

DVP

DEUTSCHE
VERWALTUNGS-
PRAXIS

62. Jahrgang
April 2011
ISSN 0945-1196
C 2328
138/2011004

4/2011

Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abhandlungen

Utz Schliesky/Maximilian Tallich/Mirja Classen

Zur Insolvenz der öffentlichen Hand – eine Einführung

Frank-Rüdiger Jach

Gesetzgeberisches Handeln zwischen
Parlamentsvorbehalt und Verordnungsermächtigung

Miriam Rauscher/Dominik Vogel/Markus Reiners

Electronic Government im Kontext der neuen
Behördenrufnummer

Josef-Konrad Rogosch/Rolf Schmidt

Ämterstabilität vor dem Aus

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ

Manfred Bauer

Gemeinsames Präventionsprojekt von
Kommune und Fachhochschule

Fallbearbeitung

Yvonne Dorf

Der Bildungskredit in der Bundesverwaltung

Rechtsprechung

Verwertbarkeit einer „Steuer-CD“ aus Liechtenstein

Straßenreinigungspflicht für Grünstreifen
zwischen Gehweg und Straße

Kommunalaufsicht: Schulauflösung zum
Haushaltsausgleich

Verbot des Internet-Glücksspiels

Anspruch auf Regenwassernutzung

Waren und Gastronomie auf dem Bürgersteig

Entnahme einer Speichelprobe zwecks
Aufklärung eines Tötungsdelikts

Schrifttum

Die DVP im April 2011/Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Utz Schliesky/Maximilian Tallich/Mirja Classen

Zur Insolvenz der öffentlichen Hand – eine Einführung . . . 134

Bereits vor der Wirtschafts- und Finanzkrise gingen namhafte Stimmen davon aus, dass der Staatshaushalt mit traditionellen Instrumenten nicht zu sanieren sei. Angesichts wachsender Aufgaben und sinkender Einnahmen muss ernsthaft über die Zahlungsfähigkeit und damit die Insolvenz von Gebietskörperschaften nachgedacht werden.

Der Beitrag untersucht u.a. die Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand, die Übertragbarkeit von Grundgedanken des privaten Insolvenzrechts und die Möglichkeit einer modifizierten Insolvenz für Kommunen.

Frank-Rüdiger Jach

Gesetzgeberisches Handeln zwischen Parlamentsvorbehalt und Verordnungsermächtigung . . . 140

Die Frage, welche normativen Entscheidungen der Gesetzgeber durch formelles Gesetz selbst regeln muss und welche er der Exekutive übertragen darf ist ungeachtet der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts immer wieder Streitgegenstand gerichtlicher Verfahren. Durch die Hartz IV – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dieser Streit wieder in den Fokus einer breiteren Öffentlichkeit gelangt.

Obgleich die Grundsätze seit den einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts allgemein anerkannt sind, herrscht bei der konkreten Abgrenzung, welche Entscheidungen so wesentlich sind, dass sie dem Parlament vorbehalten sind und nicht der Exekutive in Form des Erlasses von Rechtsverordnungen überlassen werden dürfen, oftmals Unklarheit bezüglich der Intensität einzelner Regelungen. In diesem Beitrag sollen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Spannungsverhältnisses zwischen Parlamentsermächtigung, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot in den Grundzügen und an ausgesuchten Rechtsfragen dargestellt werden.

Miriam Rauscher/Dominik Vogel/Markus Reiners

Electronic Government im Kontext der neuen Behördenrufnummer . . . 147

Der Beitrag beschäftigt sich mit der einheitlichen Behördenrufnummer 115 als aktuelles Electronic-Government-Projekt der deutschen Verwaltungsmodernisierung. Er knüpft inhaltlich an den DVP-Beitrag der Ausgabe 10/2010 und das dortige Plädoyer für mehr Bürgerservice im Rahmen der Behördenrufnummer im ländlichen Raum an.

Zur Erweiterung der Ausführungen erfolgt nunmehr ein Systemebenen übergreifender und ganzheitlicher Blick auf das Projekt. Als theoretische Grundlage der hier vorliegenden empirischen verwaltungswissenschaftlichen Untersuchung dient der Multilevel-Governance-Ansatz, welcher die Vielschichtigkeit und die besondere Governancestruktur des Reformvorhabens am besten erfasst. Die Analyse der Funktionsweise der Behördenrufnummer 115, der relevanten Akteure und deren Motivation kommen insgesamt zum Ergebnis, dass der Ansatz für das Modernisierungsprojekt als geradezu exemplarisch zu betrachten ist. Die Berücksichtigung des Mehrebenencharakters sowie der dabei zur Anwendung kommenden Netzwerk- und Steuerungsmechanismen sind bei einem solchen Projekt und künftigen eGovernment-Projekten unverzichtbar.

Josef-Konrad Rogosch/Rolf Schmidt

Ämterstabilität vor dem Aus . . . 152

Der Rechtsschutz gegen eine Beamtenernennung entfällt nach der überkommenen Rechtsprechung und dem überwiegenden Schrifttum dann, wenn die begehrte Stelle bereits vergeben ist. Wegen der nur sehr begrenzt möglichen Rücknahme einer Ernennung könne eine Stellenbesetzung grundsätzlich nicht mehr rückgängig machen. Diese „Ämterstabilität“ führe dazu, dass eine Bewerbungssituation nicht mehr bestehe und deshalb auch ein subjektives öffentliches Recht auf eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung einem bei der Besetzung übergangenen Kläger nicht mehr zustehen könne.

Bereits 2001 hatte das BVerwG diesen Ansatz in Frage gestellt und die Vereinbarkeit der Unzulässigkeit gerichtlicher Klagen gegen die Besetzungsentscheidung mit Art. 19 IV S. 1 GG bezweifelt. Mit der hier besprochenen Entscheidung vom November 2010 hat das BVerwG diese Rechtsprechung bestätigt und entschieden, dass die Beförderung eines Richters (oder Beamten) in ein höheres Amt von einem unterlegenen Mitbewerber vor den Verwaltungsgerichten mit Erfolg angefochten werden könne, wenn der Dienstherr den ausgewählten Bewerber unter Verletzung des Grundrechts des Mitbewerbers auf wirkungsvollen Rechtsschutz ernannt habe. Der Grundsatz der Ämterstabilität stehe dem nicht entgegen.

Peter Eichhorn

ABC – Glossar – XYZ . . . 155

Hier wird das Glossar zu wichtigen Begriffen der Verwaltungssprache fortgesetzt.

Manfred Bauer

Gemeinsames Präventionsprojekt von Kommune und Fachhochschule . . . 157

In Zeiten knapper kommunaler Ressourcen müssen nicht selten wünschenswerte oder gar erforderliche Projekte zurücktreten. Dieser Artikel soll ein Beispiel dafür liefern, wie ein kommunales Ziel effektiv und effizient erreicht werden kann – durch Auftragsvergabe in den hochschulischen Bereich. Die interdisziplinäre Arbeit zwischen Kommune, Verwaltungsfachhochschule/Fachbereiche Verwaltung und Polizei ermöglicht Synergieeffekte, macht das Vorgehen der Kooperationspartner transparent und baut Berührungspunkte ab. Das Thema des Projektes lautete „Analyse der Lage und möglicher Devianz /Delinquenz von Kindern und Jugendlichen in der Stadt Mühlheim am Main“.

Fallbearbeitung

Yvonne Dorf

Der Bildungskredit in der Bundesverwaltung . . . 160

Bereits seit dem Jahr 2001 bietet die Bundesregierung Schülern und Studierenden in fortgeschrittenen Ausbildungsphasen die Möglichkeit, einen zinsgünstigen Kredit nach Maßgabe der Förderbestimmungen (FB) des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) in Anspruch zu nehmen. Mit Wirkung zum 1. April 2009 gelten die neuen, verbesserten Förderbestimmungen des Bildungskreditprogramms. Ziel des Bildungskredits ist die Sicherung und Beschleunigung der Ausbildung oder, bei den nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) Geförderten, die Finanzierung von außergewöhnlichem, nicht durch das BAföG erfasstem Aufwand (§ 1 FB).

Im Mittelpunkt dieser Klausurbearbeitung steht die Prüfung eines Verpflichtungswiderspruchs, gerichtet auf Bewilligung des Bildungskredits. Neben formellen Fragen (u.a. Zweistufentheorie, Abgrenzung des Anfechtungs- vom Verpflichtungswiderspruch, Fristenproblematik) und der Frage nach einem Anspruch auf den Bildungskredit greift die Fallbearbeitung auch Fragen der Rückabwicklung auf.

Rechtsprechung

Der Rechtsprechungsteil enthält Entscheidungen zu den Themen

Verwertbarkeit einer „Steuer-CD“ aus Liechtenstein
(BVerfG, Beschluss vom 09.11.2010 – 2 BvR 2101/09) . . . 170

Straßenreinigungspflicht für Grünstreifen zwischen Gehweg und Straße
(OVG Magdeburg, Beschluss vom 26.05.2009 – 3 L 806/08) . . . 170

Kommunalaufsicht: Schulauflösung zum Haushaltsausgleich
(OVG Münster, Beschluss vom 17.12.2008 – 15 B 1755/08) . . . 170

Verbot des Internet-Glücksspiels
(OVG Münster, Beschluss vom 30.10.2009 – 13 B 736/09) . . . 171

Anspruch auf Regenwassernutzung
(VGH München, Urteil vom 08.07.2009 – 4 BV 08.1220) . . . 174

Waren und Gastronomie auf dem Bürgersteig
(VG Stuttgart, Urteil vom 15.09.2009 – 13 K 1166/09) . . . 175

Entnahme einer Speichelprobe zwecks Aufklärung eines Tötungsdelikts
(LG Bielefeld, Beschluss vom 29.09.2010 – 10 Qs 404/10, 10 Qs 405/10) . . . 175

Schrifttum 176

Die Schriftleitung

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

Impressum

Schriftleitung:

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

Prof. Dr. Jürgen Vahle

Dornberger Str. 38, 33615 Bielefeld,
Tel. (05 21) 12 32 23

Verlag:

Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Georgsplatz 1, 20099 Hamburg
Tel. (0 40) 70 70 80-3 06, Telefax (0 40) 70 70 80-3 24
eMail: vertrieb@deutsche-verwaltungs-praxis.de
www.deutsche-verwaltungs-praxis.de
ISSN 0945-1196

Anzeigen: Maximilian Verlag GmbH & Co. KG,
Hanna Fronert, Hochkreuzallee 1, 53175 Bonn,
Tel. (02 28) 3 07 89-0, Telefax (02 28) 3 07 89-15,
eMail: maxibonn@t-online.de

Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 27 gültig. Anzeigen-
schluss jeweils am 01. des Vormonats. Die Verwendung
von Anzeigenausschnitten oder Inhaltsteilen für Werbe-
zwecke ist nicht gestattet.

Auslieferung:

Stuttgarter Verlagskontor SVK GmbH
Rotebühlstr. 77, 70178 Stuttgart
Tel. 0711 / 6672 / 0, Fax 0711 / 66 72 19 74
koehler-mittler@svk.de

Die DEUTSCHE VERWALTUNGSPRAXIS erscheint
in 12 Ausgaben. Bezugsgebühr jährlich 79,90 € einschl.
7 % Mehrwertsteuer. Preis je Heft einzeln 7,80 €. Be-
stellungen 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 urheber-
rechtlich geschützt, alle Rechte sind vorbehalten. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheber-
rechtsgesetzes ist nur mit schriftlicher Genehmigung des
Verlages gestattet. Das gilt insbesondere für Vervielfälti-
gungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und Einspei-
cherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Genehmi-
gung des Verlages unter vollständiger Quellenangabe
gestattet. Das Zitierungsrecht bleibt davon unberührt.
Die mit Namen oder Initialen der Verfasser gekenn-
zeichneten Artikel decken sich nicht immer mit der
Meinung der Redaktion. Bei Zuschriften an die Redak-
tion wird das Einverständnis zur vollen oder auszugs-
weisen Veröffentlichung vorausgesetzt, sofern der Ein-
sender nicht ausdrücklich andere Wünsche äußert. Für
amtliche Veröffentlichungen übernimmt die Redaktion
keine Haftung. Für unverlangt eingesandte Manuskrip-
te und Bilder wird keine Gewähr übernommen. Durch
die Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag
auch das Recht zur teilweisen Veröffentlichung.

Produktionsmanagement:

impress media GmbH, Mönchengladbach

Liebe Leserinnen und Leser,

Suchtforscher haben Dutzende von „Süchten“ ermittelt; sie reichen vom Alkoholismus über die Kaufsucht bis hin zur Sexsucht. Auch Glücksspiele können nach Expertenmeinung süchtig machen. Das ist keine neue Erkenntnis, wie man in *Dostojewskis* „Der Spieler“ nachlesen kann. Dennoch betreibt die öffentliche Hand Casinos und Lotterien und konzessioniert private Glücksspiele. Leute, die Suchtmittel anbieten bzw. verkaufen (sog. Dealer), sind im Allgemeinen nicht allzu sehr um das Wohlergehen, insbesondere die Gesundheit ihrer Kunden bemüht. Es gibt daher so gut wie keinen Drogendealer, der seine Kunden vor seinem Angebot warnt und sie auffordert, die Finger davon zu lassen, anderenfalls man böse enden werde.

Der Staat als Glücksspielanbieter und Konzessionär scheint aus anderem Holz geschnitzt zu sein. Speziell die Bundesländer zeigen sich besorgt über die zahlreichen Mitbürgerinnen und Mitbürger, die ihr sauer verdientes Geld in Lottoscheine umwandeln, auf Pferde wetten, die Automaten in Spielhallen am Laufen halten und beim Roulette Haus und Hof verzocken. Diese Sorge wird in § 1 des aktuellen Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) mit großer Ernsthaftigkeit zum Ausdruck gebracht. Es geht den Vertragsparteien darum, „das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen.“ Darüber hinaus soll „das Glücksspielangebot begrenzt und der natürliche Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen gelenkt“ werden. In der Praxis sieht diese „Lenkung“ so aus: Eine sympathische Frauenstimme teilt im Rundfunk leicht aufgeregt mit, der aktuelle Lotto-Jackpot sei bei der letzten Ziehung nicht geknackt worden und nunmehr mit x Millionen gefüllt und – ach ja – auch Lottospielen könne süchtig machen. Nun ist allerdings auch der GlüStV ins Wanken geraten. Denn der *Europäische Gerichtshof* (siehe insbesondere seine drei Urteile vom 8. September 2010) hat unmissverständlich klargestellt, dass staatliche Glücksspielmonopole nur dann akzeptabel sind, wenn das legale Spielangebot „kohärent“ und „systematisch“ geregelt ist. Es muss auch konsequent am Ziel der Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtet sein.

Die Bundesländer haben darauf schnell reagiert und die Absicht geäußert, das Glücksspielrecht gemäß den Vorgaben des *Europäischen Gerichtshofs* zu ändern. Auf das staatliche Glücksspielmonopol soll aber auf keinen Fall verzichtet werden.

Im Gespräch sind vielmehr (weitere) Reglementierungen des gewerblichen Automatenspiels, der Pferdewetten und der Internet-Glücksspiele. Die Rede ist von einer „zentralen Sperrdatei“ (*FOCUS* 49/2010, S. 17), durch die garantiert werden soll, dass Spieler nicht mehr als 500 € pro Monat einsetzen. Das ist ein lächerlicher Betrag – gemessen an dem Milliarden – Gewinnpotenzial des Glücksspielmarktes, den die Bundesländer offenbar mit Zähnen und Klauen verteidigen wollen. Dieser Kampf verspricht aber nur dann Erfolg, wenn die private Konkurrenz vom Spielfeld oder zumindest an dessen Rand gedrängt wird. So sollen etwa den gewerblichen Spielhallen an den Kragen gehen. Der Suchtbekämpfung ist es anscheinend förderlich(er), wenn das Geld in die staatlichen Casinos fließt. Dort sind übrigens beim sog. Kleinen (Automaten-)Spiel weitaus höhere Einsätze und damit Verluste möglich als in den Spielhallen (für die nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 Spielverordnung eine Grenze von 80 € pro Stunde und pro Automat gilt).

Ein Schelm, wer Übles dabei denkt!

Prof. Dr. Jürgen Vahle, Bielefeld

Zur Insolvenz der öffentlichen Hand – eine Einführung

I. Einführung:

1. Haushaltskrise der öffentlichen Hand; explosionsartige Zunahme der Verschuldung in Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise

Bereits vor dem Zusammenbruch der Bank „Lehman Brothers“ am 15. September 2008 („Schwarzer Montag“) und dem darauf folgenden Ausbruch der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise befand sich der Staat in einer angespannten finanziellen Lage¹. Zur Bekämpfung der Wirtschafts- und Finanzkrise steuerten der Bundestag und die Bundesregierung mit zahlreichen Gesetzen und zwei Konjunkturpaketen gegen. Schon Ende Januar 2009 wurde deutlich, welche Auswirkungen diese Krise für die Haushaltslage hat: Die antizyklische Finanzpolitik der Bundesregierung erfordert eine deutlich höhere Neuverschuldung, um in der Krise handlungsfähig zu sein. Daher war sie gezwungen, für 2009 zwei Nachtragshaushalte zu beschließen². Der für 2010 beschlossene Haushalt³ beinhaltet eine Rekord-Neuverschuldung von rund 80,2 Milliarden Euro – während vor Ausbruch der Krise lediglich sechs Milliarden vorgehen waren.

Laut Berechnungen des Bundesfinanzministeriums liegt das Defizit in diesem Jahr bei 3,5 Prozent, während es im Jahr 2009 noch bei 3,3 Prozent gelegen hatte⁴. Die Schätzungen hinsichtlich der Defizitquote liegen für das Jahr 2010 bei 4,5 Prozent⁵, für 2011 bei 4 Prozent und für 2012 bei 3 Prozent. Dies würde bedeuten, dass die Maastrichtkriterien, die ein Defizit von unter 3 % fordern, erst im Jahr 2012 wieder eingehalten werden könnten⁶.

Der Staatshaushalt befindet sich auch nach dem „Krisenjahr 2009“⁷ noch immer in einer angespannten Situation. Die aktuell bestehende Staatsverschuldung⁸ erodiert die gegenwärtige und zukünftige

Leistungsfähigkeit des demokratischen Rechts- und Sozialstaats. Gleichzeitig richtet sie sich gegen die zentralen Grundsätze des Art. 20 Abs. 1 GG⁹. Doch nicht nur auf Bundesebene stellt sich die finanzielle Lage dramatisch dar. Auch die Länder und Kommunen stehen unter erheblichem finanziellen Druck und sind daher in ihren Handlungsspielräumen deutlich eingeschränkt. Erst im Jahre 2013 werden die Steuereinnahmen voraussichtlich wieder auf dem Niveau von 2008 sein¹⁰. Währenddessen ist mit erheblichen Mindereinnahmen zu rechnen. Und bereits vor der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise gingen namhafte Stimmen davon aus, dass der Staatshaushalt mit traditionellen Instrumenten nicht zu sanieren ist¹¹.

2. Schuldenbremse

Ausdruck der finanziellen Lage und der Notwendigkeit dieser Entwicklung entgegenzusteuern, ist die von der Föderalismuskommission II vorgeschlagene Schuldenbremse in Art. 109 GG¹². Nach Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Dieser Grundsatz wird für den Bund mit der Regelung konkretisiert, ihm sei entsprochen, wenn die Einnahmen aus Krediten 0,35 vom Hundert im Verhältnis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt nicht überschreiten. Dagegen heißt es für die Länder: „Die nähere Ausgestaltung für die Haushalte der Länder regeln diese im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen mit der Maßgabe, dass Satz 1 nur dann entsprochen ist, wenn keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden“. Bedingt durch einen gewissen Übergangszeitraum bedeutet dies, dass sich die Länder von 2020 an grundsätzlich nicht mehr verschulden dürfen. Hinter dieser Regelung steht sicherlich die gute Absicht, die Haushalte im Interesse künftiger Generationen zu schonen. Allerdings ist die Einführung mit erheblichen „Kollateralschäden“ wie etwa einem unzulässigen Übergriff in den Kernbereich der Staatlichkeit der Länder¹³ oder der rechtlichen Erschwerung künftiger Steuersenkungen verbunden. Hinzu kommt, dass der Erwartungsanspruch an den Staat und die öffentliche Verwaltung durch die Krise nochmals gestiegen ist. Stetig werden neue Aufgaben auf die öffentliche Hand übertragen, während die Personalkosten gesenkt werden sollen. Doch ein Personalabbau kann aufgrund des öffentlichen Dienstrechts und vor allem angesichts weiter wachsender Staatsaufgaben nicht gelingen; das rechnerisch größte Einsparpotential lässt sich daher faktisch kaum realisieren. Wenn aber die Ausgaben stetig steigen, die Einnahmen aber künftig

* Prof. Dr. Utz Schliesky ist Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages und Vorstand des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Maximilian Tallich und Mirja Classen sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut.

1 Zur Geschichte der gegenwärtigen Staatsverschuldung: *Franzen*, in: Lingelbach (Hrsg.), *Staatsfinanzen – Staatsverschuldung – Staatsbankrotte in der europäischen Staaten- und Rechtsgeschichte*, S. 107 ff.

2 BGBl 2009 I S. 406; S. 2290.

3 BGBl 2010 I S. 346.

4 Siehe hierzu Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 24.02.2010, abrufbar unter http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2010/02/PD10_062_813,templateId=renderPrint.psm1.

5 Wobei allerdings anzumerken ist, dass diese Schätzungen erheblichen Schwankungen unterliegen. So schwanken die Angaben zwischen 3,5 Prozent und 5 Prozent.

6 Hierzu ist jedoch anzumerken, dass die Bundesregierung im vorangegangenen Jahr noch davon ausging, diese Kriterien erst wieder im Jahr 2013 wieder einhalten zu können. Siehe hierzu im Monatsbericht digital von August 2009 vom Bundesfinanzministerium, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_84526/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Monatsbericht_des_BMF/2009/08/editorial/node.html?__nnn=true.

7 So der in Presse und Politik weit verbreitete Begriff für das Jahr 2009.

8 So musste die Bundesregierung wegen der Krise für 2010 die historisch höchste Neuverschuldung in der bundesdeutschen Geschichte einplanen. Die Nettokreditaufnahmeliegte im Jahr 2010 bei 80,2 Milliarden Euro. Siehe hierzu <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2009/12/2009-12-16-bundeshaushaltreg.html>.

9 *Lenz/Burgbacher*, NJW 2009, 2561 ff.

10 Vgl. Ergebnis der 136. Sitzung des Arbeitskreises „Steuerschätzung“ vom 4.-6. Mai 2010.

11 *Frielingshaus*, DÖV 2008, 991 (992); *Kirchhof*, Handelsblatt v. 19.12.2007, S. 8.

12 Zur Schuldenbremse *Ohler*, DVBl 2009, 1265 ff.; *Koriotb*, JZ 2009, 729 ff.; *ders.*, KritV 2008, 187 ff.; *Tappe*, DÖV 2009, 881 ff.; *Schliemann*, ZPR 2009, 193 ff.; *Wilczek*, VBIBW 2009, 325 ff.; *Nieboj*, ZSE 2010, 59 ff.; *Christ*, NVwZ 2009, 1333 ff.; *Schmidt*, DVBl 2009, 1274 ff.; *Selmer*, NVwZ 2009, 1255 ff.; *Seiler*, JZ 2009, 721 ff.; *Westerhoff*, ZRP 2010, 73 ff.

13 Vgl. Stellungnahme des Lorenz-von-Stein-Instituts, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 16/ 4571; „Ex-Verfassungsrichter Jentsch zweifelt an Schuldenbremse“, WELT ONLINE vom 6.3.2009; a.A. *Berlit*, SächsVBl. 2010, 53 (54 f.); *Christ*, NVwZ 2009, 1333 (1338 f.); *Wilczek*, VBIBW 2009, 325 (326 ff.).

entfallen, muss ernsthaft über die Zahlungsunfähigkeit und damit die Insolvenz von Gebietskörperschaften nachgedacht werden.

II. Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand

1. Allgemeiner Ausschluss der Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand¹⁴

Nach der grundsätzlichen Konzeption der Insolvenzordnung sind nach § 11 Abs.1 InsO alle juristischen Personen insolvenzfähig. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um privat- oder öffentlich-rechtliche handelt¹⁵. § 11 InsO wird jedoch durch § 12 Abs.1 InsO eingeschränkt¹⁶.

Dessen Nr. 1 schließt die Insolvenz für den Bund und die Länder aus, während Nr. 2 die Unzulässigkeit des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes untersteht, normiert, soweit das Landesrecht dies bestimmt. Von dieser Möglichkeit haben alle Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht und einfachgesetzlich in dem jeweiligen Kommunalrecht die Insolvenzunfähigkeit der Kreise, Gemeinden, kommunalen Verbände und anderen kommunalen Gebietskörperschaften vorgesehen¹⁷. Überdies ergibt sich bereits unabhängig von einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung aus dem Grundgesetz die Insolvenzunfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der kirchlichen Organisationen des öffentlichen Rechts¹⁸. Als wichtigster Grund für die Unzulässigkeit des Insolvenzverfahrens wird angeführt, dass mit seiner Eröffnung gemäß § 80 Abs.1 InsO der Schuldner sein Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, an den Insolvenzverwalter verlore¹⁹. Dies sei mit der öffentlichen Aufgabenerledigung der Kommunen bzw. der notwendigen Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Institutionen nicht vereinbar²⁰. Die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung müsse erhalten bleiben²¹.

Anders gestaltet sich hingegen die Rechtslage bei der Einzelzwangsvollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts: Grundsätzlich ist die Zwangsvollstreckung in das öffentliche Ver-

mögen möglich. Dadurch soll das Vertrauen in das Funktionieren der Rechtsordnung und damit in den Rechtsstaat gestärkt werden²². Gleichwohl unterliegt die Vollstreckung gegen die öffentliche Hand auch hier großen, die öffentliche Hand privilegierenden Einschränkungen, die sich für den Bund und Länder aus § 882 a ZPO ergeben. Für die Kommunen sehen die Kommunalverfassungen aller Bundesländer Sondervorschriften für die Einzelvollstreckung gegen Kommunen vor²³. Also steht auch hier der Erhalt der Funktion der Verwaltung und der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Vordergrund. In der Bundesrepublik wird die bestehende finanzielle Konfliktlage derzeit wirtschaftlich und materiell-rechtlich bislang kaum zu Lasten der Gläubiger gelöst, sondern haushalts- und finanzverfassungsrechtlich dergestalt, dass im Ergebnis sogar die anderen Gebietskörperschaften für die in Bedrängnis geratenen eintreten²⁴. Hinsichtlich der Grenzen dieser finanziellen Unterstützung sei allerdings auf das Berlin-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.2006²⁵ hingewiesen. Dort wurde Berlins Antrag auf Gewährung von „Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen“ zurückgewiesen und die Hürden für Bundeshilfe als ultima ratio sehr hoch gelegt. Seitens einzelner Finanzwissenschaftler wurde daraufhin konstatiert, dass für „Berlin nur noch die Insolvenz die Rettung“²⁶ bringe.

2. Staatsbankrott

Eine besondere Form der Staatskrise ist der Staatsbankrott. Er ist definiert als „die völlige oder teilweise Nichterfüllung der vertrags-

14 Zur Zulässigkeit und den Voraussetzungen eines rechtlich geordneten Insolvenzverfahrens für Staaten auf Ebene der Staatengemeinschaft siehe *Bublert* DZWIR 2002, 275 ff.; *Paulus* ZRP 2002, 383 ff.; *ders.* WM 2002, 725 ff.

15 *Paulus*, ZInsO 2003, 869 (869); *Gundlach*, DÖV 1999, 815 (816).

16 *Gundlach*, DÖV 1999, 815 (816).

17 Vgl. für die Insolvenzunfähigkeit der Kommunen in den Ländern nur beispielhaft die Vorschriften des/ der § 45 Satz 1 AGGVG (Baden-Württemberg), §§ 129 Abs.2 GO, 38 Abs.4 Satz 2 VwVG (Brandenburg), § 62 Abs.2 KV-MV, § 136 Abs.2 NGO (Niedersachsen), § 128 Abs.2 GO (Nordrhein-Westfalen), § 8a Abs.1 AG ZPO, ZVG, InsO (Rheinland-Pfalz), § 19 Satz 1 Sächsisches JG (Sachsen), § 6 Abs.1 AG InsO LSA (Sachsen-Anhalt), § 131 Abs.2 GO (Schleswig-Holstein).

18 Zu den Kirchen vgl. BVerfGE 66, 1 (19); zu den Rundfunkanstalten vgl. BVerfGE 89, 144 ff.; *Cranshaw*, NordÖR 2008, 97 (99); zu den Rundfunkanstalten, *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NVwZ 2001, 778 (779); *Kempen*, DÖV 1988, 547 ff.; zweifelnd, ob das BVerfGE nach gegenwärtiger Rechtslage nach Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung erneut in gleicher Weise entscheiden würde, *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen, 2010, S. 141.

19 *Faber*, DVBl 2005, 933 (938); noch zu § 6 KO im Einzelnen vgl. *Lehmann*, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1999, S. 102.

20 *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NVwZ 2001, 778 (779); *Katz*, der gemeindehaushalt 2004, 49 (49); *Paulus*, ZInsO 2003, 869 (869); so auch bereits *Miedtank*, Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, 1964, S. 15. Nach *Obler*, JZ 2005, 590 (596) gehört zur staatlichen Souveränität auch das Recht, die Voraussetzungen eigener Staatlichkeit zu schützen; das Selbsterhaltungsrecht des Staates wirkt in der Insolvenz also fort.

21 *Lehmann* (Fn. 19) S. 92 ff.

Online-Weiterbildung inklusive

Haufe OfficeLine

Haufe

office Professional

TVöD Office Professional

Das Profi-Informationssystem mit praktischen Arbeitshilfen für die TVöD-Personalarbeit

HAUFE.

Mit Haufe haben Sie den TVöD sicher im Griff. Versprochen.

Ob Tarifrecht, Arbeitsrecht oder Entgeltabrechnung: Mit der Komplett-Lösung „Haufe TVöD Office Professional“ sind Sie bei Ihrer täglichen Arbeit immer rechtssicher und aktuell informiert. Das Fachinformationssystem beinhaltet u. a.:

- › Kommentierungen zum Tarif-, Arbeits-, Personalvertretungsrecht u. v. m.
- › ausführliche Erläuterungen zur Entgeltabrechnung
- › mind. 5 bis 6 Online-Seminare zu aktuellen Themen inklusive

www.haufe.de/tvoed-office

HAUFE.

gemäß übernommenen Schuldverbindlichkeiten seitens eines Staates seinen Gläubigern gegenüber, gleichviel, ob dies aus Zahlungsunfähigkeit oder aus Mangel an Zahlungswillen oder aus beiden Ursachen zugleich erfolgt²⁷. Er ist seit Jahrhunderten ein ungelöstes Problem und wirft zahlreiche Fragen auf²⁸. Gerade im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise sind zahlreiche Staaten v.a. auch in der EU in massive finanzielle Probleme geraten. So haben Ungarn, Lettland, Island, aber auch Griechenland bereits Milliardenkredite erhalten, während Rumänien und Litauen als nächste Anwärter solcher Finanzhilfen gelten²⁹. Der Staatsbankrott ist also in der unmittelbaren Vergangenheit wieder vermehrt in den Vordergrund geraten.

a. Geschichte

In der deutschen Geschichte trat der Staatsbankrott mehrfach ein. So unternahmen bereits 1813 die vereinten Königreiche Dänemark und Norwegen mitsamt den Herzogtümern Schleswig und Holstein den Versuch, sich durch eine Währungsreform von dem inflationären Notenüberhang zu befreien, der im Zuge der napoleonischen Kriege durch Rüstung, Kontributionen usw. entstanden war³⁰. Als weiteres Beispiel lässt sich das Deutsche Reich erstmals nach dem 1. Weltkrieg anführen. Durch die nahezu totale Kreditfinanzierung der Kosten des 1. Weltkrieges zu Kriegsende hatte sich eine Staatsschuld von rund 150 Milliarden Mark angehäuft³¹. Diese Summe entsprach etwa dem zweifachen jährlichen Sozialprodukt des Reiches³². Durch die Last der Kriegsschulden und Reparationszahlungen befand sich das Deutsche Reich also in einem Zustand, der zwar formal nicht als Insolvenz bezeichnet wurde, ihr inhaltlich aber gleichkam³³. Die Regierung versuchte, diese verheerende Lage durch den Druck weiterer Noten zu beseitigen³⁴. Allerdings wurde hierdurch die Inflation erst recht angeheizt, und das Deutsche

Reich verfiel dem inflatorischen Kollaps³⁵. Als weiteres Beispiel dient die Situation Deutschlands nach dem Ende des 2. Weltkrieges. Die beurkundete Schuld belief sich 1945 auf ca. 380 Milliarden Reichsmark³⁶. Im Zuge der Zerstörung und drohender bzw. durchgeführter Demontagen hatte sich das Volkseinkommen auf ca. 50 Milliarden Reichsmark (per Herbst 1946) reduziert³⁷. Eine solche Belastung konnte keinesfalls abgebaut werden; die „Konkurslage“³⁸ war damit offensichtlich³⁹.

b. Voraussetzungen

Es gibt kein exakt bezifferbares Kriterium für die Feststellung des Grades an Staatsverschuldung, von denen an ein Staat seinen Bankrott erklären müsste⁴⁰. Die Schuldenlast, die unter günstigen politisch-ökonomischen Umständen durchaus erträglich erscheint, kann bei Eintreten ungünstiger Umstände zur Ursache von Staatsbankrotten werden. Dennoch hat es in der Vergangenheit mehrfach Staatsbankrotte gegeben⁴¹.

Es ist also zu erörtern, unter welchen materiellen und formalen Voraussetzungen überhaupt von einem Staatsbankrott ausgegangen werden kann. Zunächst zu den materiellen Voraussetzungen. Dem einfachen Recht ist allein das Kriterium der Zahlungsunfähigkeit bzw. die drohende Zahlungsunfähigkeit zu entnehmen⁴². Dieses ist allerdings aufgrund des – rein theoretisch unbeschränkten Besteuerungsrechts des Staates – ein unhandliches Kriterium⁴³, das der näheren Ausgestaltung bedarf. Allgemein anerkannt ist jedoch, dass die Staatsinsolvenz nicht allein durch die Situation einer (kurzfristigen) Liquiditätsstörung⁴⁴ oder Betriebsknappheit⁴⁵, sondern durch das langfristige Fehlen ausreichender Mittel gekennzeichnet ist, um bestehende Verbindlichkeiten erfüllen zu können⁴⁶. Vielmehr bedarf es einer ernsten und hoffnungslosen Lage der Staatsfinanzen⁴⁷. Wann eine solche Lage vorliegt, muss im Einzelfall in einer Gesamtbeurteilung ermittelt werden⁴⁸. Als Kriterien können der Anteil des Schuldendienstes am Gesamthaushalt bzw. dem BIP, der Devisenstand bei der Zentralbank, die Kreditwürdigkeit auf den internationalen Kapitalmärkten, die Prognose der künftigen Steuereinnahmen und der Stand der Laufzeit der bestehenden Verbindlichkeiten dienen⁴⁹. Weiterhin

27 Collas, Der Staatsbankrott und seine Abwicklung, 1904, S. 5 f.; In BVerfGE 15, 125 (135) beschreibt das Gericht den Zustand des Deutschen Reiches als „nicht nur vorübergehend zahlungsunfähig, sondern [...] konkursreif“. Weiterhin untermauert es diese Annahme unter dem Hinweis darauf, dass dem Reich aufgrund der staatlichen Neuordnung keine Einnahmen mehr zufließen und so die für die Begleichung der Schulden entscheidende Leistungsfähigkeit nicht mehr gegeben war.

28 So bereits Ohler, JZ 2005, 590 ff.

29 Häde, EuZW 2009, 273, der in diesem Zusammenhang bereits auch auf Staaten wie Irland, Spanien, Portugal und Italien hinweist, die ebenfalls massive Finanzschwierigkeiten aufweisen. Nachdem zuletzt ein 85 Mrd.€ schweres Rettungspaket für Irland verabschiedet wurde, ist nun eine finanzielle Unterstützung Portugals im Gespräch, vgl. Fleischhauer u.a., „Europa brennt“, in: Der Spiegel, Heft 49/2010, S. 18 ff.

30 Vibaek, in: Danstrup/Koch, Danmarks Historie, Bd. 10, 1964, S. 377 ff. König Frederik VI. erließ am 5. Januar 1813 die Verordnung über die Veränderung im Geldwesen (abgedruckt in Dansk Pengehistorie, herausgegeben von der dänischen Nationalbank, Kopenhagen, 1968, Beilage von Kirsten Mordhorst, S. 217 ff.), die einmal neues Reichsbankgeld in Silbermünzen und Noten einführt, den Silberwert des neuen Talers auf fünf Achtel des Wertes des alten Kurantalters herabsetzte und den Umtausch der Kurantaltersnoten in Reichsbanknoten im Verhältnis 6:1 vorsah, sodass – bezogen auf den Silberwert – das Abwertungsverhältnis 10:1 war. Gleichzeitig bekämpfte die Verordnung die Staatsschulden, indem die Gläubiger entweder die auf Kurantaltersnoten lautenden alten Forderungen im wertmäßigen Verhältnis von knapp 10:1 in neue Reichsbanknoten einlösen oder sie in gleichwertige, allerdings unkündbare (silber-)wertbeständige Reichsbankgeldforderungen umtauschen konnten.

31 Haller, in: Deutsche Bundesbank (Hrsg.), Währung und Wirtschaft in Deutschland 1876-1975, 2. Aufl. 1976, S. 115 (138).

32 Haller, in: Deutsche Bundesbank (Hrsg.), Währung und Wirtschaft in Deutschland 1876-1975, 2. Aufl. 1976, S. 115 (138).

33 Ohler, JZ 2005, 590 (591).

34 Eckert (Fn. 1), S. 87 ff.

35 Der Höhepunkt der Staatsverschuldung belief sich auf 191,6 Trillionen Mark. Siehe hierzu Haller (Fn. 31), S. 115 (142 ff.); hierzu auch Eckert (Fn. 1), S. 88 f.

36 Schätzungen beliefen sich hingegen auf bis zu 800 Milliarden Reichsmark. Siehe hierzu BVerfGE 23, 153 (181); Hansmayer/Caesar, in: Währung und Wirtschaft (Fn. 31), S. 367 (401 f.).

37 Hansmayer und Caesar (Fn. 35) S. 420.

38 So BVerfGE 15, 125 (136).

39 Kratzmann, JZ 1982, 319 (320).

40 Hattenbauer, in: Lingelbach (Hrsg.) (Fn. 1), S. 145 (146).

41 Lt. Vesper, Ästhetik und Kommunikation 1996, Heft 93, S. 13 ff. handelt es sich bei der Diskussion um den Staatsbankrott um ein zyklisches Phänomen, das immer dann auftaucht, wenn sich die Wirtschaft und mit ihr die Einnahmen des Staates auf Talfahrt befinden, da in einer Rezession regelmäßig die Steuern, Sozialabgaben und Gebühren nicht ausreichen, um die Aufgaben des Staates zu finanzieren.

42 §§ 17, 18 InsO. Bei diesem Kriterium handelt es sich zwar um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dieser kann aber prinzipiell auf Staaten übertragen werden nach Ohler, JZ 2005, 590 (593). Meist wird allerdings nur auf die Zahlungsunfähigkeit abgestellt: Marauhn, in: Dabrowski/Fisch u.a. (Hrsg.), Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten, 2003, S. 283 (291).

43 Kratzmann, JZ 1982, 319 (323).

44 Ohler, JZ 2005, 590 (593).

45 Kratzmann, JZ 1982, 319 (323).

46 Ohler, JZ 2005, 590 (593).

47 Kratzmann, JZ 1982, 319 (323).

48 Ohler, JZ 2005, 590 (593).

49 Ohler, JZ 2005, 590 (593); im Ansatz ähnlich Kratzmann, JZ 1982, 319 (323).

wird von manchen der Begriff der Überschuldung als Kriterium hinzugezogen⁵⁰.

Nun zu den formalen Voraussetzungen. Die Entscheidungszuständigkeit über das Vorliegen der Voraussetzungen obliegt in verfassungsrechtlicher Hinsicht den Haushaltsorganen, denen die staatliche Haushaltswirtschaft anvertraut ist und nicht den Gerichten. Bei einem funktionalen Gewaltenteilungsverständnis müssten daher Regierung und Parlament die Entscheidung darüber treffen, ob der Staat insolvent ist⁵¹.

c. Aktuelles Beispiel: Argentinien⁵²

Die Erörterungen sind keineswegs rein theoretischer Natur; als Beispiel aus jüngster Zeit mag der Staatsbankrott in Argentinien dienen. Das Land war seit 1999 mit erheblichen volkswirtschaftlichen Problemen konfrontiert, die sich zumindest zeitweise bis zu einer Finanzkrise des Staates ausgeweitet hatten. Daher bediente sich das Land zur Bewältigung der Krise in bedeutendem Umfang des Instruments der Staatsanleihen im Ausland, um den Devisen- und Kapitalbedarf zu decken. Im Jahr 2000 erhielt die Republik Argentinien vom Internationalen Währungsfonds (IWF) einen Kredit in Höhe von 39,7 Milliarden U.S.-Dollar. Um jedoch die mit der Auszahlung verbundenen Auflagen zu erfüllen, musste das Land drastische Haushaltskürzungen vornehmen, die ihrerseits jedoch zu drastischen Vertrauensverlusten gegenüber der argentinischen Währung führten. Nach dem völligen Verfall des Peso mit heftigen sozialen Unruhen und einer massiven Kapitalflucht weigerte sich Argentinien schließlich, seine Verbindlichkeiten aus internationalen Anleihen zu erfüllen. Insgesamt handelte es sich um einen Betrag von 82 Milliarden Euro im Nennwert sowie 20 Milliarden Euro an nicht gezahlten Zinsen. Vielmehr rief es mit dem „Gesetz über den öffentlichen Notstand und die Reform des Wechselkurssystems“ v. 6. Januar 2002 den öffentlichen Notstand auf sozialem, wirtschaftlichem, administrativem, finanziellem und währungspolitischem Gebiet aus. Dieses Gesetz wurde jährlich – zuletzt ein weiteres Mal bis zum 31. Dezember 2007 – verlängert. Mitte Januar 2005 bot Argentinien seinen Gläubigern an, die Anleihen umzutauschen, wobei aber der Wert der neuen Anleihen nur noch etwa 25 % des ursprünglichen Nominalwertes betragen sollte⁵³. Bereits Ende Februar 2005 hatten bereits 76 % der Gläubiger das Angebot angenommen. Hierdurch wurde eine gewaltige Entschuldung des Landes bewirkt. Allerdings griff diese Vorgehensweise massiv in die Ansprüche der Gläubiger ein. Infolgedessen musste sich das BVerfG⁵⁴ mit der Frage befassen, ob der

von Argentinien ausgerufenen Notstand nach Völkergewohnheitsrecht zur Verweigerung bestehender und fälliger Zahlungsverpflichtungen berechtigt und deutsche Gerichte hieran nach Art. 25 GG gebunden sind. Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung mit einer umfassenden Begründung abgelehnt. Es begründet diese Entscheidung damit, dass einzelne völkerrechtliche Abkommen allgemeine Notstandsklauseln enthalten, diese aber lediglich fragmentarischer Natur sind und daher durch Auslegung ermittelt werden muss, ob sie auch auf einen wirtschaftlichen Notstand anwendbar sind. Daraus schlussfolgert das Gericht, dass das Völkerrecht weder ein einheitliches, noch ein kodifiziertes Konkursrecht der Staaten kennt, sondern diese Regelungen nur dem Völkergewohnheitsrecht oder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zugeordnet werden können⁵⁵. Daneben erscheint dem Gericht die Erstreckung der Rechtfertigung auf Privatrechtsverhältnisse zu weit, da es hierfür an Belegen für eine von der notwendigen Rechtsüberzeugung getragenen Staatenpraxis fehlt⁵⁶. Zwar gebe es zahlreiche Entscheidungen nationaler und internationaler Gerichte, die von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Staatsnotstands ausgehen. Allerdings ist es unzulässig, hieraus eine allgemeine Regel des Völkerrechts abzuleiten, wonach ein Staat über den auf Völkerrechtsverhältnisse beschränkten Anwendungsbereich des Art. 25 der ILC-Artikel⁵⁷ zur Staatenverantwortlichkeit hinaus berechtigt wäre, nach Erklärung des Staatsnotstandes wegen Zahlungsunfähigkeit auch die Erfüllung fälliger Zahlungsansprüche in Privatrechtsverhältnissen gegenüber privaten Gläubigern zeitweise zu verweigern⁵⁸. Abschließend stellt das Gericht fest, dass die Praxis internationaler Gerichtshöfe keine hinreichende Grundlage bildet für die Anerkennung einer Einwendung eines Staatsnotstandes gegenüber Privatpersonen⁵⁹.

3. Insolvenz auf kommunaler Ebene

Überlegungen zur Insolvenzfähigkeit werden nicht nur auf nationalstaatlicher Ebene angestrengt, sondern finden auch auf kommunaler Ebene statt. Das setzt voraus, dass überhaupt die Grundsätze des privaten Insolvenzrechts auf die öffentliche Hand übertragen werden können.

III. Übertragbarkeit von Grundgedanken des privaten Insolvenzrechts

1. Grundgedanken des privaten Insolvenzrechts

Der Grundgedanke der Insolvenzordnung besteht in der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung im Falle des finanziellen Zusammenbruchs des Schuldners⁶⁰. § 1 InsO sieht dafür die Liquidation des Schuldnervermögens durch ein Insolvenzverfahren oder die Sanierung des schuldnereischen Unternehmens durch ein Insolvenzplanverfahren vor. Die Entscheidung für das eine oder das andere wird von den Gläubigern getroffen, die sich bei ihrer Beschlussfassung (§ 157 InsO) davon leiten lassen werden, auf welchem Wege sie höhere Befriedigungsquoten erlangen können. Das Insolvenzverfahren eröffnet jedoch auch Unternehmen die Chance für einen geordneten Neuanfang; das

50 Für das Kriterium der Überschuldung *Ohler*, JZ 2005, 590 (593). Für diese Sichtweise spricht insbesondere, dass sich die Feststellung der Insolvenz nach quantitativen Faktoren – wozu auch die Überschuldung zählen kann – bestimmt. Außerdem wird ein solcher Ansatz beispielsweise auch vom IWF mit dem Kriterium der „unsustainable debt“ (dt.: nicht tragfähige Staatsverschuldung) verfolgt. Dem Merkmal der Überschuldung kommt auch insofern praktische Bedeutung zu, als es die Notwendigkeit einer Umschuldung indiziert, bevor es tatsächlich zu einer Zahlungsunfähigkeit kommt. Nach anderer Auffassung ist das Kriterium der Überschuldung unanwendbar, v.a., weil der Staat nicht verpflichtet sei, seine Vermögensgegenstände zu liquidieren. So z.B. *Isensee*, in: Festschrift Selmer, 1994, S. 687 (688); *Kratzmann*, JZ 1982, 319 (323).

51 *Ohler*, JZ 2005, 590 (593); so auch *Kratzmann*, JZ 1982, 319 (323), der hierfür ein Bundesgesetz mit dem Erfordernis der einfachen Mehrheit fordert. Als weitere Möglichkeit sieht dieser jedoch auch einen Antrag des Gesetzgebers beim BVerfG als „Konkursgericht“, das dann nach Anhörung der Deutschen Bundesbank über die Bankrotteröffnung entscheidet. Da es sich um einen Akt des Staates handelt, kommen Antragsbefugnisse einzelner Gläubiger nicht in Betracht.

52 Zu den Problemen im Zusammenhang mit argentinischen Auslandsanleihen umfassend *Baars/Böckel*, ZBB 2004, 445 ff.

53 *Ohler*, JZ 2005, 590 (591).

54 BVerfGE 118, 126 ff.

55 BVerfGE 118, 126 (135).

56 BVerfGE 118, 126 (135).

57 International Law Commission, Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen.

58 BVerfGE 118, 126 (139).

59 BVerfGE 118, 126 (139).

60 *Reischl*, Insolvenzrecht, Heidelberg 2008, S. 1; *Becker*, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2010, S. 49.

Insolvenzplanverfahren bietet sogar die Möglichkeit der Sanierung ohne Wechsel des Rechtsträgers⁶¹. Ebenso haben Privatpersonen unter dem Regime der Insolvenzordnung die Möglichkeit einer endgültigen Befreiung von ihren Schulden. Dieses Ziel, die sog. Restschuldbefreiung (§ 301 InsO), können sie entweder durch die Abführung ihrer pfändbaren Bezüge während der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode oder auch durch einen Insolvenzplan erreichen. Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens besteht allerdings in der Haftungsverwirklichung, also der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger⁶².

2. Übertragbarkeit auf die öffentliche Hand

Es stellt sich somit die Frage, inwiefern das Insolvenzrecht auch auf die öffentliche Hand übertragen werden kann. Den Schwerpunkt der Betrachtung soll hier die kommunale Ebene bilden. Sicherlich bietet gerade die Sanierung der öffentlichen Haushalte eine Möglichkeit, über die Erweiterung der bisherigen Handlungsspielräume nachzudenken. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind durch die finanziellen Verpflichtungen derart eingeschränkt, dass neugewählten Vertretern praktisch die Gelegenheit genommen wird, andere Akzente zu setzen. Es bleibt ihnen gerade auf kommunaler Ebene häufig nichts anderes übrig, als sich um ein einigermaßen vernünftiges Schuldenmanagement zu bemühen⁶³. Es besteht somit die Gefahr, dass die gewählten (Volks-)Vertreter zu bloßen Schuldenverwaltern verkommen. Auch die in diesem Zusammenhang angesprochene Generationengerechtigkeit spielt hier eine Rolle⁶⁴. Somit erscheint der Zweck des Insolvenzverfahrens auf die öffentliche Hand übertragbar⁶⁵. Dennoch müssen gewisse Modifikationen vorgenommen werden und auch die Nachteile einer möglichen Insolvenz betrachtet werden. Nur hingewiesen sei auf Eingriffe in Demokratie-, Rechtsstaats-, Sozialstaatsprinzip und möglicherweise auch Bundesstaatsprinzip, wenn ein „fremder“ Insolvenzverwalter die Sanierung betreibt und öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht mehr bedient werden können. Durch die Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand würden die Kredite vergebenden Banken bei ihrer Kreditvergabe Zurückhaltung üben und zu einem anderen, oft schlechteren Rating gelangen⁶⁶. Die Kreditfinanzierungsmöglichkeiten würden sich automatisch verschlechtern⁶⁷, was langfristig sogar begrüßenswert sein kann. Zudem steht zu befürchten, dass ein Vertrauensverlust bei den privaten Auftragnehmern eintritt, wenn nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass die öffentliche Hand, wenn vielleicht auch verspätet, ihre Zahlungsforderung befriedigen wird, sondern die Gefahr besteht, dass Forderungen ganz oder teilweise ausfallen⁶⁸. Andererseits könnte allein aus der Existenz eines Insolvenzverfahrens eine heilsame disziplinierende Wirkung sowohl auf die Gläubiger, aber vor allem auf die Schuldner ausgeübt werden⁶⁹. Die (kommunalen)Entscheidungssträger würden vermutlich alles tun,

um es nicht zu einem öffentlichkeitswirksamen und damit prestigevernichtenden Insolvenzverfahren kommen zu lassen. Aus finanzwirtschaftlicher Sicht wird kritisiert, dass § 12 Abs.1 InsO alternative Regelungen blockiere⁷⁰. Fiele er weg, so würden Anreize freigesetzt, die übergeordneten Regeln neu zu konkretisieren und zu neuen Lösungen zu finden; es würden Fragen aufgeworfen, die jetzt gar nicht gestellt werden: Welche Aktiva werden im Falle einer Insolvenz veräußert? Von welchen Aufgaben muss sich der Staat trennen? Welche Last tragen die Gläubiger in dem Refinanzierungsprozess?⁷¹ Zudem spiegelt sich in dieser Vorschrift das überkommene Dogma der fehlenden Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand, ein Dogma, dem ein bestimmtes Staatsverständnis zugrunde liegt, das zur ökonomischen Realität mehr und mehr in Widerspruch gerät, weil zahlreiche Gebietskörperschaften – wären sie de jure Unternehmen – längst Insolvenz hätten anmelden müssen⁷². Allerdings sind die Vorschriften nicht eins zu eins zu übertragen. Erwägt man ernsthaft die Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand einzuführen, müsste man wegen der besonderen Funktion von Gebietskörperschaften, öffentliche Aufgaben zu erfüllen, ein gesondertes Insolvenzrecht für öffentliche Gebietskörperschaften installieren, bei welchem die Schaffung einer Grundlage für die Zukunft und nicht die Gläubigerbefriedigung im Vordergrund stehen sollte⁷³.

IV. Möglichkeit einer modifizierten Insolvenz für Kommunen

Überlegungen zur Übertragbarkeit der Insolvenzverfahrensregeln auf kommunaler Ebene bestehen schon seit Langem⁷⁴. Man schreckte also nicht davor zurück, am Dogma der fehlenden Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand für den Bereich der Kommunen zu rütteln⁷⁵. Als eine weitere Konsequenz aus der „Flucht ins Privatrecht“ und der Ökonomisierung der Verwaltung scheint eine mögliche Insolvenz der öffentlichen Hand sogar naheliegend. Die öffentliche Verwaltung hat sich in den letzten Jahrzehnten in eine Form wirtschaftlicher Einrichtungen umgewandelt, in denen Unternehmergeist herrschen, deren Arbeit sich an der Kundenfreundlichkeit orientieren sollte und leitende Verwaltungsfunktionen Managementaufgaben wahrnehmen sollten⁷⁶. Man schuf Budgetverantwortlichkeiten, richtete Controllinginstitutionen ein, bediente sich der formellen Privatisierung⁷⁷. Somit ist den Kommunen die Übertragung und Anwendung zivilrechtlicher Instrumentarien nicht fremd⁷⁸. Begünstigt wird diese Entwicklung weiterhin durch die Einführung der Doppik⁷⁹. In Zusammenschau mit der desolaten Haushaltslage, die nun wieder vielen Kommunen angesichts des dramatischen Absinkens der Gewerbesteuererinnahmen droht, erscheint die Einführung einer Insolvenzfähigkeit für Kommunen nur folgerichtig zu sein. Zudem hat auf politischer Ebene das Bundesfinanzministerium ein Gutachten seines Wissenschaftlichen Beirats vom April 2005 veröffentlicht, das sich mit dem Thema befasst und ein Zahlungsunfähigkeitsverfahren für verschuldete Gliedstaaten im Bundesstaat fordert⁸⁰. Auch das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats des Bundesmini-

61 Reischl (Fn. 60), S. 1; Becker (Fn. 60), S. 430 ff.

62 BGHZ 148, 252 ff.; Kießner, in: Braun, Insolvenzordnung, 3. Auflage, München 2007, § 1 Rn.3.

63 Borchert, Die Gemeinde SH 2004, 2 (2).

64 Faber, DVBl 2005, 933 (940).

65 Soweit man in einem Insolvenzverfahren die Funktion sieht, neben der Befriedigung der Gläubigerinteressen auch die Reorganisation des Schuldners herbeizuführen, indem er von seinen Restschulden befreit wird, ist eine Übertragbarkeit grundsätzlich möglich, so Ohler, JZ 2005, 590 (592); so i.E. auch Stoll, KTS 1992, 521 ff.

66 Gundlach/Frenzel/Schmidt, NVwZ 2001, 778 (779).

67 Frielinghaus, Die kommunale Insolvenz, 2007, 264 ff.; Faber, DVBl 2005, 933 (945).

68 Faber, DVBl 2005, 933 (945).

69 Faber, DVBl 2005, 933 (945); Paulus, NordÖR 2010, 338 (339).

70 Blankart, Föderalismus in Deutschland und Europa, 2007, S. 190.

71 Blankart (Fn. 70), S. 190.

72 Schuppert/Rossi, Bausteine eines bundesstaatlichen Haushaltsnotlagenregimes, 2006, S. 34.

73 Faber, DVBl 2005, 933 (946).

74 Cranshaw, NordÖR 2008, 97 (97).

75 Faber, DVBl 2005, 933 (938).

76 Borchert, NordÖR 2004, 2 (2).

77 Vgl. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2008, S. 121 ff.

78 So auch Faber, DVBl 2005, 933 (940); Borchert, NordÖR 2008, 2 (2).

79 Faber, DVBl 2005, 933 (940).

80 www.finanzministerium.de/cin_04/nn_4336/DE/Service.

steriums für Wirtschaft und Technologie mit dem Titel „Zur finanziellen Stabilität des deutschen Föderalstaats“ vom Oktober 2005 kommt zu einem ähnlichen Ergebnis⁸¹. Einer Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand stehen jedoch zahlreiche rechtliche Probleme entgegen.

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Zunächst ist zu bedenken, dass es sich bei § 12 InsO und den landesrechtlichen Regelungen um einfache Gesetze handelt. Diese können durch den zuständigen Gesetzgeber geändert werden. Etwas schwieriger gestaltet sich die Situation, soweit diese Normen nur deklaratorischen Charakter aufweisen und daher verfassungsrechtlich abgesichert sind. In diesem Fall wäre die Einführung der Insolvenzfähigkeit der Kommunen verfassungswidrig. Anlass zu dieser Überlegung könnte sowohl Art. 28 GG (und die Länderverfassungen) geben, der die kommunale Selbstverwaltungsgarantie verfassungsrechtlich normiert⁸², als auch das Demokratieprinzip. So wird vorgetragen, dass ein Insolvenzverfahren die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe schon dadurch beeinträchtigen würde, dass ein den Zielen des Insolvenzverfahrens verpflichteter Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das Gemeindevermögen erhält und die Verwertung dieses Vermögens zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger betreibt; die Verwaltung der staatlichen Einnahmen und Vermögen steht aber verfassungsmäßig den vom Volk gewählten Organen zu⁸³. Daher wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Insolvenzfähigkeit von Kommunen im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet⁸⁴. Bezüglich dieser Frage ist zu differenzieren. Die pauschale Behauptung, dass die Insolvenzfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts verfassungswidrig ist, kann so nicht geteilt werden. Vielmehr kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens an. Und soweit im Schrifttum ersichtlich, plädiert niemand für eine umfassende und unreflektierte Übertragung der insolvenzrechtlichen Regelungen für die öffentliche Hand. Daher führt der Umstand, dass Kommunen insolvenzfähig sind, nicht per se zur Verfassungswidrigkeit, sondern allenfalls die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens.

2. Lösungsvorschläge

Daher werden seit Jahren diverse Vorschläge zur Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens für Kommunen diskutiert.

Aus eher zivilrechtlicher Sicht wird eine modifizierte Übertragung der Normen zum Planverfahren nach § 217 InsO angedacht⁸⁵. Denn diese Vorschriften stellen das primäre Mittel der Sanierungsalternative im Gegensatz zum Liquidationsmechanismus dar⁸⁶. In Anlehnung an das US-amerikanische Chapter 9-Verfahren, bei dem es sich um ein Gemeindeinsolvenzverfahren handelt, welches auf die „first bankruptcy legislation“ von 1943 zur Zeit der Großen Depression zurückgeht, sind jedoch zwingende Modifikationen vorzunehmen. Dabei handelt es sich um eine sehr komplexe Aufgabe, um den besonderen Bedürfnissen und Verpflichtungen adäquat begegnen zu kön-

nen⁸⁷. Dennoch werden hier bereits einige wichtige Abweichungen von den bestehenden Regelungen diskutiert, wie z.B. die freiwillige Antragsstellung durch die Gemeinde oder durch die Aufsichtsbehörde, Ausschluss der Liquidation, alleiniges Planinitiativrecht und grundsätzliche Eigenverwaltung, sowie eine erhöhte Anforderung an das Vorliegen der Insolvenzeröffnungsgründe⁸⁸. Weiterhin würde sich bei einer solchen Vorgehensweise die Frage stellen, ob jedes Bundesland bereits die Gesetzgebungskompetenz zur Normierung eines solchen Insolvenzverfahrens besitzt, oder ob nur der Bundesgesetzgeber einen eigenen Abschnitt mit den erforderlichen Modifikationen des einschlägigen Verfahrens verabschieden kann⁸⁹.

Allerdings könnte auch der Versuch unternommen werden, die bestehenden aufsichtsrechtlichen Instrumentarien mit insolvenzrechtlichen Elementen zu kombinieren bzw. zu ergänzen, somit eine eher öffentlich-rechtliche Vorgehensweise zu wählen. Denn das öffentliche Aufsichtsrecht bietet ein breites Spektrum an Instrumentarien. Zudem nimmt bereits heute die Kommunalaufsicht eine Schlüsselposition bei der Haushaltspolitik ein, die ausgebaut werden könnte. In Betracht käme vorliegend die Bestellung eines Beauftragten⁹⁰. Dieser kann mit Organstellung Entscheidungen treffen und wird gerade bei einer nicht geordneten Haushaltswirtschaft, etwa bei Zahlungsunfähigkeit oder -schwierigkeiten der Gemeinde, ggf. auch schon im Vorfeld dessen eingesetzt⁹¹. So entfielen von den 198 bundesweit im Zeitraum 1990 bis 2004 bekannt gewordenen Beauftragtenbestellungen 53 Meldungen auf den Zweck „Wiederherstellung einer ordnungsgemäßen Haushaltsführung“ und 145 auf andere Gründe, die allerdings oft Wechselwirkungen mit haushaltswirtschaftlichen Gründen entfaltet haben⁹². Der Beauftragte könnte dann als eine Art Insolvenzverwalter fungieren⁹³. Durch seine Bestellung durch die Kommunalaufsicht würde man dem Demokratieprinzip gerecht werden, wonach eine ununterbrochene Legitimationskette zwischen Volk und den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern sichergestellt werden muss⁹⁴. Der zweifelsohne erhebliche Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung wäre dadurch gerechtfertigt, dass die Aufgabenerledigung seitens der Kommune nicht mehr mit eigenen Finanzmitteln erfolgen kann. Die Insolvenz könnte weiterhin auf freiwillige Aufgaben beschränkt sein, während verbindliche hoheitliche Aufgaben der Kommunen (Meldewesen, Ordnungsamt etc.) nicht betroffen sein sollen⁹⁵. Oder man könnte mit *Faber* für die Gläubigerbefriedigung im Rahmen eines Zahlungsunfähigkeitsverfahrens den Rang danach bemessen, ob ein Gläubiger die Wahl hatte, mit der Gemeinde Geschäftsbeziehungen aufzunehmen oder nicht bzw. ob er einen Anspruch kraft öffentlichen Rechts auf eine bestimmte Leistung hatte⁹⁶. Bereits heute wird das aufsichtsrechtliche Instrument des Beauftragten zu „Sparzwecken“ abgewandelt. In Nordrhein-Westfalen hat die Landesregierung in Zusammenarbeit mit der Bezirksregierung Münster im Januar 2006 deutschlandweit zum ersten Mal einen „beratenden Sparkommissar“ eingesetzt, dessen Bestellung auf eine Analogie zu § 124 GO NW

87 Paulus, ZInsO 2003, 869 (871).

88 Paulus, NordÖR 2010, 338 (340 f.); Hornfischer (Fn. 18), S. 257 f.

89 Paulus, ZInsO 2003, 869 (870).

90 Vgl. § 127 GO (Schleswig-Holstein); § 124 GO BW; Art. 114 Abs. 1 und 2 BayGO; § 117 BbgGO; 141 HessGO; § 83 KVMV; 132 NdsGO; § 124 GONW; § 124 GO RP; § 134 SaarlKSVG; § 117 SächsGO; § 139 GO LSA; § 122 Abs. 1 ThürKO.

91 Brüning/Vogelgesang, Die Kommunalaufsicht, 2. Auflage 2009, Rn. 289.

92 Niederste/Frielingshaus, der gemeindehaushalt 2007, 102 ff.

93 Borchert, Die Gemeinde SH 2004, 2 (3).

94 BVerfGE 47, 253 ff.

95 Borchert, Die Gemeinde SH 2004, 2 (2).

96 Faber, DVBl 2005, 933ff.

81 www.bmw.de/BMW/Redaktion/pdf/G/gutachten-zur-finanziellen-stabilitaet-des-deutschen-foederalstaats.

82 BVerfGE 79, 127 ff. (Rastede), Gundlach/Frenzel/Schmidt, NVwZ 2001, 778 (779).

83 Gundlach/Frenzel/Schmidt, NVwZ 2001, 778 (779).

84 Für verfassungswidrig erachten: Gundlach/Frenzel/Schmidt, NVwZ 2001, 778 (779); Schwarz, ZFK 2010, 49 (53); Bull, NordÖR 2010, 343 (344); dahinstehend: Cranshaw, NordÖR 2008, 97 (99).

85 So vor allem, Paulus, ZInsO 2003, 869 (870); ders. NordÖR 2010, 338 (339 ff.).

86 Paulus, ZInsO 2003, 869 (870).

gestützt wird⁹⁷. Aufgabe des bestellten Beraters ist es, gemeinsam mit dem örtlichen Verwaltungsvorstand einen Haushaltsplan aufzustellen und die Stadt drei Jahre intensiv „zu begleiten“, um „mittelfristig ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept zur nachhaltigen Haushaltskonsolidierung zu erarbeiten“. Der „beratende Sparkommis-sar“ nimmt somit eine Stellung zwischen Beratung und Beauftragung ein⁹⁸. Inwieweit dieses Instrument wirklich die desolote Haushaltslage beseitigen kann, erscheint zweifelhaft⁹⁹. Es kann daran jedoch verdeutlicht werden, dass die Bestellung der Beauftragten gewisses Entwicklungspotential besitzt und daher auch bei einem möglichen Insolvenzverfahren eine exponierte Stellung einnimmt.

3. Fazit

Aufgrund der bestehenden Finanzlage Deutschlands sollten zunächst verschiedene Lösungsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden. Das schließt auch die Insolvenz von Gebietskörperschaften mit ein.

97 Holtkamp, Der Gemeindehaushalt 2006, 41 ff.

98 Brüning/Vogelgesang (Fn. 91), Rn.290.

99 So auch Holtkamp, Der Gemeindehaushalt 2006, 41 (43).

Gleichwohl ist das Insolvenzverfahren kein Allheilmittel. Als primäres Ziel gilt es, ein solches zu vermeiden. Zudem müssen die Besonderheiten der öffentlichen Hand beachtet werden. Die Gläubigerbefriedigung kann und darf nicht das Ziel eines solchen modifizierten Verfahrens sein. Vielmehr müssen das Überleben und die Sanierung des Gemeinschuldners im Vordergrund stehen. Bei der konkreten Ausgestaltung handelt es sich um eine sehr komplexe Aufgabe, die verschiedene Lösungsansätze zulässt, die auch kombiniert werden können. Um die öffentliche Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen und damit den öffentlich-rechtlichen Charakter hervorzuheben, erscheint eine aufsichtsrechtliche Lösung näher zu liegen. Denn bereits die jetzige Gesetzeslage sieht bei haushaltsrechtlichen Schwierigkeiten ein Einschreiten der Kommunalaufsicht vor. Daher sollten die schon vorhanden Instrumentarien weiterentwickelt¹⁰⁰ und mit insolvenzrechtlichen Elementen ergänzt werden. Unabhängig davon sollte aber mit dem Dogma der fehlenden Insolvenzfähigkeit der öffentlichen Hand gebrochen werden.

100 Zur Weiterentwicklung des Aufsichtsrechts näher Schliesky, in: Schmidt-Trenz/Stober (Hrsg.), Jahrbuch Recht und Ökonomik des Dritten Sektors 2009/2010, 2010, S. 301 ff.

Frank-Rüdiger Jach*

Gesetzgeberisches Handeln zwischen Parlamentsvorbehalt und Verordnungsermächtigung

Die Frage, welche normativen Entscheidungen der Gesetzgeber durch formelles Gesetz selbst regeln muss und welche er der Exekutive in Form von Rechtsverordnungen, Verwaltungserlassen oder Satzungen übertragen darf, ist ungeachtet der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts immer wieder Streitgegenstand gerichtlicher Verfahren und durch die Hartz IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wieder in den Fokus einer breiteren Öffentlichkeit gelangt. Obgleich die Grundsätze seit den grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts allgemein anerkannt sind, herrscht bei der konkreten Abgrenzung, welche Entscheidungen so wesentlich sind, dass sie dem Parlament vorbehalten sind und nicht der Exekutive in Form des Erlasses von Rechtsverordnungen überlassen werden dürfen, oftmals Unklarheit bezüglich der Intensität einzelner Regelungen. Im Nachfolgenden sollen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Spannungsverhältnisses zwischen Parlamentsermächtigung, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot in den Grundzügen und an ausgesuchten Rechtsfragen dargestellt werden.

I. Grundrechtsschutz und Wesentlichkeitstheorie

Das Bundesrecht umfasste zum Stichtag 7. Juli 2009 nominal 1729 Gesetze mit 45.801 Einzelnormen sowie 2656 Rechtsverordnungen mit 37364 Einzelnormen. Seit Bestehen der Bundesrepublik wurden über 7000 Gesetze beschlossen. Diese allseits als Überregulierung diskutierte >Normengewalt< ist rechtsdogmatisch in dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der sogenannten >Wesentlichkeitstheorie< verankert.

* Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach ist Professor für Staats-, Europa- und Personalrecht an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, Fachbereich Public Management

Diese verlangen, dass staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen, insbesondere in solchen, die grundrechtsrelevant sind, nicht nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum, sondern auch im Bereich der Leistungsverwaltung durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Der Gesetzgeber ist dabei verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, d.h. der Parlamentsgesetzgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehalten, die für das jeweils betroffene Grundrecht wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und darf sie nicht der Exekutive, also auch nicht dem Ordnungsgeber überlassen¹. Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, „dass die in Art. 20 Abs. 2 GG als Grundsatz normierte organisatorische und funktionelle Unterscheidung und Trennung der Gewalten darauf zielt, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Dieses Ziel darf nicht durch einen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden ... Ob und inwieweit dies Regelungen des parlamentarischen Gesetzgebers erfordert, richtet sich allgemein nach der Intensität, mit der die Grundrechte des Regelungsadressaten durch die jeweilige Maßnahme betroffen sind“². Dies erfasst mit zunehmender Bedeutung auch den sogenannten wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts³, der jedoch nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein soll. Dem Gesetzgeber obliegt es, die tragenden Strukturprinzipien eines Regelungsbereiches selbst zu regeln. Dem in bestimmten Sachge-

1 BVerfGE 58, 257

2 BVerfGE 98, 218 ff

3 S. hierzu BVerfG, 2 BvE 1/03 vom 7.5.2008 juris

bieten bestehenden Bedürfnis, schnell und flexibel auf neuartige und mannigfache Entwicklungen reagieren zu können, kann demgegenüber am besten durch den Erlass von Rechtsverordnungen Rechnung getragen werden.⁴ Hierbei ist der verfassungsrechtlichen Forderung nach einem Handeln des Parlaments grundsätzlich dann entsprochen, wenn objektiv eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, die nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung den in Frage stehenden Sachverhalt erfasst und inhaltlich verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wobei es ihm nicht verwehrt ist, Generalklauseln zu verwenden und Spielräume zu eröffnen.⁵

Unstrittig ist insofern, dass zwar einerseits wesentliche Fragen durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden müssen, andererseits aber Vollzug und Konkretisierung durch Verordnung und Satzung nur insofern näher geregelt werden dürfen, als dass das zugrundeliegende Parlamentsgesetz das Wesentliche regelt. Im Bereich des Grundrechts der Berufsfreiheit wird dies anschaulich dadurch ausgedrückt, wonach der Gesetzgeber die statusbildenden Normen selbst zu regeln hat und das Satzungsrecht der berufsständischen Kammern hieran gebunden und zu messen ist, ohne dass diese Koexistenz eine sinnvolle Ergänzung beider Funktionsträger in Frage stellt: „Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könnte.“⁶ Im Bereich des Satzungsrechts müssen daher gesetzliche Bestimmungen, die z.B. Grundregeln für die Berufsausübung von Ärzten und Einrichtungen enthalten und somit für deren Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG von Bedeutung sind, wozu u.a. Vergütungsregelungen oder Regelungen über die Zulassung von Werbung gehören, gleichwohl klar erkennen lassen, mit welcher Tendenz und nach welchen Grundsätzen die nähere Ausgestaltung durch die zur weiteren Rechtsetzung ermächtigten Selbstverwaltungsorgane zu erfolgen hat.⁷

Wann es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten, zu entnehmen. Danach bedeutet *wesentlich* im grundrechtsrelevanten Bereich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Regel wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte. Die Tatsache, dass eine Frage politisch umstritten ist, führt dagegen für sich allein genommen nicht dazu, dass diese als wesentlich verstanden werden müsse.

Dass es sich dabei nicht um einen Totalvorbehalt handelt und auch die Frage, wann eine Regelung für die Grundrechtsausübung *wesentlich* ist, nicht allein deshalb greift, weil ein irgendwie gearteter Bezug zur Grundrechtsausübung vorliegt, zeigt insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtschreibreform aus dem Jahre 1998, in der das Bundesverfassungsgericht konstatierte, dass für die Einführung der neuen Rechtschreibregeln im Schulunterricht der

Länder eine besondere gesetzliche Grundlage nicht erforderlich gewesen ist, weil die Unterrichtung von Schülerinnen und Schülern nach der reformierten Rechtschreibung für die Ausübung des Elternrechts nicht von *wesentlicher* Bedeutung ist.⁸ Andererseits ist unbestritten, dass wesentliche organisatorische Maßnahme im Schulwesen wie die einer als Pflichtschule eingeführten Förderstufe durch Gesetz festgelegt werden müssen.⁹ Gleiches gilt für die Entscheidung über die Einführung eines Unterrichtsfaches wie Sexualerziehung¹⁰, da dieses unzweifelhaft die Grundrechtspositionen von Eltern und Schülern unabhängig davon berührt, ob dieser Unterricht dem Bereich der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung zuzuordnen ist.

Ungeachtet der grundsätzlichen Geltung der Wesentlichkeitstheorie ist nach übereinstimmender Ansicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur¹¹ die Grenzziehung, welche Regelungen dem Gesetzgeber konkret im Rahmen des Parlamentsvorbehalts obliegen und welche Regelungen auf den Verordnungsgeber delegiert werden dürfen, in der Rechtsprechung nicht einheitlich und eindeutig definiert, sondern muss nach dem jeweiligen betroffenen Grundrechtsgehalt bestimmt werden, d.h. es ist eine konkrete Abgrenzung der Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsdirektive gegenüber den rechtskonkretisierenden Befugnissen und dem der Exekutive zustehenden Konkretisierungsgrad vorzunehmen.

8 BVerfGE 98, 218 ff

9 BVerfGE 34, 165

10 BVerfGE 47, 46

11 Vgl. Thomas von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, Berlin 1989, S. 85

Kümmel

Beamtenrecht

Palm | Klostermann | Adam | Röhlig

Das Werk erläutert praxisgerecht und übersichtlich das Beamtenstatusgesetz (ab 2009), das Niedersächsische Beamtengesetz einschließlich des Laufbahnrechts sowie das Niedersächsische Disziplinarrecht.

Es enthält daneben eine Kommentierung des Niedersächsischen Personalvertretungsgesetzes und des Niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes. Der Kommentarteil wird darüber hinaus durch eine systematische Sammlung der im öffentlichen Dienstrecht bedeutsamen Gesetze, Verordnungen und sonstigen Rechtsvorschriften ergänzt.

Durch die praxisgerechte Kommentierung eignet sich das Werk besonders als Handkommentar für Nutzer/innen, die im Bereich des Personalmanagements, der Rechtsanwendung und der Rechtsberatung beamtenrechtliche Sachverhalte bearbeiten.

10 Ordner ca. 7.000 Seiten,
laufend aktualisierter Stand
ISBN 978-3-932086-13-7

250,- Euro



PINKVOSS
VERLAG

Landwehrstraße 85
30519 Hannover

Tel.: (0511) 990 50-0
Fax: (0511) 990 50-77

E-Mail: info@pinkvoss-verlag.de
Internet: www.pinkvoss-verlag.de

4 BVerwGE 121, 103, 110

5 BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24.5.2006 – juris

6 BVerfGE 33, 125, 157

7 S. BVerfGE 33, 125, 158 ff; BVerfGE 33, 171, 183 ff; BSGE 94, 50-108

Hierbei ist im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass „Rechtssetzungs- und Rechtsgestaltungsmöglichkeiten ... dem Verordnungsgesetz tendenziell (nur, F.-R. J.) dort zu konzedieren sind, wo Grundrechtspositionen nicht tangiert werden“.¹²

Insofern fokussiert der Parlamentsvorbehalt nicht primär auf eine abstrakte Definition dessen, was wesentlich für die Verwirklichung eines Grundrechts ist, sondern um „die grundrechtliche Freiheits-sicherung und auf den demokratischen Primat des Parlaments“¹³, d.h. die Verankerung der Wesentlichkeitstheorie ist nicht allein im Individualschutzinteresse zu suchen, sondern ebenso als Schutzinstrument zur Sicherung der demokratischen Legitimation normativ-politischer Entscheidungen durch einen offenen Diskurs des Gesetzgebers, der sich einer kritischen Öffentlichkeit und Kontrolle zu stellen hat.

II. Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot

Der Gesetzgeber soll selbst die *wesentlichen* Entscheidungen für die Ordnung grundrechtsrelevanter Lebensbereiche treffen und das bedeutet, sofern Einzelregelungen einer Verordnung überlassen bleiben, er soll dabei die Tendenz und das Programm schon so weit umreißen, dass sich der Zweck und der mögliche Inhalt der Verordnung bestimmen lassen¹⁴. Dies impliziert neben dem Bestimmtheitsgebot, wie es in dem Auftrag an den Ordnungs- oder Satzungsgeber zum Ausdruck kommt, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung festzulegen. Unter dem Inhalt ist das „Sachgebiet“ bzw. die „Regelungsmaterie“ der Verordnung zu verstehen. Die Bestimmung des Zwecks der erteilten Ermächtigung zielt auf die Vorgabe eines Programms. Dadurch sollen die Ziele festgelegt werden, die der Ordnungsgeber zu verfolgen hat, wenn er von der Ermächtigung Gebrauch macht. Hierbei zeigt das Ausmaß zugleich die Grenzen der Ermächtigung auf, die der Ordnungsgeber bei der Bestimmung des ihm überlassenen Regelungsbereichs zu beachten hat. Diesbezüglich können gemäß den Auslegungsregeln neben dem Wortlaut in teleologischer, systematischer und historischer Auslegung zur Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung die systematische Stellung der Norm und das Ziel, welches die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, ebenso berücksichtigt werden wie ihre Entstehungsgeschichte. Die Vorschriften müssen dabei aber so bestimmt abgefasst sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Sachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist, wobei der Grundsatz gilt, dass allein die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm diese nicht unbestimmt macht.¹⁵ In diesem Sinne hat die Ermächtigung bloß hinreichend bestimmt zu sein. Je stärker die Regelung in die Rechtsstellung hinsichtlich der Grundrechtsausübung des Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden.¹⁶

Dies bedeutet, dass neben die Selbstentscheidungs- auch eine Vorhersehbarkeitsformel die Grundlage der Wesentlichkeitstheorie und des Parlamentsvorbehalts im Verhältnis zur Verordnungsermächtigung darstellt¹⁷. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll das Bestimmtheitsgebot sicherstellen, „dass der

demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann.... Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.“¹⁸ Hierbei hängt der Grad der zu fordernden Bestimmtheit maßgeblich von der Bedeutung der normativen Regelung ab, zu denen die Exekutive ermächtigt wird, d.h. je grundrechtsrelevanter (-wesentlicher) die Materie ist, desto größer muss die Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung sein.

Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Unter diesem Aspekt ist für die Bestimmtheit einer Strafvorschrift in erster Linie der für den Adressaten erkennbare und verständliche Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes maßgeblich¹⁹. Dementsprechend hat das OLG Oldenburg festgestellt, dass der Bußgeldtatbestand der §§ 49 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 3 a S. 1, 2 StVO wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot verfassungswidrig ist, soweit er einen Verstoß gegen das Gebot, ein Kraftfahrzeug mit einer an die Wetterverhältnisse angepassten, geeigneten Bereifung auszurüsten, ahndet, weil es an einer hinreichenden Bestimmtheit fehlt, wann eine Bereifung den Wetterverhältnissen angemessen ist²⁰.

Die Bestimmtheitsanforderungen dienen auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen sowie, soweit sie zum Schutz anderer tätig wird, den Schutzauftrag näher zu konkretisieren. Zu den Anforderungen gehört es, dass hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Je ungenauer die Anforderungen an die dafür maßgebende tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Zuordnung von rechtlich erheblichen Belangen. Die Bestimmtheit der Norm soll auch vor Missbrauch schützen, sei es durch den Staat selbst oder – soweit die Norm die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander regelt – auch durch diese. Dieser Aspekt ist besonders wichtig, soweit Bürger an einer sie betreffenden Maßnahme nicht beteiligt sind oder von ihr nicht einmal Kenntnis haben, so dass sie ihre Interessen nicht selbst verfolgen können. Schließlich dienen die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit dazu, die Gerichte in die Lage zu versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren²¹.

Hierzu gehört auch, dass die gesetzliche Regelung in sich nicht widersprüchlich sein darf. Zur inhaltlichen Klarheit der Rechtsnormen gehört neben ihrer Bestimmtheit, dass sie widerspruchsfrei sind, insbesondere auch dann, wenn verschiedene Rechtsnormen ineinander greifen. Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich also nach der Art und Schwere des Eingriffs.²² Aus diesem Grund muss die Eingriffsgrundlage zugleich ebenso erkennen lassen, ob überhaupt auch schwerwiegende Eingriffe zugelassen werden sollen. Wird die Möglichkeit derartiger Eingriffe nicht hinreichend deutlich ausgeschlossen, so muss die Er-

12 von Danwitz, a.a.O., S. 60

13 Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5 (51)

14 BVerfGE 80,1, 20; BVerwGE 116, 347, 349

15 BVerfGE 89, 69, 84 f.

16 OVG Hamburg, Urteil vom 17.12.2007 – 1 Bf 191/07 – juris

17 s. hierzu auch Wito Schwanengel, Einwirkungen der Landesparlamente auf die Normsetzung der Exekutive, Berlin 2002, S. 20.

18 BVerfGE 120, 378-433

19 BVerfG, NJW 2010, 754. BVerfG, NJW 1986, 1671, 1672

20 OLG Oldenburg – Beschluss vom 9.7.2010 – 2 SsRS 220/09 – juris

21 Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat, 3 K 3/05, 22.06.2006

22 vgl. BVerfGE 110, 33 (55)

mächtigung die besonderen Bestimmtheitsanforderungen wahren, die bei solchen Eingriffen zu stellen sind.²³

Die vom Vorbehalt des Gesetzes geforderte Bestimmtheit einer Norm umfasst auch die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsvorschriften. Hierbei darf der Gesetzgeber aus Gründen gesetzestechnischer Vereinfachung auf Vorschriften eines anderen Normgebers Bezug nehmen, deren Geltung anordnen und so ihren Inhalt zum Bestandteil des Gesetzes machen. Die über die Verweisungsklausel inkorporierten Bestimmungen sind aber nur dann rechtsstaatlich-demokratisch ausreichend legitimiert, wenn sie in hinreichendem Maße vom Willen des verweisenden Normgebers mit umfasst sind, der Inhalt des Verweisungsobjektes also im Wesentlichen feststeht, und er nicht die Entscheidung über den Inhalt seiner Vorschriften in unzulässigem Maße Dritten überlässt, da die Körperschaft und das Organ, die verfassungsrechtlich zur Rechtsetzung berufen sind, diese vorbehaltlich verfassungsrechtlich legitimierter Ermächtigung anderer Stellen auch selbstverantwortlich vorzunehmen haben. Würde demgegenüber die Festlegung des Regelungsinhalts der Exekutive überlassen bleiben, fände eine faktische Verlagerung der Gesetzgebung vom Urheber des Verweisungsgesetzes zu dem des Verweisungsobjektes statt.²⁴

III. Parlamentsvorbehalt als Delegationsverbot

Der Gesetzesvorbehalt in Form eines Parlamentsvorbehalts beinhaltet auch ein grundsätzliches Delegationsverbot an den Verordnunggeber aus dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren. Der Parlamentsvorbehalt soll gewährleisten, dass Entscheidungen von erheblicher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit einerseits die Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen herauszubilden, über ihre Volksvertreter zu artikulieren und zu vertreten, andererseits aber auch die Parlamentarier als Verpflichtung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären.²⁵

Dies bedeutet eine Doppelwirkung „grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte, die einerseits als Eingriffsvorbehalte, aber auch als Ausgestaltungsvorbehalte wirken: Ein Parlamentsgesetz ist grundsätzlich für Eingriffe in grundrechtliche Gewährleistungsgelände gefordert, aber auch für Ausgestaltungen eines grundrechtlichen Freiheitsbereichs – also für die Einrichtung und Sicherung der rechtlichen Bedingungen des Freiheitsgebrauchs im Bereich so genannter normprägender Grundrechte.“²⁶

Das Delegationsverbot beurteilt sich also Umkehrschluss danach, ob durch eine zu weit gehende Ermächtigung des Ordnungsgebers „der spezifische Schutz(gewährleistungs)gehalt in rechtserheblicher Weise nachteilig betroffen ist...Die Anforderungen an das Ob und Wie einer parlamentarischen Regelung lassen sich demgegenüber nicht durch Großformeln wie *Wesentlichkeit für* ... angemessen umschreiben“, sondern müssen die konkreten Einwirkungsmöglichkeiten in formeller wie materieller Hinsicht spezifizieren²⁷. Insofern erfordert der Parlamentsvorbehalt als Delegationsverbot gegenüber der Verordnungsermächtigung, dass der Gesetzgeber „die für die Ordnung eines Lebensbereiches entscheidenden Vorschriften selbst zu setzen (hat)“²⁸ Diese Selbstentscheidungsformel soll verhindern, dass der Gesetzgeber seine Legislativbefugnisse weitestgehend schrankenlos auf die

Exekutive überträgt und sich somit seiner gesetzgeberischen Verantwortung entzieht.

Dies wird bundesverfassungsrechtlich durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ebenso vorgegeben wie durch die entsprechenden landesverfassungsrechtliche Regelungen, wonach eine gesetzgeberische Entscheidung nicht nur darüber zu fällen ist, welche Fragen geregelt werden (Inhalt), sondern auch welchem Ziel die Regelung dient (Zweck) und in welchem Ausmaß diese Regelung greifen soll. Entscheidend für die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung ist danach, ob und inwieweit die Verantwortungszurechenbarkeit gegenüber dem Parlament erhalten bleibt bzw. eingehalten wird oder nicht. Hierbei fordert das Bundesverfassungsgericht explizit, dass die jeweilige Ermächtigungsregelung vor allem auch Verfahrensfragen umfassen muss.²⁹

Bei der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Parlament und Exekutive geht es also nicht nur um die Anmaßung von Befugnissen durch die Exekutive, sondern es geht auch darum, das Parlament daran zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern. Es soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen können, ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar sowie voraussehbar und damit gerichtlich nachprüfbar ist, was bei der damit zugelassenen Rechtsetzung durch Organe der vollziehenden Gewalt dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung muss für den fraglichen Regelungsbereich voraussehbar sein, in welcher Art von Fällen, mit welcher Zielrichtung, zu welchem Zweck und mit welchem möglichen Inhalt von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf.

Es ist also stets zu prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive den Anforderungen gerecht geworden ist, die der Parlamentsvorbehalt stellt, d.h. ein „Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt setzt somit die Beantwortung der Frage voraus, wann der als Delegationsverbot wirkende Parlamentsvorbehalt eingreift“³⁰, d.h. inwieweit der Gesetzgeber die einzelne Regelung dem Ordnungsgeber überlassen darf. Von Danwitz fasst die weniger einschneidenden Maßnahmen und Regelungen, die nicht vom Parlamentsvorbehalt erfasst werden, d.h. die dem Ordnungsgeber zur Konkretisierung übertragen werden dürfen, wie folgt zusammen:

- Die Regelung durch Rechtsverordnung ist im Interesse der Sachgerechtigkeit und die Regelung selbst enthält selber keinen Eingriff in Grundrechtspositionen.
- Verfassungsrechtliche Gebote kompensieren in hinreichend scharfer Umgrenzung eine gesetzgeberische Programmierung.
- Die konkrete Norm hat nur dienende Funktion gegenüber einem formell – gesetzlich fixierten Zweck.³¹

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, greift der Parlamentsvorbehalt.

Insofern kann festgehalten werden, dass ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt vorliegt, wenn

- mit der Regelung ein Eingriff in verfassungsrechtlich verbürgte Rechtspositionen verbunden ist,
- die Regelung nicht der Sachgerechtigkeit i.S. einer flexiblen Anpassung an tatsächliche Gegebenheiten dient, sondern der Verwaltung die Ermächtigung gibt, den jeweiligen Sachverhalt

23 Vgl. BVerfGE 113, 348 (377 f.); 115, 320 (365 f.); 120, 378-433

24 OVG Münster, Urteil vom 07.09.2010 – 6 A 2077/08 –, juris

25 vgl. BVerfGE 85, 386 (403 f.); 108, 282 (312)

26 Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 50

27 a.a.O., S. 53 f.

28 BVerfGE 7, 282 (301)

29 BVerfGE 83, 130 (152)

30 Von Danwitz, a.a.O. S. 80,

31 a.a.O., S. 86

nach eigenem Ermessen willkürlich selbst auszugestalten, z.B. bei der Anfertigung von Zahlungspflichten bei der Selbstbeteiligung im Beihilferecht für Beamte oder im Bereich der Leistungsverwaltung bei der Gewährung finanzieller Leistungen, ohne dass der Gesetzgeber dieser klare Rahmenvorgaben gibt,

- die Norm der jeweiligen Verordnung keinesfalls nur dienende Funktion hat, sondern rechtsausfüllend, letztlich sogar rechtsgestaltend ist.

Daraus ergibt sich, dass die grundsätzlichen Voraussetzungen und die Parameter selbst vom Gesetzgeber festgelegt werden müssen und nicht dem Ordnungsgeber überlassen werden dürfen. Bei alledem gilt, dass der Adressat den Umfang und den Inhalt der Anwendung aus der Norm des Parlamentsgesetzgebers selbst voraussehen können muss.

IV. Bindungswirkungen für den Landesgesetzgeber

Der in Art. 80 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz, wonach das Parlament sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können soll, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll, ist auch für die Landesgesetzgebung verbindlich.³²

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Leitlinien für die Prüfung der Vereinbarkeit von Gesetzen mit Art. 80 Abs. 1 GG sind deshalb für die Auslegung und Anwendung landesrechtlicher Normen zu übernehmen. So sind die Anforderungen des Art. 53 Abs. 1 Satz 2 HVerf oder des Art. 79 LV S-A identisch mit denen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für den Erlass von Rechtsverordnungen im Bund. Zwar scheidet die unmittelbare Anwendung des Art. 80 Abs. 1 GG auf die Landesgesetzgebung aus. Der darin verankerte Grundsatz und die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Leitlinien für die Prüfung der Vereinbarkeit von Gesetzen und Rechtsverordnungen mit Art. 80 Abs. 1 GG sind gleichwohl für die Auslegung und Anwendung der gleichlautenden landesverfassungsrechtlichen Vorschriften zu übernehmen.

Dementsprechend hat die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt die Anforderungen an die Verordnungsermächtigung wie folgt bestimmt: Eine „Verordnungsermächtigung genügt dem Erfordernis des Art. 79 Abs. 1 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, wenn die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nur durch Gesetz erteilt werden kann, in dem Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt sein müssen. Insoweit muss die Ermächtigung die Grenzen erkennen lassen, innerhalb derer der Ordnungsgeber tätig werden soll. Diese Grenzen sollen grundsätzlich so genau umrissen werden, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll“³³ Danach verletzt eine Verordnungsermächtigung Art. 79 Abs. 1 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt aber erst dann, wenn sie so unbestimmt ist, dass aus ihr nicht mehr herausgelesen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassene

Verordnung haben kann. Zudem darf dem Ordnungsgeber ein gewisses Maß an Gestaltungsfreiheit sowie an Ermessens- und Beurteilungsfreiheit eingeräumt werden.

V. Grundrechtsspezifische Anforderungen

V.1. Menschenwürde und Regelsätze der Sozialhilfe

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngsten Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Berechnungsverfahren der Hartz IV – Regelsätze die Bedeutung des Parlamentsvorbehalts für die Leistungsverwaltung nochmals deutlich herausgearbeitet und die Grenzen einer Globalermächtigung im Rahmen des Haushaltsgesetzes und der Regelsatzverordnung aufgezeigt, indem es den Gesetzgeber verpflichtet hat, zur Ermittlung des Anspruchsumfanges alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen. Die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie fasst es diesbezüglich wie folgt zusammen: „Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein. Dies verlangt bereits unmittelbar der Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG. Ein Hilfebedürftiger darf nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritter verwiesen werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch ein Parlamentsgesetz erfolgen, das einen konkreten Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger enthält. Dies findet auch in weiteren verfassungsrechtlichen Grundsätzen seine Stütze. Schon aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergibt sich die Pflicht des Gesetzgebers, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen ... Dies gilt in besonderem Maße, wenn und soweit es um die Sicherung der Menschenwürde und der menschlichen Existenz geht ... Zudem kann sich der von Verfassungs wegen bestehende Gestaltungsspielraum des Parlaments nur im Rahmen eines Gesetzes entfalten und konkretisieren ... Schließlich ist die Begründung von Geldleistungsansprüchen auch mit erheblichen finanziellen Auswirkungen für die öffentlichen Haushalte verbunden. Derartige Entscheidungen sind aber dem Gesetzgeber vorbehalten. Dafür reicht das Haushaltsgesetz nicht aus, weil der Bürger aus ihm keine unmittelbaren Ansprüche herleiten kann.“³⁴

V.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und informationelle Selbstbestimmung

Ermächtigt eine gesetzliche Regelung zu einem Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so hat das Gebot der Bestimmtheit und Klarheit auch die spezifische Funktion, eine Umgrenzung des Anlasses der Maßnahme und auch des möglichen Verwendungszwecks der betroffenen Informationen sicherzustellen,³⁵ um das verfassungsrechtliche Gebot der Zweckbindung der erhobenen Information zu verstärken, welches ansonsten ins Leere laufen könnte.³⁶ Bezogen auf die Grundrechtsrelevanz richten sich die verfassungs-

32 BVerfGE 58, 257(277)

33 Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat, 3 K 3/05, 22.06.2006 unter Bezugnahme auf BVerfG zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG: Beschl. v. 08.06.1988 – 2 BvL 9/85 u. a. –, BVerfGE 78, 249, 272

34 BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 –, NJW 2010, 505

35 vgl. BVerfGE 65, 1 (46); 110, 33 (70); 113, 29 (51); 115, 320 (365).

36 BVerfGE 120, 378-433; BVerfG, NJW 2007, 2464 (2466 f.)

rechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage bei der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand nach dem Gewicht der Beieinträchtigung, das insbesondere von der Art der erfassten Informationen, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der Verwertung der Daten beeinflusst wird. Hierbei genügt die bloße Benennung des Zwecks, das Kraftfahrzeugkennzeichen mit einem gesetzlich nicht näher definierten Fahndungsbestand abzugleichen, den Anforderungen an die Normenbestimmtheit nicht.³⁷

V.3. Beamtenrechtliche Regelungen

Beamte werden neben den Grundrechten in ihrer Rechtsstellung insbesondere durch die grundrechtsgleichen Rechte des Art. 33 Abs. 5 GG geschützt. Daher bedürfen z.B. Altersgrenzen für die Einstellung in eine Beamtenlaufbahn einer gesetzlichen Grundlage. Auf dieser Basis kann der Parlamentsgesetzgeber den Ordnungsgeber dazu ermächtigen, unter Beachtung der Erfordernisse der einzelnen Laufbahnen durch Rechtsverordnung Regelungen über die Laufbahnen der Beamten zu erlassen. Der so von dem Gesetzgeber zu einer Regelung von Altersgrenzen ermächtigte Ordnungsgeber muss diese Regelung einschließlich der Ausnahmetatbestände wiederum selbst treffen und darf die Ausnahmen nicht der Verwaltungspraxis in Form von Verwaltungsvorschriften überlassen.³⁸

Auch ein Verbot des Kopftuchtragens in öffentlichen Schulen als Element einer gesetzgeberischen Entscheidung über das Verhältnis von Staat und Religion im Schulwesen ist für die Grundrechtsausübung der Betroffenen so relevant, dass hierfür die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aus dem Grundsatz des Parlamentsvorbehalts folgt. Hier ist der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, die Schranken der widerstreitenden Freiheitsgarantien jedenfalls so weit selbst zu bestimmen, wie eine solche Festlegung für die Ausübung der betroffenen Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 Art. 6 Abs. 2 Art. 33 Abs. 2 GG) wesentlich ist. Denn „eine Regelung, nach der es zu den Dienstpflichten einer Lehrerin gehört, im Unterricht auf das Tragen eines Kopftuchs oder anderer Erkennungsmerkmale der religiösen Überzeugung zu verzichten, ist eine im Sinne der Rechtsprechung zum Parlamentsvorbehalt wesentliche. Sie greift in erheblichem Maße in die Glaubensfreiheit der Betroffenen ein. Sie betrifft außerdem Menschen verschiedener Religionszugehörigkeit unterschiedlich intensiv, je nachdem, ob sie die Befolgung bestimmter Bekleidungsregeln als zur Ausübung ihrer Religion gehörig ansehen oder nicht. Dementsprechend hat sie besondere Ausschlusswirkungen für bestimmte Gruppen. Wegen dieses Gruppenbezuges kommt der Begründung einer solchen Dienstpflicht für Lehrkräfte über ihre Bedeutung für die individuelle Grundrechtsausübung hinaus auch hinsichtlich der gesellschaftlichen Ordnungsfunktion der Glaubensfreiheit wesentliche Bedeutung zu.“³⁹

Auf der anderen Seite genügt der Gesetzgeber seiner Regelungspflicht, wenn er generell festlegt, dass ein Beamter im Dienst Dienstkleidung zu tragen hat. „Das Recht anzuordnen, dass der Beamte im Dienst Dienstkleidung zu tragen hat, schließt das Recht ein, festzulegen, welche persönlichen Accessoires er dazu aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit des äußeren Erscheinungsbildes nicht

tragen darf. Dabei ist der Dienstherr aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtsklarheit auch berechtigt, zum Mittel der generellen Regelung zu greifen. Insbesondere muss das für solches Beiwerk gelten, das von Teilen der Bevölkerung nach wie vor als Ausdruck einer ausgeprägten individualistischen Haltung und Einstellung empfunden wird. Er braucht dabei die modischen Anschauungen einer Minderheit nicht zum Maßstab seines Handelns zu machen. Vielmehr bleibt es insoweit prinzipiell seiner gerichtlich nur beschränkt nachprüfbareren Einschätzungsprärogative überlassen, zu bestimmen, wie er sich durch seine Beamten repräsentiert sehen will.“⁴⁰

Die Frage, in welchem Umfang der Dienstherr den Schutz des Beamten und seiner Familie in Krankheits- und Pflegefällen durch Beihilfe gewährleistet und welche finanziellen Leistungen der Beamte selbst erbringen muss, ist als eine wesentliche Frage zu betrachten, die durch Parlamentsgesetz und nicht durch den Ordnungsgeber zu regeln ist. Die tragenden Leistungsprinzipien muss der Gesetzgeber daher in einem Gesetz regeln und darf sie nicht der Beihilfeverordnung überlassen. Danach läge ein Verstoß gegen die aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Selbstentscheidungspflicht des Gesetzgebers vor, wenn dieser es der Exekutive überlässt, das für die Beihilfeleistung Wesentliche zu bestimmen. Gleiches gilt für die Besoldung von Beamten. Dahinter steht aber zugleich das demokratische Anliegen, die besonders sensible herausgehobene Stellung der Beamten transparent und einer öffentlichen Diskussion zugänglich zu machen. Aber auch hier besteht ungeachtet der Übereinstimmung im Grund Uneinigkeit hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung. Während das Verwaltungsgericht Hamburg⁴¹ die Selbstbeteiligung der Beamten mit einem bestimmten Jahresbeitrag im Rahmen der Beihilfe als wesentlich für die grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 33 Abs. 5 GG angesehen hat, die einer speziellen gesetzlichen Regelung bedürfe, hat das OVG Hamburg die Einführung einer solchen Selbstbeteiligung auf dem Ordnungswege gebilligt, da es der Ansicht war, die bestehende gesetzliche Regelung, wonach der Ordnungsgeber ermächtigt sei, Leistungen nach der Hamburgischen Beihilfeverordnung zu vermindern, stelle eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage dar.⁴² Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts wurde vom Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.⁴³ In der Senatsrechtsprechung sei geklärt, dass der Gesetzgeber zwar insbesondere die Verantwortung dafür übernehmen muss, welchen Rahmen die Eigenbeteiligung der Beamten nicht überschreiten darf und ob sowie ggf. nach welchen Gesichtspunkten die Kostendämpfungspauschale der Höhe nach gestaffelt werden muss, so dass im Regelfall die Einführung einer Kostendämpfungspauschale deshalb eines Parlamentsgesetzes bedarf. Den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts kann es aber auch genügen, wenn der Gesetzgeber dadurch tätig wird, dass er – unter Beachtung der hierfür im Übrigen maßgeblichen Voraussetzungen – Ordnungsrecht erlässt bzw. ändert oder dass er eine Rechtsgrundlage in Ansehung der sie ausfüllenden ordnungsrechtlichen Regelung schafft.

V.4. Privatschulfinanzierung und Gesetzesvorbehalt

Im Privatschulrecht verlangt der Parlamentsvorbehalt, dass der Landesgesetzgeber zwar die grundlegenden Kriterien und Parameter für

37 BVerfGE 120, 378-433

38 BVerwGE 133, 143-153 unter Aufgabe früherer Rechtsprechung

39 BVerfGE 108, 282-340

40 BVerwGE 84, 287-292

41 VG Hamburg; Urteil vom 22.05.2007 - 20 K 857/06 - juris

42 OVG Hamburg, 1 Bf 191/07, Urteil vom 17.12.2007 - juris; -

43 BVerwG - Beschluss -2 B 96.09 - vom 14.07.2010

die aus Art. 7 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich herzuleitende Finanzhilfe selbst bestimmen, die Einzelheiten der Berechnung der Finanzhilfe für Ersatzschulen aber nicht selbst normieren muss, sondern dies dem Verordnungsgeber überlassen darf, zumal das Bundesverfassungsgericht den Anspruch des einzelnen Schulträgers in seiner Rechtsprechung nicht verfassungsunmittelbar begründet hat, sondern nur eine Schutz- und ggf. Handlungspflicht für die Institution des Ersatzschulwesens begründet, deren Ausfüllung dem Landesgesetzgeber obliegt. Da die Konkretisierung der Leistungspflicht des Staates durch den Landesgesetzgeber für den einzelnen Grundrechtsträger aber existentiell ist, weil er keinen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf staatliche Finanzhilfe hat, darf ein Privatschulfinanzierungsgesetz nicht eine verfahrensoffene und eigenmächtige Veränderung der Berechnungsparameter i.S. eines weitreichenden Gestaltungsspielraum für die Exekutive ermöglichen.

Aus diesem Grunde kann der Anspruch auf Finanzhilfe nur durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden und ist auf der Stufe dessen, was zur Sicherung des Existenzminimums notwendig ist, weder einer Ermessensvorschrift zugunsten der Exekutive noch einem Haushaltsvorbehalt zugänglich, denn der Schulträger muss in Wahrnehmung seines Freiheitsrechts wissen, ob, wann und in welchem Umfang er mit welcher Art von Förderung rechnen kann, so dass mindestens der Kreis der Anspruchsberechtigten und die Höhe der Förderung hinreichend bestimmt gesetzlich zu definieren sind.

Deshalb ist der Parlamentsgesetzgeber verpflichtet, im Sinne eines Rechtsanspruchs selbst darüber zu entscheiden, inwieweit das Land Zuschüsse für genehmigte Ersatzschulen leistet, die das sogen. Existenzminimum sichern. Hiernach muss der Gesetzgeber selbst festlegen, zu welchem Prozentsatz etwa Sach- und Personalkosten bezuschusst werden und ob und inwieweit die vergleichbaren Kosten des öffentlichen Schulwesens diesbezüglich zugrunde gelegt werden. Demgegenüber ist es unzulässig, es dem Verordnungsgeber zu überlassen, selbst zu bestimmen, ob bei der Zugrundelegung der vergleichbaren Personalkosten als Parameter der Finanzhilfeleistung die tatsächlichen Kosten anhand des realen Altersdurchschnitts in den öffentlichen Schulen zurunde gelegt werden oder die Exekutive nach freiem Ermessen die Personalkostenparameter für die prozentuale Bezuschussung festlegen darf, denn es macht einen erheblichen Unterschied aus, ob man bei den vergleichbaren Personalkosten von einem fiktiven Altersdurchschnitt, z.B. von 35 Jahren, oder dem tatsächlichen, z.B. von 50 Jahren, ausgeht. Die Frage, wie die Finanzhilfe im Einzelnen zu berechnen ist, insbesondere wie die Schülerzahlen und die Personalkosten vergleichbarer öffentlicher Schulen zu ermitteln sind, ergibt sich daraus noch nicht, sondern bedarf der weiteren Konkretisierung und darf daher dem Verordnungsgeber übertragen werden. In diesem Sinne hat auch die Rechtsprechung entschieden, dass die Höhe der Finanzhilfe für eine Ersatzschule sich aus Rechtsnormen eindeutig ergeben muss, sofern Anspruch auf die Hilfe besteht, weil der Finanzierungszuschuss wohl ohne Zweifel als eine wesentliche Entscheidung für die Verwirklichung des Grundrechts der Privatschulfreiheit anzusehen ist.⁴⁴ Insofern hat das Sächsische OVG entschieden, dass § 19 SächsFrTrSchulG das Staatsministerium für Kultus zwar zum Erlass einer Rechtsverordnung über das Verfahren der Ermittlung und Vergabe der Zuschüsse im Einzelfall, nicht aber über die Höhe der Zuschüsse ermächtigt.⁴⁵

V.5. Parlamentsvorbehalt und kommunale Selbstverwaltung

Nach Art. 98 Abs. 2 Satz 2 der Landesverfassung Brandenburgs bedarf die Auflösung von Gemeinden gegen deren Willen eines Gesetzes. Mit *Gesetz*, dessen es zur Auflösung einer Gemeinde bedarf, ist in Brandenburg gem. Art. 98 Abs. 2 Satz 2 LV ein förmliches Gesetz des Landtages gemeint, das die Auflösung einer bestimmten Gemeinde zum Regelungsgegenstand hat. Art. 98 Abs. 2 Satz 2 LV verlangt für den Fall der Auflösung der Gemeinde als eines besonders intensiven Eingriffs die gesteigerte Anforderung eines förmlichen Gesetzes. Die Notwendigkeit, über Fragen von solcher Tragweite durch Parlamentsgesetz zu entscheiden, ergibt sich nach der Rechtsprechung des Brandenburgischen Landesverfassungsgerichts aus Wortlaut und Systematik des Art. 98 Abs. 2 LV. Anders als im Rahmen des Art. 98 Abs. 2 Satz 1 LV, wonach das Gebiet von Gemeinden durch Vereinbarung der Gemeinden mit Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geändert werden kann, genügt es nicht, wenn sich die betreffende Entwicklung „aufgrund eines Gesetzes“ vollzieht. Diesbezüglich führt das Brandenburgische Verfassungsgericht aus, dass „der Verfassungsgeber durch Schaffung des Artikel 98 Abs. 2 Satz 2 LV verdeutlicht (hat), dass er in der Änderung kommunaler Zuordnungen grundsätzlich eine Frage von so hohem politischem Gewicht sieht, dass sie vom Parlament selbst zu treffen ist. Damit erweist sich die verfassungsrechtliche Regelung des Art. 98 Abs. 2 Satz 2 LV als eine besondere Ausprägung der sogenannten Wesentlichkeitstheorie, der zufolge Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip den Gesetzgeber von Verfassungen wegen verpflichten, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und sie nicht der Verwaltung zu überlassen (BVerfGE 47, 46, 78). Wesentliche Entscheidungen müssen von den vom Volk direkt gewählten Repräsentanten im öffentlichen Gesetzgebungsverfahren verantwortet werden.“⁴⁶

Entscheidend für die Frage, ob eine Regelung dem Parlament oder dem Verordnungsgeber überlassen werden sollte, ist aus Sicht des Bürgers vor allem, „der Wirkungszusammenhang zwischen der Regelung und grundrechtlich geschützter Freiheit. Je enger sich diese auf prognostische Weise zu ermittelnde Beziehung darstellt, um so mehr spricht dies für die Annahme der Grundrechtsrelevanz“⁴⁷ Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen muss erkennen lassen, was dem Rechtsunterworfenen gegenüber zulässig sein soll und welche Grenzen dem Verordnungsgeber gesetzt sind. Bei der Eingriffsverwaltung muss der Bürger schon aus dem Gesetz erkennen, in welcher Art und Weise seine grundrechtlichen Positionen bedroht sind, im Bereich der Leistungsverwaltung muss bei Finanzhilfeansprüchen, etwa im Sozialhilferecht oder im Bereich der Privatschulfinanzierung, der Umfang der Leistungsgewährung durch den Gesetzgeber soweit geregelt sein, dass sowohl hinreichende Bestimmtheit und Sachgerechtigkeit als auch Planungssicherheit i.S. hinreichender Vorhersehbarkeit bestehen. Bei alledem muss die Verordnung auf ihren Zweck der Entlastung des Gesetzgebers i.S. eher technischen Instruments zur Umsetzung legislativer Entscheidungen beschränkt bleiben und darf nicht selbst die grundlegenden Entscheidungen an sich ziehen, da ansonsten der demokratische Willensbildungsprozess an einem weiteren Punkt ausgehöhlt zu werden droht.

44 VG Magdeburg 5. Kammer, 15.07.2003, 5 A 79/02 – juris

45 Sächsisches OVG 2 D 380/98, vom 20.6.2001; s.a. VG Dresden – 5 K 2766/00 – vom 19.1.2005 – juris

46 VerfGBbg, Urteil vom 01.06.1995 – VfGBbg 6/95 –, DVBl 1996, 37

47 Bernhard Busch, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, Berlin, 1992, S. 44

Electronic Government im Kontext der neuen Behördenrufnummer

– ein Multilevel-Governance-Projekt –

Der Beitrag beschäftigt sich mit der einheitlichen Behördenrufnummer 115, als aktuelles, äußerst innovatives Electronic-Government-Projekt der deutschen Verwaltungsmodernisierung. Dieser knüpft inhaltlich an den DVP-Beitrag der Ausgabe 10/2010 und das dortige Plädoyer für mehr Bürgerservice im Rahmen der Behördenrufnummer im ländlichen Raum an.¹ Zur Erweiterung der Ausführungen erfolgt nunmehr ein Systemebenen übergreifender und ganzheitlicher Blick auf das Projekt. Als theoretische Grundlage der hier vorliegenden empirischen verwaltungswissenschaftlichen Untersuchung sekundiert der Multilevel-Governance-Ansatz, welcher die Vielschichtigkeit und die besondere Governancestruktur des Reformvorhabens am besten erfasst. Die Analyse der Funktionsweise der Behördenrufnummer 115, der relevanten Akteure und deren Motivation, kommt insgesamt zum Ergebnis, dass der Ansatz für das Modernisierungsprojekt als geradezu exemplarisch zu betrachten ist. Die Berücksichtigung des Mehrebenencharakters sowie der dabei zur Anwendung kommenden Netzwerk- und Steuerungsmechanismen sind bei einem solchen Projekt und künftigen eGovernment-Projekten unverzichtbar.

1. Hintergründe und Ziele

Der öffentliche Sektor bleibt nicht davon verschont, sich in einer beschleunigten, modernisierten Umgebung neuen, wachsenden Erwartungen zu stellen. Die Verwaltung hat daher in der Vergangenheit zahlreiche Projekte hervorgebracht, die gezielt die Probleme des Public Sectors ansprechen und diesen mit innovativen Konzepten begegnen. Die Essenz des Beitrags liegt darin, das E-Government-Projekt der einheitlichen Behördennummer 115 aufzugreifen und dessen besondere Eigenheiten zu beleuchten, die aus verwaltungs- und politikwissenschaftlicher Perspektive bemerkenswert sind. Das grundlegende Ziel der einheitlichen Behördenrufnummer 115 ist schlicht erklärbar: Jede Bürgerin und jeder Bürger soll autorisiert werden, unabhängig vom Standort und seinem Anliegen, in allen spezifischen Fragen zur Verwaltung die Rufnummer 115 anwählen zu können, wobei der Anruf von einem Servicecenter auf kommunaler Ebene entgegengenommen und das Anliegen möglichst sofort abschließend bearbeitet wird. Der verwaltungswissenschaftlich interessante Aspekt ist hierbei die Tatsache, dass

es für die Bürgerinnen und Bürger erstmals keinen Unterschied mehr macht, welche Behörde auf welcher staatlichen Ebene für die Anliegen zuständig ist. Diese enorme Vereinfachung ist für den Citizen jedoch nur dann realisierbar, wenn die betroffenen Verwaltungen, über Ebenen und Zuständigkeiten hinweg, umfassend miteinander harmonisieren und interagieren. Es handelt sich folglich um ein Projekt, für dessen Analyse sich der so genannte Multilevel-Governance-Ansatz besonders eignet.

2. Theoretische Fundierung

Näher betrachtet werden beim Multilevel-Governance-Ansatz zwei Konzepte zu einer Forschungsheuristik vereint. Wie die Bezeichnung bereits vermuten lässt, dient als erstes wesentliches Element des Konzepts der Governance-Ansatz. Unter diesem werden im verwaltungswissenschaftlichen Kontext grundsätzlich die Regelungs- und Steuerungsmechanismen des Staates subsumiert. Die starke Popularität des Ansatzes rührt vordergründig daher, dass er neben dem klassischen Steuerungsmechanismus der Hierarchie noch weitere Mechanismen, und explizit insbesondere die Steuerungsmechanismen Markt und Netzwerk, ins Zentrum der Betrachtung rückt. In Übereinstimmung hiermit definieren Benz et al.² Governance als „Oberbegriff für sämtliche Muster der Interdependenzbewältigung zwischen Staaten sowie zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren“.

Führt man diesen Gedanken fort, so geht der Governance-Ansatz von einer Interdependenz sowohl zwischen Staaten als auch staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren (beispielsweise Unternehmen, Nichtregierungsorganisation oder Bürgern) aus. Diese sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben voneinander abhängig³. Als zweites wesentliches Element des Multilevel-Governance-Ansatzes dient daher die Idee der Multilevel Interdependenz. Hierunter versteht man erstens, dass Akteure auf unterschiedlichen Ebenen verortet und zweitens, nicht nur Staaten⁴, sondern auch staatliche Akteure auf unterschiedlichen Ebenen wechselseitig voneinander abhängig sind. Dies gilt in besonderem Maße für die Einheiten eines föderalistischen Systems, wie wir es in der Bundesrepublik Deutschland vorfinden. Festhalten lässt sich demnach, dass der Multilevel-Governance-Ansatz den Fokus, im Gegensatz zur klassischen Steuerungstheorie, auf zwei (neue) Aspekte ermöglicht:

* Miriam Rauscher, Exzellenz-Universität Konstanz, Department Politik- und Verwaltungswissenschaft

** Dominik Vogel, Universität Potsdam, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät

*** Dr. Markus Reiners, Universität Hannover, Institut für Politische Wissenschaft & Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg, Managing Director Inposico Institute – Public Sector Research Center and Advisory Group, Stuttgart (i.G.)

1 Wolf-Hegerbekermeier, T. (2010): D115 im ländlichen Raum. Ein Plädoyer für mehr Bürgerservice, in: DVP – Deutsche Verwaltungspraxis. Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung, 61. Jg. 10/2010, S.406-411.

2 Benz, A./Lütz, S./Schimank, U./Simonis, G. (2007a): Einleitung, in: Benz, A./Lütz, S./Schimank, U./Simonis, G., (Hrsg.): Handbuch Governance – Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder, Wiesbaden, S.9-28.

3 Zu einer ausführlichen Erläuterung des Governance-Ansatzes siehe Benz, A./Lütz, S./Schimank, U./Simonis, G. (Hrsg.) (2007b): Handbuch Governance – Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder, Wiesbaden.

4 Die Vernachlässigung innerstaatlicher Aspekte resultiert aus der Herkunft des Governance-Ansatzes aus dem Forschungsfeld der internationalen Beziehungen (Fn 2).

(1) auf die Verwendung unterschiedlicher Koordinationsmechanismen (u. a. Hierarchie, Markt, Netzwerk) und (2) die Interdependenz über verschiedene systemische Ebenen hinweg.

3. Idee, Funktionsweise und Aufbau der 115⁵

Die Grundidee der Behördenrufnummer ist es, den Bürgerinnen und Bürgern eine zentrale, einheitliche Anlaufstelle für alle Verwaltungsfragen zu bieten, unabhängig davon, wo man sich gerade aufhält und welche Verwaltungseinheit für das spezifische Anliegen organisatorisch überhaupt zuständig ist. Die Entscheidung welches Kommunikationsmittel für diesen Dienst eingesetzt werden soll, fiel trotz fortschreitender Entwicklung und Vernetzung der Informations- und Kommunikationstechnik bewusst zugunsten des Telefons aus. Auf diese Weise soll möglichst allen Bürgerinnen und Bürgern die Nutzung des Services zu Teil werden. Die Behördennummer 115 befindet sich zurzeit in der Pilotierungsphase.

Jeder Anrufer, der die 115 wählt wird zunächst zu einem Servicecenter⁶ auf kommunaler Ebene, zum so genannten 1st Level, geleitet. Hierbei gilt der Grundsatz, dass die Kommune, welche den Anruf entgegen nimmt, quasi derjenigen Kommune entspricht aus welcher der betreffende Bürger den Anruf tätigt. Der Anruf wird von einem Mitarbeiter des Servicecenters, einem speziell geschulten Bediensteten, entgegen genommen. Der Mitarbeiter hat dabei computergestützt Zugriff auf die D115 Wissensdatenbank. In dieser Wissensdatenbank befinden sich die Antworten auf die häufigsten Fragen. Eine Besonderheit besteht darin, dass die Bediensteten des Servicecenters auch auf die Einträge anderer Kommunen zugreifen können. Darüber hinaus haben viele Kommunen, zusätzlich zur D115 Wissensdatenbank, eigene Datenbanken eingerichtet, die es den Servicecentern ermöglichen sollen, über die eigene Kommune hinaus weitere Fragen zu beantworten.

Kann die Frage auf dem 1st Level für den Kunden nicht zufriedenstellend beantwortet werden, so wird der Anrufer entweder an die zuständige Fachabteilung der Kommune (Backoffice) oder an das Servicecenter der unmittelbar zuständigen Kommune respektive der zuständigen Landes- oder Bundesbehörde⁷ weitergeleitet (2nd Level). Alternativ haben die Anrufer auch die Möglichkeit ihr Anliegen aufnehmen zu lassen, was als so genanntes Ticket zu bezeichnen ist. Entscheidet man sich für diese Option, so wird innerhalb von 24 Stunden von der zuständigen Stelle zurückgerufen. Dieses Verfahren gilt ebenso für das 2nd Level. Kann die Anfrage weiterhin nicht beantwortet werden, so wird der Anrufer entweder an die zuständige Fachabteilung verbunden oder sein Anliegen aufgenommen und innerhalb von 24 Stunden final beantwortet (3rd Level).

Über die grundsätzliche Funktionsweise hinaus gibt es noch ein weiteres Kernelement des D115-Verbundes, das so genannte Serviceversprechen. Dieses beinhaltet nachfolgende Punkte⁸:

- Die 115 ist werktags von Montag bis Freitag von 8:00 bis 18:00 Uhr erreichbar
- 75 % der 115-Anrufe werden innerhalb von 30 Sekunden durch eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter entgegen genommen
- 55 % der 115-Anrufe werden bereits beim ersten Kontakt beantwortet
- Wenn ein Anruf weitergeleitet wird, erhält der Anrufer in den Servicezeiten innerhalb von 24 Stunden eine Rückmeldung, je nach Wunsch per E-Mail, Telefax oder Rückruf

Alle an der einheitlichen Behördenrufnummer teilnehmenden Kommunen, Landes- und Bundesbehörden, sowie alle sonstigen Behörden, haben dieses Serviceversprechen zu unterzeichnen und auf dessen Einhaltung hinzuarbeiten. Es findet überdies ein zentrales Monitoring durch eine Projektgruppe statt. Durch diese Form der Qualitätssicherung soll der einheitliche Service innerhalb des 115-Verbundes garantiert werden.

Das E-Government-Projekt D115 gründet auf einen Beschluss der für das Electronic Government zuständigen Staatssekretäre des Bundes und der Länder. Auf Grundlage dessen wurden im März 2007 der Bund und das Bundesland Hessen mit dem Aufbau der einheitlichen Behördenrufnummer 115 beauftragt. Die 115 wird zunächst im Pilotbetrieb in städtischen und ländlichen Regionen sowie Metropolregionen getestet⁹. Dieser im März 2009 gestartete Pilotbetrieb dauerte bis Ende des Jahres 2010¹⁰. Die Parteien CDU, CSU und FDP haben mit ihrem Koalitionsvertrag im Jahr 2009 beschlossen zudem alle Bundesbehörden bis 2011 an die 115 anzuschließen und die einheitliche Behördenrufnummer bis Ende 2013 in ganz Deutschland verfügbar zu machen¹¹. Bis zu diesem Zeitpunkt erfolgt eine Rückkopplung, d.h. Anrufer außerhalb der Modellregionen müssen sich über eine Tonbandansage zufrieden geben.

Zu Kommunen, die sich bereits im Pilotbetrieb befinden (so genannte Modellkommunen), zählen Städte und Gemeinden großer Teile Nordrhein-Westfalens, einzelne Kommunen aus Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz. Hinzu kommen die Bezirksregierungen bzw. Regierungspräsidien der Länder Nordrhein-Westfalen und Hessen, sowie die beiden Stadtstaaten Berlin und Hamburg. Auf Bundesebene sind bisher 9 Bundesministerien, die Deutsche Rentenversicherung Bund, sowie einige Bundesbehörden beteiligt¹². Insgesamt können bereits 13,5 Millionen Bundesbürger den Service nutzen.

4. Akteure

Die Modellregionen stellen ein wesentliches Element beim Aufbau der einheitlichen Behördenrufnummer dar. Ein weiterer zentraler Faktor und entscheidender Akteur ist die vom Bundesministerium des Innern und dem Bundesland Hessen eingesetzte Projektgruppe. Diese organisiert die erforderlichen technischen, organisatorischen und rechtlichen Maßnahmen und nimmt die Erprobung der einheitlichen Behördenrufnummer 115 in enger Zusammenarbeit mit

5 Soweit nicht anders angegeben basieren die Informationen auf dem Feinkonzept zum Projekt D115. Siehe hierzu Bundesministerium des Innern/Land Hessen (Hrsg.) (2008): Projekt D115 – Einheitliche Behördenrufnummer. Feinkonzept. Version 1.1, 08.10.2008, www.d115.de (abgerufen 25.09.2010).

6 Das Projekt D115 legt Wert darauf, dass es sich um Servicecenter und nicht um Call-Center handelt. Im Unterschied zu diesen zeichnen sich Servicecenter durch eine angemessene Ausstattung mit qualifiziertem Personal aus (Fn 5, S.23f).

7 Hierzu zählen auch die para-staatlichen, selbstständigen Einrichtungen, wie z.B. die Bundesagentur für Arbeit oder die Deutsche Rentenversicherung.

8 Bundesministerium des Innern/Land Hessen (Hrsg.) (2010a): Das Projekt D115 – Einheitliche Behördenrufnummer, www.d115.de (abgerufen 25.09.2010).

9 Fn 5, S.26.

10 Bundesministerium des Innern/Land Hessen (Hrsg.) (2010b): Einheitliche Behördenrufnummer 115 – Vom Projekt D115 zum 115-Service, S.ii, www.d115.de (abgerufen 25.09.2010).

11 CDU/CSU/FDP (Hrsg.) (2009): Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP – 17. Legislaturperiode, S.110, www.cdu.de (abgerufen 25.09.2010).

12 Eine vollständige Auflistung findet sich auf www.d115.de.

den Modellregionen vor¹³. Hierunter fällt neben der grundsätzlichen organisatorischen Arbeit z.B. die Gewährleistung der Weiterleitung der Rufnummer 115 an die Servicecenter im 1st Level, der Aufbau der Wissensdatenbank, das Marketing und die Pressearbeit sowie die Akquise neuer Teilnehmer. Die Projektgruppe betreibt selbst allerdings keine Servicecenter. Dies ist Aufgabe der teilnehmenden Kommunen und Behörden.

Die im Folgenden beschriebenen Akteure nehmen ebenfalls eine herausragende Stellung beim Aufbau der einheitlichen Behördenrufnummer 115 ein. Diese lassen sich sowohl nach ihrem spezifischen Einfluss als auch nach der Grundlage ihrer Motivation betrachten. Im Einzelnen handelt sich vornehmlich um kollektive (IT-Branche, der Branchenverband BITKOM sowie die teilnehmenden Länder und Kommunen) und korporative Akteure (z.B. die Bundesregierung und vorgenannte Projektgruppe). Gesellschaftliche Vorgänge sind heute weitgehend auf Organisationen oder Institutionen konzentriert, was Vorteile für die wissenschaftliche Analyse birgt. Bei kollektiven oder korporativen Akteuren sind die Funktionsmechanismen im Gegensatz zu menschlichen Motiven bekannt. Im Vergleich zur menschlichen Psyche ist hier eine viel einfachere und durchschaubarere Struktur identifizierbar. Ein Vorteil solchen Handelns ist demnach, dass sich Handeln von situativen Konstellationen entkoppelt und die Interessenverfolgung auf Dauer gestellt ist.¹⁴ Dies impliziert jedoch, dass nicht auch der Einfluss personeller Faktoren im Einzelfall eine bedeutende Rolle spielen kann. Im vorliegenden Fall ist besonders der Einfluss individueller Akteure zu nennen, hier konkret der von Bundeskanzlerin Merkel und der von Staatssekretär Lemke.

Die einzelnen Akteure sind in der Wahl ihrer Entscheidungen und Handlungspräferenzen allerdings keineswegs frei. Vielmehr sind sie, wie es beispielsweise durch den Akteurszentrierten Institutionalismus signalisiert wird, durch den systemischen bzw. institutionellen Rahmen beschränkt¹⁵. Beim akteurszentrierten Institutionalismus ist bedeutsam, dass die institutionellen Bedingungen die Akteurspräferenzen formen und diese keinesfalls exogen vorgegeben sind. Vielmehr prägt das institutionelle Umfeld die Wahl der Mittel zur Zielerreichung, ohne allerdings determinierend zu wirken, denn zwischen Institution und Handlung liegt immer die Wahrnehmung und Interpretation der Akteure. In diesem Kontext werden die Verhaltensweisen, gebunden durch die Wahrnehmung, als beschränkt strategisch betrachtet. Die Akteure handeln demnach nicht vorwiegend als rationale Nutzenmaximierer, sondern – insbesondere wegen hoher Informationskosten und eingeschränkter kognitiver Fähigkeiten – beschränkt rational.

Nachfolgend werden die wesentlichen Akteure, die im Zusammenhang mit dem Aufbau der Behördennummer 115 beteiligt sind, besprochen.

4.1 IT-Branche und Branchenverband BITKOM

Die Idee einer einheitlichen Behördenrufnummer für die Bundesrepublik wurde auf dem ersten nationalen IT-Gipfel im Dezember 2006 erstmals in die Öffentlichkeit getragen¹⁶. Der Branchenverband

der Informationswirtschaft BITKOM, der als einer der Hauptakteure zu nennen ist, nutzte u.a. diese Plattform, der Bundeskanzlerin das Projekt vorzuschlagen. Als Motivation für die Informationswirtschaft sekundieren hierbei insbesondere zwei Determinanten. Wichtigstes Argument sind sicherlich die immensen Investitionen, die von Bund, Ländern und Kommunen vor allem für den Aufbau der Servicecenter-Infrastruktur zu tätigen sind. Die Projektgruppe D115 spricht bei den Kommunen von ca. einem Euro Investitionskosten pro Einwohner¹⁷. Diese Investitionen erschließen der Informationswirtschaft eine lukrative Einnahmequelle und gegebenenfalls neue Kundenkreise. Als Effekt kann zudem angeführt werden, dass die Unternehmen der Informationswirtschaft, ebenso wie alle anderen Unternehmen, von der Möglichkeit einer Behördenrufnummer unmittelbar profitieren. Sie erhalten in Verwaltungsfragen einen einheitlichen Ansprechpartner.

4.2 Bundesregierung und Landesregierung Hessen

Der Vorschlag der Informationswirtschaft wurde von der Bundesregierung auf dem vorgenannten IT-Gipfel endgültig übernommen. Die Bundeskanzlerin verkündete in diesem Zusammenhang, die Bundesregierung werde die Idee aufnehmen und umsetzen. In Anbetracht dessen scheint es maßgeblich dem Einsatz der Regierungsspitze zuzuschreiben zu sein, dass bereits drei Monate später, Mitte März auf der Messe CeBIT, ein weiteres deutliches Signal der Öffentlichkeit übermittelt wurde. Ferner beauftragte die Runde, der für E-Government zuständigen Staatssekretäre von Bund und Ländern, bereits eine Woche später den Bund und das Bundesland Hessen mit dem Aufbau der einheitlichen Behördenrufnummer¹⁸. Ohne den Einsatz der Bundesregierung respektive der institutionellen Absicherung des Projektes von höchster Stelle (der Regierung) aus, wäre es sicherlich nicht möglich gewesen, die Abstimmungen und Verhandlungen zwischen Bund und Ländern derartig schnell abzuschließen.

Seitens der Bundesregierung übernahm daraufhin das für Verwaltungsmodernisierung zuständige Bundesministerium des Innern die Leitung des Vorhabens. Interessanterweise sind über die Äußerungen der Kanzlerin hinaus von weiteren Kabinettsmitgliedern zunächst keine persönlichen Verlautbarungen zum Projekt 115 bekannt. Als Unterstützer sekundierten insbesondere die Innenminister der beiden Kabinette „Merkel I“ und „Merkel II“ Schäuble und de Maizière. Zur Motivation der Regierungsspitze kommen wohl drei Faktoren in Frage. Erstens ist offenbar, dass die positiven Effekte des Vorbilds 311 in New York City eine Rolle spielen. Die Einführung der dortigen Behördenrufnummer wurde von Bürgermeister Michael Bloomberg vorangetrieben und soll für seine Wiederwahl ganz wesentlich mitentscheidend gewesen sein¹⁹. Aus machtpolitischen Interessen bestimmte Inhalte zu präferieren, ist ein wesentliches Moment von Regierungen und bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Darüber hinaus hat die Regierungsspitze verstärkt auch die Förderung des IT-Standorts Deutschland im Blick und handelt damit im Interessennetzwerk der IT-Branche. Der Umstand, dass im Vorfeld und im Rahmen des IT-Gipfels oftmals bemängelt wurde, die Bundesregierung sei auf diesem Feld nicht ausreichend tätig²⁰, kann durchaus

13 Fn 5, S.26.

14 Reiners, M. (2008): Verwaltungsstrukturereformen in den deutschen Bundesländern. Radikale Reformen auf der Ebene der staatlichen Mittelinstanz, Wiesbaden, S.58.

15 Mayntz, R./Scharpf, F. W. (1995): Der Ansatz des akteurszentrierten Institutionalismus, in: Mayntz, R./Scharpf, F. W. (Hrsg.): Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, Frankfurt a.M., S.39-72.

16 Fn 5, S.30.

17 ebd., S.145.

18 ebd., S.30.

19 Stiel, H./Höfling, J. (2007): Viel Anschluss unter „115“, www.informationweek.de (abgerufen 25.09.2010).

20 Krempl, S. (2006): IT-Gipfel der Bundesregierung erntet kaum gute Noten, www.heise.de (abgerufen 25.09.2010).

als Transmissionsriemen gewertet werden, weitere diesbezügliche Aktivitäten zu entfalten. Ein dritter möglicher Grund für das Engagement zielt direkt auf die positive Resonanz in der Bevölkerung. Machtpolitisch sicherlich nicht uninteressant, weil ein Projekt dieser Größenordnung und Reichweite der deutschen Bürokratie ein modernes Image verleiht.

Dass der Bund ein Projekt vornehmlich mit einem Bundesland vorantreibt hat seine Gründe. Die Tatsache, dass es zu dieser Konstruktion kam, ist vor allem dem Staatssekretär im hessischen Innenministerium und Chief Information Officer (CIO) des Landes²¹, Herrn Lemke, zuzuschreiben²². Die InformationWeek betont, dass Lemke die einheitliche Behördenrufnummer unter der Schirmherrschaft des ehemaligen Ministerpräsidenten Koch vorangetrieben hat²³. Hinsichtlich der Entscheidung, Hessen prominent beim Aufbau der 115 einzubringen, spielt eine Rolle, dass diese Maßgaben gut neun Monate vor der Landtagswahl gefallen sind. Es ist evident, dass der Ministerpräsident damit verdeutlichen wollte, für eine Regierung zu stehen, die das Bundesland Hessen als Vorreiter bei der Verwaltungsmodernisierung etablieren möchte.

Als Motivationsfaktor für Staatssekretär Lemke ist bedeutsam, dass die Kanzlerin bereits auf dem ersten nationalen IT-Gipfel im Dezember 2006 verkündete, das Amt eines Informationsbeauftragten der Bundesregierung („Bundes-CIO“) schaffen zu wollen. Lemke galt als vielversprechender Kandidat hierfür, sein Engagement für die einheitliche Behördenrufnummer ist ein Indiz dafür²⁴. Er konnte sich letztlich allerdings nicht gegen den Staatssekretär im Bundesministerium des Innern Bernhard Beus durchsetzen.

4.3 Teilnehmende Länder und Kommunen

Nordrhein-Westfalen ist neben Hessen das bislang einzige teilnehmende Flächenland.²⁵ Die Interessen sind hier ähnlich gelagert. Durch die Vorreiterrolle beim tatsächlichen Aufbau der Behördenrufnummer lässt sich ein positives Image generieren. Weiterhin bedeutsam ist, dass Nordrhein-Westfalen, im Vergleich zu Hessen, zahlreiche Kommunen zur Teilnahme bewegen konnte. Durch die Teilnahme der großen Städte des Landes Nordrhein-Westfalen entfaltet sich sicherlich ein Verstärkungseffekt in Richtung Implementation. Darüber hinaus war es Nordrhein-Westfalen möglich auf das bereits bestehende Projekt „Nordrhein-Westfalen direkt“ (früher Call-NRW) aufzubauen²⁶.

Ganz ähnlich wie bei den Bundes- und Flächenländern ist im Hinblick auf die teilnehmenden Kommunen und Stadtstaaten auf den Imagegewinn und eine Verbesserung der Bürgerorientierung als Motivationsgrundlage zu verweisen. Allerdings haben die Kommunen und Stadtstaaten – als Träger des 1st Levels – neben den Vorteilen auch einen Großteil der notwendigen Investitions- und Betriebskosten zu tragen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Kommunen durch die Behördenrufnummer 115 zusätzlich die Kosten zu tragen haben, welche durch Fragen entstehen, für deren Beantwortung organisatorisch die Länder und der Bund zuständig sind. Bei genauerer Betrachtung

ergibt sich aber durchaus eine Entlastung für die Kommunen. Diese Entlastung folgt aus der Tatsache heraus, dass die kommunale Ebene auch bislang in großem Umfang von Anfragen betroffen war, für die sie originär gar nicht zuständig ist. Grund hierfür ist, dass der Bürger sicherlich nicht in der Lage ist, nach entsprechenden institutionellen Zuständigkeiten zu unterscheiden und sich im Zweifelsfall verständlicherweise an seine eigene Kommune wandte. Für die betroffene Kommunalverwaltung war es in solchen Fällen häufig nicht einfach zu eruieren, wer für das entsprechende Bürgeranliegen schlussendlich verantwortlich ist. Durch die 115 haben die Kommunen künftig jedoch die Möglichkeit (mit Hilfe der Wissensdatenbank) Fragen zu beantworten oder den Kunden an die tatsächlich zuständige Landes- oder Bundesbehörde weiterzuleiten. Ein gewaltiger Vorteil der einheitlichen Behördenrufnummer, der sowohl für die Bundesländer als auch für die Kommunen zutrifft, ist die Entlastung der Fachabteilungen. Durch die Schaffung einer Wissensdatenbank müssen viele Anliegen nicht mehr an Experten weitergereicht werden, sondern lassen sich direkt aus dem Servicecenter beantworten.

5. D115 als Multilevel-Governance-Projekt

Nachdem mit dem Multilevel-Governance-Ansatz die theoretischen Grundlagen gelegt und das Projekt D115 sowie die beteiligten Akteure vorgestellt wurden, können nunmehr beide Aspekte zusammengeführt werden. Im Zentrum steht hierbei das dargelegte E-Government-Vorhaben als Multilevel-Governance-Projekt.

Im Gegensatz zum reinen Governance Ansatz steht aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive beim Multilevel Governance Ansatz nicht die Interdependenzbewältigung zwischen Staat und nicht-staatlichen Akteuren²⁷, sondern explizit zwischen den staatlichen Ebenen im Vordergrund. Diese sind einander nicht hierarchisch untergeordnet, sondern genießen eine weitgehende Eigenständigkeit. So sind die Kommunen in der Wahrnehmung der kommunalen Selbstverwaltung weitgehend autonom. Ebenso sind die Bundesländer bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitgehend frei vom Bund. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Verwaltungsführung. Der Mehrebenencharakter zeigt sich allerdings nicht nur in der übergreifenden Zusammenarbeit beim Aufbau der einheitlichen Behördenrufnummer, sondern auch in ihrem Realbetrieb. Das technische Grundgerüst zum Betrieb der Rufnummer stellt die Projektgruppe des Bundesministeriums des Innern und des Bundeslandes Hessen zur Verfügung. Dies umfasst unter anderem die Weiterleitung der Anrufe an die zuständigen Servicecenter und die Bereitstellung der Wissensdatenbank. Die eigentliche Arbeit wird jedoch von den jeweiligen Bundes- und Landesbehörden sowie insbesondere den Kommunen geleistet. Diese betreiben die Servicecenter und füllen die Wissensdatenbank mit ihren Informationen.

Ein weiteres Charakteristikum des Ansatzes ist die Bedeutung verschiedener Interaktionsmechanismen. Dem traditionellen Verwaltungsverständnis folgend, müsste sich die Einführung einer einheitlichen Behördenrufnummer wesentlich von der tatsächlichen Form unterscheiden. In der klassischen Verwaltungsforschung stand spätestens seit Max Webers Bürokratiemodell die Hierarchie als Interaktionsmechanismus im Zentrum der Aufmerksamkeit. Die Einführung einer einheitlichen Behördenrufnummer müsste demnach der Logik hierarchischer Determinanten folgen. Im vorliegenden Fall

21 Herr Lemke ist inzwischen in den einstweiligen Ruhestand versetzt (Frankfurter Rundschau (2008): Westerfeld statt Lemke – Regierung wechselt IT-Staatssekretär aus, www.fr-online.de (abgerufen 25.09.2010)).

22 Fn 19.

23 ebd.

24 ebd.

25 Die Stadtstaaten können an dieser Stelle wie Kommunen betrachtet werden, da sie den gleichen Vor- und Nachteilen gegenüberstehen.

26 Lucke, J. v. (2007): Überlegungen zum Bürgertelefon D115 aus wissenschaftlicher Sicht, www.amt24.de (abgerufen 25.09.2010).

27 vgl. Fn 3.

ist eine hierarchische Steuerung, über die systemischen Ebenen des Bundesstaates hinweg, jedoch kaum denkbar, denn die Bundesländer sind in ihrer Verwaltungskompetenz weitgehend autark. Aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben könnte ferner auch die kommunale Ebene keinesfalls verpflichtet werden, sich an einem solchen Projekt zu beteiligen. Die D115 beruht dementsprechend lediglich auf den Absichtsbekundungen der Bund-Länder-Gremien und der freiwilligen Mitarbeit der Modellregionen. Ein solches Vorgehen widerspricht nicht nur dem hierarchischen Bürokratiemodell, sondern auch der deutschen Verwaltungstradition. Derzeit ist den Autoren kein weiteres derart großes Modernisierungsprojekt bekannt, das einen solchen Weg einschlägt, um eine Ebenen übergreifende Reform umzusetzen. Die einheitliche Behördenrufnummer lässt sich daher mit dem Governance Ansatz sehr gut analytisch fassen, da dieser danach fragt, welche Interaktionsmuster zur Bewältigung von Problemen verwendet werden. Offenkundig nutzt das E-Government-Projekt D115 sehr intensiv den Interaktionsmechanismus des Netzwerks. Ein Netzwerk ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass sich seine Mitglieder am freiwilligen Interessenaustausch beteiligen. Deren Interessen wirken auf die beschriebene Motivation der Akteure und Akteursgruppen. Den Teilnehmern gleichberechtigter Partner eines Netzwerkes kann nicht einfach „kraft Amtes“ ein Handeln auferlegt werden²⁸.

Neben dem dominierenden Mechanismus des Netzwerkes lassen sich auch Elemente des Interaktionsmechanismus des Wettbewerbs respektive des Marktes erkennen. Soll die einheitliche Behördenrufnummer erfolgreich sein, so ist sie auf die Akzeptanz und insbesondere die Nachfrage der Bürger angewiesen. Die 115 und die Bürgerinnen und Bürger treffen demnach wie in einem Markt aufeinander. Um eine bundesweite Einführung der einheitlichen Behördenrufnummer realisieren zu können, ist es notwendig eine entsprechende Nachfrage zu generieren. Weitere Kommunen lassen sich gegebenenfalls nur dann zu einer Teilnahme motivieren, sollte beispielsweise die unbefriedigte Nachfrage der Bürgerschaft einen notwendigen Druck auf die Kommunen entfalten. Dies gilt mit Einschränkungen auch für die Bundesländer.

Selbstverständlich ist auch der Interaktionsmechanismus der Hierarchie im E-Government-Projekt D115 nicht gänzlich auszublenden. Er findet sich beispielsweise im Serviceversprechen, welches alle Teilnehmer einhalten müssen. Über die Einhaltung wacht die Projektgruppe in Kooperation mit dem betreffenden Teilnehmer. Kommt es zu Verstößen, so können diese zwar nicht direkt sanktioniert werden, die Gesamtheit der Teilnehmer, die Projektgruppe und der Lenkungsausschuss entfalten im Falle andauernder Verstöße jedoch Druck. Hierarchische Elemente zeigen sich ergänzend auch in der von allen Teilnehmern zu unterzeichnenden Projektcharta. In dieser sind beispielsweise Berichtspflichten zum Monitoring des Serviceversprechens festgelegt²⁹.

28 Schimank, U. (2007): Elementare Mechanismen, in: Benz, A./Lütz, S./Schimank, U./Simonis, G. (Hrsg.): Handbuch Governance – Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder, Wiesbaden, S.29-45.

29 Bundesministerium des Innern/Land Hessen (Hrsg.) (2009): Projektcharta D115, S.5, www.d115.de (abgerufen am 25.09.2010).

6. Fazit und Forschungsbedarf

Die Behördenrufnummer D115 soll künftig mehr Bürgerservice bringen. Aufgrund der Tatsache, dass es sich um ein junges Projekt handelt, ist es für valide Aussagen zum Wert und Nutzen von D115 noch zu früh. Erste positive Ergebnisse zeigen sich jedoch bereits im kommunalen Raum.³⁰ Insgesamt gesehen – und mit Blick auf die genannten Aussagen – hat bislang kein kollektiver oder korporativer Akteur von seiner Vetoplayermacht Gebrauch gemacht. Dies aufgrund des innovativen – Bürokratie durchbrechenden – Charakters des Electronic-Government-Projekts, was einer Umsetzung in der Fläche sehr entgegen kommt.³¹ Die einheitliche Behördenrufnummer stellt darüber hinaus ein interessantes Vorhaben dar, welches aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht eine noch genauere Analyse verdient. Begründen lässt sich die Forderung einer besonderen Aufmerksamkeit aus Sicht des Multilevel-Governance-Ansatzes, weil das Projekt alle systemischen Ebenen des deutschen Bundesstaates umfasst. Ferner ist von besonderer Bedeutung, dass das Projekt aus synergetischen Gesichtspunkten für die Verwaltungslandschaft und nicht nur für die Bürgerinnen und Bürger von Bedeutung ist. Die Kommunen nehmen Anrufe zu Themen der Bundesländer und des Bundes entgegen und beantworten diese nach Möglichkeit umgehend. In der deutschen Verwaltungstradition hat ein solches Vorgehen elementaren Neuerungscharakter. Die komplizierte Aufteilung von Zuständigkeiten im Bundesstaat wird durch diese Einstellung und das umgesetzte Vorgehen vom „Problem des Bürgers“ zum „Problem der Verwaltung“. Weitere Forschungsaktivitäten könnten Aufschluss über den Erfolg dieses Ebenen übergreifenden und auf Netzwerkstrukturen basierenden Ansatzes generieren. Für die Praxis könnten diese Erkenntnisse, wie auch der Erfolg der einheitlichen Behördenrufnummer 115, wichtige Hinweise für künftige Projekte liefern. Die so gewonnenen Informationen wären deshalb besonders wertvoll, weil in Zukunft nachhaltig die Notwendigkeit für Ebenen übergreifende Modernisierungsprojekte besteht und insgesamt auch aufgrund der künftig steigenden Anforderungen rund um die Thematik Electronic Government. Dies zeigen diverse E-Government-Projekte, aber auch z.B. das Nationale Waffenregister oder das Erheben von statistischen Daten, um nur zwei Beispiele zu nennen. Weitere denkbare Vorhaben, welche die Erkenntnisse des Projekts 115 nutzen könnten, sind Ebenen übergreifende Shared Servicecenter oder Projekte zur Prozessoptimierung zwischen unterschiedlichen Ebenen im Bundesstaat. Möge daher dem Projekt D115 Erfolg beschieden sein.

30 Fn 1, S.411.

31 Zum Veto-Player-Theorem siehe Tsebelis, G. (2002): Veto Players – How Political Institutions Work, New York. Lediglich der Freistaat Bayern sieht das Projekt in Teilen reserviert: Aus der Sicht Bayerns wirft das Projekt nach wie vor zahlreiche Fragen auf. Bayern kann das Projekt derzeit nicht aktiv unterstützen. Hierzu: Böllhoff, D. (2009): Einheitliche Behördenrufnummer D115 – Erste Erfahrungen mit dem 115-Service und Strategie zur Partnergewinnung weiterer Partner für den D115-Verbund. Vortrag auf dem 14. Ministerialkongress, 11. September 2009, S. 14, www.bearingpoint.de (abgerufen 25.09.2010).

Besuchen Sie uns auch im Internet!

www.deutsche-verwaltungs-praxis.de

Ämterstabilität vor dem Aus

– Zum Urteil BVerwG v. 4.11.2010 – 2 C 16.09 –

I. Ämterstabilität versus Konkurrentenrechtsschutz

Mit seinem Urteil v. 04.11.2010 hat das BVerwG einen Meilenstein in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen unverrückbar errichtet. In dem zu entscheidenden Verfahren hatten sich der Kläger als Präsident eines Landgerichts und der Beigeladene als damaliger Präsident eines Landessozialgerichts um das höher eingestufte Amt des Präsidenten eines Oberlandesgerichts beworben. Der Justizminister entschied sich für den Beigeladenen.

Formalrechtlich ist also das Richterdienstrecht betroffen, materiell sind es jedoch alle öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisse, denn der Maßstab der Entscheidung steht im Kontext der Ämterstabilität, die Folge des Urkundsprinzips war.

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung

1. Das überkommene Dogma von der Ämterstabilität

Der Rechtsschutz gegen eine Beamtenernennung entfällt nach der überkommenen Rechtsprechung¹ und dem überwiegenden Schrifttum² dann, wenn die begehrte Stelle bereits vergeben ist. Mit der Ernennung zum Beamten (die konstitutiv durch Aushändigung der Ernennungsurkunde erfolgt) werde dem Bewerber ein Amt im sog. statusrechtlichen Sinne verliehen. Dieses Amt sei durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe, durch das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe und die verliehene Amtsbezeichnung gekennzeichnet. Ein solches Amt dürfe gemäß § 49 Abs. 1 BHO³ nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden. Sei eine Stelle aber besetzt, lasse sich diese Besetzung infolge der gem. § 14 BBG bzw. § 12 BeamtStG nur sehr begrenzt möglichen Rücknahme einer Ernennung grundsätzlich nicht mehr rückgängig machen. Diese „Ämterstabilität“ führe dazu, dass eine Bewerbungssituation nicht mehr bestehe. Ein subjektives öffentliches Recht auf eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung könne dem Kläger daher nicht mehr zustehen. Folge dieser Auffassung ist, dass eine Konkurrentenverdrängungsklage im Beamtenrecht nach der Ernennung des Konkurrenten zum Beamten wegen mangelnder Klagebefugnis⁴, fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses⁵ oder wegen

* Professor Dr. Josef-Konrad Rogosch und Professor Dr. Rolf Schmidt, Hamburg, Department Public Management lehren an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften

1 BVerfG NVwZ 2008, 70 f.; BVerfG NVwZ 2007, 1178, 1179; BVerwG NVwZ 2006, 1401; BVerwG NVwZ-RR 2002, 47, 48; BVerwGE 107, 29, 32; 80, 127, 130 f.; OVG Magdeburg ZfBR 2000, 63; OVG Schleswig, DVBl 2002, 134; VG Darmstadt NVwZ 2007, 1452 f. Vgl. aber auch BVerwGE 115, 89, 91 f. (dazu sogleich).

2 Kunig, in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, Rn 91 f.; Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 112; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 685 ff.; Czybulka/Biermann, JuS 1998, 601, 604; Schnellenbach, NVwZ 1990, 637, 638. Vgl. auch Lietzmann, JuS 2001, 571, 572. Kritisch zum Ausschluss des Aufhebungsanspruchs Baumeister, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 240.

3 Vgl. auch die entsprechenden Haushaltsordnungen der Bundesländer.

4 Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 323; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen, S. 475 ff.

5 Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 147; Sodan, in: Sodan/Ziekow, NKVwGO, § 42 Rn 166.

der „Erledigung“⁶ nicht erfolgreich ist. Allen diesen genannten Auffassungen zufolge unterliegt die erfolgte Ernennung im Interesse der Ämterstabilität somit nicht der Drittanfechtung. Ein Widerspruch (vgl. § 126 Abs. 2 BBG bzw. § 54 Abs. 2 BeamtStG) bzw. Klage des unterlegenen Bewerbers gegen die erfolgte Ernennung des Konkurrenten ist demzufolge nicht erfolgreich.⁷

2. Erste Erosionserscheinung – BVerwG 2 C 39.00

Mit Urteil v. 13.09.2001 hat das BVerwG jedoch seine an der Ämterstabilität orientierte Rechtsprechung zur Anfechtung von Besetzungsentscheidungen in Frage gestellt. Es bezweifelt die Vereinbarkeit der Unzulässigkeit gerichtlicher Klagen gegen die Besetzungsentscheidung mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, indem es konstatiert: „Es erscheint mit Art. 19 Abs. 4 GG schwer vereinbar, einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechende Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, diese Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen. (...) Die gegenteilige Auffassung des OVG verletzt Art. 19 Abs. 4 GG. Die Bekl. (die Einstellungsbehörde) kann durch rechtswidriges Handeln keine vollendeten Tatsachen schaffen und dadurch den effektiven Rechtsschutz des Betroffenen vereiteln. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, irreparable behördliche Entscheidungen so weit als möglich auszuschließen. Ein Ausschluss der Klagemöglichkeit durch die Nachbesetzung des Amtes wäre damit schlechthin unvereinbar.“⁸

Kernaussage dieser Entscheidung ist somit, dass allein die bestandskräftige Ernennung des Konkurrenten der Klage des unterlegenen Bewerbers nicht (mehr) entgegensteht.

3. Der Durchbruch – BVerwG 2 C 16.09 (Urteil v. 04.11.2010)

In seinem aktuellen, hier besprochenen Urteil v. 04.11.2010 hat das BVerwG diese Rechtsprechung bestätigt und entschieden, dass die Beförderung eines Richters (oder Beamten) in ein höheres Amt von einem unterlegenen Mitbewerber vor den Verwaltungsgerichten mit Erfolg angefochten werden könne, wenn der Dienstherr den ausgewählten Bewerber unter Verletzung des Grundrechts des Mitbewerbers auf wirkungsvollen Rechtsschutz ernannt habe. Der Grundsatz der Ämterstabilität stehe dem nicht entgegen.

III. Der Hintergrund der Entscheidung des BVerwG v. 4.11.2010

Der Justizminister des Beklagten war bis zu seiner Ernennung zum Minister am 18.05.2006 Präsident des Oberlandesgerichts Koblenz. Nachdem diese nach R 8 besoldete Stelle frei geworden war, wurde sie

6 Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 1178, 1179; BVerwGE 80, 127, 129. Das Gericht hat die Frage nach der Zulässigkeit im zu entscheidenden Fall aber letztlich offen gelassen (S. 130: „bedarf ... keiner Entscheidung“). Vgl. auch BVerwG NVwZ 2002, 99; BGHZ 129, 226, 229 f.

7 R. Schmidt, BesVerwR I, 13. Aufl. 2010, Rn 780.

8 BVerwGE 115, 89, 91 f.; mit Bespr. v. Aulehner, JA 2002, 554.

im Justizblatt vom 06.06.2006 ausgeschrieben. Daraufhin bewarben sich unter anderem der Kläger, der ein Richteramt als nach R 6 besoldeter Präsident des Landgerichts Koblenz innehatte, sowie der Beigeladene, ein ebenfalls nach R 6 besoldeter Präsident des Landessozialgerichts. Beide wurden aus Anlass ihrer Bewerbung dienstlich beurteilt, der Kläger am 06.11.2006 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht X. als Vertreter des Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts, der sich ebenfalls auf die Präsidentenstelle beworben hatte, und der Beigeladene am 11.10.2006 durch den Justizminister selbst. Dabei war der Beurteilung des Klägers eine Beurteilung durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Y. – als seinerzeitigen Vertreter des Vizepräsidenten – v. 11.08.2006 vorausgegangen, die jedoch aufgehoben worden war, nachdem der Kläger gegen sie Einwände erhoben hatte. Zu dieser Beurteilung wie auch zu der Beurteilung des Klägers vom 06.11.2006 gab der Justizminister – als ehemaliger OLG-Präsident – einen Beurteilungsbeitrag ab. Sowohl die Beurteilung des Klägers vom 06.11.2006 als auch die Beurteilung des Beigeladenen schlossen mit der zusammenfassenden Gesamtbeurteilung „hervorragend“. Für das angestrebte Amt wurde der Kläger als „sehr gut geeignet“, der Beigeladene als „hervorragend geeignet“ erachtet.

Dem Besetzungsvermerk des Justizministeriums vom 03.01.2007 wurde vorangestellt, welchen Anforderungen des zu vergebenden Amtes der Bewerber genügen müsse. Dabei wurde nicht darauf abgestellt, dass dieser über profunde Kenntnisse und Erfahrungen in allen Bereichen der ordentlichen Gerichtsbarkeit verfügen müsse. In dem Besetzungsvermerk wurde sodann im Einzelnen dargelegt, dass und warum der Beigeladene den Anforderungen des zu vergebenden Amtes am besten gerecht werde und ihm namentlich auch gegenüber dem Kläger der Vorzug zu geben sei. Abschließend wurde vorgeschlagen, die Stelle des Präsidenten des Oberlandesgerichts dem Beigeladenen zu übertragen.

Der Präsidialrat der ordentlichen Gerichtsbarkeit stimmte in seiner Stellungnahme vom 23.01.2007 dem Besetzungsvorschlag des Justizministers nicht zu. Er vertrat die Auffassung, dass dem Anforderungsprofil des Amtes des Präsidenten des Oberlandesgerichts nur derjenige gerecht werde, der – wie bisher stets gefordert – zumindest auch mit den Besonderheiten und der Vielschichtigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit vertraut sei und in diesem Bereich die zu fordernden herausragenden fachlichen Fähigkeiten nachweisen könne. Davon könne bei dem Beigeladenen aber nicht die Rede sein.

Das daraufhin anberaumte Einigungsgespräch zwischen dem Justizminister und dem Präsidialrat am 30.01.2007 führte zu keinem Erfolg. Der Präsidialrat nahm dies zum Anlass, mit Schreiben vom 01.02.2007 noch einmal seinen Standpunkt darzulegen. Darin hob er unter anderem hervor, das Ministerium habe einen Paradigmenwechsel vorgenommen, der den Eindruck erwecken könne, das Anforderungsprofil sei auf den Beigeladenen zugeschnitten.

Die Sitzung des Richterwahlausschusses vom 06.02.2007 zur Besetzung der Stelle des OLG-Präsidenten wurde auf den 08.02.2007 vertagt.

Eine Stunde vor dieser Sitzung kam es auf Initiative der Staatssekretärin im Justizministerium zu einem Gespräch zwischen ihr und den beiden richterlichen Mitgliedern des Richterwahlausschusses.

In der anschließenden Sitzung vom 08.02.2007 erklärten diese unmittelbar vor der Abstimmung über den Besetzungsvorschlag des Justizministers, dass sie zwar in der Sache die Meinung des Präsidialrats teilten, dass sie sich aber bei der Abstimmung der Stimme enthalten würden, um so ihre Missbilligung des Verhaltens von Ausschussmitgliedern deutlich zu machen, die die anstehende Perso-

nalfrage in der Öffentlichkeit politisiert und Einzelheiten über den Verlauf der Sitzung vom 06.02.2007 an die Presse gegeben hätten.

Bei der Abstimmung votierten 5 Ausschussmitglieder für den Besetzungsvorschlag des Justizministers, 4 lehnten ihn ab und die beiden richterlichen Mitglieder enthielten sich der Stimme.

Unter dem 14.02.2007 teilte daraufhin das Justizministerium dem Kläger mit, dass beabsichtigt sei, die OLG-Präsidenten-Stelle dem Beigeladenen zu übertragen. Der Richterwahlausschuss habe dem Besetzungsvorschlag zugestimmt.

Gegen diese Mitteilung erhob der Kläger Widerspruch und suchte beim Verwaltungsgericht um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach. Dieses lehnte den Antrag, dem Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, den Beigeladenen vorläufig nicht zum Präsidenten des Oberlandesgerichts zu ernennen, mit Beschluss vom 25.04.2007 ab. Gegen diesen Beschluss legte der Kläger Beschwerde ein.

Nachdem der Senat den Beteiligten am 08.06.2007 mitgeteilt hatte, am 13.06.2007 eine Entscheidung treffen zu wollen, wandte sich der Kläger mit Schriftsatz vom 12.12.2007 an das BVerfG und kündigte unter kurzer Darlegung des Verfahrensstandes einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an. Dabei wies er darauf hin, dass zu erwarten sei, dass umgehend nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts am 13.06.2007 eine Urkundenaushändigung erfolge, wenn die Entscheidung zu seinen Lasten ausfalle. Schließlich bat er darum, kurzfristig eine Zwischenregelung zu treffen oder dem Justizministerium eine Zusicherung abzuverlangen, dass die Urkunde nicht ausgehändigt werde, bis das BVerfG über den beabsichtigten einstweiligen Anordnungsantrag entschieden habe. Eine Abschrift dieses Schreibens übersandte er dem Justizministerium am 13.06.2007 per Fax. In dem Begleitschreiben hob er hervor, dass er davon ausgehe, dass vor einer Entscheidung des BVerfG im einstweiligen Anordnungsverfahren keine Ernennungsurkunde ausgehändigt werde.

Der Senat wies die Beschwerde mit Beschluss vom 13.06.2007 zurück. Den zugleich gestellten Hilfsantrag des Klägers, dem Beklagten aufzugeben, den Beigeladenen nicht vor Ablauf der Frist für die Einreichung einer Verfassungsbeschwerde bzw. – bei Einlegung einer solchen – vor dem Zeitpunkt, bis zu dem das BVerfG eine Zwischenregelung habe treffen können, zum Präsidenten des Oberlandesgerichts Koblenz zu ernennen, verwarf der Senat.

Der Beschluss wurde dem Kläger und dem Beklagten am 22.06.2007 gleichzeitig mittags per Fax übermittelt. Wenig später händigte der Justizminister dem Beigeladenen die Ernennungsurkunde aus.

In Unkenntnis der bereits erfolgten Ernennung des Beigeladenen zum OLG-Präsidenten beantragte der Kläger noch am selben Tage beim BVerfG den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Diesen Antrag nahm er eine Woche später zurück, um stattdessen eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts und des Senats im Eilverfahren zu erheben...⁹

Mit Beschluss vom 24.09.2007 verweigerte das BVerfG die Annahme der Verfassungsbeschwerde. Zur Begründung führte es u.a. aus, dass eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG zwar gegeben sei, dass jedoch das Hauptsacheverfahren in zumutbarer Weise durchgeführt werden müsse, da die Rechtsprechung des BVerwG doch im Wandel begriffen sei („...weil eine Hauptsacheklage angesichts der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG nicht als offensichtlich aussichtslos bewertet werden könne.“)

9 OVG Koblenz, Urt. v. 30.01.2009 – 10 A 10805/08.OVG, 10 A 10805/08 – BeckRS 2009, 32342.

IV. Die Entscheidung des BVerwG

Bemerkenswert ist, dass das BVerwG – wie gleich in Abs. 2 der Entscheidung zu lesen ist – die sachliche und persönliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG) besonders herausgestellt. Der seinerzeit entscheidende Richterwahlausschuss, der den des Amtes enthobenen OLG-Präsidenten wählte, bestand aus 11 Mitgliedern: 5 von der SPD; 3 von der CDU; 2 Richter und 1 Rechtsanwalt. Die Wahl des OLG-Präsidenten erfolgte 5:4 Stimmen bei zwei Enthaltungen. Und aparterweise ist unter Abs. 2 des Urteils zu lesen, dass – nachdem die beiden Richter „unmittelbar vor der Sitzung des Ausschusses von der Staatssekretärin des Justizministeriums zu einem Gespräch in ihrem Dienstzimmer gebeten worden...“ waren – die richterlichen Mitglieder sich ihrer Stimmen enthielten. Offenbarer kann eine schallendere Ohrfeige durch das BVerwG nicht erfolgen!

Das BVerwG hat die Ernennung des Beigeladenen mit Wirkung ab Zustellung des Urteils aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, das Amt des Präsidenten des Oberlandesgerichts aufgrund eines neuen Auswahlverfahrens zu vergeben. Ernenne der Dienstherr den ausgewählten Bewerber, bevor unterlegene Bewerber die Möglichkeiten der gerichtlichen Nachprüfung ausgeschöpft haben, verletze er deren Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz. Bei derartiger Rechtsschutzvereitelung könnten die Rechte der unterlegenen Bewerber auf gerichtliche Nachprüfung der Bewerberauswahl nur durch eine Klage gegen die Ernennung gewahrt werden. Daher müsse in Fällen dieser Art der Grundsatz der Ämterstabilität, nach dem die Vergabe eines Amtes rechtsbeständig sei, zurückstehen. Denn die Ämterstabilität könne nicht das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG aushöhlen; anderenfalls hätte es der Dienstherr in der Hand, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen auszuschalten.

Die im vorliegenden Fall getroffene Auswahlentscheidung des Beklagten habe das grundrechtlich gewährleistete Recht des Klägers auf eine sachgerechte, allein an Leistungsgesichtspunkten orientierte Entscheidung über seine Bewerbung verletzt. Insbesondere habe der Beklagte die Auswahl des Beigeladenen auf nicht tragfähige Erkenntnisse gestützt. Er habe dem Beigeladenen nicht bereits aufgrund statistischer Angaben über die Arbeitsergebnisse der Sozialgerichtsbarkeit des Landes in dessen Amtszeit und aufgrund der Eindrücke des Justizministers bei den Tagungen der Oberpräsidenten den Vorzug geben dürfen.

Das Vertrauen des Beigeladenen in die Rechtsbeständigkeit seiner Ernennung sei nach Abwägung der gegenläufigen Interessen nicht schutzwürdig. Zwar habe der Beigeladene aufgrund des rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten erhebliche Nachteile zu tragen. Denn seinen Anspruch auf amtsangemessene Beschäftigung könne der Beklagte nicht mehr erfüllen, weil die einzige Stelle des Präsidenten des Landessozialgerichts mittlerweile wieder anderweitig besetzt sei. Jedoch sei der Beklagte aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, die Folgen für den Beigeladenen so weit als möglich auszugleichen. Er könne er den Beigeladenen mit dessen Zustimmung in ein anderes gleichwertiges Amt versetzen. Auch könne sich der Beigeladene erneut um das Amt des Präsidenten des Oberlandesgerichts bewerben.¹⁰

V. Abschließende Bewertung

Die Entscheidung des BVerwG stellt in begrüßenswerter Weise die materielle Gerechtigkeit wieder her und relativiert den Grundsatz der Ämterstabilität für den Fall, dass die Einstellungsbehörde den Rechtsschutz dadurch vereitelt, dass sie den Wunschkandidaten ernennt, bevor der unterlegene Konkurrent seine Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpfen konnte.

Das BVerwG begründet nachvollziehbar und zutreffend, warum die Ernennung des Beigeladenen zum Präsidenten des OLG Koblenz aufzuheben ist. Maßstab ist Art. 33 Abs. 2 GG und die Feststellung, dass eine Ernennung rechtswidrig ist, wenn die Auswahlentscheidung nicht den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügt. Insoweit ist zum ersten Mal eindeutig die Rechtswidrigkeit durch das BVerwG ausgesprochen worden, ohne dass es eine gesetzliche Grundlage gäbe; die Ableitung aus dem Verfassungsrecht ist ein belastbarer und plausibler Weg.

Im Weiteren führt das Gericht seine Rechtsprechung zur Maßgeblichkeit der dienstlichen Beurteilung als Grundlage des Leistungsvergleichs fort und präzisiert die Anforderungen.

Die konstitutive Funktion der Urkundsaushändigung und die Ämterstabilität hindern nunmehr in Zukunft nicht, bei festgestellter Verletzung des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG die Ernennung ab Zustellung einer Entscheidung mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) zurückzunehmen.

¹⁰ BVerwG 04.11.2010 – 2 C 16.09.



**Klein/Niehues/Siegel
Bürgerliches Recht
Grundriss | 480 Seiten | Broschur
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0664-3**

In die komplexen Zusammenhänge des Zivilrechts führt dieses Lehrbuch auf verständliche Weise anhand zahlreicher Beispiele ein. Praxisnah werden die Fragestellungen erörtert, die für das Gesamtverständnis des Bürgerlichen Rechts, aber auch für die in der öffentlichen Verwaltung speziell erforderlichen Kenntnisse von Bedeutung sind. Zugunsten der ausführlichen Darstellung des Vertragsrechts, Familien- und

Erbrechts wurden andere Kapitel, die für die universitäre Juristenausbildung relevant sind, allenfalls in Grundzügen dargestellt. Studierende der Verwaltungsfachhochschulen und Studieninstitute, aber auch Studierende anderer Fachbereiche, von denen juristische Kenntnisse erwartet werden, erwerben hier ein fundiertes Grundwissen des Zivilrechts.



**Reiner Stein
Bescheidtechnik
344 Seiten | DIN A5 | Broschur
€ 22,50 | ISBN 978-3-7869-0698-8**

Der Entwurf einer praxistauglichen Verwaltungsentscheidung wird nicht nur von Studenten und Lehrgangsteilnehmern der Verwaltungsschulen und -fachhochschulen verlangt, sondern zunehmend auch von Jura-Studenten und Rechtsreferendaren in Ausbildung und Prüfung.

Ihnen wird das vorliegende Lehrbuch als Wegweiser helfen, sich rasch und gezielt einen Überblick über die von den Verwaltungsbehörden zu fertigenden Bescheide zu verschaffen. Der Autor hat für die didaktische Konzeption des Buches seine mehrjährige Erfahrung als Dozent an einer Verwaltungsfachhochschule ausgewertet.

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

ABC – Glossar – XYZ

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

Aufgabenkritik

Dieses Schlagwort ist in aller Munde. Politiker – einerlei welcher Couleur – nutzen es, um ihren Willen zu Verwaltungsreformen zu manifestieren. In der Administration von A wie Auswärtiges Amt bis Z wie Zivilschutzamt und von der Spitze der Behörden bis hin zu den Arbeitsplätzen an der Basis ist es der gängige Begriff für die Hoffnung sowohl auf individuelle Arbeitsvereinfachung und Arbeitsentlastung als auch auf Bürokratieabbau insgesamt. Dann verspricht man sich von der Aufgabenkritik, dass öffentliche Aufgaben abgetreten sowie kürzere Dienstwege und schnellere Verfahren möglich werden. Aufgabenkritik schließt auch ein, auf die Aufgabe und deren Erledigung ganz zu verzichten.

Meinungsführer in den Verwaltungen und eigens gebildete Ausschüsse mit gegenwärtigen und ehemaligen Angehörigen von Ministerien und Oberbehörden, verstärkt auch durch Vertreter der kommunalen Spitzenverbände, prüfen die Änderung (funktionale Bündelung und Entflechtung und territoriale Zentralisation und Dezentralisation) und Abandonnierung bestehender und die Übernahme neuer Aufgaben. Immer wieder werden externe Berater hinzugezogen und externe Kommissionen mit Experten eingesetzt, die einzelne Bereiche einer Aufgabenkritik unterziehen, etwa die Aufgabenverteilung auf Träger und die Aufgabengliederung in staatlichen und kommunalen Verwaltungen.

Die Ergebnisse in Form von Reformkatalogen respektive Positivlisten sind gut gemeint – und im Ausnahmefall vollzieht die politisch-administrative Praxis den einen oder anderen Vorschlag. Doch wer mehr erwartet, wird enttäuscht. Denn Aufgabenkritik taugt nicht als Instrument von Verwaltungsreformen. Mit einer Aufgabenkritik lässt sich bewerkstelligen, dass eine Tätigkeit rationaler erfolgt und die Produktivität eines Aufgabenbereichs gesteigert werden kann, soweit man das reduzierte Leistungsvolumen mit degressiv weniger Personal erreicht. Wen wundert es, dass Aufgabenkritik regelmäßig darauf aus ist, Arbeitsplätze, lies: Beamte und Arbeitnehmer, einzusparen.

Für die hochgespannten Ziele der Aufgabenkritik bedarf es eines geeigneteren Instruments. Statt Aufgaben zu kritisieren, d.h. ihre Berechtigung bzw. Rechtfertigung zu prüfen und zu bewerten, gilt es Systemkritik zu üben. Das Verwaltungssystem ist zu hinterfragen. Wie können Verwaltungsstrukturen und Verwaltungshandeln zielführender („effektiver“), zweckmäßiger („effizienter“) und kostengün-

stiger („ökonomischer“ bzw. „wirtschaftlicher“) gestaltet werden, ohne rechts- und sozialstaatliche Prinzipien zu verletzen? Obwohl nicht ausdrücklich auf Aufgaben- oder Systemkritik Bezug genommen wird, finden in jüngerer Zeit gewisse Systemveränderungen statt, die via Gesetzgebung die Exekutive vom Aufgabenvollzug befreien oder ihr nur die Planung und Überwachung, nicht mehr die Durchführung zuweisen. Als Stichworte für diese systemumwälzenden Entwicklungen seien genannt: Beschleunigung des Verwaltungshandelns bei Planungsverfahren, Fusionen von Behörden und Gerichten zwischen benachbarten Ländern, Public Private Partnerships und freiwillige Mediationen anstelle gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten.

Bürokratiespirale

Damit soll der durch Bürokratie entstehende Vorgang bezeichnet werden, der weitere Bürokratie nach sich zieht, sich gewissermaßen windend zum Bürokratismus hochschraubt. Anders formuliert: Bürokratie gebiert vermehrte Bürokratie. Es beginnt mit der Vorbereitung von Gesetzen, wozu Abstimmungsprozesse zwischen Parteienpolitik, Abgeordnetenbüros und Ministerialverwaltung zählen, setzt sich durch Vorlagen von zunächst Referenten-, dann Ressort- und Kabinetttentwürfen fort und führt zu dem Zwischenergebnis der Gesetzesverabschiedung. Allzu detaillierte Gesetze mit unpräzisen Leerformeln schaffen Auslegungs- und Anwendungsprobleme, so dass parallel zur Gesetzgebung oder danach Verordnungen, Richtlinien, Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen und Erlasse benötigt werden, die die gesetzlichen Vorgaben immer differenzierter regeln.

Dennoch kommen vielfach Fehlinterpretationen und Falschabrechnungen zustande (wie sich derzeit bei Krankenhäusern zeigt). Sie erzwingen Prüfungen über bloße Stichproben hinaus (geschieht z.B. durch die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung) mit Stellungnahmen und Entgegnungen (etwa durch die Deutsche Krankenhausesellschaft mit Verweis auf die undurchschaubaren Gesundheitsregelwerke und die gängelnde Gesundheitsbürokratie). Dabei hat es gewöhnlich nicht sein Bewenden, sondern es schließen sich erneute Prüfungen und Beanstandungen, Nachzahlungen, künftig intensivere Kontrollen bis hin zu gerichtlichen Streitigkeiten an, denen zufolge wiederum rechtliche Anpassungen und Aufsichtsmaßnahmen ergriffen werden. Die Verwaltungskosten dieser Bürokratiespirale kennt niemand (und Ignoranz verlangt nicht nach Transparenz).

Gegen wachsende Bürokratie dieser Art helfen einfachere Gesetze. Gesetze sind einfach, wenn sie drei Kriterien genügen. Es müssen Ziel, Gegenstand und Zielgruppe operational festgelegt werden, das heißt die Zielerreichung muss nachprüfbar sein, das daraus resultierende Aufgabenspektrum bzw. der formale und zeitliche Rahmen des Tätigkeitsbereichs ist zu begrenzen und das Gesetz kann ohne Verweise auf andere Gesetze aus sich selbst heraus verstanden werden.

Folgekosten

Bei der ein- und zweijährigen Haushaltsplanung und nicht minder bei der mittelfristigen (meist fünfjährigen) Finanzplanung stellt sich unausweichlich die Frage nach den Folgekosten. Gemeint sind aus kameralistischer Warte die aus den Planungsansätzen erzwingener-

* Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. Peter Eichhorn ist Präsident der SRH Hochschule Berlin und Präsident des Bundesverbandes Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt am Main.

maßen herrührenden künftigen Ausgaben. Im betriebswirtschaftlichen alias kaufmännischen Rechnungswesen handelt es sich bei den Folgekosten um sowohl echte Kosten (z.B. Abschreibungen) als auch um automatisch anfallende Ausgaben (z.B. für Ersatzinvestitionen). Für staatliche und kommunale Verwaltungen sind drei Arten von sich überschneidenden „Folgekosten“ relevant: Erstens Folgeausgaben (im weiteren Sinn) des Gesetzesvollzugs, die man mittels einer Gesetzesfolgenabschätzung zu erfassen sucht, und Folgeausgaben (im engeren Sinn) aufgrund entweder zweitens investiver oder drittens konsumtiver Ausgaben.

Mit Hilfe der Gesetzesfolgenabschätzung will man die Mehrausgaben erfassen, die bei betroffenen Behörden vor dem beabsichtigten Inkrafttreten oder nach der Verabschiedung eines Gesetzes zu veranschlagen sind. Zum einen spricht man von prospektiver, zum anderen von begleitender Gesetzesfolgenabschätzung. Man kann ein aufgelöstes Gesetz auch einer retrospektiven Folgenabschätzung unterziehen, was aber eher selten vorkommt. Berechtigte Kritik rufen jene Schätzungen hervor, die bei Bundesgesetzen sich nur den „Folgekosten“ von Bundesbehörden widmen und die mit der Gesetzesdurchführung beauftragten Landes- und etwaigen Kommunalverwaltungen außer acht lassen. Die Vorblätter der Gesetzentwürfe legen dafür oft unter den Rubriken „Kosten: keine“ oder „Kosten: Im Bundeshaushalt fallen für x zusätzliche Planstellen Personalausgaben in Höhe von y an“ beredt falsches Zeugnis ab.

Auf einen Teilaspekt der Folgekosten kaprizieren sich Untersuchungen, die die Belastungen durch Investitionen und Personal messen. Im ersten Fall interessieren die für die Budgetierung maßgeblichen Mehrausgaben in den nächsten Jahren, seien sie durch Betrieb, Unterhaltung, Wartung, Verschleiß, Erneuerung, Erweiterungen usw. veranlasst. Im zweiten Fall will man wissen, mit welchen Personalausgaben samt personenbezogenen Sachausgaben man für die hinzukommenden Arbeitsplätze zu rechnen hat. Beidemale sind die Ansätze für die künftigen Mehrausgaben keineswegs nur sachlich determiniert. Je nach politischem Kräftefeld werden Folgekosten Pro und Contra diskutiert, also zu hoch oder zu niedrig ausgewiesen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht erweist sich die lediglich auf Ausgaben bezogene Argumentation als vordergründig und fehlerhaft, denn ein Großteil der echten Folgekosten wie Abschreibungen, Alternativkosten, nämlich die entgangenen Erlöse aus einer Kapitalanlage, und Beihilfen, andere Nebenkosten und künftige Pensionen bleiben häufig unbeachtet.

Funktionäre

Oftmals geringschätzig gebrauchte Bezeichnung für Vorstände, Geschäftsführer und Gremienmitglieder von Verbänden / Vereinen, Selbstverwaltungskörperschaften und Ministerien insbesondere im Gesundheits- und Sozialbereich. Funktionären wird nachgesagt, dass sie – einerlei, ob sie einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Institution angehören – sich als Fachbruderschaften gerieren, Bürokratien repräsentieren, machtvoll und nicht frei von Lobbyismus agieren und häufig hoch dotiert sind. Sie müssen sich zwar vereins- oder körperschaftsrechtlichen Mitgliederversammlungen oder bei gesetzlichen Krankenkassen und Rentenversicherern Sozialwahlen stellen, unterliegen gegebenenfalls auch einer Rechtsaufsicht, verfügen aber gewöhnlich über beträchtliche inhaltliche, finanzielle und operative Entscheidungsspielräume. Die Trägerorganisationen und Aufsichtsorgane, soweit ehrenamtlich besetzt, sind den fachlich versierten Funktionären oft nur begrenzt gewachsen. Für viele Funktionäre spricht eine hohe Professionalität. Sie zeigt sich an der

ergiebigem Interessendurchsetzung bei der Gesetzgebung und in der eigenständigen Rechtsanwendung.

Aus der Vielzahl der möglichen Beispiele für Funktionärstätigkeit – man denke nur an Kassenärztliche und Kassenzahnärztliche Landes- und Bundesvereinigungen, Landesärzte- und Kassenzahnärztekammern und die jeweilige Bundeskammer, an hunderte Krankenkassen, an Unfallversicherungsträger usw. – sei ein Gremium exemplarisch genannt, dessen Mitglieder gesetzlich zugewiesene Funktionen wahrnehmen: der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA). Er ist das oberste Beschlussorgan in der Gesundheitsselfverwaltung. Er regelt durch für Ärzte und Kassen verbindliche Richtlinien nahezu den gesamten Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen. Die Entscheidungen des GBA sind weit reichend. Sie greifen in die ärztliche Therapiefreiheit und in die Rechte der Versicherten ein, wie überhaupt die 13 Mitglieder das Gesundheitswesen in Deutschland stark zu beeinflussen vermögen (z.B. durch Vorenthaltung von Vorseorgetests oder durch Bedingungen für Arzneimittel).

Gesundheitsregion

Wie andere Systeme besteht das Gesundheitssystem in einem Staat aus Elementen, die miteinander in Beziehung stehen. Das Gesundheitssystem in Deutschland ist wie in den meisten anderen Ländern äußerst komplex. Den Nachfragern nach Gesundheitsleistungen, praktisch alle Menschen und insbesondere Kranke, stehen die Leistungsanbieter wie Arztpraxen, Krankenhäuser, Pflegedienste und Pflegeheime, aber auch Apotheken, Labors, Therapieinstitute, Hebammenschulen und andere Aus- und Weiterbildungsstätten usw. gegenüber. Elementen des Systems bilden ebenso die ungezählten Betriebe und Verbände der Universitätsmedizin, Pharmaindustrie, privaten Krankenversicherung und gesetzlichen Sozialversicherung, nicht zuletzt die Gesundheitsbehörden sowie alle jene öffentlichen und privaten Institutionen samt Beiräten, Kommissionen und Sachverständigen, die mit Gesundheit, Ernährung, Sport und Umwelt zu tun haben.

Politik, Staat, Verwaltungen und Vereinigungen (z.B.: für Kassenärzte) nehmen einen Versorgungsauftrag wahr, regulieren das System, reglementieren dessen Bestandteile und erhoffen sich insgesamt eine individuell, medizinisch, technisch, sozial und wirtschaftlich erfolgreiche Gesundheitsversorgung. Zur Förderung des Systems setzt man neuerdings zunehmend auf räumliche Aspekte durch Bildung von Gesundheitsregionen. Im positiven Sinn verfügen sie über eine große Zahl an Akteuren und Netzwerken, integrierte Versorgung, innovative Entwicklungen und intensiven Wettbewerb. Möglichkeiten der Verbesserung werden in ergiebigeren Kooperationen und Vernetzungen, instruktiven Evaluationen, Wissensmanagement, Dokumentation und Kommunikation (IT-mäßig und benutzerfreundlich) gesehen. Neben prosperierenden Gesundheitsregionen sowohl in Metropolen als auch im ländlichen Raum stößt man auf Regionen in einzelnen Flächenstaaten, die unterdurchschnittliche Gesundheitskapazitäten und -leistungen aufweisen. Die medizinische Unterversorgung hat mehrere Ursachen, unter anderem unattraktive Kommunen, wohnortferne Versorgungseinrichtungen, geringe Zahl an Bewohnern und Arbeitskräften, niedrige Einkommen und damit schwache Kaufkraft, fehlendes Fachpersonal und Startkapital, wenig Zukunftsperspektiven. Hier sind Inkubatoren nötig, die die Gründung von Praxen, Versorgungszentren und anderen medizinischen Einrichtungen fördern (durch Beratung, Anreize, Genehmigungen, Verträge, Standorthilfen) oder neu errichtete Betriebe fachlich (z.B. an Hand von Qualitätsindikatoren) und finanziell (z.B. mittels zinsgünstiger Kredite) begleiten.

Gemeinsames Präventionsprojekt von Kommune und Fachhochschule

– eine erfolgreiche Forschungsarbeit in Hessen –

In Zeiten knapper kommunaler Ressourcen müssen nicht selten wünschenswerte oder gar erforderliche Projekte zurücktreten. Dieser Artikel soll ein Beispiel dafür liefern, wie ein kommunales Ziel effektiv und effizient erreicht werden kann – durch Auftragsvergabe in den hochschulischen Bereich. Die interdisziplinäre Arbeit zwischen Kommune, Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung (HfPV) ermöglicht Synergieeffekte, macht das Vorgehen der Kooperationspartner transparent und baut Berührungspunkte ab. Die nachfolgenden Inhalte eignen sich für eine Betrachtung im Sinne eines Benchmarkings und sind zur Nachahmung empfohlen.

1. Die Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung (HfPV)

Die HfPV teilt sich auf in die beiden Fachbereiche Verwaltung und Polizei, die gemeinsam an den Standorten Wiesbaden, Gießen, Kassel und Mühlheim/Main betrieben werden. Nach dem Fachbereich Verwaltung hat zum Beginn des Wintersemesters 2010/11 auch der Fachbereich Polizei den Bachelorstudiengang eingeführt; für beide Fachbereiche wird auch der Masterstudiengang angeboten¹. Normalerweise arbeiten Dozenten² des Fachbereichs Polizei nicht im Verwaltungszweig und umgekehrt.

2. Die Hintergründe des Projektes

Die Stadt Mühlheim liegt im Kreis Offenbach am Main und setzt sich aus drei Stadtteilen (Mühlheim, Dietesheim und Lämmerspiel) zusammen. Zwischen den Städten Offenbach und Hanau gelegen verfügt sie über rund 26.700 Einwohner, davon sind 13,2 % (3.518) Kinder, 4,0 % (1.064) Jugendliche, 3,2 % (863) Heranwachsende und 79,6 % (21.263) Erwachsene. Der nichtdeutsche Anteil liegt bei 12,3 % (3.281), knapp 1.000 Erwerbslose sind registriert. Mit einer Kriminalitätshäufigkeitsziffer³ von rund 5.500 ist in dieser Gemeinde kein Anlass zur Sorge gegeben.

Dennoch ruht sich die Kommune nicht auf ihren Lorbeeren aus: der kommunale Präventionsrat hat sich eine Reihe von Arbeitskreisen gegeben, aus der der „AK Konfliktmanagement bei Kindern und Jugendlichen“ als für das Projekt relevant hervorgehoben werden soll.

Dieser Arbeitskreis, in dem Privatpersonen und Vertreter der Kommune wirken, hat sich die Förderung von Kindern und Jugendlichen in ihrer Persönlichkeitsentwicklung zur Aufgabe gemacht, abweichendes oder gar kriminelles Verhalten soll vermieden, die kriminogenen⁴ Faktoren sollen minimiert werden.

Im September 2009 trat die Frauenbeauftragte der Kommune und Angehörige des genannten Arbeitskreises an die HfPV heran mit dem Anliegen, Grunddaten über die Situation von Kindern und Jugendlichen in Mühlheim zu erheben. Ziel sollte sein, diese Daten in einem zweiten Schritt den bereits ergriffenen Präventionsmaßnahmen gegenüber zu stellen und erforderlichenfalls Hinweise auf eine Optimierung der zukünftigen Präventionsarbeit zu erhalten. Als Dozent für Kriminologie⁵ interessierte mich dieses Ansinnen; in Absprache mit meinen Kollegen bot ich daher kurz darauf das Thema als Projektarbeit für Studierende des Fachbereichs Verwaltung an, wo im Rahmen des Masterstudienganges (3. Semester) eine Projektarbeit geleistet werden muss. Das Thema des Projektes lautete „Analyse der Lage und möglicher Devianz / Delinquenz⁶ von Kindern und Jugendlichen in der Stadt Mühlheim am Main“ und wurde von den Studierenden angesichts der sonst üblichen (verwaltungsspezifischen) Themen zunächst mit Skepsis betrachtet. Dennoch konnte ich schlussendlich eine Gruppe von neun hochgradig interessierten Studierenden gewinnen, die sich diesem Sujet mit Neugier näherten – obschon sie beruflich bislang kaum Berührungspunkte mit dieser Materie hatten⁷.

In der Zwischenzeit war auch das Vorhaben bei der Kommune selbst initiiert worden: Ein Leitprojktantrag wurde formuliert und genehmigt, das Projektteam aus den Mitwirkenden des AK Konfliktmanagement rekrutiert, die Projektbeschreibung, die Projektlaufrzeit und -risiken fixiert.

Sowohl dieser Antrag als auch der schon genannte Projektantrag der HfPV formulierte eindeutig, dass in einem ersten Schritt Basisinformationen gewonnen werden müssen (Inhalt des vorliegenden Projektes), in einem weiteren Schritt müssen diese Informationen mit den kommunalen Präventionsmaßnahmen abgeglichen und in einem dritten Schritt Verbesserungsvorschläge erarbeitet werden. Insofern muss das von mir betreute Projekt als Teil, als Grundlage eines Gesamtkonzeptes verstanden werden.

* Manfred Bauer ist Kriminalbeamter der Hessischen Polizei und unterrichtet seit 2007 an der Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung (HfPV) Wiesbaden, Abteilung Mühlheim/Main, Fachbereich Polizei die Fächer Kriminalistik und Kriminologie

1 Für die Polizei wird der Masterstudiengang im ersten Studienjahr in einer Ländergemeinschaft Hessen / Rheinland Pfalz / Saarland angeboten, das zweite Studienjahr findet bundeseinheitlich an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster-Hiltrup (NRW) statt.
2 Der besseren Lesbarkeit halber verwende ich im Artikel nur die männliche Form (Dozent, Ansprechpartner usw.); dies soll aber keine Diskriminierung darstellen! Die Leserinnen mögen sich jeweils mit angesprochen fühlen!
3 Bei dieser statistischen Angabe wird die Anzahl der registrierten Straftaten auf 100.000 Einwohner umgerechnet, um das Phänomen der Kriminalität für verschieden große Kommunen vergleichbar machen zu können.

4 D.h. kriminalitätsfördernden

5 Kriminologie ist die Lehre vom Entstehen und der Phänomenologie des Verbrechens, sie beschäftigt sich auch mit der Frage, unter welchen Bedingungen ein Mensch zum Täter, aber auch zum Opfer werden kann. Kriminalistik hingegen vermittelt das Handwerkszeug zur Verbrechensbekämpfung (Spurenkunde, Vernehmungslern usw.)

6 Devianz (aus dem lateinischen: von der Straße, vom Weg) beschreibt abweichendes, aber noch nicht notwendig strafbares Verhalten; die Delinquenz (aus dem lateinischen: sich vergehen) ist dann der Schritt in die Strafbarkeit, in das von Normen sanktionierte Verhalten.

7 Nur ein Studierender kam aus der Polizei, die anderen aus der Leistungsverwaltung, der Oberfinanzdirektion, der Bundesfinanzverwaltung, dem Hessischen Competence Center HCC (IT-Verwaltung), dem universitären Bereich usw.

Der Bürgermeister von Mühlheim selbst, Hr. Müller, machte sich das Projekt zu Eigen – ein nicht unwesentlicher Faktor für die Akzeptanz (bei eingebundenen Präventionsträgern) und für die Öffentlichkeitsarbeit.

3. Projektstart / Grundlagen

Bedingt durch die kurze Laufzeit des Projektes⁸ musste die Gruppe gleich in medias res gehen. Es zeigte sich von Anfang an, dass eine Arbeit im Sinne der Auftrag gebenden Kommune nicht ohne kriminologische Grundkenntnisse möglich sein würde. So wurde die Projektgruppe von mir zu einem Kriminologie-Crashkurs verpflichtet, in dem ich insbesondere die Grundsätze der Kriminalitätstheorien verdeutlichte: Aussagen zur Ursachenforschung⁹ über die Entstehung von Kriminalität. Hier ist nur ein kurzes Anreißen möglich:

3.1 Biologische / anthropologische Ansätze

Das Verbrechen sei genetisch, chromosomal bedingt, es sei angeboren oder entwickle sich durch – auch per Unfall erlittene – Defekte. In den Anfängen dieser Theorien versuchten die Forscher (Césaire Lombroso und andere), charakteristische körperliche Merkmale bestimmten Verbrechensformen zuzuordnen. Heute von untergeordneter Bedeutung; allerdings lassen sich Zusammenhänge zwischen z.B. Hirndeformationen und abweichendem Verhalten nicht abstreiten.

3.2 Psychologische Ansätze

Tiefenpsychologische und psychoanalytische Erklärungsversuche zur Kriminalität, Analyse von Psychosen und Neurosen, von Trieb- und Reifestörungen. Dieser Ansatz kann zur Erklärung mancher Kriminalitätsformen herangezogen werden, insbesondere wenn es sich um triebgesteuerte Delikte handelt – sicherlich aber keine Theorie für die gesamte Kriminalität.

3.3 Sozialpsychologische Ansätze

Hier fusionieren psychologische Ansätze mit soziologischen Erkenntnissen: wie lernen wir und inwieweit ist das Erlernte von unserer Umwelt abhängig? In diesem Zusammenhang findet sich auch die teilweise provokante Theorie¹⁰, dass durch staatliche Vorgaben Kriminalität erheblich gefördert wird (Nichtförderung, Kontrollmaßnahmen, unterschiedliche Rechtsfolgen bei verschiedenen Personen).

3.4 Soziologische Ansätze

Entwicklungen zur oder weg von Kriminalität finden unabhängig von persönlichen Prädispositionen statt und sind alleine in der (gesellschaftlichen) Umwelt begründet.

3.5 Fazit hierzu

Es gibt kaum Theorien, die vollends verworfen werden können; vielmehr ist man inzwischen zu der Auffassung gelangt, dass je nach Kriminalitätsform und –karriere verschiedene Faktoren in veränderlichen Anteilen auf den Menschen einwirken¹¹.

⁸ Das vierte Semester begann schon im darauffolgenden Frühjahr!

⁹ „Ätiologie“

¹⁰ „Labeling Approach“

¹¹ Daneben spielen noch andere Einflussfaktoren eine Rolle; man spricht vom „multifaktoriellen Ansatz“.

3.6 Die Stadt Mühlheim am Main

Zu den erforderlichen Grundlagen gehörte auch das Kennenlernen der Kommune, wozu die Heranziehung entsprechender Daten, aber auch Ortsbegehungen und Kontaktaufnahmen dienten.

4. Die Projektarbeit

4.1 Die Projektgruppe

Die heterogene Zusammensetzung der Gruppe wurde bereits weiter oben angesprochen. Gemeinsam war es den Gruppenmitgliedern – bis auf den Polizeibeamten – lediglich, dass sie bisher so gut wie keine Berührungspunkte mit Kriminologie und/oder mit den Erfordernissen kommunaler Prävention hatten.

Darüber hinaus muss herausgestellt werden, dass der Masterstudien-gang des Fachbereiches Verwaltung quasi „nebenher“ erledigt wird: Die Studierenden gehen täglich ihrer Arbeit nach und widmen sich ihrem Studium nach Feierabend und am Wochenende. Zur gemeinsamen Arbeit und zu Vorlesungen reisen die Studierenden teilweise aus rund 100 km Entfernung an und treffen sich freitags nach Feierabend am HfPV-Standort Wiesbaden – wenn nötig bis in die späten Abendstunden.

Aus dieser Schilderung wird deutlich, dass die Projektgruppe nur von hoher Motivation getragen agieren kann; diesem Umstand und dem damit erarbeiteten, noch zu beschreibenden Ergebnis zolle ich Respekt!

4.2 „Kick-off“

Mit Unterstützung der Kommune wurde im Herbst 2009 im Sitzungssaal des Rathauses Mühlheim eine öffentlichkeitswirksame „Kick-off-Veranstaltung“ durchgeführt, zu der neben der Presse auch viele Vertreter der Präventionseinrichtungen erschienen waren. Durch den Projektleiter¹² und durch mich als Projektbetreuer wurde das Vorhaben geschildert und für Mitarbeit geworben. Außer einer wohlwollenden Presseberichterstattung konnte bei den Anwesenden Interesse für die Projektarbeit gewonnen werden.

4.3 Die Projektstruktur

Nach meiner Beratung gab sich die Projektgruppe einen Projektstrukturplan, in dem auch die Meilensteine bis zur Präsentation im März 2010 festgelegt wurden.

Zunächst wurden arbeitsteilig Informationen erhoben, angefangen von kriminologischen Erkenntnissen, über Sozialdaten der Kommune und Erreichbarkeit von Ansprechpartnern bis hin zur Entscheidung für die Arbeitstechnik¹³ und zur Auswahl der Auswertungstools¹⁴.

Der Aufbau der schriftlichen Projektarbeit wurde folgendermaßen fixiert:

- Inhaltsverzeichnis
- Gegenstand der Untersuchung (Darstellung des Projektauftrages auf Basis der Projektskizze, einleitende Erläuterung von Begrifflichkeiten wie Devianz / Delinquenz usw.)
- Vorgehensweise (Methodik, Aufbau des Projektes)
- Die Stadt Mühlheim (Zahlen und Fakten einschließlich der auf die Stadt herunter gebrochenen polizeilichen Kriminalstatistik)
- Ausführungen zur Umfragetechnik

¹² Aus der Gruppe der Studierenden bestimmt.

¹³ Entscheidung für Aktenstudium, Interview und Fragebögen.

¹⁴ In diesem Fall GrafStat.

- Methodik
- Aufbau des Fragebogens (warum werden welche Fragen gestellt)
- Ansprechpartner (wer wird warum gefragt)
- Durchführung der Befragung (getrennt nach Stadtteilen)
 - bei Ämtern und Behörden einschließlich Polizei
 - bei Vereinen
 - in Schulen und Jugendzentren
 - bei Jugendlichen
- Auswertung der Ergebnisse
- Darstellung der Ist-Situation von Kindern und Jugendlichen in Mühlheim
- Fazit
- Anhang

Die für März 2010 geplante Präsentation des Ergebnisses würde sich ebenfalls an diesem Aufbau orientieren.

An mehreren Terminen der Projektgruppe nahm ich in meiner Eigenschaft als Projektbetreuer selbst teil, um Fragen zu beantworten, Hinweise zu geben und nicht zuletzt: um Aufträge „mitzunehmen“. In erster Linie handelte es sich hierbei um die Funktion eines „Door-openers“, der Verbindungen herstellte z.B. zu kommunalen, schulischen oder auch polizeilichen Einrichtungen. Hierfür bedurfte es einer gewissen Repräsentationsfähigkeit, die sich aus meiner Funktion als Dozent an der HfPV ergab.

4.4 Durchführung des Projektes

Die Gruppe machte sich engagiert ans Werk. Arbeitsteilig wurden Informationen über die (Sozial)Struktur der Stadt Mühlheim am Main beigezogen, Backgroundinformationen über das Wesen der Prävention, der Kriminalitätsentstehung und auch – als ultima ratio – der Repression erhoben sowie methodische Fragen geklärt. Seitens der Projektgruppe wurden Vorstellungen erarbeitet, welche Institutionen, Personengruppen oder einzelne Ansprechpartner mit welchen Fragen konfrontiert werden sollten, entsprechende Fragebögen oder Interviewleitfäden wurden erarbeitet.

Konsequent arbeiteten die Studierenden das Ziel heraus, dass sich kurz folgendermaßen umschreiben lässt:

- Wo halten sich Kinder und Jugendliche außerhalb der Verpflichtungen (Schule, Ausbildung) auf?
- Kennt und nutzt die Zielgruppe kommunale Angebote oder Angebote sonstiger Träger der Prävention?
- Werden diese Angebote wahrgenommen, wenn nein: warum nicht?
- Was würden sich Kinder und Jugendliche an entsprechenden Angeboten wünschen?
- Gibt es angesichts der bei den Kindern und Jugendlichen gewonnenen Erkenntnisse signifikante Unterschiede, die sich ergeben aus den Faktoren
 - Alter
 - Geschlecht
 - Nationalität
 - Wohnstadtteil?
- Welche Erfahrungen haben die kommunalen und freien Träger der Prävention mit der genannten Zielgruppe gemacht?
- Wie würden diese Einrichtungen ihre Probleme mit devianten Kindern und Jugendlichen beschreiben?

Es lässt sich deutlich ablesen, dass das Ergebnis der Projektarbeit das Sprungbrett für weitere Analysen und Arbeiten sein sollte: Zum

einen die Frage, wie die Träger der Präventionsarbeit in Mühlheim aufgestellt sind, zum anderen, ob dies zielgruppen- und problemadäquat ist, und schließlich als Synthese: welche Verbesserungsbedarfe erkennbar werden und wie diese angegangen werden können.

Die Kommune arbeitete bei entsprechenden Bedürfnissen der Gruppe mit Engagement mit, so half z.B. ein Verwaltungsbeamter mit großer Sachkenntnis, angesichts eines Angebotes von weit über 100 Vereinen diejenigen als Ansprechpartner herauszufiltern, die signifikante Jugendarbeit betreiben. Ebenso wurden die Schulen und die Jugendeinrichtungen ermutigt, die Projektgruppe bei Bedarf mit Daten und Fakten zu bestücken.

Zum Jahreswechsel lagen neben den schon längst erhobenen Strukturdaten erste Interviewergebnisse vor, die Fragebögen waren verschickt, erste Rückläufe zu verzeichnen, die Ergebnisse wurden recherchierfähig aufbereitet und in eine Datenbank eingespeist¹⁵. Erste (so viel sei vorweggenommen: positive) Tendenzen waren erkennbar.

Parallel dazu wurde für den 26.3.2010 die Präsentation des Projektergebnisses – wiederum im Sitzungssaal des Rathauses – vorbereitet. Eingeladen wurden Presse, freie und kommunale Träger der Prävention, Vertreter des zuständigen Polizeipräsidiums Südosthessen sowie der HfPV Wiesbaden und weitere Interessierte.

5. Abschluss und Präsentation

Am 26.03.2010 fand das Projekt seinen offiziellen Abschluss in einem würdigen Rahmen. Die meisten der eingeladenen Repräsentanten folgten dem Ruf ins Mühlheimer Rathaus, die An- und Abmoderation wurde vom Bürgermeister übernommen, der Projektrahmen von mir, der Projektverlauf und das Ergebnis vom Projektleiter mit entsprechender Powerpointpräsentation vorgestellt, ein Handout mit den kompletten Resultaten der Projektarbeit verteilt.

Hier ist nicht der Raum, auf die einzelnen Erkenntnisse des Projektes einzugehen¹⁶. Cursorisch lässt sich aussagen, dass signifikante Informationen gewonnen und der Kommune zur Verfügung gestellt werden konnten, die sich um statistische Daten wie auch um das Freizeitverhalten der Kinder und Jugendlichen unter verschiedenen (Alters-, Geschlechts- und weiteren) Aspekten ranken; die Andockstellen zwischen Anbietern und Nutzern der Präventionsarbeit konnten ebenso dargelegt werden wie die ins Leere laufenden Angebote.

Dabei ist deutlich zu sagen, dass die Ergebnisse auf repräsentativen Zahlen beruhen, daher valide und für die Kommune nutzbar im Sinne weiterer Maßnahmen sind.

6. Fazit

Aus meiner Sicht stellt diese Projektarbeit für alle Beteiligten eine klassische Win-Win-Situation dar. Gestatten Sie mir einen Blick auf die Nutznießer!

- Die Kommune konnte wertvolle Erkenntnisse gewinnen, die mit den wissenschaftlich fundierten Hilfsmitteln der Projektarbeit generiert wurden. Das Ergebnis stellt eine valide Basis für die weiteren Arbeiten am Präventionskonzept der Stadt Mühlheim am Main dar.
- Im Gegensatz zu einer Auftragsvergabe an einen freien Träger (Beratungsunternehmen) konnte die Kommune viel Geld einsparen; salopp formuliert beschränkten sich die Kosten auf die

¹⁵ Siehe Fußnote 14.

¹⁶ Bei Interesse kann das komplette Projektergebnis über mich angefordert werden.

von den Studierenden geltend gemachten Reisekosten und auf ein paar Häppchen, Erfrischungsgetränke und Kaffee anlässlich der Präsentation.

- Das Engagement der Kommune auf dem angesprochenen Sektor bietet nicht nur einen Informationsgewinn, sondern bewirkte auch ein positives Presseecho.
- Die in verschiedenen Bereichen der Verwaltung eingesetzten Studierenden haben einen erheblichen Informationszuwachs über Kriminalitätentstehung und –vermeidung zu verzeichnen, der sich im Einzelfall positiv auf ihr Berufsleben auswirken wird.
- Die HfPV konnte ebenfalls öffentlichkeitswirksam belegen, dass sie nicht nur ein Hort grauer Theorie ist, sondern darüber hinaus praxisbezogene Inhalte anbietet und diese sogar mit außerhochschulischen Institutionen verlinkt.
- Die Stadt Mühlheim und die an diesem Standort angesiedelte HfPV sind sich näher gekommen und haben ihre Schnittmenge

deutlich erweitert gegenüber einer auf die geographische Lage reduzierte Sichtweise.

In einer abschließenden Betrachtung möchte ich deutlich machen, dass dieses unkonventionelle Beispiel eines kommunalspezifischen Projektes nur Vor- und keine Nachteile bietet; ich kann es nur zur Nachahmung empfehlen. Natürlich steht und fällt eine solche Arbeit mit dem Engagement der beteiligten Personen, angefangen von den kommunalen Vertretern über die befragten Personen und Institutionen, über die Verwaltung der HfPV bis hin zu den eifrigen Studierenden. Insbesondere die letztgenannten – das sei als kleine Randnotiz angefügt – erzielten zwar Bestnoten, sie stehen jedoch vor der ernüchternden Erkenntnis, dass diese Note in der Wertigkeit im Gesamtergebnis des Masterstudienganges nur eine untergeordnete Bedeutung hat und (offen gesagt) in bedenklicher Relation zu den Bemühungen steht.

Fallbearbeitung

Yvonne Dorf*

Der Bildungskredit in der Bundesverwaltung

– Fallbearbeitung im Allgemeinen und Besonderem Verwaltungsrecht –

Bereits seit dem Jahr 2001 bietet die Bundesregierung Schülern und Studierenden in fortgeschrittenen Ausbildungsphasen die Möglichkeit, einen zinsgünstigen Kredit nach Maßgabe der Förderbestimmungen (FB) des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) in Anspruch zu nehmen.¹ Mit Wirkung zum 1. April 2009 gelten die neuen, verbesserten Förderbestimmungen des Bildungskreditprogramms. Ziel des Bildungskredits ist die Sicherung und Beschleunigung der Ausbildung oder, bei den nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) Geförderten, die Finanzierung von außergewöhnlichem, nicht durch das BAföG erfasstem Aufwand (§ 1 FB). Die Förderung erfolgt unabhängig vom Vermögen und Einkommen des Antragstellers oder seiner Eltern. Innerhalb eines Ausbildungsabschnitts können bis zu 7.200 Euro bewilligt werden.² Im Mittelpunkt der vorliegenden Klausurbearbeitung steht die Prüfung eines Verpflichtungswiderspruchs, gerichtet auf Bewilligung des Bildungskredits. Neben formellen Fragen (u.a. Zweistufentheorie, Abgrenzung des Anfechtungs- vom Verpflichtungswiderspruch, Fristenproblematik) und der Frage nach einem Anspruch auf den Bildungskredit greift die Fallbearbeitung auch Fragen der Rückabwicklung auf.

Sachverhalt

Mit Wirkung zum 1. April 2009 hat das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) die Förderbestimmungen (FB)

für verzinsliche Bildungskredite überarbeitet. Seit Einführung des Bildungskreditprogramms im Jahr 2001 konnten bereits mehr als 120.000 Schüler/innen und Studenten/innen in fortgeschrittenen Ausbildungsphasen mit Bildungskrediten unterstützt werden. Mit den neuen Förderbestimmungen haben Schüler/innen und Studenten/innen in fortgeschrittenen Ausbildungsphasen nunmehr eine noch bessere Möglichkeit, einen einfachen, zinsgünstigen und den individuellen Bedürfnissen flexibel anpassbaren Kredit zu erhalten. Der Kreditvertrag ist als privatrechtlicher Kreditvertrag mit der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) zu schließen.

Die an der deutschen Hochschule H studierende S, die bereits die Zwischenprüfung ihres Studiengangs bestanden hat und den Studiengang auch fortsetzt, erfährt über ihre Kommilitoninnen und Kommilitonen vom Bildungskreditprogramm. Daraufhin stellt sie beim Bundesverwaltungsamt (BVA) unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen per Internet einen Antrag auf Bewilligung eines Bildungskredits. Dabei gibt S auch den Umfang des gewünschten Kredits an, den sie so schnell als möglich mit der KfW abschließen möchte. S hat ihren ständigen Wohnsitz in Deutschland und ist gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Bundesausbildungsförderungsgesetzes (BAföG) als Deutsche auch ausbildungsförderungsberechtigt.

Anders als erwartet erhält S jedoch wenige Wochen nach Antragstellung einen Bescheid vom BVA, mit dem ihr Antrag auf Bewilligung eines Bildungskredits abgelehnt wird. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass S, wie das Amt erfahren habe, bereits Leistungen nach dem BAföG erhalte und es in Zeiten der Wirtschaftskrise nicht vertretbar sei, eine Person über zwei Förderungszweige zu unterstützen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Eltern der S über ein ordentliches Einkommen verfügen und somit ihrer Tochter finanziell unter die Arme greifen könnten. Schließlich sei auch der von S

* Professor Dr. Yvonne Dorf ist Hochschullehrerin an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung.

1 Vgl. www.bva.bund.de unter Aufgaben/Bildungskredit mit einem Link auf die Förderbestimmungen des BMBF.

2 Innerhalb eines Ausbildungsabschnitts können so bis zu 24 Monatsraten in Höhe von 100, 200 oder 300 Euro bewilligt werden. Auf Antrag kann auch eine geringere Anzahl von Monatsraten bewilligt werden. Ebenso ist es möglich, sich einen Teil der Fördersumme als Abschlag im Voraus auszahlen zu lassen (§ 3 Abs. 1 FB).

erreichte Notendurchschnitt in der Zwischenprüfung nur befriedigend, was ebenfalls zu der ablehnenden Entscheidung führe. S hält den Bescheid des BVA, der am 22. Dezember 2010 per einfachem Brief zur Post aufgegeben und mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde, für rechtswidrig und legt dagegen schriftlich Widerspruch beim BVA ein. Das Widerspruchsschreiben verfasst S am 22. Januar 2011; es geht am 25. Januar 2011 beim BVA ein. S beantragt mit ihrem Widerspruch die „Aufhebung des ablehnenden Bescheids“. Zur Begründung macht sie geltend, dass sie trotz der Regelung des § 2 Abs. 4 FB einen Anspruch auf einen positiven Bewilligungsbescheid habe. So hätten all ihre Kommilitoninnen und Kommilitonen, die ebenfalls wie sie die Zwischenprüfung erfolgreich – wenngleich mit einem viel schlechteren Notendurchschnitt – bestanden haben, einen positiven Bewilligungsbescheid verbunden mit einem entsprechenden Kreditvertragsangebot erhalten. Auch könne es nicht auf das Einkommen ihrer Eltern ankommen – weder würden hierzu die FB etwas sagen noch sei, was zutrifft, das Einkommen oder Vermögen von Eltern bei den bisher erlassenen positiven Bewilligungsbescheiden des BVA berücksichtigt worden. Zwar sei es richtig, dass sie bereits BAföG-Bezieherin sei; doch sei das Besondere des Bildungskredits gerade die Tatsache, dass er mit anderen Finanzierungsangeboten wie dem BAföG kombinierbar sei.

Begutachten Sie, ob der Widerspruch der S Aussicht auf Erfolg hat. Es ist auf sämtliche im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen, ggfs. in einem Hilfstgutachten, einzugehen.

Abwandlung

Gehen Sie davon aus, dass S einen positiven Bewilligungsbescheid vom BVA erhalten hat. Zufällig erfährt das BVA noch während der Auszahlungsphase, dass S bei Antragstellung, anders als von ihr angegeben, bereits 38 Jahre alt war. Die im BVA zuständige Sachbearbeiterin fragt sich, ob und nach welchen Vorschriften sie den Bewilligungsbescheid nunmehr aufheben kann. Gleichzeitig überlegt sie, ob für die Rückforderung des Darlehens § 49a VwVfG einschlägig sei, oder ob, da die Geldleistung auf Grundlage eines privatrechtlichen Kreditvertrags zwischen der S und der KfW beruht, möglicherweise das Rückzahlungsbegehren auf dem ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden müsse.

Nehmen Sie zu den aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung. Förderbestimmungen (FB)

Die Förderbestimmungen gelten ab dem 01.04.2009

§ 1 Zweck der Förderung

Zur Unterstützung von Auszubildenden in fortgeschrittenen Ausbildungsphasen werden nach Maßgabe dieses Programms verzinssliche Bildungskredite gewährt. Die Kredite dienen bei nicht nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) geförderten Auszubildenden der Sicherung und Beschleunigung der Ausbildung, bei geförderten Auszubildenden der Finanzierung von außergewöhnlichem, nicht durch das Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) erfasstem Aufwand.

§ 2 Berechtigte

(1) Bildungskredite können erhalten

1. volljährige Schüler/innen, die bereits über einen berufsqualifizierenden Abschluss verfügen oder diesen mit dem erfolgreichen Abschluss ihrer gegenwärtigen schulischen Ausbildung erlangen werden, im vorletzten und letzten Jahr dieser Ausbildung,

2. Studierende, die

- die Zwischenprüfung ihres Studiengangs bestanden haben, für die Fortsetzung dieses Studiengangs,
- eine schriftliche Erklärung der Ausbildungsstätte vorlegen, aus der hervorgeht, dass in dem Studiengang eine Zwischenprüfung nicht vorgesehen ist und die/der Studierende die üblichen Leistungen mindestens der ersten beiden Ausbildungsjahre erbracht hat, für die Fortsetzung dieses Studiengangs; bei Studierenden in Bachelorstudiengängen reicht eine Erklärung der Ausbildungsstätte, aus der hervorgeht, dass in dem Studiengang eine Vorprüfung nicht vorgesehen ist und die/der Studierende die üblichen Leistungen des ersten Ausbildungsjahrs erbracht hat,
- den ersten Teil eines Konsekutiv-Studiengangs erfolgreich abgeschlossen haben, für die Fortsetzung dieses Studiengangs, oder
- bereits über einen Abschluss in einem grundständigen Studiengang verfügen, für einen postgradualen Studiengang, z. B. Masterstudiengang.

Voraussetzung ist, dass eine inländische Ausbildungsstätte nach § 2 Abs. 1 bis 3 BAföG in seiner jeweils geltenden Fassung besucht wird oder der Besuch der ausländischen Ausbildungsstätte dem Besuch einer inländischen Ausbildungsstätte gleichwertig ist.

- (2) Antragsberechtigt ist, wer seinen ständigen Wohnsitz im Inland hat und die Voraussetzungen nach § 8 BAföG in der jeweils gültigen Fassung erfüllt. Antragsberechtigt ist zudem, wer seinen ständigen Wohnsitz im Ausland hat, aber die besonderen Voraussetzungen des § 6 BAföG in der jeweils gültigen Fassung erfüllt.
- (3) Die Gewährung eines Bildungskredits ist auch während der Teilnahme an einem in- oder ausländischen Praktikum möglich, das im Zusammenhang mit dem Besuch einer der genannten Ausbildungsstätten durchgeführt wird.
- (4) Ein Rechtsanspruch auf Gewährung des Bildungskredits besteht nicht. Reicht die vom Bundesministerium für Bildung und Forschung jeweils festgelegte Jahressumme der auszureichenden Kredite nicht aus, um alle begründeten Anträge zu berücksichtigen, entscheidet das Datum des Antragseingangs beim Bundesverwaltungsamt.

§ 3 Vergabekonditionen

- (1) Der Bildungskredit wird monatlich im Voraus in gleich bleibenden Raten ausgezahlt. Beantragt werden können ab 01.04.2009 monatliche Raten von 100 Euro, 200 Euro oder 300 Euro. Innerhalb eines Ausbildungsabschnitts können bis zu 24 Monatsraten, also bis zu 7.200 Euro bewilligt werden. Die Zahl der Monatsraten kann auf Antrag auf eine geringere Anzahl beschränkt werden, wobei die Kreditsumme mindestens 1.000 Euro betragen muss. In diesem Fall kann später, bis zur Höhe von insgesamt 24 Raten, ein weiterer Bildungskredit beantragt werden. In mehr als zwei Teile kann der Gesamtkredit nicht geteilt werden. Soweit insgesamt die Grenze von 24 Raten und 7.200 Euro nicht überschritten wird, kann, ggf. neben dem monatlich auszuzahlenden Kredit, einmalig, bis zur Höhe von 3.600 Euro, ein Teil des Kredites als Abschlag im Voraus ausgezahlt werden, wenn im Einzelfall glaubhaft gemacht wird, dass der Betrag unmittelbar im Sinne des § 1 benötigt wird. Beantragt werden kann nur ein Abschlagsbetrag, der auf volle Hundert Euro lautet.
- (2) Der Bildungskredit wird bis maximal zum Ende des Monats, in dem die/der Auszubildende das 36. Lebensjahr vollendet,

gewährt. Bei Studierenden in grundständigen Studiengängen endet die Auszahlungsphase ferner spätestens mit dem Ende des 12. Studiensemesters. Studiensemester sind alle an der betreffenden Ausbildungsstättenart verbrachten Semester.

- (3) Abweichend von Absatz 2 Satz 2 kann im Rahmen des Absatzes 1 über das Ende des 12. Studiensemesters hinaus Auszubildenden an Hochschulen ein Bildungskredit gewährt werden, wenn sie zur Abschlussprüfung zugelassen sind und die Prüfstelle ihnen bescheinigt, dass sie die Ausbildung innerhalb des möglichen Förderzeitraums abschließen können, oder wenn sie als Studierende der Humanmedizin das sogenannte Praktische Jahr als Zugangsvoraussetzung zum letzten Abschnitt der ärztlichen Prüfung absolvieren.
- (4) Auch im Falle einer darüber hinausgehenden Bewilligung endet die Auszahlungsphase des Kredites, wenn die/der Auszubildende die Ausbildung abschließt, abbricht, unterbricht oder die Fachrichtung wechselt, mit Ablauf des folgenden Monats. Im Falle einer Unterbrechung oder eines Fachrichtungswechsels ist eine erneute Beantragung im Rahmen des Absatz 1 Satz 5 möglich.
- (5) Der Bildungskredit kann längstens bis zum vorletzten Monat vor Beginn der Rückzahlungsphase gewährt werden.
- (6) Verstirbt die Kreditnehmerin / der Kreditnehmer, endet die Leistungsgewährung.

§ 4 Beantragung

- (1) Anträge auf Bewilligung eines Bildungskredits sind unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen schriftlich oder per Internet an das Bundesverwaltungsamt zu richten. Der Umfang des im Rahmen der Förderbestimmungen gewünschten Kredits ist anzugeben. Das Bundesverwaltungsamt prüft die Anträge anhand der Förderbestimmungen. Im Falle eines positiven Bescheids übersendet das Bundesverwaltungsamt mit dem Bescheid im Auftrag der Kreditanstalt für Wiederaufbau zugleich ein dem Bescheid entsprechendes Vertragsangebot. Bescheid und Vertragsangebot werden unwirksam, wenn der Kreditvertrag nicht bis zum im Bescheid angegebenen Datum, das einen Monat nach dem regelmäßigen Zugang des Bescheids liegen soll, bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau eingegangen ist. Es gilt das Datum des Posteingangs.
- (2) Der Antrag ist abzulehnen, wenn
 - die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vorliegen oder
 - das außergerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren eingeleitet oder über das Vermögen der/des Antragstellenden das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

§ 5 Vertrag

- (1) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau schließt mit den Antragstellenden auf Grundlage des Bewilligungsbescheids einen privatrechtlichen Kreditvertrag ab und zahlt die Leistungen unbar aus.
- (2) In den zwischen der Kreditanstalt für Wiederaufbau und den Antragstellenden zu schließenden Vertrag ist aufzunehmen, dass die Kreditanstalt für Wiederaufbau den Vertragsinhalt durch einseitige Erklärung an Änderungen des Bewilligungsbescheids anpassen wird. Einen Mustervertrag hat die Kreditanstalt für Wiederaufbau mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung abgestimmt, Änderungen dieses Vertrags stimmt sie ebenfalls mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung ab.

§ 6 Verzinsung

- (1) Der Kredit ist vom Tage der Auszahlung an zu verzinsen. Bis zum Beginn der Rückzahlung werden die Zinsen ohne Antrag gestundet.
- (2) Als Zinssatz für die ausgezahlte Kreditsumme gilt die European Interbank Offered Rate (EURIBOR) mit einer Laufzeit von 6 Monaten jeweils zum 1. April sowie zum 1. Oktober zuzüglich eines Aufschlags von 1 vom Hundert pro Jahr. Falls die in Satz 1 genannten Termine nicht auf einen Tag fallen, an dem ein EURIBOR-Satz ermittelt wird, gilt der nächste festgelegte EURIBOR-Satz.

§ 7 Rückzahlung

- (1) Vor Beginn der Rückzahlung erhalten die Kreditnehmer/innen durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau eine Mitteilung über die Höhe des gewährten Kredits sowie der gestundeten Zinsen, über die geltende Zinsregelung, die Höhe der monatlichen Zahlungsbeträge sowie den voraussichtlichen Rückzahlungszeitraum.
- (2) Der Kredit ist nach Ablauf einer mit dem Datum der Fälligkeit der ersten Auszahlung beginnenden Frist von vier Jahren in monatlichen Raten von 120 Euro zurückzuzahlen.
- (3) Der Kredit kann jederzeit ganz oder teilweise zurückgezahlt werden.
- (4) Erhalten die Kreditnehmer/innen während der Rückzahlungsphase für einen weiteren Ausbildungsabschnitt einen Bildungskredit nach diesem Programm, so werden die Rückzahlungsraten für diesen Zeitraum ohne Antrag gemäß § 11 gestundet.

§ 8 Mitteilungspflichten

- (1) Die Kreditnehmer/innen sind verpflichtet, der Kreditanstalt für Wiederaufbau jeden Wechsel ihres Wohnsitzes oder ihres Namens unverzüglich mitzuteilen.
- (2) Während der Auszahlungsphase des Kredits sind die Kreditnehmer/innen zur unverzüglichen Anzeige
 - des Abschlusses der Ausbildung,
 - des Abbruchs oder der Unterbrechung der Ausbildung,
 - des Wechsels der Fachrichtung,
 - des Wechsels der Ausbildungsstätte,
 - der Durchführung eines Praktikums
 gegenüber der Kreditanstalt für Wiederaufbau verpflichtet. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau leitet Mitteilungen, die zu einer Änderung des Bewilligungsbescheids führen können, unverzüglich an das Bundesverwaltungsamt weiter.
- (3) Das Bundesverwaltungsamt kann jederzeit von den Kreditnehmerinnen/ Kreditnehmern die Vorlage solcher Nachweise verlangen, die für eine Überprüfung erforderlich sind, ob die Voraussetzungen der Kreditgewährung weiterhin vorliegen.
- (4) Die Kosten für jede notwendige Ermittlung des Aufenthaltsorts der Kreditnehmer/innen werden auf 30 Euro festgesetzt; sie sind auf Anforderung von diesen zu erstatten. Höhere Aufwendungen können unter Darlegung der hierfür maßgeblichen Gründe geltend gemacht werden.
- (5) Die Mitteilungspflichten der Kreditnehmer/innen nach Absatz 1 und 2 bestehen im Falle des Übergangs des Krediteinzugs auf das Bundesverwaltungsamt gegenüber diesem. Die Regelung des Absatz 4 gilt entsprechend.

§ 9 Änderung, Aufhebung, Kündigung

- (1) Der Bescheid ist zu ändern und gegebenenfalls aufzuheben, wenn

- und soweit die Bewilligungsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr gegeben sind,
 - die Kreditnehmerin / der Kreditnehmer zum Ende eines Monats kündigt,
 - das außergerichtliche Schuldenbereinungsverfahren eingeleitet oder über das Vermögen der Kreditnehmerin / des Kreditnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder
 - die Kreditnehmerin / der Kreditnehmer schuldhaft in solchem Maße ihre/seine Verpflichtungen verletzt, insbesondere den Pflichten nach § 8 nicht nachkommt, dass dem anderen Teil die Fortsetzung des Kreditvertrags nicht zugemutet werden kann.
- (2) Der Kreditvertrag wird von der Kreditanstalt für Wiederaufbau durch (Teil-) Kündigung umgehend an Änderungen des Bewilligungsbescheids angepasst.
- (3) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau kündigt den Vertrag ferner unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2.

§ 10 Abtretungsverbot

Der Anspruch auf Auszahlung des Bildungskredits kann nicht wirksam abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden.

§ 11 Veränderung von Ansprüchen

- (1) Der Abschluss von Vergleichen sowie die Stundung, Niederschlagung und der Erlass von Ansprüchen richten sich unter Maßgabe der Absätze 2 und 3 nach den §§ 58 und 59 der Bundeshaushaltsordnung.
- (2) Können Kreditnehmer/innen im Falle einer Teilkündigung den gekündigten Betrag nicht leisten, so wird er bis zum Beginn der Rückzahlung gestundet.
- (3) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau ist befugt, in begründeten Fällen Stundungen über maximal 24 Monate zu gewähren. Stundungen, denen eine mindestens einjährige Phase verzugsloser Zahlungen gefolgt ist, bleiben unberücksichtigt. Ebenso bleiben Vereinbarungen über eine Herabsetzung der Rückzahlungsraten unberücksichtigt.

§ 12 Verzug

- (1) Mahn- und Beitreibungskosten tragen die Kreditnehmer/innen. Zu ihren Lasten gehen darüber hinaus zusätzlich entstehende Kosten im Zahlungsverkehr, z. B. durch Bankspesen und Bankgebühren.
- (2) Im Verzugsfall haben die Kreditnehmer/innen unbeschadet der Regelungen für Verbraucherdarlehen auf die fällige Forderung Zinsen in Höhe des jeweils geltenden, von der Bundesbank verkündeten Basiszinssatzes zuzüglich 5 vom Hundert zu zahlen.

§ 13 Speicherung und Übermittlung von Daten

Mit der Beantragung von Leistungen nach dieser Richtlinie sind die Kreditnehmer/innen mit dem Speichern, Verändern, Nutzen und Übermitteln ihrer Daten einverstanden. Das Bundesverwaltungsamt und die Kreditanstalt für Wiederaufbau speichern, verändern, nutzen und übermitteln die erhobenen Daten, wenn es zur Erfüllung der obliegenden Aufgaben einschließlich statistischer Zwecke erforderlich ist und nur für die Zwecke, für die die Daten erhoben werden. Die für die Durchführung dieses Programms zuständigen speichernden Stellen treffen gemeinsam die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes und regeln den notwendigen Datenaustausch.

§ 14 Eintritt der Bundesgarantie, Übergang der Einziehung auf das Bundesverwaltungsamt

- (1) Der Bund garantiert der Kreditanstalt für Wiederaufbau die Rückzahlung der Kredit- und Zinsschuld der vom Bundesverwaltungsamt bewilligten Förderung nach Maßgabe des mit der Kreditanstalt für Wiederaufbau geschlossenen Vertrags.
- (2) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau gibt die Einziehung der Kredite an das Bundesverwaltungsamt ab, wenn Kreditnehmer/innen mehr als 6 Monate in Verzug geraten und einen Stundungsantrag nicht gestellt haben oder die Kreditanstalt für Wiederaufbau einem entsprechenden Stundungsantrag nicht stattgeben kann. Die Frist in Satz 1 braucht nicht eingehalten zu werden, wenn die Einziehung aussichtslos ist. Sowohl der Bescheid des Bundesverwaltungsamts als auch der mit der Kreditanstalt für Wiederaufbau zu schließende Vertrag weisen auf diese Rechtsfolge hin.
- (3) Wird die Bundesgarantie in Anspruch genommen, übermittelt die Kreditanstalt für Wiederaufbau dem Bundesverwaltungsamt die Stammdaten der betreffenden Kreditnehmer/innen, die Kapitalforderung, die zu diesem Zeitpunkt fälligen Zinsen und Kosten sowie den Grund für die Einlösung aus der Garantie.
- (4) Das Bundesverwaltungsamt fordert die betreffenden Kreditnehmer/innen durch Rückforderungsbescheid zur Erstattung des insgesamt an die Kreditanstalt für Wiederaufbau verauslagten Garantiebetrags auf. Die Regelung der durch den Rückforderungsbescheid festgestellten Höhe des Betrags ist innerhalb eines Monats anfechtbar.
- (5) Der Erstattungsanspruch ist mit Bestandskraft des Rückforderungsbescheids fällig. § 12 gilt entsprechend. Die betreffenden Kreditnehmer/innen haben die Möglichkeit, Anträge nach § 11 zu stellen.

§ 15 Budgetkontrolle

Das Bundesverwaltungsamt überwacht die Einhaltung des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung für die Summe aller Kredite vorgegebenen Finanzrahmens. Das Bundesverwaltungsamt übermittelt der Kreditanstalt für Wiederaufbau die Bewilligungsdaten. Nach Ablauf der Annahmefrist teilt die Kreditanstalt für Wiederaufbau dem Bundesverwaltungsamt unverzüglich mit, ob und in welcher Höhe der Vertrag zustande gekommen ist.

Bundshaushaltsordnung (BHO) – Auszug

vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1885)

§ 3 Wirkungen des Haushaltsplans

- (1) Der Haushaltsplan ermächtigt die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen.
- (2) Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben.

Lösung

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

A. Zulässigkeit des Widerspruchs

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Die Frage, ob auch für das Widerspruchsverfahren der Verwal-

tungsrechtsweg eröffnet sein muss, ist umstritten.³ Der Streit könnte jedoch dahingestellt bleiben, wenn der Verwaltungsrechtsweg jedenfalls eröffnet ist. Dies beurteilt sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeit keiner abdrängenden Sonderzuweisung unterliegt. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt.⁴ Streitgegenstand ist vorliegend die Frage, ob der von S geltend gemachte Anspruch auf Bewilligung des Bildungskredits tatsächlich besteht. Dies müsste nach öffentlichem Recht zu beurteilen sein, was sich wiederum danach richtet, ob die Rechtsnatur der streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Ein gesetzlicher Anspruch auf Förderung existiert nicht; vielmehr bestimmt § 2 Abs. 4 FB gerade, dass ein Rechtsanspruch auf Gewährung des Bildungskredits nicht besteht. Auf die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm kann folglich nicht abgestellt werden. Die Streitigkeit ist jedoch auch dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie unter Zugrundelegung der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Zweistufentheorie eine solche der ersten Stufe ist, bei der es um die Frage des „Ob“ der Leistung geht.⁵ Voraussetzung ist somit, dass die in Frage stehende Leistung in einem zweistufigen Verfahren gewährt wird. Es müsste auf der ersten Stufe das „Ob“ der Leistung und auf der zweiten Stufe die Abwicklung der Begünstigung, das „Wie“ näher geregelt werden. Die Förderbestimmungen des BMBF sehen für die Vergabe des Bildungskredits ein zweistufiges Verfahren vor. Danach entscheidet zunächst das BVA darüber, ob der beantragte Bildungskredit zu gewähren ist (s. § 4 FB); diese Entscheidung ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen und stellt als Einzelfallregelung einen Verwaltungsakt dar. Sodann wird in Vollzug des Bewilligungsbescheids ein privatrechtlicher Kreditvertrag zwischen der KfW und dem Antragstellenden abgeschlossen (s. § 5 FB). Der von S geltend gemachte Anspruch auf Bewilligung des Bildungskredits stellt sich als eine Frage des „Ob“ der Leistungsgewährung dar. Damit ist der Streitgegenstand der ersten Stufe zuzuordnen und damit öffentlich-rechtlicher Natur. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da weder am Verfassungsleben unmittelbar Beteiligte über spezifisches Verfassungsrecht streiten noch sonst der

Streitgegenstand dem Verfassungsrecht zuzuordnen ist.⁶ Da auch keine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit ersichtlich ist, ist für die Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Der Streit über die Notwendigkeit der Verwaltungsrechtswegeröffnung kann somit offen bleiben.

II. Statthaftigkeit

Der von S eingelegte Widerspruch ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO statthaft, wenn er Sachurteilsvoraussetzung für eine mögliche nachfolgende Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage wäre und kein Fall des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO einschlägig ist. Fraglich ist, ob für das Begehren der S nachfolgend die Anfechtungs- (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) oder die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) als geeignete und zulässige Klageart zur Verfügung steht. Der statthafte Rechtsbehelf richtet sich nach dem Begehren des Widerspruchsführers.⁷ Vorliegend beantragt S „die Aufhebung des ablehnenden Bescheids“. Dem Wortlaut nach könnte es sich demnach um einen sog. Anfechtungswiderspruch mit dem Ziel der Aufhebung des ablehnenden Bescheids handeln gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Mit einer Aufhebung des Ablehnungsbescheids und der Rückkehr zum status quo ante ist S jedoch nicht gedient. Denn bei Aufhebung des Bescheids hätte S noch nicht ihr eigentliches Ziel, die von ihr angestrebte Bewilligung des Bildungskredits erreicht. Dieses Ziel erreicht S nur durch einen Verpflichtungswiderspruch gem. § 68 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 VwGO, der auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts durch das BVA gerichtet ist.⁸ Das Begehren von S richtet sich auch unstreitig auf den Erlass eines Verwaltungsakts nach § 35 S. 1 VwVfG. Beim Bewilligungsbescheid durch das BVA handelt es sich um eine Maßnahme einer Behörde gem. § 1 Abs. 4 VwVfG, die, wie oben bereits festgestellt, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergeht, einen Einzelfall regelt und die S auch als außerhalb der Behörde stehende Person trifft und damit Außenwirkung hat. Da der Widerspruch mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben auch nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ausgeschlossen ist,⁹ ist der Rechtsbehelf der S als Verpflichtungswiderspruch gem. § 68 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 VwGO statthaft.

III. Widerspruchsbefugnis

Die gesetzlichen Regelungen zum Widerspruchsverfahren sehen eine ausdrückliche Regelung der Widerspruchsbefugnis nicht vor. Dennoch rechtfertigt die Tatsache, dass § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO vom „Beschwerten“ spricht und der Verwaltungsgerichtsordnung Popularklagen grds. fremd sind, eine Widerspruchsbefugnis zu fordern.¹⁰ Als Maßstab dient § 42 Abs. 2 VwGO analog. S müsste im Rahmen seines Verpflichtungswiderspruchs die Möglichkeit

3 Ein Teil der Literatur (vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 79 Rn. 10 f.; *P. Stelkens/Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 79 Rn. 29) lehnt dies unter Bezugnahme auf § 79 VwVfG ab. § 79 VwVfG erklärt grundsätzlich die Vorschriften der VwGO für alle förmlichen Rechtsbehelfe für anwendbar, unabhängig davon, ob für die folgende Klage der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Die Gegenansicht (vgl. etwa *Busch*, in: *Knack*, VwVfG, 8. Aufl. 2004, vor § 79 Rn. 13; *Brühl*, JuS 1994, 153 (154); differenzierend *Pietzner/Ronnellenfitsch*, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 12. Aufl. 2010, § 30 Rn. 5) stellt darauf ab, dass das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nur zulässig sein könne, wenn auch schon für den Widerspruch der Weg zu den Verwaltungsgerichten dem Grunde nach eröffnet ist.

4 Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 40 Rn. 6 m.w.N.

5 Die später auf andere Sachverhalte übertragene Zweistufentheorie wurde zunächst für das Subventionsrecht entwickelt. Grundlegend *BVerwGE* 1, 308 (310), vgl. auch *BVerwGE* 7, 180 (182); 13, 47 (52); 35, 170 (171 f.); 45, 13 (14); *BGHZ* 40, 206 (210); 52, 155 (160 ff.); 61, 296 (299); *BGH*, NJW 1997, 328; *Ipsen*, in: *Vogel/Tipke* (Hrsg.), *Verfassung Verwaltung Finanzen*, FS für Gerhard Wacke, 1972, 139 ff.; *ders.*, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, S. 62 ff.; *Ehlers*, *VerwArch* 74 (1983), 112 (116 ff.); *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl. 2009, § 17 Rn. 11 ff.; *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2011, § 11 Rn. 35; *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Aufl. 2009, Rn. 116 ff.; *Peine*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl. 2008, Rn. 892 ff.

6 Vgl. zur Frage der „nichtverfassungsrechtlichen Art“ sowie zur Erforderlichkeit der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit *Kopp/Schenke* (Fn. 4), § 40 Rn. 31 ff.; *Hufen* (Fn. 5), § 11 Rn. 49 ff.; *Schmidt*, *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl. 2010, Rn. 97 ff.

7 Vgl. auch §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO analog.

8 Die Bezeichnung „Verpflichtungswiderspruch“ ist nur insofern richtig, als die nachfolgende Klageart eine Verpflichtungsklage wäre. Die Widerspruchsbehörde verpflichtet – von Ausnahmen im Bereich der Selbstverwaltung abgesehen – die Ausgangsbehörde in der Regel nicht, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, sondern erlässt diesen ganz oder teilweise selbst. S. *Hufen* (Fn. 5), § 6 Rn. 15; s. zur Abgrenzung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage *ders.*, a.a.O., § 14 Rn. 13.

9 Beachte, dass in einigen Bundesländern (wie bspw. in Nordrhein-Westfalen und Bayern) im Rahmen von Entbürokratisierungs- bzw. Deregulierungsbestrebungen das Widerspruchsverfahren deutlich gestrafft und nur noch auf Ausnahmefälle beschränkt wurde.

10 Vgl. *Hufen* (Fn. 5), § 6 Rn. 20; *Kopp/Schenke* (Fn. 4), vor § 68 Rn. 12 und § 69 Rn. 6.

eines ihr zustehenden Rechts geltend machen können, das durch die Nicht-Bewilligung verletzt sein könnte. Es darf mithin nicht offensichtlich ausgeschlossen sein, dass S der behauptete Anspruch auf die beantragte Bewilligung des Bildungskredits bzw. jedenfalls auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung zusteht.¹¹

Ein gesetzlicher Anspruch auf Bewilligung des Bildungskredits könnte sich aus den Mittelzuweisungen im Bundeshaushaltsgesetz i.V.m. dem Bundshaushaltsplan ergeben (vgl. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG), denn der Haushaltsetat sieht die Bereitstellung der finanziellen Kreditmittel des Bundes vor. Jedoch bestimmt § 3 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO), dass durch die Ausweisung von Mitteln im Haushaltsplan keine Ansprüche begründet werden.

Es könnte sich jedoch ein Anspruch auf Erlass des Bewilligungsbescheids aus den vom BMBF erlassenen Förderbestimmungen ergeben. Unabhängig von der Frage, ob diesen Bestimmungen als Verwaltungsvorschriften¹² Außenwirkung zukommt und sich S überhaupt auf diese berufen kann, bestimmt § 2 Abs. 4 FB, dass ein Rechtsanspruch auf Gewährung des Bildungskredits nicht besteht. Ein Anspruch auf Erlass des begehrten Bewilligungsbescheids kommt somit auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht. Möglicherweise ergibt sich ein Anspruch der S jedoch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis. Die FB reduzieren den behördlichen Entscheidungsspielraum bei der Entscheidung über die Bewilligung des Bildungskredits, da sie den Entscheidungsmaßstab für die Bewilligung liefern. Durch ihre ständige Anwendung bei der Gewährung von Bildungskrediten begründen die FB eine gleichmäßige Verwaltungspraxis, durch die sich die Verwaltung selbst bindet (sog. Selbstbindung der Verwaltung).¹³ In einem solchen Fall zwingt Art. 3 Abs. 1 GG die Behörde, nachfolgende Einzelfälle nicht ohne rechtfertigenden sachlichen Grund anders zu entscheiden als bisher. D.h. die Behörde muss, wenn sich eine bestimmte – durch die Verwaltungsvorschriften veranlasste – Verwaltungspraxis gebildet hat, in den nachfolgenden Fällen ebenso entscheiden wie in den vorangegangenen Fällen. Der Bürger hat insoweit einen Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG und damit – bei Ermessensreduzierung auf Null – möglicherweise einen Leistungsanspruch, jedenfalls aber einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Dass S im vorliegenden Fall einen entsprechenden Anspruch hat, kann jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, weshalb S widerspruchsbefugt ist gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog.

IV. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit

S ist als natürliche Person gem. § 79 i.V.m. § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG beteiligtenfähig. Als geschäftsfähige Person ist S nach § 79 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG auch handlungsfähig.¹⁴ Das BVA ist als

juristische Person des öffentlichen Rechts nach § 79 i.V.m. § 11 Nr. 1 VwVfG beteiligtenfähig und handelt nach § 79 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG durch ihren gesetzlichen Vertreter.

V. Widerspruchsfrist

Da dem ablehnenden Bewilligungsbescheid eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt war, müsste der Widerspruch innerhalb eines Monats eingelegt worden sein gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO. Für die Berechnung der Widerspruchsfrist kommt zum einen die verwaltungsprozessuale Lösung in Betracht, die über § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO die §§ 187 ff. BGB zur Anwendung bringt.¹⁵ Nach anderer Ansicht, die einen verwaltungsverfahrensrechtlichen Lösungsansatz verfolgt, ist § 31 VwVfG anzuwenden, der ebenfalls den Weg in die §§ 187 ff. BGB weist.¹⁶ Die daraus wichtigste Folge ist, dass § 31 Abs. 3 VwVfG für das Ende der Frist an einem Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder Sonnabend unmittelbar zur Anwendung kommt, es eines „Umwegs“ über § 193 BGB somit nicht bedarf. Da im praktischen Ergebnis die Frage der Berechnung der Widerspruchsfrist keine Auswirkungen hat, kann der Streit über den „richtigen“ Lösungsansatz dahingestellt bleiben. Die Monatsfrist beginnt gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts. Da vorliegend der Ablehnungsbescheid am 22. Dezember 2010 per einfachem Brief zur Post gegeben wurde, greift die Bekanntgabefiktion des § 41 Abs. 2 VwVfG. Danach gilt ein Verwaltungsakt mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat den Bescheid möglicherweise bereits zu einem früheren Zeitpunkt erhalten hat.¹⁷ Dabei bleibt der dritte Tag nach herrschender Auffassung selbst dann maßgebend, wenn es sich bei diesem Tag um einen Sonntag, Samstag oder gesetzlichen Feiertag handelt. Die Vorschriften des § 193 BGB bzw. § 31 Abs. 3 VwVfG können insoweit nicht herangezogen werden, da sich diese Normen nur auf das Fristende und nicht auf den Fristbeginn beziehen und es sich im Übrigen bei § 41 Abs. 2 VwVfG um eine gesetzliche Fiktion handelt.¹⁸ Demzufolge gilt die Bekanntgabe im vorliegenden Fall mit dem 25. Dezember 2010 als erfolgt, obwohl es sich hierbei um einen gesetzlichen Feiertag handelt. Die Bekanntgabe wird dabei als ein in den Lauf eines Tages fallendes Ereignis i.S.d. § 187 Abs. 1 BGB angesehen, so dass die Widerspruchsfrist nach § 187 Abs. 1 BGB am 26. Dezember 2010 um 0.00 Uhr beginnt. Gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB endet die Monatsfrist mit Ablauf desjenigen Tages, welcher durch seine Benennung dem Tag der Bekanntgabe

11 Vgl. zur Widerspruchsbefugnis bei einem Verpflichtungswiderspruch *Hufen* (Fn. 5), § 6 Rn. 21; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1363.

Hinweis: Mit der Adressatentheorie lässt sich beim Verpflichtungswiderspruch nicht operieren. Denn Ziel ist nicht die Aufhebung des Ablehnungsbescheids, sondern der Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts. Vgl. hierzu auch *Tettinger/Wahrendorf*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2005, § 17 Rn. 20.

12 Vgl. zu den Arten der Verwaltungsvorschriften *Maurer* (Fn. 5), § 24 Rn. 8 ff.

13 Vgl. zur Selbstbindung der Verwaltung *Maurer* (Fn. 5), § 24 Rn. 21; *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 247, 334, 870 ff.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 40 Rn. 103 ff.

14 Da das Widerspruchsverfahren ein Verwaltungsverfahren ist, richten sich die allgemeinen Verfahrensanforderungen wegen § 79 VwVfG nach den §§ 9 ff. VwVfG.

15 Vgl. zu dieser Ansicht, die das Widerspruchsverfahren primär als verwaltungsgerichtliches Verfahren betrachtet, da es Sachurteilsvoraussetzung für die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage ist *Kopp/Schenke* (Fn. 4), § 70 Rn. 8 m.w.N.

16 Vgl. hierzu *Hufen* (Fn. 5), § 6 Rn. 28; *Schmitt/Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 197. Von den Vertretern dieser Ansicht wird insbesondere gelten gemacht, dass § 70 Abs. 2 VwGO gerade nicht auf § 57 Abs. 2 VwGO verweist und der Bundesgesetzgeber aus kompetenzrechtlichen Gründen (s. a. Art. 84 GG) das Widerspruchsverfahren in der VwGO nur soweit habe regeln dürfen, als es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt.

17 Vgl. *Peine* (Fn. 5), Rn. 547 mit Verweis auf BVerwG, NVwZ 1988, 63; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 41 Rn. 42 m.w.N.

18 Vgl. hierzu OVG Lüneburg, NVwZ 2007, 78; *Schmidt* (Fn. 6), Rn. 268; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 41 Rn. 42; a.A. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 41 Rn. 133; *Ruffert*, in: *Knack/Henneke*, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 41 Rn. 35. Der BFH sieht mit Blick auf die Dreitagesvermutung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO nach st. Rspr. im Fall eines Sonntags, Samstags oder Feiertags den darauffolgenden Werktag als den dritten Tag an und spricht sich für das Vorliegen einer Fristenregelung aus, vgl. BFH Beschluss vom 23. 01. 2008, VII B 169/07 m.w.N. auf seine Rspr.

entspricht, also am 25. Januar 2011 (Dienstag) um 24.00 Uhr. Mit Eingang des Widerspruchs am 25. Januar 2011 beim BVA hat S somit die Widerspruchsfrist noch gewahrt.

VI. Form der Widerspruchseinlegung

S müsste den Widerspruch formgerecht, d.h. „schriftlich“ oder „zur Niederschrift“ bei der Ausgangsbehörde oder bei der Widerspruchsbehörde eingelegt haben, § 70 Abs. 1 S. 1 u. 2 VwGO. Der von S eingelegte Widerspruch ging am 25. Januar 2011 in schriftlicher Form beim BVA als Ausgangsbehörde ein und entspricht hiermit dem Formerfordernis des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO.

VII. Zwischenergebnis

Der Verpflichtungswiderspruch der S ist somit zulässig.

B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Verpflichtungswiderspruch ist begründet, wenn S einen Anspruch auf Bewilligung des Bildungskredits durch das BVA (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO analog) bzw. wenn S jedenfalls einen Anspruch auf eine (nochmalige) behördliche Entscheidung unter erneuter Ermessensabwägung hat (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO analog).¹⁹ Außerdem ist der Widerspruch wegen des Prüfungsmaßstabs des § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO und des der Behörde zustehenden Ermessensspielraums auch dann begründet, wenn die Bewilligung des Bildungskredits im rechtlichen Interesse der S und zweckmäßig ist.²⁰

I. Anspruchsgrundlage

1. Keine ausdrückliche gesetzliche Anspruchsgrundlage

Eine unmittelbar bundesgesetzliche Grundlage für den von S geltend gemachten Anspruch auf Bewilligung des Bildungskredits besteht, wie oben gesehen, nicht. Auch stellen die Förderbestimmungen keine Grundlage für einen Anspruch auf Bewilligung der Förderung dar (s. § 2 Abs. 4 FB). Es fehlt somit an einer ausdrücklichen normativen Grundlage für den von S geltend gemachten Anspruch.

Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage könnte wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes dazu führen, dass ein Anspruch der S nicht besteht. Nach dem – verschiedentlich aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten²¹ – Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dazu durch ein formelles Gesetz ermächtigt ist.²² Es ist allgemein anerkannt, dass der Grundsatz jedenfalls für den gesamten Bereich der Ein-

griffsverwaltung gilt. Das bedeutet, dass jeder Eingriff in Freiheit und Eigentum des Bürgers einer gesetzlichen Grundlage bedarf, in der die wesentlichen Entscheidungen über die Eingriffsbefugnisse hinreichend bestimmt und begrenzt sind. Die Frage, ob der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auch den Bereich der Leistungsverwaltung erfasst, ist umstritten. Diskutiert wird hier vor allem die Vergabe von Subventionen²³, zu denen auch die Vergabe von Darlehen zählt. Für den Bereich der Subventionsvergabe werden verschiedene Auffassungen vertreten.

a. Lehre vom Totalvorbehalt

Nach den Vertretern der Auffassung vom sog. Totalvorbehalt müssen die grundlegenden Regelungen für die Leistungsverwaltung wie insbesondere die Subventionen ebenfalls vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden.²⁴ In diesen Gesetzen sind Art und Umfang der Subvention, der Kreis der Begünstigten sowie die wichtigsten Vergabevoraussetzungen zu bestimmen. Die Regeldichte der Subventionsgesetze soll dabei entsprechend der Wesentlichkeitstheorie umso größer sein, je grundrechtssensibler und je weitreichender die Folgen der Subventionsvergabe für den Markt und die nachteilig betroffenen Konkurrenten sind.²⁵ Nur wenn es um kurzfristige Maßnahmen oder überraschend auftretende Notfälle geht, soll eine etatmäßige Bereitstellung der Mittel und eine Bestimmung der Vergabevoraussetzungen durch die Verwaltung selbst genügen.²⁶ Im vorliegenden Fall stellen weder das Haushaltsgesetz i.V.m. dem Haushaltsplan noch die Förderbestimmungen eine diesen Anforderungen genügende gesetzliche Grundlage für die Bewilligung des Bildungskredits dar. Nach der Lehre vom Totalvorbehalt käme damit kein Anspruch der S auf Bewilligung der Förderung in Betracht.

b. Die Auffassung der Rechtsprechung und Teile der Literatur

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur bedarf es für die Gewährung von Subventionen keiner (materiell)gesetzlichen Grundlage. Vielmehr reicht „auch jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere die etatmäßige Bereitstellung der zu Subventionen erforderlichen Mittel“ aus.²⁷ Für die Vergabe von Subventionen genügt damit grundsätzlich die Bereitstellung der Mittel in dem durch das Haushaltsgesetz festgestellten Haushaltsplan (vgl. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG). Das Haushaltsgesetz ist zwar ein formelles Gesetz; es entfaltet jedoch keine Außenwirkung, s. § 3 Abs. 2 BHO. Zudem weist der durch das Haushaltsgesetz festgestellte Haushaltsplan lediglich die Mittel und allgemeine Zweckbestimmung aus, legt aber keine Vergabekriterien fest. Mit der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums gilt jedoch der Vorbehalt des Gesetzes für die Subventionsgewährung nicht. Eine Subven-

19 Trotz der Formulierung des § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO empfiehlt sich beim Verpflichtungswiderspruch (und entsprechend bei der Verpflichtungsklage) regelmäßig der sog. „Anspruchsaufbau“, da es für die Begründetheit und damit die Frage, ob die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Betroffene dadurch in seinen Rechten verletzt ist (s. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO), entscheidend allein darauf ankommt, ob der Widerspruchsführer einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts hat. Siehe zum Anspruchsaufbau auch *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 1385, 1420; *Schmidt* (Fn. 6), Rn. 1106; vgl. zum streng am § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO orientierten Prüfungsaufbau, wonach die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der Ablehnung und eine Rechtsverletzung der S zu prüfen wäre *Hufen* (Fn. 5), § 26 Rn. 1 ff.; *Treder/Robr*, Prüfungsschemata Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2008, Rn. 401.

20 Vgl. *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 1385; *Kopp/Schenke* (Fn. 4), § 68 Rn. 12.

21 Vgl. BVerfGE 40, 237 (248); 77, 170 (230).

22 Vgl. *Maurer* (Fn. 5) § 6 Rn. 3 ff.; *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 259 ff.; *ders.*, JURA 2002, 235 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 2 Rn. 40 f.; *Peine* (Fn. 5), Rn. 136.

23 Subventionen werden definiert als vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen ohne marktmäßige Gegenleistung zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks; vgl. *Maurer* (Fn. 5), § 17 Rn. 5 ff.

24 Vgl. *Maurer* (Fn. 5), § 6 Rn. 20 f.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 281; *Kahl/Diederichsen*, in: Schmidt/Vollmöller, Compendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2007, § 7 Rn. 56 f.

25 Vgl. *Ehlers* (Fn. 22), § 2 Rn. 42, 45; *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 286.

26 Vgl. *Sommermann* (Fn. 24), Art. 20 Rn. 281 m.w.N.; *Maurer* (Fn. 5), § 6 Rn. 22.

27 So BVerwGE 6, 282 (287); vgl. auch BVerwG NJW 1977, 1838; st. Rspr.; vgl. auch BVerwGE 90, 112 (126) – hier wird allerdings einschränkend darauf hingewiesen, dass es ausnahmsweise einer gesetzlichen Grundlage bedarf, wenn in die Grundrechtssphäre Dritter eingegriffen wird. Vgl. aus dem Schrifttum etwa *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 18 Rn. 20; *Mußgug*, VVDStRL 47 (1989), 122 (123).

tionierung kann danach auch allein auf Grund der etatmäßigen Bereitstellung von Mitteln erfolgen. Die Verwaltung soll schon handeln dürfen, wenn der Haushaltsplan die zu verteilenden Mittel ausweist. Für die Festlegung der genauen Vergabevoraussetzungen genügt es, wenn diese durch Verwaltungsvorschriften geregelt sind.²⁸ Nach dieser Auffassung liegt somit in der Bereitstellung der Mittel im Haushaltsplan und den die Vergabevoraussetzungen regelnden Förderbestimmungen eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Gewährung des Bildungskredits vor.

c. Stellungnahme

Da die Lehre vom Totalvorbehalt darauf hinausläuft, für jedes Verwaltungshandeln eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zu verlangen, wäre die Exekutive darauf reduziert, von der Gesetzgebung vorherbestimmt zu sein. Damit wäre ihr die Eigenständigkeit als eine der drei Staatsgewalten (s. Art. 20 Abs. 2 GG) genommen. Weiterhin ist zu beachten, dass die grundlegende Entscheidung über das „Ob“ und den Umfang der Leistungsgewährung gerade vom Parlament selber im Haushaltsgesetz getroffen wird.²⁹ Da die Auffassung der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur auch einschränkend in bestimmten Konstellationen bspw. bei Eingriffen in die Grundrechtssphäre Dritter eine gesetzliche Grundlage für das Handeln der Leistungsverwaltung verlangt, spricht vieles dafür, dieser Auffassung zu folgen. Mit der Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist ein Anspruch der S auf Bewilligung des Bildungskredits zumindest nicht mangels Bestehens einer hinreichenden gesetzlichen Anspruchsgrundlage ausgeschlossen.³⁰

2. Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis

Werden wie hier Leistungen von der Verwaltung ohne ausdrückliche normative Anspruchsgrundlage erbracht, kann sich ein Anspruch des Antragstellers auf Förderung aus dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung ergeben. Die Selbstbindung der Verwaltung tritt auf Grund einer ständigen gleichmäßigen Übung der Verwaltungspraxis ein.³¹ Begründet wird die gleichmäßige Verwaltungspraxis regelmäßig wie hier durch die ständige Anwendung von Verwaltungsvorschriften. Verwaltungsvorschriften wirken grds. nur intern; eine unmittelbare Außenwirkung kommt ihnen nicht zu, d.h. der Bürger kann sich nicht unmittelbar auf sie als Anspruchsgrundlage berufen.³² Bei den Förderbestimmungen handelt es sich um sog. gesetzesvertretende bzw. ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften, mit denen einheitliche und gleichmäßige Ermessensmaßstäbe für Bereiche sichergestellt werden sollen,

in denen die Verwaltung ohne (spezielle) gesetzliche Grundlage tätig werden darf.³³ Sie regeln die Vergabe des Bildungskredits und legen fest, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Bedingungen ein Bildungskredit gewährt werden kann. Eine (mittelbare) Außenwirkung kann den (ermessenslenkenden) Verwaltungsvorschriften dann zukommen, wenn sie aufgrund ihrer ständigen Anwendung die Verwaltungspraxis steuern. Hat die Behörde bereits nach Maßgabe der Verwaltungsvorschriften entschieden, dann darf sie von dieser Verwaltungspraxis nur abweichen, wenn hierfür ein hinreichender sachlicher Grund besteht. Ansonsten hat der Bürger wegen der Selbstbindung der Verwaltung einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Anknüpfungspunkt für die Gleichheitsprüfung sind dabei nicht die Verwaltungsvorschriften, sondern ist die ständige Verwaltungspraxis.³⁴ Der Bürger hat somit zwar – aufgrund der lediglich verwaltungsinternen Wirkung – nicht die Möglichkeit, die Verletzung der Verwaltungsvorschriften zu rügen, jedoch kann er über den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG eine Einhaltung der Verwaltungspraxis auch in seinem Fall verlangen.³⁵ S kann daher aufgrund der Bindung der Verwaltung an den Gleichheitssatz (s. Art. 1 Abs. 3 GG) geltend machen, dass die Verwaltung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, wenn und soweit sie in ihrem Fall von der durch die Förderbestimmungen begründeten Verwaltungspraxis abweicht. Als Anspruchsgrundlage für den von S geltend gemachten Anspruch auf Bewilligung der Förderung kommt mithin Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis in Betracht. Voraussetzung ist, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen gemäß den Förderbestimmungen für eine Bewilligung des Bildungskredits für S bestehen und keine zwingenden Sachgründe vorliegen, die eine Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis rechtfertigen. Ansonsten hätte die S jedenfalls einen Anspruch, dass das BVA über ihren Antrag ermessensfehlerfrei entscheidet.

II. Voraussetzungen für den Erlass der begehrten Bewilligung

1. Formelle Bewilligungsvoraussetzungen

In formeller Hinsicht setzt der Anspruch auf Bewilligung eines Bildungskredits gem. § 4 Abs. 1 S. 1 FB einen in schriftlicher Form oder per Internet gestellten Antrag beim BVA als der zuständigen Behörde unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen voraus. S hat die Förderung per Internet unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen beantragt. Dabei hat sie auch den Umfang des gewünschten Kredits angegeben, s. § 4 Abs. 1 S. 2 FB. Die formellen Anspruchsvoraussetzungen sind damit erfüllt.

2. Materielle Bewilligungsvoraussetzungen

In materieller Hinsicht verlangen die Förderbestimmungen, dass der Antragsteller auch zum förderungsfähigen Personenkreis nach § 2 FB zählt. Wie es § 2 Abs. 1 Nr. 2 FB vorgibt, ist S eine Studierende, die die Zwischenprüfung ihres Studiengangs bestanden hat und ihren Studiengang auch fortsetzt. S besucht laut Sachverhalt auch eine inländische Ausbildungsstätte, wie § 2 Abs. 1 letzter Satz FB es verlangt.

28 Auf diese Weise wird häufig in der Praxis verfahren. Vgl. zum bloßen Erfordernis einer Grundlage im Haushaltsgesetz auch BVerwGE 58, 45 (48); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 51 m.w.N.; Stober (Rn. 27), § 18 Rn. 19 f.

29 Vgl. hierzu Stober (Fn. 27), § 18 Rn. 20.

30 Wer der Lehre vom Totalvorbehalt folgt, muss den Widerspruch der S schon an dieser Stelle für unbegründet halten, da es an einer für die Bereitstellung öffentlicher Mittel für Subventionszwecke erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt. S könnte sich in diesem Fall auch nicht mit Erfolg auf eine Verwaltungspraxis berufen, nach der gleichwohl Fördermittel gewährt worden seien bzw. gewährt werden sollen. Denn der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gibt keinen Anspruch darauf, rechtswidriges Handeln zu wiederholen; vgl. hierzu BVerwGE 58, 45 (49); Jarass (Fn. 28), Art. 3 Rn. 36.

31 Vgl. Maurer (Fn. 5), § 24 Rn. 21; Jarass (Fn. 28), Art. 3 Rn. 35.

32 Vgl. Maurer (Fn. 5), § 24 Rn. 20 ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Aufl. 2010, § 64 Rn. 4; Ehlers (Fn. 22), § 2 Rn. 65 ff. sowie Möstl, ebd. § 19 Rn. 4. Nach der Rechtsprechung soll den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften hingegen unmittelbare Außenwirkung zukommen, dagegen Möstl, a.a.O., § 19 Rn. 29 u. 33, § 20 Rn. 22.

33 Vgl. zu den gesetzesvertretenden Verwaltungsvorschriften als Unterfall der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften Maurer (Fn. 5), § 24 Rn. 10 f.; Detterbeck (Fn. 11), Rn. 860 ff.; Sodan/Ziekow (Fn. 31), § 64 Rn. 6; Möstl (Fn. 32), § 20 Rn. 20 u. 22.

34 A.A. Möstl (Fn. 32), § 20 Rn. 21, der die Selbstbindung der Verwaltung unmittelbar auf die Verwaltungsvorschrift und nicht allein auf die tatsächliche Praxis bezieht.

35 Vgl. hierzu Maurer (Fn. 5) § 24 Rn. 21 f.; Ehlers (Fn. 22), § 2 Rn. 67 m.w.N.; Sachs, (Fn. 13), § 40 Rn. 104 ff., 123 f.; Jarass (Fn. 28), Art. 3 Rn. 35 f.

Zudem hat S ihren ständigen Wohnsitz in Deutschland und ist gem. § 8 BAföG als Deutsche ausbildungsförderungsberechtigt, so dass auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FB erfüllt sind.

§ 2 Abs. 4 FB stellt klar, dass selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen kein Rechtsanspruch auf Gewährung des Bildungskredits besteht. Den Grund hierfür führt § 2 Abs. 4 S. 2 FB selbst an: das lediglich begrenzte Finanzvolumen, bei dessen Erreichen das Datum des Antragseingangs beim BVA über die Förderung entscheiden soll.³⁶ Die Verwaltung ist somit in ihrer Entscheidung über den Bildungskredit nicht gebunden, sondern hat grds. nach pflichtgemäßem Ermessen (s. § 40 VwVfG) über die Bewilligung zu entscheiden. Lediglich wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vorliegen hat das BVA den Antrag auf Bewilligung abzulehnen, s. § 4 Abs. 2 1. Var. FB. Das BVA könnte vorliegend jedoch über den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis zu einer Anspruchsgewährung verpflichtet sein.

Der von S zur Begründung ihres Anspruchs vorgetragene Sachverhalt ist mit der tatsächlichen Verwaltungspraxis des BVA vergleichbar. S hat gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 FB, wie auch ihre Kommilitoninnen und Kommilitonen, die Zwischenprüfung bestanden. Die Verwaltungsvorschriften verlangen nicht mehr aber auch nicht weniger als das Bestehen der Zwischenprüfung. Hiervon ist das BVA auch in den bisherigen Fällen nicht abgewichen, sondern hat, wie S ausführt, sogar Antragstellern, die mit einem viel schlechteren Notendurchschnitt als „befriedigend“ ihre Zwischenprüfung bestanden haben, einen positiven Bewilligungsbescheid erteilt. Da kein sachlicher Grund für eine andere Behandlung der S ersichtlich ist, ist ein Abweichen von der bisherigen Entscheidungspraxis rechtswidrig.

Gleiches gilt, soweit sich das BVA zur Begründung der ablehnenden Entscheidung auf die Unterstützungsmöglichkeit durch die Eltern der S beruft. Die Förderbestimmungen sehen weder eine Berücksichtigung des Einkommens oder Vermögens des Antragstellers/der Antragstellerin noch des Einkommens oder Vermögens der Eltern vor. Vielmehr soll die Förderung gerade unabhängig von Einkommen und Vermögen erfolgen, was sich im Umkehrschluss auch aus § 4 Abs. 2 2. Var., § 9 Abs. 1 3. Var. FB entnehmen lässt, wonach lediglich beim außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Antrag abzulehnen bzw. ggfs. ein Bescheid aufzuheben ist. Das Vermögen bzw. Einkommen der Eltern hat das BVA auch in der Vergangenheit bei der Entscheidung über eine Bewilligung unberücksichtigt gelassen, so dass das BVA auch insoweit nicht berechtigt ist, ohne zureichenden sachlichen Grund von seiner Praxis abzuweichen.

Auch das Argument, dass S bereits Leistungen nach dem BAföG erhält, kann einen Anspruch der S auf den Bewilligungskredit nicht ausschließen. § 1 S. 2 FB stellt klar, dass die Unterstützung durch den Bildungskredit gerade auch bei durch das BAföG bereits Geförderten der Finanzierung von außergewöhnlichem, nicht durch das BAföG erfasstem Aufwand dienen soll. Weder hat das BVA, soweit ersichtlich, bislang das Kriterium einer anderweitigen Förderung als Ausschlusskriterium verwendet, noch trägt das BVA ausreichend Gründe vor, die es erlauben, auf einen sachlichen Grund für eine Abweichung von der bisherigen Verwaltungspraxis zu schließen. Zwar ist die Verwaltung über Art. 3 Abs. 1 GG nicht

³⁶ Vgl. zur Abhängigkeit der Subventionsvergabe von den im Haushaltsansatz zur Verfügung gestellten Mittel auch *Sachs* (Fn. 13), § 40 Rn. 126.

daran gehindert, ihre Verwaltungspraxis aus sachgerechten Erwägungen heraus umzustellen und damit ihre Selbstbindung allgemein, und nicht nur beschränkt auf den Einzelfall, aufzuheben.³⁷

Allein die Tatsache, dass es das BVA aufgrund der Wirtschaftskrise nicht für „vertretbar“ hält, eine Person über zwei Förderungszeige zu unterstützen, kann jedoch noch nicht als zureichender Grund für eine Aufhebung der bestehenden Praxis gewertet werden. Das BVA macht somit weder besondere Umstände geltend, die eine Sonderregelung gegenüber der S rechtfertigen noch solche, die eine andersgeartete Bindung für die Zukunft gebieten könnten. Dass das BVA eine doppelte Förderung für nicht angebracht hält, kann an der Selbstbindung nichts ändern.

Somit ist festzustellen, dass auch die materiellen Bewilligungsvoraussetzungen vorliegen und kein sachgerechter Grund für ein gerechtfertigtes Abweichen von der durch die Förderbestimmungen veranlassten Verwaltungspraxis oder sogar für eine Umstellung der Verwaltungspraxis besteht.

Da auch an der Rechtmäßigkeit der Förderbestimmungen selbst insoweit keine Zweifel bestehen, ist festzustellen, dass das BVA zum Erlass der Bewilligung des Bildungskredits verpflichtet gewesen wäre. S steht damit ein aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis folgender Anspruch auf Erlass des Bewilligungsbescheids zu.

III. Ergebnis

Aufgrund des der S zustehenden Anspruchs auf den Bewilligungsbescheid ist ihr Widerspruch nicht nur zulässig, sondern auch begründet (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO analog) und hat damit Aussicht auf Erfolg. Auf den Prüfungsmaßstab der Zweckmäßigkeit gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO kommt es vorliegend nicht mehr an.

Abwandlung

Das Existieren von spezialgesetzlichen Regelung würde eine Aufhebung des Bewilligungsbescheids nach den allgemeinen Verwaltungsvorschriften der §§ 48, 49 VwVfG ausschließen, da nach § 1 Abs. 1 letzter HS VwVfG die Anwendung des VwVfG unter dem Vorbehalt anderweitiger bundesrechtlicher Regelung steht.³⁸ Die Förderbestimmungen selbst sehen in § 9 die Möglichkeit der Aufhebung des Bewilligungsbescheids vor. Nach § 9 Abs. 1 1. Var. FB ist die Behörde verpflichtet, den Bewilligungsbescheid zu ändern und ggfs. aufzuheben, wenn und soweit die Bewilligungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, der Bewilligungsbescheid somit nicht zu Recht erfolgte. Aus § 3 Abs. 2 FB geht hervor, dass der Bildungskredit bis maximal zum Ende des Monats, indem die/der Auszubildende das 36. Lebensjahr vollendet, gewährt wird. Personen über dem 36. Lebensjahr kann kein Bildungskredit gewährt werden. S war bereits bei Antragstellung 38 Jahre alt, so dass die Voraussetzung des § 9 Abs. 1 1. Var. FB für eine Aufhebung gegeben wäre.

³⁷ S. *Sachs* (Fn. 13), § 40 Rn. 124 m.w.N.; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 215; *Maurer* (Fn. 5), § 24 Rn. 23; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 40 Rn. 26, 31; *Ruffert* (Fn. 18), § 40 Rn. 69; *Jarass* (Fn. 28), Art. 3 Rn. 35 f.

³⁸ Vgl. hierzu sowie zur Frage, inwieweit die Sonderregelungen die Anwendbarkeit der §§ 48 ff. VwVfG tatsächlich vollständig ausschließen bzw. zur völligen Unbeachtlichkeit führen *Sachs* (Fn. 13), § 48 Rn. 4 ff.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 1 Rn. 30 ff., § 48 Rn. 137 ff.; *Meyer*, in: *Knack/Henneke, VwVfG*, 9. Aufl. 2010, § 48 Rn. 9 ff.; *Maurer* (Fn. 5), § 5 Rn. 15, § 11 Rn. 10; *Decker*, in: *Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG*, 2. Aufl. 2007, Vor §§ 48-51 VwVfG Rn. 10, jeweils m.w.N.

Allerdings ist zu beachten, dass zu den Rechtsvorschriften gem. § 1 Abs. 1 VwVfG nur die Gesetze im formellen und materiellen Sinne zählen. Verwaltungsvorschriften des Bundes, die Vorschriften der Verwaltung für die Verwaltung sind, sind keine Rechtsvorschriften i.S.d. § 1 Abs. 1 VwVfG mit Bindungswirkung im Außenverhältnis. Sie können das VwVfG nicht verdrängen und den Vorschriften des VwVfG vorgehen. Vielmehr gilt insoweit die Vorrangwirkung der gesetzlichen Regelung, d.h. die Verwaltungsvorschriften dürfen gegen höherrangiges Recht nicht verstoßen.³⁹ Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes wird von § 9 FB nicht gewahrt. Während die Vorschrift des § 48 VwVfG die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gerade in das Ermessen der Behörde stellt („kann“), macht § 9 Abs. 1 FB die Aufhebung zur Pflicht der Behörde („ist“). Auch wird durch § 9 Abs. 1 FB der Grundsatz des Vertrauensschutzes, der bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte gilt, von § 9 Abs. 1 FB überhaupt nicht berücksichtigt, sondern vollständig ausgeschlossen.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund ist § 9 Abs. 1 FB als rechtswidrig einzustufen und ist damit unwirksam. § 9 Abs. 1 FB begründet daher keine Grundlage für eine Aufhebung des Bewilligungsbescheids. Die Aufhebung des wegen Altersüberschreitung rechtswidrigen Bewilligungsbescheids hat vielmehr über die allgemeine Vorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG zu erfolgen. Nach § 48 Abs. 2 VwVfG darf ein rechtswidriger Geld- oder Sachleistungs-Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Betroffene auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut und dieses Vertrauen auch schutzwürdig ist. § 48 Abs. 2 S. 3 enthält drei Tatbestände, bei deren Vorliegen sich der Begünstigte nicht auf Vertrauen berufen kann. Da S laut Sachverhalt ihr Alter im Antrag nicht mit 38 Jahren beziffert, sondern ein geringeres Alter angegeben hat, hat sie objektiv falsche Angaben gemacht, die für den Erlass des (rechtswidrigen) Bewilligungsbescheids kausal geworden sind.⁴¹ S hat damit aufgrund unrichtiger Angaben den Bewilligungsbescheid erwirkt, so dass jedenfalls der Ausschlussstatbestand des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG einschlägig ist.⁴² Damit könnte die zuständige Sachbearbeiterin unter Berücksichtigung der Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG den Bewilligungsbescheid nach § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG aufheben und zwar mit Wirkung für die Vergangenheit, s. § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG.

Die Folgen der Rücknahme von Verwaltungsakten mit Wirkung für die Vergangenheit regelt § 49a VwVfG. Danach sind die aufgrund des zurückgenommenen Verwaltungsakts erbrachten Leistungen zu erstatten. Fraglich ist, ob auch im vorliegenden Fall für die Rückforderung des Kredits tatsächlich die Vorschrift des § 49a VwVfG zur Anwendung kommt oder ob das Rückzahlungs-

begehren bei einem bestehenden privatrechtlichen Kreditvertrag nicht vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden müsste. Die Förderbestimmungen legen in § 9 Abs. 2 lediglich fest, dass der Kreditvertrag von der KfW durch (Teil-)Kündigung umgehend an den geänderten Bewilligungsbescheid angepasst wird.

Das Bundesverwaltungsgericht tritt einer auf § 49a VwVfG gestützten Rückforderung eines Kredits entgegen und hält für den Rückzahlungsanspruch fest, dass dieser – ebenso wie der Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta – allein aus dem Kreditvertrag folge. Aus diesem Grund sei das Rückzahlungsbegehren vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen.⁴³ Nach dem Bundesverwaltungsgericht, das sich insoweit auf die Literatur stützt, setzt der Erstattungsanspruch des § 49a VwVfG voraus, dass die zu erstattenden Leistungen auf der Grundlage eines Verwaltungsakts erbracht worden sind, der ihren Rechtsgrund bilde.⁴⁴ Leistungen, die auf einem anderen Rechtsgrund, z.B. auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen oder eines privatrechtlichen Vertrags beruhen, können danach nicht über § 49a VwVfG zurückgefordert werden. In einem Fall, in dem wie vorliegend der Kreditvertrag jedoch einer eigenständigen Handhabung durch die Kreditanstalt entzogen und durch den Bewilligungsbescheid bedingt ist (z.B. ist der Inhalt des Kreditvertrags durch den Bewilligungsbescheid vorgegeben, s. § 4 Abs. 1 S. 4 FB u. § 5 Abs. 1 FB; steht die Wirksamkeit des Bewilligungsbescheids unter der auflösenden Bedingung des Nicht-Zustandekommens des Kreditvertrags, s. § 4 Abs. 1 S. 5 FB; sind die konkrete Umsetzung der Leistungsgewährung und die Modalitäten von Aus- und Rückzahlung nicht dem Kreditvertrag vorbehalten) ist zu beachten, dass der Bewilligungsbescheid auf den Kreditvertrag prägende Wirkung hat. Ein autonomer Gestaltungs- und Bindungswille bei Abschluss des Kreditvertrags besteht nicht. Ebenso hat die Kreditanstalt kein selbständiges Entscheidungsrecht über die (Teil-)Kündigung des Vertrags. Vielmehr folgt die (Teil-)Kündigung umgehend den Änderungen des Bewilligungsbescheids (s. § 9 Abs. 2 FB). Das Gesamtbild der Förderbestimmungen für die Vergabe von Bildungskrediten zeigt, dass der Bildungskredit nicht nur seinen Ursprung und materiellen Gehalt in der öffentlich-rechtlichen Gestaltung hat, sondern im Bewilligungsbescheid seine causa findet. Liegt im Bewilligungsbescheid der die Valutierung rechtfertigende Grund, spricht dies jedoch, entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, für eine Öffnung des Anwendungsbereichs des § 49a VwVfG.⁴⁵ Das Rückzahlungsbegehren ist nach der hier vertretenen Auffassung in einem solchen Fall daher nicht auf zivilrechtlichem Weg zu verfolgen. Vielmehr hätte das BVA bei Rücknahme des Bewilligungsbescheids mit Wirkung für die Vergangenheit die Möglichkeit, mittels Verwaltungsakt nach § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG die Rückforderung der gewährten Leistung zu betreiben.⁴⁶

39 Vgl. *Bonk/Schmitz* (Fn. 37), § 1 Rn. 206, 212 f.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 1 Rn. 30, 34; *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 865.

40 Vgl. zur Berücksichtigung des Vertrauensschutzes selbst beim Eingreifen von spezialgesetzlichen Regelungen *Sachs* (Fn. 13), § 48 Rn. 4 m.w.N.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 48 Rn. 38; *Meyer* (Fn. 38), § 48 Rn. 11.

41 Auf die Frage, ob den Betroffenen auch ein Verschulden trifft, kommt es im Fall des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG nicht an, vgl. *Maurer* (Fn. 5), § 11 Rn. 31; *Sachs* (Fn. 13), § 48 Rn. 156; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 48 Rn. 119.

42 Ob S den Antrag mit der unrichtigen Altersangabe auch gem. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG in dem Bewusstsein gestellt hat, dass ihr die Geldleistung eigentlich nicht zusteht und sich ihr die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids also geradezu hätte aufdrängen müssen, kann aufgrund der Einschlägigkeit des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG dahingestellt bleiben; vgl. zum Ausschlussstatbestand des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG *Sachs* (Fn. 13), § 48 Rn. 159 ff.; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 24 Rn. 29; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 48 Rn. 121 ff.

43 Siehe *BVerwG*, DVBl. 2006, 118 (119 f.).

44 So *BVerwG*, DVBl. 2006, 118 (119) unter Verweis auf *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl., § 49 a Rn. 5 und *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl., § 49 a Rn. 3, 4.

45 S. hierzu umfassend *Dorf*, NVwZ 2008, 375 (376 ff.).

46 Dabei wäre das BVA zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs geradezu verpflichtet, vgl. *Kopp/Ramsauer* (Fn. 3), § 49 a Rn. 11; *Sachs* (Fn. 13), § 49 a Rn. 37. Mit dem Leistungsbescheid hätte sich das BVA selbst auch gleich einen Vollstreckungstitel beschafft. Die Förderbestimmungen sehen die Rückforderungsmöglichkeit alleine für die KfW vor (s. § 11, 14 FB).

Verwertbarkeit einer „Steuer-CD“ aus Liechtenstein

(BVerfG, Beschl. v. 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09)

1. Die Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Datenerhebung führt nicht ohne weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot.

2. Ein Beweisverwertungsverbot ist von Verfassungs wegen zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen werden, geboten.

3. Ein unmittelbar aus den Grundrechten folgendes absolutes Beweisverwertungsverbot besteht nur dann, wenn der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist.

4. Beweismittel, die von Privaten erlangt wurden, sind grundsätzlich auch dann verwertbar, wenn dies in strafbarer Weise erfolgte; allein von einem Behördeninformanten begangene Straftaten müssen demgemäß bei der Beurteilung eines möglichen Verwertungsverbots von vornherein nicht berücksichtigt werden.

5. Es ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass die Fachgerichte den für eine strafverfahrensrechtliche Durchsuchung erforderlichen Anfangsverdacht (s. § 102 StPO) auch auf die Erkenntnisse „entwendeter“ Daten aus Liechtenstein gestützt haben.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Das BVerfG hat mit der vorliegenden Entscheidung einen Schlussstrich unter die sog. Liechtenstein-Steueraffäre gezogen. Gegen die Beschwerdeführer (B) wird wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ermittelt. Im Rahmen der Ermittlungen gegen einen Liechtensteiner Treuhänder war bekannt geworden, dass die B über Vermögensanlagen in Liechtenstein verfügten und ihre Kapitalerträge nicht angegeben hatten. Die Daten aus Liechtenstein waren der Steuerfahndung im Wege der Amtshilfe durch den BND zur Verfügung gestellt worden. Aufgrund dessen erließ das AG einen Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung der B, den das LG bestätigte. Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die B die Verletzung ihrer Rechte auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, ihres Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung sowie des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Kammer hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie teilweise unzulässig sei und im Übrigen keine Aussicht auf Erfolg habe. Wie aus den Leitsätzen ersichtlich, geht die Kammer davon aus, dass die vom BND gekauften Informationen strafverfahrensrechtlich **verwertbar** sind und damit die **Grundlage für die Durchsuchungsanordnung** nach § 102 StPO bilden. Als **unerheblich** bewertet das Gericht die Frage, ob und inwieweit **Amtsträger** bei der **Beschaffung** der Daten nach innerstaatlichem Recht **rechtswidrig oder gar strafbar** gehandelt oder gegen völkerrechtswidrige Übereinkommen verstoßen haben. Entscheidend sei die **Abwägung** der verschiedenen öffentlichen und privaten Interessen. Danach seien die Strafgerichte zu dem nachvollziehbaren und damit verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis

gelangt, dass die Daten aus Liechtenstein verwendet werden dürfen. Die Kammer-Entscheidung ist nicht unproblematisch.

Sie macht die Verwertbarkeit illegal erlangter Daten vom – in der Regel nur schwer prognostizierbaren – Ergebnis einer Abwägung öffentlicher (staatlicher) und privater Interessen abhängig. Bedenklich ist insbesondere, dass die Strafbarkeit beteiligter Privatpersonen überhaupt keine Rolle spielen soll. Wer so argumentiert, müsste dann auch in Kauf nehmen, dass Informationen aus Regierungskreisen, die ein „Maulwurf“ verraten hat, in öffentlichen Medien verbreitet werden.

J. V.

Straßenreinigungspflicht für Grünstreifen zwischen Gehweg und Straße

(OVG Magdeburg, Beschl. v. 26.5.2009 – 3 L 806/08)

Die Straßenreinigungspflicht der Anlieger erstreckt sich nur auf den Gehweg, nicht auf einen Grünstreifen zwischen Gehweg und Straße.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Wenn zwischen Gehweg und Straße ein Grünstreifen vorhanden ist, entwickelt sich dort ein Bewuchs, der ab und zu reduziert werden muß. Das Obergericht Magdeburg hat sich mit der Frage befasst, ob es sich dabei um eine Straßenreinigung handelt, so dass die Anlieger zur Pflege dieses Bereiches verpflichtet wären.

Nach der Auffassung des Gerichts stellt das Mähen eines solchen Grünstreifens aber keine Reinigung dar; vielmehr dient sie der Unterhaltung eines Straßenbestandteils und fällt damit ausschließlich in die Unterhaltungslast des Straßenbaulastträgers. Es kann nicht einfach die Auffassung vertreten werden, im Rahmen der gemeindlichen Daseinsvorsorge wäre für ein ansprechendes und sauberes Ortsbild Sorge zu tragen, was zur Straßenreinigung gehöre. Auch konnte nicht der ungeordnete Wuchs als Sichtbehinderung angeführt werden, so dass sich eine Verkehrsgefährdung ergebe, die durch eine „Straßenreinigung“ beseitigt werden müsse.

In dem konkreten Fall fehlte es überhaupt an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, so dass die Gemeinde nicht die Möglichkeit hatte, die Pflege des Grünstreifens in die Straßenreinigung einzubeziehen. Dabei ging es um die verkehrsmäßige Reinigung, die dem Straßenbaulastträger obliegt. Sie dient der Instandhaltung der Straße sowie dazu, Verkehrshindernisse oder Erschwerungen des Verkehrs zu beseitigen. Daneben steht die ordnungsgemäße Reinigung der Fußwege, die den Anliegern auferlegt werden kann. Die Entfernung von flächenmäßig in den Straßenraum wuchernden Pflanzen oder Unkraut gehört nicht dazu.

F. O.

Kommunalaufsicht: Schulauflösung zum Haushaltsausgleich

(OVG Münster, Beschl. v. 17.12.2008 – 15 B 1755/08)

Die Kommunalaufsicht kann Anordnungen zum Haushaltsausgleich nur unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erlassen.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Da eine Gemeinde schon seit einigen Jahren nicht über ein genehmigungsfähiges Haushaltssicherungskonzept verfügte, bekam sie von der Kommunalaufsicht die Anordnung, kurzfristig eine Schulentwicklungsplanung in Kraft zu setzen, in der mehrere Schulen rechtswirksam genannt werden sollten, die auslaufend aufgelöst wurden.

Die Gemeinde wollte dieser Anordnung nicht entsprechen, so dass sich das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit der Angelegenheit befasst hat. Die Kommunalaufsicht war der Auffassung, dass nach dem Gemeinderecht eine Gemeinde bei einer nicht bekannt gemachten Haushaltssatzung ausschließlich Aufwendungen entstehen lassen und Auszahlungen leisten darf, zu denen sie rechtlich verpflichtet ist oder die für die Weiterführung notwendiger Ausgaben unaufschiebbar sind. Die Regelung ist lediglich für einen relativ kurzen Übergangszeitraum gedacht. Während der vorläufigen Haushaltsführung gem. § 82 GO NRW bleiben danach solche haushaltswirtschaftlichen Maßnahmen zulässig, die der rechtlichen Verpflichtungen der Gemeinde entsprechen. Der laufende Betrieb und die Unterhaltung von Versorgungs- und Verkehrseinrichtungen, von Spiel-, Sport- und Erholungseinrichtungen, von Schulen, kulturellen Einrichtungen usw. darf durch das Fehlen der haushaltsrechtlichen Grundlage nicht gefährdet werden.

Die gesetzliche Regelung bietet aber keine Möglichkeit, den haushaltsrechtlichen Begriff der „Weiterführung notwendiger Aufgaben“ einschränkend zu interpretieren, wenn sich eine Kommune über längere Zeit in einem haushaltslosen Zustand befindet. Andererseits hat die haushaltsrechtliche Befugnis zur Finanzierung der Weiterführung notwendiger Aufgaben nicht automatisch eine Fortschreibung des vorhandenen Zustands hinsichtlich des Bestandes der öffentlichen Einrichtungen der Kommune zur Folge.

Eine Verpflichtung zur Schließung von mehreren Schulen ergab sich auch nicht aus dem Grundsatz der Sparsamkeit der Haushaltsführung (§ 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW). Dafür ist der Gemeinde nämlich ein weitgehender Entscheidungsspielraum zuzubilligen. So kann sich eine Pflicht zur konkreten Einsparung im Einzelfall aus dem Grundsatz der Sparsamkeit der Haushaltsführung jedenfalls dann ergeben, wenn eine hinreichend gesicherte Tatsachengrundlage für die aus der Sparmaßnahme resultierenden Folgewirkungen vorhanden ist. Eine hinreichende Tatsachengrundlage für die Abschätzung der Folgewirkungen der verlangten Schulschließungen hatte aber der Gemeinderat verneint. So kam die Anordnung der Schulschließungen nicht in Betracht, sie war rechtswidrig.

Auch konnte die Aufsichtsbehörde die Anordnung nicht anstelle und auf Kosten der Gemeinde selbst durchführen. Die mit der Anordnung verfügte Festsetzung der Ersatzvornahme war unzulässig, weil die Ersatzvornahme erst durchgeführt werden darf, wenn die Gemeinde der Anordnung nicht innerhalb einer bestimmten Frist nachgekommen ist. Dafür hätte der Fristablauf abgewartet werden müssen. Bei einer Ersatzvornahme gibt es keine anerkannt rechtmäßige Praxis, das Zwangsmittel zugleich mit dem Grundverwaltungsakt festzusetzen.

F. O.

Verbot des Internet-Glücksspiels

(OVG Münster, Beschl. v. 30. 10. 2009 – 13 B 736/09)

Die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele im Internet mit der Möglichkeit, die Angebote in NRW abzurufen, kann durch Verfügung aufgrund des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) verboten werden.

Anmerkung:**I. Allgemeines zum Glücksspielrecht**

Das deutsche Glücksspielrecht enthält ein grundsätzliches Verbot in § 284 StGB. Es ist von dem Bestreben geprägt, allein den Staat als Veranstalter von Glücksspielen zuzulassen. Dieses – freilich nur unvollständig realisierte – Monopol soll den Einzelnen vor den Gefahren der Glücksspielsucht schützen, andererseits aber auch eine staatlich reglementierte Befriedigung des Spieltriebs ermöglichen. Im Übrigen ist das Gebiet des Glücksspielrechts stark zersplittert. Die Regelungen verteilen sich auf das Bundes- und Landesrecht. Das Recht der Glücksspielautomaten und Spielhallen ist in der Gewerbeordnung enthalten (§§ 33 c ff.), wobei die Föderalismusreform die Landeszuständigkeit für das Spielhallenrecht begründet hat (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Einzelheiten der Automaten Spiele (z. B. Gerätehöchstzahlen) werden in der SpielVO normiert. Die Rechtsstellung der Spielcasinos wird demgegenüber durch die Landesspielbankengesetze festgelegt, wobei sowohl das „Große Spiel“ (z. B. Roulette) als auch das „Kleine (Automaten-) Spiel“ in deutlicher Abweichung vom Spielhallenrecht reglementiert werden. Für Rennwetten und Lotterien gilt das Rennwett- und Lotteriegesez des Bundes. An diesem buntscheckigen Bild hat auch der GlüStV vom 30. Januar 2007 nichts geändert. Er reguliert allerdings (vorrangig) das Lotterie- und Sportwettenrecht sowie das Spielbankwesen. Nicht einbezogen sind nach wie vor das Recht der Glücksspielautomaten und das Recht der Pferdewetten. Die Länder haben auf der Grundlage des GlüStV Ausführungsgesetze erlassen (s. z. B. das GlüStV AC NRW vom 30. Oktober 2007). Mit dem GlüStV sollen die Vorgaben des BVerfG im Glücksspielurteil vom 28. 3. 2006 (NJW 2006, S. 1261) umgesetzt werden. Die gerichtlichen Auseinandersetzungen konzentrieren sich in letzter Zeit auf die Frage, ob das deutsche Glücksspielrecht mit den Grundfreiheiten des EGV (s. Art. 43 und 49) vereinbar ist. Das letzte Wort ist zwar in allen Details des nationalen Spielrechts noch nicht gesprochen worden, doch hat der EuGH mitgliedstaatliche Spielverbote grundsätzlich als gemeinschaftsrechtskonform eingestuft (NJW 2009, S. 3221).

II. Zum Sachverhalt der Entscheidung des OVG Münster

Die Antragstellerin (Ast.) ist nach eigenen Angaben der weltweit größte Veranstalter von Sportwetten. Sie bietet Sportwetten sowie weitere Glücksspiele (u. a. Casinospiele) auch über das Internet auf ihrer Seite www.bwin.com an. Dieses Angebot kann vom Gebiet des Landes NRW aus abgerufen werden. Mit Bescheid vom 30. 10. 2008 untersagte die Antragsgegnerin (Ag.) der Ast., mit den unter ihrer o. g. Domain abrufbaren Angeboten im Internet öffentliches Glücksspiel i. S. d. § 3 GlüStV zu veranstalten (Ziffer 1). Diese Anordnung sei innerhalb von vier Wochen nach Bekanntgabe dieses Bescheids zu erfüllen (Ziffer 2). Am 26. 11. 2008 hat die Ast. Klage erhoben und am 15. 12. 2008 um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Mit Beschluss vom 19. 5. 2009 hat das VG die aufschiebende Wirkung der Klage insoweit angeordnet, als sich die Regelungen der Ziffern 1 und 2 der Ordnungsverfügung auf Gebiete außerhalb von NRW erstreckten. Im Übrigen ist der Antrag abgelehnt worden. Beide Beteiligten haben gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt.

III. Zur Rechtslage:

Die Beschwerde der Ag. hatte Erfolg. Für die Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 VwGO kommt es maßgeblich darauf an, ob der angefochtene Bescheid sich (bei summarischer Prüfung) als rechtmäßig oder rechtswidrig erweist. Das OVG prüft die Ordnungsverfügung deshalb unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten:

1. Regelungsgehalt

Der Senat prüft zunächst die **räumliche Reichweite** des Verbots; das Gericht führt insoweit aus:

Der Regelungsinhalt eines Verwaltungsakts ist nach der im öffentlichen Recht entsprechend anwendbaren **Auslegungsregel** des § 133 BGB zu bestimmen. Hiernach ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Maßgeblich ist nicht, was die Behörde bei ihrer Erklärung gedacht hat (innerer Wille), sondern wie der **Adressat** die Erklärung unter Berücksichtigung der Begründung des Bescheides und der ihm sonst bekannten oder erkennbaren Umstände bei objektiver Würdigung verstehen musste (vgl. § 157 BGB). Bei verständiger Würdigung der streitigen Ordnungsverfügung wird der Ast. die Veranstaltung öffentlichen Glücksspiels im Internet lediglich insoweit untersagt, als das Angebot **in Nordrhein-Westfalen** abrufbar ist und damit vom Gebiet dieses Landes aus die Möglichkeit der Teilnahme eröffnet wird (vgl. § 3 Abs. 4 GlüStV). Der Entscheidungssatz in Ziffer 1 des Bescheidtenors enthält zwar keine räumliche Beschränkung des Inhalts, dass die Glücksspielveranstaltung lediglich in Nordrhein-Westfalen unterbunden werden soll. Eine entsprechende Eingrenzung lässt sich aber hinreichend deutlich aus der Begründung der Ordnungsverfügung entnehmen. Hiernach kommt es der Antragsgegnerin allein darauf an, dass die Spielangebote der Seite www.bwin.com im Internet "vom Gebiet des Landes NRW nicht mehr abrufbar sind" und dass die Veranstaltung von Glücksspielen "bezogen auf NRW vollständig" eingestellt wird. Weiter heißt es in den Bescheidgründen, es bleibe der Ag. überlassen, in welcher Form und über welche Maßnahmen sie diesem Verbot nachkomme. Die Ast. könne die Internetseite vollständig vom Netz nehmen oder z. B. über (die ausführlich beschriebene) Geolokalisation und/oder Festnetz- oder Handy-Ortung sicherstellen, dass nur Spieler Zugang haben, die sich nicht in NRW aufhalten. Durch diese Erläuterungen hat die Ag. unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sich ihre Verfügung trotz der offenen Tenorierung nur zur Abrufbarkeit des Internetangebots der Ast. innerhalb von NRW verhalten soll und dass keine Regelung in Bezug auf Gebiete außerhalb des Landes oder gar außerhalb Deutschlands beabsichtigt war.

2. Ermächtigungsgrundlage

a) Das Gericht sieht die **Rechtsgrundlage** für die Untersagungsverfügung in § 9 Abs. 1 GlüStV:

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GlüStV hat die Glücksspielaufsicht die Aufgabe, die Erfüllung der nach diesem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund dieses Staatsvertrags begründeten öffentlichen-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf hinzuwirken, dass

unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GlüStV kann die zuständige Behörde des jeweiligen Landes die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV kann sie insbesondere die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen (vgl. Art. 1 des Gesetzes des Landes NRW zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland).

b) Diese **Voraussetzungen** erfülle die von der zuständigen Ag. (vgl. § 1 Abs. 2 TMG) erlassene Untersagungsverfügung:

Die Ast. veranstaltet unter der Domain www.bwin.com in NRW **Glücksspiele**. Nach § 3 Abs. 1 GlüStV liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Satz 1). Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist (Satz 2). Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele (Satz 3). Nach § 3 Abs. 4 GlüStV wird ein Glücksspiel **dort veranstaltet und vermittelt**, wo dem Spieler die **Möglichkeit zur Teilnahme** geboten wird. Gemessen hieran veranstaltet die Ast. über ihre Internetseite www.bwin.com (auch) in NRW Glücksspiele. Das fragliche Internetangebot ist in NRW abrufbar; für die dargebotenen Spiele (u. a. Sportwetten und Casinospiele) wird für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt und die Entscheidung über den Gewinn hängt bei einem Großteil der angebotenen Spiele ganz oder jedenfalls überwiegend vom Zufall ab. Das Veranstalten öffentlicher Glücksspiele im Internet ist in NRW verboten und damit unerlaubt im Sinne von § 4 Abs. 4 GlüStV. Die einigen Glücksspielveranstaltern aufgrund des Gewerbegesetzes der DDR vom 6. März 1990 (GBl. DDR I S. 138) erteilten Gewerbe genehmigungen gelten in NRW nicht. Eine Pflicht zur Anerkennung der von anderen Mitgliedsstaaten erteilten Glücksspielerlaubnisse gibt es mangels Harmonisierung des Glücksspielrechts auf Gemeinschaftsebene ebenfalls nicht.

3. Bestimmtheitsgebot

Zu den allgemeinen Anforderungen an einen Verwaltungsakt gehört sein hinreichende **Bestimmtheit** (§ 37 Abs. 1 VwVfG NRW). Der Senat bejaht dies:

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung hinreichend klar, verständlich und in sich widerspruchsfrei ist. Davon ist auszugehen, wenn der Adressat und die mit dem Vollzug befasste Behörde und deren Organe aufgrund der Entscheidungssätze und der Begründung des Verwaltungsakts sowie der sonst für die Betroffenen erkennbaren Umstände ersehen können, was genau durch den Verwaltungsakt gefordert wird und gegebenenfalls zu vollstrecken ist. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts. Demnach ist ein Verwaltungsakt nicht schon dann unbestimmt, wenn seine Regelung für eine mit dem Glücksspielsektor nicht vertraute Person nicht ohne Weiteres verständlich ist. Entscheidend ist vielmehr, ob der **Adressat** und die mit dem **Vollzug befassten Behörden** den Entscheidungsinhalt aufgrund der Gesamtumstände des Einzelfalls zutreffend erfassen und ihr künftiges Verhalten danach ausrichten können.

Diesen Anforderungen genügt die in Ziffer 1 des Bescheidtenors verfügte Untersagung. Die Ast. und die mit dem Vollzug der Anordnung befassten Mitarbeiter der Ag. verfügen über die erforderliche Qualifikation, um auf der Grundlage des Tenors und der Begründung des Bescheids sowie der ihnen sonst bekannten Umstände, insbesondere der aussagekräftigen und im Bescheidtenor in Bezug genommenen Definition in § 3 Abs. 1 GlüStV, ersehen zu können, welche von der Ast. auf ihrer Internetseite angebotenen Spiele als Glücksspiele einzuordnen und damit von der Untersagungsverfügung umfasst sind. Im Übrigen ist bereits im Rahmen der Auslegung des Entscheidungsinhalts der Untersagungsverfügung dargelegt worden, dass mit ihr ersichtlich nur das Internet-Glücksspiel in NRW verboten wird.

4. Pflichtgemäße Ermessensausübung, Verhältnismäßigkeit

Die Ausübung des behördlichen Ermessens wird maßgeblich durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesteuert. Der Senat prüft beide Gesichtspunkt daher in einem Atemzug: Die Untersagungsverfügung ist **ermessensfehlerfrei** erlassen worden. Die Ag. hat von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht überschritten (§ 114 Satz 1 VwGO). Der Verwaltungsakt ist insbesondere **verhältnismäßig**.

Die Aufforderung, die Veranstaltung von Glücksspielen auf der Internetseite www.bwin.com in Nordrhein-Westfalen zu unterlassen, ist **geeignet**, um den Verstoß gegen § 4 Abs. 4 GlüStV auszuräumen. Die Untersagungsverfügung ist ein taugliches Mittel zur Umsetzung des in Rede stehenden Verbotens. Durch sie wird von der Ast. **nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches** verlangt, denn sie kann das fragliche Glücksspielangebot ohne Weiteres von ihrer Internetseite entfernen

Hinweis: Das OVG Lüneburg hält es demgegenüber für zweifelhaft, ob es zurzeit technisch möglich ist, ausschließlich Internetzugänge in einem einzelnen Bundesland (in concreto: Niedersachsen) zu sperren (NVwZ 2009, S. 1241). Ggf. sei aber eine bundesweite Sperrung über die wechselseitige Ermächtigung nach § 9 Abs. 1 Satz 4 GlüStV denkbar.

Darüber hinaus fördert die Untersagungsverfügung den mit ihr verfolgten Zweck, die fraglichen Glücksspielinhalte der Ast. in NRW (im Falle der Befolgung der Verfügung) nicht mehr abrufen zu können und damit dem gesetzlichen Verbot des Veranstaltens von Glücksspiel im Internet im konkreten Einzelfall Genüge zu tun.

Die Untersagung ist auch **erforderlich**. Ein mildereres, aber gleich geeignetes Mittel zur Umsetzung des Verbots der Veranstaltung von Glücksspielen im Internet ist nicht ersichtlich.

Die Maßnahme ist schließlich **angemessen**. Sie führt nicht zu einem Nachteil, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Das Unterlassen des Internetauftritts ist der Ast. auch in Ansehung der daraus resultierenden empfindlichen wirtschaftlichen Auswirkungen zumutbar. Ordnungsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, wenn die Ag. lediglich die Veranstaltung von Glücksspiel auf den Internetseiten der Ast. in NRW untersagt und es im Übrigen der Ast. überlässt, wie sie dem Verbot nachkommt. Selbst wenn der Untersagung nur dadurch Folge geleistet werden könnte, dass die Veranstaltung von Glücksspiel über das Internet insgesamt eingestellt werden müsste – wofür nach Lage der Akten allerdings nichts spricht –, wäre dies von der Ast. hinzunehmen. Der Umstand, dass die Ast. den gewählten Vertriebsweg über das Internet und

insbesondere die räumliche Beschränkbarkeit des Angebots derzeit technisch nicht oder nur mit erheblichem Kontroll- und Kostenaufwand hinreichend beherrschen können will, verpflichtet die Ordnungsbehörden nicht dazu, von einer Umsetzung des in § 4 Abs. 4 GlüStV verbindlich vorgegebenen (und strafrechtlich über § 284 StGB abgesicherten) Veranstaltungsverbots abzusehen und die in Rede stehenden Gefahren damit in geringerem Umfang zu bekämpfen, als dies nach den gesetzlichen Vorgaben erforderlich ist. Es liegt vielmehr allein im Verantwortungsbereich der Ast. als Glücksspielveranstalterin, dass ihr Internetangebot jedenfalls in NRW (und der Bundesrepublik Deutschland) nicht mehr erreichbar ist.

5. Vereinbarkeit mit Grundgesetz

Das Veranstaltungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot für Glücksspiele im Internet (§ 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 4 GlüStV) ist nach Ansicht des OVG mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Senat legt insbesondere dar, dass der Eingriff in die **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) der Veranstalter und Vermittler von Glücksspiel im Internet und der hierfür Werbenden verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist:

Das gesetzliche Verbot, Glücksspiele im Internet zu veranstalten und zu vermitteln sowie hierfür zu werben, dient **legitimen Gemeinwohlzielen**. Dabei ist im Ausgangspunkt zu beachten, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber, wenn er zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig wird, bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum belässt, der von den Gerichten bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zu beachten ist. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können. Hiervon ausgehend sind die mit dem Glücksspielstaatsvertrag und dem nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetz verfolgten Ziele nicht zu beanstanden. Die in Rede stehenden Regelungen dienen vorrangig dem Ziel, die Bevölkerung, insbesondere Kinder und Jugendliche, vor den Gefahren der Glücksspielsucht und der mit Glücksspielen verbundenen Folge- und Begleitkriminalität zu schützen. Damit werden **überragend wichtige Gemeinwohlziele** verfolgt, die selbst objektive Berufswahlbeschränkungen zu rechtfertigen vermögen. Insbesondere bei der Verhinderung von Glücksspielsucht und bei der wirksamen Suchtbekämpfung handelt es sich um besonders wichtige Gemeinwohlziele.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist angemessen. Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigen Gründen führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt ist. Sowohl das in § 4 Abs. 4 GlüStV verankerte Veranstaltungs- und Vermittlungsverbot für Glücksspiele im Internet als auch das in § 5 Abs. 4 GlüStV verankerte Werbeverbot sind angesichts des erheblichen Gefährdungspotenzials von Glücksspielen über das hier fragliche Medium nicht unangemessen. Insbesondere die **Besonderheiten des Glücksspiels** im Internet, namentlich dessen Bequemlichkeit und Abstraktheit, begünstigen problematisches Spielverhalten in entscheidender Weise. Deshalb dient der Ausschluss einer solchen Möglichkeit unmittelbar der Spielsuchtprävention und somit einem Gemeinwohlbelang von überragendem Rang, der auch einen derart schwerwiegenden Eingriff wie den vorliegenden zu rechtfertigen vermag.

6. Vereinbarkeit mit Europarecht

Nach Ansicht des OVG ist das Veranstaltungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot (§ 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 4 GlüStV) auch gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden:

Ein Verstoß gegen den hier in Rede stehenden **freien Dienstleistungsverkehr** (Art. 49 EG) liegt nicht vor. Durch das Verbot des Veranstaltens und Vermitteln von Glücksspiel im Internet und der Werbung hierfür wird der freie Dienstleistungsverkehr zwar beschränkt. Diese Beschränkung ist jedoch **gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt**. Das Verbot dient zunächst **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses**. Als solche sind der Verbraucherschutz, die Betrugsvermeidung, die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen anerkannt (vgl. EuGH, Urt. v. 6. 3. 2007 – Rs. C-338/04 – (Placanica), und v. 8. 9. 2009 – Rs. C-42/07 – (Liga Portuguesa)). Die Beschränkungen der §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 4 GlüStV sind gemeinschaftsrechtlich verhältnismäßig. Dabei ist im Ausgangspunkt zu beachten, dass die Regelung der **Glücksspiele** zu den Bereichen gehört, in denen **beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede** zwischen den Mitgliedsstaaten bestehen. In Ermangelung einer Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Gemeinschaft ist es Sache der einzelnen Mitgliedsstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben. Allein der Umstand, dass ein Mitgliedsstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedsstaat gewählt hat, kann keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedsstaates verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen. Der Sache nach ist den Mitgliedsstaaten (und den in ihm zuständigen Stellen) damit ein **Beurteilungsspielraum** eingeräumt.

Gemessen hieran sind die hier in Rede stehenden Vorschriften des GlüStV nicht zu beanstanden. Sie sind zunächst geeignet, die vom Land NRW geltend gemachten Ziele zu verwirklichen. Eine nationale Regelung ist **geeignet**, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Diese Anforderungen werden durch die in Rede stehenden Regelungen erfüllt. Das Verbot des Veranstaltens und Vermitteln von Glücksspielen über das Internet und die Werbung hierfür gilt für sämtliche unter den Glücksspielstaatsvertrag fallende Glücksspiele und damit auch für die dem Staatsmonopol bzw. Erlaubnisvorbehalt unterliegenden Glücksspiele. Die Regelung ist demnach konsequent und in sich widerspruchsfrei an der Spielsucht- und Betrugsbekämpfung durch Internet-Glücksspiel ausgerichtet. Die Verbote gem. § 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 4 GlüStV gelten zwar nicht für das Veranstalten, Vermitteln und Werben für Pferdewetten, die weiterhin (auch) über das Internet angeboten werden können. Dies führt indessen nicht zur Gemeinschaftswidrigkeit der hier in Rede stehenden Regelungen. Aus dem weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedsstaaten folgt – auch und gerade in einem föderalen System wie dem der Bundesrepublik – eine Berechtigung zu sektoralen Unterscheidungen zwischen den einzelnen Glücksspielbereichen. Eine solche Differenzierung setzt nach der Rechtsprechung des Senats gemeinschaftsrechtlich lediglich voraus, dass die einzelnen sektorspezifischen Regelungen der vorgegebenen

Zielsetzung entsprechen, jede Regelung für sich betrachtet geeignet und erforderlich ist und die sektorspezifischen Regelungen zueinander nicht in einem krassen Missverhältnis stehen.

Die Regelung ist auch **erforderlich** im gemeinschaftsrechtlichen Sinne. Angesichts der mit dem Glücksspiel über das Internet einhergehenden Sucht- und Kriminalitätsgefahren und der konsequenten Ausrichtung des vom Land NRW zu verantwortenden Glücksspielrechts an der Bekämpfung dieser Risiken ist es nicht zu beanstanden, wenn das Land im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz und des ihm einzuräumenden Bewertungsspielraums die Glücksspielmöglichkeit über das Internet und die Werbung hierfür generell verbietet. Eine gleich geeignete, die Glücksspieldienstleister aber weniger belastende Regelung ist nicht ersichtlich.

Die Regelung ist zudem **nicht diskriminierend**. Das Verbot, Glücksspiel im Internet zu veranstalten und zu vermitteln sowie hierfür im Internet zu werben, gilt unterschiedslos sowohl für in Deutschland als auch für in anderen Mitgliedsstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer.

J.V.

Anspruch auf Regenwassernutzung

(VGH München, Urt. v. 8.7.2009 – 4 BV 08.1220)

Ein Anspruch auf Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang für Trinkwasser besteht für den Wasserbedarf zur Gartenbewässerung, zur Toilettenspülung und auch für die Waschmaschine.

(Nichtamtl. Leitsatz)

Anmerkung:

Allgemein besteht die Pflicht, das auf einem Grundstück benötigte Trinkwasser aus der öffentlichen Wasserversorgung zu beziehen. Dies wird durch die örtliche Wassersatzung angeordnet. Dabei handelt es sich um den Anschluss- und Benutzungszwang. Jedoch kann davon unter Umständen eine Teilbefreiung erreicht werden. Sie kann beispielsweise beantragt werden für die Gartenbewässerung, die Toilettenspülung und die Waschmaschine.

Mit einem solchen Sachverhalt hat sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof befasst. In dem konkreten Fall hatte ein Grundstückseigentümer bei der Gemeinde die Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang für die Gartenbewässerung und die Toilettenspülung erreicht, nicht aber für die Waschmaschine.

Nach der Auffassung des Gerichts stand die Trinkwasserverordnung 2001 der Befreiung nicht entgegen. Sie enthält kein Verbot, eine Waschmaschine mit Regenwasser zu betreiben. Die Trinkwasserverordnung enthält auch kein Gebot an jeden einzelnen Bürger, zu bestimmten Zwecken ausschließlich Wasser bestimmter Qualität zu verwenden.

Nach der Auffassung des Gerichts stehen einer Teilbefreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang für Wasser aber auch nicht allgemeine Gründe der Volksgesundheit entgegen. Dies würde nur in Frage kommen, wenn für den Verbrauchszweck, für den die Befreiung beantragt wird, Trinkwasser erforderlich und die Versorgung mit solchem Wasser nur durch die Benutzung der öffentlichen Wasserversorgung gewährleistet ist. Nach den vorliegenden Erkenntnissen ist für das Wäschewaschen Wasser in Trinkwasserqualität aber nicht erforderlich, da eine Gesundheitsgefährdung durch den Betrieb der

Waschmaschine mit Wasser aus einer Regenwassernutzungsanlage nicht feststellbar ist. Die Restverkeimung von mit Regenwasser gewaschener Wäsche entspricht nach wissenschaftlichen Erkenntnissen derjenigen Restverkeimung von mit Trinkwasser gewaschener Wäsche.

F. O.

Waren und Gastronomie auf dem Bürgersteig

(VG Stuttgart, Urt. v. 15.9.2009 – 13 K 1166/09)

Ein Fußweg kann durch eine Sondernutzung für das Herausstellen von Waren oder Gastronomie-Inventar nur in dem Umfang in Anspruch genommen werden, wie vorrangige Interessen nicht entgegenstehen.

(Nichtmatl. Leitsatz)

Anmerkung:

Die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze stehen jedem zur Benutzung zur Verfügung, was als sogenannter Gemeingebrauch bezeichnet wird. Grenzen für die Benutzung ergeben sich aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen, wie z. B. der Straßenverkehrsordnung, und ergänzenden Bestimmungen der Gemeinde über die Art der Benutzung; beispielsweise kann auf einem Bürgersteig nicht geparkt werden. Es liegt auf der Hand, dass Betriebe unter Umständen daran interessiert sind, die vor den Räumlichkeiten liegende Fläche geschäftlich zu benutzen. Dabei handelt es sich aber um eine sogenannte Sondernutzung, für die eine Erlaubnis bei der Gemeinde eingeholt werden muß, wenn die Inanspruchnahme flächenmäßig nicht gerade ganz unbedeutend ist und von der Gemeinde ohne weiteres zugelassen wird.

Bei der Entscheidung über eine beantragte Sondernutzungserlaubnis ist eine Ermessensausübung notwendig, die sich auf alle wegerechtlich bedeutsamen Erwägungen stützt. Hierzu gehören neben den Belangen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie sonstigen unmittelbar auf den Straßengrund bezogene sachlichen Erwägungen – insbesondere bei Fußgängerzonen – auch städtebauliche und baugestalterische Belange. Solche städtebaulichen und baugestalterischen Gesichtspunkte können insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie einen sachlichen Bezug zur Straße haben und ein Gestaltungskonzept der Gemeinde vorliegt, das allerdings konkret sein muß. Die Gemeinde hat hier eine straßenrechtliche Gestaltungsfreiheit, die der Gemeinderat anwenden muß, wenn er die Benutzungsregelung festlegt. Dabei kann es sich um eine Satzung oder um eine Sondernutzungsrichtlinie handeln. Dadurch kann das Bild geordnet und ausufernden Sondernutzungen entgegengewirkt werden, damit für Fußgänger ausreichend Raum zur Verfügung steht. Auch kann auf ein einheitliches Stadtbild hingewirkt werden.

Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts kann vorgesehen werden, dass die Präsentation flächenmäßig stark begrenzt wird, wenn dafür eine Notwendigkeit besteht. Daran fehlt es, wenn der Bürgersteig verhältnismäßig breit ist und kein starker Fußgängerverkehr in Frage kommt.

Nach der Auffassung des Gerichts muß eine Tiefenbegrenzung von 1 m auch nicht für die Gastronomie gelten. Bei der jahreszeitlich und teilweise auch tageszeitlich beschränkten Außengastronomie einerseits und der Warenpräsentation von Geschäften andererseits handelt es sich um unterschiedliche Sachverhalte, die demzufolge auch

unterschiedlich geregelt werden dürfen. Auch kann in der Nachbarschaft eine andere Tiefenbegrenzung in Frage kommen, wenn dort anderweitige Verhältnisse vorliegen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung.

F. O.

Entnahme einer Speichelprobe zwecks Aufklärung eines Tötungsdelikts

(LG Bielefeld, Beschl. v. 29.9.2010 – 10 Qs 404/10 u. 10 Qs 405/10)

1. Ein Anfangsverdacht, der die Entnahme einer Speichelprobe gem. den §§ 81a, 81e StPO rechtfertigt, lässt sich nicht damit begründen, dass der Betroffene eine freiwillige Teilnahme an einer DNA-Untersuchung abgelehnt hat.

2. Ob es einen Tatverdacht i.S. der Anordnungsvoraussetzungen verstärken kann, wenn aus einer Menge nach abstrakten Grundsätzen Tatverdächtiger sich ein kleiner Teil zu einer freiwilligen Speichelprobe nicht bereit erklärt, ist eine Frage des Einzelfalles; erforderlich sind jedenfalls verdachtsbegründende Kriterien in der Person der Betroffenen.

3. Ein Anfangsverdacht kann nicht daraus abgeleitet werden, dass der Betroffene Angaben hinsichtlich seines Alibis verweigert hat bzw. kein Alibi hat.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

Nach dem Tötungsdelikt an einer Frau in der Stadt G wurde ein polizeiliches Täterprofil erstellt, das u. a. die folgenden Merkmale enthält: männlicher Einzeltäter, eher keine Täter-Opfer-Beziehung, keine Eingrenzung des Täteralters möglich, regionale Bezüge des Täters vorhanden, polizeiliche Vorerkenntnisse möglich. Eine molekulargenetische Reihenuntersuchung, die sich auf alle männlichen Personen zwischen 14 und 80 Jahren im Raum G erstreckte, ergab keinen „Treffer“. Insgesamt 27 Personen verweigerten die Abgabe einer (freiwilligen) Speichelprobe. Einer von diesen ist der Beschwerdeführer (B). Daraufhin erwirkte die Polizei eine amtsrichterliche Anordnung der körperlichen Untersuchung des B zur Entnahme einer Speichelprobe oder zur Durchführung eines anderen körperlichen Eingriffs zur Gewinnung von Körperzellen (s. Leitsatz 1). In Ausführung dieser Anordnung drang die Polizei in die Wohnung des B ein. B wurde aufgrund seines Verhaltens (Weigerung, ein Küchenmesser auf den Boden zu legen) gewaltsam zur Polizeiwache verbracht, wo eine Speichelprobe entnommen wurde. Gegen den amtsgerichtlichen Beschluss hat B erfolgreich Beschwerde eingelegt. Nach Auffassung des LG war B **kein Beschuldigter** i. S. des § 81a StPO. Diese Eigenschaft setzt einen **Tatverdacht** voraus. Der Verdacht muss zwar keinen besonderen Grad erreichen, jedoch in konkreten Tatsachen bestehen. Dieser Anfangsverdacht sei – so das LG – nicht mit der Erwägung zu begründen, B habe nicht freiwillig an der DNA-Untersuchung mitgewirkt. Dem ist zuzustimmen; sie ist rechtsstaatswidrig und steht im Widerspruch zu dem auf dem **Freiwilligkeitsprinzip** beruhenden Reihengentest des § 81h StPO (s. auch Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl. 2010, § 81h Rn. 16). Zwar erfüllte B die eingangs geschilderten Rastermerkmale. Diese sind indessen so allgemein, dass damit im Wesentlichen nur

weibliche Personen als Täter ausgeschlossen werden können. Zwar hatte B in den 60iger Jahren in der Nähe des Tatopfers gewohnt. Dieser Umstand stellt jedoch nach Ansicht des LG kein Verdachtsmoment dar, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass B die Getötete überhaupt gekannt habe.

Das LG hat demgemäß die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen festgestellt. Das gleichwohl gewonnene Material dürfte – mangels rechtfertigender Einwilligung des B – unverwertbar sein. Ein anderes Ergebnis wäre mit dem Lösungsgebot des § 489 Abs. 2 StPO im

Falle einer unzulässigen Speicherung nicht vereinbar. Dies gilt um so mehr, als z. B. in § 24 Abs. 1 PolG NRW ein striktes Verwendungsverbot normiert ist: Danach dürfen nur rechtmäßig erhobene Daten verarbeitet, d. h. genutzt werden.

J.V.

Autoren der Rechtsprechungsbeiträge:

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

Schrifttum

Hebrant/Hecker/Maaßen, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2010, 626 Seiten, kart. € 32,-, Kohlhammer, ISBN 978-3-17-021288-6

Die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift“ zum AufenthG löst die seit 2005 geltenden Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesinnenministeriums ab, die nur informellen Charakter hatten. Die Verwaltungsvorschrift ist naturgemäß für das Verständnis und die Anwendung des Gesetzes für die damit befassten Personen – Verwaltungsbeamte, Anwälte, Richter – unentbehrlich. Mit der vorliegenden Textausgabe steht ein ausgezeichnetes Hilfsmittel für die Arbeit mit der Verwaltungsvorschrift zur Verfügung. Sinnvollerweise ist das AufenthG in paragrafenweiser Zuordnung aufgenommen worden, und auch ein Abkürzungs- und Stichwortverzeichnis fehlt nicht.

Fazit: Die Textausgabe dürfte zum Standardrepertoire aller gehören, die Rechtsfragen aus dem Bereich des AufenthG lösen müssen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Detterbeck, Öffentliches Recht im Nebenfach, 2. Aufl. 2010, 354 Seiten, kart., € 22,00, Verlag Franz Vahlen, ISBN 978-3-8006-3777-5

Das Erscheinen der zweiten Auflage nach nur rd. einem Jahr ist Beweis dafür, dass das Buch den Zuspruch der Zielgruppe gefunden hat: Studierende in den Fächern Wirtschaftswissenschaften, Soziologie, Politikologie und Geographie (Verlagswerbung), die sich mit dem öffentlichen Recht nur im Rahmen eines Nebenfachs beschäftigen müssen. Auf rd. 280 Seiten stellt der Autor (Hochschullehrer in Marburg und Richter am Hess. Staatsgerichtshof) die Grundstrukturen des Staatsrechts, des allgemeinen Verwaltungsrechts – einschließlich des Verwaltungsprozessrechts und Staatshaftungsrechts sowie des Europarechts – dar. 10 Klausurfälle mit Lösungen nehmen weitere knapp 70 Seiten des Buches ein. Die Darstellung wird aufgelockert durch Prüfschemata und graphische Übersichten. Zentrale Aussagen („Merksätze“) sind farblich unterlegt und damit auch optisch hervorgehoben. Trotz der sehr komprimierten Darstellung bietet das Buch fundierte Informationen und vermittelt den Leserinnen und Lesern die notwendigen Kenntnisse für die klausurmäßige Bearbeitung einfacher Fälle. Für Jura-Studenten und für die Absolventen von Fachhochschulen, bei denen das öffentliche Recht einen Schwerpunkt bildet, ist das Werk naturgemäß nur begrenzt geeignet. Für eine schnelle Repetition kann es gute Dienste leisten.

Fazit: Eine sehr gelungene Einführung in die Grundlagen des öffentlichen Rechts, die Studierenden mit diesem Nebenfach ohne Einschränkungen empfohlen werden kann.

Reg.- Dir. G. Haurand, Bielefeld

Zimmermann, Betreuungsrecht von A-Z, 4. Aufl. 2011, 357 Seiten, kart., € 19,90, C. H. Beck, ISBN 978-3-423-05630-4

Das Betreuungsrecht hat angesichts von ca. 1,2 Mio. Betreuungen eine erhebliche praktische Bedeutung. Angesichts der zunehmenden Überalterung der Gesellschaft wird dieses Rechtsgebiet noch wichtiger werden. Es besteht daher ein entsprechender Bedarf an Erläuterungsbüchern, die auch für Laien verständlich sind. Mit dem – in der Reihe „Beck-Rechtsberater“ erschienenen – Buch des ehemaligen Vizepräsidenten des LG Passau und Honorarprofessors Zimmermann steht ein solcher Ratgeber zur Verfügung. Das Buch enthält Erläuterungen zu rd. 450 Stichwörtern zu allen wesentlichen Fragen der Betreuung. Darüber hinaus finden sich zahlreiche Beispiele und tabellarische Übersichten. Die aktuelle Auflage hat den Rechtsstand September 2010. Die Abschaffung des Vormundschaftsgerichts und das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind damit berücksichtigt.

Fazit: Das Buch ist eine hervorragende Hilfe für jeden der sich schnell und zuverlässig über eine Frage aus dem Betreuungsrecht informieren will.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Bohnert, OWiG, Kommentar, 3. Aufl. 2010, 726 Seiten, in Leinen, € 42,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-60994-7

Die Neuauflage des bewährten Praktiker-Kommentars geht mit der Zeit. Der Autor hat nunmehr darauf verzichtet, die Rechtsquellen, auf die das OWiG verschiedentlich Bezug nimmt, anhangsweise beizufügen. Für diese Entscheidung gibt es gute Gründe. Über § 46 Abs. 1 OWiG finden zahlreiche Normen der StPO Anwendung, so dass eine auch nur annähernd erschöpfende Aufnahme dieser Bestimmungen das Buch unhandlich machen würde. Viele Normen lassen sich im Internet problemlos auffinden; entsprechende Fundstellen werden im Vorwort angegeben.

Um mit dem Äußerlichen zu beginnen: Das Druckbild wirkt frisch, Leitbegriffe werden optisch durch Fettdruck hervorgehoben, Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur sind konsequent in die Fußnoten verbannt. Dem Lesekomfort dient es auch, dass Leitbegriffe optisch durch Fettdruck hervorgehoben sind. Auch in der Sache überzeugt die Kommentierung. Bohnert bedient sich einer klaren und präzisen Sprache und bietet an besonders erläuterungsbedürftigen Stellen genügend praktische Beispiele zur Verdeutlichung. Die Bezüge zu anderen Regelwerken (insbesondere zur StPO, aber auch z. B. zur AO) werden nicht vernachlässigt. Soweit landesrechtliche Vorschriften eine Rolle spielen (z. B. bei der sachlichen Zuständigkeit gem. § 36 OWiG) wird hierauf Bezug genommen (Rn. 12).

Fazit: Ein praxisnaher, gut verständlicher Kommentar, der in glücklicher Weise Praxisnähe und wissenschaftliche Genauigkeit verbindet. Sehr empfehlenswert!

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, 356 Seiten, kart., € 19,90, Kohlhammer, ISBN 978-317-021414-9

Die „Einführung“ von Karl Engisch ist erstmals 1956 erschienen. Es gehört zu den Klassikern der Methodenliteratur. Der Rezensent selbst hat eine der früheren Auflagen benutzt, um die Methodensicherheit zu steigern. Der Begründer des Werkes ist 1990 verstorben. Thomas Würtenberger und Dirk Otto haben 1996 die Neubearbeitung übernommen. Ihr Ziel war es, das „Original“ möglichst nicht zu verändern, sondern nur behutsam weiterzuentwickeln, d. h. an den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und wissenschaftlicher Theorie anzupassen.

Die Bearbeiter hatten vor allem einen ausufernden und daher nicht sehr gut lesbaren Anmerkungsapparat zurück zu schneiden. Diese Eingriffe haben dem Werk gut getan – es wirkt genau so frisch und überzeugend wie vor mehr als 50 Jahren. In acht Kapiteln wird der Leser mit der juristischen Methodik vertraut gemacht. Im Mittelpunkt stehen die für jeden Rechtsanwender unabdingbaren Methoden der Auslegung und Subsumtion sowie der Lückenergänzung und Berichtigung fehlerhaften Rechts. Auf rd. 25 sehr lesenswerten Seiten wird zudem ein Ausflug in den Bereich der Rechtsphilosophie unternommen, der Lust auf weitere Beschäftigung mit diesem für viele Studierende sperrigen Gebiet macht. Entsprechend dem fachlichen Interesse von Engisch sind die meisten Ausführungen und Beispiele im Strafrecht verankert. Das tut dem Nutzen des Buches indessen keinen Abbruch, weil es grundlegende Dinge behandelt, die auch im Zivilrecht und im öffentlichen Recht gültig sind. Dies gilt beispielsweise für das Kapitel über unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen.

Fazit: Ein Buch, das trotz seines Alters dank gelungener Aktualisierung keine Patina angesetzt hat. Es bietet einen vorzüglichen Einblick in die juristische Methodik und zugleich eine anregende Lektüre sowohl für Studierende als auch für gestandene Praktiker, die sich nochmals mit den Grundlagen ihres Fachgebiets auseinandersetzen wollen.

Prof. Dr. J. Vahle, Bielefeld

Wiegand (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Sachsen-Anhalt, 18. Ergänzungslieferung, 1.666 Seiten, Format 16,5 x 23,5 cm, Loseblattausgabe, € 92,00, Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden

Neben der Aktualisierung und Ergänzung der Kommentierung zur Gemeindeordnung (insbesondere der haushaltsrechtlichen Bestimmungen), ist die Erweiterung der Kommentarsammlung um das Verbandsgemeindengesetz Schwerpunkt dieser Nachlieferung.

Saenger (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 4. Aufl. 2011, 3.188 Seiten, geb., € 89,00, Nomos, ISBN 978-3-8329-58695

Knapp zwei Jahre sind nach dem Erscheinen der dritten Voraufgabe verstrichen. Die Neuauflage war nicht zuletzt durch diverse gesetzliche Neuregelungen – insbesondere auf dem Gebiet des Vollstreckungsrechts (s. z. B. zum Kontopfändungserschutz) – erforderlich geworden. Bei unverändertem Preis ist der Umfang erneut gewachsen (ca. 100 Seiten). Die Vorzüge des trotz der hohen Seitenzahl sehr handlichen Werkes sind auch in dieser Fachzeitschrift gerühmt worden (DVP 4/2010, S. 175). Hierzu gehört insbesondere die einheitliche Gestaltung des Werkes, die es einfach macht, sich mit dem Kommentar vertraut zu machen. Auch aus Sicht eines Verwaltungsjuristen ist eine Kommentierung des Zivilprozessrechts eine sinnvolle Ergänzung jeder gut sortierten Bibliothek. Dies folgt schon daraus, dass die VwGO eine Generalverweisung auf die ZPO enthält (§ 173). Zahlreiche Rechtsinstitute sind den Vorbildern im Zivilprozessrecht nachgebildet (s. z. B. die einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO).

Fazit: Dem Votum zur Voraufgabe (ein „fundierter, praxisorientierter und auch preislich attraktiver Kommentar“) ist nichts hinzuzufügen

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Schmidbauer/Steiner, *Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz*, Kommentar, 3. Aufl. 211, 913 Seiten, in Leinen, € 52,00, C. H. Beck, ISBN 978-3-406-61167-4

Ca. fünf Jahre nach der Voraufgabe ist der Kommentar neu verlegt worden. Das Werk ist um rd. 140 Seiten gewachsen, der Preis nur maßvoll erhöht worden.

Es waren weniger gesetzgeberische Aktivitäten als die Rechtsprechung – insbesondere des Bundesverfassungsgerichts –, die eine Aktualisierung erforderlich machte. Zu nennen sind hier beispielsweise die grundlegenden Entscheidungen zur Rasterfahndung, zur Online-Durchsuchung und zur Vorratsdatenspeicherung. Auch wenn diese Judikate nicht unmittelbar das allgemeine Polizeirecht betreffen, beeinflussen sie doch maßgeblich die Auslegung und Handhabung der Befugnissnormen zur Gefahrenabwehr. Nach wie vor bildet das BayPAG den Schwerpunkt der Darstellung (S. 1 bis 750). Die übrigen Seiten sind der Erläuterung des POG gewidmet.

Über die (gelungene) äußere Form und das benutzerfreundliche System (Übersichten, Randnummern) braucht wohl kein Wort mehr verloren zu werden – hier hat sich gegenüber der Voraufgabe wenig geändert. Die Kommentierung selbst hält eine ausgewogene Balance zwischen Praxis und Wissenschaft.

Die Erläuterungen sind gut verständlich, durch zahlreiche Beispiele ergänzt und übersichtlich strukturiert. Dabei wird zuweilen ein fast monographischer Umfang erreicht.

Fazit: Für jeden, der sich mit den Regelungen des bayerischen Polizeirechts zu befassen hat, ist der „Schmidbauer/Steiner“ ein unverzichtbares Hilfsmittel.

Reg.-Dir. G. Haurand, Bielefeld

Herausgeber:

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

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Eichhorn*
Präsident der SRH Hochschule Berlin und Präsident des Bundesverbandes
Deutscher Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademien e.V., Frankfurt a. M.

Ltd. Kreisrechtsdirektorin *Patricia Florack*
Leiterin des Rheinischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Köln

Dr. *Holger Franke*
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Güstrow

Verwaltungsdirektor *Ernst Halle*
Studienleiter der Verwaltungsakademie Schleswig-Holstein, Bordesholm

Verwaltungsdirektor Dr. *Wolfgang Harmgardt*
Fachbereichsleiter Allgemeine Innere Verwaltung an der Fachhochschule des
Bundes für öffentliche Verwaltung, Brühl

Ltd. Verwaltungsdirektor *Herbert Heidler*
Studienleiter und Geschäftsführer des Südwestfälischen Studieninstituts
für kommunale Verwaltung, Hagen

Ltd. Regierungsdirektor *Johannes Heinrichs*
Leiter des Instituts für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Hilden

Prof. Dr. *Ulrike Hermann*
Fachhochschule Osnabrück, Studiengangsbeauftragte BA-Studiengang
„Öffentl. Verwaltung“

Dr. *Marita Heydecke*
Leiterin der Landesakademie für öffentliche Verwaltung Brandenburg,
Königs Wusterhausen

Prof. Dr. *Michael Jesser*
Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen
und Leiter des Standortes Braunschweig des Niedersächsischen
Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Braunschweig

Bürgermeister der Stadt Darmstadt a.D. *Horst Knechtel*
Schulleiter und Verbandsgeschäftsführer des Hessischen Verwaltungsschul-
verbandes, Darmstadt

Prof. Dr. *Michael Koop*
Präsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen und
Leiter des Niedersächsischen Studieninstituts für kommunale Verwaltung,
Hannover

Ltd. Direktor *Klaus-Jochen Lehmann*
Leiter und Hauptgeschäftsführer des Westfälisch-Märkischen Studieninstituts
für kommunale Verwaltung, Dortmund
Vorstandsvorsitzender der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Westfalen-Mitte

Prof. Dr. *Rainer O. Neugebauer*
Gründungsdekan des Fachbereichs Verwaltungswissenschaften der Hoch-
schule Harz, Halberstadt

Udo Post

Vizepräsident der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen
und Leiter des Standortes Oldenburg des Niedersächsischen
Studieninstituts für kommunale Verwaltung, Oldenburg

Studienleiterin *Gabriele Reichel*
Leiterin des Studieninstituts für kommunale Verwaltung Sachsen-Anhalt,
Magdeburg

Staatssekretärin *Cornelia Rogall-Grothe*
Bundesministerium des Innern, Berlin
Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik

Prof. Dr. *Utz Schliesky*
Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages und Geschäftsführendes
Vorstandsmitglied des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissen-
schaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Dr. *Ludger Schrapper*
Präsident der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW,
Gelsenkirchen

Ltd. Verbandsverwaltungsleiter *Jörg Siekmeier*
Leiter des Kommunalen Studieninstituts Mecklenburg-Vorpommern,
Greifswald

Regierungsdirektor *Reiner Stein*
Leiter des Ausbildungsinstituts an der Fachhochschule für öffentliche
Verwaltung und Rechtspflege in Güstrow

Prof. Dr. *Udo Steiner*
Universität Regensburg, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

Karl Wagner
Präsident der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung, Altenholz

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

Verwaltungsstudiendirektor Dipl. Volkswirt *Reinhard Wegener*
Studienleiter der Verwaltungsseminare Frankfurt a. M. und Darmstadt

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

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

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

Dr. *Göttrik Wewer*, Geschäftsführer der Nationalen Anti-Doping-Agentur