DVP®
DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

04/2017

68. Jahrgang
April 2017
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2017004

Abhandlungen

Udo Steiner
Das Bundesverfassungsgericht und die europäischen Gerichte

Holger Weidemann/Marian Demke
Basistext:
Das Unbefangenheitsprinzip im Verwaltungsverfahren

Torsten Herbert
Die Neue Entgeltordnung des TVöD (VKA) – Grundzüge des neuen Eingruppierungsrechts – (Teil 2)

Iris Wiesner/Sandro Pacifico
Einführung von Produkthaushalten zur Outputorientierten Steuerung (EPOS) im Land Nordrhein-Westfalen

Peter Erbe
Arbeitsunfähig – was nun?

Fallbearbeitung

Jan Seybold
Straßenumbenennung in Komberg – Die Online-Fallbearbeitung –

Dirk Weber
Sozialhilfepflegegeld während vollstationärer Kurzzeitpflege?

Rechtsprechung

Kundgebung auf Friedhof

Einschränkungen der Werbung für Spielhallen

Polizeirechtliche Sicherstellung von Bargeld

Zum gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten

Schrifttum

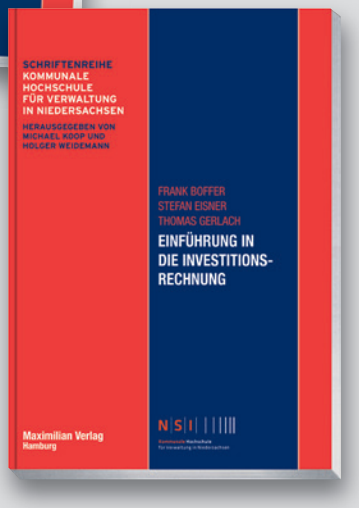
Maximilian Verlag
Hamburg

MEHR WISSEN. DURCHBLICK

DIE SCHRIFTENREIHE KOMMUNALE HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNG IN NIEDERSACHSEN

Micheal Koop/Ulrike Potratz
Betriebliches Gesundheitsmanagement: Ein Leitfaden für kommunale und öffentliche Verwaltungen
Gesundheitsmanagement, sprich das „Organisieren von Gesundheit", ist ein komplexes Gebiet. Der neueste Band aus der NSI-Schriftenreihe beleuchtet dessen vielfältige Aufgaben und Funktionen im Hinblick auf Niedersachsen.
Band 14, 2015, 104 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-7869-1021-3, 19,95 €*

Drape/Globisch/Trips/Weidemann
Kommunales Gefahrenabwehrrecht in Niedersachsen
Gefahren vermeiden – ein stets aktuelles und wichtiges Thema. Der neue Band der NSI-Schriftenreihe beleuchtet umfassend das Gefahrenabwehrrecht in Niedersachsen: zur Vorbeugung, Stabilisierung und Deeskalation.
Band 12, 2015, 152 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-7869-1020-6, 19,95 €*



Johanna Groß
Weiterentwicklung der soziologischen und psychologischen Gewaltforschung am Beispiel des Genozids in Ruanda
Diese Dissertation analysiert mit Hilfe des Vier-Rollen-Modells Gewaltsituationen und erklärt, wie jenes bei der Prävention und Aufklärung von Gewalttaten helfen kann. Beispiel: der Völkermord in Ruanda.
Band 9, 350 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-7869-0933-0, 39,90 €*

Frank Boffer/Stefan Eisner/Thomas Gerlach
Einführung in die Investitionsrechnung
Das Buch beinhaltet die klassischen Verfahren der Investitionsrechnung mit Anwendungsbezug auf Investitionsentscheidungen in der Kommunalverwaltung. Mit umfangreichem Übungsmaterial.
Band 7, 300 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-7869-0905-7, 29,90 €*

Stefan Eisner
Wirtschaftspolitik zwischen Weltwirtschaftskrise und Nationalsozialismus
Dieses Buch leistet, aus einer neuen Perspektive heraus, einen Beitrag zur Beurteilung von Rationalität und Wirksamkeit der Antikrisenpolitik des Reichskanzlers Heinrich Brüning in der Zeit von 1929 bis 1932. Neueste Forschungsergebnisse der Neuen Institutionenökonomik unter besonderer Beachtung der Informationsasymmetrie werden berücksichtigt.
Band 10, 224 Seiten, Broschur
ISBN 978-3-7869-0935-4, 29,90 €*

*Irrtum und Preisänderung vorbehalten

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-323 | Fax 040/70 70 80-324 | vertrieb@dvp-digital.de | www.dvp-digital.de

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS
68. Jahrgang 4/2017

Fragebögen und Stimmungsbilder

Unternehmen, die über die Konsumgewohnheiten der Bevölkerung, insbesondere der „relevanten" Gruppen, d. h. der jungen und zahlungskräftigen Leute, informiert sind, können ihre Produkte werbewirksam gestalten und anbieten. Marktforscher führen deshalb auf vielfältige Weise Befragungen der Verbraucher durch. Da sich die öffentliche Verwaltung heute als Dienstleistungsunternehmen begreift, befragen auch viele Behörden ihre „Kunden". Zu den Verwaltungskunden gehören bei großzügiger Auslegung des Begriffs alle Personen, die mit der Verwaltung zu tun haben, sei es als Bauherr, Sozialleistungsbezieher, Schüler, Empfänger eines Bußgeldbescheides oder polizeilich festgenommener Randalierer. Eine ostwestfälische Kreispolizeibehörde trug sich ernsthaft mit dem Gedanken, jeden Polizeikunden mit einem „Zufriedenheitskärtchen" zu versorgen, auf dem der Wohlfühlgrad bei dem Kontakt mit einem Ordnungshüter vermerkt werden sollte.

Auch das Innenleben einer Behörde kann mit Hilfe eines Fragebogens erforscht werden. Bis auf zwei Stellen nach dem Komma wird z. B. die (Arbeits-)Zufriedenheit der Beschäftigten ermittelt. An den Hochschulen heißen Befragungen „Evaluation". Evaluiert wird auf Deubel komm raus, und die Hochschulleitungen erfahren etwa, ob die Professoren ihre Studenten ernst nehmen und ob ein angenehmes Klima herrscht. Auf diese Weise werden auch „aktuelle Stimmungsbilder" erfasst und die Möglichkeit geschaffen, sich per Blog zu äußern. Ganz so neu ist das übrigens nicht – im analogen Zeitalter nannte man das „Mecker-Ecke".

Nicht selten berichten öffentliche Medien über amtliche Befragungen. Eine Stadtverwaltung präsentiert beispielsweise den Lokalzeitungen eine „Mobilitätsanalyse", wonach Bürger, die in Rathausnähe wohnen, häufiger zu Fuß zum Rathaus gehen als Bürger, die ihr Domizil am Stadtrand haben. Der Pressesprecher des Bürgermeisters kommentiert dieses erstaunliche Ergebnis und verspricht mit ernstem Gesicht, man werde das Problem alsbald lösen.

Tatsächlich werden die hamsterartig gesammelten Informationen jedoch oft gar nicht verwendet, sondern verschwinden in einem schwarzen Loch. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Eine geringe Rücklaufquote der Fragebögen beispielsweise lässt den Schluss auf ein geringes Interesse an der Befragungsaktion zu. Haben die Befragten nicht so geantwortet, wie es erhofft wurde, ist die Versuchung groß, die Ergebnisse kurzerhand unter den Tisch fallen zu lassen. Die „Auswertung" der Befragung dauert notfalls so lange, bis Gras über die leidige Angelegenheit gewachsen ist.

Nicht wenige würden deshalb dem ehemaligen Richter am Bundesverfassungsgericht *Mahrenholz* zustimmen, der das Versenden von Fragebögen als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldern geahndet wissen will (Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 3/2010, „Rechts-Fragen").

Andererseits haben Fragebogenaktionen auch ihre guten Seiten. Sie sind ein Ventil, durch das frustrierte Bürger, Studierende und Behördenbeschäftigte Dampf ablassen, was nützlich für die Sozialhygiene ist. Führungskräfte können zumindest simulieren, dass sie sich um die „Optimierung" der Behördenarbeit kümmern. Befragungen sind unverzichtbar für das Heer der behördlichen Qualitäts- und Evaluationsbeauftragten, die die Datenberge in beeindruckende Statistiken und Grafiken verwandeln. Besonders schön ist es, wenn Befragungsergebnisse zufällig mit einem Reformvorhaben der Verwaltungsspitze übereinstimmen. Das wird dann als Beweis einer blühenden Basisdemokratie bezeichnet.

Auch wenn Befragungen oft recht übersichtliche Erkenntnisse nach dem Schema „Bürger wünschen unbürokratische Verwaltung" ans Licht der Welt zerren:

Der nächste Fragebogen kommt bestimmt!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Die DVP im April 2017/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Udo Steiner

Das Bundesverfassungsgericht und die europäischen Gerichte 135

Der Gerichtshof der Europäischen Union sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist (Art. 19 Abs. 1 EUV). Die Rechtsprechung des EuGH wirkt sich somit nicht nur auf höchster Ebene, sondern auch bei der täglichen Rechtsanwendung aus, wenn und soweit hier das Recht der Union zu beachten ist.
Auch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sorgen immer wieder für Aufmerksamkeit. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat in Deutschland nicht den Rang von Verfassungsrecht. Sie ist einfaches Gesetz, die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte binden die deutschen Gerichte und Behörden nicht in gleicher Weise wie dies die Entscheidungen des BVerfG tun.
Vor diesem Hintergrund erläutert der Beitrag die Stellung der europäischen Gerichte sowie deren Verfahrens- und Rechtsanwendungsgrundsätze, die z.T. von denen des BVerfG abweichen.

Holger Weidemann/Marian Demke

Basistext: Das Unbefangenheitsprinzip im Verwaltungsverfahren 138

Durch die Vorschriften des VwVfG über vom Verfahren ausgeschlossene Personen (§ 20) und die Besorgnis der Befangenheit (§ 21) will der Gesetzgeber gewährleisten, dass das Verwaltungsverfahren von möglichen sachfremden Einflüssen möglichst freigehalten und die Entscheidung so in einem rechtsstaatlich einwandfreien Ablauf zustande kommt.
Ausgehend von Beispielsfällen erläutert der Beitrag die Grundlagen und die praktische Anwendung der einschlägigen Normen.

Torsten Herbert

Die Neue Entgeltordnung des TVöD (VKA) 141

Im 2. Teil dieser Darstellung geht es um die allgemeinen und die speziellen Tätigkeitsmerkmale im Rahmen der Eingruppierung. Erläutert werden zunächst die Entgeltgruppen 1 (einfachste Tätigkeiten), 2 bis 9a (handwerkliche Tätigkeiten), 2 bis 12 (Büro-, Buchhalterei-, sonstiger Innendienst und Außendienst) sowie die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen 13 bis 15, die grundsätzlich für alle Sparten der Entgeltordnung gelten.
Im 2. Abschnitt werden die speziellen Tätigkeitsmerkmale angesprochen, bezogen auf Bezügerechnerinnen und Bezügerechner, Beschäftigte in der Informations- und Kommunikationstechnik, Ingenieurinnen und Ingenieure, Meisterinnen und Meister, Technikerinnen und Techniker sowie Vorlesekräfte für Blinde.

Iris Wiesner/Sandro Pacifico

Einführung von Produkthaushalten zur Outputorientierten Steuerung (EPOS) im Land NRW. 149

Mit insgesamt fünf Kabinettsbeschlüssen hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen den mehrjährigen Prozess zur Einführung des neuen flächendeckenden Rechnungswesens der integrierten Verbundrechnung vorangetrieben. Diese besteht aus den folgenden Komponenten:

- Finanz- und Anlagenbuchhaltung,
- Kosten- und Leistungsrechnung und
- Finanzrechnung.

Der politisch demokratische Steuerungswille wird durch das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen und das Landesamt für Finanzen mit dem Programm EPOS.NRW verwirklicht. Ziel ist es, mit einem neuen Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen die Ressourcenverantwortung stärker zu dezentralisieren. In der Zukunft soll es möglich sein, Produkthaushalte und Konzernbilanzen für das Land NRW zu erstellen und eine outputorientierte Ergebnisbudgetierung, die sich an den Verwaltungsleistungen der Behörden orientiert, zu etablieren. Die kamerale Buchführung soll letztlich vollständig abgelöst werden.
Dieser Beitrag erläutert sowohl die Ziele des Verfahrens, als auch die für eine erfolgreiche Einführung notwendigen Schritte.

Peter Erbe

Arbeitsunfähig – was nun?. 155

Es handelt sich hier um einen Abschnitt aus dem Buch „Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes“ des Autors, welches einen strukturierten Überblick über das gesamte Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes von der Stellenausschreibung bis zur Kündigung bietet. Sowohl das Teilzeit- und Befristungsrecht, das AGG, als auch die neue Entgeltordnung und das Urlaubsrecht werden erläutert. 33 klausurrelevante Fälle runden das Werk ab.
Der Auszug befasst sich mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, die systematisch und mit Hilfe von Beispielsfällen erläutert wird.

Fallbearbeitungen

Jan Seybold

Straßenumbenennung in Komberg 160

Gegenstand der Online-Fallbearbeitung ist ein Fall aus dem Kommunalrecht. Inhaltlich geht es u.a. um die Ladung zur Ratssitzung, die Öffentlichkeit der Sitzung, Befangenheit, die Abstimmung sowie die Maßstäbe für eine Benennung von Gemeindestraßen.

Dirk Weber

Sozialhilfepflegegeld während vollstationärer Kurzzeitpflege?. 162

Es handelt sich um die Hauptlaufklausur im Studienabschnitt S4 des Einstellungsjahrgangs 2013, die als Abschluss des Moduls 5.3 (Sozialrecht) im Studienjahr 2016 an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW gestellt wurde. Die Klausur wurde auf die Rechtslage des Jahres 2017 unter Berücksichtigung der durch das sog. Pflegestärkungsgesetzes III – PSG III eingetretenen Veränderungen aktualisiert.
In der Sache geht es um die Rückforderung von Pflegegeldzahlungen für einen Zeitraum, in dem die Empfängerin sich in einer vollstationäre Einrichtung zur Kurzzeitpflege befand, deren Kosten der Sozialhilfeträger aufgrund vorheriger Antragstellung übernahm.

Rechtsprechung

Kundgebung auf Friedhof
(BVerfG, Beschluss vom 20.06.2014 – 1 BvR 980/13) 169

Einschränkungen der Werbung für Spielhallen
(OVG Münster, Beschluss vom 20.07.2015 – 4 B 309/15) 171

Polizeirechtliche Sicherstellung von Bargeld
(VGH München, Beschluss vom 06.02.2014 – 10 CS 14.47) 173

Zum gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten
(BGH, Beschluss vom 14.07.2016 – 3 StR 105/16) 174

Schrifttum

175

Die Schriftleitung

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

Udo Steiner*

Das Bundesverfassungsgericht und die europäischen Gerichte**

I. Europäische Rechtsprechung im Blickfeld der Deutschen

Die Deutschen kennen das BVerfG, aber sie kennen eher weniger den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, so wenig wie die Gerichtshöfe in Den Haag, den Seegerichtshof in Hamburg und die 125 internationalen unabhängigen Spruchkörper, die es angeblich geben soll. Dies ist beim Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg anders. Viele wissen, dass er für Deutschland weitreichende Entscheidungen trifft und das nicht immer zur Freude der Deutschen. Sie wissen, dass diese Entscheidungen auf der Grundlage des Rechts der EU einen Souveränitätsverlust für Deutschland bedeuten. Die Rechtsprechung des EuGH gehört heute zur täglichen juristischen Erfahrung. Freilich kündigen schon seit längerer Zeit deutsche Beschwerdeführer an, sie würden, falls das BVerfG ihrer Verfassungsbeschwerde nicht stattgibt, den Weg zum EGMR nach Straßburg gehen, und bitten das BVerfG rein vorsorglich, es solle ihnen die Adresse des Gerichtshofs mitteilen. Immerhin gelingt es dem EGMR von Zeit zu Zeit, eine breitere deutsche Öffentlichkeit auf sich aufmerksam zu machen: Es geht um das absolute Folterverbot, vor allem um die Androhung von Folter zur Ermittlung des Aufenthaltsorts von Entführten (sog. Rettungsfolter), um christliche Kreuze in Schulzimmern, die religiöse Bekleidung von staatlichen Lehrkräften oder die Verpflichtung muslimischer Mädchen zur Teilnahme am gemeinsamen Schwimmunterricht in öffentlichen Schulen. Das sind Themen, die für die Deutschen auch dann von Interesse sind, wenn das Urteil des EGMR unmittelbar andere Konventionsstaaten betrifft.[1]

II. Das Verhältnis des BVerfG zum EGMR

1. Maßstabsfragen

a) Das Verhältnis des deutschen BVerfG zum EGMR ist von einigen Besonderheiten bestimmt. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat in Deutschland nicht den Rang von Verfassungsrecht.[2] Sie ist einfaches Gesetz, die Entscheidungen des EGMR binden die deutschen Gerichte und Behörden nicht in gleicher Weise wie dies die Entscheidungen des BVerfG tun (§ 31 BVerfGG). Entscheidet in einer Sache Straßburg anders als Karlsruhe, kann dies aber beim deutschen Richter, etwa in Familienrechtssachen, zu Loyalitätskonflikten führen. Deutschland kennt – eine weitere Besonderheit – das Institut der Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche gerichtliche Entscheidungen wie wenige andere Länder in Europa, und die Anrufung des BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde gehört zu dem Rechtsweg, der erschöpft sein muss, um den EGMR – im Wege der Individualbeschwerde – zulässig anzurufen (Art. 35 EMRK). Der EGMR überprüft somit Entscheidungen des BVerfG auf deren Vereinbarkeit mit der EMRK. Eine asymmetrische Situation: Das BVerfG entscheidet über die Rechtmäßigkeit staatlicher Hoheitsakte allein am Maßstab des Grundgesetzes und nicht an dem der EMRK, der Gerichtshof in Straßburg dagegen allein am Maßstab dieser Konvention. Die grundrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes sind aber inhaltlich nicht immer identisch mit den menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK. Es gibt Unterschiede in der Bestimmung der Schutzbereiche, und es gibt Unterschiede in Technik und Systematik der Grundrechtsschranken. Auch tendiert das EGMR zu einer extensiven Auslegung der besonderen menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK. Das gilt beispielsweise für Art. 8 der EMRK und das dort verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, aber auch für die Eigentumsgarantie (Art. 1 Zusatzprotokoll EMRK).[3] Es verstärkt die Differenzen in der Rechtsprechung.[4] Andererseits vermeidet der EGMR den Konflikt mit den nationalen Rechtsordnungen und deren Auslegung durch die nationalen Gerichte, indem er – vor allem im kulturell-religiösen Raum – die Grundrechte der EMRK als grobe Rahmenordnung mit Platz für nationalstaatliche Eigenheiten interpretiert. Er spricht in diesem Zusammenhang von „margin of appreciation".[5]

b) Dies bedeutet: Grundgesetz und EMRK sind zumindest teilweise von einer Asymmetrie der Maßstäbe bestimmt, oder anders formuliert: Ein anderer Maßstab führt unter Umständen zu einer anderen Rechtsprechung bei identischem Fall. In der Praxis kann dies bedeuten: Das BVerfG beurteilt eine bestimmte staatliche Maßnahme als verfassungsgemäß, der EGMR dagegen als Verstoß gegen die Menschenrechte. Für ein so selbstbewusstes und auch entscheidungserfahrenes Gericht wie das BVerfG ist dies eine unangenehme Erfahrung. Gewiss kann man sagen: Korrigiert der EGMR das BVerfG, entscheidet er nicht „richtiger" oder „besser", sondern eben an einem anderen Maßstab „anders". Es bleibt aber eine Differenz, die schmerzt, weil sich beide Gerichte den fundamentalen Freiheiten und Rechtsverbürgungen des europäischen Rechtsraums verpflichtet sehen.

2. Kontroll- und Divergenzprobleme

a) Hinzu kommt noch ein ganz spezieller Aspekt des Verhältnisses von EGMR und BVerfG: Der EGMR kann urteilen, dass das BVerfG für seine Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen nach Art. 100 GG mehr an Zeit benötigt hat

---

* Prof. Dr. *Udo Steiner* em. Prof. der Universität Regensburg und Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

** Der Beitrag geht auf einen Vortrag bei einer von der IRZ unterstützten Konferenz von Verfassungsgerichten in Sarajevo zurück.

1 Zur Vertiefung siehe *Schlaich/Korioth,* Das BVerfG, 10. Aufl. 2015, Rn. 23 – 25, 358 – 369; *Cammareri,* JuS 2016, 791. – Nach dem Stand vom 31.08.2016 sind 75.000 Verfahren beim EGMR anhängig. Siehe dazu *Rebehn,* NJW-aktuell 44/2016.

2 In den Ländern des Europarates finden sich verschiedene Lösungen. Teilweise hat die EMRK Verfassungsrang (etwa Österreich), teilweise steht sie im Rang zwischen Verfassung und Gesetz (Frankreich). Sie kann aber auch über dem nationalen Verfassungsrecht stehen (Bosnien-Herzegowina).

3 Der EGMR fängt die Folgerungen aus der weiten Bestimmung des Schutzbereiches durch eine tendenziell großzügig bemessene Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzgebers wieder ein, z.B. bei der Prüfung der Konventionswidrigkeit der Kürzung von Sozialleistungen am Maßstab der Eigentumsgarantie. Siehe z.B. EGMR, NJW 2003, 2241.

4 Siehe zur Vereinbarkeit der deutschen Konstruktion der Jagdgenossenschaften mit dem Grundgesetz (Art. 14 Abs. 1 Satz 1) einerseits und der EMRK (Art. 1 1.ZP EMRK) andererseits: BVerfG, NVwZ 2007, 808 und EGMR, JZ 2013, 519.

5 Siehe EGMR, NVwZ 2011, 737, 739 (Kruzifix im Klassenzimmer). Eine andere Thematik: EMRK und Loyalitätspflichten in kirchlichen Arbeitsverhältnissen. Dazu EGMR, NVwZ 2011, 482; BAG, NJW 2016, 1034.

als dies die Garantie des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erlaubt. Er stellt dann fest, dass die Bundesrepublik Deutschland diese Konventionsbestimmung verletzt hat („kassieren" kann der EGMR deutsche Hoheitsakte nicht); allerdings muss das BVerfG nach Art. 41 EMRK den Betroffenen aus seinem Haushalt entschädigen. Auch dies ist natürlich eine unangenehme Erfahrung, die wegen der Überlastung des BVerfG nicht immer vermeidbar ist. Es ist übrigens auch durch die Rechtsprechung des EGMR veranlasst, dass Deutschland Rechtsbehelfe und die Möglichkeit einer Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren durch Gesetz eingeführt hat (§§ 198 ff. GVG). Davon ist auch das BVerfG nicht ausgenommen. Wer infolge unangemessener Dauer eines Verfahrens vor dem BVerfG einen Nachteil erleidet, wird angemessen entschädigt (§ 97a Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Legt er eine sog. Verzögerungsbeschwerde ein, so entscheidet eine spezielle Beschwerdekammer, in die jeder der beiden Senate zwei Richter entsendet (§ 97c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

b) Blickt man auf die bisherige Geschichte des Verhältnisses des BVerfG zum EGMR, so finden sich nicht wenige Beispiele, in denen das Straßburger Gericht einen Fall menschenrechtlich anders beurteilt als dies das BVerfG am Maßstab der Grundrechte getan hat. In die Geschichte des Verhältnisses beider Gerichte ist ein prominenter Streit der Prinzessin Caroline von Monaco/Hannover um die Herstellung und Veröffentlichung von Fotos aus ihrer Privat- und Familiensphäre gegen die sog. Boulevardpresse eingegangen.[6] Die Straßburger Richter haben hier – vereinfacht gesagt – den Persönlichkeitsschutz stärker gewichtet, das BVerfG stärker die Pressefreiheit. Ein anderes Beispiel: Dem Vater eines nichtehelichen Kindes hat der EGMR auf der Grundlage des Art. 8 Abs. 1 EMRK mehr Rechte zugestanden als das deutsche BVerfG auf der Grundlage des Art. 6 GG.[7] Unterschiedlich haben BVerfG und EGMR auch die Voraussetzungen für die sog. **Sicherungs**verwahrung beurteilt, ein besonderer Freiheitsentzug, der für Wiederholungstäter schwerster Straftaten **nach** Verbüßung der Freiheitsstrafe in der deutschen Rechtsordnung vorgesehen ist.[8] Überrascht hat der EGMR die Deutschen, weil er das Streikrecht unter Berufung auf Art. 11 EMRK jedenfalls solchen Beamten zugesteht, die nicht in Streitkräften, bei der Polizei oder in genuin hoheitlichen Bereichen tätig sind. Nach deutschem Recht ist **jedem** Beamten, in welcher Verwendung auch immer, z.B. auch als Lehrer, ein Streik untersagt.[9]

3. Die Durchsetzung von EGMR-Entscheidungen in Deutschland

a) Sieht man auf den derzeitigen Stand des Verhältnisses von BVerfG zum EGMR, kann man aus europäischer Sicht positiv bilanzieren: Das BVerfG hat schrittweise eine Linie gefunden, die der Rechtsprechung aus Straßburg im deutschen Rechtsraum Respekt verschaffen soll. Diese Linie, die eher pragmatisch als rechtsdogmatisch überzeugt, sieht dann so aus: Die EMRK in der Auslegung durch den EGMR ist von den deutschen Gerichten bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht angemessen zu berücksichtigen. Das BVerfG ist sogar einen Schritt weiter gegangen und hat die EMRK aufgewertet: Sie ist als Auslegungshilfe bei der Auslegung auch der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Es gilt, den Garantien der EMRK in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, und kann darüber hinaus deren Verurteilung vermeiden helfen.[10] Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden erst dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.[11] In jüngster Zeit trifft das BVerfG in seinem Urteil zum Parteienverbot vom 17. Januar 2017[12] umfangreiche Feststellungen zur „Vereinbarkeit" seiner eigenen Rechtsprechung zu Art. 21 Abs. 2 GG mit den Vorgaben, die der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Parteienverboten aus der EMRK abgeleitet hat. Zudem bedeutsam: Berücksichtigen die deutschen Gerichte eine Entscheidung des EGMR nicht angemessen oder fehlt es insbesondere in der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung an einer Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR, so liegt darin ein Verstoß gegen das in Frage stehende Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtstaatsprinzip. Das hat eine ganz wichtige prozessuale Konsequenz: Das BVerfG kann wegen dieses Verstoßes im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden und ist deshalb in der Lage, Einfluss darauf zu nehmen, ob und in welcher Weise die Straßburger Rechtsprechung in Deutschland zur Geltung kommt.

b) Ein letztes: Sind EGMR und BVerfG in einer Frage unterschiedlicher Auffassung, so haben die deutschen Gerichte eine größere Entscheidungsfreiheit als je zuvor. Ganz konkret und eigentlich spektakulär: Hat das BVerfG rechtskräftig eine Norm für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt, der EGMR dagegen später die Norm als konventionswidrig beurteilt, kann dies eine rechtserhebliche Änderung der Sach- und Rechtslage bewirken. Die Gerichte in Deutschland sind dann durch die Rechts- und Gesetzeskraft der Entscheidung des BVerfG nicht gehindert, die juristische Frage anders als das BVerfG und so wie der EGMR zu entscheiden.[13] Man hat in diesem Zusammenhang von „praktizierter Kooperation" gesprochen.[14]

c) Es bleibt in Deutschland freilich Gegenstand der Diskussion, wie viel juristische Qualität die Entscheidungen des EGMR für sich in Anspruch nehmen können. Bekanntlich erwachsen die Entscheidungen des BVerfG als nationalem Gericht auch aus einem hohen Standard der Rechtsprechung der fünf deutschen obersten Bundesgerichte und einer außerordentlich produktiven nationalen Rechtswissenschaft, die die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen fachlich vorbereitet und, sobald sie ergangen sind, fachlich analysiert und bei Bedarf auch deutlich kritisiert. Es findet also eine Art Qualitätssicherung aus dem nationalen Rechtsraum heraus statt. Die Richter des BVerfG sind zudem in der deutschen Rechts- und Verfassungstradition ausgebildet und aufgewachsen. Ihre Beratungen erfolgen in der Muttersprache. Dies ermöglicht eine differenzierte und nuancierte juristische Beratung der zu entscheidenden Frage. Die Rechtsprechung des EGMR entsteht dagegen aus einer sehr viel komplexeren Situation heraus.

6 Siehe z.B. EGMR, NJW 2004, 2647; BVerfG, NJW 2008, 1793. Aus jüngerer Zeit: EGMR, NJW 2016, 1867 (Meinungsäußerungsfreiheit „gegen" Persönlichkeitsrecht).
7 Siehe dazu BVerfGE 111, 307 („Görgülü").
8 Siehe BVerfGE 128, 326, 365; 109, 133; EGMR, NJW 2010, 2495.
9 EGMR, NZA 2010, 1423; BVerwG, NVwZ 2014, 736.
10 BVerfGE 128, 326, 368 f. (Sicherungsverwahrung).
11 BVerfGE 128, 326, 371.
12 BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 607 ff. (NPD-Verbotsverfahren).
13 BVerfGE 128, 326, 364 f.
14 Wichtig wohl auch: Das deutsche geltende Recht ermöglicht die Wiederaufnahme von rechtskräftig abgeschlossenen Gerichtsverfahren im Anschluss an Urteile des EGMR in dem jeweiligen konkreten Fall. Vgl. dazu § 359 Nr. 6 StPO; § 580 Nr. 8 ZPO. Zu Konkurrenz und Kooperation in der Beziehung zwischen BVerfG und EGMR siehe *Grabenwarter,* in: Schumann, Hierarchie, Kooperation und Integration im europäischen Rechtsraum, 2015, S. 129; *Steiner,* in: FS Bethge, 2009, S. 653.

4. EGMR-Rechtsprechung in nationaler Distanz

Es ist wichtig, noch auf einen besonderen Aspekt des Verhältnisses von BVerfG und EGMR hinzuweisen. Als Folge der deutschen Einigung (Wiedervereinigung) hatte das BVerfG zahlreiche gewichtige und weitreichende Entscheidungen zu treffen, die die Menschen der früheren DDR und danach als Einwohner der neuen Bundesländer betrafen. Dazu gehörte beispielsweise die Strafbarkeit derer, die den Schießbefehl an der deutsch-deutschen Grenze erteilt haben[15], und der Soldaten, die den Schießbefehl ausführten (sog. Mauerschützen), aber auch Entscheidungen zur Restitution von zwangsenteignetem Grundvermögen unter dem DDR-System.[16] Es war eine gute Erfahrung, dass viele Entscheidungen des BVerfG im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung vom EGMR als einem internationalen Gericht überprüft wurden. So konnte man dem Vorwurf begegnen, die westdeutschen Richter seien befangen; sie würden „Siegerjustiz" praktizieren und ihre Entscheidungen basierten auf einer westdeutschen Mentalität. Dieser Blick des EGMR auf die deutsche Rechtsprechung kann auch in anderen Fällen zu deren Akzeptanz beitragen.

III. Das Verhältnis des BVerfG zum EuGH

1. Kooperation und Kontrollanspruch

a) BVerfG und EuGH gehen sich als Organe der Rechtsprechung aus dem Weg. Dies ermöglichen unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe: das Grundgesetz einerseits und das Recht der EU andererseits. Eine Beschwerde gegen eine Entscheidung des BVerfG zum EuGH wegen Verletzung von Unionsrecht ist – anders im Verhältnis von BVerfG und EGMR wegen Verletzung der EMRK – nicht möglich. Das BVerfG sorgt aber dafür, dass die deutschen Gerichte ihrer Vorlagepflicht gegenüber dem EuGH nach Art. 267 AEUV (Vorabentscheidungsverfahren) nachkommen. Wird diese Pflicht von ihnen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, liegt darin ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, der mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.[17] Nach langem Zögern hat das BVerfG selbst zur Inzidenterklärung einer unionsrechtlichen Frage ein derartiges Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eingeleitet.[18]

b) Probleme und Konflikte ergeben sich aber unter einem anderen Gesichtspunkt. Das BVerfG nimmt für sich in Anspruch, die Einhaltung der Zuständigkeiten der EU durch ihre Organe und Stellen und damit auch durch den EuGH am Maßstab des Grundgesetzes (Art. 23 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) zu kontrollieren und unter eng begrenzten Voraussetzungen eine kompetenzwidrige Maßnahme der EU für in Deutschland ausnahmsweise nicht anwendbar zu erklären.[19] Kompetenzüberschreitungen des EuGH („ultra vires") beanstandet das BVerfG im Falle eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes". Ein solcher liegt vor, wenn das kompetenzwidrige Verhalten des EuGH offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten führt.[20] Damit wird die Kontrolle des EuGH durch das BVerfG zu einem theoretischen Fall. Allgemein gilt: Das BVerfG interpretiert zwar das GG als eine völker- und europarechtsfreundliche Verfassung (Art. 23 ff.), sieht es aber als seine fundamentale Aufgabe an, die sog. Verfassungsidentität mit Art. 79 Abs. 3 GG als „Identitätskern" gegenüber der EU und deren Organe zu wahren (sog. Integrationsverantwortung).[21]

2. Der EuGH als Grundrechtsgericht

a) Der EuGH ist spätestens durch die Charta der Grundrechte der EU seit dem Vertrag von Lissabon 2008 zu einem Grundrechtsgericht geworden, ist also nicht mehr nur das Gericht der europäischen marktbezogenen Grundfreiheiten. Der EuGH lebt also grundrechtlich nicht nur von den Grundrechten, die er richterrechtlich aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entwickelt hat. Ihm steht jetzt eine Kodifikation der Grundrechte mit originärem normativem Geltungsgrund zur Verfügung. Die jüngere Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass das Gericht diese Rolle auch effektiv spielen will. Mehrere Urteile durchaus spektakulärer Art sind in jüngerer Zeit zum Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GR-Charta) ergangen, z.B. zum Grundrecht auf „Vergessen werden" im Internet[22], zur Frage, ob den USA im Zusammenhang mit dem transatlantischen sog. Safe Harbour-Abkommen ein „angemessenes Datenschutzniveau" attestiert werden kann[23], oder zum immerwährenden Streit um die Möglichkeiten und Grenzen der sog. Vorratsdatenspeicherung.[24] Das BVerfG hat also Konkurrenz in Fragen des Datenschutzes erhalten. Nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der GR-Charta ist allerdings deren Geltung für die Mitgliedstaaten ausschließlich auf die Durchführung des Rechts der Union beschränkt. Zu Recht wird beanstandet, dass der EuGH[25] dazu neigt, diese wesentliche Einschränkung nicht hinreichend zu beachten.[26]

b) Zum Verhältnis von EGMR und EuGH gilt es zu ergänzen: Grundrechtscharta und Menschenrechtskonvention sind miteinander **indirekt** verknüpft. Die Konventions-Grundrechte, so legt es Art. 6 Abs. 3 EUV fest, sind – so wie sie in der EMRK gewährleistet werden und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben –, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Es ist im europäischen Sinne, wenn sich der EuGH soweit als möglich – wie bisher auch geschehen – an der Rechtsprechung des EGMR zur EMRK orientiert. Dies entspricht der Harmonierungsklausel des Art. 52 Abs. 3 Satz 1 der EU-Charta. Erleichtert wird diese Konkordanz dadurch, dass sich die EU-Charta inhaltlich stark an die Menschenrechtsgewährleistungen der EMRK anlehnt.

15 EGMR, NJW 2001, 3035 (zu Art. 7 EMRK)
16 Siehe die Nachweise zur Rspr. bei *Kaiser,* in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 1 ZP.1, Rn. 9 f.
17 Siehe aus der umfangreichen Rechtsprechung BVerfGE 135, 155 Rn. 180 m. Nachw.
18 BVerfG, NJW 2014, 907; zur Antwort: EuGH, NJW 2015, 2013; abschließend BVerfG, NJW 2016, 2473. Es ging um den Ankauf von Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedsstaaten in unbegrenzter Höhe (sog. OTM-Beschluss der EZB).
19 Siehe BVerfGE 140, 317, 338 Rn. 45 m. Nachw. aus der bisherigen Rspr.
20 BVerfGE 126, 286 Ls. 1 – sog. Honeywell-Entscheidung.
21 BVerfGE 134, 366, 395 f.; st. Rspr. Dazu gehört auch, mit den Mitteln des Verfassungsrechts die sog. haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages gegenüber währungs- und fiskalpolitischen Entscheidungen auf der Ebene der EU sicherzustellen. Siehe dazu BVerfGE 132, 195, 269 ff., Rn. 176 ff.
22 EuGH, NJW 2014, 2257.
23 EuGH, NJW 2015, 3151.
24 EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Beck-RS 2016, 109826
25 Siehe EuGH, NVwZ 2014, 575.
26 Dazu kritisch *Schmidt-Aßmann,* EuGRZ 2016, 85, 88. Vgl. auch *Jarass,* GRCh, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 26 ff.

c) Zu einer **direkten** Bindung der Organe der EU an die EMRK könnte es kommen, wenn die EU der EMRK beitritt. Dies ist in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV auch ausdrücklich vorgesehen. Bis zu diesem Beitritt hat der EGMR noch keine Jurisdiktion über das Handeln der Organe der EU, kann also auch nicht Entscheidungen des EuGH auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention überprüfen. Im Augenblick sieht es nicht so aus, als ob der EuGH als Gericht Interesse daran hat, dass er sich durch den Beitritt der EU zur EMRK der Rechtsprechung des EGMR unterwirft. Er will offenbar nicht, dass seine Entscheidungen im Wege der Beschwerde auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention überprüft werden, will die Autonomie des Rechtsraums der EU sichern und seinen „Letztentscheidungsanspruch". In seinem Gutachten C-2/13 vom 18. Dezember 2014 hat er den Beitritt der EU zur EMRK, durch einen Vertragsentwurf schon vorbereitet, in zentralen Punkten für unionswidrig erklärt.[27] Im Augenblick ist kein Weg erkennbar, der an diesem Gutachten juristisch und politisch vorbei führt (vgl. Art. 218 Abs. 11 AEUV).

27 EuGH, EuGRZ 2015, 56.

IV. Zusammenfassung

Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand fehlt es am Angebot von Grundrechten in Europa nicht. Zugespitzt könnte man sagen: Der europäische Rechtsraum ist mit Grundrechten ähnlich überfüllt wie der europäische Luftraum mit Flugzeugen. Was aber noch fehlt, ist die effektive Durchsetzung der Grundrechte in **allen** Mitgliedstaaten des Europarates und der EU. Diese Aufgabe ist den europäischen Gerichten und den Verfassungsgerichten der Mitgliedsstaaten des Europarates gleichermaßen anvertraut. Die deutsche Richterin am EGMR, Angelika Nussberger, hat für die Rollenverteilung zwischen dem BVerfG und den europäischen Gerichten eine feine Formel gefunden: Das BVerfG sei die „Herzkammer" der Bundesrepublik Deutschland, der EGMR das „Gewissen Europas" und der EuGH der „Motor Europas".[28]

28 Zit. nach *Tomuschat,* in: Weidenfeld/Wessels, Jahrbuch der europäischen Integration, 2015, 43.

Holger Weidemann/Marian Demke*

Basistext: Das Unbefangenheitsprinzip im Verwaltungsverfahren

– §§ 20 und 21 VwVfG im Vergleich –

Fall 1:

Maximilian Bunse bearbeitet den Antrag der Unternehmerin Ute Kruse auf Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung einer weiteren Gewerbehalle auf ihrem Betriebsgrundstück in Delmenhorst (Niedersachsen). Der Nachbar Ferdinand Schmidt ist mit der weiteren Erweiterung des Gewerbebetriebes von Frau Kruse nicht einverstanden und hat dies – über seine Rechtsanwältin – der Stadt mitgeteilt. F. Schmidt wird in diesem Verfahren von der Rechtsanwältin Jahnke-Bunse vertreten. Frau Jahnke-Bunse ist die Schwester des Vaters von Maximilian Bunse. Verstößt die Tätigkeit von Maximilian Bunse gegen ein Mitwirkungsverbot aus dem § 20 oder 21 VwVfG?

Fall 2:

Sabine Köhler ist die verantwortliche Sachbearbeiterin für die Genehmigung von Spielhallen in der Gewerbeabteilung des Landkreises Diepholz (Niedersachsen). Sie engagiert sich stark im Heimatverein „Harmonie" ihrer Heimatstadt Bassum, die im Landkreis Diepholz liegt. Während einer Podiumsdiskussion, an der sie als Vertreterin des Heimatvereins teilnahm, die im Vorfeld der Kommunalwahlen durchgeführt wurde, hat sie sich vehement gegen die Ansiedlung einer weiteren Spielhalle in der Stadt Bassum ausgesprochen. In der Presse wird sie mit den Worten zitiert: „Ich werde alles in meiner Macht stehende tun, um eine weitere Spielhalle zu verhindern. Die Bürger und Bürgerinnen haben bessere Freizeitangebote verdient." Der Spielhallenbetreiber Klückmann, der ein Verfahren auf Zulassung eines zweiten Spielhallenbetriebes in Bassum betreibt, informiert den Fachbereichsleiter der Gewerbeabteilung des Landkreises und fordert, dass Frau Köhler von der Bearbeitung seines Antrages entbunden wird. Muss diesem Ansinnen im Hinblick auf die §§ 20, 21 VwVfG entsprochen werden?

Unbefangenheit beschreibt den Umstand, eine Entscheidung frei von eigenen Interessen und somit objektiv treffen zu können. Daher ist eine unbefangene Entscheidung die Grundlage für ein rechtsstaatliches, also ein rein an Recht und Gesetz orientiertes, Handeln[1]. Folglich hat das Unbefangenheitsprinzip eine **grundlegende Bedeutung** für alle öffentlich-rechtlichen Entscheidungsprozesse.

Eine dementsprechend hohe Relevanz muss dem Prinzip der Unbefangenheit im Verwaltungsverfahren, also dem Entschlussverfahren über den Erlass eines Verwaltungsaktes oder Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (vgl. § 9 VwVfG), zukommen. Denn insbesondere der Verwaltungsakt hat durch seine Konkretisierungsfunktion, Funktion als Vollstreckungstitel und der möglichen Wirksamkeit trotz etwaiger Rechtswidrigkeit[2] eine weitreichende Wirkung auf die Rechtsstellung des Bürgers. Aus diesem Grund sollen die §§ 20 und 21 VwVfG **die Objektivität des Verwaltungsverfahrens garantieren** und das diesbezügliche Vertrauen des Betroffenen in besonderem Maße stärken. Diesen notwendigen Vertrauensschutz gewährleisten die Normen dadurch, dass sie den bei der Behörde tätigen Personen

* Prof. *Holger Weidemann* ist Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN), *Marian Demke* ist Student der Rechtswissenschaften

1 BVerfGE 40, 95, 99; BVerwGE 55, 355, 360.

2 *Peine,* Allgemeines VerwR, 11. Aufl., Rdnr. 317 ff.; *Detterbeck,* Allgemeines VerwR, 14. Aufl., Rdnr. 424 ff.; *Suckow/Weidemann,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, Rdnr. 107 ff..

bereits bei der Besorgnis der Befangenheit die Mitwirkung an dem betroffenen Verwaltungsverfahren verbieten, so dass auch allein der „böse Schein" der Befangenheit verhindert wird[3].

Doch ein Mitwirkungsverbot nach § 20 oder 21 VwVfG wird nicht bei jeder Tätigkeit innerhalb einer Behörde für notwendig erachtet. § 20 Abs. 1 S. 1 VwVfG regelt den **Anwendungsbereich** beider Vorschriften[4]. Aus seinem Wortlaut ergibt sich, dass nur Personen ausgeschlossen werden können, die in einem Verwaltungsverfahren für die Behörde tätig sind.

Allerdings ist der Begriff „**Verwaltungsverfahren**" i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 VwVfG, aufgrund des obengenannten Zwecks der Unbefangenheitsregelungen weit zu verstehen. Deshalb umfasst er nicht nur **Verfahren i.S.d. § 9 VwVfG**, sondern auch **sonstiges einzelfallbezogenes Verwaltungshandeln** (z.B. Zusicherungen nach § 38 VwVfG, beamtenrechtliche Beurteilungen, öffentlich-rechtliche Willenserklärungen)[5], da der Betroffene in solchen Fällen ebenso schutzbedürftig ist. Aus demselben Grund ist die Formulierung „**für die Behörde**" weit auszulegen. Hierunter fallen alle Personen, die aufgrund der Initiative der verfahrensführenden Behörde tätig werden. Dabei ist unerheblich welchen förmlichen Status die Person innehat, sodass nicht nur Beamten oder Angestellte „für eine Behörde tätig" sein können, sondern ebenso Privatpersonen[6]. Denn diese können die Objektivität des Verwaltungsverfahrens durch eine befangene Mitwirkung in gleichem Maße gefährden.

Entscheidend für die Anwendbarkeit, aber nicht ausdrücklich in § 20 Abs.1 S.1 VwVfG erwähnt, ist außerdem die **Art der Tätigkeit**, die die Person im Verwaltungsverfahren für die Behörde wahrnimmt. Denn der Objektivitätsschutz der §§ 20 und 21 VwVfG gilt nicht jedem Handeln innerhalb des Verwaltungsverfahrens, sondern sinngemäß nur der endgültigen Entscheidung, die auf die Rechtsstellung des Bürgers einwirkt. Dementsprechend bedeutet „Tätigwerden" i.S.d. § 20 Abs.1 S.1 VwVfG, dass die betreffende Person eine entscheidungserhebliche Betätigung ausüben muss. Entscheidungserheblich ist eine Tätigkeit, wenn aus ihr die konkrete Möglichkeit resultiert, mindestens indirekt auf die Entscheidung der Behörde einzuwirken. Somit stellen auch Vorbereitungshandlungen, wie bspw. die Ermittlung des Sachverhalts oder eine Beratung, eine Tätigkeit in diesem Sinne dar[7]. Ebenso können rein technische Hilfen, wie Sachverständige[8], Schreibhilfen[9] oder Dolmetscher, aufgrund der damit einhergehenden Manipulationsmöglichkeit, im Einzelfall entscheidungserheblich sein[10]. Aber in allen Fällen reicht, aufgrund des Vertrauensschutzgedankens, allein die Möglichkeit der Einflussnahme aus und es muss gerade zu keiner kausalen Einwirkung auf die Entscheidung kommen[11].

Schließlich muss die im Anwendungsbereich befindliche Person auch einem Befangenheitsverdacht unterliegen. Wann ein Befangenheitsverdacht vorliegt, regeln § 20 und 21 VwVfG auf unterschiedliche Weise. § 20 Abs. 1 VwVfG stellt eine sehr strenge und deshalb auch enge Regelung dar. Er zählt abschließend in Satz 1 und 2 einen Personenkreis auf, der aufgrund bestimmter Verwandtschaftsverhältnisse (legal definiert in Abs. 5) oder seiner Nähe zu dem betreffenden Verfahren grundsätzlich dem Befangenheitsverdacht unterliegt. Dementsprechend folgt allein aus dieser abstrakten Zugehörigkeit zu diesem bestimmten Personenkreis eine unwiderlegbare Befangenheitsvermutung und bei hinzukommender persönlicher Anwendbarkeit entsteht automatisch ein Mitwirkungsverbot nach § 20 VwVfG[12].

*Im **ersten Fall** stellt sich zunächst die Frage, ob Bunse dem Personenkreis angehört, bei dessen Befangenheit ein Mitwirkungsverbot für notwendig erachtet wird. Gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG*[13] müsste er hierfür im Verwaltungsverfahren für die Behörde auf entscheidungserhebliche Weise tätig werden. Die Genehmigung (oder aber Ablehnung) *eines Bauvorhabens stellt einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG dar. Somit wird Bunse im Verwaltungsverfahren nach § 9 VwVfG tätig. Bunse hat somit unmittelbaren Einfluss auf dieses Verfahren. Nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VwVfG darf in einem Verwaltungsverfahren nicht tätig werden, wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem Verfahren vertritt. Nach § 20 Abs. 5 Ziff. 7 VwVfG sind Angehörige im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1. Nr. 4 VwVfG auch Geschwister der Eltern. Die bevollmächtigte Rechtsanwältin ist die Schwester des Vaters des M. Bunse. Da die Schwester des Vaters den beteiligten F. Schmidt (Vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VwVfG) vertritt, ist Bunse Angehöriger im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VwVfG. Damit liegen die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für einen gesetzlichen Ausschluss nach § 20 Abs. 1 VwVfG vor.*

Aufgrund dieser abschließenden und somit begrenzt anwendbaren Regelung des § 20 VwVfG, wurde zu einem späteren Zeitpunkt im Entstehungsprozess des VwVfG der unspezifische Tatbestand des § 21 (damalig 17) VwVfG eingeführt[14]. Er soll weitere Umstände erfassen, die außerhalb des Anwendungsbereiches des § 20 VwVfG liegen, aber wertungsgemäß trotzdem zu einem nicht tragbaren Befangenheitsverdacht führen[15]. Diese subsidiäre Auffangwirkung wird dadurch erreicht, dass er das Vorliegen eines beliebigen Befangenheitsgrundes oder die Behauptung des Vorliegens durch einen Verfahrensbeteiligten ausreichen lässt. Ein **Befangenheitsgrund i.S.d. § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG** umfasst jeden Umstand, der befürchten lässt, dass die betroffene Person nicht objektiv entscheidet, sondern sich von eigenen Interessen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lässt (z.B. Freundschaft oder Feindschaft, eigene wirtschaftliche Interessen, offensichtliche Voreingenommenheit) [16]. Um die Ausuferung und querulantische Anwendung des § 21 VwVfG zu verhindern, darf diese Befürchtung nicht nur auf einer „Ahnung" beruhen, sondern muss mit einem konkreten und rationalen Grund belegt werden[17]. Aber der Betroffene muss weder bei § 20 VwVfG, noch bei § 21 VwVfG tatsächlich befangen sein. Aufgrund des Vertrauensschutzgedankens ist wieder allein der Verdacht ausreichend[18]. Weiter wird die Wirkung des § 21 VwVfG dadurch abgeschwächt,

3 BVerwGE 69, 256, 266; VG Dresden, LKV 2006, 231, 232.
4 *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, 16. Aufl., § 21 Rdnr. 9.
5 *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 14; Andere Ansichten: In verwaltungsaktähnlichen Fällen erfolgt die Anwendung durch Analogie (vgl. *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, 16. Aufl., § 20 Rdnr. 7a) oder aufgrund eines allgemeinen Unbefangenheitsgrundsatzes (vgl. OLG Brandenburg, NVwZ 1999, 1142, 1146).
6 Z.B. beauftragte Sachverständige; vgl. ferner *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 26.
7 Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 721, 722.
8 Eingehend: OVG Lüneburg, NVwZ 1996, 606, 608 ff..
9 Eingehend: BVerwGE 69, 256, 268 f..
10 *Fehling* in Fehling/Kastner/Störmer, HK-Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 20 Rdnr. 21.
11 Eingehend: *Breuer* in Bürger-Richter-Staat: Festschrift für Horst Sendler, 357, 383 ff.; Andere Ansicht aufgrund des § 46 VwVfG (s.u.): *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 27.
12 BT-Drs. 7/910 S. 47.
13 Auf diesen Zusatz wird nachfolgend verzichtet; zu den Wechselbeziehungen von Bundes- und Landesverwaltungsverfahrensgesetz siehe nur *Suckow/Weidemann,* Fn. 2, Rdnr. 44b ff. m.N.
14 *Ritgen* in Knack/Henneke, VwVfG-Kommentar, 10. Aufl., § 21 Rdnr. 1.
15 *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, 16. Aufl., § 21 Rdnr. 1; *Ritgen* in Knack/Henneke, VwVfG-Kommentar, 10. Aufl., § 21 Rdnr. 3.
16 BT-Drs. 7/910 S. 47.
17 BVerwG, NVwZ 2012,432, 434; OVG Lüneburg, NVwZ 1996, 606, 608 f..
18 Vgl. Fn. 13.

dass bei dem Vorliegen eines Befangenheitsgrundes nicht wie bei § 20 VwVfG automatisch ein Mitwirkungsverbot entsteht, sondern zunächst eine innerbehördliche Untersuchung nach § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG stattfindet. Hiernach trifft den Amtswalter zunächst nur die Verpflichtung, die Behördenleitung über den bekannten oder behaupteten Befangenheitsgrund zu informieren. Diese entscheidet dann, ob ein Ausschluss nach § 21 VwVfG geboten ist. Und erst wenn sich die Behördenleitung für eine Enthaltung der betreffenden Person entscheidet und diese gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG angeordnet wird, entsteht ein Mitwirkungsverbot nach § 21 VwVfG[19].

*Im **zweiten Fall** liegt kein Mitwirkungsverbot nach § 20 VwVfG vor. Folglich kommt der subsidiäre Auffangtatbestand des § 21 VwVfG in Betracht. Hiernach müsste ein konkreter Grund vorliegen, der an der Objektivität von Frau Köhler zweifeln lässt. Ihre öffentlichen Äußerungen sind ein tatsächlicher Anhaltspunkt, aus dem sich eine Abneigung der K gegenüber dem Begehren ableiten lässt. Demnach ist zu befürchten, dass K bezüglich der Zulassung einer weiteren Spielhalle nicht objektiv und unvoreingenommen entscheiden kann. Folglich trifft Frau Köhler gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG die Pflicht, die Behördenleitung hierüber zu informieren. Falls diese sich dann für einen Befangenheitsverdacht entscheidet und die Enthaltung der Frau Köhler anordnet, liegt ein Mitwirkungsverbot nach § 21 VwVfG vor.*

In der behördlichen Praxis führt diese uneinheitlich geregelte Verfahrensweise zu keinen wesentlichen Unterschieden. Denn aus den beamtenrechtlichen Treue- oder sonstigen dienstvertraglichen Pflichten folgt für die Beschäftigten einer Behörde eine generelle Selbstanzeigepflicht bei möglichen Interessenskonflikten. Die Behörde ist dann nach einer solchen Selbstanzeige oder anderweitiger Kenntniserlangung ohnehin von Amts wegen dazu verpflichtet, eine Entscheidung über die Enthaltung des Betroffenen zu treffen. Folglich gilt das Verfahren aus § 21 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG praktisch auch für das Mitwirkungsverbot aus § 20 VwVfG[20].

Im Falle eines Befangenheitsverdachts kann auch (vgl. § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG) und unter Umständen muss der Bürger sogar, um eine Präklusion zu vermeiden, auf eine vorliegende Interessenskollision hinweisen[21].

Werden die Ausschlussreglungen nach den §§ 20 f. VwVfG nicht beachtet, begründet dies einen Verfahrensfehler. Dieser führt zur **(formellen) Rechtswidrigkeit** der getroffenen Behördenentscheidung. Nur in Ausnahmefällen kann dieser Rechtsfehler (zugleich) die Unwirksamkeit des Verwaltungsakts begründen. So bestimmt § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, dass ein Verwaltungsakt nicht schon deshalb nichtig ist, weil eine nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mitgewirkt hat. Falls der Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot nur zu einer Rechtswidrigkeit führt, ist bei Rechtsbehelfsverfahren insbesondere der § 46 VwVfG zu beachten. Er regelt den Grundsatz, dass Form- oder Verfahrensfehler nur zu einer Aufhebung des Verwaltungsaktes führen, wenn sie die Entscheidung in der Sache beeinflusst haben. Dies dient der Verfahrensökonomie und soll verhindern, dass ein sachlich richtiger Verwaltungsakt, der auch nach einer klageweisen Aufhebung identisch ergehen würde, aufgehoben wird[22]. Demnach ist für die Rechtsfolgenseite, anders als bei der Entstehung des Mitwirkungsverbotes, von Bedeutung, ob der Ausgeschlossene tatsächlich befangen ist und auch kausal Einfluss auf die Entscheidung genommen hat. Liegt ein Ausschlussgrund nach § 46 VwVfG vor, verbleibt es bei dem vorliegenden Rechtsverstoß, gleichwohl wird der Widerspruch bzw. die Klage als unbegründet zurückgewiesen[23].

Abb.:

	§ 20 VwVfG	**§ 21 VwVfG** (subsidiärer Auffangtatbestand)
Voraussetzungen	1. In einem Verwaltungsverfahren = Einzelfallbezogenes Handeln 2. für eine Behörde = Auf Initiative der Behörde 3. tätig werden = Entscheidungserhebliche Tätigkeit	
	4. **Abstrakte** Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis	4. **Konkrete** Gründe für einen Befangenheitsverdacht
Verfahren	Unwiderlegbare Vermutung	Innerbehördliche Untersuchung und einzelfallbezogene Entscheidung
Rechtsfolge	Unabdingbares Mitwirkungsverbot Bei Verstoß: Rechtswidrigkeit der Behördenentscheidung	

Außerdem macht § 20 VwVfG eigene, materiell-rechtliche Ausnahmen von der Entstehung (§ 20 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 VwVfG) und der Geltung (§ 20 Abs. 3 VwVfG) des Mitwirkungsverbotes[24]. Diese sind analog auf § 21 VwVfG anwendbar[25].

Neben den §§ 20 und 21 VwVfG existieren vergleichbare Regelungen für das Verwaltungsverfahren in zahlreichen Spezialgesetzen (z.B. §§ 65 BBG, 13 Abs. 3 KgfEG, 16 VGV) und insbesondere in den Gemeindeordnungen (z.B. § 41 NKomVG[26]), da in dem Bereich der kommunalen Selbstverwaltung eine Interessenskollision besonders wahrscheinlich ist[27]. Sind solche speziellen Vorschriften einschlägig, gehen sie den Normen des VwVfG vor.

Vertiefungshinweise:

BVerwGE 75, 214 (Gebot der fairen Verfahrensgestaltung)

OVG Münster NVwZ-RR 2004, S. 721 (Unzulässige Mitwirkung eines Beteiligten)

Müller in Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Erl. zu § 20 und § 21

Kirchhof, Die Bedeutung der Unbefangenheit für die Verwaltungsentscheidung, VerwArch 1975, S. 370 ff.

Stüer/Hönig, Befangenheit in der Planfeststellung, DÖV 2004, S. 642 ff.

19 *Fehling* in Fehling/Kastner/Störmer, HK-Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 21 f..

20 *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, 16. Aufl., § 20 Rdnr. 59; *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 6.

21 So bei Prüfungsentscheidungen: OVG Koblenz, DVBl. 1999, 1597, 1598 f.; *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 6; Andere Ansicht: *Ritgen* in Knack/Henneke, VwVfG-Kommentar, 10. Aufl., § 20 Rdnr. 15.

22 *Baumeister* in Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG-Kommentar, 4. Aufl., § 46 Rdnr. 1 f.; *Kopp/Ramsauer,* VwVfG-Kommentar, 16. Aufl., § 46 Rdnr. 4.

23 *Sachs* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 46 Rdnr. 1 ff..

24 Zu den Ausnahmen: *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 46 ff..

25 *Fehling* in Fehling/Kastner/Störmer, HK-Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 19 f..

26 Siehe dazu auch *Weidemann,* Mitwirkungsverbot zwischen rechtlichen Erfordernissen und politischer Gestaltung in: 4. Nds. Kommunalrechtskongress – Tagungsband, S. 111 ff.

27 *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 2.

Torsten Herbert*

Die Neue Entgeltordnung des TVöD (VKA)

– Grundzüge des neuen Eingruppierungsrechts – (Teil II)**

Teil II:

5. Teil A – Allgemeiner Teil
5.1 Abschnitt I – Allgemeine Tätigkeitsmerkmale
5.1.1 Entgeltgruppe 1 (einfachste Tätigkeiten)
5.1.2 Entgeltgruppen 2 bis 9a (handwerkliche Tätigkeiten)
5.1.3 Entgeltgruppen 2 bis 12 (Büro-, Buchhalterei-, sonstiger Innendienst und Außendienst)
5.1.4 Entgeltgruppen 13 bis 15
5.2 Abschnitt II – Spezielle Tätigkeitsmerkmale
5.2.1 Bezügerechnerinnen und Bezügerechner
5.2.2 Beschäftigte in der Informations- und Kommunikationstechnik
5.2.3 Ingenieurinnen und Ingenieure
5.2.4 Meisterinnen und Meister
5.2.5 Technikerinnen und Techniker
5.2.6 Vorlesekräfte für Blinde

5. Teil A – Allgemeiner Teil

Der Allgemeine Teil A der neuen Entgeltordnung ist in Abschnitt I – Allgemeine Tätigkeitsmerkmale – mit den Nummern 1 bis 4 und in Abschnitt II – Spezielle Tätigkeitsmerkmale – mit den Nummern 1 bis 6 gegliedert.

5.1 Abschnitt I – Allgemeine Tätigkeitsmerkmale

Dieser Abschnitt enthält die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale für einfachste Tätigkeiten, handwerkliche Tätigkeiten, Tätigkeitsmerkmale im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und Außendienst und die Tätigkeitsmerkmale für eine Eingruppierung in die Entgeltgruppen 13 bis 15. Die Allgemeinen Tätigkeitsmerkmale enthalten, wie bisher auch, unbestimmte Rechtsbegriffe, von denen eine ganze Reihe in Klammerdefinitionen und Protokollerklärungen erläutert sind.

In Bezug auf den oben erläuterten Ausbildungsbezug der neuen Entgeltordnung finden sich darin folgende „Wertebenen“: *(siehe rechts oben)*

Bei einem Gesamtblick auf die Tätigkeitsmerkmale wird deutlich, dass die Entgeltgruppen (innerhalb dieser „Wertebenen“) qualitativ weitgehend aufeinander aufbauen: *(siehe rechts Mitte und unten)*

„Wertebenen“	
EG 1 - 4	unterhalb 3-jährige Berufsausbildung
EG 5 - 9a	mindestens 3-jährige Berufsausbildung
EG 9b - 12	Fachhochschulstudium / Bachelor
EG 13 - 15	wiss. Hochschulstudium / Master

KAV NW

Aufeinander aufbauende unbestimmte Rechtsbegriffe

Unbestimmte Rechtsbegriffe	
Einfachste Tätigkeiten	EG 1
Einfache Tätigkeiten	EG 2
Eingehende fachliche Einarbeitung	EG 3
Schwierige Tätigkeiten	EG 4
Gründliche Fachkenntnisse	EG 5
Gründliche und vielseitige Fachkenntnisse	EG 6
Selbstständige Leistungen	ab EG 7

KAV NW

Aufeinander aufbauende unbestimmte Rechtsbegriffe

Unbestimmte Rechtsbegriffe	
Gründliche, umfassende Fachkenntnisse	EG 9b
Besonders verantwortungsvolle Tätigkeiten	EG 9c
Besondere Schwierigkeit und Bedeutung	EG 10 /11
Maß der Verantwortung	EG 12
Schwierigkeit der Aufgabe und Größe der Verantwortung	ab EG 13
Hochwertige Leistungen bei besonders schwierigen Aufgaben	ab EG 14

KAV NW

* *Torsten Herbert* ist Geschäftsführer des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Nordrhein-Westfalen (KAV NW). Die im Text verwendeten grafischen Übersichten entstammen einer Präsentation, die der Autor in gemeinsam mit *Jürgen Slawik,* Stellv. Geschäftsführer des KAV NW, durchgeführten Intensivseminaren zur Neuen Entgeltordnung verwendet hat.

** In insgesamt vier Teilveröffentlichungen werden ausführlich die Grundsätze des neuen Eingruppierungsrechts auf Grundlage der Neuen Entgeltordnung des TVöD (VKA) erläutert. Teil I ist in der März-Ausgabe (ab S. 98) erchienen. Die Teile III und IV erscheinen in den nächsten Ausgaben.

5.1.1 Entgeltgruppe 1 (einfachste Tätigkeiten)

Die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe 1 sind bereits mit dem TVöD am 01.10.2005 in Kraft getreten (Anlage 3 TVÜ-VKA i.d.F. bis 31.12.2016). Der Tarifvertrag nimmt eine beispielhafte Aufzählung für einfachste Tätigkeiten vor, die allerdings nicht abschließend ist und durch landesbezirkliche Tarifverträge ergänzt werden kann. Für die neue Entgeltordnung wurde dieses Tätigkeitsmerkmal der „einfachsten Tätigkeiten" übernommen. Da die Tarifvertragsparteien keine Begriffsbestimmung vorgenommen, sondern vielmehr – nicht abschließende – Beispieltätigkeiten (Essens- und Getränkeausgeber, Garderobenpersonal, Spülen und Gemüseputzen und sonstige Tätigkeiten im Haus- und Küchenbereich, Reiniger im Außenbereich, Wärter von Bedürfnisanstalten, Servierer, Hausarbeiter, Hausgehilfen und Boten ohne Aufsichtsfunktion) aufzählen, ist insoweit Rückgriff zu nehmen auf die Begriffsauslegung durch die Rechtsprechung, namentlich des BAG. Danach erfordert die Tätigkeit keine Vorbildung oder Ausbildung. Zur Wahrnehmung der Tätigkeit bedarf es nur einer sehr kurzen Einweisung. Es besteht eine klare Aufgabenzuweisung. Die Arbeiten sind im Wesentlichen gleichförmig und gleichartig („mechanisch"), so dass sie nur geringster Überlegungen bedürfen. Die Tätigkeit ist schließlich nicht mit einem im Rahmen der Aufgaben eigenständigen Verantwortungsbereich verbunden[1]. Unter einfachsten Tätigkeiten sind demnach insbesondere an- und ungelernte Tätigkeiten zu verstehen. Auch andere Tätigkeiten, die nicht im Beispielskatalog des Tarifvertrages enthalten sind, sind der Entgeltgruppe 1 zuzuordnen, soweit sie dem Oberbegriff „einfachste Tätigkeiten" entsprechen. Einfachste Tätigkeiten können allerdings dann nicht mehr angenommen werden, wenn z.B. bei der konkreten Reinigung Hygienevorschriften zu beachten sind, für die mehrstündig geschult wurde und ein besonders umfangreicher Desinfektionsplan zu beachten ist, der die selbstständige Kontrolle der Räumlichkeiten durch die Arbeitnehmer erfordert[2].

Die Begriffsbestimmung einfachster Tätigkeiten gilt für alle Sparten der Entgeltordnung.

5.1.2 Entgeltgruppen 2 bis 9a (handwerkliche Tätigkeiten)

Durch die neue Entgeltordnung werden die Eingruppierungsmerkmale für die früheren Arbeiter und Angestellten erstmals in einem Tarifvertrag zusammengeführt. Die Eingruppierungsmerkmale für handwerkliche Tätigkeiten (Teil A, Abschnitt I, Ziffer 2) stellen Oberbegriffe dar. Diese Oberbegriffe und die Definitionen der unbestimmten Rechtsbegriffe zur Eingruppierung der früheren Arbeiter werden weitestgehend aus den landesbezirklichen Lohngruppenverzeichnissen der Kommunalen Arbeitgeberverbände übernommen.

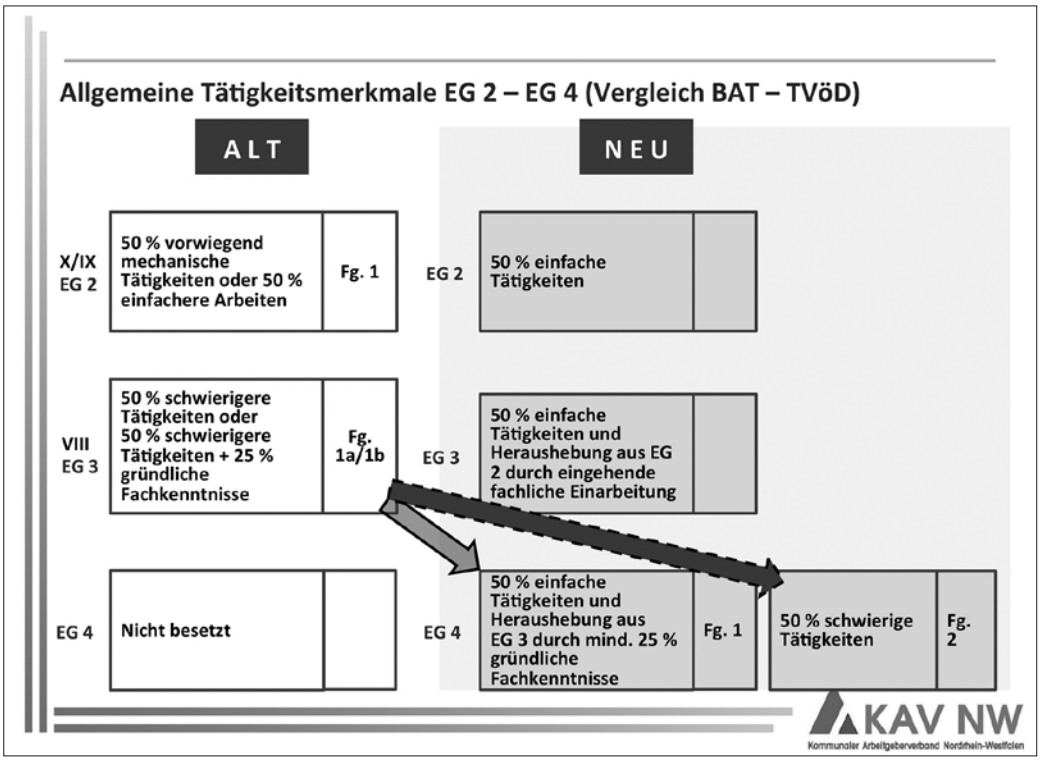
An dieser Stelle sollen, wie in der Einleitung erwähnt, nicht diese allgemeinen Regelungen der neuen Entgeltordnung für den früheren Arbeiterrecht dargestellt werden, sondern beispielhaft die tarifrechtlichen Gegebenheiten in Nordrhein-Westfalen. Für den Bereich des gewerblich-technischen Personals (= früherer Arbeiterbereich) bestehen in NRW nämlich solche besonderen Regelungen. Hier ist in zeitlich parallelen Verhandlungen durch die Tarifvertragsparteien auf der landesbezirklichen Ebene die Verständigung über ein neues Eingruppierungsverzeichnis – ebenfalls unter dem Aspekt des „Relaunch"-Grundsatzes – erzielt und durch den 9. Änderungstarifvertrag zum Landesbezirklichen Tarifvertrag vom 19.12.2006 zum TVöD im Bereich des KAV NW (TVöD-NRW)[3] umgesetzt worden.

Mit diesem Änderungstarifvertrag Nr. 9 zum TVöD-NRW, der in zeitlicher Parallelität mit der neuen Entgeltordnung zum 01.01.2017 in Kraft getreten ist, wird für den ehemaligen Arbeiterbereich in NRW insbesondere die in dem Tarifrundenergebnis vom 29.04.2016 in dem dortigen Anhang 10 erzielte Verständigung über eine neue Entgeltordnung redaktionell umgesetzt. Hiermit wird für die gewerblich-technischen Beschäftigten im Sinne des § 38 Abs. 5 Satz 2 TVöD in Nordrhein-Westfalen die bisherige Regelungskonzeption des Rahmentarifvertrages zum BMT-G entsprechend für den Bereich des TVöD nachvollzogen. Insofern ist über die Umsetzung der im Anhang 10 enthaltenen Maßgaben in der Nachfolge für das bisherige Lohngruppenverzeichnis eine Verständigung auf ein neues Eingruppierungsverzeichnis erfolgt. Mit der Verständigung der Tarifvertragsparteien auf eine neue Entgeltordnung für den kommunalen öffentlichen Dienst haben diese mit dem Anhang 10 des Tarifrundeneinigungspapiers also auch eine Nachfolgeregelung zu der im BMT-G enthaltenen Öffnungsklausel für gewerblich-technische Beschäftigte getroffen, welche in den Sparten Verwaltung, Entsorgung und Flughäfen tätig sind. Damit gilt in Abweichung zu der auf der Bundesebene für den früheren Arbeiterbereich geregelten Verständigung wie bisher das in den Oberbegriffen (Anhang 10 des Tarifrundenpapiers in Verbindung mit § 11a TVöD-NRW) beschriebene Eingruppierungsniveau für die im Bereich des TVöD-V, TVöD-E und TVöD-F gewerblich-technischen Beschäftigten. Sowohl der KAV NW als auch die Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes hatten in dem Verhandlungsprozess über eine neue Entgeltordnung im Übrigen Wert darauf gelegt, hinsichtlich der Eingruppierungsregelungen der Arbeiter in NRW zunächst eine Verständigung auf der landesbezirklichen Ebene zu erzielen.

Da zwischen den Tarifvertragsparteien auf der Bundesebene Einvernehmen bestand, in differenzierender Weise die bisherigen Eingruppierungsmerkmale aus dem alten Eingruppierungsrecht den TVöD-Entgeltgruppen zuzuordnen, für bestimmte Bereiche neu zu verhandeln und überflüssige oder veraltete Merkmale zu streichen, gab es auch für die Tarifverhandlungen auf der landesbezirklichen Ebene im Grundsatz eine entsprechende Interessenlage. Ausgehend hiervon konnte in den Verhandlungen schließlich eine sachgerechte Verständigung über die neuen Eingruppierungsregelungen zum TVöD-NRW erzielt werden. Mit dem Änderungstarifvertrag Nr. 9 zum TVöD-NRW sind eine Vielzahl veralteter Merkmale gestrichen worden. So sind neben den gestrichenen Tätigkeitsmerkmalen mit früheren Zeit-, Tätigkeits- und Bewährungsaufstiegen allein fast 100 Tätigkeitsmerkmale nicht mehr in das neue Eingruppierungsverzeichnis aufgenommen worden. Hieraus ergibt sich eine sichtbare Entschlackung und Verschlankung und damit im Ergebnis auch eine bessere Handhabbarkeit des Eingruppierungsverzeichnisses. Darüber hinaus sind nahezu alle Eingruppierungsmerkmale redaktionell überarbeitet und textliche Aktualisierungen in Bezug auf erfolgte Weiterentwicklungen bei einzelnen Berufsbildern vorgenommen worden. Auch die neuere Rechtsprechung ist von den landesbezirklichen Tarifvertragsparteien

1 BAG zu Reinigungskräften im Innenbereich: Urteil vom 28.01.2009 – 4 ABR 92/07 –.
2 Wie vor.
3 http://www.kav-nw.de/de/Downloads/Downloads/2014-TVoeDNRW-vom 19.05.2015.pdf.

berücksichtigt worden (z.B. Berücksichtigung der Rechtsprechung bei den Rückzahlungsfristen beim Verwaltungslehrgang II; Ersetzen des Kriteriums des 40. Lebensjahres bei der sog. Werkprüfung). Durch den 9. Änderungstarifvertrag zum TVöD-NRW ist schließlich auch die Regelung für die Vorhandwerkerzulage aktualisiert und ist der Tarifvertrag zur Durchführung des Angestelltenlehrgangs II (nunmehr „Verwaltungslehrgang II") in den TVöD-NRW integriert worden. Mit der Regelung, dass die Eingruppierungsregelungen frühestens zum 31.12.2020 kündbar sind, soll ebenso wie auf der Bundesebene eine vernünftige und sachgerechte Umsetzung in der Praxis ermöglicht und dem Aspekt einer erhöhten Planbarkeit Rechnung getragen werden.

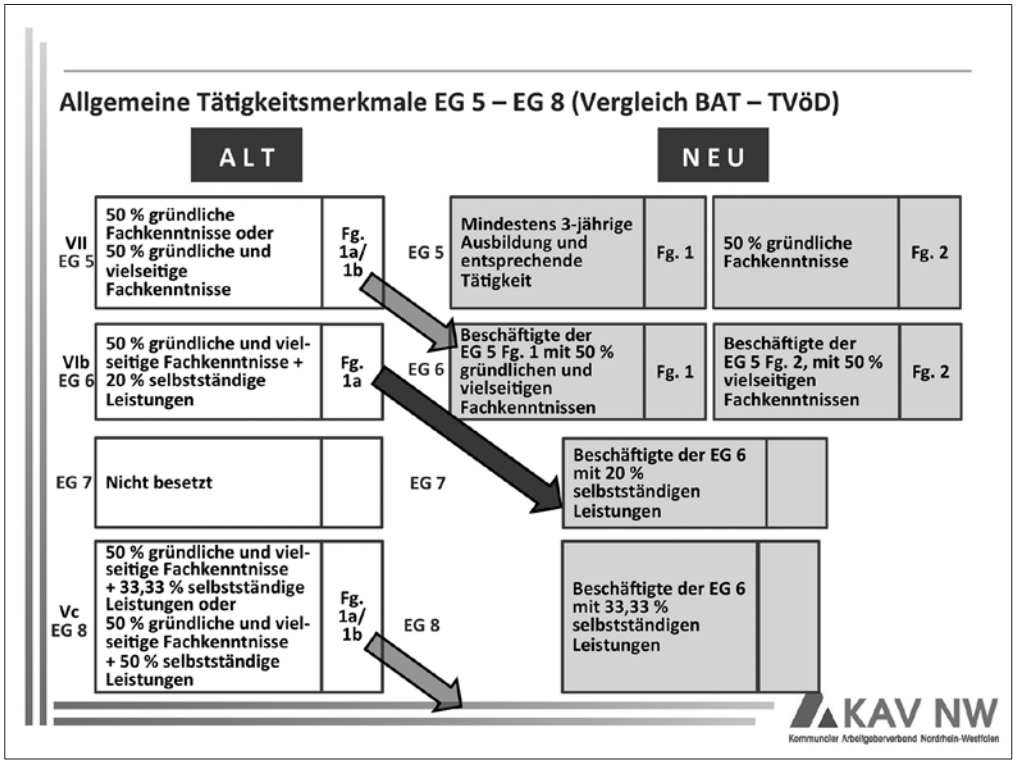


5.1.3 Entgeltgruppen 2 bis 12 (Büro-, Buchhalterei-, sonstiger Innendienst und Außendienst)

Die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale für den Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und Außendienst sind aus den jeweiligen ersten Fallgruppen des Allgemeinen Teils der Anlage 1a zum BAT entwickelt. Diese Tätigkeitsmerkmale sind redaktionell überarbeitet und enthalten – entsprechend der generellen Linie der neuen Entgeltordnung – keine Protokollerklärungen mehr, allerdings Klammerdefinitionen zur Begriffsbestimmung in der Praxis.

Die Entgeltgruppen 2 bis 4 enthalten im Wesentlichen die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale, die für handwerklich geprägte Tätigkeiten vereinbart sind. Die nachfolgende Übersicht benennt diese Tätigkeitsmerkmale im Vergleich zu denjenigen der früheren Vergütungsgruppen/Entgeltgruppen, wobei die Pfeile diejenigen (potenziellen) Fallgestaltungen aufzeigen, bei denen bei unverändertem Vorliegen der dort benannten Tätigkeitsmerkmale eine entsprechende Höhergruppierung aufgrund der neuen Entgeltordnung (aber nur bei Antragstellung) möglich ist. Die hellen Pfeile zeigen dabei die möglichen Verbesserungen ausschließlich für die nach dem 30.09.2005 eingestellten Beschäftigten bzw. Tätigkeitswechsler an, die dunklen Pfeile stehen für die möglichen Verbesserungen auch bei den vor dem 01.10.2005 eingestellten Altbeschäftigten: *(siehe oben)*

Die Eingruppierung in die Entgeltgruppen 5 bis 9a ist mit Blick auf den oben angesprochenen Ausbildungsbezug der neuen Entgeltordnung teilweise vom Vorliegen einer abgeschlossenen Berufsausbildung mit entsprechender Tätigkeit abhängig. Alternativ ist bis zur Entgeltgruppe 9a bei den jeweiligen Fallgruppen 2 auch eine gleichrangige Eingruppierung nach unbestimmten Rechtsbegriffen möglich:



Wie einleitend dargestellt, bildete die bisherige Entgeltgruppe 9 zu viele Vergütungsgruppen nach altem Tarifrecht ab (Vc mit Aufstieg nach Vb [gründliche und vielseitige Fachkenntnisse und selbstständige Leistungen], Vb ohne Aufstieg [gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbstständige Leistungen], Vb mit Aufstieg nach IVb [Heraushebung durch ein Drittel besonders verantwortungsvolle Tätigkeit nach dreijähriger Bewährung], IVb ohne Aufstieg [Heraushebung durch besonders verantwortungsvolle Tätigkeit]). Nunmehr findet eine Spreizung statt: Die Entgeltgruppe 9a entspricht dabei der bisherigen stufenbegrenzten Entgeltgruppe 9; die Endstufe 6 der Entgeltgruppe 9a entspricht dabei der bisherigen Stufe 5 der Entgeltgruppe 9. Die Entgeltgruppe 9b entspricht der bisherigen nicht stufenbegrenzten Entgeltgruppe 9, ergänzt um Beschäftigte mit abgeschlossener Hochschulbildung (inkl. Bachelorabschluss). Die Entgeltgruppe 9c enthält das Merkmal „besonders verantwortungsvolle Tätigkeit" und liegt betragsmäßig zwischen Entgeltgruppe 9 und Entgeltgruppe 10. Hier gibt es Besonderheiten bei der Überleitung, auf die im Abschnitt 8.5 dieser Darstellung näher eingegangen wird.

Nachfolgend sind die Tabellenwerte[4] für die Entgeltgruppen 9a, 9b und 9c dargestellt:

Spreizung der EG 9

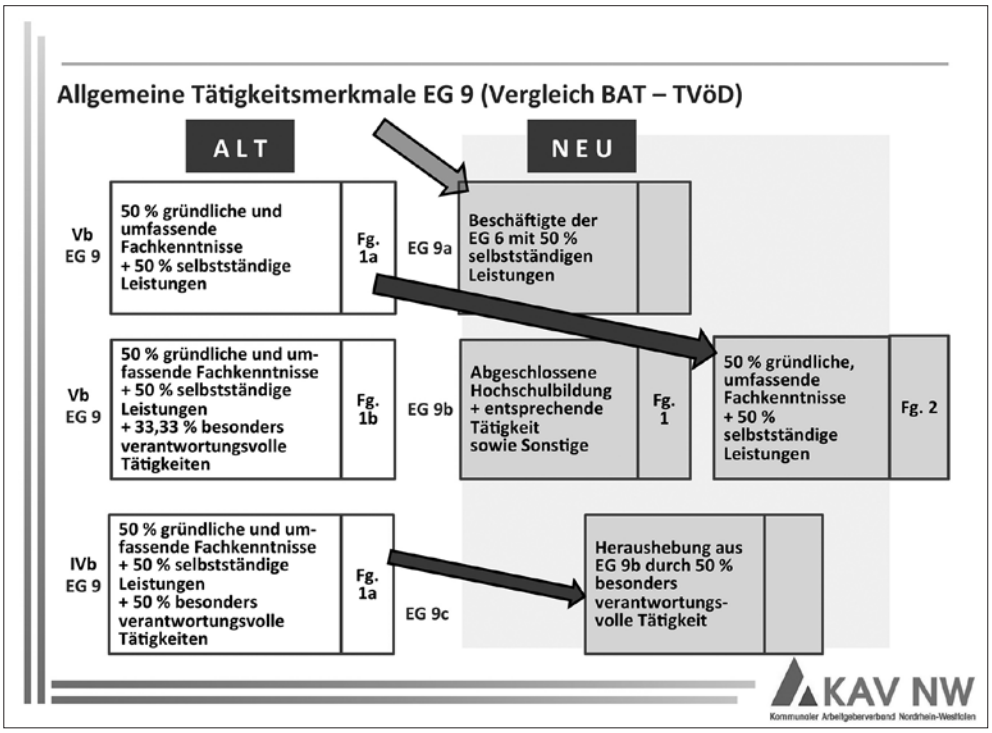
Tabellenwerte (01.01.2017):

EG	Grundentgelt		Entwicklungsstufen			
	1	2	3	4	5	6
9c	2.897,54	3.145,50	3.442,50	3.664,61	3.997,76	4.142,12
9b	2.648,85	2.925,94	3.071,16	3.464,92	3.776,53	4.025,78
9a	2.648,85	2.896,81	3.071,16	3.464,92	3.552,82	3.776,53

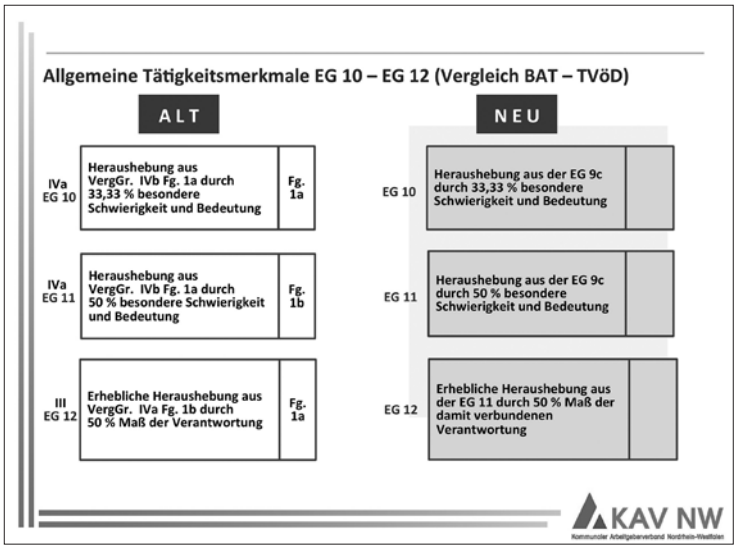
- Beträge der Entgeltgruppe 9b entsprechen den bisherigen Tabellenwerten der Entgeltgruppe 9
- einheitliche Verweildauer in den Stufen (Ausnahme für gewerblich-handwerklich Beschäftigte)
- Höhergruppierungen aus der EG 9a in die EG 9b erfolgen ab dem 1. März 2017 in den Stufen 2 – 4 unter Mitnahme der zurückgelegten Stufenlaufzeit

KAV NW Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

Die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe 9 (9a, 9b, 9c) stellen sich im Vergleich der Tarifsysteme wie folgt dar:



Eine Eingruppierung in die Entgeltgruppen 9b bis 12 ist, wie aus dieser vorstehenden und der folgenden Übersicht ersichtlich ist, davon abhängig, dass die Beschäftigten über eine abgeschlossene Hochschulbildung verfügen und entsprechend tätig sind. Daneben wird den Beschäftigten, die nicht über eine abgeschlossene Hochschulbildung verfügen, aber entsprechend tätig sind, die Eingruppierung in die Entgeltgruppe 9b durch die Regelung zum „sonstigen Beschäftigten"' ermöglicht. Alternativ kommt nach der Fallgruppe 2 der Entgeltgruppe 9b die Eingruppierung nach den dort benannten unbestimmten Rechtsbegriffen in Betracht. Diese alternative Eingruppierungsmöglichkeit setzt sich ab der Entgeltgruppe 9c über deren Bezugnahme auf beide Fallgruppen der Entgeltgruppe 9b und durch entsprechende Bezugnahmen in den Tätigkeitsmerkmalen bis zur Entgeltgruppe 12 fort:

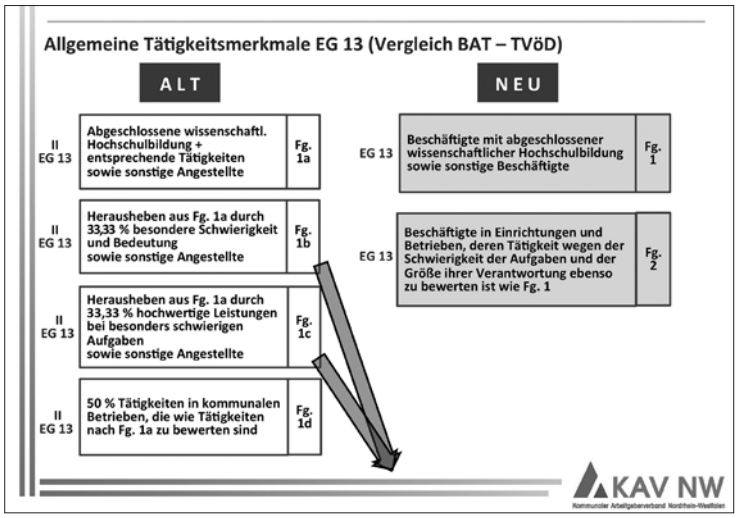


4 Gültig vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Januar 2017.

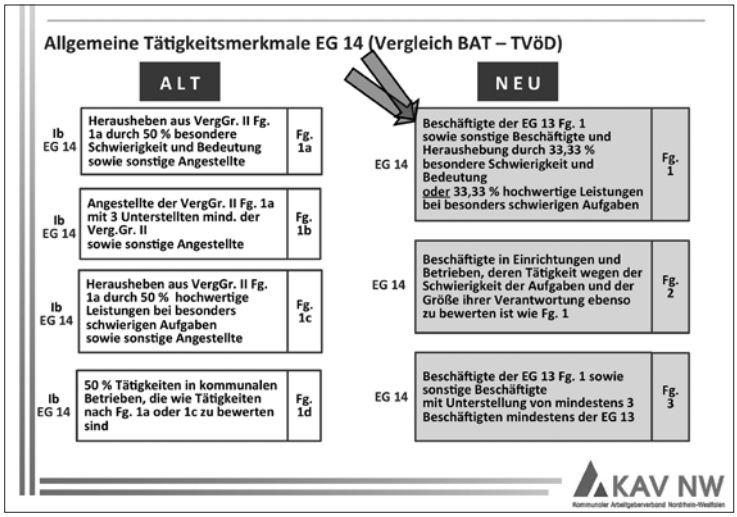
5.1.4 Entgeltgruppen 13 bis 15

Die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen 13 bis 15 gelten – soweit für die betreffenden Berufsgruppen keine speziellen Tätigkeitsmerkmale geregelt sind – grundsätzlich für alle Sparten der Entgeltordnung. Hierbei werden weitestgehend die bisherigen Tätigkeitsmerkmale der Vergütungsgruppen II, Ib und Ia der Anlage 1a zum BAT verwendet. Die Merkmale der Vergütungsgruppe I sind dabei allerdings nicht mehr vereinbart worden[5].
Die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe 13 bis 15 stellen sich im Vergleich der Tarifsysteme mit ihren Höhergruppierungsmöglichkeiten wie folgt dar.

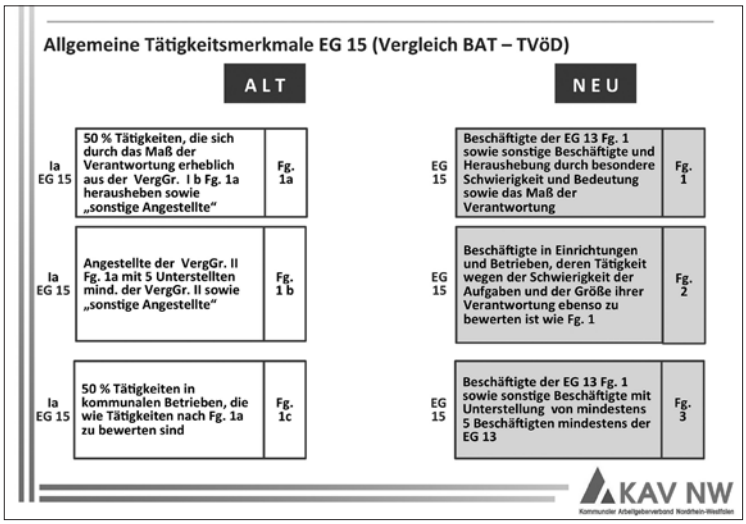
EG 13:



EG 14:



Und EG 15: *(siehe rechts oben)*

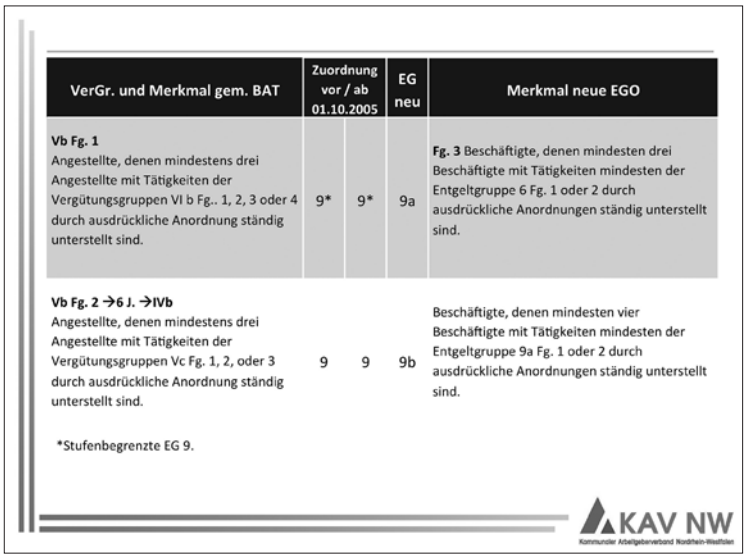


5.2 Abschnitt II – Spezielle Tätigkeitsmerkmale

Die Speziellen Tätigkeitsmerkmale des Teils A, Abschnitt II der neuen Entgeltordnung gelten entsprechend der Struktur des Tarifvertrages für alle Sparten des TVöD. Die bisherigen speziellen Merkmale sind dabei teilweise übernommen, teilweise – entsprechend den Erfordernissen der Praxis – vollkommen neu geschaffen worden.

5.2.1 Bezügerechnerinnen und Bezügerechner

Die Tätigkeitsmerkmale für Bezügerechner sind weitgehend lediglich redaktionell überarbeitet worden. Bewährte Regelungen sind damit erhalten geblieben. Die Unterschiede zu den allgemeinen Tätigkeitsmerkmalen sind dabei der Spezifik der zu erledigenden Arbeitsvorgänge geschuldet. Daher gibt es eine Reihe von Sondermerkmalen, z.B. die selbstständige Errechnung von Dienstbezügen, das selbstständige Führen von Schriftverkehr bzw. Schriftwechsel oder die verantwortliche Vornahme im DV-Verfahren erforderlicher Arbeiten und Kontrollen zur maschinellen Berechnung. Für eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe 9b ändert sich die notwendige Anzahl der durch ausdrückliche Anordnung ständig Unterstellten:



VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
Vb Fg. 1 Angestellte, denen mindestens drei Angestellte mit Tätigkeiten der Vergütungsgruppen VI b Fg.. 1, 2, 3 oder 4 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind.	9*	9*	9a	**Fg. 3** Beschäftigte, denen mindesten drei Beschäftigte mit Tätigkeiten mindesten der Entgeltgruppe 6 Fg. 1 oder 2 durch ausdrückliche Anordnungen ständig unterstellt sind.
Vb Fg. 2 →6 J. →IVb Angestellte, denen mindestens drei Angestellte mit Tätigkeiten der Vergütungsgruppen Vc Fg. 1, 2, oder 3 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind.	9	9	9b	Beschäftigte, denen mindesten vier Beschäftigte mit Tätigkeiten mindesten der Entgeltgruppe 9a Fg. 1 oder 2 durch ausdrückliche Anordnungen ständig unterstellt sind.

*Stufenbegrenzte EG 9.

KAV NW

5 Die Vergütungsgruppe I ist bei der Überleitung in den TVöD keiner regulären Entgeltgruppe zugeordnet worden, sondern als Entgeltgruppe 15 Ü in § 19 Abs. 2 TVÜ-VKA betragsmäßig für übergeleitete Beschäftigte hinterlegt.

5.2.2 Beschäftigte in der Informations- und Kommunikationstechnik

Da die bisherigen Tätigkeitsmerkmale für Beschäftigte in der Datenverarbeitung für die Praxis – einhergehend mit entsprechenden technischen Entwicklungen – erkennbar nicht mehr geeignet waren, war den kommunalen öffentlichen Arbeitgebern bereits seit Ende 2002 freigestellt worden, die IT-Beschäftigten nicht mehr nach den speziellen Tätigkeitsmerkmalen des Tarifvertrages für Angestellte in der Datenverarbeitung, sondern nach den allgemeinen Tätigkeitsmerkmalen der Fallgruppen 1 einzugruppieren und zusätzlich eine Programmiererzulage zu zahlen. Außerdem ist 2011 die Arbeitgeberrichtlinie der VKA zur Gewinnung und zur Bindung von Fachkräften auf dem Gebiet der Informationstechnik (IT-RL) erlassen worden, die für Beschäftigte der Entgeltgruppen 9 bis 15 die Zahlung einer IT-Fachkräftezulage von bis zu 1.000 Euro für die Dauer von fünf Jahren, verlängerbar auf bis zu 10 Jahre, ermöglicht. Dieser Anspruch besteht für Teilzeitbeschäftigte ratierlich und ist auch im Übrigen wirksam für die Entgeltfortzahlung und die Jahressonderzahlung. Auch die Vorweggewährung von Entgeltstufen ist danach möglich. Diese zunächst bis zum 31.12.2016 befristete Regelung ist durch die Mitgliederversammlung der VKA aufgrund des weiterhin bestehenden Bedarfs, IT-Fachkräften im begründeten Einzelfall finanzielle Anreize bieten zu können, welche die tariflich vorgesehenen Entgelte übersteigen, am 11.11.2016 um weitere zwei Jahre bis zum 31.12.2018 verlängert worden. Die Berechtigung setzt nunmehr bei der Entgeltgruppe 9b ein. Für Beschäftigte, welchen die IT-Fachkräftezulage gewährt wird, wird bestimmt, dass künftige Entgelterhöhungen – unabhängig von Höhe und Grund der Erhöhung – nicht auf die konkret gewährte IT-Fachkräftezulage angerechnet werden[6].

Für den IT-Bereich ist durch die neue Entgeltordnung eine völlige Überarbeitung und Neufassung der Merkmale erfolgt. Folgerichtig müssen[7] alle Eingruppierungen in diesem Bereich erstmalig festgestellt werden. Bei den Neuregelungen haben sich die Tarifvertragsparteien an den mit Wirkung zum 01.01.2014 in Kraft getretenen Tätigkeitsmerkmalen für IT-Beschäftigte des Bundes orientiert[8]. Vereinbart sind nunmehr Tätigkeitsmerkmale mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Verzichtet wird demgegenüber auf Tätigkeitsmerkmale mit IT-spezifischen Begrifflichkeiten. Der Ausbildungsbezug in der Entgeltgruppe 6 berücksichtigt neue Berufsabschlüsse (z.B. Fachinformatiker Fachrichtung Anwendungsentwicklung/Systemintegration, Technischer Systeminformatiker, IT-Systemkaufmann, IT-Systemelektroniker). Es erfolgt dabei – anders als im Anwendungsbereich der allgemeinen Tätigkeitsmerkmale – eine Grundeingruppierung für Beschäftigte mit abgeschlossener Berufsausbildung und entsprechender Tätigkeit in die Entgeltgruppe 6 (nicht Entgeltgruppe 5) und darüber hinaus eine Eckeingruppierung für Beschäftigte mit einschlägiger (Fach-) Hochschulbildung/Bachelor (z.B. Fachrichtung Informatik) in die Entgeltgruppe 10 (nicht Entgeltgruppe 9b). Darüber hinaus gibt es zusätzliche Fallgruppen (Entgeltgruppe 6 und Entgeltgruppe 10) ohne Ausbildungserfordernis und die Möglichkeit, zwischen den Eingruppierungssträngen (Fallgruppen) zu wechseln. Ergänzend sind jeweils der sonstige Beschäftigte und abstrakte Tätigkeitsmerkmale vereinbart. Spezielle Merkmale sind bis Entgeltgruppe 13 vereinbart. Darüber hinaus kommen die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen 13 bis 15 zur Anwendung. Diese Regelungen ermöglichen insbesondere fachlichen Quereinsteigern, die gerade im IT-Bereich häufig anzutreffen sind, entsprechend verbesserte Eingruppierungsmöglichkeiten.

5.2.3 Ingenieurinnen und Ingenieure

Die Merkmale für Ingenieure sind denjenigen der bisherigen Vergütungsgruppen des Tarifvertrages für Technische Angestellte entnommen. Dabei findet insbesondere eine höhere Zuordnung bisheriger Drittel-Heraushebungsmerkmale (besondere Leistung, besondere Schwierigkeit und Bedeutung sowie Maß der Verantwortung) statt. Demgegenüber sind die bisherigen 50 %-Heraushebungsmerkmale nicht aufgewertet worden. Der persönliche Anwendungsbereich der speziellen Tätigkeitsmerkmale ist in Nummer 1 der Vorbemerkungen zu diesem Abschnitt geregelt. Danach sind Ingenieure Beschäftigte, die entweder einen erfolgreichen Abschluss eines technisch-ingenieurwissenschaftlichen Studiengangs, einen erfolgreichen Abschluss in einem Studiengang der Fachrichtung Gartenbau, Landschaftsplanung/-architektur oder Landschaftsgestaltung oder einen erfolgreichen Abschluss der Fachrichtung Forstwirtschaft nachweisen und die Berufsbezeichnung „Ingenieurin" bzw. „Ingenieur" führen. Eine Eingruppierung als sonstiger Beschäftigter ist – wie bisher – möglich. Mangels entsprechender weiterer spezieller Tätigkeitsmerkmale gelten die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen 13 bis 15.
Die Tätigkeitsmerkmale und Höhergruppierungsmöglichkeiten ab der Entgeltgruppe 10 stellen sich im Vergleich der Tarifsysteme danach ab der Entgeltgruppe 10 oben und wie folgt dar:

VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
Vb Fg. 1 → IVb Fg. 1 → 8 J. → IVa Fg. 1c: Ingenieure mit entsprechender Tätigkeit und sonstige Angestellte.	10	10	10	Ingenieure mit entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte
IVa Fg. 1 → 8 J. → III Fg. 1c: Heraushebung durch besondere Leistungen	11	11	11	**Fg. 1:** Beschäftigte der EG 10 , die sich durch besondere Leistungen aus EG 10 herausheben
IVb Fg. 1a → 6 J. → IVa Fg. 1b: Heraushebung durch 1/3 besondere Leistungen	*10*	*10*	11	**Fg. 2:** Beschäftigte der EG 10 , die sich durch 1/3 besondere Leistungen aus EG 10 herausheben
III Fg. 1 → 10 J. → II Fg. 1b: Heraushebung durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung oder künstlerische oder Spezialaufgaben	12	12	12	**Fg 1:** Beschäftigte der EG 11 Fg. 1, die sich durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung oder künstlerische oder Spezialaufgaben herausheben
IVa Fg. 1a → 6 J. → III Fg. 1b: Heraushebung durch 1/3 besondere Schwierigkeit und Bedeutung oder künstlerische oder Spezialaufgaben	*11*	*11*	12	**Fg 2:** Beschäftigte der EG 11 Fg. 1, die sich durch 1/3 besondere Schwierigkeit und Bedeutung oder künstlerische oder Spezialaufgaben herausheben

KAV NW
Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

6 http://www.vka.de/site/home/vka/tarifvertraege__texte/
7 Jedenfalls wenn und soweit entsprechende Höhergruppierungsanträge gestellt werden.
8 Vgl. zu deren Auslegung die „Definitionen und Kommentierungen zum Teil III Abschnitt 24 (IT-Teil) der Anlage 1 zum TV EntgO Bund" des Bundesverwaltungsamtes: http://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BVA/Beratung-Modernisierung/Eingruppierung/2016_Definitionen_u_Kommentier_Teil_III.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Und für die Entgeltgruppe 13:

VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
III Fg. 1a → 8 J. → II Fg. 1a: Heraushebung durch 1/3 Maß der Verantwortung	*12*	*12*	13	Beschäftigte der EG 12 Fg. 1, die sich durch 1/3 Maß der Verantwortung herausheben
II Fg. 1 → 10 J. → VGZ 6%*: Heraushebung durch Maß der Verantwortung	13 +VGZ	13	13	Kein spezielles Merkmal mehr vereinbart.

*VGZ 6% BAT II ab 01.03.2016 = 203,59 Euro; ab 01.02.2017 = 208,37 Euro.

KAV NW Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

Rahmen der Überleitung in den TVöD bisher nicht berücksichtigte Bewährungsaufstiege und Vergütungsgruppenzulagen führen (bei Höhergruppierungsanträgen) grundsätzlich – wie aus den hier abgebildeten Übersichten ersichtlich – zu einer höheren Zuordnung. Die Protokollerklärungen zu den Meisterregelungen enthalten eine Reihe von Begriffsbestimmungen (z.B. Arbeitsbereiche, besonders schwierige Arbeitsbereiche, vielschichtig strukturierter Bereich).

Die Tätigkeitsmerkmale und Höhergruppierungsmöglichkeiten im Meisterbereich stellen sich im Vergleich der Tarifsysteme für die Entgeltgruppen 8 und 9a wie folgt dar: *(siehe links unten)*

Und für die Entgeltgruppen 9b und 9c:

VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
Vb Fg. 1 und 2 → 4 J. → 8% VGZ:** HIM und Heraushebung aus der VergGr. Vc Fg. 1 und 2 durch Umfang und Bedeutung des Aufgabengebietes und große Selbstständigkeit	*9** +VGZ	*9**	9b	**Fg 1:** Beschäftigte der EG 9a Fg. 1 und Heraushebung durch Umfang und Bedeutung des Aufgabengebietes und große Selbstständigkeit
Vb Fg. 7 und 8 → 4 J. → 8% VGZ:** Gärtnermeister und Heraushebung aus der VergGr. Vc Fg. 5 und 6 durch Umfang und Bedeutung des Arbeitsbereiches und große Selbstständigkeit	*9** +VGZ	*9**	9b	**Fg 2:** Gärtnermeister der EG 9a Fg. 2 und Heraushebung durch Umfang und Bedeutung des Aufgabengebietes und große Selbstständigkeit
IVb → 5 J. → 8% VGZ*:** Tech. Angestellte mit besonders verantwortungsvoller Tätigkeit	*9* +VGZ	*9*	9c	Meister mit besonders verantwortungsvollen Tätigkeiten

*Stufenbegrenzte EG 9.
**VGZ 8% BAT Vb ab 01.03.2016 = 178,50 Euro; ab 01.02.2017 = 182,69 Euro.
***VGZ 8% BAT IVb ab 01.03.2016 = 198,16 Euro; ab 01.02.2017 = 202,82 Euro.

KAV NW Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

5.2.4 Meisterinnen und Meister

Die Tätigkeitsmerkmale für Meister sind weitestgehend den bisherigen Vergütungsgruppen des Tarifvertrages für Meister entnommen. Abgeschafft sind die Eingruppierungsmerkmale für Beschäftigte, die keinen Meisterabschluss besitzen, so genannte „Nennmeister". Nach den neuen speziellen Tätigkeitsmerkmalen im Meisterbereich sind Beschäftigte einzugruppieren, die eine Meisterprüfung auf der Grundlage der Handwerksordnung oder des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) ausgehend von einer einschlägigen mindestens dreijährigen Ausbildung bestanden haben. Es wird also auf die Qualifikation „Meisterbrief" abgestellt. Dies gilt auch für Beschäftigte mit bestandener Meisterprüfung und einer früheren kürzeren Ausbildungsdauer als drei Jahre. Anders als in vielen anderen Bereichen der neuen Entgeltordnung erfolgt im Meisterbereich bewusst keine Eingruppierung als sonstiger Beschäftigter. Die Einstiegseingruppierung im Meisterbereich erfolgt in die Entgeltgruppe 8. Im

VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
VIb Fg. 1 → 4 J. → Vc Fg. 4 Handwerks-/Industriemeister (HIM) mit entsprechender Tätigkeit **VIb Fg. 4 → 4 J. → Vc Fg. 11** Gärtnermeister mit entsprechender Tätigkeit	8	*6*	8	Meister mit entsprechender Tätigkeit
Vc Fg. 1 und 2 → 4 J. → Vb Fg. 9 und 10: HIM mit Aufsicht über große Arbeitsstätten oder höheres Maß an Verantwortung an besonders wichtigen Arbeitsstätten	9*	*8*	9a	**Fg 1:** Meister der EG 8 - mit Aufsicht über große Arbeitsstätten oder - höherem Maß an Verantwortlichkeit an besonders wichtiger Arbeitsstätte
Vc Fg. 5 und 6 → 4 J. → Vb Fg. 13 und 14: Gärtnermeistermit Aufsicht über große Arbeitsstätten oder höheres Maß an Verantwortung in besonders bedeutenden Arbeitsbereichen	9*	*8*	9a	**Fg. 2:** Gärtnermeister der EG 8 - mit Aufsicht über bes. schwierige Aufgabenbereiche oder - höherem Maß an Verantwortlichkeit in besonders bedeutenden Arbeitsbereichen

*Stufenbegrenzte EG 9.

KAV NW Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

Durch die danach insbesondere für nach dem 30.09.2005 Neueingestellte mögliche Höhergruppierung nach der neuen Entgeltordnung können wesentliche Einkommenszuwächse erzielt werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass im Ergebnis eines Höhergruppierungsantrages die früher gewährten Meisterzulagen und Vergütungsgruppenzulagen entfallen[9].

5.2.5 Technikerinnen und Techniker

Die Tätigkeitsmerkmale für staatlich geprüfte Techniker basieren auf den Tätigkeitsmerkmalen für Technische Berufe. Staatlich geprüfte Techniker sind nach dem Tarifvertrag Beschäftigte, die nach dem Berufsordnungsrecht diese Berufsbezeichnung führen. Hinsichtlich der neuen Eingruppierungsmerkmale

9 Zur Stufenzuordnung vgl. Abschnitte 9.3.1 und 9.3.2.

gilt, dass neben der auf einer Technikerausbildung beruhenden Eingruppierung auch eine Eingruppierung als sonstiger Beschäftigter möglich ist. Die Technikergrundeingruppierung beginnt in der Entgeltgruppe 8. Vergütungsgruppenzulagen sind nicht mehr geregelt. Im Rahmen des Überleitungsrechts bisher nicht berücksichtigte Bewährungsaufstiege und Vergütungsgruppenzulagen führen – wie nachfolgend ersichtlich – auch hier (bei Höhergruppierungsanträgen) grundsätzlich zu einer höheren Zuordnung:

VerGr. und Merkmal gem. BAT	Zuordnung vor / ab 01.10.2005		EG neu	Merkmal neue EGO
VIb Fg. 17 →5 J. → Vc Fg. 18a: Techniker mit entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Angestellte	8	*6*	8	Techniker mit entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte
VIb Fg. 16 → 2 J. →Vc Fg. 18: Techniker, die in nicht unerheblichem Umfang selbstständig tätig sind sowie sonstige Angestellte	8	*6*		
Vc Fg. 17 →6 J. → Vb Fg. 16a: Techniker, die überwiegend selbstständig tätig sind sowie sonstige Angestellte	9*	*8*	9a	Beschäftigte der EG 8, die überwiegend selbstständig tätig sind
Vb Fg. 16 →6 J. →6% VGZ:** Techniker, die schwierige Aufgaben erfüllen sowie sonstige Angestellte	*9** +VGZ	*9*	9b	Beschäftigte der EG 9a, die schwierige Aufgaben erfüllen

* Stufenbegrenzte EG 9.

**VGZ 6% BAT Vb ab 01.03.2016 = 133,88 Euro; ab 01.02.2017 = 137,03 Euro.

KAV NW
Kommunaler Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen

Zu beachten ist, dass Tätigkeitsmerkmale für Vermessungstechniker und Geomatiker trotz der Verwandtschaft der Berufsbezeichnungen als spezielle Merkmale im Besonderen Teil der neuen Entgeltordnung geregelt sind, so dass insoweit die vorbenannten Technikermerkmale nicht zur Anwendung gelangen.

5.2.6 Vorlesekräfte für Blinde

Die Tätigkeitsmerkmale für Vorlesekräfte für Blinde sind den Tätigkeitsmerkmalen der Anlage 1a BAT für Boten, Pförtner, Vervielfältiger, Angestellte in Registraturen, Vorlesekräfte für Blinde entnommen. Die Entgeltgruppe 5 (Vorlesekräfte für Blinde) entspricht inhaltlich der dortigen Vergütungsgruppe VII und die Entgeltgruppe 6 (Vorlesekräfte für Blinde mit schwierigerer Tätigkeit) der Vergütungsgruppe Vlb.

KGSt-FORUM 2017

Vom 18.–20. September 2017 unter dem Motto KOMMUNE. GEMEINSAM. DENKEN.

Alle drei Jahre präsentiert die KGSt mit dem KGSt-FORUM aktuelle Arbeitsergebnisse und Themen der zukünftigen Kommunalentwicklung. In diesem Jahr ist es wieder soweit: Unter dem Motto KOMMUNE. GEMEINSAM. DENKEN. ist der europaweit größte kommunale Fachkongress drei Tage zu Gast in Kassel – direkt im Anschluss an die documenta. Mit dem gewählten Motto will die KGSt die Kommunen in einen Dialog bringen. Inspiration und Interaktion stehen im Fokus – ganz im Zeichen einer noch stärkeren Vernetzung von Kommunen. Gemeinsam wird Kommune „neu gedacht" – in Workshops, Foren und Fachveranstaltungen, zu allen wichtigen und aktuellen kommunalen Themen.

Insgesamt sechs Denkrichtungen stehen im Mittelpunkt des Kongresses:

DIGITAL. DENKEN, SOZIAL. DENKEN, STRATEGISCH. DENKEN, NACHHALTIG. DENKEN, FÜHRUNG. DENKEN und KLEINE KOMMUNEN. DENKEN.

Ob Haushaltskonsolidierung, demografischer Wandel, Digitalisierung oder die Veränderung sozialer Strukturen, ob Flüchtlingsthematik und alle damit verbundenen Facetten – Experten und Praktiker stellen auf dem KGSt-FORUM Trends, Lösungsansätze und innovative Ideen vor.

Drei Veranstaltungsformate bilden den Rahmen für den fachlichen Diskurs auf dem KGSt-FORUM in Kassel: **Impulse, Dialoge** und

Workshops

- Den **Impuls** prägt der klassische Vortrag. Informationen und Erfahrungen werden geteilt. Verständnisfragen runden dieses Veranstaltungsformat ab.
- Beim **Dialog** steht der intensive Austausch im Mittelpunkt. Dieser wird meist durch einen Impuls eines Referenten ausgelöst. Anders als beim reinen Vortrag bleibt ausreichend Zeit, um das Thema von verschiedenen Seiten zu beleuchten und zu diskutieren.
- Beim **Workshop** liegt der Fokus auf der gemeinsamen Erarbeitung. Die Teilnehmer betrachten mit Experten fachspezifische Fragen aus unterschiedlichen Blickwinkeln und entwickeln und diskutieren so (neue) Lösungspfade.

KOMMUNE. GEMEINSAM. DENKEN. beginnt bereits im Vorfeld: Die KGSt befragt die Teilnehmenden und bringt die Ergebnisse in das KGSt-FORUM ein. Eine Veranstaltungs-App macht Dialoge und Live-Beteiligung möglich, Themenräume sorgen für den persönlichen Austausch vor und nach den Veranstaltungen. Matchmaking bringt die Besucher mit gleichen Interessen und Fragen vor und nach dem Kongress zusammen.

Attraktives Abendprogramm

Ein attraktives Abendprogramm und genug Zeit für persönliche Gespräche erwartet die Gäste auf dem KGSt-Abend zum Abschluss des ersten Veranstaltungstages und auf dem abendlichen Empfang der Stadt Kassel im Rathaus nach dem zweiten Veranstaltungstag.

Begleitende Fachausstellung

Neben dem Kongressprogramm bietet eine Fachausstellung ausgewählten Unternehmen die Möglichkeit, mit den Teilnehmenden in den direkten Dialog zu treten. Sie bildet einen idealen Marktplatz für den Austausch zwischen Verwaltung, Wirtschaft und Wissenschaft.

Anmeldung

Die Anmeldung ist ab Februar 2017 unter www.kgst.de möglich. Für KGSt-Mitglieder lohnt sich der Besuch besonders: Sie zahlen immer nur einen Teilnahmebeitrag, unabhängig davon, wie viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter teilnehmen.

Veranstaltungsort

Kongress Palais Kassel, Holger-Börner-Platz 1, 34119 Kassel, http://www.kongress-palais.de

Ansprechpartner KGSt-FORUM

Verena Bauer, 0221 37689-61 Verena.Bauer@kgst.de
Gudrun Hegemann, 0221 37689-26 Gudrun.Hegemann@kgst.de
Axel Nees, 0221 37689-45 Axel.Nees@kgst.de
Norbert Ottersbach, 0221 37689-20 Norbert.Ottersbach@kgst.de

Iris Wiesner/Sandro Pacifico*

Einführung von Produkthaushalten zur Outputorientierten Steuerung (EPOS) im Land Nordrhein-Westfalen

Woraus ergibt sich die Notwendigkeit zur Veränderung des Rechnungswesens?

Defizite in der Kameralistik dominieren thematisch seit geraumer Zeit die Diskussion in der öffentlichen Verwaltung sowie in der Politik. Von Beginn des 20. Jahrhunderts bis mindestens zum zweiten Weltkrieg geht es dabei um die Beantwortung der Frage, ob wirtschaftliche Unternehmen des Staates eine kaufmännische Buchführung etablieren sollten. In den Neunzigern flammte die Diskussion erneut auf, da sich die Haushaltslage der öffentlichen Hand in eine besorgniserregende Richtung entwickelte. Im Zuge dieser Entwicklung kamen aus dem Ausland verschiedene Verwaltungsreformideen, wie z.B. die Neuen Steuerungsmodelle und das New Public Management, die ein wirtschaftlicheres Verwaltungshandeln vorsahen und mehr Transparenz der finanziellen Vorgänge forderten.[1] Man erkannte, dass ein effizientes und effektives Verwaltungshandeln nur vorausgesetzt werden konnte, wenn das Haushalts- und Rechnungswesen Anreize zu dem zuvor beschriebenen Handeln böte. In der Folge schien es notwendig, sich von der Kameralistik zu entfernen um ein neues Haushalts- und Rechnungswesen einführen zu können, das nicht ausschließlich den zahlungswirksamen Ressourcenverbrauch abbildet und nachweist.[2] Es sollte eine höhere Transparenz in der Darstellung finanzwirksamer Vorgänge durch Vollständigkeit der Rechnungslegung gegenüber dem Parlament und den Bürgern erreicht werden.[3] Ebenfalls wurden Instrumente der Budgetierung diskutiert, welche eine Flexibilisierung des Haushalts durch eine Vergröberung der Titelstruktur vorsahen. Dabei sollten beispielsweise neue Möglichkeiten zur gegenseitigen Deckungsfähigkeit entstehen. Neu war dabei, dass die vorgesehene outputorientierte Budgetierung die Definition von Leistungen und die Bindung des Ressourcenverbrauchs an diese Leistungen und Produkte vorsah. Bis dato war die zahlungs- bzw. inputorientiere Budgetierung verbreitet.[4] Einigkeit schien es dabei hinsichtlich der Notwendigkeit der Einführung einer Kosten- und Leistungsrechnung zu geben, in der Aufwand und Kosten erfasst werden können, damit die zuvor genannten Ziele, wie etwa die „Bepreisung" von Produkten, verwirklicht werden konnten.[5] Kalatschan nennt unter anderem ebenfalls wirtschaftliche Motive als Ursachen für den Veränderungsbedarf wie z.B. die Finanzkrise, die Stagnation und die Rückläufigkeit der öffentlichen Einnahmen trotz steigender Aufgaben und Ausgaben. Das klassische Instrument der Haushaltskonsolidierung durch pauschale Budgetkürzung oder Stellenabbau konnte dabei das Problem nur vorübergehend beheben und schloss die Finanzierungslücken nicht nachhaltig.[6] Man könnte auch spekulieren, dass die Probleme lediglich in zeitlicher Hinsicht verschoben werden. Der Wettbewerb in einer globalisierenden Wirtschaft spielt ebenfalls eine beträchtliche Rolle. Dabei werden insbesondere Standortentscheidungen von der vorhandenen Infrastruktur, der Dauer der Genehmigungsverfahren und der Höhe öffentlicher Subventionen abhängig gemacht. Langsame, komplizierte und unflexible Verwaltungen tragen daher zur Verschlechterung ihrer Finanzen bei, weil Unternehmen bei solchen Voraussetzungen abwandern.[7] Eine ebenfalls nicht zu unterschätzende Wirkung haben die Akzeptanz und Legitimation durch die Bürger, da viele die Vorgänge innerhalb der Verwaltung als langsam, ineffizient und unpersönlich empfunden haben. Durch den Wertewandel in der Gesellschaft und der zunehmenden Individualisierung haben sich die Anforderungen, nicht zuletzt durch die steigende Komplexität öffentlicher Aufgaben, verändert.[8] Neue Informationstechnologien ermöglichen den Zugang zu Informationen auf sämtlichen Verwaltungsebenen, sodass die Weiterleitung von Informationen durch den Informations- und Führungsprozess bzw. durch das Dienstwegprinzip sich sogar hinderlich auswirken.[9] Die Argumente machen deutlich, dass ein Paradigmenwechsel im Gange ist, der ein Umdenken der bisher gelebten Strukturen erforderlich macht. Es besteht dabei zwingender Handlungsbedarf um starre, unflexible und veraltete Strukturen in der Verwaltung an die neuen Anforderungen anzupassen. Dies bezieht sich auch auf die Anpassung des Rechnungswesensystems beispielsweise durch die Einführung der Doppik und des Produkthaushalts, die nachfolgend erläutert werden. Die Probleme und Fragestellungen, die dabei auftreten sind alles andere als trivial. Im Land Nordrhein-Westfalen wird der Umstellungsprozess mit Hilfe des Programms EPOS. NRW vorangetrieben.

Wie muss man sich die doppelte Buchführung vorstellen?

Während in der privaten Wirtschaft die doppelte Buchführung bereits etabliert und heutzutage größtenteils gesetzlich (Steuergesetze[10] und Handelsgesetzbücher[11]) vorgeschrieben ist, führen die Bundesländer – bisher noch nicht flächendeckend – und Kommunen in unterschiedlichen Projekten und unabhängig voneinander die Doppik mittlerweile ebenso ein. Dabei sieht der Bund Standards für die staatliche Doppik nach § 7a und § 49a Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) vor, an denen sich die Länder zu orientieren haben und erstmals neben der kameralen Haushaltführung eine doppelte Buch-

* Prof. Dr. *Iris Wiesner* ist Vizepräsidentin der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, *Sandro Pacifico* ist im Bundesministerium für Bildung und Forschung tätig.

1 *Klaus Lüder* – Neues öffentliches Haushalts- und Rechnungswesen – Anforderungen, Konzept, Perspektiven, 18. Auflage, Modernisierung des öffentlichen Sektors, Kapitel 2.1, 1. u. 2. Absatz, S. 12.

2 Ebd. 1. Aufzählungsstrich, S. 13.

3 Ebd. Kapitel 1.2, 2. Aufzählungsstrich, S. 13.

4 Ebd. Kapitel 1.3, 1. Aufzählungsstrich, S. 14.

5 Ebd. Kapitel 1.3, 2. Aufzählungsstrich, S. 14.

6 *Michael Kalatschan,* Perfomance Budgeting, Grundlagen – Ansätze – Effekte, Reihe B Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 120, Kapitel 2.1.2, 1. Aufzählungspunkt, S. 42.

7 Ebd. 2. Aufzählungspunkt, S. 42.

8 Ebd. 3. Aufzählungspunkt, S. 43.

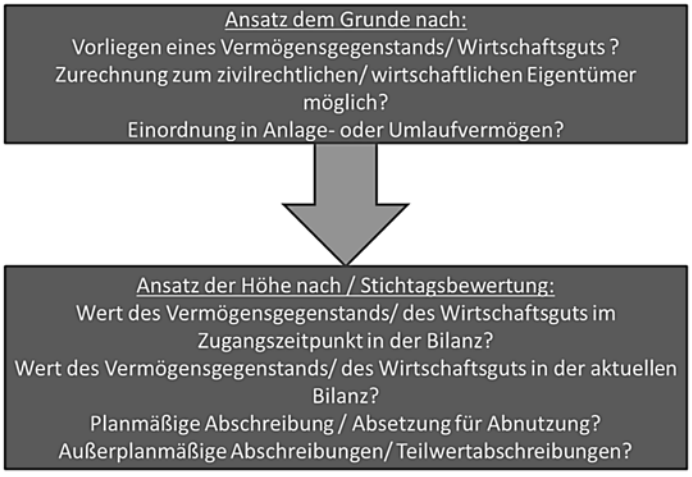
9 *Michael Kalatschan,* Perfomance Budgeting, Grundlagen – Ansätze – Effekte, Reihe B Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 120, Kapitel 2.1.2, 4. Aufzählungspunkt, S. 43.

10 §§ 140, 141 Abgabenordnung (AO).

11 §§ 238, 241a Handelsgesetzbuch (HGB).

führung realisierbar wird. Die dort beschriebenen Vorgaben werden insbesondere erfasst, damit die Anforderungen an die Finanzstatistik einschließlich der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen Berücksichtigung finden können. Die praktische Umsetzung erfolgt dabei im Einzelnen über den Erlass von Verwaltungsvorschriften durch die einzelnen Bundesländer. Zur Gewährleistung einheitlicher Verfahrens- und Datengrundlagen, sowohl für die Kameralistik, die Doppik und auch den Produkthaushalt wurde gem. § 49a HGrG ein Gremium von Bund und Ländern eingerichtet welches die Standards erarbeitet und in der Regel einmal jährlich überprüft.[12] § 7a HGrG sieht dabei nicht nur vor, den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung zu folgen, sondern auch den Vorschriften des „Ersten und des Zweiten Abschnitts, Erster und Zweiter Unterabschnitt, des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches" zu entsprechen. Aufgrund der Besonderheiten in der öffentlichen Verwaltung werden die Vorschriften an den entsprechenden Stellen konkretisiert. Insgesamt verstehen sich die Standards staatlicher Doppik als Regelwerk, welches Ansatz-, Bewertungs- und Darstellungsregeln vorsieht.[13] Der Formulierung ist bereits zu entnehmen, dass tatsächlich eine starke Anlehnung an das Handelsgesetzbuch besteht, da dort ebenfalls „Ansatz"[14] und „Bewertung"[15] zu finden sind. Hinter „Ansatz" verbirgt sich dabei regelmäßig die Antwort auf die Frage, ob überhaupt eine Aufnahme des entsprechenden Guts –im Handelsrecht wird der Begriff Vermögensgegenstand verwendet, während im Steuerrecht der Begriff Wirtschaftsgut verwendet wird – in der Bilanz stattfindet und wenn ja, wie dieses zu bewerten ist. Konkret bedeutet dies, dass beurteilt werden muss, ob ein Ansatz dem Grunde nach (Ja oder nein?) und der Höhe nach (Mit welchem Wert?) in der Bilanz erfolgen kann.[16] In einigen Bereichen kann dies in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Beispielsweise sind auch Schlösser und kunsthistorische Gegenstände diesem Procedere zu unterwerfen.

Abbildung 1: Ansatz und Bewertung[17]



12 Standards staatlicher Doppik, Vorwort und § 49a HGrG.
13 Standards staatlicher Doppik, Vorwort und § 7a HGrG.
14 § 246 ff. HGB.
15 § 253 ff. HGB.
16 Vgl. Abbildung 1: eigene Grafik in Anlehnung an §§ 246, 253 HGB und §§ 5, 6 EStG.
17 Grafik in Anlehnung an §§ 246, 253 HGB und §§ 5,6 EStG.

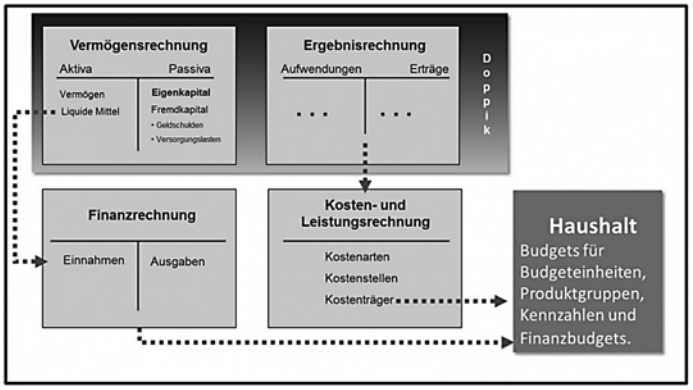
Wodurch ergibt sich die Legitimation zur Einführung von EPOS. NRW[18] im Land Nordrhein-Westfalen und wie funktioniert das Einführungsprocedere?

Mit insgesamt fünf Kabinettsbeschlüssen[19] hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen den mehrjährigen Prozess zur Einführung des neuen flächendeckenden Rechnungswesens der integrierten Verbundrechnung[20] vorangetrieben. Diese besteht aus den folgenden Komponenten:

- Finanz- und Anlagenbuchhaltung,
- Kosten- und Leistungsrechnung und
- Finanzrechnung.

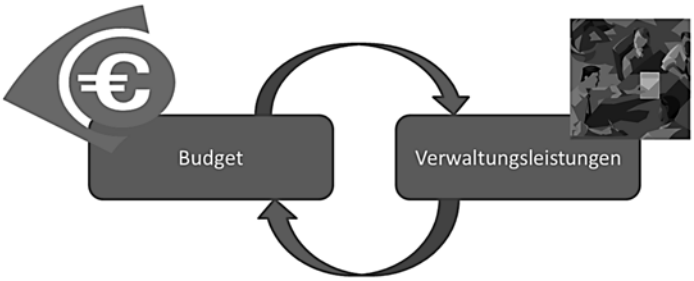
Der politisch demokratische Steuerungswille wird durch das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen und das Landesamt für Finanzen mit dem Programm EPOS.NRW verwirklicht.

Abbildung 2: Das System der Integrierten Verbundrechnung[21]



Ziel ist es, mit einem neuen Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen die Ressourcenverantwortung stärker zu dezentralisieren. In der Zukunft soll es möglich sein, Produkthaushalte und Konzernbilanzen für das Land NRW zu erstellen und eine outputorientierte Ergebnisbudgetierung[22], die sich an den Verwaltungsleistungen der Behörden orientiert, zu etablieren. Die kamerale Buchführung soll letztlich vollständig abgelöst werden.

Abbildung 3: Budget-Leistungsorientierung



18 Einführung von Produkthaushalten zur outputorientierten Steuerung – Neues Rechnungswesen.
19 Beschlüsse vom 18. März 2003, 09. November 2004, 19. April 2005, 27. Juni 2006 und 30.10.2012.
20 Vgl. Abbildung 2: https://www.finanzverwaltung.nrw.de/de/umstellung-des-staatlichen-rechnungswesens.
21 https://www.finanzverwaltung.nrw.de/de/umstellung-des-staatlichen-rechnungswesens.
22 Vgl. Abbildung 3: „Budget-Leistungsorientierung".

Die nordrhein-westfälischen Landesbehörden sollen fachlich und technisch in die SAP[23]-Systemlandschaft integriert werden. Die Implementierung gliedert sich dabei in drei Phasen[24]. In der ersten Phase wurde in Zusammenarbeit mit ausgewählten Modellbehörden der sogenannte Landesmaster erstellt. Ziel war es, die verwaltungsspezifischen Anforderungen in einem einheitlichen Dokument mit der Gültigkeit für die gesamte Landesverwaltung zu konsolidieren. In der zweiten Phase sollten die einzelnen Landesbehörden, die bei EPOS.NRW in Budget- und Budgetuntereinheiten[25] gegliedert sind, im Rahmen von Einzelprojekten mit dem neuen System ausgestattet werden. Die Budgeteinheiten (BE) stellen dabei Organisationseinheiten dar, denen im Haushaltsplan ein Budget zur eigenverantwortlichen Bewirtschaftung zugeordnet ist. Organisationseinheiten, auf die Budgets intern delegiert werden, werden als Budgetuntereinheiten (BUE) bezeichnet. Zertifizierte Landesmitarbeiter des Finanzministeriums NRW und des Landesamtes für Finanzen NRW stehen den Behörden in hochkomplexen Projekten in fachlicher und technischer Hinsicht beratend zur Seite, um die jeweiligen Stammdatenstrukturen und Prozesse der einzelnen Komponenten zu konzeptionieren und anschließend technisch abzubilden. Mögliche Abweichungen zum Landesmaster, die sich aufgrund von behördenspezifischen Besonderheiten ergeben und im Landesmaster nicht berücksichtigt wurden, werden dabei in sogenannten Deltakonzepten festgehalten. In ausgewählten Budget- und Budgetuntereinheiten sollen die Produkthaushalte noch in der zweiten Phase erprobt werden. Ziel der letzten Phase ist es, flächendeckend Produkthaushalte und eine Konzernbilanz des Landes Nordrhein-Westfalen aufstellen zu können.

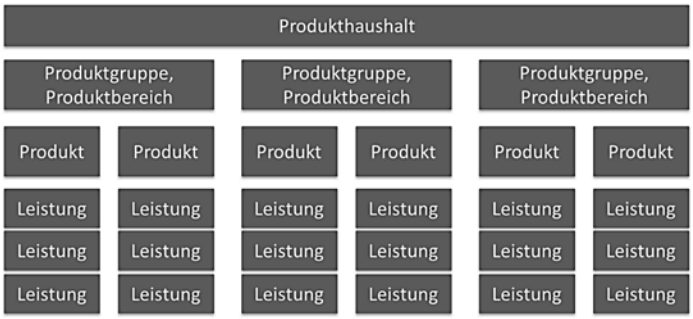
Abbildung 4: Phasen der Einführung

Wozu kann der Produkthaushalt dienen?

Schaut man sich zunächst den hierarchischen Aufbau an, stellt man fest, dass sich der sogenannte Produkthaushalt aus verschiedenen Produktbereichen, -gruppen oder -katalogen speist, die eine Zusammenfassung einzelner Produkte darstellen, die fachlich zusammenhängen und damit thematisch zusammengefasst werden könnten. Die einzelnen Produkte stellen wiederum ein Bündel von Leistungen dar[26], die für eine Produkterstellung relevant sind. Die erbrachten Leistungen können dabei nach Art, Menge und Qualität weiter differenziert werden[27] Es zeigt sich, dass der Produkthaushalt aus hierarchischer Sicht als Oberbegriff zu verstehen ist, der die höchste Stufe innerhalb der zuvor genannten Hierarchiestufen abbildet.

23 Es handelt sich um die Enterprise Ressource Planning Software SAP (Systeme Anwendungen und Produkte) von IBM.
24 Abbildung 3: Phaseneinteilung des Programms EPOS.NRW.
25 Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Richtlinie zur Budgetierung des Programms EPOS.NRW vom 15.07.2013, Kapitel 3.1.2 Abs. 1 und 3.1.3 Abs. 4.
26 Eckpunkte zur Anwendung, IPR, II, Nr. 5, 2. Absatz.
27 *Hans Jürgen Bals,* Die neue Kommunalverwaltung, Band 10, Neues kommunales Finanz- und Produktmanagement, Erfolgreich steuern und budgetieren, Kapitel 5.1, 1.Absatz, S. 10.

Abbildung 5: Hierarchie im Produkthaushalt

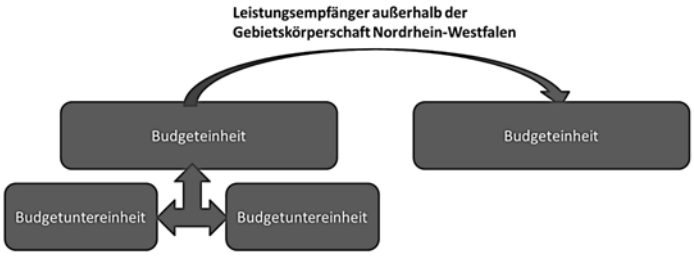


Das Verwaltungshandeln soll transparenter werden, indem Informationen über die Menge, die Qualität und die Kosten der Produkte ermittelt werden können.[28] Dies bedeutet, dass allgemein nachvollziehbar sein soll, wofür die zur Verfügung stehenden Haushaltmittel veranschlagt werden. Ebenfalls kann die Bildung von Produkten ein Ausgangspunkt zur Prozessoptimierung darstellen und zur Reorganisation der Verwaltungsstruktur führen.[29] Sie können also auch Basis für die Aufgabenkritik sein.[30] Dem könnte zu Grunde liegen, dass die Gelegenheit der Einführung eines neuen Rechnungswesens zum Anlass genommen wird, um Vorgänge und Abläufe innerhalb der Behörden, die zu bürokratisch, kompliziert oder langwierig sind, anzupassen und neu auszugestalten oder um möglicherweise zu dem Ergebnis zu kommen, dass bestimmte Aufgaben nicht mehr wahrgenommen werden müssen, da sie wenig effizient und effektiv sind. Es zeigt sich, dass die Produkte in ihrer Aussagekraft auch als Grundlage dienen können, um eine Prozessanalyse durchzuführen, die nach innen gerichtet ist. Die Verwaltung kann vor diesem Hintergrund nicht nur eine monetäre Bewertung der Produkte vornehmen, die letztlich Außenwirkung hat, sondern auch strukturelle Schlüsse hinsichtlich der eigenen Verwaltungsorganisation ziehen, um Verbesserungen vornehmen zu können. Des Weiteren können die Produkte einen Anknüpfungspunkt für das Qualitätsmanagement und für personalwirtschaftliche Maßnahmen (beispielsweise/ insbesondere die leistungsabhängige Entlohnung) darstellen.[31] Wie dies im Einzelnen ausgestaltet werden kann, bedarf der genauen Festlegung von verschiedenen Kriterien, damit aussagekräftige Werte erhoben werden können und eine leistungsgerechte Entlohnung Akzeptanz finden kann. Problematisch ist dabei, dass der Gedanke der Leistungsgerechtigkeit, der durch die Darstellung von Informationen über die Produkte erreicht wird, immer dann kompliziert wird, wenn nicht nur mengenmäßige Kriterien, sondern auch qualitative Faktoren herangezogen werden sollen. Die Erwartungen und Zielsetzungen sind indes sehr unterschiedlich und komplex. Bals trägt dabei dem Argument Rechnung, dass die definierten Produkte als Steuerungssubjekte dienen können und daher eine Abgrenzung der einzelnen Produkte untereinander stattfinden muss. In der Praxis, so Bals, hat dies zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt.[32] Seiner Meinung nach ist eine einheitliche Definition von Produkten unter Steuerungsaspekten nicht möglich, da der Steuerungskontext sehr

28 *Hans Jürgen Bals,* Die neue Kommunalverwaltung, Band 10, Neues kommunales Finanz- und Produktmanagement, Erfolgreich steuern und budgetieren, Kapitel 5.1, 2.Aufzählungspunkt, S. 5.
29 Ebd., 3.Aufzählungspunkt, S. 5.
30 Ebd. 4.Aufzählungspunkt, S. 5.
31 Ebd. 7. u. 8. Aufzählungspunkt, S. 5.
32 Ebd. 2. Absatz, S. 5.

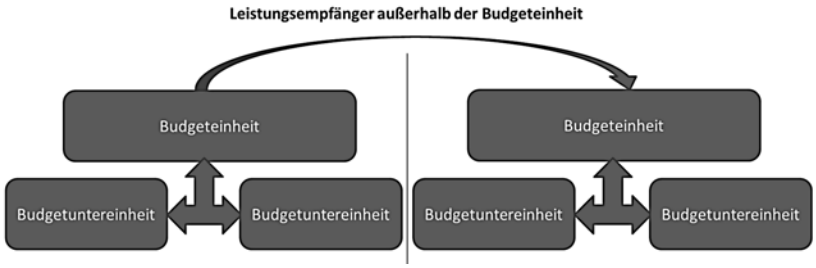
unterschiedlich ist.[33] Bals schlägt daher die Behandlung des Produkts als ökonomisches Gut vor, das die Verbindung zum Adressaten, dem Kunden und Bürger, darstellt. Insbesondere dem Bürger wird dabei eine besondere Bedeutung beigemessen.[34] Aus Sicht einer Landesverwaltung kann dies nur zum Teil bejaht werden. Eine ökonomische Betrachtungsweise kann nicht ausgeschlossen werden, muss aber differenzierter gesehen werden, da auch an dieser Stelle die Empfänger der Produkte und Leistungen eine maßgebende Rolle spielen. Es zeigt sich, dass auch kommunale Ansätze auf die Landesverwaltung übertragen werden können, die Ausrichtung gerade den Empfängerkreis betreffend jedoch einen anderen Ansatz finden muss. Die Vorgaben zur Produktbildung sind in der Landesverwaltung stark reglementiert worden. Es wurde versucht, einen einheitlichen Kriterienkatalog, der für sämtliche Landesbehörden, die in an dem Programm EPOS.NRW teilnehmen, aufzustellen. Die Vorgaben speisen sich aus einer Reihe von Konzepten, die auf der Internetseite www.epos.nrw.de[35] der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Blickt man auf die Produkte, so müssen die Konzepte zur Kosten- und Leistungsrechnung (Richtlinie und Leitfaden zur Kosten- und Leistungsrechnung), sowie das Steuerungskonzept EPOS.NRW für Phase II berücksichtigt werden. Aus diesen gehen die einzelnen Kriterien zur Objektbildung (Kostenstellen, Produkte etc.) hervor. Zunächst kann man festhalten, dass die Produktbildung stark vom Empfängerkreis der Produkte selbst abhängt, abgeleitet von der Frage, für wen überhaupt das Produkt erstellt wird. Daher werden unterschiedliche Produktarten voneinander abgegrenzt. Richtet sich ein Produkt an Dritte, also Empfänger außerhalb der Gebietskörperschaft Nordrhein-Westfalen, so wird von einem externen oder auch Endprodukt[36] gesprochen.

Abbildung 6: Endprodukte bei EPOS.NRW



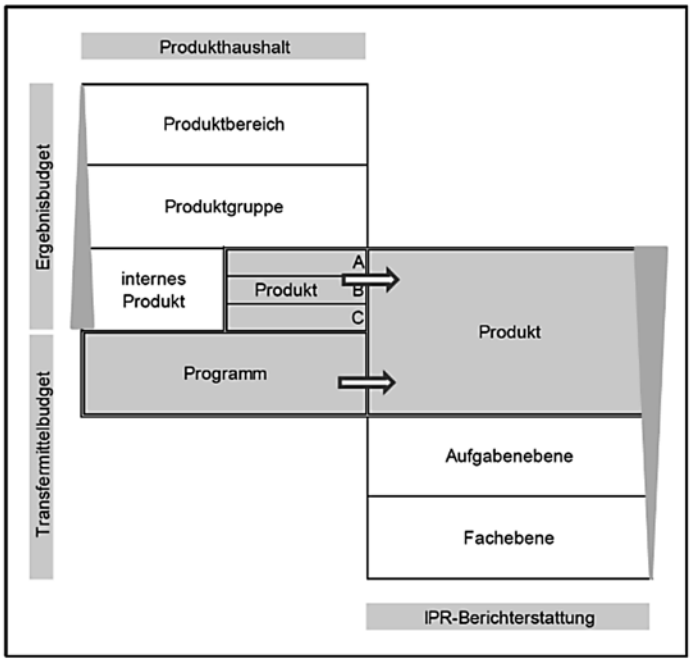
Richtet sich ein Produkt an eine andere Landesbehörde, so wird dieses als internes Produkt bezeichnet.

Abbildung 7: Interne Produkte bei EPOS.NRW



Voraussichtlich werden ausschließlich die Endprodukte zur Erstellung des Produkthaushalts von Bedeutung sein. Dies entspricht der Logik, dass ein internes Produkt, das sich an eine andere Landesbehörde richtet, in der Folge in einem Endprodukt aufgeht. Dies bedeutet, dass die anfallenden Produktkosten der internen Produkte mittelbar auf die Endprodukte weitergegeben werden, sodass sie im Idealfall keiner Zuführung von weiteren Mitteln bedürfen, sondern vollständig über die Fakturierung der abgegebene Leistung finanziert werden können (Vgl. Abbildung 8 zu Produktstrukturen im Produkthaushalt und nach IPR[37]). Das zu Grunde liegende Dokument nennt dies „Erlöse in eigener Verantwortung".[38] In der Praxis zeigte sich dabei, dass eine Fakturierung nur schwierig umsetzbar ist.

Abbildung 8: Produktstrukturen im Produkthaushalt und nach IPR[39]



Die Endprodukte, auf denen sämtliche Kosten gesammelt werden müssen, werden schließlich den einzelnen Produktebenen des IPR zugeordnet.[40] Der Leitfaden enthält den Hinweis, dass die Produkte nicht zu kleinteilig auszuprägen sind[41], spezifiziert dies jedoch nicht, so dass fraglich bleibt, ob hier die Anzahl der Produkte insgesamt oder eine monetäre Begrenzung gemeint ist.

Die offizielle Definition für eine Produktbildung besagt, dass die Bildung grundsätzlich an dem Leistungsauftrag der Behörde zu orientieren ist und dabei sicherzustellen ist, dass sämtliche wahrgenommenen Aufgaben durch die Produkte abgedeckt sind. Dabei muss ein Produkt den festgelegten Kriterienkatalog erfüllen. Ein Produkt

33 Ebd. 1. Absatz, S. 6.
34 Ebd. 2. Absatz, S. 6.
35 https://www.finanzverwaltung.nrw.de/de/konzepte-infos.
36 Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden zu Kostenstellen, Kostensammler und Kostenträger in der Kosten- und Leistungsrechnung des Programms EPOS.NRW vom 15.07.2013, Kapitel 4.1.1.1.
37 Integrierter Produktrahmen.
38 Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden zu Kostenstellen, Kostensammler und Kostenträger in der Kosten- und Leistungsrechnung des Programms EPOS.NRW vom 15.07.2013, Kapitel 4.1.1.2.
39 Ebd. Kapitel 4.2.
40 Ebd. Kapitel 4.1.3.1.
41 Ebd. Kapitel 4.1.2.

muss daher dauerhaft erstellt bzw. geleistet werden.[42] Es darf sich demnach nicht um eine einmalige Leistung handeln. Ein konkreter Zeitraum, der das Kriterium der Dauerhaftigkeit näher beleuchtet, findet sich im Leitfaden nicht. Auch das Kriterium der Abgrenzbarkeit, das besagt, dass die Produkte eindeutig von anderen abgrenzbar sein müssen[43] oder auch die Transparenz bezüglich der Zuordnung der Produkte zu einem Verantwortlichen[44] werden dabei nicht näher beleuchtet. Analysiert man die übrigen Kriterien zeigt sich, dass auch diese nicht näher beschrieben werden. Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass die Vorgaben an dieser Stelle zu ungenau scheinen und einer näheren Beschreibung bedürfen, um in der Praxis tatsächlich angewendet werden zu können. Die Spezifikation, die in Kapitel 4.1.3.2 unter der Überschrift „Besondere Anforderungen" zu finden sind und beispielsweise klarstellen, dass je Empfänger ein Produkt ausgeprägt werden soll, hilft nicht im erforderlichen Umfang weiter. Wünschenswert wäre ein Begleitdokument zu den Leitfäden/Richtlinien, in dem insbesondere die Hintergründe der Festlegungen zum besseren Verständnis für die Betroffenen erläutert würden.

Welche Rolle spielt die Kosten- und Leistungsrechnung im Kontext des Produkthaushalts?

Blickt man auf die Produktkosten stellt sich die Frage, wie diese ermittelt werden. Dabei spielt in der Regel die Kosten- und Leistungsrechnung eine zentrale Rolle. Nach Bals wird das Hauptziel der Kosten- und Leistungsrechnung mit dem neuen Haushalts- und Rechnungswesen durch die flächendeckende Einbeziehung des Ressourcenverbrauchs in das Entscheidungssystem erreicht. Die Kosten- und Leistungsrechnung stellt eine Quelle zusätzlicher Detailinformationen dar. Dabei muss beachtet werden, dass eine Kosten- und Leistungsrechnung Kosten verursacht, sodass die Informationen, die aus der Kosten- und Leistungsrechnung gewonnen werden entscheidungsrelevant sein sollten und in einem engen Zusammenhang mit den zentralen Planungs-, Steuerungs-, oder Kontrollprozessen stehen.[45] Dies bedeutet, dass genau überlegt werden muss, welche Informationen tatsächlich von Belang sind, da die Gefahr besteht, eine nicht mehr handhabbare Fülle an Berichten zu fordern, ohne dabei zu beachten, dass eine Kosten- und Leistungsrechnung nur diejenigen Informationen errechnen kann, die zuvor erhoben und eingepflegt worden sind. Die Erhebung der Daten kann sich dabei als schwierig erweisen. Beispielsweise kann die Information zur Fläche einzelner Büros in einer Dienststelle nicht vorhanden sein, sodass zur Erhebung jedes einzelne Büro ausgemessen werden muss, damit eine Verrechnung der Liegenschaftskosten an Hand von Quadratmetern möglich wird. In der Folge bedeutet das, dass der zu betreibende Pflegeaufwand erhebliche Zeit in Anspruch nehmen kann, sodass eingeplant werden muss, dass bei Umzügen innerhalb des Hauses die genutzten Flächen zur Verrechnung ebenfalls angepasst werden müssen. Es muss demnach genau abgewogen werden, ob das Resultat den zu investierenden Zeit- und Mittelaufwand rechtfertigt.
Eine konkrete Erarbeitung dieser Informationsbedarfe ist unerlässlich und kann ausschließlich in Anbetracht der örtlichen Situation mit Bezug auf das jeweilige System der Finanz- und Produktsteuerung entschieden werden. Die Ausgestaltung der Kosten- und Leistungsrechnung sollte dabei verschiedenen Anforderungen gerecht werden können:[46] Bals zeigt die Gefahr auf, dass die Kosten- und Leistungsrechnung als reine Verteilrechnung genutzt werden könnte und der eigentliche Zweck der Kosten- und Leistungsrechnung nicht erfüllt würde. Zu beachten ist allerdings, dass eine Einführung und Anwendung der Kosten- und Leistungsrechnung nur dann Sinn ergibt, wenn aus den vorliegenden Ergebnissen die entsprechenden Schlüsse für die Zukunft gezogen werden.[47] Das heißt in der Folge, dass eine Kosten- und Leistungsrechnung auch als solche genutzt werden sollte. Verschiedene Instrumente zur Planung von Kosten und Leistungen stehen dabei standardmäßig in ERP-Systemen zur Verfügung, sodass bei präziser Planung eine genaue Abweichungsanalyse möglich wird und damit die Ursachen identifiziert und bekämpft werden können.

Welche Rolle spielt das Budget im Kontext des Produkthaushalts?

Eine der wichtigen Fragen lautet dabei, wie eine Budgetierung und Steuerung an Hand der Budgets und Produkte mit der neuen Philosophie einhergehen kann. Der Begriff des Budgets als zentraler Begriff wird in der öffentlichen Verwaltung als Synonym für den Haushalt, den Haushaltsplan, das Etat oder den Voranschlag verwendet. Es stellt damit den Schlüssel für die Verwaltungssteuerung, die Rechenschaftslegung der Exekutive gegenüber dem Parlament, der Öffentlichkeit und weiteren Personen und Gruppen dar. Dabei tritt die Ergebnissteuerung an die Stelle der zentralistischen Einzelsteuerung. Bals sieht die Kommune als wirtschaftliche Einheit, die mit gegebenem Budget eine möglichst große Leistung erzielen muss.[48]Auch die Landesverwaltung folgt diesem Ansatz, sodass die Sichtweise anwendbar scheint. Von besonderer Bedeutung ist dabei möglicherweise die Schuldenbremse, die gem. Art. 109 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) zwingend Einsparungen zur Reduzierung des Haushaltsdefizits vorsieht, sodass weniger Geld zur Verfügung steht. Damit kann ebenfalls gerechtfertigt werden, dass Teile der Verwaltung wie ein wirtschaftlicher Betrieb funktionieren sollen und defizitär arbeitende Bereiche, wenn möglich eingestellt oder umstrukturiert werden müssen. Vergleicht man diese Einstellung mit Betrieben der Privatwirtschaft, ist zu erkennen, dass Unternehmen stets nach dem Prinzip der Gewinnmaximierung arbeiten und defizitäre Bereiche eingestellt werden.

Zu beachten ist, dass politische Programme und Ziele im Regelfall dem Allgemeinwohl dienen sollen und spätestens dann der Gedanke der Wirtschaftlichkeit zumindest in Teilen verworfen werden muss. Nichtdestotrotz kann mit einem zur Verfügung stehenden Budget wirtschaftlich umgegangen werden. Das Budget stellt eine Variable dar, deren Verbindlichkeitsgrad sich insbesondere an dem Budgetgrundsatz der qualitativen, quantitativen und zeitlichen Spezialität orientiert. Das bedeutet, dass sich die traditionelle Budgetierung nach Budgettiteln gliedert, welche die Verwaltungseinheiten verpflichtet ausschließlich Geld für einen festgelegten Zweck, in einer festgelegten Höhe und in einem festgelegten Zeitraum auszugeben. Kalatschan sieht dabei eine Reihe von dysfunktionalen Effekten, die sich durch eine Inputorientierung äußern, einen geringen Handlungsspielraum, eine isolierte Betrachtung der Ausgaben und Inkrementalismus.

42 Ebd. Kapitel 4.1.3.1, 1. Aufzählungspunkt.
43 Ebd. Kapitel 4.1.3.1, 3. Aufzählungspunkt.
44 Wbd. Kapitel 4.1.3.1, 6. Aufzählungspunkt.
45 *Hans Jürgen Bals,* Die neue Kommunalverwaltung, Band 10, Neues kommunales Finanz- und Produktmanagement, Erfolgreich steuern und budgetieren, Kapitel 9.1, S. 177.
46 Ebd. S. 177
47 Ebd. Kapitel 9.3, S. 181–182.
48 Ebd. Kapitel 2.1, 2. Absatz, S. 3.

Beim Perfomance Budgeting könnte durch Globalbudgets den zuvor genannten Folgen entgegengewirkt werden, sodass eine höhere Flexibilität erreicht wird und sich dadurch der Verbindlichkeitsgrad eines vorher festgelegten Budgets ändert.[49] Es zeigt sich, dass die Veränderung des Verbindlichkeitsgrades erhebliche Konsequenzen hat, da sich Auswirkungen auf die Personen, die für das Budget verantwortlich sind, ergeben. Die Flexibilisierung schafft Handlungsspielräume und damit die Möglichkeit, dass der Ressourcenverbrauch dezentral gesteuert werden kann. Eine Bemessung des Budgets ist dabei in engem Zusammenhang mit den Produkten und Produktgruppen zu sehen. Die Berechnung eines Budgets, welches mit den Verantwortlichen vereinbart werden könnte, kann beispielsweise durch Planprozesse innerhalb der Kosten- und Leistungsrechnung generiert werden. Diese führt dann die Kosten der Produkte zusammen und es würde eine Grundlage für eine Budgetverhandlung, basierend auf validen Planungswerten, geschaffen werden. Dies würde bedeuten, dass die Budgets anhand notwendiger monetärer Mittel, die zur Leistungserstellung erforderlich sind, ausgerichtet werden würden. Zu beachten ist dabei, dass bei der Berechnung der Produktkosten beispielsweise Rückstellungen mit einbezogen worden wären und diese letztlich nicht tatsächlich an die Behörde ausgezahlt werden müssten. Sie könnten treuhänderisch vom Finanzministerium verwaltet und angelegt werden. Die Ausrichtung des Budgets orientiert sich demnach an den Produkten, welche die Kosten in Ihrer Gesamtheit abbilden sollen. Der tatsächliche Zuweisungsbetrag könnte also abweichen, da Teilbeträge aus operativer Sicht nicht zur Leistungserstellung dienen, sondern rechnerisch mit einbezogen werden, damit die Gesamtkosten ermittelt werden können. Die Differenz zwischen sämtlichen Budgets und Produktpreisen würde nach dieser Logik als „Überschuss" für spätere Zwecke zurückgelegt werden können, sodass die Pensionszahlungen in Ihrer Auszahlungsphase in Zukunft sichergestellt sind, da sie im gesamtwirtschaftlichen Prozess kalkuliert und in die Betrachtung mit einbezogen worden sind. Es bestätigt sich, dass eine gewisse Vorausschau durchaus notwendig ist, um auch in Zukunft ein Funktionieren des heutigen Systems zu gewährleisten.
Festzuhalten bleibt weiter, dass das Funktionieren des Produkthaushalts maßgeblich vom Budgetierungsprozess abhängig ist. Dieser sollte sich vollständig an den Produkten und Produktgruppen orientieren. Das bedeutet auch, dass, ausgehend von der Produktgruppe, Budgets auf die Produkte verteilt werden müssen. Blickt man jedoch auf den Budgetierungsprozess im Land Nordrhein-Westfalen, so stellt man fest, dass eine Top-Down Budgetierung umgesetzt wird und damit an oberster Stelle das Finanzministerium steht, welches Budgets an die einzelnen Ressorts weitergibt. Im Anschluss erfolgt die Weiterverteilung bis auf z.B. Abteilungsebene und zuletzt erst auf Produktgruppen und Produkte. Dies ist eine grundsätzlich andere Vorgehensweise als diejenige, die für den eingangs geschilderten Produkthaushalt nach der reinen Lehre vorgesehen ist, da das Produkt die unterste Hierarchiestufe darstellt. Man kann spekulieren, dass durch ein komplexes Zuordnungssystem der Produktgruppen zu den höheren Ebenen dieser Anspruch zumindest in Teilen erfüllt werden kann.

Fazit

Wertet man die Aussagen in dem zuvor aufgeführten Gedankengang aus, zeigt sich, dass ein Produkthaushalt ein komplexes Gebilde darstellt und sich daran zahlreiche Fragestellungen knüpfen lassen, die berücksichtigt werden müssen. Das bedeutet, dass ein Produkthaushalt als solcher das Ergebnis einer Verkettung von verschiedenen Instrumenten des Rechnungswesens ist, die eine wertmäßige Darstellung und damit die Ermittlung von Preisen für die einzelnen Produkte ermöglichen. Dazu ist es notwendig verschiedene Vorgaben zu elaborieren und Kriterien festzulegen, um letztlich die entsprechenden Schlussfolgerungen ziehen zu können. Es muss bereits vor der Einführung des Produkthaushalts feststehen, was hiermit erreicht werden soll. Folglich müssen spezifische Ziele definiert werden, deren Erreichungsgrad in der Praxis auch überprüft werden kann. Diese können sehr unterschiedlich sein und es liegt nahe, dass diejenigen der öffentlichen Verwaltung sich stark von denen der Privatwirtschaft unterscheiden.
Der Empfängerkreis des Produkthaushalts spielt bei der Zielbestimmung eine entscheidende Rolle und muss im Sinne einer passgenauen Umsetzung im Einzelfall zwingend in die Überlegungen mit einbezogen werden. Des Weiteren muss schon vor dem Paradigmenwechsel berücksichtigt werden, dass die Darstellung der Werte, die auf den Produkten abgebildet werden, erheblichen Einfluss haben wird. Letztlich geht es dabei um Budget und die Steuerung über Produkte. Es ist wichtig den Kompetenzrahmen der handelnden Personen bereits vorab klar zu definieren, wodurch die Möglichkeit geschaffen wird angemessene und notwendige Maßnahmen einleiten zu können und nicht nur zu reagieren. Dies scheint insbesondere in der öffentlichen Verwaltung in der praktischen Umsetzung problematisch zu sein, da starke Reglementierungen zu berücksichtigen sind und Veränderungen mitunter langwierige Prozesse durchlaufen müssen.
Das Land Nordrhein-Westfalen hat vor diesem Hintergrund insoweit zunächst die Legitimation geschaffen, um eine neue Haushaltsteuerung, basierend auf einer einheitlichen technischen Plattform, einzuführen. In der Konsequenz müssen jedoch sowohl ein Bewusstsein von sämtlichen Betroffenen für die kommenden Veränderungen geweckt werden, als auch der Wille die tatsächliche Veränderung herbeizuführen, vorangetrieben werden. Die Flexibilität des Handelns, die für diesen Vorgang erforderlich ist, muss entsprechend ausgeweitet werden. Dabei ist die kontinuierliche Kommunikation mit den Betroffenen eine unentbehrliche Voraussetzung für das Gelingen des Umsetzungsprozesses. Eine Aussage zu der Möglichkeit des Erfolgs des Gesamtprojekts scheint verfrüht, da noch zu viele Entwicklungen innerhalb der Verwaltung erfolgen müssen, die Einfluss auf das finale Ergebnis nehmen können.

49 *Michael Kalatschan,* Perfomance Budgeting, Grundlagen – Ansätze – Effekte, Reihe B Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 120, Kapitel 3.1.1, 1. u. 2. Absatz, S. 71.

Besuchen Sie uns auch im Internet unter :
www.dvp-digital.de

Peter Erbe*

Arbeitsunfähig – was nun ?**

1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Ein bekannter arbeitsrechtlicher Grundsatz lautet: „Ohne Arbeit kein Geld“ (§ 326 Abs. 1 BGB). Doch hiervon gibt es bekanntlich Ausnahmen. Eine sehr wichtige Ausnahme ist in § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) geregelt. Flankiert werden die gesetzlichen Regelungen von § 22 TVöD. Doch zunächst zu den gesetzlichen Bestimmungen:

1.1 Das Entgeltfortzahlungsgesetz

§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG lautet: „Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.“

© Tim Reckmann/PIXELIO

Zunächst ist festzustellen, dass dieses Gesetz nur für **Arbeitnehmer** gilt.
Wie bereits oben festgestellt, ist beispielsweise ein nebenberuflicher Dozent an einer Volkshochschule im Regelfall gerade kein Arbeitnehmer. Kann er wegen einer Erkältung nicht zum Töpferkurs erscheinen, so besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG.
Auszubildende gelten als Arbeitnehmer im Sinne von § 3 EFZG. Siehe für diesen Personenkreis auch § 19 BBiG, welcher die Entgeltfortzahlung in anderen Situationen regelt.

Doch was bedeutet die in § 3 Abs. 1 EFZG gewählte Formulierung „Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“? Führt nicht jede Krankheit zwangsläufig zu einer Arbeitsunfähigkeit?

- Nein, denn hier kommt es darauf an, welche **konkrete Arbeitsleistung** arbeitsvertraglich geschuldet wird. So kann z.B. eine Bänderdehnung im Sprunggelenk bei einem Briefträger zu einer Arbeitsunfähigkeit führen, bei einer Sekretärin dagegen eher nicht.

  Heiserkeit führt bei einer Opernsängerin zu Arbeitsunfähigkeit, bei einem Dachdecker dagegen wohl nicht.

Dieselbe Erkrankung kann somit – je nach Beruf – zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Deshalb trifft den Arzt regelmäßig die Pflicht, nach dem Beruf bzw. der Tätigkeit des Patienten zu fragen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG liegt Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit vor, wenn der Arbeitnehmer **objektiv** nicht mehr in der Lage ist, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr der Verschlimmerung seines Zustandes erbringen kann.

Merke: **Krankheit** ist jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand, der eine Heilbehandlung erfordert.[1]

Merke: **Arbeitsunfähigkeit** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann.[2]

Eine „Teilzeitarbeitsunfähigkeit“ kennt das deutsche Arbeitsrecht nicht.[3]
Aber wann ist der Arbeitnehmer **„selber schuld“** an seiner Erkrankung?

Beispiel:
Mario Götz ist ein durchschnittlicher Amateurfußballer in der Kreisliga. Er hat einen Bänderriss erlitten, weil er im Januar auf einem hart gefrorenen Sportplatz umgeknickt ist.

© Rainer Sturm/PIXELIO

Sein Arbeitgeber meint, er sei „selbst schuld“ an dieser Verletzung und verweigert die Entgeltfortzahlung. Zu Recht?

Merke: Ein **schuldhaftes Verhalten** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt.

Wer also z.B. einen fremden Bullterrier streichelt, obwohl er durch den Halter ausdrücklich davor gewarnt wurde, ist „selber schuld“. Er hat dann keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG. Ein weiteres Beispiel ist die Auszubildende, die im Januar bei Minustemperaturen „bauchfrei“ am Arbeitsplatz erscheint und am nächsten Tag erkältet ist.
Im Umkehrschluss ist die Ausübung fast aller Sportarten erlaubt, ohne dass man den Anspruch auf Entgeltfortzahlung verliert. Damit sind auch wiederholte Verletzungen infolge Fußballspielens gesetzlich geschützt. Unser Herr Götz aus dem obigen Beispiel erhält somit Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von höchstens sechs Wochen.

---

* *Peter Erbe* ist hauptamtlicher Dozent beim Hessischen Verwaltungsschulverband.

** Unter welchen Voraussetzungen besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall? Was ist eine Wiederholungserkrankung? Wann bedarf es der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung und wer erhält eigentlich Krankengeldzuschuss? Diese und zahlreiche andere Fragen beantwortet das neue Buch „Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes“, welches kürzlich als Band 3 der HVSV-Schriftenreihe erschienen ist. Das Buch gibt einen strukturierten Überblick über das gesamte Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes von der Stellenausschreibung bis zur Kündigung. Sowohl das Teilzeit- und Befristungsrecht, das AGG, als auch die neue Entgeltordnung und das Urlaubsrecht werden auf sehr verständliche Art und Weise praxisnah erläutert. 33 klausurrelevante Fälle runden das Werk ab. Geeignet ist dieses Buch für alle, die sich für Arbeitsrecht interessieren, also vom Auszubildenden bis zum Personalchef.
Mit diesem Beitrag geben wir einen kurzen Einblick in dieses aktuelle Fachbuch, welches unter vertrieb@dvp-digital.de bezogen werden kann.

1 BAG-Urteil vom 05.04.1976 – 5 AZR 397/75
2 BAG-Urteil vom 23.01.2008 – 5 AZR 393/07
3 BAG-Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 637/13

Ausnahmen gelten bei Kickboxen und Bungeespringen.
War das Seil beim Bungeespringen also etwas zu lang und verletzt sich der Arbeitnehmer an der Wirbelsäule, so besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung („selber schuld!").
In diesem Zusammenhang soll kurz das Thema „**Fremdverschulden**" erwähnt werden. Fällt ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig aus, weil er z.B. unschuldig in einen Verkehrsunfall verwickelt wurde (Schleudertrauma), so besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Arbeitgeber holt sich die Kosten der Entgeltfortzahlung aber vom Unfallverursacher zurück, § 6 Abs. 1 EFZG. Den kranken Arbeitnehmer trifft in diesen Fällen eine Informationspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber, § 6 Abs. 2 EFZG. Hierauf sollten die Beschäftigten von Zeit zu Zeit schriftlich hingewiesen werden.

§ 3 Abs. 3 EFZG beinhaltet eine **Wartezeit**, wonach der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach vierwöchiger Dauer des Arbeitsverhältnisses entsteht. Beachte hierzu aber die überlagernde Tarifregelung in Nr. 1.2.

Zur Fristberechnung:
Es kommt darauf an, wann die Arbeitsunfähigkeit eintritt. Im Normalfall ruft der Beschäftigte, der sich z.B. am Samstag auf dem Sportplatz verletzt hat und montags bis freitags zu arbeiten hat, am Montag **vor Arbeitsbeginn** bei seinem Arbeitgeber an und meldet sich arbeitsunfähig, § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Der Fristbeginn richtet sich nach § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB. Das Fristende ist in § 188 Abs. 2 zweite Alternative BGB geregelt.

Beispiel:

Montag, 09.01.2017	Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (vor Arbeitsbeginn)
Montag, 09.01.2017	Beginn der Entgeltfortzahlung
Sonntag, 19.02.2017	Ende des Sechs-Wochen-Zeitraums

Die Tatsache, dass der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag fällt, spielt hier keine Rolle. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Beschäftigte an diesem Sonntag hätte arbeiten müssen. Im Abrechnungsmonat Februar 2017 steht dem Beschäftigten ein Tabellenentgelt in Höhe von 19/28 zu (§ 24 Abs. 3 Satz 1 TVöD).

Beginnt die Sechs-Wochen-Frist z.B. an einem Freitag, so endet sie an einem Donnerstag.
Es gibt aber auch Fälle, in denen der Beschäftigte **während** der Arbeitszeit erkrankt. In diesen Fällen ist die „Ereignisfrist" des § 187 Abs. 1 BGB maßgebend.

Beispiel:

Montag, 09.01.2017	Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (während der Arbeitszeit)
Dienstag, 10.01.2017	Beginn der Entgeltfortzahlung
Montag, 20.02.2017	Ende des Sechs-Wochen-Zeitraums

Am Tag des Eintritts dieser plötzlichen Erkrankung besteht somit noch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Die Praxis behilft sich in diesen Fällen sinnvollerweise damit, diesen Arbeitstag als geleistet zu betrachten (Gutschrift der individuellen Sollarbeitszeit – „Sollausgleich").

Außerdem muss die Arbeitsunfähigkeit die **alleinige Ursache** für den Ausfall der Arbeitsleistung sein.

Kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht somit regelmäßig z.B. während einer Elternzeit, an einem Gleittag[4] oder während eines Sonderurlaubs.
Eine **Ausnahme** bildet die Arbeitsunfähigkeit während eines Urlaubs. In diesem Fall werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Jahresurlaub angerechnet, § 9 BUrlG.

Wiederholungserkrankungen:
Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG besteht bei erneuter Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit Anspruch auf bis zu weitere sechs Wochen Entgeltfortzahlung, wenn

1. der Arbeitnehmer vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens **sechs Monate** nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war oder
2. seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von **zwölf Monaten** abgelaufen ist.

Beispiel zu 1:
01.02. bis 13.03. Bandscheibe
10.10. bis 20.11. Bandscheibe

- ➢ Es besteht Anspruch auf zweimal sechs Wochen Entgeltfortzahlung (mindestens sechs Monate dazwischen).
- ➢ Dieser würde auch dann bestehen, wenn der Arbeitnehmer zwischen den beiden Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen einer anderen Krankheit ausfällt.

Beispiel zu 2:
01.02. bis 13.03.2017 Bandscheibe,
ab 01.03.2018 erneut 6 Wochen Bandscheibe

- ➢ Auch hier besteht Anspruch auf zweimal sechs Wochen Entgeltfortzahlung (zwölf Monate).

Hinzutreten:
Tritt während der Arbeitsunfähigkeit eine weitere Krankheit hinzu, die für sich allein betrachtet ebenfalls Arbeitsunfähigkeit auslöst, so wird der Anspruchszeitraum dadurch nicht verlängert.

Beispiel:
01.02. bis 13.03. Bandscheibe,
am 01.03. tritt eine Magenerkrankung hinzu.

- ➢ Es besteht Anspruch auf **einmal** sechs Wochen Entgeltfortzahlung.
- ➢ Durch die hinzugetretene Erkrankung besteht kein neuer Anspruchszeitraum.

Anders verhält es sich, wenn zum Zeitpunkt des Eintritts der zweiten Krankheit die erste Krankheit bereits **beendet** (ausgeheilt) ist.

Beispiel:
01.02. bis 13.03. Bandscheibe,
ab 14.03. Magenerkrankung

- ➢ Es besteht Anspruch auf **zweimal** sechs Wochen Entgeltfortzahlung.
- ➢ Entscheidend ist, dass die erste Erkrankung bereits beendet war.[5]

4 Auch „Freizeitausgleich" genannt (Ausnahme: Arbeitszeitkonto, § 10 Abs. 4 TVöD bzw. eine abweichende Regelung in einer Dienstvereinbarung)
5 Vgl. BAG-Urteil vom 25.05.2016 – 5 AZR 318/15

Anzeige- und Nachweispflicht

§ 5 Satz 1 EFZG verpflichtet den Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer **unverzüglich**[6] mitzuteilen. Ein Musterschreiben für den Fall des Verstoßes gegen diese Mitteilungspflicht ist in diesem Buch im Abschnitt „Abmahnung" abgedruckt.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als **drei Kalendertage**, besteht darüber hinaus die Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung. Die Bescheinigung ist dann bis zum vierten Tag beim Arbeitgeber vorzulegen.

Schaubild:

Beginn der Arbeitsunfähigkeit	Bescheinigung muss vorgelegt werden bis spätestens
Montag	Donnerstag
Dienstag	Freitag
Mittwoch	Montag
Donnerstag	Montag
Freitag	Montag (!)
Samstag	Dienstag
Sonntag	Mittwoch

Anmerkung zu dem Schaubild:
Fällt der letzte Tag der Frist auf einen gesetzlichen **Feiertag**, so verlängert sich die Frist bis zum nächsten Arbeitstag.

Die Vorlagepflicht gilt natürlich auch für Verlängerungen der Arbeitsunfähigkeit.

Bei einer **bis zu drei Tagen** andauernden Arbeitsunfähigkeit besteht somit keine Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung. Der Arbeitnehmer ruft also im Regelfall morgens an und erscheint dann z.B. am nächsten Tag wieder zur Arbeit.

Jedoch darf der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung bereits ab dem ersten Krankheitstag verlangen. Ein solches Verlangen bedarf nach Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts[7] weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes. In der Praxis verfahren einige Arbeitgeber so, dass sie eine sofortige Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung in begründeten Einzelfällen verlangen, etwa bei auffallend häufigen Kurzerkrankungen bestimmter Beschäftigter. Eine solche Anordnung darf jedoch weder schikanös noch willkürlich sein und muss dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gerecht werden.

Während der Arbeitsunfähigkeit hat sich der Arbeitnehmer so zu **verhalten**, dass die Genesung nicht verzögert oder gefährdet wird. Bei einer Erkältung kann ein Spaziergang in frischer Luft gesundheitsfördernd sein. Auch Einkaufen wird im Regelfall erlaubt sein (es muss ja nicht gerade ein Großeinkauf im Möbelhaus sein). Ein Arbeitnehmer jedoch, der trotz einer Beinverletzung tanzend in der Disco erwischt wird, verstößt in besonderem Maße gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten und riskiert sogar die außerordentliche Kündigung.

Besteht ein konkreter Verdacht, dass der Arbeitnehmer sich während einer Arbeitsunfähigkeit vertragswidrig verhält, darf der Arbeitgeber sogar einen **Detektiv** beauftragen. Weist der Detektiv nach, dass z.B. einer anderen Erwerbstätigkeit nachgegangen wurde, wird nicht nur das Arbeitsverhältnis beendet, der Arbeitnehmer trägt auch noch die Detektivkosten.[8]

Ende des Arbeitsverhältnisses

Beispiel:
Das Arbeitsverhältnis eines Beschäftigten ist kalendermäßig befristet. Vier Wochen vor Auslaufen des Zeitvertrages erkrankt der Arbeitnehmer arbeitsunfähig. Besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung für vier oder volle sechs Wochen?

- Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet auch die Entgeltfortzahlung, § 8 Abs. 2 EFZG, § 22 Abs. 4 TVöD.
- Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer über diesen Zeitraum hinaus erkrankt ist, spielt keine Rolle.

Hiervon gibt es jedoch eine Ausnahme: Nach § 8 Abs. 1 EFZG besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, wenn das Arbeitsverhältnis **wegen der Arbeitsunfähigkeit gekündigt** wurde.

Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation

Gemäß § 9 EFZG besteht auch während sog. stationärer Kurmaßnahmen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.
Während einer ambulanten Vorsorgekur gilt dies jedoch nur, wenn die bewilligte Maßnahme in einer Einrichtung im Sinne von § 107 Abs. 2 SGB V durchgeführt wird und keinen urlaubsmäßigen Zuschnitt hat.[9]

1.2 Tarifliche Ansprüche

Nachdem wir das EFZG eingehend kennengelernt haben, wenden wir uns nun dem TVöD zu. § 22 Abs. 1 TVöD wiederholt zunächst den Inhalt des § 3 Abs. 1 EFZG, wonach unter den uns bereits bekannten Voraussetzungen Anspruch für sechs Wochen Entgeltfortzahlung besteht.

Schaut man genauer hin, enthält § 22 Abs. 1 TVöD aber **keine Wartezeit** wie das Gesetz in § 3 Abs. 3. Daraus folgt, dass ein Arbeitnehmer, der unter den Geltungsbereich des TVöD fällt, Anspruch auf Entgeltfortzahlung bereits **ab dem ersten Tag** des Arbeitsverhältnisses hat, sofern er die sonstigen Voraussetzungen erfüllt. Dies folgt aus dem arbeitsrechtlichen **Günstigkeitsprinzip**.

Die **Höhe** der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall richtet sich nach § 21 TVöD.

Nach Ablauf der sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht regelmäßig Anspruch auf **Krankengeld** gegenüber der Krankenkasse, § 44 Abs. 1 SGB V. Das Krankengeld beträgt – vereinfacht dargestellt – 70 % des Regelentgelts (§ 47 Abs. 1 SGB V) und wird wegen derselben Krankheit bis längstens zum Ende der 78. Woche seit Beginn der Krankheit gewährt.

6 Ohne schuldhaftes Zögern
7 BAG-Urteil vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11
8 Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 20.08.2008 – 7 Sa 197/08
9 BAG-Urteil vom 25.05.2016 – 5 AZR 298/15

Wer also monatlich 2.000 € brutto verdient, erhält dieses Entgelt zunächst für die Dauer von 6 Wochen fortgezahlt (§ 3 EFZG, § 22 Abs. 1 TVöD). Danach erhält er für längstens 72 Wochen Krankengeld von der Krankenkasse in Höhe von rd. 1.400 € monatlich.
Doch damit nicht genug: 22 § Abs. 2 TVöD gibt dem Beschäftigten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf **Krankengeldzuschuss**. Krankengeldzuschuss wird in Höhe der Differenz zwischen dem Brutto-Krankengeld und dem Nettoentgelt des Beschäftigten gewährt. Die genaue Berechnung entnehmen Sie bitte dem Tariftext des § 22 Abs. 2 TVöD.

Die **Dauer** der Gewährung eines Krankengeldzuschusses ist in § 22 Abs. 3 TVöD geregelt. Diese ist abhängig von der Beschäftigungszeit im weiteren Sinn,[10] die im Laufe der Arbeitsunfähigkeit zurückgelegt wird.

Beispiel:
Herr Erhard Rücken war zwei Jahre und sechs Monate bei der Stadt Wiesbaden beschäftigt, bevor er am 01.01.2017 bei der Stadt Offenbach eingestellt wurde (unmittelbarer Wechsel). Am 01.02.2017 erkrankt er vor Arbeitsbeginn arbeitsunfähig und kehrt erst gegen Ende des Jahres 2017 an seinen Arbeitsplatz zurück. Bitte ermitteln Sie den Anspruchszeitraum, in dem ihm sein Entgelt nach § 21 TVöD fortgezahlt wird. Hat er auch Anspruch auf Krankengeldzuschuss?

- Entgelt nach § 21 TVöD steht Herrn Rücken für die Dauer von **6 Wochen** zu, namentlich von Mittwoch, 01.02.2017, bis einschließlich Dienstag, 14.03.2017.
- Der Anspruch auf Krankengeldzuschuss richtet sich gemäß § 22 Abs. 3 TVöD nach der **Beschäftigungszeit** „im weiteren Sinn" (§ 34 Abs. 3 TVöD), zu der fallbezogen auch die Zeit im Arbeitsverhältnis zur Stadt Wiesbaden gehört. Herr Rücken bringt diese Beschäftigungszeit quasi mit zum neuen Arbeitgeber.
- Weil er „im Laufe der Arbeitsunfähigkeit" eine Beschäftigungszeit von drei Jahren vollendet, besteht Anspruch auf **Krankengeldzuschuss** bis zum Ende der 39. Woche seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit. Dies ist der Zeitraum von Mittwoch, 15.03., bis Dienstag, 31.10.2017 (33 Wochen).
- Für die restlichen Tage seiner Arbeitsunfähigkeit ab 01.11.2017 besteht „nur" Anspruch auf Krankengeld gegenüber seiner Krankenkasse.

Hinsichtlich der zeitlichen Beschränkung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses wird auf die Ausführungen in Nr. 1.1 verwiesen.

Überleitungsrecht
Für am 01.10.2005 aus dem alten Tarifrecht in den TVöD **übergeleitete** Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis fortbesteht, ist zudem die Sonderbestimmung des § 13 Abs. 1 TVÜ-VKA zu beachten. Danach ermittelt man die Höhe des Krankengeldzuschusses nach einer günstigeren Berechnungsmethode (Nettoentgelt minus Netto-Krankengeld). Hiervon profitieren aber nur die Beschäftigten, „für die bis zum 30.09.2005 § 71 BAT gegolten hat".

§ 71 BAT galt „für die Angestellten, die am 30. Juni 1994 in einem Arbeitsverhältnis gestanden haben, das am 1. Juli 1994 zu demselben Arbeitgeber fortbestanden hat". Dieser Personenkreis hatte – je nach Dienstzeit[11] – vor Inkrafttreten des TVöD Anspruch auf volle Entgeltfortzahlung bis zum Ende der 26. Woche (anstelle von sechs Wochen). Dieser Anspruch besteht nun nicht mehr, dafür genießt dieser Personenkreis einen etwas höheren Anspruch auf Krankengeldzuschuss. Tarifliche Kompromisse führen also oftmals zu derartigen Verkomplizierungen, dass es der Praxis mitunter schwerfällt, diese rechtssicher umzusetzen. Zur Abrundung dieses Abschnitts lösen Sie bitte den folgenden Übungsfall. Viel Erfolg!

Übungsfall:
Herr Harald Heilung wurde am 01.03.2017 als TVöD-Beschäftigter von der Stadt Kassel eingestellt. In der Zeit vom 01.04.2014 bis 28.02.2017 war er als TVöD-Beschäftigter bei der Stadt Fulda tätig.

An seinem ersten Arbeitstag (01.03.2017) ruft Herr Heilung morgens vor Dienstbeginn an und meldet sich dauerhaft arbeitsunfähig krank. Die Arbeitsunfähigkeit wird voraussichtlich bis Ende des Jahres 2017 andauern.

Aufgabe 1:
Ermitteln Sie den Zeitraum, innerhalb dessen Anspruch auf **Tabellenentgelt** besteht.

Aufgabe 2:
Prüfen und erläutern Sie, ob Herr Heilung auch Anspruch auf **Krankengeldzuschuss** hat (falls ja: bis wann längstens?)

Aufgabe 3:
Wie wäre die Rechtslage, wenn der Arbeitsvertrag bis zum 31.10.2017 **befristet** wäre?

Aufgabe 4:
Stünde die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes einer **Wartezeitkündigung** entgegen?

10 Mehr zu diesem Begriff siehe Abschnitt „Beschäftigungszeit"

11 § 20 BAT

Lösung Aufgabe 1:
Zu ermitteln ist der Zeitraum, innerhalb dessen Anspruch auf Tabellenentgelt besteht.

Ein solcher Anspruch besteht nach § 3 Abs. 1 EFZG, wenn ein Arbeitnehmer infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Herr Heilung ist Arbeitnehmer der Stadt Kassel. Er ist auch arbeitsunfähig. Von einem Verschulden ist fallbezogen nicht die Rede, so dass grundsätzlich Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge (hier: des Tabellenentgelts sowie ggf. der vermögenswirksamen Leistungen) besteht.

Einem solchen Anspruch könnte jedoch § 3 Abs. 3 EFZG entgegenstehen, wonach Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses zusteht. Das Arbeitsverhältnis des Herrn Heilung besteht aber zum Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit noch keine vier Wochen, denn er ist ja gerade an seinem ersten Arbeitstag erkrankt. Damit besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG.

Zu prüfen ist aber, ob ein **tariflicher** Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Dieser könnte sich aus § 22 Abs. 1 TVöD ergeben. Die Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 1 TVöD sind identisch mit denen des § 3 EFZG mit dem Unterschied, dass hier keine Wartezeit normiert ist. Da alle Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 1 TVöD fallbezogen erfüllt sind, hat Herr Heilung als TVöD-Beschäftigter somit Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen. Dies ist ein Fall des **Günstigkeitsprinzips**.

Die Frist beginnt hier am Mittwoch, den 01.03.2017 (§ 187 Abs. 2 Satz 1 BGB). Sie endet mit Ablauf des Dienstag, den 11.04.2017 (§ 188 Abs. 2 BGB).

Lösung Aufgabe 2:
Zu prüfen ist, ob Herr Heilung auch Anspruch auf **Krankengeldzuschuss** hat. Der Anspruch auf Krankengeldzuschuss ist gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 TVöD abhängig von der **Beschäftigungszeit**. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes unterscheiden zwischen der Beschäftigungszeit im engeren Sinn (hier: nur die im Arbeitsverhältnis bei der Stadt Kassel verbrachten Zeiten) und der Beschäftigungszeit im weiteren Sinn (somit auch die bei der Stadt Fulda verbrachte Zeit, sofern ein unmittelbarer Wechsel vollzogen wurde; ein solcher liegt fallbezogen vor).

Hier ist die Beschäftigungszeit im **weiteren** Sinn maßgebend (§ 22 Abs. 3 Satz 1 TVöD verweist auf den gesamten Absatz 3 des § 34 TVöD). Damit wird auch die im Arbeitsverhältnis bei der Stadt Fulda verbrachte Zeit (01.04.2014 bis 28.02.2017) bei der Frage nach dem Anspruch auf Krankengeldzuschuss zwingend berücksichtigt.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit bis Ende des Jahres 2017 an, so besteht Anspruch auf Krankengeldzuschuss bis zum Ende der **39. Woche** der Arbeitsunfähigkeit. Zwar verfügt Herr Heilung zu Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit am 01.03.2017 noch nicht über die hierfür notwendige Beschäftigungszeit von drei Jahren; hier ist jedoch diejenige Beschäftigungszeit maßgebend, die er **im Laufe** der Arbeitsunfähigkeit vollenden wird, § 22 Abs. 3 Satz 2 TVöD.

Damit besteht Anspruch auf Krankengeldzuschuss für die Zeit vom 12.04. bis 28.11.2017.

Lösung Aufgabe 3:
Zu prüfen ist die Rechtslage für den Fall, dass der Arbeitsvertrag bis zum 31.10.2017 **befristet** wäre.
Nach § 22 Abs. 4 Satz 1 TVöD wird Entgelt im Krankheitsfall nicht über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus gezahlt. Der zweite Halbsatz dieser Tarifnorm besagt jedoch, dass § 8 EFZG „unberührt" bleibt. Entgegen der landläufig weit verbreiteten Meinung bedeutet dies aber, dass § 8 EFZG „trotzdem gilt", also unbedingt zu beachten ist. Hintergrund ist, dass eine zwingende gesetzliche Norm nicht durch Tarifvertrag außer Kraft gesetzt werden kann (Rangprinzip).

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG verbleibt es bei der sechswöchigen Entgeltfortzahlung auch in dem Fall, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Gemäß § 8 Abs. 2 EFZG endet der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei sonstiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses – ähnlich wie in § 22 Abs. 4 TVöD geregelt – mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Da der Arbeitsvertrag des Herrn Heilung bis zum 31.10.2017 befristet ist, liegt eine Beendigung im Sinne des § 8 Abs. 2 EFZG vor, so dass es im Ergebnis bei dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung (nur) bis zum 31.10.2017 bleibt.

Ab dem 01.11.2017 besteht die Krankheit zwar fort, aber es bestehen fortan keinerlei finanzielle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

Lösung Aufgabe 4:
Zu prüfen ist, ob die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes einer **Wartezeitkündigung** entgegenstünde.

Dies wäre nach § 1 Abs. 1 KSchG der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hätte.

Daraus folgt, dass der Arbeitgeber ohne Beachtung der Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes kündigen kann, wenn die Kündigung Herrn Heilung spätestens am 31.08.2017 zugehen würde. Dabei ist der **rechtliche Bestand** des Arbeitsverhältnisses maßgebend. Die Tatsache, dass Herr Heilung noch keine Arbeitsleistung erbracht hat, ist unerheblich.

Blick in das Beamtenrecht:
Weder im Beamtenstatusgesetz noch in den Landesbeamten- bzw. Landesbesoldungsgesetzen finden sich Hinweise auf die Dauer der „Besoldungsfortzahlung im Krankheitsfall".

Beamte haben vielmehr Anspruch auf „unbegrenzte" Fortzahlung ihrer Besoldung. Begründet wird dies mit dem **Alimentationsprinzip** des Dienstherrn. So kann sogar während eines mehrjährigen krankheitsbedingten Ausfalls Anspruch auf die volle Besoldung bestehen. Die Grenze ist die Dienstunfähigkeit. Wird Dienstunfähigkeit festgestellt, so erfolgt im Regelfall eine Versetzung in den Ruhestand.

Nähere Informationen hierzu entnehmen Sie bitte dem als Band 1 der HVSV-Schriftenreihe erschienenen Buch „Beamtenrecht in Hessen", dort unter Nr. 1.5.2 (Alimentationsprinzip) bzw. Nr. 10.5.2 (Versetzung in den Ruhestand).

Jan Seybold*

Straßenumbenennung in Komberg

– Die Online-Fallbearbeitung –**

1) Vermerk

Am Donnerstag, 09.03.2017 tagte der Rat der Stadt. Zuvor hatte der Bürgermeister Jäger alle anderen Ratsmitglieder mit Schreiben von Mittwoch, 01.03.2017 nebst Tagesordnung zur Sitzung eingeladen. Das Schreiben wurde allen anderen Ratsmitgliedern am nächsten Tag per Boten überbracht.
Bereits im Vorfeld der Sitzung kam es innerhalb der Bevölkerung zu hitzigen Diskussionen, die auch mittels Leserbriefen in der örtlichen Presse ausgetragen wurden. Wegen des vermuteten besonderen Interesses tagte der Rat in dieser besonderen Situation nicht – wie sonst – im Rathaus, sondern in der Stadthalle, um dem erwarteten Besucheransturm gerecht zu werden. Trotzdem konnten nicht alle Interessierten einen Platz erhalten; aus Sicherheitsgründen wurde ca. zwanzig Einwohnerinnen und Einwohnern der Zutritt verweigert, da bereits alle Plätze vergeben waren.
Der Ratsvorsitzende Busse stellte fest, dass die Ladung ordnungsgemäß erfolgt sei, insbesondere sei die Ladungsfrist von einer Woche eingehalten worden.

In der Sitzung kam es dann bei TOP 7 zu dem umstrittenen Thema der Umbenennung der Hindenburgstraße. Nach langer Diskussion kam es zur Abstimmung. Ratsherr Grabert beantragte, dass die Abstimmung geheim durchgeführt werden sollte, doch der Ratsvorsitzende Busse lehnte dies ab.

Schließlich wurde mit 21 zu 19 Stimmen für die Umbenennung der Hindenburgstraße in Helmut-Schmidt-Allee gestimmt. Unter den Zuschauern gab es daraufhin teilweise zustimmende Äußerungen.

Am 30.03.2017 erhielt die Oberbürgermeisterin Habicht den beigefügten Brief von Herrn Räschke.

2) Wv. 06.04.2017

Schön, 31.03.2017

Karl-Heinz Räschke, Waldstr. 35, 23478 Komberg

Frau
Oberbürgermeisterin
Stefanie Habicht
Am Markte 1
23456 Komberg

Komberg, 29.03.2017

Sehr geehrte Frau Oberbürgermeisterin Habicht,

der Anlass meines Schreibens ist die in mehrfacher Hinsicht enttäuschende Ratssitzung in der Stadthalle. Aus meiner Sicht ist es aber nicht nur traurig, wie einseitig die Kommunalpolitik meint, die „Wünsche der Bürgerinnen und Bürger“ umzusetzen, sondern es ist vor allem illegal, wie die letzte Ratssitzung abgehalten wurde.

Es begann damit, dass nicht alle Interessierten Einlass fanden; meinem Bruder beispielsweise wurde der Zugang verwehrt, weil er beruflich bedingt erst 15 Minuten vor Sitzungsbeginn erschien und „alle Plätze belegt“ waren. Ist das die von Ihnen favorisierte Zwei-Klassen-Demokratie, wie wir sie im Vorfeld bereits in der politischen Diskussion erfahren durften?

Ein weiterer Fehler: Ratsherr Bahr hätte an der Entscheidung nicht mitwirken dürfen. Er wohnt in der Hindenburgstraße und ist damit von der Entscheidung betroffen.

* Prof. Dr. *Jan Seybold* MLE ist hauptamtlicher Dozent am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V. (NSI) in Hannover und an der Kommunalen Hochschule in Niedersachsen (HSVN), u.a. als Fachkoordinator für Privat-/Zivil- und Kommunalrecht.
** Die Besonderheit dieser Fallbearbeitung besteht darin, dass die Lösungsskizze unter **www.dvp-digital.de** zur Verfügung steht.

Außerdem hätte die Abstimmung geheim erfolgen müssen. Es gehört sich doch in einer Demokratie, dass manche Fragen solche des Gewissens sind. Hier sind Fraktionszwang und gegenseitige Überwachung durch eine offene Abstimmung fehl am Platze. Eine Entscheidung wie die um unsere Hindenburgstraße ist eine solche Gewissensfrage. Wird die Abstimmung darüber öffentlich durchgeführt, so wird sich kein Abgeordneter der Mehrheitsfraktionen mehr die Mühe machen, sein Gewissen zu befragen. Stattdessen werden alle auf Parteilinie gebracht, denn es sind ja bald wieder Wahlen. Keiner möchte auf sein Pöstchen verzichten und wird brav seine Hand heben, um der Partei zu zeigen, dass er „auf Kurs" ist. Damit dies aber nicht passiert, gibt es ja das Instrument der geheimen Abstimmung. Beantragt ein Mitglied des Rates eine geheime Abstimmung, dann muss dies auch berücksichtigt werden.

Schlimm ist auch, dass die Entscheidung inhaltlich falsch ist. Eine Umbenennung war nicht angebracht, ist willkürlich und schadet mehr als sie nutzt. Herr Hindenburg war ein ehrenvoller Mann. Sicherlich hat er nicht alles in seinem Leben richtig gemacht (aber wer kann das wohl von sich behaupten – die Politiker von heute???). Letztlich hat er nur seine Pflicht getan. Wer sich heute im Nachhinein anmaßt, dass Hindenburg zu viele Fehler gemacht habe, der sollte sein Wirken im damaligen Kontext würdigen. Es waren andere Zeiten, die man mit heutigen Maßstäben nicht ganz nachvollziehen kann, wenn man sich keine Mühe gibt. Soll nun jede Straße, jeder Weg und jeder Platz in der Stadt Komberg umbenannt werden, sobald ein Name „unmodern" geworden ist?! In anderen Städten gibt es übrigens auch Straßen, die nach Hindenburg benannt sind. Warum soll dann bei uns eine Umbenennung erzwungen werden?! Die Nachteile der Umbenennung liegen auf der Hand: In unserer Straße wohnen Selbstständige, aber auch Privatpersonen, die nun ihre Visitenkarten, Briefbögen und Adressstempel ändern müssten. Wer zahlt das denn? Zudem müssten alle Anwohner gegenüber den Behörden, Versicherungen, sonstigen Vertragspartnern, Freunden und Familienangehörigen ihre neue Anschrift mitteilen. Was für ein Aufwand! Für nichts! Haben Sie in der Kommunalpolitik nichts anderes zu tun? Soll der Eindruck für uns Bürgerinnen und Bürger entstehen, dass Sie die wahren Probleme nicht erkennen – oder keine Lust haben, diese zu bearbeiten? Soll hierdurch die Politikverdrossenheit noch größer werden? Die Bevölkerung hat doch ohnehin den Eindruck, dass der öffentliche Dienst, der sich aus unseren Steuern finanziert, „sein Geld nicht wert" sei. Soll dieser Eindruck jetzt bestätigt werden? Für viel Geld wird nichts geschafft, während viele in der Bevölkerung mit wenig Geld viel schaffen müssen! Wäre das aufzuwendende Geld nicht in Kindergärten oder sonstigen sozialen Projekten besser aufgehoben?!

Es mag sein, dass der Verwaltungsausschuss unserer Stadt eine Berechtigung hat, aber durch seine nichtöffentliche Beratung und den Entscheidungsvorschlag, die Straße umzubenennen, wurden uns Bürgerinnen und Bürgern zahlreiche Argumente, die im Vorhinein ausgetauscht wurden, überhaupt nicht deutlich vor Augen geführt. Hier wäre es kommunalpolitisch sinnvoller gewesen, die Bevölkerung bereits zu diesem vorbereitenden Stadium intensiver in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.

Sie sehen, Frau Oberbürgermeisterin: Es ist nicht nur eine Frage des Rechts, sondern auch der Kommunalpolitik, wie Sie mit dieser Entscheidung des Rates nun umgehen. Das Recht aber zwingt Sie bereits dazu, nun etwas gegen diese Maßnahme zu tun! Es wäre schön, wenn Ihr Gewissen Ihnen ebenfalls ein Vorgehen gegen diese Entscheidung empfiehlt!

Mit freundlichen Grüßen

K.-H. Räschke

Auszug aus der Geschäftsordnung des Rates der Stadt Komberg:

§ 14 Abstimmung
(1) […]
(2) […]
(3) Grundsätzlich wird offen abgestimmt. Beantragt ein Drittel der Ratsmitglieder eine geheime Abstimmung oder beantragt ein Ratsmitglied eine geheime Abstimmung und stimmt mindestens ein Drittel der Ratsmitglieder für diesen Antrag, so hat die Abstimmung geheim zu erfolgen.

Aufgabe: Prüfen Sie, ob die Oberbürgermeisterin Habicht gegen die Entscheidung zu TOP 7 vorgehen darf und sollte.

Bearbeitungshinweise:
1. Die fiktive niedersächsische Stadt Komberg ist eine große selbstständige Stadt mit 78.901 Einwohnerinnen und Einwohnern.
2. Gehen Sie davon aus, dass die Sitzung des Rates ortsüblich bekanntgemacht wurde.
3. Gehen Sie davon aus, dass die Hindenburgstraße durch die beiden Ortschaften Ahornberg und Berghof führt. Die entsprechenden Ortsräte wurden vor der Entscheidung des Rates um eine Stellungnahme zur geplanten Umbenennung gebeten. Dabei sprach sich der Ortsrat der Ortschaft Ahornberg gegen die Umbenennung aus.
4. Es ist nicht ersichtlich, dass der Rat nicht bereit ist, den Beschluss im Falle seiner Rechtswidrigkeit neu zu fassen.

Dirk Weber*

Sozialhilfepflegegeld während vollstationärer Kurzzeitpflege ?

Sachverhalt[1]:

Die 55-jährige Christine Müller wohnt in Detmold im Kreis Lippe (NRW). Sie erhält vom Kreis Lippe seit Jahren laufende Hilfe zur häuslichen Pflege. Die Notwendigkeit der Leistungserbringung im Rahmen der „Hilfe zur Pflege" nach §§ 61 ff. SGB XII beruht auf einer körperlichen Schwerbehinderung von Frau Müller. Diese hat Frau Müller bereits seit ihrer Geburt, weil ihre Mutter während der Schwangerschaft das Schlaf- und Beruhigungsmedikament „Contergan" eingenommen hatte.

Vor diesem Hintergrund hat der medizinische Dienst des Sozialhilfeträgers bei Frau Müller eine schwere Beeinträchtigung der Selbständigkeit oder der Fähigkeit (Pflegegrad 3) im Sinne des § 61b Abs. 1 Nr. 3 SGB XII festgestellt. Ansprüche aus der Sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) kommen nicht in Frage, weil Frau Müller die entsprechenden Vorversicherungszeiten der Pflegeversicherung nicht erfüllt (§ 33 Abs. 2 SGB XI).

Die in der gemeinsamen Mietwohnung lebende Schwester sowie eine Nachbarin übernehmen die erforderlichen pflegerischen Verrichtungen. Als Anerkennung für die geleistete Hilfe leitet Frau Müller das Sozialhilfe-Pflegegeld an ihre Pflegepersonen weiter. Zuletzt wurde mit formell rechtmäßig erlassenen Bewilligungsbescheid vom 27.12.2016 Frau Müller „ab dem 01.01.2017 bis auf Weiteres" Pflegegeld nach § 64a SGB XII in Höhe von 545,00 € gewährt.

Am 13. Januar 2017 muss Frau Müller bis 01. Februar 2017 in eine vollstationäre Einrichtung zur Kurzzeitpflege (§ 64h SGB XII, vgl. auch § 28 Abs. 1 Nr. 7, § 42 SGB XI), deren Kosten der Sozialhilfeträger aufgrund vorheriger Antragstellung durch Frau Müller übernimmt. Die Aufnahme in der Kurzzeitpflege kam überraschend und war für alle Beteiligten nicht vorhersehbar. Der Kreis Lippe sieht keine Notwendigkeit, Kosten der Kurzzeitpflege und zusätzlich Pflegegeld zu zahlen. Er fordert daher mit Schreiben vom 14. Februar 2017 – ohne vorherige Anhörung, aber mit ausreichender Begründung und eindeutiger Tenorierung – die für den Zeitraum 14.01.2017 bis 31.01.2017 „zu Unrecht geleisteten Pflegegeldzahlungen in Höhe von 308,83 €" zurück.

Zehn Tage nach Bekanntgabe des Rückforderungsbescheides erhebt Frau Müller beim Kreis Lippe schriftlich „allerschärfsten Protest" gegen die „unsozialen Methoden des Landrats". Ihren „Protest" begründet sie damit, dass ihre ehrenamtlichen Helfer in ihrer Abwesenheit trotzdem eine Anerkennung für die erbrachten Leistungen verdient gehabt hätten (für z. B. Wäsche waschen, Besuche im Heim, Vorlesen, Fahrtkosten etc.) und deshalb das erhaltene Pflegegeld bereits weitergeleitet worden wäre. Weiterhin müssten die Grundsätze aus § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB XI auch in der Sozialhilfe gelten. Aus ihrer Sicht wäre es zwingend notwendig, dass Sie weiterhin das Pflegegeld erhalte, um die notwendige und umfangreiche Pflege aufrecht zu erhalten. Sollte der Sozialhilfeträger im Falle der Kurzzeitpflege zukünftig immer wieder das Pflegegeld kürzen, wäre eine ehrenamtliche Pflege nicht organisierbar und eine kostenintensivere Berufspflegekraft eines anerkannten Pflegedienstes wäre notwendig, die den Sozialhilfeträger deutlich „teurer käme".

Frau Müller erhält eine lebenslange monatliche Rente nach dem Conterganstifungsgesetz in Höhe von 1.700,00 €. Sie verfügt über ein Sparbuch mit einem Wert von 35.000,00 €, das ausschließlich auf die Kapitalentschädigungen nach dem Conterganstiftungsgesetz zurückzuführen ist. Pro Jahr fallen 360,00 € Zinseinnahmen aus dem angelegten Vermögen an. Über weiteres Einkommen verfügt Frau Müller nicht.

Die angemessenen Kosten der Mietwohnung belaufen sich auf 600,00 €. Die angemessenen Heizkosten belaufen sich auf 100,00 €.

Aufgabe

Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten des „allerschärfsten Protestes" für den Monat Januar 2017! Sollten Sie zu dem Ergebnis kommen, dass der Protest unzulässig ist, so ist zur materiellen Rechtslage hilfsgutachtlich Stellung zu nehmen. Prüfen Sie sodann den Fall vollständig und umfassend unter allen denkbaren rechtlichen Aspekten!

Prüfen Sie ebenfalls, wer für die Bearbeitung des „allerschärfsten Protestes" zuständig ist!

Bearbeitungshinweise

1) Eine im Wege der Delegation vorgenommene Heranziehung der Städte und Gemeinden des Kreises Lippe für die im Sachverhalt genannten Hilfearten hat nicht stattgefunden.

2) Leistungen der Kurzzeitpflege wurden rechtmäßig erbracht. Die Kurzzeitpflege umfasst sämtlichen Grundpflegebedarf einschließlich der hauswirtschaftlichen Verrichtungen.

3) Auch Sozialleistungen wie z. B. die Kurzzeitpflege können als Einkommen gewertet werden, um nach dem Sozialverwaltungsverfahrensgesetz (SGB X) eine Aufhebung zu rechtfertigen.

4) Eine Abhilfeentscheidung durch den Ausgangssachbearbeiter erfolgt nicht. Er legt daher die Entscheidung der Widerspruchsstelle vor.

5) Eine Beteiligung sozial erfahrener Personen bei Erlass des Widerspruchbescheides kann ungeprüft bleiben.

---

* Regierungsdirektor *Dirk Weber* lehrt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

1 Es handelt sich um die Hauptlaufklausur im Studienabschnitt S4 des Einstellungsjahrgangs 2013, die als Abschluss des Moduls 5.3 (Sozialrecht) im Studienjahr 2016 an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW gestellt wurde. Die Klausur wurde auf die Rechtslage des Jahres 2017 unter Berücksichtigung der durch das sog. Pflegestärkungsgesetz III – PSG III (Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften) eingetretenen Veränderungen aktualisiert.

6) Die Eltern von Frau Müller sind verstorben.

7) Das Conterganstiftungsgesetz ist ein öffentlich-rechtliches Gesetz.

8) Auszug aus dem Conterganstiftungsgesetz für behinderte Menschen:

§ 18 ContStifG – Verhältnis zu anderen Ansprüchen

(1) Bei der Ermittlung oder Anrechnung von Einkommen, sonstigen Einnahmen und Vermögen nach anderen Gesetzen, insbesondere dem Zweiten, Dritten, Fünften und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, bleiben Leistungen nach diesem Gesetz außer Betracht.
(2) [1] …. [2]Der Übergang der Unterhaltsansprüche der leistungsberechtigten Person gegenüber ihrem Ehegatten, ihrem Lebenspartner, ihren Kindern oder ihren Eltern nach § 94 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch bedeutet eine unbillige Härte nach § 94 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch. [3]Bei der Hilfe nach dem Fünften bis Neunten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch ist der leistungsberechtigten Person und ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen nach § 19 Absatz 3, § 87 Absatz 1 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch nicht zuzumuten. [4]Der Einsatz des Vermögens der leistungsberechtigten Person und ihres nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners nach § 19 Absatz 3, § 90 Absatz 3 Satz 1 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch stellt eine Härte dar. [5]Auf Rechtsvorschriften beruhende Leistungen anderer Stellen, auf die kein Anspruch besteht, dürfen nicht deshalb versagt werden, weil nach diesem Gesetz Leistungen vorgesehen sind.

9) Auszug aus dem Einkommenssteuergesetz:

§ 20 EStG – Einkommensteuergesetz

(1) Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören
1. …
7. Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden ist, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.[2]Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.[3]Erstattungszinsen im Sinne des § 233a der Abgabenordnung sind Erträge im Sinne des Satzes 1;
8. …

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

1 Auslegung des Begehrens von Frau Müller

Zunächst ist das Begehren von Frau Müller zu klären, wenn Sie in ihrem Schreiben „allerschärfsten Protest" erhebt. Unzweifelhaft ist hierin eine Unmutsäußerung zu sehen, mit dem Ziel, dass der Leistungsträger seine Entscheidung überdenkt. Sofern Frau Müller damit Einfluss auf die Rechtslage nehmen will, handelt es sich um eine Willenserklärung. Willenserklärungen sind auszulegen (§§ 133, 157 BGB analog).

Deshalb könnte in dem allerschärfsten Protest ein Widerspruch im Sinne von §§ 77 ff. SGG zu sehen sein. Der Nichtgebrauch des Wortes „Widerspruch" ist dabei unschädlich, maßgebend ist der tatsächliche Wille (falsa demonstratio non nocet).

Frau Müller ist mit der Entscheidung und der Leistungshöhe nicht einverstanden. Vor diesem Hintergrund wünscht sie eine nochmalige Überprüfung des Bescheides. Eine solche Überprüfungsmöglichkeit existiert mit dem Rechtsbehelf des „Widerspruchs". Ferner ist ein enger und sachlicher Zusammenhang mit dem Ausgangsbescheid vorhanden, so dass der allerschärfsten Protest als Widerspruch zu werten ist.

Zwar ist auch eine Fachaufsichtsbeschwerde denkbar. Nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz (§ 2 Abs. 2 SGB I) ist jedoch der Auslegung der Vorzug zu geben, die für den Willensbekundenden die beste Alternative darstellt. Unter diesem Gesichtspunkt führt die Fachaufsichtsbeschwerde nicht zu einem vergleichbaren und ebenso umfänglichen Erfolg wie der Widerspruch, weil nur durch die Erhebung des Widerspruchs der Eintritt der Bestandskraft verhindert und der Klageweg beschritten werden kann.

Im Ergebnis ist der „allerschärfste Protest" also als Widerspruch gegen den Rückforderungsbescheid zu werten.

2 Zulässigkeit des Widerspruchs

2.1 Sozialrechtsweg, § 51 Abs. 1 Nr.6a SGG analog

Der Sozialrechtsweg ist nach der zu § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO geltenden abdrängenden Sonderzuweisung gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG analog eröffnet, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in einer Angelegenheit der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) handelt. Die streitentscheidenden Normen sind im SGB XII, konkret in § 63b (Abs. 3, Abs. 4) SGB XII und § 64a SGB XII, zu finden.

2.2 Statthaftigkeit, § 78 Abs. 1 SGG

Die Statthaftigkeit des Widerspruchs richtet sich nach § 78 SGG. Gemäß § 78 Abs. 1 SGG ist vor Erhebung der Anfechtungsklage die Recht- und Zweckmäßigkeit des (angegriffenen) Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nachzuprüfen. Die Anfechtungsklage strebt die Aufhebung des Verwaltungsaktes an (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 SGG). Dies ist auch hier das Ziel der Widerspruchsführerin, wenn sie die Beseitigung des Rückforderungsbescheides[2] (des Aufhebungs- und Kostenerstattungsbescheides) vom 14. Februar 2017 begehrt.

2 Der Titel „Rückforderungsbescheid" ist eine in der Verwaltungspraxis des Sozialrechts übliche Bezeichnung für einen Aufhebungs- und Kostenerstattungsbescheid, der in Anlehnung an die Wortwahl des § 50 Abs. 3 SGB X auch als Festsetzungsbescheid bezeichnet wird. Aus der Bezeichnung des Bescheides, die von jeder Behörde frei wählbar ist, können und dürfen keine Rückschlüsse auf den rechtlichen Inhalt (hier: Aufhebung- und Kostenerstattungsforderung) gezogen werden. Unter dem Blickwinkel der juristischen Methodik muss der Sachbearbeiter im Rahmen einer Fallbearbeitung den unterschiedlichen Umgang zwischen „Tatsachen", die nicht in Frage gestellt werden dürfen, und „Rechtsansichten" bzw. „Fragen zur Rechtslage", die gerade vom Gutachter betrachtet werden müssen, kennen. Wenn im Sachverhalt von einem Rückforderungsbescheid die Rede ist, heißt das noch nicht, dass es sich wirklich um einen ausschließlichen Rücknahme- bzw. Aufhebungsbescheid oder nicht doch um einen Rücknahme- und Kostenerstattungsbescheid handelt. Rechtsfragen und Rechtsausführungen sind gerade vom Klausurverfasser auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und zu erörtern (ebenso: Schmalz (1998), Methodenlehre für das juristische Studium, S. 150 Rn. 471, zu einem vergleichbaren Fall).

Aus dem Kontext des Sachverhalts wird hinreichend klar, dass die Ausgangsbehörde die für Januar erbrachten Pflegegeldzahlungen zurück haben möchte. Eine solche Rückforderung ist nur möglich, wenn sie den Bewilligungsbescheid aufhebt und damit den Rechtsgrund für die Pflegegeldzahlungen beseitigt sowie anschließend die – erst dann – zu Unrecht erhaltenen Leistungen im Wege einer Kostenerstattung zurück verlangt. Insofern geht es inhaltlich um zwei Regelungen.

Der Widerspruch ist vor dem beschriebenen Hintergrund nur statthaft, wenn das in Streit befindliche „Schreiben" einen Verwaltungsakt darstellt. Hieran bestehen im Ergebnis aber keinerlei Zweifel. Inhaltlich werden zwei Entscheidungen getroffen: eine Aufhebungsentscheidung und eine Kostenerstattungsentscheidung. Beide Regelungen hängen eng miteinander zusammen, stellen im Ergebnis aber zwei getrennte Verwaltungsakte dar. Frau Müller wendet sich gegen den gesamten Rückforderungsbescheid. Unter Auslegungsgesichtspunkten (§§ 133, 157 BGB) richtet sich ihr Widerspruch gegen beide Verwaltungsakte, weil die isolierte Anfechtung einer einzelnen Entscheidung ihr keine rechtlichen Vorteile bringen würde.

2.3 Beteiligungsfähigkeit, § 62 HS. 2 SGB X i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X

Die Beteiligungsfähigkeit von Frau Müller folgt aus § 62 HS. 2 SGB X i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X. Danach sind Beteiligte diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat. Frau Müller ist Inhaltsadressatin der Rückforderung und besitzt als natürliche Person auch die Beteiligungsfähigkeit (§ 62 HS. 2 SGB X i.V.m. § 10 Nr. 1 SGB X)

2.4 Handlungsfähigkeit, § 62 HS 2 SGB X i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 SGB X

Gemäß § 62 HS 2 SGB X i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 SGB X sind natürliche Personen handlungsfähig, wenn sie nach bürgerlichen Recht geschäftsfähig sind. Frau Müller ist 55 Jahre alt, damit volljährig (§ 2 BGB) und grundsätzlich geschäftsfähig bzw. handlungsfähig.

2.5 Widerspruchbefugnis, § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG analog

Der Widerspruchsführer muss nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG analog behaupten (können), selbst und unmittelbar in einem subjektiven Recht möglicherweise verletzt zu sein. Frau Müller ist von einem belastenden und eingreifenden Aufhebungs- und Kostenerstattungsbescheid betroffen. Der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes kann sich immer zumindest auf eine potentielle Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG berufen, da niemand sich durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit einschränken lassen muss (sog. Adressatentheorie). Die Widerspruchbefugnis ist daher zu bejahen.

2.6 Ordnungsgemäße Widerspruchseinlegung

Zu überprüfen sind die Voraussetzungen des § 84 SGG. Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 SGG ist der Widerspruch binnen eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerten bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Stelle einzureichen, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Die Voraussetzungen sind eingehalten. Der Aufhebungs- und Kostenerstattungsbescheid des Kreises Lippe datiert vom 14. Februar 2017. Die Erhebung des Widerspruchs erfolgt zehn Tage später. Hinweise auf sonstige Mängel (zuständige Stelle, Schriftform) liegen nicht vor.

3 Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Verfahrensrechtlich liegt eine Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde nur vor, wenn die Ausgangsbehörde den Widerspruch für unbegründet hält und deshalb dem Widerspruch nicht abhilft (§ 85 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SGG). Das ist nach dem Bearbeitungshinweis gegeben.

Die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde folgt aus § 85 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGG. Danach erlässt den Widerspruchsbescheid in Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung die Selbstverwaltungsbehörde, soweit nicht durch Gesetz anderes bestimmt wird.

Gemäß § 1 Abs. 1 AG-SGB XII NRW führen die Kreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der Sozialhilfe (örtliche Träger) und die Landschaftsverbände als überörtliche Träger der Sozialhilfe (überörtliche Träger, vgl. § 5 LVerbO) die Aufgaben der Sozialhilfe als Selbstverwaltungsangelegenheit durch, soweit sie nicht Geldleistungen nach dem Vierten Kapitel SGB XII erbringen.

Die Hilfe zur Pflege wird als Sozialhilfe- und damit Selbstverwaltungsaufgabe nach dem 7. Kapitel SGB XII durchgeführt. Da eine Delegation der Aufgabe nach § 99 Abs. 1 SGB XII nicht vorgenommen worden ist (Bearbeitungshinweis 1), kann dieselbe Vorschrift unbeachtlich bleiben, soweit hier Feststellungen zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde getroffen werden (vgl. § 99 Abs. 1 HS. 2 SGB XII). Der Kreis Lippe ist damit zuständige Widerspruchsbehörde und überprüft seinen eigenen Bescheid nochmals selbst.

4 Begründetheit:

Der Widerspruch ist begründet, wenn der Rückforderungsbescheid rechtswidrig ist und Frau Müller durch den Verwaltungsakt beschwert ist (§ 78 Abs. 1 SGG, § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG); bei Ermessensverwaltungsakten ist der Widerspruch auch dann begründet, wenn ein rechtmäßiger Verwaltungsakt unzweckmäßig ist (vgl. § 78 Abs. 1 Satz 1 SGG).
Ermächtigungsgrundlage für die Kostenerstattungsentscheidung kann § 50 Abs. 1, Abs. 3 SGB X sein. Gemäß § 50 Abs. 1 SGB X sind (bereits) erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist. Voraussetzung für eine Kostenerstattung ist also eine Aufhebungsentscheidung. Rechtsgrundlage für eine Aufhebung des Bewilligungsbescheides vom 27.12.2016 kann § 45 SGB X oder § 48 SGB X sein. Inhaltlicher Streitgegenstand ist dabei nur die Aufhebung des bewilligten Pflegegeldes im Zeitraum vom 14.01.2017 bis zum 31.01.2017. Zu klären ist daher, ob eine Teilaufhebung des Bewilligungsbescheides für den genannten Zeitraum in Frage kommt.
Die Aufhebungs- und Kostenerstattungsforderung kann aus formellen und/oder materiellen Gründen rechtswidrig sein.

4.1 Formelle Rechtmäßigkeit des Aufhebungs- und Kostenerstattungsbescheides

4.1.1 Zuständigkeit

Zu prüfen ist die örtliche und sachliche Zuständigkeit für die Aufhebungs- und Kostenerstattungsentscheidung. Nach der **Kehrseitentheorie** ist der Träger für Aufhebungs-, Kostenerstattungs- und Kostenersatzansprüche zuständig, der auch die Leistungen erbracht

hat, ohne dass es darauf ankommt, ob der Träger tatsächlich zuständig gewesen ist oder ein Wechsel in der Zuständigkeit stattgefunden hat. Aufgrund des Bearbeitungshinweises sind die Bewilligungsbescheide formell rechtmäßig erlassen worden. Allein aus der Kehrseitentheorie ergibt sich, dass der Kreis Lippe für die Rückforderung von ggf. zu Unrecht ausgezahltem Pflegegeld zuständig ist.[3] [4]

4.1.2 Anhörung

Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (§ 24 Abs. 1 SGB X).

Sowohl die Aufhebung als auch die Kostenerstattungsforderung stellen einen eingreifenden Verwaltungsakt gegenüber Frau Müller als Beteiligte dar, weil sich die Rechtsposition von Frau Müller durch die Rückzahlung von bereits bewilligten und ausgezahlten Pflegegeldzahlungen verschlechtert. Damit musste gemäß § 24 Abs. 1 SGB X eine Anhörung vor Erlass des Rückforderungsbescheides durchgeführt werden. Diese ist nach den Sachverhaltsangaben nicht erfolgt.

Von einer Anhörung kann ggf. nach § 24 Abs. 2 **Nr. 5** SGB X abgesehen werden. Danach kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn einkommensabhängige Leistungen den geänderten Verhältnissen angepasst werden sollen. Bei SGB XII-Leistungen handelt es sich um einkommensabhängige Leistungen, weil Einkommen unmittelbar Einfluss auf die Bedürftigkeit des Leistungsberechtigten nimmt.

„Eine „Anpassung" liegt nur dann vor, wenn eine Sozialleistung bereits gewährt wird oder festgesetzt war. Außerdem verlangt eine „Anpassung", dass die Leistung zwar verändert wird, jedoch auch weiter bewilligt bleibt. Ein vollständiger Entzug einer Leistung oder eine vollständige Aufhebung einer Leistung fällt daher nicht unter § 24 Abs. 2 Nr. 5 SGB X. Eine Anpassung kann erforderlich werden, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben."[5] Vorliegend sollen die bewilligten und gewährten Pflegegeldzahlungen teilweise erhalten bleiben und (nur) teilweise aufgehoben werden. Insofern liegt eine Anpassung im Sinne der Vorschrift vor, weil sich durch die Kurzzeitpflege die tatsächlichen Verhältnisse verändert haben. Eine Anhörung für die Aufhebungsentscheidung ist daher nicht notwendig.

Problematisch ist, ob dies auch für den zweiten Verwaltungsakt – der Kostenerstattungsentscheidung – gilt. Dies kann in vertretbarer Weise angenommen werden, weil die Kostenerstattungsentscheidung eine inhaltliche Nähe zu der Aufhebungsentscheidung besitzt und die Ausnahmeregelung des § 24 Abs. 2 Nr. 5 SGB X sinnlos wäre, wenn für die in der Regel gleichzeitig zu treffende Kostenerstattungsentscheidung (vgl. § 50 Abs. 3 SGB X) eine Anhörung durchzuführen ist[6]. Nach neuerer Rechtsprechung erfasst § 24 Abs. 2 Nr. 5 SGB X die Kostenerstattungsentscheidung nicht[7]. Denn es handele sich nicht um einen „Anpassungsbescheid" und eine Gleichbehandlung mit der Aufhebungsentscheidung wäre nicht angezeigt, weil Ausnahmekataloge eng auszulegen seien (§ 24 Abs. 2 SGB X). Danach ist eine Anhörung durchzuführen.

Sofern eine notwendige, aber unterbliebene Anhörung bemängelt wird, muss zunächst festgestellt werden, dass dies zur formellen Rechtswidrigkeit des angegriffenen Kostenerstattungsbescheides führt. Allerdings ist dieser Fehler durch den erhobenen Widerspruch geheilt worden (vgl. § 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X). Frau Müller hatte im Widerspruch ausreichend Gelegenheit, sich zu den erheblichen Tatsachen zu äußern, weil der Ausgangsbescheid ausreichend begründet worden ist.

Gemäß § 24 Abs. 2 **Nr. 3** SGB X kann ferner von einer Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll. Nach der Vorschrift ist es nicht maßgebend, dass eine negative Entscheidung getroffen wird. Bedeutsam ist „nur", dass von bekannten Tatsachen nicht abgewichen wird. Die Vorschrift verfolgt insbesondere verfahrensökonomische Aspekte, indem auf nichtsbringende und wiederholende Verfahrenshandlungen verzichtet wird.

Es kann vertreten werden, dass die Tatsachen für eine Rückforderung erbrachter Leistungen bekannt sind, weil die selbst mitgeteilte Kurzzeitpflege ursächlich für die Rückforderung ist. Der Zeitraum der Kurzzeitpflege wird ebenfalls nicht bestritten. Die im Widerspruch erhobenen Rechtsansichten und Meinungen sind keine Tatsachen im Sinne der genannten Norm. Insofern waren die Tatsachen bekannt und danach kann von einer Anhörung abgesehen werden.[8]

3 Vgl. BSG, Urteil vom 23.03.2010, B 8 SO 2/09 R, juris, Rn.10.

4 Unabhängig von der Kehrseitentheorie kann die Zuständigkeit für die Kostenersatzforderung für die hier vorliegende Klausurkonstellation auch aus der Zuständigkeit für die Leistungsgewährung gefolgert werden (§ 45 Abs. 5, § 48 Abs. 4 i.V.m. § 44 Abs. 3 SGB X). Es ist daher zu prüfen, ob der Kreis Lippe für die gewährte Hilfe zur häuslichen Pflege sachlich und örtlich zuständig gewesen ist.
Gemäß § 97 Abs. 1 SGB XII ist ein örtlicher Träger der Sozialhilfe für die Hilfegewährung zuständig, soweit nicht ein überörtlicher Träger zuständig ist. Es ist demnach zu klären, ob ein überörtlicher Träger für die häusliche Hilfe zur Pflege zuständig (gewesen) sein könnte. Eine Zuständigkeit des Landschaftsverbandes als überörtlichen Träger (vgl. § 1 AG-SGB XII, § 5 LVerbO) ergibt sich nicht aus § 97 Abs. 2 SGB XII i.V.m. § 2 AG-SGB XII NRW. Dort wird zwar die Zuständigkeit des Landschaftsverbandes für behinderte Personen bis zum 65. Lebensjahr begründet; allerdings nur für Hilfe in teilstationären und stationären Einrichtungen. Hier wurde hingegen eine ambulante Pflegeleistung (Pflegegeld) erbracht (Es geht um die Bewilligung von Pflegegeld und die Aufhebung von zu Unrecht erbrachten Pflegegeldzahlungen. Es geht mithin nicht um die vollstationäre Kurzzeitpflege, so dass diese Zuständigkeit nicht geprüft werden muss. Darüber hinaus ist lt. Bearbeitungshinweis 2 die Kurzzeitpflege formell rechtmäßig gewährt worden.). Damit ist die Zuständigkeit des örtlichen Sozialhilfeträgers nach § 97 Abs. 1 SGB XII gegeben.
Örtliche Träger der Sozialhilfe sind nach § 3 Abs. 1 SGB XII sowie § 1 AG-SGB XII NRW die kreisfreien Städte und Kreise.
Für die Sozialhilfe örtlich zuständig ist der Träger der Sozialhilfe, in dessen Bereich sich die leistungsberechtigte Person tatsächlich aufhält (§ 98 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Nach dem Sachverhalt kann von einem tatsächlichen Aufenthalt von Frau Müller in Detmold im Kreis Lippe ausgegangen werden. Damit ist der Kreis Lippe für die Leistungserbringung und folglich auch für die Rückforderungsentscheidungen zuständig (gewesen).

5 Weber in Beck´scher Online Kommentar, § 24 SGB X, Rn. 23.

6 Vgl. zu weiteren Argumenten Weber in Beck´scher Online Kommentar, § 24 SGB X, Rn. 23.1.

7 Vgl. BSG, Urteil vom 07.07.2011, B 14 AS 153/AS 10 R, BeckRS 2011, 77150, Rn. 17–21.

8 Mit entsprechender Argumentation ist eine andere Auffassung vertretbar. Insbesondere hat Frau Müller nicht die Gelegenheit gehabt, zu der Aufhebungsentscheidung Stellung zu beziehen. Sie hat nur über die Kurzzeitpflege informiert und keine Erklärung zur Kürzung des Pflegegeldes abgegeben. Hiermit hat sich nach dem Sachverhalt auch nicht gerechnet. Die Anhörung verfolgt allerdings das Ziel, vor Überraschungsentscheidungen zu schützen und zur Rechtsverteidigung beizutragen. Eine Rechtsverteidigung ist aber nicht möglich, wenn sie zur beabsichtigten Maßnahme nicht angehört wird. Diese Argumente sind auch bei der vorzunehmenden Verfahrens-Ermessensentscheidung nach § 24 Abs. 2 SGB X relevant.

Das Absehen von der Anhörung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Angesichts des oben Gesagten konnte ermessensfehlerfrei von einer Anhörung abgesehen werden. Die Ermessensgründe mussten im Bescheid nicht aufgeführt werden, weil erstens nur die „wesentlichen" Gründe dort genannt werden müssen und zweitens nur die für die „Entscheidung" relevanten Gründe erwähnt werden müssen (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 SGB X). Die Durchführung der Anhörung ist aber ein Verfahrensaspekt und kein Entscheidungsaspekt.

4.1.3 Bekanntgabe

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist der Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Daher ist der Verwaltungsakt **grundsätzlich** an den **Beteiligten zu adressieren.** Insoweit ist Frau Müller richtige Bekanntgabeadressatin.

4.1.4 Begründung

Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist zu begründen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 SGB X). In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X). Die Begründung von Ermessensentscheidungen muss auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist. Die Ausübung des Ermessens orientiert sich an den Maßstäben des § 39 SGB I.

Grundsätzlich fordert § 35 SGB X nur, dass eine Begründung überhaupt vorhanden ist. Die inhaltliche Richtigkeit der Begründung ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit. Nach dem Sachverhalt enthält der Rückforderungsbescheid eine „ausreichende Begründung".

4.1.5 Form

Ein Verwaltungsakt kann grundsätzlich schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden (vgl. § 33 Abs. 2 Satz 1 SGB X). Nach § 50 Abs. 3 Satz 1 SGB X ist die zu erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen. Diese Festsetzung soll mit der Aufhebungsentscheidung verbunden werden (§ 50 Abs. 3 Satz 2 SGB X). Damit ist vorgegeben, dass der Verwaltungsakt schriftlich erlassen werden muss. Dieser Anforderung wurde Rechnung getragen.

4.2 Materielle Rechtmäßigkeit

4.2.1 Auswahl der richtigen Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 50 Abs. 1 SGB X sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Für die Aufhebung von Verwaltungsakten kommen die §§ 44 ff. SGB X in Frage. Davon behandeln die §§ 45 und 48 SGB X die Aufhebung von rechtswidrigen oder im laufenden Bewilligungszeitraum rechtswidrig gewordenen begünstigenden Verwaltungsakten.

§ 45 SGB X findet Anwendung, wenn der Verwaltungsakt (hier: der Bewilligungsbescheid vom 27.12.2016) bereits zum Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war und deswegen geändert werden sollte. § 48 SGB X findet Anwendung, soweit nach Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung eine wesentliche Änderung eintritt. Beide Normen grenzen sich also nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes ab, der aufgehoben werden soll. Erlassen ist ein Verwaltungsakt in dem Zeitpunkt, in dem er den Adressaten bekannt gegeben und damit wirksam geworden ist. Die Bekanntgabe eines schriftlichen Verwaltungsaktes erfolgt mit dessen Zugang.[9]

Im vorliegenden Fall wird der Bewilligungsbescheid vom 27.12.2016 „bis auf Weiteres" und damit als Dauerverwaltungsakt gewährt. Er erschöpft sich nicht in einer einmaligen Regelung, sondern das Pflegegeld wird wiederholend Monat für Monat und offensichtlich zeitlich unbegrenzt ohne Befristung ausgezahlt. Beide genannten Normen sind daher grundsätzlich anwendbar.

4.2.2 Aufhebungsentscheidung nach § 45 SGB X

§ 45 SGB X ist anwendbar, wenn der Bewilligungsbescheid vom 27.12.2016 bereits bei Erlass rechtswidrig war. Die anfängliche Rechtswidrigkeit ist zu prüfen.

Anspruchsgrundlage für Leistungen der Hilfe zur Pflege ist § 19 Abs. 3 SGB XII. Hilfe zur Pflege wird geleistet, soweit dem Leistungsberechtigten die Aufbringung der Mittel aus Einkommen und Vermögen nicht zuzumuten ist (vgl. § 19 Abs. 3 SGB XII). Laut Sachverhalt ist der Bewilligungsbescheid formell rechtmäßig ergangen. Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit ist festzustellen, dass Frau Müller zum anspruchsberechtigten Personenkreis nach § 61, § 61a, § 61b SGB XII zählt, weil Sie pflegebedürftig ist. Es ist weiter zu unterstellen, dass das Pflegegeld für die durchgeführte ehrenamtliche Pflege ihrer Schwester und der Nachbarin rechtmäßig für Personen des Pflegegrades 3 (vgl. § 61b Abs. 1 Nr. 3 SGB XII) nach § 64a Abs. 1 i.V.m. § 37 Abs. 1 S.3 Nr. 2 gewährt wurde/wird. Mangels sonstiger Leistungen müssen Fragen der Leistungskonkurrenz (§ 63b SGB XII) zur Kürzung des Pflegegeld im Zeitpunkt der Bewilligung nicht geprüft werden.

Eine Rechtswidrigkeit könnte allerdings daraus resultieren, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Leistungsgewährung nicht vorlagen.[10] Hinsichtlich des Einkommens wird nur ein zumutbarer Einkommenseinsatz gefordert. Notwendig ist daher ggf. ein Vergleich zwischen Einkommen und Einkommensgrenze.

Zunächst ist das Einkommen zu ermitteln. Als Einkommen stehen Leistungen nach dem Conterganstiftungsgesetz in Höhe von 1.700,00 € zur Verfügung. Nach § 18 Abs. 1 ContStifG bleiben die Zahlungen nach dem Conterganstiftungsgesetz bei der Ermittlung oder Anrechnung von Einkommen auf Leistungen nach dem Zwölften Buch außer Betracht. Aufgrund dieser Spezialregelung bleiben die monatlichen Einkünfte von 1.700 € unberücksichtigt.[11]

Zusätzlich zur Verfügung stehen Zinseinnahmen von 360 € pro Jahr. Bei Zinseinnahmen (aus Schonvermögen) handelt es sich um Einkommen[12]. Dies kann aus § 43 Abs. 2 SGB XII (in der ab dem 01.01.2016 geltenden Fassung) und aus § 6 VO zu § 82 SGB XII i. V.

9 Vgl. BSG, Urteil vom 24.02.2011, B 14 AS 45/09 R, FamRZ 2011, 1055 = NZS 2011, 874.

10 Es bietet sich ebenfalls an, auf eine Prüfung nach § 45 SGB X zu verzichten, weil der Bewilligungsbescheid eindeutig rechtmäßig erlassen worden ist. Dann sollten die wirtschaftlichen Voraussetzungen bei einer Prüfung nach § 48 SGB X untersucht werden. Hier müsste dann festgestellt werden, dass der Überzahlungsbetrag von 308,83 € nur dann richtig ist, wenn kein Einkommens- und Vermögenseinsatz verlangt werden kann.

11 Ein entsprechendes Ergebnis kann auch mit Hilfe des § 83 Abs. 1 SGB XII erzielt werden (vgl. Bearbeitungshinweis 7).

12 *Söhngen* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 11, Rn. 32.

m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG geschlossen werden. Als Jahreseinkünfte (§ 6 Abs. 2, § 11 VO zu § 82 SGB XII [Rechtsstand 31.12.2016]) werden diese auf zwölf Monate verteilt.[13] Allein mit diesen Einkünften wird die Einkommensgrenze jedoch nicht erreicht. Die Voraussetzungen des § 88 SGB XII liegen ebenfalls nicht vor. Von Frau Müller konnte also ein Einkommenseinsatz nicht erwartet werden. Insoweit sind die wirtschaftlichen Voraussetzungen gegeben.

Weiter sind die Vermögensverhältnisse zu prüfen. Frau Müller verfügt über verwertbares Vermögen von 35.000 €. Das Vermögen ist verwertbar, weil es jederzeit vom Sparbuch abgehoben werden kann. Aber auch das Vermögen bleibt nach § 18 Abs. 1, Abs. 2 Satz 4 ContStifG i.V.m. § 90 Abs. 3 SGB XII[14] sozialleistungsrechtlich geschützt. Es muss daher ebenfalls nicht zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden.

Damit lagen die sachlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Leistungsbewilligung vor. Der Bewilligungsbescheid ist insofern anfänglich rechtmäßig ergangen.

Der Anwendungsbereich des § 45 SGB X ist allerdings auch dann eröffnet, wenn die Kurzzeitpflege im Zeitpunkt der Leistungsbewilligung bekannt ist. Würde die Behörde die Kurzzeitpflege im Bewilligungszeitpunkt nicht berücksichtigen, läge ein sog. **Prognosefehler** vor. Ausweislich des Sachverhalts kam die Aufnahme in der Kurzzeitpflegeeinrichtung allerdings überraschend und war daher nicht vorhersehbar. Insofern war die Notwendigkeit der Kurzzeitpflege bei Antragstellung und zum Zeitpunkt des Erlasses des Bewilligungsbescheides nicht bekannt. Aus § 42 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB XI ergibt sich, dass eine Kurzzeitpflege u.a. dann in Frage kommt, wenn eine häusliche Pflege zeitweise nicht erbracht werden kann, insbesondere in „sonstigen Krisensituationen". Daraus kann geschlussfolgert werden, dass diese Hilfe nicht absehbar war. Insofern ist bei lebensnaher Ergänzung des Sachverhalts die Annahme gerechtfertigt, dass die Kurzzeitpflege im Januar im Bewilligungszeitpunkt nicht bekannt war und ein Prognosefehler nicht vorliegt.

§ 45 SGB X scheidet als Rechtsgrundlage aus.[15]

4.2.3 Aufhebungsentscheidung nach § 48 SGB X

Es könnte eine Teilaufhebung des Bewilligungsbescheides vom 27.12.2016 in Frage kommen, und zwar für den Zeitraum vom 14.01.2017 bis zum 31.01.2017. Maßgeblich ist nur dieser Zeitraum, weil Pflegegeld (§ 37 SGB XI, § 64a SGB XII) sowohl in der Pflegeversicherung als auch im Sozialhilferecht am Aufnahme- und Entlassungstag weitergewährt werden[16]. Ermächtigungsgrundlage dafür kann § 48 SGB X sein. Soweit danach in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X). Eine Aufhebung für die Zukunft kommt zwar nicht in Frage, da die häuslichen Pflegeverhältnisse im Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung wiederhergestellt sind; gleichwohl müssen die in Satz 1 genannten Grund-Voraussetzungen der Norm auch bei einer Aufhebung für die Vergangenheit vorliegen.

Es wurde bereits festgestellt, dass es sich um einen Dauerverwaltungsakt handelt (s.o.).

Eine **wesentliche Änderung** liegt vor, wenn der Verwaltungsakt, so wie er bei der Bekanntgabe erlassen worden ist, nicht mehr erlassen würde. Die Änderung kann tatsächliche oder rechtliche Gründe haben.

Eine tatsächliche Änderung kann hier in der Durchführung der Kurzzeitpflege liegen, wenn diese zum Wegfall des Pflegegeldanspruchs im o.g. Zeitraum führt.

Gegen einen Wegfall des Sozialhilfepflegegeldes spricht, dass nach § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB XI (und § 34 Abs. 2 Satz 2 SGB XI) das Pflegeversicherungspflegegeld im Rahmen einer Kurzzeitpflege ebenfalls weitergezahlt wird. Ggf. kann vor diesem Hintergrund an eine analoge Anwendung der genannten Normen gedacht werden. Dann muss aber sowohl eine planwidrige Regelungslücke als auch eine gleichgerichtete Interessenslage mit den (fehlenden) SGB XII Regelungen bestehen.

Hiergegen spricht:

- Die Sozialhilfe ist vom Bedarfsdeckungsprinzip geprägt. Daher werden keine über den Bedarf hinausgehenden Leistungen erbracht. Im Rahmen der Kurzzeitpflege wird aber der vollständige Bedarf (vgl. Bearbeitungshinweis 2) abgedeckt. Das Argument von Frau Müller, der Bedarf für die Pflegepersonen wäre auch während der Kurzzeitpflege angefallen, kann daher entkräftet werden. Es hätten die Angebote und Verpflichtungen des Heimes wahrgenommen werden können. Insofern besteht keine Einstandspflicht.
- Eine gleichgerichtete Interessenslage ist nicht erkennbar. SGB XI –Leistungen sind Versicherungsleistungen, während es sich bei der Sozialhilfe um existenzsichernde und steuerfinanzierte Fürsorgeleistungen handelt. Allein deshalb scheidet eine analoge Anwendung von § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB XI aus.
- Daraus folgt, dass der Gesetzgeber Versicherungsleistungen großzügiger ausgestalten darf als steuerfinanzierte Sozialhilfeleistungen.

13 Die Rechtslage gilt auch ab dem 01.01.2016, weil § 11 DVO zu § 82 SGB XII unverändert geblieben ist. Insofern bleibt es dabei, dass die richtige Lösung über die Beurteilung als „Jahreseinkünfte" erfolgt.
Ab dem 01.01.2016 gilt für einmalige Einnahmen die Regelung des § 82 Abs. 4 SGB XII: [1]*Einmalige Einnahmen, bei denen für den Monat des Zuflusses bereits Leistungen ohne Berücksichtigung der Einnahme erbracht worden sind, werden im Folgemonat berücksichtigt.* [2]*Entfiele der Leistungsanspruch durch die Berücksichtigung in einem Monat, ist die einmalige Einnahme auf einen Zeitraum von sechs Monaten gleichmäßig zu verteilen und mit einem entsprechenden Teilbetrag zu berücksichtigen; in begründeten Einzelfällen ist der Anrechnungszeitraum angemessen zu verkürzen.*
§ 3 Abs. 3 DVO zu § 82 SGB XII wurde entsprechend angepasst.
Entscheidungsrelevante Unterschiede sind für die hier vorgestellte Lösung nicht vorhanden.

14 Die Lösung kann auch allein über § 90 Abs. 3 SGB XII gesucht werden. Dann muss argumentiert werden, dass bereits das Einkommen leistungsrechtlich unberücksichtigt bleibt und infolgedessen die Verwertung von nicht verbrauchtem Einkommen, also Vermögen, eine Härte nach § 90 Abs. 3 SGB XII darstellt.

15 Es kann vertreten werden, dass § 45 SGB X nicht geprüft werden muss. § 48 SGB X ist gleichermaßen auf rechtswidrige wie rechtmäßige Verwaltungsakte anwendbar. Andererseits müsste die Behörde bei rechtlich sauberer Vorgehensweise zunächst einen etwaigen rechtswidrigen Verwaltungsakt aufheben (sofern noch möglich) und anschließend einen Anpassungsbescheid erlassen. § 45 SGB X und § 48 SGB X sind nebeneinander und nacheinander anwendbar. Insbesondere sperrt § 45 SGB X nicht die Aufhebung nach § 48 SGB X. Vgl. zu dieser Thematik *Padé* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, § 45 SGB X, Rn. 55 ff.
Für eine Prüfung des § 45 SGB X und § 48 SGB X im konkreten Fall spricht auch die Aufgabenstellung, nach der die Rechtslage umfassend analysiert werden soll.

16 Vgl. *Meßling* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 64 SGB XII, Rn. 52; vgl. § 43a Satz 3 SGB XI.

Insgesamt kann aus dem oben gesagten geschlussfolgert werden, dass der Sozialhilfe-Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung zur Weiterzahlung von Pflegegeld während einer Kurzzeitpflege verzichtet hat.

Letztlich sorgen die Vorschriften des Sozialhilferechts für die notwendige Klarheit:

„§ 64a Abs. 1 Satz 2 SGB XII stellt klar, dass der sozialhilferechtliche Anspruch auf Pflegegeld voraussetzt, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld seine erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellt. Dem korrespondierend bestimmt § 63b Abs. 3 Satz 1 SGB XII, dass Pflegebedürftige, die sich in einer stationären oder teilstationären Einrichtung befinden, keine Leistungen zur häuslichen Pflege, also auch kein Pflegegeld nach § 64a SGB XII, beanspruchen können. Dies ist konsequent, denn die erforderliche Pflege wird dann bereits durch die Mittel der Einrichtung erbracht. Da im Rahmen der – vollstationären – Kurzzeitpflege der vollständige Bedarf „in" der Einrichtung gedeckt wird und – anders als bei der teilstationären Pflege (vgl. § 63b Abs. 3 Satz 2 SGB XII: Das Pflegegeld kann dann angemessen gekürzt werden) – kein zusätzlicher Bedarf „außerhalb" der Einrichtung anfallen kann, besteht keinerlei Notwendigkeiten zur Zahlung von weiteren Leistungen." [17]

Der Gesetzgeber wollte also erreichen, dass ambulante und stationäre Leistungen bei Zweckgleichheit nicht zugleich erbracht werden. In der Sozialhilfe gilt das Bedarfsdeckungsprinzip: eine Notlage soll beseitigt werden, ohne dass überobligatorische Leistungen erbracht werden. Die gesetzliche Konzeption rechtfertigt es daher auch nicht, zusätzliche Leistungen zu erbringen, wenn mit kostenintensiveren Pflegedienstleistungen „gedroht" wird.

Eine Ausnahme von der oben beschrieben Gesetzeslage gilt nach § 63b Abs.4 SGB XII nur für Pflegebedürftige, die ihre ambulante Pflege im Rahmen des **Arbeitgebermodells** (vgl. § 63 b Abs. 4 SGB XII) selbst organisieren. Wenn sie sich vorübergehend in einer stationären Einrichtung aufhalten, haben sie weiterhin einen Anspruch auf Pflegegeld. Denn sie benötigen dies, um ihrer Pflicht zur Lohnzahlung nachzukommen und ihre Pflegekräfte „halten" zu können. Daher besteht in einer solchen Situation der dem Anspruch auf Pflegegeld zugrundeliegende Bedarf fort, auch wenn die unmittelbare Pflege vorübergehend durch die Einrichtung erbracht wird.[18]

Dieser gesetzlichen Konzeption kann also entnommen werden, dass die Weiterzahlung des sozialhilferechtlichen Pflegegeldes ausgeschlossen ist, wenn die ambulante Pflege lediglich „ehrenamtlich" (also außerhalb des „Arbeitgebermodells") erfolgt. Denn in einer solchen Situation kann ohne weiteres angenommen werden, dass nach Abschluss der stationären Behandlung bzw. Pflege die bisherigen Helfer unverändert zur ambulanten Pflege zur Verfügung stehen werden.

Vor diesem Hintergrund besteht kein Anspruch auf Zahlung von Sozialhilfepflegegeld vom 14.01.2017 bis zum 31.01.2017. Eine wesentliche Änderung im Bewilligungszeitraum ist also eingetreten.

Eine Aufhebung für Januar kommt nach § 48 Abs. 1 Satz 2 **Nr. 3** SGB X[19] aber nur in Frage, wenn nach Erlass des Bewilligungsbescheides Einkommen erzielt worden ist, dass zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde.

§ 48 Abs. 1 Satz 2 **Nr. 3** SGB X verfolgt das Ziel, die doppelte Auszahlung von Sozialleistungen zu vermeiden.[20] Der Begriff des Einkommens ist bei Anwendung dieser Vorschrift daher **weit zu fassen** und umfasst jedweden „geldwerten Vorteil" und damit auch Sozialleistungen, die andere Sozialleistungen entfallen lassen (vgl. Bearbeitungshinweis 3).[21] Deshalb stellt die Zahlung bzw. die Übernahme der Kosten der Kurzzeitpflege Einkommen im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X dar. Vgl. Fußnotenanmerkung:[22]

Gemäß § 64a Abs. 2 SGB XII führt dies zu einer Minderung des Pflegegeldanspruchs, weil der Pflegegeldbetrag entsprechend zu kürzen ist, wenn der Anspruch nicht für den vollen Kalendermonat besteht. Dabei wird der Kalendermonat mit 30 Tagen berechnet (§ 64a Abs. 2 Satz 2 SGB XII).

Zu berechnen ist folglich der Pflegegeldanspruch für 13 Tage (für den Aufnahmetag besteht noch ein voller Pflegegeldanspruch[23]). Der

17 Identisch zu den Vorgängerregelungen: SG Mannheim, Urteil vom 06.05.2014, S 9 SO 519/14, juris, Rn. 18.

18 Die Aufrechterhaltung der häuslichen Pflege durch Pflegekräfte/Pflegedienste ist also von der Frage **abzugrenzen**, ob die häusliche Pflege aufrechterhalten werden kann, wenn diese lediglich von ehrenamtlichen Pflegepersonen sichergestellt wird. Das LSG Niedersachsen-Bremen, L 8 SO 366/14, Urteil vom 25.02.2016, hat entschieden, dass auch Leistungen der **Pflegedienste** (Pflegesachleistungen, Kosten der besonderen Pflegekraft) nicht während eines Krankenhausaufenthalts in Frage kommen, weil § 63b Abs. 4 SGB XII (§ 63 Satz 4 SGB XII in der Fassung bis zum 31.12.2016) nur die besondere Versorgungsform im Wege des Arbeitgeber- oder Assistenzmodells erfasst. Außerdem hätte das Krankenhaus in diesem Fall die notwendigen Pflegeerfordernisse für die Pflegeperson sicherzustellen. Damit stellt sich das Urteil gegen die bereits zum Themengebiet ergangene Rechtsprechung (Bayerisches LSG, Urteil vom 28.01.2014, L 8 SO 166/12; SG München, Beschluss vom 21.03.2011). In den letzteren Urteilen ging es allerdings um Assistenzkräfte, die auch während eines Krankenhausaufenthalts unabdingbar notwendig sind.

19 Zu überlegen ist auch, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X vorliegen. Danach kommt eine Aufhebung in Frage, wenn der Betroffene wusste oder schuldhaft nicht wusste, dass der Pfleggeldanspruch ganz oder teilweise durch die Kurzzeitpflege entfällt. Nach hier vertretener Auffassung ergibt sich nicht, dass Frau Müller die materielle Rechtslage kannte. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Sozialhilfeträger bei der Bewilligung von Kurzzeitpflege bereits darauf aufmerksam gemacht hätte, dass ein zeitgleiches Pflegegeld nicht gewährt wird. Jedenfalls würde die Durchsetzung des Aufhebungs- und Kostenerstattungsanspruchs daran scheitern, weil der Sozialhilfeträger (der nach den Regeln der objektiven Beweislast beweispflichtig ist) nicht nachweisen kann, dass Frau Müller in subjektiver Hinsicht Kenntnis von dem Ausschlusstatbestand zwischen Kurzzeitpflege und Pflegegeld gehabt hat oder hätte haben müssen.

20 Schütze in von Wulffen/Schütze, § 48 SGB X, Rn. 24.

21 Brandenburg in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, § 48 SGB X, Rn. 122; Gregarek in Jansen, Kommentar zum SGB X (Stand: 01.05.2016), § 48 SGB X Rn. 46 („Der Einkommensbegriff in Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ist weit gefasst und geht über die Begriffe des Gesamteinkommens, Arbeitsentgeltes oder Arbeitseinkommens nach dem SGB IV hinaus und umfasst auch Sozialleistungen"); Weber in SGB II und SGB XII für Studium und Praxis, Band 2, Sozialverwaltungsverfahren und Rückabwicklungsansprüche, 7. Auflage 2016, S. 193.

22 Der Klausurverfasser sieht die Problematik, dass die Studierenden an dieser Stelle möglicherweise – trotz Bearbeitungshinweis 3 – zu keiner nachvollziehbaren Lösung kommen, weil Sie in der Kurzzeitpflege eine Leistung nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch sehen, welches als Einkommen unberücksichtigt bleibt (§ 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, § 83 Abs. 1 SGB XII). Das Problem für die Studierenden besteht also darin, dass sie keinen Einkommenszufluss durch die Kurzzeitpflege erkennen. Dann existiert nicht die Möglichkeit, die Pflegegeldzahlungen nach § 48 SGB X aufzuheben. Eine derartige Lösung ist nach hier vertretener Ansicht als Alternative und damit vertretbar zu bewerten. Dann muss weiter festgestellt werden, dass der Widerspruch zulässig und begründet ist.

23 Vgl. *Meßling* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 64 SGB XII, Rn. 52; vgl. § 43a Satz 3 SGB XI.

ermittelte Wert ist von dem ausgezahlten Betrag abzuziehen, um so den Rückforderungsanspruch zu ermitteln:

– Anspruch für 13 Tage: 545,00 € / 30 x 13 Tage = 236,166 €
– Überzahlung: 545,00 – 236,166 = 308,83 €[24]

Im Umfang von 308,83 € ist der Bescheid im Monat Januar rechtswidrig geworden. Das Wort „soweit" in § 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X erlaubt eine Teilaufhebung im Umfang der Veränderung der Verhältnisse.

Die Voraussetzungen der Norm liegen vor.

Auf der Rechtsfolgeseite „soll" eine Aufhebung erfolgen. „Soll" bedeutet, **dass „in der Regel" eine Aufhebung erfolgt**, also keine Ermessensausübung erforderlich ist. In diesem Zusammenhang spricht man auch von „gebundenem Ermessen" Nur in atypischen Fallkonstellationen ist der Leistungsträger zur Ermessensausübung berechtigt.[25] Diesbezüglich wird vorgetragen, dass Frau Müller das Geld bereits weitergeleitet hätte. Insoweit macht sie eine „Entreicherung" geltend. Unter der Annahme, dass dies eine atypische Lebenssituation darstellen würde, ist jedoch unter Ermessensgesichtspunkten festzustellen, dass Frau Müller damit rechnen konnte, dass Pflegegeld und Kurzzeitpflege nicht gleichzeitig erbracht wird. Insofern erfolgte die Weitergabe des ausgezahlten Pflegegeldes während der Kurzzeitpflege auf „eigenes Risiko". Hinzu kommt, dass der Leistungsträger sehr zeitnah nach Durchführung der Kurzzeitpflege das gewährte Pflegegeld zurückgefordert hat und deshalb ein Vertrauenstatbestand auf Erhalt der Bewilligung sich nicht besonders stark ausprägen konnte. Darüber hinaus kann unter moralischen Gesichtspunkten von der Pflegeperson eine Rückerstattung eingefordert werden, weil das Pflegegeld für einen Zeitraum erhalten wurde, in dem keine Leistungen erbracht wurden.

Danach ist die Aufhebung im Umfang von 308,83 € rechtmäßig erfolgt.

Die Entscheidungsfrist (§ 48 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X) und die Ausschlussfrist (§ 48 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 45 Abs. 3 Satz 3 bis Satz 5 SGB X) stehen einer Rücknahme nicht entgegen.

Damit liegen alle Voraussetzungen für eine Aufhebung vor.

4.2.4 Bestimmtheit

Die Kostenersatzforderung muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein (§ 33 Abs. 1 SGB X). Nach dem Sachverhalt ist der Tenor „klar" formuliert. Von einer ausreichenden Bestimmtheit ist deshalb auszugehen.

5 Ergebnis

Nach § 50 Abs. 1 SGB X ergibt sich ein Erstattungsanspruch gegen Frau Müller im Umfang der Aufhebung in Höhe von 308,83 € für den Monat Januar 2017. Der Festsetzungsbescheid soll mit dem Aufhebungsbescheid verbunden werden (§ 50 Abs. 3 Satz 2 SGB X).

Der Widerspruch gegen den Aufhebungs- und Erstattungsbescheid ist zulässig, aber nicht begründet.

24 Andere logische Berechnungsweisen sind denkbar und sollten toleriert werden. Dann ist allerdings zu berücksichtigen, dass dies Auswirkungen auf den (Teil-) Erfolg des erhobenen Widerspruchs hat.

25 Es ist auch denkbar, dass die besondere Situation von Frau Müller und die von ihr vorgetragenen Argumente hier verarbeitet werden.

Rechtsprechung

Kundgebung auf Friedhof

(BVerfG, Beschl. v. 20. 6. 2014 – 1 BvR 980/13)

1. Der Schutz der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen.

2. Die Versammlungsfreiheit verschafft kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten.

3. Insbesondere gewährt sie keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird.

4. Das Grundrecht verbürgt die Durchführungen von Versammlungen jedoch dort, wo ein kommunikativer Verkehr eröffnet ist; ausschlaggebend ist die tatsächliche Bereitstellung des Ortes und ob nach diesen Umständen ein allgemeines öffentliches Forum eröffnet ist.

5. Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist.

6. Bei der Entscheidung über eine Ordnungswidrigkeit bei Rechtsverstößen der Versammlungsteilnehmer ist deren grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit zu beachten und in die Abwägung einzustellen.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Am 13. 2. 2012 veranstaltete die Stadt Dresden eine Gedenkveranstaltung auf dem Gelände des Dresdner Heidefriedhofs. Bei diesem handelt es sich um einen kommunalen Friedhof der Stadt, dessen Verwaltung dem Städtischen Friedhofs- und Bestattungswesen obliegt und zum damaligen Zeitpunkt durch Satzung der Landeshauptstadt Dresden für die Friedhöfe des Eigenbetriebes Städtisches Friedhofs- und Bestattungswesen Dresden (Friedhofssatzung, 1996) geregelt war. Der von der „Arbeitsgruppe 13. Februar" organisierte Gedenkgang diente der Erinnerung an die Opfer des Zweiten Weltkrieges sowie der Opfer des Alliierten Bombenangriffs auf Dresden am 13. 2. 1945, die zu einem Großteil in Massengräbern auf dem Heidefriedhof beerdigt sind. Geplant war nach dem öffentlichen Aufruf hierbei, dass sich der Gedenkzug über die zentrale Opferschale des

Rondells zu einer Gedenkmauer für die Bombenangriffe bewegen sollte, um – symbolisiert durch die Niederlegung von weißen Rosen – „ein Zeichen für die Überwindung von Krieg, Rassismus und Gewalt zu setzen". Die Beteiligung an dem Gedenkzug stand der gesamten Bevölkerung offen. Es waren Ansprachen und eine musikalische Umrahmung vorgesehen. Der Beschwerdeführer (Bf.) erhob – mit drei weiteren Personen etwa fünfzig Meter vor der Gedenkmauer postiert – entlang des Hauptweges des Gedenkzuges ein Transparent mit dem Schriftzug:

> „Es gibt nichts zu trauern – nur zu verhindern. Nie wieder Volksgemeinschaft – destroy the spirit of Dresden. Den Deutschen Gedenkzirkus beenden. Antifaschistische Aktion".

Mit dem Transparent wollte der Bf. bekunden, dass er mit der Zielrichtung des Gedenkganges nicht einverstanden sei, und gegen diesen ein Zeichen setzen. Das Transparent war für den vorbeiziehenden Trauerzug wenige Minuten sichtbar, bevor anwesende Polizeibeamte den Bf. dazu bewegten, das Transparent wieder einzurollen.

Mit Bußgeldbescheid vom 5. 4. 2012 setzte die Stadt Dresden eine Geldbuße in Höhe von 150 € gegen den Bf. fest. Ihm wurde zur Last gelegt, durch das Zeigen des Transparents gegen § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz 1 Friedhofssatzung verstoßen zu haben, wonach sich auf Friedhöfen jeder der Würde des Ortes entsprechend zu verhalten habe. Ferner habe der Bf. eine grob ungehörige Handlung i. S.des § 118 Abs. 1 OWiG vorgenommen, die geeignet sei, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Gegen den Bescheid legte der Bf. erfolglos Einspruch ein. Das AG verurteilte den Bf. wegen vorsätzlicher Störung der Ruhe und Ordnung auf einem Friedhof in Tateinheit mit vorsätzlicher Belästigung der Allgemeinheit zu einer Geldbuße von 150 €. Der Bf. habe durch das Entrollen des Transparents eine grob ungehörige Handlung gemäß § 118 Abs. 1 OWiG begangen, da er objektiv jenes Minimum an Regeln grob verletzt habe, welches unabdingbar notwendig sei, um innerhalb einer offenen Gesellschaft ein Zusammenleben vieler Menschen zu ermöglichen. Ein Friedhof stelle einen Rückzugsort für all diejenigen dar, die um Verstorbene trauern wollten. Damit sei es nicht vereinbar, wenn ein Friedhof zum Gegenstand von Auseinandersetzungen gemacht werde. Mit dem Entrollen des Transparents werde schließlich die Menschenwürde, welche über den Tod hinausreiche, angegriffen. Das Handeln des Bf. sei weder durch das Versammlungsgesetz noch durch das Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt. Das OLG verwarf die Rechtsbeschwerde des Bf. als unbegründet. Der Bf. hat gegen seine Verurteilung Verfassungsbeschwerde erhoben nd macht geltend, in seinen Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 8 Abs. 1 GG verletzt worden zu sein.

II. Zur Rechtslage

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung angenommen worden. Die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des AG sei zulässig und offensichtlich begründet.

1. Die Zusammenkunft auf dem Heidefriedhof und das Entrollen des Transparents fallen nach Ansicht der Kammer in den **Schutzbereich der Versammlungsfreiheit** aus Art. 8 Abs. 1 GG.

a) Eine **Versammlung** wird definiert als eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung und umfasst auch provokative Äußerungen (vgl. BVerfGE 69, 315 <342 f.>; 104, 92 <104>; BVerfGK 11, 102 <108>). Der Schutzbereich wird weit gezogen. Demgemäß ist der Schutz nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen (vgl. BVerfGE 73, 206 <248>; 87, 399 <406>; 104, 92 <103 f.>). Bei einer Versammlung geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315 <345>).

Die Versammlungsfreiheit verschafft damit allerdings **kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten** (vgl. BVerfGE 128, 226 <251>). Insbesondere gewährt sie keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird (vgl. BVerfGE 128, 226 <251>). Die Versammlungsfreiheit verbürgt die Durchführungen von Versammlungen jedoch dort, wo ein **kommunikativer Verkehr** eröffnet ist; ausschlaggebend ist die tatsächliche Bereitstellung des Ortes und ob nach diesen Umständen ein allgemeines öffentliches Forum eröffnet ist (vgl. BVerfGE 128, 226 <251 ff.>).

Der Schutz des Art. 8 GG besteht unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist (vgl. BVerfGE 69, 315 <351>; BVerfGK 4, 154 <158>; 11, 102 <108>). Er endet mit der rechtmäßigen Auflösung der Versammlung (vgl. BVerfGE 73, 206 <250>).

b) Nach diesen Kriterien handelte es sich bei der Zusammenkunft, an der der Bf. teilgenommen hat, um eine Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG. Die Zusammenkunft hatte den Zweck, gegen das Gedenken Stellung zu nehmen und mit einem Transparent gemeinsam Position gegen die Gedenkveranstaltung zu beziehen; hierbei handelte es sich um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung.

Allerdings handelt es sich bei einem Friedhof jedenfalls in der Regel um einen Ort, der sowohl nach seiner Widmung als auch den äußeren Umständen nach nur für begrenzte Zwecke zugänglich ist und nicht als Stätte des allgemeinen öffentlichen Verkehrs und Ort allgemeiner Kommunikation anzusehen ist. Der **Widmungszweck des Friedhofes** allein kann den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG jedoch nicht begrenzen; insofern kommt es vielmehr darauf an, inwieweit tatsächlich allgemeine Kommunikation eröffnet ist oder nicht (vgl. BVerfGE 128, 226 <252>). Danach war in der vorliegenden Situation auf dem Friedhof ein kommunikativer Verkehr eröffnet. Durch den Gedenkzug, zu welchem öffentlich aufgerufen und der im Einverständnis mit den verantwortlichen Stellen durchgeführt worden war, wurde der Heidefriedhof **jedenfalls am 13. 2. 2012 zu einem Ort allgemeiner öffentlicher Kommunikation**. Daher konnte sich der Bf. jedenfalls an diesem Tage für seine Zusammenkunft auf den Schutz der Versammlungsfreiheit berufen, zumal sein Protest konkret auf das Anliegen des Gedenkzuges bezogen war.

2. Die Verurteilung des Bf. stellt einen **Eingriff** in seine Versammlungsfreiheit ein, der aus Sicht der Kammer nicht gerechtfertigt ist.

a) Verfassungsrechtlich nicht tragfähig sei die Verurteilung nach § 118 Abs. 1 OWiG. Die angegriffene Entscheidung des AG verkenne den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit; weiter fehle es an einer verfassungsrechtlich notwendigen Abwägung in der Sache.

aa) Das AG habe den Versammlungscharakter der Zusammenkunft mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint. Das AG gehe davon aus, dass es deswegen an einer Versammlung fehle, weil diese **nicht** nach § 5 Abs. 4 der Friedhofssatzung **angemeldet** worden war. Diese Auffassung sei mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 8 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren und verkenne den Schutzbereich dieses Grundrechts grundlegend (sic!). Die Rechtsauffassung des Amtsrichters ist in der Tat erstaunlich. Eine Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG hängt nicht von einer Genehmigung oder Anmeldung ab; auch die Einschlägigkeit des Versammlungsgesetzes hat keine Auswirkung darauf, ob der sachliche Schutzbereich des Versammlungsgrundrechts eröffnet ist. Auch der Umstand, dass mit der rechtmäßigen Auflösung einer Versammlung das Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG unanwendbar wird, führt hier nicht dazu, dass der Bf. sich nicht auf den Schutz dieses Grundrechts berufen kann. Selbst wenn man in der Aufforderung durch die Polizisten, das Transparent einzurollen, eine Versammlungsauflösung sehen möchte, knüpft die Verurteilung des Bf. doch an sein vorheriges Verhalten an. Der Schutz durch die Versammlungsfreiheit entfällt nur ab dem Zeitpunkt der Auflösung, wirkt aber nicht zurück.

bb) Es fehlt im Übrigen auch an einer **hinreichenden Abwägung**, ob die Verurteilung des Bf. mit Blick auf die Versammlungsfreiheit gerechtfertigt ist.

(1) Die Normen des Straf- wie auch des Ordnungswidrigkeitenrechts sind unter Beachtung der Wertentscheidungen der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Die staatlichen Organe haben die grundrechtsbeschränkenden Gesetze im Lichte der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 GG auszulegen und sich bei Maßnahmen auf das zu beschränken, was zum Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter notwendig ist (vgl. BVerfGE 69, 315 <349>; 87, 399 <407>). Demnach ist bei der Entscheidung über eine Ordnungswidrigkeit bei Rechtsverstößen der Versammlungsteilnehmer deren grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit zu beachten und in die Abwägung einzustellen (vgl. BVerfGE 87, 399 <407 ff.>).

(2) Diesen Vorgaben werde die Entscheidung des AG nicht gerecht. Für den in § 118 Abs. 1 OWiG verwendeten Begriff der **öffentlichen Ordnung** sei kennzeichnend, dass er auf **ungeschriebene Regeln** verweist, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird (vgl. BVerfGE 69, 315 <352>; 111, 147 <155 f.>). Daher hätte das AG bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes der öffentlichen Ordnung jedenfalls die Versammlungsfreiheit des Bf. in seine Entscheidungsfindung miteinbeziehen müssen und konkret die vorgenommene Auslegung unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 GG überprüfen müssen. Es hätte einer Auseinandersetzung damit bedurft, warum die Ausübung des Versammlungsgrundrechts der öffentlichen Ordnung widersprach, während auf dem Heidefriedhof zur gleichen Zeit eine große Gedenkveranstaltung, zu der öffentlich aufgerufen wurde und die über das Gedenken hinaus ein „Zeichen" setzen wollte, stattfand.

b) Soweit die Verurteilung auf einen Verstoß gegen die Friedhofssatzung gestützt wird, gilt Entsprechendes. Für eine Verurteilung genügt es nicht, dass die Entscheidung begründet, warum das Verhalten des Bf. unter den Tatbestand zu subsumieren sei. Auch hier hätte das AG von einem Schutz durch die Versammlungsfreiheit ausgehen müssen und bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Würde des Friedhofes dieses Grundrecht in die Abwägung einstellen müssen.

3. Das angegriffene Urteil des AG beruht auf diesen verfassungsrechtlichen Fehlern. Es war nicht auszuschließen, dass das Gericht bei hinreichender Berücksichtigung der sich aus Art. 8 Abs. 1 GG ergebenden Vorgaben bei erneuter Befassung zu einer anderen Entscheidung in der Sache kommen würde. Ob die Entscheidung auch mit dem ebenfalls gerügten Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in Einklang steht, konnte deswegen dahinstehen.

J.V.

Einschränkungen der Werbung für Spielhallen

(OVG Münster, Beschl. v. 20. 7. 2015 – 4 B 309/15)

1. Die Außenwerbung einer Spielhalle mit dem Begriff „Casino" ist unzulässig.

2. Werbeverbote für Spielhallen sind unproblematisch, soweit sie verhindern sollen, dass von der äußeren Gestaltung von Spielhallen ein übermäßiger werblicher Anreiz zum Spielen ausgeht.

3. Ein totales Werbeverbot stößt demgegenüber unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit auf Bedenken.

(Nichtamtl. Leitsätze)

A. Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Ag. gab der Ast. – die eine Spielhalle betreibt – durch Ordnungsverfügung vom 29. 10. 2014 auf, die Werbung mit dem Begriff „*Casino*" zu entfernen oder in geeigneter Weise unkenntlich zu machen. Des Weiteren verfügte die Ag., die am oberen Rand des Schaufensters der Spielhalle dargestellten einzelnen Münzen zu entfernen. Zugleich wurde gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Ordnungsverfügung angeordnet. Das VG hat den Antrag der Ast., die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen die Ordnungsverfügung vom 29. 10. 2014 wiederherzustellen (s. § 80 Abs. 5 VwGO), abgelehnt. Die Beschwerde der Ast. hatte teilweise Erfolg.

II. Zur Rechtslage

1. In formeller Hinsicht: Begründung der Vollziehungsanordnung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung muss dem **formellen Begründungserfordernis** des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO entsprechen. In der Begründung einer Vollziehungsanordnung hat die Behörde **schlüssig, konkret und substantiiert** darzulegen, aufgrund welcher Erwägungen sie gerade im vorliegenden Einzelfall ein **besonderes öffentliches Interesse** an der sofortigen Vollziehung als gegeben ansieht und das Interesse des Betroffenen am Bestehen der gesetzlich

vorgesehenen aufschiebenden Wirkung ausnahmsweise zurückzutreten hat. Diesen Anforderungen hat die Ag. nach Ansicht auch des OVG genügt. Die Behörde hatte u a. auf das gesteigerte Interesse abgestellt hat, dass der zusätzliche Spielanreiz durch die unzulässige Werbung und Bezeichnung der Spielhalle schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung ohne weiteren Aufschub beendet wird und konkurrierende Unternehmer, die sich rechtstreu verhalten, nicht benachteiligt werden. Ob die zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung angeführten Gründe diese tatsächlich rechtfertigen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

2. In materieller Hinsicht: Überwiegendes öffentliches Interesse

a) Bezeichnung der Spielhalle als „Casino"

Das OVG billigt die Annahme des VG, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Anordnung, die Werbung mit dem Begriff „Casino" zu entfernen oder unkenntlich zu machen, das gegenläufige Aufschubinteresse der Ast. überwiegt. Überwiegendes spreche dafür, dass sich die angefochtene Verfügung in diesem Umfang als **rechtmäßig** erweise.

***Hinweis**: Bei der Überprüfung der Anordnung der sofortigen Vollziehung in materieller Hinsicht hat das Gericht das Vollzugsinteresse der Behörde mit dem Suspensivinteresse des Antragstellers abzuwägen. Entscheidungsmaßstab sind insbesondere die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Hauptsache. Ist der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig, entfällt in der Regel das Aufschubinteresse, im umgekehrten Fall – also bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit – ist der Antrag zu versagen. Das VG trifft im Übrigen eine eigene Ermessensentscheidung aufgrund der Abwägung der widerstreitenden Interessen (s. zusammenfassend: Kugele, VwGO, 2013, § 80 Rn. 44 ff.).*

Nach § 16 Abs. 5 des Gesetzes zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrages (AG GlüStV NRW) sei als Bezeichnung des (Spielhallen-)Unternehmens im Sinne des Absatzes 1 lediglich das Wort „**Spielhalle**" zulässig. Der Einwand der Ast., ihr Unternehmen weise an der Außenfassade den Begriff „Spielhalle" auf und die Vorschrift des § 16 Abs. 5 AG GlüStV NRW verbiete nicht ausdrücklich die Verwendung der Bezeichnung „Casino", greife nicht durch. Aus der eindeutigen Vorgabe des § 16 Abs. 5 AG GlüStV NRW ergebe sich zugleich, dass das Führen anderer Bezeichnungen als „Spielhalle" und damit auch des (ggf. zusätzlichen) Namens „Casino" untersagt sei. Der Begriff „Casino" sei gemeinhin als Synonym für eine Spielbank gebräuchlich und verzerre damit bei Verwendung durch eine Spielhalle die Art des dort angebotenen Glücksspiels in übermäßig werblich anreizender Weise.

Das AG GlüStV NRW stelle damit ausweislich der **Gesetzesbegründung** zu § 16 Abs. 5 ebenso wie derjenigen zu § 26 Abs. 1 GlüStV beispielhaft vor allem auf eine Abgrenzung zum Begriff des „Casinos" (Spielbank) ab. Es solle nicht der Eindruck erweckt werden, es handele sich bei der Spielhalle um eine staatliche Spielstätte. Zur **Verhinderung irreführender und attraktivitätssteigernder Werbung** fordere § 16 Abs. 5 AG GlüStV NRW eine eindeutige und zweifelsfreie Qualifizierung der Glücksspieleinrichtung als „Spielhalle". Dies gelte insbesondere für die Bezeichnung des Unternehmens an der Außenfläche der Spielhalle (vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 6. 2013 – 3 L 841/13 –, GewArch 2014, 31 = juris, Rn. 4 unter Hinweis auf den Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW v. 30.4. 2013 – 14-38.07.03 – 15).

Mit der Bezeichnung einer Spielhalle als „Casino" werde suggeriert, die üblichen Beschränkungen für Spielhallen gälten hier nicht. Das gelte nach dem **allgemeinen Sprachgebrauch** unabhängig davon, in welchem Umfang sich Spielbanken tatsächlich aktuell noch als Casinos bezeichnen. Entsprechend missverständlichen Bezeichnungen dürfe der Gesetzgeber aus Gründen des Spielerschutzes unabhängig davon entgegentreten, ob insoweit auch wettbewerbsrechtliche Beschränkungen bestehen.

Im Übrigen sei der Gesetzgeber im nicht harmonisierten Glücksspielrecht grundsätzlich frei, das angestrebte Schutzniveau zu bestimmen, die mit der Glücksspielpolitik verfolgten Ziele festzulegen und einzelne Glücksspielbereiche aufgrund seiner **parlamentarischen Einschätzungsprärogative** entsprechend auszugestalten. Das gelte im Rahmen der föderalen Kompetenzordnung des Grundgesetzes für jeden Landesgesetzgeber. Die Bundesrepublik Deutschland sei auch unionsrechtlich nicht dazu verpflichtet, ein sämtliche Glücksspielsektoren und föderale Zuständigkeiten übergreifendes, in seiner Gesamtheit stimmiges Schutzkonzept aufzustellen und umzusetzen (BVerwG, Urt. v. 20. 6. 2013 – 8 C 10. 12 –, juris, Rn. 52).

Die Interessenabwägung im Übrigen gehe mithin zu Ungunsten der Ast. aus. Es stehe ihr frei, die voraussichtlich unzulässige Bezeichnung „Casino" ohne größeren wirtschaftlichen Aufwand vorübergehend mit der Bezeichnung „Spielhalle" zu überkleben, bis sie über den Ausgang des Klageverfahrens letzte Klarheit habe. Angesichts einer solchen zumutbaren Übergangslösung überwiege das Gewicht des durch §§ 26 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 4 und 5 AG GlüStV NRW beabsichtigten Schutzes vor Spielsucht und des Jugend- und Spielerschutzes (vgl. § 1 Nr. 1 und 3 GlüStV). Diese überragend wichtigen Gemeinwohlziele hätten besonderes Gewicht, weil von Spielhallen eine besonders starke Suchtgefahr ausgehe (*wird ausgeführt*).

b) Abbildung von Münzen als verbotene Werbung?

Hinsichtlich der verfügten Entfernung an den Schaufenstern des Spielhallenunternehmens der Ast. dargestellter Münzen äußert der Senat demgegenüber Zweifel an der Rechtmäßigkeit.
Das VG hatte seine Entscheidung darauf gestützt, dass diese Darstellung als Werbung und zusätzlicher Spielanreiz anzusehen sei und damit § 16 Abs. 4 AG GlüStV NRW widerspreche. Gem. den §§ 26 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 4 AG GlüStV NRW darf von der äußeren Gestaltung der Spielhalle **keine Werbung** für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele ausgehen oder durch eine besonders auffällige Gestaltung ein zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb geschaffen werden. Hier sei aber – so der Senat – zweifelhaft, ob die an den Schaufenstern der in Rede stehenden Spielhalle dargestellten Münzen hiervon erfasst seien. Denn eine Auslegung dieser Verbote im Sinne eines **totalen Werbeverbots** stoße unter dem Blickwinkel der **Verhältnismäßigkeit** auf Bedenken. Unproblematisch seien sie jedoch, soweit sie entsprechend der Begründung zu § 26 Abs. 1 GlüStV verhindern sollen, dass von der äußeren Gestaltung von Spielhallen ein übermäßiger werblicher Anreiz zum Spielen ausgehe. Dies könne sowohl bei einer Werbung für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele der Fall sein (§ 16 Abs. 4 Satz 1 AG GlüStV NRW) als auch bei einer besonders auffälligen Gestaltung

(§ 16 Abs. 4 Satz 2 AG GlüStV NRW). Der Reichweite und den Grenzen zulässiger Werbung sei durch verfassungskonforme (Art. 12 Abs. 1 GG) und am Verhältnismäßigkeitsgebot orientierte Auslegung des Glücksspielstaatsvertrags Rechnung zu tragen; die sich hiernach ergebenden Grenzen zulässiger Werbung stimmten mit den unionsrechtlichen Anforderungen im Wesentlichen überein. Verfassungsrechtlich und unionsrechtlich zulässige Werbung dürfe (nur) den Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot hinlenken, aber nicht auf die Förderung des natürlichen Spieltriebs abzielen. Werbung dürfe „die bereits zur Teilnahme am Glücksspiel Entschlossenen zum legalen Angebot hinlenken, aber nicht die noch Unentschlossenen zur Teilnahme motivieren"; sie dürfe nicht „zur aktiven Teilnahme am Spiel anregen", sie dürfe aber „über die Existenz der Produkte informieren" (vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 26. 5. 2014 – 22 CS 14.640 –, NVwZ-RR 2014, 684 = juris, Rn. 17, unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 20. 6. 2013, Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 286 = juris, Rn. 45 ff.).

Gemessen daran komme ernsthaft in Betracht, dass die nicht besonders auffällig am oberen Rand des Schaufensters der Spielhalle der Ast., den Schriftzug „Casino D." einrahmend, dargestellten einzelnen Münzen noch nicht als Werbung für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele angesehen werden könne, die einen unzulässigen Anreiz schaffe und über die zulässige Information hinausgehe, die bereits durch das zugelassene Wort „Spielhalle" ausgedrückt werde. Von einer besonders auffälligen Gestaltung könne jedenfalls keine Rede sein. Bei dieser Sachlage sei nicht ersichtlich, dass durch die weitere Darstellung der Münzen bis zu einer rechtskräftigen Klärung ihrer Zulässigkeit in nennenswertem Umfang konkrete Suchtgefahren ausgelöst werden, die eine sofortige Beseitigung rechtfertigen könnten.

B. Ergänzender Hinweis:

Der Beschluss verlängert die Kette verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, die sich mit Rechtsfragen aus dem Bereich des gewerblichen Spielrechts befassen. Überwiegend bläst den Spielhallenbetreibern der Wind ins Gesicht (s. u. a. die im Text zitierten Entscheidungen). Marginale Erfolge – hier: bezüglich des Werbeverbots – fallen demgegenüber nicht ins Gewicht. Es drängt sich der Eindruck auf, dass sich die Verwaltungsgerichte hinter der „parlamentarischen Einschätzungsprärogative" geradezu verstecken (s. auch *Schneider*, GewArch 2014, S. 424: „Wächter wider Willen"). Auch das OVG Berlin-Bbg. hat die glücksspielrechtlichen Werberestriktionen als noch hinreichend bestimmte verfassungsrechtlich unproblematische Berufsausübungsregelungen eingestuft (Urt. v. 11. 6. 2015 – 1 B 5.13 –, juris, Rn. 189 f.). Die Tendenz des aktuellen Glücksspielrechts ist klar: Der Interessent soll tunlichst vom Betreten einer Spielhalle abgehalten werden. Demgemäß darf von der äußeren Gestaltung derartiger Etablissements keine Werbung für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele ausgehen oder durch eine besonders auffällige Gestaltung ein zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb geschaffen werden. Eine Spielhalle darf insbesondere nur „Spielhalle" genannt werden. Für staatlich betriebene Casinos gelten derartige Restriktionen nicht. Das deutsche Glücksspielrecht wird demgemäß durch eine starke Doppelmoral geprägt. Unabhängig davon ist die Entscheidung (auch) unter methodischen Gesichtspunkten interessant, weil sie auf den üblichen Kanon der Auslegungsmethoden Bezug nimmt (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, ratio legis, verfassungskonforme Auslegung).

J.V.

Polizeirechtliche Sicherstellung von Bargeld

(VGH München, Beschl. v. 6. 2. 2014 – 10 CS 14.47)

1. Bargeld, das zunächst strafprozessual beschlagnahmt und auf ein Justizkonto eingezahlt worden ist, kann nach Maßgabe des Polizeirechts zur Eigentumssicherung (hier: Art. 25 Nr. 2 BayPAG) sichergestellt werden.

2. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB durch hinreichende Indizien und Erfahrungstatsachen erschüttert ist.

(Nichtamtl. Leitsätze)

A. Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Antragsteller (A) des vorliegenden Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes wurde im April 2012 im Fernzug Paris-München nach einer verdachtsunabhängigen Kontrolle festgenommen und durchsucht. Dabei wurde ein Bargeldbetrag in Höhe von 176.650 € gefunden. A bewahrte das Geld in einem Stoffbeutel auf, der sich in einer kleinen Reisetasche befand. Er gab zunächst an, er führe 193.000 € bei sich, die er innerhalb von drei Wochen beim Pokerspiel in einem privaten chinesischen Casino in Paris gewonnen habe. Das Geld, so erklärte er später, sei für eine Hüftoperation seiner Schwester bestimmt. Im Rahmen der polizeilichen Vernehmung änderte A seine Aussage erneut: Von dem aufgefundenen Geld gehörten 100.000 € ihm, 80.000 € habe er sich von Freunden geliehen. Damit habe er einen Lkw kaufen wollen, einen entsprechenden Führerschein habe er aber nicht. Hinsichtlich seiner Einkommensverhältnisse gab A an, seit seinem 20. Lebensjahr zehn Jahre lang als Prostituierter gearbeitet zu haben. Danach habe er in Turin Werbung für Lokale gemacht und damit rd. 4.000 € im Monat verdient. Zudem habe er in Paris Immobilien vermittelt und rd. 3.000 € verdient.

Der bei A aufgefundene Geldbetrag wurde gem. § 111c StPO beschlagnahmt. Nach Einstellung des gegen A eingeleiteten Strafverfahrens wurde das Geld „freigegeben" und bei der Hinterlegungsstelle (Amtsgericht) eingezahlt. Die zuständige Polizeibehörde ordnete die Sicherstellung der beschlagnahmen Gelder an. Der Bescheid wurde für sofort vollziehbar erklärt, weil die Gefahr bestehe, dass A das Geld an unbekannte Dritte weiterleiten würde.

Hiergegen richtet sich der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

II. Zur Rechtslage

1. Gegen die **Zulässigkeit** des auf § 80 Abs. 5 VwGO gestützten Antrages bestehen keine Bedenken.

2. Der Erfolg eines solchen Antrages in der Sache hängt von einer **Abwägung** der – von der Behörde wahrzunehmenden – **öffentlichen Interessen mit dem privaten Aufschubinteresse** des Betroffen ab. Insoweit fällt maßgeblich ins Gewicht, ob der Verwaltungsakt – hier: Sicherstellungsanordnung – (offenkundig) rechtmäßig oder rechts-

widrig ist. Ergibt eine summarische Prüfung die Rechtswidrigkeit, so ist zugunsten eines Antragstellers zu entscheiden, anderenfalls wird das Gericht die auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO beruhende Anordnung der sofortigen Vollziehung bestätigen.

a) In formeller Hinsicht ist allein die **sachliche Zuständigkeit** der Polizeibehörde fraglich, weil es grundsätzlich den Gerichten obliegt, private (Eigentums-)Rechte zu schützen. Allerdings ist diese Regel durchbrochen, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde (Art. 2 Abs. 2 BayPAG = z. B. § 1 Abs. 2 PolG NRW).

Der VGH bejaht diese Ausnahme, weil die Sicherstellung dem Schutz des noch unbekannten Eigentümers dienen sollte, der sich nicht gerichtlich gegen den Verlust seines Geldes wehren könne. Zweifel, ob dies auch dann gelte, wenn bereits im Zeitpunkt der Sicherstellung nicht damit gerechnet werden könne, den wahren Berechtigten zu ermitteln, lässt das Gericht im Ergebnis nicht gelten.

b) Die Polizeibehörde konnte im Falle des A ihre **Sicherstellungsanordnung** auf Art. 25 Nr. 2 BayPAG (= z. B. § 43 Nr. 2 PolG NRW) stützen. Danach kann die Polizei eine Sache sicherstellen, um den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung einer Sache zu schützen.

„**Sachen**" werden als körperliche Gegenstände definiert (s. § 90 BGB), so dass sich bereits die Frage stellt, ob auch „**Buchgeld**" – wie hier – sichergestellt werden kann (bejaht vom *OVG Lüneburg*, Urt. v. 7. 3. 2013 – 11 LB 438/10, DVP 2014, S. 298). Der VGH lässt diese (umstrittene) Frage (einstweilen) offen und verweist auf die Möglichkeit der Klärung in einem Hauptverfahren.

Zu prüfen ist weiterhin, ob die Sicherstellung dem **Schutz des Eigentums** dient(e). Da das Geld bei A gefunden wurde, kann er sich auf die **Eigentumsvermutung** des § 1006 Abs. 1 BGB berufen. Allerdings hält es der Senat für möglich, dass diese gesetzliche Vermutung durch **Indizien** und **Erfahrungstatsachen widerlegt** werden kann. Entscheidend sei, dass diese mit einer für das praktische Leben brauchbaren Gewissheit das Eigentum des gegenwärtigen Besitzers (= A) als weniger wahrscheinlich erscheinen lassen als das Eigentum von Dritten. Insoweit schlagen vor allem die widersprüchlichen Angaben des A zu seinen Lasten durch. Das Gericht legt insbesondere dar, dass seine Erklärung, er habe das Geld in einem „Casino" gewonnen, aufgrund etlicher Ungereimtheiten unplausibel sei. Es spreche daher einiges für die Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsanordnung. Im Übrigen bestehe kein überwiegendes Interesse des A an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs.

B. Ergänzender Hinweis

Die Entscheidung liegt auf der Linie des *OVG Lüneburg* (s. DVP 2014, S. 298). Das OVG hat in einem vergleichbaren Fall (Auffindung einer größeren Menge Bargeld im Rahmen einer Grenzkontrolle) die polizeiliche Sicherstellung eines Bargeldbetrages bzw. des entsprechenden Buchgeldes in einem Hauptverfahren gebilligt. Zur Begründung hat das Gericht auf eine **gegenwärtige Gefahr** i. S. des § 26 Nr. 1 Nds. SOG (= z. B. Art. 25 Nr. 1 BayPAG, § 43 Nr. 1 PolG NRW) abgehoben, weil die hohe Wahrscheinlichkeit bestanden habe, dass das aufgefundene Geld zur Begehung von (weiteren) Straftaten – insbesondere Drogenhandel – verwendet werden sollte. Bei Zugrundelegung dieser Alternative hätten sich keine Zweifel an der Zuständigkeit (s. o. II) ergeben, weil es insoweit nicht **nur** um den Schutz privater Rechte gegangen wäre. J.V.

Zum gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten

(BGH, Beschl. v. 14. 7. 2016 – 3 StR 105/16)

Die Besitzaufgabe aufgrund einer Täuschung oder als Folge einer Drohung führt nicht zu einem Abhandenkommen i. S. des § 935 BGB, es sei denn, der psychische Zwang kommt einer unwiderstehlichen Gewalt gleich.

(Nichtamtl. Leitsatz)

A. Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Der Angeklagte (A) begehrte von der Zeugin (Z) die Zahlung von 5.300 €. Mit der Drohung, anderenfalls eine Anzeige wegen Diebstahls bei der Polizei zu erstatten und den Arbeitgeber der Z zu informieren, veranlasste er Z, ihm u. a. ein Mobiltelefon zu übergeben und einen Schuldschein zu unterschreiben. Das Telefon veräußerte A sodann an den gutgläubigen Inhaber eines An- und Verkaufsgeschäfts (G). Das LG hat A in Bezug auf diesen Verkauf wegen Betruges verurteilt. Die Revision des A war erfolgreich.

II. Zur Rechtslage

Betrug (§ 263 StGB) setzt u. a. einen **Vermögensschaden** voraus. Ein solcher kann vorliegen, wenn ein Käufer (hier: G) entgegen seiner Vorstellung kein Eigentum an dem Kaufgegenstand erwirbt. Ein Eigentumserwerb ist – auch bei Gutgläubigkeit des „Erwerbers" – ausgeschlossen, wenn die Sache dem früheren Eigentümer abhanden gekommen ist (s. § 935 Abs. 1 BGB und die §§ 929, 932 BGB). Unter „**Abhandenkommen**" versteht man den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes. Abhanden kommen Sachen auf diese Weise insbesondere durch einen Diebstahl. Hier wurde Z das Mobiltelefon jedoch nicht entwendet, vielmehr erlangte A den unmittelbaren Besitz, indem er Z unter Druck setzte und zur Herausgabe veranlasste. Entscheidend ist damit das Merkmal der **Freiwilligkeit**. Insoweit kommt es auf den Willen desjenigen an, der die Sache eingebüßt hat. Dieser Wille ist allerdings nicht nicht rechtsgeschäftlicher, sondern tatsächlicher Natur. Deshalb führt die Besitzaufgabe aufgrund einer Täuschung oder infolge einer Drohung grundsätzlich nicht zu einem Abhandenkommen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der psychische Zwang einer unwiderstehlichen (physischen) Gewalt gleich kommt. Ein derartiges Gewicht der von A ausgesprochenen Drohungen sei jedoch – so der Senat – nicht festgestellt worden. Mithin konnte G gutgläubig Eigentum an dem Mobiltelefon erwerben, so dass ein Vermögensschaden ausscheidet.

B. Bewertung

Bei gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten droht möglicherweise die Gefahr einer rechtlichen Auseinandersetzung mit dem früheren Eigentümer; dieser könnte insbesondere die Gutgläubigkeit

des Erwerbers bestreiten. Diese Gefahr wurde früher unter dem Gesichtspunkt der „**Makeltheorie**“ als wirtschaftliche Wertminderung und damit als Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB bewertet (s. hierzu und zum ideologischen Hintergrund der „Theorie“: *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 263 Rn. 151, 151a). Dieser Ansatz spielt heute keine entscheidende Rolle mehr. Das Risiko rechtlicher Auseinandersetzungen kann allenfalls einen Gefährdungsschaden begründen. Insoweit bedarf es aber einer **Quantifizierung** des Schadens (*BGH*, Beschl. v. 8. 6. 2011 – 3 StR 115/11), wobei unklar ist, wie diese geleistet werden soll (zur Kritik *Fischer*, a. a. O, § 263 Rn. 151a). Der bloße **Hinweis** auf ein **zivilrechtliches Prozessrisiko** dürfte **nicht** genügen. Für eine Schadens-Schätzung ist im Regelfall keine tragfähige (Schätzungs-) Grundlage vorhanden, so dass auch dieser Aspekt nicht überzeugt. Im Ergebnis kommt eine Betrugsstrafbarkeit deshalb nur noch in sehr begrenztem Ausmaß in Betracht. Probleme des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens betreffen nicht nur das Strafrecht, sondern auch das Zivilrecht. Für Prüfungen in beiden Fächern kann die Entscheidung daher relevant sein.

J.V.

Autor der Rechtsprechungsbeiträge:
J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

Schrifttum

Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Gesamtes Medienrecht, Hamburger Kommentar, 3. Aufl. 2016, 1.843 Seiten, geb. € 198,00, Nomos, ISBN 978-3-8487-2693-6

Das Medienrecht ist eine sehr dynamische Materie. Insbesondere die technischen Entwicklungen (Stichworte: Online-Archive, Internetforen) haben neue Fragestellungen aufgeworfen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber das Medienrecht maßgeblich beeinflusst. Zu nennen ist hier die Neufassung und Erweiterung des § 201a StGB, der die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen unter Strafe stellt. Immer stärker greift auch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte in das nationale (Medien-)Recht ein. Es gab also gute Gründe, eine Neuauflage des Kommentars zu wagen.

Sie ist erneut im Umfang um mehr als 100 Seiten gewachsen, wobei der Preis erfreulicherweise nur sehr maßvoll angehoben wurde.

In den Besprechungen der ersten und zweiten Auflage wurden die Vorzüge des Werkes eingehend dargestellt. Das Grundkonzept wurde zu Recht beibehalten, es soll daher nur kurz referiert werden.

Der Kommentar ist in 11 Teile gegliedert. Teil 1 gibt einen Überblick über das Medienverfassungs- und Europarecht. Im 2. Teil wird das Medienkartell- und Regulierungsrecht dargestellt; hier bildet die Kommentierung des Telekommunikationsgesetzes den inhaltlichen Schwerpunkt, darüber hinaus kommen auch Fragen aus dem Bereich des GWB zur Sprache. Der Wettbewerb auf dem Mediensektor ist das Thema des 3. Teils; in der Hauptsache wird hier das UWG erläutert. Eine rd. 250 Seiten umfassende Darstellung des „Medienzivilrechts“ findet sich im 4. Teil. Im Zentrum stehen die Schutzansprüche (hauptsächlich Unterlassung, Schadensersatz, Entschädigung) bei einer (drohenden) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts/Rechts am eigenen Bild durch die öffentlichen Medien. Stichproben haben (erneut) gezeigt, dass alle seit der Vorauflage ergangenen medienrechtlich relevanten Entscheidungen berücksichtigt worden sind. Das Medienhandelsrecht – z. B. Kooperations- und Finanzierungsverträge – ist Gegenstand des (relativ kurzen) Teils 5. Der 6. Teil ist dem gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht gewidmet. Neben der Kommentierung des Urheberrechtsgesetzes finden sich auch Erläuterungen zu den einschlägigen Vorschriften des Markengesetzes. Knapp gehalten ist (zu Recht) demgegenüber das Medienarbeitsrecht im 7. Teil. Die Medienordnung (insbesondere die Pressegesetze) und die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen sind im 8. Teil dargestellt. Die datenschutzrechtlichen Bezüge folgen im 9. Teil. Der Jugendmedienschutz wird im 10. Teil thematisiert (Kommentierung des JuSchG). Mit spezifischen strafrechtlichen und strafprozessualen Fragestellungen befasst sich der 11. Teil (Kommentierung insbesondere der Vorschriften über die Telekommunikationsüberwachung).

Die äußere Gestaltung des Kommentars ist sehr leserfreundlich. Zumindest umfangreichen Kommentierungen sind Gliederungen vorangestellt, in denen auf die einschlägigen Randnummern Bezug genommen wird.

Angesichts des Querschnittscharakters des Medienrechts dürfte der Kommentar in erster Linie einschlägig tätige Rechtsanwälte und Berater als Zielgruppe haben. Darüber hinaus sind auch spezialisierte (z. B. Datenschutz-)Behörden mit dem Kommentar hervorragend bedient.

Schließlich gehört mindestens ein Exemplar in jede (Fach-)Hochschulbibliothek.

Fazit: Herausgeber und Autoren haben die Qualität des Werkes weiter erhöht. Wer sich mit Problemen aus dem umfangreichen Gebiet des Medienrechts zu befassen hat, kommt am Hamburger Kommentar nicht vorbei.

Reg.-Dir. *G. Haurand,* Bielefeld

Walz/Eichen/Sohm, Soldatengesetz, 3. Aufl. 2016, 1.158 Seiten, geb., € 94,99, C. F. Müller, ISBN 978-3-8114-38s68-2

Seit Erscheinen der Vorauflage (2010) sind mehr als 10 Novellen mit Bezug zum Soldatengesetz ergangen. Die Änderungen sind umfassend kommentiert worden; die Erläuterungen sind nunmehr auf dem Stand 1. Januar 2016. Sie folgen einem einheitlichen und klaren Schema: Auf den Text folgt eine Übersicht, in der auf die Randnummern der anschließenden Kommentierung Bezug genommen wird. Nachweise einschlägiger Literatur folgen. Regelmäßig finden sich am Anfang der Erläuterungen Hinweise auf den Zweck und die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Norm. Auf diese Weise wird die Interpretation der Normen erleichtert. Auch optisch setzen die Autoren auf Benutzerfreundlichkeit: Leitbegriffe sind durch Fettdruck hervorgehoben. Rechtsprechung und Literatur sind umfassend ausgewertet; die entsprechenden Nachweise finden sich in den Fußnoten. Auch inhaltlich lässt der Kommentar keine Wünsche offen. Die Autoren – durch jahrelange Tätigkeit in der Bundeswehr als profunde Kenner der Materie ausgewiesen – steuern vielfältige „Background-Informationen“ bei und beziehen auch durchaus kritisch Stellung.

Fazit: Ein hervorragender Kommentar, der zu den Standardwerken zum Soldatenrecht gehört.

Reg.-Dir. *G. Haurand,* Bielefeld

Dobmann, Das neue Vergaberecht, 1. Aufl. 2016, 192 Seiten, kart., 38,00 €, Nomos, ISBN 978-3-8487-3029-2

Das für die Praxis der Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand äußerst bedeutsame Vergaberecht beruht auf drei EU-Richtlinien, die von den Mitgliedstaaten bis zum 18. 4. 2016 umzusetzen waren.

Diesen Auftrag hat Deutschland durch eine am Stichtag in Kraft getretene „Vergaberechtsmodernisierungsreform“ erfüllt. Ob es sich wirklich um eine sinnvolle Modernisierung handelt, sei dahingestellt, sie ist aber auf jeden Fall die bisher umfangreichste. Betroffen sind insbesondere folgende Regelwerke: GWB, VgV, SektVO, KonzVgV und VOB/A-EU. Die Vielzahl der neuen Vorschriften macht es schwer, sich in das neue Vergaberecht einzuarbeiten. Vor allem diejenigen, die bisher noch nicht mit diesem komplexen Rechtsgebiet vertraut sind, haben daher ein starkes Interesse an einer griffigen, einen Überblick bietenden Darstellung. Diesem Bedürfnis entspricht das vorliegende Buch. Es ist keine Kommentierung der Neuregelungen, sondern es bietet primär einen Überblick über die Grundlage und die Strukturen des Vergaberechts. Details werden allerdings nicht ausgespart. Stil und Darstellungsform sind gelungen, der Lesefluss wird infolge der Verbannung von Nachweisen in die Fußnoten nicht gehemmt.

Fazit: Zur Gewinnung eines ersten Überblicks über das neue Vergaberecht sehr geeignet.

Reg.-Dir. *G. Haurand,* Bielefeld

DVP DEUTSCHE VERWALTUNGS-PRAXIS

Herausgeber:

Dr. ***Yvonne Dorf***, Ltd. Regierungsdirektorin, Fachbereichsleiterin Allgemeine Innere Verwaltung an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl • Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. ***Peter Eichhorn***, Ehrenpräsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M. • Staatssekretär ***Hans-Georg Engelke***, Bundesministerium des Innern, Berlin • ***Bärbel Feldmann-Beuß***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin des Instituts für öffentliche Verwaltung und des Landesprüfungsamts für Verwaltungslaufbahnen des Landes NRW, Hilden • ***Patricia Florack***, Ltd. Kreisrechtsdirektorin, Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln • Dr. ***Holger Franke***, Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • Prof. Dr. ***Ulrike Hermann***, Hochschule Osnabrück • 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 Bildungszentrums Braunschweig des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover • ***Horst Knechtel***, Schulleiter und Verbandsgeschäftsführer des Hessischen Verwaltungsschulverbandes, Darmstadt und Bürgermeister der Stadt Darmstadt a.D. • Dr. ***Margrit Kölbach***, Studienleiterin der Verwaltungsseminare Darmstadt und Frankfurt a. M. • ***Julia Kolkmann***, Institutsleiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt, Magdeburg • Prof. Dr. ***Michael Koop***, Präsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Hannover • ***Thomas Miltkau***, Ltd. Verwaltungsdirektor, Leiter der Brandenburgischen Kommunalakademie, Potsdam • ***Reinhard Mokros***, Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen • ***Verena Pichler-Hoffmann***, Ltd. Verwaltungsdirektorin, Studienleiterin der Verwaltungsakademie Schleswig-Holstein, Bordesholm • 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 • ***Christiane Schoppmeier- Pauli***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin der Abteilung Münster der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW • Dr. ***Sabine Seidel***, Direktorin des Studieninstituts Ruhr für kommunale Verwaltung, Dortmund • ***Jörg Siekmeier***, Ltd. Verbandsverwaltungsdirektor, Leiter des Kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern, Greifswald • ***Reiner Stein***, Regierungsdirektor, Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow • Prof. Dr. ***Udo Steiner***, Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. • Prof. Dr. ***Jürgen Stember***, Dekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hochschule Harz, Halberstadt • Studienleiter ***Michael Tasch***, Kommunales Studieninstitut, Mainz • ***Christiane Wallnig***, Ltd. Regierungsdirektorin, Leiterin des Studieninstituts des Landes Niedersachsen, Bad Münder • Prof. ***Holger Weidemann***, Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und Leiter des Bildungszentrums Oldenburg des Niedersächsischen Studieninstituts, Hannover • ***Klaus Weisbrod***, Direktor der Hochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz und Leiter der Zentralen Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz, Mayen • ***Ralf Uwe Wenzel***, Senatsrat, Referatsleiter beim Senator für Finanzen der Freien Hansestadt Bremen • Prof. Dr. ***Iris Wiesner***, Vizepräsidentin der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW, Gelsenkirchen

Impressum

Redaktion:

Chefredakteur
Verwaltungsdirektor a.D. Werner Finke
Alsweder Str. 16, 32312 Lübbecke,
Tel. und Fax (0 57 41) 52 68
E-Mail: FINKE.LK@t-online.de

Regierungsdirektor Günter Haurand
Burgwiese 7, 33602 Bielefeld
E-Mail: haurand@web.de
(Betreut den Rechtsprechungsteil)

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

Prof. Holger Weidemann
Südstraße 16, 28857 Syke
Tel. (05 11) 16 09 24 09
E-Mail: holger.weidemann@nsi-hsvn.de
(Betreut die Rubriken Abhandlungen und Fallbearbeitungen)

Verlag: Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Ballindamm 17, 20095 Hamburg
Tel. (0 40) 70 70 80-3 23, Telefax (0 40) 70 70 80-3 24
E-Mail: vertrieb@dvp-digital.de
www.dvp-digital.de
ISSN 0945-1196

Anzeigen: L.A.CH. SCHULZ
Gesellschaft für Anzeigen, Werbung und Verlag mbH
Mattentwiete 5, 20457 Hamburg
Michael Witte Tel.: (0 40) 36 98 04-0
info@lachschulz.de
www.lachschulz.de
Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 29 gültig. Anzeigenschluss jeweils am 15. des Vormonats.

Auslieferung: Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart
Tel. 07 11/66 72-0, Fax 07 11/66 72 19 74
dvp@svk.de

Druck und Bindung:
Lehmann Offsetdruck GmbH, Norderstedt

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 109,90 € einschl. 7 % Mehrwertsteuer und Versandkosten sowie E-Paper-Zugang. Preis je Heft einzeln 9,90 €. 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.

Unsere Schriftenreihen-Titel als E-Book für unterwegs: praktisch, papierlos, preisgünstig

Bitte bestellen Sie direkt über: dvp-digital.de/produkte/schriftenreihen.html

DVP Handbücher, Lehrbücher und Grundrisse:

Eichhorn, Management im öffentlichen Dienst (DVP-Ausgabe: Handbuch), 14,99 €

Frings/Spahlholz, Das Recht der Gefahrenabwehr in Nordrhein-Westfalen (DVP-Ausgabe: Grundriss), 21,99 €

Sundermann, Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen (DVP-Ausgabe: Lehrbuch), 17,99 €

Weidemann, Besonderes Verwaltungsrecht (DVP-Ausgabe: Lehrbuch), 15,99 €

NSI Schriftenreihe:

Koop/Weidemann u.a., Das verwaltungswissenschaftliche Studium an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (NSI-Schriftenreihe Band 1), 14,99 €

Truckenbrodt/Zähle, Der Kommunale Haushalt in Aufstellung, Ausführung und Abschluss (NSI-Schriftenreihe Band 2), 25,99 €

Seybold/Neumann/Weidner, Niedersächsisches Kommunalrecht (NSI-Schriftenreihe Band 3), 21,99 €

Eichhorn, Management im öffentlichen Dienst (NSI-Schriftenreihe Band 4), 14,99 €

Reese/Höfler/Kölle, Das Recht der Landes- und Kommunalbeamten (NSI-Schriftenreihe Band 6), 21,99 €

Drape/Globisch/Trips u.a., Kommunales Gefahrenabwehrrecht in Niedersachsen (NSI-Schriftenreihe Band 12), 14,99 €

Koop/Potratz, Betriebliches Gesundheitsmanagement: Ein Leitfaden für kommunale und öffentliche Verwaltungen (NSI-Schriftenreihe Band 14), 14,99 €

SIKOSA Bände:

Kolkmann, Privatrecht Band I (SIKOSA), 19,99 €

Kolkmann, Privatrecht Band II (SIKOSA), 19,99 €

Maximilian Verlag Hamburg · vertrieb@dvp-digital.de

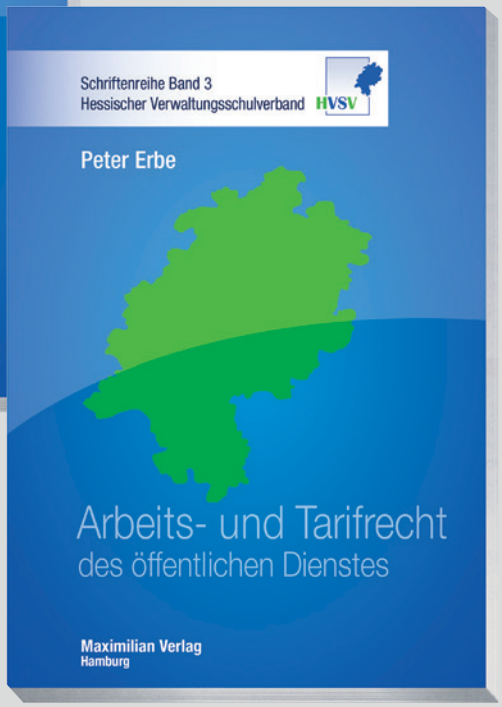
FÜR DEN OPTIMALEN LERNERFOLG !

Die neue HVSV Schriftenreihe gibt einen strukturierten Überblick über wichtige Bereiche aus der Verwaltung in Hessen.

Band 1, Beamtenrecht in Hessen, erläutert das Laufbahn- und Besoldungsrecht und enthält außerdem 20 klausurrelevante Praxisfälle mit Lösungen.

Uwe Schmidt/Wolfgang Wieditz
Verwaltungsrecht in Ausbildung und Praxis
HVSV Schriftenreihe Band 2
272 Seiten
ISBN 987-3-7869-1060-2
€ 26,90

Peter Erbe
Beamtenrecht in Hessen
HVSV Schriftenreihe Band 1
192 Seiten
ISBN 978-3-7869-0939-2
€ 24,90



Band 2, Verwaltungsrecht in Ausbildung und Praxis, sowie Band 3, Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes, folgen diesem Aufbau und bieten neben einer Darstellung des betreffenden Themengebietes einen großen Praxisbezug mit Fallbearbeitungen und Lösungen. Somit sind die Bände sowohl für Auszubildende, Studierende und Dozenten als auch für die tägliche Arbeit in der Verwaltung bestens geeignet.

Peter Erbe
Arbeits- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes
HVSV Schriftenreihe Band 3
332 Seiten
ISBN 978-3-7869-1059-6
€ 29,90

Bitte bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei: **Maximilian Verlag** | Ballindamm 17 | 20095 Hamburg
Tel. 040/70 70 80-323 | Fax 040/70 70 80-324 | vertrieb@dvp-digital.de