Anlage zu § 60 Abs. 1 NBauO neuerdings u.a. folgende Anlagen und Baumaßnahmen:

- Nr. 1.4: Gewächshäuser mit einer Firsthöhe von nicht mehr als 5 m (bislang 4 m);
- Nr. 1.8: Terrassenüberdachungen mit einer Grundfläche von nicht mehr als 30 qm;
- Nr. 2.3: Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren gebäudeunabhängig (bislang nur in und an oder auf Dach- und Außenwandflächen);
- Nr. 3.9: Installation von Brandmeldeanlagen;
- Nr. 4.4: Flutlichtmasten mit einer Höhe von nicht mehr als 10 m, außer im Außenbereich;
- Nr. 6.1: Einfriedungen mit nicht mehr als 2 m Höhe (bislang 1,8 m);
- Nr. 9.3: Erweiterung um Spielplätze im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 NBauO.

b) Sonstige genehmigungsfreie Baumaßnahmen, § 62 NBauO

§ 62 NBauO stellt die in Abs. 1 näher konkretisierten Baumaßnahmen genehmigungsfrei, wenn die in Abs. 2 normierten Voraussetzungen vorliegen. § 62 NBauO knüpft an die Regelung in § 69a NBauO a.F. an, allerdings mit einem wesentlich erweiterten Anwendungsbereich. Während sich letztere ausschließlich auf Wohngebäude beschränkte, erstreckt sich § 62 NBauO neben Wohngebäuden auch auf sonstige Gebäude der Gebäudeklassen 1 und 2 (§ 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 2), bauliche Anlagen, die keine Gebäude sind (§ 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 3), sowie auf bestimmte Nebengebäude und Nebenanlagen (§ 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 NBauO). Der Gesetzentwurf der Landesregierung sieht in § 62 Abs. 10 NBauO ein Wahlrecht des Bauherrn vor, statt der Genehmigungsfreiheit das entsprechende, d.h. vereinfachte oder „herkömmliche“ Baugenehmigungsverfahren nach § 63 bzw. § 64 NBauO zu verlangen³¹. Der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses folgend, hat der Gesetzgeber diese Wahlfreiheit dahingehend beschränkt, dass der Bauherr für Baumaßnahmen nach § 62 Abs. 1 NBauO nur die Durchführung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens verlangen kann.

30 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 94.

31 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 97.

c) Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren, § 63 NBauO

Gemäß § 63 Abs. 1 NBauO kommt das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren – von Sonderbauten im Sinne des § 2 Abs. 5 NBauO abgesehen – für die genehmigungsbedürftige Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung sämtlicher baulicher Anlagen zur Anwendung. Handelt es sich also weder um Sonderbauten, noch um ein nach den §§ 60 ff. NBauO verfahrens- oder genehmigungsfreies Vorhaben, ist § 63 Abs. 1 NBauO einschlägig. Es ist damit das neue „Regelverfahren“ in Niedersachsen. Das besondere Wesensmerkmal des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens liegt in einem stark reduzierten Prüfungsumfang begründet: Die Bauaufsichtsbehörde prüft nach § 63 Abs. 1 S. 2 NBauO lediglich, ob die Baumaßnahme mit dem städtebaulichen Planungsrecht, ausgewählten Materien des Bauordnungsrechts (Abstandsflächen, Rettungswege, notwendige Einstellplätze sowie Werbeanlagen) sowie den sonstigen Vorschriften des öffentlichen Rechts im Sinne des § 2 Abs. 16 NBauO vereinbar ist. Geprüft werden gemäß § 63 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 2 NBauO auch die bautechnischen Nachweise in dem durch § 65 NBauO bestimmten Umfang. Anders als § 62 Abs. 10 NBauO dies bei den sonstigen genehmigungsfreien Baumaßnahmen vorsieht, wird dem Bauherrn beim vereinfachten Baugenehmigungsverfahren ein Wahlrecht, in das herkömmliche Baugenehmigungsverfahren nach § 64 NBauO zu wechseln, nicht eingeräumt. In anderen Landesbauordnungen ist ein solches Wahlrecht teilweise durchaus vorgesehen³². Da die Erteilung einer Baugenehmigung im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren wesentlich weniger prüfungs- und arbeitsintensiv ist, fallen für den Bauherrn entsprechend geringere Gebühren an.

d) Baugenehmigungsverfahren, § 64 NBauO

Das in § 64 NBauO geregelte „herkömmliche“, d.h. „klassische“ Baugenehmigungsverfahren knüpft an die Regelung in § 75 NBauO a.F. an. Sein sachlicher Anwendungsbereich ist auf Sonderbauten im Sinne des § 2 Abs. 5 NBauO beschränkt. Der Prüfungsmaßstab ergibt sich aus § 64 S. 1 NBauO. Danach ist die Baumaßnahme umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Baurecht (§ 2 Abs. 16 NBauO) zu untersuchen. Zutreffend heißt es in der Gesetzesbegründung, die im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens nach § 64 NBauO erteilte Baugenehmigung sei als umfassende öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung zu verstehen³³. Der Gesetzgeber war sich also voll bewusst, dass einer im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren erteilten Baugenehmigung wegen des beschränkten Prüfungsumfangs ein solches Unbedenklichkeitstestament nicht zukommen kann.

2. Änderungen des materiellen Bauordnungsrechts*a) Einführung von Gebäudeklassen, § 2 Abs. 3 NBauO*

Von strukturbildender Relevanz ist die Normierung von fünf Gebäudeklassen in § 2 Abs. 3 NBauO. So knüpft beispielsweise § 62 Abs. 1 S. 1 NBauO bei der Konkretisierung genehmigungsfreier Baumaßnahmen an die neue Gebäudeklassifizierung an. Auch § 65 Abs. 3 NBauO greift bei der Frage, in welchem Umfang die Nachweise

32 Siehe etwa § 59 Abs. 3 Hamburgische Bauordnung, HmbGVBl. 2005, S. 525 ff.

33 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 99.

der Standsicherheit und des Brandschutzes noch durch die Bauaufsichtsbehörde zu prüfen sind, auf die neuen Gebäudeklassen zurück.

Folgende fünf Gebäudeklassen sieht die NBauO neuerdings vor:

Gebäudeklasse	Definition
1	Freistehende Gebäude mit einer Höhe bis zum 7 m und nicht mehr als zwei Nutzungseinheiten von insgesamt nicht mehr als 400 qm Grundfläche und freistehende land- oder fortwirtschaftlich genutzte Gebäude,
2	nicht freistehende Gebäude mit einer Höhe bis zu 7 m und nicht mehr als zwei Nutzungseinheiten von insgesamt nicht mehr als 400 qm Grundfläche,
3	sonstige Gebäude mit einer Höhe bis zu 7 m,
4	Gebäude mit einer Höhe bis zu 13 m und Nutzungseinheiten mit jeweils nicht mehr als 400 qm Grundfläche,
5	von den Nummern 1 bis 4 nicht erfasste sowie unterirdische Gebäude mit Aufenthaltsräumen.

b) Grenzabstandsflächen, § 5 NBauO

Eine wesentliche Veränderung haben die Regelungen über die Grenzabstandsflächen erfahren. Nach § 5 Abs. 2 S. 1 NBauO beträgt der Abstand, den Gebäude von den Grenzen des Baugrundstücks halten müssen, grundsätzlich 0,5 H. In Gewerbe- und Industriegebieten liegt dieser Wert gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 NBauO bei 0,25 H. Gegenüber der früheren Regelung in § 7 Abs. 3 NBauO a.F., wonach der Abstand grundsätzlich 1 H, für besondere Gebietskulissen nach § 7 Abs. 4 S. 1 NBauO a.F. 0,5 H betrug, ist der einzuhaltende Abstand halbiert worden. Allerdings bleibt die NBauO damit immer noch hinter den in § 6 Abs. 5 S. 1 MBO vorgesehenen 0,4 H bzw. den in § 6 Abs. 5 S. 2 MBO für Gewerbe- und Industriegebiete vorgesehenen 0,2 H zurück. Im Zuge nachträglicher Wärmedammaßnahmen ist gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 NBauO eine geringfügige Unterschreitung der Abstandsflächen möglich. Unverändert geblieben ist dagegen der einzuhaltende Mindestabstand von 3 Metern.

Die Neuregelung in § 5 NBauO ist im Hinblick auf die Gebote der Normenklarheit, Normenbestimmtheit und Normentransparenz außerordentlich zu begrüßen. Sie löst einen recht unübersichtlich anmutenden Regelungskomplex ab, der sich mit den §§ 7, 7a, 7b, 8, 12 und 12a NBauO a.F. über eine längere Vorschriftenkette erstreckte. Auch das in § 7a NBauO a.F. bislang geregelte „Schmalseitenprivileg“, das Gegenstand zahlreicher verwaltungsgerichtlicher Verfahren war, ist somit dem Wunsch des Gesetzgebers nach Vereinfachung und Entschlackung zum Opfer gefallen. Dieser Verzicht der Legislative, jede noch so unbedeutende Detailfrage selbst regeln zu wollen, wird die Rechtsanwendung in der Praxis erheblich erleichtern und flexibilisieren. Mit Spannung wird abzuwarten sein, ob die Reduzierung der Abstandsflächen zu mehr verwaltungsgerichtlichen Nachbarstreitigkeiten im Hinblick auf eine mögliche Verletzung des Rücksichtnahmegebotes führen könnte.

c) Pflicht zur Errichtung von Spielplätzen (§ 9 Abs. 3 NBauO)

§ 9 Abs. 3 S. 1 NBauO verpflichtet neuerdings den Bauherren, einen ausreichend großen Spielplatz für Kinder im Alter bis zu sechs Jahren anzulegen, wenn er ein Gebäude mit mehr als fünf Wohnungen

errichtet. Ausnahmsweise gilt dies nach § 9 Abs. 3 S. 2 NBauO nicht, wenn in unmittelbarer Nähe bereits ein Kinderspielplatz vorhanden ist oder wenn ein Bedarf für einen solchen Spielplatz wegen der Art und der Lage der Wohnungen – die Gesetzesbegründung erwähnt exemplarisch Lehrlings- oder Altenwohnheime³⁴ – nicht gegeben ist. Für Eigentümer von Bestandsgebäuden mit mehr als fünf Wohnungen nicht unproblematisch ist § 9 Abs. 3 S. 3 NBauO. Diese Rechtsgrundlage räumt der unteren Bauaufsichtsbehörde Ermessen ein, die nachträgliche Herstellung eines Kinderspielplatzes zu verlangen³⁵. Als ermessensleitende Gesichtspunkte werden neben der Existenz geeigneter Flächen insbesondere alternative Spielmöglichkeiten sowie ein im konkreten Einzelfall nachweislich nicht bestehender Bedarf in die Ermessensentscheidung einfließen³⁶.

d) Installation von Rauchwarnmeldern, § 44 Abs. 5 NBauO

Nachdem zwischenzeitlich neun Landesbauordnungen entsprechende Regelungen enthalten³⁷, hat sich nunmehr auch der niedersächsische Landesgesetzgeber veranlasst gesehen, Wohnungseigentümern in § 44 Abs. 5 S. 1 NBauO aufzugeben, Schlafräume und Kinderzimmer sowie Flure, über die Rettungswege von Aufenthaltsräumen führen, mit jeweils mindestens einem Rauchwarnmelder auszustatten. Für bis zum 31. Oktober 2012 errichtete oder genehmigte Bestandsgebäude sieht § 44 Abs. 5 S. 3 NBauO eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2015 vor. Zweck dieser Gesetzesregelung ist es, Gefahren für Leib und Leben aus unbemerkter Brandentstehung zu vermeiden³⁸. Bei vermieteten Wohnungen ist es gemäß § 44 Abs. 5 S. 4 NBauO grundsätzlich Sache des Mieters, die Betriebsbereitschaft der Rauchwarnmelder sicherzustellen.

Ob eine derart lange Übergangsfrist den erheblichen Gefahren für Leib und Leben hinreichend Rechnung trägt, darf mit guten Gründen bezweifelt werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Anschaffungskosten von Rauchmeldern, die sich mittlerweile im Bagatellbereich bewegen. Die massive Kritik an dieser Regelung im Zuge der Parlamentsberatungen erscheint vor diesem Hintergrund durchaus berechtigt zu sein.

e) Das Institut des Bauleiters, § 55 NBauO

Nach Aufhebung einer entsprechenden Regelung durch die Bauordnungsnovelle 1986 führt § 55 NBauO nunmehr erneut das Institut des Bauleiters ein. Der Bauleiter hat nach § 55 Abs. 1 S. 1 NBauO darüber zu wachen, dass die Baumaßnahme entsprechend den öffentlich-rechtlichen Anforderungen durchgeführt wird. Er hat die dafür erforderlichen Weisungen zu erteilen. Gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 NBauO hat der Bauleiter einen geeigneten Fachbauleiter zu bestellen, wenn ihm auf einzelnen Teilgebieten die erforderlichen Fachkenntnisse fehlen. Mit dieser Vorschrift verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, das ordnungsgemäße Ineinandergreifen der Bauarbeiten auf der

34 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 74.

35 Verfassungsrechtliche Bedenken werden von *Fricke/Krumstrob*, NordÖR 2011, 108 (109) angemeldet.

36 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 75.

37 Vgl. LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 87.

38 In Niedersachsen sterben jährlich etwa 50 Menschen bei Wohnungsbränden, ein Großteil davon an Rauchgasvergiftung. Erfahrungen aus dem europäischen Ausland zeigen, dass eine gesetzliche Pflicht zum Einbau von Rauchwarnmeldern ein deutliches Absinken der Anzahl der Todesfälle bewirkt, siehe hierzu näher LT-Drs. 16/180 v. 22. Mai 2008, S. 1.

Baustelle zu gewährleisten³⁹. § 52 Abs. 2 S. 2 NBauO verpflichtet den Bauherrn, der Bauaufsichtsbehörde den Namen des Bauleiters vor Baubeginn schriftlich mitzuteilen.

f) Abweichungen statt Ausnahmen und Befreiungen, § 66 NBauO

§ 66 NBauO tritt an die Stelle der §§ 85 und 86 NBauO a.F. Die beiden Vorgängervorschriften werden nunmehr in einer Regelung zusammengefasst, deren Normstruktur und Formulierung unmittelbar § 67 MBO nachgebildet ist. Gemäß § 66 Abs. 1 NBauO ist es in das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde gestellt, auf schriftlich begründeten Antrag Abweichungen von Anforderungen der NBauO zuzulassen, wenn diese unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderung und unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange mit den öffentlichen Belangen, insbesondere den Anforderungen nach § 3 Abs. 1 NBauO vereinbar sind. § 66 NBauO strukturiert die erforderliche Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde weitgehend vor, indem es die in die Abwägung einzustellenden Ermessensgesichtspunkte präzise benennt: den jeweiligen Schutzzweck der Norm, berührte nachbarliche Belange sowie die in der bauordnungsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 NBauO enthaltenen Mindestanforderungen. Anders als die früheren Ausnahme- und Befreiungstatbestände, die eher kasuistischer Natur waren, handelt es sich bei § 66 NBauO um eine schutzzielbezogene, flexible und damit insgesamt vollzugstauglichere Regelung⁴⁰.

3. Übergangsvorschriften und Inkrafttreten

Eine für die Praxis wichtige Übergangsvorschrift enthält § 86 NBauO. Nach § 86 Abs. 1 NBauO ist für diejenigen Verfahren, die vor dem Inkrafttreten der neuen Landesbauordnung am 1. November 2012 eingeleitet werden, die NBauO a.F. anzuwenden.

§ 88 Abs. 1 S. 1 NBauO ordnet das Inkrafttreten des Gesetzes zum 1. November 2012 an. Der Gesetzgeber bezweckt mit dieser eher großzügig bemessenen zeitlichen Bestimmung, dass sich die am Bau Beteiligten intensiv auf die neue Rechtslage einstellen können⁴¹. Folgende sechs Regelungsmaterien sind gemäß § 88 Abs. 1 S. 2 NBauO bereits am Tag nach der Verkündigung, d.h. am 13. April 2012 in Kraft getreten: die neuen Flächenabstandsregelungen (§§ 5 ff. NBauO), die Regelung zu Kinderspielplätzen (§ 9 Abs. 3 NBauO), die Vorschrift über die Zuständigkeit für die Marktüberwachung von Bauprodukten (§ 17 Abs. 8 NBauO) sowie die Verordnungsermächtigung in § 82 NBauO und die Ermächtigung der Gemeinden, die in § 84 NBauO näher konkretisierten örtlichen Bauvorschriften zu erlassen.

III. Fazit

Die Neufassung der NBauO hat viel Zeit gekostet. Die ministeriellen Vorarbeiten reichen bis in das Jahr 2006 zurück. Sich bei der Gesetzgebung Zeit zu nehmen, Argumente ernsthaft zu wägen und externen Sachverstand fruchtbar zu machen – das sind nicht die schlechtesten Voraussetzungen für ein gelungenes Reformwerk. Schließlich waren

die zahlreichen, überwiegend mit heißer Nadel gestrickten Gesetze zur Euro-, Banken- und Griechenlandrettung nicht selten schon im Zeitpunkt ihrer Verabschiedung Makulatur.

1. Mehr Privat, weniger Staat

Der neuen NBauO liegt ein klarer ordnungspolitischer Kompass zu Grunde. Die staatliche Bauaufsicht zieht sich im gebotenen Umfang zurück und überlässt privaten Akteuren das Feld zu mehr eigenverantwortlicher Freiheitsbetätigung. Eine solche ordnungspolitische Grundaussage, welche dem privaten Sektor mehr Freiräume belässt, ihm aber auch mehr Risiken aufbürdet, muss man rechtspolitisch nicht teilen. Sie liegt gleichwohl auf einer Linie mit den Leitprinzipien der MBO und ist Ausdruck moderner staatlicher Gewährleistungsverwaltung⁴²: Der Staat darf private Akteure an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der Gemeinwohlkonkretisierung beteiligen, sie ihnen sogar teilweise ganz übertragen, solange er – und hier betritt der Staat im Gewand des Regulierers und Kontrolleurs erneut die Bühne – gewährleistet, dass definierte Gemeinwohlstandards nicht unterschritten werden.

Aus verwaltungs- und steuerungswissenschaftlicher Perspektive betrachtet, steht die neue Landesbauordnung auf einer Linie mit dem am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Niedersächsischen Gaststättengesetz (NGastG)⁴³. § 2 Abs. 1 NGastG ersetzt das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des alten GastG durch eine schlichte Anzeigepflicht. Der niedersächsische Landesgesetzgeber hat damit in zwei zentralen Regelungsmaterien aus dem Bereich des besonderen Gefahrenabwehrrechts seinen Aktionsradius zurückgenommen – der Staat befindet sich also auf dem Rückzug. Gleichwohl darf diese Neuausrichtung staatlicher Gefahrenabwehr nicht darüber hinwegtäuschen, dass private Bauherren natürlich weiterhin uneingeschränkt zur Einhaltung der einschlägigen bauordnungsrechtlichen Vorschriften verpflichtet sind, wie § 59 Abs. 3 S. 1 NBauO ausdrücklich klarstellt. Der Landesgesetzgeber gibt also seinen Steuerungsanspruch keinesfalls preis, er überträgt lediglich privaten Akteuren in einem weit größeren Maße also bisher die Verantwortung für die Beachtung des öffentlichen Baurechts. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der private Sektor diesem Vertrauensvorschuss gewachsen ist, ob also – mit anderen Worten gesprochen – ausreichend Rechtstreue und Rechtsgehorsam an den Tag gelegt werden, muss seitens der Bauaufsichtsbehörden kontinuierlich und flächendeckend kontrolliert werden. Stichproben allein werden hier nicht ausreichen. Zudem sollte nach einem angemessenen Zeitraum kritisch evaluiert werden, ob die mit der Gesetzesnovelle verfolgten Zielsetzungen tatsächlich realisiert werden können.

2. Fehlende Wahlfreiheit

Das neue Baugenehmigungsverfahren stellt künftig sehr viel höhere Ansprüche an Bauherren im Hinblick auf deren Eigenverantwortung und Risikobereitschaft. Möglicherweise wird nicht jeder Bauherr willens oder in der Lage sein, dieser Verantwortung gerecht zu werden. Darüber hinaus wird nicht jeder Bauherr mit dem Risiko leben mögen, dass selbst Jahre nach der Errichtung seines Eigenheims ggf. massive Baurechtsverstöße zu Tage treten, die ihn zum Adressa-

39 LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 92.

40 Vgl. LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 102.

41 Vgl. LT-Drs. 16/3195 v. 3. Januar 2011, S. 111.

42 Hierzu grundlegend Lackner, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004, S. 18 ff.

43 Nds. GVBl. 2011, S. 415 ff.

ten bauaufsichtsrechtlicher Eingriffsverfügungen machen. Insofern spricht *Wiebert* im Hinblick auf den Abbau des herkömmlichen Baugenehmigungsverfahrens zutreffend von einem „Danaergeschenk“⁴⁴. Die Schutzfunktion der Baugenehmigung ist ein so hohes Gut⁴⁵, dass es Bauherren *de lege ferenda* auf ihren ausdrücklichen Wunsch

44 *Wiebert*, in: Große-Suchsdorf u. a., Niedersächsische Bauordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Vorbemerkungen Rn. 31.

45 Siehe hierzu m.w.N. *Schmaltz*, in: Große-Suchsdorf u. a., Niedersächsische Bauordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2006, § 68 Rn. 5.

und gegen entsprechenden „Aufpreis“ ermöglicht werden sollte, vom vereinfachten Baugenehmigungsverfahren in das klassische Baugenehmigungsverfahren überzuwechseln. Ein solches Wahlrecht wird, wie bereits zuvor ausgeführt, in anderen Landesbauordnungen zum Teil gewährleistet und war auch der NBauO a.F. nicht unbekannt, wie § 69a Abs. 8 NBauO a.F. zeigt. Ein Wahlrecht würde sich auch widerspruchsfrei in die Regelungssystematik des neuen Baugenehmigungsverfahrens einfügen, denn auch § 62 Abs. 10 NBauO sieht ein entsprechendes Wahlrecht von der Genehmigungsfreiheit in das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 63 NBauO vor.

Fallbearbeitungen

Hermann Wilhelm*

Alles Gute kommt von oben

– Fallbearbeitung aus dem Verwaltungs- und Ordnungsrecht sowie Verwaltungsprozessrecht–

A. Vorbemerkung

1. Das Widerspruchsverfahren hat in einigen Bundesländern während der letzten Jahre an Bedeutung verloren. Unter dem Schlagwort der Entbürokratisierung ist von der Öffnungsklausel des § 68 Abs. 1 S. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Gebrauch gemacht und für viele Bereiche auf das Vorverfahren verzichtet worden.¹

In Nordrhein-Westfalen ist § 110 Abs. 1 JustG NRW (Gesetz über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen v. 26. Januar 2010 – GV.NRW. 2010, S. 30) maßgebend. Danach bedarf es vor Erhebung einer Anfechtungsklage der Nachprüfung in einem Vorverfahren nicht, wenn der Verwaltungsakt während des Zeitraums vom 1. November 2007 bis zum 31. Oktober 2012 bekannt gegeben worden ist. Diese Regelung gilt auch hinsichtlich einer Verpflichtungsklage, wenn die Ablehnung der Vornahme des Verwaltungsaktes innerhalb des genannten Zeitraums bekannt gegeben worden ist.

Der Koalitionsvertrag der am 13. Mai 2012 neu gewählten NRW-Landesregierung enthält zu diesem Thema folgende Aussage: „Deshalb werden wir Widerspruchsverfahren dort wieder einführen, wo dies nach sorgfältiger Prüfung sinnvoll ist.“² Im Sommer 2012 liegen Zwischenberichte und Stellungnahmen zur Evaluation vor und es ist eine Ressortkonferenz geplant, in der die Entscheidung für den NRW-Landtag im Herbst 2012 vorbereitet wird.

* Regierungsdirektor Dr. Hermann Wilhelm lehrte an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen.

1 Siehe auch *Kamp*, Reform des Widerspruchsverfahrens in Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2008, 41 mit einer Übersicht über die Regelungen in anderen Bundesländern; *Theisen*, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in NRW, DVP 2008, 63; *Schönenbroicher*, Leitziele und Kernpunkte der Reformen des Widerspruchsverfahrens, NVwZ 2009, 1144; *Müller-Grüne*, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens – Konsequenzen für die kommunale Arbeit in Bayern, 2007.

2 Siehe *Koalitionsvertrag 2012–2017* zwischen NRWSPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 12.06.2012, dort auf S. 150, Zeilen 6938 f.

2. Ohne das Widerspruchsverfahren muss der Adressat in diesen Bundesländern sofort, d.h. innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung, Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage einreichen. Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu richten gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.

3. Für die praktische Verwaltungstätigkeit ergibt sich daher eine Verschiebung vom Widerspruchbescheid zur Klageerwiderung³ sowie ebenfalls eine Zunahme der Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz, also die Notwendigkeit einer Antragerwiderung nach § 80 Abs. 5 VwGO⁴ oder nach § 123 VwGO.⁵

4. In der nachfolgenden Bearbeitung geht es um die Erfolgsaussicht einer Anfechtungsklage, um eine nachträgliche Fristverkürzung, die Anordnung der sofortigen Vollziehung einschließlich einer Zwangsmittellandrohung sowie um die einzelnen „Abwehrmöglichkeiten“.

B. Sachverhalt

Anna-Julia Wilscheit

Langroth, 8. April 2012
Reuterstr. 14

An das
Verwaltungsgericht Henkhausen
56666 Henkhausen
Am Tummesuck 4

Eingang
VG Henkhausen
10.04.2012

3 Zum Aufbau der Klageerwiderung siehe *Wilhelm*, DVP 2011, 237.

4 Siehe hierzu *Wilhelm*, DVP 2011, 189.

5 Siehe hierzu *Wilhelm*, DVP 2011, 191.

Sehr geehrte Damen und Herren!

In meiner Not wende ich mich mit einer traurigen Osterbotschaft an Sie. Zunächst muss ich Ihnen mitteilen, dass mein Mann Dagobert Wilschkeit durch einen Verkehrsunfall am 2. April 2012 in Frankreich ums Leben gekommen ist. Ich hatte die ganzen Überführungsformalitäten zu regeln und traf erst heute wieder zu Hause ein. Falls ich eine Frist im Zusammenhang mit der Fassadenangelegenheit versäumt haben sollte, bitte ich darum, dass mir dies nicht zum Nachteil gerät.

Wir hatten keine Kinder, ich bin deshalb Alleinerbin meines Mannes. Mit dem Bescheid der Stadt Langroth vom 2. März 2012, den wir am darauf folgenden Montag erhalten haben, kann ich mich – auch in seinem Sinne – nicht einverstanden erklären, da ich zu finanziellen Aufwendungen gezwungen werden soll. Es trifft zwar zu, dass sich hin und wieder einige Schieferplatten am Westgiebel unseres Hauses gelöst hatten und auf den Gehweg fielen. Das ist nach 25 Jahren nicht ganz außergewöhnlich. Es kam aber nie jemand dabei zu Schaden und die Reste wurden von uns immer gleich beseitigt. Geärgert hat uns die Maßnahme, weil sie ohne jegliche Vorwarnung geschah. Man hätte sich wenigstens mit uns in Verbindung setzen und die Angelegenheit in Ruhe besprechen können.

Mein Mann hat Mitte März sämtliche Schieferplatten am Ostgiebel abgemacht, weil uns die dunkle Fläche ohnehin nicht mehr gefiel und wir einen hellen Außenputz vorgesehen hatten. Insofern ist die Sache ja erledigt. Darüber hinaus habe ich Zweifel, ob ich die an Herrn Dagobert Wilschkeit gerichtete Verfügung jetzt, da ich ganz allein stehe, rechtlich überhaupt befolgen muss. Auch trage ich mich ernsthaft mit dem Gedanken, das Haus zu verkaufen und an die See zu ziehen, was mir gesundheitlich besser bekommt. Da kann mir ein solcher Aufwand nicht mehr zugemutet werden; soll sich doch der künftige Erwerber darum kümmern. Schließlich lassen im Frühjahr und Sommer erfahrungsgemäß die Winde nach, so dass mit weiteren herabstürzenden Platten eigentlich nicht mehr zu rechnen ist.

Aus den genannten Gründen betrachte ich die Angelegenheit als nicht länger bedeutsam. Unter Berücksichtigung meines persönlichen Schicksals bitte ich, mich mit einem gerichtlichen Schlussstrich zu entlasten, damit ich vor der Stadt endgültig Ruhe habe.

Hochachtungsvoll

Anna-Julia Wilschkeit

PS: Ich habe Ihnen eine Ablichtung des Schreibens der Stadt Langroth vom 2. März 2012 zu Ihrer Information beigelegt.

Stadt Langroth

Der Oberbürgermeister

Stadt Langroth - 58060 Langroth
Herrn
Dagobert Wilschkeit
Reuterstr. 14
58057 Langroth

Stadt Langroth
Stefansplatz 1
58058 Langroth
Tel. (0235) 60-0
Fax (0235) 60-6540

Fachbereich Sachbearbeiter Durchwahl Unser Zeichen Datum
Sicherheit und Ordnung Herr Holtberg (0235) 60-6543 32 – 1414/12 02.03.2012

Schadhafte Fassaden an Ihrem Haus

Sehr geehrter Herr Wilschkeit,

Ordnungsverfügung

hiermit werden Sie aufgefordert, bis spätestens 14. Mai 2012 die Schieferplattenfassade an der westlichen Giebelseite Ihres Hauses in Langroth, Reuterstr. 14 fachgerecht instand zu setzen, so dass die Fußgänger auf dem vorbeiführenden Gehweg nicht zu Schaden kommen. Das Instandsetzungsgebot gilt auch für die zu Ihrem Garten hin stehende östliche Giebelseite.

Begründung

Sie sind Eigentümer des von Ihnen und Ihrer Frau bewohnten Einfamilienhauses. Es grenzt mit seiner westlichen Giebelseite unmittelbar an den Gehweg der Reuterstraße, der dort ungefähr 2 m breit ist. Die Breite der Westwand beträgt 7 m, bis zur Giebelspitze sind es ebenfalls 7 m. Diese Maße gelten auch für die östliche Giebelseite. Beide Außenwände sind mit Schieferplatten verkleidet. Die Längsseiten des Hauses weisen einen Putzbelag auf. Die einzelnen Schieferplatten haben ein Format von 20 x 20 cm und sind mit teilweiser Überdeckung auf Holzlatten genagelt, die ihrerseits an der Hausmauer festgeschraubt sind.

Unser Außendienstmitarbeiter hat festgestellt, dass bei beiden Giebelwänden an mehreren kleinen Flächen insgesamt etwa 50 Platten fehlen, was entweder auf mechanische Einwirkung und/oder auf Windeinfluss zurückzuführen ist. Einige Platten, die an diese „Löcher“ angrenzen, sind auch nicht mehr sicher befestigt und klappern bei Windeinwirkung. Eine Nachbarin erklärte, dass sie öfter die Scherben der Schieferplatten auf dem Gehweg und auf dem Sitzplatz an der Ostseite gesehen hätte.

Dieser Befund stellt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, weil Passanten durch herabstürzende Platten getroffen und verletzt werden können. Das gilt auch für Sie und Ihre Besucher, wenn der Sitzplatz benutzt wird. Nach pflichtgemäßem Ermessen sind gemäß § 14 Abs. 1 Ordnungsbehördengesetz (OBG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980 (GV. NRW. S. 528) damit die Voraussetzungen für mein Einschreiten und für meine Anordnung gegeben. Ein weiteres Abwarten war angesichts der gelockerten Platten nicht mehr zu vertreten. Sie sind als Eigentümer für die von Ihrem Haus ausgehende Gefahr nach § 18 Abs. 1 OBG verantwortlich. Die fachgerechte Instandsetzung muss insbesondere im Hinblick auf die gefährdeten Fußgänger ohnehin in Ihrem Interesse liegen und verlangt auch nicht zuviel von Ihnen, da sie verhältnismäßig ist, weil keine mildere, gleich geeignete Maßnahme denkbar ist.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage beim Verwaltungsgericht in 56666 Henkhausen, Am Tummesuck 4 schriftlich erheben. Sie kann auch zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erklärt werden. Falls die Frist

durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Hochachtungsvoll
Im Auftrag

Holtberg

Am Tummesuck 4
56666 Henkhausen

58058 Langroth
Tel. (0235) 60-0
Fax (0235) 60-32699

Fachbereich Sachbearbeiter Durchwahl Unser Zeichen Datum
Sicherheit und Ordnung Herr Holtberg (0235) 60-6543 32-1414/12 17.04.2012

Im Verwaltungsstreitverfahren

Verwaltungsgericht Henkhausen



Verwaltungsgericht Henkhausen – 56660 Henkhausen

Gegen Empfangsbekanntnis
Stadt Langroth
Stefansplatz 1
58058 Langroth

12.04.2012
Am Tummesuck 4
56666 Henkhausen
2 K 246/12
Bearbeiterin
Kriegolf
Durchwahl
0236/96-222

Ihr Zeichen: 32 – 1414/12

Im Verwaltungsstreitverfahren Wilscheit ./.. Stadt Langroth – 2 K 246/12 – ist am 10.04.2012 Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 02.03.2012 erhoben worden.

Eine Ablichtung der Klageschrift wird zur Kenntnisnahme übersandt.

Die Beklagte wird aufgefordert, innerhalb von vier Wochen Stellung zu nehmen.

gez. Heykerbrink

Vorsitzender Richter am VG

beglaubigt

Kriegolf

Justizbeschäftigte

Wilscheit ./.. Stadt Langroth

– 2 K 246 / 12 –

beantrage ich,

die Klage abzuweisen.

Begründung

Die Klage ist bereits unzulässig, weil die Ausführungen der Klägerin verspätet sind. Die Ordnungsverfügung wurde am 03.03.2012 zur Post gegeben.

Auf jeden Fall vermögen sie aber nicht zu überzeugen. Die Ordnungspflicht ihres Mannes, Dagobert Wilscheit, ist durch dessen Tod nicht erloschen, sondern wirkt gegen sie als Alleinerbin. Das folgt insbesondere für die Zustandshaftung nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur aus dem Gedanken der Gesamtrechtsnachfolge in § 1922 BGB.

Dem Vorwurf, meine Entscheidung vom 02.03.2012 sei ohne jegliche Vorwarnung geschehen, wird entgegengetreten. In der Vergangenheit hat es sich bei vergleichbaren Gefährdungslagen stets als sachgerecht erwiesen, möglichst rasch eine Maßnahme dem Verantwortlichen aufzuerlegen.

Im Übrigen hat das wider Erwarten stürmische Aprilwetter der letzten Woche dazu geführt, dass sich nunmehr etwa weitere 10 Schieferplatten von der Westfassade gelöst haben und auf den Gehweg gestürzt sind. Da die Wetterlage offenbar noch andauern wird, erscheint meine ursprünglich gesetzte Frist bis 14. Mai 2012 nicht mehr vertretbar. Die Gefährdung der Passanten nimmt ständig zu. Ich werde deshalb unverzüglich eine entsprechende Entscheidung gegenüber der Klägerin treffen, zumal diese ersichtlich nicht gewillt ist, tätig zu werden.

Im Auftrag

Holtberg

Stadt Langroth

Der Oberbürgermeister

Stadt Langroth - 58060 Langroth

An das
Verwaltungsgericht Henkhausen

Stadt Langroth
Stefansplatz 1

Anna-Julia Wilscheit

Langroth, 19. April 2012
Reuterstr. 14

An das
Verwaltungsgericht Henkhausen
56666 Henkhausen
Am Tummesuck 4

Eingang
VG Henkhausen
20.04.2012

Sehr geehrte Damen und Herren!

Jetzt ist noch etwas Schlimmeres geschehen.

Gestern bekam ich Post von der Stadtverwaltung, deren Empfang ich gegen Unterschrift bestätigen musste; so misstrauisch sind die Behörden heutzutage sogar gegen Frauen, die erst kürzlich ihren Mann verloren haben.

Ich fühle mich äußerst unter Druck gesetzt, wenn mir nun – auch wieder ohne jegliche Vorwarnung – nur noch wenige Tage eingeräumt werden, eine umfangreiche bauliche Maßnahme durchzuführen. Sie soll außerdem sofort auf meine Kosten vollzogen werden, falls ich nicht reagiere.

Das ist für mich reine Behördenwillkür. Bezeichnend ist zudem, dass keinerlei Information über meine Rechte mitgeteilt wurde.

Ich protestiere ausdrücklich gegen diese neue Entscheidung vom 18. April 2012, die ich meinem Schreiben beigelegt habe.

Bitte helfen Sie mir! Noch habe ich den Glauben an unseren Rechtsstaat nicht verloren.

Mit freundlichen Grüßen

Anna-Julia Wilscheit

Stadt Langroth

Der Oberbürgermeister

Stadt Langroth – 58060 Langroth

Gegen Empfangsbekanntnis – durch Boten

Frau
Anna-Julia Wilscheit
Reuterstr. 14
58057 Langroth

Stadt Langroth
Stefansplatz 1
58058 Langroth
Tel. (0235) 60-0
Fax (0235) 60-6540

Fachbereich Sicherheit und Ordnung Sachbearbeiter Herr Holtberg Durchwahl (0235) 60-6543 Unser Zeichen 32-1414/12 Datum 18.04.2012

Schadhafte Fassaden an Ihrem Haus in Langroth, Reuterstr. 14

Sehr geehrte Frau Wilscheit,

Ordnungsverfügung

1. Die in der Ordnungsverfügung vom 02.03.2012 Herrn Dagobert Wilscheit gegenüber eingeräumte Frist bis zum 14. Mai 2012 wird aufgrund der stürmischen Wetterlage verkürzt. Sie haben die Instandsetzung der beiden Fassaden nun bis spätestens 27. April 2012 durchzuführen.

2. Ich ordne die sofortige Vollziehung dieser Maßnahme an.

3. Falls Sie die Aufforderung zu Nr. 1 nicht fristgerecht befolgen, drohe ich bereits jetzt die Ersatzvornahme an. Die voraussichtlichen Kosten werden für jede Fassade etwa 2.000 EUR betragen.

Begründung

Als Alleinerbin Ihres verstorbenen Mannes sind Sie Grundstückseigentümerin und damit ebenfalls verantwortlich für den gefährdenden Zustand der Fassaden. Ich nehme insoweit Bezug auf meine Entscheidung vom 02.03.2012.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgt gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung und ist im öffentlichen Interesse geboten, weil nicht hingenommen werden kann, dass durch Ihr Verhalten noch weitere Verzögerungen eintreten. Sie müssen der Anordnung Folge leisten – unabhängig von Ihrer derzeitigen Klage.

Die Androhung der Ersatzvornahme stützt sich auf die §§ 55 Abs. 1, 59 und 63 Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW. Ich werde die Ihnen aufgebene Handlung durch einen Unternehmer auf Ihre Kosten ausführen lassen, wenn Sie nicht bis zum 27. April 2012 reagiert haben.

Hochachtungsvoll
Im Auftrag

Holtberg

Aufgabe

1. Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussicht der Klage vom 8. April 2012.
Sollten Sie die Klage als unzulässig einstufen, so ist in einem Hilfsgutachten auf ihre Begründetheit einzugehen.
2. Nehmen Sie rechtlich Stellung zu der (nachträglichen) Ordnungsverfügung vom 18.04.2012.
3. Erörtern Sie die „Abwehrmöglichkeiten“ gegen diese (nachträgliche) Ordnungsverfügung.

Bearbeitungshinweise

1. Die Stadt Langroth liegt in Nordrhein-Westfalen.
2. Das VG Henkhausen ist örtlich zuständig.
3. Vorschriften der Landesbauordnung (BauO NRW) sind nicht heranzuziehen.
4. Kalenderauszug 2012

	März	April	Mai
Mo	5 12 19 26	2 9 16 23 30	7 14 21 28
Di	6 13 20 27	3 10 17 24	1 8 15 22 29
Mi	7 14 21 28	4 11 18 25	2 9 16 23 30
Do	1 8 15 22 29	5 12 19 26	3 10 17 24 31
Fr	2 9 16 23 30	6 13 20 27	4 11 18 25
Sa	3 10 17 24 31	7 14 21 28	5 12 19 26
So	4 11 18 25	1 8 15 22 29	6 13 20 27
		6. Karfreitag 9. Ostermontag	1. Maifeiertag 17. Christi-Himmelfahrtstag 28. Pfingstmontag

C. Lösungsvorschlag

Aufgabe 1 – Erfolgsaussicht der Klage

I. Zulässigkeit der Klage

1. Auslegung des Schreibens von Anna-Julia Wilscheit vom 8. April 2012

Nach § 67 Abs. 1 VwGO können die Beteiligten vor dem Verwaltungsgericht den Rechtsstreit selbst führen, was im vorliegenden Fall offensichtlich beabsichtigt ist. Damit kommt der richterlichen Untersuchungs- und Aufklärungspflicht eine besondere Bedeutung zu. Unter Berücksichtigung der §§ 86, 88 VwGO hat das Gericht hier das Anliegen zu würdigen, selbst wenn es nicht präzise den Anforderungen des § 82 Abs. 1 VwGO entspricht. Frau Wilscheit wehrt sich gegen eine Maßnahme der Stadt Langroth und bittet um einen „gerichtlichen Schlussstrich“, um „vor der Stadt endgültig Ruhe zu haben“. Sie legt die städtische Verfügung bei.

Also ist ihr Schreiben als Klageerhebung zu bewerten.

Zu beachten ist aber, dass nach ihrem Vortrag ihr Mann bereits sämtliche Schieferplatten vom Ostgiebel entfernt habe und insofern diese Seite ja erledigt sei. Demzufolge richtet sich ihr Klagebegehren nur noch auf die Instandsetzungspflicht hinsichtlich der Platten am Westgiebel. Darauf müsste vom Gericht bei der Fassung des Klageantrags hingewiesen werden, § 88 VwGO.

Hinweis: Wenn die Erledigung des Ostgiebels nicht gesehen wird, führt das zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass die Klage insoweit kostenpflichtig zurückgewiesen werden müsste, da die Klägerin diesbezüglich zum Zeitpunkt der Klage durch die Verfügung nicht mehr beschwert war, also kein Rechtsschutzbedürfnis hatte.

2. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, weil die streitentscheidenden Normen (§§ 14, 18 OBG) zum öffentlichen Recht gehören und auch keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt.

3. Statthaftigkeit (richtige Klageart)

Die Verfügung vom 02.03.2012 erfüllt die Begriffsmerkmale des § 35 S. 1 VwVfG für einen Verwaltungsakt. Frau Wilscheit möchte vor der Stadt endgültig Ruhe haben und damit auch die belastende Maßnahme loswerden. Somit ist ihr Begehren als Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO statthaft und auf die Aufhebung der Entscheidung gerichtet, soweit der Westgiebel noch instand zu setzen ist.

4. Klagebefugnis

Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO muss die Klägerin geltend machen, dass sie durch den Verwaltungsakt möglicherweise in ihren Rechten verletzt ist. Das gilt grundsätzlich für den Adressaten eines belastenden Bescheides. Dieser war ursprünglich an Herrn Dagobert Wilscheit gerichtet. Dessen Verantwortlichkeit für den Zustand seines Hauses und die in der Verfügung konkretisierte Ordnungspflicht sind nach dem Tod auf die Ehefrau Anna-Julia Wilscheit als Alleinerbin im

Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) übergegangen. Sie muss dementsprechend die Anordnung gegen sich gelten lassen, ist also ebenfalls wie der Adressat einer belastenden Maßnahme zu betrachten. Daraus folgt ihre Klagebefugnis, ohne dass die Ordnungsverfügung etwa gegen sie neu erlassen werden müsste.

5. Vorverfahren

Nach § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW bedarf es abweichend von § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO vor Erhebung einer Anfechtungsklage bei Verwaltungsakten, die zwischen dem 1.11.2007 und dem 31.10.2012 bekannt gegeben worden sind, keiner Nachprüfung durch ein Vorverfahren. Die Ordnungsverfügung erging Anfang März 2012, mithin ist die Klage ohne Widerspruchsverfahren zulässig.

6. Klagefrist

§ 74 Abs. 1 S. 2 VwGO sieht vor, dass die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden muss. Aus der Klageerweiterung der Stadt Langroth ergibt sich, dass die Ordnungsverfügung am 03.03.2012 zur Post gegeben worden ist. Gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG gilt ein solcher Brief mit dem dritten Tag danach als bekannt gegeben, hier also am 06.03.2012. Diese gesetzliche Fiktion ist auch dann zu beachten, wenn das Schriftstück – wie von der Klägerin vorgetragen – bereits am Montag, 05.03.2012, eingetroffen ist.⁶

Für die Fristberechnung bei der Klage gelten die §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 ZPO, 187 ff BGB.

Somit beginnt die Monatsfrist nach § 187 Abs. 1 BGB am 07.03.2012, das Ende fällt nach § 188 Abs. 2 auf den 06.04.2012, der seiner Zahl nach dem (fiktiven) „Ereignistag“ entspricht. Jedoch ist dies Karfreitag, ein allgemeiner (gesetzlicher) Feiertag.⁷ Daher endet die Monatsfrist gem. § 222 Abs. 2 ZPO mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktages, das ist der 10.04.2012, Dienstag nach Ostern. Dieses Datum trägt der Eingangsstempelvermerk auf dem Schreiben der Klägerin an das VG Henkhausen, so dass die Klage fristgerecht erhoben worden ist.

Hinweis: Wenn das Ende der Monatsfrist – fälschlicherweise – zu einem früheren Zeitpunkt (05.04.2012) ermittelt und deshalb die Klage als verspätet bewertet wird, ist es angesichts des Sachverhalts geboten und vertretbar, die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO zu prüfen und anzunehmen.

Ergebnis: Die Klage gegen die Instandsetzungsanordnung der Westfassade ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die angefochtene Ordnungsverfügung rechtswidrig ist und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt wird, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

⁶ Aus dem Wortlaut des § 41 Abs. 2 S. 3 1. HS VwVfG folgt, dass von der Maßgeblichkeit der Fiktion eine Ausnahme nur dann gemacht wird, wenn das bekannt zu gebende Schriftstück nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist – Umkehrschluss.

⁷ Siehe z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 2 Feiertagsgesetz NRW.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Der OBM Langroth hat im Rahmen der Gefahrenabwehrmaßnahme nach § 14 Abs. 1 OBG als zuständige örtliche Ordnungsbehörde gehandelt, §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 OBG.

b) Verfahren

Vor der Entscheidung hat keine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG stattgefunden, obwohl in die Rechte des Adressaten eingegriffen wurde. Es erscheint vertretbar, dass von der Anhörung zulässigerweise nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden konnte, da die Beklagte in solchen Gefährdungslagen möglichst rasch eine Maßnahme an den Verantwortlichen richten wollte. Auf jeden Fall kann aber die erforderliche Anhörung bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden, § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG.

c) Form, Bestimmtheit, Begründung, Bekanntgabe

Die Schriftform wurde gem. § 20 Abs. 1 OBG eingehalten. Die Entscheidung ist auch aus der Sicht des Empfängers inhaltlich hinreichend bestimmt, § 37 Abs. 1 VwVfG.⁸ Dem (formalen) Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 1 VwVfG wurde Rechnung getragen. Die Verfügung wurde damals Herrn Dagobert Wilschkeit bekanntgegeben, der von ihr betroffen wurde. Mithin ist von einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe und damit der Wirksamkeit des Verwaltungsakts auszugehen, §§ 41 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 1 VwVfG.

Zwischenergebnis: Die Ordnungsverfügung ist – wenn die Anhörung noch rechtzeitig nachgeholt wird – formell rechtmäßig.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Hinweis: Da die materielle Rechtmäßigkeit im Wesentlichen unproblematisch erscheint, muss die Erörterung nicht unbedingt im schulmäßigen Gutachtenstil dargestellt werden.

a) Ermächtigungsgrundlage

Die Maßnahme ist zutreffend auf § 14 Abs. 1 OBG gestützt worden. Die Voraussetzungen zur Abwehr einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit haben vorgelegen, weil – wie die Klägerin selbst einräumt – sich hin und wieder einige Schieferplatten abgelöst hatten und weitere gelockerte Platten herabzustürzen und Passanten zu verletzen drohten.

b) Störerverantwortlichkeit

Als Eigentümer des Hauses, von dessen Giebelseiten durch die Schieferplatten eine Gefahr ausging, war Dagobert Wilschkeit gem. § 18 Abs. 1 OBG verantwortlich und die Maßnahme war gegen

⁸ Streng genommen handelt es sich bei der Bestimmtheit um eine inhaltsbezogene, die Rechtsfolge der Ermächtigung betreffende und damit materielle Voraussetzung. Siehe hierzu m.w.N. Hofmann/Gerke, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2010, Rz. 391 ff. Wenn die Bestimmtheit „unproblematisch“ ist, erscheint die Erörterung im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit vertretbar.

ihn zu richten. Die Klägerin ist seine Alleinerbin geworden und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge sind auf sie gemäß §§ 1922, 1967 BGB alle Rechte und Pflichten des Erblassers übergegangen. Somit wirkt die Ordnungsverfügung seither gegen sie und sie muss dem Instandsetzungsgebot nachkommen.⁹ Dabei bleibt unerheblich, ob und wann sie vielleicht das Haus verkaufen will.

c) Ermessensausübung

Bei § 14 Abs. 1 OBG handelt es sich um eine Ermessensentscheidung.¹⁰ Die Behörde muss gemäß § 40 VwVfG ihr Ermessen nach dem Zweck der Ermächtigung ausüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten. Die Begründung der Ordnungsverfügung lässt erkennen, dass man sich sowohl hinsichtlich des Einschreitens (Entschließungsermessen) als auch des Mittels (Auswahlermessen) bewusst war, Ermessen auszuüben. Mithin ist kein Ermessensfehler zu erkennen.

d) Verhältnismäßigkeit

Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist stets zu beachten und hat in § 15 OBG seine nähere Ausgestaltung erfahren. Im Ergebnis ist die getroffene Anordnung geeignet, erforderlich und angemessen und entspricht damit dem Verhältnismäßigkeitsgebot.

Zwischenergebnis: Die Ordnungsverfügung ist – soweit sie sich noch auf die Instandsetzung der westlichen Giebelseite bezieht – materiell rechtmäßig.

Ergebnis: Die Anfechtungsklage ist daher nicht begründet. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg.

Aufgabe 2 – Stellungnahme zu der (nachträglichen) Ordnungsverfügung vom 18.04.2012

a) Verkürzung der Frist für die Instandsetzung vom 14. Mai 2012 auf 27. April 2012

Angesichts der in der Zwischenzeit aufgetretenen stürmischen Wetterlage, die offenbar noch länger andauert, ist es auf jeden Fall sogar geboten und gerechtfertigt, sich auf die Ordnungsverfügung vom 02.03.2012 zu beziehen und die ursprünglich eingeräumte Frist deutlich zu verkürzen, um die Gefahr abzuwehren. Die zuständigen Behördenmitarbeiter würden andernfalls zumindest fahrlässig gegen ihre Amtspflichten verstoßen.

Von einer vorherigen Anhörung konnte (jetzt) nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden.

Einer eingehenden Begründung bedurfte es nach dem Rechtsgedanken des § 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG nicht mehr, weil der Klägerin die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war.

b) Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Behörde kann sich dieses „Instruments“ bedienen, um die inzwischen eingetretene aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage

⁹ Grundlegend dazu *BVerwG*, Urt. v. 22.1.1971, NJW 1971, 1624; vgl. auch *Möller/Warg*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2011, Rz.140 m.w.N.

¹⁰ Siehe hierzu auch *Wilhelm*, Ermessen ohne Ende ... in DVP 2011, 310.

(§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) nachträglich wieder entfallen zu lassen.¹¹ Die erhobene Anfechtungsklage einerseits und die Verschlechterung der Wetterlage andererseits sprechen für die nachträgliche Anordnung der sofortigen Vollziehung. Die Behörde macht damit auch den Weg frei für eine etwaige Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme nach § 55 Abs. 1 VwVG NRW.

Umstritten ist, ob es vor Erlass einer Vollziehungsanordnung einer vorherigen Anhörung des Betroffenen bedarf.¹² Es kann offen bleiben, ob man die Anordnung der sofortigen Vollziehung als Verwaltungsakt oder nur als einen unselbstständigen Annex ansieht. Hier konnte unter Hinweis auf das Zeitmoment ohnehin nach dem Rechtsgedanken des § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG von einer Anhörung abgesehen werden.

Dem in § 80 Abs. 3 VwGO statuierten Begründungserfordernis für das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung wurde in knapper Form Rechnung getragen.

c) Androhung der Ersatzvornahme

Die Behörde war für diese Maßnahme nach § 56 Abs. 1 VwVG NRW zuständig, da sie den Verwaltungsakt erlassen hat. Sie hat ihr Entschließungs- und Auswahlmessen zutreffend ausgeübt und mit der Ersatzvornahme nach § 59 Abs. 1 VwVG NRW das richtige Zwangsmittel ausgewählt, weil die auferlegte Verpflichtung eine vertretbare Handlung darstellt. Aus § 63 Abs. 2 S. 1 VwVG NRW folgt, dass die Androhung nicht bereits mit der Ordnungsverfügung vom 02.03.2012 verbunden werden musste; allerdings sollte sie nach S. 2 jetzt mit der nachträglichen Ordnungsverfügung vom 18.04.2012 verbunden werden, da wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung (mehr) entfaltet. Das hat die Behörde auch beachtet.

Im Hinblick auf die Androhung brauchte nach § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht angehört zu werden, weil eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung getroffen werden sollte.

Aufgabe 3 – „Abwehrmöglichkeiten“ gegen diese (nachträgliche) Ordnungsverfügung

a) Verkürzung des Frist für die Instandsetzung vom 14. Mai 2012 auf 27. April 2012

¹¹ Siehe auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 80 Rz. 79.

¹² Zum Streitstand siehe *Kopp/Schenke*, a.a.O., § 80 Rz. 82.

Die Fristverkürzung ist eine „neue“ Verwaltungsentscheidung, gegen die ebenfalls mit einer Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. Sofern dies geschieht, dürfte das Verwaltungsgericht nach § 93 S. 1 VwGO durch Beschluss dieses Verfahren mit dem bereits anhängigen Verfahren über den gleichen Gegenstand zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbinden. Zu beachten ist, dass die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben ist. Daher kann nach § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO die Einlegung der Klage innerhalb eines Jahres seit Zustellung des Bescheids erfolgen, was aus taktischen Gründen jedoch kaum geschehen dürfte, weil die Zeit ja „drängt“.

b) Anordnung der sofortigen Vollziehung

Nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO kann die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, in den Fällen des Absatzes 2 die Vollziehung aussetzen. Im vorliegenden Fall erscheint eine solche Entscheidung eher unwahrscheinlich, sofern sich nicht die wettermäßigen Rahmenbedingungen grundlegend verbessern.

Auf Antrag kann nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung im Fall des Absatzes 2 Nr. 4 ganz oder teilweise wiederherstellen. Unter dem Gericht der Hauptsache versteht man gem. § 45 VwGO das Verwaltungsgericht im ersten Rechtszug, hier also das VG Henkhausen.

c) Androhung der Ersatzvornahme

Die Androhung der Ersatzvornahme ist ein eigenständiger Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG.¹³ Daher ist eine Anfechtungsklage statthaft, mit dem Ziel, diese Androhung aufzuheben und so das beabsichtigte, gestreckte Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu „stoppen“, mithin die nachfolgenden Schritte der Festsetzung (§ 64 VwVG NRW) und der Anwendung (§ 65 VwVG NRW) des Zwangsmittels zu verhindern.

Zu beachten ist jedoch, dass eine etwaige Klage gem. § 112 S. 1 JustG NRW keine aufschiebende Wirkung hat, weil sie sich gegen eine Maßnahme der Vollstreckungsbehörde (§ 56 VwVG NRW) richtet. Deshalb ist hier (auch) ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO beim VG Henkhausen geboten, der auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gerichtet ist.

¹³ Vgl. *BVerwG*, NVwZ-RR 1989, 337.



Welf Sundermann Kommunalverfassung in Mecklenburg- Vorpommern

Maximilian Verlag Hamburg
2., überarbeitete und
aktualisierte Auflage
ISBN 978-3-7869-0865-4
€ 24,90

Es stellt das Kommunalverfassungsrecht themenbezogen dar und folgt dabei den einschlägigen Lehr- und Stoffverteilungsplänen. Als Lehr- und Lernbuch für Studenten an Fachhochschulen für öffentliche Verwaltung und Teilnehmende an den Aus- und Weiterbildungslehrgängen des kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern bietet das Werk einen Einstieg und Überblick zum Kommunalrecht dieses Bundeslandes. Aber auch die Praktiker in der Kommunalverwaltung und die Mitglieder in den politischen Gremien finden in diesem Band Hinweise für ihre tägliche Arbeit. Zahlreiche Schaubilder unterstützen die ausbildungs- und praxisgerechte Vermittlung des Stoffes.

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@deutscher-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.

Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

Sachverhalt:¹

Die Eheleute W wohnen zusammen mit ihrem 29-jährigen Sohn Sebastian in einem gemeinsamen Haushalt in der kreisfreien Stadt B in Nordrhein-Westfalen.

Am 06.04.2012 wendet sich Herr W an das Jobcenter seines Wohnortes und beantragt für sich und seine Familie „Hartz IV“. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse stellt er wie folgt dar:

Herr W (57 Jahre alt, erwerbsfähig) ist seit ca. 1 ½ Jahren arbeitslos. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg I) gegen die zuständige Agentur für Arbeit ist am 15.03.2012 nach 18-monatiger Bezugsdauer ausgelaufen. Die letzte Zahlung erfolgte am 19.03.2012 in Höhe von 786,00 €. Herr W stand der Arbeitsvermittlung der Agentur für Arbeit bisher uneingeschränkt zur Verfügung, ohne dass für ihn eine versicherungspflichtige Beschäftigung angeboten werden konnte.

Frau W (53 Jahre alt) bezieht vom zuständigen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung eine zeitlich befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung nach § 43 Abs. 2 SGB VI in Höhe von monatlich 220,00 € (netto). Sie ist im Besitz eines Ausweises nach § 69 Abs. 5 SGB IX (Schwerbehindertenausweis) mit dem Merkzeichen „G“. Sebastian studiert im 7. Semester Maschinenbau an der Universität der Stadt B und bezieht Leistungen nach § 13 Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) in Höhe von monatlich 495,00 €. In der Ausbildungsförderung sind Bedarfe für die Unterkunft in einer pauschalierten Höhe von 49,00 € sowie der Kranken- und Pflegeversicherungszuschlag in Höhe von insgesamt 73,00 € enthalten.

Seit dem 01.03.2012 arbeitet Herr W aushilfsweise auf „400,00-€-Basis“ in einem Getränkemarkt in der Nachbarschaft. Frau W besitzt einen PKW mit einem aktuellen Zeitwert von ca. 5.900,00 €. Für die Kfz-Haftpflichtversicherung wird ein monatlicher Beitrag von 27,00 € nachgewiesen. Herr W gibt bei Antragstellung an, dass die Familie neben dem PKW und dem (angemessenen) Hausrat über kein weiteres Vermögen verfügt.

Für ihre Mietwohnung (75 qm) zahlen die Eheleute W einen angemessenen Mietzins von monatlich 420,00 € (Grundmiete einschließlich der umlagefähigen Nebenkosten) und für die angemessenen Heizkosten an den Energieversorger eine monatliche Pauschale von 66,00 €. Die Warmwasserversorgung erfolgt dezentral.

Aufgabe 1

Prüfen Sie gutachtlich, ob und ggfs. in welchem Umfang auf der Grundlage der bei Antragstellung bekannt gewordenen Tatsachen

für die Familie W Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht kommen.

Aufgabe 2

Prüfen Sie gutachtlich, was vom zuständigen Leistungsträger zu veranlassen ist, wenn am 20.06.2012 bekannt wird, dass bei Antragstellung verschwiegen wurde, dass Herr W über (weiteres) Vermögen in Form eines Sparbuches mit einem aktuellen Guthaben von 26.500,00 € verfügt. Dabei ist auf formelle Voraussetzungen nicht einzugehen.

Bearbeitungshinweise:

1. Höhe der Regelbedarfe:

Bekanntmachung

über die Höhe der Regelbedarfe nach § 20 Abs. 5
des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für die Zeit ab 01. Januar 2012

Vom 20. Oktober 2011

Nach § 20 Absatz 5 Satz 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 2011 (BGBl. I S. 850) wird hiermit Folgendes bekannt gemacht:

Als Regelbedarfe nach § 20 Absatz 2 bis 4 sowie nach § 23 Nummer 1 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (SGB II) werden für die Zeit ab 01. Januar 2012 anerkannt:

1. für eine Person, die alleinstehend oder alleinerziehend ist oder deren Partnerin oder Partner minderjährig ist, monatlich 374,00 Euro (§ 20 Absatz 2 Satz 1 SGB II);
2. für sonstige erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft, sofern sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, monatlich 287,00 Euro (§ 20 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 77 Abs. 4 Nummer 1 SGB II);
3. für sonstige erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft, sofern sie das 18. Lebensjahr vollendet haben, sowie für Personen, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und ohne Zusage des zuständigen kommunalen Trägers nach § 22 Absatz 5 umziehen, bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres 299,00 Euro (§ 20 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 und § 20 Absatz 3 SGB II);
4. für zwei Partner der Bedarfsgemeinschaft, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, für jede dieser Personen ein Betrag in Höhe von monatlich 337,00 Euro (§ 20 Absatz 4 SGB II);
5. für eine Person bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres monatlich 219,00 Euro (§ 23 Nummer 1 erste Alternative SGB II);

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

¹ Es handelt sich um einen praktischen Fall, der als Staatsprüfungsklausur (Nachzüglerklausur) im Fach Sozialrecht vom Prüfungsamt der Fachhochschule für die Staatsprüfung 2012 ausgewählt wurde und von den Studierenden des Fachbereichs kommunaler Verwaltungsdienst zu bearbeiten war. Für die Bearbeitung standen insgesamt vier Zeitstunden zur Verfügung. Als Hilfsmittel waren alle unkommentierten Gesetzestexte zugelassen.

6. für eine Person vom Beginn des siebten bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres monatlich 251,00 Euro (§ 23 Nummer 1 zweite Alternative in Verbindung mit § 77 Absatz 4 Nummer 3 SGB II);
7. für Leistungsberechtigte im 15. Lebensjahr monatlich 287,00 Euro (§ 23 Nummer 1 dritte Alternative in Verbindung mit § 77 Absatz 4 Nummer 4 SGB II).

Berlin, den 20. Oktober 2011

Bundesministerium
für Arbeit und Soziales

2. Eine Zuständigkeitsprüfung ist nicht vorzunehmen. Das Jobcenter der Stadt B ist der zuständige Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende.
3. Eine Aufteilung der Kosten nach den in § 6 SGB II genannten Kostenträgern ist nicht vorzunehmen.
4. Gehen Sie davon aus, dass das Land Nordrhein-Westfalen von der Möglichkeit, die Kreise und kreisfreien Städte gemäß § 22a Abs. 2 SGB II zu ermächtigen, die Bedarfe für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet durch eine monatliche Pauschale zu berücksichtigen, kein Gebrauch gemacht wurde.
5. Auf Leistungen für Auszubildende nach § 27 SGB II ist nicht einzugehen.
6. Auf Ansprüche nach dem Wohngeldgesetz (WoGG) ist nicht einzugehen.
7. Gehen Sie davon aus, dass das Jobcenter kurzfristig keine geeigneten Stellenangebote für Herrn W unterbreiten kann.
8. Gehen Sie davon aus, dass alle im Haushalt lebenden Personen eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden.
9. Gehen Sie davon aus, dass Herr W bei Antragstellung vom Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende auf die Verpflichtung hingewiesen wurde, gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind.

Lösung:

1 Aufgabe 1

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

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

für Auszubildende (§ 27 SGB II) und die Leistungen für Bildung und Teilhabe (§§ 28 bis 30a SGB II).

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

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

1.1 Anspruchsberechtigter Personenkreis im SGB II

1.1.1 Anspruch auf Arbeitslosengeld II (Alg II)

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

Herr W ist 57 Jahre alt und erfüllt damit die Altersvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II. Er ist erwerbsfähig und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I), also seinen Lebensmittelpunkt hat. Herr W wohnt in der kreisfreien Stadt B in NRW. Üblicherweise ist der Wohnort auch der Lebensmittelpunkt. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen.

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

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

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

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

Sebastian erhält als Student Leistungen der Ausbildungsförderung nach § 13 BAföG. Auszubildende, deren Ausbildung im Rahmen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes oder der §§ 51, 57 und 58 SGB III dem Grunde nach förderungsfähig ist, haben über die Leistungen nach § 27 SGB II hinaus keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (vgl. § 7 Abs. 5 SGB II). Damit ist Sebastian sowohl vom Bezug von Arbeitslosengeld II als auch vom Sozialgeld ausgeschlossen. Auf Leistungen für Auszubildende nach § 27 SGB II ist lt. Bearbeitungshinweis 5 nicht einzugehen.

1.1.2 Anspruch auf Sozialgeld

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind leistungsberechtigt auch Personen, die die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II selbst nicht erfüllen, aber mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer **Bedarfsgemeinschaft** leben. Nicht erwerbsfähige Personen, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II **Sozialgeld**, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII haben.

Zu prüfen ist daher, ob Frau W mit ihrem Ehemann in einer Bedarfsgemeinschaft lebt. Die Zugehörigkeit zur Bedarfsgemeinschaft ergibt sich aus § 7 Abs. 3 SGB II. Sie besteht unabhängig davon, ob auch eine Leistungsberechtigung nach dem SGB II besteht.³

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

Dies gilt allerdings nur, soweit sie keinen (realisierbaren) Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII (Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung) hat. Entsprechende Leistungen sind gegenüber dem Sozialgeld vorrangig (vgl. §§ 5 Abs. 2 Satz 2, § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II). Leistungsberechtigt nach dem 4. Kapitel SGB XII sind Personen, die die Altersgrenze nach § 41 Abs. 2 SGB XII (je nach Geburtsjahrgang vom vollendeten 65. bis 67. Lebensjahr) erreicht haben oder gemäß § 41 Abs. 3 SGB XII das 18. Lebensjahr vollendet haben, unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage voll erwerbsgemindert im Sinne des § 43 Abs. 2 SGB VI sind und bei denen unwahrscheinlich ist, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden kann (dauerhafte volle Erwerbsminderung).

Frau W ist 53 Jahre alt und hat damit die maßgebende Altersgrenze nach § 41 Abs. 2 SGB XII nicht erreicht. Sie hat zwar das 18. Lebensjahr vollendet, ist aber nach Feststellung des zuständigen Trägers der gesetzlichen Rentenversicherung lediglich **zeitlich befristet** voll erwerbsgemindert und damit nicht dem anspruchsberechtigten Personenkreis nach dem 4. Kapitel SGB XII zuzurechnen.

Zwischenergebnis:

Vorbehaltlich der zu prüfenden Hilfebedürftigkeit ist Herr W anspruchsberechtigt für den Bezug von Arbeitslosengeld II (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II) und Frau W für den Bezug von Sozialgeld (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II). Sebastian ist als Auszubildender, dessen Ausbildung dem Grunde nach förderungsfähig ist, gemäß § 7 Abs. 5 SGB II von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (mit Ausnahme der in § 27 SGB II genannten Leistungen, die aber lt. Bearbeitungshinweis 5 nicht zu prüfen sind) ausgeschlossen.

1.2 Nachrang der Leistungen nach dem SGB II

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

Erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen haben in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten; sie müssen ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts für sich und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen einsetzen (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 SGB II).

Gemäß § 12a Satz 1 SGB II sind Leistungsberechtigte verpflichtet, Sozialleistungen anderer Leistungsträger in Anspruch zu nehmen und die dafür erforderlichen Anträge zu stellen, sofern dies zur Vermeidung, Beseitigung, Verkürzung oder Verminderung der Hilfebedürftigkeit erforderlich ist. Dabei sind die Regelungen des § 12a Satz 2 SGB II einschränkend zu berücksichtigen.

Als vorrangige Möglichkeit der Selbsthilfe ist insofern die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit (vgl. § 10 SGB II), die Realisierung von Ansprüchen gegen Angehörige, sonstige Dritte oder andere Leistungsträger sowie der Einsatz von Einkommen und Vermögen vorgesehen. Herr W stand bislang der Arbeitsvermittlung der zuständigen Agentur für Arbeit uneingeschränkt zur Verfügung, ohne dass ihm eine versicherungspflichtige Beschäftigung angeboten werden konnte. Seit dem 01.03.2012 arbeitet er im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung auf „400,00-€-Basis“. Daneben stehen offenbar keine geeigneten Stellenangebote für ihn zur Verfügung. Frau W ist voll erwerbsgemindert und somit nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II. Die Verpflichtung, die Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts einzusetzen, besteht nach § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB II nur für **erwerbsfähige** Leistungsberechtigte.

Neben den im Sachverhalt genannten Ansprüchen sind weitere ggf. noch zu verfolgende Ansprüche nicht ersichtlich. Auf Ansprüche nach dem Wohngeldgesetz ist lt. Bearbeitungshinweis 6 nicht einzugehen. Inwieweit das zu berücksichtigende Einkommen und/oder Vermögen dem Leistungsanspruch nach dem SGB II entgegensteht, wird nachfolgend geprüft.

1.3 Hilfebedürftigkeit

Hilfebedürftig ist gemäß § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Um festzustellen, ob und in welchem Umfang Hilfebedürftigkeit vorliegt, ist zunächst eine Bedarfsermittlung vorzunehmen. In einem weiteren Schritt ist zu

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

prüfen, ob der Bedarf aus dem zu berücksichtigenden Einkommen und/oder Vermögen bestritten werden kann.

1.3.1 Bedarfsermittlung

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Arbeitslosengeld II. Nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten nach § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II Sozialgeld. Die Leistungen umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung (§ 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Dabei sind für das Sozialgeld die ergänzenden Maßgaben nach § 23 SGB II zu berücksichtigen.

1.3.1.1 Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts

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

Gemäß § 20 Abs. 4 SGB II i. V. m. Nr. 4 der Bekanntmachung über die Höhe der Regelbedarfe nach § 20 Abs. 5 SGB II für die Zeit ab 01.01.2012 ist ein Regelbedarf in Höhe von monatlich 337,00 € anzuerkennen, wenn zwei Partner der Bedarfsgemeinschaft das 18. Lebensjahr vollendet haben. Die Eheleute W erfüllen die genannten Voraussetzungen. Damit ist für sie ein Regelbedarf von jeweils 337,00 € zu berücksichtigen.

1.3.1.2 Mehrbedarfe

Nach § 23 Nr. 4 SGB II wird bei nichterwerbsfähigen Personen, die voll erwerbsgemindert nach dem Sechsten Buch Sozialgesetzbuch sind, ein Mehrbedarf von 17 Prozent der nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfe anerkannt, wenn sie Inhaber eines Ausweises nach § 69 Abs. 5 SGB IX mit dem Merkzeichen G sind. Diese Voraussetzungen liegen bei Frau W vor, so dass für sie ein Mehrbedarf von 57,29 € (17 Prozent von 337,00 €) zu berücksichtigen ist.

Die Anerkennung weiterer Mehrbedarfe kommt nicht in Betracht.

1.3.1.3 Bedarfe für Unterkunft und Heizung

Bedarfe für Unterkunft und Heizung werden nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind. Zu den Bedarfen der Unterkunft gehören die Kosten für die Gebrauchsüberlassung des Wohnraumes, die vertraglich geschuldet werden (Grundmiete zuzüglich der umlagefähigen Nebenkosten). Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind lt. Sachverhalt als angemessen anzusehen und kopfanteilig (d. h. zu jeweils 1/3) bei den Eheleuten W zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass der für Sebastian im BAföG berücksichtigte Unterkunftsbedarf (mtl. 49,00 €) niedriger als der nach Kopffzahl ermittelte Anteil ist. Die Berücksichtigung des gesamten Bedarfes für Unterkunft und Heizung bei den Eheleuten W (ggfs. abzüglich des im BAföG enthaltenen Anteils) würde im Ergebnis dazu führen, dass im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einer

nach dem BAföG geförderten Person übernommen und damit der grundsätzliche Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II umgangen würde.⁴

Bedarfsermittlung (Zusammenfassung):

	Herr W	Frau W
Regelbedarf	337,00 €	337,00 €
Mehrbedarf	–	57,29 €
Bedarfe für Unterkunft	140,00 €	140,00 €
Bedarfe für Heizung	22,00 €	22,00 €
Gesamtbedarf	499,00 €	556,29 €

1.4 Einsatz der Mittel der Einsatzgemeinschaft

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

1.4.1 Einsatz des Einkommens

1.4.1.1 Zu berücksichtigendes Einkommen

Dem zuvor ermittelten Bedarf ist zunächst das zu berücksichtigende Einkommen gegenüber-zustellen. Als Einkommen zu berücksichtigen sind nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II alle Einnahmen in Geld oder Geldeswert abzüglich der nach § 11b SGB II abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a SGB II genannten Einnahmen.

Sowohl das Erwerbseinkommen des Herrn W aus einer geringfügigen Beschäftigung als auch die Rente wegen voller Erwerbsminderung seiner Ehefrau sind Einnahmen im Sinne der genannten Vorschrift. Die in § 11a SGB II genannten Ausnahmen sind vorliegend nicht einschlägig. Auch § 1 Arbeitslosengeld II / Sozialgeld-Verordnung (Alg II-V) sowie spezielle Regelungen zum Einkommenseinsatz in anderen Gesetzen stehen einer grundsätzlichen Berücksichtigung nicht entgegen.

Dagegen ist das letztmalig am 19.03.2012 für Herrn W gezahlte Arbeitslosengeld (Alg I) vorliegend nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind laufende Einnahmen für den Monat zu berücksichtigen, in dem sie zufließen. Als laufende Einnahmen in diesem Sinne anzusehen sind auch „Abschlusszahlungen“ aus einer beendeten Sozialleistung⁵. Mit der in § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB II geregelten Rückwirkung des Antrages auf den Ersten des Monats, sind zwar auch Einnahmen, die im Rückwirkungszeitraum zugeflossen sind als Einkommen zu berücksichtigen. Sofern der Leistungsanspruch allerdings erst nach dem tatsächlichen Zufluss beginnt (vorliegend am 01.04.), ist das vor der Anspruchsentstehung zugeflossene Arbeitslosengeld (Alg I) im Bedarfszeitraum April 2012 nicht (mehr) als Einkommen anzurechnen.

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

Bei erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, die erwerbstätig sind, ist nach § 11b Abs. 2 Satz 1 SGB II an Stelle der Beträge nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 5 SGB II (u. a. für Versicherungen, die gesetz-

⁴ Vgl. BSG, Urteil vom 27.02.2008, B 14/11b AS 55/06 R, ZFSH/SGB 2008, 665.

⁵ Vgl. BSG, Urteil vom 07.05.2009, B 14 AS 4/08 R, ZFSH/SGB 2009, 740.

lich vorgeschrieben oder nach Grund und Höhe angemessen sind, Werbung- und Fahrtkosten) ein Betrag von insgesamt 100,00 € (Grundfreibetrag) abzusetzen. Da das Einkommen des Herrn W aus einer geringfügigen Beschäftigung nicht mehr als 400,00 € monatlich beträgt, ist § 11b Abs. 1 Satz 2 SGB II vorliegend nicht einschlägig. Für Herrn W ist darüber hinaus ein Freibetrag für Erwerbstätige nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB II i. V. m. § 11b Abs. 3 SGB II abzusetzen. Der Freibetrag beträgt nach § 11b Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II für den Teil des monatlichen Einkommens aus Erwerbstätigkeit, der 100,00 € übersteigt und nicht mehr als 1.000,00 € beträgt, 20 Prozent (hier also für den Teil des Einkommens von 100,00 € bis 400,00 € = $300,00 \text{ €} \times 20\% = 60,00 \text{ €}$).

Somit verfügt Herr W über ein bereinigtes Einkommen von monatlich 240,00 €.

Von der Nettorente wegen voller Erwerbsminderung der Frau W ist nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-V (ohne weiteren Nachweis) eine Pauschale von monatlich 30,00 € für Beiträge zu privaten Versicherungen, die nach Grund und Höhe angemessen sind, abzusetzen.

Die Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung der Frau W sind im Rahmen der Einkommensbereinigung (obwohl gesetzlich vorgeschrieben) nicht zu berücksichtigen, da entsprechende Beiträge lediglich vom Einkommen erwerbsfähiger Leistungsberechtigter absetzbar sind – für nicht erwerbsfähige Angehörige in der Bedarfsgemeinschaft dagegen nur dann, wenn im Einzelfall für die Haltung eines Kraftfahrzeuges ein anzuerkennender Grund (z. B. eine Behinderung) vorliegt.⁶ Ein derartiger Grund lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Somit verfügt Frau W über ein bereinigtes Einkommen von monatlich 190,00 €.

1.4.1.2 Zurechnung des Einkommens im Rahmen der Einsatzgemeinschaft

Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, das Einkommen und Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Herr und Frau W sind nicht dauernd getrennt lebende Ehegatten und leben als Partner in einer Bedarfsgemeinschaft (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 3 lit. a) SGB II). Sie sind somit verpflichtet, ihr Einkommen gegenseitig zur Bedarfsdeckung einzusetzen.

Das zu berücksichtigende Einkommen der Eheleute W reicht offensichtlich nicht aus, um den Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft zu decken. In diesem Fall gilt jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II). Das (bereinigte) Einkommen der Eheleute W ist betraglich zusammenzufassen und im Verhältnis der individuellen Bedarfsanteile beiden Personen zuzurechnen (sog. Bedarfsanteilmethode).

Zurechnung des Einkommens nach der Bedarfsanteilmethode:

	Herr W	Frau W	insgesamt
Gesamtbedarf	499,00 €	556,29 €	1.055,29 €
in % am Gesamtbedarf	47,29 %	52,71 %	100 %
(bereinigtes) Einkommen	240,00 €	190,00 €	430,00 €
Einkommensverteilung nach der Bedarfsanteilmethode	203,35 €	226,65 €	430,00 €
rechnerischer Anspruch (Fehlbedarf)	295,65 € (Alg II)	329,64 € (Sozialgeld)	625,29 €

1.4.2 Einsatz von Vermögen

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

Der Hausrat sowie der PKW von Frau W sind Sachwerte, die durch Veräußerung kurzfristig wirtschaftlich nutzbar sind.

Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB II ist ein angemessener Hausrat als Vermögen nicht zu berücksichtigen. Laut Sachverhalt ist die Wohnung der Eheleute W mit einem angemessenen Hausrat ausgestattet, so dass dieser Vermögenswert nicht zu berücksichtigen ist. Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II ist als Vermögen ebenfalls nicht zu berücksichtigen ein angemessenes Kraftfahrzeug für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende erwerbsfähige Person. Der PKW von Frau W wird (unabhängig vom aktuellen Zeitwert) von der Regelung allerdings nicht erfasst, da sie nicht erwerbsfähig ist. Damit ist der PKW nicht dem „Schonvermögen“ nach § 12 Abs. 3 SGB II zuzurechnen.

Der Einsatz dieses Vermögens zur Bedarfsdeckung kann allerdings nur verlangt werden, soweit dessen Wert die in § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB II genannten Freibeträge übersteigt. Von dem zu berücksichtigenden Vermögen (PKW mit einem aktuellen Zeitwert von 5.900,00 €) ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II ein Grundfreibetrag in Höhe von 150,00 € je vollendetem Lebensjahr für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende volljährige Person und deren Partner (also $110 \text{ Jahre} \times 150,00 \text{ €} = 16.500,00 \text{ €}$)⁸ abzusetzen. Die nach § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB II maßgebenden Höchstbeträge werden nicht überschritten.

Damit kann der Einsatz des Vermögens zur Bedarfsdeckung vorliegend nicht verlangt werden.

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

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

6 So auch Mergler/Zink, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, Rn. 64 zu § 11 SGB II a. F.

1.5 Vermutung der Bedarfsdeckung

Nach § 9 Abs. 5 SGB II wird vermutet, dass Hilfebedürftige, die in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten leben, von ihnen Leistungen erhalten, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann.

Die Regelung erfasst Personen, die nicht zum Kreis der Einsatzpflichtigen nach § 9 Abs. 2 SGB II gehören. Sie trägt dem Gedanken der sog. Notgemeinschaft Rechnung, wonach Verwandte oder Verschwägte, die in einer Haushaltsgemeinschaft leben, sich gegenseitig im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten unterstützen, auch wenn keine Unterhaltsverpflichtung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) besteht.

Sebastian ist mit seinen Eltern verwandt (vgl. § 1589 BGB). Alle drei im Haushalt lebenden Personen bilden eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft (vgl. Bearbeitungshinweis 8). Die gesetzliche Vermutung der Leistungserbringung durch den Verwandten oder Verschwägerten (hier durch Sebastian) setzt allerdings dessen Leistungsfähigkeit voraus.

Inwieweit die Vermutung der Bedarfsdeckung nach § 9 Abs. 5 SGB II im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit ausgestaltet ist, regelt § 1 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V. Danach sind die um die Absetzbeträge nach § 11b SGB II bereinigten Einnahmen in der Regel nicht als Einkommen zu berücksichtigen, soweit sie einen Freibetrag in Höhe des doppelten Betrages des nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II maßgebenden Regelbedarfs zuzüglich der anteiligen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie darüber hinausgehend 50 Prozent der diesen Freibetrag übersteigenden bereinigten Einnahmen nicht überschreiten. Da die als Einkommen zu berücksichtigende Ausbildungsförderung bereits unter dem doppelten Betrag des nach § 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II maßgebenden Regelbedarfs liegt, kann nicht erwartet werden, dass die Eheleute W Leistungen von Sebastian erhalten.

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz zweckbestimmte Einnahmen sind, die ausschließlich der Deckung der Ausbildungskosten und der Sicherung des Lebensunterhalts des Auszubildenden dienen. Insofern wäre es rechtswidrig, entsprechende Einnahmen (anteilig) anderen Personen der Haushaltsgemeinschaft als Einkommen zuzurechnen.⁹

1.6 Form der Hilfe / Leistungsart

Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden nach § 4 Abs. 1 SGB II in Form von Dienstleistungen, Geldleistungen und Sachleistungen erbracht, wobei die Geldleistung bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Regelfall ist und Sachleistungen nur in den im Gesetz genannten Fällen (z. B. § 24 Abs. 2 SGB II) in Betracht kommen. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen.

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

⁹ Ähnlich BSG, Urteil vom 17.03.2009, B 14 AS 63/07 R, NDV-RD 2009, 116 = FEVS 61, 119.

1.7 Beginn der Leistung / Antragserfordernis

Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden auf Antrag erbracht (vgl. § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Ein entsprechender Antrag wurde von Herrn W am 06.04.2012 gestellt. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB II werden Leistungen nicht für Zeiten vor der Antragstellung erbracht. Bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wirkt der Antrag auf den Ersten des Monats zurück (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB II), so dass der Leistungsanspruch (Arbeitslosengeld II und Sozialgeld) in der festgestellten Höhe für die Eheleute W ab 01.04.2012 besteht.

Die Leistungen sollen nach § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II jeweils für sechs Monate (d. h. also durch einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung) bewilligt und monatlich im Voraus erbracht werden. Abweichend von diesem Grundsatz kann der Bewilligungszeitraum nach § 41 Abs. 1 Satz 5 SGB II auf bis zu zwölf Monate bei Leistungsberechtigten verlängert werden, bei denen eine Veränderung der (persönlichen und wirtschaftlichen) Verhältnisse in diesem Zeitraum nicht zu erwarten ist. Für die Entscheidung über eine entsprechende Verlängerung des Bewilligungszeitraumes ist wesentliche Grundlage eine einzelfallbezogene Prognoseentscheidung der Arbeitsvermittlung des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende (z. B. im Hinblick auf eine Vermittlung in ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) zu treffen.

Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 SGB II wird vermutet, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach dem SGB II auch für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Auf eine Antragstellung durch Frau W muss daher nicht hingewirkt werden.

2 Aufgabe 2

Der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende könnte einen Anspruch auf Ersatz bzw. Erstattung seiner Leistungen nach § 34a SGB II gegen den Verursacher und nach 50 SGB X gegen die rechtswidrig begünstigte Person haben.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Ersatzanspruch nach § 34a SGB II das Aufhebungs- und Erstattungsverfahren nach §§ 45 ff., 50 SGB X nicht verdrängt, sondern ergänzt. Da die Regelungen des § 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 330 Abs. 2 und Abs. 3, Satz 1 SGB III durch § 34a SGB II unberührt bleiben,¹⁰ hat der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende in jedem Fall zu prüfen, ob Verwaltungsakte unter den Voraussetzungen der §§ 45 Abs. 2 Satz 3, 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X aufzuheben sind.

Der Ersatzanspruch nach § 34a SGB II gegen den Verursacher ist daher gleichzeitig mit dem Erstattungsanspruch nach § 50 SGB X gegen die rechtswidrig begünstigte Person geltend zu machen. Dadurch entsteht ein geschlossenes Haftungssystem, in dem beide Erstattungsverpflichtungen nebeneinander bestehen und durch das gegebenenfalls gesamtschuldnerisch die Erstattung derselben rechtswidrigen Leistung verlangt werden kann (vgl. § 34a Abs. 4 SGB II).

2.1 Ersatzanspruch nach § 34a SGB II

Nach § 34a Abs. 1 SGB II ist zum Ersatz rechtswidrig erbrachter Leistungen verpflichtet, wer diese durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten an Dritte herbeigeführt hat. Anders als § 50

¹⁰ Vgl. BT-Drucksache 17/3404, S. 113.

SGB X, der eine zu **Unrecht** erbrachte Leistung für den Kostenersatzanspruch voraussetzt, entsteht der Ersatzanspruch nach § 34a SGB II bereits bei **rechtswidriger** Leistungserbringung, ohne dass es der Aufhebung der zu Grunde liegenden Verwaltungsakte (Bewilligungsbescheide) bedarf.

2.1.1 Rechtswidrigkeit der erbrachten Leistungen

Die Leistungserbringung ist u. a. rechtswidrig, wenn geltendes Recht unrichtig angewandt bzw. von einem unzutreffenden Sachverhalt bei der behördlichen Entscheidung ausgegangen wurde und die Begünstigung somit gegen geltendes Recht verstößt.

Die Rechtswidrigkeit könnte sich im vorliegenden Fall aus dem Umstand ergeben, dass bei Antragstellung von Herrn W vorhandenes Vermögen (Sparguthaben) verschwiegen wurde.

Das Sparguthaben des Herrn W ist verwertbares Vermögen i. S. des § 12 Abs. 1 SGB II, da es als Forderungsrecht gegenüber dem Kreditinstitut jederzeit geltend gemacht werden kann. Es ist nach den Vorschriften des § 12 Abs. 3 SGB II über das „Schonvermögen“ auch nicht unberücksichtigt zu lassen.

Der Einsatz dieses Vermögens zur Bedarfsdeckung hätte allerdings nur verlangt werden können, soweit dessen Wert die in § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB II genannten Freibeträge übersteigt. Von dem zu berücksichtigenden Sparguthaben des Herrn W ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB II ein Grundfreibetrag in Höhe von 150,00 € je vollendetem Lebensjahr für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende volljährige Person und deren Partnerin oder Partner (d. h. also 150,00 € x 110 Jahre = 16.500,00 €)¹¹ abzusetzen. Die nach § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB II maßgebenden Höchstbeträge werden nicht überschritten. Neben dem Grundfreibetrag ist nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB II ein zusätzlicher Freibetrag für notwendige Anschaffungen in Höhe von 750,00 € für jeden in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Leistungsberechtigten vom Vermögen abzusetzen, so dass für die Eheleute W insgesamt ein Freibetrag von 18.000,00 € anzuerkennen ist. Damit hätte (auch unter Berücksichtigung der bereits im Hinblick auf den Zeitwert des PKW der Frau W abzusetzenden Freibeträge) ein wesentlicher Teil des Sparguthabens zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden müssen. Im Rahmen der Einsatzgemeinschaft nach § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II hätte sich auch Frau W das Vermögen ihres Ehemannes zurechnen lassen müssen. Hilfebedürftigkeit i. S. des § 9 Abs. 1 SGB II hat bei Antragstellung damit nicht vorgelegen, so dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Monate April bis Juni 2012 rechtswidrig erbracht worden sind.

2.1.2 Herbeiführung durch schuldhaftes Verhalten

Die Pflicht zum Kostenersatz nach § 34a SGB II entsteht nur dann, wenn die rechtswidrige Erbringung von Leistungen durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten herbeigeführt wurde. Verhalten im Sinne dieser Vorschrift erfasst sowohl ein (aktives) Tun als auch ein Unterlassen. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit müssen sich auf die Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit der Angaben beziehen.

Vorsatz liegt vor, wenn der Betroffene die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit seiner Angaben kennt. Grobe Fahrlässigkeit ist nach der Legaldefinition des § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X gegeben, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Erforderlich ist dabei in subjektiver Hinsicht ein

gegenüber der einfachen Fahrlässigkeit gesteigertes Verschulden. Ob dies zu bejahen ist, muss unter Berücksichtigung aller einzelfallbezogenen Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen entschieden werden (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff).

Herr W hat bei Antragstellung verschwiegen, dass er über Sparvermögen in Höhe von 26.500,00 € verfügt, obwohl er vom zuständigen Leistungsträger auf die Verpflichtung hingewiesen wurde, gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind (vgl. Bearbeitungshinweis 9). Herrn W hätte auch bei einfachsten Überlegungen klar sein müssen, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch nicht unabhängig von der jeweiligen Einkommens- und Vermögenssituation des Hilfesuchenden erbracht werden.

Damit hat Herr W vorsätzlich – zumindest aber grob fahrlässig – gehandelt und dadurch die Leistungen herbeigeführt.

2.1.3 Leistungen an Dritte

Die Vorschrift des § 34a Abs. 1 Satz 1 SGB II regelt den Anspruch auf Kostenersatz gegen den Verursacher für die an Dritte rechtswidrig erbrachten Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch. Soweit Leistungen rechtswidrig an den Verursacher selbst herbeigeführt worden sind, kommt eine Ersatzpflicht nach § 34a SGB II nicht in Betracht. Für diesen Fall ist das Aufhebungs- und Erstattungsverfahren nach §§ 45 ff., 50 SGB X maßgebend (vgl. dazu 2.2). Damit besteht im Rahmen des § 34a SGB II eine Pflicht zum Kostenersatz des Herrn W als Verursacher im Hinblick auf die an Frau W für die Monate April bis Juni 2012 rechtswidrig erbrachte Hilfe (Sozialgeld) in Höhe von insgesamt 988,92 € (3 Monate x 329,64 €).

2.1.4 Geltendmachung/Fristen

Unter den genannten Voraussetzungen entsteht der Ersatzanspruch nach § 34a SGB II kraft Gesetzes, ist jedoch mit Leistungsbescheid gegen Herrn W durchzusetzen, wobei die Verjährungsfristen nach § 34a Abs. 2 SGB II zu beachten sind. Gemäß § 34a Abs. 3 Satz 4 SGB II bleibt § 52 SGB X unberührt, so dass der bestandskräftige Leistungsbescheid nach Ablauf von 30 Jahren verjährt (vgl. § 52 Abs. 2 SGB X).

2.2 Erstattungsanspruch nach § 50 SGB X

Ein Rückforderungsanspruch des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende gegen die Eheleute W als rechtswidrig begünstigte Personen könnte sich auch aus § 50 SGB X ergeben. Gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X sind zu Unrecht erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit Verwaltungsakte aufgehoben worden sind.

2.2.1 Aufhebung der Verwaltungsakte

Die Aufhebung der Verwaltungsakte könnte durch eine Rücknahme (Aufhebungstatbestand, vgl. § 39 Abs. 2 SGB X) nach § 45 SGB X erfolgen, da es sich im vorliegenden Fall hinsichtlich der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch um begünstigende Verwaltungsakte handelt, die (wie unter 2.1.1 festgestellt) wegen der Nichtberücksichtigung des

¹¹ Vgl. Fußnote 7.

Sparvermögens rechtswidrig waren. Die materielle Rechtswidrigkeit muss (sofern die Rücknahme auf § 45 SGB X gestützt wird) objektiv und anfänglich sein, also bereits bei Erlass des ggfs. zu korrigierenden Verwaltungsaktes bestanden haben.

Da die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende durch Verwaltungsakte mit Dauerwirkung bewilligt werden (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 3 SGB X), kommt die Rücknahme für die Vergangenheit und für die Zukunft in Betracht. Soweit ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat (begünstigender Verwaltungsakt), rechtswidrig ist, darf er nur unter den Einschränkungen und Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 bis Abs. 4 SGB X mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (vgl. § 45 Abs. 1 SGB X).

Gemäß § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X wird der Verwaltungsakt nur in den Fällen von Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 Satz 2 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt darf gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und das Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig ist. Sofern die Vorschrift des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X Anwendung findet, sind andere Aspekte des Vertrauensschutzes, auch bei einer Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft nicht (mehr) zu prüfen.

Nach § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X kann sich der Begünstigte nicht auf Vertrauen berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. Wie bereits festgestellt, hat Herr W durch das pflichtwidrige Verschweigen von Vermögen zumindest grob fahrlässig gehandelt und kann sich somit nicht auf Vertrauensschutz berufen. Damit dürfen die erlassenen Verwaltungsakte (Bewilligungsbescheide) gegenüber Herrn W zurückgenommen werden.

Fraglich ist, ob eine Rücknahme der Verwaltungsakte auch gegenüber Frau W als rechtswidrig begünstigte Person in Betracht kommen kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn Frau W die rechtswidrige Leistungserbringung selbst verursacht hätte oder wenn sie sich das Verhalten ihres Ehemannes (als Vertreter) zurechnen lassen müsste oder wenn sie die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (vgl. § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X).

Antragsteller beim Jobcenter der Stadt B ist Herr W. Damit muss auch nur er das Fehlverhalten (Verschweigen von Vermögen) gegen sich gelten lassen. Herr W war durch seine Ehefrau bei Antragstellung offenbar auch nicht ausdrücklich bevollmächtigt (Vertretungsvollmacht im Sinne einer gewillkürten Vertretung gemäß § 13 Abs. 1 SGB X), was eine Zurechnung des Vertreterhandelns über die Zurechnungsvorschriften des § 166 Abs. 1 BGB (Wissenszurechnung) und des § 278 BGB (Zurechnung von Fehlverhalten) begründet hätte.

Eine Zurechnung des Fehlverhaltens kann auch nicht über § 38 Abs. 1 SGB II in Betracht kommen. Die gesetzliche Vermutung der Bevollmächtigung eines erwerbsfähigen Leistungsberechtigten für die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft (vermutete Vertretung) umfasst die Befugnis, Leistungen für alle in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen und bezieht sich damit nur auf das Bewilligungsverfahren, nicht aber auf das Aufhebungs- und Erstattungsverfahren.

Es ist auch nicht davon auszugehen, dass Frau W die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte (Bewilligungsbescheide) kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Auch wenn Frau W vom

Sparvermögen ihres Ehemannes wusste, wird der Leistungsträger im Regelfall nicht nachweisen können, dass sie Kenntnis von den (im Hinblick auf die Vermögenssituation) unvollständigen Angaben bei Antragstellung hatte. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass Frau W Einzelheiten über die Nichtberücksichtigung von Vermögen und die Höhe der entsprechenden Freibeträge bekannt waren, so dass sie die Fehlerhaftigkeit der Bewilligungsbescheide im Hinblick auf die Hilfebedürftigkeit nicht kennen konnte bzw. kennen musste.¹²

Die Entscheidung über die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist somit nur gegen Herrn W zurückzunehmen. Der zuständige Leistungsträger muss dies innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen (vgl. § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X).

2.2.2 Adressat und Umfang des Erstattungsanspruchs

Der Erstattungsanspruch nach § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X entsteht unmittelbar (nur) gegenüber der Person, für die die Leistungen erbracht wurden (also dem begünstigten Leistungsempfänger), wobei eine lediglich mittelbare Begünstigung nicht ausreicht. Dabei stellt der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch nur die Umkehrung bzw. das „Spiegelbild“ des Leistungsverhältnisses dar.

Jede leistungsberechtigte Person hat einen eigenständigen, individuellen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und im Rahmen der Kostenerstattung nach § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X auch nur für die Rückzahlung der ihr persönlich erbrachten Leistungen einzustehen. Auch durch die Zugehörigkeit zur Bedarfsgemeinschaft i. S. des § 7 Abs. 3 SGB II verlieren deren Mitglieder nicht ihren jeweiligen Einzelanspruch¹³.

Damit ist Herr W erstattungspflichtig im Hinblick auf die für ihn zu Unrecht erbrachten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Arbeitslosengeld II) für die Monate April bis Juni 2012 in Höhe von insgesamt 886,95 € (3 Monate x 295,65 €).

Die Einschränkung der Erstattungsforderung im Hinblick auf die bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes II berücksichtigten Bedarfe für Unterkunft nach § 40 Abs. 4 Satz 1 SGB II ist vorliegend nicht einschlägig, da es sich vorliegend um einen Fall des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X handelt (vgl. § 40 Abs. 4 Satz 2 SGB II).

2.2.3 Geltendmachung / Fristen

Die Festsetzung des Erstattungsanspruchs erfolgt durch (schriftlichen) Verwaltungsakt. Dieser soll mit der Aufhebung des begünstigenden Verwaltungsaktes verbunden werden (vgl. § 50 Abs. 3 SGB X). Regelmäßig wird der Festsetzungsbescheid nach § 50 Abs. 1 SGB X gleichzeitig mit einem Leistungs- bzw. Durchsetzungsbescheid erlassen.

Der Erstattungsanspruch verjährt in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Verwaltungsakt nach § 50 Abs. 3 SGB X, mit dem die zu erstattende Leistung festgesetzt wurde, unanfechtbar geworden ist (§ 50 Abs. 4 Satz 1 SGB X). Durch die Verweisung auf § 52 SGB X (vgl. § 50 Abs. 4 Satz 3 SGB X) wird erreicht, dass ein in diesem Sinne festgesetzter Erstattungsanspruch erst nach Ablauf von 30 Jahren verjährt.

¹² Auch ein anderes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

¹³ Vgl. BSG, Urteil vom 07.11.2006, B 7b AS 8/06 R, BSGE 97, 217 = FEVS 58, 259.

Flohmarkt am Sonntag? – Teil 2¹ –

– Fallbearbeitung aus dem Bereich des Allgemeinen und des Besonderen Verwaltungsrechts –

Sachverhalt:

Stadt Bruchhausen-Vilsen
A.Z.: 14 NFeiertagsG 2012 (Schiller)

25. April 2012

1. Vermerk:

Herr Schiller, Hinter der Weide 24, 28775 Bruchhausen-Vilsen betreibt an der Bremer Straße ein Lebensmittelgeschäft. Herr Schiller plant, auf seinem Parkplatz, der sich vor dem Geschäftsgebäude zur Straße hin befindet, in den kommenden Wochenenden Flohmärkte durchzuführen. Der Parkplatz ist von jedermann einsehbar. Der Antrag, ihm eine Ausnahme nach dem Nds. Feiertagsgesetz zu gewähren, wurde mit Bescheid vom 10. April 2012 abgelehnt. Die gegen diese Entscheidung form- und fristgerecht eingelegte Klage ist uns vom Gericht mit Gerichtsverfügung vom 21. April 2012 AZ.: Ds 77/4/2012 zur Stellungnahme zugeleitet worden (vom Abdruck wurde abgesehen). Nun ist der Presse zu entnehmen, dass Schiller, trotz fehlender Erlaubnis, an vier aufeinander folgenden Sonntagen auf seinem Parkplatz Flohmärkte durchführen will. In einem Interview brachte er zum Ausdruck, dass er die „wirtschaftsfeindliche Entscheidung“ nicht hinnehmen werde. Zudem bezweifelt er, dass hier überhaupt eine Erlaubnis erforderlich sei. Nach der Presseinformation (Kreiszeitung vom 24. April 2012), hat Schiller bereits Verträge mit Standbesckickern abgeschlossen. Zudem ist in der heutigen Zeitung eine Anzeige, die auf die geplanten Veranstaltungen am 6., 13., 20. und 27. Mai 2012 hinweist, enthalten. Die Anzeige richtet sich primär an die Bewohner von Bruchhausen-Vilsen.

Wie bereits im Antragsverfahren ermittelt, werden mögliche Flohmarktbesucher überwiegend mit dem Auto zur Veranstaltung kommen, wobei die Fahrzeuge dann auf dem übrigen Parkplatzgelände abgestellt werden. Sofern kein ausreichender Parkraum mehr vorhanden sein wird, ist davon auszugehen, dass die Kunden dann auch den auf der gegenüberliegenden Straßenseite befindlichen Parkstreifen nutzen werden.

Es wäre damit zu rechnen, dass ein ständiger An- und Abfahrverkehr stattfinden würde.

Es kann nicht hingenommen werden, dass Schiller sich über gesetzliche Verbote hinwegsetzt. Es ist eine Untersagungsverfügung zu ferti-

* Prof. Helmut Globisch ist als Hochschuldozent an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen tätig. Prof. Holger Weidemann ist auf der Leitungsebene dieser Hochschule tätig.

1 Es handelt sich um die Fortsetzung der Fallgestaltung von Globisch/Weidemann aus dem DVP-Heft 6/2012 Seite 252 ff. Dort war der Antrag des Betroffenen, ihm die Ausnahmegenehmigung nach dem Feiertagsgesetz zu erteilen, abgelehnt worden. Die Fallfortführung weist eine hohe praktische Relevanz auf. Kommt es doch immer wieder vor, dass erlaubnispflichtige Aktivitäten bereits vor Erteilung der Erlaubnis oder aber nach erfolgter Ablehnung des Antrages dennoch ausgeführt werden. Aus einem Fall der sog. gewährenden Verwaltung wird dann eine Fallgestaltung der Eingriffsverwaltung. Die Fallgestaltung ist aber so gewählt worden, dass beide Fälle auch – unabhängig voneinander – selbstständig bearbeitet werden können.

gen. Eine erneute Beteiligung von Herrn Schiller kann sicherlich unterbleiben, da ihm die Rechtslage hinreichend bekannt sein müsste.

Schulze

– Sachgebietsleiterin –

2. Herrn Behrens z.w.V.

Aufgabenstellung:

Bitte prüfen Sie gutachtlich, ob eine Untersagung der geplanten Flohmärkte rechtsfehlerfrei angeordnet werden könnte und unterbreiten Sie einen Entscheidungsvorschlag, in dem Sie auch Aussagen dazu treffen, welcher Rechtsbehelf im Streitfall in Betracht käme.

Bearbeitungshinweise:

1. Die Stadt Bruchhausen-Vilsen hat 15.375 Einwohner und liegt im Landkreis Diepholz.
2. Die Handlung des Antragstellers ist weder nach Bundes- noch Landesrecht besonders zugelassen.
3. Sollte eine weitere Beteiligung des Antragstellers für erforderlich gehalten werden, führt diese zu keinen neuen Erkenntnissen.
4. Die Frage einer möglichen gewerberechtlichen Zulassung des Flohmarktes ist **nicht** zu thematisieren.

Lösungsskizze

1. Arbeitsziel

Es ist zu untersuchen, ob die Stadt Buchhausen-Vilsen berechtigt ist, die geplante Durchführung der Flohmärkte an vier Sonntagen im Mai des Jahres zu unterbinden. In Betracht kommen könnte der Erlass einer Untersagungsanordnung.

2. Rechtmäßigkeit

Die geplante Untersagungsanordnung ist dann rechtmäßig, wenn sie dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit entspricht (Art. 20 III GG). Sie darf in formeller und materieller Hinsicht nicht an Rechtsmängeln leiden (Vorrang des Gesetzes). Da aus Sicht von Herrn Schiller, der Adressat der beabsichtigten Maßnahme sein wird, ein eingreifender Verwaltungsakt erlassen werden soll, benötigt die Stadt für ihr Handeln eine Ermächtigungsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes).²

2 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.; ferner Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., § 6 Rdnr. 6 ff.

2.1 Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Anordnung, die der Gefahrenabwehr i.S.d. §§ 1 Nr. 1 Nds.SOG³ dient, ist § 11 Nds.SOG, weil weder eine besondere Regelung der Gefahrenabwehr außerhalb des Nds.SOG noch eine spezielle Ermächtigung innerhalb des Nds.SOG den Eingriff rechtfertigt.

2.2 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig, wenn er hinsichtlich der Zuständigkeit, des Verfahrens und/oder der Form keine Rechtsmängel aufweist.

2.2.1 Zuständigkeit⁴

Gem. § 97 Abs. 1 Nds.SOG ist die Stadt Bruchhausen-Vilsen als Gemeinde i.S.d. § 14 Abs. 2 Nds.SOG⁵ sachlich zuständig für die Untersagungsverfügung, da keine besondere Zuständigkeitsregelung eingreift.

Örtlich zuständig ist die Stadt Bruchhausen-Vilsen gem. 100 Abs. 1 S. 2 Nds.SOG, da die zu schützenden Interessen im Stadtgebiet und damit im Bezirk der Stadt Bruchhausen-Vilsen verletzt werden.

2.2.2 Verfahren

Nach § 28 Abs. 1 VwVfG⁶ 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 geplante Untersagungsanordnung ist ersichtlich ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Dieser Verwaltungsakt soll an Helmut Schiller gerichtet werden. Er ist damit nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG Beteiligter. Ein Eingriff in seine Rechte liegt ebenfalls vor, da seine bisherige Rechtsstellung zu seinem Nachteil verändert wird⁷. Der beabsichtigte Verwaltungsakt greift zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) des Beteiligten ein, da Schiller auffordert, die Durchführung der geplanten Veranstaltungen zu unterlassen.⁸ Das grundsätzlich erforderliche Anhörungsverfahren könnte aber ausnahmsweise entbehrlich sein. 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 wäre⁹. Die erste Veranstaltung steht zwar unmittelbar bevor, da verbleibt noch ausreichend Zeit, Schiller zu beteiligen. Zu berücksichtigen ist, dass § 28 VwVfG nicht ein schriftliches Anhörungsverfahren vorschreibt. Die verbleibende Zeit reicht aus, um zumindest noch ein mündliches Anhörungsverfahren durchzuführen. Eine besondere zeitliche Dringlichkeit ist somit nicht ersichtlich. 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 ebenfalls ausscheidet.¹⁰ Da weitere Ausnahmetatbestände (§ 28 Abs. 2 u. 3 VwVfG) nicht ersichtlich sind, muss vor Erlass des Verwaltungsakts ein Anhörungsverfahren durchgeführt werden.

Dieses Anhörungsverfahren hat den Anforderungen des § 28 Abs. 1 VwVfG zu genügen. Der Beteiligte ist über die für die beabsichtigte Entscheidung erheblichen Tatsachen zu informiert. Zudem muss ihm die beabsichtigte Maßnahme mitgeteilt werden. Ihm muss aufgrund der Anhörung klar sein, was die Behörde beabsichtigt und wozu er sich äußern kann.¹¹ Nicht gefordert wird dagegen, dass bereits im Anhörungsverfahren alle maßgeblichen Rechtsgrundlagen genannt werden.¹² Ferner ist Schiller eine angemessene Äußerungsfrist einzuräumen. Es erscheint ausreichend, wenn Schiller, nach mündlicher Information, eine Äußerungsfrist von 3 Tagen eingeräumt wird.

2.2.3 Zwischenergebnis

Der beabsichtigte Verwaltungsakt ist – soweit zuvor noch ein Anhörungsverfahren durchgeführt wird – insoweit formell¹³ rechtmäßig.

2.3 Materielle Rechtmäßigkeit

2.3.1 Tatbestand

Der geplante Verwaltungsakt wäre materiell rechtmäßig, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Behörde die richtige Rechtsfolge ziehen würde¹⁴.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 Nds.SOG müssen vorliegen. Es müsste eine Gefahr, d.h., eine konkrete Gefahr im Sinne von § 2 Nr. 1 Buchst. a Nds.SOG, vorliegen.¹⁵ Danach besteht eine Gefahr, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass im Einzelfall in

3 Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Fassung vom 19. Januar 2005 (Nds.GVBL: S. 9) zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Oktober 2011 (Nds.GVBl. S. 353). Das Gefahrenabwehrrecht der einzelnen Bundesländer enthält vergleichbare Regelungen der sog. ordnungs- und polizeilichen Generalklausel

4 Erörterungsbedürftig sind zunächst nur Fragen nach der Zuständigkeit der Stadt Bruchhausen-Vilsen und der ordnungsgemäßen Beteiligung des Herrn Schiller.

5 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz vom 17. Dezember 2010 (Nds.GVl. S. 576, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. November 2011 (Nds.GVl. S. 422)

6 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 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

7 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].

8 Vertretbar wäre es bei diesem Fall auch, auf Art. 14 GG – Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – zurückzugreifen.

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

10 Eine Beschäftigung mit § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ist nicht geboten. Hier wird ja gerade eine negative Entscheidung getroffen. Zudem liegen bisher lediglich Angaben vor, die im Rahmen eines Antragsverfahrens vorgebracht worden sind.

11 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 28 Rdnr. 34

12 wohl befürwortend Stelkens, Bonk, Sachs a.a.O., Rdnr. 38; ablehnend Suckow/Weidemann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., S.69

13 Da bei diesem Prüfungsstadium noch nicht ersichtlich ist, ob die beabsichtigte Maßnahme angeordnet werden kann, empfiehlt sich eine Teilung der formellen Rechtmäßigkeitsprüfung in eine sog. „vorgeschalte“ und sog. „nachgeschaltete“ Rechtmäßigkeitsprüfung; siehe auch Büchner/Joerges, Übungen zum Verwaltungsrecht und zur Bescheidtechnik, Rdnr. 131 ff, 153 ff und 160; ferner Weidemann in Drape/Weidemann, Verwaltungsrechtliche Fallbearbeitung, 2004, S. 4 ff; ferner Weidemann/Globisch, DVP 1998, S. 429 [431]

14 zur materiellen Rechtmäßigkeit des VA vgl. Suckow/Weidemann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. Rn. 157 ff

15 vgl. Böhrenz/Stiefken, Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 9.Aufl. § 11 Rn. 5

absehbarer Zeit ein Schaden für die Öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Hier könnte die öffentliche Sicherheit berührt sein. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Schutzgüter der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die subjektiven Rechte und Schutzgüter des Einzelnen und die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und der sonstigen Träger der Hoheitsgewalt¹⁶. Durch die Durchführung der Flohmärkte an Sonntagen könnte das Schutzgut der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung¹⁷ berührt sein. Es könnte ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 NFeiertagsgesetz¹⁸ vorliegen. Danach sind öffentlich bemerkbare Handlungen, die die äußere Ruhe stören oder dem Wesen der Sonn- und Feiertage widersprechen, verboten, wenn keine Ausnahme vorliegt. Eine öffentlich bemerkbare Handlung liegt hier vor, da sie nach den örtlichen Verhältnissen von unbestimmt vielen Personen wahrgenommen werden kann.¹⁹ Die Durchführung des Flohmarktes am Sonntag widerspricht auch dem Wesen der Sonn- und Feiertage. Hier werden alle diejenigen Handlungen erfasst, die ihrem gesamten Erscheinungsbild nach allgemein als unvereinbar mit dem Wesen der Sonn- und Feiertage als Tage der Ruhe und der seelischen Erhebung empfunden werden. Bei der Durchführung eines Flohmarktes handelt es sich um eine typisch werktägliche Arbeit, weil vom Betriebsablauf kein grundsätzlicher Unterschied besteht zu den an Werktagen abgehaltenen Märkten.²⁰ Da keine Ausnahmen gem. § 4 Abs. 2 NFeiertagsG eingreifen, ist die Durchführung eines Flohmarktes an Sonntagen also verboten. Indem Herr Schiller diese Veranstaltungen jedoch auf jeden Fall durchführen möchte, läge darin ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 NFeiertagsG vor. Damit wäre also das Schutzgut der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung verletzt. Die öffentliche Sicherheit wäre also berührt.

Es müsste ein *Schaden* möglich sein. Ein Schaden bedeutet die objektive Minderung des vorhandenen Bestandes an den durch die Generalklausel geschützten Gütern. Von einem Schaden kann erst gesprochen werden, wenn die zu erwartende Beeinträchtigung einen bestimmten Intensitätsgrad erlangt. Eine bloße Belästigung, Unbequemlichkeit oder Geschmacklosigkeit reicht nicht aus.²¹

Wenn Herr Schiller die geplanten Flohmarktveranstaltungen durchführt, kommt es zu einem Gesetzesverstoß, der über eine bloße Belästigung hinausgeht und auch wegen der Dauer eine erhebliche Intensität hat. Das Schutzgut wird demnach nicht unerheblich verletzt, ein Schaden ist also möglich.

16 Ipsen, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. Rn. 84

17 Das Schutzgut der objektiven Rechtsordnung umfasst die Einhaltung aller Gesetze, Verordnungen und Satzungen, die den Bürger zu einem bestimmten Verhalten (einschließlich Unterlassen) gegenüber dem Staat oder aber Dritten verpflichten. Er ist der wichtigste Anwendungsfall für das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Dieser Ansatz kommt immer dann zum Tragen, wenn die maßgebliche verwaltungsrechtliche Ver- oder Gebotsnorm keine eigene Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten gegen Normverstöße aufweist. Vertiefung: Schoch, JuS 1994, S. 572

18 NFeiertagsgesetz i.d.F. vom 7. März 1995 (GVBl. S. 50); der Gesetzestext ist abgedruckt bei dem ersten Teil der Fallgestaltung; siehe DVP 2012, S. 252 ff. sowie Fn. 1

19 Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt an dieser Stelle im Urteilstil. Zur ausführlichen **gutachtlichen Lösung** siehe die Ausführungen in DVP 2012 S. 252 [S. 253 f.]

20 im Ergebnis vgl. VG Braunschweig Urt. v.24.03.2010, Nds.VBl. 2010 S. 256; zur ausführlichen **gutachtlichen Lösung** siehe die DVP-Fundstelle Fn. 1

21 vgl. Rolf Schmidt, Besonderes Verwaltungsrecht II 13. Aufl., Rn. 678, vgl. auch Axel Saipa, Niedersächsisches Gesetz über die Öffentliche Sicherheit und Ordnung- Kommentar, § 2 Rn 5

Der Eintritt des Schadens müsste *hinreichend wahrscheinlich* sein *in absehbarer Zeit*. Er braucht nicht unmittelbar bevorstehen, und es ist auch keine Gewissheit erforderlich. Bloße Vermutungen und eine zu entfernte Möglichkeit reichen allerdings nicht aus.²² Da Herr Schiller bereits ausdrücklich angekündigt hat, er werde die Flohmarktveranstaltungen durchführen, liegen objektive Erkenntnisse vor, dass der Gesetzesverstoß eintreten wird. Dieser wird auch in überschaubarer Zukunft eintreten, da Herr Schiller die Veranstaltungen demnächst durchführen möchte. Damit ist der Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich in absehbarer Zeit.

Der Schadenseintritt müsste im *einzelnen Fall* möglich sein. Der einzelne Fall ist ein räumlich-zeitlich bestimmter Fall.²³ Die Behörde möchte einschreiten wegen der konkret geplanten Flohmarktveranstaltungen des Herrn Schiller auf dem Parkplatz vor seinem Einkaufsmarkt, die demnächst stattfinden werden. Damit liegt ein räumlich-zeitlich bestimmter Fall vor, also ein Einzelfall.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Nr. 1 Buchst. a liegen vor, damit liegt eine konkrete Gefahr vor. Der Tatbestand des § 11 Nds. SOG ist damit ebenfalls erfüllt.

2.3.2 Rechtsfolge

§ 11 Nds. SOG räumt der Behörde auf der Rechtsfolgenseite Ermessen ein. Gem. § 5 Abs. 1 Nds. SOG treffen die Verwaltungsbehörden und die Polizei ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen. Bei der Ermessensausübung ist § 40 VwVfG zu beachten.

Die Behörde muss den Zweck der Ermächtigung beachten. Zweck des § 11 Nds. SOG ist es, die Behörde zu ermächtigen, die notwendigen Eingriffsmaßnahmen zu Abwehr einer Gefahr zu treffen.²⁴ Die Behörde will ausschließlich einschreiten, um den Gesetzesverstoß zu verhindern, also die Gefahr abzuwenden. Da die Behörde keine sachfremden Erwägungen bei ihrer Entscheidung anstellt, beachtet sie den Zweck der Ermächtigung.

Es müssen die Grenzen des Ermessens eingehalten werden. Die Grenzen ergeben sich zunächst aus den §§ 6,7,8 Nds. SOG.²⁵ Die Behörde muss den richtigen Verantwortlichen heranziehen.

Herr Schiller könnte Verantwortlicher sein gem. § 6 Abs. 1 Nds. SOG. Dann müsste er die Gefahr verursachen. Nach der Theorie der unmittelbaren Verursachung ist nur dasjenige Verhalten im ordnungs- und polizeirechtlichen Sinne ursächlich, das selbst unmittelbar die konkrete Gefahr setzt, das also die Gefahrgrenze überschreitet. Es kommt darauf an, wer das entscheidende Glied in der Kausalkette ist.²⁶ Indem Herr Schiller die Flohmarktveranstaltungen durchführt, verstößt er gegen § 4 Abs. 1 NFeiertagsG. Da er einen Gesetzesverstoß begeht, überschreitet er die Gefahrgrenze, setzt damit unmittelbar die Gefahr, verursacht also die Gefahr. Herr Schiller ist also Verantwortlicher nach § 6 Abs. 1 Nds. SOG

Eine weitere Ermessengrenze ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁷ Danach muss das Mittel geeignet, erforder-

22 Möller/Warg, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., Rn. 102

23 Rolf Schmitt a.a.O., Rn. 661

24 vgl. Böbrenz/Siefken a.a.O., § 11 Rn. 1

25 zum Aufbau siehe auch Möller/Warg a.a.O., Rn 118 ff

26 Möller/Warg a.a.O. Rn129; Ipsen, a.a.O., Rn 181

27 vgl. Raimund Brühl, Verwaltungsrecht für die Fallbearbeitung 7. Aufl., S. 87, 91, vgl. Saipa, a.a.O. § 4 Rn 2

lich und angemessen sein, § 4 Abs. 1 und 2 Nds. SOG.²⁸ Geeignetheit ist ein Mittel, das den erstrebten Erfolg herbeiführen kann. In diesem Sinne tauglich ist ein Mittel, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.²⁹ Der gewünschte Erfolg ist hier, dass Herr Schiller keinen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 NFeiertagsG begehen wird. Indem Herrn Schiller untersagt wird, diese Veranstaltungen durchzuführen, wird der Gesetzesverstoß unterbunden, der Erfolg wird erreicht. Das Mittel ist also geeignet.

Erforderlich ist das Mittel, wenn von mehreren geeigneten Mitteln dasjenige eingesetzt wird, das den einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt, § 4 Abs. 1 Nds. SOG. Der Gesetzesverstoß kann nur durch das Mittel der Untersagung verhindert werden. Es gibt demnach keine gleich geeigneten, milderen Mittel. Die Untersagungsverfügung ist also erforderlich.

Das Mittel muss weiterhin angemessen sein. Das Mittel ist angemessen, wenn es nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht, § 4 Abs. 2 Nds. SOG.

Ein erkennbares Missverhältnis liegt vor, wenn die Privatinteressen des Herrn Schiller im Rahmen einer Abwägung mit den öffentlichen Interessen höher wiegen würden³⁰ Die Interessen des Herrn Schiller liegen darin, durch die Veranstaltungen Gewinn zu erzielen. Außerdem möchte er den Kunden seines Einkaufsmarktes eine besondere Attraktivität bieten. Das Interesse der Öffentlichkeit ist es, dass die Rechtsordnung eingehalten wird und diese Verstöße gegen § 4 NFeiertagsG³¹ unterbleiben. Für die Untersagungsanordnung spricht, dass die Behörde gem. Art 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist und damit regelmäßig die Pflicht hat, die Rechtsordnung durchzusetzen. Zudem dient der Sonn- und Feiertagsschutz dem Ruhebedürfnis Dritter und damit zumindest auch dem Gesundheitsschutz. Die Interessen des Herrn Schiller wären höherwertig, wenn auf seinen Antrag hin unmittelbar die fehlende Erlaubnis erteilt werden müsste, d.h. lediglich ein Fall der sog. formellen Illegalität vorliegt³². Eine Erteilung der Erlaubnis kommt jedoch im vorliegenden Fall nicht in Betracht. § 4 Abs. 1 NFeiertagsG erfordert das Vorliegen eines besonderen Anlasses im Einzelfall. Ein besonderer Anlass liegt bei den Veranstaltungen des Herrn Schiller nicht vor, weil keine atypische Fallgestaltung vorliegt. Ein Flohmarkt stellt kein besonderes Ereignis dar, weil es sich um einen "normalen" Flohmarkt handelt mit den üblichen Verkaufsangeboten. Eine besondere überregionale Bedeutung liegt ebenfalls nicht vor. Entscheidend ist, dass bei der Durchführung der Flohmärkte mit einem erheblichen An- und Abfahrverkehr der Veranstaltungsteilnehmer und Besucher gerechnet werden muss. Es ist mit einer gewissen Unruhe auf dem Parkplatzgelände zu rechnen, wodurch der Schutzzweck des Arbeitsverbotes nicht unwesentlich berührt wird. Da die Erteilung der Erlaubnis nicht in Betracht kommt, liegt also auch ein Fall der materiellen Illegalität vor. Auch kommt den Schutzgütern der Allgemeinheit, insbesondere dem Gesundheitsschutz, ein

erhebliches Gewicht zu. Die primär wirtschaftlichen Interessen des Herrn Schiller müssen gegenüber dem Gesundheitsschutz zurückstehen. Es liegt kein erkennbares Missverhältnis vor. Das Mittel ist angemessen. Die Grenzen des Ermessens werden eingehalten, das Ermessen wird gem. § 40 VwVfG richtig ausgeübt. Die Behörde wählt die richtige Rechtsfolge.

Der Verwaltungsakt ist materiell rechtmäßig. Der VA ist insgesamt rechtmäßig und kann daher rechtsfehlerfrei erlassen werden.

3. Entscheidungsvorschlag

1. Gegenüber Herrn Schiller wird eine Untersagungsanordnung erlassen. Zuvor ist ein mündliches Anhörungsverfahren durchzuführen. Schiller ist eine Frist von drei Tagen einzuräumen, um ggfs. eine ergänzende Stellungnahme abzugeben.

2. Klärung der weiteren formellen Voraussetzungen

a) Form des Verwaltungsakts

aa) Schriftlichkeit und äußere Gestaltung

Da das Nds. SOG keine Anforderungen hinsichtlich der Form dieses Verwaltungsakts formuliert, entscheidet die Stadt Bruchhausen-Vilsen nach pflichtgemäßem Ermessen, in welcher Weise er den Verwaltungsakt erlassen will. Nach § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG kann er schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden. Hier empfiehlt sich aus Beweissicherungsgründen die Schriftform. Sodann muss die äußere Gestaltung des Verwaltungsaktes den Vorgaben des § 37 Abs. 3 VwVfG genügen.

bb) Begründung

Grundsätzlich sind nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG schriftliche Verwaltungsakte mit einer Begründung zu versehen, sofern keine Ausnahme nach Abs. 2 greift. Eine Ausnahme ist nicht ersichtlich. Damit muss dieser Verwaltungsakt mit einer Begründung versehen werden. Die Begründung muss den Anforderungen des § 39 Abs. 1 S. 2 und S. 3 VwVfG entsprechen.

b) Rechtsbehelfsbelehrung

Es empfiehlt sich, dem VA eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen. So kann die Rechtsbehelfsfrist begrenzt werden. Diese Belehrung muss den Anforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO genügen. Zur Nennung der Mindestbestandteile einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung gehört auch der Hinweis auf den maßgeblichen Rechtsbehelf. Als Rechtsbehelf könnte die Anfechtungsklage in Betracht kommen. In einem möglichen Klageverfahren käme nach § 42 Abs. 1 VwGO dann eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO) in Betracht, wenn der Betroffene die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehren würde und nicht zuvor ein Vorverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO vorgeschaltet wäre. Ziel einer möglichen Klage wäre die Aufhebung der Untersagungsanordnung und damit eines Verwaltungsakts im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Damit wäre im Klageverfahren eine Anfechtungsklage zu erheben. Hier könnte aber zunächst die Durchführung eines Vorverfahrens geboten sein. So bestimmt § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO, dass regelmäßig vor Erhebung einer Anfechtungsklage die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren

28 vgl. Raimund Brühl, a.a.O., S. 83,84

29 BVerfGE 30,292 (316); 33, 171 (187)

30 zur Interessenabwägung siehe auch Suckow/Weidemann, a.a.O. Rn 172

31 vgl. dazu OVG Lüneburg, GewArch 1997, S. 18 in Bezug auf das Fehlen einer gewerberechtlichen Erlaubnis.

32 vgl. dazu OVG Lüneburg, GewArch 1997, 18 in Bezug auf das Fehlen einer gewerberechtlichen Erlaubnis; Vertiefung dazu siehe auch Vable in DVP 5/12 S. 209 sowie in DVP 10/00 S. 412

zu überprüfen.³³ Ausnahmsweise kann nach § 68 Abs. 1 S. 2 1. HS von der Durchführung eines Vorverfahrens abgesehen werden, wenn dies durch Gesetz bestimmt ist. Ein entsprechender Ausschluss des Vorverfahrens konnte durch das Nds. AGVwGO bestimmt worden sein. Nach § 8 a Abs. 1 des Nds. AG VwGO entfällt vor Erhebung der Anfechtungsklage regelmäßig ein Vorverfahren, es sein denn, es greift eine Ausnahme nach Abs. 3. Das Nds. SOG hat keine Aufnahme in dem Ausnahmekatalog des Absatzes 3 gefunden. Damit wäre unmittelbar Klage zu erheben. In der Rechtsbehelfsbelehrung ist also die Klage als möglicher Rechtsbehelf aufzunehmen. So kann die Klagefrist nach § 74 VwGO auf einen Monat begrenzt werden.

33 Eingehend zur Statthaftigkeit eines Widerspruchs siehe Weidemann, VR 2006, S. 79 ff

3.2.2 Zwischenergebnis

Der beabsichtigte Verwaltungsakt entspricht somit (auch) allen weiteren formellen Voraussetzungen.

3.3 Wirksamkeit und Bekanntgabe

Zu ihrer Wirksamkeit bedürfen Verwaltungsakte der Bekanntgabe (§ 43 Abs. 1 VwVfG)³⁴. Es ist zweckmäßig, den schriftlichen Verwaltungsakt zuzustellen (§ 41 Abs. 5 VwVfG, § 1 Abs. 1 NVwZG³⁵, § 2 VwZG). Es bietet sich hier die Zustellung mittels Zustellungsurkunde an (§ 3 VwZG).

34 Die Frage der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes ist keine Rechtmäßigkeits-, sondern Wirksamkeitsvoraussetzung: zur Notwendigkeit der Klärung dieser Frage vgl. auch *Büchner/Joergens*, a. a. O., S. 33 f, vgl. zur grundlegenden Bedeutung der Bekanntgabe noch *Mauerer*, a. a. O. S. 223 f.

35 Zur Wechselbeziehung von bundes- und landesrechtlichen Vorschriften siehe auch Weidemann, Nds. VwZG-Kommentar, § 1 Erl. 1 in: Praxis der Kommunalverwaltung A 18 Nds

Rechtsprechung

Befreiung von Schulveranstaltung Kinobesuch („Krabat“)

(OVG Münster, Beschl. v. 22. 12. 2011 – 19 A 610/10, NWVBl. 2012, S. 235)

1. Die Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und das Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) werden u. a. durch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) eingeschränkt.

2. Konflikte zwischen der Glaubensfreiheit der Eltern und ihres Kindes und dem Erziehungsrecht der Eltern einerseits sowie dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag andererseits sind nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz zu lösen.

3. Ist ein schonender Ausgleich des Konflikts (Leitsatz 2) nicht herzustellen, kommt ein wichtiger Grund für eine Befreiung von einer Schulveranstaltung in Betracht, wenn das Gewicht der Grundrechte der Eltern und ihres Kindes höher wiegt als die Durchsetzung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags.

4. Der Besuch des Films „Krabat“ als schulische Veranstaltung ist grundsätzlich mit dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag und dem Schulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vereinbar.

5. Ein Schüler kann aber einen Anspruch auf Befreiung von der Teilnahme am Kinobesuch haben, wenn Teile des Films gegen seine Glaubensüberzeugungen verstoßen und das Unterrichtsziel der Schule jedenfalls teilweise dadurch erreicht werden kann, dass der Schüler an der Nachbarbesprechung des Films teilnimmt.

(Nichtamtliche Leitsätze)

Anmerkung:

I. Sachverhalt

Der Sohn (S) der Kläger, besuchte im Schuljahr 2008/2009 die Jahrgangsstufe 7 eines nordrhein-westfälischen Gymnasiums. Im Fach

Deutsch wurde das (Jugend-)Buch „Krabat“ von *Otfried Preußler* behandelt. (*Der Roman spielt in der Lausitz zu Beginn des 18. Jahrhunderts. Der 14-jährige Waisenjunge Krabat wird Lehrling in einer Mühle. Diese entpuppt sich nach kurzer Zeit als „Schwarze Schule“, in der der Müllermeister seinen Lehrlingen Unterricht in der „Schwarzen Kunst“ erteilt. Am Ende gelingt es dem Titelhelden, mit Hilfe eines Mädchens, in das er sich verliebt hat, den Fängen des mörderischen „Meisters“ zu entkommen.*) Die Schulleitung genehmigte den Besuch des gleichnamigen Films als schulische Veranstaltung. Die Kläger – die wie ihre Kinder den Zeugen Jehovas angehören – lehnten die Teilnahme ihres Sohnes an dem Filmbesuch aus religiösen Gründen ab. Der Schulleiter lehnte ihrem Antrag auf Befreiung des S von der Schulveranstaltung ab. Die Eltern haben daraufhin Klage erhoben und beantragt, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung ihres Befreiungsantrags festzustellen. Die Klage war im Berufungsrechtszug erfolgreich.

II. Rechtslage

1. Grundlage für die Entscheidung über den Befreiungsantrag der Kläger war § 43 SchulG NRW. Danach sind Schülerinnen und Schüler verpflichtet, an verbindlichen Schulveranstaltungen teilzunehmen. Allerdings kann der Schulleiter auf Antrag der Eltern aus wichtigem Grund eine Befreiung erteilen (Absatz 3 Satz 1). „Wichtiger Grund“ ist ein klassischer unbestimmter Rechtsbegriff. Der Senat legt ihn dahin aus, dass er jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn die Durchsetzung der Pflicht zur Teilnahme an einer bestimmten Schulveranstaltung eine **grundrechtlich geschützte Position** des Kinder und/oder der Eltern **unzumutbar verletzen** würde.

Einen solchen Fall nimmt das Gericht hier an: Die Teilnahme des S am Kinobesuch hätte nicht nur sein Grundrecht auf Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), sondern auch das seiner Eltern und deren grundrechtlich geschütztes Erziehungsrecht (s. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) beeinträchtigt.

Über den grundsätzlichen Gehalt der in Art. 4 Abs. 1 GG verbürgten **Glaubensfreiheit** ist man sich einig: Das Grundrecht gewährleistet (auch) das Recht der **Kindererziehung** in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Es ist folglich Sache der Eltern, ihren Kindern Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungen zu vermitteln und nicht geteilte Ansichten von ihnen fernzuhalten. Die Schule muss

dieses Erziehungsrecht der Eltern respektieren (s. hier § 2 Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW). In einem Konfliktfall ist nach den Regeln zu verfahren, die sich aus den Leitsätzen ergeben.

2. Der Senat äußert seine Überzeugung, dass hier ein **ernsthafter Glaubenskonflikt** bestanden habe.

Die Kläger hätten eindrucksvoll dargelegt, dass sie Spiritismus und Magie ablehnen, man befasse sich nicht mit schwarzer Magie und halte sich von ihr fern. Der Film „*Krabat*“ widerspreche diesen glaubensmäßigen Überzeugungen. Es habe deshalb ein wichtiger Grund für die Befreiung des S vom Kinobesuch vorgelegen. Ein **schonender Ausgleich** der widerstreitenden Interessen sei anderenfalls **unmöglich** gewesen. Es sei z. B. – mangels genauer Kenntnis des Films – nicht möglich gewesen, dass S bei denjenigen Filmszenen, die seinen Glaubensüberzeugungen widersprechen, entweder die Augen verschloss und sich die Ohren zuhielt oder den Kinosaal für die Dauer dieser Szenen verließ.

Da das **Ermessen** des Schulleiters mangels anderer Ausgleichsmöglichkeiten **auf null reduziert** gewesen sei, hätte S vom Besuch des Films befreit werden müssen.

III. Ergänzender Hinweis

Die Behandlung des Romans und Films „*Krabat*“ im Deutschunterricht entsprach – wie der Senat darlegt – dem schulischen Lehrplan („Sagen, Mythen und Märchen“). Autor und Regisseur lassen keinerlei Sympathie für den schwarzmagischen „Meister“ aufkommen. „*Krabat*“ ist im Kern eine märchenhafte Liebesgeschichte (Erlösung durch Liebe). Es leuchtet daher nicht ohne Weiteres ein, dass der Kinobesuch für S bzw. seine Eltern einen schweren kaum auflösbaren unzumutbaren Grundrechtskonflikt heraufbeschwören könnte. Die Richter des VG Münster haben das auch nicht gesehen und die Klage abgewiesen. Das OVG NRW kommt in seinem umfangreichen Beschluss zum entgegengesetzten Ergebnis. Der 19. Senat hat seine Fähigkeit zu gewagter Auslegung allerdings schon einmal unter Beweis gestellt (s. den Beschluss vom 17. 1. 2002 – 19 B 99/02, DVP 2003, S. 509: Die Furcht einer muslimischen Schülerin, sich auf einer Klassenfahrt nicht religionskonform verhalten zu können, habe Krankheitswert, ihre Lage entspreche der Situation einer – wörtliches Zitat – „partiell psychisch Behinderten“).

J.V.

Kommunalaufsicht verpflichtet zur Straßenbaubeitragssatzung

(VGH Kassel, Beschl. v. 20.12.2011 – 5 B 2017/11)

Die Kommunalaufsicht kann eine Gemeinde verpflichten, eine Straßenbaubeitragssatzung zu erlassen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Generell gilt, dass jede Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen hat, dass die tägliche Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Der Haushalt soll in jedem Haushaltsjahr auch ausgeglichen sein. Ist der Haushaltsausgleich nicht möglich, ist ein

Haushaltssicherungskonzept aufzustellen, das von der Gemeindevertretung zu beschließen und der Aufsichtsbehörde mit der Haushaltssatzung vorzulegen ist.

Im übrigen gilt, dass die Gemeinden Abgaben nach den gesetzlichen Vorschriften zu erheben haben. Sie haben die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen soweit vertretbar und geboten aus den Entgelten für ihre Leistungen und im übrigen aus Steuern zu beschaffen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen.

Auch können die Gemeinden zur Deckung des Aufwands für die Schaffung, Erweiterung oder Erneuerung öffentlicher Einrichtungen Beiträge von den Grundstückseigentümern erheben, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser öffentlichen Einrichtungen nicht nur vorübergehende Vorteile bietet. Zu diesen öffentlichen Einrichtungen gehören auch die in der kommunalen Straßenbaulast stehenden Straßen. Es besteht eine Pflicht der Gemeinde zum Erlass einer Beitragssatzung, wenn die Gemeinde auf entsprechende Einnahmen angewiesen ist.

Nach dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Kassel kann eine derartige Pflicht der Gemeinde zum Erlass einer Beitragssatzung im Wege der Kommunalaufsicht durchgesetzt werden. Demgegenüber kann die Gemeinde nicht mit Erfolg geltend machen, das Haushaltsdefizit wäre unbedeutend und es würde keine Verpflichtung bestehen, für einen Ausgleich zu sorgen.

F. O.

Kein Mitentscheidungsanspruch des Gemeinderats für die Erteilung einer Baugenehmigung

(VGH Mannheim, Urt. v. 9.3.2012 – 1 S 3326/11)

Durch die Hauptsatzung der Gemeinde kann nicht das Mitentscheidungsrecht eines Gemeindevorstandes festgelegt werden, wenn eine solche Regelung im Gegensatz zum Bundes- und Landesrecht steht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat sich mit der Frage befasst, ob der Ausschluss des Rates bei baurechtlichen Entscheidungen nach §§ 31, 33 bis 35 Baugesetzbuch ausgeschlossen ist. Ein Ratsmitglied war gegen diese Handhabung. Es würde keine Kompetenzübertragung seitens des Gemeinderates auf den Bürgermeister geben, so dass der Gemeinderat als Hauptorgan der Gemeinde für alle Entscheidungen zuständig bleibe. Entgegen diesen Regelungen würden Entscheidungen nach Maßgabe der §§ 31, 33 bis 35 Baugesetzbuch allein durch das Bauamt des Bürgermeisters und ohne Beteiligung des Gemeinderats getroffen. Aus der Sicht eines Gemeinderatsmitgliedes war die vorgesehene rein informatorische Beteiligung eines Ratsausschusses unzureichend. Das Ratsmitglied beanspruchte eine Beteiligung bei den genannten Entscheidungen, bevor diese Entscheidungen im Außenverhältnis erlassen wurden. Demgegenüber vertrat der Bürgermeister die Auffassung, er komme seiner Informationspflicht ausreichend nach. Es wäre gesichert, dass die Planungshoheit des Gemeinderats gewahrt werde.

Die von dem einzelnen Ratsmitglied beanspruchte Mitentscheidungskompetenz ergab sich nicht aus § 36 Baugesetzbuch. Der Bundesgesetzgeber konnte davon absehen, die Einbindung des Gemein-

derats als des für die Bauleitplanung regelmäßig zuständigen Organs festzuschreiben.

Ein Mitentscheidungsrechts des Gemeinderats ergab sich auch nicht aus landesrechtlichen Vorschriften. Die fehlende landesrechtliche Festlegung eines Entscheidungsrechts des Gemeinderats führte nicht zu einer Aushöhlung der gemeindlichen Planungshoheit. In den Gemeinden, die zugleich untere Baurechtsbehörde sind, ist es gewährleistet, dass der Gemeinderat die notwendigen Informationen erhält, um tätig werden zu können.

F. O.

Richtige Zuteilung von Hausnummern

(VGH München, Beschl. v. 6.12.2011 – 8 ZB 11.1676)

Die Zuteilung von Hausnummern stellt eine ordnungsrechtliche Aufgabe dar, die das betroffene Privateigentum nicht verändert.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Bei der Bezeichnung der Grundstücke einer Gemeinde mit Hausnummern handelt es sich um eine rein ordnungsrechtliche Aufgabe. Sie dient dem Interesse der Allgemeinheit an einer klar erkennbaren Gliederung des Gemeindegebiets und hat Bedeutung für Meldewesen, Polizei, Post, Feuerwehr und Rettungsdienst. Sie verleiht den Eigentümern der Grundstücke keine Befugnis oder Rechtsstellungen, die sie ohne die Bezeichnung nicht hätten, und begründet auch keine begünstigenden Rechtspositionen.

Nach dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes München gehört die Benennung eines Anwesens mit einer Hausnummer nicht zum grundgesetzlich geschützten Eigentum. Es handelt sich nicht um eine Rechtsstellung, sondern um eine aus einem staatlichen Hoheitsakt tatsächliche Auswirkung, eine Rechtswirkung, die den Eigentümern nur solange zum wirtschaftlichen Nutzen reichen kann, wie das Anwesen die Benennung trägt. Die Beibehaltung der Anschrift wäre eine Chance, die nicht zum geschützten Besitzstand eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes zählt. Auch unter dem Blickwinkel des Namensrechts als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die Anschrift nicht geschützt, weil sie nicht zur Identität einer Person oder einer Firma gehört.

In dem konkreten Fall hatte ein von der Hausnummerierung Betroffener erfolglos versucht, eine andere Regelung zu erreichen, die er sich ausgedacht hatte.

F. O.

Sozialamt beansprucht Ausgleichzahlung von den Erben

(VG Bremen, Urt. v. 10.2.2012 – 5 K 518/04)

Das Sozialamt kann von den Erben eine Zahlung aus dem Nachlass zum Ausgleich von Aufwendungen verlangen, die durch Leistungen an ein Pflegeheim entstanden sind.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Ein Sozialamt hatte für die Pflegeheimkosten eines Berechtigten im Laufe von mehreren Jahren 100.000 DM aufgebracht. Nach dem Tode des Berechtigten ergab sich dann, dass ein Nachlass in Höhe von 23.000 € vorhanden war, der auf zwei Erben verteilt wurde.

Unter Berufung auf § 92c BSHG machte das Sozialamt dann einen Ausgleichsanspruch geltend. Die Regelung begründet eine unmittelbare und eigenständige Haftung der Erbschaft gegenüber dem Träger der Sozialhilfe. Die Aufwendungen des Sozialamtes lagen in dem gesetzlichen Zehnjahreszeitraum und waren insoweit zu erstatten.

Nach § 92c BSHG beschränkt sich die Erbenhaftung wertmäßig auf den Nachlass. Diese Haftung erlischt nicht dadurch, dass die Erben den Nachlass oder Teile davon bereits vor der Geltendmachung des Regressanspruchs verbraucht oder veräußert haben, so dass entsprechende Einwände nicht erhoben werden konnten. Auch der Einwand eines Erben, dass er eine Erstattung aufgrund eigener Arbeitslosigkeit nicht leisten kann, war unerheblich. Es kam keine besondere Härte in Frage, denn die Erbenhaftung beschränkt sich auf den Nachlasswert und ergreift nicht das Einkommen des Erstattungspflichtigen.

F. O.

Gebührenbescheid des Gemeindewerkes

(VG München, Urt. v. 1.3.2012 – M 10 K 11.986)

Das Gemeindewerk kann aufgrund einer gesetzlichen und satzungserrechtlichen Regelung Gebühren für den Bezug von Frischwasser und die Ableitung von Schmutzwasser erheben.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Während in größeren Gemeinden überwiegend Stadtwerke für die Grundstücke arbeiten, sind in kleineren Gemeinden oder auf dem Lande Gemeindewerke vorhanden, die von den Gemeinden eingerichtet worden sind. Solche Gemeindewerke sind öffentliche Einrichtungen und handeln für die Gemeinde.

Wenn das Gemeindewerk für die einzelnen Grundstücke die Trinkwasserversorgung vornimmt und auch die Grundstücksentwässerung besorgt, kann das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeindewerk und den Grundstückseigentümern öffentlich-rechtlich geregelt werden. Dementsprechend wird die Beitrags- und Gebührenerhebung in einer öffentlich-rechtlichen Satzung festgelegt.

Wenn ein Grundstückseigentümer mit dem Gebührenbescheid des Gemeindewasserwerks nicht einverstanden ist, ist er darauf angewiesen, zunächst einen Widerspruch einzulegen und danach Klage beim Verwaltungsgericht zu erheben. Er kann nicht mit Erfolg geltend machen, er beanspruche, die Abwassergebühr nach der Menge des bezogenen Frischwassers zu bemessen. Für die Gebühr muss auch das verunreinigte Niederschlagswasser berücksichtigt werden. Dabei handelt es sich um Schmutzwasser, dessen Einleitung in die Schmutzwasserkanalisation verpflichtend ist und gebührenpflichtig ist.

F. O.

Kein Anspruch auf Teilnahme am Neujahrsempfang

(VG Weimar, Beschl. v. 13.1.2012 – 3 E 27/12)

Ein Kreistagsmitglied kann nicht beanspruchen, zu einem Neujahrsempfang eingeladen zu werden.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Als ein Neujahrsempfang bevorstand, war ein Kreistagsmitglied der Auffassung, es hätte einen Anspruch auf Einladung zu dieser Veranstaltung durch den Landrat, der dazu aber nicht bereit war. Deshalb beantragte das Kreistagsmitglied beim Verwaltungsgericht den Landrat anzuweisen, ihn einzuladen.

Artikel 21 Grundgesetz und § 5 Parteiengesetz kamen als Anspruchsgrundlage nicht in Frage, weil beide Vorschriften nur politische Parteien erwähnen. Insbesondere zielt § 5 Parteiengesetz nur auf eine Gleichbehandlung bei der Gewährung von öffentlichen Leistungen hin, wozu insbesondere das Zurverfügungstellen von öffentlichen Einrichtungen gehört. Hierum ging es in dem konkreten Fall jedoch nicht, weil ein Teilnahmeanspruch an einen Neujahrsempfang geltend gemacht wurde.

Das Recht, den Zutritt zum Neujahrsempfang zu verlangen, folgte auch nicht aus der Rechtsstellung des Antragstellers als Kreistagsabgeordneter. Sein Kreistagsmandat umfasste das Recht an Sitzungen des Kreistages sowie seiner Ausschüsse teilzunehmen und hierzu Zutritt zu erhalten. Der Neujahrsempfang war jedoch keine Sitzung und auch keine sonstige Veranstaltung, die im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Arbeit des Kreistages stand. Hierbei war insbesondere auch zu berücksichtigen, dass der Landrat neben dem Kreistag selbständiges Organ des Landkreises und somit nicht auf seine Funktion als Vorsitzender des Kreistages zu reduzieren war. Als selbständiges, mit eigenen Rechten ausgestattetes Organ des Landkreises stand dem Landrat ein eigener Gestaltungsspielraum zur Verfügung, in dessen Rahmen er grundsätzlich auch über Form, Umfang und Ablauf repräsentativer Veranstaltungen entscheiden konnte.

Der Kreistagsabgeordnete konnte auch nicht direkt aus Artikel 3 Grundgesetz einen Anspruch auf Teilnahme an der Veranstaltung ableiten. Es fehlte an einem Zugangsanspruch zu dieser gesellschaftlichen Veranstaltung. Der Landrat wurde weder hoheitlich tätig noch konnte man diese Veranstaltung dem sogenannten Verwaltungsprivatrecht zuordnen, denn es wurde weder eine hoheitliche Aufgabe in Privatrechtsform vorgenommen, noch fand eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand statt. Hier war die Situation vielmehr nichts anderes als bei einer sonstigen privaten Veranstaltung. Dort kann über den Gleichbehandlungsgrundsatz gleichfalls kein Anspruch auf Teilhabe abgeleitet werden.

F.O.

Haftung für eine Ölspur

(BGH, Urt. v. 28.06.2011 – VI ZR 184/10)

1. Die Möglichkeit des Kostenersatzes nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NRW schließt nicht von vornherein zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus.

2. Eine Forderung über Kosten, deren Erhebung im Ermessen der Behörde steht und die einer behördlichen Festsetzung der Höhe nach bedarf, kann vor Erlass des Leistungsbescheids nicht abgetreten werden.

3. Die primäre Kostenpflicht der Gemeinde zur Beseitigung von Störungen der Straßennutzung schließt nicht aus, dass die Kosten auf den Verursacher der Störung verlagert werden.

(Nichtamtl. Leitsätze)

I. Sachverhalt

Gegenstand der Klage sind die Kosten, die durch die Beseitigung einer Ölspur auf einer Gemeindestraße entstanden sind. Nachdem der Traktor der Beklagten bei einer Panne Hydrauliköl verloren hatte, wurde die Ölspur zunächst von der städtischen Feuerwehr mit Ölbindemittel abgestreut. Um die Verkehrssicherheit der Straße wieder herzustellen, beauftragte die Gemeinde die Firma D. damit, die Ölspur zu entfernen. Die Firma D. reinigte den Straßenbelag mit Spezialfahrzeugen im Nassreinigungsverfahren. Hierfür stellte sie der Gemeinde 2.937,37 € in Rechnung. In dieser Höhe trat diese an die Firma D. Ersatzansprüche gegen den Halter und den Haftpflichtversicherer des Traktors (Bekl. zu 1 und 2) ab. Die Firma D. übertrug die Forderungen weiter an die Klägerin.

II. Auffassung des Berufungsgerichts

Nach Auffassung des Berufungsgerichts scheiden Ansprüche aus § 7 StVG und § 823 BGB gegen die Beklagten aus abgetretenem Recht der Gemeinde aus. Die von der Firma D. in Rechnung gestellten Reinigungskosten seien keine Herstellungskosten im Sinne von § 249 Abs. 2 BGB. Die Gemeinde sei bei der Heranziehung der Firma D. zur Schadensbeseitigung hoheitlich ihrer **Verpflichtung zur Gefahrenabwehr** und nicht privatrechtlich als Straßeneigentümerin zur Beseitigung des Eigentumsschadens tätig geworden. Die Straßenreinigung sei schlicht-hoheitliches Handeln durch Realakt. Die Ölspur auf der Fahrbahn stelle einen **Unglücksfall** dar im Sinne von § 1 Abs. 1 des Gesetzes über den Feuerschutz und die Hilfeleistung des Landes Nordrhein-Westfalen (Feuerschutzhilfeleistungsgesetz – FSHG NW) vom 10. Februar 1998 (GV.NRW.S.122). Die Firma D. sei als **Verwaltungshelferin** zur Gefahrenabwehr tätig geworden. Mit der Beseitigung der Gefahr sei zwar der Eigentumsschaden an der Fahrbahn behoben worden, doch fielen Kosten der Gefahrenabwehr nicht unter die „Herstellungskosten“ im Sinne des § 249 Abs. 2 BGB. Der Gesetzgeber habe im Feuerschutzhilfeleistungsgesetz eine **abschließende Regelung** für den Ersatz der Kosten von Hilfsmaßnahmen nach diesem Gesetz getroffen. Diese Regelung schließe für ihren Bereich einen Ersatz von Aufwendungen nach anderen Vorschriften, insbesondere nach dem Privatrecht aus. Nach der Regelung in § 41 Abs. 1 FSHG NW seien **Feuerwehreinsätze grundsätzlich unentgeltlich**. Die Gemeinden könnten in bestimmten Fällen nach § 41 Abs. 2 FSHG NW Ersatz der ihnen entstandenen Kosten verlangen, so wenn die Gefahr oder der Schaden beim Betrieb von Kraftfahrzeugen entstanden sei. Eine Regelungslücke, die einen Rückgriff auf andere, insbesondere privatrechtliche Vorschriften erfordern würde, bestehe daher nicht. Es liefe auch das Satzungserfordernis gemäß § 41 Abs. 3 FSHG für die Regelung des Kostenersatzes leer, könnte die Gemeinde die Gefahrenabwehrkosten zusätzlich privatrechtlich als Schaden geltend machen.

Ein Anspruch der Gemeinde auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 677, 683 Satz 1 BGB wegen **Geschäftsführung ohne Auftrag** sei im Hinblick auf die abschließende gesetzliche Kostentragsregelung ausgeschlossen.

Die **Abtretung eventueller öffentlich-rechtlicher Kostenforderungen** der Gemeinde gegen die Beklagten auf Ersatz der Reinigungskosten gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW an die Firma D. sei unzulässig und nichtig. Zwar könnten öffentlich-rechtliche Forderungen grundsätzlich abgetreten werden. Die Abtretung sei aber unwirksam, wenn sie zu einer Umgehung der öffentlich-rechtlichen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung führe und damit den Schutz öffentlicher oder privater Interessen in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtige. Dies sei hier der Fall. Die Erstattungsforderung nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW bedürfe der Höhe nach einer behördlichen Festsetzung. Dabei habe die Behörde gemäß § 41 Abs. 6 FSHG NW eine Ermessensentscheidung, ob oder in welcher Höhe Kostenersatz verlangt werden solle, zu treffen, auf die die Beklagten einen Rechtsanspruch hätten. Verfahrensrechtlich sei der Kostenersatzanspruch mittels eines Leistungsbescheides und nicht in einem Zivilprozess geltend zu machen. Schließlich stünden der Klägerin aus abgetretenem Recht auch keine Ansprüche der Firma D. zu. Die Firma D. habe gegen die Beklagten keine eigenen vertraglichen Ansprüche. Sie habe lediglich ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinde erfüllt, weshalb auch für sie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht in Betracht kämen.

III. Entscheidung des BGH

Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Geschäftsführung ohne Auftrag

Allerdings verneint das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision nicht beanstandet einen eigenen Anspruch der Firma D. gegen die Beklagten aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 677, 683 Satz 1 BGB.

Beruhet die Verpflichtung des Geschäftsführers auf einem wirksam geschlossenen Vertrag, der die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere die Entgeltfrage umfassend regelt, kann ein Dritter, dem das Geschäft auch zugutekommt, nicht auf Aufwendungsersatz wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch genommen werden (vgl. BGH, Urteile vom 21. Oktober 2003 – X ZR 66/01, NJW-RR 2004, 81, 83 und vom 15. April 2004 – VII ZR 212/03, NJW-RR 2004, 956). Dies ist hier der Fall. Die Firma D. reinigte die Straße aufgrund eines Vertrages mit einer Entgeltregelung und erfüllte damit ihre vertragliche Verpflichtung.

2. Abtretung einer öffentlich-rechtlichen Forderung

Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Klägerin der öffentlich-rechtliche **Kostenersatzanspruch gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW nicht wirksam abgetreten** worden ist, stellt die Revision nicht in Frage. Sie ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden. Zwar sind öffentlich-rechtliche Forderungen grundsätzlich abtretbar (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1995 – II ZR 75/94, ZIP 1995, 1698, 1699; Staudinger/Busche, BGB (2005), Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 6). Die Vorschriften der §§ 398 ff. BGB sind nach Maßgabe der Besonderheiten der einschlägigen Rechtsmaterie entsprechend anzuwenden (vgl. BVerwG, NJW 1993, 1610; LG Bielefeld, Urteil vom 23. Oktober 2009 – 1 O 486/08, juris Rn. 15; Palandt/Grüne-

berg, BGB, 70. Aufl., § 398 Rn. 9; jurisPK-BGB/Knerr, § 398 Rn. 8, Stand Oktober 2010). Ergibt sich allerdings aus den Besonderheiten des öffentlichen Rechts, insbesondere aus der Rechtsnatur der Forderung, die Unvereinbarkeit einer Abtretung mit der der Forderung zugrunde liegenden Rechtsordnung, ist die Abtretung nichtig. Dies ist bei der Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen – insbesondere an eine Privatperson – dann der Fall, wenn damit die öffentlich-rechtliche Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung umgangen und sowohl öffentliche als auch schützenswerte private Interessen in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt würden (vgl. VG Düsseldorf, NJW 1981, 1283; LG Bochum, Urteil vom 23. November 2009 – 8 O 647/08, juris Rn. 24; Staudinger/Busche aaO, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 6). Nach diesen Grundsätzen kann eine Forderung über Kosten, deren Erhebung im **Ermessen der Behörde** steht und die einer **behördlichen Festsetzung der Höhe** nach bedarf, **vor Erlass des Leistungsbescheids nicht abgetreten werden**. Eine solche Forderung entsteht nämlich nicht bereits mit der Verwirklichung des dem Ersatzbegehren zugrunde liegenden Sachverhalts. Sie bedarf der behördlichen Festsetzung. Zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen tritt bei Erlass des Leistungsbescheids die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bei Festsetzung der Höhe des Anspruchs und des Leistungspflichtigen (vgl. Steegmann/Steegmann, Recht des Feuerschutzes und des Rettungsdienstes in Nordrhein-Westfalen, § 41 FSHG Rn. 10, Stand: Dezember 2010). Darauf weist das Berufungsgericht mit Recht hin.

Eine solche Festsetzung fehlt im Streitfall, von dem Erfordernis einer satzungsmäßigen Regelung des Kostenersatzes gemäß § 41 Abs. 3 Satz 1 FSHG NW abgesehen. Mithin war ein etwaiger Kostenersatzanspruch der Gemeinde nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW jedenfalls nicht abtretbar (vgl. auch LG Bochum, Urteil vom 23. November 2009 – 8 O 647/08, juris Rn. 24; LG Baden-Baden, Urteil vom 24. Juli 2009 – 2 O 121/09, juris Rn. 19; AG Euskirchen, Urteil vom 6. August 2009 – 4 C 401/08, juris Rn. 13).

3. Schadensersatz nach zivilrechtlichen Vorschriften

Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Gemeinde könne wegen der insoweit vorrangigen Regelung des § 41 FSHG NW keinen **Schadensersatz nach zivilrechtlichen Vorschriften** beanspruchen. Der Gemeinde standen dem Grunde nach Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 1 gemäß § 7 Abs. 1 StVG, § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB und gegen die Beklagte zu 2 in Verbindung mit § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG zu, die an die Klägerin abgetreten wurden.

a) Sachbeschädigung

Dass das aus dem Kraftfahrzeug des Beklagten zu 1 ausgelaufene Hydrauliköl die im Eigentum der Gemeinde stehende Straße in deren bestimmungsgemäßer Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigte und mithin eine Sachbeschädigung vorlag, die dem Betrieb des Fahrzeugs des Beklagten zu 1 zuzurechnen ist, wird von keiner Seite in Frage gestellt. Dagegen ist rechtlich auch nichts zu erinnern (vgl. hierzu Senatsurteil vom 6. November 2007 – VI ZR 220/06, VersR 2008, 230 Rn. 8; BGH, Urteil vom 20. Dezember 2006 – IV ZR 325/05, VersR 2007, 200 Rn. 10; OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 – 12 U 53/10, juris Rn. 4). Betriebsstoffe, die von einem im öffentlichen Straßenraum befindlichen Fahrzeug auslaufen, sind dem Betrieb des Fahrzeugs zuzurechnen (vgl. OLG Köln, VersR 1983, 287, 289; Greger, Haftungsrecht im Straßenverkehr, 4. Aufl., § 3 Rn. 45; Schneider, MDR 1989, 193, 194). Die zur

Reinigung und Wiederherstellung der gefahrlosen Benutzbarkeit der Straße erforderlichen Aufwendungen sind daher grundsätzlich vom Schädiger nach § 7 Abs. 1 StVG, § 249 Abs. 2 BGB zu ersetzen (vgl. Senatsurteil vom 6. November 2007 – VI ZR 220/06, aaO Rn. 7; OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 – 12 U 53/10, juris Rn. 4).

b) Verhältnis zwischen FSHG und zivilrechtlichem Schadenersatzanspruch

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und anderer Instanzgerichte (vgl. allgemein zur Erstattung von Straßenreinigungskosten OLG Koblenz, GewArch 1978, 351 f.; zur Beseitigung von Ölspuren vgl. LG Bielefeld, Urteil vom 23. Oktober 2009 – 1 O 486/08, juris Rn. 18; LG Bochum, Urteil vom 23. November 2009 – 8 O 647/08, juris Rn. 25; AG Euskirchen, Urteil vom 6. August 2009 – 4 C 401/08, juris Rn. 20; allgemein zu Brauchbarkeitsbeeinträchtigungen Schneider, aaO) schließt die Möglichkeit des Kostenersatzes nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW nicht von vornherein zivilrechtliche Schadenersatzansprüche nach § 7 StVG aus (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 – 12 U 53/10, juris Rn. 5 f.; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 – 2 O 329/08, juris Rn. 36).

aa) Kosten eines Feuerwehreinsatzes

Im Streitfall sind schon die Voraussetzungen für den Kostenersatz gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW nicht gegeben, weil der Werklohnanspruch der Firma D. nicht durch einen Feuerwehreinsatz entstanden ist. Kostenersatz mit Leistungsbescheid nach § 41 Abs. 2 und 3 FSHG NW kann grundsätzlich nur für die durch den Einsatz der Feuerwehr entstandenen Kosten, etwa für eigenes Personal und eigene Sachmittel, gefordert werden (vgl. VG Braunschweig, Urteil vom 23. September 2002 – 5 A 149/00, juris Rn. 17 f.). Hingegen sind die durch die Heranziehung von Personen des Privatrechts entstandenen Auslagen nur dann **Kosten des Feuerwehreinsatzes**, wenn dem Träger der Feuerwehr die **Tätigkeit der Personen des Privatrechts als hoheitliches Handeln zuzurechnen ist**. Hierfür ist Voraussetzung, dass die Person des Privatrechts durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes mit öffentlich-rechtlichen Handlungs- und Entscheidungsbefugnissen ausgestattet ist. Dazu bedarf es gesetzlicher Vorschriften, die ausdrücklich anordnen oder nach ihrem Zusammenhang ergeben, dass der private Leistungsträger als Beliehener oder als Verwaltungshelfer tätig wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2007 – KZR 48/05, MedR 2008, 211, Rn. 10; BVerwGE 97, 282, 285).

Die im Streitfall einschlägigen Bestimmungen des Feuerschutzhilfegesetzes NW enthalten keine ausdrückliche Regelung, dass Personen des Privatrechts, die mit der Beseitigung von Straßenverunreinigungen vertraglich beauftragt werden, als Verwaltungshelfer oder Beliehene der Gemeinde handeln. Aber auch aufgrund der festgestellten tatsächlichen Umstände kann die Tätigkeit der Firma D. dem Einsatz der Feuerwehr nicht zugerechnet werden. Die Firma D. wurde erst vertraglich von Seiten der Gemeinde mit der vollständigen Beseitigung der Ölspur beauftragt, nachdem die Feuerwehr diese mit Streumaterial gebunden hatte. Die Ausführung und Organisation der Ölspurbeseitigung blieb vollständig und eigenverantwortlich den Mitarbeitern der Firma D. überlassen, ohne dass auf deren Tätigkeit von einem Bediensteten der gemeindlichen Feuerwehr Einfluss genommen worden wäre. Die Frage, ob nach dem Gesamtzusammenhang der Regelungen des Feuerschutzhilfegesetzes der

Einsatz eines privaten Unternehmens zur Beseitigung einer Ölspur zulässig ist (vgl. hierzu VG Arnberg, Urteil vom 21. Februar 2011 – 7 K 866/10, juris Rn. 33 ff.; VG Braunschweig, Urteil vom 23. September 2002 – 5 A 149/00, juris Rn. 13, 16), ist im Streitfall schon deshalb nicht entscheidend, weil die Firma D. tätig wurde, ohne dass ein Bediensteter der Feuerwehr am Schadensort anwesend war. Eine der Feuerwehr zurechenbare Tätigkeit des privaten Dritten als **Verwaltungshelfer** ist bei einem Feuerwehreinsatz jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Feuerwehr – oder zumindest ein mit Leitungsbefugnissen ausgestatteter Feuerwehrbeamter – überhaupt nicht mehr am Einsatzort anwesend ist und sich die Feuerwehr hierdurch, obwohl die Gefahrenlage, der Unglücksfall, oder der öffentliche Notstand noch andauert, vollständig der Einwirkungsmöglichkeit auf den beauftragten Dritten begibt (vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 2010 – 26 K 1603/09, juris Rn. 35 ff.). Die selbständige Durchführung des Nassreinigungsverfahrens durch die Firma D. war mithin **keine Leistung der Feuerwehr**.

bb) Unterschiedliche Zielsetzung von Kostenersatzanspruch nach FSHG und zivilrechtlichem Schadenersatzanspruch

Der öffentlich-rechtliche Kostenersatzanspruch nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW und der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch der Gemeinde als geschädigter Eigentümerin der Straße erfüllen unterschiedliche Zwecke. **Beide Ansprüche stehen nebeneinander.**

(1) Im Streitfall war allein aufgrund der Maßnahmen der Feuerwehr der Zustand der Straße jedenfalls noch nicht wie vor dem Unfall wieder hergestellt. Auf Ersatz der für die **Wiederherstellung der Straße** erforderlichen Kosten hat die Gemeinde als geschädigte Eigentümerin gemäß § 7 Abs. 1 StVG, § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich einen Anspruch.

Ist wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte statt der Herstellung gemäß § 249 Abs. 1 BGB den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Aufgrund der sich aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB ergebenden Ersetzungsbefugnis hat er die freie Wahl der Mittel zur Schadensbehebung (vgl. Senatsurteil vom 29. April 2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 397 f. mwN). Verursacht allerdings bei mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten eine den geringeren Aufwand, ist der Geschädigte grundsätzlich auf diese beschränkt. Nur der für die billigere Art der Schadensbehebung nötige Geldbetrag ist im Sinne von § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Herstellung erforderlich (vgl. Senatsurteile vom 15. Oktober 1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364, 368 f.; vom 5. März 1985 – VI ZR 204/83, VersR 1985, 593; vom 21. Januar 1992 – VI ZR 142/91, VersR 1992, 457 f.; vom 17. März 1992 – VI ZR 226/91, VersR 1992, 710 f.). Die Schadensrestitution darf allerdings nicht auf die kostengünstigste Wiederherstellung der beschädigten Sache beschränkt werden; ihr Ziel ist vielmehr, den Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne Schadensereignis entspricht (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 1991 – VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375, 378 mwN).

Dass im Streitfall der Gemeinde eine kostengünstigere Reinigungsalternative mit gleicher Wirkung zur Verfügung gestanden hätte, wurde vom Berufungsgericht aus seiner Sicht folgerichtig nicht festgestellt. Für die Revision ist mithin von der Erforderlichkeit der Aufwendungen auszugehen. Der Gemeinde stand mithin Ersatz des Kostenaufwands für den Einsatz der Firma D. als zivilrechtlicher Schadensersatz grundsätzlich zu.

(2) **Dieser zivilrechtliche Schadensersatzanspruch ist nicht durch die Regelung in § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW ausgeschlossen** (vgl. auch OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 – 12 U 53/10, juris Rn. 5 f.; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 – 2 O 329/08, juris Rn. 36). Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts und mehrerer Instanzgerichte (vgl. LG Bielefeld, Urteil vom 23. Oktober 2009 – 1 O 486/08, juris Rn. 18; LG Bochum, Urteil vom 23. November 2009 – 8 O 647/08, juris Rn. 25; AG Euskirchen, Urteil vom 6. August 2009 – 4 C 401/08, juris Rn. 20; zur Frage der Zuständigkeit der Zivilgerichte OLG Koblenz, GewArch 1978, 351 f.; Schneider, MDR 1989, 193, 195 allgemein zu Brauchbarkeitsbeeinträchtigungen) widerspricht der Intention des Gesetzgebers und berücksichtigt nicht hinreichend die unterschiedliche Zielrichtung der Ansprüche aus Gefährdungshaftung und des öffentlich-rechtlichen Kostenersatzanspruchs.

Die Vorgängerregelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 FSHG NW in der Fassung vom 25. Februar 1975 (GV.NRW. S. 182) sah ausdrücklich vor, dass Ansprüche in Fällen der Gefährdungshaftung nach bundesrechtlichen Vorschriften durch die grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Feuerwehreinsätze nicht tangiert werden (vgl. LT-Drucks. 7/3961, S. 34; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 – 2 O 329/08, juris Rn. 36; Steegmann/Steegmann, aaO, § 41 Rn. 7). Diese Vorschrift entsprach in ihrem Regelungsgehalt dem der geltenden Brandschutzgesetze anderer Bundesländer. Beispielsweise sieht § 26 Abs. 1 Satz 2 des Niedersächsischen Gesetzes über den Brandschutz und die Hilfeleistungen der Feuerwehren (NBrandSchG) vom 8. März 1978 (Nds. GVBl. S. 233) vor, dass Ansprüche gegen die Verursacher bei Gefährdungshaftung unberührt bleiben. Dem entspricht die Auffassung des erkennenden Senats, dass es sich bei einer auf § 26 Abs. 1 Satz 2 NBrandSchG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 StVG gestützten Forderung um einen privatrechtlichen Anspruch handle (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Oktober 2009 – VI ZR 239/08, juris zu OLG Celle, Urteil vom 13. August 2008 – 14 U 145/08, OLGR Celle 2008, 964, 965). Durch die Fassung der Nachfolgeregelung in § 36 FSHG NW vom 14. März 1989 (GV.NRW. S. 102), die der hier in Rede stehenden derzeit geltenden Vorschrift des § 41 FSHG NW entspricht, wollte der Gesetzgeber angesichts der durch die verstärkte Motorisierung der Bevölkerung zunehmenden Inanspruchnahme der Feuerwehr die **öffentlich-rechtlichen Kostenersatzansprüche zur Erleichterung der Kostenbeitreibung erweitern**, weil die Durchsetzung der Ansprüche gegen Verursacher in Fällen der Gefährdungshaftung häufig nicht oder nicht in der erforderlichen Höhe erfolgreich war (LT-Drucks. 10/3178, S. 11; LT-Drucks. 10/3232, S. 1, 15; vgl. Steegmann/Steegmann, aaO Rn. 2). Es sollte lediglich die Kostenbeitreibung für die öffentlichen Leistungsträger erleichtert werden. **Hingegen besteht kein Anhalt dafür, dass zivilrechtliche Ansprüche durch die Regelungen der öffentlich-rechtlichen Kostenersatzansprüche ausgeschlossen werden sollten.**

Durch die Möglichkeit der Gemeinden, Ersatzansprüche in Fällen der Gefährdungshaftung im Zivilrechtsweg geltend zu machen, wird auch nicht die in §§ 40 ff. FSHG NW festgelegte **Risikoordnung von Kosten** unterlaufen (vgl. dazu OVG NW, NWVBl. 2007, 437, 438). Primär kostenpflichtig ist nach dem Grundsatz der Kongruenz von Ordnungspflicht und Kostenlast (vgl. OVG Münster, NZV 1995, 460, 461) grundsätzlich der zur Beseitigung der Störung ordnungsrechtlich Verpflichtete, mithin im Streitfall die Gemeinde. Die primäre Kostenpflicht schließt nicht aus, dass die **Kosten auf den Verursacher der Störung verlagert** werden und sich der öffentliche Pflichtenträger finanziell auf diese Weise einen Ausgleich verschafft.

Dem dient der Kostenersatzanspruch nach § 41 Abs. 2 FSHG NW. Zivilrechtliche Ansprüche auf den Ersatz von Sachschäden aus Gefährdungshaftung, um die es hier geht, dienen in vergleichbarer Weise dazu, dem Schädiger die Kosten für die Beseitigung des Schadens zu überbürden und mithin die Schadenslast von dem primär Belasteten zu nehmen. Auch der Kostenersatzanspruch nach § 41 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FSHG NW knüpft an die Gefährdungshaftung und den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch an. Allerdings wird das Risiko der Durchsetzbarkeit der Ansprüche im Zivilprozess im Hinblick auf die Antragspflicht der Parteien und die Besonderheiten des Beweisrechts im Allgemeinen höher sein als bei der Geltendmachung der Ansprüche durch Leistungsbescheid, für dessen Durchsetzung im Verwaltungsrechtsweg der Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO gilt (vgl. hierzu zuletzt OLG Brandenburg, Urteil vom 4. November 2010 – 12 U 43/10, juris Rn. 5; LG Bonn, Urteil vom 11. Januar 2011 – 2 O 329/08, juris Rn. 36).

Zivilrechtliche Gefährdungshaftungsansprüche sind auch nicht im Hinblick auf die Pflicht der Gemeinde zur Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe ausgeschlossen, Unglücksfällen durch den Einsatz der Feuerwehr zu begegnen. **Die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit steht der zivilrechtlichen Haftung des Schädigers nicht im Wege** (Steegmann/Steegmann, aaO, § 41 Rn. 10a). Die Regelungen in § 41 FSHG NW betreffen primär nicht Ansprüche auf Kostenersatz für die Wiederherstellung einer beschädigten Sache. Sie regeln die Kostenerstattung für Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren und zur Beseitigung der Folgen von Feuer, Unglücksfällen und bei öffentlichen Notständen (vgl. § 1 Abs. 1 FSHG NW). Diese Maßnahmen können, sie müssen aber nicht zur Behebung eines mit dem Unglücksfall verbundenen Sachschadens der Gemeinde führen. Wäre der Gemeinde für einen Feuerwehreinsatz öffentlich-rechtlicher Kostenersatz aufgrund eines Leistungsbescheids für Maßnahmen zugeflossen, die auch den Eigentumsschaden beseitigt haben, wäre dieser Umstand mit Blick auf das schadensrechtliche Bereicherungsverbot bei der Höhe des Schadensersatzes zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteile vom 29. April 2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 398; vom 15. Februar 2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 165). Solche Umstände haben die Beklagten bisher nicht vorgetragen.

G.H.

Verkehrssicherungspflicht im Wald

(*OLG Karlsruhe, Ur. v. 8.12.2010 – 7 U 13/10*)

Die Gemeinde hat für den in ihrem Eigentum stehenden Wald generell keine Verkehrssicherungspflicht.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nachdem sich ein Waldbenutzer im Forst verletzt hatte, machte er gegenüber der Gemeinde als Eigentümer Schadensersatzansprüche geltend.

Nach dem Waldrecht war davon auszugehen, dass das Betreten des Waldes zum Zwecke der Erholung auch außerhalb von Wegen und Straßen gestattet ist. Die Benutzung geschieht auf eigene Gefahr. Diese gesetzliche Regelung lässt zwar die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten unberührt, sie soll aber eine erweiterte Haftung des Waldeigentümers ausschließen. Dementsprechend sieht das

Landesrecht ausdrücklich vor, dass durch das jedermann zustehende Recht, den Wald auf eigene Gefahr zu betreten, keine neuen Sorgfalts- oder Verkehrssicherungspflichten begründet werden (vgl. § 24 Abs. 1 Hess Forstgesetz).

Auf Waldwegen beschränkt sich die allgemeine Verkehrssicherungspflicht zudem auf atypische, also nicht durch die Natur oder die Art der Bewirtschaftung begründete, sondern vom Waldbesitzer selbst geschaffene Gefährdungen, mit denen auch ein vorsichtiger und aufmerksamer Waldbesucher nicht rechnet. Für walddtypische Gefahren haftet der Waldeigentümer dagegen nicht.

Dies gilt insbesondere, wenn ein Waldbesucher vom Wege abweicht und einen Hang herunterstürzt. Es liegt dann ein Handeln auf eigene Gefahr vor, so dass der Waldeigentümer nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Das Mitverschulden des Verletzten wiegt so schwer, dass es eine Haftung des Waldeigentümers vollständig ausschließt.

F. O.

Haftung der Gemeinde für Unebenheiten im Gehweg

(OLG Jena, Beschl. v. 20.3.2012 – 4 W 134/12)

Auch wenn eine Unebenheit im Gehweg Ursache für den Sturz eines Passanten ist, reicht es für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die Gemeinde nicht generell aus, wenn das Ausmaß mehr als 2,5 cm ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Abmerkung:

Allgemein wird die Auffassung vertreten, dass eine Gemeinde Schadensersatzpflichtig ist, wenn ein Fußgänger wegen einer Bodenunebenheit unterhalb des Bereichs von 2 bis 2,5 cm zu Schaden kommt. Mit geringen Bodenunebenheiten muss jeder Fußgänger rechnen.

Jedoch handelt es sich dabei nicht um eine verbindliche Regelung. Es sind vielmehr stets die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insbesondere in ihrer Höhe jenseits der Bagatellgrenze von 2 bis 2,5 cm liegende Unebenheiten sind nicht automatisch als Verletzung der Verkehrssicherungspflicht anzusehen.

Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Jena vertreten. Der Geschädigte konnte sich nicht damit entschuldigen, er hätte die Unebenheit im Boden infolge Unachtsamkeit nicht gesehen. Die unterschiedlichen Belagsflächen waren schon vor dem Betreten sichtbar. Die Gefahrenstelle hätte daher von dem Geschädigten auch bei nur flüchtigem Hinsehen wahrgenommen werden können und müssen. Dem Verkehrssicherungspflichtigen sind regelmäßig nur solche gefahrenabwehrende Maßnahmen abzuverlangen, die mit Blick auf ihre Erforderlichkeit unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit verhältnismäßig erscheinen.

F. O.

Ärztliche Auskunft über Gesundheitszustand eines verstorbenen Zeugen

(BAG, Beschl. v. 23. 2. 2010 – 9 AZN 876/09)

1. Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes gilt über den Tod des Patienten hinaus.

2. Die Verschwiegenheitspflicht darf gegenüber nahen Angehörigen nur ausnahmsweise und lediglich im vermuteten Einverständnis des Patienten gebrochen werden, soweit einer ausdrücklichen Befreiung Hindernisse entgegenstehen.

3. Der Arzt muss sich die Überzeugung verschafft haben, dass der Patient vor diesen Angehörigen keine Geheimnisse über seinen Gesundheitszustand haben will.

4. Auch gegenüber Erben des Verstorbenen, deren Interesse an der Auskunft oder Einsicht in Patientenunterlagen eine vermögensrechtliche Komponente haben kann, hat der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Verstorbenen Vorrang.

5. Nur der behandelnde Arzt kann entscheiden, ob seine Schweigepflicht zu wahren ist oder nicht; er ist in der Frage des Auskunfts- und Einsichtsrechts gewissermaßen die letzte Instanz.

6. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Auskunft des Arztes und die Einsicht in Patientenunterlagen im Rahmen der Erhebung eines Sachverständigenbeweises in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren.

7. Besonderheiten des Arbeitslebens, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung

Im Rahmen eines Rechtsstreits über eine Kündigung hat das BAG schulmäßig die Grundsätze zusammengefasst, die für die ärztliche Auskunft über den Gesundheitszustand eines verstorbenen Patienten gelten. Das Gericht hatte die konkrete Rechtsfrage nach der prozessualen Verwertbarkeit ärztlicher Aussagen oder Unterlagen ohne Einwilligung des Verstorbenen bisher nicht beantwortet. Dennoch erachtete der Senat das Problem als nicht geeignet, eine Revision zuzulassen. Denn die Frage sei einfach zu beantworten und damit nicht klärungsbedürftig.

J. V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

G.H. = Regierungsdirektor Günter Haurand

F.O. = Rechtsanwalt Dr. Franz Otto

J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

Besuchen Sie uns auch im Internet!

www.deutsche-verwaltungs-praxis.de

Klar, Das Kommunalverfassungsrecht in Rheinland-Pfalz, Leitfaden für Ausbildung, Studium und Praxis, 2009, 127 Seiten, kart., 22,80 €, Eigenverlag Walter Klar

Walter Klar ist Fachbereichsleiter Zentrale Dienste und Finanzen bei der Verbandsgemeindeverwaltung Arzfeld. Der von ihm entwickelte Leitfaden zum Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz soll insbesondere den Auszubildenden und Studenten einen Überblick über die wesentlichen Regelungen der Materie vermitteln. Das Werk behandelt in sieben Kapiteln alle relevanten Themen der Kommunalverfassung. Beginnend mit den notwendigen Grundlagen sowie den Aufgaben der Gemeinden bleiben auch Aspekte wie die Verwaltung der Gemeinden und deren Satzungsrecht nicht außen vor. Die Gliederung bleibt dabei immer übersichtlich. Der Leitfaden kann auch seinem Anspruch gerecht werden, in der Praxis Anwendung zu finden. So verschafft er selbst langjährigen Verwaltungsmitarbeitern in Zweifelsfällen schnell einen Überblick über einschlägige Regelungen. Das Stichwortverzeichnis erleichtert die Handhabung als geeignete Alternative zum Inhaltsverzeichnis.

Rouven L. Schnurpfeil

Reich, BeamStG, 2. Aufl. 2012, 489 Seiten, in Leinen, € 65,-, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63655-4

Das „Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern“ vom 17. Juni 2008 ist ein Ergebnis der sog. Föderalismusreform I. Das BeamStG legt die bundeseinheitlichen Vorgaben für die beamtenrechtlichen Angelegenheiten der Landes- und Kommunalbeamten fest. Der Autor, als Verwaltungsjurist ausgewiesen, hat eine gut verständliche und durchaus auch kritische Kommentierung des neuen Gesetzes vorgelegt. Die Neuauflage hat das Werk auf den Gesetzesstand 1. März 2012 gebracht. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Frühjahr 2012 berücksichtigt. In der Einarbeitung neuer Entscheidungen liegt der Schwerpunkt der Neuauflage.

In Bezug auf die äußere Gestaltung lässt der Kommentar kaum Wünsche offen. Hilfestellung bieten z. B. vorangestellte Übersichten und Hervorhebungen von Schlüsselbegriffen in Fettdruck. Der Lesekomfort würde noch weiter gesteigert, wenn die Nachweise in Fußnoten untergebracht würden.

Fazit: Ein gelungener Kommentar, der den (hohen) Maßstäben der „Gelben Reihe“ gerecht wird.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Luber, Schelter, Deutsches Sozialrecht, Textsammlung, 292. Ergänzungslieferung, Stand 15. Juli 2012, € 177,00, Luchterhand Verlag

Kommunalverfassungsrecht Bayern, Kommentare, Texte, 11. Nachlieferung, Juni 2012, 354 Seiten, 58,40 €, Gesamtwerk: 2.120 Seiten, 129,00 €, Gemeinde- und Schulverlag Bavaria, Wiesbaden

Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – GO)

Mit dieser Lieferung wurde die GO, basierend auf der letzten Novellierung, umfassend überarbeitet. Die Kommentierung zu den novellierten Artikeln wird fortgesetzt.

Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – BezO)

Der Text der BezO wurde aufgrund der letzten Novellierung auf den aktuellen Stand gebracht.

Kommunalverfassungsrecht Hessen, Hessische Gemeindeordnung (HGO), Hessische Landkreisordnung (HKO), Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, Gesetz über die Metropolregion Frankfurt/Rhein-Main (MetropolG), Hessisches Kommunalwahlgesetz (KWG), Kommentare, Texte, 28. Nachlieferung, Mai 2012, 524 Seiten, 78,60 €, Gesamtwerk: 4.536 Seiten, 199,00 €, Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden

Diese Lieferung umfasst die Kommentierungen zu einzelnen Paragraphen zwischen § 10a und § 37a der HKO. Weitere Überarbeitungen folgen mit der nächsten Lieferung.

Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG), Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Kommentare, 34. Nachlieferung, Juni 2012, 314 Seiten, 48,70 €, Gesamtwerk: 1.586 Seiten, 129,00 €, Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden

Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG)

Mit der Kommentierung weiterer Paragraphen wird die Neukomentierung des NKomVG weiter fortgesetzt. Die Bestimmungen regeln u.a. Satzungen, den Anschluss- und Benutzungszwang, die Bürgerbefragung, die ehrenamtliche Tätigkeit, die Ausschüsse der Vertretung sowie das Prüfungswesen.

Hauck, Noftz, Sozialgesetzbuch SGB X, Verwaltungsverfahren, Schutz der Sozialdaten, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten, Kommentar, Lieferung 2/2012, Erich Schmidt Verlag, Berlin

Mit dieser Lieferung werden die §§ 22, 28, 29, 36 und 67b teilweise umfassend und neu kommentiert. Außerdem werden einige Gesetzes- und Verordnungstexte (Beitragsverfahrensordnung, C 200, Sozialgerichtsgesetz, C 400, Verwaltungsgerichtsordnung, C 500, Verwaltungszustellungsgesetz, C 700 und Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung, C 914) aktualisiert und es werden das Abkürzungs- (A 030) und das Stichwortverzeichnis (A 040) auf den neuesten Stand gebracht.

Handbuch der Justiz 2012/2013 (Hrsg.: Deutscher Richterbund), 813 Seiten, geb., € 89,95, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, ISBN 978-3-8114-3631-2

Das – im 31. Jahrgang erschienene und auf dem Stand 1. Januar 2012 befindliche – „Handbuch“ lässt sich mit Fug und Recht als bewährt (so die Verlagswerbung) bezeichnen. Das Buch enthält eine Auflistung der Träger und Organe der Recht sprechenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Ca. 30.000 Namen sind in dem Buch erfasst. Geordnet nach Bundes- und Landesgerichten sowie nach Gerichtsbarkeiten finden sich in dem Handbuch Informationen zum Namen, zur Dienststellung und zum Dienstalter von Richtern, Staatsanwälten und Beamten der Justizverwaltung. Darüber hinaus sind die Postanschriften, Telefon- und Faxnummern, E-Mail-Adressen sowie Pressestellen der Justizverwaltungen, Gerichte und Staatsanwaltschaften aufgeführt. Ein alphabetisch geordnetes Namensverzeichnis aller „Justizpersonen“ schließt den Band ab.

Fazit: Eine hervorragend systematisierte Zusammenstellung von Daten über die deutsche Justiz.

Reg.-Dir. Günter Haurand, Bielefeld

Ibertz/Widmaier/Sommer, Bundespersonalvertretungsgesetz, 12. Aufl. 2012, 1.407 Seiten, geb., € 189,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-022515-2

Der vorliegende Kommentar zum BPersVG bedarf – zumindest bei „Beamtenrechtlern“ – keiner ausführlichen Vorstellung mehr; die Auflagenzahl beweist, dass das Werk seinen festen Platz in der einschlägigen Literatur gefunden hat. Den Schwerpunkt bildet die Kommentierung des BPersVG, darüber hinaus wird auch die entsprechende Wahlordnung erläutert. In den Anhängen finden sich weitere Texte, insbesondere erläuternde Runderlasse, die die Arbeit mit den Normtexten erleichtern.

Die Kommentierung der Einzelvorschriften folgt einem einheitlichen Muster. An den Abdruck der jeweiligen Vorschrift schließt sich eine Übersichts an, die auf die Randnummern der Kommentierung Bezug nimmt. Die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften werden im Anschluss aufgelistet. In der Kommentierung findet sich oft eine „Vorbemerkung“, in welcher der Normzweck dargestellt wird. Regelmäßig werden unter dem Stichwort „Streitigkeiten“ verfahrensrechtliche bzw. prozessrechtliche Aspekte angesprochen. Ein Schrifttumsverzeichnis bildet den Abschluss. Rechtsprechungs- und Literaturnachweise sind in den Fließtext integriert. Aus Sicht des Rezensenten würde es den Benutzerkomfort steigern, wenn diese Nachweise in Fußnoten untergebracht wären. Angesichts der Fülle des aufbereiteten Materials ist es im Rahmen einer Rezension nicht möglich, auf Einzelaspekte näher einzugehen. Stichproben haben jedoch ergeben, dass die Autoren zuverlässig und in gut verständlicher Sprache über alle praxisrelevanten Probleme informieren und Streitstände umfassend darlegen. Aufgrund der Bezüge zu den Landespersonalvertretungsgesetzen kann das Werk auch bei Fragen aus dem Landesrecht zu Rate gezogen werden.

Fazit: Ein hervorragender, gründlich informierender Kommentar, der auch künftig eine maßgebliche Rolle bei der Auslegung des Bundespersonalvertretungsgesetzes spielen wird.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Lisken/Denninger (Hrg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, 1.538 Seiten, in Leinen, € 135,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63247-1

Seit der Voraufgabe (2007) hat sich die Sicherheitslage erneut verändert. Neue Techniken und Verfahren zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung haben Eingang in die Sicherheitsgesetze des Bundes und der Länder gefunden. Hierbei wirken sich in steigendem Maße europarechtliche Einflüsse aus, wie der – noch andauernde – Streit um die sog. Vorratsdatenspeicherung belegt.

Im Hinblick darauf war eine Neubearbeitung des Handbuchs sinnvoll. Es ist um rd. 100 Seiten gewachsen (der Preis ist erfreulicherweise nur maßvoll erhöht worden). Darüber hinaus haben Herausgeber und Autorenteam die Neuauflage für inhaltliche Erweiterungen genutzt. Im Übrigen ist das bisherige Konzept beibehalten worden.

Schrifttum

Das einleitende Kapitel (A) gibt einen Überblick über die Geschichte der Polizei in Deutschland. Kapitel B und C hängen inhaltlich zusammen; behandelt werden die Polizeiorganisation und die Stellung der Polizei im „Verfassungsgefüge“. Mit den „Polizeiaufgaben“ und dem „Polizeihandeln“ befassen sich die Anschlusskapitel D und E das letztere ist praktisch ein (Kurz-)Lehrbuch zum allgemeinen Polizeirecht. Kapitel F „Polizeihandeln im Strafverfahren“ ist den repressiven Maßnahmen der Polizei gewidmet. Die polizeiliche Informationsverarbeitung – für präventive und repressive Zwecke – ist einem eigenen Kapitel (G) vorbehalten; das führt allerdings zu Überschneidungen mit den Kapiteln E und F. Die Nachrichtendienste, insbesondere der Verfassungsschutz, sind neuerdings verstärkt in den Fokus des öffentlichen (Medien-) Interesses gerückt. Angesichts der (wachsenden) Bedeutung der „Dienste“ ist es zu begrüßen, dass ihre Kompetenzen und Befugnisse ebenfalls in einem eigenen Kapitel umfassend erläutert werden (H).

Das Kapitel über die Gefahrenabwehr durch die Ordnungsverwaltung (J) schließt sich an. Auf rd. 160 Seiten lassen sich die dargestellten 11 Spezialgebiete (vom Ausländerrecht bis zum Waffenrecht) freilich nur streifen. Der Leser bekommt immerhin einen ersten Eindruck und Hilfestellungen für weiterführende Lektüre. Das Versammlungsrecht wird anschließend erläutert (K). Fragen des Rechtsschutzes und der Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers sowie der Polizeikosten werden in den Kapiteln K, L

und M thematisiert. Die „Zusammenarbeit mit den Polizeien der Nachbarstaaten“ sowie die sicherheitsrechtlichen Aspekte auf der EU- Ebene bilden den Abschluss (N, O). Die Fülle der in dem Handbuch versammelten Informationen beeindruckt. Zu (fast) jedem Stichwort wird man fündig. Die äußere Darstellung und die (reichliche) Verwendung von Schlüsselbegriffen (in Fettdruck) lassen kaum Wünsche offen. Literatur und Rechtsprechung sind reichhaltig und – im Wesentlichen – aktuell nachgewiesen. Auf den Nachweis etlicher älterer Werke bzw. Aufsätze könnte allerdings verzichtet werden. Viele Abschnitte sind glänzend geschrieben und bieten nicht nur eine sachliche Informationen, sondern auch eine kritische Bewertung. Zu überlegen wäre bei künftigen Auflagen, die Kapitel über die Polizeiaufgaben und das Polizeihandeln sowie die Informationsverarbeitung stärker miteinander zu verzahnen.

Fazit: Ein sehr instruktives und gedankenreiches Handbuch für jeden, der sich über das Polizeiwesen in Deutschland und die Verknüpfungen auf europäischer Ebene informieren will. Jurastudenten und Studierende an Fachhochschulen der Polizei werden das Werk zwar angesichts des Preises in der Regel nicht in ihr Bücherbudget einplanen. Es sollte aber bei der Abfassung von Haus-, Seminar – und Diplomarbeiten (Thesis) bei Fragestellungen aus dem Bereich „Polizei“ stets berücksichtigt werden.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Herausgeber:

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

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn*
Präsident der SRH Hochschule Berlin und 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

Studienleiterin Dr. *Margrit Kölbach*,
Hessischer Verwaltungsschulverband,
Verwaltungsseminar Frankfurt a. M.

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. *Josef Konrad Rogosch*
Präsident der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz

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