

**Lösungsvorschlag Fortbildungsprüfung
zum/zur Verwaltungsfachwirt/in 2021
16. November 2021**

Fach: Allgemeines Verwaltungsrecht unter Einbeziehung des Besonderen Verwaltungsrechts I

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe.

Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und –bewertung.

Aufgabe 1:

(45 Punkte)

Sind die Verweigerung der Aufnahme in die Tagesordnung und der Sitzungsausschluss des Huber rechtmäßig?

Lösungsvorschlag:**Verweigerung der Aufnahme in die Tagesordnung**

Formelle Voraussetzungen: Nach § 36 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO wird die Tagesordnung grundsätzlich vom Bürgermeister aufgestellt. Nach § 36 Abs. 5 Satz 1 SächsGemO ist auf Antrag von mindestens einem Fünftel der Gemeinderäte ein Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung spätestens der übernächsten Sitzung des Gemeinderats zu setzen.

Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO besteht der Gemeinderat aus den Gemeinderäten und dem Bürgermeister als Vorsitzendem. Nach Abs. 2 beträgt die Zahl der Gemeinderäte in Flachheim 12. Huber wird von neun weiteren Mitgliedern unterstützt, so dass das vorgesehene Quorum erreicht ist.

Materielle Voraussetzungen: Nach § 36 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz in Verbindung mit Abs. 3 Satz 5 SächsGemO muss der beantragte Tagesordnungspunkt in das gemeindliche Aufgabengebiet fallen. Nach § 28 Abs. 2 Nummer 14 SächsGemO ist der Gemeinderat zuständig für die Verfügung über Gemeindevermögen, das für die Gemeinde von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist, und nach Nummer 15 über die Errichtung von öffentlichen Einrichtungen. Des Weiteren handelt es sich bei der Errichtung des Freibades um eine freiwillige Aufgabe, so dass § 28 Abs. 2 Nr. 3 SächsGemO greift.

Die Beteiligung an den Einnahmen der Windkraftanlagen stellt in Aussicht genommenes Gemeindevermögen dar, das für die Gemeinde von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein wird. Darüber hinaus ist der Gemeinderat für die Errichtung des Freibads als öffentliche Einrichtung zuständig.

Fuchs muss den beantragten Tagesordnungspunkt spätestens auf die übernächste Sitzung nehmen.

Sitzungsausschluss des Huber

Für den Ausschluss des Huber kommt § 38 Abs. 1 Satz 2 SächsGemO in Betracht. Danach übt der Bürgermeister die Ordnungsgewalt und das Hausrecht aus. Als spezielle Regelung gilt für Gemeinderäte § 38 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO. Der Bürgermeister kann bei grobem Verstoß gegen die Ordnung einen Gemeinderat aus dem Beratungsraum verweisen. Es muss sich bei dem Verhalten von Huber um einen groben Verstoß gegen die Ordnung handeln. Ein solcher liegt vor, wenn der Gemeinderat in besonders hohem Maße den Ablauf der Sitzung stört. Dies liegt mit den beleidigenden Äußerungen und dem haltlosen Vorwurf über die Verwendung der finanziellen Mittel durch das EEG vor.

Fraglich ist, ob Fuchs das bestehende Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat. Grundsätzlich ist in § 38 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO eine Verweisung aus dem Beratungsraum von der Rechtsfolgenseite der Norm gedeckt. Der Rauswurf ist also geeignet, um die Ordnung der Sitzung wiederherzustellen. Zweifel bestehen an der Erforderlichkeit: Fuchs hätte es zunächst mit der Androhung der Hinausweisung versuchen können. Es gab somit ein mildereres gleich geeignetes Mittel. Die Maßnahme war nicht erforderlich und demzufolge ermessensfehlerhaft. Damit war es rechtswidrig, Huber aus dem Beratungsraum zu verweisen.
(a. A. ebenfalls vertretbar; mehrfache Ordnungsrufe sind ausreichend).

Aufgabe 2:

(50 Punkte)

Hat der Rechtsbehelf von Astrid Selber und ihrem Sohn Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag:**Schreiben der Astrid Selber****Zulässigkeit des Widerspruchs/einer Klage**Anmerkung:

Mit Fortsetzungsfeststellungswiderspruch wird ein Widerspruch bezeichnet, der eingelegt wird, nachdem der Verwaltungsakt sich erledigt hat. Umstritten ist, ob ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch Voraussetzung für eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist. Die Rechtsprechung und mit ihr die h.M. lehnt das ab und hält einen Widerspruch für unzulässig, da eine Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht Aufgabe der Behörde und auch nicht vom gleichen Gewicht wie die Feststellung durch ein Gericht sei (BVerwG 26, 156; BVerwGE 81, 226). Die andere Ansicht misst dem Widerspruch die gleiche Funktion wie einem Urteil zu und bejaht die Notwendigkeit (Kopp/Schenke VwGO vor § 68 Rn. 2).

Es werden daher sowohl die Prüfung des Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs als auch die der Fortsetzungsfeststellungsklage als korrekt gewertet.

Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog

Die vorliegende Streitigkeit über die Zulassung zur Benutzung des Freibads, einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde Flachheim, ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, weil die Satzung sich verpflichtend an die Gemeinde wendet. Das Vorliegen einer Benutzungssatzung lässt den Schluss auf einen öffentlich-rechtlichen Charakter zu. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog sind erfüllt. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

Statthafter Rechtsbehelf

Ein Anfechtungswiderspruch nach §§ 68 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO analog könnte statthaft sein. / Die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO könnte statthaft sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt wird. Dann müsste die Verweisung aus dem Bad durch den Bademeister ein belastender, nicht erledigter Verwaltungsakt sein.

Nach § 35 Satz 1 VwVfG ist Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG. Das Freibad ist als unselbständige Betriebseinheit der Gemeinde als Behörde im Sinne der Vorschrift anzusehen. Der Bademeister handelte als Amtswalter der Gemeinde. Dessen mündliche Verweisung stellte einen belastenden Verwaltungsakt dar. Nach § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG kann ein Verwaltungsakt auch mündlich erlassen werden.

Astrid Selber hat mit ihrem Sohn das Freibad verlassen, so dass eine Erledigung des Verwaltungsaktes eingetreten ist. Damit ist ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch/Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft.

Widerspruchsbefugnis/Klagebefugnis

Frau Selber muss geltend machen, dass sie und ihr Sohn nach § 42 Abs. 2 VwGO analog (§ 42 Abs. 2 VwGO bei der Klagebefugnis) möglicherweise in ihren Rechten verletzt sind. Nach § 10 Abs. 2 SächsGemO besteht ein kommunales Benutzungsrecht am Freibad. Danach sind die Einwohner im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde nach gleichen Grundsätzen zu benutzen. Frau Selber und ihr Sohn sind Einwohner von Flachheim und somit widerspruchs- und klagebefugt.

Widerspruchsfrist/Klagefrist und Form

Die Einhaltung der Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO liegt offensichtlich vor. Die Einhaltung der Klagefrist nach § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO liegt offensichtlich vor. Astrid Selber hat das Schreiben nicht als Widerspruch/Klage bezeichnet. Sie wendet sich nicht gegen das persönliche Verhalten des Bademeisters, so dass eine Dienstaufsichtsbeschwerde ausscheidet. Sie geht gegen die getroffene Maßnahme, den Rauswurf, vor. Damit ist davon auszugehen, dass sie diesen anfecht.

Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Wegen der Wiederholungsgefahr bei zukünftigen Badbesuchen besteht ein besonderes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verweisung, vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (analog).

Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Astrid Selber und ihr Sohn als natürliche Personen sowie die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts sind nach § 61 Nummer 1 VwGO beteiligtenfähig. Astrid Selber ist nach § 62 Abs. 1 Nummer 1 VwGO prozessfähig. Ihr Sohn ist mit 13 Jahren nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Die Gemeinde ist nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig. Der Widerspruch/Die Klage der Astrid Selber ist zulässig, von ihrem Sohn unzulässig.

Begründetheit des Widerspruchs/der Klage

Der Fortsetzungsfeststellungswiderspruch ist begründet, wenn die Badverweisung rechtswidrig war und Astrid Selber dadurch in ihren Rechten verletzt wurde, §§ 68 Abs. 1 Satz 1, 113 Abs. 1 Satz 4 analog in Verbindung mit § 113 Abs. 1 Satz 1 analog VwGO. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Badverweisung rechtswidrig war und Astrid Selber dadurch in ihren Rechten verletzt wurde, § 113 Abs. 1 Satz 4 in Verbindung mit § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Ermächtigungsgrundlage

Grundsätzlich hat Astrid Selber als Einwohnerin der Gemeinde einen kommunalrechtlichen Anspruch auf Benutzung des Freibads gemäß § 10 Abs. 2 SächsGemO, der jedoch durch Satzung reglementiert werden kann, vgl. auch § 2 Satz 1 der Satzung in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO.

Formelle Rechtmäßigkeit

Die Gemeinde ist als Betreiberin des Freibads zuständig zum Erlass einer Badverweisung. Eine Anhörung im Sinne von § 28 Abs. 1 VwVfG wurde nicht erteilt. Diese ist grundsätzlich an keine Form gebunden und kann auch mündlich erfolgen. Die Badverweisung wurde auch mündlich erteilt. Es handelt sich dabei um einen belastenden Verwaltungsakt, da Astrid in ihrem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt wird. Sie ist als Adressatin auch Beteiligte im Sinne von § 13 Abs. 1 Nummer 2 VwVfG. Eine Anhörung war somit erforderlich.

Fraglich ist, ob die Anhörung nach Abs. 2 Nummer 1 VwVfG entbehrlich war. Danach kann von einer nach den Umständen des Einzelfalls nicht gebotenen Anhörung insbesondere dann

abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erscheint. Diese Voraussetzung lag vor. Eine Gefahr im Verzug setzt voraus, dass durch eine vorherige - eventuell sogar mündliche - Anhörung auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass der Zweck der zu treffenden Regelung nicht erreicht wird. Aufgrund der Regelung in der Satzung war es geboten Astrid sofort die Badverweisung am Mittwoch zu erteilen.

Begründung

Der Verwaltungsakt wurde nicht ausreichend begründet (tatsächliche und rechtliche Gründe). Eine Begründung ist jedoch vorliegend entbehrlich, da es sich um einen mündlichen Verwaltungsakt handelt und gem. § 39 Abs. 1 S.1 VwVfG nur ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt einer Begründung bedarf.

Zwischenergebnis: Der Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig,

Materielle Rechtmäßigkeit

Die gemeindliche Satzungshoheit steht der Gemeinde aber nur im Rahmen der Gesetze, d.h. soweit nicht höherrangiges Recht widersprechend ist, zu. Als entgegenstehende höherrangige Vorschrift könnte Art. 6 Abs. 5 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG Grenzen setzen. Art. 6 Abs. 5 GG sieht als Familie auch die Mutter und ein uneheliches Kind. Eine Einschränkung dieser Regelung im Wege der gemeindlichen Satzung durch Vorbehalt des Freibades am Mittwochnachmittag für Ehepaare mit (ehelichen) Kindern war daher so nicht zulässig. Die entsprechende Satzungsbestimmung ist wegen Verfassungsverstoßes nichtig. Der Verweis aus dem Freibad ermangelt somit einer Ermächtigungsgrundlage und war rechtswidrig.

Der Fortsetzungsfeststellungswiderspruch/Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet und hat Aussicht auf Erfolg.

Punkteverteilung:

Aufgabe 1	45 Punkte
Aufgabe 2	50 Punkte
Aufbau, Gliederung und Stil	5 Punkte
Gesamt	100 Punkte