

# DVP<sup>®</sup>

DEUTSCHE  
VERWALTUNGSPRAXIS

## Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

09/2017

68. Jahrgang  
September 2017  
ISSN 0945-1196  
C 2328  
138/2017009



### Abhandlungen

Reinhard Mokros

**Ausbildung des gehobenen Dienstes der  
Kommunalverwaltung an der FHöV NRW (Teil 1)**

André Mangion

**Beendigung von Arbeitsverhältnissen**

Gerhard Lange

**Die Gemeinde in Nordrhein-Westfalen als Gesellschafterin  
einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**

Ralf Schmorleiz

**Aktuell im Fokus**

Beate Rheindorf/Holger Weidemann

**Sondernutzungsgebühren und Behördenzuständigkeit**

Felix Koehl

**Das Vorverfahren nach der VwGO – Teil 2**

### Fallbearbeitungen

Birgit Beckermann

**Verwaltungsmanagement und Organisation**

Christine Susanne Rabe/Antje Torlage

**Wiedergestattung eines Gewerbes  
– Die Online-Fallbearbeitung –**

### Rechtsprechung

**Bekanntgabe einer Nutzungsuntersagung**

Es kann nur eine geben –

zur Auswahlentscheidung bei Spielhallen

Sicherstellung von Fahrzeugen zur Gefahrenabwehr

Gebührenerhebung wegen verstärkten

Polizeieinsatzes bei Fußballspiel

Observierung eines Versicherungsnehmers

### Schrifttum

**Maximilian Verlag**  
Hamburg

## Über kleinwüchsige Polizeibewerberinnen

*Rita Pavone* („Arrivederci Hans“), *Kylie Minogue* und *Lady Gaga* sind Sängerinnen und waren bzw. sind in ihrem Beruf recht erfolgreich. Höchstwahrscheinlich hatten sie nie den Wunsch, Polizistin in Deutschland zu werden. Gegebenenfalls wären sie schwer enttäuscht worden. Nicht nur Hollywood huldigt dem Prinzip „Size Matters“: kein Filmmonster kann für die Leinwand groß genug sein. Auch für die deutsche Polizei zählt Größe: Wer Polizeibeamtin (oder Polizist) werden will, muss eine bestimmte Mindestkörpergröße haben. Die Bewerbung der drei Damen wäre schon deshalb aussichtslos gewesen, weil sie zu klein beziehungsweise nicht groß genug sind (entsprechend obiger Namensreihenfolge: 1,49 m; 1,53 m; 1,55 m). Die körperlichen Anforderungen variieren zwar nach Bundesland, mindestens werden aber 160 cm verlangt.

Wegen (zu) geringer Größe abgewiesene Bewerberinnen sahen darin eine unzulässige Diskriminierung und haben versucht, die Einstellung im Rechtsweg zu erzwingen. Die Gerichtsverfahren sind unterschiedlich ausgegangen.

Erfolglos war zum Beispiel eine 161 cm große und 49 kg schwere Frau, die in Nordrhein-Westfalen die Zulassung zum Auswahlverfahren für die Einstellung in den gehobenen Polizeidienst begehrte (*Verwaltungsgericht Düsseldorf*, Urteil vom 2. 10. 2007 – 2 K 2070/07). Die Bewerberin erfüllte nicht den für Frauen geltenden nordrhein-westfälischen Mindeststandard von 1,63 m (Männer: 1,68 m). Auch eine 154 cm große Bewerberin hatte – dieses Mal vor dem *Verwaltungsgericht Berlin* – keinen Erfolg (Urteil vom 1. 6. 2017 – 5 K 219.16); zuvor war ihr Eilantrag vom *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* abgelehnt worden (Beschluss vom 27. 1. 2017 – 4 S 48.16). Die Festlegung der Mindestgröße wurde als sachgerechtes körperliches Eignungskriterium bewertet. Polizistinnen unter 160 cm würden insbesondere in einer körperlichen Auseinandersetzung als „schwache Stelle“ und „unterlegen“ wahrgenommen. Die Richter mutmaßten sogar, dass kleinwüchsige Beamtinnen „bevorzugt Ziel von Widerstandshandlungen, und aggressivem Verhalten wären.“ Ein ähnliches Problem könnte

aber auch ein 168 cm großer/kleiner Polizist bekommen, wenn er einem Zwei-Meter-Mann gegenübersteht.

Erfolgreich war demgegenüber eine Bewerberin vor dem *Verwaltungsgericht Aachen*, die die Grenzmarke von 163 cm nicht erreichte. Das Gericht vermisst eine schlüssige Begründung dafür, dass und warum kleine(ere) Frauen den aktuellen Herausforderungen des Polizeidienstes nicht gewachsen sind (Beschluss vom 31. 1. 2017 – 1 L 6/17; so jetzt auch *Verwaltungsgericht Düsseldorf*, Urteil vom 8. 8. 2017 – 2 K 7427/17). Das *Verwaltungsgericht Schleswig* hat ebenfalls zugunsten einer „kleinen Frau“ (1,58 m) entschieden (Urteil vom 26. 3. 2015 – 12 A 120/14, DVP 2015, S. 304). Allerdings betrifft der Fall eine Volljuristin, die sich erfolglos auf eine Stelle des höheren Polizeivollzugsdienstes beworben hatte. Polizeiliche Führungskräfte müssen sich in der Regel nicht mit Krawallbrüdern herumschlagen und körperlich durchsetzen.

Kleinwüchsigen Männern wird seltsamerweise immer noch mehr „Kampfkraft“ zugetraut als Frauen vergleichbarer Statur. Das hat Tradition. Ein literarisches Beispiel ist „Old Shatterhand“ (= „Kara Ben Nemsí“), der von seinem Erfinder *Karl May* (ca. 1,66 m) zwar als schwächling beschrieben wird, der aber gleichzeitig über soviel Körperkraft und Gewandtheit verfügt, dass er es mühelos mit weitaus größeren und stärkeren Gegnern aufnehmen kann („In den Schluchten des Balkans“, 1962, Seite 336, 337). Derartige Vorstellungen sind offenbar auch in den Köpfen der Polizeiführung und so mancher Verwaltungsrichter fest verankert.

Für Bewerberinnen um eine Stelle im Polizeidienst, die lediglich an ihrer geringen Größe gescheitert sind, ist es vielleicht ein kleiner Trost, dass auch prominente Männer (beispielsweise *Friedrich der Große* [!]: 1,62 m; *Peter Dinklage* [Darsteller des *Tyrion Lannister* in „Game of Thrones“]: 1,35 m und *Nicolas Sarkozy*: 1,65 m) es vermutlich nicht in eine mittlere oder gehobene Polizeiaufbahn geschafft hätten.

*Prof. Dr. J. Vable*, Bielefeld

# Die DVP im September 2017/Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

*Reinhard Mokros*

### **Ausbildung des gehobenen Dienstes der Kommunalverwaltung an der FHöV NRW (Teil 1) . . . . . 355**

Am 1. August 1976 nahm die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (FHöV NRW) den Studienbetrieb auf. In den 40 Jahren ihres Bestehens hat die FHöV NRW einige Veränderungen erlebt. Dieser Beitrag befasst sich mit der Ausbildung des gehobenen Dienstes der Kommunalverwaltung, blickt dabei auf die Gründungsphase der Hochschule zurück und geht auf die aktuelle Situation zu Beginn des Studienjahres 2017/2018 ein.

*André Mangion*

### **Beendigung von Arbeitsverhältnissen . . . . . 360**

Arbeitsverhältnisse beruhen auf Verträgen, die nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts durch die Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen zustande kommen. Dem Grunde nach enden Arbeitsverhältnisse gleichfalls nach den Vorschriften des BGB. Danach kann ein Arbeitsvertrag durch eine einseitige Kündigung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers beendet werden. Aufgrund des besonderen Charakters von Arbeitsverhältnissen und wegen des speziellen Schutzbedürfnisses der Beschäftigten sind, insbesondere wenn der Beendigungswunsch vom Arbeitgeber ausgeht, regelmäßig über das BGB hinausgehende, weitere Vorschriften zu beachten.

Ein geschlossenes Arbeitsverhältnis kann auf verschiedenen Wegen zu einer Beendigung geführt werden. Neben der Kündigung kommt beispielsweise die Anfechtung oder der Aufhebungsvertrag in Betracht. Diese und weitere Beendigungsmöglichkeiten sind Gegenstand dieses Beitrags.

*Gerhard Lange*

### **Die Gemeinde in Nordrhein-Westfalen als Gesellschafterin einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) . . . . . 365**

In Form eines Schaubildes werden die wesentlichen kommunal- und gesellschaftsrechtlichen Zusammenhänge der kommunalen Tätigkeit in Form einer GmbH dargestellt.

*Ralf Schmorleiz*

### **Aktuell im Fokus . . . . . 366**

Unter dem Rubrum „Aktuell im Fokus“ sollen aktuelle Ereignisse und Entwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland durch Hintergrundinformationen und aktuelle Diskussionen näher erläutert werden. Den Auftakt dieser Reihe bildet anlässlich der am 24.09.2017 stattfindenden Wahl zum 19. Deutschen Bundestag eine Darstellung des Wahlsystems.

*Beate Rheindorf/Holger Weidemann*

### **Sondernutzungsgebühren und Behördenzuständigkeit . . . . . 370**

Die Straßengesetze sehen durchweg vor, dass es einer ausdrücklichen Sondernutzungserlaubnis nicht bedarf, wenn nach den Vorschriften des

Straßenverkehrsrechts eine Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung (§ 29 StVO) oder eine Ausnahmegenehmigung (§ 46 StVO) erforderlich ist (sog. Konzentrationswirkung).

Damit ist in diesen Fällen allein die Straßenverkehrsbehörde befugt, die erforderliche Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Die von der für die Sondernutzung zuständigen Behörde geforderten Bedingungen, Auflagen und Sondernutzungsgebühren sind dem Antragsteller in der Entscheidung aufzuerlegen. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die für die Sondernutzungserlaubnis (nicht mehr) zuständige Behörde auch die Befugnis verliert, eigenständig Sondernutzungsgebühren zu erheben.

*Felix Koehl*

### **Das Vorverfahren nach der VwGO – Teil 2 . . . . . 372**

Im 2. Teil dieser Darstellung geht es insbesondere um ein (erläutertes) Prüfungsschema im Widerspruchsverfahren. Angesprochen werden u.a. die Statthaftigkeit des Widerspruchs, die Formelle Ordnungsgemäßheit der Widerspruchseinlegung, Fristgerechte Einlegung des Widerspruchs, Widerspruchsbefugnis sowie Fragen der Begründetheit.

## Fallbearbeitungen

*Birgit Beckermann*

### **Verwaltungsmanagement und Organisation . . . . . 379**

Themenschwerpunkt dieser Klausur sind Strategisches Management und SWOT-Analyse, die erläutert und auf einen konkreten Fall angewendet werden sollen.

*Christine Susanne Rabe/Antje Torlage*

### **Wiedergestattung eines Gewerbes . . . . . 384**

Gegenstand der Online-Fallbearbeitung ist ein Fall aus dem Gewerbe-recht, wobei zugleich die Grundlagen der Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage vermittelt werden.

## Rechtsprechung

**Bekanntgabe einer Nutzungsuntersagung**  
(OVG Münster, Beschluss vom 30.01.2017 – 2 B 1226/16)..... 388

**Es kann nur eine geben – zur Auswahlentscheidung bei Spielhallen**  
(OVG Münster, Beschluss vom 08.06.2017 – 4 B 307/17)..... 389

**Sicherstellung von Fahrzeugen zur Gefahrenabwehr**  
(VGH Kassel, Beschluss vom 30.06.2015 – 8 A 103/15)..... 391

**Gebührenerhebung wegen verstärkten Polizeieinsatzes bei Fußballspiel**  
(VG Bremen, Urteil vom 17.05.2017 – 2 K 1191/16)..... 392

**Observierung eines Versicherungsnehmers**  
(OLG Köln, Urteil vom 03.08.2012 – 20 U 98/12) ..... 394

## Schrifttum 395

*Die Schriftleitung*

Reinhard Mokros\*

## Ausbildung des gehobenen Dienstes der Kommunalverwaltung an der FHöV NRW (Teil 1)

*Am 1. August 1976 nahm die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (FHöV NRW) den Studienbetrieb auf. In den 40 Jahren ihres Bestehens hat die FHöV NRW einige Veränderungen erlebt. Dieser Beitrag befasst sich mit der Ausbildung des gehobenen Dienstes der Kommunalverwaltung, blickt dabei auf die Gründungsphase der Hochschule zurück und geht auf die aktuelle Situation zu Beginn des Studienjahres 2017/2018 ein.*

Die FHöV NRW ist eine Einrichtung des Landes, die ausdrücklich aus dem Geltungsbereich des Hochschulgesetzes ausgenommen ist.<sup>1</sup> Für sie gilt das Gesetz über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (FHGöD NRW) vom 29. Mai 1984<sup>2</sup>, welches durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (Fachhochschulgesetz öffentlicher Dienst – FHGöD –) und zur Änderung des Landesbeamtengesetzes (LBG) vom 1. März 2005<sup>3</sup> novelliert wurde und seitdem im Vergleich zu den beiden anderen internen Fachhochschulen des Landes für die FHöV NRW einige Sonderregelungen enthält. So ist (nur) für die FHöV NRW „sicherzustellen, dass sie an der allgemeinen Hochschulentwicklung teilhat“ (§ 4 S. 2 FHGöD NRW).

Gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 FHGöD NRW bietet die Hochschule „Studiengänge für nach beamtenrechtlichen Vorschriften zum Studium zugelassene Laufbahnbewerber und Aufstiegsbeamte (Studierende) für Laufbahnen des gehobenen nichttechnischen Dienstes im Geltungsbereich des Landesbeamtengesetzes an.“ Seit dem Jahr 1976 studieren Anwärterinnen und Anwärter des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes der Kommunen an der FHöV NRW. Vor Gründung der FHöV NRW waren die 396 Städte und Gemeinden sowie Kreise und Landschaftsverbände für die Ausbildung des gesamten Nachwuchses, also auch für Anwärter des gehobenen Dienstes (heute Laufbahngruppe 2.1), zuständig.

### 1 Rechtliche Vorgaben für die Ausbildung an einer FH

Die Ausbildungslehrgänge für den gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst der Kommunen fanden vor Gründung der FHöV NRW an den kommunalen Studieninstituten statt. Für alle Studieninstitute verbindliche Curricula gewährleisteten gleiche Standards im gesamten Land NRW. Dieser Tätigkeitsbereich der Studieninstitute fiel weg, als der Bund mit dem Gesetz zur Vereinheitlichung des

Beamtenrechts – Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG)<sup>4</sup> von seiner Kompetenz zur Rahmengesetzgebung Gebrauch machte und in § 14 BRRG<sup>5</sup> für die Laufbahnen des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes einen dreijährigen Vorbereitungsdienst „in einem Studiengang einer Fachhochschule oder in einem gleichstehenden Studiengang“ vorschrieb. Dieser Vorbereitungsdienst sollte aus Fachstudien von mindestens achtzehnmonatiger Dauer und berufspraktischen Studienzeiten von mindestens einem Jahr bestehen. Die Länder waren verpflichtet, die Beamtenausbildung für den gehobenen Dienst der Landes- und der Kommunalverwaltung an die in § 14 BRRG gemachten Vorgaben anzupassen.

In NRW wurde die Vorschrift umgesetzt, indem das Gesetz über die Fachhochschulen im Lande Nordrhein-Westfalen (FHG NRW) vom 29. Juli 1969<sup>6</sup> durch Gesetz vom 25. Februar 1975<sup>7</sup> um einen Teil II ergänzt wurde, der die Errichtung „Besonderer Fachhochschulen“ ermöglichte. Damit waren Ausbildungseinrichtungen für den gehobenen nichttechnischen Dienst gemeint, und zwar „je eine Ausbildungseinrichtung im Geschäftsbereich des Finanzministers für die Steuerverwaltung, im Geschäftsbereich des Justizministers für die Rechtspflege sowie im Geschäftsbereich des Innenministers für die übrigen Studienrichtungen“ (§ 31 Abs. 1 FHG NRW). Während für die Ausbildung des gehobenen Dienstes der Finanzverwaltung in Nordkirchen und für die Ausbildung der Rechtspfleger in Bad-Münstereifel eigene Fachhochschulen errichtet wurden, sollten der gehobene Dienst der staatlichen und kommunalen Verwaltung sowie der Polizei gemeinsam ein Studium an einer Fachhochschule für öffentliche Verwaltung absolvieren.

In § 31 Abs. 2 FHG NRW werden die jeweiligen Minister ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Minister für Wissenschaft und Forschung durch Rechtsverordnung die „Besonderen Fachhochschulen“ zu errichten. In der Verordnung sollten der Zeitpunkt der Errichtung, der Sitz der Ausbildungseinrichtung und die Standorte der Abteilungen bestimmt werden. Das Innenministerium erließ aufgrund dieser Ermächtigung die Verordnung über die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung (VO FHöV) vom 19. Mai 1976.<sup>8</sup> Die Vorgabe des § 14 BRRG war damit in NRW erfüllt.

### 2 Vorgaben für die Beamtenausbildung an einer FH

Auch in anderen Bundesländern sollte die Ausbildung des gehobenen nichttechnischen Dienstes an einer Fachhochschule erfolgen. Auf Ebene der Konferenz der Innenminister/Innensenatoren der Länder

\* Reinhard Mokros ist Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

1 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 des Hochschulgesetzes NRW vom 16.9.2014, GV. NRW. S. 547.

2 GV. NW. S. 304.

3 GV. NW. S. 167.

4 BRRG i. d. F. v. 31.3.1999 (BGBl. I S. 654). Das Gesetz ist gem. § 63 Abs. 2 des Gesetzes v. 17. 6. 2008 (BGBl. I S. 1010) mit Ausnahme von Kapitel II und § 135 zum 1. 4. 2009 außer Kraft getreten und wurde durch das Beamtenstatusgesetz ersetzt.

5 Eingefügt durch Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung beamtenrechtlicher Vorschriften vom 18. August 1976 (BGBl. I S. 2209).

6 GV. NW. S. 572.

7 GV. NW. S. 204. Bekanntgabe der Neufassung des Gesetzes vom 25.3.1975, GV. NW. S. 312.

8 GV. NW. S. 204.

(IMK) gab es intensive Bemühungen um eine möglichst gleichförmige Verwaltungsausbildung. In ihrer Sitzung am 10./11. Juni 1976 in München beschloss die IMK die folgenden Leitsätze zur Einführung der Fachhochschulausbildung für die Beamten des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes:

1. Die Ausbildung soll drei Jahre dauern, von denen 18 Monate auf fachwissenschaftliche Studienzeiten an der Fachhochschule entfallen. Eine praktische Ausbildung ohne fachwissenschaftliche Lehrveranstaltungen darf zwölf Monate nicht unterschreiten. Die Ausbildungsstellen und die Fachhochschule arbeiten bei der Vorbereitung und Durchführung der Lehrveranstaltungen zusammen.
2. Das Festlegen einer verbindlichen zeitlichen Reihenfolge der fachwissenschaftlichen und der fachpraktischen Unterweisungen ist nicht erforderlich. Es wird aber für notwendig gehalten, die zwei Phasen – Studium und Praktikum – in den Studiengang in Intervallen einzuordnen und inhaltlich zu verbinden.
3. Im Interesse eines erforderlichen engen Praxisbezuges muß ein Wechsel von Dozenten (Lehrer) der Fachhochschule zwischen Verwaltungs- und Lehrtätigkeit gewährleistet sein.
4. Um einer Zersplitterung vorzubeugen, sollen möglichst viele Laufbahnen des gehobenen nichttechnischen Dienstes einschließlich der Polizei und Gemeinden an der Fachhochschulausbildung teilnehmen.
5. Die Studieninhalte sollten möglichst einheitlich sein.
6. Für die Absolventen der Fachhochschule ist eine Graduierung zu ermöglichen. Der zu verleihende Grad sollte im Bund und in den Ländern einheitlich sein.

Die Harmonisierung der formalen und inhaltlichen Struktur der Ausbildung für den gehobenen nichttechnischen Dienst in den Ländern war nicht einfach. Das Land NRW sah sich sogar gezwungen, den ursprünglich für den 1. 8. 1975 angekündigten Studienbeginn an der FHöV NRW<sup>9</sup> um ein Jahr zu verschieben, um den Prozess der Einigung auf gemeinsame Standards nicht zu gefährden.<sup>10</sup>

### 3 Gründungsphase der FHöV NRW

Am 27. 9. 1976 fand in den Räumen der Zentralverwaltung in Gelsenkirchen, einer ehemaligen städtischen Grundschule, die Gründungsfeier der FHöV NRW statt. Der damalige Innenminister *Dr. Burkhard Hirsch* führte den ersten Leiter der Hochschule, *Dr. Ernst Pappermann*, in sein Amt ein. In einem Artikel zum 10-jährigen Bestehen der FHöV NRW in der Hochschulzeitschrift „diskus“ erinnert sich der damalige Verwaltungsmitarbeiter *Norbert Hammerschick* an die Anfänge: „Am 01.08.76, zu Beginn des Studienbetriebes, bestand die Verwaltung neben dem Leiter aus drei Personen. Erst im August 76 wurden nach und nach die Abteilungen und die Zentrale mit Verwaltungskräften besetzt. Was diese an den Abteilungen vorfanden, war mehr als dürftig. (...) Keine Stühle, keine Tische, keine Tafeln und gar Tageslichtprojektoren, keinen Schreibtisch, keine Schränke und das Schlimmste – kein Telefon.“<sup>11</sup> Im Jahresbericht 1985/1986

9 Die Streife, H. 4/1975, S. 10.

10 Die Streife, H. 7/1975, S. 12.

11 *Hammerschick*: 10 Jahre Fachhochschule für öffentliche Verwaltung – Rückschau eines Senats- und Verwaltungsmitglieds, in: *diskus*, Sonderheft Oktober 1986, S. 13.

der FHöV<sup>12</sup> äußerte sich *Dr. Dieprand von Richthofen*, seit 1. November 1980 Leiter der Hochschule, in einem Rückblick auf die Gründungsphase<sup>13</sup> ähnlich. Er kritisierte, dass die Phase zwischen der Novelle des FHG und der Errichtung durch Rechtsverordnung nicht genutzt wurde. Anders als bei der Fachhochschule des Bundes gab es keine Vorlaufphase. Der Gründungsdirektor wurde erst am 15. 6. 1976 kommissarisch eingestellt und als der Lehrbetrieb aufgenommen wurde, gab es noch keine hauptamtlichen Dozenten.“ Ähnlich äußerte sich der damalige Staatssekretär im nordrhein-westfälischen Innenministerium, *Karl-Friedrich Brodeßer*, in einem Rückblick auf das erste Jahr nach Gründung der Hochschule.<sup>14</sup> Er bemerkt darin, dass es im Frühjahr 1976 noch nicht feststand, ob es überhaupt zur Errichtung der FHöV NRW kommen würde und spricht von einem Start, der mit viel Improvisation und damit notwendigerweise mit Anfangsschwierigkeiten verbunden war. Eine dieser Improvisationen war, dass die Studierenden des ersten Einstellungsjahrgangs zunächst ein Einführungspraktikum in den Einstellungsbehörden absolvieren mussten, weil weder die personellen noch die sachlichen Voraussetzungen für das fachwissenschaftliche Studium gegeben waren. Der Studienbetrieb an der FHöV NRW begann erst im November 1976.

Nach Gründung der FHöV NRW waren die Kommunen nicht mehr für die Ausbildung ihrer Nachwuchskräfte des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes zuständig. Als Begründung für die Überführung in die Verantwortung des Landes wird im Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung des Gesetzes über die Fachhochschulen im Lande Nordrhein-Westfalen vom 16.10.1973 ausgeführt: „Die Ausbildung der Beamten von Gemeinden und Gemeindeverbänden an einer staatlichen Fachhochschule ist erforderlich, um die Gleichwertigkeit des Niveaus der Ausbildung zu gewährleisten, und zwar sowohl im Verhältnis vom technischen zum nichttechnischen Dienst als auch für die verschiedenen Ausbildungsbereiche innerhalb des gehobenen nichttechnischen Dienstes. Im Übrigen ist die Übernahme der Ausbildung durch das Land eine Konsequenz der eingeleiteten Neuverteilung bildungspolitischer Zuständigkeiten, nach der der Sekundarbereich den Gemeinden und Gemeindeverbänden, der Tertiärbereich dem Land zufällt.“<sup>15</sup>

### 4 Organisation der FHöV NRW

Die FHöV NRW hatte bei ihrer Gründung elf Abteilungen, und zwar in Aachen, Bielefeld, Dortmund, Duisburg, Düsseldorf, Gelsenkirchen, Hagen, Köln, Münster, Soest und Wuppertal. Sitz der Zentralverwaltung der FHöV NRW war damals wie heute Gelsenkirchen. Die aktuelle Fassung der Verordnung über die Fachbereiche und Abteilungen der FHöV NRW<sup>16</sup> vom 19. Dezember 2014 sieht nur vier Abteilungen vor, und zwar in Duisburg, Gelsenkirchen, Köln und Münster. Zur Abteilung Gelsenkirchen gehören der Studienort Hagen und die Außenstelle Dortmund und zur Abteilung Münster gehört der Studienort Bielefeld.

12 Die Verpflichtung zur Erstellung von Jahresberichten besteht erst seit Inkrafttreten des FHGöD NRW, so dass dies der erste Jahresbericht der Hochschule ist.

13 *Von Richthofen*: Zehn Jahre Fachhochschule, in: Jahresbericht 1985/1986 des Leiters der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, S. 3.

14 *Brodeßer*: Ein Jahr Fachhochschule für öffentliche Verwaltung – Erfahrungen und Ausblick, in: *Verwaltungsgrundschau*, H. 10/1977, S. 290–294.

15 LT-Drs. 7/3175, S. 15.

16 GV. NRW. 2014 S. 968.

Gemäß § 2 VO FHöV wurden bei der Gründung der FHöV NRW die Fachbereiche

- Staatlicher Verwaltungsdienst (SVD)
- Kommunaler Verwaltungsdienst (KVD)
- Polizeivollzugsdienst (PVD)
- Verwaltungsdienst der Sozialversicherungsträger und der Kriegsoferversorgung (Soz/KV)<sup>17</sup>

gebildet. Damit sollte „den unterschiedlichen Ausbildungsschwerpunkten der einzelnen Laufbahnen Rechnung getragen werden.“<sup>18</sup> Durch Änderung der Verordnung über die Fachbereiche und Abteilungen der FHöV NRW vom 3. Mai 2011<sup>19</sup> wurde die Zahl der Fachbereiche auf zwei reduziert. Zum Fachbereich Allgemeine Verwaltung/Rentenversicherung gehören die Bachelorstudiengänge Kommunaler Verwaltungsdienst – Allgemeine Verwaltung, Kommunaler Verwaltungsdienst – Verwaltungsbetriebswirtschaftslehre, Staatlicher Verwaltungsdienst sowie Deutsche Rentenversicherung und zum Fachbereich Polizei der Bachelorstudiengang Polizeivollzugsdienst.

Im Unterschied zu anderen Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst – wie z.B. der „Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern“<sup>20</sup> – werden an der FHöV NRW weder die Anwärtinnen und Anwärter des gehobenen Dienstes der Justiz noch die der Finanzverwaltung ausgebildet. Bei der Beratung des Entwurfs eines Gesetzes zur Novellierung des FHG NRW wurde kontrovers über die Frage der Einrichtung einer ressortübergreifenden Ausbildungseinrichtung diskutiert. Abgelehnt wurde diese in den Ausschussberatungen mit dem Argument, dass nur die „Schaffung getrennter Bildungseinrichtungen für die großen Ausbildungsbereiche der Innen-, Justiz-, Finanz- und Sozialverwaltung“ eine rasche Realisierung der Reformpläne ermöglichen würde.<sup>21</sup> Die Landesregierung vertrat die Auffassung, dass die Ausbildungsinhalte der verschiedenen Fachbereiche kaum sachliche Berührungen hätten, sobald die Ressortgrenzen überschritten würden und lehnte ebenfalls eine ressortübergreifende Einrichtung ab.<sup>22</sup> Der Änderungsantrag der CDU-Fraktion, der eine ressortübergreifende Hochschule mit dem Argument forderte, dass größerer Einheiten die Anpassung an neue Entwicklungen erleichtern und eine gleichwertige Ausbildungsqualität in allen Bereichen der Verwaltung sichern würde, wurde im Ausschuss abgelehnt.<sup>23</sup>

In NRW hätte die CDU jetzt die Gelegenheit, die FHöV NRW zu einer ressortübergreifenden Ausbildungseinrichtung auszubauen. Mit Blick auf die von der neuen Landesregierung angekündigten Veränderungen der Sicherheitsarchitektur, ist eine Einbeziehung der Studiengänge Rechtspflege und Strafvollzug<sup>24</sup> in das Ausbildungsangebot einer großen und leistungsfähigen „Hochschule für Justiz, Polizei und Verwaltung NRW“ nicht nur aus ökonomischen Gründen sinnvoll. Die bei der Staatskanzlei eingerichtete „Kommission zur Neuauflistung der Inneren Sicherheit in Nordrhein-Westfalen (Bosbach-Kommis-

sion)“<sup>25</sup> soll eine „Generalrevision der Sicherheitsarchitektur in Nordrhein-Westfalen auf die aktuellen und absehbaren Herausforderungen hin“ vornehmen und könnte auch ein fachliches Votum zur Zukunft der Ausbildung abgeben. Die Chancen für die Verwirklichung eines solchen innovativen Konzepts sind allerdings gering, denn im Koalitionsvertrag 2017–2022 von CDU und FDP<sup>26</sup> wird auf Seite 59 angekündigt, die „Gründung einer Fachhochschule für die Polizei“ zu prüfen. Konkretisiert wird der Prüfauftrag durch den Satz: „Dabei sind sowohl ein zentraler oder mehrere dezentrale Standorte denkbar.“ Der parteiübergreifende Konsens, dass der gehobene Dienst der staatlichen und kommunalen Verwaltung gemeinsam mit der Polizei an einer Fachhochschule ausgebildet werden soll, scheint nicht mehr zu bestehen.

## 5 Selbstverwaltungsgremien der FHöV NRW

Durch Runderlass des Innenministers vom 10.12.1976 wurde die Vorläufige Grundordnung der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Gelsenkirchen (VorlGrundO) mit Bestimmungen über den Senat und die Fachbereichsräte mit der Wahlordnung für den Senat als Anlage erlassen.<sup>27</sup> Im Februar 1977 wurde der Senat gewählt, der am 7. März 1977 zu seiner konstituierenden Sitzung zusammentrat.<sup>28</sup> Mitglieder des Senats waren gem. § 1 VorlGrundO der Leiter der FHöV NRW als Vorsitzender, sein Stellvertreter, 14 Vertreter der Lehrenden, zwölf Vertreter der Studierenden, vier Vertreter der Mitarbeiter der Verwaltung, zwei von den kommunalen Spitzenverbänden und zwei von den Sozialversicherungsträgern bestimmte Vertreter sowie vier vom Innenminister benannte Mitglieder mit beratender Stimme. Im ersten Handbuch der FHöV NRW sind die Mitglieder des Senats namentlich aufgeführt.<sup>29</sup> Zu der Gruppe der 14 Lehrenden gehörten auch zehn Abteilungsleiter, wobei der kommissarische Leiter der Abteilung Duisburg zugleich Stellvertreter des Leiters war. Bemerkenswert ist, dass zur Gruppe der vom Innenminister benannten Mitglieder drei Ministerialdirigenten (davon einer als Vertreter des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales) und ein Leitender Ministerialrat gehörten. Mit dem 1. Direktor LVA Rheinprovinz und dem 1. Direktor der LVA Westfalen waren auch die Sozialversicherungsträger prominent vertreten.

Aktuell gehören dem Senat der FHöV NRW gemäß § 11 Abs. 1 FHGöD NRW als stimmberechtigte Mitglieder der Präsident als Vorsitzender, 15 Vertreterinnen/Vertreter der Gruppe der hauptamtlich Lehrenden, acht Vertreterinnen/Vertreter der Studierenden sowie zwei Vertreterinnen/Vertreter der Gruppe der Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter an. Daneben gehören dem Senat zwei von den kommunalen Spitzenverbänden zu bestimmende Mitglieder und ein von der Deutschen Rentenversicherung zu bestimmendes Mitglied an. Die Gleichstellungsbeauftragte der Hochschule ist nicht-stimmberechtigtes Mitglied des Senats, mit Antrags- und Rederecht. Ferner gehören die Abteilungsleiterinnen und Abteilungsleiter, die Vizepräsidentin / der Vizepräsident, die Kanzlerin / der Kanzler und die Fachbereichssprecherinnen / Fachbereichssprecher dem Senat mit beratender Stimme an. Mitglieder des Senats mit beratender Stimme

17 Durch VO v. 12.3.2009 (GV.NRW. 2009 S. 178) in „Rentenversicherung“ geändert.

18 Die Streife, H. 12/1976, S. 2.

19 GV.NRW. 2011 S. 286.

20 Homepage: <http://www.fhvr.bayern.de> (zuletzt abgerufen am 23.7.2017).

21 Bericht des Kulturausschusses vom 30.1.1975, LT-Drs. 7/4626, S. 5.

22 Bericht des Kulturausschusses vom 30.1.1975, LT-Drs. 7/4626, S. 6.

23 Bericht des Kulturausschusses vom 30.1.1975, LT-Drs. 7/4626, S. 6.

24 Vgl. dazu: <http://www.fhr.nrw.de/aufgaben/lehre/index.php> (zuletzt abgerufen am 23.7.2017).

25 [https://www.cdu-nrw.de/sites/default/files/media/docs/2017-04-25\\_profile\\_bosbach-kommission.pdf](https://www.cdu-nrw.de/sites/default/files/media/docs/2017-04-25_profile_bosbach-kommission.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.7.2017).

26 <https://www.cdu-nrw.de/koalitionsvertrag-fuer-nordrhein-westfalen-2017-2022> (zuletzt abgerufen am 13.7.2017).

27 MBl. NW 1977, S. 18.

28 Brodeßer, aaO. (Fn. 14), S. 290.

29 Pappermann (Hg): Handbuch der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, 1977, S. 89.

sind auch ein Vertreter des Innenministeriums und je ein von den Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbänden (§ 106 Abs. 4 Satz 1 Landesbeamtengesetz) zu bestimmendes Mitglied.

Nach Gründung der FHöV NRW stand der Senat vor der Aufgabe, die Grundordnung und andere wichtige Regelungen für die Hochschule zu beschließen. Weil ein Gremium solcher Größenordnung kaum in der Lage ist, in seinen Sitzungen Entscheidungen über Satzungen, Studienordnungen, Studienpläne, Personalvorschläge und andere Grundsatzangelegenheiten ohne sachliche Vorbereitung zu treffen, setzte der Senat eine Haushalts- und Strukturkommission (12 Mitglieder), die Studienkommission (19 Mitglieder, davon vier mit beratender Stimme) sowie von Fall zu Fall die für Stellenbesetzungen notwendigen Kommissionen (Berufungskommissionen) ein.<sup>30</sup> Die Studienkommission bestand aus dem Leiter der FHöV NRW, zehn Lehrenden, vier Studierenden sowie Vertretern der kommunalen Spitzenverbände, der Sozialversicherungsträger und des Innenministeriums mit beratender Stimme.<sup>31</sup> Um die Studienordnungen zu entwerfen, setzte die Studienkommission sieben Unterkommissionen ein. Fachbereichsräte – zu deren Aufgabe dies gehört hätte – gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht.

Heute ist der Fachbereichsrat Allgemeine Verwaltung/Rentenversicherung (FBR AV/R) für die beiden Studiengänge der Kommunalverwaltung verantwortlich. Ordentliche Mitglieder des FBR AV/R sind gemäß § 14 Abs. 1 FHGöD NRW acht hauptamtlich Lehrende der FHöV NRW, darunter mindestens einer, der die Aufgaben des Abteilungsleiters wahrnimmt, ein Vertreter der Lehrbeauftragten, drei Studierende und „drei Vertreter der bei den Ausbildungskörperschaften tätigen Ausbildungsleiter oder Ausbilder“, zurzeit ein Vertreter der Bezirksregierungen, zwei Vertreterinnen der Kommunen sowie ein Vertreter der Rentenversicherungsträger.

## 6 Entwicklung der Studierendenzahlen

Mit 956 Studierenden startete die FHöV NRW sehr bescheiden. Die Verteilung der Studierenden auf Abteilungen und Fachbereiche wird in der nachfolgenden Tabelle<sup>32</sup> dargestellt:

Abteilung	SVD	KVD	Soz/KV	PVD
Aachen	–	32	–	–
Bielefeld	19	36	–	61
Dortmund	–	32	–	64
Duisburg	–	42	–	–
Düsseldorf	27	79	27	–
Gelsenkirchen	–	47	–	–
Hagen	–	31	–	–
Köln	22	105	–	64
Münster	32	60	23	–
Soest	22	16	–	–
Wuppertal	–	50	–	65
Zusammen:	122	530	50	254

30 Brodeßer, aaO. (Fn. 14), S. 290.

31 Vgl. die Übersicht in Pappermann, aaO. (Fn. 29), S. 88.

32 Aus: Die Streife, H. 12/1976, S. 3.

Die Studierendenzahlen sind in den über 40 Jahren des Bestehens der FHöV NRW stark angestiegen. Der bisherige Höchststand mit über 10.000 Studierenden wurde im September 2017 erreicht, als 3.958 Berufsanfänger das Studium an der FHöV NRW begonnen haben. Darunter sind 1.373 Inspektorenanwärterinnen und -anwärter der Studiengänge für die Kommunalverwaltung. Die Verteilung auf die Studienorte und Studiengänge wird in folgender Tabelle dargestellt:

Studienort	SVD	KVD	VBWL	DRV	PVD
Köln	55	383	60	0	517
Duisburg	81	222	27	28	174
Mülheim	0	0	0	0	518
Gelsenkirchen	2	155	0	0	225
Hagen	0	99	20	0	222
Dortmund	34	95	30	0	99
Münster	33	162	0	0	225
Bielefeld	26	120	0	0	225
Summe	231	1236	137	53	2301

Die höchsten Einstellungszahlen weisen die Großstädte Köln, Dortmund, Essen, Düsseldorf, Duisburg, Bielefeld, Bonn, Münster, Gelsenkirchen und Mülheim an der Ruhr sowie die beiden Landschaftsverbände auf. Dabei handelt es sich nicht mehr nur um Beamte auf Widerruf, die an der FHöV NRW studieren. Insgesamt 586 Studierende der Einstellungsjahrgänge 2011–2016 aus ca. 40 Kommunen wurden in einem Angestelltenverhältnis eingestellt.

In den Medien wird regelmäßig über die steigenden Einstellungszahlen der Polizei berichtet. Als Grund dafür wird die hohe Zahl der Pensionierungen genannt. Die Situation ist in den Städten und Gemeinden des Landes NRW nicht anders. Auch die Kommunen erhöhen die Zahl der Einstellungen, stoßen dabei aber zum Teil an finanzielle Grenzen. Um der FHöV NRW eine gewisse Planungssicherheit zu geben, prognostizieren die kommunalen Einstellungs- und Ausbildungsbehörden die Zahl der beabsichtigten Einstellungen für einen Zeitraum von 10 Jahren. Dies ergibt folgendes Bild:

	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026
KVD	1263	1253	1261	1248	1233	1223	1234	1162	1058
VWBL	118	116	122	112	113	117	114	99	90

Diese Prognose, die in den vergangenen Jahren zu 90 % zutraf, zeigt, dass die Ausbildung von Nachwuchskräften für die Kommunalverwaltung an der FHöV NRW auch in Zukunft einen hohen Stellenwert haben wird.

## 7 Einfluss der Kommunen auf Organisation und Inhalte des Studiums

Es ist verständlich, dass die Kommunen daran interessiert sind, Einfluss auf Inhalt und Organisation der Ausbildung zu nehmen. Dies war auch dem Gesetzgeber bei Gründung der FHöV NRW klar. Im Gesetzentwurf zur Errichtung der FHöV NRW<sup>33</sup> wird deshalb auf die Regelungen hingewiesen, die eine Mitwirkung der Gemeinden und Gemeindeverbände an der Ausbildung von Nachwuchskräften für den

33 Gesetzentwurf der Landesregierung, aaO. (Fn. 15), S. 15.

eigenen Bedarf ermöglichen soll. Dazu gehörte die Bildung eines Beirats, der das Recht hat, bei „allen wesentlichen Maßnahmen“, welche die Ausbildung betreffen, „beratend mitzuwirken.“<sup>34</sup> „Im Übrigen“ – so der Gesetzentwurf<sup>35</sup> – „bietet die fachpraktische Ausbildung in den Gemeinden und Gemeindeverbänden hinreichende Möglichkeiten, die Beamtenanwärter mit den speziellen Problemen kommunaler Verwaltung vertraut zu machen.“ Diese Formen der „Mitwirkung“ sind längst nicht mehr zeitgemäß. Es ist der Wunsch der kommunalen Spitzenverbände und einiger Einstellungs- und Ausbildungsbehörden, die Möglichkeiten der Mitgestaltung deutlich zu erweitern. Eine Möglichkeit dazu wäre die Einrichtung eines Hochschulrates. Im Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16. September 2014<sup>36</sup> wird für die allgemeinen (Fach-)Hochschulen in § 21 die Bildung eines Hochschulrates vorgeschrieben, der das Rektorat berät und die Aufsicht über dessen Geschäftsführung ausübt. Der Hochschulrat gibt u.a. Empfehlungen und Stellungnahmen in Angelegenheiten der Forschung, Lehre und des Studiums ab, die die gesamte Hochschule oder zentrale Einrichtungen betreffen oder von grundsätzlicher Bedeutung sind. Die Mitglieder des Hochschulrates bilden gemeinsam mit den Mitgliedern des Senats die Hochschulversammlung (§ 22a HG NRW), welche die Mitglieder des Rektorats wählt (§ 17 HG NRW). Denkbar wäre auch eine Regelung, wie sie für die „Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern“<sup>37</sup> gilt. Der Rat wählt den Präsidenten und seinen Stellvertreter und unterstützt den Präsidenten bei der Leitung der Hochschule.

## 8 Zwischenfazit

Die Rückbesinnung auf die Grundentscheidungen, die in Nordrhein-Westfalen Anfang der 1970er-Jahre getroffen worden sind, kann hilfreich sein bei der Bestimmung der aktuellen strategischen Ausrichtung der Hochschule. Diese Grundentscheidungen waren:

1. Die Ausbildung des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes und der Polizei sollte an einer Fachhochschule stattfinden.
2. Es sollten im jeweiligen Geschäftsbereich der Ministerien für Inneres, Justiz und Finanzen jeweils besondere Fachhochschulen bestehen und keine ressortübergreifende Ausbildungseinrichtungen geschaffen werden.
3. Die Fachhochschule für öffentliche Verwaltung als Landeseinrichtung sollte auch für die Ausbildung der Beamtinnen/Beamten des gehobenen nichttechnischen Dienstes der Gemeinden und Gemeindeverbände zuständig sein.
4. Der gehobene Dienst der kommunalen und staatlichen Verwaltung sowie der Polizei sollten gemeinsam an einer Fachhochschule ausgebildet werden.

Nach der Übernahme der Ausbildung des gehobenen nichttechnischen Dienstes der Kommunalverwaltung durch das Land NRW gab es hinsichtlich der Ausbildung des Personals in den Städten und Gemeinden keine weiteren Aktivitäten. Im Gegenteil: Ein Blick in aktuelle Rechtsvorschriften legt die Vermutung nahe, dass die FHöV NRW nach dem Willen der Landesregierung nicht mehr die „erste Adresse“ für die Ausbildung der Nachwuchskräfte der Kommunen

sein soll. So bestimmt die Verordnung über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten im Land Nordrhein-Westfalen (Laufbahnverordnung – LVO) vom 21. Juni 2016<sup>38</sup> in § 47: „Die Durchführung von Lehrgängen für die Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt (mittlerer Dienst) und Laufbahngruppe 2, erstes Einstiegsamt (gehobener Dienst) und die Prüfung für diese Laufbahnen obliegen, soweit in den Rechtsverordnungen gemäß § 7 des Landesbeamtengesetzes nichts anderes bestimmt ist, den von den Gemeinden und Gemeindeverbänden errichteten Studieninstituten für kommunale Verwaltung.“ Der Wortlaut lässt den Schluss zu, dass die Ausbildung an den Studieninstituten die Regel und das Studium an der FHöV NRW die Ausnahme darstellt. Erst kürzlich wurde mit der Verordnung über den Qualifizierungsaufstieg in die Laufbahngruppe 2 des allgemeinen Verwaltungsdienstes des Landes Nordrhein-Westfalen (Verordnung Qualifizierungsaufstieg – QualiVO) vom 13. Juni 2017<sup>39</sup> geregelt, dass Beamtinnen und Beamte der Gemeinden, der Gemeindeverbände und anderer der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die von Laufbahngruppe 1 (mittlerer Dienst) in die Laufbahngruppe 2.1 (gehobener Dienst) aufsteigen sollen, einen Lehrgang an den kommunalen Studieninstituten absolvieren müssen (§ 3 Abs. 2 QualiVO). Das Land NRW hat sich bewusst gegen eine Ausbildung an der FHöV NRW für diese Zielgruppe (z.B. in einem verkürzten Bachelorstudiengang) entschieden. Mit diesen Feststellungen ist keine Kritik an der Arbeit der zwölf Studieninstitute in NRW verbunden. Die „Leitstelle der Studieninstitute für kommunale Verwaltung und der Sparkassenakademie in Nordrhein-Westfalen“<sup>40</sup> koordiniert die Weiterentwicklung der Ausbildungs- und Prüfungsordnungen sowie der Curricula und sorgt für einheitliche Standards in der Ausbildung der Kommunalverwaltung an den kommunalen Studieninstituten. Auch die Lehrenden an den Studieninstituten sind gewiss gut qualifiziert und haben sich zum Teil auch in Didaktik fortgebildet. Ein Vergleich des Lehr- und Stoffverteilungsplans für den Aufstiegslehrgang vom mittleren in den gehobenen Dienst<sup>41</sup> mit den Modulbeschreibungen des Bachelorstudiengangs Kommunalverwaltung<sup>42</sup> der FHöV NRW zeigt jedoch deutliche quantitative und qualitative Unterschiede, obwohl es um die Befähigung für die gleiche Laufbahngruppe geht. Fraglich ist, ob die Absolventinnen und Absolventen der Lehrgänge an den Studieninstituten hinreichend für alle Aufgaben der Laufbahn qualifiziert sind. Es gibt noch einen weiteren Grund, der für die Ausbildung an einer Fachhochschule spricht, und zwar die Einordnung der Ausbildung für den gehobenen Dienst in das deutsche Bildungssystem. Formal geht es um die Einstufung innerhalb des Deutschen Qualifikationsrahmens (DQR) sowie des Europäischen Qualifikationsrahmens (EQR).<sup>43</sup> Der DQR definiert acht Niveaus, die den acht Niveaus des Europäischen Qualifikationsrahmens (EQR) zugeordnet werden können. Die Abschlüsse Bachelor of Laws (LL.B.) und Bachelor of Arts (B. A.), die in den beiden Studiengängen für die Kommunalverwaltung erlangt werden,

38 GV. NRW. S. 461.

39 GV. NRW. S. 649.

40 Website: <http://www.leitstelle-nrw.de/Startseite-Ueber-uns/> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

41 Im Internet: <http://www.leitstelle-nrw.de/Lehr-und-Stoffverteilungsplaene/> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

42 Im Internet: <https://www.fhoev.nrw.de/studium/bachelorstudiengaenge/studienvorschriften-und-studieninhalte/kvd-svd.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

43 Vgl. dazu: <https://www.kmk.org/themen/internationales/eqr-dqr.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

34 Gesetzentwurf der Landesregierung, aaO. (Fn. 15), S. 18.

35 Gesetzentwurf der Landesregierung, aaO. (Fn. 15), S. 15.

36 GV. NRW. 2014 S. 547.

37 Vgl. dazu: <http://www.fhvr.bayern.de/de/hochschule/leitung-und-organe.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).



entsprechen dem DQR/EQR-Niveau 6. Dies ist dann von Bedeutung, wenn sich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kommunalverwaltungen z.B. mit einem Masterstudium weiterqualifizieren wollen. Es ist unbestritten, dass solche Möglichkeiten der Personalentwicklung von Bewerberinnen und Bewerbern positiv gesehen werden.

Ein weiteres Beispiel für den Rückzug des Landes aus der Verantwortung für die Ausbildung der Nachwuchskräfte der Kommunalverwaltungen soll noch angeführt werden, und zwar der Aufstieg von Beamtinnen und Beamten der Laufbahngruppe 2.1 (gehobener Dienst) in die Laufbahngruppe 2.2 (höherer Dienst) durch „Modulare Qualifizierung“ (§ 25 LVO NRW). Die Verordnung über den Aufstieg durch Qualifizierung in die Laufbahn des höheren Verwaltungsdienstes im Lande NRW vom 4. November 2014<sup>44</sup> überträgt in § 3 Abs. 2 die Aufgabe der Durchführung der modularen Qualifizierung für den Bereich der Kommunalverwaltung den Studieninstituten für kommunale Verwaltung. Die nordrhein-westfälischen Studieninstitute haben dazu ein sehr anspruchsvolles Qualifizierungskonzept<sup>45</sup> entwickelt. Dabei gab es keinerlei Unterstützung durch das Land NRW und die FHöV NRW als Landeseinrichtung. Bemerkenswert ist, dass die Studieninstitute bei der Durchführung der modularen Qualifizierung teilweise auf Professorinnen/Professoren und Dozentinnen/Dozenten der FHöV NRW zurückgreifen, um das Lehrangebot

44 GV. NRW. 2014 S. 730.

45 Veröffentlicht auf der Website des Studieninstituts Aachen: <http://www.studieninstitut-aachen.de/upload/Konzept%20Modulare%20Qualifizierung.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

zu sichern. So beschäftigt das Studieninstitut Aachen<sup>46</sup> allein drei Professoren der FHöV NRW, deren Aufgabe als Landesbeamte die Ausbildung von Nachwuchskräften der Kommunalverwaltung ist. Als Zwischenfazit soll festgehalten werden:

1. Das Land NRW muss sich seiner Verantwortung für die Ausbildung der Beamtinnen/Beamten der Kommunen für den Laufbahnabschnitt 2.1 (wieder) bewusst werden.
2. Die FHöV NRW muss attraktive Studienangebote für die Kommunen entwickeln und dabei partnerschaftlich mit den Studieninstituten zusammenarbeiten.
3. Die FHöV NRW muss dafür sorgen, dass die stark angestiegenen Studierendenzahlen im Fachbereich Polizei nicht zu Benachteiligungen für Studierende und Lehrende in den Studiengängen für die Kommunalverwaltung führen.
4. Die Aufteilung der Zuständigkeiten für die Kommunen und der Polizei auf zwei Ministerien sollte Anlass für die Überprüfung der Hochschulorganisation sein.

Mit diesem Zwischenfazit endet der erste Teil des Aufsatzes über die Ausbildung der Kommunalverwaltung an der FHöV NRW. Im zweiten Teil werden Themenfelder der aktuellen Hochschulentwicklung behandelt und Vorschläge für die strategische Ausrichtung der Hochschule als zentrale Ausbildungseinrichtung für die Kommunalverwaltung gemacht.

46 Vgl. die Übersicht auf: <http://www.studieninstitut-aachen.de/upload/Termine%202017.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.7.2017).

André Mangion\*

## Beendigung von Arbeitsverhältnissen\*\*

### 1. Vorbemerkungen

Arbeitsverhältnisse beruhen auf Verträgen, die nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts durch die Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen zustande kommen und einseitig von einer Vertragspartei auch wieder beendet werden können. Dem Grunde nach enden Arbeitsverhältnisse gleichfalls nach den Vorschriften des BGB. Danach kann ein Arbeitsvertrag (genauso wie beispielsweise ein Mietvertrag) durch eine einseitige Kündigung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers beendet werden.

Aufgrund des besonderen Charakters von Arbeitsverhältnissen und wegen des speziellen Schutzbedürfnisses der Beschäftigten sind, insbesondere wenn der Beendigungswunsch vom Arbeitgeber ausgeht, regelmäßig über das BGB hinausgehende, weitere Vorschriften zu beachten.

Ein geschlossenes Arbeitsverhältnis kann auf verschiedenen Wegen zu einer Beendigung geführt werden. Neben der Kündigung kommt beispielsweise die Anfechtung oder der Aufhebungsvertrag in Be-

tracht. Diese und weitere Beendigungsmöglichkeiten sind Gegenstand dieses Kapitels.

### 2. Kündigung

#### 2.1 Allgemein

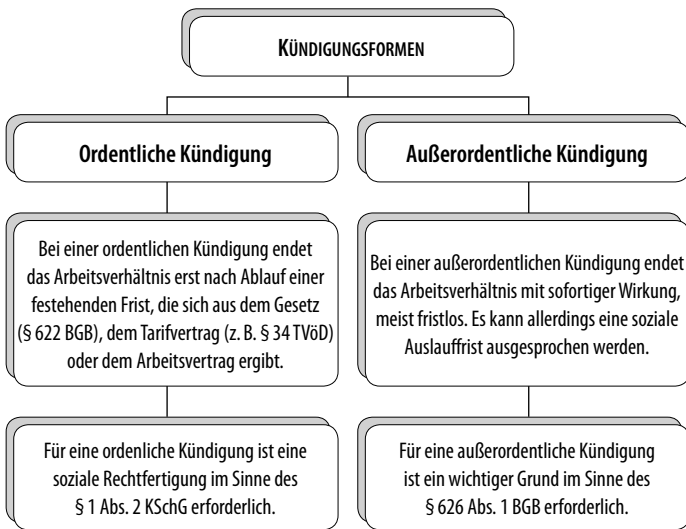
Der Wunsch zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer ausgehen. Oftmals bringen sie ihren Beendigungswunsch durch eine Kündigung zum Ausdruck. Eine Kündigung seitens des Arbeitnehmers ist in der Regel unproblematisch. Beschäftigte, die ihr Arbeitsverhältnis beenden möchten, sind im Wesentlichen nur an die Beachtung der Kündigungsfristen gebunden. Der Arbeitgeber ist hingegen – im Sinne des Arbeitnehmerschutzes als schwächere Vertragspartei – an eine Reihe verschiedener Vorschriften gebunden. Die folgenden Erläuterungen konzentrieren sich daher schwerpunktmäßig auf Fälle, in denen der Arbeitgeber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu kündigen beabsichtigt.

Unter einer Kündigung versteht man eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der das Arbeitsverhältnis mit Wirkung für die Zukunft beendet werden soll.

Das Arbeitsrecht unterscheidet zwischen ordentlichen und außerordentlichen Kündigungen. Die nachfolgende Grafik veranschaulicht die grundsätzlichen Unterschiede:

\* Dipl.-Kfm. (FH) André Mangion LL.M. ist Leiter des Teams Personal, Organisation und Recht im Sozialamt der Stadt Mülheim an der Ruhr. Nebenamtlich ist er als Dozent am Studieninstitut Duisburg tätig.

\*\* Auszug aus dem in Kürze beim Maximilian Verlag Hamburg erscheinenden Lehrbuches „Arbeits- und Tarifrecht NRW“.



Der Vollständigkeit halber sei als dritter Kündigungstyp auch die Änderungskündigung erwähnt. Hierbei wird das bestehende Arbeitsverhältnis gekündigt, während gleichzeitig vom Kündigenden angeboten wird, das Vertragsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzuführen. Näheres zu dieser in § 2 KSchG geregelten Kündigungsvariante wird im Abschnitt 8.1.4 dargestellt.

Die Kündigung ist im Arbeitsrecht das „schärfste Schwert“, zu dem eine der Parteien greifen kann. Zu diesem soll – insbesondere vonseiten des Arbeitgebers – nur als letzte verfügbare Möglichkeit gegriffen werden; mithin dann, wenn alle milderen arbeitgeberseitigen Reaktionsmittel ausgeschöpft sind. Es ist also stets der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** anzuwenden. Erst wenn dem Arbeitgeber keine andere Wahl mehr bleibt, ist es ihm erlaubt, eine Kündigung auszusprechen. Arbeitsrechtlich wird dies als **Ultima-Ratio-Prinzip** bezeichnet. Zwischen den verschiedenen Kündigungstypen besteht eine gewisse Rangfolge. Danach hat eine Änderungskündigung Vorrang vor einer ordentlichen Kündigung, während die ordentliche Kündigung wiederum vor einer außerordentlichen Kündigung zu wählen ist.

Wird einem Arbeitnehmer, wegen eines schweren Fehlverhaltens (z.B. Diebstahl) gekündigt, wird er dies vermutlich als Bestrafung seines Fehlverhaltens empfinden. Arbeitsrechtlich betrachtet ist diese Interpretation aber nicht korrekt. Eine Kündigung wirkt nämlich nicht rückwirkend, sondern zukunftsgerichtet. Durch eine Kündigung erfolgt keine Sanktionierung des Arbeitnehmers (sog. Maßregelverbot<sup>1</sup>). Vielmehr stellt sie eine *Reaktion* auf ein vorangegangenes Fehlverhalten (*Aktion*) seitens des Beschäftigten dar. Dies verdeutlicht folgendes

**Beispiel**  
 Patrick entwendet seinem Arbeitgeber Hardware für den heimischen Gebrauch. Der Arbeitgeber spricht Patrick infolgedessen die Kündigung aus.  
 Aktion: Diebstahl → Reaktion: Kündigung

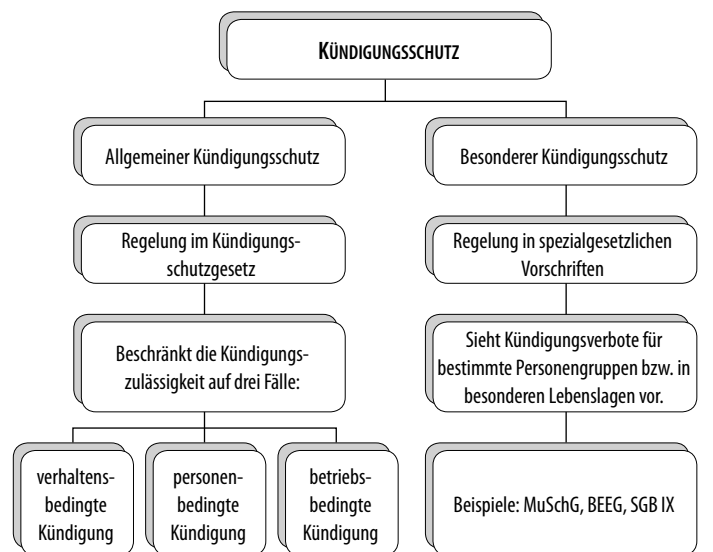
Der Arbeitgeber hat Patrick nicht entlassen, um ihm damit seine Tat zu vergelten (Rückwirkung), sondern um weitere betriebliche Stö-

rungen (hier u.a.: erneuter Diebstahl durch Patrick) für die Zukunft auszuschließen.

**Allgemeine Kündigungsvoraussetzungen**

Die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung ist an einige grundlegende Voraussetzungen gebunden. Der Arbeitgeber muss zunächst prüfen,

- in welcher Form er den Betriebs-/Personalrat in sein Vorhaben einbeziehen muss,
  - Sowohl das Betriebsverfassungsgesetz (§ 102 BetrVG) als auch das Landespersonalvertretungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 74 LPVG) sehen Beteiligungsrechte des Betriebs- bzw. Personalrates vor. Eine Kündigung, die ohne vorherige Anhörung der Mitarbeitervertretung ausgesprochen wurde, ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG; § 74 Abs. 3 LPVG).
- ob es Kündigungshemmnisse gibt,
  - Schwerbehinderte Arbeitnehmer genießen einen besonderen Kündigungsschutz, welcher deren Entlassung an besondere Voraussetzungen knüpft<sup>2</sup> (vgl. Abschnitt 7.5.4).
- ob und ggf. welche Kündigungsfristen zu wahren sind,
  - Für ordentliche Kündigungen ergeben sich die Fristen aus § 622 BGB. Für Beschäftigte im öffentlichen Dienst gilt § 34 Abs. 1 TVöD. Außerordentliche Kündigungen (§ 626 Abs. 1 BGB) erfolgen meist ohne Einhaltung einer Frist.
- wer die Befugnis hat, die Kündigung auszusprechen,
  - Soll die Kündigung nicht vom Chef persönlich ausgesprochen werden, benötigt sein Vertreter eine Vollmacht im Sinne der §§ 164 ff. BGB.
- ob das Arbeitsverhältnis überhaupt kündbar ist.
  - Die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist nur möglich, wenn das Gesetz keine Kündigungsverbote vorsieht. Bei den Verboten wird zwischen allgemeinem und besonderem Kündigungsschutz unterschieden:

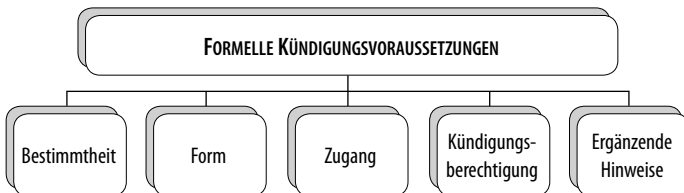


1 Maßregelverbot im Zusammenhang mit Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung; Urteil ArbG Berlin, 11.04.2014, 28 Ca 19104/13

2 Bayreuther: Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 II SGB IX; NZA 2017, 87

### Formelle Kündigungsvoraussetzungen<sup>3</sup>

Die Wirksamkeit einer Kündigung ist darüber hinaus von der Einhaltung gewisser Formalien abhängig. Nur wenn diese von der kündigenden Vertragspartei eingehalten werden, ist eine ausgesprochene Kündigung auch wirksam. Die folgende Übersicht fasst die formellen Voraussetzungen überblicksartig zusammen:



#### • Bestimmtheit

Durch die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses soll ein Dauer-schuldverhältnis beendet werden. Insbesondere Arbeitnehmer vertrauen darauf, dass das (unbefristete) Arbeitsverhältnis, welches regelmäßig deren Existenzgrundlage darstellt, tatsächlich *dauerhaft* Bestand hat.

Beabsichtigt der Arbeitgeber dennoch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist dies dem Arbeitnehmer unmissverständlich mitzuteilen. Die folgende Formulierung würde dem Bestimmtheitsgebot nicht entsprechen:

#### Beispiel

„Wir geben Ihnen den Rat, sich einen neuen Arbeitsplatz zu suchen.“

Ferner muss aus der Kündigung nicht nur entnehmbar sein, *dass* das Arbeitsverhältnis gekündigt werden soll, sondern auch *wie*. Ordentlich oder außerordentlich?

#### Beispiel

„Hiermit kündigen wird das am 01.09.2010 mit Ihnen geschlossene Arbeitsverhältnis ordentlich und fristgemäß zum 31.05.2017.“

Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, den Begriff „Kündigung“ zu verwenden. Eine Formulierung wie zum

#### Beispiel

„Hiermit beenden wir das mit Ihnen geschlossene Arbeitsverhältnis zum ...“

ist gleichermaßen unmissverständlich und damit hinreichend „bestimmt“.

Um das Merkmal der Bestimmtheit zu erfüllen, muss eine Kündigung nicht unbedingt eine **Begründung** beinhalten; sie ist auch ohne Begründung wirksam. Ein Anspruch auf eine Begründung lässt sich aber aus den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers ableiten. Bei außerordentlichen Kündigungen besteht aus § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB sogar ein Rechtsanspruch auf eine Begründung.

#### • Form

§ 623 BGB legt verbindlich fest, dass Kündigungen nur dann wirksam sind, wenn sie schriftlich erfolgen. Was genau unter diesem Schriftformerfordernis<sup>4,5</sup> zu verstehen ist, regelt § 126 BGB. Danach muss „die Urkunde“ (hier also das Kündigungsschreiben) eigenhändig unterschrieben oder notariell beglaubigt sein.

#### Beispiel

Bernhard arbeitet bei der Stadtverwaltung M. Er hat nach zehnjähriger Dienstzeit keine Lust mehr auf Aktenbearbeitung und will sein Arbeitsverhältnis beenden. Kurz entschlossen greift Bernhard als Liebhaber moderner Kommunikationsformen zu seinem Smartphone und schickt dem zuständigen Personalsachbearbeiter eine E-Mail.

Eine solche Kündigung würde den Anforderungen des Gesetzes nicht gerecht. Selbst wenn die Stadt M die E-Mails ausdrucken würde, läge keine Schriftform vor, da die eigenhändige Unterschrift Bernhards fehlen würde. Darüber hinaus legt § 623 BGB im zweiten Halbsatz fest, dass „die elektronische Form ausgeschlossen ist“. Dadurch wird auch die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis mittels SMS oder Telefax zu kündigen ausgeschlossen.

Mit der Bestimmung, dass Kündigungen zwingend schriftlich erfolgen müssen, schreibt das BGB eine bestimmte Form vor. Wird gegen diese Formvorgabe verstoßen, spricht man rechtlich von einem Formmangel. Dieser zieht nach § 125 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (hier also der Kündigung) nach sich.

#### • Zugang

Gem. § 130 BGB werden Willenserklärungen, die gegenüber Abwesenden abgegeben werden, erst dann wirksam, wenn sie dem Empfänger zugehen. Im Umkehrschluss lässt sich daraus ableiten, dass Willenserklärungen, die gegenüber Anwesenden abgegeben werden, diesen sofort zugehen und damit auch unmittelbar Wirksamkeit entfalten. Abhängig davon, auf welche Art eine Kündigung erklärt wird, sind einige Aspekte zu beachten. Zunächst betrachtet werden soll der

#### – Zugang gegenüber Abwesenden

Gegenüber Abwesenden geht eine Kündigung zu, sobald sie in den **Machtbereich** des zu Kündigenden gelangt. Typischerweise ist hierbei an eine Hinterlegung des Kündigungsschreibens im Briefkasten zu denken. Ausschlaggebend ist, dass der Empfänger die theoretische Möglichkeit erhält, von der hinterlegten Willenserklärung Kenntnis zu erlangen. Ob dieser seinen Briefkasten regelmäßig leert oder nicht, ist dabei ohne Belang.

#### Beispiel

Günther will Karl-Heinz, welcher sich gegenwärtig für vier Wochen im Italienurlaub befindet und keine Urlaubsanschrift hinterlassen hat, kündigen. Das Kündigungsschreiben wird – im vollen Bewusstsein Günthers – während des Urlaubs von der Post im Briefkasten des Karl-Heinz hinterlegt.

Für den Zugang der Kündigung ist es unerheblich, dass Karl-Heinz den Brief abwesenheitsbedingt gar nicht seinem Briefkasten entneh-

<sup>3</sup> Zundel: Die Entwicklung des Arbeitsrechts 2015 – Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie prozessuale und kollektivrechtliche Fragestellungen; NJW 2016, 292

<sup>4</sup> Schriftformerfordernis für Kündigungen; Urteil BAG, 16.09.2004, 2 AZR 659/03; NZA 2005, 162

<sup>5</sup> Weinbrenner/Portnjagin: Aktuelles zum Schriftformerfordernis im (öffentlich-rechtlichen) Arbeitsverhältnis; öAT 2016, 219

men konnte. Einzig relevant ist, dass er das Schreiben theoretisch hätte entnehmen können. Seine Abwesenheit ändert nichts daran, dass die Kündigung durch die postalische Übermittlung in seinen Machtbereich gelangt ist.<sup>6</sup> Karl-Heinz könnte allerdings gem. § 5 KSchG einen Antrag auf nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage stellen.

Für Günther könnte es allerdings problematisch sein, im Zweifelsfall nachzuweisen, dass die Kündigung tatsächlich in den Briefkasten des Karl-Heinz eingeworfen wurde. Würde das von Karl-Heinz angezweifelt, hätte Günther das Nachsehen, da er die Zustellung der Kündigung nachweisen muss.

Auch die Zustellung der **Kündigung mittels Einschreiben** löst dieses Problem nicht.

Zum einen kann über das Einschreiben nur nachgewiesen werden, dass irgendein Schreiben zugestellt wurde. Dass es sich dabei um die Kündigung handelte, ist damit nicht belegt. Da der Postzusteller den Inhalt des Einschreibens nicht kannte, kann er auch nicht die Zustellung der Kündigung, sondern nur die Zustellung (irgend)eines Schriftstücks bestätigen.

Zum anderen kann es (beim Einschreiben gegen Rückschein) zu Postlagerungszeiten kommen, wenn der Postzusteller den Adressaten nicht antrifft. Letzterer würde zwar über die Hinterlegung eines Schreibens mittels Benachrichtigungskarte unterrichtet, dadurch ist jedoch noch kein Zugang im Sinne des § 130 BGB eingetreten. Zu diesem käme es erst, wenn der Empfänger das bei der Post hinterlegte Schriftstück abholen würde.

Tut der Empfänger das nicht, (z. B. weil er mit seiner Entlassung rechnet), würde die Kündigung nach Ablauf der Niederlegungszeit bei der Post an den Absender zurückgeschickt. Durch einen hierdurch einsetzenden Monatswechsel könnte sich eine zeitliche Verlagerung der Kündigungsfrist ergeben.

Um derartige Probleme zu vermeiden, ist die Überbringung der **Kündigung per Boten** ratsam. Hier wäre beispielsweise an den Personalsachbearbeiter zu denken, der dem Arbeitnehmer das Schreiben entweder persönlich übergibt oder in dessen Briefkasten hinterlegt. Aus Beweisgründen sollte sich der Bote von einem Zeugen begleiten lassen, damit dieser die Übergabe bzw. den Einwurf in den Briefkasten im Streitfall bestätigen kann.

- Zugang gegenüber Anwesenden
- Unproblematischer ist der Zugang gegenüber Anwesenden.

#### Beispiel

David will Florian entlassen und hat ein Kündigungsschreiben angefertigt. David bittet Florian in sein Büro. Dort überreicht er ihm die Kündigung in einem Briefumschlag. Florian ist außer sich. Ohne den Umschlag zu öffnen, zerreißt er das Schreiben, wirft es zu Boden und stürmt aus dem Büro.

Im vorstehenden Beispiel ist die Kündigung sofort zugegangen. Auch hier gilt, dass Florian durch die Übergabe die Möglichkeit gehabt

hätte, von der Kündigung Kenntnis zu erlangen. Die Kündigung befand sich in seinem Machtbereich. Dass er sie ungelesen weggeworfen hat, ändert an dem Zugang nichts.

Bei der persönlichen Übergabe der Kündigung sollte sich der Kündigende vom Empfänger den Erhalt schriftlich bestätigen lassen. Da es denkbar ist, dass die Unterzeichnung einer Empfangsbestätigung verweigert wird, ist auch bei der persönlichen Übergabe das Hinzuziehen eines Zeugen zu empfehlen.

#### • Kündigungsberechtigung

Das Recht, ein bestehendes Arbeitsverhältnis mittels Kündigung zu beenden, steht Beschäftigten und Arbeitgebern gleichermaßen zu. Dabei können sie die Kündigung gegenüber der anderen Vertragspartei persönlich aussprechen oder sich hierbei vertreten lassen:

- Möchte ein Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag kündigen, könnte er hiermit beispielsweise einen Rechtsanwalt beauftragen.
- Soll ein Beschäftigter einer Stadtverwaltung entlassen werden, ist es nicht erforderlich, dass die Kündigung vom Oberbürgermeister als Behördenleiter ausgesprochen wird. Auch er kann sich vertreten lassen. In der Regel tut er das durch seine Mitarbeiter im Personalamt.

Wichtig ist, dass derjenige, der die Kündigung stellvertretend ausspricht, hierzu **bevollmächtigt** ist. Die gesetzlichen Grundlagen hierfür finden sich in den §§ 164 ff. BGB.

#### • Ergänzende Hinweise

In § 38 Abs. 1 SGB III ist festgelegt, dass sich Personen, deren Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis endet, verpflichtet sind, sich spätestens drei Monate vor dessen Beendigung persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden. Erfahren Auszubildende oder Arbeitnehmer von der Beendigung des Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses erst kürzer als drei Monate zuvor, sind die verpflichtet, sich innerhalb von drei Tagen, nachdem sie von dem Beschäftigungsende erfahren haben, zu melden.

Wird die **rechtzeitige Meldung** bei der Agentur für Arbeit versäumt, tritt gem. § 159 Abs. 6 SGB III eine Sperrzeit für die Dauer einer Woche ein. Während dieser **Sperrzeit** erhält der Arbeitsuchende keine Leistungen.

Um für den gekündigten Beschäftigten die sich durch den Eintritt einer Sperrzeit ergebenden finanziellen Nachteile auszuschließen, schreibt § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III vor, dass Arbeitnehmer frühzeitig auf die Meldeverpflichtung gem. § 38 SGB III hinzuweisen sind. (Hinweis: Da das Gesetz keine Sanktion für Arbeitgeber vorsieht, die dieser Sollvorschrift nicht nachkommen, sind die vorstehenden „ergänzenden Hinweise“ nicht Bestandteil der in diesem Kapitel vorkommenden Prüfungsschemata).

## 2.2 Ordentliche Kündigung

Will eine Arbeitsvertragspartei das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen, hat sie dabei die in § 622 BGB normierten **Kündigungsfristen** zu beachten.

§ 622 Abs. 1 BGB schreibt vor, dass eine Kündigung mit der Frist von **vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats** ausgesprochen werden kann.

<sup>6</sup> Zugang der Kündigung während des Urlaubs; Urteil BAG, 16.03.1988, 7 AZR 587/87, NZA 1988, 875

Diese Basiskündigungsfrist verlängert sich gem. § 622 Abs. 2 BGB stufenweise in Abhängigkeit von der Dauer des Arbeitsverhältnisses. So kann beispielsweise ein Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsverhältnis bereits zehn Jahre besteht, laut § 622 Abs. 2 Nr. 4 BGB nur mit einer Frist von vier Monaten zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Diese Verlängerung der Basiskündigungsfrist gilt allerdings nur, wenn die Kündigung vom Arbeitgeber ausgeht.

Die Bestimmung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach für die Berechnung der Beschäftigungsdauer nur Zeiten nach Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers berücksichtigt werden dürfen, hat einer Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof<sup>7</sup> nicht standgehalten. Die Regelung darf daher nicht angewendet werden!

Bei der **Berechnung der Kündigungsfristen** sind die §§ 186 ff. BGB zu beachten. Dabei kann das Fristende auch auf einen Samstag, Sonntag oder einen Feiertag fallen. (§ 193 BGB ist nicht anzuwenden). Wird bei einer Kündigung eine zu kurze Kündigungsfrist angegeben, gilt nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes<sup>8</sup> die Kündigung als zum nächstzulässigen Termin ausgesprochen.

Bestimmen Sie in den nachfolgenden Fällen die Kündigungsfristen:

#### Fall 1

Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, der acht Jahre im selben Betrieb tätig war, wird vom Arbeitgeber am 20. März gekündigt. Wann endet das Arbeitsverhältnis?

#### Fall 2

Wann würde das Arbeitsverhältnis enden, wenn die Kündigung am 20. März arbeitnehmerseitig ausgesprochen worden wäre?

§ 622 Abs. 3 BGB legt fest, dass die **Kündigungsfrist während einer Probezeit** zwei Wochen beträgt. Die Probezeit selbst darf einen Zeitraum von sechs Monaten nicht überschreiten.

Tarifparteien wird in § 622 Abs. 4 BGB die Möglichkeit eingeräumt, Kündigungsfristen tarifvertraglich abweichend festzulegen. Von dieser Möglichkeit wird im öffentlichen Dienst Gebrauch gemacht:

Die **Kündigungsfristen für TVöD-Beschäftigte** sind im § 34 Abs. 1 TVöD festgeschrieben; sie sind gegenüber den Regelungen des BGB vorrangig zu beachten! Die tarifvertraglichen Regelungen sehen ebenfalls nach Beschäftigungsdauern gestaffelte Kündigungsfristen vor. Danach beträgt die Kündigungsfrist bei einer mindestens zwölfjährigen Beschäftigung sechs Monate. Eine siebenmonatige Frist, wie sie das BGB bei 20-jähriger Beschäftigungsdauer vorschreibt, sieht der TVöD nicht vor.

Stattdessen beinhaltet der Tarifvertrag in § 34 Abs. 2 TVöD eine Regelung, die unter bestimmten Voraussetzungen eine **ordentliche „Unkündbarkeit“** der Beschäftigten vorsieht.<sup>9</sup> Diese „Unkündbarkeit“ setzt ein, wenn ein Beschäftigter das 40. Lebensjahr vollendet

7 Nichtanwendung des § 622 II 2 BGB; Urteil EuGH, 19.01.2010, C 555/07, NZA 2010, 427

8 Vgl. BAG-Urteil vom 15.12.2005 (2 AZR 148/05), Urteil vom 09.02.2006 (6 AZR 283/05), sowie, hinsichtlich der Auslegungsbedürftigkeit von Kündigungserklärungen, Urteil vom 01.09.2010 (5 AZR 700/09).

9 *Howald*: Die außerordentliche (personenbedingte) Arbeitgeberkündigung bei Unkündbarkeit; öAT 2013, 1

hat und zusätzlich dazu eine Beschäftigungszeit von 15 Jahren erfüllt. Hierbei ist zu beachten, dass diese 15 Beschäftigungsjahre bei demselben Arbeitgeber abgeleistet werden müssen.

#### Beispiel

Die 50-jährige Friederike arbeitet seit 18 Jahren im öffentlichen Dienst. Zunächst war sie zwölf Jahre als Schulsekretärin in einem Gymnasium in Potsdam tätig. Da sie die Möglichkeit hatte, eine besser bezahlte Stelle in einer Schweriner Bibliothek anzutreten, wechselte Friederike vor sechs Jahren den Arbeitgeber.

Friederike könnte sich im Fall einer ordentlichen Kündigung nicht auf die „Unkündbarkeit“ nach § 34 Abs. 2 TVöD berufen. Zwar erfüllt sie das Kriterium des erforderlichen Lebensalters, jedoch scheidet ihr Anspruch an dem Kriterium der Beschäftigungsdauer. Auch wenn Friederike insgesamt seit 18 Jahren im öffentlichen Dienst tätig ist, kann sie bei ihrem jetzigen Arbeitgeber keine ausreichend lange Beschäftigungsdauer vorweisen.

Hinzu kommt, dass Friederike auch aufgrund der örtlichen Gegebenheiten die Voraussetzungen nicht erfüllt: Nach § 34 Abs. 2 TVöD muss als drittes Kriterium eine Beschäftigung im Tarifgebiet West vorliegen. Da das weder auf Potsdam in Brandenburg noch auf Schwerin in Mecklenburg-Vorpommern zutrifft, scheidet die Unkündbarkeit Friederikes neben der zu kurzen Beschäftigungsdauer auch an der Frage des Tarifgebietes.

#### Fall 3

Der 43-jährige Kunibert arbeitet seit 19 Jahren im Bauamt der nordrheinwestfälischen Gemeinde K. Er ist für die Bewilligung von Bauanträgen zuständig. Unlängst hat Bob Baumann einen Bauantrag gestellt, den Kunibert aus rechtlichen Gründen ablehnen musste. Baumann spricht darauf hin bei Kunibert vor und bittet ihn, seine Rechtsauffassung noch einmal zu überdenken. Um ihm die Entscheidung zu erleichtern, überreicht er Kunibert einen Briefumschlag der mit 2.000 Euro gefüllt ist. Nach kurzem Zögern nimmt Kunibert den Umschlag an und genehmigt den Antrag.

Der „Handel“ zwischen den beiden bleibt nicht unbemerkt. Infolgedessen erhält Kunibert die außerordentliche Kündigung. Diese hält er unter Verweis auf die „Unkündbarkeitsregelung“ für unzulässig.

Hat Kunibert recht? Prüfen Sie den Sachverhalt anhand der Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 2 TVöD.

Betrachten Sie zusammenfassend das folgende

#### PRÜFUNGSSCHEMA: „Unkündbarkeit“ nach § 34 Abs. 2 TVöD

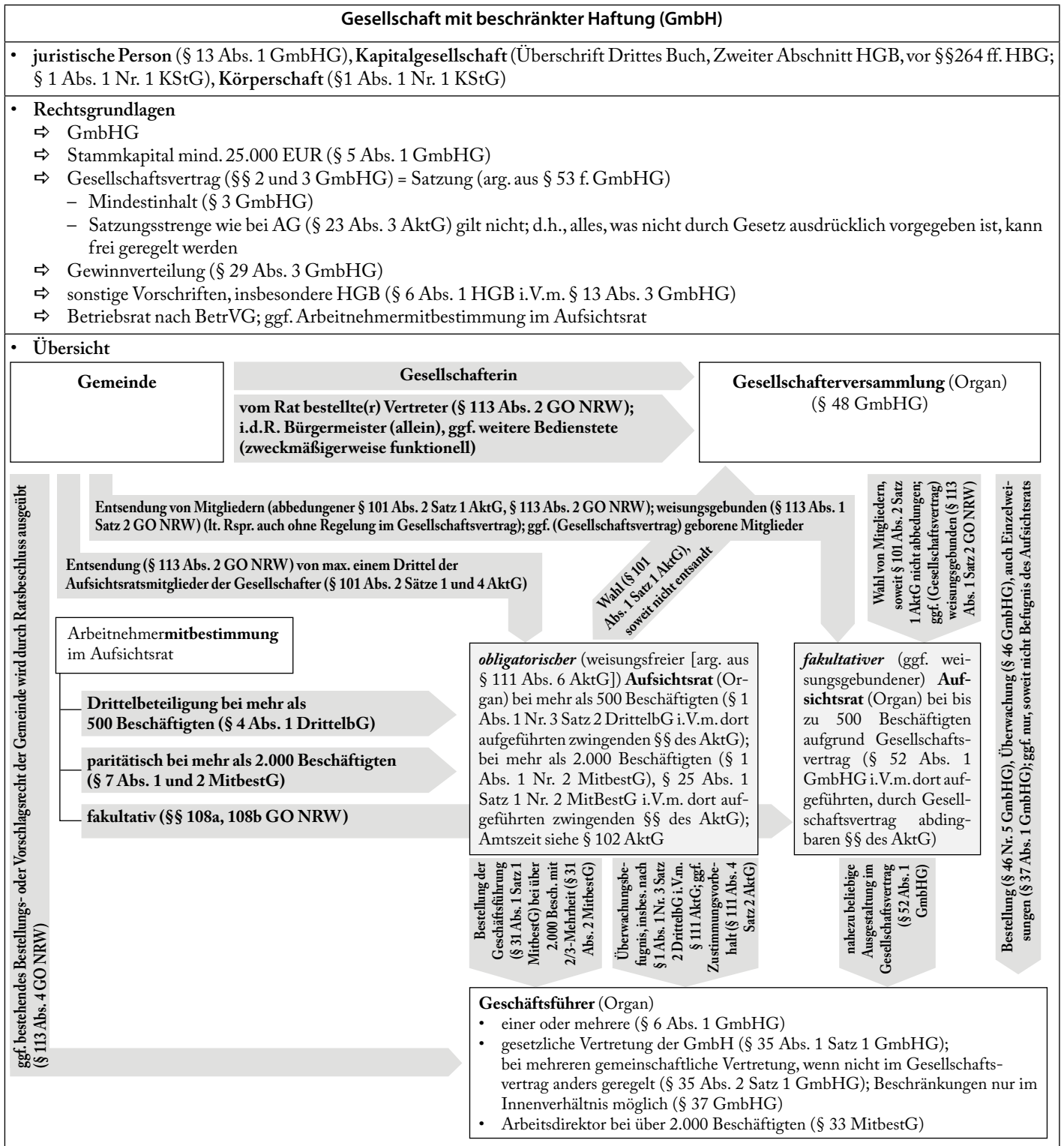
Beschäftigte sind nach § 34 Abs. 2 TVöD ordentlich unkündbar, wenn sie

- das **40. Lebensjahr** vollendet haben,
- seit **15 Jahren** bei demselben Arbeitgeber tätig sind,
- im Bereich des **Tarifgebietes West** arbeiten,
- **kein Fehlverhalten** vorliegt, das zur Kündigung aus **wichtigem Grund** nach § 626 Abs. 1 BGB berechtigt.

Gerhard Lange\*

# Die Gemeinde in Nordrhein-Westfalen als Gesellschafterin einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

– Schaubild zu wesentlichen kommunal- und gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen –



\* Städt. Verwaltungsdirektor Gerhard Lange ist am Studieninstitut für kommunale Verwaltung Düsseldorf tätig und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

Liebe Leserinnen und Leser,

die *Deutsche Verwaltungspraxis (DVP)* ist Ihnen als Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung, gegliedert in die Rubriken *Abhandlungen, Fallbearbeitungen, Rechtsprechung und Schrifttum*, bestens bekannt. Zukünftig wollen wir das Informationsangebot für unsere Leserinnen und Leser mit der Rubrik „Aktuell im Fokus“ weiterentwickeln. Unter diesem Rubrum wollen wir Sie über aktuelle Ereignisse und Entwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland durch Hintergrundinformationen und aktuelle Diskussionen informieren, denn was unsere Gesellschaft bewegt, bewegt auch die öffentliche Verwaltung.

Starten möchten wir unsere neue Rubrik mit einer Abhandlung zu der am 24.09.2017 stattfindenden Wahl zum 19. Deutschen Bundestag.

Ralf Schmorleiz\*

## Aktuell im Fokus

### – Die Wahl zum 19. Deutschen Bundestag –

#### Wahltermin

Nach Art. 39 Abs. 1 S. 3 GG findet die Neuwahl des Deutschen Bundestages frühestens 46 und spätestens 48 Monate nach Beginn der Wahlperiode statt. Da die Wahlperiode des 18. Deutschen Bundestages mit seiner konstituierenden Sitzung am 22.10.2013 begonnen hat, muss der Wahltermin innerhalb der Zeitspanne vom 23.08.2017 bis zum 22.10.2017 liegen. Darüber hinaus ist § 16 BWG zu beachten, wonach der Wahltag ein Sonntag oder ein gesetzlicher Feiertag sein muss und vom Bundespräsidenten bestimmt wird. Mit Anordnung vom 23.01.2017<sup>1</sup> hat der zu diesem Zeitpunkt amtierende Bundespräsident Joachim Gauck, in Abstimmung mit der Bundesregierung, den Termin für die Wahl des 19. Deutschen Bundestages auf den 24.09.2017 festgelegt.

#### Zusammensetzung und Wahlsystem

Gemäß § 1 Abs. 1 BWG besteht der Deutsche Bundestag – vorbehaltlich etwaiger Übergangs- und Ausgleichsmandaten – aus 598 Abgeordneten, die in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl von den Wahlberechtigten nach den Grundsätzen einer mit einer Personenwahl verbundenen Verhältniswahl (personalisierte Verhältniswahl) gewählt werden. Die Kombination von Elementen der Mehrheitswahl mit solchen der Verhältniswahl soll die Schwächen der beiden Wahlsysteme gegenseitig minimieren. Grundsätzlich führt die Mehrheitswahl zu stabilen Regierungsverhältnissen, benachteiligt jedoch tendenziell Minderheiten. Das Verhältniswahlrecht generiert einen weitestgehend gleichen Erfolgswert der abgegebenen Stimmen, kann aber zu einer Zersplitterung des Parlaments in zahlreiche kleine politische Gruppen führen, was die Bildung einer stabilen regierungsfähigen Mehrheit beeinträchtigen kann.

Von den Abgeordneten werden 299 als Wahlkreisabgeordnete nach Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen und die übrigen nach Landeswahlvorschlägen (Landeslisten) gewählt. Nach § 4 BWG hat jeder

Wahlberechtigte demnach zwei Stimmen. Eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten und eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste. Hierzu enthält der Stimmzettel für die Bundestagswahl den nachfolgenden Hinweis:

**Sie haben 2 Stimmen**



**hier 1 Stimme**  
für die Wahl  
eines/einer Wahlkreis-  
abgeordneten  
**Erststimme**

**hier 1 Stimme**  
für die Wahl  
einer Landesliste (Partei)  
- maßgebende Stimme für die Verteilung der  
Sitze insgesamt auf die einzelnen Parteien -  
**Zweitstimme**

#### Erststimme

Das Wahlgebiet der Bundesrepublik Deutschland ist in 299 Wahlkreise aufgeteilt. Für die Abgrenzung der Wahlkreise sind in § 3 BWG Grundsätze normiert, deren Einhaltung eine ständige Wahlkreiskommission<sup>2</sup> zu überwachen hat. Insbesondere zur Gewährleistung des Wahlgrundsatzes einer gleichen Wahl (Erfolgswert der Stimme) soll die Bevölkerungszahl eines Wahlkreises von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl der Wahlkreise nicht um mehr als 15 % nach oben oder unten abweichen. Beträgt die Abweichung mehr als 25 %, ist eine Neuabgrenzung der Wahlkreise vorzunehmen. Dies führte in Rheinland-Pfalz beispielsweise dazu, dass die zum Landkreis Mainz-Bingen gehörende Verbandsgemeinde Sprendlingen-Gensingen aus dem Wahlkreis Mainz (205) herausgelöst und dem Wahlkreis Worms (206) zugeordnet wurde.

Die Verteilung der Wahlkreise auf die Bundesländer sowie die Wahlkreisnummerierung kann der nachfolgenden Tabelle<sup>3</sup> entnommen werden:

\* Ralf Schmorleiz ist hauptamtlicher Dozent für Kommunalrecht und Öffentliches Dienstrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung / Zentrale Verwaltungsschule Rheinland-Pfalz.

\*\* Bei allen Bezeichnungen, die auf Personen bezogen sind, inkludiert die gewählte Formulierung stets beide Geschlechter, auch wenn aus Gründen der leichteren Lesbarkeit nur die männliche Form benannt ist.

<sup>1</sup> BGBl. I. S. 74

<sup>2</sup> Die Mitglieder der Wahlkreiskommission werden von Bundespräsidenten ernannt. Die Wahlkreiskommission besteht aus dem Präsidenten des Statistischen Bundesamtes, einem Richter des Bundesverwaltungsgerichts und fünf weiteren Mitgliedern.

<sup>3</sup> Quelle: Bundeswahlleiter

Land	Wahlkreis-Nr.	Anzahl Wahlkreise
Schleswig-Holstein	1 bis 11	11
Mecklenburg-Vorpommern	12 bis 17	6
Hamburg	18 bis 23	6
Niedersachsen	24 bis 53	30
Bremen	54 und 55	2
Brandenburg	56 bis 65	10
Sachsen-Anhalt	66 bis 74	9
Berlin	75 bis 86	12
Nordrhein-Westfalen	87 bis 150	64
Sachsen	151 bis 166	16
Hessen	167 bis 188	22
Thüringen	189 bis 196	8
Rheinland-Pfalz	197 bis 211	15
Bayern	212 bis 257	46
Baden-Württemberg	258 bis 295	38
Saarland	296 bis 299	4

In jedem der insgesamt 299 Wahlkreise wird ein Abgeordneter (direkt) in den Deutschen Bundestag gewählt. Bei dieser relativen<sup>4</sup> Mehrheitswahl ist gewählt, wer mehr Stimmen als jeder andere Mitbewerber in seinem Wahlkreis erhält.

**Zweitstimme**

Mit seiner Zweitstimme kann der Wähler die von den Parteien aufgestellten Landeslisten wählen. Hierbei handelt es sich um sogenannte geschlossene Listen, da die Reihenfolge der Bewerber von den Parteien durch Wahl festgelegt wurde und durch den Wähler nicht verändert werden kann. Bei der Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nach § 6 Abs. 3 BWG nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 % der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten (5 %-Sperrklausel) oder in mindestens drei Wahlkreisen ein Direktmandat errungen haben (Grundmandatsklausel).

Das deutsche Bundestagswahlrecht sieht somit zwei gleichberechtigte Sperrhürden nebeneinander vor, von denen mindestens eine übersprungen werden muss. Die Verfassungsmäßigkeit der Grundmandatsklausel<sup>5</sup> wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 10.04.1997<sup>6</sup> bestätigt.

**Sitzverteilungssystem (§ 6 BWG)**

Die Sitzverteilung der nach Landessitzen zu besetzenden Sitze erfolgt gemäß § 6 Abs. 2 BWG nach dem Divisorverfahren mit Standardrundung (Sainte-Laqué/ Schepers) in zwei Stufen.

4 Bei der absoluten Mehrheitswahl siegt derjenige, der mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen in seinem Wahlkreis auf sich vereinigt. Diese Form der Mehrheitswahl macht häufig eine Stichwahl erforderlich und wird bei Direktwahlen im kommunalen Bereich angewendet (z. B. Bürgermeister, Landräte). Die absolute Mehrheitswahl ist im Bundeswahlgesetz nicht vorgesehen.  
 5 Die Grundmandatsklausel ermöglichte der PDS bei der Bundestagswahl 1994 den Einzug in den Deutschen Bundestag mit 4,4 % der Zweitstimmen, während diese Partei bei der Bundestagswahl 2002 mit nur zwei Direktmandaten und 4,0 % der Zweitstimmen daran scheiterte.  
 6 BVerfGE 95, 408

**1. Stufe:**

In der ersten Stufe wird noch nicht die endgültige Sitzverteilung berechnet, sondern die Zahl derjenigen Sitze, die eine Partei mindestens erhalten muss (Sitzkontingent). Dazu werden in einem ersten Schritt die zunächst zu vergebenden 598 Bundestagssitze auf die einzelnen Länder verteilt, je nach Anteil der dort lebenden deutschen Bevölkerung. Diese Verteilung stellte sich aufgrund der Bevölkerungszahl zum 31.12.2012 bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag wie folgt dar:

Bundesland	Dt. Bevölkerung am 31.12.2012	Sitzkontingent
Schleswig-Holstein	2.686.085	22
Mecklenburg-Vorpommern	1.585.032	13
Hamburg	1.559.655	13
Niedersachsen	7.354.892	59
Bremen	575.805	5
Brandenburg	2.418.267	19
Sachsen-Anhalt	2.247.673	18
Berlin	3.025.288	24
Nordrhein-Westfalen	15.895.182	128
Sachsen	4.005.278	32
Hessen	5.388.350	43
Thüringen	2.154.202	17
Rheinland-Pfalz	3.672.888	30
Bayern	11.353.264	92
Baden-Württemberg	9.482.902	76
Saarland	909.402	7
	<b>74.324.165</b>	<b>598</b>

In einem zweiten Schritt werden die Sitze jedes Landes den Parteien anhand der Zahl der im jeweiligen Land erhaltenen Zweitstimmen zugeteilt. Nicht an der Sitzverteilung nehmen Parteien teil, die gemäß § 6 Abs. 3 BWG weniger als 5 % der Zweitstimmen erhalten haben (Sperrklausel) und die auch nicht mindestens drei Direktmandate gewonnen haben (Grundmandatsklausel).

Tritt der Sonderfall ein, dass eine Partei in einem Land mehr Direktmandate gewinnt, als ihr allein nach dem Zweitstimmenergebnis Sitze zustehen (Überhangmandate), so behält sie diese Mandate.

**2. Stufe:**

Auf der zweiten Stufe wird die endgültige Sitzverteilung berechnet. Hauptziel ist es, den Parteien genauso viele Sitze zuzuteilen, wie es ihrem Zweitstimmenergebnis entspricht. Dazu werden die jeder Partei auf Bundesebene zustehenden Sitze anhand ihres Zweitstimmenergebnisses ermittelt. Die so errechnete Sitzzahl kann allerdings durch die in der ersten Stufe bestimmte Mindestsitzzahl und rechnerische Überhangmandate verändert werden.

Zur Wahrung des Zweitstimmenergebnisses erfolgt in solchen Fällen eine Korrektur durch Vergrößerung des Bundestages. Die Anzahl aller im Bundestag zu vergebenden Sitze wird in Form von Ausgleichsmandaten so lange erhöht, bis jede Partei einschließlich ihrer Mindestsitze und rechnerischen Überhangmandate exakt so viele Sitze erhält, wie ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zustehen.



In einem weiteren Schritt wird festgelegt, wie viele der für eine Partei errechneten Sitze den einzelnen Landeslisten der Partei zustehen. Das richtet sich nach der Zahl der von der Partei in den einzelnen Ländern erzielten Zweitstimmen, mindestens erhält sie jedoch die im jeweiligen Land errungenen Direktmandate. Im Ergebnis entsteht ein Bundestag, in dem die Sitze anhand des Zweitstimmenergebnisses verteilt sind.

Der Zuteilungsdivisor im Rahmen des Divisorverfahrens mit Standardrundung nach Sainte-Laguë/Schepers wird nach folgender Berechnungsformel ermittelt:

$$\text{Zuteilungsdivisor} = \frac{\text{Gesamtzahl der Zweitstimmen der zu berücksichtigenden Parteien}}{\text{Zahl der zu vergebenden Sitze}}$$

Falls aufgrund des zunächst errechneten Zuteilungsdivisors zu viele Sitze vergeben werden, muss der Zuteilungsdivisor nach § 6 Abs. 2 BWG heraufgesetzt, falls zu wenige Sitze vergeben werden, muss dieser herabgesetzt werden.

Das nachfolgende Berechnungsbeispiel<sup>7</sup> soll die Verteilung der Sitze auf die Parteien entsprechend dem Zweitstimmenergebnis auf Bundesebene (vgl. Verteilung Stufe 2) erläutern.

Berechnung des Zuteilungsdivisors:

Parteien	Zweitstimmenergebnis
Partei A	20.033.000
Partei B	13.140.000
Partei C	8.140.500
Partei D	4.120.000
Partei E <sup>9</sup>	100.000
Summe	45.533.500
Summe (ohne Partei E)	45.433.500

$$\frac{45.433.500 \text{ (Gesamtzahl der Zweitstimmen der zu berücksichtigenden Parteien)}}{598 \text{ (Zahl der insgesamt zu vergebenden Sitze/§ 1 Abs. 1 BWG)}}$$

Zuteilungsdivisor = 75.975,75

Hieraus leitet sich folgende Berechnung der Sitzverteilung<sup>9</sup> ab:

Parteien, die an der Sitzverteilung teilnehmen	Zweitstimmen	Divisor	Sitze ungerundet	Sitze gerundet (Standardrundung)
Partei A	20.033.000	75.975,75	263,67	264
Partei B	13.140.000	75.975,75	172,94	173
Partei C	8.140.500	75.975,75	107,14	107
Partei D	4.120.000	75.975,75	54,22	54
Gesamt	45.433.500	75.975,75		598

7 Quelle: Landeswahlleiter Rheinland-Pfalz vor der Bundestagswahl 2017

8 Die Partei E nimmt gemäß § 6 Abs. 3 BWG an der Sitzverteilung nicht teil, da ihr Zweitstimmenanteil unter 5 Prozent liegt.

9 Quelle: Landeswahlleiter Rheinland-Pfalz vor der Bundestagswahl 2017

### Wahlberechtigung

Nach einer Schätzung des Statistischen Bundesamtes werden ca. 61,5 Millionen Menschen bundesweit zur Wahl des 19. Deutschen Bundestages wahlberechtigt sein. In dieser Zahl sind ca. 3,0 Millionen Erstwähler enthalten. Weitere Informationen können der nachfolgenden Tabelle<sup>10</sup> entnommen werden:

Alter von ... bis unter ... Jahren	Schätzung in Millionen			Anteil an Gesamtzahl der Wahlberechtigten in %
	männlich	weiblich	insgesamt	
18–21	1,1	1,1	2,2	3,6
21–30	3,7	3,5	7,2	11,8
30–40	4,3	4,2	8,5	13,9
40–50	4,6	4,5	9,1	14,7
50–60	6,2	6,1	12,3	20,0
60–70	4,6	4,9	9,5	15,4
70 und mehr	5,3	7,4	12,7	20,7
Insgesamt	29,8	31,7	61,5	100

Die materielle Wahlberechtigung setzt nach § 12 BWG folgende Aspekte voraus:

- Deutsche Staatsangehörigkeit gemäß Art. 116 GG;
- Vollendung des 18. Lebensjahres;
- Innehaben einer Wohnung oder sonstiger gewöhnlicher Aufenthalt seit mindestens drei Monaten in der Bundesrepublik Deutschland;
- Kein Ausschluss des Wahlrechts nach § 13 BWG;

Nach § 13 BWG ist vom Wahlrecht ausgeschlossen, wer infolge eines Richterspruches das Wahlrecht nicht besitzt, wer am Wahltag unter Vollbetreuung steht oder wer sich aufgrund einer strafrechtlichen Anordnung in einem psychiatrischen Krankenhaus befindet.

Deutsche Staatsangehörige im Ausland haben nach § 12 Abs. 2 BWG eine Wahlberechtigung, wenn sie nach Vollendung des 14. Lebensjahres mindestens drei Monate ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland eine Wohnung innegehabt oder sich sonst gewöhnlich aufgehalten haben und dieser Aufenthalt nicht länger als 25 Jahre zurück liegt (§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWG) oder aus anderen Gründen persönlich und unmittelbar Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen der Bundesrepublik Deutschland erworben haben und von ihnen betroffen sind (§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWG).

Die Wahlberechtigung (materielles Wahlrecht) kann am Wahltag jedoch nur ausgeübt werden, wenn der Wähler auch die formellen Voraussetzungen zur Wahlrechtsausübung erfüllt. Diese liegen vor, wenn der Wahlberechtigte im Wählerverzeichnis eingetragen ist oder einen Wahlschein besitzt. Wähler, denen auf Antrag ein Wahlschein ausgefertigt wurde, können ihre Stimme per Briefwahl abgeben oder am Wahltag in einem beliebigen Wahllokal innerhalb ihres Wahlkreises wählen.

Das Wählerverzeichnis (§ 17 BWG) hat für die Wahlrechtsausübung eine zentrale Bedeutung. Alle Wahlberechtigten, die am 42. Tag vor der

10 Quelle: Statistisches Bundesamt / Bundeswahlleiter

Wahl (13.08.2017) bei der Meldebehörde gemeldet sind, werden von Amts wegen in das Wählerverzeichnis eingetragen (§ 16 Abs. 1 BWO).

Ab dem 41. Tag vor der Wahl (14.08.2017) bis zum 21. Tag vor der Wahl (03.09.2017) kann eine Eintragung in das Wählerverzeichnis nur auf Antrag des Wahlberechtigten erfolgen.

Spätestens am 21. Tag vor der Wahl (03.09.2017) erhalten die Wahlberechtigten eine Wahlbenachrichtigung über das ihnen zustehende Wahlrecht. Ferner haben die Wahlberechtigten vom 20. Tag bis zum 16. Tag vor der Wahl (04.09.2017 bis 08.09.2017) die Möglichkeit, Einsicht in das Wählerverzeichnis zu nehmen (§ 17 Abs. 1 BWG) und gegen etwaige Unrichtigkeiten und Unvollständigkeiten Einspruch einzulegen.



### Wahlgrundsätze

Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG normiert die fünf grundlegenden Wahlrechtsgrundsätze, wonach die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden.

#### allgemein:

Die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts steht grundsätzlich allen Bevölkerungsgruppen unabhängig von persönlichen Attributen wie Geschlecht<sup>11</sup>, Schulbildung, Vermögen, Steueraufkommen) offen. Zulässig sind Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl nur, wenn hierfür ein zwingender Grund besteht. Diese Einschränkungen ergeben sich aus den §§ 12 und 13 BWG.

#### unmittelbar:

Zwischen der Ausübung des Wahlrechts durch den Wähler und der Ermittlung der gewählten Abgeordneten darf keine Instanz mit unmittelbaren Entscheidungsbefugnissen (wie beispielsweise Wahlmänner in den USA) normiert sein. Ferner verbietet die unmittelbare Wahl, dass Stellvertreter die Wahl vornehmen. Jeder Wähler muss selbst seine Stimme abgeben.

#### gleich:

Gleiche Wahl bedeutet, dass jede Stimme ausnahmslos den gleichen Zählwert und möglichst auch den gleichen Erfolgswert hat. Hinsichtlich des Erfolgswerts der Stimme sind insbesondere folgende Fallgruppen problematisch:

- Zuschnitt der Wahlkreise
- 5 %-Sperrklausel
- Grundmandatsklausel

#### frei:

Bei der Aufstellung der Wahlvorschläge, bei der Wahlwerbung sowie bei der Ausübung des Wahlrechts darf kein öffentlicher oder privater Zwang ausgeübt werden. Unter den Wahlrechtsgrundsatz der freien Wahl wird überwiegend auch die Entscheidung über die Teilnahme oder Nichtteilnahme subsumiert. Daher dürfte die Einführung einer allgemeinen Wahlpflicht unzulässig sein.<sup>12</sup> Eine freie Wahl setzt auch eine Chancengleichheit der Parteien voraus. Eine Einschränkung kann die Wahlwerbung lediglich durch allgemein geltende Ordnungsvorschriften erfahren.

#### geheim:

Der Wähler muss sein Wahlrecht unbeobachtet ausüben können. Ferner darf das Wahlverhalten später nicht rekonstruierbar sein. Hierzu haben die Wahlvorstände entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Eine geheime Wahl steht nicht zur Disposition des Wählers.

### Stimmabgabe mit Stimmzettel

Die Stimmabgabe durch amtlich hergestellte Stimmzettel ist in § 30 in Verbindung mit § 34 BWG normiert. Die Reihenfolge der Landeslisten von Parteien richtet sich gemäß § 30 Abs. 2 BWG nach der Zahl der Zweitstimmen, die sie bei der letzten Bundestagswahl im Land erreicht haben. Die übrigen Landeslisten schließen sich in alphabetischer Reihenfolge der Namen der Parteien an. Gleiches gilt auch für die Reihenfolge der Kreiswahlvorschläge.

Die Möglichkeit der Stimmabgabe über Wahlgeräte ist in § 35 BWG grundsätzlich vorgesehen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 BWG erlassene Bundeswahlgeräteverordnung<sup>13</sup> mit Urteil vom 03.03.2009<sup>14</sup> als mit dem Art. 38 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG insoweit für unvereinbar erklärt, als sie keine dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl entsprechende Kontrolle sicherstellt.

<sup>11</sup> Am 19.01.1919 fand mit der Wahl der Deutschen Nationalversammlung die erste deutsche Wahl statt, bei der Frauen das aktive und passive Wahlrecht besaßen.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2001, 429

<sup>13</sup> BundeswahlgeräteVO vom 03.09.1975 (BGBl. I. S. 2459)

<sup>14</sup> 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, BVerfGE 123, 39

Beate Rheindorf/Holger Weidemann\*

# Sondernutzungsgebühren und Behördenzuständigkeit

## – Behördenzuständigkeit im Spannungsverhältnis von Straßen- und Straßenverkehrsrecht –

### 1. Ausgangslage

Das Bundesfernstraßengesetz (FStrG)<sup>1</sup> und die Straßengesetze der Länder<sup>2</sup> sehen vor, dass für Sondernutzungen Sondernutzungsgebühren erhoben werden können. Die Gebühren stehen regelmäßig den Trägern der Straßenbaulast zu.<sup>3</sup> Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung sind entweder staatliche Gebührenregelungen<sup>4</sup> oder dort, wo Kommunen Träger der Straßenbaulast sind, kommunale Satzungen. Bei der Bemessung der Gebühren sind Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den Gemeingebrauch zu berücksichtigen. Das wirtschaftliche Interesse des Gebührenschuldners kann berücksichtigt werden.

Auch wenn die Gebührenerhebung nicht zwingend eine behördliche Zulassung dieser Nutzung vorsieht, spielen doch die Fallgestaltungen, in denen eine Erlaubnis erteilt wurde, die zentrale Rolle. Von besonderer Bedeutung ist nun, dass die Straßengesetze durchweg vorsehen, dass es einer ausdrücklichen Sondernutzungserlaubnis nicht bedarf, wenn nach den Vorschriften des Straßenverkehrsrechts eine Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung (§ 29 StVO) oder eine Ausnahmegenehmigung (§ 46 StVO) erforderlich ist (sog. Konzentrationswirkung<sup>5</sup>). Damit ist in diesen Fällen allein die Straßenverkehrsbehörde befugt, die erforderliche (straßenverkehrsrechtliche) Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Vor ihrer Entscheidung hat die Straßenverkehrsbehörde die sonst für die Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde zu hören. Die von dieser geforderten Bedingungen, Auflagen und Sondernutzungsgebühren sind dem Antragsteller in der Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung aufzuerlegen. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die für die Sondernutzungserlaubnis (nicht mehr) zuständige Behörde auch die Befugnis verliert, eigenständig Sondernutzungsgebühren zu erheben.

Im Grunde sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- a) Ein Vorgang ist allein als Sondernutzung zu beurteilen. Es wird rechtmäßig eine Sondernutzungserlaubnis erteilt. (**Rechtmäßige Sondernutzungserlaubnis**)
- b) Ein Sachverhalt ist als Sondernutzung im Sinne des Straßenrechts zu werten. Die eigentlich erforderliche Sondernutzungserlaubnis wird aber als Folge der Konzentrationswirkung durch die rechtmäßig

erteilte Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung nach § 29 StVO oder Ausnahmegenehmigung nach § 46 StVO entbehrlich. (**Straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis/Ausnahmegenehmigung auf Grund der Konzentrationswirkung**)

c) Der Träger der Straßenbaulast verkennt, dass die Sondernutzung zugleich ein straßenverkehrsrechtliches Verbot begründet, und damit eine Ausnahmegenehmigung nach § 46 StVO erforderlich macht. Er erteilt rechtswidrig die beantragte Sondernutzungserlaubnis. (**Rechtswidrige Sondernutzungserlaubnis**)

d) Der Träger der Straßenbaulast ordnet die Beseitigung einer illegalen Sondernutzung auf der Basis einer straßenrechtlichen Eingriffsermächtigung<sup>6</sup> an. Dabei ist zu beachten, dass bestimmte Straßengesetze eine ausdrückliche Eingriffsermächtigung vorsehen, um gegen eine unerlaubte Benutzung der Straße vorgehen zu können.<sup>7</sup> (**Illegale Sondernutzung**)

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 11.12.2014<sup>8</sup> eingehend mit den Fragen der sachlichen Behördenzuständigkeit bei der Erhebung von Sondernutzungsgebühren auseinandergesetzt.

### 2. Sondernutzungsgebühren

Bei den Sondernutzungsgebühren handelt es sich um eine Benutzungsgebühr.<sup>9</sup> Die Gebühr ist die Gegenleistung dafür, dass die Benutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus erfolgt und damit gleichzeitig eine Beeinträchtigung der gemeingebrauchlichen Nutzungsmöglichkeiten der anderen Verkehrsteilnehmer in Kauf genommen wird. Des Weiteren soll sie den wirtschaftlichen Vorteil, der durch die Sondernutzung entsteht, abschöpfen.<sup>10</sup> Die Erhebung der Sondernutzungsgebühr knüpft ausschließlich an die tatsächliche Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums durch eine Sondernutzung an.<sup>11</sup> Damit ist tatbestandliche Voraussetzung der Gebührenerhebung nicht, dass sie im unmittelbaren Zusammenhang mit einer tatsächlich erteilten (Sondernutzungs-)Erlaubnis steht. So kommt eine Gebührenerhebung auch bei einer sog. illegalen Sondernutzung in Betracht und zwar auch dann, wenn die (illegale) Sondernutzung von vornherein nicht erlaubnisfähig ist.<sup>12</sup> Gebührenschuldner ist, wer die Sondernutzung ausübt. Gebührengläubiger sind regelmäßig die Träger der Straßenbaulast; in Ortsdurchfahrten die Gemeinden.<sup>13</sup>

\* Beate Rheindorf ist Dozentin an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Rheinland-Pfalz; Prof. Holger Weidemann ist Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN)

1 § 8 Abs. 3 FStrG

2 Siehe beispielsweise § 21 Satz 1 NStrG, § 47 Abs. 1 LStrG Rheinland-Pfalz

3 In bestimmtem Umfang kann es Sonderregelungen für die Verteilung des Gebührenaufkommens geben. So sehen beispielsweise § 21 Satz 2 NStrG und § 47 Abs. 4 LStrG Rheinland-Pfalz vor, dass in Ortsdurchfahrten den Gemeinden das Gebührenaufkommen zusteht.

4 Siehe z.B. § 8 Abs. 3 FStrG; § 47 Abs. 3 LStrG Rheinland-Pfalz; § 21 Satz 4 NStrG

5 Siehe nur § 19 Satz 1 NStrG

6 Siehe z.B. § 22 NStrG; § 41 Abs. 8 LStrG Rheinland-Pfalz

7 Exemplarisch wird auf § 8 Abs. 7a FStrG und § 22 NStrG verwiesen.

8 Vgl. Nds.VBl. 2015, S. 188 ff.

9 Vgl. nur BVerwGE 56, 63 [70]; HessVGH KStG 1991, S. 75; VG Leipzig NVwZ 2000, S. 271

10 BayVGH, NVwZ 2000, S. 390; OVG LSA, NVwZ 1999, S. 512

11 BVerwG, DÖV 1971, S. 103; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1998, S. 728

12 Siehe nur Sauthoff in: Müller/Schulz, FStrG-Kommentar, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 58 m.N.

13 Siehe nur § 8 Abs. 3 FStrG; § 21 NStrG; § 47 LStrG Rheinland-Pfalz

**3. Sondernutzungsgebühren und Entscheidungszuständigkeit**

Grundsätzlich befugt, Sondernutzungsgebühren zu erheben, ist der Träger der Straßenbaulast. Eine besondere Situation ist nun aber dort gegeben, wo eine Sondernutzung zugleich den Tatbestand einer straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung (§ 29 StVO) oder aber eine Ausnahmegenehmigung zur Aufhebung eines straßenverkehrsrechtlichen Verbots (§ 46 StVO) begründet. Die Straßengesetze des Bundes und der Länder ordnen in diesen Fällen, im Interesse der Bürger, eine Verfahrenskonzentration an, so dass die Erlaubnis für übermäßige Straßenbenutzung bzw. die Ausnahmegenehmigung die Sondernutzungserlaubnis ersetzt.<sup>14</sup> Aufgrund einer autonomen Entscheidung der Landesgesetzgeber tritt bei der Konkurrenz bestimmter straßenverkehrsrechtlicher Erlaubnispflichten und straßenrechtlicher Genehmigungspflicht die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis in formeller Hinsicht zurück. Dies ist kein Verstoß gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes, da die Gesetzgeber bestimmt haben, dass der Träger der Straßenbaulast zu beteiligen ist und die von ihm geforderten Auflagen, Bedingungen und Sondernutzungsgebühren dem Antragsteller in der Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung aufzuerlegen sind. In materieller Hinsicht bleiben damit die Interessen des Trägers der Straßenbaulast gewahrt.<sup>15</sup>

Neben dem Verzicht auf eine Sondernutzungserlaubnis ordnen die Bestimmungen über die Verfahrenskonzentration auch eine Verlagerung der sachlichen Zuständigkeit für die Erhebung der dem Nutzer gleichwohl aufzuerlegenden Sondernutzungsgebühr an. Vom Träger der Straßenbaulast bzw. bei Ortsdurchfahrten von der Gemeinde geht die Zuständigkeit für die Gebührenerhebung auf die Behörde über, die für die Erteilung der straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung zuständig ist; mit anderen Worten: auf die Straßenverkehrsbehörde.<sup>16</sup> Erteilt nun der Träger der Straßenbaulast eine Sondernutzungserlaubnis, obgleich diese aufgrund der straßengesetzlich angeordneten Konzentrationswirkung entbehrlich gewesen wäre, führt dies nicht zum Wiederaufleben der Zuständigkeit des Trägers der Straßenbaulast bzw. in Ortsdurchfahrten der Gemeinde hinsichtlich der Gebührenerhebung. Der Übergang der Zuständigkeit hängt nicht davon ab, ob eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis oder Ausnahmegenehmigung tatsächlich erteilt wurde; es kommt nur darauf an, ob sie erforderlich war.<sup>17</sup>

Liegt dagegen eine illegale Sondernutzung vor und schreitet der Träger der Straßenbaulast aufgrund einer straßenrechtlichen Er-

mächtigungsgrundlage<sup>18</sup> ein, so ist er auch befugt, entsprechende Sondernutzungsgebühren zu erheben. Die straßenrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen sprechen zwar vom Fehlen der „erforderlichen Erlaubnis“ und zielen auf die abstrakt notwendige Sondernutzungserlaubnis ab. Ausdrücklich haben die (Landes-)Gesetzgeber aber darauf verzichtet, die Konzentrationswirkung des Genehmigungsverfahrens auch auf die straßenrechtliche Eingriffsbefugnisse erstrecken zu wollen.<sup>19</sup> Damit fehlt es hier auch an einer gesetzlich angeordneten Zuständigkeitsübertragung auf die Straßenverkehrsbehörden. Eine andere Beurteilung würde zudem dem Grundgedanken der Verfahrenskonzentration nicht gerecht werden. Funktion der Konzentrationswirkung ist es gerade, unterschiedliche Behördenzuständigkeiten zu vermeiden. Diese würde aber dann eintreten, wollte man die fürs Genehmigungsverfahren vorgesehene Konzentration auf ein Zulassungsverfahren, auch auf die Eingriffssituation übertragen. Es bedarf hier auch nicht eines besonderen Schutzes des Bürgers. Eine Behörde wickelt die gesamten, mit der illegalen Nutzung verbundenen Verfahren ab.

Abb.:

	Fallkonstellation(en)	Zuständige Behörde
a)	Rechtmäßige Sondernutzungserlaubnis	Träger der Straßenbaulast
b)	Straßenrechtliche Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung oder Ausnahmegenehmigung machen Sondernutzungserlaubnis entbehrlich	Straßenverkehrsbehörde
c)	„Entbehrliche“ (und damit rechtswidrige) Sondernutzungserlaubnis	Straßenverkehrsbehörde
d)	Illegale Sondernutzung	Träger der Straßenbaulast

**4. Schlussbetrachtung**

Das Bundesverwaltungsgericht hat eindeutig unterstrichen, dass bei potentiellen oder aber tatsächlichen Genehmigungsverfahren die für eine straßenverkehrsrechtliche Erlaubnis für eine übermäßige Straßenbenutzung oder Ausnahmegenehmigung zuständige Straßenverkehrsbehörde allein zuständig ist, die Sondernutzungsgebühren zu erheben. Damit gilt auch hier das Prinzip, dass, wer die abschließende Genehmigung erteilt, auch alle Gebühren und Auslagen zu erheben hat. Dies ist auch sachgerecht, wird so doch erreicht, dass der Bürger in diesem Verfahren nur mit einer Behörde Kontakt hat. Ein Aufsplittern der Zuständigkeit zwischen der Straßenverkehrsbehörde und dem Träger der Straßenbaulast würde zu Unübersichtlichkeiten führen und dem Konzentrationsgedanken zuwiderlaufen.

14 Siehe § 8 Abs. 6 FStrG; Art. 21 Abs. 1 StrWG Bay; § 19 StrG Bbg; § 22 Abs. 7 StrG M-V; § 19 NStrG; § 21 StrWG NRW; § 19 StrG Sachsen; § 19 StrG LSA; § 21 StrWG SH; § 21 StrG Thür, § 41 Abs. 7 LStrG Rheinland-Pfalz

15 Vgl. auch *BVerwG*, Nds.VBl. 2015, S. 188 [191]

16 *BVerwG*, Nds.VBl. 2015, S. 188 [189]

17 ebenda

18 Siehe nur 8 Abs. 7 a FStrG; § 22 NStrG; 41 Abs. 8 LStrG Rheinland-Pfalz

19 Grundlegend *Weidemann*, NdsVBl. 2013 S. 215 ff. m.N.; ferner Fallbearbeitung von *Drape/Globisch/Weidemann*, DVP 2006, S. 427 ff

Felix Koehl\*

## Das Vorverfahren nach der VwGO – Teil 2\*\*

### Inhaltsübersicht:

- Einführung
- A. Allgemeines
- B. Der Anwendungsbereich der §§ 68 ff. VwGO
- C. Widerspruchsverfahren
- D. Das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzungen
- E. Anspruch auf Erlass eines Widerspruchsbescheides
- F. Verböserung
- G. Zuständige Widerspruchsbehörde
- H. Prüfungsschema im Widerspruchsverfahren
- I. Formalien der Widerspruchsentscheidung
- J. Zustellung

### H. Prüfungsschema im Widerspruchsverfahren

#### I. Zulässigkeit des Widerspruchs

##### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 VwGO

Der Widerspruch ist Vorschaltrechtsbehelf für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage und daher nur zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 VwGO). Insoweit gelten die allgemeinen Regeln.

#### 2. Statthaftigkeit des Widerspruchs

##### 2.1 Grundsätzlich nur bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen

Das Vorverfahren ist grundsätzlich statthaft, wenn ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG bekämpft oder erstritten werden soll. Für die Frage, ob tatsächlich ein Verwaltungsakt vorliegt, kommt es im Wege der Auslegung (§ 133 BGB entsprechend) darauf an, ob sich die Maßnahme aus der Sicht eines verständigen Adressaten als Verwaltungsakt darstellt (*BVerwG*, *BVerwGE* 41, 305). Auch in Bezug auf nichtige Verwaltungsakte ist das Widerspruchsverfahren grundsätzlich statthaft, weil auch ein nichtiger Verwaltungsakte einen Rechtschein erzeugt (*Kopp/Schenke*, *VwGO*, § 68 Rn. 2). Unstatthaft ist der Widerspruch jedoch gegenüber einem Verwaltungsakt, der noch nicht erlassen oder existent ist. Das ist erst dann der Fall, wenn er den internen Bereich der Behörde verlassen hat und mindestens einem Adressaten gem. § 41 VwVfG bekannt gegeben worden ist (*BVerwG*, *BVerwGE* 25, 20).

##### 2.2. Erledigung des Verwaltungsakts

Wenn sich der Verwaltungsakt vor Einlegung des Widerspruchs erledigt hat, ist das Vorverfahren unstatthaft (*Posser/Wolff*, *VwGO*, § 68 Rn. 18) und der Widerspruch wird als unzulässig zurückgewiesen.

\* *Felix Koehl* ist Vorsitzender Richter beim Verwaltungsgericht München.

\*\* Der 1. Teil der Abhandlung wurde in der DVP 8-2017, S. 323, veröffentlicht, Teil 3 erscheint in einer der folgenden Ausgaben.

Wenn sich der mit Widerspruch angefochtene Verwaltungsakt nach Einlegung des Widerspruchs, aber vor Erlass des Widerspruchsbescheides erledigt, wird das Verfahren eingestellt (*BVerwG*, *BVerwGE* 81, 226). Ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch in entsprechender Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz VwGO ist nach der Rechtsprechung unstatthaft (*Posser/Wolff*, *VwGO*, § 68 Rn. 19).

#### 2.3. Teilanfechtung im Widerspruchsverfahren

Eine Teilanfechtung ist möglich, der Widerspruch kann auf einen Teil des Verwaltungsaktes beschränkt werden. Das gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass der Verwaltungsakt inhaltlich teilbar ist (*BVerwG*, *DÖV* 1970, 138). Eine Teilanfechtung kann jedoch nur dann angenommen werden, wenn sie ausdrücklich erfolgt oder dem Willen des Widerspruchsführers eindeutig zu entnehmen ist (*BVerwG*, *NVwZ* 1988, 147). Im Zweifel ist der Widerspruch als umfassend eingelegt zu sehen, was vor allem dann gilt, wenn kein inhaltlicher Antrag gestellt wurde (*Sodan/Ziekow*, *VwGO*, § 68, Rn. 90).

#### 2.4. Ausnahmsweise Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens

##### 2.4.1. Normativ geregelte Ausnahmen

Ein Widerspruchsverfahren ist nach § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO entbehrlich, wenn ein Gesetz dies bestimmt oder wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundesbehörde oder von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt, oder der Abhilfebescheid oder der Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwer enthält.

##### a) Bestimmung des Wegfalls durch Gesetz (§ 68 Abs. 1 Satz 2 HS 1 VwGO)

Gesetz im Sinne der Vorschrift ist jedes formelle Bundes- oder Landesgesetz. Eine Verordnung oder eine Satzung können daher den Wegfall des Vorverfahrens nicht regeln (*BVerwG*, *BVerwGE* 35, 65). In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung hat das *BVerfG* (*NJW* 1991, 2005) vertreten, auch Rechtsverordnungen könnten eine Ausnahmeregelung im Sinne der Vorschrift darstellen, was jedoch nicht haltbar ist, da die VwGO selbst in ihrer Terminologie zwischen Gesetz und Rechtsverordnung unterscheidet, etwa in § 36 Abs. 1 (*Sodan/Ziekow*, *VwGO*, § 68, Rn. 122).

##### aa) Bundesgesetzlich geregelte Ausnahmen

Beispielsweise in folgenden Fällen entfällt das Vorverfahren aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften:

- Im förmlichen Verwaltungsverfahren (§ 70 VwVfG).
- Im bundesrechtlichen Planfeststellungsverfahren (§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwVfG).
- Im Richterdisziplinarrecht (§ 65 f. DRiG).
- Im Asylverfahren (§ 11 AsylG).

## bb) Landesrechtlich geregelte Ausnahmen

### (1) Reichweite der Zulässigkeit der landesrechtlichen Ausnahmen vom Vorverfahren

Nach dem Wortlaut von § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist auch dem Landesgesetzgeber unbeschränkt die Möglichkeit eingeräumt, das Widerspruchsverfahren für entbehrlich zu erklären. Dieser Wortlaut bedarf jedoch folgender Einschränkungen: Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes u.a. auf das gerichtliche Verfahren. Nach Art. 72 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur solange und soweit die Gesetzgebungskompetenz, als der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht. Hat der Bundesgesetzgeber den Sachbereich also erschöpfend geregelt, sind die Länder von der Gesetzgebung ausgeschlossen (BVerfG, BVerfGE 32, 327; 37, 198).

Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zum Gegenstand „gerichtliches Verfahren“ erstreckt sich nach ganz herrschender Ansicht auch auf das Verwaltungsvorverfahren (Kopp/Schenke, VwGO, § 1, Rn. 8), nicht jedoch auf die generelle Regelung des Verfahrensrechts (Jarass/Pieroth, GG, Art. 72, Rn. 9). Der Bund darf also das Widerspruchsverfahren soweit regeln, als dieses Vorverfahren eines Verwaltungsprozesses ist (Kopp/Schenke, VwGO, § 1, Rn. 10). Dies folgt nicht nur aus der Bezeichnung des Widerspruchsverfahrens in der VwGO als „Vorverfahren“, sondern auch aus § 68 VwGO, der ausdrücklich bestimmt, wann ein Vorverfahren stattzufinden hat und unter welchen Voraussetzungen es entfällt, sowie aus den §§ 69, 70 VwGO, die deutlich machen, dass der Bundesgesetzgeber das Vorverfahren in die von ihm getroffene Verfahrensregelung einbezogen hat (BVerwG, BVerwGE 17, 246). Von dieser „Mitregelungskompetenz“ hat der Bund in den §§ 68 ff. VwGO nach herrschender Ansicht abschließend Gebrauch gemacht (Kopp/Schenke, VwGO, § 1, Rn. 10).

Nach unbestrittener Ansicht gehört das Widerspruchsverfahren zu den Sachurteilsvoraussetzungen einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage; bei seinem Fehlen ist die Klage grundsätzlich unzulässig (Kopp/Schenke, VwGO, § 68, Rn. 1). Die Frage also, ob überhaupt ein Widerspruchsverfahren als Vorschaltrechtsbehelf eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens stattfinden soll oder nicht, gehört damit eindeutig zum Gerichtsverfahrensrecht i.S.v. Art. 74 Nr. 1 GG und nicht zum Verwaltungsverfahren, für welches die Länder die Gesetzgebungskompetenz besitzen. Da der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Verfahrensrecht abschließend Gebrauch gemacht hat, ist den Ländern gesetzgeberische Tätigkeit insoweit grundsätzlich verwehrt.

Ihrem Wortlaut nach ist die Ausnahmeermächtigung für den Landesgesetzgeber überhaupt nicht eingeschränkt. Insbesondere ist es nach dem 6. VwGOÄndG vom 1.11.1996 (BGBl. I S. 1626) nicht mehr erforderlich, dass der Ausschluss nur für „besondere Fälle“ bestimmt ist. Dennoch ist § 68 Abs. 1 Satz 2 HS 1 VwGO vor dem Hintergrund, dass der Bund das Widerspruchsverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Verwaltungsprozess abschließend geregelt hat und offenbar die Durchführung eines Widerspruchverfahrens – zumindest bis zum Erlass des 6. VwGOÄndG (vgl. Lindner, BayVBl 2005, 65, der dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis auch nach Inkrafttreten des 6. VwGO-Änderungsgesetzes annimmt) – als die

Regel angesehen hat, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auslegungsbedürftig. Daher wird eine pauschale Abschaffung des Widerspruchsverfahrens als unzulässig angesehen (Geiger, BayVBl 2008, 161; Eyermann, VwGO, § 68, Rn. 24). Das BVerfG hat zur Vorgängerregelung des § 68 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 VwGO die Auffassung vertreten, dass eine völlige Abschaffung des Widerspruchsverfahrens dem Wortlaut und dem Sinn der Bestimmung nicht gerecht werde (BVerfGE 35, 65).

Zwar kann der Bundesgesetzgeber die Sperrwirkung des Art. 72 GG, also seine abschließende Regelung einer Materie der konkurrierenden Gesetzgebung, nachträglich wieder aufheben und den Ländern damit das Recht zur Gesetzgebung wieder einräumen. Ausweislich der Materialien zum 6. VwGOÄndG (vgl. BT-Drucks. 13/5098 S. 23) war es aber die erklärte Absicht des Bundesgesetzgebers, nur einen bereichsspezifischen Ausschluss zuzulassen, insbesondere für Genehmigungsverfahren, in denen die Sach- und Rechtslage vor der ersten Verwaltungsentscheidung so umfassend geprüft wird, dass sich bei Durchführung des Widerspruchsverfahrens keine neuen Aspekte ergeben werden; ein genereller Ausschluss des Widerspruchsverfahrens durch Landesrecht war nicht gewollt. Zudem ist unbestritten, dass der Bundesgesetzgeber dem Widerspruchsverfahren eine Entlastungs- und Filterfunktion zubilligte, welche im Ergebnis eine Funktionsfähigkeit der Verwaltungsgerichte sicherstellen sollte (BVerwG, BVerwGE 26, 161); in den Gesetzgebungsmaterialien findet sich kein Hinweis darauf, dass der Bundesgesetzgeber zu der Erkenntnis gelangt wäre, die Entlastungs- und Filterfunktion komme dem Widerspruchsverfahren nicht mehr zu oder aber sei nicht mehr erforderlich. Schließlich würde das auch nach der Neufassung des 6. VwGOÄndG erkennbare Regel-Ausnahmeverhältnis der §§ 68 ff. VwGO (Widerspruchsverfahren ist die Regel, sein Unterbleiben die Ausnahme) durch eine wörtliche Auslegung des § 68 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 VwGO ins Gegenteil verkehrt werden.

Damit führt eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 68 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 VwGO dazu, dass der Bundesgesetzgeber den Landesgesetzgeber nur zu bereichsspezifischen Ausnahmeregelungen ermächtigen wollte, die sich an der Prämisse orientieren, dass das Widerspruchsverfahren weiterhin die Regel bleibt (Geiger, BayVBl 2008, 161; a.A. Schoch/Schneider/Bier, VwGO § 68 Rn. 12).

### (2) Die Regelung in den Bundesländern

Bereichsspezifisch begrenzte Ausschlüsse des Vorverfahrens gibt es beispielsweise in Berlin, Hamburg, Hessen und Mecklenburg-Vorpommern, wobei in letzterem Bundesland in bestimmten Bereichen darüber hinaus ein fakultatives Vorverfahren vorgesehen wurde. In Baden-Württemberg ist der Ausschluss des Widerspruchsverfahrens grundsätzlich auf Verwaltungsakte der Mittelbehörden sowie auf Verwaltungsakte des Landesdatenschutzbeauftragten begrenzt. In Sachsen-Anhalt gibt es Begrenzungen dann, wenn diejenige Behörde, die ein Verwaltungsakt erlassen oder seinen Erlass abgelehnt hat, auch den Widerspruchsbescheid zu erlassen hätte. Die weitesten gehenden Regelungen finden sich in Nordrhein-Westfalen, wobei dort der Ausschluss des Widerspruchsverfahrens teilweise befristet wurde, und in Bayern: Die dortige Regelung des Art. 15 AGVwGO führt zu einem weitgehenden Wegfall des Widerspruchsverfahrens. Nur in einigen wenigen verwaltungsrechtlichen Bereichen besteht überhaupt noch die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen. Damit ist der in Bayern

erfolgte Ausschluss zwar möglicherweise bereichsspezifisch, da er für alle Bereiche gilt, die Art. 15 AGVwGO nicht nennt, aber viel zu weitgehend, da der Widerspruch zur Ausnahme wird (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 68, Rn. 17a).

#### b) Erlass des Verwaltungsakts durch oberste Bundes- oder Landesbehörde (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO)

Wenn der anzugreifende Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen wurde, findet ein Vorverfahren nur statt, wenn es durch Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist. Nach der Gesetzesbegründung haben diese Behörden eine besondere fachliche Qualifikation, so dass ein Vorverfahren nicht weiterführend ist (BT-Drs. III/55 S. 38). Das Vorverfahren findet statt, wenn ein formelles Bundes- oder Landesgesetz dies vorschreibt, beispielsweise § 126 Abs. 3 Nr. 1 BRRG, § 54 Abs. 2 Satz 2 BeamtStG, § 118 Abs. 1 Satz 2 SGB IX; § 55 PBefG; § 23 Abs. 5 WBO, Art. 8 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BremAGVwGO; § 8a Abs. 3 Satz 2 NdsAGVwGO; § 110 Abs. 2 Satz 2 JustG NRW). Oberste Behörden im Sinne der Vorschriften beispielsweise der Bundespräsident, die Bundesregierung, die einzelnen Bundesminister, die Präsidenten von Bundestag und Bundesrat, der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, der Präsident des Bundesrechnungshofes, der Zentralbankrat und das Direktorium der Deutschen Bundesbank, nicht dagegen Bundesoberbehörden nach Art. 87 Abs. 3 GG (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 68, Rn. 19). Als Verwaltungsakte einer obersten Bundes- bzw. Landesbehörde sind auch solche anzusehen, die von anderen Behörden namens und im Auftrag einer obersten Behörde erlassen werden.

#### c) Erstmalige Beschwerde durch Abhilfe- bzw. Widerspruchsbescheid (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwGO)

Wenn der Widerspruchsbescheid nach seinem Erlass im Unterschied zum Ausgangsbescheid und damit **erstmalig den Widerspruchsführer oder einen Dritten beschwert**, ist das Widerspruchsverfahren entbehrlich, weil die Überprüfung der Verwaltungsentscheidung durch die Verwaltung selbst bereits stattgefunden hat. In einem solchen Fall ist nach § 79 Abs. 2 Nr. 2 der Widerspruchsbescheid ohne Durchführung eines Vorverfahrens alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage.

**Eine erstmalige Beschwerde des Widerspruchsführers kann etwa dann vorliegen**, wenn der Widerspruchsbescheid den Ausgangsbescheid verbösert. Dritter im Sinne der Vorschrift kann jeder sein, der nicht selbst Widerspruchsführer ist, beispielsweise der Bauherr, dessen Nachbar im Widerspruchsverfahren die Aufhebung der Baugenehmigung erreicht hat, aber auch eine Selbstverwaltungskörperschaft, beispielsweise eine Gemeinde, deren im eigenen Wirkungskreis erlassener Verwaltungsakt unter Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht von der Widerspruchsbehörde aufgehoben wird (*BVerwG*, NVwZ-RR 1989, 359).

Das gleiche gilt auch im Fall der erstmaligen Beschwerde durch einen **Abhilfebescheid** (§ 72 VwGO). Führt die Teilabhilfe zur erstmaligen Beschwerde, ist nur insoweit ein Vorverfahren entbehrlich und nur insoweit ist der Abhilfebescheid Gegenstand der Anfechtungsklage (§ 79 Abs. 1 Nr. 2). Soweit dem Widerspruch nicht abgeholfen wird, ist das Widerspruchsverfahren durch Vorlage des Widerspruchs an die Widerspruchsbehörde fortzusetzen. Das macht die durch die Änderung

bezweckte Beschleunigung zunichte, da die Akten der Verwaltung nur einmal vorhanden sind und deshalb nicht beide Verfahren gleichzeitig betrieben werden. In der Regel wird das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Widerspruchsbehörde abwarten (*Schoch/Schneider/Bier*, VwGO § 68 Rn. 19).

Im Fall der erstmaligen Beschwerde ist der erstmalig Beschwerter vor der Entscheidung **anzuhören** (§ 71 VwGO).

#### 2.4.2. Untätigkeit der Behörde

Einen Untätigkeitswiderspruch in entsprechender Anwendung von § 75 VwGO gibt es nicht. Setzt das Verwaltungsgericht nach zulässiger Erhebung der Untätigkeitsklage das Verfahren aus und lehnt die Behörde innerhalb der ihr vom Gericht gesetzten Frist die Vornahme des beantragten Verwaltungsakts ab, so ist die gerichtliche Sachentscheidung erst nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens zulässig; einer ausdrücklichen Einlegung des Widerspruchs bedarf es hierfür nicht (*BVerwG*, VerwRspr 1974, 1003). Lehnt die Verwaltungsbehörde nach Erhebung einer Untätigkeitsklage den beantragten Verwaltungsakt ab, so hat die Widerspruchsbehörde trotz Rechtshängigkeit unverzüglich über den rechtzeitig eingelegten Widerspruch zu entscheiden. Hat das Verwaltungsgericht versäumt, der Widerspruchsbehörde gem. § 75 Satz 3 VwGO eine Frist zur Entscheidung über den Widerspruch zu setzen, so darf es die Klage nicht mangels eines Vorverfahrens als unzulässig abweisen. Für die inzwischen eingetretene Verzögerung des Widerspruchsverfahrens gibt es dann in der Regel keinen zureichenden Grund mehr (*BVerwG*, NVwZ 1987, 969). Umstritten ist, ob in solchen Fällen ausdrücklich Widerspruch eingelegt worden sein muss (dafür *Kopp/Schenke*, VwGO, § 75 Rn. 23; dagegen *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO § 68 Rn. 20). Eine vor Ablauf der Sperrfrist „auf Vorrat“ erhobene Untätigkeitsklage erfordert die Durchführung eines Vorverfahrens als Voraussetzung für eine gerichtliche Sachentscheidung auch dann, wenn die Behörde den Kläger während des Rechtsstreits ablehnend bescheidet (*BVerwG*, NJW 1983, 2276).

#### 2.4.3. Bestimmte Fälle der privilegierten Klageänderung

**Wenn der Klagegegenstand im Wesentlichen unverändert bleibt**, sind nach § 173 VwGO i. V. m. § 264 ZPO bestimmte Änderungen des Klagebegehrens nicht als Klageänderung anzusehen. Dann ist die Durchführung eines Vorverfahrens entbehrlich, wenn zum ursprünglichen Streitgegenstand bereits ein Vorverfahren durchgeführt wurde (*Kopp/Schenke*, VwGO, Rn. 23a). Die gesetzliche Privilegierung würde umgangen, wenn nach der Änderung des Klagebegehrens ein Vorverfahren durchgeführt werden müsste; außerdem bleibt die Kontroll- und Entlastungsfunktion des Vorverfahrens gewahrt, weil die Widerspruchsbehörde zum Klagegrund bereits eine Entscheidung getroffen hat und eine Änderung der Entscheidung bei im Wesentlichen gleichen Streitstoff nicht zu erwarten ist (*Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 68 Rn. 34a).

**Das gleiche gilt in den Fällen von § 114 Satz 2 VwGO (Ergänzung von Ermessenserwägungen) und § 45 Abs. 2 VwVfG (Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im Prozess)**. Hier bedarf es ebenfalls keines erneuten Vorverfahrens, weil die gesetzlich zulässigen Änderungen den Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen verändern (*Kopp/Schenke*, VwGO, Rn. 23a). Nachbesserungen des Verwaltungsakts sind in diesen

Fällen auch Ausdruck einer (erneuten) Selbstkontrolle der Verwaltung, die vorgenommen werden, weil die beklagte Behörde unter dem Eindruck des klägerischen Vortrags oder entsprechender Hinweise des Gerichts erkennt, dass der Verwaltungsakt fehlerhaft ist und ein Unterliegen im Prozess droht (*Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 68 Rn. 34a).

Außerdem ist ein erneutes Vorverfahren entbehrlich, wenn das Gericht eine **Klageänderung nach § 91 Abs. 1 VwGO für sachdienlich hält**, etwa durch die Einbeziehung eines neuen Bescheids in den Prozess, der denselben Lebenssachverhalt betrifft. Auch hier darf das Gericht die Klageänderung nur zulassen, wenn sich der Streitstoff nicht wesentlich ändert (*Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 68 Rn. 34a).

#### 2.4.4. Sonstige Ausnahmen

Neben den normativ geregelten Ausnahmen vom Erfordernis eines Vorverfahrens hat die Rechtsprechung insbesondere folgende weitere Ausnahmen anerkannt:

– Ein Widerspruchsverfahren ist entbehrlich, wenn sich die Behörde gegenüber dem Kläger **vorgerichtlich endgültig auf die Ablehnung des Rechtsschutzbegehrens festgelegt hat**. Daran ändert nichts, wenn die Bekl. im Klageverfahren das Fehlen des Widerspruchsverfahrens rügt und sich nur hilfsweise auf die Sache einlässt (*BVerwG*, NVwZ 2014, 676).

Ein Widerspruchsverfahren ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn dessen **Zweck bereits Rechnung getragen ist oder dieser ohnehin nicht mehr erreicht werden kann**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den Bescheid aufgrund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen hat (*BVerwG*, BVerwGE 18, 1).

– Bei sog. **Ketten-Verwaltungsakten**, die sich auf mehrere hintereinander liegende Zeiträume erstrecken, wäre es für den Kläger eine nicht mehr zumutbare Förmerei, wenn er für jeden Zeitraum erneut die Durchführung eines Vorverfahrens beantragen müsste, wenn der Beklagte erklärt hat, dass er die Ansprüche des Klägers im gesamten noch streitgegenständlichen Zeitraum für unberechtigt hält (*BeckOK VwGO/Hüttenbrink*, § 68 Rn. 23 unter Berufung auf *BVerwG*, NVwZ 1984, 507).

– Ein **Widerspruch gegen den Widerspruchsbescheid** – oder auch nur die darin getroffene Kostenentscheidung – ist nicht statthaft (*BVerwG*, NVwZ-RR 2014, 869).

– Gegen die **Ersetzung eines stattgebenden Widerspruchsbescheids**, der eine **Zusicherung** der begehrten Behördenentscheidung enthält, durch einen ablehnenden Widerspruchsbescheid, der diese Zusicherung wieder aufhebt, muss vor Klageerhebung kein weiteres Widerspruchsverfahren durchgeführt werden (*BVerwG*, NVwZ 2009, 924).

– Der Erwerber eines die Klagebefugnis gegen einen Verwaltungsakt vermittelnden Gegenstandes braucht vor der Klageerhebung kein eigenes Widerspruchsverfahren durchzuführen, soweit die auf den Erwerbsgegenstand bezogene Beschwer bereits Gegenstand eines Widerspruchs seines **Rechtsvorgängers** war. Insoweit rückt er in die

Verfahrensposition seines Rechtsvorgängers ein (*BVerwG*, NVwZ 2006, 1072).

– Ist der **Widerspruchsbescheid nichtig**, treten zwar seine materiellen Wirkungen nicht ein; das bereits durchgeführte Vorverfahren als Prozessvoraussetzung dürfte dadurch aber nicht entfallen, so dass es nicht wiederholt werden muss (*OVG Magdeburg*, B.v. 02.05.2011 – 2 M 34/11).

### 3. Formelle Ordnungsgemäßheit der Widerspruchseinlegung

Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben. Dieser Formzwang schafft eine zuverlässige Grundlage für die weitere Behandlung der Angelegenheit und dient insgesamt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (*BVerwG*, NVwZ-RR 1989, 85).

#### 3.1. Schriftlich

**Der Sinn der Schriftform liegt in erster Linie darin**, die Identität des Absenders festzustellen und gleichzeitig klarzustellen, dass es sich nicht nur um einen Entwurf, sondern um eine gewollte Erklärung handelt. Voraussetzung ist daher grundsätzlich, dass der Widerspruchsführer die Widerspruchsschrift eigenhändig unterschrieben hat (*BVerfG*, BVerfGE 74, 228). Da der Widerspruchsführer sich nach § 14 VwVfG grundsätzlich auch vertreten lassen kann, reicht es, wenn der Bevollmächtigte die Widerspruchsschrift unterschrieben hat. Ausnahmsweise kann es ausreichen, wenn zwar die Unterschrift fehlt, sich aber aus dem Schriftstück in Verbindung mit den möglicherweise beigefügten Anlagen hinreichend sicher, also ohne Notwendigkeit einer Klärung durch Rückfrage oder durch Beweiserhebung, ergibt, dass das Schriftstück vom Widerspruchsführer herrührt und mit dessen Willen in den Verkehr gebracht wurde (*BVerwG*, NJW 1984, 444), wobei diese Anforderungen von der Rechtsprechung insgesamt recht großzügig beurteilt werden (*Sodan/Ziekow*, VwGO, § 70, Rn. 6 m.w.N.). Bei behördlichen Schreiben ist es ausreichend, wenn der maschinenschriftlichen Unterzeichnung ein handschriftlicher Beglaubigungsvermerk beigefügt ist, ein Dienstsiegel muss nicht vorhanden sein (*GmSEOGB*, BVerwGE 58, 359). Ein Faksimilestempel ist nicht ausreichend (*VG Wiesbaden*, NJW 1994, 537).

**Die Schriftform wird gewahrt durch** die fernschriftliche Widerspruchseinlegung (*BVerwG*, NJW 1989, 1175), die Widerspruchseinlegung durch Telefax (*BVerwG*, NJW 1987, 2098) und durch die Widerspruchseinlegung per Computerfax mit eingescannter Unterschrift des Klägers oder des Bevollmächtigten (*GmSEOGB*, NJW 2000, 2340 jeweils zur Klageerhebung) oder dem Vermerk, dass eine Unterzeichnung wegen der gewählten Übertragungsform nicht erfolgen könne (*OLG Braunschweig*, NJW 2004, 2025). Wichtig ist, dass eine eingescannte Unterschrift nicht dem Formerfordernis der Schriftlichkeit genügt, wenn der Schriftsatz nicht unmittelbar aus dem Computer, sondern mithilfe eines normalen Faxgeräts versandt wurde, der zu übermittelnde Schriftsatz kann und muss in einem solchen Fall unterschrieben werden (*BGH*, NJW 2006, 3784). Die Schriftform wird auch durch eine handschriftlich unterzeichnete Niederschrift gewahrt (*BayVGH*, BayVBl 1984, 117 zur Klageerhebung). Die fernmündliche Widerspruchseinlegung ist nicht möglich. Das gilt auch dann, wenn die Erklärung vom Urkundsbeamten wörtlich niedergeschrieben, vorgelesen und vom Anrufer genehmigt wird (*BVerwG*, BVerwGE 17, 169).



### 3.2. Zur Niederschrift

Der Widerspruch kann auch zur Niederschrift bei der Behörde erhoben werden, die den Verwaltungsakt erlassen hat, oder zur Niederschrift der Widerspruchsbehörde eingelegt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Widerspruch in Anwesenheit des Widerspruchsführers oder seines Vertreters zu Protokoll genommen, vorgelesen und genehmigt wird (BVerwGE 26, 201). Die Behörde muss die entsprechenden organisatorischen Voraussetzungen schaffen, damit eine Widerspruchseinlegung zur Niederschrift im Rahmen der üblichen Dienstzeiten ohne weiteres möglich ist. Fehlt es hieran, kommt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht. Der Behördenvertreter ist berechtigt, die Identität des Widerspruchsführers zu überprüfen (BVerwG, BVerwGE 17, 166).

### 3.3. Inhaltliche Mindestanforderungen

Inhaltliche Mindestanforderungen an die Widerspruchseinlegung bestehen nicht. Insbesondere muss der Widerspruch nicht als solcher bezeichnet werden (BVerwG, NJW 2002, 1137). Im Zusammenhang mit der Widerspruchseinlegung vorgebrachte Beschimpfungen, herabsetzende Äußerungen und negative Werturteile machen das Gesuch grundsätzlich nicht unzulässig, wenn daneben und nicht völlig untergeordnet auch ein Aufhebungsverlangen zu erkennen ist (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2002, 407). Dient ein Rechtsschutzersuchen aber erkennbar nur oder in erster Linie verfahrensfremden Zwecken wie der Beleidigung staatlicher Organe oder der Selbstdarstellung, so bedarf es nicht seiner förmlichen Behandlung. In diesem Fall ist das Ersuchen von vornherein unbeachtlich; wurde es anfangs unzutreffenderweise als förmlicher Rechtsbehelf behandelt, so ist das Verfahren einzustellen (BayVGH, NJW 1990, 240). Ein sinnhaftes und ernst zu nehmendes Rechtsschutzbegehren kann beispielsweise bei völlig wirrem oder stereotyp wiederholtem Vorbringen fehlen oder wenn das „Rechtsmittel“ unter Anlegung eines strengen Maßstabs offensichtlich haltlos ist (vgl. BSG, BSGE 5, 176), was insbesondere bei absurden Begehren ohne jeden Rückhalt im Gesetz oder bei offensichtlich unschlüssigem Vorbringen anzunehmen ist, etwa wenn kein konkreter Streitgegenstand erkennbar ist, der Betroffene nur allgemeine Ausführungen ohne irgendeinen Bezug zum materiellen Recht macht oder wenn sein Vorbringen bereits mehrmals Gegenstand verwaltungsbehördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen war (vgl. BSG, SozR 4-1500 § 72 Nr. 2; VGH Mannheim, B.v. 11.7.2016 – 1 S 294/16). So kann der Fall auch liegen, wenn deutlich wird, dass es dem Betroffenen allein darauf ankommt, ein Widerspruchs- oder verwaltungsgerichtliches Verfahren gewissermaßen „aus dem Nichts“ zu kreieren, um die Behörden und Gerichte zu beschäftigen oder gar lahm zu legen (VGH Mannheim, B.v. 11.7.2016 – 1 S 294/16). Generell gelten für die Annahme der unwirksamen Einlegung strenge Maßstäbe, da kein Anwaltszwang besteht, und mangelnde Ausdrucksfähigkeit kein Grund für Nachteile sein darf (Sodan/Ziekow, VwGO, § 70, Rn. 17).

### 3.4. Heilung von Formmängeln

**Formmängel können**, aber nur innerhalb der Widerspruchsfrist, durch ordnungsgemäße Nachholung **geheilt werden** (BVerwG, BVerwGE 50, 248). Nach Ablauf der Widerspruchsfrist ist das nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung vorliegen.

**Umstritten ist**, ob die Widerspruchsbehörde im Fall eines Formfehlers trotz der Unzulässigkeit des Widerspruchs diesen dennoch in

der Sache verbescheiden und dadurch den Klageweg eröffnen darf. Nach der Rechtsprechung ist das aufgrund der Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde jedenfalls in zweipoligen Verwaltungsverhältnissen, also in solchen, in denen nicht ein Dritter schutzwürdig auf die Bestandskraft eines Verwaltungsakts vertrauen darf, grundsätzlich möglich (BVerwG, BayVBl 1983, 311). Dritter in diesem Sinne ist nicht eine Gemeinde in Selbstverwaltungsangelegenheiten, da diese grundsätzlich ein Recht und Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG) und vor diesem Hintergrund nicht auf die Bestandskraft eines von ihr erlassenen rechtswidrigen Verwaltungsakts vertrauen darf. Von der Literatur wird diese Meinung als inkonsequent abgelehnt, weil sie sich dogmatisch über die Wirkung der Bestandskraft hinwegsetzt und keine Stütze im Gesetz findet (Sodan/Ziekow, VwGO, § 68, Rn. 42 m.w.N.).

### 4. Fristgerechte Einlegung des Widerspruchs

Der Widerspruch muss binnen eines Monats nach Bekanntgabe des beschwerenden Verwaltungsakts gegenüber dem hiervon Betroffenen eingelegt werden. Wird die Frist versäumt, wird der Verwaltungsakt bestandskräftig und damit unanfechtbar. Die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO gilt auch in beamtenrechtlichen Streitigkeiten (§ 54 Abs. 3 BeamStG). Bestimmte Spezialgesetze sehen abweichende Regelungen vor, beispielsweise § 33 Abs. 1 Satz 1 WPflG oder §§ 59 Abs. 5, 141 Abs. 1 Satz 1 FlurbG. Die im vorstehenden Absatz dargestellte Rechtsprechung betreffend das Hinwegsetzen der Widerspruchsbehörde bei Formmängeln gilt auch bei einer Versäumung der Widerspruchsfrist.

#### 4.1 Fristberechnung

Die Fristberechnung erfolgt entweder nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO, §§ 187 ff. BGB oder nach §§ 79, 31 VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB, kommt aber jeweils zum selben Ergebnis. Die Bekanntgabe des Verwaltungsakts ist ein „Ereignis“ iSv. §§ 187 ff. BGB, so dass man sich als Faustregel merken kann, dass die Widerspruchsfrist an dem Tag nach der Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu laufen beginnt und an demselben Tag des folgenden Monats, der dem Bekanntgabetag entspricht, abläuft (also etwa Bekanntgabe am 20.04., Fristbeginn 21.04, Fristablauf 20.05., 24.00 Uhr – soweit es sich hierbei nicht um einen Samstag, Sonn- oder Feiertag handelt). Wurde der anzugreifende Bescheid dem von ihm Betroffenen überhaupt nicht bekannt gegeben, kann dieser ihn trotzdem angreifen, wenn der Bescheid mit Wissen und Willen der Behörde einem anderen Betroffenen bekannt gegeben wurde. Ob in solchen Fällen überhaupt eine Frist läuft, ist streitig, allenfalls gilt für den Widerspruchsführer mangels Rechtsbehelfsbelehrung ab sicherer Kenntnis die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO.

#### 4.2. Fristbeginn

Für den Fristbeginn kommt es auf die **wirksame Bekanntgabe des Verwaltungsakts** an, die sich meistens nach §§ 41, 43 Abs. 1 VwVfG richtet. Unter „Bekanntgabe“ ist nicht jede – auch nur zufällige – Kenntnisnahme zu verstehen. Die Bekanntgabe setzt den Willen der Behörde zu einer Eröffnung des Verwaltungsakts an den Betroffenen voraus. Sie ist gegenüber der „Zustellung“ der umfassendere Begriff; sie schließt auch die förmliche Zustellung ein (BVerwG, DVBl 1968, 113). Bei unwirksamer Bekanntgabe beginnt also keine Frist zu laufen, das gilt auch dann, wenn der Betroffene anderweitig sichere Kenntnis vom Inhalt des Verwaltungsakts erlangt (Sodan/Ziekow, VwGO,

§ 70, Rn. 28). Wenn ein Bevollmächtigter bestellt ist, setzt sowohl die Bekanntgabe an diesen (§ 41 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) als auch an den Betroffenen die Widerspruchsfrist in Gang (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 70, Rn. 6a). Der Fristbeginn wird zunächst von § 41 VwVfG geregelt. Wird der Verwaltungsakt durch einfachen Brief mit der Post bekannt gegeben, gilt er am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 41 Abs. 2 VwVfG). Die gleiche Regelung gilt, wenn der Verwaltungsakt durch Einschreiben bekannt gegeben wird (§ 41 Abs. 5 VwVfG i. V.m. § 4 Abs. 1 VwZG). Für den Fristbeginn ist es unschädlich, wenn dieser auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Im Fall der Zugangsvereitelung gilt der Verwaltungsakt in entsprechender Anwendung von §§ 162, 242 BGB als bekannt gegeben.

Ein Verwaltungsakt, der mehrere Beteiligte betrifft, muss jedem Einzelnen bekannt gegeben werden. Die Frist beginnt also möglicherweise unterschiedlich, je nach individueller Bekanntgabe (*BVerwG*, NJW 1969, 1133). Insbesondere ein Verkehrszeichen wird gemäß § 43 VwVfG gegenüber demjenigen, für den es bestimmt ist, oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem es ihm bekannt gegeben wird. Die Bekanntgabe erfolgt nach den bundesrechtlichen (Spezial-)Vorschriften der StVO durch Aufstellen des Verkehrsschildes bzw. Anbringung der Markierung (vgl. insb. § 45 Abs. 1 und Abs. 4 StVO). Ausnahmen von einer durch Verkehrszeichen getroffenen Regelung können nicht durch eine nur schriftlich ergangene und bekanntgemachte Allgemeinverfügung zugelassen werden (*BVerwG*, SVR 2008, 231). Sind Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 erforderlichen Sorgfalt schon „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen kann, äußern sie ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht (*BVerwG*, SVR 2010, 476). Die Wirksamkeit eines ordnungsgemäß aufgestellten oder angebrachten Verkehrszeichens hängt also nicht von der subjektiven Kenntnisaufnahme des davon betroffenen Verkehrsteilnehmers ab. Demnach ist es unbeachtlich, wenn der Verkehrsteilnehmer das Fahrzeug vor dem Aufstellen des Verkehrszeichens (Halteverbot) an der betroffenen Stelle abstellt. Die Widerspruchsfrist wird aber erst dann ausgelöst, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer erstmals der Regelung des Verkehrszeichens gegenüber sieht.

Durch Rechtsvorschrift kann vorgesehen sein, dass der Verwaltungsakt, anstatt einfach bekannt gegeben zu werden, förmlich zugestellt werden muss. In einem solchen Fall setzt eine andere Art der Bekanntmachung die Frist nicht in Lauf (*BVerwG*, NJW 1993, 2884). Ist ein Bevollmächtigter bestellt, so muss eine förmliche Zustellung zwingend an diesen erfolgen, die Zustellung an den Betroffenen selbst bewirkt den Fristanlauf nicht (*VGH Mannheim*, VBIBW 1995, 317). Zustellungsmängel können geheilt werden (§ 8 VwZG). Das Dokument gilt dann in dem Zeitpunkt als zugestellt, indem es dem Betroffenen tatsächlich zugegangen ist. In den Bundesländern bestehen teilweise abweichende Regelungen. Eine Heilung scheidet aus, wenn die Behörde keinen Bekanntgabewillen hatte oder der Verwaltungsakt in anderer als der gesetzlichen geforderten Form erlassen wurde (*BVerwG*, NJW 1988, 1612). Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Heilung von Zustellungsmängeln auf die Heilung von Bekanntgabemängeln ist grundsätzlich möglich, beispielsweise dann, wenn das Schriftstück versehentlich an eine andere Person als den Adressaten übergeben wurde (*Sodan/Ziekow*, VwGO, § 70, Rn. 33).

### 4.3. Fristablauf

Den Fristablauf regelt § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Sie läuft ab an dem Tag des nächsten Monats, der von seiner Benennung her dem Bekanntgabetag des vorhergehenden Monats entspricht, also beispielsweise für den Fall der Bekanntgabe am 3. April am 3. Mai. Fällt das Fristende auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, verschiebt es sich auf den nächsten Werktag (§ 193 BGB). Die Frist darf voll ausgenutzt werden, es ist also der Zugang vor Mitternacht des letzten Fristtages ausreichend. Die Behörde muss hierfür entsprechende Vorkehrungen treffen, beispielsweise durch einen Nachtbriefkasten (*BVerwG*, NJW 1962, 1268). Fehlt es hieran, kommt Wiedereinsetzung in Betracht.

### 4.4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Wiedereinsetzung in vorigen Stand richtet sich nach § 60 Abs. 1 bis Abs. 4 VwGO (§ 70 Abs. 2 VwGO). § 32 VwVfG ist also nicht anwendbar. Zusammengefasst ist für die Wiedereinsetzung nötig, dass die Frist versäumt wurde, dass die Verhinderung unverschuldet war, dass ein rechtzeitiger Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt wird und das innerhalb dieser Antragsfrist die versäumte Rechtshandlung, also die Widerspruchseinlegung, nachgeholt wird. Die Tatsachen zur Begründung des Antrags sind glaubhaft zu machen. Wichtig ist, dass im Fall einer späteren Klageerhebung das Gericht nicht an die von der Behörde möglicherweise gewährte Wiedereinsetzung gebunden ist, da das Gericht von Amts wegen selbst die Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage, also auch die Rechtzeitigkeit der Widerspruchseinlegung prüft (*BVerwG*, NJW 1977, 542). Wenn die Behörde die Wiedereinsetzung zu Unrecht verweigert hat, kann diese auch durch das Gericht erfolgen (*BVerwG*, NJW 1977, 542).

### 5. Widerspruchsbefugnis

In analoger Anwendung von § 42 Abs. VwGO ist der Widerspruch nur dann zulässig, wenn der Widerspruchsführer geltend machen kann, dass er durch das behördliche Handeln im konkreten Fall in seinen Rechten verletzt sein könnte. Hierfür reicht schon eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung aus, oder anders gewendet: Es darf nicht von vornherein vollkommen ausgeschlossen sein, dass eine Rechtsverletzung vorliegt. Je nach Art des Widerspruchs sind unterschiedliche Überlegungen zu diesem Punkt veranlasst. Beim Anfechtungswiderspruch ist zu unterscheiden, ob sich der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts gegen diesen richtet, oder ob es sich beim Widerspruchsführer um einen Drittbetroffenen handelt. Im ersten Fall reicht es aus, auf die Adressatentheorie abzustellen, wobei hier die Rechtsverletzung des Widerspruchsführers durch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in aller Regel indiziert ist. Geht es um einen Drittwiderspruch, muss die Verletzung drittschützender Rechte behauptet werden können, welche im konkreten Fall möglicherweise auch den Widerspruchsführer schützen. Im Wesentlichen gilt das gleiche wie bei der Klagebefugnis.

Beim Verpflichtungswiderspruch muss man demgegenüber bei gebundenen Entscheidungen auf das mögliche Bestehen eines Anspruchs des Widerspruchsführers abstellen. Bei Ermessensentscheidungen muss darauf abgehoben werden, dass eine zweckmäßige Ausübung des Ermessens dazu geführt hätte, dass der begehrte Verwaltungsakt erlassen worden wäre. Ist die Prüfungskompetenz der Widerspruchsbehörde auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit

beschränkt, ist bei Ermessensentscheidungen darauf zu achten, dass die Formulierung der Widerspruchsbefugnis auf den im Widerspruchsverfahren gestellten Antrag abgestimmt ist. Wenn der Antrag auf eine angenommene Ermessensreduzierung auf Null aufbaut und deshalb im Ergebnis auf den Erlass eines Verwaltungsakts (also nicht „nur“ auf eine Neuverbescheidung) gerichtet ist, kommt es auf eine Verletzung des möglichen Anspruchs des Widerspruchsführers an, der sich hier aus einer behaupteten Ermessensreduzierung auf Null ergeben könnte.

## II. Begründetheit des Widerspruchs

Hier ist zunächst darauf zu achten, dass es **keinen „Richtiger Widerspruchsgegner“** in entsprechender Anwendung von § 78 Abs. 1 VwGO gibt. Das hängt damit zusammen, dass das Widerspruchsverfahren kein kontradiktorisches Verfahren ähnlich dem Gerichtsverfahren ist, in welchem sich Widerspruchsführer und Ausgangsbehörde gleichberechtigt vor einem gemeinsamen „Schiedsrichter“ gegenüberstehenden, sondern die Nachprüfung einer Verwaltungsentscheidung durch die Verwaltung selbst. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen Anfechtungswiderspruch und Verpflichtungswiderspruch.

**Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die Widerspruchsbehörde** ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung (*BVerwG*, *BVerwGE* 2, 55; *BVerwG* NVwZ-RR 1997, 132; *DÖV* 2007, 302; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 68 Rn. 15). Beim Drittwiderspruch gegen eine Baugenehmigung ist nach der Rechtsprechung des *BVerwG* (*NJW* 1970, 263; *NVwZ* 1998, 1179; *DÖV* 2007, 382) hingegen auf den Zeitpunkt des Ausgangsbescheides abzustellen. Für den Bereich des Immissionsschutzrechtes wurde eine solche Verschiebung des Prüfungszeitpunktes hingegen nicht befürwortet (*BVerwG*, *BVerwGE* 65, 313).

### 1. Prüfungsumfang

Grundsätzlich wird der mit dem Widerspruch angegriffene Verwaltungsakt im Vorverfahren einer **uneingeschränkten Prüfung** (Rechtmäßigkeit und bei Ermessensverwaltungsakt auch Zweckmäßigkeit) unterzogen (*BVerwG*, *BRS* 77 Nr. 68). Eine weitergehende Prüfungs- und Entscheidungskompetenz als die Ausgangsbehörde besitzt die Widerspruchsbehörde jedoch nicht (*BVerwG* NVwZ-RR 1989, 6), es sei denn, dies ist besonders gesetzlich vorgeschrieben. Ist die Ausgangsbehörde mit Selbstverwaltungsrechten ausgestattet, ist die Nachprüfung auf die Rechtmäßigkeit beschränkt. Wenn der Widerspruch bei Teilbarkeit des Verwaltungsakts beschränkt worden ist, kann eine darüber hinausgehende Nachprüfung des Ausgangsverwaltungsaktes nicht stattfinden (*BVerwG*, *Buchholz* 427.3 § 337 Nr. 18). Ist der Widerspruch durch einen Dritten eingelegt worden, ist die Widerspruchsbehörde auf die Prüfung drittschützender Vorschriften beschränkt (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 68 Rn. 9).

**Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte anderer Behörden** im Ausgangsverfahren führen nicht zu einer Begrenzung des Prüfungsumfanges der Widerspruchsbehörde (*BVerfGE* 71, 251). Anders liegt der Fall, wenn im Ausgangsverfahren ein förmliches Einvernehmen einer weiteren Behörde gesetzlich vorgeschrieben ist, etwa in den Fällen der §§ 36 BauGB, 9 Abs. 2 FStrG und § 12 Abs. 2 LuftVG. Dann darf sich auch die Widerspruchsbehörde nicht über das fehlende Einvernehmen der zu beteiligenden Behörde hinwegset-

zen (*BVerwG*, *NVwZ-RR* 1989, 6). Denkbar ist allerdings, dass das fehlende Einvernehmen der zu beteiligenden Behörde bspw. durch die Aufsichtsbehörde im Rahmen eines gesonderten aufsichtlichen Verfahrens ersetzt wird (*BVerwG* NVwZ 86, 556 f.). Der praktisch häufige Fall der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens ist nur ein verwaltungsinterner Mitwirkungsakt, die nicht isoliert angegriffen werden kann (*BVerfG*, *BVerfGE* 28, 145).

## 2. Begründetheit des Anfechtungswiderspruchs

Der Anfechtungswiderspruch ist dann begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt rechts- oder zweckwidrig (Ausnahme: Beschränkung der Widerspruchsbehörde auf Nachprüfung der Zweckmäßigkeit; dazu sogleich) ist und den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt.

### 2.1. Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts

Die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts kann sich aus formellen oder materiellen Verstößen ergeben. Voraussetzungen für die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts sind regelmäßig Zuständigkeit, Verfahren, Form und Begründung. Man muss sich jedoch sorgfältig überlegen, einen Widerspruch allein auf die Verletzung solcher Vorschriften hin einzulegen und zu begründen, weil hier häufig die Möglichkeit der Heilung nach § 45 VwVfG oder der Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG besteht. Es ist daher zu überlegen, an welchem Fehler der Verwaltungsakt leidet, zu welcher Fehlerfolge (Nichtigkeit oder „nur“ Rechtswidrigkeit) der Fehler führt und für den Fall der Rechtswidrigkeit, ob der Fehler heilbar oder unbeachtlich ist.

Für den Fall der Unbeachtlichkeit des Fehlers empfiehlt es sich, den Widerspruch nicht nur auf einen solchen Fehler zu stützen, weil er dem Widerspruch nicht zum Erfolg verhelfen würde und nur die negative Kostenfolge hätte. Als Faustformel gilt insoweit immer noch – trotz verschiedentlicher Differenzierungsversuche vornehmlich im Schrifttum – dass bei gebundenen Verwaltungsakten ein in § 46 VwVfG genannter Fehler unbeachtlich ist, wohingegen bei Ermessensverwaltungsakten zumindest dann, wenn keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, es nicht auszuschließen ist, dass der jeweilige Fehler die Entscheidung in der Sache beeinflusst hat.

Für den Fall, dass ein Fehler zwar nicht unbeachtlich, aber heilbar ist, kommt eine Heilung durch Nachholung sowohl im Abhilfe- als auch im Widerspruchsverfahren in Betracht, sodass ein Widerspruch nicht allein auf einen auch heilbaren Verfahrensfehler gestützt werden sollte.

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist zu prüfen, ob sich dieser entsprechend dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes auf eine ausreichende Rechtsgrundlage stützen kann, sich im Rahmen dieser Ermächtigungsgrundlage hält und auch im Übrigen mit den Vorschriften des materiellen Rechts in Einklang steht.

### 2.2. Rechtsverletzung des Widerspruchsführers

Hier ist zu prüfen, ob die oben bei der Widerspruchsbefugnis nur behauptete (und nicht von vornherein völlig ausgeschlossene) Rechtsverletzung des Widerspruchsführers auch tatsächlich besteht.

### 3. Begründetheit des Verpflichtungswiderspruchs

Hier sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden, zum einen diejenigen, in denen der Erlass des gewünschten Verwaltungsakts und zum anderen diejenigen, in denen „nur“ der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durchgesetzt werden soll.

#### 3.1. Erlass des gewünschten Verwaltungsakts

Hier muss dargelegt werden, dass die Voraussetzungen der Anspruchsnorm vorliegen bzw. aus welchen Gründen Zweckmäßigkeitserwägungen für den Erlass des gewünschten Verwaltungsakts sprechen. Ist die Widerspruchsbehörde ausnahmsweise auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt, kann im Fall eines Ermessensverwaltungsakts sich der Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts nur aus einer Ermessensreduzierung auf Null ergeben.

#### 3.2. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Im Fall der Beschränkung auf die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit und falls es sich weder um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt

noch ein Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, gilt folgendes: Hier müssen im einzelnen die Mängel des Verwaltungsakts der Ausgangsbehörde dargelegt werden, aus denen sich die Ermessensfehlerhaftigkeit ergibt und weiter dargelegt werden, warum der Widerspruchsführer zum Kreis der Anspruchsberechtigten der jeweiligen Norm gehört (zumindest soweit die Ausgangsbehörde dies anders gesehen hatte). Hier ist jedoch ebenfalls darauf hinzuweisen, dass in den Fällen, in denen die Widerspruchsbehörde auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts nachprüfen darf, damit gerechnet werden muss, dass diese ihr eigenes Ermessen anstelle der Ausgangsbehörde rechtsfehlerfrei in einer Weise betätigt, welche dennoch nicht für den Widerspruchsführer zum gewünschten Erfolg führt (etwa wenn mehrere Entscheidungen ermessensfehlerfrei möglich sind oder die Ausgangsbehörde bereits zu einem im Ergebnis vertretbaren Verwaltungsakt gekommen ist, obwohl sie nicht alle für das Ermessen maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hatte). Genauso gut wäre die Widerspruchsbehörde allerdings auch berechtigt, den Ausgangsverwaltungsakt aufzuheben und in entsprechender Anwendung von § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO an die Ausgangsbehörde zurückzuverweisen, damit diese den Antrag des Widerspruchsführers unter Beachtung der Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde erneut verbescheidet.

## Fallbearbeitungen

Birgit Beckermann\*

### Verwaltungsmanagement und Organisation – Aufgabe mit Lösungshinweisen zum Themenschwerpunkt „Strategisches Management und SWOT-Analyse“ –

#### Sachverhalt:

Der Rat und der Verwaltungsvorstand der kreisfreien Stadt R. (220.000 Einwohner), einem Mittelzentrum im Ruhrgebiet, beschäftigen sich bereits seit mehr als einem Jahr mit der Fragestellung, ob es für die Kommune sinnvoll und zielführend ist, ein Einkaufszentrum auf einer im Rahmen des Strukturwandels frei gewordenen größeren Fläche am Stadtrand zu errichten.

Es steht der Vorschlag im Raum, zur Ankurbelung der örtlichen Wirtschaft und zur Schaffung neuer Arbeitsplätze (ca. 3.500) auf dem Gelände ein Einkaufszentrum mit Einzelhandelsgeschäften und Fachmärkten auf ca. 24.000 qm Fläche zu errichten. Neben den großflächigen bekannten Verkaufsmagneten könnte das Angebot durch umfangreiche Dienstleistungs- und Serviceangebote wie Apotheke, Friseur, Optiker, Reinigung, Schlüsseldienst und Gastronomiebereiche angereichert werden. 1.300 kostenfreie Parkplätze direkt vor dem Einkaufszentrum könnten einen bequemen und stressfreien Einkauf garantieren. Eine Tankstelle und eine Waschstraße auf dem Gelände des Einkaufszentrums

könnten einen zusätzlichen Service rund um das Auto bieten. Ergänzend hierzu könnten angrenzende Freizeiteinrichtungen wie ein großer Sport- und Freizeitpark und ein Musicaltheater in die Planungen mit einbezogen werden, um eine zielgerichtete Vernetzung herzustellen. Außerdem ist angeregt worden, ein neues Schwimmspaßbad auf dem Gelände zu schaffen, um ein weiteres Highlight anbieten zu können und Besucher/-innen von nah und fern anzulocken.

Im Rat der Stadt R. werden ausgesprochen kontroverse Diskussionen geführt. Zwei der im Rat vertretenen Fraktionen machen sich stark für das neue Einkaufszentrum mit neuem Schwimmspaßbad und die Vernetzung mit bereits bestehenden Freizeiteinrichtungen. Sie versprechen sich davon einen deutlichen wirtschaftlichen Aufschwung für die Stadt, der ansonsten nicht zu bewerkstelligen sei. Einen Großinvestor habe man bereits „an der Angel“. Zwei andere Ratsfraktionen sprechen sich vehement gegen das angedachte Einkaufszentrum in der avisierten Größenordnung aus, da es nach deren Auffassung die bislang in die Geschäfte in der Innenstadt der Stadt R. geflossene Kaufkraft abziehen werde. So werde das Zentrum ausgehöhlt und dem dortigen Einzelhandel „das Wasser abgegraben“. Es gelte, die Innenstadt zu stärken und dort etwas gegen Leerstände zu unternehmen, indem neue Ansiedlungen von Gewerbetreibenden forciert würden. Außerdem sei das ganze Projekt „eine Nummer zu groß“ und werde die Stadt finanziell noch mehr in den Abgrund stürzen.

\* Birgit Beckermann lehrt als hauptamtliche Dozentin an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW am Hochschulstandort Münster Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, Verwaltungsmanagement, Organisation und Personalmanagement und engagiert sich im Forschungszentrum Personal und Management der FHöV NRW.

Der Bürgermeister der Stadt R. beauftragt Sie als Mitarbeiter/-in im Dezernat Planung, Bau, Wirtschaft und Marketing, zur Versachlichung der durch Emotionen angeheizten und parteipolitisch beeinflussten Diskussion in Politik und Bürgerschaft, die Vor- und Nachteile der Errichtung eines Einkaufszentrums am Stadtrand zu prüfen und dazu eine SWOT-Analyse durchzuführen.

Folgende Informationen zum aktuellen Sachstand liegen Ihnen vor: Die Stadt R. ist geprägt durch den Abbau von über 35.000 Arbeitsplätzen innerhalb weniger Jahre und einen massiven Kaufkraftabfluss. Seit 1993 war es aufgrund des tiefgreifenden Strukturwandels in der Stadt nicht mehr möglich, einen ausgeglichenen Haushalt vorzulegen. Für das Haushaltsjahr 2016 hat die Stadt R. im Gesamtergebnisplan ein Haushaltsdefizit in ordentlichen Erträgen und Aufwendungen in Höhe von minus 52,5 Millionen Euro veranschlagt. Dies entspricht einem der höchsten Pro-Kopf-Haushaltsdefizite aller kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen. Die Stadt R. gehört sowohl bei der Gewerbesteuer mit einem Steuerhebesatz von 560 % als auch bei der Grundsteuer mit einem Steuerhebesatz bei der Grundsteuer B von 660 % zu den Städten mit den höchsten kommunalen Steuern in Deutschland. 2015 beliefen sich die Schulden der Stadt auf rund 1,5 Milliarden Euro.

Die Stadt R. ächzt, wie auch andere Städte im Umkreis, unter den Aufwendungen für Sozialleistungen, die seit Anfang der 1990er-Jahre die Gewerbesteuereinnahmen der Stadt übersteigen. Dazu hat in den letzten Jahren die starke Zuwanderung von Südeuropäern sowie seit dem vergangenen Jahr die Zuweisung von Flüchtlingen aus anderen Ländern beigetragen. Aufgrund der ausgesprochen prekären Haushaltslage hat die Stadt R. in den letzten vier Jahren drei von sieben Schwimmbädern geschlossen. Die infrastrukturelle Anbindung der Stadt R. an den sie umgebenden Ballungsraum des Ruhrgebietes zeichnet sich durch zehn Autobahnanschlüsse, einen ICE-, CityNightLine- und ICBahnhof, Fernbusstationen, einen gut ausgebauten öffentlichen Nahverkehr und den etwa 30 Minuten Fahrzeit entfernten Flughafen Düsseldorf aus. Mehrere der die Stadt R. umgebenden Nachbarstädte mit vergleichbarer oder größerer Einwohnerzahl haben bereits in den letzten 10 bis 20 Jahren eigene Einkaufs- und Freizeitzentren errichtet. Einige davon sind profitabel, andere nicht.

**Aufgaben:**

- a) Erklären Sie, was unter einer SWOT-Analyse zu verstehen ist, in welchem Kontext sie eingesetzt werden kann und wie diese durchzuführen ist.
- b) Erstellen Sie entsprechend dem Ihnen erteilten Arbeitsauftrag eine SWOT-Analyse.
- c) Leiten Sie sinnvolle Handlungsempfehlungen zum weiteren Vorgehen ab, die einer Entscheidungsfindung im Rat der Stadt R. dienlich sind.

**Lösungshinweise:**

**Zu a)** Erklären Sie, was unter einer SWOT-Analyse zu verstehen ist, in welchem Kontext sie eingesetzt werden kann und wie diese durchzuführen ist.

**1. Kontext des Einsatzes einer SWOT-Analyse:**

Der öffentliche Sektor ist mit vielfältigen, von ihm zu bewältigenden Herausforderungen konfrontiert, die den Bedarf an strategischem Denken und Handeln deutlich werden lassen: Globalisierung, Wertewandel mit zunehmendem gesellschaftlichen Individualismus, Heterogenität der Bevölkerung, veränderte Arbeits- und Lebensverhältnisse sowie -bedürfnisse, veränderte Erwartungen an die öffentliche Verwaltung, Wettbewerbs- und Privatisierungsdruck, technologischer Wandel etc. Da sich der Prozess der Strategiefindung und -realisierung regelmäßig als ein komplexes Konstrukt erweist, besteht die Gefahr, dass die bestehende Herausforderung und die sich daraus ergebenden Aufgaben unterschätzt werden, dass dabei zu beachtende wichtige Aspekte übersehen werden oder dass die Komplexität die beteiligten Personen überfordert und sie deshalb den „Blick fürs Ganze“ verlieren und sich verzetteln. Um diesen Risiken „ins Auge zu sehen“ und sie zu vermeiden, bietet es sich für in der Praxis zu gestaltende Prozesse der Strategiefindung und -realisierung an, bei der Strategieentwicklung systematische Modelle und Instrumente zu nutzen.

Die SWOT-Analyse ist ein systematisches Instrument, das sich insbesondere in der Analysephase der Strategieentwicklung anbietet. Es geht in der Analysephase zunächst und vor allem darum, dass zum einen der Blick nach außen in das Umfeld der Organisation gerichtet wird, um so Chancen (Opportunities) oder Risiken (Threats) zu identifizieren. Zum anderen gilt es den Blick nach innen zu richten, also auf die eigene Organisation, um dort eigene Stärken (Strengths) und Schwächen (Weaknesses) zu identifizieren und sie sich bewusst zu machen.

**2. Begriffliche Klärung der SWOT-Analyse:**

Die SWOT-Analyse dient in dem o. a. Kontext dazu, strategische Möglichkeiten zu generieren, die aus dem Abgleich von Determinanten der Organisation (Organisationsanalyse: interne Sicht mit Stärken und Schwächen), und ihrer Umwelt (Umweltanalyse: externe Sicht mit Chancen und Risiken) resultieren. Mit anderen Worten: Es geht darum, geeignete strategische Lösungsalternativen für die Erreichung der Ziele der Organisation abzuleiten.

**Normstrategien der SWOT-Analyse:**

		Ergebnisse der Umweltanalyse (Außenanalyse)	
		Chancen	Risiken
Ergebnisse der Organisationsanalyse (Innenanalyse)	Stärken	Stärken-/Chancen-Strategien	Stärken-/Risiken-Strategien
	Schwächen	Schwächen-/Chancen-Strategien	Schwächen-/Risiken-Strategien

Die aus der SWOT-Analyse hervorgehenden vier Normstrategien lassen sich so erklären:

- **Stärken-/Chancen-Strategien:** Es gilt, die eigenen Stärken zu identifizieren und zu nutzen, die zu den Chancen aus der Umwelt passen. Diese Kombination stellt den Idealfall dar. Zum Beispiel könnte eine ohnehin schon wirtschaftsstarke Kommune ihre Wirtschaftskraft offensiv bewerben, um noch weitere Unternehmen zu gewinnen, die sich in ihr ansiedeln.

- **Stärken-/Risiken-Strategien:** Es gilt, die eigenen Stärken einzusetzen, um die sich abzeichnenden Risiken abzuwenden oder zumindest abzumildern. Im öffentlichen Sektor kann dies z. B. durch Kooperationen mit öffentlichen oder privaten Partnern erfolgen. Im vorliegenden Sachverhalt könnte dies ein privater Investor sein, der sich in das Projekt „Einkaufszentrum“ einbringen könnte.
- **Schwächen-/Chancen-Strategien:** Es gilt, mit den eigenen Schwächen so umzugehen, dass trotzdem eine Teilhabe an den erkannten Chancen ermöglicht wird. Denkbar sind hier Formen der interkommunalen Zusammenarbeit wie z. B. in Zweckverbänden, in denen Kommunen gemeinsam Aufgaben erfüllen. Im Idealfall bietet es sich an, Partner zu finden, die die identifizierten Schwäche/n nicht aufweisen.
- **Schwächen-/Risiken-Strategien:** Es gilt hier, umgehend zu reagieren, da ggf. das wirtschaftliche „Überleben“ oder die politische Handlungsfähigkeit der Organisation auf dem Spiel steht. Verbreitete Strategien in diesem Feld sind z. B. eine Privatisierung und Outsourcing sowie eine radikale Veränderung der Wahrnehmung kommunaler Aufgaben zur Erhöhung der Effizienz. So kann im Rahmen der Aufgabenkritik überlegt werden, welche freiwilligen Aufgaben überhaupt oder weiterhin (noch) erfüllt werden sollen (Zweckkritik) und wie kommunale Aufgaben zukünftig erledigt werden sollen (Vollzuckkritik).

**3. Durchführung der SWOT-Analyse:**

Die SWOT-Analyse kann allein oder als Gruppenarbeit, z. B. als moderierter Workshop durchgeführt werden, wobei es sich anbietet, die Vorteile gruppenspezifischer Prozesse zu nutzen. Ein geeignetes Hilfsmittel für den SWOT-Analyse-Workshop ist eine SWOT-Matrix, die im Kern Fragen beinhaltet, die darauf abzielen, ein Bild der gegenwärtigen Organisation mit ihren Entwicklungsmöglichkeiten zu entwerfen:

**3.1 Fragestellungen für die SWOT-Analyse:**

Stärken	Schwächen
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Auf welche Ursachen sind vergangene Erfolge zurückzuführen?</li> <li>• Welche Synergiepotenziale liegen vor, die mit neuen Strategien besser genutzt werden können?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Welche Schwachpunkte gilt es künftig zu vermeiden?</li> <li>• Welche Dienstleistung ist besonders schwach?</li> </ul>
Chancen	Risiken
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Welche Möglichkeiten stehen offen?</li> <li>• Welche Trends gilt es zu verfolgen?</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Welche Schwierigkeiten hinsichtlich der gesamtgesellschaftlichen Situation liegen vor?</li> <li>• Was machen eventuell vorhandene Wettbewerber?</li> <li>• Ändern sich die Vorschriften für Arbeit, Produkte oder Dienstleistungen?</li> <li>• Bedroht ein Technologie- oder Politikwechsel die Stellung?</li> </ul>

Jede Betrachtungsdimension sollte als eigenständige Moderations-tafel vorbereitet werden. Die teilnehmenden Personen schreiben ihre Gedanken zu den einzelnen Dimensionen auf Moderationskarten. Diese werden im Anschluss eingesammelt und den Dimensionen zugeordnet. Als Hilfestellung für die Ermittlung der Stärken/Schwächen beziehungsweise Chancen/Risiken können folgende Kriterien dienen:

**3.2 Mögliche Kriterien zur Durchführung der SWOT-Analyse:**

Stärken/Schwächen – Innenanalyse	Chancen/Risiken – Außenanalyse
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Erfolge der Behörde</li> <li>• eventuell Marktanteile</li> <li>• Entwicklung der Kundenzahlen</li> <li>• Entwicklung des Personalbestandes</li> <li>• Dienstleistungsqualität</li> <li>• Durchlaufzeiten</li> <li>• Öffentlichkeitsarbeit, Online-Kommunikation</li> <li>• Image, Corporate Identity/Corporate Design</li> <li>• Effektivität der Aufgabenerfüllung</li> <li>• Effizienz der Aufgabenerfüllung</li> <li>• Qualifikation/Erfahrung der Beschäftigten</li> <li>• Motivation (Betriebsklima, Einsatzfreude)</li> <li>• Altersstruktur der Beschäftigten</li> <li>• Führungsstil und Führungsverhalten</li> <li>• Fluktuation</li> <li>• Organisationsstruktur (Organigramme, ...)</li> <li>• Instrumente der Planung</li> <li>• Kontroll- und Steuerungsinstrumente</li> <li>• Stand der Bürokommunikation</li> <li>• Grad der Verknüpfung der Information/Entwicklungsstand Wissensmanagement</li> <li>• Leistungsfähigkeit des Controllings</li> <li>• ...</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kundenstruktur/Zahl potentieller Kunden</li> <li>• Wettbewerberstruktur/Zahl der potenziellen Wettbewerber</li> <li>• Entwicklung der Haushaltslage</li> <li>• Demographische Entwicklung</li> <li>• Kundenanforderungen/Kundenwünsche</li> <li>• Strategien/Aktivitäten der Wettbewerber</li> <li>• Stabilität der Wettbewerbsstruktur</li> <li>• Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen</li> <li>• Wirtschaftslage/Arbeitsmarkt</li> <li>• ...</li> </ul>

Die Auswertung der SWOT-Analyse erfolgt durch die Wiederholung der einzelnen Inhalte durch die moderierende Person und die Diskussion in der Gruppe. Es sollen dabei Strategien und Lösungswege entwickelt werden, die die Stärken der Organisation nutzen und weiter ausbauen, die Schwächen beseitigen und auf diesem Weg die Zukunftschancen, die sich bieten, nutzen.

Zu b) Erstellen Sie entsprechend dem Ihnen erteilten Arbeitsauftrag eine SWOT-Analyse.

Die im Folgenden aufgeführte Analyse der Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken auf Basis der Angaben aus dem Sachverhalt ermöglicht es, einen ersten Überblick zu geben, wie sich die Ergebnisse der Analyse der Organisation (Innenanalyse) und wie sich die Ergebnisse der Analyse der Umwelt (Außenanalyse) darstellen:

1. Ergebnisse der Analyse der Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken:

Ergebnisse der Organisationsanalyse – Innenanalyse Gegenwart	Stärken	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Frei gewordene größere Fläche</li> <li>• Bereits vorhandene Freizeiteinrichtungen (großer Sport- und Freizeitpark, Musicaltheater)</li> <li>• Vielfältige infrastrukturelle Anbindung und damit gute Erreichbarkeit der Stadt R. innerhalb des Ruhrgebiets als Ballungsraum</li> </ul>
	Schwächen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leerstände in der Innenstadt der Stadt R.</li> <li>• Erlittener Verlust von 35.000 Arbeitsplätzen in den letzten Jahren</li> <li>• Massiver Kaufkraftabfluss in den letzten Jahren</li> <li>• Seit 1993 kein ausgeglichener städtischer Haushalt mehr, erhebliches Haushaltsdefizit (2016: minus 52,5 Mill. €), sehr hohes Pro-Kopf-Haushaltsdefizit, hohe Gesamtverschuldung</li> <li>• Hohe Gewerbe- und Grundsteuerhebesätze</li> <li>• Hohe Aufwendungen für Sozialleistungen, die die Gewerbesteuererinnahmen übersteigen</li> <li>• Starke Zuwanderung aus Südosteuropa etc.</li> <li>• Drei von vier Schwimmbädern wurden in den letzten vier Jahren geschlossen</li> </ul>
Ergebnisse der Umweltanalyse – Außenanalyse Zukunft	Chancen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ankurbelung der Wirtschaft durch neues Einkaufszentrum mit 24.000 qm Fläche mit bekannten Verkaufsmagneten sowie umfangreichen Dienstleistungs- und Serviceangeboten, einschließlich Service ums Auto</li> <li>• Schaffung von 3.500 neuen Arbeitsplätzen</li> <li>• Durch 1.300 kostenfreie Parkplätze „Garantie“ für einen bequemen und stressfreien Einkauf</li> <li>• Zielgerichtete Vernetzung mit angrenzenden Freizeiteinrichtungen (großer Sport- und Freizeitpark, Musicaltheater)</li> <li>• Möglichkeit zur Schaffung eines neuen Schwimmspaßbades als weiteres Highlight zur Gewinnung von Gästen aus nah und fern</li> <li>• Potenzieller Großinvestor für das Projekt ist bereits akquiriert</li> </ul>
	Risiken	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kaufkraftabzug aus der Innenstadt der Stadt R.</li> <li>• Aushöhlung des Zentrums mit dessen Einzelhandel, weitere Leerstände</li> <li>• Gefahr der finanziellen Überforderung und des weiteren finanziellen „Absturzes“ der Stadt R.</li> <li>• Problematik der Einschätzbarkeit, ob Einkaufszentrum profitabel sein könnte, denn in Nachbarkommunen gibt es unterschiedliche Erfahrungswerte</li> </ul>

Nun gilt es, die auf Basis der Angaben aus dem Sachverhalt identifizierten Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken entsprechend der vier o. a. Normstrategien zueinander in Beziehung zu setzen. Dazu wird die im Folgenden visualisierte Vier-Felder-Matrix zur SWOT-Analyse angelegt.

2. Identifizierte Strategien in der Vier-Felder-Matrix zur SWOT-Analyse:

		Ergebnisse der Umweltanalyse – Außenanalyse	
		Chancen	Risiken
Ergebnisse der Organisationsanalyse – Innenanalyse	Stärken	<p><b>Stärken-/Chancen-Strategien:</b>  <i>Die frei gewordene größere Fläche, die bereits vorhandenen Freizeiteinrichtungen und die vielfältige gute infrastrukturelle Anbindung nutzen, um das Einkaufszentrum mit der aufgezeigten Gestaltung zu planen, zu bauen und zu vermarkten, um so neue attraktive Einkaufs- und Freizeitmöglichkeiten anzubieten, die Wirtschaft anzukurbeln und neue Arbeitsplätze zu schaffen. Kritische Anmerkung: Dieser „Idealfall“ ist zukunftsbezogen schwer realisierbar!</i></p>	<p><b>Stärken-/Risiken-Strategien:</b>  <i>Die frei gewordene größere Fläche und die bereits vorhandenen Freizeiteinrichtungen und die vielfältige gute infrastrukturelle Anbindung nutzen, um das Einkaufszentrum mit der aufgezeigten Gestaltung in Kooperation mit dem potenziellen Großinvestor zu planen, zu bauen und zu vermarkten, um so einen weiteren Kaufkraftabzug aus der Innenstadt der Stadt R., eine potenzielle (weitere) Aushöhlung des Zentrums mit dessen Einzelhandel, weitere Leerstände und eine ggf. zu erwartende finanzielle Überforderung sowie einen weiteren finanziellen „Absturz“ der Stadt R. zu vermeiden.</i></p>
	Schwächen	<p><b>Schwächen-/Chancen-Strategien:</b>  <i>Die ausgesprochen schwierige wirtschaftliche Situation der Stadt R. mit den erlittenen Arbeitsplatzverlusten, dem massiven Kaufkraftabfluss und der prekären Haushaltssituation in den letzten Jahren mittel- bis längerfristig zum Positiven hin wenden, indem das Einkaufszentrum mit der aufgezeigten Gestaltung in Kooperation mit dem potenziellen Großinvestor geplant, gebaut und vermarktet wird. Denn so würden neue attraktive Einkaufs- und Freizeitmöglichkeiten angeboten, dadurch könnte die Wirtschaft angekurbelt werden, was wiederum zu höheren Steuereinnahmen und zu geringeren Aufwendungen für Sozialleistungen führen würde.</i></p>	<p><b>Schwächen-/Risiken-Strategien:</b>  <i>Die ausgesprochen schwierige wirtschaftliche Situation der Stadt R. mit den erlittenen Arbeitsplatzverlusten, dem massiven Kaufkraftabfluss und der prekären Haushaltssituation in den letzten Jahren muss sorgfältig analysiert werden, bevor eine Entscheidung getroffen werden sollte, das Einkaufszentrum mit der aufgezeigten Gestaltung zu planen, zu bauen und zu vermarkten. Es muss vorab abgewogen werden, ob und inwieweit die Wirtschaftslage in der Stadt R. durch das Einkaufszentrum tatsächlich angekurbelt werden und höhere Steuereinnahmen erzielt werden könnten etc. (Abwägung der Vor-/Nachteile des Baus des Einkaufszentrums versus der Förderung der Innenstadt; Einschätzung der Profitabilität etc.). Die potenzielle finanzielle Überforderung der Stadt muss vorab analysiert und bewertet werden.</i></p>

Zu c) Leiten Sie sinnvolle Handlungsempfehlungen zum weiteren Vorgehen ab, die einer Entscheidungsfindung im Rat der Stadt R. dienlich sind.

Die Handlungsempfehlungen zum weiteren Vorgehen sollten auf die Herausforderungen und den Bedarf an strategischer Steuerung in der Stadt R. Bezug nehmen. Zu dieser Aufgabe sind verschiedene Lösungsansätze möglich. Im Folgenden werden zwei potenzielle **Lösungsvarianten zur Unterstützung der Entscheidungsfindung im Rat der Stadt R.** vorgestellt:

### 1. Lösungsvariante: Orientierung am Phasenmodell der Strategieentwicklung

Eine gute und zielführende Möglichkeit zur Generierung sinnvoller Handlungsempfehlungen zur Unterstützung der Entscheidungsfindung im Rat der Stadt R. kann eine **Orientierung am Phasenmodell der Strategieentwicklung** (Initiierungsphase, Analysephase, Konzeptionsphase, Realisierungs- und Kontrollphase) bieten.

Nachdem die Initiierung zur Auseinandersetzung mit dem Vorschlag „Bau eines Einkaufszentrums am Stadtrand“ bereits erfolgt ist, ist der Stadt R. zu empfehlen, zunächst eine umfassende strategische Analyse der Umwelt und der Organisation vorzunehmen. Im Zuge einer globalen Umweltanalyse sollten zunächst die politisch-rechtlichen Faktoren, die ökonomischen Faktoren, die sozio-kulturellen Faktoren und die technologischen Faktoren im Hinblick auf deren Bedeutung für die hier zu treffende Entscheidung „Pro oder Contra neues Einkaufszentrum am Stadtrand“ näher untersucht und dezidiert bewertet werden. Ggf. sollten dazu weitere strategische Managementtechniken genutzt werden wie z. B. Trendextrapolationen, die sog. „GAP“-Analyse, die Regressionsanalyse, die Lebenszyklusanalyse (quantitative Techniken) oder die Szenario-Technik, die Delphi-Methode, der Relevanzbaum etc. (qualitative Techniken).

Ergänzend zur globalen Umweltanalyse bieten sich des Weiteren Branchen- und Wettbewerbsanalysen, Marktanalysen und Konkurrenzanalysen an, um die Chancen und Risiken des Baus des neuen Einkaufszentrums am Stadtrand konkreter zu eruieren. Ggf. sollte hierzu auch externes Know-how hinzugezogen und genutzt werden, z. B. indem spezialisierte Beratungsunternehmen konsultiert werden.

Bei der ergänzend zur Umweltanalyse durchzuführenden Organisationsanalyse wird der Blick auf die Stärken und Schwächen der Stadt R. zu richten sein, die es möglichst realitätsnah einzuschätzen gilt, z. B. mittels eines Benchmarkings mit anderen vergleichbaren Kommunen gleicher Größenordnung und ähnlicher Struktur. Schließlich gilt es, eine Strategie für die zukünftig avisierte Entwicklung der Stadt R. zu konzipieren. Dazu bedarf es einer Vision, eines Leitbildes und dazu passender strategischer Ziele, die letztendlich in eine Gesamtunternehmensstrategie und eine Wettbewerbsstrategie zu überführen sind. Sodann gilt es, die gewählte Strategie umzusetzen und zu kontrollieren.

### 2. Lösungsvariante: Orientierung an den Zielfeldern und Leitfragen für strategisches Management in Kommunen

Eine weitere sinnvolle und zielgerichtete Möglichkeit zur Generierung sinnvoller Handlungsempfehlungen zur Unterstützung der Entscheidungsfindung im Rat der Stadt R. kann eine Orientierung an den Zielfeldern und Leitfragen für strategisches Management in Kommunen entsprechend dem Vorschlag der KGSt® offerieren (siehe KGSt®-Bericht Nr. 8/2000: Strategisches Management I: Leitbericht für Politik und Verwaltungsführung). Die KGSt® geht dabei von den drei Kernfeldern „Bürger“, „Prozesse und Strukturen“ und „Ressourcen“ aus, auf die bezogen für das strategische Management von Kommunen wiederum vier Zielfelder bzw. vier Leitfragen formuliert werden. Diese Systematik könnte auf die hier gegebene Fragestellung „Pro oder Contra neues Einkaufszentrum am Stadtrand“ angewendet werden.

Hierauf aufsetzend sollte eine kommunale Gesamtstrategie für die Stadt R. angestrebt werden.

Zur **Erstellung der Lösungshinweise** zu dieser Aufgabe wurde folgende **Literatur** hinzugezogen:

*Bruhns, Manfred* (2010): Marketing: Grundlagen für Studium und Praxis. 10. Auflage. Wiesbaden. Gabler Verlag. Seite 42 ff.

*Bundesministerium des Innern* (2017): SWOT-Analyse. Link: [http://www.verwaltung-innovativ.de/OHB/DE/Organisationshandbuch/6\\_MethodenTechniken/63\\_Analysetechniken/634\\_SWOT-Analyse/swot-analyse-node.html](http://www.verwaltung-innovativ.de/OHB/DE/Organisationshandbuch/6_MethodenTechniken/63_Analysetechniken/634_SWOT-Analyse/swot-analyse-node.html). Letzter Zugriff am 20.01.2017.

*Gourmelon, Andreas/Mroß, Michael & Seidel, Sabine* (2014): Management im öffentlichen Sektor. 2., vollständig überarbeitete Auflage. Heidelberg. Rehm Verlag. Seite 427 ff.

*Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement – KGSt®* (2015): Wege zur kommunalen Gesamtstrategie – Sieben Schritte strategischer Steuerung. KGSt®-Bericht Nr. 6/2015.

*Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement – KGSt®* (2000): Strategisches Management I: Leitbericht für Politik und Verwaltungsführung. KGSt®-Bericht Nr. 8/2000.

*Müller-Stewens, Günter & Lechner, Christoph* (2011): Strategisches Management. Wie strategische Initiativen zum Wandel führen. 4., überarbeitete Auflage. Stuttgart. Schäffer Poeschel Verlag.

*Paulic, Rainer* (Hrsg.) (2014): Verwaltungsmanagement und Organisation. 3., unveränderte Auflage. Frankfurt am Main. Verlag für Verwaltungswissenschaft. Seite 267 ff.



Christine Susanne Rabe/Antje Torlage\*

# Wiedergestattung eines Gewerbes\*\*

– Die Online-Fallbearbeitung –\*\*\*

## Sachverhalt:

Fred Müller  
Lange Straße 5  
30559 Hannover

Landeshauptstadt Hannover  
Blumenauer Straße 5–7  
30449 Hannover

Hannover, 05.01.2017

## Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit beantrage ich die Wiedergestattung der Gewerbeausübung.

### Begründung:

Ich habe im November 2016 erfolgreich die Prüfung zum Gebäudeenergieberater bestanden und beabsichtige, das entsprechende Gewerbe auszuüben. Ich plane, einzelne Bauwerke zu vergleichen, Modernisierungskonzepte zu erarbeiten und Finanzierungspläne zu erstellen. Ich biete eine reine Beratungstätigkeit ohne den Ankauf oder Verkauf von Waren. Da die ursprüngliche Gewerbeuntersagung inzwischen sehr lange zurück liegt und ich zudem in einem ganz anderen Bereich tätig werden möchte, sehe ich keine Gründe, mir die Wiedergestattung zu verweigern.

Ich bitte kurzfristig um eine antragsgemäße Entscheidung.

Mit freundlichen Grüßen

*Müller*

Landeshauptstadt Hannover  
Gewerbeangelegenheiten und Verbraucherschutz

Datum 18.01.2017  
Sachb.: Herr Kruse  
Tel.: -12345  
Az: 33.22-04

### 1. Vermerk

Herrn Müller wurde mit bestandkräftig gewordenem Bescheid vom 26. April 1990 die selbständige Ausübung des Gewerbes „Elektroinstallation“ sowie eines jeden weiteren Gewerbes untersagt, da er gewerberechtlich unzuverlässig war.

Herr Müller hat über einen längeren Zeitraum seine steuerrechtlichen Verpflichtungen vernachlässigt und ist wirtschaftlich leistungsunfähig. Nach Auskunft des Finanzamtes vom 17.01.2017 hat Herr Müller Steuerrückstände in Höhe von 148.060,05 €. Der letzte Zahlungseingang

\* Dr. jur. *Christine Susanne Rabe* ist nebenamtliche Lehrbeauftragte an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen, Mediatorin und Geschäftsführerin der Legaxa GmbH®, [www.legaxa.com](http://www.legaxa.com). Sie ist seit Jahren in der Aus- und Fortbildung der Mitarbeiter von Kommunen und in der freien Wirtschaft tätig.

*Antje Torlage* ist Rechtsanwältin und Mediatorin in Hannover und ebenfalls nebenamtliche Lehrbeauftragte an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Hannover.

\*\* Die Fallkonstellation vermittelt die Grundlagen der Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage anhand eines gewerberechtlichen Falles. Der Fall ist Gegenstand des Faches Entscheidungsentwürfe III des Moduls Grundlagen des Verwaltungshandelns III, zu dem auch das Fach Wirtschaftsverwaltungsrecht im 9. Trimester Allgemeine Verwaltung der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen gehört. Die rechtlichen Ausführungen im Gutachtenteil dieser Fallbearbeitung gehen jedoch über das von den Studenten geforderte Wissen hinaus.

\*\*\* Die Besonderheit dieser Fallbearbeitung besteht darin, dass die Lösungsskizze unter [www.dvp-digital.de](http://www.dvp-digital.de) zur Verfügung steht.

datiert aus dem April 2004. Ein letzter – erfolgloser – Vollstreckungsversuch durch einen Vollzugsbeamten des Finanzamtes hat im August 2015 stattgefunden.

Herr Müller ist danach weiterhin zu einer ordnungsgemäßen Betriebsführung nicht in der Lage und wirtschaftlich leistungsunfähig. Anzeichen für eine Besserung der wirtschaftlichen Situation sind nicht erkennbar. Die Steuerrückstände haben sich seit 1990 mehr als verdoppelt.

gez. **Kruse**

2. Frau Schnell mit der Bitte, den Ablehnungsbescheid zu fertigen.
3. Wv.: 1 Woche

i.A.

Kruse

E.

**Landeshauptstadt Hannover**  
**Der Oberbürgermeister**

Landeshauptstadt Hannover, Blumenauer Straße 5–7, 30449 Hannover

1. Fred Müller  
Lange Straße 5  
30559 Hannover

**Info-Block**

**Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung**

Sehr geehrter Herr Müller,

1. Ihren Antrag vom 05.01.2017, Ihnen die persönliche Ausübung eines Gewerbes wieder zu gestatten, lehne ich ab.
2. Die Kosten des Verfahrens haben Sie zu tragen.

**Begründung:**

Zu 1.  
Ihrem Antrag konnte nicht entsprochen werden, weil in Ihrem Fall die Voraussetzungen für eine Wiedergestattung der Ausübung des beantragten Gewerbes nicht gegeben sind.

Gemäß § 35 Abs. 6 S. 1 der Gewerbeordnung (GewO)<sup>1</sup> ist einem Gewerbetreibenden die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt.

In Ihrem Fall sind keine Tatsachen erkennbar, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Sie sind nach wie vor unzuverlässig im gewerberechtlichen Sinn, da Sie nicht die Gewähr dafür bieten, nach Wiederaufnahme des Gewerbes dieses ordnungsgemäß zu führen.

Nach Auskunft des Finanzamtes Hannover belaufen sich Ihre Steuerrückstände zum 17.01.2017 auf 148.060,05 €. Der letzte Zahlungseingang datiert aus dem Jahr 2004. Ein letzter – erfolgloser – Vollstreckungsversuch des Finanzamtes hat im August 2015 stattgefunden. Seit der Gewerbeuntersagung im Jahr 1990 haben sich zudem Ihre Steuerrückstände mehr als verdoppelt. Sie sind weiterhin wirtschaftlich leistungsunfähig und zahlungsunfähig.

<sup>1</sup> Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 11. November 2016 (BGBl. I S. 2500) geändert worden ist.

Zu 2.  
Es folgt eine ordnungsgemäße Kostenbegründung.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Es folgt eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrage

*Kruse*

2. Kostenentscheidung fertigen  
3. Wv.: 01.03.2017 (Klage?)

*Kr. 23.01.*

---

**Rechtsanwälte Schlau & Listig**

Rae Schlau & Listig, Berliner Platz 1, 30519 Hannover

Verwaltungsgericht Hannover  
Leonhardtstraße 15  
30175 Hannover

Andrea Schlau  
Susanne Listig

Berliner Platz 1  
30519 Hannover  
Fon: 0511 / 20 55 12  
Fax: 0511 / 20 55 13

15.02.2017

**Klage**

des Herrn Fred Müller, Lange Straße 5, 30559 Hannover

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schlau & Listig, Berliner Platz 1, 30519 Hannover

– Kläger –

gegen

die Landeshauptstadt Hannover, vertreten durch den Oberbürgermeister, Blumenauer Straße 5-7, 30449 Hannover

– Beklagte –

wegen: Wiedergestattung der Gewerbeausübung.

Namens und in Vollmacht des Klägers wird beantragt,

**die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger unter Aufhebung des Bescheides vom 23.01.2017 die Ausübung der dem Anwendungsbereich des § 35 GewO unterliegenden Gewerbe wieder zu gestatten,**

hilfsweise,

**die Beklagte zu verpflichten, den Antrag des Klägers vom 05.01.2017 auf Wiedergestattung der persönlichen Ausübung des Gewerbes unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.**

Eine auf uns lautende Vollmacht liegt der Klage bei.

**Begründung:**

Der Kläger hat bis April 1990 einen Elektroinstallateurbetrieb unterhalten. Mit Bescheid vom 26. April 1990 hat die Beklagte<sup>2</sup> dem Kläger den Betrieb dieses Gewerbes sowie eines jeden anderen Gewerbes untersagt, da er aufgrund erheblicher Steuerrückstände von der Beklagten als gewerberechtlich unzuverlässig angesehen wurde. Dieser Bescheid wurde seinerzeit bestandskräftig.

Beweis: Bescheid der Beklagten vom 26.04.1990 (Anlage K1)

Mit Schreiben vom 05.01.2017 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Wiedergestattung der Gewerbeausübung.

Beweis: Antrag des Klägers vom 05.01.2017 (Anlage K2)

Der Kläger bestand im November 2016 erfolgreich die Prüfung zum Gebäudeenergieberater und beabsichtigt, ein entsprechendes Gewerbe auszuüben.

Beweis: Prüfungszeugnis „Gebäudeenergieberater“ vom 22.11.2016 (Anlage K3)

Der Kläger beabsichtigt, einzelne Bauwerke zu vergleichen, Modernisierungskonzepte zu erarbeiten und Finanzierungspläne zu erstellen. Es wird sich dabei um eine reine Beratungstätigkeit ohne den Ankauf oder den Verkauf von Waren handeln.

Mit Bescheid vom 23.01.2017 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers ab, obgleich der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung hat.

Beweis: Bescheid der Beklagten vom 23.01.2017 (Anlage K4)

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat der Kläger einen Anspruch auf die beantragte Wiedergestattung der Gewerbeausübung.

Die Ausübung des Gewerbes ist wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit i.S.d. § 35 Abs. 1 GewO nicht mehr vorliegt. Diese Entscheidung fordert ebenso wie die Gewerbeuntersagung eine Prognose über die Zuverlässigkeit des Antragstellers nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit. Dabei muss die Zuverlässigkeit prospektiv, das heißt, bezogen auf eine mögliche Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft begründet werden. Dabei kann in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten zwar als Indiz gewertet werden, allerdings darf durch die Gewerbeuntersagung und deren Aufrechterhaltung in der Vergangenheit liegendes Verhalten nicht quasi „bestraft“ werden. Mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darf niemand länger von der Gewerbeausübung ferngehalten werden, als dies durch die überwiegenden Interessen der Allgemeinheit geboten ist. Danach besteht ein Rechtsanspruch auf die Wiedererteilung u.a. dann, wenn die den Untersagungsbescheid tragenden Gründe inzwischen entfallen oder Gefährdungen i.S.d. § 35 Abs. 1 GewO nicht mehr zu befürchten sind oder es inzwischen an der Verhältnismäßigkeit des Fortbestehens der Untersagung mangelt, vgl. Urteil des OVG Lüneburg vom 15.01.1998, Az.: 7 L 781/97.

Diesem Maßstab wird die Ablehnungsentscheidung der Beklagten nicht gerecht. Die Untersagungsverfügung liegt mehr als 25 Jahre zurück. Zudem wird der Kläger in einem völlig anderen Bereich tätig werden, als dies seinerzeit der Fall war. Der Kläger verfügt über die erforderliche Qualifikation, um in dem angestrebten Geschäftsfeld erfolgreich zu agieren.

Soweit die Beklagte auf etwaige Steuerrückstände verweist, übersieht sie wesentliche Punkte: Im Jahr 2003 ist die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgelehnt worden.

Beweis: Beschluss des Amtsgerichts Hannover vom 11.07.2003 (Anlage K5)

Am 06. August 2015 hat der Kläger erneut die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen. Seit 2001 ist der Kläger arbeitslos. Aufgrund seines Alters, er ist heute 56 Jahre alt, hat er keine Chance mehr, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzugehen. Er hat derzeit keinerlei eigenes Einkommen. Wenn der Kläger als geprüfter Energieberater tätig werden kann, wird er in der Lage sein, mit der Abtragung von Schulden zu beginnen. Die erneute eidesstattliche Versicherung im Jahr 2015 begründet sich daraus, dass auch die Ehefrau des Klägers vorübergehend arbeitslos geworden ist.

<sup>2</sup> Auf Veränderungen durch das Regiongesetz und die damit verbundenen Zuständigkeitsänderungen wird nicht näher eingegangen, sondern aus Vereinfachungsgründen durchgängig von der Beklagten gesprochen.

Beweis: Zeugnis der Frau Frieda Müller, Lange Straße 5, 30559 Hannover

Es ist davon auszugehen, dass sich die finanziellen Verhältnisse des Klägers nach Aufnahme der Tätigkeit als Gebäudeenergieberater kurzfristig erheblich verbessern werden. Ferner wird der Kläger nach der Wiedergestattung der Gewerbeausübung zuverlässig seinen Pflichten als Geschäftsmann nachkommen. Der Ablehnungsbescheid ist daher rechtswidrig. Die insoweit beweispflichtige Beklagte vermag keine Gründe darzulegen, die gegen eine zuverlässige Gewerbeausübung in der Zukunft sprechen. Es wird um antragsgemäße Entscheidung gebeten.

## Listig

(Rechtsanwältin)

Landeshauptstadt Hannover  
Gewerbeangelegenheiten und Verbraucherschutz

Datum 24.02.2017  
Sachb.: Herr Kruse  
Tel.: -12345  
Az: 33.22-04

### 1. Vermerk

Die Klageschrift wurde am 22.2.2017 zugestellt, die vom Gericht gesetzte Frist zur Stellungnahme beträgt zwei Wochen.

Folgende ergänzende Informationen des Finanzamtes Hannover wurden mitgeteilt: Die Steuerrückstände belaufen sich inzwischen auf fast 170.000,- €. Herr Müller hat zudem Verbindlichkeiten wegen rückständiger Schornsteinfegergebühren in Höhe von 137,50,- € und schuldet Grundabgaben in Höhe von 1.320,52 €.

Ein schlüssiges Sanierungskonzept, auf dessen Grundlage er den Zugriff seiner Gläubiger auf etwaige Einkommens- oder Vermögenswerte abwenden kann und das die Annahme rechtfertigt, dass er in der Zukunft die beabsichtigte Gebäudeenergieberatung als selbständiges Gewerbe ordnungsgemäß ausüben kann, hat Herr Müller trotz Aufforderung nicht vorgelegt.

gez. *Kruse*

2. Frau Schnell mit der Bitte um eine rechtliche Einschätzung der Erfolgsaussichten der Klage und Anfertigung der Stellungnahme an das Gericht.

3. Wv.: 1 Woche

i.A.

Kruse

### Aufgabenstellung:

1. Prüfen Sie gutachtlich die Erfolgsaussichten der Klage.
2. Bitte fertigen Sie das erforderliche Schreiben an das Gericht.

### Bearbeitungshinweise:

1. Die in den Vermerken gemachten Angaben sind zutreffend.
2. Die in der Klage genannten Anlagen sowie die Vollmacht liegen der Klage bei und bestätigen den Vortrag des Klägers.

## Rechtsprechung

### Bekanntgabe einer Nutzungsuntersagung

(OVG Münster, Beschl. v. 30.1.2017 – 2 B 1226/16 in: BauR 2017, S. 1163 ff.)

*Entscheidet sich eine Behörde ohne gesetzliche Verpflichtung für eine förmliche Bekanntgabe eines Verwaltungsakts, ist sie an die Beachtung der für die Zustellung vorgesehenen Förmlichkeiten genauso gebunden wie bei einer gesetzlichen Verpflichtung. Dies schließt es auch bei einer*

*freiwillig gewählten Bekanntgabe durch Zustellung aus, eine fehlerhafte Zustellung in eine fehlerhafte Bekanntgabe umzudeuten.*

### Zum Sachverhalt:

Streitgegenstand dieses gerichtlichen Eilverfahrens ist die Frage, ob die durch die Antragsgegnerin verfügte Nutzungsuntersagung des Garagendaches wirksam erfolgt ist. Die Anordnung wurde den Prozessbevollmächtigten der Antraggegnerin als – nicht unterzeichne-

te – PDF-Datei mit einfacher Mail vorab zugeleitet. Im Adressfeld ist der Zusatz: „Per Postzustellungsurkunde“ enthalten. Eine Zustellung des Bescheides unterblieb aus unbekanntem Gründen.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde war (insoweit) zulässig und begründet.

Der strittige Verwaltungsakt ist mangels ordnungsgemäßer Bekanntgabe nicht wirksam geworden. Die von der Antragsgegnerin gewählte Bekanntgabe mittels Zustellungsurkunde hat nach der Aktenlage nicht stattgefunden. So findet sich in den Akten weder ein Nachweis über eine erfolgte Zustellung noch ein entsprechender Zustellungsauftrag. Die Prozessbevollmächtigten der Antragsteller werden allein und ausdrücklich „vorab“ mittels E-Mail über die Entscheidung der Behörde informiert, wobei der „Bescheid“, der E-Mail lediglich als PDF-Dokument beigelegt war. Eine wirksame Bekanntgabe der Ordnungsverfügung kann darin nicht gesehen werden. Zwar ist nach § 41 Verwaltungsverfahrensgesetz NRW<sup>1</sup> die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts regelmäßig nicht an eine bestimmte Form gebunden. Einer Behörde ist es nach ihrem Ermessen aber unbenommen, für die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts den förmlichen Weg der Zustellung zu wählen. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin sich für eine solche förmliche Zustellung entschieden. Ausweislich der vorliegenden Akten sollte die Zustellung per Zustellungsurkunde erfolgen. Aufgrund dieser freiwilligen Entscheidung ist die Behörde indes an die Beachtung der für die Zustellung vorgesehenen Förmlichkeiten genauso gebunden wie bei einer gesetzlichen Verpflichtung zur förmlichen Zustellung. Dies schließt auch bei einer freiwillig gewählten Bekanntgabe durch Zustellung aus, eine fehlerhafte Zustellung in eine fehlerfreie Bekanntgabe umzudeuten.

Das Fehlen einer förmlichen Zustellung ist auch nicht nach § 8 Landeszustellungsgesetz NRW durch die Bekanntgabe des Bescheides an die Antragstellerin und den tatsächlichen Zugang an deren Prozessbevollmächtigten geheilt worden. Eine solche Heilung kommt lediglich dann in Betracht, wenn ein Dokument nicht formgerecht zugestellt worden ist oder bei der Zustellung zwingende Zustellungsregeln verletzt worden sind. Ein solcher Zustellungsmangel liegt hier nicht vor. Vielmehr fehlt es bereits an einem Zustellungswillen der Antragsgegnerin. Der fehlende Wille einer Behörde, eine Zustellung vorzunehmen, ist kein Zustellungsmangel, der einer Heilung nach § 8 LZG NRW zugänglich ist. Vielmehr ist der Zustellungswille unabdingbare Voraussetzung einer Zustellung, ohne dessen Vorhandensein auch eine Anwendung der Heilungsvorschriften nicht in Betracht kommt. Dass eine Benachrichtigung per E-Mail keine Form der Bekanntgabe ist und insbesondere nichts mit der ausdrücklich vorgesehenen Bekanntgabe mittels Postzustellungsurkunde zu tun hat, liegt auf der Hand. Im konkreten Fall kommt der fehlende Zustellungswille zudem in der ausdrücklichen Kennzeichnung der Mitteilung als Übersendung „vorab“ unzweifelhaft zum Ausdruck.

#### Anmerkung:

1. Das Gericht setzt sich in dieser Entscheidung mit der grundlegenden Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen die Heilung

<sup>1</sup> Die Verwaltungsverfahrensgesetze der anderen Bundesländer weisen durchweg gleichlautende Bestimmungen auf.

eines Zustellungsmangels möglich ist. Zudem bekräftigt es noch einmal ausdrücklich, dass die Voraussetzungen einer förmlichen Zustellung zu beachten sind, unabhängig davon, ob die Behörde hierzu (gesetzlich) verpflichtet war oder sich aber aufgrund einer Ermessensentscheidung dazu entschlossen hatte.

2. Der Zustellung eines Dokuments durch die Behörde kommt auch heute noch eine erhebliche praktische Bedeutung zu. Die Zustellung ist die qualifizierte Form der Bekanntgabe, bei der bestimmte Förmlichkeiten zu beachten sind. Dabei ist Zweck der Zustellung, den Zeitpunkt der Übergabe des Dokuments nachweisen zu können. Dem Adressaten des Dokuments gegenüber soll gewährleistet werden, dass er Kenntnis von diesem nehmen und seine Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung darauf einrichten kann (vgl. Weidemann, VwZG-Kommentar, Einf. Ziff. 4.2 m.N.). Zustellung ist aber kein Selbstzweck. So sehen die Zustellungsgesetze des Bundes (vgl. § 8 VwZG) und der Länder durchweg vor, dass eine Heilung von Zustellungsmängeln möglich ist.

3. § 8 VwZG sieht zwei Fallkonstellationen vor, wann ein Zustellungsmangel geheilt werden kann. Entweder kann die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachgewiesen werden oder das Dokument ist unter Verletzung zwingender Zustellungsregeln zugegangen. Es gilt in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist; im Fall des § 5 Abs. 5 VwZG in dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger das Empfangsbekennnis zurückgesendet hat. Die Heilungsvorschrift erfasst aber nur Zustellungsmängel. Eine andere Beurteilung ist dagegen bei einer fehlenden Zustellung gegeben.

4. Der Zustellungswille der Behörde ist unabdingbare Voraussetzung für eine Zustellung. Dabei muss der Zustellungswille neben dem Bekanntgabewillen auch den Willen zur Bekanntgabe in einer im VwZG bestimmten Zustellungsart umfassen. Fehlt es an dem Zustellungswillen, kann auch kein Zustellungsmangel eintreten. Ein Zustellungsmangel setzt zwingend voraus, dass die Behörde den Vorgang der Zustellung auch eingeleitet hat. Soll eine Heilung greifen, muss zunächst stets geprüft werden, ob der Zustellungswille der Behörde gegeben ist. Fehlt dieser, dann scheidet eine Heilung aus.

H.W.

### Es kann nur eine geben – zur Auswahlentscheidung bei Spielhallen

(OVG Münster, Beschl. v. 08. 06. 2017 – 4 B 307/17)

1. Für Betreiber von Bestandsspielhallen, für die die fünfjährige Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV gilt, steht in Nordrhein-Westfalen ein gesetzmäßiges Auswahlverfahren zur Verfügung.

2. Das Auswahlverfahren nach Ablauf der Übergangsfrist für Bestandsspielhallen genügt dem Transparenzgebot.

3. In Nordrhein-Westfalen bedarf es zum Weiterbetrieb von Bestandsspielhallen schon ab dem 01. 7. 2017 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Demgemäß ist die zuständige Behörde verpflichtet ist, ihre Auswahlentscheidung – unter den vorliegenden Erlaubnisunterlagen – vor diesem Zeitpunkt und nicht erst vor dem 01. 12. 2017 zu treffen.

4. Sofern Betreiber von Bestandsspielhallen auf einen Lauf der Übergangsfrist bis zum 30.11.2017 hingewiesen worden sind, dürfen bei ihnen zur Vermeidung unbilliger Härten jedenfalls für die Zeit bis dahin die Voraussetzungen für die Befreiung vom Mindestabstandsgebot und vom Verbundverbot gegeben sein; eine entsprechende Härtefallbefreiung kommt gerade bei vergleichsweise spät getroffenen behördlichen Auswahlentscheidungen in Betracht, um die nach einer etwaigen negativen Auswahlentscheidung ggf. noch vorzunehmenden Abwicklungsmaßnahmen zu ermöglichen.

5. Glücksspielrechtliche Erlaubnisse für den Betrieb von Spielhallen sind keine Dienstleistungskonzessionen; das Vergaberecht ist hierauf nicht anwendbar.

(Nichtamtl. Leitsätze)

## A. Anmerkung

I. 2017 wird für etliche Betreiber von Spielhallen ein „Schicksalsjahr“. Denn in diesem Jahr läuft die fünfjährige Übergangsfrist für sog. Bestandsspielhallen ab. Danach ist (auch) für diese Spielhallen eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüStV) und § 16 Abs. 2 AG Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrages – Ausführungsgesetz NRW Glücksspielstaatsvertrag (AG GlüStV NRW) erforderlich. Das Erlaubniserfordernis soll – verbunden mit dem Mindestabstandsgebot und dem Verbundverbot – den Gefahren der Glücksspielsucht bei Spielgeräten entgegenwirken.

II. Der Senat hält die Erlaubnispflicht (zumindest aufgrund summarischer Prüfung im Verfahren des hier in Rede stehenden vorläufigen Rechtsschutzes) für gesetzeskonform. Die Bekämpfung und Prävention von Glücksspielsucht sei als überragend wichtiges Gemeinwohlziel anerkannt, weil Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen selbst, für ihre Familien und für die Gemeinschaft führen könne (s. insoweit BVerfG, DVP 2017, S. 300). Das OVG Münster folgt insoweit der Einschätzung des BVerfG und der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung.

1. Der Gesetzgeber hat die negativen wirtschaftlichen Folgen, die sich für Spielhallenbetreiber aus den Restriktionen des neuen Glücksspielrechts ergeben, durch verschiedene Regelungen abgemildert. Nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV und § 18 AG GlüStV NRW bedarf es in Nordrhein-Westfalen für Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Glücksspielstaatsvertrags bestanden und für die bis zum 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden war, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags endete, (erst) nach Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags einer (neuen) Erlaubnis. Die Erteilung der Neukonzessionen nach dieser Übergangszeit ist dann von der Einhaltung des Verbundverbots und der Abstandsgebote abhängig (s. hierzu §§ 24, 25 GlüStV und § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW). In Gebäuden bzw. Gebäudekomplexen darf es demgemäß nur eine Spielhalle geben. Ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle soll nicht unterschritten werden.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. §§ 29 Abs. 4 Sätze 2 und 4 GlüStV, 18 AG GlüStV NRW) so-

wie die Befugnis der Erlaubnisbehörde, unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von dem Erfordernis eines Mindestabstands von 350 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle abzuweichen (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW).

2. Für die Auswahlentscheidung stehen nach Ansicht des OVG genügend Parameter zur Verfügung. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass auch bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gem. § 33i GewO zu berücksichtigen ist.

III. Das Gericht stellt weiterhin klar, dass es in Nordrhein-Westfalen zum Weiterbetrieb von Bestandsspielhallen schon ab dem 01. 07.2017 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bedarf. Der Glücksspielstaatsvertrag ist in Nordrhein-Westfalen nach der nicht unklaren, sondern eindeutigen Regelung in Art. 1 § 2 Abs. 1 des (nach seinem Art. 4 am 01.12.2012 in Kraft getretenen) Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 13.11.2012 (GV.NRW.S.524) rückwirkend am 01.07.2012 in Kraft getreten, so dass die Frist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV am 30.06.2017 endet. Allerdings vertritt das Ministerium für Inneres und Kommunales NRW die Ansicht, der Glücksspielstaatsvertrag sei in Nordrhein-Westfalen erst am 01.12.2012 in Kraft getreten (<http://www.mik.nrw.de/themen-aufgaben/verfassung-recht/gluecksspielrecht.html>), und hat demgemäß auf einen Lauf der Übergangsfrist bis zum 30.11.2017 hingewiesen. Die zuständigen Ordnungsbehörden und die Betreiber haben sich deshalb in ihren Dispositionen hierauf eingestellt. Aus dieser Lage zieht der Senat die Konsequenz, dass bei allen Betreibern jedenfalls für die Zeit bis zum 30.11.2017 die Voraussetzungen für die Befreiung von den Anforderungen nach §§ 24 und 25 GlüStV zur Vermeidung unbilliger Härten gegeben sind.

## B. Ergänzender Hinweis

Das OVG Münster weist zwar darauf hin, dass die Geeignetheit und Erforderlichkeit insbesondere von Mindestabstandsregeln im wissenschaftlichen Schrifttum weiterhin umstritten ist. Der Senat überspielt diese Problematik jedoch – insoweit dem BVerfG folgend – durch Hinweis auf einen gerichtlich nur begrenzt überprüfbareren Einschätzungs- und Prognosespielraum. Die Einschätzung, in staatlichen Spielbanken sei der Spielerschutz besser gewährleistet, steht mangels näherer Betrachtung der Realität indessen auf einem sehr brüchigen Fundament. Zur Diskrepanz bezüglich der Bemessung der Übergangsfrist s. einerseits § 24 Abs. 1 AG GlüStV NRW – wonach das Gesetz am

01. 12. 2012 in Kraft tritt – und Art. 2 Abs. 1 GlüStV (Inkrafttreten am 01. 07. 2012!)).

J.V.

## Sicherstellung von Fahrzeugen zur Gefahrenabwehr

(VGH Kassel, Beschl. v. 30. 6. 2015 – 8 A 103/15)

1. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Sicherstellungsverfügung richten sich nach dem Zeitpunkt ihres Erlasses.

2. Mit dem nachträglichem Wegfall der im Zeitpunkt der Sicherstellung gegebenen Voraussetzungen (hier: nach § 40 HSOG) endet das an den Verfügungsadressaten gerichtete Gebot zur Duldung des durch die rechtmäßige Sicherstellung begründeten hoheitlichen Gewahrsams.

3. Der spezialgesetzlich geregelte Folgenbeseitigungsanspruch (hier: gem. § 43 Abs. 1 HSOG) greift ein, wenn die Sicherstellungsveroraussetzungen zunächst vorgelegen haben, aber im Nachhinein weggefallen sind; er ist nicht von einer vorherigen Aufhebung der – rechtmäßig – erfolgten Sicherstellung abhängig.

4. Prozessual ist der Anspruch mit einem eigenständigen Leistungsantrag – nicht als Annexantrag zur Anfechtungsklage – verfolgbar.

(Nichtamtl. Leitsätze)

### A. Anmerkung:

#### I. Zum Sachverhalt

Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft (StA) Frankfurt am Main gegen A, einen rumänischen Staatsangehörigen, wegen des Verdachts des Betruges und der Urkundenfälschung wurden am 28. 11. 2011 Gewerbeflächen in Frankfurt durchsucht und über 20 Kraftfahrzeuge mit dazugehörigen Fahrzeugbriefen und Schlüsseln beschlagnahmt. Nachdem die StA diese Fahrzeuge freigegeben hatte, stellte der Beklagte (B) mit einer an A gerichteten Verfügung vom 17. 2. 2012 27 Fahrzeuge sicher. Zur Begründung wurde angegeben, es sei zu befürchten, dass bei Rückgabe der Fahrzeugpapiere und Schlüssel die Fahrzeuge in strafbarer Weise gebraucht würden, da die bisherigen Ermittlungen die Manipulation der Wegstreckenzähler bei einem Großteil der Fahrzeuge belegten. Ferner seien die Eigentumsverhältnisse an den Kraftfahrzeugen ungeklärt. Der Kläger (K) hat gegen diese Verfügung Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist. K hat geltend gemacht, die Fahrzeuge stünden in seinem Eigentum, Rechte Dritter an den Fahrzeugen bestünden nicht. Am 9. 7. 2012 hat K Klage vor dem VG erhoben mit dem Ziel der Aufhebung der Sicherstellungsverfügung und der Herausgabe der Fahrzeuge. Die Klage hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

#### II. Zur Rechtslage

##### 1. Zum Antrag auf Aufhebung der Sicherstellungsanordnung

Insoweit ist die Klage als **Anfechtungsklage** (42 Abs. 1 1. Alt. VwGO) statthaft. Gegen die Zulässigkeit bestehen auch in anderer Hinsicht keine Bedenken.

a) Die Klage ist jedoch nach Ansicht des VGH **unbegründet**. Die **Sicherstellungsverfügung** des B sei **rechtmäßig** und verletze K nicht in seinen Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Nach § 40 Nr. 4 HSOG kann die Polizei eine Sache sicherstellen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Sache zur Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebraucht oder verwendet werden soll.

*Hinweis:* Die Vorschriften über die Sicherstellung/Beschlagnahme von Sachen in den Sicherheitsgesetzen der Länder beruhen zwar auf dem sog. *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*, stimmen aber nur teilweise überein. Eine der Alternativen Nr. 4 in § 40 HSOG vergleichbare Regelung fehlt beispielsweise in § 26 Nds. SOG und § 43 PolG NRW. Nach diesen und den entsprechenden Vorschriften weiterer Bundesländer wäre hier die Alternative Nr. 1 („um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren“) anzuwenden.

Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 HSOG sind die Sachen, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, an denjenigen herauszugeben, bei dem sie sichergestellt worden sind.

*Hinweis:* In den anderen Bundesländern ist die Rechtslage vergleichbar: s. z. B. § 61 Abs. 2 Satz 1 SOGM-V, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG, § 46 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW.

Aus diesem Regelungsgefüge folgert der VGH, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügung auf den **Zeitpunkt ihres Erlasses** abzustellen ist. Indem der Gesetzgeber in § 43 Abs. 1 HSOG eine Herausgabepflicht für den Fall vorsehe dass die Sicherstellungsveroraussetzungen weggefallen, begrenzt er die (Regelungs-)Wirkung des Sicherstellungsverwaltungsakts: Mit nachträglichem Wegfall der im Zeitpunkt der Sicherstellung gegebenen Voraussetzungen nach § 40 HSOG ende das an den Verfügungsadressaten gerichtete Gebot zur Duldung des durch die rechtmäßige Sicherstellung begründeten hoheitlichen Gewahrsams. Ohne dass es noch einer Aufhebung des Sicherstellungsverwaltungsakts bedürfe, sei die Sache herauszugeben. § 43 Abs. 1 HSOG sei insoweit eine die allgemeine Vorschrift des § 43 Abs. 2 HVwVfG (= § 43 Abs. 2 VwVfG) ergänzende oder eine andere Weise der Erledigung der Sicherstellung i. S. des § 43 Abs. 2 HVwVfG regelnde Norm. Vor diesem Hintergrund bestehe kein Bedürfnis, den Zeitpunkt der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügung als Dauerverwaltungsakt abweichend vom im Gefahrenabwehrrecht allgemein geltenden Beurteilungszeitpunkt der Vornahme der Maßnahme auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen.

Die angefochtene Sicherstellungsverfügung stelle sich bezogen auf den Zeitpunkt ihres Erlasses als rechtmäßig dar, namentlich habe der Eingriffstatbestand des § 40 Nr. 4 HSOG am 17. 2. 2012 vorgelegen. „Tatsächliche Anhaltspunkte“ rechtfertigten die Annahme i. S. des § 40 Nr. 4 HSOG, wenn es nach polizeilicher Erfahrung als möglich erscheine, dass ein bestimmter Sachverhalt vorliege und hierfür bestimmte Indizien sprächen. Nur im Zusammenwirken der subjektiven Komponente polizeilicher Erfahrung mit der objektiven Komponente des Vorliegens bestimmter Indizien sei in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu gewährleisten, dass nicht im Wesentlichen Vermutungen, sondern konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorlägen.



Der im Rahmen des § 40 Nr. 4 HSOG anzustellenden Gefahrenverdachtsprognose müssten konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte zugrunde liegen. Im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherstellungsverfügung am 17. 2. 2012 lagen nach Ansicht des VGH bezüglich der Fahrzeuge hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für die polizeiliche Annahme der Gefahr eines kriminellen Sachgebrauchs vor. Es hätten tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme bestanden, dass diese zur Begehung einer Straftat gebraucht oder verwertet werden sollten. Die polizeilichen Ermittlungen hätten ergeben, dass die Wegstreckenzähler bei einem Großteil der Fahrzeuge erheblich manipuliert worden seien. Ferner seien neue Fahrzeug-Servicebücher bzw. gefälschte Servicebücher hergestellt worden, um dadurch den Anschein einer geringeren Laufleistung zu erwecken und um die Fahrzeuge dann überteuert im Internet zum Kauf anzubieten.

b) Damit ist auch ein hier grundsätzlich in Betracht kommender **Annexantrag** nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO auf Herausgabe der Fahrzeuge an K (mit den zugehörigen Dokumenten und Fahrzeugschlüsseln) **unbegründet**. Er teilt die Erfolglosigkeit des – als Hauptantrag verfolgten – Anfechtungsantrags. Denn der allgemeine (Vollzugs-)Folgenbeseitigungsanspruch wie auch der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch – die als materiell-rechtliche Ansprüche mit dem Annexantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO verfolgbar sind – scheiden aus, da der Anfechtungsantrag des K nicht zur Aufhebung der Sicherstellungsverfügung führt.

## 2. Zum (Leistungs-)Antrag auf Herausgabe

Die Klage wird auch hinsichtlich des Leistungsantrags auf Herausgabe der sichergestellten Fahrzeuge als unbegründet abgewiesen. Denn K steht kein entsprechender Anspruch gegen B aus § 43 Abs. 1 HSOG zu. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 HSOG sind die Sachen an diejenige Person herauszugeben, bei der sie sichergestellt worden sind, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind.

*Hinweis: Die Rechtslage in den anderen Bundesländern ist vergleichbar (s. o.).*

Dieser **spezialgesetzlich geregelte Folgenbeseitigungsanspruch** greift ein, wenn die Sicherstellungsvoraussetzungen zunächst vorgelegen haben, aber im Nachhinein weggefallen sind. Er ist – wie der Senat ausführt – materiell-rechtlich nicht von einer vorherigen Aufhebung der (rechtmäßigen) Sicherstellung abhängig und damit prozessual mit einem eigenständigen Leistungsantrag verfolgbar. Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage für die Beurteilung seines Vorliegens ist der **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung**. Hier sind die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage indes nicht erfüllt. Denn K ist nicht die Person, bei der die Sachen sichergestellt wurden; diese Person ist vielmehr A.

Auch einen Herausgabeanspruch des K nach § 43 Abs. 1 Satz 2 HSOG verneint der VGH. Nach dieser Norm können die Sachen an eine andere Person herausgegeben werden, die ihre Berechtigung glaubhaft macht, wenn die Herausgabe an die Person, bei der die Sachen sichergestellt worden sind, nicht möglich ist. Eine Berechtigung des K i. S. des § 43 Abs. 1 Satz 2 HSOG sei auch mit dem von dieser Vorschrift vorgegebenen Beweismaß nicht feststellbar, insbesondere habe K nicht glaubhaft gemacht, dass er Eigentümer der streitgegenständlichen Fahrzeuge sei (*wird ausgeführt*).

## B. Ergänzender Hinweis:

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Sie betrifft gängige Probleme des allgemeinen Verwaltungs- sowie des Polizei- und Ordnungsrechts und ist auch unter verwaltungsprozessualen Gesichtspunkten interessant. Es ist von einer mittleren Klausurrelevanz auszugehen.

J.V.

## Gebührenerhebung wegen verstärkten Polizeieinsatzes bei Fußballspiel

(VG Bremen, Urt. v. 17. 5. 2017 – 2 K 1191/16)

*1. Im Bereich des Gebühren- und Beitragsrechts fordert das Bestimmtheitsgebot eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regelungsdichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt.*

*2. Der Gebührenschuldner muss die Höhe der zu erwartenden Gebührenlast anhand der normativen Festlegungen im Wesentlichen abschätzen können.*

*3. Soweit es sich um Abgaben mit dem unmittelbaren Zweck einer Kostendeckung handelt, bedarf es nicht zwingend der tatbestandlichen Bestimmung eines Abgabesatzes. Hinreichende Bestimmtheit kann vielmehr auch hergestellt werden, indem die Bemessungsfaktoren für die die Abgabe tragenden Kosten normiert werden.*

*4. § 4 Abs. 4 Bremisches Gebühren- und Beitragsgesetz (BremGebBeitrG) i.V. mit Nr. 120.60 der Anlage zu § 1 Kostenverordnung für die innere Verwaltung (InKostV) enthält keine hinreichend bestimmte Regelung der Höhe der Gebühr.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

## A. Anmerkung

### I. Zum Sachverhalt

Die Klägerin (K) begehrt die Aufhebung eines Gebührenbescheides für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte bei einem Fußballspiel der Fußball-Bundesliga. Der Betrieb der Bundesliga und 2. Bundesliga und die Ermittlung des deutschen Fußballmeisters des DFB und der Teilnehmer an den internationalen Wettbewerben erfolgt durch den DFL Deutsche Fußball Liga e.V.. K ist eine 100%ige Tochter des DFL Deutsche Fußball Liga e.V. und führt dessen operatives Geschäft. Mit Schreiben vom 24.03.2015 unterrichtete die Polizei Bremen K darüber, dass nach aktueller polizeilicher Lageinschätzung davon auszugehen sei, dass die Voraussetzungen einer Kostenbeteiligung des Veranstalters gem. § 4 Abs. 4 des BremGebBeitrG bei der Veranstaltung des Fußball-Bundesligaspiels ... gegen den ... am 19.04.2015 im Bremer Weserstadion vorlägen. Es sei mit dem Einsatz von etwa 800 Polizeikräften und demzufolge mit einer Gebührenerhebung in Höhe von 250.000,00 € bis 300.000,00 € zu rechnen. Veränderungen des polizeilichen Kräfteinsatzes auf Grund aktueller Lage- und Kräfteentwicklung blieben vorbehalten. Am 19.04.2015 fand das fragliche Bundesligaspiel statt. An diesem Tage wurden hierfür 969 Polizeibeamte mit insgesamt 9.537 Ein-

satzstunden eingesetzt, davon entfielen 4.731 Einsatzstunden auf auswärtige Polizeikräfte.

Nach vorheriger Anhörung der K erließ die Polizei Bremen unter dem 18.08.2015 einen Gebührenbescheid, mit dem gem. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG i.V. mit Nr. 120.60 der Anlage zu § 1 InKostV und Nr. 103.00 der Anlage zu § 1 Allgemeine Kostenverordnung (AllKostV) gegen K Gebühren in Höhe von 425.718,11 € festgesetzt wurden. Nach den bei der Einsatzplanung zu berücksichtigenden Lageerkenntnissen und Informationen sei am 19.04.2015 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen bestimmten Anhängern des ... und dem ... zu rechnen gewesen, wenn dem nicht durch den Einsatz starker Polizeikräfte und entsprechende Einsatzmaßnahmen begegnet worden wäre. K sei Veranstalterin des Spiels i.S. des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG; es handle sich zudem um eine gewinnorientierte Veranstaltung. Für die Ermittlung des Mehraufwandes für die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte sei zunächst der durchschnittliche Aufwand für die Bereitstellung von Polizeikräften anlässlich von Fußball-Bundesligaspielen im Bremer Weserstadion der vorangegangenen drei Spielzeiten berechnet worden, bei denen die in § 4 Abs. 4 Satz 1 BremGebBeitrG genannten Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten (insgesamt 39 Spiele). Es habe sich ein Basiswert von 76.811,65 € ergeben. Dieser sei von dem Gesamtaufwand für die Bereitstellung von Polizeikräften am 19.04.2015 in Höhe von 502.529,76 € abgezogen worden, so dass sich der festgesetzte Betrag als Mehraufwand ergeben habe. Der von K gegen den Gebührenbescheid erhobene Widerspruch wurde zurückgewiesen. Die Klage hatte demgegenüber Erfolg.

## II. Zur Rechtslage

Die (Anfechtungs-)Klage (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO) ist nach Ansicht des VG zulässig und begründet. Der streitgegenständliche Gebührenbescheid ist rechtswidrig und verletzt K in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Ermächtigungsgrundlage für die Gebührenerhebung kann § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sein. Danach wird eine Gebühr von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine **gewinnorientierte Veranstaltung** durchführen, an der voraussichtlich **mehr als 5.000 Personen** zeitgleich teilnehmen.

1. Der Begriff des **Veranstalters** wird im Gesetz nicht definiert. Nach allgemeinem Wortverständnis dürfte darauf abzustellen sein, wer bei einer Veranstaltung auf die Planung und die Durchführung Einfluss nehmen kann. Da das Gesetz eine Gebührenpflicht nur für gewinnorientierte Veranstaltungen vorsieht, ist zudem zu berücksichtigen, wer das unternehmerische Risiko trägt und/oder auf andere Weise einen finanziellen Vorteil aus der Veranstaltung zieht. Nach diesen Vorgaben ist (auch) K Veranstalterin i.S. des § 4 Abs. 4 Satz 1 BremGebBeitrG. Denn sie hat bestimmenden Einfluss auf die Veranstaltung der jeweiligen Bundesliga-Spiele und deren Vermarktung und sie hat aus dem Spielbetrieb einen eigenen finanziellen Vorteil. Gemäß ihrer Satzung führt K das operative Geschäft des DFL Deutsche Fußball Liga e.V.. Nach § 2 Abs. 1 Ziff. 1.1 ihrer Satzung obliegt ihr die verantwortliche Leitung des Spielbetriebes. Zudem obliegt K die exklusive Vermarktung der Bundesliga-Spiele und sie erhält einen Teil der Einnahmen aus der Vermarktung.

2. Für die danach grundsätzlich mögliche Gebührenerhebung liegt nach Ansicht der Kammer jedoch **kein hinreichend bestimmter Gebührentatbestand** vor.

Die Höhe der festzusetzenden Gebühr ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Gem. § 4 Abs. 4 Satz 2 BremGebBeitrG ist die Gebühr nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden, § 4 Abs. 4 Satz 4 BremGebBeitrG. § 3 Abs. 1 BremGebBeitrG ermächtigt den Senat hinsichtlich der Kostentatbestände und Kostensätze im Rahmen des § 4 BremGebBeitrG zum Erlass einer Rechtsverordnung. Nach § 1 InKostV werden von den Behörden der inneren Verwaltung des Landes und der Gemeinden Kosten nach dem als Anlage beigefügten Kostenverzeichnis erhoben. Der Einsatz des Polizeivollzugsdienstes nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG ist dort unter Nummer 120.60 aufgeführt, die Abrechnung erfolgt nach tatsächlichem Aufwand, soweit möglich nach Maßgabe der Nummern 120.10 bis 120.16; Auslagen werden gesondert erhoben. Die Nummern 120.11 bis 120.16 enthalten Pauschsätze für den Einsatz von Kraftfahrzeugen und Booten pro Betriebsstunde bzw. gefahrenen Kilometer. Nummer 120.10 verweist auf die Stundensätze für den Einsatz von Beamten nach der AllKostV.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm im Gebührenrecht sind in der Rechtsprechung des *BVerwG* (s. z. B. Urt. v. 2. 7. 1969 – BVerwG 4 C 68.67 – Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 6 S. 4 u. v. 9. 3. 1990 – BVerwG 8 C 20.88 – Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 117 S. 13 f.) (s. Leitsätze 1 bis 3) geklärt.

Die möglichen Kosten müssen für die betroffenen Bürger insbesondere anhand objektiver Kriterien berechenbar sein, sodass eine willkürliche Handhabung durch die Behörde ausgeschlossen ist.

Diesen Anforderungen entspricht die zitierte Kostenregelung zur Gebühr nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG nach Auffassung des VG nicht. Es sei dem Gebührenschuldner nicht möglich, die Höhe der zu erwartenden Gebührenlast hinreichend bestimmt zu kalkulieren. Dies ergebe sich bereits daraus, dass hinsichtlich eines Teils der festzusetzenden Gebühren eine Abrechnung nach **tatsächlich** anfallenden Kosten vorgesehen sei. So seien in Nummer 120.60 InKostV für die Abrechnung des Einsatzes **auswärtiger** Polizeikräfte keine Bemessungsfaktoren genannt; die Abrechnung solle nach tatsächlichem Aufwand erfolgen. Die Abrechnung der Kosten, die das Land Bremen anderen Bundesländern und dem Bund für den Einsatz deren Polizeikräfte erstatten müsse, erfolge nach einer entsprechenden Verwaltungsvereinbarung der Länder, in der wiederum nach Bemessungsfaktoren (je Kilometer bzw. je Stunde Einsatzkraft) abgerechnet werde. Dieser Umstand und die Höhe der jeweiligen Bemessungsfaktoren seien für den Gebührenschuldner durch die InKostV jedoch nicht erkennbar und ihre Kenntnis dränge sich Außenstehenden auch nicht auf. Hinzu kämen die Kosten für die Übernachtung der auswärtigen Polizeikräfte. Insoweit würden die tatsächlich angefallenen Kosten in die Gebührenberechnung übernommen. *Die Kammer legt sodann dar, dass derartige Kostenanteile einen nicht unerheblichen Anteil an der Gesamtgebühr ausmachen.*

Gem. § 4 Abs. 4 Satz 3 BremGebBeitrG sei der Veranstalter vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu unterrichten. Eine ausdrückliche Unterrichtungspflicht über die voraus-

sichtliche **Gebührenhöhe** sehe das Gesetz nicht vor. Eine hinreichende Kalkulierbarkeit der Gebühren für das Spiel am 19.4.2015 ergebe sich für K aus dem entsprechenden Schreiben der Polizei Bremen vom 24. 3. 2015 nicht. Auch hier seien Gebühren in Höhe von 250.000,00 € bis 300.000,00 € angekündigt worden. Veränderungen des polizeilichen Kräfteinsatzes auf Grund aktueller Lage- und Kräfteentwicklungen habe sich die Polizei jedoch vorbehalten. Letztlich sei diese Schätzung durch die tatsächlich festgesetzte Gebühr um das 0,7fache überschritten worden. Es erscheine fraglich, ob eine Unterrichtung knapp einen Monat vor der Veranstaltung bei der doch erheblichen Gebührenhöhe ausreichen könne, um eine hinreichende Kalkulation durch den Veranstalter zu ermöglichen.

Bei der Weite des Tatbestandes des § 4 Abs. 4 Satz 1 BremGebBeitrG, den erheblichen Unwägbarkeiten, die mit der Planung eines Polizeieinsatzes verbunden sind, und der jeweils zu erwartenden Gebührenhöhe erscheint es dem Gericht insgesamt **fraglich**, ob eine **hinreichende Kalkulierbarkeit allein durch Bemessungsfaktoren** wie Einsatzkraft pro Stunde oder Kraftfahrzeug pro Kilometer erreicht werden könnte (insoweit kritisch auch Siegel, DÖV 2014, S. 867, 871). Denn es bleibe bis kurz vor der jeweiligen Veranstaltung unklar, wie viel Polizeikräfte tatsächlich zusätzlich eingesetzt und in welchem Maße auswärtige Kräfte angefordert werden müssen. Auch bei Kenntnis der genannten Bemessungsfaktoren könne ein Veranstalter die Höhe der Gebühr daher nicht im Vorhinein abschätzen und bspw. durch Erhöhung der Eintrittspreise entsprechend reagieren. Dies unterscheide die Gebühr nach § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG bspw. von Gebühren nach der Luftsicherheitsgebührenverordnung, die feste Gebührensätze vorsehe, so dass eine entsprechende Kalkulation für ein Luftfahrtunternehmen möglich sei. Kalkulierbar seien auch hohe einmalig anfallende Gebühren, wenn sie langfristig vorhersehbar seien, wie bspw. bei Bau-Großvorhaben eine Gebühr berechnet prozentual nach den Baukosten.

*Darüber hinaus beanstandet die Kammer die Heranziehung gerade der K zu den Kosten. Auch der die Veranstaltung ausrichtende Verein sei als Veranstalter einzustufen und komme daher als Gebührenschuldner in Betracht. Die alleinige Inanspruchnahme der K liefe danach auf einen Ermessensmangel hinaus.*

## B. Ergänzender Hinweis

Das Problem, ob die Polizei ermächtigt werden soll, die ihr bei Großeinsätzen regelmäßig entstehenden Kosten auf Private, insbesondere den Veranstalter, abzuwälzen, ist nicht neu (s. hierzu etwa Haurand, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl. 2017, S. 167 ff.). Eine Anspruchsgrundlage enthielt der – inzwischen aufgehobene – § 81 Polizeigesetz Baden-Württemberg. Sie durchbrach den Grundsatz, dass Maßnahmen der Gefahrenabwehr durch die Polizei für den Bürger „kostenlos“ – weil steuerfinanziert – sind. Eine ähnliche Regelung enthielt die frühere Polizeigebührenordnung von Niedersachsen (GVBl. 1982, S. 285. Die Kosten- bzw. Gebührenpflicht setzt in jedem Fall eine spezielle gesetzliche Ermächtigung voraus. Eine solche stellt § 4 Abs. 3 BremGebBeitrG dar. Ein weitere Hürde liegt allerdings darin, dass der Gebührentatbestand hinreichend bestimmt sein muss. Insbesondere die mögliche Höhe der Kostenbelastung muss für den Pflichtigen mit ausreichender Sicherheit abschätzbar sein. An diesem Punkt setzt das *VG Bremen* an und beanstandet die konkrete Normierung der Kostenlast. Mit der

grundsätzlichen Zulässigkeit einer Kostenpflicht von Großveranstaltungen brauchte sich die Kammer daher nicht näher zu befassen.

J.V.

## Observierung eines Versicherungsnehmers

(OLG Köln, Urt. v. 3. 8. 2012 – 20 U 98/12, ZD 2013, S. 191)

*1. Eine Überprüfung der Auskünfte eines Versicherungsnehmers mit verdeckten Ermittlungsmethoden wie der Observierung ist mit dem im Versicherungsverhältnis geltenden Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme grundsätzlich nicht vereinbar.*

*2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt aber dann, wenn der über bloße Zweifel an der Richtigkeit der Angaben hinausgehende begründete Verdacht für ein vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Versicherungsnehmers besteht.*

*3. Ein Versicherer kann nach Maßgabe des Leitsatzes 2 ein berechtigtes Interesse daran haben, vor einer ärztlichen Begutachtung zunächst die Richtigkeit der Behauptung eines Versicherungsnehmers zu überprüfen, er sei berufsunfähig im Sinne der Berufsunfähigkeitsversicherung.*

(Nichtamtl. Leitsätze)

### Anmerkung:

Ein Versicherungsunternehmen gewann aufgrund von Internet-Recherchen den Verdacht, ein Versicherungsnehmer (V) habe im Rahmen seiner Berufsunfähigkeitsversicherung falsche Angaben zum Umfang seiner beruflichen Tätigkeit gemacht. U. a. hatte sich aus den Internet-Recherchen ergeben, dass der Versicherungsnehmer an mehreren Motorradrennen teilgenommen hatte. Daraufhin schaltete die Versicherung externe Ermittler ein, die V über einen längeren Zeitraum in seinem beruflichen Umfeld observierten. Hier gegen wandte sich V erfolglos mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung und Herausgabe der gewonnenen Ermittlungsergebnisse. Das Gericht betont zwar den **Grundsatz**, dass **verdeckte Ermittlungen** mit dem Versicherungsverhältnis **unvereinbar** seien, lässt aber eine **Ausnahme** zu, wenn der Versicherer **konkrete tatsächliche Anhaltspunkte** dafür hat, dass der Versicherungsnehmer vorsätzlich seine Pflichten aus dem Versicherungsvertrag verletzt. Solche Anhaltspunkte lagen hier aus gerichtlicher Sicht im Falle des V vor. Die Observierung verstieß auch nicht gegen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**, weil die angewandte Methode lediglich mit einem Eingriff in die Sozialsphäre verbunden war. Der Versicherer habe schließlich nicht gegen das **Bundesdatenschutzgesetz** (BDSG) verstoßen. Als nicht-öffentliche Stelle (§ 2 Abs. 4 BDSG) sei er gem. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG berechtigt gewesen, personenbezogene Daten zu erheben und als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zu nutzen. Eine Pflicht zur Benachrichtigung des V über die Datenerhebung habe nicht bestanden, weil die Benachrichtigung die Geschäftszwecke des Versicherers erheblich gefährdet hätte (§ 33 Abs. 2 Nr. 7 b BDSG).

J.V.

Autor der Rechtsprechungsbeiträge:

J.V. = Prof. Dr. Jürgen Vahle

H.W. = Prof. Holger Weidemann

# Schrifttum

Schulze/Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 9. Aufl. 2017, 2.998 Seiten, € 69,00, Nomos, ISBN 978-3-8347-3308-8

Die Neubearbeitung des offensichtlich gut eingeführten Kommentars ist vor allem dem Fleiß des Gesetzgebers geschuldet: Seit der Vorgängerauflage wurden über 70 Paragraphen des BGB geändert. Nicht selten beruhen die Änderungen auf europarechtlichen Vorgaben. Aus dem Schuldrecht sind insbesondere das Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. April 2015, das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der VO über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten sowie das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie zu nennen. Speziell das letztere Gesetz ist allerdings ein Beweis dafür, dass ein gut gemeinter Verbraucherschutz schnell zu unerwünschten Nebenwirkungen führen kann. In der Praxis führt die den Banken abverlangte Prüfpflicht offenbar zunehmend zur Verweigerung von Krediten zugunsten älterer Personen. Weitere Änderungen betreffen das Familien- und das Erbrecht. Mit weiteren Novellen – z. B. im Bereich des Bauvertragsrechts – ist zu rechnen. Es ist dem Autorenteam hoch anzurechnen, dass es angesichts dieser gesetzgeberischen Hektik die Übersicht behalten hat. Stichproben haben gezeigt, dass auch die Entwicklung der Rechtsprechung zuverlässig und aktuell nachgezeichnet wurde. Die praktische Handhabbarkeit des Kommentars ist trotz des gewachsenen Umfangs nach wie vor hervorragend. Dies gilt nicht nur für die äußere Gestaltung, sondern auch für die Lesbarkeit des Textes. Anhand der optisch hervorgehobenen Leitbegriffe findet man schnell Zugang zu dem gesuchten Stichwort. Die Randnummern sind sehr dicht gestaffelt, was die Stichwortsuche im Register und das Auffinden des gesuchten Problems erleichtert.

**Fazit:** Ein handlicher und erfreulich günstiger Kommentar, der Praxisnähe und Wissenschaftlichkeit auf gelungene Weise vereint.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Pielow, **GewO**, 2. Aufl. 2016, 1.155 Seiten, in **Leinen**, € 129,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-66727-5

Sieben Jahre liegen zwischen der aktuellen und der ersten Auflage des Kommentars. Die Autoren haben die Zeit genutzt, neue Vorschriften zu kommentieren sowie die seit 2009 ergangene Rechtsprechung einzuarbeiten. Auch das Schrifttum wurde umfassend aktualisiert. Das Werk hat nicht nur äußerlich an Umfang (mehr als 350 Seiten), sondern auch – soweit überhaupt möglich – in qualitativer Hinsicht gewonnen. Dem fachlich mit Fragen des Gewerberechts befassten Praktiker dürfte der Kommentar hinreichend vertraut sein, so dass sich eine Vorstellung in detail erübrigt. Daher will sich der Rezensent auf einige Punkte beschränken:

Die Gliederung und das Schriftbild lassen keine Wünsche offen. Die einheitliche Strukturierung – in folgender Reihung: Text der Norm, Überblick, Inhaltsübersicht mit Bezugnahme auf die Randnummern und Kommentierung – gewährleistet ein sehr hohes Maß an Benutzerfreundlichkeit. Die Erläuterungen sind in der Sache je nach Bearbeiterin/Bearbeiter von unterschiedlicher Tiefe, jedoch in aller Regel – wie Stichproben gezeigt haben – mindestens gut vertretbar. Hervorzuheben ist, dass, soweit sinnvoll, europarechtliche Bezüge hergestellt werden. Sehr nützlich sind schließlich Hinweise auf die (vollstreckungsrechtliche) Durchsetzung einzelner Maßnahmen und bußgeldrechtliche Sanktionen sowie Strafvorschriften.

**Fazit:** Ordnungsbehörden, Verwaltungsgerichte und Anwälte mit Mandaten aus dem öffentlichen Recht sind gut beraten, sich mit dem „Pielow“ auszustatten!

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Jäde/Dirnberger, **Baugesetzbuch (BauGB). Baunutzungsverordnung (BauNVO)**, 8. Aufl. 2017, 1657 Seiten, geb. 118,00 €, Boorberg, ISBN 978-3-415-05781-4

Drei Jahre sind seit der Voraufgabe verstrichen. Der Gesetzgeber hat in dieser Zeit teilweise massiv, wenn auch nur befristet, in das Planungsrecht eingegriffen. Zu nennen sind hier insbesondere die sog. Flüchtlingsnovellen 2014 und 2015. Mit den „Sonderregelungen für Flüchtlingsunterkünfte“ (§ 246 BauGB) etwa wurden kaum handhabbare, mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen durchsetzte Vorschriften eingefügt, die im Vorwort von den Verfassern mit vornehmer Zurückhaltung als „nicht immer handwerklich gelungen“ bezeichnet werden. Der Kommentar bietet eine umfassende – Rechtsprechung und Literatur sorgfältig auswertende – Erläuterung der Normen des BauGB und der BauNVO. Der Zugriff auf die Informationen wird durch vorangestellte Übersichten, in denen auf die

jeweiligen Randnummern Bezug genommen wird, erleichtert. Zur weiteren Optimierung des Lesekomforts haben die Autoren die Leitbegriffe durch Verwendung von Fettdruck hervorgehoben. Ein weiteres Plus ist das umfangreiche Register der ausgewerteten Rechtsprechung. Die elektronischen Ausgaben enthalten die überwiegende Zahl der Entscheidungen im Volltext. Die Onlineversion soll gemäß Vorwort vierteljährlich aktualisiert werden.

**Fazit:** Ein ausgezeichnete Kommentar, dem weitere Auflagen zu wünschen sind.  
Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 64. Aufl. 2017, 2.723 Seiten, geb., € 92,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-69609-1

Mit der Präzision eines Uhrwerks erscheint der „Fischer“ mittlerweile im Jahrestakt. Anlässe für eine Neubearbeitung und Aktualisierung gab es genügend. In erster Linie ist der hektisch agierende Gesetzgeber verantwortlich, der – in Zeiten anstehender Wahlen – besonders „sensibel“ reagiert und das Ziel verfolgt, wirklich oder nur behauptete Strafbarkeitslücken zu schließen. Die Ereignisse in der Silvesternacht 2015 zu Köln werfen auch legislatorisch einen langen Schatten. Der dubiose Fall des Modells *Gina-Lisa Lohfink* hat nicht nur zu voreiligen Meinungsäußerungen aus dem politischen Bereich geführt, sondern zumindest teilweise zu der Novellierung des Sexualstrafrechts beigetragen. Diese und andere Änderungen des StGB (im Vorwort ist von 42 Vorschriften die Rede) hat der Autor nach erster Lektüre des Werkes mit dem gewohnten Engagement und der – für einen guten Kommentar notwendigen – Kritikfreudigkeit eingearbeitet. Die (u. a.) von Fischer befürwortete Reform des Mordtatbestandes scheint allerdings endgültig zu den Akten gelegt worden zu sein. An den Änderungen des Sexualstrafrechts lässt der Autor praktisch kein gutes Haar. Die Kritik am neuen § 177 StGB spart nicht mit deutlichen Worten: „... knüpft daran in sachwidriger Weise Pflichten des Opfers“ (Rn. 13 zum Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ des Opfers); „erst recht nicht plausibel (Rn. 15)“, „krasse Verkenning des Rechtsguts“ (Rn. 23). Derartig schlampig zusammengestoppelte „Reformen“ werfen kein gutes Licht auf die Qualität des Justizministeriums, das seit Monaten ständig mit neuen Überraschungen aufwartet. Es ist auch eine Irreführung des Publikums, das sich von der Umsetzung der plakativen Formel „Nein heißt nein“ einen effektiven Schutz von Tatopfern verspricht.

In die Neuaufgabe sind schließlich wie im Vorjahr zahlreiche neue Entscheidungen eingearbeitet worden. Nicht nur Strafgerichte und Verteidiger sowie Polizeipraktiker kommen am „Fischer“ nicht vorbei. Verwaltungsbehörden und Ausbildungseinrichtungen sollten mit der neuesten Auflage ausgestattet sein. Die Verhinderung von Straftaten gehört auch zu den Aufgaben der Ordnungsbehörden. Schließlich sollten Studierende an den Ausbildungseinrichtungen der Polizei den gedankenreichen und zugleich äußerst praxisnahen Kommentar angesichts des sehr (immer noch) relativ günstigen Preises für eine Anschaffung in Erwägung ziehen.

**Fazit:** Um es kurz zu machen: Der „Fischer“ ist und bleibt ein Kommentar der Sonderklasse!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Creifelds, **Rechtswörterbuch (Hrsg. Weber)**, 22. Aufl. 2017, 1633 Seiten, in **Leinen**, € 63,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-69046-4

Das von Carl Creifelds begründete Nachschlagewerk dürfte nicht nur Juristen, sondern auch vielen Laien ein Begriff sein. Die hohe Zahl der Auflagen beweist, dass das „Rechtswörterbuch“ seinen festen Platz in der Literaturlandschaft gefunden hat. Mehr als 12.000 Rechtsbegriffe aus den Bereichen Recht, Wirtschaft und Politik wurden für die aktuelle Auflage zusammengestellt und erläutert. In den Themenbereichen „Flüchtlinge“, „Asylrecht“ und „Ausländerrecht“ waren zahlreiche Überarbeitungen erforderlich. Weitere Änderungen betreffen z. B. das neue Verwertungsgesellschaftsgesetz und das Verbraucherkreditrecht.

Die Artikel sind durchweg gut verständlich und – wie Stichproben gezeigt haben – sehr sorgfältig. Im Anhang findet man etliche Schaubilder/Graphiken, z. B. zum Aufbau und zur Organisation der Gerichtsbarkeit, zu den Instanzenzügen und zum Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens im Bund.

**Fazit:** Der angesprochene Adressatenkreis – „Juristen, Betriebe, Steuerberater, Studenten, Schüler, Lehrer“ – wird wie bisher auch im aktuellen „Creifelds“ einen umfassenden und zuverlässigen Ratgeber finden.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

## 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 Ver-

waltung NRW, Gelsenkirchen • **Verena Pichler-Hoffmann**, 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. Verbandsverwaltungsleiter, 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:

Schriftleitung  
Prof. Holger Weidemann  
Südstr. 16, 28857 Syke  
Tel.: (0511) 16 09-24 09  
E-Mail: holger.weidemann@nsi-hsvn.de

Regierungsdirektor Günter Haurand  
Burgwiese 7, 33602 Bielefeld  
E-Mail: haurand@web.de

Ralf Schmorleiz  
Auf dem Leim 10, 56218 Mülheim-Kärlich  
E-Mail: R.Schmorleiz@hoev-rlp.de

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

Torsten Wehrmann  
Bukoallee 22, 29313 Hambühren  
E-Mail: Torsten.Wehrmann@nsi-hsvn.de

**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@lachsulz.de  
www.lachsulz.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 Zitierrecht bleibt davon unberührt. Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekennzeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redaktion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugsweisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Einsender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.