DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

64. Jahrgang
März 2013
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2013003

3/2013

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Reiner Stein
Die Verpflichtungsklage in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung

Michael Jesser/Katrin Schirmer
Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen

Peter Eichhorn
ABC – Glossar – XYZ

Gert Kohnke/Michael Grosse
Einkommensermittlung bei Selbstständigen im SGB II nach § 3 der Alg-II-Verordnung

Fallbearbeitungen

Thomas Freund
Der Zahnarzt und die Fußgängerzone

Michael Th. P. Sprenger-Menzel/Matthias Peistrup
Wirtschaftliche Staatswissenschaften

Thomas Gerlach
Unwirtschaftliches Handeln unerwünscht

Rechtsprechung

Verbot der Beseitigung von Bäumen und Sträuchern zur Baufeldfreimachung

Sonderparkfläche für Schwerbehinderte

Gerätehütte in der Landschaft

Gebrauchsvorteil durch Anschluss an Regenwasser-kanalisation

Auskunftsanspruch der Presse bei Polizeieinsatz

Sofortige Ausnutzung der Baugenehmigung

Zwangsgeldfestsetzung nach Ordnungsverfügung nach dem Nichtraucherschutzgesetz

Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Ratsmitglied

Duscheinrichtung in der Obdachlosenunterkunft

Ermäßigte Umsatzsteuer für das Verlegen des Wasserhausanschlusses

Berechtigtes Interesse der Gemeinde an der Beendigung eines Mietverhältnisses

Aufsichtspflicht des Kita-Personals

Diskriminierung von Arbeitnehmern: Darlegung von Indizien durch unrichtige oder widersprüchliche Auskünfte über den Grund der Benachteiligung

Schrifttum

Maximilian Verlag
Hamburg

Die DVP im März 2013/Inhaltsverzeichnis

Reiner Stein

Die Verpflichtungsklage in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung 90

Die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage ist regelmäßig Ausgangspunkt von Klausuraufgaben im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Bei Studenten und Lehrgangsteilnehmern der Verwaltungsfachhochschulen/ Verwaltungsschulen, aber auch Jura-Studenten und Rechtsreferendaren ist die Auseinandersetzung mit diesem Rechtsbehelf wenig beliebt. Nicht selten zeigen sich Schwierigkeiten beim Aufbau der Prüfung; auch die Abgrenzung zur Anfechtungsklage bereitet Probleme.
In dieser Abhandlung werden zunächst Klageziel, Klagevarianten, Aufbau und Entscheidungsmöglichkeiten bei der Verpflichtungsklage näher beleuchtet. Im Anschluss werden die prozessualen und materiell-rechtlichen Prüfungspunkte unter Berücksichtigung typischer „Klausurprobleme" aufbauorientiert dargestellt. Bearbeitungstipps sowie Formulierungsbeispiele sollen zu einer methodisch sauberen Bearbeitungsweise beitragen. Ein Prüfungsschema schließt die Darstellung ab.

Michael Jesser/Katrin Schirmer

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen 101

Das Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz ist im November 2011 in Kraft getreten. In diesem Beitrag wird untersucht, in welchem Maße das Gesetz die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen normiert, insbesondere im Vergleich zur vorherigen Rechtslage. Hervorzuheben ist insbesondere der Drittschutz, den der Gesetzgeber nunmehr der Subsidiaritätsklausel beimisst.

Peter Eichhorn

ABC-Glossar-XYZ 105

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt. Erläutert werden die Themen „Gesundheitspolitische Ziele", „Öffentliches Leben", „Tag der offenen Tür" und „Vollzugsdefizit".

Gert Kohnke/Michael Grosse

Einkommensermittlung bei Selbstständigen im SGB II nach § 3 der Alg-II-Verordnung 107

Die Umsetzung der Regelungen des § 3 Alg II-V stellt sich in der Praxis der Leistungsträger schwierig dar. Es werden bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern teilweise fundierte Kenntnisse des Steuerrechts, der Betriebswirtschaft und des Sozialversicherungsrechts verlangt. Die Beitragsreihe zur Einkommensermittlung bei Selbstständigen im SGB II soll daher eine konkrete Hilfestellung für die Praxis bei der Prüfung des Leistungsanspruchs und der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens bei selbstständiger Tätigkeit bieten.
Thema dieses Beitrags ist der Begriff der selbstständigen Tätigkeit.

Fallbearbeitungen

Thomas Freund

Der Zahnarzt und die Fußgängerzone 112

Dieser Fall thematisiert die Verpflichtungsklage am Beispiel einer straßenverkehrsrechtlichen Anspruchsgrundlage, die der Behörde Ermessen einräumt. Als prozessuale Besonderheit ist die Untätigkeitsklage hervorzuheben, während die Begründetheitsprüfung von den Themenkreisen der Zusicherung und des maßgeblichen Zeitpunkts geprägt wird.

Michael Th. P. Sprenger-Menzel/Matthias Peistrup

Wirtschaftliche Staatswissenschaften 117

Gegenstand dieser Klausur sind Fragestellungen aus den Bereichen Grundlagen der Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftspolitik, EZB und Deutsche Bundesbank, Geld- und Fiskalpolitik. Gefragt wird u.a. nach den Begriffen Natürliches Monopol und Kollektivgut/ Kollektivgüter, nach den zentralen konzeptionellen Unterschieden zwischen der Sozialen Marktwirtschaft, einer Zentralverwaltungswirtschaft und einer (absolut) freien Marktwirtschaft, nach dem Zusammenhang zwischen Inflation, Geldmenge und Gütermenge, nach harten und weichen Standortfaktoren im Rahmen der Wirtschaftsförderung sowie nach Vor- und Nachteilen der Arbeitsteilung.

Thomas Gerlach

Unwirtschaftliches Handeln unerwünscht 121

Bei dieser volkswirtschaftlichen Klausurübung geht es darum, mit Hilfe elementarer ökonomischer Analysemethoden produktive Wirksamkeiten ausgewählter Produktionsfaktoren zu ermitteln und ein bestimmtes Produktionsziel kostenminimal zu realisieren.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Verbot der Beseitigung von Bäumen und Sträuchern zur Baufeldfreimachung
(BVerwG, Beschluss vom 09.02.2012 – 9 VR 2/12) 124

Sonderparkfläche für Schwerbehinderte
(OVG Hamburg, Urteil vom 16.11.2011 – 5 Bf 292/10) 124

Gerätehütte in der Landschaft
(OVG Koblenz, Beschluss vom 05.06.2012 – 8 A 10594/12) 124

Gebrauchsvorteil durch Anschluss an Regenwasserkanalisation
(OVG Münster, Beschluss vom 16.04.2012 – 15 A 593/12) 125

Auskunftsanspruch der Presse bei Polizeieinsatz
(OVG Münster, Beschluss vom 27.06.2012 – 5 B 1463/11).....125

Sofortige Ausnutzung der Baugenehmigung
(VGH Mannheim, Beschluss vom 20.03.2012 – 3 S 223/12) 126

Zwangsgeldfestsetzung nach Ordnungsverfügung nach dem Nichtraucherschutzgesetz
(VG Köln, Beschluss vom 09.09.2011 – 7 L 435/11) 126

Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Ratsmitglied
(VG Köln, Urteil vom 30.08.2012 – 4 K 4462/11) 127

Duscheinrichtung in der Obdachlosenunterkunft
(VG Oldenburg, Beschluss vom 05.06.2012 – 7 B 3428/12).....128

Ermäßigte Umsatzsteuer für das Verlegen des Wasserhausanschlusses
(BGH, Urteil vom 18.04.2012 – VIII ZR 253/11) 128

Berechtigtes Interesse der Gemeinde an der Beendigung eines Mietverhältnisses
(BGH, Urteil vom 09.05.2012 – VIII ZR 238/11) 128

Aufsichtspflicht des Kita-Personals
(OLG Koblenz, Urteil vom 21.06.2012 – 1 U 1086/11).....129

Diskriminierung von Arbeitnehmern: Darlegung von Indizien durch unrichtige oder widersprüchliche Auskünfte über den Grund der Benachteiligung
(BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 8 AZR 364/11) 129

Schrifttum 132

Die Schriftleitung

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

DVP

DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

64. Jahrgang 3/2013

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 0711/66 72 19 74
koehler-mittler@svk.de

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 79,90 € einschl. 7 % Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 7,80 €. Bestellungen in Buchhandlungen oder beim Maximilian Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 104504, 20031 Hamburg. Kündigung des Abonnements schriftlich 6 Wochen vor Bezugsjahresende. Kein Anspruch bei Behinderung der Lieferung durch höhere Gewalt. Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hamburg.
Die in der DEUTSCHEN VERWALTUNGSPRAXIS enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmigung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe gestattet. Das 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

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

das *Zweite Deutsche Fernsehen* hat seit Mai 2011 einen neuen Sender im digitalen Angebot: *zdf.kultur*. Ich habe ihn eher zufällig beim „Zappen" entdeckt. Auf dem Bildschirm erschienen unter anderem *Rex Gildo* und *Dieter Thomas Heck;* ersterer sang („Fiesta Mexicana", wenn ich mich recht erinnere), letzterer moderierte eine Quiz-Sendung, bei der ein Teilnehmer dem anderen pantomimisch verschiedene Südfrüchte verdeutlichen musste. Auf *zdf.kultur* werden auch betagte Serien (z. B. „Zwei Männer am Herd", 1999–2001) wiederholt, die überwiegend zu Recht vergessen sind. Die *ZDF*-Hitparade mit Schlagern aus den 70er- und 80er-Jahren hat hier ebenfalls Asyl gefunden. Ich habe gedacht, es ist sehr gewagt, solche Sendungen unter der Flagge „Kultur" auszustrahlen. Das Fernsehen folgt aber nur einem allgemeinen Trend der Schönfärberei, wie er zum Beispiel in der Werbebranche und der Politik üblich ist. Sogar sehr übersichtliche und inhaltsarme Gesetzesänderungen werden beispielsweise als „größte Reform in diesem Jahrhundert" gefeiert. Das große Vorbild hat mittlerweile auch den öffentlichen Dienst geprägt. Ein Landkreis bläht sich sprachlich zum „Konzern" auf und ein paar organisatorische Veränderungen genügen, um ein „Change-Management" auszurufen. Das Material für die rhetorischen Wunderkerzen stammt aus dem Jargon der Betriebs- und Volkswirte, der Pädagogen und Psychologen. Zu den Standardfloskeln gehören z. B. Humanressource, Performance, Innovation, Zielvereinbarung, Kontrakt-Management, Nachhaltigkeit, (neues, ganz neues, neuestes) Steuerungsmodell, (neues, neuestes, totales) Qualitätsmanagement. Gelegentlich kommen auch Anleihen bei der Theologie vor („Leading with Vision") und mancher Reformer erinnert an einen aufgekratzten Gospel-Prediger.

Auch im Hochschulbereich wird die Realität kräftig geschönt. Nicht wenige Kritiker geben den sog. Akkreditierungsagenturen die Schuld dafür; nur so bekomme man das Zertifikat für die Bachelor- und Masterabschlüsse. Die Hochschulen sind deshalb sehr kreativ im Erfinden neuer Studienfächer. Man kann jetzt z. B. einen Bachelor in Eurythmie machen, sich als „Master of Acupressure" qualifizieren und Onomastik studieren (bitte selbst nachschlagen – es ist nicht das, was Sie vielleicht glauben!). Der Staat fördert die Kulissenschieberei. Er hat die sog. Exzellenzinitiative ins Leben gerufen und verleiht den Titel „Eliteuniversität". Unbefangene Leute könnten glauben, dass eine Elite-Hochschule durch nobelpreisverdächtige Leistungen aufgefallen ist. Das kann natürlich der Fall sein, nötig ist es nicht. Die Hochschulen, die sich mit diesem Titel schmücken dürfen, werden für „Zukunftskonzepte" ausgezeichnet. Das Zukunftskonzept, habe ich im Internet gelesen, beschreibt die „langfristige Entwicklung einer Universität in der Forschung". Es spielt keine Rolle, ob sich das Konzept später bewährt. Dieses Vorschuss-Prinzip lässt sich auch auf sonstige Reformen im öffentlichen Dienst anwenden. Es kennt, sieht man von Spätfolgen ab, keine Verlierer. Reformer müssen in der Regel keine Nachteile befürchten, wenn ihre Reform später scheitert. Sie wurden im Zweifel für ihre Verdienste befördert und dürfen jetzt woanders reformieren. Den Rest besorgen die Beauftragten für Image und Öffentlichkeitsarbeit. Wird eine Reform zurückgenommen, weil auch der letzte gemerkt hat, dass sie Pfusch war, nennen sie das „Wiederauflebenlassen bewährter Traditionen."

Einige Leute regen sich sich über die Schönfärberei auf. Ich bin da vorsichtiger. Vermutlich ist sie gut gegen Frustrationen und Magengeschwüre. Nicht jedem Verwaltungsreformer ist ein echter Erfolg beschieden.

Ein Zukunftskonzept bringen die meisten aber doch noch zustande.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Reiner Stein*

Die Verpflichtungsklage in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung

Einführende Bemerkungen

Die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage ist regelmäßig Ausgangspunkt von Klausuraufgaben im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Bei Studenten und Lehrgangsteilnehmern der Verwaltungsfachhochschulen/Verwaltungsschulen aber auch Jura-Studenten und Rechtsreferendaren ist die Auseinandersetzung mit diesem Rechtsbehelf wenig beliebt, zumal nicht selten Aufbau- sowie Abgrenzungsprobleme zur Anfechtungsklage beklagt werden. In der nachfolgenden Abhandlung werden zunächst Klageziel, Klagevarianten, Aufbau und Entscheidungsmöglichkeiten bei dieser Klageart näher beleuchtet. Im Anschluss werden die prozessualen und materiell-rechtlichen Prüfungspunkte unter Berücksichtigung typischer „Klausurprobleme" aufbauorientiert dargestellt. Bearbeitungstipps sowie Formulierungsbeispiele sollen zu einer methodisch sauberen Bearbeitungsweise beitragen. Ein Prüfungsschema schließt die Abhandlung ab.

A. Besonderheiten und Aufbauprobleme bei der Verpflichtungsklage

I. Klageziel einer Verpflichtungsklage

Das Klageziel einer Verpflichtungsklage lässt sich gut darstellen, wenn man sich zunächst verdeutlicht, dass sich aus § 43 II VwGO drei „Klagetypen" ableiten lassen *(Gestaltungsklagen/Leistungsklagen/Feststellungsklagen)* und die Verpflichtungsklage unter die verwaltungsprozessualen Leistungsklagen eingeordnet werden muss. Unter „Leistungsklagen" versteht man im Verwaltungsprozessrecht diejenigen Klagen, die auf die Verurteilung der Behörde zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind. Es wird also ein Urteil erstrebt, in dem die Behörde verpflichtet wird, die vom Kläger beantragte „Leistung" zu erbringen. Diese begehrte Leistung besteht bei der Verpflichtungsklage im Erlass eines den Kläger begünstigenden Verwaltungsakts *(im Unterschied zur „Allgemeinen Leistungsklage", bei der es um schlichtes Verwaltungshandeln geht)*. Wegen der Gewaltenteilung ist es dem Verwaltungsgericht allerdings nicht gestattet, den vom Kläger begehrten Verwaltungsakt selbst zu erlassen. Insoweit ändert das Verwaltungsgericht im Urteil einer Verpflichtungsklage die Rechtslage nicht selbst, sondern kann allein eine Verpflichtung gegenüber der Verwaltungsbehörde aussprechen, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen bzw. *(bei fehlender „Spruchreife*[1]*)* den Kläger erneut zu bescheiden. Daraus ergibt sich, dass eine Verpflichtungsklage mithin keine „Gestaltungsklage", sondern eine „Leistungsklage" ist[2].

II. Die zwei Varianten einer Verpflichtungsklage

Die Verpflichtungsklage hat nach der gesetzlichen Regelung in § 42 I 2. Alt. VwGO zwei „Unterfälle":

- Die sog. **„Versagungsgegenklage"** ist diejenige Variante der Verpflichtungsklage, die auf Erlass eines von der Behörde zuvor abgelehnten Verwaltungsaktes gerichtet ist.

- Die **„Untätigkeitsklage"** *(i. S. d. §§ 42 I 2. Alt., 75 S. 1, 2. Alt. VwGO)* betrifft diejenigen *(seltenen!)* Fälle, in denen die Verwaltungsbehörde auf einen Antrag des Bürgers nicht tätig wurde, also im Gegensatz zur Versagungsgegenklage „ohne zureichenden Grund" binnen „angemessener Frist" überhaupt keine Sachentscheidung *(also auch keinen ablehnenden Verwaltungsakt)* erlassen hat. Diese Klagevariante ist also gerichtet auf Erlass des *(bislang)* unterlassenen Verwaltungsaktes[3].

III. Die grundsätzlichen Aufbauprobleme bei einer Verpflichtungsklage

Dreh- und Angelpunkt einer jeden Klausurbearbeitung ist der methodisch saubere Aufbau eines Klausurgutachtens. Erfahrungen von Dozenten belegen, dass gerade der Aufbau der Begründetheitsprüfung bei einer Verpflichtungsklage zahlreichen Studenten und Auszubildenden erhebliche Probleme bereitet[4]. Das liegt insbesondere daran, dass in der Ausbildungsliteratur bei einer Verpflichtungsklage zwei unterschiedliche Aufbaumöglichkeiten für den Begründetheitsaufbau empfohlen werden:

---

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

1 Siehe dazu weiter unten unter Gliederungspunkt A.IV.

2 Im Unterschied zur Anfechtungsklage, die auf unmittelbare Rechts-„Gestaltung" gerichtet ist.

3 Zu beachten ist, dass die „Untätigkeitsklage" keine eigene Klageart ist, sondern die prozessuale Situation darstellt, in der eine Klage ohne ein zuvor durchgeführtes oder beendetes Widerspruchsverfahren zulässig ist. Systematisch betrachtet, handelt es sich bei der in § 75 VwGO geregelten Untätigkeitsklage um eine Ausnahmevorschrift zu § 68 VwGO. Die Problematik der Untätigkeitsklage stellt sich also allein bei der Frage des Vorverfahrens oder der Klagefrist. Siehe dazu weiter unten im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung.

4 Stöbert man einmal in den einschlägigen Foren im Internet, so wird man schnell feststellen, dass zahlreiche Studenten dort ihre Verständnisschwierigkeiten beim Aufbau einer Verpflichtungsklage äußern und diesbezüglich Austausch und Hilfe suchen.

1. Der Rechtswidrigkeits- bzw. Ablehnungsaufbau

Vereinzelt wird in der Ausbildungsliteratur beim Aufbau einer Verpflichtungsklage auf den sog. Rechtswidrigkeitsaufbau *(auch Ablehnungsaufbau genannt)* abgestellt[5]. Dieser orientiert sich unmittelbar am Wortlaut des § 113 V 1 VwGO *(„Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist […]")* und erfordert bei der Begründetheit die Prüfung der formellen sowie materiellen Rechtswidrigkeit der zuvor ergangenen Ablehnungsentscheidung *(bzw. im Falle einer behördlichen Untätigkeit die Prüfung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung des Verwaltungsakts)*.

2. Der Anspruchsaufbau

Der in der Ausbildungsliteratur überwiegend vertretene „Anspruchsaufbau"[6] orientiert sich unmittelbar am Begehren des Klägers und hat insoweit nicht die Ablehnung *(bzw. Unterlassung)* sondern den begehrten Verwaltungsakt im Fokus. Streitgegenstand ist bei dieser Aufbauvariante allein der geltend gemachte Anspruch, dessen einzelne Voraussetzungen im Rahmen der Begründetheit in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen sind. Wurde dieser Anspruch von der Behörde nicht erfüllt, so wird daraus die Rechtswidrigkeit der Ablehnung *(bzw. der Unterlassung)* gefolgert.

3. Stellungnahme und Aufbauempfehlung

Bei einer Stellungnahme zu den verschiedenen Aufbauvarianten ist nach hier vertretener Ansicht dem Anspruchsaufbau der Vorzug zu geben.
Gegen die Heranziehung des Rechtswidrigkeits- bzw. Ablehnungsaufbaus spricht, dass bei dieser methodischen Herangehensweise, die an die Prüfung einer Anfechtungsklage erinnert, Studenten und Auszubildende in irreführender Weise dazu verleitet werden, die Versagungsentscheidung auf etwaige Verfahrens- und Formfehler zu überprüfen, auf die es bei der Verpflichtungsklage nicht ankommen kann[7]. Hat der Kläger einer Verpflichtungsklage nämlich einen Anspruch auf Erlass des beantragten Verwaltungsaktes, so ist es völlig unerheblich, ob die Ablehnungsentscheidung formell rechtswidrig war oder nicht[8]. Insoweit erscheint es bereits in keiner Weise zielführend, die Begründetheitsprüfung bei einer Verpflichtungsklage strikt „entlang dem Wortlaut" des § 113 V VwGO *(Rechtswidrigkeit der Ablehnung bzw. Unterlassung des Verwaltungsaktes/Rechtsverletzung des Klägers/Spruchreife)* aufzubauen[9]. Wenn man sich zudem bewusst macht, dass es sich bei einer Verpflichtungsklage um eine Leistungsklage handelt und – wie regelmäßig bei der Wahl des statthaften Rechtsbehelfs erforderlich – auf das Klagebegehren abzustellen ist, so muss es als völlig unlogisch und nach hier vertretener Auffassung sogar als fehlerhaft angesehen werden, wenn sich die Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage an der *(formellen und materiellen)* Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides orientieren sollen. Leider trägt dazu in großem Maße der insoweit unglückliche Wortlaut des § 113 V 1 VwGO bei[10], der bei der Bildung des Obersatzes zur Begründetheit zugrunde zu legen ist[11].
Nach alledem empfiehlt es sich in einer Fallbearbeitung bei einer Verpflichtungsklage nach dem Anspruchsaufbau vorzugehen und von vornherein anspruchsbezogen prüfen, was i. Ü. auch der gerichtlichen Praxis entspricht[12]. Diese, am Klagebegehren orientierte Aufbauvariante hat sich mittlerweile bei der Prüfung der Begründetheit durchgesetzt[13] und vermeidet eine überflüssige Prüfung irrelevanter Gesichtspunkte.

Klausurtipp: *In Klausuren und Fallbearbeitungen sollte auf diesen Theorienstreit nicht eingegangen werden. Wenn Sie den hier empfohlenen Anspruchsaufbau zugrunde legen, muss dies nicht begründet werden. Gehen Sie bei der Formulierung des Obersatzes zur Begründetheit der Verpflichtungsklage zunächst vom Wortlaut des § 113 V 1 VwGO aus und nehmen Sie sodann den aus dem Anspruchsaufbau resultierenden Anspruch des Klägers mit auf*[14]*. Der in § 113 V 1 VwGO gebrauchte Begriff der „Rechtswidrigkeit" (der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts) kann beim Anspruchsaufbau nur in dem Sinne verstanden werden, dass der Erlass des begehrten Verwaltungsaktes abgelehnt oder unterlassen worden ist, obwohl der Kläger einen Anspruch darauf (bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung) hat*[15]*. Diesen Gedanken kann man gut bei der Obersatzbildung berücksichtigen. Folgende Fassung des Obersatzes wird empfohlen:*
(Obersatz): „Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung (oder Unterlassung) des beantragten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 V VwGO). ***Rechtswidrig*** *ist die Ablehnung (oder Unterlassung) eines Verwaltungsaktes im Falle einer gebundenen Entscheidung und bei Ermessensreduzierung auf Null, wenn der Kläger einen Anspruch auf den Erlass des beantragten Verwaltungsaktes hat; im Falle einer Ermessensentscheidung,*

5 Siehe bei *Hufen,* Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., 2011, § 26, Rdn. 1 ff. sowie das Aufbauschema unter Rdn. 26; Martini, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2008, 117.

6 Befürworter des Anspruchsaufbaus sind etwa *Ehlers,* Die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage, JURA 2004, 310 (314 f.); *Müller-Franken,* JuS 2005, 723 (725 m.w.N. unter Fn. 23).

7 Die Erfahrungen aus unzähligen Klausurkorrekturen des Verfassers zeigen, dass Studenten/Auszubildende bei der Bearbeitung einer Verpflichtungsklage auf das Aufbauschema einer Anfechtungsklage „zurückfallen" und dabei beispielsweise auch die Verhältnismäßigkeit der Ablehnungsentscheidung oder deren inhaltliche Bestimmtheit prüfen, was bei einer Verpflichtungsklage völlig verfehlt ist und bei einer Klausurbewertung zu erheblichen Abstrichen führen muss.

8 Überdies erscheint es schlichtweg völlig abwegig, wenn man sich einmal vorstellt, dass ein Klausurbearbeiter, der nach dem Rechtswidrigkeitsaufbau vorgeht und hins. des Versagungsbescheides einen formellen Verstoß gegen das Begründungserfordernis in § 39 I VwVfG bejaht, sich in der Folge mit etw. Heilungsmöglichkeiten nach § 45 VwVfG in der Fallbearbeitung befasst. Im Ergebnis zustimmend *Ehlers,* (Fn. 6), 310 (314 f.); *Proppe,* Die Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung in der Methodik der Fallbearbeitung, JA 1995, 64 (66); ders. Die Leistungsklagen der Verwaltungsgerichtsordnung – Aufbau der Begründetheitsprüfung, JA 1999, 58 (59).

9 Vgl. *Ehlers,* Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage (Teil II), JURA 2004, 176 (178), der überdies zutreffend darauf hinweist, dass im Rahmen der Begründetheitsprüfung einer Allgemeinen Leistungsklage ebenfalls nur erörtert wird, ob dem Kläger der Anspruch auf das begehrte Tun, Dulden oder Unterlassen zusteht.

10 So auch *Proppe* (Fn. 8), 58.

11 Viel logischer wäre etwa ein (an der Allgemeinen Leistungsklage orientierter) Obersatz mit folgendem Wortlaut „Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit der Kläger einen Anspruch auf den beantragten Verwaltungsakt (bzw. einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung) hat"

12 Siehe auch bei *Ehlers* (Fn. 6), 310 (314).

13 Vgl. die Nachweise bei *Müller-Franken* (Fn. 6), 725 m.w.N. unter Fn. 23; *Ehlers* (Fn. 6), 310 (314, Fn. 37).

14 So beispielsweise auch bei *Schmidt,* Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 2011 Rdn. 750, 753.

15 Vgl. auch *Proppe* (Fn. 8), 58 (59).

wenn der Kläger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat"[16].

IV. Die beiden Entscheidungsmöglichkeiten bei einer Verpflichtungsklage

§ 113 V VwGO unterscheidet bei einer begründeten Verpflichtungsklage zwischen zwei verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts, für deren Verständnis der Begriff der „**Spruchreife**" entscheidend ist.
„Spruchreife" liegt vor, wenn das Gericht zu einer abschließenden Entscheidung in der Lage ist und jede andere Entscheidung als der Erlass des erstrebten Verwaltungsaktes nicht in Betracht kommt. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen einer abschließenden Entscheidung vorliegen, was insbesondere voraussetzt, dass die Anspruchsnorm bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die Behörde zum Erlass des Verwaltungsaktes verpflichtet *(sog.* ***gebundener*** *Verwaltungsakt)* oder bei einer Ermessensnorm ausnahmsweise im konkreten Fall eine „Ermessensreduzierung auf Null" vorliegt[17].

- Bei Spruchreife ergeht vom Verwaltungsgericht ein sog. „**Vornahmeurteil**" in dem die Verwaltungsbehörde vom Gericht zum Erlass des beantragten oder unterlassenen Verwaltungsaktes verpflichtet wird *(vgl. § 113 V* ***1*** *VwGO).* Hat die Verwaltungsbehörde *(im Falle einer Versagungsgegenklage)* den beantragten Verwaltungsakt zuvor abgelehnt, so soll im Urteil die Aufhebung des Versagungsbescheides *(und ggf. auch des Widerspruchsbescheides)* ausgesprochen werden. Dies ist zwar nicht zwingend erforderlich, da das stattgebende Verpflichtungsurteil den Versagungsbescheid auch ohne ausdrückliche Aufhebung „konsumiert", doch aus Gründen der Rechtsklarheit regelmäßig empfehlenswert und aus Klägersicht auch geboten, zumal sein Klagebegehren auf Verpflichtung zum Erlass des Verwaltungsaktes voraussetzungsgemäß auch das Begehren enthält, die ablehnenden Bescheide aufzuheben[18]. Der entsprechende Urteilstenor könnte in diesem Falle wie folgt lauten:
  1. *„Der Bescheid des Beklagten vom … (ggf. und der Widerspruchsbescheid des … vom …) wird (werden) aufgehoben."*
  2. *„Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf seinen Antrag vom … die beantragte Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle in … zu erteilen".*

  Sonderproblem: Fehlende Spruchreife bei der Vornahmeklage
  Hat der Kläger in seinem Klageantrag den Erlass des Verwaltungsaktes beantragt (also eine Verpflichtungsklage in Form einer Vornahmeklage eingelegt) und ist die Sache (noch) nicht „spruchreif", so kann das Gericht im Falle eines festgestellten Ermessensfehlers die Behörde nur zur fehlerfreien Neubescheidung verurteilen. Da dieses Bescheidungsurteil (i.S.d. § 113 V 2 VwGO) im Verhältnis zum beantragten Vornahmeurteil (i.S.d. § 113 V 1 VwGO) für den Kläger ein „Minus" darstellt, ist die eingelegte Verpflichtungsklage im Ergebnis ***teilweise unbegründet*** *und muss insoweit vom Gericht mit der negativen Kostenfolge des § 155 I VwGO teilweise abgewiesen werden. Insoweit ist es in Fällen fehlender Spruchreife für den Kläger ratsam, von vornherein nur eine Bescheidungsklage (mit entsprechendem Antrag) zu erheben*[19].

- Bei fehlender Spruchreife *(etwa bei Ermessensentscheidungen mit Ausnahme der Ermessensreduzierung auf Null, in Fällen behördlichen Beurteilungsspielraums oder sonstigen (seltenen) Fällen, in denen es zu einer abschließenden Sachentscheidung noch einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedarf)*[20] ergeht vom Verwaltungsgericht ein sog. „**Bescheidungsurteil**" in dem die Verwaltungsbehörde lediglich dazu verpflichtet wird, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden *(vgl. § 113 V* ***2*** *VwGO).* Der Anspruch auf *(erneute)* fehlerfreie Entscheidung muss im Verglich zum Anspruch auf den Verwaltungsakt als der „schwächere" Anspruch angesehen werden. Der entsprechende Urteilstenor könnte in diesem Falle wie folgt lauten:
  1. *„Der Bescheid des Beklagten vom … (ggf. und der Widerspruchsbescheid des … vom …) wird (werden) aufgehoben."*
  2. *„Der Beklagte wird verpflichtet, den Kläger auf seinen Antrag vom … nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden".*

Bei einem solchen Bescheidungsurteil muss das Gericht in seiner Begründung deutlich machen, welche Gesichtspunkte die Behörde bei ihrer zu treffenden Ermessensentscheidung zugrunde legen muss[21].

V. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei der Verpflichtungsklage

Nicht selten stellt sich bei einer Fall- oder Klausurbearbeitung die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Falls das materielle Recht nichts anderes bestimmt, beurteilt sich dies bei einer Verpflichtungsklage grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung[22]. Dies lässt sich gut nachvollziehen, wenn man sich *(wieder einmal)* bewusst macht, dass es sich bei einer Verpflichtungsklage um eine Leistungsklage handelt und es insoweit grundsätzlich darauf ankommen muss, ob der Kläger im letztmöglichen prozessualen Zeitpunkt *(also in der mündlichen Verhandlung, ansonsten der Entscheidung des Gerichts)* einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsaktes bzw. auf *(erneute)* Bescheidung durch die Verwaltungsbehörde hat. Insoweit kann sich diese Beurteilung zu Gunsten des Klägers auswirken, etwa wenn er im Zeitpunkt der Widerspruchs- oder Klageerhebung keinen Anspruch auf den Verwaltungsakt oder auf Bescheidung hatte,

16 Eine vereinfachte Obersatz-Variante könnte wie folgt lauten: *„Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung (oder Unterlassung) des beantragten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, indem er entweder einen Anspruch auf Erlass des beantragten Verwaltungsaktes (§ 113 V 1 VwGO) oder doch zumindest einen Anspruch auf nochmalige Entscheidung (§ 113 V 2 VwGO) hat".*

17 Zur Vertiefung siehe bei *Schenke,* Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rdn. 838 ff.; *Hufen* (Fn. 5), § 26, Rdn. 16 ff.

18 Vgl. BVerwGE 41, 178 (182); *Ehlers* (Fn. 6), 310 (316). Keinesfalls tritt aber durch eine solche klarstellende Aufhebung des Versagungsbescheides neben die Verpflichtungsklage eine selbstständige Anfechtungsklage.

19 Ein entsprechender Klageantrag könnte in diesem Fall wie folgt formuliert werden: *„Es wird beantragt, 1. den Bescheid des Beklagten vom … und den Widerspruchsbescheid des … vom … aufzuheben, 2. Den Beklagten zu verurteilen, den Antrag des Klägers vom … auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden".* Zur Vertiefung siehe bei *Hufen* (Fn. 5), § 26, Rdn. 24; *Pietzner/Ronellenfitsch,* Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl. 2010, § 10, Rdn. 8

20 Zur Vertiefung siehe bei *Schenke* (Fn. 17), Rdn. 840; *Hufen* (Fn. 5), § 26, Rdn. 16 ff.

21 Näher dazu bei *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 780 ff.; *Schenke* (Fn. 17), Rdn. 842

22 Grundlegend dazu BVerwGE 29, 304 (305); 74, 115 (118).

ihm nunmehr allerdings ein solcher aufgrund geänderter Sachlage zusteht. Auf der anderen Seite kann sich diese Betrachtungsweise auch zu seinen Ungunsten auswirken, beispielsweise wenn der Kläger während des gerichtlichen Verfahrens unzuverlässig wird und diese nunmehr eingetretene Unzuverlässigkeit die Erteilung der beantragten Gaststättenerlaubnis i.S.d. § 4 I GastG hindert[23]. Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich nur im Falle von Prüfungsentscheidungen oder etwa bei zeitabschnittweise zu gewährenden Leistungen *(z.B. Sozialhilfe, Wohngeld oder Ausbildungsförderung)*. In diesen Ausnahmefällen kommt es für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung an *(bei Prüfungsentscheidungen)* bzw. auf den streitbefangenen Zeitabschnitt *(bei nach Zeitabschnitt zu gewährenden Leistungen)*[24].

B. Die gutachtliche Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage

I. Die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1.1 Keine auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges kann sich aus speziellen **„aufdrängenden** Sonderzuweisungen" *(auch „Spezialzuweisungen" genannt)* ergeben, die in einer Fallbearbeitung vorrangig zu berücksichtigen sind *(etwa § 54 I BeamtStG bei Streitigkeiten aus einem Beamtenverhältnis)*. Ist dies nicht der Fall, so sollte in einem zweiten Schritt ausgeschlossen werden, dass die Streitigkeit nicht ausdrücklich *(durch Bundes- oder Landesgesetz)* einem anderen Rechtsweg zugewiesen ist, d.h., dass keine **„abdrängende** Sonderzuweisung" besteht. Grundsätzlich sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art den allgemeinen Verwaltungsgerichten zur Entscheidung zugewiesen, doch gibt es einige wenige spezialgesetzlich geregelte „abdrängende Sonderzuweisungen", in denen etwa die Streitigkeit den ordentlichen Gerichten *(Zivil- oder Strafgerichten)* zugewiesen ist *(vgl. die Fälle der §§ 217 BauGB; 68 OWIG und § 23 ff EGGVG sowie Art. 34 Satz 3 GG in Amtshaftungsangelegenheiten)*. Weiterhin gibt es auch Zuweisungen an die besonderen Verwaltungsgerichte *(etwa aus § 33 FGO an die Finanzgerichte und § 51 SGG an die Sozialgerichte)*. Hintergrund solcher *(abdrängenden)* Sonderzuweisungen ist insbesondere die größere, bzw. spezielle Sachkompetenz der entscheidenden Richter.

1.2 Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I VwGO

Sind weder auf- noch abdrängenden Spezialzuweisungen einschlägig, so ist auf die generalklauselartige Vorschrift des § 40 I VwGO abzustellen. Danach ist zu prüfen, ob es sich im konkreten Fall um eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** handelt.

- Das **Vorliegen einer „öffentlich-rechtlichen Streitigkeit"** wird regelmäßig mit Hilfe der herrschenden „modifizierten Subjektstheorie" ermittelt. Diese, von Hans Julius Wolff begründete Theorie fragt danach, wer aus einer bestimmten Rechtsvorschrift zum Handeln berechtigt oder verpflichtet sein kann, wer also „Zuordnungssubjekt" ist. Ergibt sich aus einer Rechtsnorm, dass zumindest auf der einen Seite des Rechtsverhältnisses nur ein Träger hoheitlicher Gewalt *(bzw. dessen Behörde als Handlungsorgan)* zum Handeln berechtigt oder verpflichtet ist, dann liegt immer öffentliches Recht vor, denn das öffentliche Recht ist das Sonderrecht der Hoheitsträger. Maßgeblich ist dabei allerdings, dass der Träger der hoheitlichen Gewalt durch die Rechtsnorm gerade „als solcher", d. h. in eben dieser Eigenschaft als Subjekt hoheitlicher Gewalt und damit nicht als Privatrechtssubjekt, zum Handeln berechtigt bzw. verpflichtet ist[25]. In der Fallbearbeitung muss ausgehend von der streitentscheidenden Norm *(= Anspruchsgrundlage)* auf das darin angesprochene Zuordnungssubjekt *(i.d.R. „Behörde" als Handlungsorgan eines Hoheitsträgers)* geschlossen werden. In problematischen *(Sonder-)*Fällen ist ggf. die „Zwei-Sufen-Theorie" anzuwenden oder nach allgemeinen Kriterien zu entscheiden *(etwa nach dem Sachzusammenhang)*.

Aufbauhinweis: *Die Vorgehensweise bei der Zuordnung eines Rechtsverhältnisses nach der modifizierten Subjektstheorie vollzieht sich genau genommen in* ***drei Schritten****, wobei die ersten beiden Schritte aus denknotwendigen Vorüberlegungen bestehen.*

1. Schritt: Festlegung des rechtlichen Sachverhaltes *(bzw. des Streitgegenstandes)*
Die Fragestellung lautet hier: welcher rechtliche Sachverhalt hat das Rechtsverhältnis begründet? (etwa: ein Bürger beantragt bei der Behörde eine Erlaubnis zum Betrieb eines Bewachungsgewerbes). Diese Ausgangsituation muss konkret festgelegt werden. Es reicht nicht, einfach zu sagen, dass es im Fall um „Gewerberecht" geht!

2. Schritt: Suche der in Betracht kommenden Rechtsvorschrift
Die Fragestellung lautet hier: welche Rechtsvorschrift kann das Rechtsverhältnis begründen? Es muss hier also bei einer Verpflichtungsklage die in Betracht kommende „Anspruchsgrundlage" (bei einem Bewachungsgewerbe § 34 a GewO) gefunden werden.

3. Schritt: Zuordnung der Rechtsnorm zum öffentlichen Recht
Die Fragestellung lautet hier: Ergibt sich aus der Norm (oder ggf. aus einer Hilfsnorm), dass einer der Beteiligten (als Handlungssubjekt) zwingend ein Träger hoheitlicher Gewalt (bzw. seine Behörde als Handlungsorgan) sein muss? Wenn ja, ist das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Klausurtipp: *Meist wird in der Anspruchsgrundlage selbst ausdrücklich eine* ***Behörde*** *zur Ausführung der Norm bestimmt. Dann muss nur noch ausgeführt werden, dass Behörden (als Organe) stets für einen Hoheitsträger handeln.*

- Eine **Streitigkeit „nichtverfassungsrechtlicher Art"** wird regelmäßig bereits dann bejaht werden können, wenn auf der einen Seite der Streitigkeit ein Bürger beteiligt ist *(denn „verfassungsrechtliche Streitigkeiten" i.S.d. § 40 I VwGO erfordern eine doppel-*

23 Weitere Beispiele bei *Ehlers* (Fn. 6), 310 (315).

24 Näher bei *Biermann,* Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage in Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozessen, DVP 2010, 147 (153).

25 Zur modifizierten Subjektstheorie und ihrer Anwendungsprobleme vgl. statt vieler, *Bull/Mehde,* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl., 2009, § 2, Rdn. 71 ff.

te Verfassungsqualifizierung: Einmal müssen auf beiden Seiten des Rechtsstreits Verfassungsorgane oder am Verfassungsleben unmittelbar beteiligte Rechtsträger (etwa Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident, usw.) stehen und weiterhin muss sich der Streit um verfassungsrechtliche Rechte, Pflichten oder Kompetenzen drehen.

2. Die Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage *(§ 42 I 2. Alt. VwGO)*

Die Verpflichtungsklage ist nach § 42 I 2. Alt. VwGO statthaft, wenn der Kläger die Verpflichtung des Verwaltungsgerichts begehrt, die Behörde zum Erlass eines abgelehnten Verwaltungsaktes *(= Fall der „Versagungsgegenklage")* oder unterlassenen Verwaltungsaktes *(= Fall der „Untätigkeitsklage")* zu verurteilen. Bei der Statthaftigkeit ist insoweit zu prüfen, ob die beantragte Entscheidung ein den Kläger begünstigender **Verwaltungsakt** i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG bzw. eine „Allgemeinverfügung" darstellt[26]. Regelmäßig wird es bei einer Verpflichtungsklage um solche Fälle gehen, in denen der Kläger einen an sich selbst gerichteten Verwaltungsakt erstrebt. Statthaft ist die Verpflichtungsklage aber nach wohl h. M. auch dann, wenn der vom Kläger begehrte Verwaltungsakt an einen Dritten gerichtet ist. Hierunter fallen insbesondere diejenigen *(im Ordnungsrecht sehr relevanten)* Fälle, in denen der Kläger einen Verwaltungsakt beantragt, der zwar ihn selbst begünstigt, aber einen Dritten belastet *(sog. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung; beispielsweise wenn der Kläger von der Ordnungsbehörde den Erlass einer Ausweisungsverfügung gegen einen in seinem Haus behördlich eingewiesenen Obdachlosen erwirken will)*[27]. Insoweit kommt es bei der Prüfung der Statthaftigkeit allein darauf an, dass der begehrte Verwaltungsakt den Kläger begünstigt.
Keinesfalls darf hier der Ablehnungsbescheid hinsichtlich seines VA-Charakters überprüft werden[28].

Sonderproblem „Untätigkeitsklage" mit Aufbauhinweis: *Zu beachten ist, dass die „Untätigkeitsklage" keine eigene Klageart ist, sondern die prozessuale Situation darstellt, in der eine Klage ohne ein zuvor durchgeführtes (oder beendetes) Widerspruchsverfahren zulässig ist. Systematisch betrachtet, handelt es sich bei der in § 75 VwGO geregelten Untätigkeitsklage um eine Ausnahmevorschrift zu § 68 VwGO. Die Problematik der Untätigkeitsklage stellt sich also allein bei der Frage des Vorverfahrens oder der Klagefrist (die Untätigkeitsklage kann nach Ablauf von 3 Monaten seit dem Antrag auf Vornahme des VA erhoben werden – vgl. § 75 S. 2 VwGO); eine Klagefrist i.S.d. § 74 VwGO besteht für die Untätigkeitsklage nicht, allerdings kann sich eine Begrenzung nach den Grundsätzen der prozessualen Verwirkung ergeben – i.d.R. nach Ablauf eines Jahres).*

3. Die Klagebefugnis bei der Verpflichtungsklage *(§ 42 II 2. Alt. VwGO)*

Bei der Verpflichtungsklage muss der Kläger **geltend machen** können, durch die Ablehnung oder Unterlassung des beantragten Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt zu sein *(vgl. den Wortlaut in § 42 II 2. Alt. VwGO).* Fraglich ist nur, wie eine solche mögliche Rechtsverletzung in der Verpflichtungssituation herausgearbeitet werden kann.
Zunächst ist festzustellen, dass hier die bei der Anfechtungsklage überwiegend anwendbare „Adressatentheorie" nicht weiter hilft, denn der Versagungsbescheid ist kein Gebot oder Verbot, das in die allgemeine Handlungsfreiheit des Klägers eingreift[29]. Wie bereits oben erörtert, führt die alleinige Berufung auf eine Rechtswidrigkeit der Ablehnung ohnehin nicht zum Ziel; insoweit muss auch die Herleitung der Klagebefugnis dem Anspruchsaufbau entsprechen. Zur Prüfung der Klagebefugnis bei der Verpflichtungsklage wird überwiegend *(wie in den Drittbeteiligungsfällen bei der Anfechtungsklage)* die **Möglichkeitstheorie** herangezogen[30]. Nach der Möglichkeitstheorie lässt sich die nach § 42 II VwGO erforderliche mögliche Rechtsverletzung dann bejahen, wenn der Kläger einen **Anspruch** auf den Erlass des beantragten Verwaltungsaktes bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat und dieser Anspruch nicht erfüllt wurde, was voraussetzt, dass die möglicherweise verletzte Rechtsvorschrift auch zu seinem Schutz erlassen wurde *(„Schutznormtheorie[31]")*.
Der Kläger muss sich in der „Verpflichtungssituation" also auf eine Rechtsgrundlage berufen können, die für ihn ein subjektives Recht beinhaltet, mithin Anspruchsqualität hat. Rechtsnormen, die eine individuelle Begünstigung des Klägers vorsehen, begründen stets ein subjektives Recht *(etwa Anspruchsgrundlagen, die eine Erteilung einer Bau- oder Gewerbeerlaubnis vorsehen).* Kann der Schutzzweck nicht eindeutig aus dem Wortlaut abgeleitet werden, so ist dieser durch Auslegung zu ermitteln.

Beispiel für die Feststellung des Schutznormcharakters der anspruchsbegründenden Norm: *§ 45 I 1 StVO ist in erster Linie eine Befugnisnorm für die Straßenverkehrsbehörde, nach pflichtgemäßem Ermessen aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Straßenverkehrs verkehrsregelnde Maßnahmen zu treffen. Diese Vorschrift dient nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern schützt auch die Belange Einzelner, deren geschützte Individualinteressen (körperliche Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II 1 GG sowie Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG) etwa wegen der räumlichen Zuordnung zur Gefahrenquelle berührt werden. Daher kann sich aus § 45 I 1 StVO in Ausnahmefällen ein Anspruch eines Bürgers auf Anordnung eines Verkehrszeichens oder einer Verkehrseinrichtung (beispielsweise einer Ampel) ergeben, wenn diese hochwertigen Rechtsgüter*

26 Nicht selten muss unter diesem Prüfungspunkt eine sorgfältige Abgrenzung von Verwaltungsakt und schlichthoheitlichem Handeln (Realakt) erfolgen.

27 Vgl. zum Meinungsstand, *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 331, *Schenke* (Fn. 17), Rdn. 260; Beispiele zu VA mit Dritt- bzw. Doppelwirkung finden sich beispielsweis bei *Kopp/Schenke,* Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 18. Aufl., 2012, § 42, Rdn. 10.

28 Die VA-Prüfung des Ablehnungsbescheides ist leider ein nicht selten in Klausuren zu beanstandender Fehler.

29 Überdies stellt Art. 2 I GG ein Abwehrrecht des Bürgers dar und gewährt keinen allgemeinen Leistungsanspruch.

30 Hinsichtlich der Klagebefugnis bei Verpflichtungsklagen wird von einigen Autoren in der Ausbildungsliteratur auch die sog. „Antragstheorie" vertreten (siehe etwa bei *Achterberg,* Die Klagebefugnis – eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung?, DVBl. 1981, 278 (279); *Ule,* Verwaltungsprozessrecht (9. Aufl., 1987), § 33 IV, 207)), wonach der Kläger einer Verpflichtungsklage bereits dann als klagebefugt betrachtet werden soll, wenn er lediglich einen Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes gestellt hat und dieser Antrag von der Behörde abgelehnt wurde. Zur Begründung dieser Theorie wird angeführt, dass die in der Ablehnung des Antrags liegende Möglichkeit der Anspruchsvereitelung den Rechtsbehelfsführer zumindest in seinem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtige, ohne dass damit Art. 2 I GG etwa zu einem Leistungsrecht umfunktioniert werde. Diese, heute nur noch als Mindermeinung vertretene Theorie, ist für die verwaltungsrechtliche Klausur nicht zu empfehlen und ist überdies in der gängigen Ausbildungsliteratur kaum noch aufzufinden.

31 Nach der Schutznormtheorie entfaltet eine Rechtsnorm dann Individualschutz, wenn sie nicht bloß auf den Schutz der Interessen der Allgemeinheit gerichtet ist, sondern auch dem Schutz des Einzelnen zu dienen bestimmt ist. Zur Schutznormtheorie vgl. BVerwGE 107, 215 (220); *Schenke* (Fn. 17), Rdn. 497 f.; *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 139 ff.

im konkreten Einzelfall gefährdet sind und die Maßnahme zum Schutz des Bürgers zwingend geboten ist[32].

Ausnahmsweise können auch Grundrechte Ansprüche des Klägers einer Verpflichtungsklage begründen *(etwa auf Teilhabe an staatlichen Leistungen)*. Ob der Anspruch dem Kläger tatsächlich zusteht, ist aber eine Frage der Begründetheit der Klage; im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung reicht allein die Möglichkeit eines solchen Anspruchs.

Aufbauhinweis: *Die Vorgehensweise bei der gutachtlichen Prüfung der Klagebefugnis bei einer Verpflichtungsklage unter Zugrundlegung der Möglichkeitstheorie vollzieht sich genau genommen in* ***fünf Schritten****.*
Dies soll im nachfolgenden Übungsbeispiel dargestellt werden. Dem Übungsbeispiel liegt folgender Sachverhalt zugrunde: O will im Reisegewerbe in den Fußgängerzonen seiner Heimatstadt Modeschmuck verkaufen. Die beantragte Erlaubnis wird jedoch von der dafür zuständigen Behörde abgelehnt. Hiergegen klagt O nach erfolglosem Widerspruchsverfahren.

1. Schritt: (Obersatzbildung) *„Der Kläger O müsste klagebefugt sein".*

2. Schritt: (Prüfungsprogramm nach Gesetzeswortlaut „beginnen") *„Gemäß § 42 II 2. Alt. VwGO müsste O geltend machen können, durch die Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt zu sein".*

3. Schritt: (Definitionen und anwendbare Theorien aufzeigen)
(1. Teil:) „Nach der Möglichkeitstheorie liegt eine Klagebefugnis vor, wenn der Kläger geltend macht, durch die Ablehnung eines Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt zu sein".

(2. Teil:) „Das ist dann der Fall, wenn er möglicherweise einen ***Anspruch*** *auf den Erlass des beantragten Verwaltungsaktes bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat und dieser Anspruch* ***nicht erfüllt*** *wurde, was voraussetzt, dass die möglicherweise verletzte* ***Rechtsvorschrift auch zum Schutz des Klägers*** *erlassen wurde".*

4. Schritt: (Subsumtion) *„Die Ausstellung einer Reisegewerbekarte richtet sich nach §§ 55, 57 I GewO. Die* ***Anspruchsqualität*** *der aus §§ 55, 57 I GewO zusammengesetzten Anspruchsgrundlage ergibt sich aus dem „Umkehrschluss" des § 57 I GewO. Danach „ist" die Reisegewerbekarte zu erteilen, wenn der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. §§ 55, 57 I GewO stellen mithin eine* ***gebundene Anspruchsgrundlage*** *dar. Bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 55 I GewO und Nichteingreifen der Versagungsgründe des § 57 I GewO kann sich O somit auf ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erlaubniserteilung berufen, das durch die Ablehnung des Antrags möglicherweise verletzt wurde. O fällt als Antragsteller auch in den* ***Schutzbereich*** *der anspruchsbegründenden Normen".*

5. Schritt: (Ergebnissatz) *„Kläger O ist damit klagebefugt".*

32 Vgl. die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 28. 03. 1985 (NJW 1985, 2966), in der ein Anspruch eines Landwirts auf Errichtung einer Ampelanlage zum Schutz des Viehtriebs über eine stark befahrene Straße bejaht wurde.

4. Erfolglose Durchführung eines Widerspruchsverfahrens *(= Vorverfahren)* als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungsklage

Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage muss ein erfolgloses Vorverfahren gem. § 68 II, I 1 VwGO durchgeführt worden sein, es sei denn, das Vorverfahren ist *(ausnahmsweise)* in den Fällen des § 68 I 2 VwGO entbehrlich oder es liegt der Fall der sog. Untätigkeitsklage i.S.d. § 75 VwGO vor.

Aufbauhinweis: *Bei diesem Prüfungspunkt muss insoweit zunächst gefragt werden, ob überhaupt im konkreten Fall ein Widerspruchsverfahren erforderlich war. Erst wenn dies bejaht werden kann, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob das (erforderliche) Widerspruchsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.*

4.1 Erforderlichkeit eines Vorverfahrens

- Im Falle einer „**Versagungsgegenklage**" kann das Vorverfahren nur entbehrlich sein, wenn einer der in § 68 I 2 VwGO aufgelisteten Fälle einschlägig ist. Aus dieser Vorschrift ergeben sich drei Fallgruppen, die ein Vorverfahren ausschließen:

  1. Fallgruppe: Ausschluss des Vorverfahrens kraft gesetzlicher Sonderregelung *(vgl. § 68 I 2 Alt. 1 VwGO)*:
  Beispiele*: §§ 70, 74 I 2 VwVfG; § 17 I a 3 FStrG; § 11 AsylVfG.*
  Neben den im Bundesrecht geregelten speziellen Ausnahmevorschriften sind unter diesem Prüfungspunkt insbesondere die zahlreichen spezialgesetzlichen Landesregelungen zu beachten, nach denen das Widerspruchsverfahren ganz bzw. teilweise abgeschafft wurde[33].

  2. Fallgruppe: Ausschluss des Vorverfahrens, wenn der beantragte Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde zu erlassen ist *(vgl. § 68 I 2 Alt. 2 Nr. 1 VwGO)*.

  3. Fallgruppe: Ausschluss des Vorverfahrens, wenn ein Vorverfahren bereits durchgeführt wurde und der Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid eine erstmalige Beschwer enthält *(vgl. § 68 I 2 Alt. 2 Nr. 2 VwGO)*.
  Beispiele: *Beifügung einer Nebenbestimmung, die mit einer Verpflichtungsklage gerichtet auf Erlass einer uneingeschränkten Nebenbestimmung prozessual angreifbar ist*[34] *oder eine nachteilige Kostenentscheidung i.S.d. §§ 73 III VwGO, 80 III 2 VwVfG, deren Änderung/Ergänzung prozessual mit einer Verpflichtungsklage erzielt werden kann*[35]. In solchen Fällen will der Gesetzgeber ein nochmaliges, also ein „doppeltes" Widerspruchsverfahren ausschließen.

- Hinsichtlich der in § 42 I 2. Alt. VwGO ausdrücklich als statthaft ausgewiesenen „**Untätigkeitsklage**" *(Ausgangssituation: Behörde*

33 Umfangreiche landesrechtliche Ausnahmekataloge haben die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und nunmehr auch Nordrhein-Westfalen geschaffen. Zur Vertiefung siehe bei *Biermann*, Das Widerspruchsverfahren unter Reformdruck, DÖV 2008, 395 ff.; *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 225.

34 Vgl. dazu *Stein*, Die Behandlung von Nebenbestimmungen im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Fallbearbeitung, VR 2010, 459 (463 fff.) mit Beispielen.

35 Näher dazu bei *Stein*, Bescheidtechnik, Rdn. 369; *Pietzner/Ronellefitsch* (Fn. 19), § 47, Rdn. 12.

hat gar nicht entschieden) ergibt sich die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens aus § 75 S. 1, 2. Alt. VwGO. Die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens wegen Unterlassung eines Widerspruchsbescheides *(Ausgangssituation: Behörde hat zwar den beantragten VA versagt, aber auf den Verpflichtungswiderspruch (noch) nicht entschieden)* folgt aus § 75 S. 1, 1. Alt. VwGO.

4.2 Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

Falls das Widerspruchsverfahren nicht entbehrlich ist, muss es ordnungsgemäß durchgeführt worden sein, sonst ist in der Folge die Verpflichtungsklage unzulässig. Unbeachtlich sind allein solche Mängel im Vorverfahren, die nur der Behörde *(also nicht dem Widerspruchsführer)* zuzurechnen sind[36]. Demnach muss in der Fallbearbeitung nun geprüft werde, ob der vorausgegangene Verpflichtungswiderspruch form- und fristgerecht eingelegt und auch von der zuständigen Widerspruchsbehörde entschieden wurde.

- **Form der Widerspruchseinlegung** *(§ 70 I VwGO)*
  Aus § 70 I Satz 1 VwGO ergeben sich für den Widerspruch nur minimale Formerfordernisse. Nach dieser Vorschrift ist der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei der **Ausgangsbehörde** zu erheben. Aus Satz 2 dieser Norm folgt, dass der Widerspruch *(unter Wahrung der Frist)* auch bei der Widerspruchsbehörde erhoben werden kann. Wird etwa der Widerspruch bei einer „falschen" Behörde *(also einer Behörde, die weder Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde ist)* eingelegt, so ist diese im Wege der Amtshilfe verpflichtet, den Widerspruch an die zuständige Widerspruchsbehörde weiterzuleiten[37]. Die gesetzlich geforderte **Schriftform** wird auch dann gewahrt, wenn der Widerspruch durch Telegramm, Telex, Telefax oder Computerfax erhoben wird. Anerkannt ist das Einscannen einer Unterschrift bei einem Computerfax[38]. Bei einer Widerspruchserhebung in elektronischer Form *(via Internet durch e-Mail oder Dateianhang)* ist § 3 a VwVfG zu beachten, der auch den Fall der elektronischen Übermittlung von Dokumenten gegenüber der Behörde erfasst *(vgl. § 3 a III VwVfG).* Danach wird vorausgesetzt, dass die Behörde für eine solche elektronische Übermittlung einen „Zugang" eröffnet hat und der Widerspruchsführer das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versieht[39]. Der Widerspruch muss vom Widerspruchsführer nicht begründet werden. Gleichwohl kann die Behörde vom Widerspruchsführer eine nähere Begründung erbitten und darauf hinweisen, dass andernfalls nach Aktenlage entschieden werde.

- **Einhaltung der Widerspruchsfrist** *(§ 70 I VwGO)*
  Fall keine Spezialvorschriften *(etwa §§ 33 I WPflG, 72 II ZDG)* einschlägig sind, richtet sich die Widerspruchsfrist nach § 70 I 1 VwGO. Nach dieser Vorschrift ist der Widerspruch grundsätzlich innerhalb **eines Monats** *(nicht 4 Wochen!)* **nach Bekanntgabe** des Verwaltungsaktes *(des Versagungsbescheides)* einzulegen. Die Frist wird auch durch Einlegung bei der Widerspruchsbehörde gewahrt *(vgl. § 70 I 2 VwGO).* Hinsichtlich der Berechnung der Widerspruchsfrist sind zwei unterschiedliche Wege anerkannt. Nach einer Meinung kann die Berechnung ausgehend von § 57 II VwGO über § 222 ZPO geführt werden, der wiederum auf die Vorschriften des BGB *(§§ 187 ff.)* verweist[40]. Nach der Gegenansicht kann die Berechnung ausgehend von § 79 VwVfG über § 31 I VwVfG nach §§ 187 ff. BGB erfolgen[41].

- **Entscheidung durch die zuständige Widerspruchsbehörde** *(§ 73 I 2 VwGO)*
  Schließlich ist zu prüfen, ob die Behörde, die den vorausgegangenen Widerspruchsbescheid erlassen hat, im Fall auch als Widerspruchsbehörde zuständig war. Gem. § 73 I 2 Nr. 1 VwGO ist Widerspruchsbehörde die im Verwaltungsaufbau „nächsthöhere" Behörde, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, oder die in § 73 I 2 Nr. 2 oder Nr. 3 VwGO genannten Fälle einschlägig sind.

5. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Bei der Prüfung der ordnungsgemäßen Klageerhebung ist auf §§ 81, 82 VwGO abzustellen. Zudem muss die Klage innerhalb der Klagefrist beim Verwaltungsgericht eingegangen sein.

5.1 Form der Klageerhebung *(§ 81 VwGO)*

Nach **§ 81 I VwGO** muss die Klage beim Verwaltungsgericht **schriftlich** oder zur **Niederschrift** des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Sinn und Zweck der erforderlichen Schriftform ist die Feststellung der Urheberschaft des Klägers. Das Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift ist unschädlich, wenn sich die Urheberschaft sonst aus der Klageschrift oder aus sonstigen Unterlagen oder etwa aus besonderen Umständen ergibt. Die gesetzlich geforderte Schriftform wird auch dann gewahrt, wenn die Klage durch Telegramm, Telex, Telefax oder Computerfax erhoben wird. Anerkannt ist

36 Als insoweit unbeachtlicher Mangel für die zu beurteilende Zulässigkeit der Verpflichtungsklage kommt beispielsweise die Entscheidung einer unzuständige Behörde als Widerspruchsbehörde in Betracht (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 320). Unschädlich sind ferner auch eine fehlende Begründung i.S.d. § 73 III VwGO oder der Erlass eines Widerspruchsbescheides durch die Widerspruchsbehörde ohne zuvor der Ausgangsbehörde die Möglichkeit einer Abhilfe i.S.d. § 72 VwGO eingeräumt zu haben. Ein verfristet eingelegter Widerspruch führt nach der Rechtsprechung dann nicht zur Unzulässigkeit der Klage, wenn die Widerspruchsbehörde den erhobenen Widerspruch zur Sachentscheidung annimmt (also nicht wegen Unzulässigkeit zurückweist) und keine schutzwürdigen Rechte Dritter (etwa eines Nachbarn bei VA mit Drittwirkung) verletzt werden können (vgl. nur BVerwG, NVwZ-RR 1989, 85 (86)).

37 In diesen Fällen besteht allerdings ein Fristproblem: Falls die Weiterleitung an die „richtige" Widerspruchsbehörde nicht rechtzeitig erfolgt, so kann der Widerspruch verfristet und damit unzulässig sein (i.d.R. nach Ablauf der Monatsfrist), falls keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht kommt. Näher bei *Schmidt,* (Fn. 14), Rdn. 1076; *Pietzner/Ronellenfitsch* (Fn. 19), § 33, Rdn. 1.

38 Vgl. die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe vom 05. 04. 2000, NJW 2000, 2340; näher dazu *Weidemann,* Der formgerecht eingelegte Widerspruch, DVP 2001, 498 (499).

39 Zu den Einzelheiten siehe bei *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 237 ff. m.w.N. Ein mit einfacher e-Mail eingegangener Widerspruch dagegen genügt nicht den Formerfordernissen und ist damit unzulässig; vgl. VGH Kassel, DVP 2006, 522 f. (=DÖV 2006, 438 f.). Dies muss auch für diejenigen Fälle gelten, in denen die e-Mail mit einer eingescannten Unterschrift versehen wird, denn im Unterschied zu einem Computerfax handelt es sich bei einer e-Mail nicht um ein schriftliches, sondern um ein elektronisches Dokument, das zur wirksamen Widerspruchseinlegung zwingend einer elektronischen Signatur nach dem SigG bedarf.

40 So etwa bei *Kopp/Schenke* (Fn. 27), § 70, Rdn. 8; *Pietzner/Ronellenfitsch* (Fn. 19), § 33, Rdn. 7.

41 Vgl. bei *Redeker/von Oertzen,* Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 15. Aufl., 2010, § 70, Rdn. 2.

das Einscannen einer Unterschrift bei einem Computerfax *(siehe dazu nur die Entscheidung des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe, NJW 2000, 2340).* Bei einer Klageerhebung in **elektronischer Form** *(via Internet durch e-Mail)* ist § 55 a VwGO zu beachten, wonach die Klage durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments erhoben eingelegt werden kann, soweit dies für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich durch Rechtsverordnung der Bundesregierung oder der Landesregierungen zugelassen worden ist. Für Klageschriften *(die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen)* ist eine qualifizierte elektronische Signatur gem. § 2 Nr. 3 SigG erforderlich[42].

5.2 Inhalt der Klageschrift *(§ 82 I 1 VwGO)*

Nach § 82 I 1 VwGO müssen folgende 3 Mindestangaben in der Klageschrift enthalten sein:

- Bezeichnung des **Klägers**;
- Bezeichnung des **Beklagten**, wobei hier zur Erleichterung für den Kläger die Angabe der Ausgangsbehörde *(gemäß § 78 I Nr. 1, 2. HS VwGO)* ausreicht *(bei der Verpflichtungsklage also Nennung der Behörde, die den beantragten Verwaltungsakt abgelehnt oder unterlassen hat)*[43];
- Bezeichnung des **Gegenstandes des Klagebegehrens**. Hierbei werden allerdings keine hohen Anforderungen gestellt, denn mit „Gegenstand des Klagebegehrens" ist nicht der Streitgegenstand im juristisch-technischen Sinne gemeint. Der Kläger muss nur die Angelegenheit beschreiben, um die es im Verfahren geht (*etwa Angabe des beantragten Verwaltungsakts bei einer Verpflichtungsklage*)[44].

  Fehlt es an einer dieser erforderlichen Mindestangaben, so kann das Gericht den Kläger zu der erforderlichen Ergänzung auffordern und dafür sogar eine sog. „Ausschlussfrist" setzen *(§ 82 II 2 VwGO).* Kommt der Kläger der gerichtlichen Aufforderung nicht fristgemäß nach, so kann die Klage in der Folge als unzulässig abgewiesen werden. Ein bestimmter **Klageantrag** ist für die verwaltungsgerichtliche Klageschrift *(im Gegensatz zu den Erfordernissen im Zivilprozess – vgl. § 253 II Nr. 2 ZPO)* nicht zwingend vorgeschrieben. § 82 I **2** VwGO normiert dies ausdrücklich als „Soll-Vorschrift". Gleiches gilt auch für die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln. Eine Verletzung dieser Erfordernisse macht die Klage nicht unzulässig, zumal eine Ausschlussfrist wie bei den Mindesterfordernissen in § 82 I 1 VwGO in diesem Fall nicht vorgesehen ist.

5.3 Einhaltung der Klagefrist *(§ 74 II, I VwGO)*

Bei der Prüfung, ob und ggf. welche Klagfrist maßgeblich ist, muss zwingend zwischen der Verpflichtungsklage in Gestalt einer „Versagungsgegenklage" sowie der Verpflichtungsklage in Gestalt einer „Untätigkeitsklage" unterschieden werden.

- Die Verpflichtungsklage ist im Falle der „**Versagungsgegenklage**" gem. § 74 II, I 1 VwGO grundsätzlich innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Zustellung des Widerspruchsbescheides zu erheben. Für den Fall, dass das Widerspruchsverfahren gem. § 68 II, I 2 VwGO ausgeschlossen war, beurteilt sich die Klagefrist nach § 74 II, I 2 VwGO. In diesem Falle ist eine Frist von einem Monat nach Bekanntgabe der Versagungsentscheidung einzuhalten[45]. Bei fehlender oder fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung verlängert sich die Klagefrist auf 1 Jahr *(§ 58 II VwGO).* Bei fehlerhafter Bekanntgabe läuft keine Frist *(vgl. aber die Heilungsmöglichkeit gem. § 8 VwZG).* Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB.
- Im Falle einer „**Untätigkeitsklage**" besteht keine Klagefrist i.S.d. § 74 VwGO *(allerdings kann sich eine Begrenzung nach den Grundsätzen der prozessualen Verwirkung ergeben – i.d.R. nach Ablauf eines Jahres)*[46]. Die Untätigkeitsklage kann grundsätzlich nach Ablauf von 3 Monaten seit dem Antrag auf Erlass des Verwaltungsaktes *(Ausgangssituation: Behörde hat gar nicht entschieden)* oder nach Ablauf von 3 Monaten seit Einlegung des Verpflichtungswiderspruchs *(Ausgangssituation: Behörde hat zwar den beantragten VA versagt, aber auf den Verpflichtungswiderspruch noch nicht entschieden)* erhoben werden. Bei Vorliegen besonderer Umstände kann sich diese 3-Monats-Frist auch verkürzen – vgl. § 75 S. 2 VwGO.

6. Richtige Auswahl des Beklagten *(Klagegegner § 78 VwGO)*

Richtiger Beklagter ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO der Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde die Versagungsentscheidung erlassen hat *(im Fall der „Versagungsgegenklage")* bzw. deren Behörde den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat *(im Fall der „Unterlassungsklage").* Von diesem „Rechtsträgerprinzip" gibt es gem. § 78 I Nr. 2 VwGO dann eine Ausnahme, wenn das Landesrecht bestimmt, dass die Klage gegen die Ausgangsbehörde *(in Prozessstandschaft für den Rechtsträger)* gerichtet werden kann *(„Behördenprinzip")*[47].

7. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, ordnungsgemäße Vertretung der Beteiligten

7.1 Beteiligungsfähigkeit

Beteiligungsfähigkeit ist die rechtliche Fähigkeit, als Subjekt an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können. Die Beteiligungsfähigkeit orientiert sich an der **Rechtsfähigkeit**. Im Klageverfahren ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO, dass nahezu jeder natürlichen und juristischen Person, soweit sie Träger von Rechten und Pflichten ist, Beteiligungsfähigkeit zukommt. Sofern das Landesrecht dies bestimmt, können auch Behörden als beteiligungsfähig ausgewiesen werden[48].

7.2 Prozessfähigkeit

Prozessfähigkeit bedeutet *(wie Handlungsfähigkeit im Widerspruchsverfahren)* die rechtliche Fähigkeit, Verfahrenshandlungen in eigener Person vornehmen zu können, also selbst Anträge stellen, Vollmachten ausstellen und Erklärungen abgeben können. Die Prozessfähigkeit ori-

42 Zur Vertiefung sieh nur bei *Pietzner/Ronellenfitsch* (Fn. 19), § 13, Rdn. 2 ff.
43 Näher zu der erforderlichen Bezeichnung von Kläger und Beklagtem bei *Kopp/Schenke* (Fn. 27), § 82, Rdn. 3 ff.
44 Vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 27), § 82, Rdn. 7.
45 Vgl. statt vieler *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 361.
46 Näher dazu bei *Kopp/Schenke* (Fn. 27), § 76, Rdn. 1 f.
47 So etwa in Mecklenburg-Vorpommern über die Ausnahmeregelung in § 14 II AGGSG M-V. § 14 II AGGSG M-V hat folgenden Wortlaut: „Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind gegen die Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat".
48 So etwa im Landesrecht in M-V auf Grund des § 14 I AGGSG M-V. § 14 I AGGSG M-V hat folgenden Wortlaut: „Behörden sind fähig, am Verfahren vor den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit beteiligt zu sein".

entiert sich an der **Geschäftsfähigkeit** *(§§ 107–113 BGB)* und ist für das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren in § 62 VwGO geregelt.

7.3 Ordnungsgemäße Vertretung

In erstinstanzlichen Verfahren vor den Verwaltungsrichten besteht kein Anwaltszwang, gleichwohl können sich Kläger und Beklagter durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen *(§ 67 II VwGO).* Für diesen Fall ist die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht wesentliches Formerfordernis *(vgl. § 67 III VwGO),* ohne das die Vollmacht nicht zur Entstehung gelangt und damit auch Prozesshandlungen grundsätzlich nicht wirksam vorgenommen werden können. Im Falle nicht rechtzeitiger Vorlage der Vollmacht ist § 67 IV 2 VwGO zu beachten, wonach die Vollmacht nachgereicht werden kann *(ggf. mit Fristbestimmung durch das Verwaltungsgericht).*

II. Die Begründetheit der Verpflichtungsklage

(Obersatz): „Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung (oder Unterlassung) des beantragten Verwaltungsaktes rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 V VwGO). Rechtswidrig ist die Ablehnung (oder Unterlassung) eines Verwaltungsaktes im Falle einer gebundenen Entscheidung und bei Ermessensreduzierung auf Null, wenn der Kläger einen Anspruch auf den Erlass des beantragten Verwaltungsaktes hat; im Falle einer Ermessensentscheidung, wenn der Kläger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat"[49].

Aufbauhinweis: *Falls eine Unterlassungsklage ausgeschlossen ist, kann dies selbstverständlich bei der Obersatzbildung entsprechend berücksichtigt werden (durch Weglassen des Zusatzes „oder Unterlassung"). Überdies kann bei der Obersatzbildung auch danach differenziert werden, ob es sich im konkreten Fall um eine (spruchreife) „Vornahmeklage" oder etwa (nur) um eine „Bescheidungsklage" handelt, zumal dies in diesem Stadium der Fall- bzw. Klausurbearbeitung bereits bekannt ist. Nach hier vertretener Ansicht wird jedoch empfohlen, den Obersatz regelmäßig „neutral" zu formulieren und insoweit o.g. Formulierung zu verwenden*[50].

1. Anspruchsgrundlage

Nach dem Anspruchsaufbau muss vor der Prüfung der formellen und materiellen Anspruchsvoraussetzungen die im Fall in Betracht kommende Anspruchsgrundlage benannt werden[51]. Als potentielle Anspruchsgrundlagen kommen in aller Regel einfachgesetzliche Vorschriften *(Parlamentsgesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen)* in Betracht, die dem Kläger ein subjektives Recht verleihen. Daneben können sich Ansprüche aber auch aus öffentlich-rechtlichen Verträgen *(§§ 54 ff. VwVfG),* wirksamen Zusicherungen *(§ 38 VwVfG),* einer längerfristigen Verwaltungspraxis sowie ausnahmsweise auch aus Grundrechten *(soweit diese Leistungs- bzw. Teilhaberecht begründen können)* ergeben[52].

2. Formelle Voraussetzungen des Anspruchs

Da – wie oben ausgeführt – im anspruchsbezogen Aufbau die formelle Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Ablehnungsentscheidung *(im Falle einer Versagungsgegenklage)* bei der Begründetheit einer Verpflichtungsklage keine Rolle spielen kann, reduziert sich die Prüfung der formellen Anspruchsvoraussetzungen *(neben der zuvor kurz festzustellenden Antragstellung)* auf die Frage, ob die beklagte Behörde überhaupt zum Erlass des beantragten Verwaltungsaktes zuständig ist. Insoweit kann auch die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob die aus § 28 I VwVfG resultierende Anhörungspflicht auch diejenigen Fälle erfasst, in denen ein Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes abgelehnt wurde, hier dahinstehen[53]. Gegebenenfalls können weitere spezielle Verfahrensanforderungen hinzukommen, wie etwa die Mitwirkungspflichten des Klägers *(beispielsweise in § 82 I AufenthG)* oder Mitwirkungspflichten einer anderen Behörde.

2.1 Antragstellung durch den Kläger *(bzw. durch dessen Bevollmächtigten)*

Grundsätzlich muss der Kläger bzw. *(sein Bevollmächtigter)* vor Klageerhebung bei der beklagten Behörde einen ordnungsgemäßen Antrag auf Erlass des begehrten Veraltungsaktes gestellt haben. Nur in wenigen Ausnahmefällen kann auf eine solche Antragstellung verzichtet werden *(etwa im Fall des § 18 I SGB XII).*

2.2 Zuständigkeit der beklagten Behörde

Damit der Kläger in formeller Hinsicht einen Anspruch auf Erlass des beantragten Verwaltungsaktes haben kann, muss die zu verpflichtende Behörde hierzu sachlich, instanziell sowie örtlich zuständig sein.

3. Materielle Voraussetzungen des Anspruch

3.1 Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage

Bei der Prüfung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen ist zunächst auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage einzugehen. Dabei ist das Vorliegen spezieller Anspruchsvoraussetzungen *(z. B. § 6 I BImSchG)* bzw. das Nichteingreifen von Versagungsgründen *(etwa keine „Unzuverlässigkeit" i.S.d. § 4 I GastG)* zu prüfen. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen *(beispielsweise „Unzuverlässigkeit")* ist eine Auslegung erforderlich.

3.2 Rechtsfolgenseite der Anspruchsgrundlage

Wie oben unter Gliederungspunkt A.IV. bereits ausgeführt, muss hinsichtlich der Rechtsfolge unterschieden werden zwischen:

- **gebundenen Anspruchsgrundlagen**, bei denen der Kläger bei Vorliegen der Tatbestandvoraussetzungen einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsaktes hat und das Verwaltungsgericht die Behörde durch ein „Vornahmeurteil" i.S.d. § 113 V S. 1 VwGO zum Erlass des Verwaltungsaktes verurteilt und

49 Zur Formulierung des Obersatzes siehe bereits die Ausführungen oben unter Gliederungspunkt A. III. 3.

50 Formulierungsbeispiele für die Obersatzbildung mit Unterscheidung zwischen Vornahme- und Bescheidungsklage finden sich beispielsweise bei *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 753 f.

51 Dies ist in diesem Prüfungsabschnitt regelmäßig unproblematisch, zumal die in Betracht kommende AGL bereits bei der Prüfung der Klagebefugnis genannt werden musste.

52 Zur Vertiefung siehe bei *Schmidt* (Fn. 14), Rdn. 756 ff. m.w.N.; *Hufen* (Fn. 5), § 26, Rdn. 3 ff.

53 Zur Vertiefung dieser Problematik und zum Meinungsstand sieh nur bei *Schmidt,* (Fn. 14), Rdn. 778 (unter Verweis auf *Schmidt* Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2011, 543).

- **Ermessensentscheidungen**, bei denen der Kläger „nur" einen Anspruch auf eine ermessenfehlerfreie Entscheidung haben kann, es sei denn es liegt eine sog. „Ermessensreduzierung auf Null" vor, die einen direkten Anspruch auf den Verwaltungsakt begründet[54].

  Aufbauhinweis: *Unproblematisch ist der Aufbau einer Fallbearbeitung regelmäßig dann, wenn der geltend gemachte Anspruch auf eine* ***gebundene Anspruchsgrundlage*** *zurückzuführen ist. Sind in einem solchen Fall die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, so ist nach entsprechender Verpflichtung des Gerichts der beantragte Verwaltungsakt ohne Wenn und Aber von der Behörde zu erlassen.*
  Deutlich schwieriger gestaltet sich der Aufbau der Rechtsfolgenprüfung bei ***Ermessensentscheidungen****. In einem solchen Falle sollte man zunächst in einem ersten Schritt prüfen, ob trotz der Ermessensnorm ausnahmsweise im konkreten Fall eine Ermessensreduzierung auf Null bejaht werden kann, was im Ergebnis einem (direkten) Anspruch auf Erlass des Verwaltungsakts gleichkommt. Liegt der (seltene) Fall einer Ermessenreduzierung* ***nicht*** *vor, so muss nun im nächsten Schritt geprüft werden, ob der Behörde bei ihrer Versagungsentscheidung Ermessenfehler unterlaufen sind. Insoweit wird in der Fall-/Klausurbearbeitung nachfolgende Vorgehensweise empfohlen:*

a) Fall einer gebundenen Anspruchsgrundlage

Liegt eine gebundene Anspruchsgrundlage vor, so besteht bei Vorliegen der Tatbestandvoraussetzungen ein Anspruch auf **Erlass** des beantragten Verwaltungsaktes.

b) Fall einer Ermessensentscheidung

1. Schritt: Prüfung auf etwaige Ermessensreduzierung auf Null
Im Einzelfall kann sich das Ermessen auf nur eine Alternative reduzieren. Das ist der Fall, wenn nur noch eine Entscheidung „ermessensfehlerfrei" ist, alle anderen also „ermessensfehlerhaft" wären. Die Behörde ist dann verpflichtet, diese eine verbleibende Möglichkeit zu wählen. Ihr Ermessen ist auf Null reduziert. Mögliche Gründe für eine Ermessensreduzierung auf Null können sich insbesondere aus der besonderen Grundrechtsbedeutung der begehrten Erlaubnis ergeben *(etwa aus der Religionsfreiheit i.S.d. Art. 4 I GG, aus dem Gleichheitsgrundsatz i.S.d. Art. 3 I GG – der auch eine Selbstbindung der Verwaltung begründen kann sowie aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit i.S.d. Art. 2 II GG).* Ferner ist in der Rechtsprechung eine Ermessensreduzierung auf Null anerkannt, wenn es um die Entscheidung über die Erteilung von straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen zur Anbringung von Wahlplakaten durch politische Parteien geht[55]. Wird eine Ermessensreduzierung bejaht, so besteht der geltend gemachte Anspruch auf Erlass des beantragten Verwaltungsaktes. Im Klausuraufbau ist nunmehr nur noch die Rechtsverletzung des Klägers zu bejahen *(vgl. den Obersatz zur Begründetheit)* und ein abschließendes Ergebnis zu treffen.

2. Schritt: Prüfung auf evt. Ermessensfehler bei der Versagungsentscheidung *(falls keine Ermessensreduzierung auf Null bejaht werden kann)*
Falls keine Ermessensreduzierung in Betracht kommt, ist die Ausübung fehlerfreien Ermessens hins. der Versagung zu überprüfen *(§ 114 VwGO)*. Klausurrelevant sind hier insbesondere diejenigen Ermessensfehler, die unter den Oberbegriff „Ermessensfehlgebrauch" fallen. Ein Ermessensfehlgebrauch ist dann anzunehmen, wenn die Behörde in ihre Interessenabwägung sachfremde Erwägungen einbezogen oder sachgerechte Erwägung – insbesondere die Interessen des Antragstellers – nicht bzw. nicht gebührend beachtet hat. Geboten ist in diesem Rahmen auch eine angemessene Würdigung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen des Antragstellers.
Sind bei der Ablehnung keine Ermessensfehler ersichtlich, so ist der Anspruch des Klägers durch Erfüllung erloschen. Andernfalls besteht nach wie vor ein Anspruch auf *(erneute)* ermessensfehlerfreie Entscheidung in der Sache. In diesem Fall verpflichtet das Verwaltungsgericht die Behörde durch ein „Bescheidungsurteil" i.S.d. § 113 V S. 2 VwGO, den Kläger nach der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

C. Prüfungsschema bei einer Verpflichtungsklage

Prüfungsschema zur Prüfung einer Verpflichtungsklage

I. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
1.1 Keine auf- oder abdrängende **Spezialzuweisung**
1.2 **„Generalklausel"** gem. § 40 I VwGO *(öffentlich-rechtliche Streitigkeit, nichtverfassungsrechtlicher Art prüfen)*

2. Statthaftigkeit *(§ 42 I 2. Alt. VwGO)*
Begehren des Klägers: Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen **VA** i.S.d. § 35 VwVfG

3. Klagebefugnis *(§ 42 II 2. Alt. VwGO)*
Klagebefugnis (+), wenn Kläger durch die Ablehnung oder Unterlassung des VA eine Rechtsverletzung geltend machen kann *(⇨ „**Möglichkeitstheorie**" anwenden, AGL benennen und Schutznormcharakter der Norm bestimmen)*

54 Zur Vertiefung siehe bei *Schmidt* (Fn. 14), 779 ff.; *Hufen* (Fn. 5), § 26, Rdn. 16 ff.; *Schenke* (Fn. 17), § 12, Rdn.838 ff.

55 Vgl. hierzu die Fallbearbeitung von *Biermann,* Wahlkampf mit Hindernissen, DVP 2005, 508 (513) m.w.N.

4. **Vorverfahren** *(= Widerspruchsverfahren)* muss bei Erforderlichkeit ordnungsgemäß durchgeführt worden sein *(form- und fristgerechte Widerspruchseinlegung, Entscheidung durch die zuständige Widerspruchsbehörde)*

4.1 Vorverfahren aber **entbehrlich** bei Ausschluss des Widerspruchsverfahrens i.S.d. § 68 II, I 2 VwGO
- kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift *(§ 68 I 2, 1. Alt. VwGO; z.B. §§ 70 VwVfG, 11 AsylVfG*
- VA von oberster Bundes- oder Landesbehörde *(§ 68 I 2 Nr. 1 VwGO; Ausnahme aber bei § 54 II 1, 2 BeamtStG)*
- erstmalige Beschwer des Klägers durch Abhilfe- bzw. Widerspruchsbescheid *(§ 68 I 2 Nr. 2 VwGO)*

4.2 Vorverfahren auch **entbehrlich** im Fall der „Untätigkeitsklage" *(§§ 68 I,II, 75 S. 1, 1. Alt. VwGO)*

5. **Ordnungsgemäße Klageerhebung**

5.1 **Form** *(§ 81 VwGO):* schriftlich *(§ 126 BGB)* oder mündlich zur Niederschrift des Verwaltungsgerichts

5.2 **Inhalt** der Klageschrift *(§ 82 I 1VwGO):* Bezeichnung des Klägers, des Beklagten und des Klagebegehrens

5.3 **Frist** *(§ 74 II, I 1 VwGO; Berechnung nach § 57 II VwGO, § 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB)*
- Grunds. 1 Monat *(ab Zustellung des WS-Bescheides, § 73 III 1, 2 VwGO bzw. Versagung des VA, § 74 II, I 2 VwGO)*
- bei fehlender oder unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung: 1 Jahr *(§ 58 II VwGO)*
- bei fehlerhafter Bekanntgabe: keine Frist, aber Heilungsmöglichkeit *(§ 8 VwZG)*
- keine Frist im Falle einer „Untätigkeitsklage"

6. **Richtiger Beklagter** gem. § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der Ausgangsbehörde *(bzw. die Ausgangsbehörde selbst, falls landesrechtliche Sonderreglung i.S.d. § 78 I Nr. 2 VwGO existiert)*

7. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit,** ordnungsgemäße **Vertretung** der Beteiligten *(§§ 61, 62, 67 II, III VwGO)*

II. Begründetheit der Verpflichtungsklage

(Obersatz:) *„Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung (oder Unterlassung) des beantragten VA rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 V VwGO). Rechtswidrig ist die Ablehnung (oder Unterlassung) eines Verwaltungsaktes im Falle einer gebundenen Entscheidung und bei Ermessensreduzierung auf Null, wenn der Kläger einen Anspruch auf den Erlass des beantragten Verwaltungsaktes hat; im Falle einer Ermessensentscheidung, wenn der Kläger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat"*

1. **Anspruchsgrundlage**

2. **Formelle Voraussetzungen des Anspruchs**

2.1 **Antragstellung** durch den Kläger *(bzw. durch dessen Bevollmächtigten) Ausn.: § 18 I SGB XII*

2.2 **Zuständigkeit** *(sachlich/instanziell/örtlich)* der Behörde zum Erlass des beantragten VA

2.3 Ggf. Beachtung besonderer formeller Anforderungen *(z.B. § 82 I AufenthG)*

3. **Materielle Voraussetzungen des Anspruchs**

3.1 **Tatbestandsvoraussetzungen** der Anspruchsgrundlage
Vorliegen der tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen bzw. Nichteingreifen von Versagungsgründen

3.2 **Rechtsfolgenseite** der Anspruchsgrundlage

3.2.1 bei **gebundener Entscheidung** ⇨ Anspruch auf **Erlass** des beantragten VA *(„Vornahmeurteil", da Spruchreife)*

3.2.2 bei **Ermessensentscheidungen**:
- wenn Ermessensreduzierung auf Null ⇨ Anspruch auf **Erlass** des beantragten VA *(„Vornahmeurteil")*
- wenn keine Ermessensreduzierung, Prüfung auf evt. Ermessensfehler bei der Versagungsentscheidung
  – wenn Ermessensfehler (+) ⇨ Anspruch auf ermessenfehlerfreie **Neubescheidung** *(„Bescheidungsurteil")*
  – wenn Ermessensfehler (–) ⇨ Anspruch durch Erfüllung **erloschen** *(Klage dann unbegründet)*

4. **Verletzung subjektiver Rechte** des Klägers *(nur bei rechtswidriger Ablehnung des VA)*

Besuchen Sie unsere **neue Internetseite** unter:
www.dvp-digital.de

Michael Jesser/Katrin Schirmer*

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen
– nach dem Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz –

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen wird aktuell geprägt durch Schlagwörter wie Rekommunalisierung, Strompreisentwicklung und Haushaltskonsolidierung. Nachdem mit der Einführung einer echten Subsidiaritätsklausel im Jahr 1996 die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden rechtlich eingeschränkt wurde, hat das NKomVG weitere Änderungen im Gemeindewirtschaftsrecht bewirkt.

Die wirtschaftliche Betätigung ist geregelt in den §§ 136 ff. NKomVG. Damit ersetzt § 136 NKomVG den bisherigen § 108 NGO, der nach § 65 NLO auch für die Kreiswirtschaft und nach § 78 RegHanG auch für die Region Hannover galt. Nach § 136 Abs. 1 NKomVG dürfen sich Kommunen zur Erledigung ihrer Angelegenheiten wirtschaftlich betätigen. Sie dürfen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. die Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommunen und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Die Beschränkung nach Satz 2 Nr. 3 dient auch dem Schutz privater Dritter, die sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen.

Neben viel Bekanntem aus der Vorgängerregelung des § 108 NGO lässt sich aus § 136 Abs. 1 NKomVG folgende Grundaussage entnehmen:

Die Gemeinden dürfen sich auch weiterhin wirtschaftlich betätigen. Jedoch ergeben sich relevante Änderungen bei der Schrankentrias, speziell der Subsidiaritätsklausel. Zum einen findet die Subsidiaritätsklausel bei einigen Bereichen wie z. B. der Energieversorgung keine Anwendung mehr. Damit wird den Kommunen die Möglichkeit eröffnet, ohne Vergleich mit der Privatwirtschaft am Markt tätig zu werden. Ursächlich für diese Rechtsänderung war der Gedanke des Gesetzgebers, in diesen sensiblen Bereichen der Daseinsvorsorge den Wettbewerb zu stärken. Für die von der Bereichsausnahme nicht berührten Bereiche erfolgte hingegen durch das NKomVG keinerlei Veränderung.

Die zweite wesentliche Änderung durch das NKomVG bezieht sich auf den Drittschutz der Subsidiaritätsklausel. Hiermit ist nunmehr eine lange Zeit strittige Frage vom Gesetzgeber beantwortet worden. Hatte das OVG Lüneburg[1] noch im Jahr 2008 die drittschützende Wirkung der Subsidiaritätsklausel abgelehnt, so begründet die Vorschrift nunmehr ein subjektiv-öffentliches Recht für die betroffenen privaten Dritten, so dass nunmehr an deren Klagebefugnis und damit an der Zulässigkeit der Klage hinsichtlich des „Ob" der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne der Zwei-Stufen-Theorie kein Zweifel mehr besteht. Die Klage ist – wie auch in der Vergangenheit – vor dem Verwaltungsgericht zu erheben[2]. Eröffnet bleibt der Zivilrechtsweg nach der Rechtsprechung des BGH[3] natürlich wie in der Vergangenheit für Wettbewerbsklagen zivilrechtlicher Art, die Frage des „Wie".[4]

Zwar ist der private Dritte nunmehr klagebefugt, es gelten dennoch gewisse Einschränkungen. So sind nur Dritte klagebefugt, die die Leistung schon anbieten oder konkret dazu bereit sind. Vor Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommune empfiehlt daher *Erdmann*[5], dass die Kommune in Anlehnung an § 7 Abs. 2 S. 2 BHO zunächst ein Markterkundungsverfahren durchführen sollte. Gleichwohl verbleibt der Kommune zum Schutz der Selbstverwaltung ein weiter Beurteilungsspielraum, ihr steht die sog. Einschätzungsprärogative zu. Des Weiteren findet der Drittschutz nur auf Unternehmensgründungen und -erweiterungen Anwendung, die nach Inkrafttreten des NKomVG realisiert worden sind.[6] Damit hat der Gesetzgeber den Kommunen den Bestandsschutz zugebilligt.

Da das NKomVG die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen auch weiterhin unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich zulässt, überraschte er mit der Nichtaufnahme einer Legaldefinition der wirtschaftlichen Betätigung. Zwar lässt sich – wie seinerzeit aus § 108 Abs. 3 NGO – aus § 136 Abs. 3 NKomVG ableiten, was als Einrichtung kein wirtschaftliches Unternehmen darstellt, jedoch wurde eine Chance vergeben, per gesetzlicher Definition für Klarheit hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung zu sorgen, ohne dass auch weiterhin auf andere Kommunalverfassungen oder auf die Rechtsprechung des BVerwG zurückgegriffen werden muss. So ist z. B. in § 107 Abs. 1 S. 3 der Gemeindeordnung NRW gesetzlich definiert, dass als wirtschaftliche Betätigung der Betrieb von Unternehmen zu verstehen ist, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

Als Beispiele für wirtschaftliche Betätigungen dienen z. B. Versorgungsunternehmen (Gas, Wasser, Strom, Fernwärme), Verkehr (Bus, Bahn, Bergbahn, Seeschiff, Skilifte, Schiffe, Fähren), Wohnungsbaugesellschaften, Stadthallen, Häfen, Flughäfen und Parkhäuser. Eine inhaltliche Unterscheidung zwischen NGO und NKomVG besteht insofern nicht.

Auffällig ist jedoch im Vergleich zur NGO folgende redaktionelle Änderung im NKomVG. So weicht der Wortlaut des bisherigen

* Prof. Dr. *Michael Jesser* ist Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN) und am NSI Leiter des Bildungszentrums Braunschweig. Dr. *Katrin Schirmer* ist Dozentin an der HSVN und dem NSI.

1 OVG Lüneburg NVwZ 2009, 258, 259 f.

2 So hatte auch der BGH bereits im Jahr 2002 (NVwZ 2002, 1141) den Gang vor das Zivilgericht abgelehnt.

3 BGH NJW 2003, 586.

4 Auch wenn zwischenzeitlich Oberlandesgerichte wie das OLG Hamm (JZ 1998, 576) oder das OLG Düsseldorf (NWVBl. 1997, 353) eine Kopplung zwischen Marktzugang und Wettbewerb vornehmen wollten.

5 *Erdmann* in Ipsen, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, Stuttgart 2011, § 136 Rn. 22.

6 Vgl. *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, Wiesbaden 2011, § 136 Rn. 25.

§ 108 Abs. 1 S. 1 NGO von § 136 Abs. 1 S. 1 NKomVG insofern ab, als dass sich in § 108 Abs. 1 NGO die Gemeinden zur Erledigung „von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" wirtschaftlich betätigen durften. Obwohl in § 136 Abs. 1 S. 1 NKomVG die Bezugnahme zur „örtlichen Gemeinschaft" nicht übernommen wurde, ist durch den Gesetzgeber keine inhaltliche Änderung beabsichtigt worden.[7] Da das Handlungsmandat einer Kommune nur soweit reiche, wie die aus Art. 28 Abs. 2 GG hergeleitete Verbandskompetenz dies ermögliche, bedürfe es der Klarstellung nicht.[8] Nach der vom BVerfG[9] entwickelten Wurzeltheorie verbleibt es also dabei, dass für das Tätigwerden ein Bezug zur Gemeindebevölkerung oder zum Gemeindegebiet bestehen muss. Nach der funktionsbezogenen Betrachtungsweise ist darauf abzustellen, dass die im Rahmen der Daseinsvorsorge wahrgenommene Tätigkeit der Gemeindebevölkerung zugutekommt.

Selbstverständlich kann diese Einschränkung jedoch nicht die Interkommunale Zusammenarbeit in Frage stellen. Vielmehr wird auch in diesem Fall das Örtlichkeitsprinzip gewahrt, solange sich die Gemeinden in ihrem Gesamtgebiet betätigen.[10]

Entschließt sich die Kommune zu einer wirtschaftlichen Betätigung und ist das Örtlichkeitsprinzip gewahrt, so bedarf es aufgrund der Struktur des § 136 NKomVG nunmehr der Einordnung, ob die Tätigkeit als Unternehmen oder Einrichtung geführt werden soll. So handelt es sich bereits aus der Gesetzesdogmatik nach § 136 Abs. 3 NKomVG bei allen Fällen der Einrichtung nicht um eine Unternehmung. Bereits bei der konzeptionellen Planung der Tätigkeit ist die grundlegende Zuordnung als Einrichtung oder Unternehmen und die daran anschließende Schlussfolgerung einzubeziehen. Ist nämlich absehbar, dass die Tätigkeit den Anforderungen der Schrankentrias nicht gerecht werden kann, so verbleibt die Möglichkeit, durch Anpassung des Betätigungszwecks ggf. die Tätigkeit als Einrichtung durchzuführen.

Hinsichtlich der Relevanz der Zuordnung verbleibt es bei den altbekannten Folgerungen. Während einem Unternehmen aufgrund der Geltung der Wirtschaftsgrundsätze die Möglichkeit der Gewinnerzielung eingeräumt wird, gilt bei der Durchführung im Rahmen einer Einrichtung natürlich das Kostendeckungsprinzip.[11] Je nach angestrebter Rechtsform, in der die Einrichtung betrieben werden soll, kann es daneben nach § 136 Abs. 4 NKomVG zu weiteren Begründungszwängen führen.

Ist vor der Annahme eines Unternehmens die Durchführung der Tätigkeit innerhalb einer Einrichtung zu prüfen, so muss zunächst nach der nicht abschließenden Aufzählung des § 136 Abs. 3 NKomVG die Begrifflichkeit der Einrichtung definiert werden. Unter einer Einrichtung ist der verselbständigte Bestand an Sachmitteln, ggf. auch an Personal, zu verstehen, mit dem öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt werden.[12] Zu den Einrichtungen nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 NKomVG zählen Einrichtungen, zu denen die Kommunen gesetzlich verpflichtet sind. Hierunter werden grundsätzlich die Bereiche der Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, die Straßenreinigung, die Kindertagesstätten subsumiert.

Ebenso gehören kraft gesetzlicher Fiktion die in § 136 Abs. 3 Nr. 2 NKomVG aufgeführten Einrichtungen z. B. des Bildungswesens (Volkshochschulen) oder des Sports (Betrieb von Freibädern, Hallenbädern) nicht zu den Unternehmen. Dabei fallen unter Nr. 2 nur noch die freiwillig übernommenen Tätigkeiten der Kommune, da Nr. 1 die Tätigkeiten bereits abdeckt, zu denen die Kommune gesetzlich verpflichtet ist. Zu dieser Fallgruppe – hier speziell das Sozialwesen - zählt auch der im Jahr 1978 vom BVerwG[13] entschiedene Fall, bei dem eine kommunale Wohnungsvermittlung errichtet wurde, die als Zielsetzung die ausreichende Versorgung sozial schwächerer Schichten mit Wohnraum sicherstellen wollte. Dabei übernahm die Kommune nur eine Vermittlung für Wohnungssuchende, die ihre Bedürftigkeit nachweisen konnten.

Neben den gesetzlich vorgegebenen und freiwillig in den aufgeführten Bereichen übernommenen Aufgaben zählen auch die sog. Hilfsbetriebe, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Kommune dienen, zu den Einrichtungen. Hierbei handelt es sich z. B. um Bauhöfe, Kantinen, Hausdruckereien, Werkstätten, Gärtnereien und Fuhrparke.

§ 136 Abs. 4 S. 1 NKomVG bietet der Kommune die weitere Möglichkeit, die dort aufgeführten Tätigkeiten, z. B. die Abwasserbeseitigung, auch in der Rechtsform des Eigenbetriebs oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu betreiben. Lediglich dann, wenn die Einrichtung in der Rechtsform des privaten Rechts und damit vornehmlich als GmbH geführt werden soll, muss nach Satz 2 die Mehrheit der Gesellschaftsanteile in kommunaler Hand gehalten werden. Sofern es sich um andere Einrichtungen als denen, die in § 136 Abs. 4 S. 1 NKomVG aufgeführt sind, handelt, ist ein wichtiges Interesse für die Führung in der Rechtsform des Eigenbetriebs oder der Anstalt des öffentlichen Rechts darzulegen. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist so auszufüllen, dass Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte im Vordergrund stehen müssen. Daneben spielen aber auch Gesichtspunkte zur Autonomie, Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung, der besseren Gewinnung von qualifiziertem Fachpersonal und Management eine Rolle.

Die Hürde, diese Tätigkeit in der Rechtsform des privaten Rechts, also in der Regel als GmbH, zu betreiben, wird nach § 136 Abs. 4 S. 4 NKomVG zusätzlich dadurch erhöht, dass neben dem wichtigen Interesse auch ein umfassender Ratsbeschluss über die Abwägung der Vor- und Nachteile gefasst werden muss. Daneben sind nach Satz 5 bei Gründung einer Gesellschaft mit Ausnahme der Subsidiaritätsklausel die weiteren Voraussetzungen des § 137 NKomVG wie z. B. eine Haftungsbegrenzung, die Möglichkeit der Einflussnahme zu beachten. Beispielhaft kann hier der Fall des OVG Lüneburg aus dem Jahr 1984 angeführt werden, bei dem eine kreisfreie Stadt eine gemeinnützige Holding-GmbH als Trägerin ihrer städtischen Freizeiteinrichtungen errichten wollte mit der Zwecksetzung der Betriebsführung der Jugendheime und des Freizeit- und Bildungszentrums der Stadt.[14]

7 *Thiele*, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, Kiel 2011, § 136 Nr. 1; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG, § 136 Rn. 9; *Erdmann* in Ipsen (s. Fn. 5), NKomVG § 136 Rn. 3.

8 *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG, § 136 Rn. 10; für die Landkreise und die Region Hannover ergibt sich die Beschränkung aus § 3 Abs. 2 NKomVG.

9 Vgl. BVerfGE 8, 122, 134; 50, 195, 201; 52, 95, 120.

10 So auch *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG, § 136 Rn. 12; nach *Thiele* (Fn. 7), NKomVG, § 136 Nr. 1 soll jedoch in den Fällen, in denen das Übergreifen auf das Gebiet einer anderen Kommune ohne deren Einverständnis erfolgt, ein verfassungsrechtlicher Verstoß gegen das Selbstverwaltungsrecht vorliegen.

11 *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG § 136 Rn. 35.

12 *Thiele* (Fn. 7), NKomVG, § 136 Nr. 3; nach *Erdmann* in Ipsen (s. Fn. 5), NKomVG, § 136 Rn. 26 handelt es sich um klassische Bereiche der Daseinsvorsorge. Selbst wenn es sich um wirtschaftliche Betätigungen handelt, sind diese per definitionem von den Beschränkungen der Schrankentrias befreit.

13 BVerwG, DVBl. 1978, 639.

14 OVG Lüneburg, Die niedersächsische Gemeinde 1984, 270.

Liegen die Voraussetzungen einer Einrichtung nach § 136 Abs. 3 NKomVG nicht vor, so darf die Kommune ein Unternehmen nur unter den Voraussetzungen des § 136 Abs. 1 S. 2 NKomVG ausüben. Ausgangspunkt ist selbstredend eine Definition der wirtschaftlichen Unternehmung. Diese bedarf einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit der Gemeinde ohne Rücksicht auf deren Selbständigkeit, die auch von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden kann.[15] In Betracht kommen z. B. Versorgungsunternehmen (Gas, Wasser, Strom, Fernwärme), Wohnungsbaugesellschaften, Skilifte, Parkhäuser, Messen, Stadthallen, Wirtschaftsförderungsgesellschaften etc.

Da auch die Neuregelung im NKomVG den Bestandsschutz für vorhandene Unternehmen wie kommunal betriebener Ratskeller, Häfen etc. nicht in Frage stellt, sind lediglich bei einer zukünftigen Errichtung, also der Neuentstehung eines Unternehmens, der Übernahme eines vorhandenen Unternehmens durch eine Kommune oder der wesentlichen Erweiterung die folgende Schrankentrias zu prüfen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich dabei lediglich bei der wesentlichen Erweiterung. Ab wann eine Erweiterung als wesentlich anzusehen ist, ist wie stets in solchen Fällen am Einzelfall zu prüfen. Die Aufnahme neuer Geschäftsfelder oder die Änderung des Unternehmensgegenstandes rechtfertigen in jedem Fall eine entsprechende Annahme. Ab welcher Umsatzsteigerung, z. B. aufgrund einer besseren Kapazitätsauslastung, nicht nur eine Erweiterung, sondern eine wesentliche Erweiterung angenommen werden muss, bedarf einer Einzelfallprüfung.

Wie auch in § 108 NGO bedarf es für die Errichtung etc. eines Unternehmens sodann der Überprüfung der Zulässigkeit des Unternehmens anhand der Schrankentrias des § 136 Abs. 1 S. 2 NKomVG.

Als erstes muss das Unternehmen vom öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein. Dabei bietet der unbestimmte Rechtsbegriff der Kommune einen weiten Beurteilungsspielraum. Ihre Einschätzungsprärogative ist vom Gericht oder der Aufsicht nur eingeschränkt überprüfbar.[16]

Die Gemeinde muss also zu der Einschätzung gelangt sein, dass die Betätigung am Gemeinwohl orientiert ist, mit dem Ziel, das Wohl der Einwohner zu fördern und ihnen die erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Einrichtungen zur Verfügung zu stellen.[17] Dementsprechend würden Tätigkeiten zum Ausbau der örtlichen Infrastruktur, des sozialen Wohnungsbaus, der städtebaulichen Entwicklungs- und Sanierungsmaßnahmen, die Erfüllung von sozial- und umweltpolitischen Aufgaben sowie kommunale Wirtschaftsförderungs- und Arbeitsmarktaktivitäten hierunter zu subsumieren sein. Auszuscheiden sind lediglich die Tätigkeiten, die die bloße Gewinnerzielung oder die Verbesserung der allgemeinen Einnahmesituation zum Inhalt haben.[18] Jedoch genießen diese – wie bereits zuvor ausgeführt – Bestandsschutz. Als Beispiele dienen Apotheken, Tankstellen, Brauereien, Zuckerfabriken, Steinbrüche, Gutshöfe, Gestüte und Fischereibetriebe.

Nach der sogenannten Wirtschaftlichkeitsklausel in § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 NKomVG muss das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen. Geschützt werden soll die Kommune vor finanziellen Risiken, z. B. durch Aufbau von Überkapazitäten. Dies wäre beispielsweise bei einer völligen Überdimensionierung einer Unternehmung gegeben. Gleichwohl kommt der Kommune hinsichtlich der Festlegung der Angemessenheit der Verhältnisse wiederum ein Beurteilungsspielraum zu. Insofern wird die Aufsicht lediglich bei offensichtlichen Fehlern aufgrund eines Ermittlungsdefizits oder Abwägungsausfalls einschreiten können.

Besondere Bedeutung kommt der Wirtschaftlichkeitsklausel bei den Kommunen zu, die aufgrund extremer Verschuldung bereits ein Haushaltssicherungskonzept aufstellen mussten. Skepsis ist in diesen Fällen z. B. bei der Planung von neuen Kongresszentren oder groß dimensionierten Stadthallen mit angeschlossenem Hotelbetrieb angebracht, ebenso wie bei überdimensionierten Müllverbrennungsanlagen oder Bädern.

Während der Gesetzgeber bis zum Jahr 2005 lediglich eine unechte Subsidiaritätsklausel verwendet hat, ist mit Gesetz vom 15.11.2005[19] in die NGO eine echte Subsidiaritätsklausel eingeführt und in das NKomVG übernommen worden. Danach darf außerhalb der Bereichsausnahme ein Unternehmen nur errichtet etc. werden, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die Ratio des Gesetzes ist natürlich auf den ersten Blick erkennbar: keine Konkurrenz durch die Kommune, die Position der mittelständischen Wirtschaft soll gestärkt werden.

Zunächst hat die Kommune in ihrem Abwägungsprozess, bei dem ihr wiederum ein breiter Beurteilungsspielraum zukommt, die Wirtschaftlichkeit zu untersuchen. Danach wäre eine Tätigkeit nur möglich, sofern sie die Tätigkeit wirtschaftlicher erbringen kann, was natürlich nicht nur als „günstiger" zu verstehen ist.

In der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung sind aber gleichzeitig Überlegungen zur Güte der Leistung einzubeziehen.[20] So hat der Verfassungsgerichtshof Rheinland Pfalz eine besondere Bedeutung der Dauerhaftigkeit, der Zuverlässigkeit, der sozialen und ökologischen Gesichtspunkte zugebilligt.[21] Je wichtiger eine durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigte Leistung für den Bürger ist, desto größer ist das Bedürfnis nach einem krisenfesten, stetigen und möglichst ungestörten Angebot.[22]

Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zulässiger und unzulässiger wirtschaftlicher Betätigung bestehen in folgenden Fallgruppen[23]:

Wie bereits ausgeführt treten in der Praxis häufig Fragestellungen auf, inwieweit die Kommune interne Dienstleistungen auf private Dritte ausweiten kann. Ist es rechtlich zulässig, dass – z. B. zur Steigerung der Auslastung – der Bauhof private Malerarbeiten für Dritte übernimmt, dass die Hausdruckerei auch Drucksachen für Dritte anfertigt? Da damit die Grenzen des Eigenbedarfs überschritten sind, liegt insofern eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 136 Abs. 1 S. 2 NKomVG vor, die sich an der Schrankentrias messen lassen muss. Jedoch können derartige Leistungen als zulässig angesehen werden, wenn im Einzelfall lediglich vorhandene Überkapazitäten

15 *Thiele* (Fn. 7), NKomVG § 136 Nr. 1; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG § 136 Rn. 6.

16 Siehe u. a. BVerwGE 39, 329, 334; OVG Münster NVwZ 2008, 1031, 1035; *Thiele* (Fn. 7), NKomVG, § 136 Nr. 1.

17 *Thiele* (Fn. 7), NKomVG, § 136 Nr. 1.

18 BVerfGE 61, 82, 107; *Thiele* (Fn. 7), NKomVG § 136 Nr. 1 m. w. N.

19 Gesetz zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 15. November 2005 (Nds. GVBl. 2005, 342).

20 *Thiele* (Fn. 7), NKomVG § 136 Nr. 1.

21 VGH Rh-Pf NVwZ 2000, 801, 803 = DVBl. 2000, 992, 995.

22 VGH Rh-Pf (a. a. O.).

23 Einen Überblick über diese Abgrenzungsfälle bieten *Schenkewitz,* Die Beköstigung Externer durch städtische Kantinenbetriebe, in: VR 2001, 193 ff. und *Meier,* Zur Zulässigkeit von Annextätigkeiten im Rahmen des § 107 Abs. 2 Nr. 5 GO NW, in: Der Gemeindehaushalt 2001, 54.

genutzt werden.[24] Die Schwelle zur Unzulässigkeit wird jedoch dann überschritten, wenn sich derartige Ansätze verfestigen und die Kapazität auch auf die Nachfrage ausgelegt wird.[25] So hat das OLG Hamm in der „Gelsengrün"-Entscheidung eine Öffnungsmöglichkeit der vom Grünflächen- und Friedhofsamt betriebenen Gärtnerei für Dritte nicht zugelassen.[26] Infolge dessen ist bei der Ausdehnung interner Dienstleistungen auf Dritte grundsätzlich von einer Unzulässigkeit auszugehen. Lediglich die Ausnutzung vorhandener kurzfristiger Überkapazitäten ist als zulässig zu erachten.[27]

Bei der Fallgruppe 2 stehen Hilfstätigkeiten im Zusammenhang mit hoheitlichen Tätigkeiten. So werden z. B. Passfotos im Einwohnermeldeamt verkauft, Werbung im Amtsblatt aufgenommen oder Kfz-Schilder in der Zulassungsstelle vermarktet. Diese reinen Hilfstätigkeiten sind als zulässig anzusehen.

Fallgruppe 3 beschäftigt sich mit den Annex- und Konnextätigkeiten von Unternehmen oder Einrichtungen. Unterliegen die kommunalen Unternehmen den Gesetzen der Marktwirtschaft, so muss auch diesen die Möglichkeit zugestanden werden, unter Einsatz vorhandener Ressourcen das bestmögliche wirtschaftliche Ergebnis zu erreichen.[28] Da dementsprechend die Nebentätigkeiten keine eigene Unternehmung darstellen, auch keine wesentliche Erweiterung, unterliegen sie insofern grundsätzlich nicht der Schrankentrias.

Nunmehr gilt es zu differenzieren, ob die Nebentätigkeit neu aufgenommen wird und neue Kapazitäten geschaffen werden.[29] In diesem Fall muss die Tätigkeit an der Schrankentrias gemessen werden. Werden hingegen die Leistungen unter Verwendung bestehender Kapazitäten erbracht, ist die Nebenleistung vom öffentlichen Zweck der Hauptleistung dann gedeckt, wenn lediglich brachliegende Ressourcen ausgeschöpft werden und im Sachzusammenhang mit der zulässigen Hauptnutzung stehen. Jedoch darf das nicht dazu führen, dass dauerhaft entbehrlich gewordene Kapazitäten aufrechterhalten werden. Weiterhin ist erforderlich, dass die Nebentätigkeit lediglich zur Abrundung einer wettbewerbsfähigen Gesamtleistung dient und von untergeordneter Bedeutung für das Unternehmen ist. Als Beispiel können Nebentätigkeiten der Stadtwerke wie z. B. die Beratung und Installation genannt werden.[30] Aber auch die Vermietung von Freiflächen auf Bussen und Straßenbahnen für kommerzielle Werbung würde als zulässige Nebentätigkeit einzustufen sein.

Soll ein Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts geführt werden oder will sich eine Kommune an einem solchen entsprechend beteiligen, so sind die Voraussetzungen des § 137 NKomVG zu beachten, der dem damaligen § 109 NGO entspricht. Anzuwenden ist § 137 NKomVG auch auf Vereine, Stiftungen des privaten Rechts oder über § 141 Abs. 2 NKomVG grundsätzlich auch auf kommunale Anstalten. Problematisch bleibt nach wie vor, der Vorrang des Gesellschaftsrechts nach Art. 31 GG als Bundesgesetz vor der landesrechtlichen Vorschrift des NKomVG.

Nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 NKomVG sind auch auf solche Unternehmen und Beteiligungen die Schrankentrias des § 136 Abs. 1 NKomVG anwendbar. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen der Nr. 2 bis 8 NKomVG wird auf die bisherige Regelung in § 109 NGO verwiesen.

Resümee

Zusammenfassend hat das NKomVG in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen lediglich zu geringen Veränderungen gegenüber der NGO geführt. Während eine Bereichsausnahme im Rahmen der echten Subsidiaritätsklausel mehr Konkurrenz zum Wohle der Bürger schaffen soll, wurde gleichzeitig ein Drittschutz der Subsidiaritätsklausel in das Gesetz aufgenommen. Aufgrund des breiten Beurteilungsspielraums der Kommune dürfte damit jedoch nicht ein weiteres Zurückdrängen der Kommunalwirtschaft verbunden sein. Vielmehr sind die Erfolgsaussichten für Klagen privater Dritter auch zukünftig eher als gering einzuschätzen.[31] In der Summe hat das NKomVG mit den Normen der §§ 136, 137 NKomVG lediglich redaktionelle Änderungen im Vergleich zur Vorgängerregelung mit sich gebracht.

24 Dagegen *Schenkewitz* (Fn. 23), VR 2001, 193, 194; nach herrschender Auffassung soll hingegen bei Ausnutzung von gegenwärtigen Überkapazitäten eine privatwirtschaftliche Tätigkeit zulässig sein, *Thiele* (Fn. 7), NKomVG, § 136 Nr. 1; *Erdmann* in Ipsen (s. Fn. 5), NKomVG, § 136 Rn. 12; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG § 136 Rn. 34.

25 *Freese* in Blum/Häusler/Meyer (s. Fn. 6), NKomVG, § 136 Rn. 34.

26 OLG Hamm NJW 1998, 3504 f.

27 *Erdmann* in Ipsen (s. Fn. 5), NKomVG, § 136 Rn. 12.

28 Siehe auch LG Düsseldorf GewArch 2001, 238, 239.

29 Eine Annextätigkeit kann nur angenommen werden, wenn sie im engen Zusammenhang mit dem Hauptzweck steht, der aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts allein die Eigenbedarfsdeckung ist [*Schenkewitz* (Fn. 23), VR 2001, 193, 194].

30 *Erdmann* in Ipsen (s. Fn. 5) , NKomVG, § 136 Rn. 12.

31 So auch *Freese,* Die geringe Steuerungswirkung von echten Subsidiaritätsklauseln im Gemeindewirtschaftsrecht, in: Nds.VBl. 2009, 192, 196 .

Crashkurs Europarecht

des Centrums für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP)

Das CEP veranstaltet halbjährlich einen Crashkurs Europarecht an der Universität Passau. Dieses Fortbildungsseminar richtet sich jeweils an Juristen aller Berufsfelder, die in ihrer täglichen Praxis mit der stetig wachsenden Bedeutung des Europarechts konfrontiert werden. In den Seminarblöcken 1–3 werden die Grundlagen des Europarechts vermittelt. Im Rahmen des Seminarblocks 4 erhalten die Teilnehmer die Möglichkeit, einen für sie besonders relevanten Bereich zu vertiefen. Zur Wahl stehen die Grundfreiheiten, das Europäische Beihilfenrecht sowie das Europäische Vergaberecht. Ehemaligen Teilnehmern und Interessenten mit Vorkenntnissen im Europarecht wird auch die Möglichkeit geboten, nur am zweiten Kurstag teilzunehmen und so gezielt einen der Schwerpunkte zu besuchen („Crashkurs Add-On").

Der Teilnahmebeitrag beträgt € 600,– bzw. € 300,– („Crashkurs Add-On").

Ausführlichere Informationen zum Ablauf der Tagung und den für 2013 geplanten Crashkursen erhalten Sie beim Centrum für Europarecht an der Universität Passau e.V. (CEP), Innstraße 40, 94032 Passau, Tel.: (0851) 509-2395, Fax: -2396, cep@uni-passau.de, www.cep-passau.eu.

Peter Eichhorn*

ABC – Glossar – XYZ

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

Gesundheitspolitische Ziele

Kaum ein Lebensbereich ist so komplex wie die Gesundheit. Man kann sie weit fassen bis hin zum Wohlbefinden von Mensch, Tier und Pflanze. Krankheit bedeutet dann dessen Störung. Oder man wählt einen engeren Begriff, der den Vorzug hat, konkret und operational, d.h. nachprüfbar zu sein.

Zur Abgrenzung der Gesundheitspolitik von Schutz und Förderung der Fauna und Flora, Landschaft und Natur beziehen Gesundheitspolitiker und Gesundheitsökonomen in Deutschland gesundheitspolitische Ziele nur auf den Menschen. Diese Ziele sind zahlreich und vielfältig, miteinander verzahnt und je nach Standpunkt und Interessenlage von unterschiedlicher Priorität. Dem Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen zufolge stimmt man aber darin überein, dass vermeidbarer Tod verhindert und Krankheiten verhütet, geheilt und gelindert werden sollen, Kranken und Pflegebedürftigen Angst, Schmerzen und Unwohlsein erspart bleiben und die physische und psychische Funktionstüchtigkeit wieder herzustellen ist.

Um diese Basisziele bzw. erwünschten Zustände zu erreichen, sind weitere – oft allerdings konfliktäre – gesundheitspolitische Ziele zu beschließen. Im einschlägigen Schrifttum (siehe z.B. Eberhard Wille: Weiterentwicklung des Gesundheitssystems und des Arzneimittelmarktes, Baden-Baden 2009) werden genannt: gleicher Zugang zu einer „erforderlichen" Krankenversorgung mit breit verfügbarer Qualität, Höchstmaß an Freiheit und Eigenverantwortung für alle Beteiligte (freie Arztwahl, Freiberuflichkeit, Selbststeuerungskräfte, etc.), wirtschaftliche Leistungserstellung und gesamtwirtschaftliche vertretbare Höhe der gesetzlich festgelegten Gesundheitsausgaben und Beitragssätze, Sicherung des sozialen und intergenerativen Ausgleichs innerhalb von Solidargemeinschaften und Verminderung von sozialen Unterschieden in Mortalität und Morbidität.

Sowohl obige Basisziele als auch dieser Zielkatalog beinhalten einen mehr oder weniger wünschenswerten Zielrahmen. Das gigantische Problem der Gesundheitspolitik besteht darin, ein Zielsystem mit Rangstufen, Parallelzielen und Zielgewichten zu beschließen. Eine überfällige Lösung ist nicht in Sicht. Der die Richtlinien der Gesundheitspolitik bestimmende Gemeinsame Bundesausschuss (GBA), das mächtigste Gremium in der gesetzlichen Krankenversorgung und Krankenversicherung, trifft seine Entscheidungen primär fallbezogen. Die Zielvorgaben müssten jedoch so erfolgen, dass man die anzustrebenden Leistungs- und Finanzziele möglichst erfassen, bewerten und die Zielerreichung nachweisen kann. Bisherige Tabus wären aufzugeben und gesetzliche Versorgungsstandards und der Umfang gesetzlicher Krankenversicherung samt der zu erhebenden Krankenkassenbeiträge ausdrücklich zu nennen. Wie aus medizinischer, ethischer und ökonomischer Sicht die Ziele miteinander konkurrieren, wird zum Beispiel bei den Fragen deutlich, ob und inwieweit ambulante und stationäre Leistungen von der Wiege bis zur Bahre weitgehend oder begrenzt auf bestimmte Krankheiten, Zielgruppen und Kostenhöhen aus Versicherungsbeiträgen und/oder Steuermitteln finanziert werden sollen.

Eigentlich können die Gesundheitsverwaltungen, andere betroffene Behörden und die Leistungsanbieter im Gesundheitssystem erst nach Klärung dieser Fragen mit der Verfolgung der Ziele beginnen und die daraus resultierenden öffentlichen Aufgaben erledigen. Im einzelnen gilt es beispielsweise das Gesundheitsbewusstsein der Bevölkerung zu steigern, die Gesundheit junger Menschen zu fördern, über gesunde Ernährung und Sport aufzuklären, auf Unfallrisiken zu Hause, auf der Straße, am Arbeitsplatz und in der Freizeit aufmerksam zu machen, Einwanderer gesundheitlich zu integrieren, die Erwerbs- und Arbeitsfähigkeit auch älterer Menschen zu erhalten, für sie eine selbstständige Lebensführung zu gewährleisten usw. Die von den diversen gesundheitspolitischen Zielen abgeleiteten öffentlichen Planungs-, Förderungs-, Regulierungs- und Aufsichtsmaßnahmen wirken sich unterschiedlich aus auf die niedergelassenen Ärzte, Medizinischen Versorgungszentren, Krankenhäuser, Apotheken, Pflegedienste, Fachgesellschaften, Aus- und Weiterbildungsstätten, Forschungsinstitute, Pharmaindustrie, Krankenversicherungen, Kammern, Vereinigungen und Verbände. Von ihrer Mitwirkung hängt dann oft die Zielerreichung im Gesundheitssystem bzw. dessen Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit ab.

Öffentliches Leben

Gemeinhin stellt man dem öffentlichen Leben das private Leben gegenüber. So heißt es oft, Politiker müssten auf ein eigenes Privatleben verzichten oder eine Person des öffentlichen Lebens zöge sich auf das Privatleben zurück. Diese Kontrastierung – womöglich früher gültig – ist kaum mehr aufrecht zu erhalten. Öffentliches Leben findet in der lokalen, regionalen, nationalen bis hin zur globalen Öffentlichkeit in Print- und anderen Medien statt, befördert von Staat und Verwaltung, Gesellschaft und Kultur, Wirtschaft und Wissenschaft. Der einzelnen Person und Institution ermangelt es inzwischen durch Erfassung von Daten und Taten, Vernetzung und Vermarktung rechtlich und tatsächlich, individuell und statistisch an Privacy. In unserem digitalen Zeitalter, vor 30 Jahren begonnen, werden weltweit die sog. Kommunikations-DNA, Bewegungs-DNA und Konsum-DNA – noch dazu auf Ewigkeit – gesammelt, ausgewertet und genutzt.

Die Nutzung muss zwar nicht coram publico erfolgen, ist aber insofern öffentlich, als man sich nicht ihrer vollständig entziehen kann.

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

Die Technik lässt Netzwerke im Internet (z.B. Facebook) entstehen, die als virtuelle Plattformen („Foren") wirken und unbegrenzte Kommunikation bis hin zu ständiger Erreichbarkeit zulassen. Selbst wer sich auskoppelt, ist Teil jener einen oder anderen Spezie, die zwar nicht kommuniziert, aber dem Druck der Informationsflut früher oder später erliegt. Die kommunalen, staatlichen und überstaatlichen Behörden und ganze Industriezweige kümmern sich um Steuerzahler, Wahlbürger, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Antragsteller, Beihilfeberechtigte, Krankenversicherte, Pensionäre und Rentner, Kläger und Beklagte, Verbraucher, Grundstückseigentümer, Nachbarn, Kapitalanleger, Millionäre usw. Das private Leben wird mehr oder weniger auf die Sinnsuche reduziert; vielleicht kann man es noch in Form freiwillig gewählter Isolation allein oder unter Freunden verwirklichen. Der Zeitgeist will jedenfalls den Lesern, Zuschauern, Hörern, Fachleuten, Neugierigen, Investigatoren, Analytikern und Schwatzbasen Stoff lebender Zeitgenossen bieten, möge er öffentlich, offiziell, offiziös, offensiv oder offenkundig sein.

Tag der offenen Tür

Was Unternehmen Betriebsbesichtigung oder Werkführung nennen, heißt bei Behörden, Schulen, Hochschulen, Forschungszentren, Stadtverwaltungen, Stadtwerken und anderen öffentlichen Einrichtungen Tag der offenen Tür. Damit wird die meist im örtlichen oder regionalen Einzugsgebiet einer staatlichen oder kommunalen Institution ansässige Bevölkerung eingeladen, sich in den Bauwerken, Höfen, Gärten und Räumlichkeiten umzusehen, die Ausstattung von Büros, Laboratorien, Werkstätten, Veranstaltungsräumen, Kasernen und Heimen kennen zu lernen, Fahrzeuge, Panzer, Schiffe, Flugzeuge usw. zu besichtigen und sich über die Aufgaben und Arbeitsweisen zu informieren. Oft gibt es einzelne Anlässe, die mit einem Tag der offenen Tür verwandt sind wie beispielweise Spatenstiche, Grundsteinlegungen, Richtfeste, Einweihungen, Eröffnungen, Verkehrsfreigaben, Lange Nächte der Museen, der Kultur oder der Wissenschaft und Sommerfeste. An Stelle der Allgemeinheit mit zu großem Zulauf können auch spezielle Zielgruppen (Kinder, Jugendliche, Senioren, Kulturtreibende, Immigranten u.a.) eingeladen werden. Mit dem Tag der offenen Tür, der offenen Gartentür, der offenen Baustelle usw. wird den Bürgern „ihr Staat" kostenlos nahe gebracht.
Die Programmverantwortlichen suchen Aufmerksamkeit zu erregen, Schwellenangst abzubauen, für die „öffentliche Sache" zu werben, Vorbilder aufzuzeigen, das Publikum gegebenenfalls mit einem Begleitprogramm zu unterhalten und zu bilden. Gut gemanagt, erreicht man zweierlei: die Einrichtung legitimiert sich und bei den Bürgern wird (bei positivem Eindruck) Identität gestiftet.

Vollzugsdefizit

Was halten Sie von der Aufforderung: Stell Dir vor, es gibt ein Gesetz und keiner beachtet es, um den bekannten pazifistischen Spruch von Bert Brecht (1898–1956) abzuwandeln? Ihre Antwort darf in diesem Fall nur lauten: Nichts, denn sonst würden Sie an der Grundordnung unseres Gemeinwesens bzw. an der Bindung des Staatsbürgers und der Staatsgewalt an das geltende Recht rütteln. Tatsächlich geschieht dies aber tagtäglich.
In den Parlamenten werden Gesetze verabschiedet. Sie mögen parteipolitisch motiviert sein, Klientelbezüge aufweisen, staatlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder ökologischen Herausforderungen begegnen, sich öffentlicher Aufmerksamkeit erfreuen oder dem Zeitgeist folgen. Eine gänzlich andere Sache stellt der Gesetzesvollzug dar. Eigentlich ist davon auszugehen, dass Bundes- und Landesgesetzgeber Gesetze um der Rechtswirkungen willen beschließen. Doch diese Effekte lassen sich nur erzielen, wenn dafür die administrativen Voraussetzungen geschaffen werden. Die zuständigen, begleitenden, aufsichtsführenden und rechnungsprüfenden Verwaltungen benötigen Verordnungen und Dienstvorschriften für den Vollzug – je nach Gesetz für innere Angelegenheiten (u.a. Aufbau- und Ablauforganisation, Personal und Haushalt) und für die externen staatlichen und kommunalen Aufgaben (z.B. für Genehmigungen, Zulassungen, Anerkennungen, Auflagen, Ladungen, Mahnungen, Vollstreckungen, Pfändungen, Enteignungen, Sicherstellungen und Schutzmaßnahmen).
Verkündete oder erlassene und in Kraft gesetzte Regelwerke allein können politisches Gestalten nachweisen. Zum tatsächlichen Umsetzen bedarf es aber geeigneter und ausreichender Ressourcen (betriebswirtschaftlich formuliert: des Einsatzes von Produktionsfaktoren bestimmter Qualität und Quantität). Hier trifft man auf die den Gesetzesvollzug einschränkenden, manchmal sogar verhindernden Engpässe. Drei Beispiele: Ohne erhebliche Aufstockung des Personals (Fachleuten zufolge fehlen mindestens tausend Beamte) würden die ständig wachsenden Aufgaben der Bundespolizei nicht mehr angemessen erfüllt werden. (Neben dem Schutz von Bahnhöfen, Flughäfen und Fußballspielen und der Abwehr illegaler Einwanderung usw. hat die Bundespolizei auch Luftfracht auf Flughäfen zu kontrollieren.) Die eingeführten Umweltzonen und Feinstaubplaketten in den Städten würden kaum überwacht und Verstöße deshalb selten geahndet. Trotz des Versorgungsauftrages der Länder stünden nicht genügend Finanzmittel zur Verfügung, so dass die Krankenhäuser in einem Investitionsstau von mehreren Milliarden Euro stecken. Weitere Beispiele für Vollzugsdefizite ließen sich nennen.
Es hapert mit dem Gesetzesvollzug allerdings auch aus anderen Gründen. Zurecht werden Gesetze oder Rechtsnormen bei einem Verstoß gegen die Verfassung gestoppt. Eine Verletzung der Legalität liegt vor, wenn Gesetze nicht oder nur zögerlich vollzogen werden, weil sie unklar (leerformelartig, verklausuliert) oder lückenhaft formuliert worden sind (z.B. eurokratische Edikte übersehen). Ein fehlender Vollzug kann ebenso auf Konfliktscheue, Blockadetaktik, Schlamperei oder Arbeitsunlust beruhen. Verwaltungen und Bürger halten sich dann bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzen zurück. Es kann auch vorkommen, dass man Gesetze in der Hoffnung beschließt, unmerklich zu bleiben oder nicht in Anspruch genommen zu werden. Man kennt dies von den Leistungsgesetzen der Sozialhilfe, wo ein hoher Prozentsatz von Leistungsberechtigten keine Anträge stellt.
Die Legitimität von Gesetzen steht außerdem bei Resistenz der Bürger auf dem Spiel. Autofahrer halten sich nicht an Geschwindigkeitsbeschränkungen oder andere Verkehrsregelungen, Vermummungsverbote nehmen Demonstranten nicht ernst, verfassungsfeindliche Ausschreitungen werden geduldet, gegen Kinderpornografie wird von Seiten des Staates und der Gesellschaft nicht genügend eingeschritten, der Blasphemie-Paragraf 166 Strafgesetzbuch ist in Vergessenheit geraten und wird so gut wie nie angewandt, Bebauungspläne, Baurechtsvorgaben und Denkmalschutzanordnungen werden ignoriert, Umweltschutzauflagen nicht beachtet.
Gesetzesüberschuss einerseits und Vollzugsdefizit andererseits fördern Politikverdruss, Behördenfrust und Missmut bei Bürgern. Insgesamt verliert der Staat Autorität. Im Ergebnis identifizieren sich immer weniger Bürger mit ihm. Frage: Stehen wir vor einer Staatsautoritätskrise?

Gert Kohnke/Michael Grosse*

Einkommensermittlung bei Selbstständigen im SGB II nach § 3 der Alg-II-Verordnung

Die Umsetzung der Regelungen des § 3 Alg II-V stellt sich in der Praxis der Leistungsträger schwierig dar. Es werden bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern teilweise fundierte Kenntnisse des Steuerrechts, der Betriebswirtschaft und des Sozialversicherungsrechts verlangt. Die Beitragsreihe zur Einkommensermittlung bei Selbstständigen im SGB II soll daher eine konkrete Hilfestellung für die Praxis bei der Prüfung des Leistungsanspruchs und der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens bei selbstständiger Tätigkeit bieten.

Teil 1: Der Begriff der selbstständigen Tätigkeit

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (Arbeitslosengeld II/Sozialgeld-Verordnung – Alg II-V) ist bei der Berechnung des Einkommens aus **selbstständiger Arbeit**, **Gewerbebetrieb** oder **Land- und Frostwirtschaft** von den Betriebseinnahmen auszugehen. Es ist daher zunächst zu klären, unter welchen Umständen eine selbstständige Tätigkeit im Sinne der oben angegebenen Begriffe vorliegt.
Bis zum 31.12.2007 galt § 2a Abs. 1 Satz 1 Alg II-V a. F., wonach bei der Berechnung des Einkommens aus selbstständiger Arbeit, Gewerbebetrieb und Land- und Forstwirtschaft vom Arbeitseinkommen im Sinne des § 15 SGB IV auszugehen war. Dabei handelte es sich um Einkommen (Gewinn) im steuerrechtlichen Sinne.
Aus der Alg II-V in der Fassung ab 01.01.2008 ist erkennbar, dass für die **Einkommensermittlung** bei Selbstständigen die steuerlichen Regelungen keine Anwendung mehr finden sollen (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V). Die Aussage, aus welchen Tätigkeiten Einkommen zu berücksichtigen ist, wurde nicht verändert.
Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts[1] umfasst der Begriff „selbstständige Tätigkeit" im Sinne des § 15 SGB IV alle typischerweise mit **persönlichem Einsatz** verbundenen Einkunftsarten. Das sind nach dem Katalog des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 Einkommensteuergesetz (EStG)

- Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (vgl. § 13 EStG),
- Einkünfte aus Gewerbebetrieb (vgl. § 15 EStG),
- Einkünfte aus selbstständiger Arbeit (vgl. § 18 EStG) sowie
- diesen gleichgestellte Einkünfte.[2]

Es geht daher zentral um die Frage, wann eine selbstständige Tätigkeit mit einem „persönlichen Einsatz" vorliegt.

Gemäß § 15 Abs. 1 SGB IV ist Arbeitseinkommen der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit. Einkommen ist als Arbeitseinkommen zu betrachten, wenn es als solches nach dem Einkommensteuerrecht zu bewerten ist.
Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes stellt grundsätzlich darauf ab, ob die selbstständige Tätigkeit steuerlich ausgeübt wird und nicht etwa ein hiervon abweichender sozialrechtlicher Begriff der selbstständigen Tätigkeit zugrunde gelegt wird. Ansonsten könnte der Betroffene die jeweils für ihn günstigste steuerrechtliche und sozialrechtliche Lösung kombinieren. Mit der Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sollte erreicht werden, dass bei unterschiedlichen Wertungen (z. B. zwischen den Trägern der Sozialversicherung und der Finanzverwaltung) allein das Einkommensteuerrecht maßgebend sein soll, womit eine volle Parallelität von Einkommensteuerrecht und Sozialversicherungsrecht bei der **Zuordnung zum Arbeitseinkommen** als auch bei der **Höhe des Arbeitseinkommens** erreicht wird.[3]
Die o. a. Regelungen betreffen aber nicht die Frage, wann von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen ist, sondern ordnet das Einkommen bestimmten Unternehmerstellungen zu. Diese Unternehmerstellungen müssen aber nicht – wie oben ausgeführt – unter **persönlichem Einsatz** erfolgen. Nach dem Steuerrecht würde auch eine Beteiligung an einem Betrieb ausreichen (vgl. z. B. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG).
Der Verordnungsgeber wollte durch die gesetzliche Neuregelung ab 01.01.2008 offenbar vermeiden, dass durch die Anwendung steuerlicher „Tricks" der Gewinn reduziert werden konnte. Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V macht deutlich, dass nur notwendige Ausgaben ohne Rücksicht auf steuerliche Vorschriften abzusetzen und nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Alg II-V nur tatsächlich zufließende Betriebseinnahmen zu berücksichtigen sind. Dagegen besteht im Steuerrecht auch die Möglichkeit und die Verpflichtung, für die private Nutzung des Betriebsvermögens (z. B. eines Kfz) fiktive Einnahmen zu buchen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Die steuerrechtlichen Regelungen nach § 15 EStG galten aber nur für die Einkommensermittlung. Diese sind inzwischen nicht mehr anwendbar – die Definition der Tätigkeiten, aus denen Einkommen erzielt wird, ist dagegen gleichgeblieben.

Die Regelungen des § 15 SGB IV sind gemäß § 1 Abs. 1 SGB IV seit dem 01.01.2008 für den Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch nicht mehr anwendbar (vgl. einschränkend aber § 1 Abs. 2 SGB IV).

Die Vorschrift des § 3 Alg II-V regelt Einzelheiten zur Berechnung der Höhe des Arbeitseinkommens. Diese lehnen sich teilweise (begrifflich) an das Steuerrecht an. Ein Rückgriff auf steuerliche Parallelen ist nicht notwendig. Vielmehr ist die allgemeine Zielsetzung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (Prinzip der bedarfsorientierten Hilfe) in den Vordergrund zu stellen. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass allein das Innehaben einer Beteiligung an einer GbR

* *Gert Kohnke* ist Teamleiter für den Leistungsbereich im Jobcenter Dortmund, *Michael Grosse* ist Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Nordrhein-Westfalen (FHöV NRW) im Fach Sozialrecht.

1 Vgl. BSG, Urteil vom 16.05.2001, B 5 RJ 46/00 R.

2 Vgl. BSG, Urteil vom 22.09.1999, B 5 RJ 52/98 R.

3 Vgl. BSG, Urteil vom 17.02.2005, B 13 RJ 43/03 R.

(oder oHG bzw. KG) weder ein Gewerbe noch eine selbstständige Tätigkeit im Sinne der Arbeitslosengeld II-Verordnung darstellt[4].

Für die Definition einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne des § 3 Alg II-V steht der **persönliche Einsatz** im Vordergrund. Also die tatsächliche Tätigkeit im eigenen Betrieb. Zur Klärung im Einzelfall ist grundsätzlich auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zurückzugreifen.

Wie oben bereits ausgeführt, gelten die meisten Regelungen des Vierten Buches Sozialgesetzbuch nicht für die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Gleichwohl sind für die Unterscheidungen, wer als Arbeitnehmer (vgl. § 2 Alg II-V) und wer als selbstständig gilt, die Abgrenzungskriterien des § 7 SGB IV heranzuziehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist **Arbeitnehmer**, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Die persönliche Abhängigkeit stellt das wesentliche, das charakteristische Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses dar. Dabei bedeutet „persönliche Abhängigkeit" in erster Linie die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Dieses Weisungsrecht kann bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zu einer „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein. Das Weisungsrecht darf aber nicht vollständig entfallen. Im Gegensatz dazu ist kennzeichnend für eine **selbstständige Tätigkeit** das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen. Bei der Abgrenzung dieser Begriffe kommt es in Zweifelsfällen darauf an, welche Merkmale überwiegen. Das richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Die vertragliche Ausgestaltung steht dabei aber im Vordergrund. Nur wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen, tritt diese zurück.[5]
Das Bundesverfassungsgericht hat dazu den Begriff des „Typus" entwickelt[6]. Dabei wird von einem Normalfall ausgegangen. Normal ist das, was die Tätigkeit eines Arbeitnehmers auszeichnet. Das bedeutet, dass z. B. kein unternehmerisches Risiko besteht, keine Betriebsstätte vorhanden ist und keine Werbeaktionen, die typisch für einen Selbstständigen wären, durchgeführt werden. Nur wenn erhebliche Abweichungen von diesem Typus vorliegen, könnte eine selbstständige Tätigkeit gegeben sein.
Damit der Normalfall definiert werden kann, wird z. B. festgestellt, ob ein bestimmtes Maß an persönlicher Freiheit oder ein Unternehmerrisiko mit der selbstständigen Tätigkeit verbunden ist. Bei einer komplexen Einzelfallbetrachtung treten dann die Kriterien der Weisungsgebundenheit oder der Eingliederung stärker in den Vordergrund.
In Grenzfällen (Dienste höherer Art) liegt dann noch eine abhängige Beschäftigung vor, wenn das Arbeitsziel und die Mittel zu seiner Bewältigung, also der betriebliche Rahmen vom Auftraggeber gestellt werden oder auf seine Rechnung organisiert werden kann. Sie kann selbst dann noch gegeben sein, wenn lediglich der Geschäfts- oder Betriebszweck vorgegeben und es den Beschäftigten überlassen wird, welche Mittel sie zur Erreichung des Ziels einsetzen. Es kommt letztlich darauf an, ob die betreffende Person nicht nur organisatorisch auf der Arbeitgeber- oder Unternehmerseite steht, sondern ob sie hierfür auch eigenes Kapital mit dem Risiko ihres Verlustes einsetzt, ob sie mithin selbst das Unternehmerrisiko zumindest mitträgt.[7]
Zu typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns gehört u. a., dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung – statt im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers – erbracht werden, sowie die eigenständige Entscheidung über

- Einkaufs- und Verkaufspreise,
- Warenbezug,
- Einstellung von Personal,
- Einsatz von Kapital und Maschinen,
- Zahlungsweise der Kunden (z. B. sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeiten,
  Einräumung von Rabatten)
- Art und Umfang von Kundenakquisition,
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen
  (z. B. Benutzung eigener Briefköpfe).

Beispiel:

Eine Rechtsanwältin mit einer eigenen Kanzlei möchte die Reinigungsarbeiten in ihrer Kanzlei vergeben. Dazu wirbt sie eine Einzelperson an, mit der sie einen schriftlichen Vertrag schließt. Dieser Vertrag wird als Honorarvertrag gekennzeichnet.

Der Inhalt sieht kurz gefasst wie folgt aus:

Ausgeübt werden soll eine selbstständige Tätigkeit. Der Mitarbeiter unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Beschränkungen und Weisungen der Firma. Art und Umfang ergeben sich aus der Tätigkeit. Der Mitarbeiter bestimmt die Tätigkeitszeiten in der Firma in eigener Verantwortung und ist bestrebt, seine Tätigkeit außerhalb der Kernarbeitszeit der Firma zu verrichten. Es besteht kein Anspruch des Mitarbeiters auf Mitbenutzung der Firmeneinrichtung und Firmengeräte. Das Pauschalhonorar wurde in Höhe von 340,00 € vereinbart. Bare Auslagen und Sachkosten aus der Tätigkeit sollen in Rechnung gestellt werden.

Es wurden von Anfang an keine Sachkosten in Rechnung gestellt. Im Vertretungsfalle übernahm die Tochter der Reinigungskraft die Arbeiten. Die Anschaffung der Reinigungsmittel und die Stellung der Reinigungsgeräte (Besen und Staubsauger) wurden durch das Gericht nicht als relevantes Unternehmerrisiko gesehen. Gegen die Selbstständigkeit sprach auch, dass die Auftragnehmerin keinen weiteren Auftraggeber hatte. Sie ist nicht als Unternehmerin aufgetreten.

Es überwiegen daher die Kriterien, die für eine Arbeitnehmertätigkeit sprechen (Typus). Es liegen keine gravierenden Kriterien vor, die so erheblich von diesem Typus abweichen, dass eine selbstständige Tätigkeit gerechtfertigt wäre.[8]

4 Vgl. LSG Sachsen, Urteil vom 14.06.2010, L 7 AS 223/09 B ER.
5 Vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1999, B 2 U 38/98 R.
6 Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.05.2006, 1 BvR 21/96.
7 Vgl. LSG Bayern, Urteil vom 10.05.2007, L 8 AL 220/06.
8 Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.10.2009, L 1 KR 315/08.

Über derartige Sachverhalte haben die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende regelmäßig zu entscheiden. Es müssen nicht nur Entscheidungen über (angebliche) Personengesellschaften (1-Personengesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, oHG, KG) getroffen werden, sondern es geht im Wesentlichen auch um die Frage, ob ein Gesellschafter oder ein Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft (GmbH, Unternehmergesellschaft – UG, Limited) als selbstständig oder nichtselbstständig anzusehen ist.

Bei einer Kapitalgesellschaft ist zu klären, ob der mitarbeitende Gesellschafter oder der Geschäftsführer als Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hat, wobei der Umfang des Einflusses nach der Höhe des Gesellschaftsanteils der Gesellschafter bestimmt wird.[9]

Daher ist bei einer Beteiligung von weniger als der Hälfte des Stammkapitals regelmäßig von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Grundsätzlich wird ab einem Anteil von mindestens 50 % am Stammkapital nicht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen, weil der Gesellschafter jederzeit verhindern kann, dass überhaupt ein Beschluss innerhalb des Unternehmens gefasst wird. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn dieser Gesellschafter von der ihm zustehenden Rechtsmacht keinen Gebrauch macht und die Entscheidungen anderen überlässt. Unter Umständen genügt für dieses Ergebnis schon ein geringer Kapitalanteil, insbesondere, wenn der Gesellschafter über eine Sperrminorität verfügt, die sich unter anderem darauf erstreckt, ihm nicht genehme Weisungen gerade hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit zu verhindern.[10]

Daraus lässt sich allerdings nicht automatisch der Schluss ziehen, dass mangels eines durch Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers anzunehmen ist[11]. Ein Beschäftigungsverhältnis hängt in solchen Fällen wesentlich davon ab, ob der Geschäftsführer nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit einem seiner persönlichen Abhängigkeit begründenden Weisungsrecht der GmbH unterliegt.

Bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist, wird in der Regel ein Beschäftigungsverhältnis vorliegen[12]. Für den Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung gilt aber auch, dass eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV nur vorliegt, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung vorliegt. Die Dienstleistung muss daher zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgen[13].

Diese Grundsätze treffen eventuell auf einen Geschäftsführer einer Familiengesellschaft zu, wenn dieser mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist. Die in einer derartigen Familiengesellschaft vorliegende Verbundenheit zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer kann zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung füreinander schaffen und einen Einklang der Interessen bewirken. Im Einzelfall können die familiären Beziehungen dazu führen, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt wird und es an der Ausübung einer Direktion durch die Gesellschafter völlig mangelt.[14]

Beispiel:

Herr Z. ist Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit einem Kapitalanteil von 5 %. Dieser Gesellschafter-Geschäftsführer ist auch der Hauptgläubiger der GmbH. Es besteht ein Anstellungsvertrag, wonach die gesamte Arbeitskraft für die GmbH aufgewendet werden muss. Gleichzeitig besteht aber auch eine Bindung an die Satzung und Anweisungen durch Gesellschafterbeschlüsse. Als Vergütung wird eine gewinnabhängige Umsatzbeteiligung von 10 % vereinbart.

Obwohl der Geschäftsführer einer GmbH Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann dennoch eine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Sozialversicherung vorliegen.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ist die Kapitalbeteiligung nur dafür ausschlaggebend, ob nicht von vornherein aufgrund der Mehrheit oder Sperrminorität innerhalb der Gesellschafterversammlung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob und inwieweit der Gesellschafter-Geschäftsführer weisungsgebunden ist. Besteht die Weisungsgebundenheit allein darin, dass der Geschäftsführer in seiner Entscheidungsfreiheit bei bestimmten wichtigen Geschäften beschränkt ist, ohne zugleich einem (für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden) Direktionsrecht des Dienstberechtigten in Bezug auf die Ausführung seiner Arbeit unterworfen zu sein, so ist der Geschäftsführer trotz seiner gesellschaftsrechtlichen Bindung an den – in Beschlüssen konkretisierten – Willen der Gesellschaftsmehrheit nicht abhängig beschäftigt.[15]

Bei einer Kommanditgesellschaft (KG) übt jemand eine selbstständige Tätigkeit als Gesellschafter aus, der Kraft seiner Stellung in der Personengesellschaft die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörenden Handlungen vornimmt. Stellt man allein auf das Handelsgesetzbuch (HGB) ab, so ist das bei einer KG der Komplementär, nicht dagegen der Kommanditist; denn nach dem HGB ist nur der Komplementär zu den Handlungen befugt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (vgl. § 164 HGB).[16]

Der Kommanditist übt eine selbstständige Tätigkeit nur dann aus, wenn er mit Prokura ausgestattet ist und auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Handlungen tatsächlich vornimmt. Diese Regelungen gelten auch für einen in der Komplementär-Gesellschaft (GmbH bei einer GmbH & Co. KG) tätigen Gesellschafter, der damit auch die Geschäfte der KG erledigt[17].

Die Entscheidungen, ob es sich um eine Arbeitnehmertätigkeit oder um eine Selbstständigkeit handelt, müssen im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nach den §§ 20 ff SGB X autonom getroffen werden.

Autonome Entscheidungen sind möglich durch die Heranziehung folgender Unterlagen:

9 Vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1999, B 2 U 48/98 R.
10 Vgl. BSG, Urteil vom 18.04.1991, 7 RAr 32/90.
11 Vgl. BSG, Urteil vom 13.12.1960, 3 RK 2/56.
12 Vgl. BSG, Urteil vom 24.06.1982, 12 RK 45/80.
13 Vgl. BSG, Urteil vom 29.10.1986, 7 RAr 43/85.
14 Vgl. BSG, Urteil vom 08.12.1087, 7 RAr 25/86.
15 Vgl. BSG, Urteil vom 13.12.1960, 3 RK 2/56.
16 Vgl. BSG, Urteil vom 05.11.1980, 11 RA 80/79.
17 Vgl. LSG Bayern, Urteil vom 21.03.2012, L 16 AS 789/10.

- Katalog bestimmter Berufsgruppen zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit sowie zur Bestimmung der Merkmale unternehmerischen Handelns (sog. Berufsgruppenkatalog),
- Versicherungsrechtliche Beurteilung von Handelsvertretern,
- Versicherungsrechtliche Beurteilung von Künstlern,
- Versicherungsrechtliche Beurteilung von Prostituierten.

Der o. a. Berufsgruppenkatalog enthält Ausführungen zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit bei einzelnen Berufsgruppen. Die dort vorgenommenen Bewertungen stützen sich regelmäßig auf bereits ergangene, zum Teil auf höchstrichterliche Rechtsprechung.
Aus Gründen der eigenen Rechtssicherheit sollte es einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer daran gelegen sein, prüfen zu lassen, ob eventuell doch eine Arbeitnehmertätigkeit ausgeübt wird, weil damit eventuell Beitragszahlungen für die Vergangenheit vorliegen könnten. Für diese Prüfmöglichkeit wurde das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV geschaffen. Mit diesem Anfrageverfahren können die Beteiligten schriftlich die Prüfung bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) beantragen, ob im Einzelfall eine Beschäftigung nach § 7 SGB IV vorliegt. Dritten ist dieses Anfrageverfahren verwehrt. Daher hat der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende keine Möglichkeit, einen Antrag bei der Deutschen Rentenversicherung auf Überprüfung des Status zu stellen.
Allerdings ist schon im Hinblick auf etwaige Maßnahmen zur Integration in das Erwerbsleben notwendigerweise zu klären, ob es sich tatsächlich um einen Selbstständigen oder um einen Arbeitnehmer handelt. Dieser Klärung bedarf es jedoch regelmäßig nur in Grenzfällen, also bei einer sogenannten Scheinselbstständigkeit.
Sollte sich der Auftragnehmer (nur dieser wird sich im Leistungsbezug nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch befinden) weigern, ein Anfrageverfahren anzustoßen, hat der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende, die Möglichkeit, die Beantragung dieses Verfahrens zu fordern. Diese Forderung wird über die Eingliederungsvereinbarung (vgl. § 15 SGB II) formuliert. Die Eingliederungsvereinbarung soll insbesondere bestimmen, welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, erwerbsfähige leistungsberechtigte Personen zu beantragen haben (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II). Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden nach § 4 Abs. 1 SGB II als Dienst-, Sach- und Geldleistungen erbracht. Es soll daher die Dienstleistung des Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV in Anspruch genommen werden. Sollte gegen diese Vereinbarung ohne wichtigen Grund verstoßen werden, wäre dieser Verstoß sanktionsrelevant (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II).
Als Ergebnis dieser Prüfungen (durch den Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende oder der Deutschen Rentenversicherung) sollte klar sein, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit i. S. des § 3 Abs. 1 Alg II-V handelt.

Problematisch ist die Frage, ob die Begriffe **„Erwerbstätige“** nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB II (Erwerbstätigenfreibetrag), „erwerbsfähige Leistungsberechtigte, die **erwerbstätig** sind“ nach § 11b Abs. 2 Satz 2 SGB II (Grundfreibetrag für Erwerbstätige) und **„Erwerbstätigkeit“** nach § 7 Abs. 1 Alg II-V (nicht zu berücksichtigendes Vermögen) identisch mit dem Begriff der angesprochenen **„selbstständigen Tätigkeit“** sind.
Der Freibetrag nach § 11b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 SGB II i. V. m. § 11 Abs. 3 SGB II wird im Zusammenhang mit Erwerbseinkommen berücksichtigt. Dies sind Einnahmen, die die leistungsberechtigte Person unter Einsatz und Verwertung ihrer Arbeitskraft erzielt[18]. Bei dieser Art von Erwerbstätigkeit ist das Einkommen aus einer mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeit gemeint.
Die Gewinnerzielungsabsicht ist eine innere Tatsache, die – wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge – anhand äußerer Merkmale beurteilt werden kann. Es müssen objektive Umstände vorliegen, aus denen auf das Vorliegen oder Fehlen der Absicht geschlossen werden kann, wobei einzelne Umstände einen Anscheinsbeweis liefern können, der vom Steuerpflichtigen entkräftet werden kann. Dauernde Verluste sind zwar ein Indiz gegen eine Einkunftserzielungsabsicht, daraus kann aber nur dann auf eine steuerrechtlich unbeachtliche Liebhaberei geschlossen werden, wenn der Steuerpflichtige die verlustbringende Tätigkeit nur aus im Bereich seiner Lebensführung liegenden persönlichen Gründen oder Neigungen ausübt.[19]
Die Bewertung einer Tätigkeit kann im Steuerrecht nicht zu einer Liebhaberei führen und im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zu einer Selbstständigkeit bzw. umgekehrt. Aus diesem Grunde werden diese Aussagen auch für die Beurteilung der Selbstständigkeit im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende übernommen. Sollten die erkennbaren äußeren Merkmale gegen die Annahme einer Liebhaberei sprechen, wird auch bei fortgesetzten Verlusten gleichwohl grundsätzlich von einer Gewinnabsicht auszugehen sein.
An die Gewerbeanmeldung sind aufgrund der Gewerbeordnung bestimmte Rahmenbedingen geknüpft. Das Bundesverwaltungsgericht hat folgende Kriterien für den Gewerbebegriff (der im Gesetz selbst nicht definiert wird) entwickelt:

- Die Tätigkeit ist nicht verboten.
- Es wird eine Gewinnerzielungsabsicht damit verbunden.
- Sie ist auf Dauer angelegt (das tatsächliche Ende nach kurzer Zeit ist nicht
  entscheidend, Absicht zählt).
- Die Tätigkeit wird selbstständig ausgeübt.
- Es handelt sich nicht um Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft).
- Es handelt sich nicht um die bloße Verwaltung eigenen Vermögens.
- Es handelt sich nicht um einen freien Beruf.[20]

„Nicht nur vorübergehend“ bedeutet, dass die Selbstständigkeit auf Dauer angelegt ist. Als nur „vorübergehend“ ist sie dann anzusehen, wenn zur Zeit ihrer Aufnahme bzw. im Zeitpunkt der Antragstellung von vornherein feststeht, dass sie zeitlich begrenzt ausgeübt werden soll.[21]
Eine Gewerbe**anmeldung** (keine Erlaubnis) wird aber nur bei Gewerbetrieben gefordert, nicht bei den freien Berufen. In Ermangelung einer für das Gewerberecht verbindlichen Begriffsbestimmung ist zur Ausgrenzung aus dem Gewerbebegriff eine Betätigung zu fordern, die, wenn auch nicht in allen Elementen, so doch im Typus der Umschreibung des Begriffs des „Freien Berufs“ in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entspricht[22]. Obwohl es sich um ein negatives Element des Gewerbebegriffs (kein freier Beruf)

18 Vgl. LSG NRW, Urteil vom 13.06.2007, L 20 B 6/07 AS ER.
19 Vgl. BFH, Urteil vom 06.03.2003, XI R 46/01.
20 Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.01.1993, 1 C 25.91.
21 Vgl. BSG, Urteil vom 25.02.1997, 12 RK 33/96.
22 Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.01.1993, 1 C 25.91.

handelt, sollten trotzdem weitere Kriterien damit verbunden sein (Gewinnerzielungsabsicht und auf Dauer angelegt). Daher können die oben getroffen Aussagen auch auf diese Art der selbstständigen Tätigkeit übertragen werden.
Es kann davon ausgegangen werden, dass die Begriffe „**selbstständige Tätigkeit**" und „**erwerbstätig**" als gleichwertig anzusehen sind. Dieses trifft auch für die Vorschriften des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch zu. Nach § 7 Abs. 1 Alg II-V sind außer dem in § 12 Absatz 3 SGB II genannten Vermögen Vermögensgegenstände nicht zu berücksichtigen, die zur Aufnahme oder Fortsetzung der Berufsausbildung oder der **Erwerbstätigkeit** unentbehrlich sind.
Das Bundessozialgericht hat dazu entschieden, dass es sich bei einer Tätigkeit nur dann um eine Erwerbstätigkeit handeln kann, wenn diese zu Erträgen zur Bestreitung des Lebensunterhaltes führt, nicht dagegen eine Berufsausübung ohne nennenswerten wirtschaftlichen Erfolg.[23]
Die Regelung des § 7 Abs. 1 Alg II-V wurde inhaltlich aus § 88 Abs. 2 Nr. 4 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) in der bis zum 31.12.2004 gültigen Fassung übernommen. Dazu hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass „nennenswert" nur dann gegeben ist, wenn das erzielte Einkommen den Lebensunterhalt teilweise deckt[24]. Bei dieser Definition muss davon ausgegangen werden, dass es sich regelmäßig um positives Einkommen handelt. Für die Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit sind unentbehrliche Gegenstände vor Veräußerung oder Verwertung geschützt, weil der Gebrauch dieser Gegenstände eine Selbsthilfe im Sinne des § 2 Abs. 1 BSHG ermöglicht. Daraus folgt dann, dass kein Anlass besteht, einen weiteren Gebrauch solcher Gegenstände zu gewährleisten, wenn aus einer Bewirtschaftung der Lebensunterhalt nicht mehr in nennenswertem Umfang bestritten werden kann.
Zusammenfassend lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

1. Fehlende positive Erträge für die Vergangenheit sprechen gegen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit.
2. Ein Betrieb, der nicht lebensfähig ist, wird dauerhaft nicht als Erwerbstätigkeit gesehen werden können.

Die Einschränkung im Rahmen des § 7 Abs. 1 Alg II-V gilt insoweit, dass es dem Leistungsträger zur Vermeidung von Missbrauchstendenzen möglich ist, bei mangelnder Tragfähigkeit der selbstständigen Tätigkeit vom Leistungsbezieher die Aufnahme einer anderweitigen Erwerbstätigkeit bzw. entsprechende Bemühungen zu verlangen. In diesem Fall würden auch die Arbeits- und Produktionsmittel von der Privilegierung ausgenommen und als Vermögen anzurechnen sein.[25]

Die Frage der Tragfähigkeit ist auch bei der Entscheidung über Anträge auf Einstiegsgeld nach § 16b SGB II zu berücksichtigen. Die Kriterien, die für oder gegen eine Tragfähigkeit in diesem Sinne sprechen, müssen, um eine einheitliche Entscheidungspraxis zu garantieren, auch für die Entscheidung bei einer laufenden Selbstständigkeit gelten. Daher müssen folgende Punkte geklärt werden:

- die Konkurrenzfähigkeit der Geschäftsidee,
- die fachlichen und branchenspezifischen Kenntnisse und Fertigkeiten,
- die Zulassungsvoraussetzungen,
- das kaufmännische und unternehmerische Know-how,
- der Kapitalbedarf und die voraussichtliche Ertrags- und Gewinnerwartungen.[26]

Sollte sich danach (gerade hinsichtlich der Ertrags- und Gewinnerwartungen) keine Tragfähigkeit mehr ergeben, liegt auch keine Erwerbstätigkeit und damit auch keine „selbstständige Tätigkeit" vor. Diese Betrachtungsweise hat auch Auswirkungen auf die Frage, ob Einnahmen (z. B. bei sog. unentgeltlichen Warenentnahmen), Ausgaben (z. B. Kosten eines Kfz) und höhere Freibeträge berücksichtigt werden und ob Vermögen als geschützt anzusehen ist.
Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass nicht alle Personen, die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch beziehen und behaupten, selbstständig zu sein, dieses auch sind und die Selbstständigkeit selbst bei grundsätzlichem Vorliegen der Kriterien während des laufenden Leistungsbezuges nach dem SGB II wegfallen kann.
Abschließend muss noch geklärt werden, zu welchem konkreten Zeitpunkt eine Selbstständigkeit beginnt und wann diese endet. Personengesellschaften beginnen unabhängig von den Regelungen der Gewerbeordnung mit dem tatsächlichen Start der Tätigkeit[27].
Kapitalgesellschaften beginnen dagegen erst mit der Eintragung im Handelsregister (HR-B). Bis zu dieser Eintragung gilt die Gesellschaft im Rahmen einer sogenannten Vorgesellschaft als Personengesellschaft (je nach Anzahl der Gesellschafter als 1-Personengesellschaft oder als GbR). Die Beurteilung, ob eine Selbstständigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Alg II-V bei dieser Vorgesellschaft vorliegt, erfolgt nach den Kriterien, die bei der Eintragung der Kapitalgesellschaft ins Handelsregister vorliegen werden. Dazu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.
Was unter der „Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit" zu verstehen ist, wird durch eine gesetzliche Regelung nicht näher umschrieben. Mithin gibt es auch keine ausdrückliche Regelung, aus der geschlossen werden könnte, dass die selbstständige Tätigkeit erst dann als aufgenommen gilt, wenn mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit (z. B. Produktion von Waren und Dienstleistungen) begonnen wird. Eine selbstständige Tätigkeit wird mit der erstmaligen Vornahme einer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichteten und der Gewinnerzielung dienenden Handlung mit Außenwirkung aufgenommen. Inwieweit Vorbereitungshandlungen mit Außenwirkung einzubeziehen sind, wurde bisher nicht geregelt.[28]
Vorbereitende Maßnahmen werden nur dann als „Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" zu werten sein, wenn diese Maßnahmen Außenwirkung im Geschäftsverkehr entfalten und sie ferner nach dem zugrunde liegenden Gesamtkonzept ernsthaft und **unmittelbar** auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet sind.[29]

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat in einem Fall einen Zeitraum von bis zu 2 Monaten noch als „unmittelbar" bewertet.[30]

23 Vgl. BSG, Urteil vom 23.11.2006, B 11b AS 3/05.
24 Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.11.1992, 5 C 15.89.
25 Vgl. Bundestags-Drucksache vom 01.06.2006, 16/1710.
26 Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 08.06.2011, L 25 AS 538/10.
27 Vgl. BSG, Urteil vom 05.05.2010, B 11 AL 28/09 R.
28 Vgl. BSG, Urteil vom 01.06.2006, B 7a AL 34/05 R.
29 Vgl. BSG, Urteil vom 05.05.2010, B 11 AL 28/09 R.
30 Vgl. LSG NRW, Urteil vom 21.04.2010, L 1 AL 39/09.

Personengesellschaften enden nicht automatisch mit der Abmeldung des Gewerbes.[31]
Die werbende Tätigkeit muss beendet werden, da es andernfalls ein Selbstständiger in der Hand hätte, gewisse, möglicherweise gewollte „Auszeiten" dadurch zu überbrücken, dass er Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Anspruch nimmt, ohne dass das Einkommen, das unmittelbar vorher oder unmittelbar nachher erzielt worden ist, anspruchsmindernd zu berücksichtigen wäre.
Im Vordergrund steht, dass der persönliche Einsatz beendet wird. Es ist durchaus möglich, diesen persönlichen Einsatz anhand von Werbemaßnahmen festzustellen. Eventuell wird dadurch auch der äußere Wille festgestellt, ob weiterhin ernsthaft eine selbstständige Tätigkeit betrieben werden soll.
Es bietet sich hinsichtlich dieser Frage an, sich an die Regelungen des Steuerrechts anzulehnen. Hier sollten die Ergebnisse hinsichtlich der Frage, was unter einer Unternehmereigenschaft zu verstehen ist, parallel vorliegen. Danach endet die Unternehmereigenschaft regelmäßig mit dem letzten Tätig werden, unabhängig vom Zeitpunkt der Abmeldung oder Einstellung des Gewerbebetriebes. Sämtliche Rechtsbeziehungen, die mit dem Betrieb in Zusammenhang stehen, müssen abgewickelt sein.[32]
Die Einstellung der gewerblichen Tätigkeit eines Unternehmens ist jedoch nur dann als Betriebsaufgabe zu beurteilen, wenn sich entweder aus den äußerlich erkennbaren Umständen eindeutig ergibt, dass der Betrieb endgültig aufgegeben werden soll oder der Unternehmer eine eindeutige Erklärung derartigen Inhalts gegenüber dem Finanzamt (oder dem Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende) abgibt.[33]

31 Vgl. LSG Bayern, Urteil vom 24.07.2008, L 7 AS 224/07.
32 Vgl. BFH, Urteil vom 21.04.1993, XI R 50/90.
33 Vgl. BFH, Urteil vom 16.12.1997 – VIII R 11/95.

Beispiel:

Herr A. ist hilfebedürftig im Sinne des § 9 Abs. 1 SGB II. Die Bewilligung erfolgt im Rahmen des § 41 SGB II vom 01.01.2012 – 30.06.2012. Herr A. übt eine selbstständige Tätigkeit aus (Handel mit gebrauchten Elektrogeräten). Dazu hat er ein Ladenlokal angemietet, für das Mietkosten entstehen.
Die Geschäfte laufen derart schlecht, dass Herr A. gewillt ist, das Gewerbe aufzugeben. Aus diesem Grunde wurde das Gewerbe mit Ablauf des 31.03.2012 abgemeldet und der Pachtvertrag für das Ladenlokal zum gleichen Zeitpunkt gekündigt.

Am 31.03.2012 sind aber noch erhebliche Warenrestbestände vorhanden, so dass diese in seine Wohnung geschafft werden. Von dort werden diese Waren über das Internet angeboten und verkauft. Am 15.04.2012 wird das letzte Gerät verkauft und am 15.06.2012 erfolgt die Überweisung des Kaufpreises, so dass nun eine vollständige Abwicklung des Betriebes vorliegt.

Fragestellung:

Wann endet die selbstständige Tätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Alg II-V?

Lösung:

Die werbende Tätigkeit wurde nicht mit Ablauf des 31.03.2012 eingestellt. Es wurde zwar das Gewerbe abgemeldet, aber der Wille, dieses tatsächlich auch zu beenden, lag zu diesem Termin nicht vor. Eine komplette Abwicklung erfolgt erst mit der Bezahlung der letzten Rechnung am 15.06.2012, so dass erst mit Ablauf dieses Tages die selbstständige Tätigkeit als beendet anzusehen ist.

Fallbearbeitungen

Thomas Freund*

Der Zahnarzt und die Fußgängerzone**

Sachverhalt

Zahnarzt Z betreibt im Ärztehaus S-Straße 1 in der kreisfreien Stadt Sonnenschein in Mecklenburg-Vorpommern eine Zahnarztpraxis. In dem Gebäude haben sich insgesamt sechs Ärzte niedergelassen. Die Straße, die früher dem allgemeinen Verkehr gewidmet war, wurde zur Fußgängerzone herabgestuft und lässt jetzt nur noch Fußgängerverkehr sowie Anlieger- und Lieferverkehr in den Vormittagsstunden zu. Durch die Straßenverkehrsbehörde wurde das Schild „Verbot für Fahrzeuge aller Art" (§ 41 I Anlage 2 Nr. 28 Zeichen 250 StVO) mit dem Zusatzschild „Anlieger- und Lieferverkehr in der Zeit von 6.00–10.00 Uhr frei" (§ 39 I 2 StVO) aufgestellt.
Z hat gegen diesen Ausschluss des Anliegerverkehrs durch die Beschilderung Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist. Er ist der Ansicht, dass gerade ältere Personen, die häufiger einen Arzt konsultieren, darauf angewiesen sind, mit dem Taxi vor die Praxis gefahren zu werden.
Z begehrt zwischenzeitlich für sich selbst eine Ausnahmegenehmigung, um unabhängig von der Sperrzeit mit seinem Wagen zum und vom Grundstück S-Straße 1 fahren zu können. Er erläutert, dass er auch während der Sperrzeit das Grundstück mit seinem Wagen verlassen möchte, um dringende Hausbesuche bei Patienten zu machen. Um seinen Beruf ausüben zu können – so Z – müsse ihm die Ausnahmegenehmigung erteilt werden.
Den dahingehenden Antrag wies der Oberbürgermeister der Stadt Sonnenschein mit am 07.05.2012 als Übergabeeinschreiben zur Post gegebenem Bescheid mit ausführlicher Begründung zurück. Es lä-

* Oberregierungsrat Dr. Thomas Freund unterrichtet als hauptamtlicher Dozent am Fachbereich Allgemeine Verwaltung der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege des Landes Mecklenburg-Vorpommern in Güstrow Allgemeines Verwaltungsrecht und Kommunalrecht.
** Der nachfolgende Fall thematisiert die Verpflichtungsklage am Beispiel einer straßenverkehrsrechtlichen Anspruchsgrundlage, die der Behörde Ermessen einräumt. Als prozessuale Besonderheit ist die Untätigkeitsklage hervorzuheben, während die Begründetheitsprüfung von den Themenkreisen der Zusicherung und des maßgeblichen Zeitpunkts geprägt wird.

gen keine besonderen Gründe vor, die es rechtfertigen würden, Z eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Insbesondere gäbe es bei Zahnärzten kaum dringende Hausbesuche. Laut Auskunft der kassenzahnärztlichen Vereinigung habe es im gesamten Kammergebiet in den Jahren 2010 und 2011 insgesamt zwei Hausbesuche des zahnärztlichen Notfalldienstes gegeben. Im Übrigen könne Z, um seinen Pkw ständig nutzen zu können, in der 300 m entfernten A-Straße eine Garage anmieten.
Der Bescheid enthielt die folgende Rechtsbehelfsbelehrung:

„Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach der Bekanntgabe bei dem Oberbürgermeister der Stadt Sonnenschein, Postfach 01 10 42, 12345 Sonnenschein, Widerspruch einlegen."

Der Rechtsanwalt R von Z legt gegen den Bescheid vom 07.05.2012 am 22.06.2012 Widerspruch ein. Eine Vollmacht ist dem Widerspruchsschreiben nicht beigefügt. Zur Begründung führt er aus, dass Z die Erteilung der Ausnahmegenehmigung schon deshalb nicht versagt werden könne, weil durch den Oberbürgermeister zugesichert worden sei, dass die Praxis S-Straße 1 verkehrsgünstig liege. Wenn die Stadt schon die Straße sperre, also die verkehrsgünstige Lage beseitige, bestünde jedenfalls die Verpflichtung, eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Das Schreiben des Oberbürgermeisters vom 01.04.2004 ist dem Widerspruchsschreiben beigefügt:

Stadt Sonnenschein
Der Oberbürgermeister

Herrn Z
Gneisenaustraße 30
20253 Hamburg

Dezernat 111	Auskunft erteilt:	Telefon:	Datum:
(Straßenverkehrsverwaltung)	Herr Züssow	0333/559-999	01.04.2004

Sehr geehrter Herr Z.,

für Ihre Zuschrift vom 01.03.2004 danke ich Ihnen. Ich freue mich darüber, dass Sie die Absicht haben, sich in unserer Stadt niederzulassen. Ihre Ansicht, dass unsere Stadt für Ärzte ein attraktives Tätigkeitsgebiet sei, erscheint mir zutreffend. Die von Ihnen ins Auge gefasste Praxis in der S-Straße 1 weist eine zentrale Lage in der Innenstadt auf und ist durch die Nähe zum Zentralen Omnibusbahnhof, der in einer Entfernung von etwa 5 Minuten liegt, gut zu erreichen. Auch der Umstand, dass sich andere Ärzte und eine Apotheke in dem Haus niederlassen wollen, verdeutlichen die Vorzüge dieser Lage.

Hochachtungsvoll

im Auftrag

(Züssow)

R führt in seinem Widerspruchsschreiben weiter aus: Der ablehnende Bescheid sei unhaltbar, weil offensichtlich bereits in großer Zahl für die S-Straße Ausnahmegenehmigungen erteilt wurden. Ein allgemein praktischer Arzt im selben Haus und der Möbelrestaurator gegenüber seien im Besitz von Ausnahmegenehmigungen. R sieht Z demgegenüber als ohne rechtfertigenden Grund benachteiligt.
Nachdem trotz mehrmaliger Nachfragen kein Widerspruchsbescheid ergangen ist, erhebt R namens Z mit Schreiben vom 06.10.2012 beim Verwaltungsgericht Sonnenschein Klage gegen den Oberbürgermeister der Stadt Sonnenschein. Er ergänzt die Begründung seines Widerspruchs dahingehend, dass Z nach einem im Mai erlittenen tragischen Verkehrsunfall an den Rollstuhl gefesselt und als schwerbehindert anerkannt sei, seinen Beruf nach einem entsprechenden Umbau seiner Praxis jedoch weiter ausüben wolle. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten könnte mangels auf- oder abdrängender Spezialzuweisungen nach § 40 I VwGO eröffnet sein. Dann müsste die Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Das ist nach der modifizierten Subjektstheorie[1] dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger der öffentlichen Verwaltung berechtigt oder verpflichtet.
Als streitentscheidende Norm kommt § 46 I 1 Nr. 11 StVO in Betracht. Diese Norm berechtigt ausschließlich die Straßenverkehrsbehörden zum Handeln. Behörden nehmen gemäß § 1 III VwVfG M-V die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit für einen Träger der öffentlichen Verwaltung wahr. Damit wird ausschließlich ein Träger der öffentlichen Verwaltung berechtigt. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Natur.
Die Streitigkeit dürfte nicht verfassungsrechtlicher Art sein. Sie wäre verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsorgane unmittelbar um die Auslegung von Verfassungsrecht streiten[2]. Hier ist auf der einen Seite eine Privatperson beteiligt und es wird auch nicht unmittelbar um die Anwendung von Verfassungsrecht gestritten. Damit ist die Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art.
Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage

Die Klage ist nach § 42 I Alt. 2 VwGO als Verpflichtungsklage statthaft, wenn das Begehren auf Erlass eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG M-V gerichtet ist. Der Kläger begehrt die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung. Diese Maßnahme ist, wie eben dargestellt, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anzusiedeln. Sie soll von einer Behörde i.S.v. § 1 III VwVfG M-V – der Straßenverkehrsbehörde – vorgenommen werden und zwar mit Außenwirkung gegenüber Z. Die begehrte Ausnahmegenehmigung ist als rechtsgestaltende Regelung eines konkreten Sachverhalts gegenüber einem individuellen Adressaten und damit insgesamt als Verwaltungsakt einzuordnen. Die Klage ist als Verpflichtungsklage statthaft.

1 Vgl. dazu *Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke*, VwGO, 18. A. (2012), § 40 Rn. 11; *Friedhelm Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. A. (2011), § 11 Rn. 17 und *Rolf Schmidt*, Verwaltungsprozessrecht, 14. A. (2011), Rn. 39.
2 *Hufen* (Fn. 1), § 11 Rn. 49 ff.

III. Klagebefugnis

Klagebefugnis liegt nach § 42 II VwGO vor, wenn der Kläger geltend macht, durch die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist dann der Fall, wenn er möglicherweise einen Anspruch auf den Erlass des beantragten Verwaltungsakts bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat und dieser Anspruch nicht erfüllt wurde, was voraussetzt, dass die möglicherweise verletzte Rechtsvorschrift auch zum Schutz des Klägers erlassen wurde[3]. § 46 I 1 Nr. 11 StVO als mögliche Anspruchsgrundlage begründet einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für „bestimmte Einzelfälle oder allgemein für bestimmte Antragsteller". Eine Eingrenzung des Personenkreises der Anspruchsteller zu Lasten des Klägers ergibt sich daraus nicht. Im Gegenteil: Z bedarf zur Verwirklichung seines Vorhabens, die von ihm betriebene Arztpraxis auch nach Errichtung der Fußgängerzone weiterhin mit dem Auto anfahren zu können, der angestrebten Ausnahmegenehmigung, weshalb er in den Schutzbereich der Anspruchsgrundlage fällt und damit möglicherweise einen noch nicht befriedigten Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat. Er ist klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Die Durchführung eines Vorverfahrens ist nicht ausnahmsweise nach § 68 II, I 2 VwGO entbehrlich. Insbesondere wurde der Ablehnungsbescheid nicht von einer obersten Landesbehörde erlassen. Damit musste das Vorverfahren entsprechend § 68 II, I VwGO ordnungsgemäß durchgeführt, d.h. mit einem unter Beachtung der Vorgaben aus § 70 I VwGO ordnungsgemäß erhobenen Widerspruch eingeleitet und mit einem von der nach § 73 I VwGO zuständigen Widerspruchsbehörde erlassenen Widerspruchsbescheid ordnungsgemäß abgeschlossen worden sein.

1. Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung

a. Form

Z hat am 22.06.2012, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, schriftlich und damit in der durch § 70 I VwGO zugelassenen Form Widerspruch erhoben.

b. Widerspruchsfrist

Die Widerspruchsfrist wird nach § 70 I VwGO ausgelöst durch die Bekanntgabe des Verwaltungsakts. Hier wurde der Ablehnungsbescheid am 07.05.2012 als Übergabeeinschreiben zur Post gegeben. Damit ist davon auszugehen, dass der Bescheid aufgrund der 3-Tages-Fiktion aus § 97 II 2 VwVfG M-V am 10.05.2012 bekanntgegeben wurde. Die Widerspruchsfrist begann damit nach §§ 79, 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB am 11.05.2012 zu laufen.

Sie beträgt nach § 70 I VwGO grundsätzlich einen Monat, es sei denn aus §§ 70 II, 58 II VwGO ergibt sich wegen fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung eine Jahresfrist. Eine korrekte Rechtsbehelfsbelehrung muss nach §§ 70 II, 58 I VwGO zutreffende Angaben über die Art des Rechtsbehelfs, die Einlegestelle mit Sitz und über die Frist enthalten. Zum Sitz beschränkt sich die dem Kläger erteilte Rechtsbehelfsbelehrung auf die Angabe des Postfachs. Will der Bürger von seinem sich aus § 70 I 1 VwGO ergebenden Recht der Widerspruchserhebung zur Niederschrift Gebrauch machen, müsste er zusätzlichen Rechercheaufwand betreiben, was ihn möglicherweise von der Widerspruchserhebung abschrecken könnte. Damit erweist sich die Rechtsbehelfsbelehrung als fehlerhaft[4], weshalb nach §§ §§ 70 II, 58 II VwGO der Widerspruch binnen Jahresfrist eingelegt werden kann.

Die seit dem 11.05.2012 laufende Jahresfrist endet nach §§ 79, 31 I VwVfG M-V i.V.m. § 188 II BGB am Freitag, dem 10.05.2013. Mit dem Eingang des Widerspruchs bei der Ausgangsbehörde am 22.06.2012 wurde die Frist gewahrt und der Widerspruch ordnungsgemäß erhoben[5].

2. Ordnungsgemäßer Abschluss

Das Widerspruchsverfahren hätte nach § 73 I 1 VwGO mit dem Erlass eines Widerspruchsbescheids abgeschlossen werden müssen. Da den Kläger trotz mehrmaliger Nachfragen auch im Oktober noch kein solcher erreicht hatte, ist zu prüfen, ob die Klage nach § 75 S. 1 Alt. 1 VwGO als Untätigkeitsklage zulässig ist[6]. Dazu müssten seit der Widerspruchserhebung drei Monate ohne Widerspruchsbescheid vergangen sein. Diese Frist begann am Tag nach dem Eingang des Widerspruchs bei der Ausgangsbehörde am 22.06.2012, also am 23.06.2012 zu laufen. Sie ist nach §§ 79, 31 I VwVfG M-V und §§ 188 II, 193 BGB zu berechnen und endete folglich am Montag, dem 24.09.2012. Am Tage der Klageerhebung, dem 06.10.2012, war sie bereits verstrichen. Ein zureichender Grund, der nach § 75 S. 1 VwGO der Zulässigkeit der Untätigkeitsklage entgegenstehen könnte, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Damit ist die Klage auch ohne ordnungsgemäßen Abschluss des Vorverfahrens als Untätigkeitsklage nach § 75 S. 1 Alt. 1 VwGO soweit zulässig.

V. Ordnungsgemäße Klageerhebung

1. Form und Inhalt

Form und Inhalt der Klageerhebung entsprechen den Vorgaben aus §§ 81, 82 VwGO.

2. Klagefrist

Grundsätzlich wird der Lauf der Klagefrist nach § 74 I VwGO durch die Zustellung des Widerspruchsbescheids ausgelöst. Für den Fall der Untätigkeitsklage fehlt es an diesem fristauslösenden Ereignis. Deshalb kann die Klage in diesem Fall ohne Beachtung einer Frist erhoben werden. Es gelten nur die allgemeinen, sich aus § 242 BGB ergebenden Grenzen der Verwirkung[7], die hier nicht greifen. Damit ist von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung auszugehen.

VI. Richtige Auswahl des Beklagten

Richtiger Beklagter ist gem. § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AGGSG M-V[8] der Oberbürgermeister von Sonnenschein als die Behörde, die den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Gegen ihn hat Z geklagt.

3 *Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. A. (2012), Rn. 497 f.

4 So auch *OVG Bautzen*, SächsVBl 1997, S. 159; a.A. *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 58 Rn. 10 und *Reiner Stein*, Bescheidtechnik, 2007, Rn. 252 m.w.N.

5 Bearbeiter, die der Auffassung von *Kopp/Schenke* und *Stein* (Fn. 4) folgen, müssten als Fristende unter Heranziehung von § 193 BGB Montag, den 11.06.2012 ermitteln und damit nach Feststellung der Verfristung im Hilfsgutachten weiterprüfen.

6 Vgl. dazu *Reiner Stein* (in diesem Heft), S. 90.

7 *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 76 Rn. 1 f.

8 § 14 des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsstrukturgesetzes vom 10. Juni 1992 (GVOBl. M-V 1992, S. 314), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Mai 2011 (GVOBl. M-V S. 310), lautet: „(1) Behörden sind fähig, am Verfahren vor den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit beteiligt zu sein. (2) Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen sind gegen die Behörde zu richten, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat."

VII. Partei- und Prozessfähigkeit, Vertretung

1. Parteifähigkeit (§ 61 VwGO):
Z ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO parteifähig, der Oberbürgermeister nach § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AGGSG M-V[9].

2. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)
Z ist als unbeschränkt geschäftsfähige natürliche Person nach § 62 I Nr. 1 VwGO, der Oberbürgermeister als Behörde nach § 62 III VwGO prozessfähig.

3. Vertretung (§ 67 II, III VwGO)
Die Vertretung von Z durch Rechtsanwalt R ist nach § 67 II 1 VwGO zulässig. Die erforderliche Vollmacht kann nach § 67 III 2 VwGO nachgereicht werden.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klage von Z ist als Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage zulässig.

B. Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung des beantragten VA rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 V VwGO). Rechtswidrig ist die Ablehnung im Falle einer gebundenen Entscheidung und bei Ermessensreduzierung auf Null dann, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts hat, im Übrigen dann, wenn der Kläger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat[10].

I. Mögliche Anspruchsgrundlage

Die mögliche Anspruchsgrundlage ist § 46 I 1 Nr. 11 StVO[11].

II. Formelle Voraussetzungen des Anspruchs

1. Antragstellung
Den nach § 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG M-V erforderlichen Antrag hat Z gestellt.

2. Zuständigkeit der Behörde für den Erlass des VA
a. Sachliche Zuständigkeit
Sachlich zuständig für den Erlass der von Z begehrten Ausnahmegenehmigung sind nach §§ 46 I, 44 I StVO i.V.m § 4 I Nr. 1 k StVZustLVO M-V[12] ohne Rücksicht auf die Größe der Gemeinde die (Ober-)Bürgermeister und Amtsvorsteher.

b. Örtliche Zuständigkeit
Die örtliche Zuständigkeit des Oberbürgermeisters der Stadt Sonnenschein, bei dem Z seinen Antrag gestellt hat, ergibt sich aus § 47 II Nr. 7 StVO.
Z hat die formellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt.

III. Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs

1. Verbot oder Beschränkungen durch Vorschriftzeichen (§ 41 StVO)
Durch die Straßenverkehrsbehörde wurde das Schild „Verbot für Fahrzeuge aller Art" (§ 41 I StVO, Anlage 2, Ziffer 28, Zeichen 250) aufgestellt. Der hiergegen von Z eingelegte Widerspruch hat nach § 80 II 1 Nr. 2 VwGO analog keine aufschiebende Wirkung[13], so dass Z außerhalb der durch das Zusatzzeichen erlaubten Zeiten die Zufahrt zu seiner Praxis verboten ist.

2. Bestimmter Einzelfall
Wie oben zur Statthaftigkeit dargestellt[14], begehrt Z den Erlass einer Einzelfallregelung, die ihm persönlich die Zufahrt zu seiner Praxis ermöglichen soll.
Damit sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage erfüllt.

IV. Rechtsfolge: Ermessen

§ 46 I 1 Nr. 11 StVO räumt den Straßenverkehrsbehörden Ermessen ein. Z hätte nur dann einen Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Ansonsten hätte er einen Anspruch auf Neubescheidung, wenn der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung noch nicht durch fehlerfreie Ermessensausübung erloschen ist[15].

1. Ermessensreduzierung auf Null
a. Selbstbindung der Verwaltung
Eine Ermessensreduzierung auf Null könnte sich aus dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 I GG)[16] ergeben. Eine derartige Selbstbindung erwächst aus Verwaltungsrichtlinien oder aus einer einschlägigen Verwaltungspraxis, die die Behörde nicht generell aufgeben möchte. Vorliegend befinden sich im Ärztehaus S-Straße 1 sechs Arztpraxen. Von den sechs Ärzten wurde bislang einem eine Ausnahmegenehmigung erteilt, wie sie auch von Z begehrt wird. Eine Verwaltungspraxis kann darin nicht erblickt werden.

b. Zusicherung
Sodann würde eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen, wenn sich die Behörde bereits durch eine wirksame Zusicherung nach § 38 I VwVfG M-V[17] dahingehend gebunden hätte, die Ausnahmegenehmigung zwingend zu erteilen. Fraglich ist also, ob dem Schreiben vom 01.04.2004 eine solche Zusicherung entnommen werden kann. Während die Form- und Zuständigkeitsanforderungen aus § 38 I VwVfG M-V erfüllt sind, erscheint der erforderliche Rechtsbindungswille als fraglich. Um diesen zu ermitteln, ist das Schreiben auszulegen. Dabei kommt es darauf an, welcher Wille dem Schreiben aus der Sicht eines objektiven verständigen Betrachters entnommen werden kann. Der Wortlaut des Schreibens gibt keine Hinweise da-

9 S.o. Fn. 8.
10 *Stein* (Fn. 6) S. 91 f.
11 Ansprüche können sich nicht nur aus formellen Gesetzen, sondern auch aus Rechtsverordnungen und Satzungen sowie aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, Zusicherungen oder einer Verwaltungspraxis ergeben; vgl. *Schmidt* (Fn. 1), Rn. 756 ff. und *Hufen* (Fn. 1), § 26 Rn. 3 und 7 ff.
12 § 4 der Landesverordnung zur Bestimmung der zuständigen Behörden auf dem Gebiet des Straßenverkehrswesens (Straßenverkehr-Zuständigkeitslandesverordnung – StVZustLVO M-V) vom 01.07.1991 (GVOBl. S. 245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.06.2010 (GVOBl. S. 318) lautet: „(1) Die Amtsvorsteher und die Bürgermeister der amtsfreien Gemeinden sind für ihren Bezirk zuständige Behörde: 1. im Straßenverkehrsrecht nach der Straßenverkehrs-Ordnung für (…) k. die Genehmigung von Ausnahmen von den Verboten oder Beschränkungen, die durch Vorschriftzeichen, Richtzeichen, Verkehrseinrichtungen oder Anordnungen erlassen sind, nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 (…)."
13 Vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 80 Rn. 64 m.w.N.
14 S.o. S. 113.
15 Zur Prüfungsreihenfolge *Stein* (Fn. 6), S. 100.
16 Vgl. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. A. (2011), § 24 Rn. 21 ff.; *Rolf Schmidt*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. A. (2011), Rn. 146.
17 Vgl. dazu *Maurer* (Fn. 16), § 9 Rn. 58 ff. und *Schmidt* (Fn. 16), Rn. 396 ff.

rauf, dass sich die Behörde in der von Z behaupteten Weise binden wollte. Insbesondere wird an keiner Stelle das Wort „Zusage“ oder „Zusicherung“ verwendet.
Auch vom Zusammenhang des Schreibens her betrachtet, ist nicht eindeutig, welchen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen oder zu unterlassen zugesichert sein soll. Vielmehr stellt sich das Schreiben von seinem Gesamtzweck her eher als unverbindliches Hinweisschreiben dar.
Eine Zusicherung liegt demnach ebenfalls nicht vor, sodass sich eine Ermessensreduzierung auf Null auch aus diesem Aspekt nicht ergibt.

c. Schwerbehinderung
Eine derartige Bindung der Verwaltung könnte sich aber aus der nach Abschluss des verwaltungsbehördlichen Verfahrens eingetretenen Schwerbehinderung von Z ergeben. Dazu muss zunächst die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt[18] beantwortet werden. Anders als in der Anfechtungssituation muss das Verwaltungsgericht in der Verpflichtungssituation seinem Urteil grundsätzlich alle Tatsachen zugrunde legen, die bis zur Urteilsfindung eingetreten sind, also auch solche, die sich erst nach Abschluss des Verwaltungs- oder des Widerspruchsverfahrens ergeben haben. Etwas anderes gilt nur für Prüfungs- oder zeitabschnittsweise zu gewährende Leistungen, die hier nicht begehrt werden. Damit muss das Gericht seiner Entscheidung die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu Grunde legen und die Schwerbehinderung von Z berücksichtigen.
Unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 12 I GG könnte sich daraus eine Ermessensreduzierung auf Null zugunsten von Z ergeben, wenn dieser, um seinen Beruf ausüben zu können, auf die begehrte Ausnahmegenehmigung angewiesen wäre. Ob dies bejaht werden kann, hängt von der konkreten Verkehrssituation im Umfeld der Praxis ab, über die das Gericht Beweis zu erheben hat: Sollte der nächstgelegene Parkplatz derart weit weg sein oder sollten auf dem Weg vom Parkplatz zu seiner Praxis Barrieren vorzufinden sein, die es einem auf den Rollstuhl angewiesenen Verkehrsteilnehmer unmöglich machten, den Weg ohne fremde Hilfe zurückzulegen, so ließe sich feststellen, dass der nunmehr schwerbehinderte Kläger auf die Ausnahmegenehmigung angewiesen wäre, um seinen Beruf weiterhin ausüben zu können.
Sollte die Beweiserhebung dagegen ergeben, dass dies nicht der Fall ist, so schiede eine Ermessensreduzierung zugunsten des Klägers endgültig aus. Dann wäre zu prüfen, ob Z die ihm zustehende fehlerfreie Ermessensentscheidung erhalten hat.

2. Fehlerfreie Ermessensausübung
Das der Behörde eröffnete Ermessen wäre bereits durch Ausübung erloschen, wenn es in fehlerfreier Weise ausgeübt worden wäre. Es dürften also keine Ermessensfehler (§ 40 VwVfG M-V, § 114 VwGO) vorliegen.

a. Kein Ermessensnichtgebrauch
Die Straßenverkehrsbehörde hat in der Begründung zum Bescheid deutlich gemacht, dass sie sich intensiv mit der Frage auseinander gesetzt hat, ob hier ein besonderer Einzelfall vorliegt, der die Erteilung der Genehmigung rechtfertigen würde.

b. Keine Ermessensüberschreitung
Eine Ermessensüberschreitung scheidet ebenfalls aus, weil sich die Behörde mit ihrer ablehnenden Entscheidung in den Grenzen der Anspruchsgrundlage bewegt hat.

c. Kein Ermessensfehlgebrauch
Ermessensfehlgebrauch ist der Behörde vorzuwerfen, wenn sie ihrer Entscheidung sachfremde Erwägungen zugrunde gelegt hat oder wenn sie sachgerechte Erwägungen außer Acht gelassen hat.

aa. Ungleichbehandlung
Sowohl der praktische Arzt (mehr Hausbesuche, dringendere Notfälle) als auch der Möbelrestaurator (Anlieferung der Möbel) haben ein dringenderes Interesse an einer Zufahrtsmöglichkeit als der Zahnarzt Z. Das Ermessen wurde fehlerfrei ausgeübt.

bb. Hausbesuche
Indem die Behörde die Notwendigkeit einer Ausnahmegenehmigung auch in Anbetracht der von Z vorgetragenen Notwendigkeit von Hausbesuchen verneint, könnte sie gegen Art. 12 I GG verstoßen. Hier handelt es sich allenfalls um eine berufsausübungsregelnde Wirkung, die im Rahmen der 3-Stufen-Lehre des Bundesverfassungsgerichts[19] durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden kann. Es erscheint aber nicht als unvernünftig, dass die Behörde angesichts der statistisch geringen Zahl von Hausbesuchen durch Zahnärzte die Notwendigkeit der unmittelbaren Verfügbarkeit des eigenen Pkw hinter das Bedürfnis an einer effektiven Beruhigung des Verkehrs zurücktreten lässt, dessen Befriedigung durch eine große Zahl von Ausnahmegenehmigungen gefährdet würde.

cc. Schwerbehinderung
Sollte sich die Schwerbehinderung nicht in Gestalt einer Ermessensreduzierung auf Null zugunsten von Z auswirken, so müsste sie jedoch als sachgerechter Grund im Rahmen der Ermessensausübung mitberücksichtigt werden. Da die Behörde dies nicht getan hat, ja gar nicht tun konnte, weil die Schwerbehinderung erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eingetreten ist, hat Z noch nicht die ermessensfehlerfreie Entscheidung bekommen, die ihm nach aktueller Sachlage zusteht. Er müsste nach § 113 V 2 VwGO von der Behörde unter Berücksichtigung der neuen Sachlage neu beschieden werden.

V. Ergebnis
Die Klage von Z ist zulässig. Inwieweit sie auch begründet ist, hängt vom Ergebnis der Beweiserhebung zur Verkehrssituation im Umfeld der Praxis ab: Sollte sich aus dieser eine Ermessensreduzierung auf Null ergeben, so wäre die Klage auch in vollem Umfang begründet, sodass ein Vornahmeurteil nach § 113 V 1 VwGO ergehen würde. Anderenfalls wäre sie nur teilweise erfolgreich und dem Kläger würde in einem Bescheidungsurteil nach § 113 V 2 VwGO zwar kein Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung zugesprochen, aber ein solcher auf Neubescheidung.

18 Vgl. dazu *Henning Biermann*, DVP 2012, S. 147 [153] und *Stein* (Fn. 6), S. 92 f.

19 *BVerfGE 25*, 1 [11 f.]; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, GG, 12. A. (2012), Art. 12 Rn. 24.

Michael Th. P. Sprenger-Menzel/Matthias Peistrup*

Wirtschaftliche Staatswissenschaften

– Grundlagen der Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftspolitik, EZB und Deutsche Bundesbank, Geld- und Fiskalpolitik –

Aufgabenstellung

Aufgabe 1 (Grundlagen und Grundbegriffe der Mikroökonomik)

1.1 Externe Effekte
1.2 Natürliches Monopol
1.3 Kollektivgut/Kollektivgüter

Aufgabe 2 (Makroökonomische Grundlagen: Markt, Staat und Wirtschaftssysteme)

Aktuelle Umfragen in der deutschen Bevölkerung zeigen, dass das Vertrauen in unsere Wirtschaftsordnung – die Soziale Marktwirtschaft – in den vergangenen Jahren stark abgenommen hat. Kinderarmut, schlechte Bildungschancen und eine hohe steuerliche Belastung des Mittelstandes einerseits sowie Millionenboni mancher Manager und Milliardenrettungsschirme für Banken andererseits lassen viele Bürger an der langfristigen Tragfähigkeit und Gerechtigkeit unserer Wirtschaftsordnung zweifeln.

2.1 Machen Sie zunächst kurz deutlich, worin die zentralen konzeptionellen Unterschiede zwischen der Sozialen Marktwirtschaft, einer Zentralverwaltungswirtschaft und einer (absolut) freien Marktwirtschaft bestehen.
2.2 Zeigen Sie auf, welche grundsätzlichen Vorteile eine Wirtschaftsordnung bietet, die eine freie Preisbildung und einen freien Wettbewerb ermöglicht.
2.3 Erläutern Sie kurz, wie sich eine Zentralverwaltungswirtschaft auf das Leben, den Lebensstandard und die Versorgung der Bevölkerung auswirken kann.

Aufgabe 3 (Geldtheorie, Inflation und Staatsverschuldung)

Im Zuge der europäischen Schuldenkrise hat die Europäische Zentralbank (EZB) die Finanzmärkte in großem Umfang mit zusätzlichem Kapital versorgt und so u.a. den Kauf von Staatsanleihen finanziert. Kritiker führen an, dass dadurch die Inflationsgefahren im Euroraum deutlich ansteigen.

3.1 Definieren Sie die Begriffe „Inflation" und „Inflationsrate".
3.2 Erläutern Sie mit Hilfe der Quantitätsgleichung des Geldes den allgemeinen Zusammenhang zwischen Inflation, Geldmenge und Gütermenge.
3.3 Erläutern Sie, welche Probleme eine hohe Inflationsrate mit sich bringt. Gehen Sie dabei auch auf Gewinner und Verlierer einer (hohen) Inflation ein.

Aufgabe 4 (Standortfaktoren und Wirtschaftsförderung)

4.1 Erläutern Sie den Begriff „Standortfaktor".
4.2 Strukturieren Sie – unter Nennung passender Beispiele aus beliebigen Branchen – die Vielzahl möglicher Wirtschaftsfaktoren nach dem Prozessgliederungsprinzip aus der Sicht einer Unternehmung, beginnend mit der Beschaffung und schließend mit dem Absatz der produzierten Güter und Dienstleistungen.
4.3 Unterscheiden sie aus der Masse an Standortfaktoren die Begriffe „harte" und „weiche" Standortfaktoren einer kommunalen oder regionalen Wirtschaftsförderung.

Aufgabe 5 (Moderne Arbeitsteilung und Volkswohlstand)

Im ökonomischen Sinne versteht man unter „Arbeitsteilung" die Aufspaltung einer Gesamtarbeitsleistung bzw. eines Gesamtproduktionsprozesses in viele einzelne Teile, die von einer auf mehrere Personen, Betriebe oder sogar Regionen und ganze Länder (internationale Arbeitsteilung) verteilt werden. Schon antike, mittelalterlichen und „neuzeitige" Philosophen bzw. Ökonomen, wie z.B. *Plato*, *Aristoteles* und *St. Thomas von Aquin,* die Spätscholastiker der „Schule von Salamanca" und später insbesondere *Adam Smith* und *David Ricardo*, haben darauf hingewiesen, dass die Arbeitsteilung, also eine berufliche, betriebliche sowie interregionale und internationale Spezialisierung in Verbindung mit der Freiheit des Handels bzw. des Welthandels, eine Fülle von Produktivitätssteigerungen und damit Wohlstandssteigerungen ermöglicht.

Schildern Sie bitte aus makroökonomischer und gesamtgesellschaftlicher Sicht – *unter Nennung von Beispielen* – die Vorteile und Nachteile der nationalen und internationalen Arbeitsteilung.

Bearbeitungs- und Lösungshilfe

Zur Aufgabe 1 (Grundlagen und Grundbegriffe der Mikroökonomik)

1.1 Externe Effekte

- Externe Effekte liegen vor, wenn unbeteiligte Wirtschaftssubjekte durch die ökonomischen Entscheidungen anderer Wirtschaftssubjekte beeinflusst werden, ohne dass dies durch den Preismechanismus entsprechend abgebildet wird.
- Daraus können für die Betroffenen Nachteile entstehen (*negative Externalitäten*), aber unter Umständen auch Vorteile (*positive Externalitäten*) erwachsen.
- Ursache hierfür ist, dass der Verursacher von Externalitäten nicht sämtliche Kosten- und Nutzen seiner Handlungen berücksichtigt, so dass der Preismechanismus als Knappheitsindikator versagt.
- Der Staat sollte für eine Internalisierung aller externen Kosten und Nutzen sorgen, so dass der Verursacher diese vollumfänglich berücksichtigt, z.B. durch Steuern und Subventionen (*Pigou*),

* Regierungsdirektor Hochschuldozent *Michael Th. P. Sprenger-Menzel,* M.A., Dipl. rer. oec. S. T. B. Dipl. sc. pol. Dipl.-Theol., und Dipl.-Volksw. Professor Dr. rer. pol. *Matthias Peistrup* lehren an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (FHöV NRW) in Köln, Duisburg und Münster Volkswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftslehre.

Zertifikate oder klar zugeordnete Rechte (*Coase*); weniger effizient sind in der Regel Gebote und Verbote.
- **ein Beispiel:** Autofahren verursacht auch „Kosten" (hier: *negative Externalitäten*) bei den Nicht-Autofahrern, z.B. in Form von Lärmbelästigung und Luftschadstoffen, Gefahren im Straßenverkehr,

1.2 Natürliches Monopol
- Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn die gesamte Marktnachfrage kostengünstiger durch einen Anbieter befriedigt werden kann als durch mehrere.
- Ursache hierfür sind hohe Fixkosten, geringe variable Kosten und somit stark fallende Durchschnittskosten im gesamten Bereich der Nachfrage (genauer: Subadditivität).
- Das Problem besteht darin, dass in diesem Fall ein Monopol zwar prinzipiell allokativ effizient ist, die spezifischen Monopolprobleme (u.a. Ausbeutung der Nachfrageseite, unzureichende Marktversorgung und langfristige X-Ineffizienzen) jedoch bleiben (Marktversagen).
- Die staatliche Antwort darauf war früher eine Verstaatlichung des Monopols, effizienter ist jedoch i.d.R. staatlich reguliertes privates Monopol (mit einem Ausschreibungswettbewerb um den Markt) sowie eine Trennung in einen monopolistischen Infrastrukturbereich und eine wettbewerbliche Leistungserbringung (Wettbewerb im Markt).
- **Beispiele aus der Praxis:** viele Netzinfrastrukturen, z.B. Schienennetz, teilweise Telekommunikationsnetze oder auch kommunale und überregionale Versorgungsnetze.

1.3 Kollektivgut/Kollektivgüter
- Kollektivgüter zeichnen sich durch zwei Eigenschaften aus:
  1. **Nichtrivalität im Konsum**, d.h. Die Nutzung des Gutes durch eine Person schränkt die Nutzungsmöglichkeiten des gleichen Gutes für andere Personen in keiner Hinsicht ein.
  2. **Nichtexkludierbarkeit**, d.h. Dritte lassen sich technisch oder zu vertretbaren Kosten nicht (völlig) von der Nutzung eines Gutes ausschließen.
- Es kommt zu **Trittbrettfahrern**, welche die Leistungen in Anspruch nehmen, sich jedoch nicht an den Kosten der Nutzung beteiligen („*free rider*-Problematik"), so dass das Gut in aller Regel nicht durch Private bereitgestellt wird bzw. kostendeckend bereitgestellt werden kann („**Marktversagen**").
- Eine Bereitstellung des Gutes ist in diesem Fall nur durch den Staat möglich, da er alle Nutznießer über Zwangsbeiträge zur Finanzierung heranziehen kann. (**Meritorische Güter**),
- **Beispiele:** Deiche, äußere Sicherheit, Straßenbeleuchtung.

Zur Aufgabe 2 (Grundlagen Markt/Staat/Wirtschaftssysteme)

2.1 Machen Sie zunächst kurz deutlich, worin die zentralen konzeptionellen Unterschiede zwischen der Sozialen Marktwirtschaft, einer Zentralverwaltungswirtschaft und einer absolut freien Marktwirtschaft bestehen.

1. Freie Marktwirtschaft:
- Privateigentum an den Produktionsmitteln
- Freier Wettbewerb mit freier Preisbildung
- Marktteilnehmer haben Wahlfreiheit hinsichtlich Konsum, Vertragsgestaltung, Berufstätigkeit, Niederlassungsfreiheit etc.
- Die Aufgaben des Staates sind auf ein Minimum beschränkt, z.B. innere und äußere Sicherheit, Garantie des Rechtssystems („Nachtwächterstaat").

2. Soziale Marktwirtschaft
- Grundlage bildet auch hier die Anerkennung des Privateigentums und die oben angesprochenen Freiheiten.
- Allerdings greift der Staat hier stärker regulierend ein, um die negativen Auswirkungen zu großer Freiheit zu verringern.
- Zu nennen sind hier u.a. die Wettbewerbspolitik (Verhinderung von Monopolen, Kartellen, Behinderungen) und eine Sozial- und Strukturpolitik (z.B. Gewährleistung einer grundlegenden sozialen Absicherung, Schaffung von Chancengleichheit).

2.2 Zeigen Sie auf, welche grundsätzlichen Vorteile eine Wirtschaftsordnung bietet, die eine freie Preisbildung und einen freien Wettbewerb ermöglicht.
- Steuerungsfunktion, d.h. das Güterangebot passt sich den Wünschen der Nachfrage an
- Allokationsfunktion, d.h. die knappen Ressourcen werden dort eingesetzt, wo sie den größten Nutzen stiften
- Innovationsfunktion, d.h. es bestehen große Anreize für Qualitätsverbesserungen, Produkt- oder Prozessinnovationen
- Verteilungsfunktion, d.h. die Produktionsfaktoren werden gemäß ihrer Marktleistung entlohnt
- Freiheitsfunktion, d.h. die Entscheidungsfreiheit auf unterschiedlichsten Ebenen ist ein wichtiger Wert an sich

2.3 Erläutern Sie kurz, wie sich die Zentralverwaltungswirtschaft auf das Leben, den Lebensstandard und die Versorgung der Bevölkerung auswirkten.
- Die individuelle Freiheit der Individuen wird eingeschränkt.
- Anreize für Leistung, Investitionen, Bildung, Innovationen, Eigeninitiative sind stark eingeschränkt.
- Nachfrage und Angebot stimmen in den Plänen nur *ex ante,* nicht in der Realität überein, sodass es entweder zu Nachfrageüberschüssen (Wartezeiten, Versorgungsengpässe) oder zu Angebotsüberschüssen (Überproduktion, Ressourcenverschwendung) kommt.
- Internationale Wettbewerbsfähigkeit leidet
- Gleichheit wird – wenn überhaupt – auf einem niedrigen Niveau erreicht, in der Praxis ist auch hier eine Privilegierung und Bereicherung der Eliten auf Kosten des Kollektivs festzustellen.

Zur Aufgabe 3 (Geldtheorie/Inflation/Staatsverschuldung)

3.1 Definieren Sie die Begriffe „Inflation" und „Inflationsrate".
- Unter Inflation versteht man einen andauernden, signifikanten Anstieg des allgemeinen Preisniveaus, so dass sich die reale Kaufkraft einer Geldeinheit verringert.
- Die Inflationsrate bezeichnet die Veränderungsrate des Preisniveaus, i.d.R. gemessen durch mit Hilfe von Warenkörben bestimmte Preisindizes.

3.2 Erläutern Sie mit Hilfe der Quantitätsgleichung des Geldes den allgemeinen Zusammenhang zwischen Inflation, Geldmenge und Gütermenge.

*Die **Quantitätsgleichung des Geldes** lautet*

M • V = Y • P *mit* **M** = Geldmenge
V = Umlaufgeschwindigkeit (kurzfristig konstant)
Y = Gütermenge/Produktion/Einkommen
P = Preisniveau

Unter der Prämisse der kurzfristigen Konstanz der Umlaufgeschwindigkeit **V** wird deutlich: Steigt die Geldmenge M schneller als die Gütermenge Y, so ist ein Anstieg des Preisniveaus unvermeidlich.

3.3 Erläutern Sie, welche Probleme eine hohe Inflationsrate mit sich bringt. Gehen Sie dabei auch auf Gewinner und Verlierer einer (hohen) Inflation ein.

- Umverteilung von Gläubigern zu Schuldnern, da nominale Kredite real an Wert verlieren.
- Relative Umverteilung von Besitzern nominaler Vermögen zu Besitzern realer Vermögen.
- Umverteilung von Arbeitnehmern zu Arbeitgebern, da ein Inflationsausgleich von Löhnen und Gehältern – wenn überhaupt – meist erst zeitverzögert stattfindet.
- Umverteilung von Bürgern zum Staat durch Progression bei EK-Steuer, Realwertkonstanz bei Staatseinnahmen (z.B. Umsatzsteuer) und Realwertverlusten bei Staatsleistungen (z.B. nominal fixiertes Kindergeld).
- Transaktionskosten, z.B. für Preiskalkulation und Preisauszeichnung auf Anbieterseite und für Information und Vergleich auf der Nachfrageseite.

Zur Aufgabe 4 (Standortfaktoren und Wirtschaftsförderung)

4.1 Erläutern Sie den Begriff „Standortfaktor" und nennen Sie fünf einfache, beliebige Beispiele für Standortfaktoren

Ein **Standortfaktor** ist ein seiner Art nach scharf abgegrenzter betriebs- oder volkswirtschaftlicher Vorteil oder Nachteil, d.h. eine lageabhängige Ersparnis an Kosten oder ein Zuwachs an Erlösen *et vice versa.* Neben **generellen Standortfaktoren**, welche für jeden Wirtschaftszweig in Frage kommen, wie z.B. das regionale oder örtliche Lohn- und Gehaltsniveau (höhere Löhne, aber auch höhere Miete in Ballungsräumen wie Berlin, Frankfurt oder München, die örtliche Infrastruktur und Versorgung mit allgemeinbildenden und beruflichen Schulen), unterscheiden wir **spezielle Standortfaktoren** für bestimmte Branchen (z.B. Anzahl der dort wohnenden ausgebildeten Feinmechaniker in der Region für die Uhrenindustrie im Schwarzwald oder Wertpapierspezialisten im Raum Frankfurt).

4.2 Strukturieren Sie – unter Nennung passender Beispiele aus beliebigen Branchen – die Vielzahl möglicher Wirtschaftsfaktoren nach dem Prozessgliederungsprinzip aus der Sicht einer Unternehmung, beginnend mit der Beschaffung und schließend mit dem Absatz der produzierten Güter und Dienstleistungen.

In Anlehnung an die das **Prozessgliederungsprinzip** aus der Betriebswirtschaftslehre kann man Standortfaktoren in folgende drei bzw. vier Gruppen unterteilen:

1) *Beschaffungsorientierte* **Standortfaktoren** (und Beispiele)

• **Grund und Boden**	Beschaffenheit, Anschaffungspreis oder Miethöhe, die Gestaltung eines Leasing-Vertrages
• **Betriebseinrichtungen/Anlagen**	Maschinenpark, Fließband
• **Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe**	Preise, Beschaffenheit, Transportkosten
• **Arbeitsmarktbedingungen**	Qualifikation der Arbeitskräfte, „Einstellung" zur Arbeit; hierhin gehören indirekt auch jene Bedingungen, welche gute Arbeitskräfte anziehen, z.B. Schulen, Theater, Freizeitwert, Lohnniveau)
• **Kreditversorgung, Wirtschaftsförderungsprogramme sowie diverse Subventionen**	z.B. staatliche Kreditprogramme, staatliche Existenzgründerförderung
• **Energieversorgung**	einschließlich natürlicher Energiequellen

2) *Fertigungsorientierte* **Standortfaktoren**

• **natürliche Gegebenheiten**	Beschaffenheit des Bodens, klimatische Bedingungen
• **technische Gegebenheiten**	z.B. räumliche Nähe von Zulieferern bei *Just-in-time*-Produktion oder räumliche Nähe kooperationsbereiter Unternehmen

3) *Absatzorientierte* **Standortfaktoren**

• **Absatzpotential**	Konkurrenzsituation, Bevölkerungsstruktur oder auch durchschnittliche Kaufkraft
• **Herkunftsgoodwill**	z.B. Lübecker Marzipan, Bestecke oder Kochtöpfe aus Solingen
• **Verkehrsanbindung und Transportkosten**	Verkehrsinfrastruktur: Flughafen, Wasserstraßen, Autobahnnetz
• **absatzunterstützende**	zu Messen, Werbeagenturen, Maklern und weiteren
• **Kontaktmöglichkeiten**	Kontaktmöglichkeiten etc.

4) *staatlich festgelegte* **Standortfaktoren**

• **Wirtschaftsordnung allgemein**	grundsätzlich: Markt- oder sozialistische Planwirtschaft; Rahmenbedingungen setzende Wirtschaftsgesetze aller Art, z.B. ein Handelsgesetzbuch, aber auch spezielle Gesetze, wie z.B. Kartellgesetzgebung
• **Stabilität der Wirtschaftsordnung bei politischer Instabilität**	Gefahr von Enteignungen, Beschränkungen des Kapitalverkehrs etc.
• **Steuerliche Situation**	z.B. Steuerhebesätze bei Gemeindesteuern, welche von unter 300 Prozent (Fulda, ehemals „Zonenrandgebiet", jetzt geographisch in der Mitte der Bundesrepublik Deutschland gelegen) bis über 500 Prozent schwanken können, nationale und internationale Steuerbegünstigungen (frühere Zonenrandförderung und Berlinförderung, Industriean-

	siedlungsförderung in Irland und anderen Ländern, Steueroasen)
• **Umweltschutzgesetzgebung**	gesetzliche Auflagen aller Art zur Verringerung der Umweltbelastung oder der Umweltzerstörung
• **Staatliche finanzielle Hilfen**	Existenzgründungsprogramme, staatliche Förderung von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, Lohnzuschuss bei Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen etc.

4.3 Unterscheiden sie aus der Masse an Standortfaktoren die Begriffe „harte" und „weiche" Standortfaktoren einer kommunalen oder regionalen Wirtschaftsförderung.

Zu den ***harten*** (d.h. „rechenbaren" sowie wirklich aktiv von Kommunen und anderen Gebietskörperschaften „gestaltbaren") **Standortfaktoren**, die sich v.a. auf Menge, Qualität und Preis der Produktionsfaktoren beziehen, gehören z.B.:

- o die Qualität ausgewählter privater Infrastruktur (Zahl von und Entfernung zu potentiellen Zulieferern, gewerblichen Kunden, privaten Dienstleistern);
- o die Lagequalität als Bestimmungselement für die Höhe der Transport- und Kommunikationskosten (Anbindung im Fluglinien-, Bahn-, Wasserstraßen-, Autobahn- und Straßen-, Rohrleitungs-(Pipeline-), Antennen- und Kommunikationsnetz (das Fest- und auch das Mobilfunknetz oder Hochgeschwingkeits-(*High-Speed*-)Internetzugang);
- o die Verfügbarkeit und Preise für erschlossene Gewerbe- und Wohngrundstücke;
- o die Verfügbarkeit und Preise bzw. Mieten für Gewerbe- und Wohnimmobilien;
- o die Arbeitskräfte nach Zahl und Qualifikation (Ausbildungs- und Erfahrungsniveau);
- o die Höhe der Löhne und Gehälter (Personal- und Personalzusatzkosten);
- o die Energiekosten (Strom, Gas, Fernwärme);
- o die Preise für Wasser (Trink-, Brauch-, Kühlwasser, Abwasser);
- o die Entsorgungskosten (Müll, Sondermüll, Abwasser);
- o die sonstigen kommunalen Gebühren;
- o die Hebesätze der kommunalen Steuern (Grundsteuer, Gewerbesteuer);
- o die Kapitalbeschaffungskosten im lokalen bzw. regionalen Bankensystem;
- o die regionale Kaufkraft.

oder auch

- o die Größe des Einzugsbereiches bzw. des Einflussbereiches (z.B. für große Einzelhandelseinrichtungen).

Mit ***weichen*** **Standortfaktoren** beschreibt man in der VWL das allgemeine Umfeld und das i.d.R. nicht kurzfristig änderbare oder klar steuerbare oder gar kalkulierbare, aber doch sehr wichtig „Image" einer Kommune oder eines Kreises:

- o Allgemeine Wohnqualität (Zustand von Wohnungen und Wohnumfeld); gewollte Heterogenität der Stadtviertel oder Landstriche, um „Ghettobildungen" zu vermeiden;
- o Soziale Betreuungsqualität (z.B. Kindertagesstätten, Jugend- und Alteneinrichtungen oder Hospize);
- o Organisationsgrad der Arbeitnehmerschaft und der gewerblichen Wirtschaft (Verbände, Kammern, Clubs, Weinbruderschaften);
- o „Ruf" – ob zu Recht oder Unrecht – einer Kommune oder eines Kreises (z.B. als Dienstleistungs-, Finanz-, oder überregionales Einkaufszentrum, Industriezentrum oder „Hochburg" des Verbrechens und von Straßenkämpfen);
- o Zahl und Qualität von Bildungseinrichtungen (weiterführende und berufsbildende Schulen, Fachschulen, (Fach-)Hochschulen, Universitäten, Forschungseinrichtungen);
- o Qualität des öffentlichen Dienstes (Beratungs- und Unterstützungsqualität, Länge von Verwaltungsverfahren);
- o Soziale Stabilität (Kriminalität, soziales Klima etc.);
- o Erlebnisqualität (Einkauf, kulturelle Einrichtungen, Sehenswürdigkeiten, Gastronomie, „*Events*" in Sport, Unterhaltung, Brauchtumspflege etc.);
- o Rechtsrahmen (Arbeitsrecht, Umweltauflagen etc.).

Zur Aufgabe 5 (Moderne Arbeitsteilung und Volkswohlstand)

Schildern Sie bitte aus makroökonomischer und gesamtgesellschaftlicher Sicht – unter Nennung von Beispielen – mögliche Vorteile und Nachteile der Arbeitsteilung.

Mögliche **Vorteile der Arbeitsteilung,** aus betriebswirtschaftlicher wie volkswirtschaftlicher Perspektive:

- Durch eine weitestgehende Aufteilung eines Arbeitsvorganges in kleine und kleinste Teilverrichtungen (Arbeitszerlegung) erlangt der einzelne Beschäftigte eine besondere Geschicklichkeit und Arbeitsgeschwindigkeit, z.B. in der industriellen Schuhproduktion.
- Bei sich wiederholenden Arbeitsvorgängen entfallen die Umstellungszeiten, welche bei wechselnden Produktionsvorgängen erforderlich wären, vgl. z.B. am Fließband.
- Wegen der unterschiedlichen Begabungen und Arbeitsqualitäten der Beschäftigten wird die Produktivität schon durch Arbeitsteilung (nach Maßgabe der spezifischen Fähigkeiten und Qualifikationen eines jeden Mitarbeiters) gesteigert, z.B. eher kaufmännisch und eher gewerblich-technisch arbeitende Arbeitnehmer in einem großen Stahlkonzern; oder eher leitende oder eher ausführende Tätigkeiten.
- Verkürzung der Ausbildungs- bzw. Anlernzeit, wenn sich die Tätigkeit des Beschäftigten, etwa als Fließbandarbeiter, auf einfache Arbeitsvorgänge beschränken soll; bei gleichzeitiger Verlängerung der Ausbildungs- und Qualifikationszeiten für leitende Tätigkeiten von Angehörigen der Unternehmensleitung.
- Möglichkeit effektiverer Motivations- und Kontrollsysteme, z.B. Leistungslohn- oder Akkordlohnsysteme
- Bessere Koordination von menschlicher und maschineller Arbeit bei gleichzeitiger Möglichkeit des Einsatzes von immer mehr Maschinen (zunehmende Substitution des Produktionsfaktors Arbeit durch den Produktionsfaktor Kapital), vgl. z.B. die gewaltigen Produktionssteigerungen in der Landwirtschaft und in der Industrie.

Eine immer mehr zunehmende inner- und überbetriebliche Arbeitsteilung bringt allerdings auch erhebliche potentielle **Nachteile der Arbeitsteilung** mit sich:

- Eine Arbeitsteilung kann so weit getrieben werden, dass es – wegen der Monotonie der Arbeit – zu ernsthaften Motivationsverlusten kommt – mit der Folge einer zunehmenden Entfremdung des Beschäftigten von seiner Produktion, z.B. in der Massen- bzw. Fließbandproduktion, weil den Arbeitnehmern die Beziehung zum Endprodukt fehlt. Mit der Zeit könnte eine „Job-Mentalität" entstehen, der man nur noch durch teilweise Rückgängigmachung der Arbeitsteilung bzw. -Arbeitszerlegung begegnen kann *(job enlargement),* um z.B. der Entstehung von Monotonie und Demotivation am Arbeitsplatz oder von Berufskrankheiten, die wegen dauernder einseitiger oder gleichförmiger Verrichtungen entstehen könnten, vorzubeugen.
- Der einzelne Arbeitnehmer und Staatsbürger wird im zunehmendem Maße von anderen abhängig und wegen einer – oft zu einseitigen – beruflichen Orientierung steigt sein Beschäftigungsrisiko; andererseits wird die Gesellschaft bzw. die ganze Volkswirtschaft zunehmend von Individuen oder wenigen Angehörigen eines Berufes abhängig; wie sehr, ließ sich vor im vergangenen Jahre in Deutschland beobachten, als die nur (wenigen) Flugfeldarbeiter (nicht die Fluglotsen selbst) auf den deutschen Flughäfen streikten und fast den deutschen Flugverkehr lahmlegten.
- Alle arbeitsteilig wirtschaftenden Gesellschaften geraten immer komplexer und sind für den einzelnen nicht mehr durchschaubar. Hierdurch entsteht die Gefahr der Beherrschung der gesamten Gesellschaft durch einige wenige Menschen, die es beispielsweise vermögen, Finanz- und Sachvermögen in einer Weise anzuhäufen, dass in unkontrollierter Weise Einzelinteressen auf Dauer zu Lasten der Interessen anderer bzw. der großen Mehrheit der anderen Menschen durchgesetzt werden können.

Thomas Gerlach**

Unwirtschaftliches Handeln unerwünscht

– Fallbearbeitung im Fach Volkswirtschaftslehre –

I. Vorbemerkung

Wirtschaftliches Handeln erscheint als ein aktuelles Gebot der Stunde. Die Umsetzung erfolgt mittels einer Orientierung am Wirtschaftlichkeitsprinzip. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip in der Form des Minimumprinzips besagt allgemein, dass ein fixierter Nutzen mit minimalem Opfereinsatz zu realisieren ist. Eine praktische Problemstellung besteht zum Beispiel in der Frage, mit welcher Einsatzmengenkombination outputrelevanter Produktionsfaktoren eine bestimmte Produktionsmenge produziert werden soll. Bei der nachfolgenden volkswirtschaftlichen Klausurübung geht es darum, mit Hilfe elementarer ökonomischer Analysemethoden produktive Wirksamkeiten ausgewählter Produktionsfaktoren zu ermitteln und ein bestimmtes Produktionsziel kostenminimal zu realisieren.

II. Sachverhalt

Eine Produktion lässt sich in ökonomischer Betrachtung durch eine Produktionsfunktion abbilden. Eine Produktionsfunktion gibt den quantitativen Beziehungszusammenhang zwischen der Produktionsmenge (Output) und dem Produktionsfaktoreinsatz (Input) an. Exemplarisch werden Kanalisationsaushubarbeiten in einer Gemeinde als Produktionsvorgang betrachtet, in dem das Aushubvolumen den Output und die den Aushub bewirkenden Faktoren den Input darstellen. Der funktionale Zusammenhang zwischen ausgehobenem Erdreich *(x)* sowie den Produktionsfaktoreinsatzmengen an Handarbeitsstunden *(r_1)* und Maschinenarbeitsstunden *(r_2)* kann in geeigneter Weise durch folgende Produktionsfunktion abgebildet werden:

$$(1)\quad x(r_1, r_2) = \gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta}\,,\quad \alpha + \beta = 1, \gamma > 0\ .$$

Der Preis für eine Handarbeitsstunde belaufe sich auf q_1, der für eine Maschinenarbeitsstunde auf q_2. Ziel ist es, die Relevanz der Parameter, den Zusammenhang zwischen den Produktionsfaktoreinsatzmengen, die Wirksamkeit der Produktionsfaktorarten sowie die Bedeutung der Faktorpreise bzw. deren Veränderungen für eine wirtschaftliche Produktion herauszustellen. Dazu ist konkret auf nachfolgende Aufgaben einzugehen.

III. Aufgaben

a) Welcher Typ Produktionsfunktion liegt vor und wie sind die Parameter ökonomisch zu interpretieren? Warum eignet sich der verwendete Typ zur Modellierung der vorliegenden Produktion?
b) Bestimmen Sie die partiellen Produktionselastizitäten und erläutern Sie deren ökonomische Bedeutung!
c) Bestimmen Sie die Funktionsgleichung der Grenzrate der Faktorsubstitution und interpretieren Sie diese ökonomisch! Welcher Zusammenhang besteht zu den partiellen Grenzproduktivitäten der Faktoren?
d) Bestimmen Sie den Homogenitätsgrad der Produktionsfunktion und zeigen Sie exemplarisch die Gültigkeit der Eulerschen Homogenitätsrelation sowie des Wicksell-Johnson -Theorems!
e) Erläutern Sie die ökonomische Bedeutung der Substitutionselastizität und berechnen Sie deren Höhe!
f) Ermitteln Sie bei gegebenen Faktorpreisen für eine Handarbeitsstunde *(q_1)* bzw. einer Maschinenarbeitsstunde *(q_2)* die wirtschaftliche Produktionsfaktoreinsatzmengenkombination in Abhängigkeit vom Volumen des auszuhebenden Erdreichs! Interpretieren Sie kurz das Ergebnis! Formulieren Sie aus den Ergebnissen allgemein eine Funktion minimal realisierbarer Kosten in Abhängigkeit vom Aushubvolumen!

III. Lösung

a) Es handelt sich um eine Cobb-Douglas-Produktionsfunktion. Diese stellt einen Spezialfall der CES-Produktionsfunktion (Produktionsfunktion mit konstanter Substitutionselastizität sowie einem Homogenitätsgrad von $h = 1$ gemäß

* Prof. Dr. *Thomas Gerlach* lehrt an der Hochschule für Kommunale Verwaltung in Niedersachsen.

(2) $x(r_1, r_2) = \gamma(\alpha r_1^{-\rho} + \beta r_2^{-\rho})^{-\frac{1}{\rho}}$.

dar, für den Fall, dass der Substitutionsparameter ρ gegen 0 geht. γ beschreibt einen Effizienzparameter, α und β symbolisieren die Distributionsparameter, die Substitutionselastizität σ berechnet sich aus dem Substitutionsparameter gemäß

(3) $\sigma = (1 + \rho)^{-1}$.

Die Cobb-Douglas-Produktionsfunktion gehört zur Klasse der substitutionalen Produktionsfunktionen. Da Hand- und Maschinenarbeitsstunden in einer Substitutionsbeziehung stehen erscheint dieser Funktionstyp gut geeignet. Außerdem lassen sich die jeweiligen Faktorproduktivitäten hinreichend durch die Faktorexponenten abbilden, die positiven Kreuzproduktivitäten finden ebenfalls Berücksichtigung.

b) Eine einfache Berechnungsmöglichkeit ergibt sich aus der logarithmierten Produktionsfunktion (ln = Logarithmus Naturalis)

(4) $\ln x = \ln \gamma + \alpha \ln r_1 + \beta \ln r_2$.

Die partiellen Produktionselastizitäten ergeben sich aus den partiellen Ableitungen der logarithmierten Produktionsfunktion nach der jeweils logarithmierten Produktionsfaktoreinsatzmenge gemäß

(5) $\varepsilon_{xr_1} = \dfrac{\partial \ln x}{\partial \ln r_1} = \alpha, \quad \varepsilon_{xr_2} = \dfrac{\partial \ln x}{\partial \ln r_2} = \beta$.

Alternativ, allerdings etwas aufwändiger, können die partiellen Produktionselastizitäten aus der Ausgangsproduktionsfunktion berechnet werden gemäß

(6) $\varepsilon_{xr_1} = \dfrac{\frac{\partial x}{\partial r_1} r_1}{x} = \dfrac{\alpha\gamma r_1^{\alpha-1} r_2^{\beta} r_1}{\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta}} = \alpha$ bzw. $\varepsilon_{xr_2} = \dfrac{\frac{\partial x}{\partial r_2} r_2}{x} = \dfrac{\beta\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta-1} r_2}{\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta}} = \beta$.

Offensichtlich stimmen diese bei einer Cobb-Douglas-Produktionsfunktion mit den Faktorexponenten überein. Eine partielle Produktionselastizität bezüglich der Einsatzmenge einer Faktorart i gibt ceteris paribus das Verhältnis zwischen relativer Outputänderung und der diese bewirkenden relativen Faktorinputänderung der Faktorart i an. Sie stellt ein Sensitivitätsmaß der Outputreaktion auf Faktorinputvariation eines bestimmten Faktors dar.

c). Eine einfache Lösung ergibt sich durch implizite Differenziation der Produktionsfunktion. Es ergibt sich

(7) $GFS_{21} = \dfrac{dr_2}{dr_1} = -\dfrac{\frac{\partial x}{\partial r_1}}{\frac{\partial x}{\partial r_2}} = -\dfrac{\alpha r_2}{\beta r_1}$.

Man sieht, dass die Grenzrate der Faktorsubstitution des Faktors 2 durch Faktor 1 dem negativen reziproken Verhältnis der partiellen Grenzproduktivitäten entspricht. Diese gibt die Verzichtsmenge des substituierten Faktors 2 bei infinitesimaler Erhöhung der Einsatzmenge des substituierenden Faktors 1 an. Das Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Faktorsubstitution (die Substitutionsmenge des substituierten Faktors nimmt pro Einheit des substituierenden Faktors bei monoton fortgesetzter Substitution ab) ist wegen strenger Isoquantenkonvexität erfüllt. Das zeigt die Positivität der zweiten Ableitung gemäß

(8) $\dfrac{d^2 r_2}{dr_1^2} = \dfrac{\alpha r_2}{\beta r_1^2} > 0$.

Ein alternativer Lösungsansatz führt über eine Isoquantengleichung. Bezüglich eines quantitativ und qualitativ fixierten Outputniveaus $\bar{x}$ lautet diese

(9) $r_2 = \left\{\dfrac{1}{\gamma}\dfrac{\bar{x}}{r_1^{\alpha}}\right\}^{\frac{1}{\beta}}$.

Die Grenzrate der Faktorsubstitution bei gegebenem Outputniveau $\bar{x}$ ergibt sich durch Differenziation mit Hilfe der Kettenregel gemäß

(10) $GFS_{21} = \dfrac{dr_2}{dr_1} = -\dfrac{\alpha}{\beta r_1}\left\{\dfrac{1}{\gamma}\dfrac{\bar{x}}{r_1^{\alpha}}\right\}^{\frac{1}{\beta}}$.

Mittels Variablensubstitution lässt sich Ausdruck (7) aus Ausdruck (10) herleiten.

d) Der Homogenitätsgrad h der Produktionsfunktion (1) ergibt sich gemäß

(11) $x(\lambda r_1, \lambda r_2) = \gamma(\lambda r_1)^{\alpha}(\lambda r_2)^{\beta} = \lambda^{\alpha+\beta} x \rightarrow h = \alpha + \beta$.

Er entspricht bei einer Cobb-Douglas-Produktionsfunktion der Summe der Faktorexponenten. Der Homogenitätsgrad ist ein Maß für die Änderung des Outputs, wenn die Faktoreinsatzmengen alle um den gleichen Prozentsatz erhöht werden (Erhöhung des Faktoreinsatzniveaus).
Die Eulersche Homogenitätsrelation lautet allgemein für eine Produktionsfunktion mit zwei Inputvariablen

(12) $r_1 \dfrac{\partial x}{\partial r_1} + r_2 \dfrac{\partial x}{\partial r_2} = hx$.

Diese ist für (1) erfüllt. Das zeigt die Berechnung

(13) $r_1 \alpha\gamma r_1^{\alpha-1} r_2^{\beta} + r_2 \beta\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta-1} = \alpha\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta} + \beta\gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta} = (\alpha + \beta)x = hx$.

Die Eulersche Homogenitätsrelation zeigt auf, dass die Summe der Faktoreinkommen der im Produktionsprozess eingesetzten Faktoren proportional zum erzeugten Produktwert ist. Dabei ist der Homogenitätsgrad h der Proportionalitätsfaktor.
Nach dem Wicksell-Johnson-Theorem stimmt die Summe der partiellen Produktionselastizitäten mit der Niveauelastizität überein. Bei homogenen Produktionsfunktionen ist die Niveauelastizität mit dem Homogenitätsgrad identisch. Das wird kurz gezeigt. Die Niveauproduktionsfunktion einer homogenen Produktionsfunktion $x = x(r_1, r_2)$ mit Homogenitätsgrad h sowie einem fixierten Basisoutput $x_0 = x(r_1^0, r_2^0)$ lautet

(14) $x(\lambda) = \lambda^h (x_0)$.

Dabei beschreibt λ das Faktoreinsatzniveau, d.h. das Vielfache der „Faktorpäckchen" (r_1^0, r_2^0). Für die Niveauelastizität ergibt sich dann

(15) $\varepsilon_{x\lambda} = \dfrac{\frac{dx(\lambda)}{d\lambda}\lambda}{x(\lambda)} = \dfrac{h\lambda^{h-1}(x_0)\lambda}{\lambda^h(x_0)} = h$.

Aus (5) bzw. (6) und (11) ergibt sich die Gültigkeit des Wicksell-Johnson-Theorems gemäß

(16) $\varepsilon_{xr_1} + \varepsilon_{xr_2} = h \rightarrow \alpha + \beta = h$.

e) Die Substitutionselastizität beschreibt das Verhältnis zwischen der relativen Änderung der Faktorrelation und der relativen Änderung der Grenzrate der Substitution. Ihre formale Definition lautet:

(17) $$\sigma = \frac{d\left(\frac{r_2}{r_1}\right)}{\left(\frac{r_2}{r_1}\right)} : \frac{d\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)}{\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)} = \frac{d\left(\frac{r_2}{r_1}\right)}{d\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)} \cdot \frac{\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)}{\left(\frac{r_2}{r_1}\right)} = \frac{d\ln\left(\frac{r_2}{r_1}\right)}{d\ln\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)}.$$

Formuliert man aus einer Produktionsfunktion einen funktionalen Zusammenhang zwischen Faktorrelation und Grenzrate der Faktorsubstitution gemäß

(18) $$\left(\frac{r_2}{r_1}\right) = f\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right)$$

ergibt sich mittels geeigneter Äquivalenzumformungen der Ausdruck

(19) $$\left(\frac{r_2}{r_1}\right) = -\frac{\beta}{\alpha}\left(\frac{dr_2}{dr_1}\right).$$

Eine Berechnung der Substitutionselastiziät nach einer der in (17) dargestellten Berechnungsmöglichkeiten führt dann zu einem Wert von 1. Die Substitutionselastizität ist dann bedeutsam, wenn sich Faktorpreise in unterschiedlichem Ausmaß verändern. Dieses impliziert eine Änderung des Faktorpreisverhältnisses. Eine wirtschaftliche Reaktion auf Änderungen des Faktorpreisverhältnisses äußert sich in einer entsprechenden Anpassung des Faktoreinsatzmengenverhältnisses. Dabei ist eine Eigenschaft der Minimalkostenkombination zu beachten, nämlich dass in ihr die Grenzrate der Faktorsubstitution mit dem negativen reziproken Faktorpreisverhältnis übereinstimmt gemäß

(20) $$\frac{dr_2}{dr_1} = -\frac{q_1}{q_2}.$$

Nimmt man in (19) eine entsprechende Substitution vor, ergibt sich für die kostenminimalen Faktoreinsatzmengen r_1^*, r_2^*.

(21) $$\left(\frac{r_2^*}{r_1^*}\right) = \frac{\beta}{\alpha}\left(\frac{q_1}{q_2}\right)$$

und entsprechend die Substitutionselastizität zu

(22) $$\sigma = \frac{d\ln\left(\frac{r_2^*}{r_1^*}\right)}{d\ln\left(\frac{q_1}{q_2}\right)} = 1.$$

Eine 1%-tige Änderung des Faktorpreisverhältnisses führt somit zu einer 1%-tigen Änderung des Faktoreinsatzmengenverhältnisses. Die Substitutionselastizität beschreibt somit das Verhältnis zwischen der relativen Änderung des kostenminimalen Faktoreinsatzmengenverhältnisses und der diese bewirkenden relativen Änderung des Faktorpreisverhältnisses. Sie ist damit ein Maß für die Reaktionsempfindlichkeit in Form der Substitution des relativ teureren Faktors durch den relativ billigeren Faktors auf Änderungen des Faktorpreisverhältnisses.

f) Die Aufgabe kann als restringiertes Kostenminimierungsproblem mit den Kosten als Zielvariable und den Faktoreinsatzmengen als Dispositionsvariablen formuliert werden.

(23) $\min K(r_1, r_2) = r_1 q_1 + r_2 q_2 \quad udN \quad x = \gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta}$.

Eine Lösungsmöglichkeit besteht in der Anwendung der Multiplikatormethode nach Lagrange. Die Lagrange-Funktion lautet:

(24) $L(r_1, r_2, u) = r_1 q_1 + r_2 q_2 + u(x - \gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta})$..

Aus den Optimalitätsbedingungen

(25) $$\frac{\partial L}{\partial r_1} = q_1 - u\gamma\alpha r_1^{\alpha-1} r_2^{\beta} = 0$$

(26) $$\frac{\partial L}{\partial r_2} = q_2 - u\gamma\alpha r_1^{\alpha} r_2^{\beta-1} = 0$$

(27) $$\frac{\partial L}{\partial u} = x - \gamma r_1^{\alpha} r_2^{\beta} = 0$$

ergibt sich mittels Variablensubstitution die Minimalkostenlinie (Expansionspfad) gemäß

(28) $$r_2^* = \frac{\beta}{\alpha}\frac{q_1}{q_2} r_1^*.$$

Die Minimalkostenlinie gibt den geometrischen Ort aller kostenminimalen Faktoreinsatzmengenkombinationen bei Variation des Outputs an. Die wirtschaftlichen Faktoreinsatzmengen in Abhängigkeit vom Output lassen sich durch Faktoreinsatzfunktionen beschreiben. Diese ergeben sich mittels Äquivalenzumformungen und Variablensubstitutionen aus den Optimalitätsbedingungen gemäß

(29) $$r_1^*(x) = x^{\frac{1}{\alpha+\beta}} \left\{ \gamma^{-\frac{1}{\alpha+\beta}} \left(\frac{\beta}{\alpha} \cdot \frac{q_1}{q_2}\right)^{-\frac{\beta}{\alpha+\beta}} \right\}$$

(30) $$r_2^*(x) = x^{\frac{1}{\alpha+\beta}} \left\{ \gamma^{-\frac{1}{\alpha+\beta}} \left(\frac{\alpha}{\beta} \cdot \frac{q_2}{q_1}\right)^{-\frac{\alpha}{\alpha+\beta}} \right\}.$$

Es fällt auf, dass die Faktorexponenten, als Bestimmungsfaktor für die produktive Wirksamkeit des jeweiligen Faktors sowie die Faktorpreise für die jeweilige kostenminimale Einsatzmenge von Bedeutung sind.
Die outputabhängige Kostenfunktion, die für jede Menge auszuhebendes Erdreich die minimal möglichen Kosten angibt, lautet dann

(31) $K(x) = q_1 r_1^*(x) + q_2 r_2^*(x)$.

Literatur

Henderson, J.M./Quandt, R.E.: Mikroökonomische Theorie, 5. A., München 1983.
Mankiw, N.G./Taylor, M.P.: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. A., Stuttgart 2012.
Varian, H.R.: Grundzüge der Mikroökonomik, 8.A, München 2011.

Verbot der Beseitigung von Bäumen und Sträuchern zur Baufeldfreimachung

(BVerwG, Beschl. v. 9.2.2012 – 9 VR 2/12)

Vorabmaßnahmen für einen Straßenbau, die in den öffentlichen Bereich wirken, sind nur dann zulässig, wenn die Durchführung nicht durch gerichtliche Anordnung außer Vollzug gesetzt worden ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Durch einen Planfeststellungsbeschluss war bereits festgelegt worden, dass eine Straße auf einem früheren Kleingartengelände gebaut werden sollte, das im Eigentum der Gemeinde stand. Sie hatte für dieses Grundstück die Verkehrssicherungspflicht und wollte dafür tätig werden. Sie berief sich dafür auf ihre privatrechtliche Eigentümerposition.
Nach dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts hatte die Gemeinde keine Befugnis zur Durchführung von Arbeiten der Baufeldfreimachung und sonstige Vorabmaßnahmen, denn der Vollzug war vorläufig untersagt worden. Hierzu zählte insbesondere das Fällen von Bäumen sowie das Entfernen von Obstgehölzen und Strauchwerk. Dadurch konnten naturschutzrechtliche Belange berührt werden. Darauf konnte sich ein Antragsteller berufen, der sich das Verwaltungsgericht wendete, um die Fortsetzung des Eingriffs durch die Gemeinde zu unterbinden. Die Maßnahmen stellten naturschutzrechtliche Eingriffe dar. Sie waren Gegenstand des landschaftspflegerischen Begleitplans und damit der Planfeststellung, deren Vollzug bereits vorläufig ausgesetzt war. Es durften nur die verwaltungsinternen Maßnahmen zur Vorbereitung des Planvollzugs fortgesetzt werden. Der tatsächliche Vollzug von Maßnahmen war aber auch dann, wenn er auf dem eigenen Gelände stattfand, keine verwaltungsinterne Maßnahme mehr.

F. O.

Sonderparkfläche für Schwerbehinderte

(OVG Hamburg, Urt. v. 16.11.2011 – 5 Bf 292/10)

Die Ausnahme von einem Parkverbot gilt nur dann, wenn dafür eine noch gültige Entscheidung nachgewiesen wird

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Grundsätzlich darf die Sonderparkfläche für Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung nur dann benutzt werden, wenn ein noch gültiger Parkausweis für Behinderte gut lesbar im Fahrzeug ausgelegt wird.
Ein Polizeibeamter, der das Abschleppen eines Fahrzeugs von einer Sonderparkfläche anordnet, weil der ausgelegte Parkausweis abgelaufen ist, muss aber nicht erst bei zuständigen Stellen nachfragen, ob der Ausweisinhaber weiterhin die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Parkausweises für Behinderte erfüllt.
Es gehört zu den Obliegenheiten des Inhabers eines Parkausweises für Behinderte, sich rechtzeitig um die Verlängerung bzw. Neuausstellung eines Parkausweises zu kümmern. Die Folgen eines entsprechenden Versäumnisses fallen in die Verantwortungssphäre des Ausweisinhabers. Daher besteht kein Anlass, von der Erhebung der Abschleppkosten abzusehen, wenn sich später herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Parkausweises für Behinderte weiterhin bestehen.

F. O.

Gerätehütte in der Landschaft

(OVG Koblenz, Beschl. v. 5.6.2012 – 8 A 10594/12)

Für den Bau einer Gerätehütte im Außenbereich kommt die Erteilung einer Baugenehmigung nicht in Betracht.

(Nichtamtl. Leisatz)

Anmerkung:

Nachdem ohne Baugenehmigung eine Gerätehütte in der Landschaft errichtet worden war, hat sich das Oberverwaltungsgericht Koblenz mit der Zulässigkeit dieses Eingriffs in Natur und Landschaft befasst.
Es handelte sich um einen Eingriff in Natur und Landschaft, weil eine Veränderung dergestalt von Grundflächen bewirkt worden war. Dafür ist § 14 Bundesnaturschutzgesetz einschlägig, der sich mit der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes befasst. Eine solche liegt vor, wenn das Landschaftsbild z. B. infolge einer Veränderung vom Standpunkt eines aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachters sich als gestört darstellt bzw. sich aus seiner Sicht der spezifische Charakter der Landschaft in einer als negativ empfundenen Weise verändert hat.
In dem konkreten Fall ging es um eine Gerätehütte in Höhe von 1,80 m, die in der flachen Landschaft ein Fremdkörper war. Die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch die Gerätehütte war darüber hinaus auch erheblich, denn sie wurde aufgrund ihrer Größe, ihrer eckigen Form, ihrer Farbgebung im flachen Landschaftsbild, das unter anderem durch Bäche, Quellen, Uferzonen, Auwaldreste, Feuchtstellen, einzelne Röhrichtbestände, Gebüsche, Heckenstrukturen und Feldrainen, exzessive Streuobstbestände und Reste naturnaher Waldgesellschaften geprägt war.
Gegenüber dem Beseitigungsverlangen konnte nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, die Beseitigung der Gerätehütte wäre mit Eingriffen in Natur und Landschaft, nämlich mit Beeinträchtigungen des Lebensraums geschützter Tier- und Pflanzenarten verbunden. Die Beseitigung der Gerätehütte war nicht durch arbeitenschutzrechtliche Bestimmungen unzulässig,
Der Grundstückseigentümer konnte sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Gerätehütte genieße Bestandsschutz. Die Gerätehütte war im Jahre 1998 errichtet worden und schon damals hätte eine Baugenehmigung eingeholt werden müssen.
Schließlich konnte der Verantwortliche auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Beseitigungsverfügung wäre mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren. Die Verwaltungsbehörde war auch gegen andere illegale Bauten im Außenbereich vorgegangen, soweit sie im Naturschutzgebiet oder im Landschaftsschutzgebiet lagen. Aus der Sicht des Gerichts waren die Schutzgebiete am schlimmsten missbraucht worden.

F. O.

Gebrauchsvorteil durch Anschluss an Regenwasserkanalisation

(OVG Münster, Beschl. v. 16.4.2012 – 15 A 593/12)

Für ein Grundstück entsteht ein Gebrauchsvorteil auch dann, wenn ein Anschluss an einen Niederschlagswasserkanal vorgenommen wird.

(Nichtamtl. Leisatz)

Anmerkung:

Ein Eigentümer nahm selbst den Anschluss seines Grundstücks an eine Regenwasserkanalisation vor, was die Gemeinde veranlasste, von ihm einen Beitrag in Höhe von 6.000 € zu fordern. Demgegenüber machte der Grundstückseigentümer geltend, der Beitragsanspruch wäre nicht entstanden, denn ihn würde durch den Anschluss an den Niederschlagswasserkanal kein Vorteil erwachsen. Die benachbarten fünf Flurstücke wären noch nicht an den Niederschlagswasserkanal angeschlossen, so dass sein Grundstück durch das von den Nachbargrundstücken abfließende Wasser immer wieder überschwemmt werde.
Die Betrachtungsweise des Grundstückseigentümers war aber unbegründet. Die Schaffung von Abwasseranlagen für Niederschlagswasser ist mit Gebrauchsvorteilen verbunden, die darin bestehen, das auf einem Grundstück anfallende Niederschlagswasser zu beseitigen. Dieser Gebrauchsvorteil bewirkt eine Verbesserung der Erschließungssituation und steigert durch eine bessere Nutzbarkeit den Gebrauchsvorteil des Grundstücks. Schließlich sind Baugrundstücke für ihre Erschließung nicht nur auf die Schmutzwasser- sondern auch auf die Niederschlagswasserentwässerung angewiesen.
Aber auch sonst wäre eine Beitragserhebung in Betracht gekommen, denn ein die Beitragserhebung rechtfertigender wirtschaftlicher Vorteil wird unwiderleglich vermutet. Dieser Vorteil wird auch nicht dadurch beseitigt, dass von benachbarten Grundstücken wegen deren fehlenden Anschlusses an die Regenwasserkanalisation Überschwemmungen zu befürchten sind. F. O.

Auskunftsanspruch der Presse bei Polizeieinsatz

(OVG Münster, Beschl. v. 27. 6. 2012 – 5 B 1463/11)

1. Ein Amtsträger genießt in amtlicher Eigenschaft wie auch als Privatperson das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

2. Ein presserechtlicher Auskunftsanspruch kann entfallen, wenn aus der Offenbarung der Personalien eines Beamten, der einen sicherheitsrelevanten (Polizei-)Einsatz veranlasst oder ihn geleitet hat, ein erhebliches Gefährdungspotential für diesen Beamten folgt.

3. Das Informationsrecht nach § 4 Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) wird durch die Regelung über den Auskunftsanspruch in § 4 Pressegesetz Nordrhein-Westfalen (PresseG NRW) verdrängt.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Der Antragsteller (A) des vorliegenden Verfahrens ist Chefreporter einer sog. Boulevard- Zeitung, die über einen Einsatz von Polizei und Steuerfahndung in einem Swinger - Club berichtet hatte. Kurz nach dem Erscheinen des Artikels bat A die oberste Dienstbehörde der Steuerfahndungsstelle um Auskunft über Details des Einsatzes (insbesondere verantwortliche Beamte, Auffindung von Beweismitteln, Festnahmen bzw. Erlass von Haftbefehlen). Die Behörde lehnte die gewünschte Auskunft unter Berufung auf das Steuergeheimnis ab. A hat erfolglos versucht, die Behörde im Wege der **einstweiligen Anordnung** (§ 123 VwGO) zu Erteilung der gewünschten Auskünfte verpflichten zu lassen. Nach Auffassung des Senats steht das **Steuergeheimnis** (§ 30 Abs. 1 AO) der Auskunftserteilung – in Bezug auf die dort genannten steuerlichen Verhältnisse – entgegen. Die Voraussetzungen, unter denen § 30 Abs. 4 AO eine Offenbarung von Steuergeheimnissen erlaubt, seien nicht erfüllt. Soweit A erfahren möchte, wer für den Einsatz federführend war und wer ihn veranlasst hat, stehe dem **presserechtlichen Auskunftsanspruch** § 4 Abs. 2 Nr. 3 PresseG NRW entgegen. Danach besteht unter anderem kein Auskunftsanspruch, soweit ein **schutzwürdiges privates Interesse** verletzt würde. Erforderlich ist eine **Abwägung** der jeweils betroffenen schutzwürdigen Belange im Einzelfall. Das Interesse der Presse an Offenlegung ist dem privaten Interesse am Unterbleiben der Auskunft gegenüber zu stellen. Ist mit der Auskunft nur ein geringer Eingriff in das Recht des Privaten verbunden, so bedarf es keines zeitgeschichtlichen Interesses an der Information, um dieses als gerechtfertigt anzusehen. Demgegenüber muss das von der Presse verfolgte Interesse um so gewichtiger sein, um eine Auskunft zu legitimieren, je sensibler der Bereich ist, über den informiert wird und je weitergehend die begehrte Auskunft reicht. Diese Abwägung geht nach Ansicht des Senats hier zu Lasten der Presse aus. Das OVG verweist insoweit auf **konkrete Sicherheitsrisiken** für die beteiligten Amtsträger, weil der Adressat des Einsatzes Verbindungen zu einer Rocker-Gruppe habe. Es könnten gewaltsame Racheakte nicht ausgeschlossen werden. Es bestehe die Gefahr, dass A über die für den Einsatz verantwortlichen Personen identifizierend berichten werde. Gegenüber den gewichtigen privaten Geheimhaltungsinteressen wiege das Auskunftsinteresse des A weniger schwer. Eine identifizierende Berichterstattung dürfte ohnehin – so der Senat – auf Grund von Sicherheitsrisiken unzulässig sein. Grundsätzlich komme im Übrigen selbst bei Personen, die einer Straftat verdächtig seien, eine Namensnennung nur in Fällen schwerer Kriminalität oder bei Straftaten in Betracht, die die die Öffentlichkeit besonders berühren. Straftaten der verantwortlichen Beamten stünden hier aber nicht zur Diskussion. Es könne nicht einmal ein Mindestmaß an Beweistatsachen für ein dienstliches Fehlverhalten festgestellt werden. Gleichwohl sei zu befürchten, dass die Betroffenen bei Veröffentlichung unter Namensnennung mit einem als möglicherweise unangemessenen Einsatz von Polizei- und Steuerfahndung im Rotlichtmilieu in Verbindung gebracht und damit gleichsam an den Pranger gestellt würden. Dies gelte um so mehr, als bei vielen Lesern einer Boulevard-Zeitung ein solches negatives Urteil selbst dann in Erinnerung bleiben dürfte, wenn der Artikel relativierende Zusätze („möglicherweise“) aufweise.
Ein Anspruch auf **Informationszugang** nach dem IFG NRW bestehe nicht, weil das Gesetz keine Anwendung finde (§ 4 Abs. 2 Satz 1). Im Übrigen ergäbe sich im Hinblick auf § 9 Abs. 3 lit a IFG NRW nichts anderes. Danach soll einem Antrag auf Informationszugang

in der Regel stattgegeben werden, soweit sich die Angaben auf Namen, Titel, akademischen Grad, Berufs- und Funktionsbezeichnung, Büroanschrift und Rufnummer beschränken und die betroffene Person als Amtsträger an dem jeweiligen Vorgang mitgewirkt hat, es sei denn, der Offenbarung stünden schutzwürdige Belange der betroffenen Person entgegen.
Auch hier seien demgemäß Ausnahmen für den Bereich der Sicherheitsdienste zu machen oder den Kreis der Amtsträger, die auf Grund ihrer Funktion vermehrt unpopuläre Entscheidungen zu treffen hätten. Zu diesem Personenkreis gehören nach Ansicht des OVG die hier in Rede stehenden Beamten, die einen Großeinsatz unter hohen prognostizierten Sicherheitsrisiken veranlasst und geleitet haben.

J.V.

Sofortige Ausnutzung der Baugenehmigung

(VGH Mannheim, Beschl. v. 20.3.2012 – 3 S 223/12)

Von einer erteilten Baugenehmigung kann sofort Gebrauch gemacht werden, auch wenn ein Nachbar die Anordnung eines Baustopps verlangt.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Nachdem für ein Bauvorhaben die Baugenehmigung erteilt worden war, wurde die Baumaßnahme eingeleitet. Damit war ein Nachbar nicht einverstanden, weil nach seiner Auffassung die Baugenehmigung fehlerhaft war. Er verlangte die Anordnung eines Baustopps. Insoweit war davon auszugehen, dass nach § 34 Baugesetzbuch ein Vorhaben nach Art und Maß der baulichen Nutzung, nach der Bauweise und nach seiner überbauten Grundstücksfläche sich in die jeweils maßgebliche nähere Umgebung einzufügen hat, d. h. sich in dem jeweils prägenden Rahmen halten muss und diese Rahmen nur bei Vermeidung städtebaulicher Spannungen überschreiten darf, unmittelbar keine drittschützende Wirkung entfaltet. Unmittelbarer Drittschutz gegen Gebietsveränderungen steht den Nachbarn nur zu, wenn die nähere Umgebung der Nutzungsart beachtet wird. Nachbarn können in diesem Fall nach ihrer Nutzungsart unzulässige Vorhaben abwehren, ohne sich auf die Anforderungen des Rücksichtnahmegebots verweisen lassen zu müssen.
Insoweit ergaben sich keine Bedenken. Nach dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg kam die Anordnung eines Baustopps nicht in Frage.

F.O.

Zwangsgeldfestsetzung nach Ordnungsverfügung nach dem Nichtraucherschutzgesetz

(VG Köln, Beschl. v. 9. 9. 2011 – 7 L 435/11)

Hat ein Gaststätteninhaber nach Zustellung einer Ordnungsverfügung und Zwangsmittelandrohung das Rauchen in seiner Gaststätte weiterhin gestattet, darf die Behörde ein Zwangsgeld (hier: in Höhe von 3.000 €) gegen ihn festsetzen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Antragsgegnerin (Ag.) hat der Antragstellerin (Ast.) mit – unanfechtbar gewordener – Ordnungsverfügung vom 9.7.2010 aufgegeben, in ihrer Gaststätte a) das Anbringen von Hinweisen auf das Bestehen eines Raucherclubs oder ähnlicher Hinweise auf eine Gestattung des Rauchens zu unterlassen; b) die ausdrückliche Gestattung oder das stillschweigende Dulden des Rauchens zu unterlassen; c) die Aufenthaltsgewährung an Gäste, die das Rauchverbot missachten, zu unterlassen; d) das Auf – und Zurverfügungstellen von Aschenbechern zu unterlassen und e) im Eingangsbereich das Warnzeichen „Rauchen verboten" anzubringen. Die Ag. drohte im Fall der Missachtung der Verfügung ein Zwangsgeld von 3.000 € an. Mit Bescheid vom 26.10.2010 wurde das (angedrohte) Zwangsgeld gegen die Ast. fstgesetzt. Der Antrag der Ast., die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Zwangsgeldfestsetzungsbescheid anzuordnen, hatte keinen Erfolg.

II. Zur Rechtslage (aus den Gründen)

Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 und Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 112 JustG NRW zulässig, aber unbegründet.
Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht bei einem aufgrund landesgesetzlicher Regelung sofort vollziehbaren Verwaltungsakt, hier einer Zwangsgeldfestsetzung als Maßnahme der Vollzugsbehörden nach §§ 2, 56 VwVG NRW, die aufschiebende Wirkung der Klage anordnen. Bei der im Rahmen der Entscheidung des Gerichts vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegt im vorliegenden Fall jedoch das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung, da die angefochtene Festsetzung des Zwangsgeldes offensichtlich rechtmäßig ist und auch keine sonstigen Vollziehungshindernisse bestehen.

1. Die **gesetzlichen Voraussetzungen für die Festsetzung** des Zwangsgeldes nach §§ 55, 57, 60, 63, 64 VwVG NRW liegen vor. Die unfechtbare Ordnungsverfügung kann mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, § 55 Abs. 1 VwVG NRW.
Das Zwangsgeld ist nach § 57 Abs. 2 und § 63 VwVG in der Ordnungsverfügung vom 09.07.2010 schriftlich angedroht worden. Die Androhung wurde der Ast. auch nach § 63 Abs. 6 VwVG NRW mittels Postzustellungsurkunde am 13.7.2010 zugestellt und ist damit wirksam geworden. Mangels Einlegung von Rechtsmitteln ist die Androhung ebenfalls unanfechtbar.
Gem. § 60 und § 64 VwVG NRW konnte das angedrohte Zwangsgeld auch festgesetzt werden, da die der Ast. in der Ordnungsverfügung auferlegten Verpflichtungen innerhalb der in der Androhung bestimmten Fristen nicht erfüllt worden sind. Die Unterlassungspflichten waren sofort und die Pflicht zur Anbringung eines Rauchverbotsschildes innerhalb von 3 Tagen nach Zustellung zu erfüllen. Die Ast. hat jedoch nach Zustellung der Ordnungsverfügung und Zwangsmittelandrohung am 13.7.2010 ausweislich der Kontrolle vom 12.10.2010 das Rauchen in ihrer Gaststätte weiterhin gestattet. Insbesondere hat sie es nicht unterlassen, auf eine Rauchergaststätte hinzuweisen (Ziff. a), das Rauchen der Gäste in der Gaststätte zu gestatten (Ziff. b) und Aschenbecher zur Verfügung zu stellen (Ziff. d). Sie hat auch das Warnzeichen „Rauchen verboten" nicht angebracht (Ziff. e).

2. Die **Höhe des Zwangsgeldes** von 3.000 Euro entspricht dem in vergleichbaren Fällen üblichen Zwangsgeld und ist auch unter Be-

rücksichtigung des wirtschaftlichen Interesses der Ast. an der Nichtbefolgung des Rauchverbots, § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVG, nicht zu beanstanden.

3. Die Einwände der Ast. hält das Gericht nicht für begründet:
a) Soweit der Prozessbevollmächtigte der Ast. vorträgt, bei zutreffender Beratung wäre es der Ast. möglich gewesen, ihre Gaststätte als Einraumgaststätte nach § 4 Abs. 2 NiSchG zu betreiben, richtet sich dieser Einwand nicht gegen die Rechtmäßigkeit des Zwangsgeldes, sondern die Rechtmäßigkeit des Rauchverbots. **Einwände** gegen die **Rechtmäßigkeit der Ordnungsverfügung** können im vorliegenden Verfahren **nicht mehr berücksichtigt** werden, da die Verfügung **bestandskräftig** ist. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldfestsetzung ist allein die **Wirksamkeit,** nicht aber die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung,vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2004 – 1 C 30/03.Die Ast. hätte Widerspruch (bzw. *Klage, s. § 110 Abs. 1 Satz 1 JustG NRW*) gegen das Rauchverbot einlegen und die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einrichtung einer Einraumgaststätte während des Widerspruchsverfahrens *(Klageverfahrens)* herbeiführen müssen.

b) Die Ast. kann sich auch nicht auf § 65 Abs. 3 VwVG berufen. Danach ist der Vollzug einzustellen, sobald sein Zweck erreicht ist oder wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen nachträglich weggefallen sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

Der **Zweck des Vollzuges** ist grundsätzlich nur erreicht, wenn der Betroffene seine Verpflichtungen aus der Ordnungsverfügung erfüllt und die gebotenen Handlungen durchführt oder die verbotenen Handlungen unterlässt, vgl. auch § 60 Abs. 3 Satz 2 VwVG NRW. Infolge der Zuwiderhandlung gegen die verhängten Gebote am 12.10.2010 kann der Zweck des Vollzuges nicht mehr erreicht werden.
Zwar sind die **Vollstreckungsvoraussetzungen** im vorliegenden Fall **nachträglich entfallen.** Durch den sofort vollziehbaren **Widerruf** der Gaststättenerlaubnis mit Verfügung der Antragsgegnerin vom 23.11.2010 dürfte sich das für die konkrete, vom Widerruf betroffene Gaststätte, verhängte Rauchverbot erledigt haben. Denn die mit der Ordnungsverfügung vom 09.7.2010 verhängten Pflichten richteten sich an die Ast. als Betreiberin der Gaststätte und gehen damit ins Leere, wenn die Gaststätte aus rechtlichen Gründen nicht mehr betrieben werden kann. Dies führt hier jedoch **nicht** zu einer **Einstellung des Vollzugs,** da nach § 65 Abs. 3 Ziff. c) Satz 2 VwVG auch bei einem Wegfall der Ordnungsverfügung die Vorschrift des § 60 Abs. 3 VwVG anzuwenden ist. Danach ist ein **Zwangsgeld** beizutreiben, wenn der **Duldungs- oder Unterlassungspflicht** zuwidergehandelt worden ist. Diese Vorschrift ist nach der ständigen Rechtsprechung des OVG für das Land Nordrhein-Westfalen dahingehend auszulegen, dass **jede** Verbotsübertretung nach der Androhung und während der Zeit, in der die vollziehbare Ordnungsverfügung gilt, zur Festsetzung und Beitreibung eines Zwangsgeldes führt, auch wenn die Zuwiderhandlung später eingestellt oder die Ordnungsverfügung aufgehoben wird,vgl. OVG NRW, Beschl. v. 02.6.2010 – 13 B 191/10. Im vorliegenden Fall hat die Ast. am 12.10.2010 und damit nach der wirksamen Androhung des Zwangsgeldes am 13.7.2010 und vor der Erledigung der Ordnungsverfügung durch den Widerruf der Gaststättenerlaubnis am 23.11.2010 gegen eine **Unterlassungspflicht** verstoßen, indem sie das Hinweiszeichen auf eine Raucher-gaststätte in ihrem Schaukasten belassen hat.

c) Ob möglicherweise – im Hinblick auf die Schließung der Gaststätte – auf Antrag der Schuldnerin gem. § 60 Abs. 3 Satz 2, 2. Hs. VwVG i.V.m. § 26 Abs. 1 VwVG eine vorläufige oder endgültige Einstellung der Vollstreckung wegen einer **Härte** in Betracht kommt, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Ergänzender Hinweis:

Probleme des Nichtraucherschutzes im Bereich von Gaststätten dürften die Ordnungsbehörden und die Verwaltungsgerichte auch künftig beschäftigen. Das Land NRW hat eine Verschärfung der Regelungen des NiSchG NRW beschlossen (GV. NRW. 2012, S. 63). Die bisherigen Privilegierungen (s. hauptsächlich § 4 Abs. 2 a. F.) werden dadurch beseitigt. Die vorliegende Fallkonstellation erscheint vor allem wegen der vollstreckungsrechtlichen Problematik „klausur – und examensverdächtig". Studierende sollten insbesondere mit den Vorschriften der §§ 60, 65 VwVG NRW bzw. den entsprechenden Normen „ihres" Bundeslandes vertraut sein.

J.V.

Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Ratsmitglied

(VG Köln, Urt. v. 30.8.2012 – 4 K 4462/11)

Bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann sich ein Ratsmitglied nicht darauf berufen, für ihn wäre die Flucht in die Öffentlichkeit geboten gewesen.

(Nichtamtl. Leisatz)

Anmerkung:

Grundsätzlich besteht eine Pflicht zur Verschwiegenheit für alle einem Ratsmitglied bei seiner Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich, besonders vorgeschrieben oder vom Rat beschlossen ist (§ 30 i.V.m. § 42 GO NRW). Ein Beschluss des Rates die Öffentlichkeit auszuschließen, beinhaltet dabei zugleich den Beschluss, die Angelegenheit geheim zu halten.
Dementsprechend unterliegen der Geheimhaltung auch alle Angelegenheiten, die der Rat in nicht öffentlicher Sitzung berät, ohne zuvor die Öffentlichkeit öffentlich ausgeschlossen zu haben. Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht in diesem Falle von Anfang an, d. h. seit der Einladung zur Sitzung unter Übersendung der Tagesordnung. Allerdings ist anerkannt, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit Grenzen hat. Sie gilt nur, wenn die Geheimhaltung der Angelegenheit noch möglich ist. Das ist dann nicht mehr der Fall, wenn die fragliche Tatsache offenkundig ist. Offenkundig sind solche Tatsachen, die allgemein bekannt oder jederzeit feststellbar sind, von denen also ein verständiger Mensch jederzeit durch Nutzung allgemein zugänglicher Informationsquellen ohne Aufwand Kenntnis erlangen kann.
In dem konkreten Fall hatte ein Ratsmitglied seine Verschwiegenheitspflicht verletzt, weil es in einer Anfrage beim Bürgermeister bestimmte Umstände erwähnt hatte. Diese Anfrage händigte er auch der Presse aus.
Das Ratsmitglied konnte sich zur Rechtfertigung der Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht nicht auf ein Recht zur „Flucht in die Öffentlichkeit" berufen. Dies wäre nur in Frage gekommen, wenn eine Ausnahmesituation vorgelegen hätte.

Der Rat der Gemeinde beschloss, das Verhalten des Ratsmitgliedes zu missbilligen und gegen ihn wegen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ein Ordnungsgeld in Höhe von 200 € zu verhängen.

F. O.

Duscheinrichtung in der Obdachlosenunterkunft

(VG Oldenburg, Beschl. v. 5.6.2012 – 7 B 3428/12)

Ein Obdachloser kann nicht beanspruchen, dass im Sanitärbereich ein barrierefreier Zugang möglich ist.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die Gemeinden sind verpflichtet, Unterkünfte für Personen vorzusehen, die keine eigene Wohnung haben. Dabei ist es Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie die Obdachlosenunterkunft ausgestattet ist. Demgegenüber war ein Obdachloser, der seit 18 Jahren in einer solchen Einrichtung lebte, anderer Auffassung. Nach seiner Auffassung war die Gemeinde verpflichtet, für eine barrierefreie Nutzbarkeit der Duscheinrichtung zu sorgen.

Mit diesem Sachverhalt hat sich das Verwaltungsgericht Oldenburg befasst. Danach fordert das Wesen der Notunterkunft im Obdachlosenrecht lediglich ein der Grundanforderung der Menschenrechte entsprechendes Ausstattungsniveau. Hierbei müssen insbesondere Leben und Gesundheit der in aller Regel nur für begrenzte Zeit zu beherbergenden Bewohner gewährleistet sein, nicht aber darüber hinaus besondere Merkmale erfüllen. Deshalb ist schon eine Dusche nicht notwendiger Bestandteil einer Obdachlosenunterkunft. Hinreichend ist eine Waschgelegenheit. Die Obdachlosenbehörde hat nicht für eine wohnungsmäßige Voll- und Dauervorsorge, sondern lediglich für eine obdachmäßige Unterbringung zu sorgen.

Die geltend gemachten medizinischen Beeinträchtigungen des Antragstellers waren nicht geeignet, den von ihm geltend gemachten Anspruch zu begründen. Selbst für den Fall, dass der Antragsteller aus medizinischen Gründen auf eine „barrierefreie Dusche" angewiesen war, konnte er nicht verlangen, dass die Gemeinde eine solche im Rahmen der Obdachlosenunterbringung kostenfrei zur Verfügung stellte. Der vom Antragsteller geltend gemachte Anspruch war keine Angelegenheit des Obdachlosenrechts, sondern anderer Sozialleistungsträger.

F. O.

Ermäßigte Umsatzsteuer für das Verlegen des Wasserhausanschlusses

(BGH, Urt. v. 18.4.2012 – VIII ZR 253/11)

Für das Legen eines Hausanschlusses kann nur die ermäßigte Umsatzsteuer in Rechnung gestellt werden.

(Nichtamtl. Leisatz)

Anmerkung:

Nachdem im Laufe von mehreren Jahren Trinkwasserhausanschlüsse neu verlegt worden waren, hatte der Auftraggeber im Laufe der Jahre jeweils die Rechnung erhalten. Darin war auch die Umsatzsteuer in vollem Umfang vorgesehen. Der Auftraggeber kam dann später zu dem Ergebnis, dass die berechnete Umsatzsteuer zu hoch war. Er meinte, die Umsatzsteuer hätte nur halb so hoch in Rechnung gestellt werden dürfen. Er verlangte deshalb vom Auftragnehmer die Rückzahlung des überhöhten Betrages. Er berief sich dafür auf die Steuerermäßigung für die Lieferung von Wasser (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG i.V.m. Nr. 34 der Anlage 2 zum UStG).

Mit diesem Sachverhalt hat sich der Bundesgerichtshof befasst. Es kam nicht darauf an, ob es sich um das erstmalige Legen eines Hausanschlusses gehandelt hatte. Entscheidend war vielmehr, dass es um Arbeiten zur Erneuerung oder Reduzierung von Hausanschlüssen ging. Denn der Wasseranschluss ist für den Bezug von Wasser aus dem Wasserverteilungsnetz auf Dauer notwendig. Auch Arbeiten am Wasseranschluss, die der Aufrechterhaltung einer ordnungsgemäßen Wasserversorgung dienen, sind somit unentbehrlich für die Lieferung von Wasser.

Eine Ausnahme von der Steuerermäßigung war gesetzlich nicht geregelt, was aber nicht entscheidungserheblich war. Maßgeblich war vielmehr, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entschieden hat, dass das Legen eines Hausanschlusses unter den Begriff „Lieferung von Wasser" fällt (Urteil vom 03.04.2008 – C-442/05). Er hat also eine rein begriffliche Zuordnung vorgenommen. Auf die Frage, ob es sich dabei um eine Lieferung eines Gegenstandes oder um eine sonstige Leistung handelt, kommt es nach der Rechtsauffassung des Gerichtshofes nicht an. Der Auftraggeber hatte einen Anspruch auf Rückzahlung der Hälfte der gezahlten Umsatzsteuer.

F.O.

Berechtigtes Interesse der Gemeinde an der Beendigung eines Mietverhältnisses

(BGH, Urt. v. 9.5.2012 – VIII ZR 238/11)

Ein berechtigtes Interesse für die ordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses über eine Wohnung ist auch dann gegeben, wenn die Gemeinde das Objekt für ihre Aufgaben verwenden will.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Für die Absicht des Vermieters zur ordentlichen Kündigung eines Mietverhältnisses kommt es darauf an, ob bei ihm ein berechtigtes Interesse vorliegt (vgl. § 573 BGB). Dafür ist eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls geboten. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof vertreten.

Insoweit ist von Bedeutung, dass es seit langem anerkannt ist, dass ein berechtigtes Interesse an der Beendigung eines Mietverhältnisses vorliegen kann, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, z. B. eine Gemeinde, die von ihr vermietete Wohnung zur Umsetzung von Aufgaben benötigt, an deren Erfüllung ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Der Vermieter kann auch beanspruchen, dass Umstände insoweit zu berücksichtigen sind, als sich aus ihnen aufgrund eines familiären, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zusammenhangs auch ein eigenes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses ergibt. Diese Grundsätze gelten nicht nur für private Vermieter, sondern auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts.

In dem konkreten Fall diente die ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses nicht nur der Verwirklichung fremder Interessen, sondern auch der Durchsetzung eigener Interessen des Vermieters. Es handelte sich bei dem vorgesehenen Nutzer um eine juristische Person, die dem Vermieter nahe stand. Diese Zusammenhänge begründen nicht nur ein Drittinteresse an der Erlangung geeigneter Räumlichkeiten, sondern vielmehr ein eigenes berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses. F. O.

Aufsichtspflicht des Kita-Personals

(OLG Koblenz, Urteil vom. v. 21.06.2012 – 1 U 1086/11)

Bei Verletzung der Aufsichtspflicht muss im Fall der Amtshaftung die Kommune beweisen, dass das Kita-Personal seine Aufsichtspflicht nicht verletzt hat.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Das OLG hat der Klage eines Autofahrers auf Schadensersatz gegen die beklagte Stadt wegen Verletzung der Aufsichtspflicht durch das Kita-Personal stattgegeben.
Der Entscheidung lag nach den Urteilgründen folgender Sachverhalt zugrunde:

„Im Juni 2010 stellte der Kläger, der Inhaber einer ortsansässigen Firma ist, sein Fahrzeug am Rande des Außenbereichs einer Kindertagesstätte ab und begab sich in das anliegende Gebäude. Auf dem Freigelände der Kita hielt sich u.a. eine Gruppe von acht Kindern auf, die von einer Erzieherin betreut wurden. Drei Kinder verließen die Gruppe und begaben sich in Richtung des Außenzaunes, der zur unmittelbar angrenzenden Parkfläche durchlässig ist. Sie nahmen Steine in die Hand und warfen diese gegen das parkende Auto des Klägers. Es handelte sich um so viele Steine, dass insgesamt 21 Dellen im Fahrzeug festgestellt wurden."

Das erstinstanzliche LG hat die Klage abgewiesen.

Zur Begründung führte es aus, dass es den Erziehern nicht möglich sei, jedes Kind beim Spielen ständig zu beobachten.

Die gegen die erstinstanzliche Entscheidung erhobene Berufung hatte vor dem OLG Erfolg.

Der Vorsitzende des 1. Zivilsenats führt in der mündlichen Urteilsbegründung aus, dass „eine permanente und lückenlose Überwachung der Kinder „auf Schritt und Tritt" in einer Kita nicht zu gewährleisten sei und auch nicht geboten. Für die Frage der Aufsichtspflichtverletzung müssten immer die Besonderheiten des einzelnen Falles in den Blick genommen werden, wie etwa die Eigenheiten der jeweiligen Kinder, die örtlichen Gegebenheiten und die Aufsichtssituation. Die Beschaffenheit des Freigeländes (lockere große Kieselsteine, durchlässiger Zaun zur unmittelbar angrenzenden Parkfläche) habe in diesem speziellen Fall ein konkretes Gefahrenpotential für fremdes Eigentum entstehen lassen. Wenn sich dann drei spielende Kinder aus ihrer Gruppe eigenmächtig in Richtung Zaun entfernten, dürften diese nicht – wie hier – länger andauernd unbeobachtet bleiben. Ein Zeuge hatte zudem angegeben, die Steine seien „wie bei einem Maschinengewehr" auf das Auto geprallt. Die Erzieherinnen auf dem Außengelände hingegen hätten bekundet, nichts von alledem mitbekommen zu haben. In der Gesamtschau all dieser Umstände sehe der Senat eine Verletzung der Aufsichtspflicht und verurteilte die Stadt zum Ersatz des Schadens".

Wegen der unterschiedlicher Rechtsprechung zu dieser speziellen Frage der Amtshaftung lies das OLG die Revision zum BGH zu. Hintergrund für die Zulassung der Revision ist, so das OLG, „dass insbesondere andere Obergerichte den Geschädigten in der Pflicht sehen, die Verletzung der Aufsichtspflicht beweisen zu müssen".

G.T.

Diskriminierung von Arbeitnehmern: Darlegung von Indizien durch unrichtige oder widersprüchliche Auskünfte über den Grund der Benachteiligung

(BAG, Urt. v. 21.6.2012, 8 AZR 364/11, DB 2012, S. 2579)

1. An sich können sich aus Quoten oder Statistiken Indizien für eine Diskriminierung ergeben; Statistiken sind als mögliche Hilfstatsachen im Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft erwähnt.

2. Einen Erfahrungssatz, wonach bestimmte Bevölkerungsgruppen bei Bewerbungen stets gleichmäßig vertreten sind und Belegschaften dementsprechend zusammengesetzt sein müssen, gibt es nicht

3. Der Umstand, dass in einem Betrieb des Arbeitgebers keine Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft beschäftigt werden, jedoch im gesamten Unternehmen Arbeitnehmer aus insgesamt 13 Nationen, ist kein aussagekräftiges Indiz dafür, dass in diesem Betrieb Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft benachteiligt werden.

4. Falsche, wechselnde oder in sich widersprüchliche Begründungen für eine benachteiligende Maßnahme können Indizwirkung i. S. des § 22 AGG haben.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

A. Zum Sachverhalt

Die Parteien streiten über Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche, die die Klägerin (K) geltend macht, weil sie sich wegen ihrer ethnischen Herkunft durch die Beklagte (B) benachteiligt sieht. Die 1978 in der Türkei geborene K lebt seit 1989 in Deutschland und hat eine Ausbildung als Arzthelferin abgeschlossen. B ist eine Trägerin der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII), die in elf Bezirksverwaltungen über 1.800 Mitarbeiter beschäftigt, davon in der Bezirksverwaltung M 155. Mit dieser schloss K am 25.1.2008 einen Arbeitsvertrag über eine zunächst auf den Zeitraum vom 1.2.2008 bis 31.12.2008 nach § 14 Abs. 2 TzBfG i. V. mit § 30 Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag (BG-AT) befristete

Anstellung. Das befristete Arbeitsverhältnis bestand insgesamt bis zum 31.10.2010. Im März 2009 wurde das Arbeitsverhältnis der kurz nach K eingestellten, zunächst ebenfalls befristet beschäftigten Frau F entfristet. Vom 18.2.2008 bis 6.2.2009 beschäftigte B in der Bezirksverwaltung M eine Praktikantin türkischer Herkunft. Andere Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft wurden während der Dauer des Arbeitsverhältnisses der K in M nicht beschäftigt. In den anderen zehn Bezirksverwaltungen beschäftigt B Mitarbeiter aus 13 verschiedenen Nationen. Am 11.9. 2009 teilte der Leiter der Bezirksverwaltung M der K mit, dass eine Verlängerung oder Entfristung des Arbeitsverhältnisses nicht erfolgen werde. Mit Anwaltsschreiben vom 5.11.2009 ließ K Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach dem AGG bei B geltend machen.
K sieht sich bei der Entscheidung, das Arbeitsverhältnis mit ihr nicht fortzusetzen, von B wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt. Dafür spreche, dass sie in der Bezirksverwaltung M die einzige nichtdeutsche Arbeitnehmerin gewesen sei, während in anderen Bezirksverwaltungen der B auch Arbeitnehmer anderer Nationen beschäftigt würden. Schließlich seien die Angaben und das Verhalten der B widersprüchlich, was die Gründe für die Nichtverlängerung angehe. Zunächst habe der Leiter der Bezirksverwaltung auf eine Fusion verwiesen. Dann habe B eine Begründung abgelehnt und nunmehr mache sie angebliche Fehler und Leistungsmängel der K geltend. Dies indiziere, dass über den wahren, jedoch verbotenen Grund für die Nichtverlängerung, eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, nicht gesprochen werden solle. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der K hat das LAG das Urteil des ArbG teilweise abgeändert und B zur Zahlung von Schadensersatz in verlangter Höhe sowie zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 2.500 € verurteilt. Mit der Revision erstrebt B die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, mit der hilfsweise eingelegten Anschlussrevision will K die Verurteilung zu einer höheren Entschädigung erreichen.
Beide Revisionen hatten Erfolg.

B. Zur Rechtslage (aus den Gründen)

Das BAG sieht sich an einer abschließenden Entscheidung gehindert und hat die Sache deshalb an das LAG zurückverwiesen. Die Ausführungen des Senats bieten ein instruktives Kompendium wesentlicher Grundsätze des AGG.

I. Zur Revision der K

Das LAG hat K eine Entschädigung *(s. § 15 Abs. 2 AGG: „Schmerzensgeld" im Gegensatz zum Schadensersatz wegen materieller Schäden i. S. des Absatzes 1)* in Höhe von 2.500 € mit einer Begründung zugesprochen, die einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht standhält.

1. Der **persönliche Anwendungsbereich** des am 18. 8. 2006 in Kraft getretenen AGG ist eröffnet. K stand bis zum 31. 1. 2010 in einem Arbeitsverhältnis zur B und ist als Arbeitnehmerin **Beschäftigte** i. S. des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG. B ist als **Arbeitgeberin** nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG passivlegitimiert.

2. K hat sowohl die Entschädigungs- wie die Schadensersatzansprüche innerhalb der *(Zweimonats-)***Frist** des § 15 Abs. 4 AGG **schriftlich** geltend gemacht und Klage binnen der in § 61b ArbGG bestimmten Frist *(drei Monate)* erhoben.

3. Soweit gesetzlich nicht anders geregelt, gelten für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG die gleichen Voraussetzungen wie für den Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG. Dies ergibt sich schon aus dem systematischen Zusammenhang. Daher ist **Anspruchsvoraussetzung** ein **Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot** des § 7 AGG. Die Klage wird auf eine Benachteiligung wegen der **ethnischen Herkunft** der K gestützt, also auf die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes.

a) Zutreffend ist das LAG zunächst davon ausgegangen, dass in der Verweigerung der Fortsetzung, d. h. in der Weigerung zum Abschluss eines an die auslaufende Befristung anschließenden Arbeitsverhältnisses, eine **unmittelbare Benachteiligung** der K i. S. von § 3 Abs. 1 AGG liegt.

aa) Gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei die sich nachteilig auswirkende Maßnahme direkt an das verbotene Merkmal anknüpfen muss. Die benachteiligende Regelung oder Maßnahme wird hierbei unmittelbar mit einem in § 1 AGG genannten Merkmal begründet.Unerheblich ist, ob die Anknüpfung **verdeckt oder offen** erfolgt Auch kann die Benachteiligung statt in einem aktiven Tun auch in einem **Unterlassen** liegen ,wobei eine Benachteiligung durch Unterlassen nicht voraussetzt, dass eine Handlungspflicht besteht. Ein Benachteiligung durch Unterlassen kommt in Betracht, wenn ein Arbeitgeber ein befristetes Arbeitsverhältnis wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht verlängert (vgl. EuGH 4.10.2001 – C-438/99 – [Jiménez Melgar] Rn. 47, aaO; KR-Treber 9. Aufl. § 3 AGG Rn. 6).

bb) K ist ungünstiger behandelt worden als ihre Kolleginnen Frau F und Frau G, deren Arbeitsverhältnisse jeweils entfristet worden sind. Nach dem anzulegenden **objektiven Maßstab** liegt hierin eine im Verhältnis zur K günstigere Behandlung. B hat mit den Kolleginnen der K neue, unbefristete Arbeitsverträge geschlossen und diese nach den Feststellungen des LAG besser gestellt als die K, deren Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.1.2010 endete. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG genügt es, dass die Kolleginnen zeitlich früher günstiger behandelt wurden („erfahren hat").

cc) Die Situation der ungünstiger behandelten K war mit der ihrer Kolleginnen B und F vergleichbar.

b) Die Begründung des LAG, die Benachteiligung der K sei wegen ihrer ethnischen Herkunft erfolgt, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) Der **Begriff der ethnischen Herkunft** wird weder in Art. 19 AEUV, im AGG noch in der zugrunde liegenden Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft definiert. Ausweislich der Begründung des AGG-Gesetzesentwurfs ist das Merkmal der ethnischen Herkunft – wie auch das der Rasse – in einem umfassenden Sinn zu verstehen, denn es soll einen möglichst lückenlosen Schutz vor ethnisch motivierten Benachteiligungen gewährleisten. Es ist unionsrechtlich auszulegen und umfasst auch Kriterien, wie sie das Internationale Übereinkommen zur

Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) vom 7. 3. 1966 nennt, nämlich Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler Ursprung oder Volkstum.

bb) Der **Kausalzusammenhang** zwischen nachteiliger Behandlung und dem Merkmal nach § 1 AGG ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Merkmal anknüpft oder durch sie motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines **Motivbündels** ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat (vgl. BAG 27. 1. 2011 – 8 AZR 580/09 – Rn. 28, EzA AGG § 22 Nr. 3 zum Merkmal Behinderung; 19.8.2010 – 8 AZR 530/09 – Rn. 54, AP AGG § 15 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 10 zum Merkmal Alter; 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 – Rn. 31, AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (vgl. BAG 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 – aaO).

cc) Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine **Beweislastregelung** getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der **Beschäftigte** genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er **Indizien** vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Liegt eine **Vermutung** für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die **andere Partei die Beweislast** dafür, dass **kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.**

c) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des LAG nicht stand, das angenommen hat, bereits die Tatsache, dass B in der Bezirksverwaltung M keine Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft beschäftige, während ansonsten Arbeitnehmer aus 13 Nationen bei ihr beschäftigt seien, stelle ein Indiz für die Mitursächlichkeit der ethnischen Herkunft der K bei ihrer Benachteiligung dar.

aa) An sich können sich aus **Quoten oder Statistiken Indizien** für eine Diskriminierung ergeben. Statistiken sind als mögliche Hilfstatsachen im Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft erwähnt. Auch der deutsche Gesetzgeber (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 47) und der Senat (BAG 27.1.2011 – 8 AZR 483/09 – Rn. 29, AP AGG § 3 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 7) haben dies bejaht. Eine Vermutung für ein regelhaft die **Merkmalsträgergruppe** benachteiligendes Verhalten kann sich aus statistischen Daten aber nur dann ergeben, wenn sie sich konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und aussagekräftig sind, was sein Verhalten gegenüber der Merkmalsträgergruppe anbelangt (vgl. EuGH 27.10.1993 – C-127/92 – [Enderby] Slg. 1993, I-5535 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 50 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 20). Soweit dabei von in der Vergangenheit erfolgten Diskriminierungen auf die Gegenwart geschlossen wird, spricht dies nicht gegen die Berücksichtigung von Statistiken, weil ein regelhaft geübtes Verhalten gerade nur durch die Betrachtung der Vergangenheit ausgemacht werden kann (BAG 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 – Rn. 68, AP AGG § 22 Nr. 2 = EzA AGG § 22 Nr. 2).

Der Senat prüft nunmehr, ob diese Regeln auf den Fall der K zutreffend angewendet worden sind. Er billigt zwar den rechtlichen Ansatz der Vorinstanz, die auf die Bezirksverwaltung M abgestellt hat, rügt allerdings den hieraus gezogenen Schluss auf eine Diskriminierung der K aus ethnischen Gründen.

bb) In der Bezirksverwaltung M wurden zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft beschäftigt, während in den übrigen Bezirksverwaltungen Arbeitnehmer unterschiedlicher Herkunft aus ingesamt 13 Nationen beschäftigt wurden. Das Berufungsgericht hat daraus geschlossen, nichtdeutsche Arbeitnehmer würden in der Bezirksverwaltung M benachteiligt, Arbeitnehmer deutscher Herkunft bevorzugt. Dadurch hat es nicht vernünftigerweise alle in Betracht kommenden Umstände widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze berücksichtigt.
Die **bloße Unterrepräsentation** einer Gruppe ist nicht zwingend ein Indiz für eine diskriminierende Personalpolitik. Dies gilt insbesondere für Beschäftigungsquoten von Arbeitnehmern unterschiedlicher ethnischer Herkunft. Die Unter- oder Überrepräsentation von Arbeitnehmern einer Ethnie kann statt auf einem diskriminierenden Verhalten des Arbeitgebers etwa auch auf einer individuellen Präferenz der Gruppenmitglieder für eine bestimmte Branche beruhen. Dass Ethnien in einer Belegschaft unterschiedlich repräsentiert werden, kann einerseits von den im Betrieb anfallenden Tätigkeiten und der damit zusammenhängenden Qualifikation, andererseits von der Bewerberlage abhängen. Die Verteilung der Ethnien ist in Deutschland nicht gleich, es gibt bereits größere Unterschiede zwischen urbanen und ländlichen Gebieten sowie zwischen den einzelnen Regionen und Bundesländern. Einen **Erfahrungssatz,** wonach bestimmte Bevölkerungsgruppen bei Bewerbungen stets gleichmäßig vertreten sind und Belegschaften dementsprechend zusammengesetzt sein müssen, gibt es nicht (Grobys NZA 2006, 898, 902). Soweit eine einseitige Belegschaftsstruktur als Indiz für eine Benachteiligung angeführt wird, muss **in jedem Einzelfall** je nach dem Merkmal und nach dem Verhältnis der absoluten und relativen Zahlen geprüft werden, ob eine Indizwirkung besteht (Wörl Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz S. 161).

4. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

Der Senat gibt dem LAG die Prüfung auf, ob sich aus der Art der von B gemachten Angaben zur Nichtentfristung, ihrer inhaltlichen Richtigkeit sowie dem übrigen Verhalten der Bezirksverwaltung Anhaltspunkte für eine ethnische Benachteiligung der K ergeben:

aa) Es kann ein Indiz darstellen, wenn ein Arbeitgeber bei der Auskunftserteilung **Gründe** angibt, die **im Widerspruch zu seinem sonstigen Verhalten** stehen.

bb) Indizwirkung können auch gegebene, aber **wechselnde Begründungen des Arbeitgebers** für eine getroffene benachteiligende Maßnahme haben. In diesem Zusammenhang wird das LAG das Vorbringen der K zu prüfen haben, zunächst sei ihr ein betriebsbedingter Grund („Fusion") für die Nichtverlängerung vom Leiter der Bezirksverwaltung M genannt worden, wobei dies später oder im Prozess von B nicht wiederholt worden ist. Ein nicht erläutertes Auswechseln von Begründungen für ein Verhalten lässt nach allgemeiner

Lebenserfahrung den Schluss zu, dass die zunächst gegebene Begründung unzutreffend war. Stellte sich dann die neue Begründung als unzulässige, jedenfalls aber als im Widerspruch zum bisherigen eigenen Verhalten stehende Argumentation dar, so verstößt es nicht gegen Denkgesetze anzunehmen, dass über die wahren Gründe nicht gesprochen werden soll. Das indiziert, dass die eigentlichen Gründe unerlaubt waren und genügt daher i. S. der Darlegungslast der K nach § 22 AGG.

II. Revision der B

Der von K begehrte materielle Schadensersatzanspruch gem. § 15 Abs. 1, §§ 7, 1 AGG i. V. mit §§ 249, 252 BGB kann nach Ansicht des Senats mit der Begründung des LAG nicht bejaht werden. Ob K überhaupt Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche zustünden, könne nicht abschließend beurteilt werden. Im Übrigen macht das BAG nähere Vorgaben zur Höhe eines evtl. Entschädigungsanspruchs:

Sollte das LAG zu dem Ergebnis gelangen, dass K eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zusteht, wird es über die Höhe der Entschädigung neu zu befinden haben. Die Rspr. des EuGH verlangt, dass die Sanktion in einem **angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden** stehen muss (vgl. EuGH 22.4.1997 – C-180/95 – [Draehmpaehl] Rn. 27, 32, Slg. 1997, I-2195 = AP BGB § 611a Nr. 13 = EzA BGB § 611a Nr. 12; 2.8.1993 – C-271/91 – [Marshall] Slg. 1993, I-4367; BAG 22.1.2009 – 8 AZR 906/07 – Rn. 82, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1). Die Höhe der Entschädigung muss **geeignet** sein, **den Arbeitgeber zukünftig zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten nach dem AGG anzuhalten** (spezialpräventive Funktion) und **Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten** (generalpräventive Funktion). Kommt dem Schadensersatz ein Sanktionszweck zu, so ist dieser aber durch den Schadensausgleichsgesichtspunkt begrenzt. Entscheidend ist, dass der **immaterielle** Schaden kompensiert wird. Die Erwägung des LAG, eine höhere Entschädigung als 2.500 € sei deshalb nicht gerechtfertigt, weil K relativ schnell eine anderweitige Beschäftigung hat aufnehmen können, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Das LAG hat angenommen, mit der Aufnahme der anderweitigen Beschäftigung habe die Beeinträchtigung geendet und zeitige keine Folgen mehr. Allerdings genoss K in ihrem neuen Arbeitsverhältnis – anders als im Arbeitsverhältnis zur B – jedenfalls für die Dauer von sechs Monaten keinen Kündigungsschutz. Daher hielt auch nach der Aufnahme der anderweitigen Beschäftigung die Interessenschädigung an. Diese Interessenschädigung würde auch nicht durch Gewährung des von K begehrten **materiellen Schadensersatzes** ausgeglichen. Mit der gegebenen Begründung kann daher die Begrenzung der Entschädigung auf 2.500 was etwa dem 1,6-Fachen eines Bruttomonatsverdienstes entspricht, nicht gerechtfertigt werden. Im Übrigen kommt mit Rücksicht auf den **Präventionszweck** auch eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen **Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers** in Betracht.

J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

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

Schrifttum

Dolde/Kirchhof/Stilz, Landesrecht Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2012, 943 Seiten, € 22,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-7823-5; Heckmann/Huber/Numberger, Landesrecht Bayern, 8. Aufl. 2012, 812 Seiten, € 22,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-7824-2; von Zezschwitz, Landesrecht Hessen, 22. Aufl. 2012, 967 Seiten, € 22,90, Nomos, ISBN 978-8329-7825-9; Götz/Starck, Landesrecht Niedersachsen, 21. Aufl. 2012, 807 Seiten, € 22,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-7826-6; Mayen/Sachs/Seibert, Landesrecht Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl. 2012, 1036 Seiten, € 22,90, Nomos, ISBN 978-3-8329-7827-3; Kluth/Robra, Landesrecht Sachsen-Anhalt, 15. Aufl. 2012, 864 Seiten, € 24,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-7828-0

Die vorliegenden Textsammlungen erscheinen in der Reihe „NomosGesetze". Die Auswahl der Gesetze und Verordnungen orientiert sich hauptsächlich an den Bedürfnissen von Jurastudenten, Rechtsreferendaren und (in Grenzen) den Absolventen von Fachhochschulen mit juristischen Fächern. Die Herausgeber sind (auch) mit der Ausbildung des juristischen Nachwuchses befasst und daher fachlich hervorragend geeignet, die Entscheidungen darüber zu treffen, welche Gesetze in eine gebundene und handhabbare Textausgabe gehören. Stichwortverzeichnisse erleichtern den Umgang mit den Sammlungen. Die Bände werden im Jahresrhythmus aktualisiert und befinden sich auf dem Stand 1. August bzw. 1. September 2012. Freilich können und sollen sie die – umfangreicheren – Loseblattsammlungen nicht ersetzen. Sie erschließen jedoch in handlicher und übersichtlicher Form den Zugriff auf ausbildungs- und praxisrelevante Rechtsvorschriften.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2013, 523 Seiten, in Leinen, € 89,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63774-2

Das Glücksspielrecht weckt spätestens seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (NJW 2006, S. 1261) verstärkt das Interesse der Rechtswissenschaft, wie zahlreiche Veröffentlichungen zu diesem Thema belegen. Widersprüchliche Gerichtsentscheidungen zur Vereinbarkeit von Sportwetten mit dem Europarecht hatten bis zu der verfassungsgerichtlichen Grundsatzentscheidung zu einer heillosen Rechtszersplitterung und Verunsicherung der zuständigen Ordnungs- und Polizeibehörden geführt. Der Europäische Gerichtshof hat in mehreren Entscheidungen die Pflicht der Mitgliedstaaten betont, ein schlüssiges Glücksspielrecht zu schaffen. Als Reaktion auf diese Judikatur haben die Bundesländer den Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV) novelliert. Der neue GlüStV ist am 1. Juli 2012 in Kraft getreten. Damit ist die Rechtslage in Deutschland auf dem Glücksspielsektor indessen nicht abschließend geregelt. Das Recht der Spielhallen insbesondere ist nicht (abschließend) im GlüStV,sondern in der Gewerbeordnung und in der Spielverordnung geregelt. Mit den steuerrechtlichen Aspekten der Rennwetten und Lotterien befasst sich (ergänzend) das Rennwett- und Lotteriegesetz. Das vorliegende Werk trägt dieser Rechtslage Rechnung und bezieht die einschlägigen Vorschriften in den anderen Regelwerken mit ein. Abgerundet wird die Kommentierung durch eine sehr instruktive Einführung in das Glücksspielrecht.

Fazit: Ein ausgezeichneter Spezialkommentar, der eine schnelle und sichere Orientierung auf diesem schwierigen Rechtsgebiet bietet. Nicht zuletzt angesichts der Dynamik des Glücksspielrechts sind dem Kommentar weitere Auflagen sicher und zu wünschen.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 71. Aufl. 2013, 3.195 Seiten, geb., € 159,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63007-1

Nach nur zwei Jahren hat Hartmann – der allein für das Werk verantwortlich zeichnet – eine neue Auflage vorgelegt. Mit ihr wird der Kommentar auf den Stand von Mitte bis Ende September 2012, teilweise 1.1.2013 gebracht. Mehr Aktualität ist von einem gebundenen Werk dieses Kalibers nicht zu verlangen.

Die hohe Zahl der Auflagen belegt, dass der „Baumbach" zu den führenden Kommentaren zur ZPO gehört. Zum Lesekomfort tragen insbesondere zahlreiche (rd. 130) sog. ABC-Reihen bei, in denen Beispiele zu bestimmten Problemen enthalten sind. Zuweilen finden sich in der Kommentierung zu einer Vorschrift sogar mehrere Reihen (s. z. B. zur Kostenentscheidung im Erledigungsfall: § 91a Rn. 5 ff., 41 ff., 79 ff., 114 ff.). Erfreulicherweise nimmt Hartmann vielfach zu (Neu-) Regelungen kritisch Stellung und spart auch nicht mit kleinen Spitzen (s. z. B. § 80 Rn. 9: „modische Unschärfe"). Natürlich muss man dem Autor nicht in allen Punkten folgen (etwa zur Problematik der Anhörungsrüge wegen „greifbarer Gesetzwidrigkeit" im Zusammenhang mit der nicht geglückten Vorschrift des § 321a; s. dort Rn. 14). Unabhängig davon liefert der Autor stets eine Fülle von Anregungen und bietet mindestens gut vertretbare Lösungen. Nicht nur für in Zivilsachen tätige Anwälte und Richter ist das Werk eine hervorra-

gende Informationsquelle. Der Verwaltungsrechtler kann und darf die ZPO ebenfalls nicht ignorieren, bestimmt doch § 173 VwGO die entsprechende Anwendung von Bestimmungen der ZPO, soweit nicht Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entgegenstehen. Darüber hinaus wird vereinzelt auf die ZPO verwiesen.

Fazit: Ein Meisterwerk auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts, das im Hinblick auf seine meinungsbildende Funktion auf den Schreibtisch jedes Anwalts gehört. Aber auch in Behördenbibliotheken sowie den Bibliotheken der Ausbildungseinrichtungen für den öffentlichen Dienst sollte der Kommentar nicht fehlen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl. 2013, 2.641 Seiten, geb., € 82,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63675-2

Mit der neuen Auflage ist der Kommentar auf den Stand September 2012 gebracht worden. Es war auch dieses Mal hauptsächlich der Gesetzgeber, der den Anlass zur raschen Neubearbeitung geliefert hat. Die Änderungen betreffen zum Einen das 45. Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (§§ 325 ff. StGB). Des Weiteren ist in § 353b ein neuer Absatz 3a eingefügt worden, der die Beteiligung von Journalisten an einer Verletzung des Dienstgeheimnisses regelt bzw. privilegiert. § 67 Abs. 4 StGB über den Maßregelvollzug wurde durch einen Beschluss des BVerfG vom 27. März 2012 (teilweise) für verfassungswidrig erklärt; die Entscheidung ist in den kommentierenden Text eingearbeitet worden.
Schließlich hat der Autor erneut mehrere hundert neue Entscheidungen – insbesondere des Bundesgerichtshofs – eingearbeitet.

Fazit: Der Kommentar gehört unverändert zum Besten auf dem Gebiet des Strafrechts. Für die mit Aufgaben der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr befassten Sicherheitsbehörden, Richter und Staatsanwälte sowie die Anwaltschaft sollte er die erste Wahl sein.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl. 2012, 1795 Seiten, in Leinen € 59, 00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-63041-5

Erneut liegt nur ein Jahr zwischen der aktuellen und der Vorauflage des bestens eingeführten Kommentars der „Gelben Reihe". Das Werk ist erneut gewachsen (rd. 60 Seiten); der Verlag hat den Preis aber gehalten. Dem Vorwort ist zu entnehmen, dass ein Übergang zu diesem Jahresrhythmus vollzogen sei, um der Dynamik des Verwaltungsverfahrensrechts Rechnung zu tragen. Da der Text des VwVfG nicht geändert wurde, galt es bei dieser Auflage primär, die aktuellen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur nachzuzeichnen und kritisch zu begleiten. Die Autoren haben diese Aufgabe – wie kaum anders zu erwarten – hervorragend gemeistert. Der Kommentar ist damit auf den Bearbeitungsstand Frühjahr 2012 gebracht worden.

Fazit: In den Behörden- und Gerichtsbibliotheken sowie den Bibliotheken der Hochschulen sollte der (fast) konkurrenzlose Kommentar längst zur Standardausstattung gehören. Auch Studierenden und Referendaren ist die Anschaffung angesichts des günstigen Preises sehr zu empfehlen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Herausgeber:

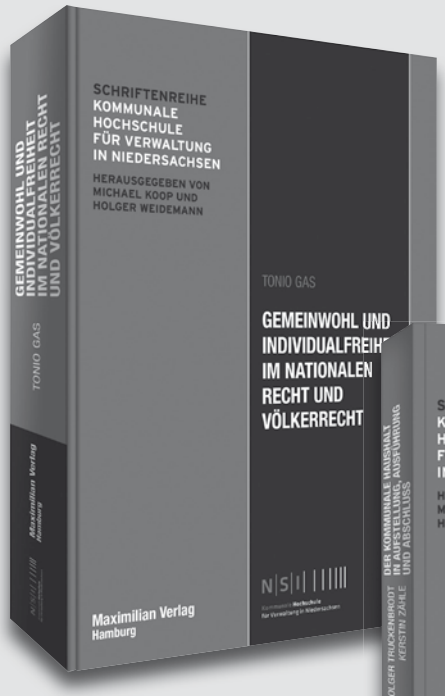
Staatssekretär Dr. *Hans Bernhard Beus*
Bundesministerium der Finanzen, Berlin
Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn*
Präsident der SRH Hochschule Berlin und Ehrenpräsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M.
Ltd. Kreisrechtsdirektorin *Patricia 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. Verbandsverwaltungsdirektor *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

MEHR WISSEN.

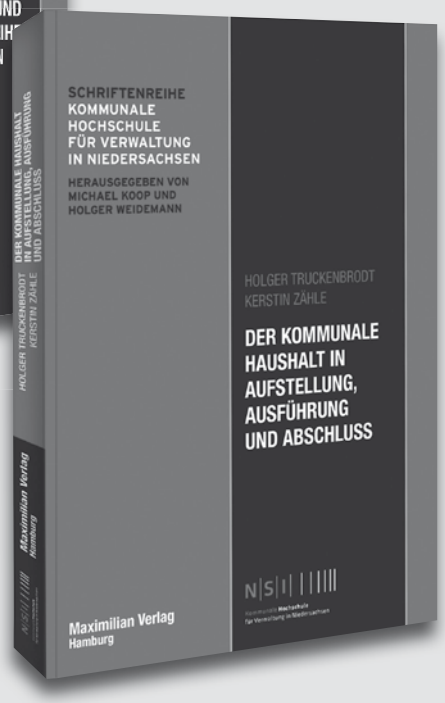
DIE SCHRIFTENREIHE KOMMUNALE HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNG IN NIEDERSACHSEN

Tonio Gas:
Gemeinwohl und Individualfreiheit im nationalen Recht und Völkerrecht

Die Habilitation (Band 5 der NSI-Schriftenreihe) von Tonio Gas befasst sich mit Gemeinwohl und Freiheit im nationalen Verfassungsrecht sowie im Völkerrecht zwischen Staaten- und Menschheitsbezug.



Band 5, 608 Seiten, Broschur,
ISBN 978-3-7869-0838-8, 69,90 €



Holger Truckenbrodt/Kerstin Zähle:
Der Kommunale Haushalt in Aufstellung, Ausführung und Abschluss

Dieser Band führt den Auszubildenden/Studierenden umfassend in den kommunalen Haushalt ein.
Band 2, 2. Auflage, 308 Seiten, Broschur,
ISBN 978-3-7869-0864-7, 29,90 €

Jan Seybold/Wolfgang Neumann/Frank Weidner:
Niedersächsisches Kommunalrecht

Das Lehrbuch richtet sich vorwiegend an Auszubildende, insbesondere an Studieninstituten, sowie an die Verwaltungshochschulen der Länder und Kommunen.
Band 3, 2. Auflage, 248 Seiten, Broschur,
ISBN 978-3-7869-0868-5, 29,90 €

Peter Eichhorn:
Management im öffentlichen Dienst
Der Königsweg für eine moderne Verwaltung

Im Vordergrund stehen die innovativen Managemententwicklungen in Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltungen.
Band 4, 152 Seiten, Broschur,
ISBN 978-3-7869-0836-4, 19,90 €

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Georgsplatz 1 | 20099 Hamburg
Tel. 040/70 70 80 -306 | Fax 040/70 70 80 -324 | vertrieb@dvp-digital.de.

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. Alle genannten Preise verstehen sich inklusive MwSt. und Versandkosten (Inland frei). Irrtum und Preisänderung vorbehalten.