

Allgemeines Verwaltungsrecht

Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

Das subjektive öffentliche Recht

**Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und
planerische Abwägungsentscheidungen**

Verwaltungsermessen

Handlungsformen der Verwaltung

Recht der staatlichen Ersatzleistungen

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

22. Auflage 2020

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel - Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung 1

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung.....	1
B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.....	3
C. Arten der Verwaltung.....	6
I. Eingriffsverwaltung.....	6
II. Leistungsverwaltung.....	7
III. Gewährleistungsverwaltung.....	7
IV. Gesetzesakzessorische Verwaltung	8
V. Nicht gesetzesakzessorische Verwaltung.....	8

2. Kapitel - Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht..... 9

A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht.....	9
I. Hoheitliche und privatrechtliche Handlungsmöglichkeit.....	9
II. Erfordernis der Abgrenzung.....	9
III. Abgrenzungstheorien	10
1. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie; Zuordnungstheorie).....	11
2. Interessentheorie.....	12
3. Subordinationstheorie.....	12
4. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung	12
5. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung.....	13
a. Privatrechtliche Betätigung der Verwaltung.....	14
b. Hausverbot.....	18
c. Öffentlich-rechtliche Emissionen	18
d. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen.....	19
e. Öffentliche Warnungen	20
f. Sonstige Fallgruppen	20
6. Zusammenfassung.....	21
B. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Verfassungsrecht.....	21

3. Kapitel - Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau.....23

A. Unmittelbare Staatsverwaltung	24
I. Bundesverwaltung.....	24
II. Landesebene.....	26
B. Mittelbare Staatsverwaltung.....	27
I. Körperschaften des öffentlichen Rechts.....	28
II. Anstalten des öffentlichen Rechts.....	36
III. Stiftungen des öffentlichen Rechts	38

IV. Beliehene	38
V. Zur Grundrechtsgeltung bei der mittelbaren Staatsverwaltung	49
VI. Privatisierung und Eingriffsverwaltung.....	49
VII. Privatisierung und Gewährleistungsverwaltung	49
4. Kapitel - Rechtsquellen des Verwaltungsrechts.....	53
A. Verfassung	53
B. Formelles Gesetz	53
C. Rechtsverordnung	55
D. Satzung	58
E. Gewohnheitsrecht; Richterrecht; Tarifverträge	60
F. Verwaltungsvorschriften	61
G. Rangordnung der nationalen Rechtsquellen	63
I. Normenhierarchie; Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang	63
II. Verwerfungs- und Nichtanwendungskompetenz der Verwaltung	65
H. Völkerrecht.....	67
I. Recht der Europäischen Union	70
5. Kapitel - Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	80
A. Vorrang des Gesetzes	80
B. Vorbehalt des Gesetzes	81
I. Erfordernis einer parlamentarischen Gesetzesgrundlage	81
II. Wesentlichkeitsrechtsprechung	81
III. Parlamentsvorbehalt	84
IV. Reichweite des Gesetzesvorbehalts	85
1. Eingriffsverwaltung	85
2. Leistungsverwaltung	86
6. Kapitel - Die Verwaltungsverfahrensgesetze	91
A. Begrenzung des Verfahrensrechts auf bestimmte Handlungsformen der Verwaltung	91
B. Vorrang der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder	91
C. Subsidiarität der Verwaltungsverfahrensgesetze	92
D. Einschränkungen des Anwendungsbereichs	92
E. Unmittelbare und analoge Anwendung des Verfahrensrechts	94
F. Folgen für Prüfungsarbeiten	96

7. Kapitel - Das subjektive öffentliche Recht.....	97
A. Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts.....	97
B. Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts	97
C. Subjektive Rechte und Grundrechte.....	103
8. Kapitel - Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen.....	109
A. Vorbemerkung	109
B. Unbestimmte Rechtsbegriffe	111
I. Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit	111
II. Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen	112
III. Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen.....	118
IV. Beurteilungsspielräume	118
V. Planerische Abwägungsentscheidungen	127
9. Kapitel - Ermessen und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	129
A. Begriff des Ermessens.....	129
B. Gesetzgeberische Abstufungen.....	129
I. Gebundene Verwaltung/Ermessensverwaltung/gebundenes Ermessen	129
II. Entschließungsermessen/Auswahlermessen	132
III. Intendiertes Ermessen.....	133
IV. Abgrenzung Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen.....	134
V. Abgrenzung Ermessen/planerische Abwägungsentscheidungen	136
VI. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler	136
1. Ermessensmangel (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung)	136
2. Ermessensüberschreitung/Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	138
3. Ermessens Fehlgebrauch (Ermessensmissbrauch)	141
VII. Ermessensreduzierung auf Null	142
VIII. (Gerichtliche) Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen	144
IX. Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte	147
10. Kapitel - Handlungsformen der Verwaltung	150
A. Der Verwaltungsakt	150
I. Bedeutung des Verwaltungsakts.....	150
II. Klassifizierungen des Verwaltungsakts	152
1. Befehlende, rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte	152
2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	154
3. Kontrollerlaubnis und Ausnahmegewilligung	155
4. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i.S.e. Misch- oder Drittwirkung	157

5. Einseitiger und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt.....	158
6. Einstufiger und mehrstufiger Verwaltungsakt.....	159
7. Personenbezogener und dinglicher Verwaltungsakt.....	159
8. Vorbereitungsakt, Vorbescheid und Teilgenehmigung	160
9. Vorläufiger und vorsorglicher Verwaltungsakt	163
10. Wiederholende Verfügung und Zweitbescheid	165
11. Fiktiver Verwaltungsakt/Genehmigungsfiktion	166
12. Vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakt, § 35a VwVfG	166
III. Definitionsmerkmale eines Verwaltungsakts/Problembereiche	169
1. Hoheitliche Maßnahme	169
2. Einer Behörde	170
3. Zur Regelung	170
a. Abgrenzung zu schlichtem Verwaltungshandeln	173
b. Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und Teilakten.....	175
c. Abgrenzung bei Formenwahlfreiheit	176
d. Informales Verwaltungshandeln	177
e. Behördliche Äußerungen	177
aa. Zusage	177
bb. Zusicherung	179
f. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG	180
g. Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung	181
h. Gesetzeskonkretisierender bzw. -wiederholender Verwaltungsakt.....	181
4. Eines Einzelfalls	182
a. Begriffspaare <i>abstrakt/konkret</i> und <i>generell/individuell</i>	182
b. Begriffliche Kombinationen	182
c. Sonderfall Allgemeinverfügungen.....	183
aa. Unbestimmter, aber bestimmbarer Adressatenkreis	183
bb. Arten von Allgemeinverfügungen	183
a.) Adressatenbezogene Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG.....	183
b.) Sachbezogene Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG	185
c.) Benutzungsregelnde Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG	185
cc. Zur Rechtsnatur von Verkehrsschildern.....	186
d. Weitere Kriterien zur Bestimmung des Einzelfalls.....	187
e. Einordnung von modernen Rechtsakten.....	187
5. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	188
6. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen.....	189
a. Allgemeines	189
b. Innerdienstliche Weisungen	190
c. Mehrstufige Verwaltungsakte	192

d. Maßnahmen der Staatsaufsicht am Beispiel der Kommunalaufsicht.....	195
e. Organisationsakte.....	200
f. Maßnahmen im (abzulehnenden) Sonderrechtsverhältnis.....	200
IV. Bekanntgabe des Verwaltungsakts.....	209
1. Bedeutung der Bekanntgabe	209
2. Voraussetzungen der Bekanntgabe.....	210
3. Fiktion der Bekanntgabe	213
4. Öffentliche Bekanntgabe.....	214
5. Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe.....	215
6. Förmliche Zustellung	218
7. Adressaten einer Zustellung	220
8. Sonderfall Allgemeinverfügungen	221
9. Insbesondere: Verkehrszeichen	221
V. Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen	225
1. Einführung.....	225
2. Prüfung eines Verwaltungsakts	226
a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts	227
b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	232
aa. Zuständigkeit der Behörde.....	233
bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften	235
cc. Einhaltung von Formvorschriften	249
dd. Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung	252
ee. Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	253
c. Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	253
aa. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage	254
bb. Verwaltungsaktbefugnis	254
cc. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage	255
3. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	259
4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit.....	259
5. Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts.....	260
VI. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten	262
1. Anwendbares Recht	262
2. Der Widerspruch.....	262
3. Die Anfechtungsklage.....	264
VII. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten	265
1. Einführung.....	265
2. Nichtigkeitsgründe	265
a. Absolute Nichtigkeitsgründe des § 44 II VwVfG	266

b. Ausschlussstatbestände des § 44 III VwVfG	267
c. Generalklausel des § 44 I VwVfG	268
d. Teilnichtigkeit nach § 44 IV VwVfG	268
3. Nichtigkeitsfeststellungsklage	270
VIII. Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten.....	272
1. Allgemeines	272
a. Grund für die Aufhebung von Verwaltungsakten	272
b. Vorrang von Spezialregelungen	272
c. Widerruf eines rechtswidrigen Verwaltungsakts?	274
d. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung	275
e. Aufhebung, um eine noch größere Belastung herbeizuführen	276
f. Aufhebung bei unwirksamer Rechtsgrundlage?	276
g. Ermessensentscheidung der Behörde	276
2. Die Rücknahme nach § 48 VwVfG	276
a. Belastende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1 VwVfG.....	277
b. Begünstigende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1, S. 2, II-IV VwVfG	278
c. Rückabwicklung unionsrechtswidriger Subventionen.....	290
3. Der Widerruf nach § 49 VwVfG	292
a. Rechtmäßige belastende Verwaltungsakte, § 49 I VwVfG.....	292
b. Rechtmäßige begünstigende Verwaltungsakte, § 49 II VwVfG	292
c. Einmalige oder laufende Geldleistungen oder teilbare Sachleistungen, § 49 III VwVfG	294
4. Erstattung und Verzinsung, § 49a VwVfG	298
5. Rechtsschutzgesichtspunkte	298
IX. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG	303
1. Problemstellung.....	303
2. Abgrenzung zur Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG	304
3. Abgrenzung zur wiederholenden Verfügung und zum Zweitbescheid	306
4. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG	309
5. Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG.....	315
X. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG.....	316
1. Problemstellung.....	316
2. Keine Nebenbestimmung im Rechtssinne („unechte“ Nebenbestimmung)	316
3. Echte Nebenbestimmung	319
a. Befristung	319
b. Bedingung.....	320
c. Widerrufsvorbehalt	321

d. Auflage	321
e. Auflagenvorbehalt	322
4. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	322
a. Verwaltungsakte, auf deren Erlass ein Anspruch besteht.....	322
b. Verwaltungsakte, auf deren Erlass kein Anspruch besteht	323
c. Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung	323
5. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	323
B. Die Rechtsverordnung.....	328
I. Die Rechtsverordnung als eine von der Exekutive erlassene Norm	328
II. Die Voraussetzungen der Rechtsverordnung	328
1. Art. 80 I GG als Ausgangsbasis für den Erlass von Rechtsverordnungen	328
2. Ermächtigungsgrundlage	328
3. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	331
4. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	333
III. Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung und ihre Folgen	334
IV. Rechtsschutz gegen rechtswidrige Rechtsverordnungen	334
C. Die Satzung	339
D. Verwaltungsvorschriften.....	341
E. Schlichtes Verwaltungshandeln (Realakt).....	350
I. Begriff und Bedeutung	350
II. Öffentliche Warnungen	351
III. Öffentlich-rechtliche Emissionen	357
IV. Informales Verwaltungshandeln	358
F. Die „Abmahnung“ im Verwaltungsrecht	359
G. Der öffentlich-rechtliche Vertrag (Verwaltungsvertrag).....	362
I. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags	363
II. Rechtliche Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	369
1. Formelle Rechtmäßigkeit.....	369
a. Zuständigkeit der vertragschließenden Behörde.....	369
b. Einhaltung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des § 58 VwVfG.....	369
c. Einhaltung von Formvorschriften, insbesondere Schriftform (§ 57 VwVfG)....	370
2. Materielle Rechtmäßigkeit	371
a. Keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags (§ 59 VwVfG)	371
b. Folgen eines nichtigen Vertrags.....	378
III. Rechtsfolgen	379
IV. Hinweise für Prüfungsarbeiten	382
V. Übungsfall	383

H. Plan und Planung	385
I. Rechtsnatur und Bedeutung eines Plans	385
II. Abwägung/Abwägungsfehler eines Plans	386
1. Planerisches Abwägungsgebot	386
2. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 BauGB	388
3. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB	388
4. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	389
I. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung	390
I. Verwaltungsprivatrecht	390
1. Subventionen und Bürgschaften	390
2. Öffentliche Sachen und öffentliche Einrichtungen	394
3. Weitere Bereiche des Verwaltungsprivatrechts	401
4. Zur Grundrechtsbindung im Bereich des Verwaltungsprivatrechts	402
II. Rein fiskalisches Handeln	406
III. Public Private Partnership (Öffentlich-Private Partnerschaft)	374
11. Kapitel - Die Verwaltungsvollstreckung	412
12. Kapitel - Recht der staatlichen Ersatzleistungen	417
A. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	418
I. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG/Konkurrenzen	420
II. Tatbestandsvoraussetzungen	421
1. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes	421
2. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht	427
3. Drittbezug der Amtspflicht	433
4. Verschulden und haftungsbegründende Kausalität	436
III. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast	440
IV. Haftungsminderung/Haftungsausschluss	442
V. Verjährung	447
VI. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)	447
VII. Rechtsweg und Prüfungsumfang der Zivilgerichte	449
X. Haftung für judikatives Unrecht?	451
XI. Haftung gerichtlicher Sachverständiger, § 839a BGB	452
B. Enteignungsentschädigung	454
I. Allgemeines/Einstieg in die Fallbearbeitung	454
II. Die Anspruchsprüfung im Einzelnen	454
III. Durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition	456
1. Schutzgegenstand: Eigentum	457
2. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	458

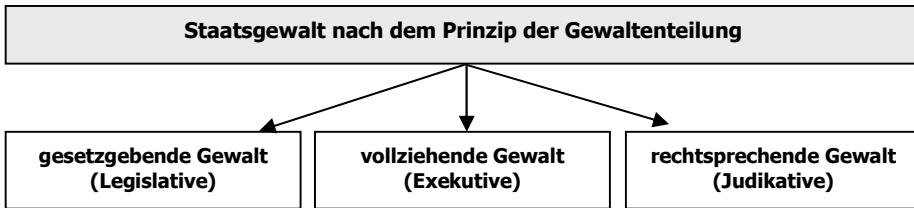
3. Anliegerrecht.....	459
4. Öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen	461
IV. Enteignung.....	462
1. Abgrenzung Enteignung/Inhalts- und Schrankenbestimmung	462
2. Zusammenfassung	464
V. Rechtmäßigkeit der Enteignung	467
1. Formell-gesetzliche Grundlage für die Enteignungsentschädigung.....	467
a. Formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes, insbesondere Junktimklausel	468
b. Materielle Rechtmäßigkeit des Gesetzes	470
2. Rechtmäßigkeit des Einzelakts (bei Administrativenteignung).....	474
VI. Rechtsfolge: Entschädigung	475
VII. Rechtsweg	475
C. Ausgleichspflicht bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung	476
D. Enteignungsgleicher Eingriff	482
E. Enteignender Eingriff	493
F. Aufopferungsanspruch i.e.S.	497
G. Folgenbeseitigungsanspruch	504
H. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch.....	518
I. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	521
J. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen.....	526
I. Öffentlich-rechtliche Verwahrung	526
II. Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)	526
III. Öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Leistungsverhältnisse.....	528
K. Die Integration der unionsrechtlichen Anforderungen in das deutsche Staatshaftungsrecht.....	530
I. Das Francovich-Urteil des EuGH	530
II. Das Brasserie-Urteil des EuGH	532
III. Die Pauschalreisenrichtlinie	533
IV. Zusammenfassung der Haftungsvoraussetzungen	534
V. Haftung auch für judikatives Unrecht?	534
VI. Rechtsfolge	535
VII. Die Integration dieser Grundsätze in das deutsche Staatshaftungsrecht.....	536

1. Kapitel

Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung

Die **Funktion der Verwaltung** im Staatsgefüge lässt sich nur dann verstehen, wenn man das **Prinzip der Gewaltenteilung**, wie es Art. 20 II S. 2 u. III GG vorsieht, verdeutlicht. Nach diesem Prinzip wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.¹



Ansätze einer Gewaltenteilung lassen sich bereits bei Aristoteles (384-322 v. Chr.) finden. In der Staatsphilosophie wurde die Gewaltenteilung insbesondere von John Locke (1632-1704) und Charles de Montesquieu (1689-1755) und dem Liberalismus als Maßnahme gegen den Missbrauch staatlicher Gewalt im Absolutismus gefordert. Die ersten Kodifizierungen finden sich in den „Bill of Rights of Virginia“ von 1776 und in der französischen „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“ von 1789. In Deutschland lassen sich erste Ausprägungen des Gewaltenteilungsprinzips in der Paulskirchenverfassung von 1848/49 und in der Reichsverfassung von 1871 finden, jedoch wurde die Gewaltenteilung in der heutigen Form erst im Grundgesetz von 1949 verankert. Der Zweck der Gewaltenteilung liegt darin, Staatsgewalt zu **begrenzen** und zu **kontrollieren** und somit einem Machtmissbrauch entgegenzutreten. Man spricht von einer **gegenseitigen Hemmung** und **Kontrolle** der Machtausübung der verschiedenen Staatsgewalten (nach John Locke: *checks and balances*).

In der Bundesrepublik Deutschland wird die Gewaltenteilung jedoch nicht als strikte Gewalten*trennung* verstanden. Vielmehr besteht eine Gewalten*verschränkung*.² Das bedeutet, dass ein Eingriff in den Funktionsbereich einer anderen Gewalt nicht schlechthin unzulässig ist. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist lediglich dann verletzt, wenn ein Eingriff in den Kernbereich einer anderen Gewalt vorliegt.³ Das Grundgesetz definiert zwar die jeweiligen Funktionsbereiche nicht positiv, es enthält aber etliche Vorschriften, die einige Zuständigkeiten der drei Staatsgewalten näher beschreiben.

- So beschreiben die Art. 30, 70 ff. GG einige Zuständigkeiten der **gesetzgebenden Gewalt**.

Mit „Gesetzgebung“ in diesem Sinne ist gemeint, dass die Legislative in einem von der Verfassung hierfür vorgesehenen Verfahren abstrakt-generelle Regelungen erlässt, d.h. Rechtssätze, die für eine Vielzahl von Lebenssachverhalten geschaffen wurden und gegenüber jedermann verbindlich sind. Bei den allgemeinverbindlichen Rechtsnormen, die

¹ Graphik nach R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 63. Im Übrigen sollten die nachfolgend dargestellten Inhalte aus dem staatsorganisationsrechtlichen Studium bekannt sein; aufgrund der grundlegenden Bedeutung für das Verständnis des Verwaltungsrechts werden sie jedoch wiederholend zusammengefasst. Sie basieren auf R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 65 ff. (Bundesstaat) und Rn 160 ff. (Rechtsstaat und Gewaltenteilung).

² Vgl. BVerfGE 9, 268, 279 f.; 95, 1, 15; 96, 375, 394; 109, 190, 252; BVerfG NJW 2011, 669, 670.

³ Zur Frage, unter welchen Umständen ein Eingriff in den Kernbereich einer anderen Gewalt vorliegt, vgl. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 169 ff.

von einem Parlament erlassen werden, handelt es sich um **formell-materielle Gesetze** (vgl. Rn 128 ff.). *Nicht* um Gesetzgebung im Sinne einer parlamentarischen Gesetzgebung handelt es sich bei den Rechtsnormen, die von der Exekutive erlassen werden (Rechtsverordnungen und i.d.R. auch Satzungen). Man spricht insoweit von **nur-materiellen Gesetzen**. Eine andere Frage ist es, ob und inwieweit die Exekutive dazu ermächtigt ist, derartige Gesetze zu erlassen, vgl. dazu Rn 131 ff./135 ff.

- 5 ■ Aufgaben der **vollziehenden Gewalt**, d.h. der Regierung (der Gubernative) und der Verwaltung i.e.S. (der Administrative), sind in den Art. 62 ff. und 83 ff. GG niedergelegt.

Der Exekutive obliegen v.a. Regierung und Verwaltung. Zu den Aufgaben einer **Regierung** gehören – wie sich aus Art. 62 ff. GG ergibt – jedenfalls die politische Gestaltung und die Leitung des Staatsganzen. Darüber hinaus hat sie ein Initiativrecht bei Gesetzesvorlagen (vgl. Art. 76 GG) und ein Zustimmungsrecht bei bestimmten Staatsausgaben (vgl. Art. 113 I GG). Auch der Erlass von Rechtsverordnungen, also von nur-materiellen Gesetzen, gehört genauso zu ihrem Aufgabenbereich (vgl. Art. 80 GG) wie die Weisung eines Bundesministers an einen Landesminister im Bereich der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 III GG (dazu Rn 8). Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Regierungstätigkeit verwaltungsrechtlicher Natur ist, für die im Streitfall die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Vielmehr handelt es sich bei der Regierung gerade um ein Verfassungsorgan. Für verfassungsrechtliche Streitigkeiten ist (auf Bundesebene) das BVerfG zuständig. Es ist also in jedem Einzelfall danach zu fragen, ob die Regierung verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich tätig ist.

Beispiel⁴: Die Landesregierung betreibt ein Internetportal, in dem sie u.a. eine Liste von kontrollierten Gaststätten veröffentlicht und dabei die Ergebnisse der Kontrollen nennt bzw. die jeweiligen Betriebe mit einer Bewertungszahl versieht. Auch die Gaststätte des G wird kontrolliert und das Ergebnis wird auf dem Portal veröffentlicht. Da G lediglich mit „zufriedenstellend“ bewertet wird, möchte er gerichtlich klären lassen, ob die Veröffentlichung rechtmäßig ist.

Handelt es sich bei der Veröffentlichung um Verwaltungstätigkeit, sind die Verwaltungsgerichte zuständig, bei verfassungsrechtlicher Natur entscheidet das BVerfG.

Man könnte zwar erwägen, dass die Landesregierung staatsleitend und damit in ihrer Funktion als Verfassungsorgan tätig sei, allerdings handelt es sich bei der Veröffentlichung nicht um die Ausübung von spezifischem Verfassungsrecht, sondern um administrative Tätigkeit und damit um Verwaltungstätigkeit, über die zunächst die Verwaltungsgerichte entscheiden.⁵

Von dieser Problematik abgesehen, ist typische Aufgabe der **Verwaltung i.e.S.** (der Administrative) der **Vollzug der Gesetze** (vgl. Art. 83 ff. GG). Man spricht insoweit von **gesetzesakzessorischer Verwaltung** (vgl. auch Rn 22a).

Beispiel: Untersagung der Fortführung eines Gewerbes auf Grundlage der Gewerbeordnung (vgl. § 35 I GewO).

Doch beschränkt sich die Verwaltungstätigkeit nicht hierauf. So kann die Verwaltung – wie sich aus Art. 30 GG ergibt – auch außerhalb des Gesetzesvollzugs tätig werden. Man spricht dann von **nicht-gesetzesakzessorischer Verwaltung** (vgl. Rn 22b).

Beispiel: Zur-Verfügung-Stellung von öffentlichen Einrichtungen (Stadthallen⁶ etc.)

⁴ In Anlehnung an OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2014, 846.

⁵ Zur Frage, nach welchen Kriterien sich die Einstufung eines Streits als verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich richtet, vgl. Rn 23 ff.

⁶ Vgl. dazu OVG Bautzen NVwZ 2002, 615 (Parteitag in Stadthalle); VGH Kassel 23.2.2018 – 8 B 23/18 (Überlassung Stadthalle an NPD) und ausführlich Rn 1022 ff.

Bei allen Tätigkeiten wird das Verwaltungshandeln jedoch durch die Prinzipien vom *Vorrang* und (für den Bereich der Eingriffsverwaltung) *Vorbehalt* des Gesetzes (dazu Rn 196 ff.) bestimmt.

Fazit: Insgesamt lässt sich sagen, dass sich der Funktionsbereich der Exekutive aufgrund der Vielfältigkeit exekutiver Funktionen nicht positiv bestimmen lässt. Daher ist mit einer Negativdefinition zu arbeiten:

Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von formeller Rechtsetzung und Rechtsprechung.⁷

- Die **rechtsprechende Gewalt** erhält ihren Aufgabenbereich durch die Art. 92 ff. GG (i.V.m. dem DRiG). 6

Die rechtsprechende Gewalt ist organisatorisch und funktional strikt von den beiden anderen Gewalten zu unterscheiden: Gemäß Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den **Richtern** anvertraut. Sie wird durch das BVerfG, die anderen im Grundgesetz genannten Bundesgerichte (vgl. Art. 95 GG) sowie die Gerichte der Länder ausgeübt. Dabei sind die Richter sachlich und persönlich unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen (vgl. Art. 97 GG).⁸ Dem Bereich der Rechtsprechung sind jedenfalls die in Art. 95 GG aufgeführten Sachgebiete der bürgerlichen Streitigkeiten, der Strafsachen und der Verwaltungsstreitigkeiten zuzurechnen.

B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung

Von dem Prinzip der Gewaltenteilung im dargestellten Sinne (sog. **horizontale Gewaltenteilung**) ist die **organisatorische Gewaltenteilung** zu unterscheiden, wie das etwa bei der Aufgabenzuteilung zwischen Bundestag und Bundesrat der Fall ist. Auch die **vertikale Gewaltenteilung** betrifft eine andere Gewaltenteilung, nämlich diejenige zwischen den Verbänden Bund und Ländern einerseits und zwischen Bund/Ländern und Gemeinden andererseits. Diese vertikale Gewaltenteilung ist dem Föderalismus, wie er in der Bundesrepublik Deutschland besteht, eigen. Sie verfolgt das Ziel, dass nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen, sondern auch die Verwaltungskompetenzen einer Verbandszuständigkeitsregelung unterfallen müssen. Denn der Vollzug eines Gesetzes bringt einen großen Auslegungs- und Handhabungsspielraum mit sich, sodass dem Gesetzesanwender (hier: der Verwaltung) eine erhebliche Machtposition zukommt. Würden also die Bundesgesetze ausschließlich und ohne Ausführungsbeschränkung durch die Landesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Ausweitung der Machtposition der Länder zur Folge. Würden umgekehrt die Bundesgesetze in erster Linie durch Bundesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Unitarisierung des Bundesstaates zur Folge. Aus Gründen der Machtbalance hat der Verfassungsgeber daher in den Art. 83 ff. GG ein ausgewogenes, dem Bundesstaat verpflichtetes System entwickelt. Zugrunde gelegt wird dabei der Umstand, dass die Länder (und Gemeinden) bereits eigene Verwaltungsbehörden besitzen, die die Landesgesetze ausführen (hinzukommt, dass die Gemeinden die Gemeindegesetze ausführen). Der Bund kann sich diese Behörden also zunutze machen. Es wäre unökonomisch, wenn der Bund für alle Bereiche eigene Behörden schaffen würde. Art. 83 GG bestimmt daher, dass – soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt – die Länder (neben ihren Gesetzen) die Bundesgesetze als **eigene Angele-**

⁷ Vgl. *Kloepfer*, VerfR I, § 22 Rn 1 ff. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 1434, 1436 ff. (Verleihung des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts darf nicht durch Gesetz (oder gar die Verfassung) erfolgen, sondern muss einer exekutivischen Einzelfallentscheidung vorbehalten bleiben).

⁸ Vgl. BVerfGE 27, 312, 322; 60, 253, 296; 67, 65, 68; 103, 111, 136 ff.

genheiten ausführen. Es besteht, wie in den Art. 30, 70 I GG bezüglich der Gesetzgebung, eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder. Daher ist es selbstverständlich, dass die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbst regeln. **Art. 84 I S. 1 GG** garantiert dies verfassungsrechtlich.⁹

Beispiel: Der Vollzug der Gewerbeordnung (= Bundesgesetz) obliegt gem. Art. 83 GG den Ländern. Diese müssen daher eigene Behörden einrichten, die (auch) für den Vollzug dieses Bundesgesetzes zuständig sind. Für diesen Vollzug müssen die Länder auch eigene Verwaltungsverfahrensgesetze (VwVfGe) erlassen. Handelt also eine Landesbehörde in Ausübung eines Bundesgesetzes (Beispiel: Untersagung eines Gewerbes gem. § 35 I GewO), kommt nicht das VwVfG des Bundes zur Anwendung, sondern das VwVfG des Landes (insoweit – wegen Art. 83 GG – nur klarstellend § 1 III Bundes-VwVfG). Es wäre also ein Fehler, in der Fallbearbeitung das VwVfG des Bundes zu zitieren, auch wenn die betreffende Landesbehörde in Ausübung von Bundesrecht gehandelt hat. Das gilt auch dann, wenn (wie üblicherweise) das betreffende LandesVwVfG mit dem BundesVwVfG inhaltlich übereinstimmt. Aus Gründen der Einfachheit wird im Folgenden jedoch lediglich von „VwVfG“ gesprochen. Vgl. dazu im Übrigen Rn 216 ff.

- 8 Eine Ausnahmebestimmung zu Art. 83 GG ist in **Art. 85 GG** zu finden. Dort wird von **Bundesauftragsverwaltung** gesprochen. Gemeint ist, dass es sich um eine Angelegenheit des Bundes handelt, der Bund aber, anstatt eigene Behörden zu errichten, die Landesbehörden heranzieht. Die Länder führen die Bundesgesetze also nicht als eigene Angelegenheiten, sondern lediglich im Auftrage des Bundes aus. Die Gegenstände der Auftragsverwaltung sind im Grundgesetz erschöpfend aufgezählt (vgl. Art. 87 b II S. 2, Art. 87 c, Art. 87 d II, Art. 89 II sowie Art. 90 III GG; Erweiterungsmöglichkeiten bieten Art. 90 IV GG und Art. 104 a III S. 2 GG). Da es sich um eine Angelegenheit des Bundes handelt, übt der Bund hier nicht nur eine Rechtsaufsicht, sondern eine volle Zweckmäßigkeitskontrolle aus, d.h. er darf gegenüber den obersten Landesbehörden (Landesministerien) gem. Art. 85 III GG **Weisungen** erteilen. Man spricht von **Fachaufsicht**. Hierin besteht der entscheidende Unterschied zur Ausführung der Gesetze als eigene Angelegenheiten.
- 9 Ferner kann im Bereich der Bundesauftragsverwaltung die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats **allgemeine Verwaltungsvorschriften** erlassen (Art. 85 II S. 1 GG). Mit „Bundesregierung“ ist die Bundesregierung als Kollegialorgan gemeint. Der Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch einen *einzelnen Bundesminister* kommt also – auch sofern dieser zuvor dazu ermächtigt wurde – nicht in Betracht.¹⁰
- 10 Von der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder ist die Ausführung der Bundesgesetze durch **bundeseigene Verwaltung** zu unterscheiden. Diese ist nach der Regelungstechnik der Art. 83 ff. GG nur zulässig, wenn das Grundgesetz sie ausdrücklich vorsieht oder zulässt, Art. 86 f. GG. Das resultiert aus dem bereits erwähnten Erfordernis der Machtbalance zwischen Bund und Ländern. Außerdem vollziehen die Länder ohnehin neben ihren eigenen Gesetzen grundsätzlich auch die Bundesgesetze (als eigene Angelegenheiten oder im Auftrage, vgl. Art. 83-85 GG) und verfügen über entsprechend gegliederte Verwaltungsbehörden, die sich der Bund zunutze machen kann. Folgerichtig ist die Ausdehnung des zentralstaatlichen Verwaltungsapparats (Bundesverwaltung) besonders beschränkt worden (Art. 87 I bis 89 II GG) mit der Folge, dass relativ wenige Bundesbehörden vorzufinden waren. Mit Grundgesetzänderung v. 13.7. 2017 (BGBl I 2017, S. 2347) ist die bundeseigene Verwaltung dann aber wieder erweitert worden (siehe Art. 90 II GG: bundeseigene Verwaltung der

⁹ Vgl. dazu BVerwG NJW 2000, 3150.

¹⁰ So ausdrücklich BVerfGE 100, 249, 259, 261 unter Aufgabe der bisherigen Rspr. (vgl. BVerfGE 26, 338, 339).

Bundesautobahnen mit der Möglichkeit, sich zur Erledigung der damit verbundenen Aufgaben einer im Eigentum des Bundes stehenden, privatrechtlich organisierten Gesellschaft zu bedienen¹¹). Siehe auch Rn 66 ff./118 ff./393/913 ff./1034 ff./1038 ff./1049 f.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass das Grundgesetz zwischen drei Modellen der Gesetzesausführung unterscheidet:

- Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder „als eigene Angelegenheit“ (Art. 83, 84 GG – **Landeseigenverwaltung**)
- Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder „im Auftrag des Bundes“ (Art. 85 GG – **Bundesauftragsverwaltung**)
- Vollzug der Bundesgesetze durch durch Bundesbehörden, durch rechtlich selbstständige, aber dem Bund zugeordnete Verwaltungsträger, insbesondere rechtsfähige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, oder durch privatrechtlich organisierte, aber im Bundeseigentum stehende Gesellschaften (Art. 86 GG bzw. Art. 90 II GG – **Bundeseigenverwaltung**)

Die Ausführung der Gesetze wird aber nicht nur von Bundes- und Landesbehörden, sondern auch von Kommunalbehörden vorgenommen. Das hat den Hintergrund, dass die Gemeinden und Landkreise nicht nur „ihre“ Angelegenheiten zu verwalten haben, sondern darüber hinaus die ihnen durch Gesetz übertragenen *staatlichen* Aufgaben im Wege der mittelbaren Staatsverwaltung („**Kommunalisierung der unteren Staatsverwaltung**“, vgl. Rn 84 ff.). Es wäre ineffizient, wenn sich der Staat nicht die vorhandenen Kommunalbehörden zunutze machte. Man spricht von Auftragsangelegenheiten. Zu beachten ist jedoch, dass Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben durch Bundesgesetz nicht übertragen werden dürfen (Art. 85 I S. 2 GG).

11

Auftragsangelegenheiten sind also staatliche Aufgaben, die den Gemeinden zur Erledigung übertragen worden sind. Zu den Auftragsangelegenheiten gehören beispielsweise das Pass- und Meldewesen, das Personenstandswesen, die Bauaufsicht und die Wehrerfassung. Generell lässt sich sagen, dass die obrigkeitlichen Aufgaben Staatsaufgaben sind, während die Daseinsvorsorge sowie die Wirtschaftsförderung in erster Linie Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung sind. Es bleibt aber bei dem Grundsatz, dass Kommunalbehörden Behörden der kommunalen Selbstverwaltungsträger (Gemeinden, Landkreise) sind.

Soweit Kommunalbehörden jedoch als untere **Staatsbehörde** (untere Verwaltungsbehörde) mit der Wahrnehmung unmittelbarer staatlicher Aufgaben betraut sind, sind sie *staatliche* Behörden (**Doppelfunktion in der Verwaltung**).¹² Es findet eine **Organleihe** statt: Das Land „leiht“ Kommunalbehörden. Das sind je nach Bundesland das Landratsamt (und der Oberbürgermeister), der Landrat oder der Oberkreisdirektor (näher Rn 84 ff.).

12

Die Verknüpfung von Staatsverwaltung und Kommunalverwaltung (Kreisverwaltung) gewährleistet eine effektive Verwaltung, weil sie zugleich staatliche und kommunale Aufgaben und Interessen miteinander verbindet. Der Landrat ist kommunaler Wahlbeamter, d.h. Beamter, der von den Bürgern des Landkreises (oder von dem Kreistag¹³) gewählt wird. Will das Bundesland staatliche Verwaltungsaufgaben durch den Landrat wahrnehmen, „leiht“ es sich diesen von dem Landkreis. Er fungiert dann als untere Verwaltungsbehörde des Landes. Zur Rechtsfigur der Organleihe vgl. Rn 86.

¹¹ Eine Überleitungsvorschrift findet sich in Art. 143e GG. Zur Bewertung der Privatisierungstendenz vgl. Rn 118 ff.

¹² Vgl. dazu ausführlich Rn 66 ff.

¹³ Nur in Baden-Württemberg, Brandenburg und Schleswig-Holstein.

- 13 Auf den Vollzug des **Rechts der Europäischen Union** sind die Art. 83 ff. GG nicht direkt anwendbar, da sich diese Vorschriften nur auf den Vollzug des nationalen Rechts und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern beziehen. Gleichwohl bestehen keine Bedenken, die Art. 83 ff. GG analog anzuwenden. Eine andere Lösung macht auch keinen Sinn. Es bleibt also auch in diesem Zusammenhang bei dem Grundsatz der Länderexekutive. Das Unionsrecht ist also grundsätzlich von den Ländern auszuführen. Der Bund hat aber im Bereich der Art. 84 f. GG Aufsichts- und Einwirkungsrechte. Des Weiteren kann und muss er im Rahmen seiner Zuständigkeit gem. Art. 87 ff., 108 I S. 1 GG selbst den Vollzug übernehmen.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, in dem nationales Recht vollzogen wird, das aufgrund von EU-Recht, insbesondere aufgrund von Richtlinien gem. Art. 288 III AEUV, ergangen ist. Hier sind die Art. 83 ff. GG wiederum unmittelbar anwendbar.¹⁴

C. Arten der Verwaltung

- 14 Nach ihren möglichen Rechtswirkungen und ihrer Rechtsbindung lässt sich die Verwaltungstätigkeit im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen: Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und Gewährleistungsverwaltung. Quer zu dieser Einteilung liegt die Einteilung in gesetzesakzessorischer und nicht gesetzesakzessorischer Verwaltung.

I. Eingriffsverwaltung

- 15 Greift die Verwaltung in Rechte von Bürgern ein, indem sie etwa Verbote ausspricht, Verpflichtungen oder sonstige Belastungen auferlegt, spricht man von **Eingriffsverwaltung**.

Beispiele: Versammlungsverbote, Baubeseitigungsanordnungen, Gewerbeuntersagungen, polizeiliche Platzverweise, Aufstellen von Verkehrszeichen¹⁵, Zahlungsbescheide

- 16 Aufgrund der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung gilt für diesen Bereich des administrativen Handelns die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – d.h. **Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes** (Art. 20 III GG) – **uneingeschränkt**. Die Verwaltung darf nur tätig werden, soweit sie dazu durch Gesetz ermächtigt ist.

Beispiele: So richten sich Versammlungsverbote nach § 15 I VersG¹⁶, Baubeseitigungsanordnungen nach den Befugnisnormen der Landesbauordnungen, Gewerbeuntersagungen nach § 35 GewO (bzw. nach Spezialnormen), polizeiliche Platzverweise nach den Polizeigesetzen, Verkehrszeichen nach § 6 StVG i.V.m. § 45 StVO, Zahlungsbescheide nach den einschlägigen Fachgesetzen (etwa Bußgeldbescheide nach §§ 65 ff. OWiG) etc.

¹⁴ Zum EU-Recht vgl. Rn 165 ff.

¹⁵ Siehe dazu etwa BGH NJW-RR 2019, 1163 ff. – dazu Rn 1068.

¹⁶ Zu beachten ist, dass im Zuge der Föderalismusreform 2006 der verfassungsändernde Gesetzgeber das früher unter Art. 74 I GG gefasste Versammlungsrecht, Ladenschlussrecht, Gaststättenrecht, Spielhallenrecht sowie das Recht der Schaulstellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte in die Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt hat. Damit sind diese Materien des sog. besonderen Gefahrenabwehrrechts nicht mehr bundesgesetzlich regelbar. Allerdings ist hier wiederum zu beachten, dass bisherige Bundesgesetze in Ländern, die noch keine eigenen Regelungen erlassen haben, fortgelten (vgl. Art. 125a I GG). Das betrifft in erster Linie das Versammlungsgesetz, da noch nicht alle Länder eigene Versammlungsgesetze erlassen haben. Wenn also in den folgenden Beispielen das VersG genannt wird, ist damit das des Bundes gemeint, das gem. Art. 125a I GG fortgilt. Hinsichtlich des Gaststättenrechts haben zwar mittlerweile alle Bundesländer eigene Landesgaststättengesetze erlassen, dennoch wird in den in diesem Buch genannten Beispielen aus Gründen der Übersichtlichkeit das GastG des Bundes zugrunde gelegt. Das früher auf die Rahmengesetzgebung des Bundes gestützte Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) ist zum 1.4.2009 durch das für Landesbeamte geltende Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) weitgehend ersetzt worden. Für das juristische Studium wohl wichtigste Vorschrift ist § 54 BeamStG, die im Wesentlichen § 126 BRRG (Verwaltungsrechtsweg, Widerspruchsverfahren) nachempfunden ist. Für Bundesbeamte gilt § 126 BBG.

Auch die Rücknahme und der Widerruf einer zuvor erteilten Erlaubnis stellen eine Belastung dar, auch wenn die ursprüngliche Erlaubnis eine Begünstigung bedeutete und damit der Leistungsverwaltung unterfiel.

17

Beispiel: Gastronom G wird eine Gaststättenerlaubnis erteilt (vgl. §§ 2 ff. GastG). Drei Wochen später stellt sich heraus, dass G die Erlaubnis nicht hätte erteilt werden dürfen, da er nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (vgl. § 4 I GastG). Daraufhin hebt die Gaststättenbehörde die Erlaubnis gem. § 15 I GastG auf.¹⁷

II. Leistungsverwaltung

Greift die Verwaltung nicht freiheitsverkürzend in Rechte von Bürgern ein, sondern steht diesen während gegenüber, indem sie etwa Leistungen oder (andere) Vergünstigungen gewährt, spricht man von **Leistungsverwaltung**. Der Leistungsverwaltung werden zugeordnet:

18

- die **Sozialverwaltung**, d.h. die Ausführung der Sozialleistungsgesetze wie das SGB II und XII und (bei Asylbewerbern) das Asylbewerberleistungsgesetz, bei denen sich der Rechtsschutz nach dem Sozialgerichtsgesetz (vgl. § 51 SGG) richtet,
- die **Förderungsverwaltung** („Leistung durch Zuwendung“) wie Subventionen für Wirtschaft und Bergbau, Förderungen von Kunst, Wissenschaft oder Wirtschaft, Vermögensbildung, Ausbildungsförderung (BAföG),
- die **Vorsorgeverwaltung** („Leistung durch Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen sowie Überlassung öffentlicher Sachen zwecks Nutzung“) wie die Bereitstellung von Stadthallen o.ä., Straßen- und Verkehrswegen, Verkehrs- und Beförderungseinrichtungen, Versorgungsenergien, Entsorgungseinrichtungen, Kultureinrichtungen, Friedhöfen, Wasserschleusen etc.,
- die **Genehmigungen von Vorhaben** wie die Erteilung einer Baugenehmigung, einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, einer Gaststättengenehmigung etc. (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Ausnahmegewilligung).

Die Vorsorgeverwaltung wird auch als **Daseinsvorsorge** bezeichnet, weil ihre ursprüngliche Funktion insbesondere in der Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Leistungen und Gütern wie Strom, Gas, Wasser, Wohnraum, Kanalisation etc. sowie in der Bereitstellung einer Infrastruktur wie dem Betreiben des öffentlichen Personennahverkehrs oder des Straßenbaus bestand. Heute wird der Begriff der Daseinsvorsorge weiter verstanden; von ihm werden z.B. auch die Erteilung von Informationen sowie die Bereitstellung von Bildungseinrichtungen und Infrastruktur erfasst.

19

III. Gewährleistungsverwaltung

Heute wird der Sektor der Daseinsvorsorge kaum noch vom Staat oder von den Gemeinden selbst wahrgenommen. Vielmehr ist die öffentliche Hand dazu übergegangen, Einrichtungen, die der Daseinsvorsorge dienen, zu privatisieren.¹⁸

20

Beispiele:

- (1) Die Stadt oder die Gemeinde versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). Diese schließen mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge ab.

¹⁷ Zu Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten vgl. eingehend Rn 644 ff.

¹⁸ Zu den Gründen siehe Rn 21 ff. und 1008 ff.

- (2) Die Stadt oder die Gemeinde nimmt den öffentlichen Personennahverkehr durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend (zumeist über 90%) in ihrer Hand befinden. Die AG schließt mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab.¹⁹

- 21 Erfüllt die Körperschaft – wie in beiden Beispielen verdeutlicht – Aufgaben der Daseinsvorsorge in Privatrechtsform, spricht man von **Verwaltungsprivatrecht** bzw. von einer **formellen Privatisierung**. Kennzeichen ist, dass der Staat eine öffentliche Einrichtung (Regiebetrieb, Eigenbetrieb etc.) in ein Unternehmen in privater Rechtsform (GmbH, AG etc.) umwandelt, dabei jedoch die Unternehmensmehrheit behält. Als Beispiel kann die **Deutsche Bahn AG** genannt werden, die früher als **Bundessondervermögen Bundesbahn** geführt wurde, deren Unternehmensanteile sich aber nach wie vor im Eigentum des Bundes befinden (vgl. Art. 87e, 143a GG). Findet jedoch eine echte Aufgabenverlagerung statt (mit Übertragung der überwiegenden Unternehmensanteile auf Private, meist über die Börse), liegt eine **materielle Privatisierung** vor: Der Staat zieht sich ganz zurück und überlässt die Erledigung bestimmter, bisher von ihm wahrgenommener Aufgaben der Marktwirtschaft und damit dem Wettbewerb. Die bekanntesten Beispiele dürften die **Deutsche Telekom AG** und die **Deutsche Post AG** sein, die früher als **Bundessondervermögen Bundespost** geführt wurden. Diese Unternehmen sind seit einiger Zeit privatisiert und bestehen als Post AG, Telekom AG und Postbank AG fort (vgl. Art. 87f, 143b GG).
- 22 Insgesamt sind mit der Privatisierung zahlreiche Probleme verbunden. Zwar ist es dem Staat nicht generell verwehrt, Aufgaben der Leistungsverwaltung in Privatrechtsform wahrzunehmen bzw. auf Privatrechtssubjekte zu übertragen, er muss aber durch geeignete Maßnahmen – insbesondere aufsichtsrechtlicher Art – gewährleisten, dass eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung stattfindet (daher auch der Begriff „Gewährleistungsverwaltung“). Problematisch ist auch die Frage nach der **Grundrechtsbindung** der privatisierten Einrichtungen. Da die Behandlung dieser Fragenkomplexe jedoch den Rahmen dieser Einführung sprengen würde, wird auf die Darstellung bei Rn 118 ff. und 1008 ff. verwiesen.

IV. Gesetzesakzessorische Verwaltung

- 22a Vollzieht die Verwaltung Gesetze, etwa indem sie auf der Grundlage eines Gesetzes ein Verbot erteilt, ein bestimmtes Verhalten verlangt oder eine Leistung gewährt, spricht man von **gesetzesakzessorischer Verwaltung**.

V. Nicht gesetzesakzessorische Verwaltung

- 22b Wird die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage tätig, spricht man von **nicht gesetzesakzessorischer Verwaltung**. Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) ist aber klar, dass eine gesetzesfreie Verwaltung überhaupt nur dann in Betracht kommen kann, wenn keine Grundrechte beeinträchtigt werden. So kann z.B. eine Subventionsvergabe, die an sich nur Vorteile mit sich bringt, eine gesetzliche Grundlage erforderlich machen, wenn dadurch andere Bürger benachteiligt werden (vgl. dazu im Einzelnen Rn 206 ff.).

¹⁹ Vgl. dazu auch *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 ff.

2. Kapitel

Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht

A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht

I. Hoheitliche und privatrechtliche Handlungsmöglichkeit

In der Regel ist die Verwaltung in Ausführung der Gesetze – also **hoheitlich** – tätig. Das betrifft insbesondere die **Eingriffsverwaltung**. 23

Beispiel: B hat ein nicht genehmigtes und auch nicht genehmigungsfähiges Haus gebaut. Als die Bauordnungsbehörde davon erfährt, erlässt sie eine Baubeseitigungsanordnung (= Abrissverfügung) mit dem Inhalt, dass B den Bau innerhalb eines Monats zu beseitigen habe.

Hier tritt die Behörde dem B in Ausführung der Landesbauordnung gegenüber. Sie ist hoheitlich tätig. Sollte B mit der Verfügung nicht einverstanden sein, liegt ein verwaltungsrechtlicher Streit vor, der gem. § 40 I S. 1 VwGO vor dem Verwaltungsgericht auszutragen ist.

In bestimmten Fällen ist es dem Staat nicht verwehrt, auch auf dem Gebiet des **Privatrechts** tätig zu sein. In diesem Zusammenhang ist zwischen dem Verwaltungsprivatrecht und der Fiskalverwaltung zu unterscheiden. 24

Beispiel zum Verwaltungsprivatrecht: Die Stadt betreibt eine öffentliche Einrichtung (z.B. eine Stadthalle oder ein Freizeitbad) durch eine GmbH. Die Mietverträge bzw. Benutzungsverträge werden privatrechtlich gem. §§ 535 ff. BGB bzw. gem. § 311 I BGB geschlossen.

Beispiele zur Fiskalverwaltung: Eine Behörde kauft Büromaterial, Dienstfahrzeuge, Grundstücke etc., um überhaupt hoheitlich tätig zu werden (Beschaffungswesen); sie verkauft Grundstücke bzw. Wohnungen, um Einnahmen zu erzielen (Veräußerungswesen)²⁰; sie schließt Verträge mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen); sie vermietet/verpachtet Kellerräume, damit der Mieter/Pächter dort eine Gaststätte betreibt („Ratskeller“); eine Gemeinde betätigt sich wirtschaftlich, um Gewinne zu erzielen (etwa durch Unterhalten eines Gartenbaubetriebs, der sich kommerziell am Markt betätigt).

In Fällen dieser Art ist stets danach zu fragen, ob die Behörde **öffentlich-rechtlich** oder **privatrechtlich** gehandelt hat.

II. Erfordernis der Abgrenzung

Insbesondere mit Blick auf den zulässigen **Rechtsweg**, aber auch hinsichtlich der Annahme eines **Verwaltungsakts** bzw. **verwaltungsrechtlichen Vertrags**, der Anwendung des **Verwaltungsverfahrensgesetzes** und des **Verwaltungsvollstreckungsgesetzes** sowie hinsichtlich der **Haftung** für rechtswidriges Handeln kann die Frage, ob die Behörde **öffentlich-rechtlich** oder **privatrechtlich** handelt, nicht dahinstehen. 25

- Hinsichtlich des **Rechtswegs** ist die Abgrenzung deshalb wichtig, weil nur bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art grds. der Verwaltungsweg eröffnet ist (§ 40 I S. 1 VwGO). Dagegen sind für bürgerlich-rechtliche (d.h. privatrechtliche) Streitigkeiten die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG).

²⁰ Vgl. dazu OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

- Da nur bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit die **Verwaltungsverfahrensgesetze** anwendbar sind (vgl. auf Bundesebene § 1 I VwVfG) und bei privatrechtlichen Streitigkeiten die Verfahrensregeln in den zivilrechtlichen Gesetzen (BGB, HGB etc.) Anwendung finden, ist auch diesbezüglich eine Abgrenzung erforderlich.
- Da der **Verwaltungsakt** gem. § 35 VwVfG eine Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts voraussetzt und Entsprechendes für den **verwaltungsrechtlichen Vertrag** gilt (vgl. § 54 VwVfG: „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“), ist auch hier stets eine Abgrenzung zum Privatrecht vorzunehmen.
- Da die **Verwaltungsvollstreckung** ausschließlich der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Forderungen und Verpflichtungen dient (vgl. auf Bundesebene §§ 1, 6 VwVG) und für privatrechtliche Forderungen und Verpflichtungen zunächst ein gerichtlicher Vollstreckungstitel (vor den Zivilgerichten) erwirkt werden muss, ist auch wegen dieser Besonderheit eine Abgrenzung vorzunehmen.
- Schließlich ist das öffentliche Recht vom Privatrecht abzugrenzen, wenn es um die **Haftungsfrage** geht. Da Art. 34 GG von „Ausübung eines Amtes“ spricht, steht dem Bürger für Amtshaftungsansprüche der **Amtshaftungsanspruch** gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zur Verfügung. Dieser Anspruch schließt einen Anspruch gegen den handelnden Amtswalter nach § 823 BGB aus (§ 839 BGB ist lex specialis zu § 823 BGB). Ein Anspruch gem. § 823 BGB gegen den Amtswalter persönlich kommt daher nur dann in Betracht, wenn dieser *nicht* in Ausübung eines Amtes, sondern privatrechtlich gehandelt hat. Daher ist auch hier stets eine Abgrenzung vorzunehmen.

- 26 Im Rahmen von Prüfungsarbeiten (Hausarbeiten und Klausuren) ist die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht insbesondere dann relevant, wenn es um die Frage nach den **Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs** (Widerspruch oder Klage) geht und damit auch die **Rechtswegfrage** beantwortet werden muss.

Beispiel: Bauherr B hat, ohne zuvor eine Baugenehmigung eingeholt zu haben, an sein Wohnhaus eine Garage angebaut. Nachdem die Baubehörde von einem Nachbarn über das Objekt in Kenntnis gesetzt wird, erlässt sie gegenüber B eine Baubeseitigungsanordnung (= Verwaltungsakt) mit dem Argument, der Anbau widerspreche dem materiellen Baurecht und sei nicht genehmigungsfähig.

In Fällen dieser Art ist der Bearbeitervermerk der Prüfungsarbeit oftmals dergestalt formuliert, dass der Betroffene die staatliche Maßnahme nicht gelten lassen möchte und nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs fragt.

- 27 Zur Beantwortung der Frage nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs ist zunächst die Rechtswegfrage zu klären. Es leuchtet ein, dass ein Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt nicht nur dann erfolgreich sein kann, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, sondern auch nur dann, wenn eine öffentlich-rechtliche, d.h. verwaltungsrechtliche Streitigkeit vorliegt. Denn als verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelf setzt der Widerspruch eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit voraus. Läge eine privatrechtliche Streitigkeit vor, wäre der Zivilrechtsweg gegeben; ein Widerspruch wäre unzulässig.

III. Abgrenzungstheorien

- 28 Die streitentscheidenden Normen müssen **dem öffentlichen Recht zuzuordnen** sein. Das ist der Fall, wenn das Verwaltungshandeln bzw. die diesbezüglich maßgebliche Norm in einem engen *Sachzusammenhang* mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung steht. Anderenfalls unterfällt die Streitigkeit dem bürgerlichen Recht. Kriterien der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht bieten folgende Theorien²¹:

²¹ Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, AllgVerwR I, § 22 Rn 13 ff.; kritisch Leisner, JZ 2006, 869 ff.

1. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie; Zuordnungstheorie)

Nach der von Wolff²² begründeten und heute von der herrschenden Meinung²³ vertretenen modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie, Zuordnungstheorie) liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die den Streit entscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. wenn sie (in allen denkbaren Anwendungsfällen) **allein einen Hoheitsträger** besonders **berechtigt oder verpflichtet** und damit dem öffentlichen Recht **zugeordnet ist**.

29

Wie aus der Definition hervorgeht, basiert die modifizierte Subjektstheorie auf drei Denkschritten: Zunächst muss der Streitgegenstand bestimmt werden. Sodann ist eine Vorschrift (Norm) zu ermitteln, die den Streit entscheidet. Schließlich ist die ermittelte Norm einem Rechtsgebiet zuzuordnen. Ist dieses Rechtsgebiet Teil des öffentlichen Rechts, ist der Streit öffentlich-rechtlich.²⁴

30

Beispiel: R randaliert auf einem Straßenfest. Nachdem Polizeimeister P ihn mehrmals erfolglos aufgefordert hat, das ungebührliche Verhalten einzustellen, erteilt er ihm schließlich einen Platzverweis. R ist der Meinung, dass der Platzverweis rechtswidrig sei.

In diesem Fall ist die streitentscheidende Norm dem Landespolizeigesetz zu entnehmen.²⁵ Das Polizeirecht berechtigt allein den Hoheitsträger, gegen den Bürger vorzugehen. Der Platzverweis ist mithin dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Nach erfolgloser Durchführung eines Widerspruchsverfahrens könnte R daher vor dem Verwaltungsgericht klagen (§ 40 I S. 1 VwGO).

Generell sind Normen des BauGB, der GewO, des GastG, des BImSchG, des AufenthG, des SGB, der Beamtengesetze sowie der Polizeigesetze öffentlich-rechtlich. Sie verleihen der Verwaltung besondere Befugnisse (oder statuieren Pflichten) und ordnen damit den Streit dem öffentlichen Recht zu.

31

Auch der Gesetzgeber geht in § 35 VwVfG bei der Definition des Verwaltungsakts offenbar davon aus, dass die Verwaltung als Hoheitsträger besonders berechtigt ist, wenn ihr eine entsprechende gesetzliche Grundlage zur Verfügung steht; anderenfalls könnte sie wohl kaum „einseitig diktierend“ Verwaltungsakte erlassen, wohnt einem Verwaltungsakt doch eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen inne. Trotz der damit vermeintlich klar geschaffenen Möglichkeit der Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich scheitert die modifizierte Subjektstheorie aber in Fällen, in denen nicht eindeutig ist, welche Rechtsvorschriften den Streit entscheiden. Denn hinsichtlich der Frage, *welche* Rechtsvorschriften den Streit entscheiden, kann die modifizierte Subjektstheorie keine Antwort liefern. Erst recht ist sie in Fällen untauglich, in denen das behördliche Handeln schon nicht durch einen Rechtssatz bestimmt ist. Dann aber kann der Streit möglicherweise mit Hilfe einer der folgenden Abgrenzungstheorien entschieden werden:

32

²² Wolff, AöR 76 (1950/51), 205 ff.

²³ Vgl. nur OVG Münster NJW 2001, 698; Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 11; Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn 225 ff.; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 97; Peine/Siegel, AllgVerwR, Rn 120; Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 3 Rn 16.

²⁴ Vgl. zu den einzelnen Denkschritten näher R. Schmidt, VerwProzR, Rn 25 ff.

²⁵ Bund: § 38 BundesPolG; BaWü: § 27a PolG; Bay: Art. 16 PAG; Berl: § 29 I ASOG; Brand: § 16 PolG; Brem: § 14 I PolG; Hamb: § 12a SOG; Hess: § 31 SOG; MeckVor: § 52 SOG; Nds: § 17 I POG; NRW: § 34 PolG, § 24 OBG; RhLPf: § 13 POG; Saar: § 12 PolG; Sachs: § 18 PVDG; SachsAnh: § 36 I SOG; SchlHolst: § 201 LVwG; Thür: Art. 18 PAG, § 17 OBG.

2. Interessentheorie

- 33 Nach der Interessentheorie²⁶ liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die dem Streit zugrunde liegenden Normen überwiegend dem **öffentlichen Interesse**, dem Allgemeininteresse, dienen. Dagegen soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen bei einer Regelung, die überwiegend Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.
- 34 Auch die Interessentheorie ist nicht frei von Kritik. Denn dadurch, dass auch zahlreiche privatrechtliche Normen im öffentlichen Interesse liegen (so z.B. die familienrechtlichen Unterhaltsvorschriften des BGB) und öffentliche Normen im Privatinteresse (wie beispielsweise das Baunachbarrecht), vermag die Interessentheorie keine klare Abgrenzung zu bieten und sollte im Rahmen einer Fallbearbeitung – wenn überhaupt – nur hilfsweise herangezogen werden.

3. Subordinationstheorie

- 35 Nach der Subordinationstheorie (Subjektionstheorie) ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn zwischen den Streitparteien ein Verhältnis der **Über- und Unterordnung** besteht. Besteht dagegen ein Verhältnis der Gleichordnung, soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen.²⁷

Beispiel: Untersagt die Gewerbebehörde einem Gewerbetreibenden die Ausübung des Gewerbes mit dem Argument, er sei unzuverlässig (vgl. § 35 I GewO), liegt ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung vor. Die Streitigkeit ist **öffentlich-rechtlich**.

Gegenbeispiel: Will die Gemeindeverwaltung beim lokalen Bürausstatter Computer für ihre Mitarbeiter beschaffen, kann sie dies nicht mit hoheitlichen Mitteln, insbesondere nicht mit Hilfe eines Verwaltungsakts, den sie – ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedürfte – selbst vollstrecken könnte, durchsetzen. Denn das öffentliche Recht, d.h. die Gesetze, geben ihr diese Befugnis nicht. Vielmehr muss sie sich auf die Ebene der Gleichordnung mit dem Bürger begeben und die Computer mit Mitteln des **Privatrechts** beschaffen, d.h. gem. § 433 BGB kaufen.

- 36 Letztlich kann auch die Subordinationstheorie nicht ohne Kritik bleiben. Zwar bietet sie im Rahmen der Eingriffsverwaltung einerseits (Beispiel) und des reinen Vertragsrechts andererseits (Gegenbeispiel) eine klare Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, sie scheitert aber zum einen dort, wo sich gleichrangige Träger öffentlicher Gewalt gegenüberstehen (Beispiel: Gemeinde X schließt mit Gemeinde Y ein Abkommen über den Empfang von Leistungen des in Y ansässigen gemeindeeigenen Entsorgungsbetriebs), und zum anderen in jenen Fällen, in denen die Verwaltung trotz Bestehens eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses *koordinations*rechtlich gegenüber dem Bürger auftritt (Beispiel: Verwaltungsvertragsverhältnis gem. §§ 54 ff. VwVfG).

4. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung

- 37 Wie die vorstehende Kritik zu den einzelnen Theorien gezeigt hat, vermag keine der Theorien bei isolierter Betrachtung eine verlässliche Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht zu bieten. Darum vertritt auch die Rechtsprechung keine konkrete Theorie, sondern bedient sich im Bemühen um eine im Einzelfall sach-

²⁶ Von dieser Theorie wird angenommen, dass sie von dem römischen Juristen *Ulpian* (170-228 n. Chr.) stamme (*Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 118; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 3 Rn 11).

²⁷ Vgl. *Forsthoff*, LB des VerwR I, 1950, § 6; BGHZ 14, 222, 227; 97, 312, 314; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 40 Rn 8; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958; *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 118.

gerechte Zuordnung einer **Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie**.²⁸

38

Hinweis für die Fallbearbeitung: Sofern sich aus der Kombination der beiden Theorien befriedigende Ergebnisse erzielen lassen, sollte man sich auch in der Fallbearbeitung darauf beschränken. Zu beachten ist allerdings, dass es völlig verfehlt wäre, etwa den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit, die ihre Grundlage im BauGB, im GastG, in der GewO, in einer Landesbauordnung, einem Landespolizeigesetz oder einer Gemeindeordnung hat, zu erörtern. In diesen Fällen reicht ein knapper Hinweis etwa dergestalt aus, „dass die die Hauptfrage streitentscheidende Norm anerkannt öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. sie allein einen Hoheitsträger besonders berechtigt oder verpflichtet, diesem also zugeordnet ist“. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass einem Klagebegehren mehrere Gesetze, denen streitentscheidende Normen entnommen werden können, zuzuordnen sind. Das betrifft insbesondere das Gefahrenabwehrrecht, weil sich die Rechtsgrundlage für eine Maßnahme sowohl aus einem Spezialgesetz (GastG, GewO, VersG) als auch aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht ergeben kann. Sind alle in Betracht kommenden Gesetze solche des öffentlichen Rechts, kann bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs (nicht bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme!) die Zuordnung des Streitgegenstands zu einer dieser Normen dahinstehen.

Kein Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit ist die **Grundrechtsbelastung** auf Seiten des Rechtsschutzsuchenden. Zwar sind Grundrechte Teil des öffentlichen Rechts, wollte man jedoch allein aus der Grundrechtsbelastung den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit herleiten, hätte dies zur Folge, dass jede belastende behördliche Maßnahme öffentlich-rechtlich wäre. Dass dies nicht so sein kann, beweist schon der Umstand, dass in bestimmten Fällen die Verwaltung privatrechtlich tätig sein kann und dabei (wegen Art. 1 III GG) an die Grundrechte gebunden ist. Würde also die Grundrechtsbindung der Verwaltung den öffentlich-rechtlichen Charakter der Maßnahme begründen, gäbe es das Verwaltungsprivatrecht und die Fiskalverwaltung (vgl. dazu Rn 42 ff. und 48 ff.) nicht.

Schließlich ist zu beachten: Bestehen für ein und denselben prozessualen Anspruch zwei Rechtswege nebeneinander, richtet sich der zulässige Rechtsweg danach, auf welchen Klagegrund das Begehren gestützt wird.²⁹ Das angerufene Gericht prüft den Streit dann unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 II S. 1 GVG).

5. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung

In Einzelfällen kann es vorkommen, dass selbst mit der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie nicht eindeutig der öffentlich-rechtliche Charakter einer Streitigkeit bestimmt werden kann. Das ist der Fall, wenn **keine Rechtsnorm existiert**, die den Streit einem Rechtsgebiet zuordnen könnte, insbesondere wenn rein **tatsächliches** Handeln der Verwaltung in Rede steht. Das trifft etwa zu auf Ansprüche aus (verwaltungsrechtlichen) Verträgen, auf das Aussprechen von Warnungen vor (Jugend-)Sekten, vor Lebensmitteln oder elektromagnetischen Strahlen („Handys“, o.ä.), auf ehrverletzende, rufschädigende oder rufgefährdende Äußerungen, auf Emissionen³⁰ (etwa von kommunalen Kläranlagen, gemeindlichen Grillplätzen, Kinderspielplätzen, Sportplatzanlagen³¹, Altglascontainern³² oder Skater-Anlagen³³) sowie auf andere rein tatsächliche Handlungen. In

39

²⁸ GemS OGB BGHZ 97, 312, 313 f.; BGHZ 102, 280, 287; 108, 284, 286; 129, 126, 128; BVerwGE 96, 71, 73; BVerwG NJW 2007, 2275, 2276.

²⁹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 695.

³⁰ Zum Unterschied vgl. Rn 54.

³¹ VG Arnberg NVwZ 1999, 450.

³² VG Osnabrück NVwZ 2003, 1010 ff.

diesen Fällen ist die Streitigkeit nur dann öffentlich-rechtlich (und vor den Verwaltungsgerichten auszutragen), wenn das fragliche Verhalten in einem **Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben steht (sog. **Akzessorietätstheorie**).

- 40 Besteht zwischen der konkreten behördlichen Handlung und einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung ein **Funktions- bzw. Sachzusammenhang**, ist die konkrete Handlung dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Beispiel: Verursacht die Polizei während der Fahrt zum Einsatzort mit ihrem Dienstwagen einen Verkehrsunfall, wird der Geschädigte regelmäßig Schadensersatz verlangen. In Betracht kommt ein Amtshaftungsanspruch. Voraussetzung ist, dass die Polizeibeamten in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt und eine Amtspflicht verletzt haben.³⁴

- ⇒ Hätten die Beamten bei der Fahrt Sonderrechte gebraucht, d.h. gem. §§ 35 I, 38 I StVO Martinshorn und Blaulicht eingesetzt, wäre der öffentlich-rechtliche Charakter unter Zugrundelegung der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie unstreitig zu bejahen. Dass §§ 35 I, 38 I StVO allein einen Hoheitsträger berechtigen, unterliegt keinem vernünftigen Zweifel.
- ⇒ Geht man indes davon aus, dass die Beamten ohne Gebrauch von Sonderrechten zum Einsatzort fahren, existiert keine Rechtsvorschrift, die den Streit entscheiden könnte. In diesem Fall ist darauf abzustellen, ob die Fahrt in einem Funktions- bzw. Sachzusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe stand. Das war vorliegend der Fall: Im Rahmen der Diensternerfüllung handelt die Polizei grundsätzlich hoheitlich, d.h. öffentlich-rechtlich. Deshalb ist auch die Teilnahme am Straßenverkehr im Rahmen der polizeilichen Aufgabenerfüllung öffentlich-rechtlich. Etwas anderes würde z.B. gelten, wenn die Polizei aus privaten Gründen eine andere Wegstrecke führe, etwa um private Einkäufe etc. zu verrichten.

- 41 Falsch wäre es jedenfalls, in Prüfungsarbeiten den öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeit schlicht mit der Tatsache zu begründen, dass ein Träger öffentlicher Gewalt gehandelt habe. Denn diese Aussage verkennt, dass Träger der öffentlichen Gewalt zwar in den meisten Fällen, nicht aber stets öffentlich-rechtlich handeln. Das wird am Beispiel der privatrechtlichen Betätigung der Verwaltung (Fiskalverwaltung und Verwaltungsprivatrecht) besonders deutlich.

a. Privatrechtliche Betätigung der Verwaltung

aa. Fiskalverwaltung

- 42 Tätigt die öffentliche Verwaltung Geschäfte zur Bedarfsdeckung (fiskalische Hilfsgeschäfte), betätigt sie sich erwerbswirtschaftlich oder verwaltet sie ihre Vermögensgegenstände, spricht man von **Fiskalverwaltung**. Hier tritt die Verwaltung als Privatrechtssubjekt auf und nimmt wie jeder andere am Wirtschaftsleben teil. Das Verhältnis zwischen ihr und dem Bürger kann in diesem Bereich also ausschließlich privatrechtlich sein und nur der Regelung des § 13 GVG unterfallen. Die teilweise noch

³³ OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190.

³⁴ Zwar sind für die Entscheidung über einen Amtshaftungsanspruch die Landgerichte in erster Instanz zuständig (vgl. Art. 34 S. 3 GG, § 71 II Nr. 2 GVG), jedoch handelt es sich trotz dieser Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichte beim Amtshaftungsanspruch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, weil gem. Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB der Schädiger in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben muss. Vorliegend muss demnach die Frage geklärt werden, ob die Beamten in Ausübung eines öffentlichen Amtes, mithin öffentlich-rechtlich, gehandelt haben.

verbleibende Grundrechtsbindung wird von den **ordentlichen Gerichten** beachtet (§ 17 II S. 1 GVG).³⁵ Im Einzelnen sind zu unterscheiden:

Fiskalische Hilfsgeschäfte: Darunter sind zum einen das Beschaffungswesen bzw. Veräußerungswesen und zum anderen das öffentliche Auftragswesen zu verstehen. 43

Beispiele: Kauf von Büroausstattung, Dienstfahrzeugen, Grundstücken etc. (Beschaffungswesen); Verkauf von Grundstücken oder Wohnungen (Veräußerungswesen)³⁶; Abschluss von Verträgen mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen). Zur Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in diesem Bereich vgl. Rn 1008 ff. Zur (möglichen) Anwendung der für das Verwaltungsprivatrecht entwickelten **Zwei-Stufen-Theorie** auf fiskalische Hilfsgeschäfte vgl. Rn 1041 ff.

Erwerbswirtschaftliche Betätigung: Der Hoheitsträger wird erwerbswirtschaftlich tätig, wenn er in unternehmerischer Weise am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. sich an einem privaten Unternehmen (Handelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts) beteiligt. 44

Beispiele:

- (1) Den paradigmatischen Fall einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates bildet die Beteiligung des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG.³⁷
- (2) Außerhalb von Handelsgesellschaften unternehmerisch tätig wird der Verwaltungsträger (bspw. eine Gemeinde), wenn er sich an einer Windparkgesellschaft beteiligt.³⁸
- (3) Auch wenn eine Gemeinde über ihren Eigenbetrieb etwa im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus Aufträge privater Auftraggeber ausführt, wird sie erwerbswirtschaftlich tätig (und tritt gleichsam in Konkurrenz zu privaten Anbietern).³⁹ Als weitere Betätigungen seien der Partyservice durch eine städtische Kantine, der Betrieb eines Nagelstudios, Instandsetzungsarbeiten, Elektroinstallationsarbeiten⁴⁰, Gebäudeunterhaltung, Umzugsservice etc. genannt.⁴¹

Die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am wirtschaftlichen Wettbewerb („Staat als Unternehmer“ bzw. als „Aktionär“) ist zwar grundsätzlich, aber keineswegs uneingeschränkt zulässig. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren. Insbesondere bestehen für die **Gemeinden** rechtliche Grenzen, die sich nach der jeweiligen Gemeindeordnung bestimmen. Die damit verbundenen Probleme gewinnen verwaltungsprozessual in erster Linie in einer Anfechtungssituation bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der (zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen) Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Siehe dazu Rn 1046 ff. 45

Einen Unterfall der erwerbswirtschaftlichen Betätigung stellt die **Verwaltung eigener Vermögensgegenstände** dar: Die Träger öffentlicher Verwaltung sind auch privatrechtliche Eigentümer von Vermögensgegenständen (Fahrzeugen, Grundstücken 46

³⁵ Vgl. BGHZ 150, 343 ff.; BGH NVwZ 2003, 246; Antweiler, NVwZ 2003, 1466 ff.; Meyer, NVwZ 2002, 1075 ff.; Thiel/García-Scholz, JA 2001, 957, 958.

³⁶ Vgl. dazu OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

³⁷ Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand – VWGmbHÜG (zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.7.2009, BGBl I 2009, S. 2479).

³⁸ Vgl. dazu OVG Schleswig NVwZ-RR 2014, 323 – dazu Shirvani, NVwZ 2014, 1185 f. und Brüning, NVwZ 2015, 689 ff.

³⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.

⁴⁰ Vgl. BGH NVwZ 2002, 1141 ff.

⁴¹ Weitere Beispiele bei Schink, NVwZ 2002, 129 f. Vgl. auch Schlacke, JA 2002, 48 ff. und Meyer, NVwZ 2002, 1075 ff.

etc.). Soweit die Gegenstände nicht der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen (etwa weil sie nicht durch Widmungsakt dem öffentlichen Recht unterstellt werden - modifiziertes Privateigentum⁴²), kommt eine privatwirtschaftliche Nutzung in Betracht.

Beispiele: Vermietung der Kellerräume des Rathauses an einen Gastronomen („Ratskeller“) oder Zur-Verfügung-Stellen der Außenflächen von Bussen und Straßenbahnen gegen Entgelt für Werbezwecke. Zur diesbezüglichen Grundrechtsbindung vgl. Rn 1008 ff.

- 47 Im Bereich der Fiskalverwaltung ist insbesondere die **öffentliche Auftragsvergabe** von Interesse: Diese ist (sofern ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, vgl. § 106 GWB) in den **§§ 97 ff. GWB** geregelt und somit dem **Zivilrecht** zugeordnet; der Verwaltungsrechtsweg ist gesperrt.

bb. Verwaltungsprivatrecht

- 48 Größere Probleme in Bezug auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Verwaltung ergeben sich im Verwaltungsprivatrecht, etwa bei der Vergabe von **Subventionen**, bei der Zulassung zur Benutzung von **öffentlichen Einrichtungen** und bei der **Versorgungs- und Entsorgungstätigkeit** des Staates oder der Gemeinden. Ferner sei der **öffentliche Personennahverkehr** genannt.

Beispiele:

- (1) Das Land L möchte den Mittelstand fördern und vergibt **(a)** zinsgünstige Darlehen bzw. gewährt **(b)** für bestimmte Vorhaben nicht zurückzuzahlende Zuschüsse. Hinsichtlich der Darlehensvergabe bzw. der Auszahlung schaltet es eine Privatbank ein, die die Abwicklung des Darlehens übernimmt.
 - (2) Die Gemeinde G versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) **(a)** über ihre öffentlich-rechtlich organisierten Eigen- oder Regiebetriebe oder **(b)** über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). In beiden Konstellationen schließt sie mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge.
 - (3) Die Stadt S nimmt den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend in ihrer Hand befinden. Hier schließt sie mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab.
 - (4) Die Stadt S stellt der Öffentlichkeit eine Stadthalle zur Verfügung. Betrieben wird die Stadthalle **(a)** durch einen Regie- oder Eigenbetrieb der Stadt oder **(b)** durch eine Betreiber-GmbH („Stadthallen-GmbH“), deren Geschäftsanteile sich im Eigentum der Stadt befinden. In beiden Fällen werden mit den Nutzern privatrechtliche Mietverträge geschlossen.
- 49 Bei der Frage nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter derartiger Maßnahmen ist in Prüfungsarbeiten auf die sog. **Zwei-Stufen-Theorie**⁴³ einzugehen: Geht es um die Frage des „Ob“ der Gewährung, *ob* also z.B. ein Versorgungsvertrag geschlossen, eine Subvention oder die Zulassung zur Nutzung einer öffentlichen Einrichtung gewährt werden sollen, ist von einem öffentlich-rechtlichen Charakter der Entscheidung auszugehen. Zugleich ist der *Verwaltungsrechtsweg* eröffnet (**1. Stufe**). Für die Abwicklung (also das „Wie“) stellt indes das Privatrecht Vertragstypen bereit, die im öffentlichen Recht eigenständig nicht entwickelt wurden. Das führt zu der Annahme, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis in seiner weiteren Durchführung pri-

⁴² Vgl. dazu OLG Schleswig NJW 2001, 1073 (hier: Meeresstrand).

⁴³ Die Zwei-Stufen-Theorie geht auf *H.P. Ipsen* zurück (vgl. *H.P. Ipsen*, DVBl 1956, 461 unter Bezugnahme auf ein von ihm verfasstes Rechtsgutachten aus dem Jahre 1951 zur Ausfallbürgschaft des Staates bei der Filmförderung).

vaterechtlich (wie bspw. nach §§ 535 ff. oder 488 ff. BGB) ausgestaltet sein kann (**2. Stufe**).

Zu den Beispielen:

- (1) Geht es um die Gewährung eines **Subventionsdarlehens** (Konstellation a), wird auf der 1. Stufe entschieden, ob das (beantragte) Darlehen gewährt wird. Diese Entscheidung begründet das „Grundverhältnis“ zwischen dem Staat und dem Antragsteller, ist öffentlich-rechtlich und erfolgt rechtstechnisch durch Verwaltungsakt. Erst wenn diese Entscheidung getroffen wurde, erfolgt auf der 2. Stufe die Abwicklung. Diese ist (bei Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie) stets privatrechtlich ausgestaltet, und zwar in Form eines Darlehensvertrags gem. §§ 488 ff. BGB. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Darlehensvertrag zwischen dem Darlehensnehmer und der öffentlichen Hand oder einem von dieser beauftragten privaten Kreditinstitut geschlossen wird. Das bedeutet für den Rechtsweg: Streitigkeiten über das „Ob“ der Gewährung sind öffentlich-rechtlich und vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Meinungsverschiedenheiten, die die 2. Stufe betreffen (also Streitigkeiten im „Abwicklungsverhältnis“), sind bürgerlich-rechtlich und vor den Zivilgerichten auszutragen.

Besteht die Leistungsgewährung indes in einem **Investitionszuschuss** (Konstellation b), ist für die Zwei-Stufen-Theorie kein Raum. Denn die Auszahlung ist lediglich der Vollzugsakt des Bewilligungsbescheids und somit wie dieser öffentlich-rechtlich. Das gilt auch dann, wenn die Auszahlung des Zuschusses durch ein privates Kreditinstitut erfolgt. In diesem Fall fungiert die Privatbank nur als „Zahlstelle“ der Behörde.⁴⁴

- (2) Geht es um den Anschluss an das öffentliche **Versorgungs- oder Entsorgungsnetz**, steht die Frage des „Ob“ im Mittelpunkt. Hier ist wegen Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Streiten sich die Parteien dagegen etwa über die Höhe der Versorgungskosten (das „Wie“), ist zu differenzieren: In Konstellation (a) kann die Verwaltung – anders als in Bsp (1) – das Benutzungsverhältnis sowohl hoheitlich als auch privatrechtlich ausgestalten. Sie hat die Formenwahlfreiheit. Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich *oder* privatrechtlich ausgestaltet. Das hat Konsequenzen für den Rechtsweg: Je nach Ausgestaltung ist der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet. In Konstellation (b) hat sie indes durch die Privatisierung der Einrichtung ihre Formenwahlfreiheit verloren. Eine juristische Person des Privatrechts kann (von dem hier nicht einschlägigen Fall der Beileihung einmal abgesehen) ausschließlich privatrechtlich handeln. Über die Frage des „Wie“ kann dann nur das Zivilgericht entscheiden.
- (3) Auch beim **ÖPNV** entscheidet über das „Ob“ der Benutzung das Verwaltungsgericht. Würde es demgegenüber um Fragen der Benutzung gehen, etwa um den Erlass eines Rauchverbots auf den Bahnsteigen oder in der Bahn selbst, wäre eine Klage vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, da die Beförderungsverträge wegen der Rechtsformenwahl zugunsten einer AG ausschließlich privatrechtlich ausgestaltet sein können.
- (4) Schließlich gilt auch für die Benutzung kommunaler oder städtischer **öffentlicher Einrichtungen**, dass die Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung stets öffentlich-rechtlich durch Verwaltungsakt erfolgt (1. Stufe). Das Benutzungsverhältnis, bei dem es um die Modalitäten der Nutzung geht (Dauer der Nutzung, Höhe des Entgelts, Verhaltenspflichten etc.) ist der 2. Stufe zuzuordnen. Hier wiederum gilt dasselbe wie in Beispiel (2). Betreibt die öffentliche Hand die Einrichtung in Eigenregie bzw. durch einen Eigenbetrieb (Konstellation (a)), hat sie die Formenwahlfreiheit: Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öf-

⁴⁴ Vgl. dazu näher Rn 1008 ff.

und Gericht anzuwenden ist. Zur verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis in diesem Zusammenhang vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 347 ff.

2. Das Zusammenspiel der Auslegungsmethoden

- 280 In einer öffentlich-rechtlichen Fallbearbeitung wird eine isolierte Behandlung einzelner Auslegungsmethoden oft nicht zum gewünschten Ergebnis führen. Vielmehr bieten die einzelnen Methoden jeweils nur einzelne Argumente, die in einer Gesamtschau zueinander in Beziehung gesetzt und gewichtet werden müssen. Zu beachten ist aber, dass es **nach erfolgter Auslegung nur eine Entscheidung** geben kann. So ist z.B. der Gewerbetreibende gemäß § 35 GewO entweder unzuverlässig oder er ist es nicht. Daraus folgt die grundsätzliche volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Eine **Vertretbarkeitsprüfung** wie bei einer behördlichen Ermessensentscheidung (dazu Rn 295 ff. und 601) **findet nicht statt**.

III. Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen

- 281 Die allgemeinen Auslegungsmethoden helfen nicht stets weiter. So herrscht weitgehender Konsens darüber, dass unbestimmte Rechtsbegriffe auch mit Hilfe von
- (1) (Legal-)Definitionen⁴⁵⁴,
 - (2) Rechtsverordnungen (untergesetzliches Regelwerk),
 - (3) Verwaltungsvorschriften und
 - (4) außerrechtlichen Normen bzw. Regelwerken (DIN, EN, VDI⁴⁵⁵)

ausgelegt werden können. Schwierigkeiten bestehen insbesondere dort, wo zur Konkretisierung **Verwaltungsvorschriften** herangezogen werden. Es stellt sich die Frage, inwieweit die Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einer *ex-post*-Überprüfung an diese (das formelle Gesetz) konkretisierenden Verwaltungsvorschriften gebunden ist. Da die Verwaltungsvorschriften jedoch ausführlich im Rahmen der Darstellung der Handlungsformen der Verwaltung erläutert werden, wird insoweit auf Rn 142 ff., aber auch auf Rn 864 ff. verwiesen.

- 282 Auch sog. **Technische Regelwerke** (etwa VDI-Richtlinien und DIN-Normen) können als Orientierungshilfe bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen dienen. Das trifft insbesondere auf den Bereich der bau- und immissionsrechtlich relevanten Anlagenerrichtung (Tiermast etc.) zu, von der belästigende oder störende Emissionen ausgehen. Hier ist die Grenze dessen, was (für den Anlagenbetreiber einerseits, den Nachbarn andererseits) zumutbar ist, in jedem Einzelfall durch trichterförmige Feststellung zu bestimmen, freilich unter Zugrundelegung der VDI-Richtlinie 3894 – vgl. dazu näher *R. Schmidt*, BauR, Rn 461 f.

IV. Beurteilungsspielräume

- 283 Wie bereits bei Rn 267 ausgeführt, fordern das Rechtsstaatsprinzip und die Rechtsschutzgarantie grundsätzlich die volle richterliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen.⁴⁵⁶ Eine Ausnahme von diesem Postulat ist aber dort zu machen, wo die richterliche Kontrolle aufgrund atypischer und/oder komplexer Sachumstände außergewöhnlichen Schwierigkeiten begegnet und einem besonders prädestinierten Ent-

⁴⁵⁴ So kann der unbestimmte Rechtsbegriff „Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ aus der polizeilichen Befugnisgeneralklausel (vgl. etwa Bay: Art. 11 PAG; Brem: § 10 I PolG; Nds: § 11 POG; SachsAnh: § 13 SOG; Thür: §§ 12 I PAG, 5 I OBG) mit Hilfe der Legaldefinitionen (bspw. in § 2 Nr. 2 BremPolG, § 2 Nr. 1 NdsPOG; § 3 Nr. 1 SachsAnhSOG und in § 54 ThürOBG) ausgelegt werden. Aber auch Legaldefinitionen aus Vorschriften anderer Regelungsgebiete können bei der Auslegung hilfeleistend herangezogen werden.

⁴⁵⁵ Deutsches Institut für Normung e.V.; Europäische Norm; Verein Deutscher Ingenieure.

⁴⁵⁶ Insoweit klarstellend BVerfG NJW 2019, 141, 142; BVerwG NVwZ 2020, 233, 234.

scheidungsträger eine spezifische Sachkompetenz zukommt.⁴⁵⁷ Das BVerwG führt dazu aus: „Die Annahme eines Beurteilungsspielraums ist vor allem dann berechtigt, wenn das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm vage ist und sich seine fallbezogene Anwendung als besonders schwierig erweist, weil eine Vielzahl von Bewertungsfaktoren ermittelt, gewichtet und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen, wofür zudem schwer kalkulierbare Prognosen angestellt werden müssen.“⁴⁵⁸

Eine besondere Bedeutung haben dabei Prüfungskommissionsentscheidungen und sog. „prognostische Entscheidungen“. Dies sind Entscheidungen, bei denen die Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff von (zukunftsgerichteten) komplexen Wertungen und/oder von komplexen Diagnosen abhängt.⁴⁵⁹ Voraussetzung für die Anerkennung eines solchen gerichtlich nicht näher überprüfbaren Beurteilungsspielraums ist aber gerade wegen Art. 20 III GG eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung, d.h. entweder eine ausdrückliche Einräumung eines Beurteilungsspielraums oder jedenfalls die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, die durch Auslegung zu einem Beurteilungsspielraum führen.⁴⁶⁰ Freilich ist wegen Art. 19 IV S. 1 GG eine restriktive Handhabung anzumahnen.

Beispiel: Gemäß Art. 7 V GG ist eine private Volksschule nur dann zuzulassen, wenn u.a. die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt.

In diesem Fall räumt der Grundgesetzgeber der Unterrichtsverwaltung die Kompetenz ein, über das besondere pädagogische Interesse zu befinden. Da es in diesem Fall also nicht um die Eignung der konkreten Bewerberschule geht, sondern vielmehr um ein übergeordnetes Allgemeininteresse, ist die Annahme des BVerwG⁴⁶¹, es handele sich bei der Ermächtigung der Unterrichtsverwaltung zur Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses um einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum, nicht zu beanstanden.

Obwohl wegen Art. 19 IV S. 1 GG eine restriktive Handhabung bei der Einräumung eines nicht weiter gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraums geboten ist, ist ein solcher in folgenden, allgemein anerkannten Fällen eingeräumt worden⁴⁶²:

- **prüfungsähnliche Entscheidungen**, etwa im Schulbereich. Beispiel: Versetzung in die nächsthöhere Klasse⁴⁶³
- **dienstrechtliche Einstellungsentscheidungen und Beurteilungen** (von Beamten, Soldaten): „**Unvertretbare persönliche Werturteile**“ wie bspw. die **Verfassungstreue** des Bewerbers.⁴⁶⁴ Auch die Versetzung eines politischen Beamten bzw. einer politischen Beamtin in den **einstweiligen Ruhestand** gehört hierher.⁴⁶⁵

⁴⁵⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 2020, 233, 234; BVerfG NJW 2019, 141, 142 f.; NVwZ 2010, 321, 322 f.; NVwZ 2008, 1359, 1360; BVerwGE 129, 1, 22 f.; 84, 34, 49 f.; 79, 208, 213; VGH Mannheim NVwZ 2001, 937; *Maurer/Waldhoff*, Allg-VerwR, § 7 Rn 31 ff.; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 315. Allesamt zurückgehend auf die von *Bachof* (JZ 1955, 97 ff.) entwickelte Lehre vom Beurteilungsspielraum.

⁴⁵⁸ BVerwG NVwZ 2020, 233, 234.

⁴⁵⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 2016, 327, 328; NVwZ 2008, 1359, 1360; NVwZ-RR 2002, 49; BVerfGE 88, 40, 60; BVerwGE 62, 330, 340; VGH Mannheim NVwZ 2001, 1434; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 319.

⁴⁶⁰ Vgl. nur BVerfGE 129, 1, 22; BVerwG NVwZ 2016, 327, 328.

⁴⁶¹ BVerwGE 75, 275, 277. Das BVerfG (E 88, 40, 47 ff.) hat diese Auffassung zumindest im Grundsatz bestätigt, den Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde aber enger gezogen. Vgl. auch BVerwG NJW 2000, 1280, 1281 f.

⁴⁶² Zur Aufstellung vgl. auch BVerwG NVwZ 2016, 327, 328; OVG Bautzen NJW 2017, 2850, 2851 f.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 7 Rn 37 ff.; *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 232 ff.; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 316; *Faßbender*, JuS 2012, 332, 335.

⁴⁶³ BVerwGE 8, 272 (Versetzung in die nächsthöhere Klasse).

⁴⁶⁴ BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.; BVerwG NVwZ 2001, 200, 201; NVwZ-RR 2002, 47, 48; NJW 2002, 3344 ff.; NVwZ 2013, 80 f.; BVerwGE 21, 127; 60, 245; 97, 61, 176, 185 f.; 80, 224, 225 f.; 92, 147, 149; 106, 263, 266 ff.; 128, 129.

⁴⁶⁵ VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 630 (Versetzung einer Ministerialdirektorin in den einstweiligen Ruhestand).

- Prognoseentscheidung über die **Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse** eines Einbürgerungsbewerbers nach § 8 StAG⁴⁶⁶
- Festlegung, was unter „**nachteiligen Auswirkungen auf die internationalen Beziehungen**“ im Rahmen des Informationsanspruchs nach § 3 Nr. 1 lit. a IFG zu verstehen ist⁴⁶⁷
- komplexe Prognoseentscheidungen im **Naturschutzrecht**, jedenfalls soweit es um planerische Entscheidungen mit komplexen Abwägungs- und Bewertungselementen geht und in der betreffenden Materie noch keine fachwissenschaftlichen Erkenntnisstände⁴⁶⁸ etabliert sind, die der Entscheidungsbehörde einen Prüfungs- und Beurteilungsmaßstab zur Verfügung stellen.⁴⁶⁹ Das BVerfG hat dies im Grundsatz gebilligt. Fehle, wie bei der Frage, ob der unter Naturschutz stehende Rotmilan durch die Rotorblätter einer Windkraftanlage einem erhöhten Tötungsrisiko ausgesetzt ist, ein naturwissenschaftlicher Erkenntnisstand, dürfe das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung die plausible Einschätzung der Genehmigungsbehörde zugrunde legen und sei nicht verpflichtet, das Erkenntnisdefizit auszufüllen.⁴⁷⁰ Bezeichnend daran ist nicht nur, dass das BVerfG der Behörde offenbar eine fachwissenschaftliche Methodenkompetenz zuspricht, sondern auch, dass es ausführt, die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle folge hier – anders als bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe – nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedürfe daher auch keiner gesetzlichen Ermächtigung.⁴⁷¹ Mit Art. 20 III GG und Art. 19 IV S. 1 GG ist das schwerlich zu vereinbaren. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das BVerfG durchaus der Behörde auferlegen müssen, in fachwissenschaftlichen Fragen wie der vorliegenden Art Expertisen und Fachgutachten einzuholen. Auch wenn ein fachwissenschaftlicher Erkenntnisstand fehlt, sind plausible Einschätzungen von Fachwissenschaftlern solchen der Behörde vorzuziehen. Immerhin fordert das BVerfG, dass überprüft werden müsse, ob der Behörde bei der Ermittlung und der Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler unterlaufen seien, ob sie anzuwendendes Recht verkannt habe, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgegangen sei, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt habe oder sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen.⁴⁷²
- größtenteils bei Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertretern besetzte Ausschüsse bzw. **pluralistisch besetzte Gremien**⁴⁷³ sowie Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen vor allem im Bereich des Umwelt-, Technik- und Wirtschaftsrechts [wertende Prognoseentscheidungen mit **politischem, wissenschaftlichem, technischem oder wirtschaftlichem** Einschlag („Einschätzungsprärogative“)]⁴⁷⁴. So indiziert nach Ansicht des BVerfG die Verwendung des Begriffs „Stand von Wissenschaft und Technik“ in §§ 6 II, 16 I Gentech-

⁴⁶⁶ VGH Mannheim NVwZ 2001, 1434 hinsichtlich der „Verfassungstreue“. Zwar ist die Verfassungstreue nicht im Tatbestand des § 8 StAG enthalten, da aber der demokratische Rechtsstaat von seinen Bürgern die Beachtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (FDGO) erwarten darf, stellt es eine sachgerechte und zweckentsprechende Erwägung dar, wenn die Verleihung der deutschen Staatsbürgerschaft mit der Begründung abgelehnt wird, der Bewerber bekenne sich nicht zur FDGO der Bundesrepublik Deutschland. Die Beachtung der FDGO ist in die „Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse“ hineinzuinterpretieren.

⁴⁶⁷ BVerwG NVwZ 2010, 321, 322 f. Vgl. auch *Waldhoff*, JuS 2010, 843. Zum IFG vgl. bereits Rn 232.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu Rn 877 ff.

⁴⁶⁹ BVerwGE 131, 274 ff.; BVerwG NVwZ 2014, 524 ff.; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241 ff.

⁴⁷⁰ BVerfG NJW 2019, 141, 142. Siehe auch die Bespr. v. *Muckel*, JA 2019, 156.

⁴⁷¹ BVerfG NJW 2019, 141, 143.

⁴⁷² BVerfG NJW 2019, 141, 144.

⁴⁷³ BVerwGE 12, 20 (Personalgutachterausschuss); 59, 213 (Prüfung der Befähigung zum Architekten durch unabhängigen Sachverständigenausschuss); 62, 330, 337 f. (Bewertung von Weizensorten durch unabhängigen Sachverständigenausschuss); 72, 195 (Zulassung zur Börse durch Börsenausschuss); 91, 211, 215 f. (Indizierung jugendgefährdender Schriften durch die Bundesprüfstelle gem. §§ 1, 6 GjS (heute: §§ 17 ff. JuSchG – vgl. dazu sogleich); 99, 371, 377 f. (Richterwahlausschüsse); *Beaucamp*, JA 2002, 314, 318.

⁴⁷⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 2008, 1359, 1360; BVerwGE 72, 300, 316; 79, 208, 213 ff.; 81, 185, 190; 82, 295, 299 ff. sowie weitere Nachweise bei *Wahl*, NVwZ 1991, 409, 413 f.

nikG einen Beurteilungsspielraum.⁴⁷⁵ Das Gleiche gelte bei der im Rahmen der §§ 10 und 11 TKG von der Bundesnetzagentur durchzuführenden Marktdefinition und Marktanalyse⁴⁷⁶ sowie der nach § 20 WeinG i.V.m. § 25 WeinVO von der Landesstelle zu treffenden Entscheidung über die Zuerkennung des Prädikats „Auslese“⁴⁷⁷. Zu den Entscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (§§ 17 ff. JuSchG) vgl. Rn 286.

- Eine besondere Problematik besteht bei (staatlichen) **Prüfungsentscheidungen**, insbesondere hinsichtlich Berufszugangsprüfungen.⁴⁷⁸ Es ist zwischen fachspezifischen Bewertungen und prüfungsspezifischen Wertungen zu unterscheiden:

Geht es um **fachspezifische Bewertungen**, d.h. um Entscheidungen über die fachliche Richtigkeit konkreter Ausführungen des Prüflings, ist dem Prüfer nur ein sehr eingeschränkter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Das BVerwG führt dazu aus: „Hierbei handelt es sich um Stellungnahmen zu Fachfragen, die einer fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich sind. Deren Bewertung hängt davon ab, ob die vom Prüfungsteilnehmer vertretene Auffassung nach dem Stand der Fachwissenschaft vertretbar ist. Dieser objektive Bewertungsmaßstab tritt für die Beantwortung von Fachfragen an die Stelle der autonomen Einschätzung des Prüfers. Der Prüfer muss den Maßstab beachten; er darf fachlich vertretbare Antworten nicht als falsch bewerten. Die Verwaltungsgerichte haben nachzuprüfen, ob der Prüfer diesen Maßstab beachtet, das heißt eine fachlich richtige oder doch vertretbare Bemerkung nicht als falsch bewertet hat.“⁴⁷⁹

Werden bspw. in einer fachlich umstrittenen Frage in der Rechtsprechung und in der rechtswissenschaftlichen Literatur verschiedene Theorien vertreten und folgt der Prüfling mit entsprechender Begründung einer dieser Auffassungen, kann der Prüfer, auch wenn er dieser Meinung nicht folgt, eine solche Prüfungsleistung nicht als unrichtig bewerten. Eine mit **gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung darf nicht als falsch gewertet werden**.⁴⁸⁰ Vielmehr ist dem Prüfling insofern ein **Beantwortungsspielraum** zuzubilligen. In jedem Fall ist eine hinreichende Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten erforderlich. Vertritt der Prüfling allerdings eine Minderheitsmeinung, kann er sich nach Auffassung des OVG Koblenz nur dann darauf berufen, wenn er sie „problemorientiert“ entwickelt hat.⁴⁸¹ Auch genügt es nach Auffassung des OVG Koblenz nicht, wenn sein Ergebnis mehr oder weniger zufällig mit dem übereinstimmt, was im wissenschaftlichen Meinungsstreit ebenfalls als Resultat vertreten werden könnte.⁴⁸²

Anders verhält es sich bei **prüfungsspezifischen Bewertungen**, d.h. bei Wertungen, die sich damit befassen, wie der Prüfling die Anforderungen der konkreten Prüfungsaufgabe bewältigt hat.⁴⁸³ Hier ist dem Prüfer ein **Beurteilungsspielraum** eingeräumt. Das BVerwG führt hierzu aus: „Solche prüfungsspezifischen Wertungen sind die Bestimmung des Schwierigkeitsgrads der Aufgabe sowie die Bewertung der Überzeugungskraft der Argumente, des Aufbaus der Darstellung und der Folgerichtigkeit des Begründungsgangs. Prüfungsspezifisch sind auch die Gewichtungen der einzelnen fachlichen und prüfungsspezifischen Wertungen, das heißt die Bestimmung ihrer Bedeutung für die Notenvergabe. Hierfür muss sich der Prüfer darüber klar werden, welche durchschnittlichen Anforderungen er an eine Prüfungsleistung stellt. In Bezug auf prüfungsspezifische Wertungen sind die Verwaltungsgerichte darauf beschränkt, nachzuprüfen, ob der Prüfer die Prüfungsleistung vollständig und richtig zur Kenntnis

⁴⁷⁵ BVerwG NVwZ 1999, 1232 ff. Auch schon früher wurde Ähnliches vom BVerfG für das Atomrecht (§ 7 II Nr. 3 AtomG) vertreten, vgl. BVerfGE 72, 300, 316 f.

⁴⁷⁶ BVerwG NVwZ 2008, 1359 ff.

⁴⁷⁷ BVerwGE 129, 27, 35. Vgl. dazu die Fallbearbeitung von *Faßbender*, JuS 2012, 332 ff.

⁴⁷⁸ Siehe dazu jüngst BVerwG NJW 2018, 2142, 2143 f.

⁴⁷⁹ BVerwG NJW 2018, 2142, 2143.

⁴⁸⁰ BVerfGE 84, 34, 50 ff.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 7 Rn 43.

⁴⁸¹ OVG Koblenz 6.6.1997 – 2 A 12866/96.

⁴⁸² OVG Koblenz 6.6.1997 – 2 A 12866/96. Vgl. auch *Barton*, NVwZ 2013, 555, 557.

⁴⁸³ BVerwG NJW 2018, 2142, 2143.

genommen hat, sachwidrige Erwägungen in die Bewertung hat einfließen lassen, seine autonomen Bewertungsmaßstäbe einheitlich angewandt und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet hat. Schließlich müssen die prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen nachvollziehbar sein; sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Widersprüche enthalten.⁴⁸⁴

Fazit: Während also bei fachspezifischen Bewertungen in Ermangelung eines Beurteilungsspielraums eine weitgehende verwaltungsgerichtliche Kontrollmöglichkeit gegeben ist, räumt die Rechtsprechung dem Prüfer bei prüfungsspezifischen Wertungen wie bspw. bei der Frage, wie die einzelnen Prüfungsteile zu gewichten sind, welchen Schwierigkeitsgrad die Aufgabenstellung aufweist oder wie schwerwiegend bestimmte Fehler zu bewerten sind, einen gerichtlich nicht weiter überprüfbaren Beurteilungsspielraum ein, da der Eindruck, den der Prüfer bei der Korrektur einer Prüfung gewinne, auf persönlichen Erfahrungen beruhe, die nicht von einem nachprüfenden Gericht ersetzt werden könnten.⁴⁸⁵ Das leuchtet ein. Denn dass das angerufene Verwaltungsgericht eine Prüfungsentscheidung (Beispiele: juristische und medizinische Promotions- oder Habilitationsprüfungen⁴⁸⁶, Staatsprüfungen⁴⁸⁷, Abitur⁴⁸⁸) grds. nicht allein mit dem Argument aufheben kann, die Fragen der Prüfer seien zu schwierig gewesen bzw. der Prüfer habe bei der Bewertung zu strenge Maßstäbe angelegt⁴⁸⁹, liegt auf der Hand. So stehen nach Auffassung des BVerwG auch einzelne positive Elemente einer juristischen Staatsprüfung der Bewertung der Prüfungsleistung als „ungenügend“ nicht entgegen, wenn sie nur geringfügige Bedeutung aufweisen und hierdurch der (von einem Beurteilungsspielraum umfassten) Annahme nicht entgegenstehen, die Prüfungsleistung sei dem Gesamteindruck nach eine völlig unbrauchbare Leistung.⁴⁹⁰

Da es insbesondere bei juristischen Prüfungen nicht um das Abfragen von auswendig gelerntem Fachwissen geht, sondern darum, festzustellen, ob theoretische Fertigkeiten und Systemkenntnisse vorhanden sind, sowie, ob die juristische Methodik beherrscht wird, darf der Prüfer eine Prüfungsleistung also nicht als falsch bewerten, wenn der Prüfling nachvollziehbar argumentiert hat und zu einem vertretbaren Ergebnis gelangt ist. Ist der Prüfungsaufgabe allerdings ein Beantwortungsspielraum immanent, muss der Prüfling diesen auch nutzen, indem er die Problematik aufwirft und sich auch mit den die Gegenauffassung tragenden Argumenten auseinandersetzt. Freilich eine andere Frage ist es, ob der Prüfer bei der Wahl des Schwierigkeitsgrads bzw. der Heranziehung (zu) strenger Bewertungsmaßstäbe seinen Beurteilungsspielraum verlassen hat. Vgl. dazu Rn 287.

Beispiel⁴⁹¹: Weil K aufgrund der Klausurergebnisse die Voraussetzungen für die Zulassung zur mündlichen Prüfung nicht erfüllt hatte, erklärte das Justizprüfungsamt die Zweite juristische Staatsprüfung des K für nicht bestanden. Dagegen legte K Widerspruch ein und erhob Einwendungen gegen die Bewertung zweier Aufsichtsarbeiten im Zivilrecht (ZR I und III) und einer Aufsichtsarbeit im Öffentlichen Recht (ÖR II) durch die Erst- und Zweitprüfer. Deren Nachbewertungen führten zwar zu leicht besseren Bewertungen, die aber nach wie vor nicht ausreichten, um die Prüfung fortsetzen zu können, sodass K Klage erhob.

Das BVerwG entschied, dass Wertungen von Prüfern, die sich auf am Maßstab des fachwissenschaftlichen Meinungsstands zu beurteilende Ausführungen des Prüfungsteilnehmers beziehen, der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung

⁴⁸⁴ BVerwG NJW 2018, 2142, 2143 mit Verweis u.a. auf BVerfGE 84, 34, 50 ff.; BVerwG NJW 1995, 977; BVerwG NVwZ 1998, 738.

⁴⁸⁵ BVerwG NJW 2018, 2142, 2143; bereits zuvor auch BVerfGE 84, 34, 45 ff. Vgl. auch *Barton*, NVwZ 2013, 555, 557.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu VGH Mannheim NVwZ 2001, 937; BVerfG NVwZ 2011, 486 (mit Bespr. v. *Hufen*, JuS 2012, 187).

⁴⁸⁷ Vgl. OVG Münster NJW 2017, 2138 (Zweite juristische Staatsprüfung).

⁴⁸⁸ BVerwG NJW 2000, 1055; BVerwGE 99, 74; 104, 203 (juristische bzw. medizinische Staatsprüfung); vgl. auch BVerfGE 84, 34, 45 und VGH Mannheim NVwZ 2002, 235.

⁴⁸⁹ Vgl. auch *Zimmerling/Brehm*, NVwZ 2009, 358, 364; *Barton*, NVwZ 2013, 555, 557.

⁴⁹⁰ BVerwG NJW 2012, 2054, 2055 f.

⁴⁹¹ Nach BVerwG NJW 2018, 2142 ff.

unterlägen. Verlangte die konkrete Prüfungsaufgabe nach der Aufgabenstellung die Behandlung bestimmter fachlicher Fragen, seien Wertungen von Prüfern indes prüfungsspezifischer Natur und unterlägen einem Beurteilungsspielraum. Die Verwaltungsgerichte hätten die Bewertungen lediglich darauf hin nachzuprüfen, ob die Grenzen des prüfungsrechtlichen Bewertungsspielraums eingehalten seien.

Werde also den Prüfungsteilnehmern in Aufsichtsarbeiten jeweils die Aufgabe gestellt, auf der Grundlage des zu bearbeitenden Sachverhalts aus Anwaltssicht ein Gutachten zu allen Rechtsfragen zu erstellen, die für die Interessen der Mandanten Bedeutung erlangen können, sei die Kritik der Prüfer, K habe nicht alle materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen bzw. Rechtsfragen behandelt, nicht an dem Meinungsstand zu einer Fachfrage zu messen, sondern an den Anforderungen der Aufgabenstellung. Es handle sich somit nicht um fachliche, sondern um prüfungsspezifische und damit einem Beurteilungsspielraum unterliegende Wertungen: Habe die Behandlung einer konkreten Frage aufgrund des Klausursachverhalts nachvollziehbar erwartet werden können, habe deren Nichtbehandlung nachteilig bewertet werden dürfen.⁴⁹²

Trotz Beurteilungsspielraums ergeben sich aus Art. 19 IV S. 1 GG aber Anforderungen bezüglich der sachgerechten Auswahl der Prüfer, ihrer Zahl und ihres Verhältnisses zueinander, insbesondere bei Bewertungsdifferenzen. Der Betroffene hat einen Anspruch auf eine fehlerfreie und verfahrensmäßige Leistungsbewertung durch sachkundige Personen und auf eine neutrale und objektive Bewertung seiner Prüfungsleistung (**verfahrensrechtliche Dimension der Grundrechte**). Missachtet die Prüfungskommission diese Grundsätze, liegt eine Verletzung der Grundrechte (insbesondere des Art. 12 I GG) auf Seiten des Prüflings vor, die gem. Art. 19 IV S. 1 GG zur Anfechtbarkeit der Prüfungsentscheidung führt.

Die Bewertung von Antworten von Prüfungsfragen im Antwort-Wahl-Verfahren (**Multiple choice**) unterliegt keinem Beurteilungsspielraum; Multiple-choice-Aufgaben sind sogar von vornherein ungeeignet, wenn sie nach ihrem Wortlaut unverständlich, widersprüchlich oder mehrdeutig sind, wenn sie auf mehrfache Weise vertretbar beantwortet werden können oder wenn die nach dem Lösungsmuster als „zutreffend“ anzukreuzende Antwort in Wahrheit falsch ist.⁴⁹³ Werden in einem solchen Fall Antworten als falsch gewertet, obwohl sie gesicherten, veröffentlichten oder sonst ohne besondere Schwierigkeiten zugänglichen fachwissenschaftlichen Kenntnissen entsprechen, liegt eine rechtswidrige Prüfungsentscheidung vor.⁴⁹⁴ Andererseits billigt die Rechtsprechung dem Bewerter einer studentischen Hausarbeit einen Beurteilungsspielraum zu, wenn es um die Gewichtung des Überschreitens der zulässigen Seitenzahl geht. Sieht die Prüfungsordnung bspw. einen Umfang von max. 20 Seiten vor und überschreitet der Verfasser/die Verfasserin das Seitenvolumen um 5 Seiten (was immerhin 25% ausmacht), ist es nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden, wenn der Bewerter die Arbeit allein aufgrund des Überschreitens der zulässigen Seitenzahl als nicht bestanden einstuft, wenn die Arbeit im Übrigen lediglich mit der Note „ausreichend“ bewertet worden wäre.⁴⁹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein diesbezüglicher Beurteilungsspielraum mit Blick auf die Chancengleichheit jedenfalls dann nicht unproblematisch, wenn die Prüfungsordnung insoweit zwingend ist. Hier erscheint es angebracht, einen Beurteilungsspielraum zu verneinen. Klare Regelungen der Prüfungsordnung können keinem Beurteilungsspielraum unterliegen. Enthält die Prüfungsordnung indes eine „Soll-Vorgabe“ (Beispiele: „Hausarbeit im Umfang von 20-25 Seiten“ oder „Hausarbeit im Umfang von ca. 20 Seiten“), ist jedenfalls bei nur geringfügiger Überschreitung der Seitenzahl ein Beurteilungsspielraum vertretbar, wenn die Abweichung inhaltlich nachvollziehbar ist. Die Geringfügigkeit der Überschreitung kann

⁴⁹² BVerwG NJW 2018, 2142, 2144.

⁴⁹³ OVG Bautzen NJW 2017, 2850, 2851 f.

⁴⁹⁴ OVG Bautzen NJW 2017, 2850, 2851 f. Siehe auch *Hufen*, JuS 2018, 91 ff.

⁴⁹⁵ VG Ansbach NVwZ 2018, 1156, 1157 f.

nach der hier vertretenen Auffassung bei 10% angesiedelt werden. Bei größerer Abweichung wäre ein Beurteilungsspielraum aufgrund der genannten Chancengleichheit kritisch.

- 285** Die Begründung für die Anerkennung eines (gerichtlich nicht weiter überprüfbaren) Beurteilungsspielraums in diesen Fällen besteht darin, dass „naturgemäß“ die Entscheidungsfindung nicht nachvollzogen werden kann. Die eingeschränkte Kontrollpflicht findet ihre Legitimation also letztlich in der **fehlenden Reproduzierbarkeit von Prüfungsentscheidungen** und damit in dem Gebot der Chancengleichheit.

Nicht zu folgen ist dem BVerwG⁴⁹⁶, wenn es bei der Frage nach der „Zuverlässigkeit“ eines Bewerbers um eine Stelle, bei der eine **sicherheitsempfindliche Tätigkeit** (vgl. § 1 II, IV SÜG) ausgeübt werden soll (hier: Umgang mit Verschlusssachen der Einstufung „Geheim“ i.S.v. § 4 II Nr. 2 SÜG beim BND), eine Ausnahme vom Grundsatz der vollen Überprüfbarkeit macht. Denn die Frage der „Zuverlässigkeit“ i.S.v. § 5 I S. 1 Nr. 1 SÜG unterscheidet sich rechtsdogmatisch nicht von derjenigen z.B. nach § 7 LuftSiG⁴⁹⁷, § 5 WaffG⁴⁹⁸ oder nach § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG (Rn 261/262). Hier wie dort handelt es sich um eine Rechtsfrage und es kann keine Bandbreite möglicher Entscheidungen geben. Zudem greift eine Ablehnungsentscheidung in erheblichem Maße in das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) bzw. auf Bestenauslese aus Art. 33 II GG⁴⁹⁹ ein, was mit Blick auf Art. 19 IV S. 1 GG eine gerichtliche Überprüfbarkeit erfordert. Eine Verneinung gerichtlicher Nachprüfbarkeit kommt einer Rechtsschutzversagung gleich. Entgegen der Auffassung des BVerwG ist daher zu fordern, dass die Einstellungsbehörde die von ihr ermittelten Gründe, die nach ihrer Einschätzung zur Verneinung der Zuverlässigkeit des Bewerbers führen, nennt und ihre Entscheidung begründet, damit die Verwaltungsgerichte eine Überprüfung der Ablehnungsentscheidung vornehmen können.⁵⁰⁰

- 286** Einen Beurteilungsspielraum **verneint** hat die Rechtsprechung dagegen beispielsweise in folgenden Fällen fachspezifischer Wertungen⁵⁰¹:

- Die Frage der „Zuverlässigkeit“ i.S.v. § 35 I GewO, § 16a II S. 1 Nr. 1, § 7 LuftSiG, § 5 WaffG oder § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG (s.o.)
- Entscheidung, ob im konkreten Fall **„Gefahr im Verzug“** vorliegt⁵⁰²
- Bewertung einer Heilpraktikerprüfung⁵⁰³
- „Fehlzeiten“ eines Helfers im Katastrophenschutz⁵⁰⁴
- Hinsichtlich der Entscheidung der Bundesprüfstelle für **jugendgefährdende** Medien gem. §§ 17 ff. JuSchG ist zu unterscheiden: Nach bisheriger Rechtsprechung kam der Bundesprüfstelle (BPS; konkret: dem „Zwölfer-Gremium“ nach § 19 JuSchG) bzgl. der Frage, ob nach entsprechender Abwägung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte (Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Pressefreiheit, Meinungsäußerungsfreiheit, Religionsfreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit etc. vs. allgemeines Persönlichkeitsrecht) von einer Schrift bzw. einem Medium (bspw. vom angeblich pornographischen Roman *Josefine Mutzenbacher*) jugendgefährdende Wirkungen i.S.v. § 18 I S. 1 und 2 JuSchG ausgehen, ein Beurteilungsspielraum zu. In der Folge konnten Verwaltungsgerichte lediglich nachprüfen, ob das Abwägungsergebnis des Zwölfer-Gremiums die Grenzen des Beurteilungsspielraums überschritten hatte.⁵⁰⁵ An dieser Rechtsprechung

⁴⁹⁶ BVerwG NVwZ 2016, 327, 328 f.

⁴⁹⁷ BVerwG NVwZ 2005, 454 f.

⁴⁹⁸ VGH München 23.11.2015 – 21 CS 15.2130.

⁴⁹⁹ Eignung, Befähigung und fachliche Leistung, vgl. BVerwGE 145, 185 ff.; 151, 14 ff.; BVerwG NVwZ 2016, 327 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. auch die Kritik von *Warg*, NVwZ 2016, 331 f.

⁵⁰¹ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 7 Rn 35.

⁵⁰² Vgl. BVerfGE 103, 142, 153 ff. Vgl. auch BVerfG NJW 2002, 1333 und *R. Schmidt*, POR, Rn 674 ff.

⁵⁰³ BVerwGE 100, 221.

⁵⁰⁴ BVerwGE 107, 245, 253 f.

⁵⁰⁵ Vgl. BVerwGE 91, 211, 215 f. (Indizierung jugendgefährdender Schriften durch die Bundesprüfstelle; offengelassen in BVerfGE 83, 130, 148). Vgl. auch *Beaucamp*, JA 2002, 314, 318.

hält das BVerwG nun nicht mehr fest. Die durch § 19 II-VI JuSchG vorgegebene besondere Ausstattung des entscheidungszuständigen Zwölfer-Gremiums der BPS, d.h. seine pluralistische, für eine besondere Sachkunde Gewähr bietende Besetzung, die Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder und die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit für die Indizierung, reiche für sich genommen im Hinblick auf Art. 19 IV S. 1 GG nicht aus, um dem Gremium einen Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.⁵⁰⁶ Dem ist zuzustimmen. Anders als bei (universitären und schulischen) Prüfungsentscheidungen (jedenfalls in Bezug auf mündliche Prüfungen) liegt hier keine „einmalige, nicht im Nachgang reproduzierbare“ Prüfungssituation vor. Aber auch hinsichtlich (universitärer und schulischer) Prüfungsentscheidungen wird man aufgrund der durchaus übertragbaren Entscheidungsgründe des BVerwG mit der Annahme eines Beurteilungsspielraums jedenfalls bei Klausuren restriktiver umgehen müssen. Lediglich bei mündlichen (Abschluss-)Prüfungen, die vor Prüfungskommissionen abgelegt werden, dürfte der Beurteilungsspielraum weniger „in Gefahr“ sein.

- Die Zuordnung von Betrieben zum verarbeitenden Gewerbe⁵⁰⁷

Besteht (aber) ein Beurteilungsspielraum, sind entsprechende Fälle durch das Gericht jedoch dahingehend **überprüfbar**, „ob die Verwaltung bei ihrer Normauslegung von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Begriffs ausgegangen und nicht von gesetzlichen oder allgemein gültigen Wertungsmaßstäben wie dem Willkürverbot abgewichen ist. In tatsächlicher Hinsicht sind die Verwaltungsgerichte befugt zu prüfen, ob die Verwaltung den ihrer Rechtsanwendung zugrunde liegenden erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und die verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorgaben eingehalten hat.“⁵⁰⁸ Mithin geht es um die Prüfung, ob **Beurteilungsfehler** gemacht wurden (Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Beurteilungsermächtigung; bei prognostischen Entscheidungen kommt die gerichtliche Prüfungsmöglichkeit hinzu, ob der Rechtsanwender den möglichen Verlauf der (wirtschaftlichen) Entwicklung erkennbar verfehlt hat). Als **beurteilungsfehlerhaft** gilt es, wenn⁵⁰⁹

287

- besondere **Verfahrensvorschriften** missachtet wurden (Beispiele: fehlende Protokollierung einer mündlichen Prüfung⁵¹⁰ (nach der hier vertretenen Auffassung auch eine zu knappe Protokollierung, bei der zudem die Begründung für die Prüfungsentscheidung fehlt); fehlende Qualifikation des Prüfers⁵¹¹),
- von einem **unzutreffenden Sachverhalt** ausgegangen wurde⁵¹²,
- ein **Tatbestandsmerkmal falsch ausgelegt** wurde (Beispiel: Die Note „befriedigend“ wird als weit über dem Durchschnitt liegend angesehen),
- **allgemein anerkannte Bewertungs- bzw. Wertmaßstäbe missachtet** wurden⁵¹³ (Beispiele: Befangenheit des Prüfers⁵¹⁴; zeitweises Einnicken des Prüfers während einer mündlichen Prüfung; Nichtlesen aller Klausurseiten); bei der Bewertung einer juristischen Examensarbeit wird eine Meinung als abwegig bezeichnet, obwohl sie im Schrifttum vertreten wird⁵¹⁵ (s.o.); zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen werden als falsch bewertet; die richtige Behandlung einer Rechtsnorm wird als „eher zufällig

⁵⁰⁶ BVerwG NVwZ 2020, 233, 234 ff. (Bushido). Siehe auch schon BVerwGE 159, 49 ff.

⁵⁰⁷ BVerfG NVwZ 2011, 1062 f.

⁵⁰⁸ BVerwG NVwZ 2020, 233, 234 mit Verweis auf die st. Rspr. BVerwGE 153, 129 ff.; BVerwG NVwZ-RR 2016, 142, 145; BVerwGE 156, 75 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 2020, 233, 234; BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.; BVerwG NVwZ-RR 2002, 49; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 319; JA 2012, 193, 195; *Birnbaum*, NVwZ 2006, 286 ff.

⁵¹⁰ Nach Auffassung des VG Koblenz (4.7.2013 – 6 K 52/13 KO) ist das Nichtstellen eines Wort- oder Inhaltsprotokolls über den Verlauf der mündlichen Prüfung unschädlich, wenn das Führen eines Prüfungsprotokolls nach der Prüfungsordnung nicht erforderlich ist. Dann genüge es, wenn die schriftliche Mitteilung über das Nichtbestehen der Prüfung in ausreichender Weise begründet ist.

⁵¹¹ Vgl. dazu VGH Mannheim NVwZ 2001, 937 und VGH Mannheim NVwZ 2002, 235.

⁵¹² BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.; BVerwGE 105, 328, 332.

⁵¹³ BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.

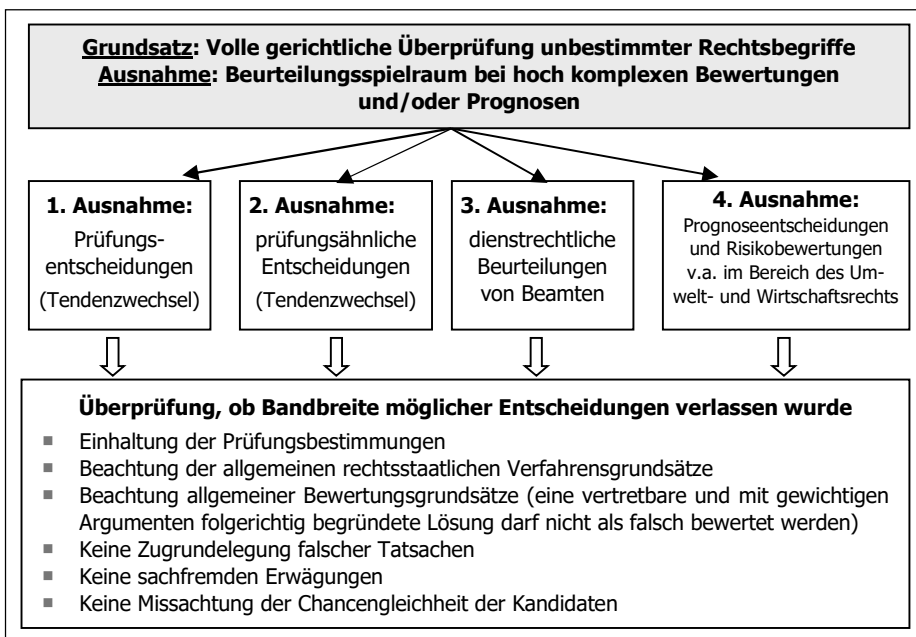
⁵¹⁴ Vgl. dazu VGH Mannheim NVwZ 2002, 235.

⁵¹⁵ BVerwG NJW 2000, 1055 (zweite juristische Staatsprüfung).

richtig⁵¹⁶ bewertet. Beurteilungsfehlerhaft ist es weiterhin, wenn der Prüfer seine autonomen Bewertungsmaßstäbe uneinheitlich angewandt und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze missachtet hat. Schließlich müssen die prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen nachvollziehbar sein und sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Widersprüche enthalten.⁵¹⁷

- **sachfremde Erwägungen herangezogen** wurden (Beispiel: hohe Misserfolgsquote im Staatsexamen zwecks Reduzierung der Juristenzahl),
- der Prüfungsinhalt den von der Prüfungsordnung vorgegebenen Rahmen verlässt⁵¹⁸, d.h. **Prüfungsrecht nicht fehlerfrei anwendet**,
- oder das **Willkürverbot**⁵¹⁹ bzw. die **Chancengleichheit** (Art. 3 I GG) missachtet wurden⁵²⁰ (etwa durch Gewährung ungleich langer Vorbereitungs- oder Prüfungszeit oder durch Missachtung des Fairnessgebots; auch Prüfungsentscheidung nach „Gutsherrenart“ sind willkürlich und damit anfechtbar).
- Speziell im Umweltrecht (Rn 284 Punkt 5) ist eine behördliche Entscheidung, der ein Beurteilungsspielraum beigemessen wurde, beurteilungsfehlerhaft, wenn bei ihr keine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen worden ist⁵²¹ bzw., wenn die Behörde ihr Ergebnis nicht methodisch einwandfrei herbeigeführt oder nicht nachvollziehbar begründet hat oder wenn die Entscheidung auf unrealistischen Annahmen beruht⁵²².

288 **Zusammenfassung:** Schematisch dargestellt ergibt sich folgender Überblick:



⁵¹⁶ OVG Saarlouis NVwZ 2001, 942.

⁵¹⁷ BVerwG NJW 2018, 2142, 2143 mit Verweis u.a. auf BVerfGE 84, 34, 50 ff.; BVerwG NJW 1995, 977; BVerwG NVwZ 1998, 738.

⁵¹⁸ BVerwG NJW 1998, 323, 327 f.

⁵¹⁹ VGH Mannheim NVwZ-RR 2016, 630 (Versetzung einer Ministerialdirektorin in den einstweiligen Ruhestand).

⁵²⁰ VGH Mannheim NVwZ 2002, 235 f. (Fairnessgebot in der mündlichen Prüfung). Vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg NJW 2010, 1015 (Rechtswidrigkeit der Bewertung einer Prüfung wegen Nichterscheinens des Prüflings als nicht bestanden, obwohl die Mutter des Prüflings zuvor verstorben war und der Prüfling sich deshalb für nicht prüfungsfähig ansah), dazu *Hufen*, JuS 2010, 749.

⁵²¹ BVerwG NVwZ 2014, 524; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2011, 597, 598; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241, 247 f.

⁵²² BVerwG ZUR 2011, 146; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241, 247 f. Siehe auch BVerfG NJW 2019, 141, 144.

Eine Klage gegen eine Verwaltungsentscheidung mit Beurteilungsspielraum ist aber nur dann erfolgreich, wenn sich nicht nur ein Beurteilungsfehler ergibt, sondern sich dieser Beurteilungsfehler auch auf das **Gesamtergebnis ausgewirkt hat**⁵²³ (Kausalität des Beurteilungsfehlers).

289

Hinweis für die Fallbearbeitung: Kommt in der Fallbearbeitung ein Beurteilungsspielraum in Betracht, sollte bei der Subsumtion der Tatbestandsvoraussetzungen zunächst dargelegt werden, dass es sich bei den Beurteilungsspielräumen dogmatisch um **unbestimmte Rechtsbegriffe** handelt, die nicht nur dem Tatbestand zuzuordnen sind, sondern auch – da es sich um Rechtsanwendung handelt – grds. gerichtlich voll überprüfbar sind. Sodann ist auf die Ausnahme im Bereich der Beurteilungsspielräume einzugehen, also auf Verwaltungsentscheidungen, die auf komplexen Bewertungen und Prognosen basieren, mit der Folge der nur sehr eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit. Im Anschluss daran erfolgt die Prüfung der Grenze der Zulässigkeit von Beurteilungsspielräumen. Die Grenze liegt dort, wo die Verwaltung die Bandbreite möglicher Entscheidungen verlassen hat.

290

Auch dem **EU-Recht** ist die Einräumung eines gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums nicht fremd. So hat der EuGH der Kommission bei der Frage, ob im konkreten Fall eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 AEUV (EU-Beihilferecht) vorliegt, einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zugestanden. Die Kontrolle durch die europäischen Gerichte sei auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften, die zutreffende Feststellung des Sachverhalts, eine ordnungsgemäße Begründung und die Kontrolle von Ermessensmissbräuchen beschränkt.⁵²⁴

291

V. Planerische Abwägungsentscheidungen

Bei komplexen verwaltungsrechtlichen Beziehungen, bei denen sich die Rechtsbeziehung nicht auf das Verhältnis zwischen der Verwaltung und *einer* Person beschränkt, sondern auf eine Mehrzahl von Personen erstreckt und bei denen sich das Verhältnis untereinander regelmäßig durch eine Interessendivergenz und -verschränkung kennzeichnet, spricht man von **polygonalen Rechtsbeziehungen**. Hauptanwendungsbereich einer derartigen Einbeziehung Dritter ist das Planungsrecht des Bau-, Umwelt- und Verkehrsrechts. Dort wird deutlich, dass eine Norm nicht mehr die Rechtsfolge durch ein „Wenn-dann-Schema“, also konditional, bestimmen kann, sondern das Ziel festlegen, also **final** ausgerichtet sein muss.

292

Beispiel: § 1 VII BauGB bestimmt, dass bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen sind. Dabei ist insbesondere die **Umweltverträglichkeit** eines Bauvorhabens zu berücksichtigen (vgl. § 1 VI Nr. 7 i.V.m. § 1a BauGB – vgl. *R. Schmidt*, BauR, Rn 18 ff.).

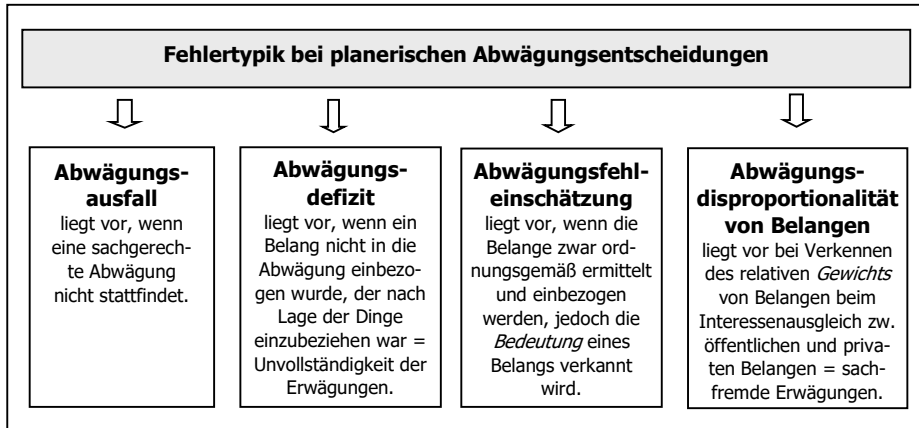
Das Maß der gerichtlichen Überprüfbarkeit bestimmt sich nach der Rechtsnatur dieser Normstruktur. Da es weniger um unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensgesichtspunkte als um eine Optimierung und Konfliktbewältigung zwischen privaten und öffentlichen Belangen geht, handelt es sich bei den planerischen Abwägungsnormen rechtsdogmatisch weder um unbestimmte Rechtsbegriffe noch um Ermessensermächtigungen. Man kann von einer **planerischen Gestaltungsfreiheit** sprechen, bei der es grds. bei der vollen Überprüfbarkeit durch die Verwaltungsgerichte bleibt. Zu beachten ist jedoch: Würde das Gericht einzelne Belange herausheben und isoliert überprüfen, würde das gesamte aufeinander abgestimmte System ausformulierter Ziele und Belange im Nachhinein in Frage gestellt. Aus diesem Grund konzentriert sich die gerichtliche Kontrolle auf bestimmte Fehlertypen: Zunächst ist zu prüfen, ob das geplante Vorhaben überhaupt erforderlich ist.

293-294

⁵²³ Vgl. etwa OVG Münster NJW 2017, 2138 (Zweite juristische Staatsprüfung).

⁵²⁴ Vgl. EuG Slg II 1998, 3437, Rn 81; EuG Slg II 1999, 17 Rn 106; *Bartosch*, NJW 2001, 921, 922.

Der Sache nach geht es um eine **Planrechtfertigung**. Sodann sind Planungsentscheidungen auf mögliche **Abwägungsfehler** sowohl im engeren als auch im weiteren Sinn hin zu untersuchen. Hierzu hat sich eine bestimmte **Fehlertypik** entwickelt (vgl. dazu *R. Schmidt*, BauR, Rn 18 ff.).



9. Kapitel

Ermessen und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

A. Begriff des Ermessens

Um der Vielgestaltigkeit und Dynamik der Lebenssachverhalte gerecht zu werden, räumt der Gesetzgeber der Verwaltung Handlungsspielräume („administrative Entscheidungsspielräume“) nicht nur auf Tatbestandsseite (unbestimmte Rechtsbegriffe, Beurteilungsspielräume, planerische Abwägungsentscheidungen), sondern auch auf Rechtsfolgeseite ein. Bei Letzterem handelt es sich um Verwaltungsermessen. Mit dem Verwaltungsermessen verleiht der Gesetzgeber der Verwaltung die Befugnis, zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten (d.h. Rechtsfolgen) zu wählen.

295

B. Gesetzgeberische Abstufungen

I. Gebundene Verwaltung/Ermessensverwaltung/gebundenes Ermessen

1. Rechtlich gebundene Verwaltung

Die Einräumung von Ermessen ist aber nicht stets der Fall. Hält der Gesetzgeber bei gegebenen tatbestandlichen Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge für zwingend, ordnet er den Eintritt der im Gesetz normierten Rechtsfolge an (rechtlich gebundene Verwaltung). Die Verwaltung hat also gerade kein Ermessen. Diese Konstellation erkennt man aufgrund von Formulierungen wie: „die Behörde *muss...*“; „...*ist* zu erteilen“ usw. (sog. **Muss-Vorschriften**).

296

Beispiel: Aus §§ 2 ff. GastG⁵²⁵ ergibt, dass die Gaststättengenehmigung zu erteilen ist, wenn kein in § 4 GastG genannter Versagungsgrund vorliegt. Das folgt aus dem Charakter der Gaststättenerlaubnis als „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ und fußt letztlich auf der Gewerbefreiheit gem. § 1 GewO i.V.m. Art. 12 I S. 1 GG: Das grundrechtlich Erlaubte wird präventiv zur Rechtskontrolle eingeschränkt.⁵²⁶

2. Ermessensverwaltung

Ob der Gesetzgeber der Verwaltung das Recht verliehen hat, zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten (d.h. Rechtsfolgen) zu wählen, lässt sich auf verschiedene Weise erkennen.

297

- Zunächst kann das Gesetz ein Ermessen **ausdrücklich anordnen**.

Beispiel: Gemäß § 17 II S. 1 SGB XII entscheidet die Behörde über Art und Maß der Leistungserbringung nach pflichtgemäßem Ermessen, soweit das Ermessen nicht ausgeschlossen ist.

- Dann kann sich das Vorliegen von Ermessen **aufgrund gesetzlicher Umschreibung** ergeben (Verwendung bestimmter Modalverben wie „kann“, „darf“, oder der Formulierung: „ist befugt“ usw. – sog. **Kann-Vorschriften**).

Beispiel: Gemäß § 48 I S. 1 VwVfG kann die Behörde einen rechtswidrigen Verwaltungsakt auch nach Eintritt der Bestandskraft ganz oder teilweise zurücknehmen.

⁵²⁵ Zum GastG nach der Föderalismusreform 2006 vgl. bereits Fußnote 16.

⁵²⁶ Vgl. näher Rn 246 und 358.

- Schließlich kann sich das Vorliegen von Ermessen **aus dem gesetzlichen Zusammenhang** ergeben.

Beispiel: Wer Verkehrsvorschriften nicht beachtet, *ist* gem. § 48 StVO auf Vorladung der Straßenverkehrsbehörde oder der von ihr beauftragten Beamten verpflichtet, an einem Unterricht über das Verhalten im Straßenverkehr teilzunehmen.

Die Formulierung „ist ... verpflichtet“ könnte zwar darauf schließen lassen, der Betroffene *müsse* teilnehmen und die Behörde *habe* daher zu laden. Jedoch ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Vorschrift, dass der Betroffene nur dann teilzunehmen hat, *wenn* die Behörde ihn lädt, d.h. die Maßnahme anordnet. Ob die Behörde die Maßnahme anordnet, steht in ihrem Ermessen. Ein anderes Auslegungsergebnis widerspräche dem im Straßenverkehrsrecht dominierenden Opportunitätsprinzip und führte im Übrigen zu einer Lähmung des öffentlichen Lebens, da wohl kaum jemand von sich behaupten kann, niemals gegen Verkehrsvorschriften zu verstoßen, und daher nahezu jeder Verkehrsteilnehmer nicht selten verpflichtet wäre, an einem Unterricht über das Verhalten im Straßenverkehr teilzunehmen.

- 298 Ist der Behörde ein Ermessen eingeräumt, hat sie die Rechtsfolge nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen.⁵²⁷ Dabei hat sie mindestens ein Entschließungsermessen, d.h. ein Ermessen, ob sie einschreitet oder nicht. Nicht selten hat die Behörde auch ein Auswahlermessen, d.h. ein Ermessen, welche der möglichen und rechtlich zulässigen Maßnahmen sie im konkreten Fall treffen möchte (dazu Rn 303 ff.).

Mithin lässt sich für das Verwaltungsermessen folgende Definition aufstellen:

- 299 **Ermessen** ist ein der Verwaltung auf der Rechtsfolgeseite einer Norm hinsichtlich des „Ob“ (Entschließungsermessen) und/oder des „Wie“ (Auswahlermessen) eingeräumter Entscheidungsspielraum, der gerichtlich beschränkt (im Rahmen des § 114 VwGO) überprüfbar ist.

- 300 Der **Vorteil** von Gesetzen, die der Verwaltung Ermessensspielräume einräumen, liegt darin, dass der Gesetzgeber nicht selbst alle erdenklichen Details in den Gesetzen festlegen muss. Hierzu wäre er auch kaum in der Lage. Zudem würde die Regelung aller erdenklichen Lebenssachverhalte eine noch größere Gesetzesflut mit sich bringen. Ein weiterer Vorteil der Gesetze mit Ermessensspielräumen liegt darin, dass die Verwaltung gerade nicht gezwungen wird, eine bestimmte Rechtsfolge einleiten zu müssen. Die Ratio des Ermessens liegt gerade in der Freistellung der Wahl der Rechtsfolge eines gesetzlichen Tatbestands, um die Verwaltung in die Lage zu versetzen, von **unnötigen Eingriffen abzusehen** und somit dem **Übermaßverbot** und der **Einzelfallgerechtigkeit Rechnung zu tragen**. In Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zweifelhafte Gesetze sind somit eher „zu retten“. Rechtstechnisch stellt das Ermessen die **Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge** dar.

Beispiel: Nach § 31 II BauGB kann (unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen) das Bauvorhaben von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden (sog. Dispens). Liegen die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen also vor, heißt das noch nicht, dass der Dispens erteilt werden müsste. Vielmehr bedeutet das Modalverb „kann“, dass die Baubehörde bei der Entscheidung, ob sie den Dispens erteilt, ein Ermessen hat.

⁵²⁷ Unzutreffend wäre es, von einem „freien“ Ermessen zu sprechen, weil in einem demokratischen Rechtsstaat eine Verwaltungsbehörde in ihrer Entscheidung niemals „frei“ sein kann, sondern stets zur pflichtgemäßen Aufgabenerfüllung berufen ist.

Die Einräumung von Ermessen hat aber auch **Nachteile**. Der größte Nachteil besteht in dem **Verlust von Rechtssicherheit**. Der Bürger kann allein aufgrund der Gesetzeslektüre i.d.R. nicht einschätzen, wie die Behörde entscheiden wird. Gleichwohl wird dieser Nachteil dadurch gemildert, dass dem betroffenen Bürger Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen und dieser somit die behördliche Entscheidung im Widerspruchsverfahren (sofern dessen Durchführung nicht gesetzlich ausgeschlossen ist) bzw. im Gerichtsverfahren überprüfen lassen kann (§ 114 VwGO). Aber auch, wenn der Gesetzgeber erkennt, dass die Behörde von einer bestehenden Ermessensnorm zu zaghaft Gebrauch macht, kann er sie in eine Muss-Vorschrift ändern oder ein Normengefüge nachträglich durch eine Muss-Vorschrift ergänzen.⁵²⁸

Beispiel⁵²⁹: Gemäß § 40 I S. 1 LFGB soll die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels und des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder behandelt wurde oder in den Verkehr gelangt ist (...), informieren. Die Vorschrift dient – wie sich aus dem Gesamtkontext des § 40 LFGB ergibt – der Gefahrenabwehr. Dabei ist in den meisten Fällen eine Information der Öffentlichkeit (nur) zulässig nach Abwägung der Belange der Betroffenen mit den Interessen der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung. Gerade die Berücksichtigung von Unternehmensinteressen (hier: Art. 12 I S. 1 GG) hatte in der Vergangenheit dazu geführt, dass die Behörden nach Auffassung des Gesetzgebers – trotz der Soll-Bestimmung – zu zaghaft von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht hatten. Das veranlassete den Gesetzgeber, in § 40 LFGB einen Abs. 1a einzufügen.⁵³⁰ Diese Vorschrift ermächtigt und verpflichtet die Behörden, die Öffentlichkeit von Amts wegen über Verstöße von Lebens- und Futtermittelunternehmen gegen Vorschriften des LFGB zu unterrichten, die dem Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen.

Hier besteht also kein Ermessen (mehr) bei der Frage, ob die Behörde unterrichten möchte. Bei gegebenen Voraussetzungen hat sie die Verbraucher in der im Gesetz beschriebenen Weise (auch und gerade über das Internet) zu unterrichten. Nach Auffassung des BVerfG ist dies grds. auch mit Art. 12 I S. 1 GG der betroffenen Unternehmer vereinbar, da der Gesetzgeber die pflichtige Verwaltungsentscheidung an Tatbestandsvoraussetzungen knüpfte, die bei verfassungskonformer Auslegung so angewendet werden können, dass nur über Verstöße von hinreichendem Gewicht informiert wird. Individualisierte amtliche Informationen über konsumrelevante Rechtsverstöße im Internet seien aber regelmäßig durch Gesetz zeitlich zu begrenzen. Unverhältnismäßig sei die Regelung daher insofern, als eine zeitliche Begrenzung der Informationsverbreitung im Gesetz fehle.⁵³¹ Zur Abwendung der Nichtigkeit der Regelung habe der Gesetzgeber bis zum 30.4.2019 eine Regelung zur Dauer der Veröffentlichung zu treffen.⁵³²

Stellungnahme: Das BVerfG erkennt völlig zu Recht, dass die verpflichtende Regelung des § 40 1a LFGB zu einer praktisch unbefristeten Veröffentlichung von auch sehr grundrechtsbelastenden, mitunter existenzgefährdenden Informationen im Internet führte, und zwar unabhängig davon, ob der Rechtsverstoß überhaupt noch bestand. Ob die Entscheidung dazu führt, dass Veröffentlichungen von grundrechtsbelastenden Informationen generell Befristungsregelungen unterworfen werden müssen, bleibt abzuwarten. Dafür spricht, dass bei abgeschlossenen Sachverhalten und nicht mehr bestehenden Gefahrenlagen das berechtigte Informationsinteresse der Bevölkerung nachlässt.

⁵²⁸ BVerfG 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 Rn 2 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2018, 2109 ff.).

⁵²⁹ Nach BVerfG NJW 2018, 2109 ff.

⁵³⁰ BGBl I 2012, S. 476.

⁵³¹ BVerfG NJW 2018, 2109, 2110.

⁵³² BVerfG NJW 2018, 2109, 2114.

Der Gesetzgeber hat infolge der Entscheidung des BVerfG das LFGB geändert und u.a. in § 40 LFGB einen Absatz IVa eingefügt.⁵³³ Danach sind die veröffentlichten Informationen sechs Monate nach der Veröffentlichung zu entfernen.

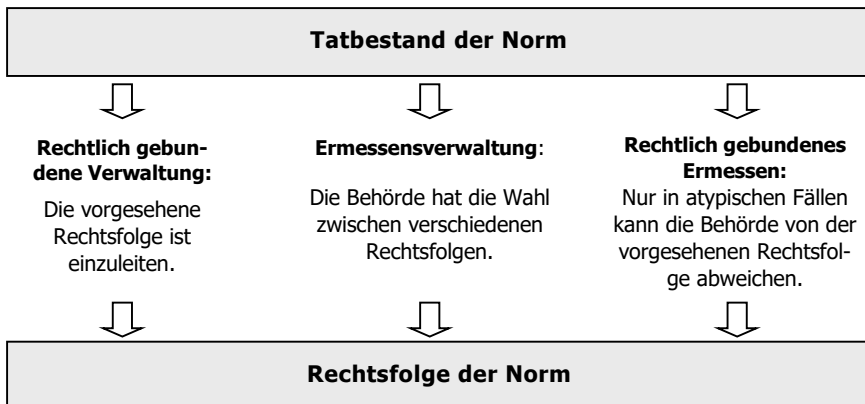
3. Rechtlich gebundenes Ermessen

- 302 Eine Zwischenstellung zwischen der gebundenen Verwaltung und der Ermessensverwaltung nimmt das rechtlich gebundene Ermessen ein: Im Grundsatz muss die Entscheidung zwar in der vorgesehenen Weise getroffen werden, jedoch darf die Behörde in Ausnahmefällen (atypische Situationen) von der im Gesetz genannten Rechtsfolge abrücken.⁵³⁴ Die Behörde ist dann, weil sie von einem „Abweichungsermessen“ Gebrauch macht, nach § 39 I S. 3 VwVfG verpflichtet, die Abweichung besonders zu begründen. Es handelt sich dabei um die Umsetzung einer **Soll-Vorschrift** („die Behörde *soll*“; „*grundsätzlich ist*“).

Beispiele:

- (1) Nach § 5 I S. 1 PartG sollen alle Parteien bei der Zur-Verfügung-Stellung von öffentlichen Einrichtungen gleichbehandelt werden.
- (2) Demgegenüber ist zwar gem. § 48 I S. 1 SGB X der eine Sozialleistung gewährende Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt (= rechtlich gebundene Entscheidung). Ist aber z.B. der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen, soll nach § 48 I S. 2 Nr. 2 SGB X der leistungsgewährende Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden (= rechtlich gebundenes Ermessen).

4. Übersicht



II. Entschließungsermessen/Auswahlermessen

- 303 Das Ermessen kann sich zunächst darauf beziehen, ob die Verwaltung eine an sich zulässige Maßnahme überhaupt treffen will. In diesem Fall spricht man von Entschließungsermessen. Das Ermessen kann sich aber auch darauf beziehen, welche von mehreren an sich zulässigen Maßnahmen sie im Fall des Tätigwerdens ergreifen will.

⁵³³ BGBl I 2019, S. 498.

⁵³⁴ Vgl. auch BVerwGE 90, 88, 93; BVerwG 3.12.2009 - 9 B 79.09.

Dies ist das Auswahlermessen. Beide Ermessensarten müssen sich an § 40 VwVfG messen lassen, deren Ausübung gerichtlich (beschränkt) kontrolliert werden kann (§ 114 S. 1 VwGO). Im Einzelnen gilt:

1. Entschließungsermessen

Im Rahmen des Entschließungsermessens muss die Behörde entscheiden, *ob* sie überhaupt tätig wird (Opportunitätsprinzip).

304

Insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht gilt für den Bereich der Prävention das Opportunitätsprinzip, denn nur so lässt sich eine bestehende Gefahrenlage adäquat lösen. Darüber hinaus würde eine ständige Pflicht zum Einschreiten zu einem permanenten Vollzugsdefizit führen.

2. Auswahlermessen

Innerhalb des Auswahlermessens obliegt es der zuständigen Behörde, die rechtmäßige sowie sachgerechte und zweckmäßige Auswahl von verschiedenen möglichen Maßnahmen zu treffen. Dazu zählt auch, zwischen verschiedenen möglichen Adressaten eine rechtsfehlerfreie Auswahl zu treffen.

305

Beispiel: Nach § 2 I Bundesfernstraßenmautgesetz (BFStrMG) ist Mautschuldner die Person, die während der mautpflichtigen Benutzung von Straßen i.S.d. § 1 BFStrMG

- Eigentümer oder Halter des Motorfahrzeugs ist,
- über den Gebrauch des Motorfahrzeugs bestimmt,
- Führer des Motorfahrzeugs ist,
- auf die das Motorfahrzeug zugelassen ist
- oder der das Kennzeichen des Motorfahrzeugs zugeteilt ist.

Das Bundesamt für Güterverkehr als zuständige Behörde (§ 4 BFStrMG) hat hinsichtlich der Frage, wen sie als Kostenschuldner in Anspruch nimmt, aus diesem Kreis von Mautschuldnern eine rechtsfehlerfreie Auswahl zu treffen. Nimmt es bspw. den Leasinggeber (da dieser Eigentümer ist) in Anspruch, weil der Halter des Fahrzeugs (der Leasingnehmer) insolvent ist, stellt dies nach Auffassung des VG Köln keine ermessensfehlerhafte Entscheidung dar.⁵³⁵

Ein bedeutender spezialgesetzlicher Anwendungsbereich des Auswahlermessens findet sich auch in den Polizeigesetzen. Das Auswahlermessen bezieht sich (auch) dort auf die richtige Auswahl des Verantwortlichen (Störer) und die richtige Wahl des Mittels.⁵³⁶

Beispiel: Nach der Befugnisgeneralklausel des Landespolizeigesetzes *kann* die Polizei bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) die erforderlichen Maßnahmen ergreifen.

Hier ist die Behörde also nicht nur berechtigt, zu entscheiden, *ob* sie einschreitet, sondern auch, mit welchen Mitteln, auf welche Art und gegen wen sie einschreitet.

III. Intendiertes Ermessen

Das sog. intendierte Ermessen von der Rechtsprechung entwickelt worden.⁵³⁷ Vereinfacht gesagt, werden durch dieses Institut Kann-Vorschriften in Soll-Vorschriften „umgedeutet“. Diejenigen Kann-Vorschriften, bei denen die Rechtsprechung unter-

306

⁵³⁵ VG Köln 20.9.2016 - 14 K 5253/14, 14 K 7119/14, 14 K 976/15, 14 K 1019/15.

⁵³⁶ Bay: Art. 5 PAG; BW: § 3 PolG; Berl: § 12 ASOG; Brand: § 5 PolG, § 16 OBG; Brem: § 4 PolG; Hamb: § 4 SOG; Hess: § 5 SOG; MeckVor: §§ 13, 14 SOG; Nds: § 5 POG; NW: § 3 PolG, § 16 OBG; Rhlpf: § 3 PolG; Saarl: § 3 PolG; Sachs: § 6 PVDG; SachsAnh: § 6 SOG; SchlHolst: § 174 LVwG; Thür: § 7 OBG.

⁵³⁷ BVerwGE 72, 1, 6; 91, 82, 90; 105, 55, 57 f.

stellt, der Gesetzgeber habe trotz der Verwendung des Modalverbs „kann“ ein bestimmtes Ergebnis ansteuern wollen, deutet sie – dem unterstellten impliziten Resultat entsprechend – in Soll-Vorschriften um. Folge ist, dass die Verwaltung die bei Kann-Vorschriften bestehenden strengen Anforderungen an die Ermittlung, Abwägung und Begründung pflichtgemäßer Ermessensentscheidungen nicht einzuhalten braucht; diese werden nur für atypische Fälle relevant.⁵³⁸ Da das sog. intendierte Ermessen aber die Grenzen zwischen Soll- und Kann-Vorschriften verwischt und die an die Kann-Vorschriften gestellten Anforderungen (s.o.) untergräbt, ist es verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.⁵³⁹

Als eine Vorschrift, die eine Ermessenslenkung i.S. eines intendierten Ermessens enthält, hat das BVerwG z.B. § 48 II S. 4 VwVfG angesehen. Diese Vorschrift sieht für die Fälle des § 48 II S. 3 VwVfG die Rücknahme eines Verwaltungsakts als Regelfall vor. Nur dann, wenn der Behörde außergewöhnliche Umstände des Falls bekannt geworden oder erkennbar seien, die eine andere Entscheidung möglich erscheinen ließen, könne die Behörde anders entscheiden. In diesem Fall liege sogar ein rechtfertigender Gebrauch des Ermessens vor, wenn diese Umstände von der Behörde nicht erwogen worden seien.⁵⁴⁰

IV. Abgrenzung Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen

- 307 Nach den bisherigen Ausführungen können Ermessenserwägungen nur angestellt werden, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm vorliegen. Es kann aber auch vorkommen, dass eine Norm sowohl auf ihrer Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe enthält als auch auf ihrer Rechtsfolgeseite Ermessen anordnet (sog. **Koppelungsvorschriften** oder **Mischtatbestände**). In diesem Fall ist jede Seite grundsätzlich nach ihren Regeln zu beurteilen.⁵⁴¹

Beispiele:

- (1) Ist ein Beamtenbewerber geeignet, befähigt und erbringt die fachliche Leistung, *kann* eine Behörde ihn einstellen (vgl. Art. 33 II GG, § 9 BeamtStG, § 9 BBG).

Die Begriffe *Eignung*, *Befähigung* und *Leistung* sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung bedürfen. Allerdings steht der Behörde ein **Beurteilungsspielraum** zu.⁵⁴² Hat die Behörde unter den Bewerbern auf diese Weise den Geeignetsten, Befähigtesten und Leistungsfähigsten bestimmt, bringt diese Entscheidung grds. noch keine Ermessensreduzierung (ggf. auf Null) mit sich. Vielmehr bleibt die Behörde in ihrer Rechtsfolgeentscheidung i.d.R. weiterhin frei und kann etwa einen nächsten Einstellungstermin abwarten und auf insgesamt qualifiziertere Bewerber hoffen.⁵⁴³

- (2) Nach § 48 I S. 2 VwVfG *darf* ein begünstigender Verwaltungsakt (unter bestimmten Voraussetzungen) zurückgenommen werden, wenn der Empfänger der Leistung nicht auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat bzw. vertrauen durfte oder sein Vertrauen nicht schutzwürdig ist.

Bei der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts (vgl. § 48 I S. 2 VwVfG) schließt die nicht vorhandene Schutzwürdigkeit des Vertrauens, die durch die Abwägung in § 48 II VwVfG ermittelt worden ist, das Rücknahmeermessen der

⁵³⁸ Vgl. auch *Beaucamp*, JA 2005, 74, 76.

⁵³⁹ Vgl. auch *Voßkuhle*, JuS 2008, 117.

⁵⁴⁰ BVerwG BayVBl 1998, 27; VGH München BayVBl 2003, 530.

⁵⁴¹ *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 7 Rn 48.

⁵⁴² Vgl. dazu ausführlich Rn 283 ff.

⁵⁴³ Aus Art. 33 II GG folgt aber das Recht des Bewerbers um eine Beamtenstelle auf pflichtgemäße und vor allem sachgerechte Beurteilung und Entscheidung des gestellten Antrags. Sollte sich dabei herausstellen, dass keine sachlichen Gründe gegen eine Einstellung sprechen, verdichtet sich dieses Recht zum Recht auf den Erhalt des (in Rede stehenden) Amtes.

Behörde nicht aus. Eine Ermessensentscheidung ist auch dann notwendig, wenn das Vertrauen nicht schutzwürdig ist.⁵⁴⁴

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung erkennt man diese Konstellation daran, dass neben dem erarbeiteten Argumentationshaushalt, der zur Auslegung und Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe herangezogen wurde, noch ein *eigener* Argumentationshaushalt im Rahmen der Ermessensausübung verbleibt.

Schwierig wird es, wenn bei der Ermessensbetätigung *dieselben* Erwägungen herangezogen werden müssen, die schon der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zugrunde gelegen haben (**Identität des Argumentationshaushalts**). In einem solchen Fall ist nur eine einzige rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung möglich, nämlich diejenige, die der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe entspricht. Die Identität des Argumentationshaushalts hat zur Folge, dass aus der Kann-Vorschrift *faktisch* eine Muss-Vorschrift wird.⁵⁴⁵

308

Beispiele:

- (1) Nach § 35 II BauGB *können* sonstige Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung *öffentliche Belange* nicht beeinträchtigt und ihre *Erschließung gesichert* ist.

Hier könnte nach dem Wortlaut „können“ angenommen werden, dass der Verwaltung, auch wenn ein Sachverhalt die unbestimmten Rechtsbegriffe „*öffentliche Belange*“ und „*Erschließung gesichert*“ ausfüllt, noch ein Ermessen bei der Festlegung der Rechtsfolge (Zulassung) eingeräumt sei. Wenn aber die Ausführung oder die Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt sind und die Erschließung gesichert ist, sind keine Ermessenserwägungen mehr denkbar, die über die bereits auf der Tatbestandsseite angestellten Erwägungen hinausgehen. Das folgt schon aus der in Art. 14 GG garantierten Baufreiheit, die lediglich zur Rechtskontrolle präventiv eingeschränkt wurde.⁵⁴⁶ Beeinträchtigen also die Ausführung oder die Benutzung öffentliche Belange nicht und ist die Erschließung gesichert, *sind* sonstige Vorhaben zuzulassen. Es tritt somit ein Ermessensschwund ein (so BVerwGE 18, 247, 250).

- (2) Gemäß § 34 I BBG bzw. § 23 III BeamtStG *kann* ein Beamter auf Probe entlassen werden, wenn mindestens ein dort genannter Grund vorliegt.

Auch hier handelt es sich um Koppelungsvorschriften oder Mischtatbestände, bei denen bei der Ermessensbetätigung grds. nur *dieselben* Erwägungen herangezogen werden müssen, die schon der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zugrunde gelegen haben. Daher soll auch hier nur noch eine einzige rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung möglich sein. Führt die Auslegung einer der unbestimmten Rechtsbegriffe zu dem Ergebnis, dass das Festhalten an dem Beamtenverhältnis unzumutbar ist, bleibt für weitere Ermessenserwägungen kein Raum. Der Beamte auf Probe *ist* zu entlassen (BVerwG NJW 1999, 2536, 2538).

Auch ist die (in Klausur und Praxis selten vorkommende und deshalb hier nicht zu erörternde) umgekehrte Konstellation denkbar, in der bei gewissen Rechtsnormen der auf der Tatbestandsseite formulierte unbestimmte Rechtsbegriff in Wirklichkeit dem Ermessen zuzurechnen ist, weil er in Umfang und Inhalt das Ermessen bestimmt. Der unbestimmte Rechtsbegriff wird demnach vom Ermessen „aufgesogen“⁵⁴⁷.

309

⁵⁴⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rn 112. Beachte aber die Besonderheiten bei unionsrechtswidrigen Subventionen.

⁵⁴⁵ Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 7 Rn 49

⁵⁴⁶ Zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollierlaubnis) vgl. Rn 246, 358.

⁵⁴⁷ So der *Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe* (GemSOGB BVerwGE 39, 355, 363 ff.).

V. Abgrenzung Ermessen/planerische Abwägungsentscheidungen

- 310 Die allgemeinen Grundsätze, die zur Abgrenzung der Ermessensermächtigung von den unbestimmten Rechtsbegriffen herangezogen werden, finden ihre Grenzen beim sog. Planungserrnennen (planerische Abwägungsentscheidungen, Rn 292 f./995), bspw. beim Erlass von Bauleitplänen nach § 1 BauGB oder von raumbezogenen Fachplänen nach den Fachplanungsgesetzen wie § 17 I FStrG für Bundesstraßen, §§ 30 ff. KrWG für die Kreislaufwirtschaftsplanung oder § 8 LuftVG für Flugplätze.⁵⁴⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung lassen sich planerische Abwägungsentscheidungen weder den unbestimmten Rechtsbegriffen noch dem Ermessen zuordnen. Folgerichtig kann in dieser „planerischen Gestaltungsfreiheit“ die Unterscheidung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessensermächtigung nicht aufrechterhalten werden. Die Verwaltung hat für die in diesem Bereich bestehenden Plangesetze mit Zielvorgaben und Abwägungsgrundsätzen im Rahmen des ihr gesetzlich vermittelten Auftrags selbstständig tätig zu werden. Sie muss allerdings dabei ihre gesetzlichen Bindungen und Grenzen, insbesondere das Abwägungsgebot, beachten, deren Einhaltung von den Verwaltungsgerichten überprüft werden kann. Dieses Abwägungsgebot kann aus verschiedenen Gründen fehlerhaft sein. Vgl. dazu Rn 292 und 995.

VI. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler

- 311 Die allgemeinen Anforderungen an das Ermessen ergeben sich aus § 40 VwVfG. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten hat**. § 114 S. 1 VwGO greift diese Regelung auf und beschränkt die **Kontrollbefugnis der Gerichte** auf die Überprüfung, ob die Behörde die Vorgaben des § 40 VwVfG beachtet, d.h. ihr Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Damit ist klar, dass eine Überschreitung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens die Rechtswidrigkeit jedes Ermessensverwaltungsakts bedingt. Jedoch enthält § 40 VwVfG keine Aussage darüber, worin die gesetzlichen Grenzen bestehen könnten. Der Vorschrift lässt sich lediglich entnehmen, dass es **kein freies oder beliebiges Ermessen** gibt. Daher waren Rechtsprechung und Literatur schon frühzeitig bemüht, eine Systematik zu entwickeln. Als mögliche **Ermessensfehler** kommen danach in Betracht:

1. Ermessensmangel (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung, Ermessensausfall)

- 312 Besteht ein Recht zur Ermessensausübung, bedeutet dies zugleich eine Pflicht zur Ermessensausübung. Das geht zwar nicht unmittelbar aus § 40 VwVfG hervor (dort ist wie gesagt nur von „Ermessensgrenzen“ die Rede), ist aber rechtslogisch, denn anderenfalls wäre im Gesetz eine rechtlich gebundene Verwaltungsentscheidung angeordnet. Die Behörde muss also erkennen, dass ihr ein Ermessen zusteht und sie muss das Ermessen pflichtgemäß ausüben. Verkennt die Behörde die Pflicht zur Ermessensbetätigung, spricht man von Ermessensmangel. Allgemein anerkannt ist folgende Definition:
- 313 Stellt die Behörde keinerlei Ermessenserwägungen an, obwohl ihr das Gesetz ein Ermessen einräumt, liegt ein **Ermessensmangel** vor.⁵⁴⁹
- 314 Ein Ermessensmangel kommt regelmäßig in zwei Konstellationen in Betracht: Die Behörde bleibt untätig, weil sie meint, nicht einschreiten zu dürfen, obwohl dies nach der gesetzlichen Lage möglich wäre, oder sie schreitet ein, weil sie rechtsirrig meint,

⁵⁴⁸ Vgl. Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 7 Rn 63.

⁵⁴⁹ St. Rspr. seit BVerwGE 15, 196, 199.

einschreiten zu müssen, obwohl ihr das Gesetz tatsächlich eine Entscheidungsfreiheit einräumt.

Beispiel: Im Landesgesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde ist für bestimmte, im Gesetz näher bezeichnete Hunderassen ein Maulkorb- und Leinenzwang vorgeschrieben. Polizeibeamter P, der sich auf einem Streifengang in einer verrufenen Gegend der Stadt befindet, bemerkt, wie ein offenbar dem Rotlichtmilieu zuzuordnender Mann seinen Hund frei herumlaufen lässt. Dennoch schreitet P nicht ein, weil er sich über die Rasse des Hundes irrt bzw. nicht weiß, dass sich das Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde auch auf diese Hunderasse erstreckt. Tatsächlich handelt es sich bei dem Hund um einen Mastino Espanol, der auf der Liste gefährlicher Hunde weit oben steht.

Hier liegt ein Fall des Ermessensnichtgebrauchs bzw. der Ermessensunterschreitung vor, weil P fälschlicherweise davon ausgegangen ist, dass der Tatbestand des Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde nicht erfüllt sei und er deshalb nicht einschreiten dürfe.

Auch im umgekehrten Fall, wenn es sich bei dem Hund um einen Golden Retriever gehandelt hätte, P aber der Meinung gewesen wäre, bei dem Tier habe es sich um einen Kampfhund gehandelt, hätte ein Ermessensnichtgebrauch bzw. eine Ermessensunterschreitung vorgelegen, wenn P dem Hundehalter aufgegeben hätte, dem Tier einen Maulkorb anzulegen. Denn ein Ermessensfehler der beschriebenen Art liegt auch dann vor, wenn der Beamte glaubt, zum Einschreiten verpflichtet zu sein, obwohl ihm ein Ermessensspielraum zusteht. Freilich liegt in dieser Konstellation bereits ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes.

Ein Ermessensmangel liegt auch dann vor, wenn die Behörde zwar erkennt, dass sie hinsichtlich der Frage, *ob* sie einschreitet, ein Ermessen hat, dann aber hinsichtlich der Frage, *wie* sie einschreitet, nicht alle Aspekte des Falls berücksichtigt.

Ferner ist zu beachten, dass die Pflicht zur Ermessensausübung eine Bindung durch Verwaltungsvorschrift nicht ausschließt. Die Behörde hat dann ihr Ermessen gleichsam generalisierend betätigt. Die Ermessensausübung ist in die Erarbeitung der Verwaltungsvorschriften eingeflossen (**antizipiertes Ermessen durch Verwaltungsvorschrift**).⁵⁵⁰

315

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist im Sachverhalt nicht ausgeführt, dass die Behörde Pro und Contra abgewogen hat (§ 40 VwVfG), spricht dies für einen Ermessensausfall. Dann ist zu erörtern, ob die Ermessenshandhabung zulässigerweise später (im Widerspruchsverfahren) nachgeholt wurde. Denn zum einen prüft auch die Widerspruchsbehörde die Zweckmäßigkeit (§ 68 I S. 1 VwGO)⁵⁵¹, und zum anderen kommt es grds. bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage auf die letzte Behördenentscheidung an. Und dies ist i.d.R. die Entscheidung der Widerspruchsbehörde.

⁵⁵⁰ Vgl. BVerwGE 31, 212; BVerwG NVwZ 1998, 273 ff. Vgl. dazu auch Rn 142/864. Im Gefahrenabwehrrecht kann wegen der dort gebotenen Einzelfallentscheidung aber anders zu entscheiden sein, vgl. R. Schmidt, VerwProzR, Rn 421 sowie R. Schmidt, POR, Rn 721a.

⁵⁵¹ Sie darf bei Ermessensausfall der Ausgangsbehörde im Widerspruchsbescheid zum ersten Mal das Ermessen ausüben. Denn Streitgegenstand der Klage ist der Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids (§ 79 I Nr. 1 VwGO). Hat die Widerspruchsbehörde das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, ist der Verwaltungsakt bzgl. der Ermessensausübung rechtmäßig. Etwas anderes gilt aber für den Bereich der Rechtsaufsicht, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde den Widerspruchsbescheid im *eigenen* Wirkungskreis der Körperschaft, der die Ausgangsbehörde angehört (i.d.R. die Gemeinde), erlässt. Abwägung von Pro und Contra stehen hier nicht der Rechtsaufsichtsbehörde, sondern ausschließlich der Gemeinde zu (vgl. die einschlägigen Bestimmungen der Gemeindeordnungen, etwa Art. 119 Nr. 1 BayGO). In diesem Fall kann die erforderliche Ermessensausübung nur im ersten Teil des Widerspruchsverfahrens, dem Abhilfeverfahren (§ 72 VwGO), nachgeholt werden. Im *übertragenen* Wirkungskreis gilt diese Beschränkung nicht; hier darf die Widerspruchsbehörde (die i.d.R. auch die Fachaufsichtsbehörde ist) also anstelle der Gemeinde zum ersten Mal Pro und Contra abwägen (zumal in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Gemeinde i.d.R. ohnehin schon nach § 73 I S. 2 Nr. 3 VwGO Widerspruchsbehörde ist).

2. Ermessensüberschreitung/Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- 316** Steht der Behörde ein Ermessen zu, muss sie bei der Ausübung des Ermessens dessen gesetzliche **Grenzen** einhalten (§ 40 VwVfG). Ermessensgrenzen ergeben sich insbesondere aus Fachgesetzen. Im Falle der Missachtung dieser Vorgaben ist das gesetzlich erlaubte Ermessen überschritten, d.h., die gesetzte Rechtsfolge ist von der Norm nicht gedeckt.

Beispiel: Eine Verkehrsordnungswidrigkeit i.S.d. § 24a I StVG (0,5-Promille-Grenze) kann gem. § 24a IV StVG mit einer Geldbuße bis zu 3.000,- € geahndet werden. Setzt die Behörde ein Bußgeld fest, das über der genannten Höchstgrenze liegt, überschreitet sie das ihr eingeräumte Ermessen.⁵⁵²

Ein Fall der Ermessensüberschreitung liegt ebenfalls vor, wenn die Behörde den **Grundsatz des Vertrauensschutzes** oder den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** missachtet oder gegen **Grundrechte** verstößt. Denn liegt ein solcher Verstoß vor, handelt die Behörde gleichzeitig außerhalb ihres Ermessensspielraums.⁵⁵³

Beispiel: Im Mautgesetz-Beispiel von Rn 305 ist nach Auffassung des VG Köln die Entscheidung des Bundesamts für Güterverkehr, den Leasinggeber heranzuziehen, auch nicht unverhältnismäßig, da die Mautforderungen zum einen keine erdrückende Wirkung und zum anderen auch die Leasinggesellschaften einen Nutzen von den mautpflichtigen Strecken hätten.⁵⁵⁴

Insgesamt ergibt sich mithin folgende Definition der Ermessensüberschreitung:

- 317** Eine **Ermessensüberschreitung** liegt vor, wenn die Behörde eine andere Rechtsfolge wählt, als vom Gesetz vorgesehen, oder wenn sie den Grundsatz des Vertrauensschutzes oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit missachtet oder gegen Grundrechte verstößt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In einer Klausur muss also, um dogmatisch korrekt vorzugehen, die Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich eines angefochtenen Verwaltungsakts im Rahmen der Ermessensüberschreitung erfolgen (s.o.). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass die Freiheit des Einzelnen nur so weit eingeschränkt werden darf, als es im Interesse des Gemeinwohls unerlässlich ist.⁵⁵⁵ Eine staatliche Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, ist nach allgemeiner Auffassung⁵⁵⁶ nur dann verhältnismäßig,

⁵⁵² Zu beachten ist aber: Der Bußgeldbescheid ist von seiner Grundanlage her zwar ein Verwaltungsakt, nicht aber ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, weil er nicht das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens nach dem VwVfG ist. Denn nach § 2 II Nr. 2 VwVfG findet das VwVfG bei der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten keine Anwendung. Vielmehr ist der Bußgeldbescheid dem Strafbefehl (§ 407 StPO) nachgebildet, weshalb das OWiG den Rechtsstreit auch dem AG zuweist. Das ändert freilich nichts daran, dass die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, und damit auch die Ausübung fehlerfreien Ermessens, einzuhalten sind.

⁵⁵³ Das ist die vom Verfasser seit der 1. Aufl. 1997 vertretene Auffassung; wie hier auch *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 223; *Hufen*, VerwProzR, § 25 Rn 25 a.E.; *Schenke*, POR, Rn 97; *ders.*, VerwProzR, Rn 738 ff.; *Voßkuhle*, JuS 2007, 429, 430 f. und JuS 2008, 117, 118; *Jötten/Tams*, JuS 2008, 436, 441; *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193, 199; *Kment/Vorwaller*, JuS 2015, 193, 199; *Gött/Ruscheimer*, JA 2015, 286, 293; *Pünder/Mattig*, JA 2016, 115, 122. Sofern teilweise vertreten wird, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufbautechnisch *nach* dem Ermessen zu prüfen, ist dies abzulehnen. Denn überschreitet die Verwaltung das ihr eingeräumte Ermessen, verstößt sie nach richtiger Auffassung zugleich gegen Grundrechte, gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts und/oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Für eine separate Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist somit kein Raum mehr. Insbesondere ist eine „freischwebende“ Verhältnismäßigkeitsprüfung abzulehnen. Etwas anderes gilt freilich für die gebundene Verwaltungsentscheidung. Hier kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung selbstverständlich nicht im Rahmen der Ermessensüberschreitung erfolgen. Die Verhältnismäßigkeit ist bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu beachten.

⁵⁵⁴ VG Köln 20.9.2016 - 14 K 5253/14, 14 K 7119/14, 14 K 976/15, 14 K 1019/15.

⁵⁵⁵ Vgl. nur BVerfGE 19, 342, 348 f. (Haftverschonung); 76, 1, 50 (Ehegattennachzug); 111, 54, 82 (Rechenschaftspflicht von Parteien); BVerwG NJW 2018, 2067, 2070 (Dieselfahrverbot).

⁵⁵⁶ Siehe nur BVerfG NJW 2015, 3158, 3159: „Grundrechte dürfen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes und nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden.“ Siehe auch BVerwG NJW 2018, 2067, 2070 (Dieselfahrverbot).

- wenn der vom Staat verfolgte **Zweck legitim** ist, also als solcher verfolgt werden darf,
- der Einsatz des Mittels zur Erreichung des Ziels **geeignet**,
- **erforderlich**
- und **angemessen** ist⁵⁵⁷.

Aufgrund der herausragenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hängt der Wert einer Fallbearbeitung zu einem wesentlichen Teil davon ab, dass die Argumentationsstrukturen dieses Grundsatzes erkannt und umgesetzt werden. Dabei ist zu beachten, dass der jeweilige Schritt konstitutiv für den nächsten ist. Ist die zu untersuchende Maßnahme also z.B. mangels Erforderlichkeit rechtswidrig, bedarf es zu der Angemessenheit keiner Ausführungen mehr.

In der Fallbearbeitung könnte folgendermaßen formuliert werden:

„Fraglich ist, ob die ... (konkrete Maßnahme) mit dem materiellen Recht vereinbar ist. § ... (Rechtsgrundlage) gibt der ... (Behörde) ein Ermessen bei der Ausführung des Gesetzes. Diese ist befugt, über den konkreten Sachverhalt zu entscheiden. Daher ist gem. § 114 S. 1 VwGO zu prüfen, ob die ... (Behörde) bei Erlass der ... (konkrete Maßnahme) ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat. Der Ermessensgebrauch ist fehlerhaft und damit der Verwaltungsakt rechtswidrig, wenn entweder die gesetzlichen Grenzen der Ermessenseinräumung überschritten worden sind (Ermessensüberschreitung, § 40 Var. 2 VwVfG, § 114 S. 1 Var. 1 VwGO) oder wenn sich die Ermessensentscheidung nicht am Zweck der Ermächtigung orientiert (Ermessensfehlgebrauch oder Ermessensmissbrauch, § 40 Var. 1 VwVfG, § 114 S. 1 Var. 2 VwGO).

Die ... (Behörde) könnte das ihr eingeräumte Ermessen überschritten haben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die von ihr gesetzte Rechtsfolge gegen den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** verstößt. Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz verlangt die Verfolgung eines legitimen Zwecks sowie die Einhaltung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit) der angefochtenen Verwaltungsmaßnahme. **Zweck** der Maßnahme ist“

Vollzieht die Behörde ein Gesetz, darf sie nur die dem Gesetz zugrunde liegenden Zwecke verfolgen. Verfolgt sie einen anderen Zweck, ist die Maßnahme schon deshalb rechtswidrig⁵⁵⁸; einer weiteren Prüfung der Verhältnismäßigkeit bedarf es dann nicht (allerdings wird dieser Fall in Prüfungsarbeiten eher selten anzutreffen sein). Ist die Maßnahme zweckdienlich, ist sodann auf die Geeignetheit einzugehen.

318

Geeignet ist die staatliche Maßnahme, wenn mit ihrer Hilfe das angestrebte Ziel erreicht werden kann.⁵⁵⁹

319

Da bereits eine Teileignung genügt („Schritt in die richtige Richtung“), lässt sich diese erste Hürde der Verhältnismäßigkeitsprüfung relativ leicht überwinden. In der Fallbearbeitung genügen daher eine kurze Subsumtion und die Feststellung, dass mit der konkreten behördlichen Maßnahme das angestrebte Ziel gefördert werden könne, sie also geeignet gewesen sei.

Beispiel: Untersagt die Fahrerlaubnisbehörde das Führen von Kraftfahrzeugen, weil sich der Betroffene als ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen erweist (vgl. 3 I FeV),

⁵⁵⁷ Siehe nur BVerfG NJW 2019, 1432, 1433 (Parteienfinanzierung); BVerfG NJW 2019, 827, 833 (Automatisierte Kennzeichenerfassung) – jeweils mit Verweis auf die st. Rspr. BVerfGE 67, 157, 173; 120, 378, 427; 141, 220, 265.

⁵⁵⁸ Wäre die Verhältnismäßigkeit eines Gesetzes zu prüfen, ergäben sich einige Unterschiede, vgl. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 271 ff.

⁵⁵⁹ Vgl. nur BVerfGE 81, 156, 192 (Verunglimpfung der Nationalhymne); 96, 10, 21 (Räumliche Aufenthaltsbeschränkung); 115, 276, 308 (Sportwetten); 126, 112, 144 (Neuordnung des Rettungsdienstwesens); 134, 204, 226 (Werkverwertungsverträge); BVerfG NJW 2018, 2109, 2111 (§ 40 Ia LFGB); BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 (Befristung von Arbeitsverträgen).

ist diese Verfügung geeignet, weil damit der Gefahr, die von einem zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeigneten Fahrzeugführer ausgeht, begegnet werden kann.

War die Maßnahme geeignet, könnte die Prüfung wie folgt fortgesetzt werden:

320 **Erforderlich** ist eine staatliche Maßnahme, wenn kein gleich wirksames, aber für den Betroffenen weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastendes Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung steht.⁵⁶⁰

321 Die Erforderlichkeit stellt auf das Interventionsminimum ab. Eine staatliche Maßnahme darf nicht über das zur Verfolgung ihres Zwecks erforderliche Maß hinaus- und nicht weitergehen, als der mit ihr intendierte Schutzzweck reicht.⁵⁶¹

Beispiel: Die gegenüber einem zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeigneten Fahrzeugführer erlassene Untersagung, ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr zu führen, um Straßenverkehrsgefährdungen zu begegnen, ist nur dann erforderlich, wenn die Anordnung von Auflagen (Hör- oder Sehhilfe; Nachfahrverbot etc.) nicht ausreicht.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Falllösung kann an dieser Stelle hervorragend die Fähigkeit zu juristischer Argumentation demonstriert werden. Es können Argumente vorgetragen werden, welche Nachteile die zu prüfende Maßnahme für den Betroffenen hat und wie diese Maßnahme beispielsweise eingeschränkt werden könnte, damit der Zweck (hier die Erforderlichkeit) trotzdem erreicht wird. Anschließend können Alternativmaßnahmen erörtert werden, die ebenso geeignet sind, möglicherweise aber weniger intensiv in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreifen. Wird im Ergebnis festgestellt, dass kein milderes, ebenso wirksames Mittel besteht (d.h., dass die betreffende Maßnahme also erforderlich war), muss zuletzt die Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit) der Maßnahme geprüft werden:

322 **Angemessen** ist eine staatliche Maßnahme, wenn das mit ihr verfolgte Ziel in seiner Wertigkeit nicht außer Verhältnis zur Intensität des Eingriffs steht (Zumutbarkeit der Maßnahme = Verhältnismäßigkeit i.e.S.).⁵⁶²

323 In diesem Prüfungsschritt muss eine Abwägung stattfinden zwischen der Intensität des Eingriffs in das grundrechtlich geschützte Rechtsgut und der Wertigkeit des verfolgten Zwecks der Maßnahme.

Beispiel: Die Untersagung, im Straßenverkehr Kraftfahrzeuge zu führen, verstößt nur dann nicht gegen das Übermaßverbot, wenn die Beeinträchtigung für den Betroffenen nicht in einem groben Missverhältnis zum Erfolg, nämlich zur Verhinderung von Straßenverkehrsgefährdungen oder gar Unfällen steht. Freilich ist die Wertigkeit der Gefahrenabwehr (Art. 2 II S. 1 GG) nicht unterzubewerten.

324 In der Regel findet also eine echte Güterabwägung statt. Es ist zu prüfen, ob eine Ausübung des Grundrechts nahezu völlig unmöglich oder ob nur eine bestimmte Modalität beschnitten wird, die durch funktional gleichwertige Grundrechtsbetätigungen ersetzbar ist. Vgl. dazu sowie zur methodischen Vorgehensweise bei der Prüfung *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 180a.

⁵⁶⁰ BVerfG NJW 2018, 2109, 2112 mit Verweis auf BVerfGE 113, 167, 259; 135, 90, 118. Vgl. auch BVerfGE 30, 292, 316; 63, 88, 115; 77, 84, 109; 90, 145, 172; 100, 313, 375; 116, 202, 225; 145, 20, 80.

⁵⁶¹ BVerfG NJW 2018, 2109, 2112 mit Verweis auf BVerfGE 79, 179, 198; 100, 226, 241; 110, 1, 28.

⁵⁶² Vgl. nur BVerfG NJW 2019, 1432, 1433 (Parteienfinanzierung); BVerfG NJW 2019, 827, 830 (Automatisierte Kennzeichenerfassung); BVerfG NJW 2019, 584, 585 (E-Mail-Anbieter muss IP-Adressen temporär speichern und den Strafverfolgungsbehörden nennen); BVerfGE 117, 163, 182 f. (Erfolgshonorar); 133, 277, 322 (Antiterrordateigesetz); BVerfG NJW 2018, 2067, 2070 (Dieselfahrverbot).

Insbesondere im studien- und prüfungsrelevanten **Polizeirecht** hat die Abwägung das bedrohte Schutzgut auf der einen Seite sowie die Schwere des drohenden Schadens und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts auf der anderen Seite zu berücksichtigen (vgl. dazu *R. Schmidt*; POR, Rn 745).

325

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Sachverhalt werden zumeist von den beteiligten Personen Argumente vorgebracht, die dem Bearbeiter die Angemessenheitsprüfung erleichtern. Diese muss der Bearbeiter aufgreifen und gegeneinander abwägen. Da aber eine Abwägung durchgängig von (subjektiven) Wertungen beeinflusst ist, empfiehlt es sich bei erheblichen Bedenken hinsichtlich der Akzeptanz der vertretenen Meinung, die staatliche Maßnahme erneut darauf hin zu prüfen, ob sie nicht eher an der Erforderlichkeit scheitert. Das gilt umso mehr, als auch das BVerfG dem Prüfungspunkt der Angemessenheit nur eine geringe Bedeutung beimisst und die Probleme des Falls bereits weitgehend im Rahmen der Erforderlichkeit behandelt. Nur für den Fall, dass die Problematik dort nicht sachadäquat gelöst werden kann, sollte die Diskussion auf der Ebene der Angemessenheit erfolgen.⁵⁶³

3. Ermessensfehlgebrauch (Ermessensmissbrauch)

Schließlich muss die Behörde das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausüben (§ 40 Var. 1 VwVfG, § 114 S. 1 Var. 2 VwGO).

Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn zwar eine abstrakt zulässige Rechtsfolge gewählt wurde, diese Rechtsfolge jedoch vom Zweck der Ermächtigung nicht gedeckt ist.

326

Nach allgemeiner Auffassung liegt i.d.R. ein Fall des Ermessensfehlgebrauchs vor, wenn die Behörde mit ihrer Entscheidung erkennbar

327

- den Zweck der gesetzlichen Ermessenseinräumung verfehlt,
- nicht alle Umstände des Falls in ihre Entscheidungsfindung einbezieht, die nach Lage der Dinge und nach Maß der gesetzlichen Vorgaben aber zu berücksichtigen waren (wobei dann auch schon eine Ermessensunterschreitung vorliegen kann),
- von unzutreffenden Sachverhaltsfeststellungen ausgeht,
- wesentliche bekannte Umstände nicht berücksichtigt (wobei dann ebenfalls schon eine Ermessensunterschreitung vorliegt),
- sachwidrige Erwägungen anstellt
- oder bei ihrer Ermessensausübung aus persönlichen Gründen oder aus politischem Opportunismus handelt.

Beispiel: Weil es in einem Wohngebiet erneut zu einer nächtlichen Ruhestörung durch alkoholisierte Jugendliche gekommen ist, wendet sich die aufgebrachte Nachbarin N gegen 0.45 Uhr an die Polizei. Nachdem Polizeihauptmeister P vor Ort eingetroffen ist, schildert N ihm ihre Beobachtungen. P ist hocherfreut, denn er erkennt in einem der Jugendlichen D, von dem sein Sohn ständig in der Schule und in der Freizeit drangsaliert wird. Er entschließt sich daher, es D mal so richtig „heimzuzahlen“, und verspricht der N, sich der Sache persönlich anzunehmen. So geschieht es. P nimmt D umgehend über Nacht in Polizeigewahrsam.

In diesem Fall ist die Maßnahme formell rechtswidrig. P handelte aus persönlichen Gründen und war befangen i.S.v. § 21 I S. 1 VwVfG. Eine Heilung gem. § 45 VwVfG kommt nicht in Betracht, weil ein Verstoß gegen § 21 VwVfG nicht vom Katalog des § 45 VwVfG erfasst ist. Ob eine Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG in Betracht kommt, hängt davon ab, ob in der Sache (k)eine andere Entscheidung hätte ergehen können

⁵⁶³ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn 294.

(tatsächliche Alternativlosigkeit). Das wiederum hängt von der materiellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme ab. Stehen dem handelnden Beamten mehrere (gleichermaßen zur Gefahrenabwehr geeignete) Mittel zur Verfügung, wählt er aber dasjenige, das den Betroffenen in größerem Maße in den (Grund-)Rechten beeinträchtigt, ist die Mittelauswahl wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz materiell rechtswidrig.

Demzufolge war der Polizeigewahrsam über Nacht unverhältnismäßig. Es war schon kein legitimer Zweck erkennbar, D überhaupt in Gewahrsam zu nehmen. Eine Inge-wahrsamnahme wäre lediglich dann in Betracht gekommen, wenn D sich trotz entsprechender Aufforderung, die Lärmbelästigung zu unterlassen und nach Hause zu gehen, nicht einsichtig gezeigt hätte und auch ein Nachhausebringen des D durch P nicht möglich gewesen wäre. Doch dazu enthält der Sachverhalt keine Angaben.

Da der Polizeigewahrsam offensichtlich unverhältnismäßig war, hätte eine andere Entscheidung nicht nur ergehen können, sondern auch ergehen müssen. Er war daher materiell und auch formell rechtswidrig.

- 328 Insgesamt lässt sich sagen, dass der Fehler auf der *Art und Weise* beruht, wie die Behörde zu ihrer Entscheidung gekommen ist. Es handelt sich um eine Verletzung der Ermessensnorm, die in aller Regel auch gleichzeitig einen Verstoß gegen den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** impliziert.

329

Hinweis für die Fallbearbeitung: Daraus folgt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen des Ermessens Fehlgebrauchs relevant werden kann. Liegt also im zu prüfenden Fall ein Ermessens Fehlgebrauch vor, wird die behördliche Entscheidung in aller Regel (wegen Ungeeignetheit bzw. nicht gegebener Erforderlichkeit) auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Daraus folgt – in Übereinstimmung zu dem zur Ermessensüberschreitung Gesagten –, dass aufbautechnisch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen des Ermessens Fehlgebrauchs geprüft werden muss. Das bedeutet freilich nicht, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zweimal zu prüfen wäre. Denn ein und dieselbe behördliche Entscheidung kann nicht gleichzeitig wegen Ermessensüberschreitung und wegen Ermessens Fehlgebrauch rechtswidrig sein. Diese beiden Ermessensfehlerarten schließen sich gegenseitig aus. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist also nur einmal zu prüfen, und zwar bei der Ermessensfehlerart, die vorliegt. Im Übrigen ist bei der Fallbearbeitung darauf zu achten, dass bei einem festgestellten Ermessensfehler die Rechtswidrigkeit des VA nicht bloß mit dem Vorliegen eines Ermessensfehlers begründet wird, sondern mit dem Verstoß gegen § 40 VwVfG.

VII. Ermessensreduzierung auf Null

- 330 Aufgrund der bereits beschriebenen Funktion der Grundrechte als Vorgabe für die Wirksamkeit bzw. für die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts haben die Grundrechte für die Exekutive nicht nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung, sondern auch bei der Ermessensausübung. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass nur *eine* Entscheidung der Verwaltung nicht gegen Grundrechte verstößt. Aus der Ermessensentscheidung wird *faktisch* (nicht rechtlich) eine gebundene Entscheidung. Das ist der Fall, wenn

- keine Gesichtspunkte ersichtlich sind, die gegen die begehrte Entscheidung sprechen,
- Grundrechte des Betroffenen eine Ermessensreduzierung auf Null fordern⁵⁶⁴,

⁵⁶⁴ BVerwG NVwZ 2016, 1413, 1417.

V. Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen

1. Einführung

Grundsätzlich gilt, dass rechtswidrige Staatsakte nichtig, d.h. rechtsunwirksam sind und von den Bürgern nicht beachtet werden müssen. Das ist vor dem Hintergrund der Grundrechte sowie des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips (Art. 20 I, III GG) selbstverständlich. Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. So hat der parlamentarische Gesetzgeber entschieden, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur dann nichtig ist, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist (§ 44 VwVfG). Im Übrigen hat er den rechtswidrigen Verwaltungsakt grds. für wirksam erklärt (vgl. § 43 II VwVfG sowie den Umkehrschluss aus § 43 III VwVfG). Um aber eine Kollision mit den o.g. Verfassungsprinzipien zu vermeiden, muss ein rechtswidriger (aber wirksamer) Verwaltungsakt angefochten und aufgehoben werden können. Dies garantiert § 113 I S. 1 VwGO. Aufgabe des angerufenen Verwaltungsgerichts ist es dann, den fraglichen Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Sollte sich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts herausstellen, hebt das Gericht ihn auf. Zentrales Element der Anfechtungsklage ist somit die **Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts**. Da aber – wie noch zu sehen sein wird – nicht alle Fehler eines Verwaltungsakts zu dessen Rechtswidrigkeit führen, sind die differenzierten **Fehlerfolgen** zu beachten.⁸³⁷

503

Der Verwaltungsakt kann mit *formellem* und *materiellem* Recht kollidieren. *Formell* fehlerhaft ist der Verwaltungsakt, wenn er nicht von der örtlich, sachlich und instanziell zuständigen Behörde erlassen wurde sowie Verfahrens- und Formvorschriften nicht eingehalten wurden bzw. Verstöße hiergegen nicht der Heilung zugänglich sind (§ 45 VwVfG). Demgegenüber ist der Verwaltungsakt *materiell* fehlerhaft, wenn er gegen Rechtsnormen verstößt, die ein Verhalten von Rechtssubjekten gebieten, verbieten oder erlauben.

504

Unbeachtlich bzw. **heilbar** sind nur bestimmte **formelle Fehler**. Denn das formelle Recht besitzt in der deutschen Rechtsordnung nicht die gleiche Relevanz wie beispielsweise im US-amerikanischen Recht, wo ein ordnungsgemäßes Verfahren („due process“) die sachliche Richtigkeit einer Entscheidung indiziert. Der grundsätzlich in § 113 I S. 1 VwGO vorgesehene Aufhebungsanspruch wird daher durch die §§ 46 und 45 VwVfG bei solchen Verwaltungsakten ausgeschlossen, die an (lediglich) bestimmten Verfahrens- und Formfehlern bzw. an Mängeln der örtlichen Zuständigkeit leiden.⁸³⁸

505

Systematisch kann § 46 VwVfG zwar keine unmittelbare Einschränkung des § 113 I S. 1 VwGO bewirken, weil das Verwaltungsverfahrenrecht nicht das Verwaltungsprozessrecht bestimmen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass das Gericht bei Anwendbarkeit des § 46 VwVfG den Aufhebungsanspruch zu verneinen hat. Daraus folgt, dass fehlerhafte Verwaltungsakte im Anwendungsbereich des § 46 VwVfG rechtswidrig bleiben, jedoch die Fehlerfolge modifiziert ist.

506

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein Verwaltungsakt fehlerhaft ist, wenn er mit der Rechtsordnung kollidiert. Die Fehlerhaftigkeit führt - wie sich aus §§ 44, 43 III VwVfG ergibt - in der Regel aber nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Rechtswidrig-

507

⁸³⁷ Vgl. hierzu auch Schnapp/Cordewener, JuS 1999, 39, 40 f.

⁸³⁸ Davon zu unterscheiden ist die Heilungsmöglichkeit nach § 45 VwVfG. Tritt eine solche ein, wird der formelle Fehler „geheilt“, d.h. die Rechtswidrigkeit beseitigt. Demgegenüber bleibt es im Fall des § 46 VwVfG bei der Rechtswidrigkeit; lediglich der Aufhebungsanspruch entfällt. Zur Heilungsmöglichkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte und zur Unbeachtlichkeit siehe Rn 549, 584, 564 und 585.

keit, die durch die Möglichkeit der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit gekennzeichnet ist. Der fehlerhafte Verwaltungsakt ist also wirksam, wenn er nicht nichtig ist. Ob ein (formell) fehlerhafter Verwaltungsakt zur Aufhebung durch das Verwaltungsgericht führt, hängt zunächst von der Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG ab. Danach bleibt es zwar bei der (formellen) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, jedoch ist diese unbeachtlich; es entfällt der gerichtliche Aufhebungsanspruch gemäß § 113 I S. 1 VwGO. Ist der Fehler beachtlich, ist des Weiteren zu prüfen, ob Heilungsvorschriften wie beispielsweise § 45 VwVfG greifen. Ist ein Verwaltungsakt geheilt, entfällt dessen Rechtswidrigkeit. Es besteht auch hier kein Aufhebungsanspruch. Eine **materielle Rechtswidrigkeit** ist dagegen nicht der Unbeachtlichkeit bzw. der Heilung zugänglich.

Der Aufhebungsanspruch gem. § 113 I S. 1 VwGO besteht allerdings grds. nur dann, wenn der rechtswidrige Verwaltungsakt den Kläger auch in *seinen* Rechten verletzt.

2. Prüfung eines Verwaltungsakts

508 Ist in einer Prüfungsarbeit nach der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts gefragt, empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema:

Prüfung eines Verwaltungsakts

Möglicher Obersatz:

Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig, wenn er in formeller und materieller Hinsicht in rechtsfehlerfreier Anwendung einer rechtmäßigen Rechtsgrundlage erfolgte.

I. Rechtsgrundlage (RGL) für den Erlass eines Verwaltungsakts

Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts können ein **Parlamentsgesetz**, eine **Rechtsverordnung** oder eine **Satzung** sein.

An dieser Stelle des Gutachtens muss die Rechtsgrundlage deshalb benannt werden, weil von ihr die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt. Freilich allein eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme ist es, ob auch die Voraussetzungen der RGL vorliegen.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

1. **Zuständigkeit** der handelnden Behörde (örtlich, sachlich, instanziiell)
2. Beachtung der maßgeblichen **Verfahrensvorschriften** (wie z.B. Anhörung, keine Befangenheit, Begründung etc.; neben Spezialnormen sind i.d.R. auch §§ 21 ff. VwVfG anwendbar). Bei Fehlern: §§ 45, 46 VwVfG.
3. Einhaltung der **Formvorschriften** (wie z.B. Schriftform, Zustellung etc.; sofern keine Spezialnormen greifen, ist § 37 II-V VwVfG zu beachten)

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

1. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage (nur ggf. zu prüfen!)
 - (a) Vereinbarkeit der RGL mit EU-Recht
 - (b) Vereinbarkeit der RGL mit nationalem Verfassungsrecht
 - Vereinbarkeit mit Grundrechten
 - Vereinbarkeit mit sonstigen Verfassungsprinzipien
2. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage
 - (a) Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen
 - (b) Nichtüberschreitung von Beurteilungsspielräumen
 - (c) Fehlerfreie planerische Abwägungsentscheidungen
3. Ermessen und Verhältnismäßigkeit (Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird nach der hier vertretenen Auffassung innerhalb der Ermessensüberschreitung geprüft. Denn überschreitet die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen, verstößt sie auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Für eine separate Verhältnismäßigkeitsprüfung ist somit kein Raum. Bei gebundenen Verwaltungsakten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu be-

rücksichtigen).

4. Kein Verstoß gegen sonstiges Recht und den Bestimmtheitsgrundsatz

IV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit

1. Noch nicht vollzogener Verwaltungsakt
2. Dauerverwaltungsakte
3. Nachschieben von Gründen

V. Rechtsverletzung beim Kläger

a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts

Dadurch, dass ein **Eingriff** (seitens der Exekutive) in die Rechtssphäre des Klägers nur dann gerechtfertigt ist, wenn er im ordnungsgemäßen Vollzug eines rechtmäßigen Gesetzes erfolgt, ist erste Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsakts das Vorliegen einer gesetzlichen **Rechtsgrundlage** für dessen Erlass.⁸³⁹ Das ergibt sich aus dem Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes): Das Verhältnis der Exekutive zur Legislative bestimmt sich nach den Art. 1 III, 20 III, 83 und 86 GG, wonach die Verwaltung die Gesetze ausführt und dabei an Gesetz und Recht gebunden ist. Die Verwaltung darf also die Voraussetzungen ihres Eingreifens nicht selbst festlegen. Das darf aufgrund des Demokratieprinzips nur die unmittelbar demokratisch legitimierte Legislative.

509

Beispiel: G betreibt in der Innenstadt von S eine Kneipe und lässt dort den Handel mit Drogen zu. Nachdem ihn die Behörde bereits mehrmals aufgefordert hatte, dies zu unterbinden, entzieht sie ihm wegen Unzuverlässigkeit die Gaststättenerlaubnis.

Der Entzug der Gaststättenerlaubnis ist ein belastender Verwaltungsakt und Instrument der Eingriffsverwaltung. Die Behörde bedarf somit einer Rechtsgrundlage. Eine solche stellt § 15 II GastG⁸⁴⁰ i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG dar. Erfüllt G die dort normierten Voraussetzungen, ist der Widerruf der Erlaubnis gerechtfertigt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Rechtsgrundlage gleich zu Beginn der Begründetheitsprüfung zu benennen, hat den Vorteil der klaren Strukturierung, weil sich aus dem Normengefüge, dem die konkrete Rechtsgrundlage entstammt, regelmäßig die (später bei der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfende) Zuständigkeit der Behörde ableitet (Entsprechendes gilt ggf. hinsichtlich sonstiger formeller Gesichtspunkte, insbesondere Verfahrensvorschriften). Auf diese Weise werden Inzident-Prüfungen vermieden.⁸⁴¹

510

Beispiel: § 35 I GewO dient als Rechtsgrundlage für die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit. Bei der Frage nach der formellen Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Verfügung ist § 35 IV GewO zu beachten, wonach zuvor grundsätzlich die Aufsichtsbehörde, die IHK und die Handelskammer gehört werden sollen. Zur formellen Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung kann in diesem Fall also nur dann Stellung genommen werden, wenn zuvor die Eingriffsnorm bestimmt wurde.

In *Ausnahmefällen*, bspw. wenn eine gesetzliche Rechtsgrundlage nicht vorliegt, kann zunächst die Prüfung der Rechtsbeeinträchtigung (Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts) erfolgen, um festzustellen, ob es überhaupt einer Rechtsgrundlage bedurft hätte. Denn ist der Eingriff mit keiner Rechtsbeeinträchtigung verbunden, ist das Fehlen einer Rechtsgrundlage unschädlich. Liegt umgekehrt je-

⁸³⁹ Die Terminologie ist uneinheitlich. Verbreitet wird der Begriff „Ermächtigungsgrundlage“ verwendet, obwohl dieser Begriff bereits durch das formell-gesetzliche Ermächtigungsverfahren, namentlich eine Oberste Bundes- oder Landesbehörde zum Erlass von (abstrakt-generellen) Rechtsverordnungen zu ermächtigen (Art. 80 I GG), besetzt ist. Es empfiehlt sich deshalb, den neutralen Begriff „Rechtsgrundlage“ zu verwenden. Bei Maßnahmen der Eingriffsverwaltung kann auch der Begriff „Eingriffsermächtigung“ verwendet werden.

⁸⁴⁰ Zum GastG nach der Föderalismusreform 2006 vgl. bereits Fußnote 16.

⁸⁴¹ So auch *Schenke*, VerwProzR, Rn 731; *Jahn*, JuS 2001, 173, 175.

doch eine Rechtsbeeinträchtigung vor (hätte also eine Rechtsgrundlage vorliegen müssen), ist der Eingriff wegen Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (siehe sogleich) rechtswidrig. Wird ein derartiger Rechtsverstoß festgestellt, kann der rechtswidrige Zustand für eine Übergangszeit hinzunehmen sein, bis der Gesetzgeber eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen hat. Aufgrund der Kompetenzverteilung kann eine solche Feststellung allerdings nur von dem Verfassungsgericht des jeweiligen Verbands (Bund, Land) getroffen werden (sog. **Appellentscheidung**). Dazu setzt das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist (beispielsweise bis zum Ablauf der Legislaturperiode). In der Übergangszeit gilt aber nicht ohne weiteres der alte Rechtszustand uneingeschränkt fort. Vielmehr erfolgt eine Reduzierung der Maßnahmen auf das, was im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung der Maßnahmen des Betriebes unerlässlich ist (Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit). Hierfür genügen dann allerdings auch Verwaltungsvorschriften.

Liegt einer dieser Ausnahmefälle jedoch nicht vor, bleibt es bei der hier vorgeschlagenen Aufbaufolge, dass an dieser Stelle des Gutachtens lediglich das Vorliegen der Rechtsgrundlage geprüft wird. Die *Rechtmäßigkeit* der Rechtsgrundlage ist indes eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme (dazu später). Das hat den Hintergrund, dass eine Einzelfallmaßnahme keinesfalls rechtmäßig sein kann, wenn bereits die Rechtsgrundlage rechtswidrig ist (Vorbehalt des Gesetzes, s.o.). Erst wenn feststeht, dass das zugrunde liegende Gesetz (die Rechtsgrundlage) verfassungs- und unionsrechtmäßig ist, kann die angegriffene Maßnahme selbst auf einen Anwendungsfehler hin überprüft werden (Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage). An dortiger Stelle der Fallbearbeitung ist dann festzustellen, ob die abstrakt-generelle Wertung des Gesetzgebers durch den Rechtsanwender (d.h. die den Verwaltungsakt erlassende Behörde) in verfassungs- und unionsrechtskonformer Weise auf den konkret-individuellen Fall übertragen wurde.

- 511** In der **Leistungsverwaltung** besteht die Besonderheit, dass die Verwaltung grds. nicht freiheitsverkürzend in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift, sondern ihm gegenüber gewährend, also die Rechtssphäre erweiternd, auftritt. Daher sind an die Rechtsgrundlage abgeschwächte Anforderungen zu stellen (vgl. dazu eingehend Rn 206 ff.). Sofern keine Rechtsbeeinträchtigung (z.B. auf Seiten von Dritten) vorliegt, genügt i.d.R. eine Bereitstellung von Mitteln im **Haushaltsplan** (Etatlegitimierung) i.V.m. **Vergaberichtlinien** (Verwaltungsvorschriften).

Beispiel: Im Haushaltsplan des Landes X sind Mittel zur Bekämpfung der BSE-Krise und zur Förderung der ökologischen Milch- und Viehwirtschaft bereitgestellt. Ein entsprechender ministerieller Runderlass (= Verwaltungsvorschrift) beschreibt die näheren Voraussetzungen, unter denen die Gelder vergeben werden.

Hier ist die Förderung der Landwirte mit keiner Rechtsbeeinträchtigung verbunden, so dass die Bereitstellung von Mitteln im Haushaltsplan i.V.m. dem Runderlass genügt.

512

Hinweis für die Fallbearbeitung: In einer Anfechtungssituation wird die Problematik des Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung regelmäßig in zwei Konstellationen relevant:

Zum einen ist es möglich, dass die Behörde eine zuvor gewährte Leistung zurückfordert, weil angeblich die Voraussetzungen der Mittelvergabe nicht (mehr) vorliegen. Die Rückforderung der Mittel beinhaltet zugleich regelmäßig die Aufhebung des ursprünglichen Bewilligungsbescheids. Dieser Aufhebungsakt stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar, der einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf. Soweit keine spezielle Rechtsgrundlage besteht, kommen die §§ 48 f. VwVfG in Betracht. Bei der Frage, ob nun § 48 VwVfG oder § 49 VwVfG einschlägig ist, kommt es darauf an, ob der ursprüngliche Bewilligungsbescheid rechtmäßig (dann § 49 VwVfG)

oder rechtswidrig (dann § 48 VwVfG) war. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Bewilligungsbescheids ist dann auf das (nicht vorhandene) Erfordernis der Rechtsgrundlage einzugehen. Sollte sich auch aus keinem sonstigen Grund die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids ergeben, ist für den Aufhebungsakt § 49 VwVfG einschlägig.

Die Problematik des Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung wird auch immer dann relevant, wenn eine Leistung an einen Konkurrenten des Klägers vergeben wurde und der Kläger diese Begünstigung angreift („**Konkurrentenabwehrklage**“). Hier macht der Kläger regelmäßig geltend, die Leistungsvergabe an den Konkurrenten sei rechtswidrig, weil sie ohne erforderliche Rechtsgrundlage erfolgte. Der Klausurbearbeiter muss dann darlegen, dass im Rahmen der Leistungsgewährung grundsätzlich von dem abgeschwächten Gesetzesvorbehalt (bei Subventionen von einer Etatlegitimierung) auszugehen und nur in Ausnahmefällen (gezielter Eingriff in Grundrechte Dritter; grobe Wettbewerbsverzerrung) über die Etatlegitimierung hinaus ein formell-materielles Gesetz zu fordern ist. Liegt kein solcher Ausnahmefall vor, ist die Konkurrentenabwehrklage erfolglos.

aa. Einzelne Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlagen können sich aus speziellen fachgesetzlichen, aber auch aus allgemeinen Regelungen ergeben. Dabei ist der (allgemeine) Grundsatz zu beachten, dass die speziellen Rechtsgrundlagen den allgemeinen vorgehen (lex specialis derogat legi generali). Denn spezielle Rechtsgrundlagen sind oft tatbestandlich enger gefasst und stellen höhere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Dieser Grundsatz würde missachtet, wenn man im Anwendungsbereich einer speziellen Rechtsgrundlage auf eine allgemeine Rechtsgrundlage zurückgreifen dürfte. Daher sind spezielle Rechtsgrundlagen in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich abschließend. Liegen deren Voraussetzungen vor, darf grds. nicht auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden.

513

a.) Spezielle Rechtsgrundlagen

In Anwendung des o.g. Grundsatzes ist bei der Frage nach der Rechtsgrundlage für den Erlass des Verwaltungsakts zunächst das einschlägige Fachgesetz aufzusuchen. Insbesondere das VersG, das VereinsG, das WaffG, das GastG, die GewO, die Beamtenengesetze etc. enthalten eine Vielzahl fachbereichsspezifischer und damit grds. abschließender Rechtsgrundlagen.

514

Beispiele: Die Untersagung der Ausübung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit lässt sich auf § 35 I GewO stützen; die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte kann wegen Fehlens der Zuverlässigkeit gem. § 15 I GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG zurückgenommen werden.

Aufgrund der Regelungsdichte des öffentlichen Rechts ist davon abzuraten, möglichst viele Rechts- oder Anspruchsgrundlagen auswendig zu lernen. Entscheidend ist, eine Rechtsgrundlage an dem jeweiligen Modalverb „muss“, „darf“, „kann“ oder „ist befugt“, das der Behörde eine entsprechende Befugnis erteilt, erkennen zu können.

515

Insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht kann auch eine **Rechtsverordnung**, die aufgrund einer Ermächtigung im Landespolizeigesetz erlassen wurde, als Rechtsgrundlage für den Erlass von Verfügungen (Verwaltungsakte) fungieren. Sollte sich in einem solchen Fall herausstellen, dass die Rechtsverordnung rechtswidrig und somit nichtig ist, ist auch der darauf basierende Verwaltungsakt (mangels wirksamer Rechtsgrundlage) rechtswidrig (und wohl auch nichtig). Außerhalb des Polizei- und

516

Ordnungsrechts kommen verordnungsbasierte Rechtsgrundlagen zum Erlass belastender Maßnahmen v.a. im Straßenverkehrsrecht (StVO, StVZO, FZV, FeV) vor.

Beispiel: Das Verbot des Führens eines Kfz wegen Ungeeignetheit kann auf § 3 StVG i.V.m. § 3 I FeV gestützt werden.

- 517 Auch eine **Satzungsbestimmung** kann Rechtsgrundlage für den Erlass von Verwaltungsakten sein. Auch hier gilt (wie bei der Rechtsverordnung) die Folge: Ist die Satzung rechtswidrig und nichtig, ist auch der darauf basierende Verwaltungsakt rechtswidrig (und ggf. nichtig) (Vorbehalt des Gesetzes). Zu beachten sind aber Heilungsmöglichkeiten bzw. Unbeachtlichkeitsregelungen in Bezug auf Satzungen (vgl. etwa §§ 214, 215 BauGB hinsichtlich Bebauungspläne).

b.) Allgemeine Rechtsgrundlagen

- 518 In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage ist bei der Fallbearbeitung auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zurückzugreifen. Dabei muss beachtet werden, dass eine spezialgesetzliche Rechtsgrundlage in ihrem Anwendungsbereich nicht einschlägig sein darf. Grundsätzlich ist es untersagt, bei bloßem Nichtvorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen auf die allgemeinen Institute zurückzugreifen (s.o.). Dies zu tun wäre nicht nur systemwidrig, sondern würde vielmehr die Gefahr der Umgehung der engeren Tatbestandsvoraussetzungen der Spezialgesetze in sich bergen, die in ihrem engeren Anwendungsbereich grundsätzlich eine abschließende Regelung darstellen (s.o.). Nur wenn nach entsprechender Auslegung das einschlägige Spezialgesetz den Sachverhalt nicht abschließend regelt, kann subsidiär auf die allgemeinen Institute zurückgegriffen werden.

Beispiele:

- (1) Im Polizei- und Ordnungsrecht greifen z.B. bei fehlender Anwendbarkeit des VersG die Rechtsinstitute des Landespolizeigesetzes. In Betracht kommen dort zunächst die normierten Standardmaßnahmen und schließlich – wenn der Sachverhalt nicht in deren Regelungsbereich fällt oder sie den Sachverhalt nicht abschließend regeln – die Befugnisgeneralklausel.
- (2) Im Bereich der Rücknahme und des Widerrufs von (begünstigenden) Verwaltungsakten ist darauf zu achten, dass spezielle Rechtsgrundlagen oft in dem einschlägigen Spezialgesetz vorhanden sind. Das trifft etwa auf das Gaststättenrecht (§ 15 GastG: Rücknahme/Widerruf der Gaststättenerlaubnis) und das Immissionsrecht (§ 21 BImSchG: Widerruf einer Anlagengenehmigung) zu. Weitere abschließende Sondervorschriften sind etwa § 10 BtMG für die Rücknahme und den Widerruf betäubungsmittelrechtlicher Genehmigungen, § 45 WaffG für die Rücknahme und den Widerruf waffenrechtlicher Erlaubnisse oder Zulassungen, § 3 I StVG für die Entziehung der Fahrerlaubnis und § 14 BBG, § 12 BeamStG hinsichtlich der Rücknahme beamtenrechtlicher Ernennungen. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze (vgl. §§ 48, 49 VwVfG) ist nur dann zulässig, wenn der jeweilige Sachverhalt nicht unter die in Betracht kommende Spezialregelung subsumierbar ist.⁸⁴² So enthalten bspw. die Landesbauordnungen keine Rechtsgrundlagen für die Aufhebung von Baugenehmigungen, sodass auf die §§ 48, 49 VwVfG zurückzugreifen ist.

519

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung könnte die Prüfung wie folgt eingeleitet werden: „Die ... (konkrete Einzelmaßnahme) ordnet an, dass ... (deren Inhalt). Es handelt sich somit um einen belastenden Verwaltungsakt. Dieser ist ein Instrument der Eingriffsverwaltung. Eingriffe in Freiheit und Eigentum bedürfen

⁸⁴² Vgl. dazu näher Rn 644 ff.

wegen der rechtsstaatlichen Bindung der Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage. Es gilt der sog. Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 III GG. Die ... (konkrete Maßnahme) bedarf daher einer Rechtsgrundlage. In Betracht kommt § ...".

(Gedanklich) muss sodann die Normenhierarchie⁸⁴³ durchlaufen werden: EU-Recht (dazu sogleich), Bundesverfassungsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts, Bundesparlamentsgesetze, Bundesrechtsverordnungen), Landesverfassungsrecht, Landesparlamentsgesetze, sonstiges untergesetzliches Landesrecht.

bb. Folgen des Fehlens einer Rechtsgrundlage

Greift die Behörde in Grundrechte ein, ohne dass dies von einer gesetzlichen Rechtsgrundlage gedeckt wäre, verstößt sie gegen den Grundsatz vom „Vorbehalt des Gesetzes“, der besagt, dass die Verwaltung nur dann in grundrechtliche Schutzbereiche eingreifen darf, wenn ihr das durch den Gesetzgeber gestattet worden ist, Art. 20 III GG (Stichwort: „nicht ohne Gesetz“, vgl. Rn 190 ff.). Jedoch kann der wegen Fehlens einer Rechtsgrundlage rechtswidrige Verwaltungsakt durch nachträglichen Erlass einer Rechtsgrundlage rückwirkend rechtmäßig werden, sofern das Gesetz rückwirkend gilt.⁸⁴⁴ Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die rückwirkende Geltung eines Gesetzes am Maßstab des grundsätzlich geltenden Rückwirkungsverbots messen lassen muss.⁸⁴⁵

520

cc. Einfluss des EU-Rechts

Aufgrund der zunehmenden Europäisierung des Verwaltungsrechts⁸⁴⁶ und des Anwendungsvorrangs des unmittelbar anwendbaren EU-Rechts vor nationalem Recht⁸⁴⁷ muss bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit höherrangigem Recht immer häufiger auf Rechtsakte der Europäischen Union eingegangen werden. Das führt zwar zu einer Unübersichtlichkeit im Prüfungsaufbau⁸⁴⁸, lässt sich aber nicht vermeiden, möchte man die geltende Rechtslage abdecken.

521

So kann zunächst zu untersuchen sein, ob eine unmittelbar anwendbare Norm des EU-Rechts⁸⁴⁹ eine Rechtsgrundlage für das Eingreifen deutscher Behörden in die Rechte der Bürger darstellen kann. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁸⁵⁰ ist das der Fall, soweit sie vom deutschen Zustimmungsgesetz in Bezug auf das betreffende EU-Primärrecht gedeckt sind. Prüfungsmaßstab ist aber das EU-Recht (dazu Rn 165 ff.). Daher ist das EU-Recht als möglicher Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wenn die streitentscheidende Norm selbst dem EU-Recht entstammt. Gleiches gilt, wenn die Rechtsgrundlage in Betracht kommende Norm nicht direkt dem EU-Recht entstammt, sondern in seinem Vollzug von der Bundesrepublik Deutschland erlassen wurde. Des Weiteren gilt dies für einen Rechtsstreit, der zumindest vordergründig mittels eines nationalen Rechtssatzes entschieden wird, aber mit höherrangigem EU-Recht kollidieren kann.⁸⁵¹

522

⁸⁴³ Zur Normenhierarchie vgl. Rn 149 ff.

⁸⁴⁴ Vgl. *Schenke*, NVwZ 2015, 1341.

⁸⁴⁵ Vgl. dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 289 ff.

⁸⁴⁶ Vgl. Rn 165 ff., 250, 691, 1348.

⁸⁴⁷ Zum Anwendungsvorrang siehe Rn 172a.

⁸⁴⁸ Immerhin sind bis zu 7 Rechtskreise zu beachten: Völkerrecht, EU-Recht, Bundesverfassungsrecht, einfaches Bundesrecht, Landesverfassungsrecht, einfaches Landesrecht, Kommunalrecht.

⁸⁴⁹ Unmittelbar anwendbar ist zunächst das Primärrecht wie der EUV und der AEUV. Auch bestimmtes Sekundärrecht wie die Verordnung ist unmittelbar anwendbar. Zur unmittelbar anwendbaren Richtlinie sowie zur Rechtsquellenlehre vgl. Rn 170 ff. bzw. 125 ff.

⁸⁵⁰ BVerfGE 89, 155, 175 (Maastricht) bestätigt in BVerfGE 102, 147, 161 ff. (Bananenmarktordnung).

⁸⁵¹ Diese Fallgruppe wird vor allem dann relevant, wenn auf der Grundlage von § 48 VwVfG rechtswidrige Subventionsverhältnisse (rück-)abgewickelt werden. Vgl. dazu die ausführliche Darstellung auf der Internetseite des Verlags. Zur Prüfung der Vereinbarkeit des nationalen Gesetzes mit höherrangigem EU-Recht vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 660 ff.

Zu beachten ist aber, dass Rechtsakte der EU von keinem nationalen Gericht verworfen werden können (vgl. Art. 267 AEUV). Im Rahmen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre für eine Prinzipalkontrolle auch schon der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet.⁸⁵² Im Rahmen einer Inzidentkontrolle muss das Gericht bei *Zweifel*⁸⁵³ über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Norm des Sekundärrechts den Fall nach Maßgabe des Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der EU vorlegen.

Beispiel⁸⁵⁴: Das in Art. 38 I S. 1 und 20 I GG festgeschriebene und gem. Art. 79 III GG unveränderliche Demokratieprinzip schützt den Einzelnen nicht nur davor, dass der Gesetzgeber ungezügelt Kompetenzen auf die EU überträgt, sondern auch davor, dass die EU bzw. eines ihrer Organe die ihr bzw. ihm übertragenen Kompetenzen überschreitet.⁸⁵⁵ Hat also bspw. das BVerfG Zweifel daran, dass das Public Sector Purchase Programme (PSPP) der Europäischen Zentralbank zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors mit dem Verbot monetärer Staatsfinanzierung (Art. 123 I AEUV) und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I EUV i.V.m. Art. 119, 127 ff. AEUV) vereinbar ist, kann es gem. Art. 256 III, 267 AEUV dem EuGH die Frage zur Prüfung und Entscheidung vorlegen (sog. Vorabentscheidungsverfahren).

b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

523 Wie bereits erläutert, kann der Verwaltungsakt in formeller und materieller Hinsicht mit der Rechtsordnung kollidieren. Stellt sich nach dessen Prüfung die Fehlerhaftigkeit des zu untersuchenden Verwaltungsakts heraus, sind die differenzierten Rechtsfolgen (**Fehlerfolgen**) zu behandeln, die sich im Zusammenhang mit der Fehlerhaftigkeit ergeben. Der rechtswidrige, aber nicht nichtige Verwaltungsakt ist wirksam. Er ist aber anfechtbar und aufhebbar (vgl. § 113 I S. 1 VwGO, § 43 II/III und § 44 VwVfG). Das eröffnet den Anwendungsbereich der Anfechtungsklage.

524 **Formell** fehlerhaft ist der Verwaltungsakt, wenn er nicht von der örtlich, sachlich und instanziell **zuständigen Behörde** erlassen wurde. Gleiches gilt, wenn **Verfahrens-** oder **Formvorschriften** missachtet wurden bzw. Verstöße hiergegen nicht der Heilung zugänglich (§ 45 VwVfG) sind.⁸⁵⁶

525

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die einzelnen Voraussetzungen der formellen Rechtmäßigkeit sind nur zu prüfen, wenn der Sachverhalt entsprechende Hinweise und Angaben enthält. Ansonsten gilt es lediglich festzustellen, dass der Sachverhalt in *formeller* Hinsicht keine Anhaltspunkte für eine Rechtmäßigkeitsprüfung bietet. Sagt also der Sachverhalt z.B. nichts hinsichtlich einer vorherigen Anhörung (§ 28 I VwVfG) ist diese als gegeben zu unterstellen.

Dieser Grundsatz gilt insbesondere für das prüfungsrelevante allgemeine **Polizei- und Ordnungsrecht** (vgl. *R. Schmidt*, POR, Rn 1 ff.).

- Die **sachliche Zuständigkeit** ist eine Frage der Eilfallkompetenz und bei Vorliegen einer (unterstellten) Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben.
- Die **örtliche Zuständigkeit** ist i.d.R. unerheblich, weil die Vollzugsbeamten der Polizei im gesamten Gebiet des jeweiligen Bundeslandes befugt sind (über das Gebiet hinaus nur aufgrund eines entsprechenden Staatsvertrags bzw. aufgrund einer „Freigabeerteilung“ in dem Polizeigesetz des anderen Bundeslandes).

⁸⁵² Vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff.

⁸⁵³ Vgl. den Unterschied zum deutschen Verfassungsrecht (Art. 100 I GG), wonach Zweifel nicht genügen. Vielmehr muss dort das vorlegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein. Halten dagegen ein nationales Gericht oder sogar eine nationale Behörde ein Gesetz für mit EU-Recht unvereinbar, bedarf es einer Vorlage gem. Art. 267 AEUV nicht. Das Gesetz darf nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU schlicht nicht angewendet werden.

⁸⁵⁴ Vgl. BVerfG NJW 2017, 2894 ff. (Vorlagebeschluss in Bezug auf Anleihenkaufprogramm der EZB).

⁸⁵⁵ Siehe dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 357e ff.

⁸⁵⁶ § 46 VwVfG betrifft hingegen nur den Aufhebungsanspruch, lässt die formelle Rechtswidrigkeit aber unberührt.

- Auch **Verfahren** und **Form** bereiten i.d.R. keine Schwierigkeiten: Die **Anhörung** des Betroffenen ist wegen regelmäßig vorliegender Gefahr im Verzug, jedenfalls aber wegen Vorliegens eines öffentlichen Interesses, entbehrlich (vgl. § 13 I Nr. 2 i.V.m. § 28 II Nr. 1 VwVfG). Polizeiliche Verwaltungsakte können **mündlich** oder in anderer Weise erlassen werden (vgl. § 37 II S. 1 VwVfG) und bedürfen **keiner Begründung** (vgl. § 39 I S. 1 VwVfG). Ist in diesem Zusammenhang die **Rechtsbehelfsbelehrung** unterblieben oder fehlerhaft (etwa weil diese entgegen § 58 I VwGO nicht schriftlich oder elektronisch erfolgt ist), hat dies nur die Verlängerung der Rechtsbehelfsfrist auf **ein Jahr** zur Folge (§ 58 II VwGO).

Aus diesen Überlegungen folgt, dass längere Ausführungen zur formellen Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung meist fehl am Platz sind und daher unterbleiben sollten. Vielmehr genügt i.d.R. eine kurze Darstellung der obigen Ausführungen.

Außerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts liegt das Erfordernis, die Zuständigkeit der handelnden Behörde und die ordnungsgemäße Einhaltung von Verfahrens- und Formvorschriften zu prüfen, unter der oben genannten Voraussetzung näher:

aa. Zuständigkeit der Behörde

Gibt der Sachverhalt entsprechenden Anlass, ist die sachliche, örtliche und instanzielle Zuständigkeit der handelnden Behörde zu prüfen. Prüfungsrelevant ist oft nur die *sachliche* Zuständigkeit, da die örtliche und instanzielle Zuständigkeit eine Angelegenheit der (in einer Klausur regelmäßig nicht bekannten) Verwaltungsorganisation ist. Hintergrund ist, dass die *Durchführung* der (Bundes-)Gesetze, d.h. die Regelung der Verwaltung, grundsätzlich eine Angelegenheit der Länder ist (vgl. Art. 83 ff. GG). Dann ist es auch Aufgabe der Länder, die Behördeneinrichtung zu regeln (vgl. bereits Rn 66 ff.). Soweit erforderlich, muss die entsprechende Zuweisungsnorm in den Ausführungsgesetzen zu den Bundesgesetzen gefunden werden. Die *Landesgesetze* enthalten i.d.R. selbst Bestimmungen über die Behördenzuständigkeit.

526

Beispiel: Gemäß § 3 II HmbSOG ist die Vollzugspolizei zuständig, unaufschiebbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen.

a.) Örtliche Zuständigkeit

Gemeint ist der **räumliche Tätigkeitsbereich** der handelnden Behörde. Sofern spezialgesetzliche Regelungen fehlen, bestimmen die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder (bzw. § 3 VwVfG des Bundes) die örtliche Zuständigkeit. Ein Verstoß gegen § 3 I Nr. 1 VwVfG führt nach § 44 II Nr. 3 VwVfG immer zur Nichtigkeit. §§ 45, 46 VwVfG sind nicht anwendbar.

527

b.) Sachliche/funktionell-instanzielle Zuständigkeit

Welche Behörde sachlich (z.B. Gewerbebehörde oder IHK) oder funktionell-instanziell (z.B. Gewerbe(aufsichts)behörde, Handwerkskammer oder Handwerksinnung, untere oder mittlere Verwaltungsbehörde) zuständig ist, entscheidet sich nach den Vorschriften des der Rechtsgrundlage zugrunde liegenden Normengefüges.

528

Beispiel: Nach § 71 I S. 1 AufenthG sind für aufenthalts- und passrechtliche Maßnahmen die Ausländerbehörden zuständig. Wer Ausländerbehörde ist, bestimmt sich nach den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zum AufenthG. In den meisten Landesgesetzen wurden die Kreisverwaltungsbehörden als Ausländerbehörden bestimmt.

529

Hinweis für die Fallbearbeitung: An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, wie sinnvoll es ist, bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zunächst dessen Rechtsgrundlage zu benennen, da sich die Zuständigkeit der Behörde nicht selten aus der Rechtsgrundlage ergibt.

Im Rahmen der Prüfung der sachlich/funktionell-instanziellen Zuständigkeit ist dann zunächst die **Verbandskompetenz** zu klären, d.h. die Frage zu beantworten, welchem Verband (Bund, Land, Gemeinde) die Verwaltungsaufgabe zugewiesen ist. Ausgangspunkt ist die bereits erwähnte Regelung der Art. 83 ff. GG, wonach grundsätzlich die *Länder* auch die (Bundes-)Gesetze (als eigene Angelegenheiten) ausführen. In den Bundesgesetzen ist daher regelmäßig nur die Funktionsbezeichnung der zuständigen Behörde enthalten. Die Länder regeln dann die Einrichtung(en) der Behörden (Art. 84 I GG). Sie bestimmen, welche Behörde im Verwaltungsaufbau tatsächlich zuständig ist.

Ist die Verbandskompetenz geklärt, muss die **Organkompetenz** untersucht, d.h. es muss festgestellt werden, welcher Behörde des Verbands die Aufgabe zugewiesen ist. Diese Frage beantwortet das jeweilige Landesrecht (bei der Ausführung eines Bundesgesetzes i.d.R. das Ausführungsgesetz zu diesem Bundesgesetz).

530 **Verstöße** gegen die sachliche/funktionell-instanzielle Zuständigkeit haben i.d.R. lediglich die (formelle) Rechtswidrigkeit zur Folge. Auch hier ist § 45 VwVfG nicht anwendbar. Auch eine Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG scheidet aus, da dessen Wortlaut sich ausdrücklich *nicht* auf „sachlich“ bezieht. Eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG ist die Ausnahme und im Rahmen der Auslegung dieser Vorschrift zu ermitteln.

531 Problematisch ist es, wenn eine sachlich unzuständige Behörde einen Verwaltungsakt erlassen hat und dieser Verwaltungsakt wegen Rechtswidrigkeit gem. § 48 VwVfG zurückgenommen werden soll. In diesem Fall richtet sich die Zuständigkeit der den Rücknahmebescheid erlassenden Behörde nach dem jeweils anzuwendenden Fachrecht. Fehlen derartige Regelungen, ist nach allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen die Behörde zuständig, die zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsakts sachlich zuständig wäre.⁸⁵⁷

Beispiel⁸⁵⁸: Zur Regelung offener Vermögensfragen nach dem VermG ist die jeweilige untere Landesbehörde (Amt zur Regelung offener Vermögensfragen) sachlich zuständig. Trifft aber eine sachlich unzuständige Behörde (etwa das Landratsamt) eine bestimmte, später wegen Rechtswidrigkeit aufzuhebende Regelung, ist nicht etwa das Landratsamt, sondern das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen für den Erlass des Rücknahmebescheids zuständig. Anderenfalls würde eine Perpetuierung der Unzuständigkeit stattfinden.

532 Ein besonderes Problem bereitet die **reformatio in peius**: Unter einer *reformatio in peius* (Verböserung) im Widerspruchsverfahren versteht man das Abändern der Entscheidung der Erstbehörde durch die Widerspruchsbehörde *zuungunsten* des Widerspruchsführers. Problematisch ist nicht nur die *Zulässigkeit* einer *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren, sondern auch, dass selbst wenn man von deren Zulässigkeit ausgeht, sich die Frage nach der instanziellen Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde stellt. Da die Problematik der *reformatio in peius* die gesamte Klausurprüfung durchzieht, ist eine sinnvolle Darstellung nur im inhaltlichen Kontext gewährleistet. Daher wird auf die Ausführungen bei R. Schmidt, VerwProzR, 845 ff. verwiesen.

⁸⁵⁷ BVerwGE 110, 226, 230 ff.

⁸⁵⁸ Nach BVerwGE 110, 226 ff.

bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften

Zur formellen Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts gehört weiterhin die Einhaltung von Verfahrensvorschriften. Welche Verfahrensvorschriften zu beachten sind, richtet sich nach dem konkreten Verwaltungsverfahren.

533

a.) Verhältnis von VwVfG, AO, SGB und sonstigem Verfahrensrecht

Verwaltungsverfahren werden nicht nur im VwVfG, sondern – für den Bereich der Finanzverwaltung – auch in der **Abgabenordnung (AO)** und – für den Bereich der Sozialverwaltung – im **Sozialgesetzbuch (SGB)** geregelt. Das führt ggf. zur Notwendigkeit der Abgrenzung des VwVfG zur AO bzw. zum SGB I und X. Da diese Abgrenzung jedoch bereits bei Rn 216 ff. vorgenommen wurde, wird insoweit darauf verwiesen.

534

b.) Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens

Zwar werden im Regelfall Verwaltungsakte im nichtförmlichen Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG erlassen, jedoch enthält das VwVfG für einige besondere Verfahrensarten besondere Vorschriften, nämlich für das **Planfeststellungsverfahren** die §§ 72 ff. VwVfG und für das **förmliche Verwaltungsverfahren** die §§ 63 ff. VwVfG.

535

- Für das **Planfeststellungsverfahren** (§§ 72 ff. VwVfG) wesentlich sind die Regelungen über das Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG) und den Planfeststellungsbeschluss (§ 74 VwVfG) als besondere Art des Verwaltungsakts.

536

Beispiele: Planfeststellungsverfahren finden sich vor allem im Verkehrsrecht (z.B. in § 17 I FStrG, §§ 14 ff. WaStrG, §§ 8 ff. LuftVG) und im Umweltrecht (z.B. in § 35 II KrWG, § 9b I S. 1 AtomG).⁸⁵⁹ Die §§ 72 ff. VwVfG gelten nur insoweit, als in den Spezialgesetzen keine abweichenden Sonderregelungen enthalten sind.

- Das in §§ 63 ff. VwVfG geregelte **förmliche Verwaltungsverfahren** findet nur statt, wenn es durch Rechtsvorschrift angeordnet ist (§ 63 I VwVfG).

537

Beispiele: § 11 WHG, §§ 36, 105, 160 IV BBergG, §§ 10 ff. BImSchG

Auch im förmlichen Verfahren sind grds. die allgemeinen Vorschriften der §§ 9 ff. VwVfG anwendbar, sofern sich in den §§ 64 bis 71 VwVfG keine abweichenden Regelungen finden. Kennzeichnend für das förmliche Verfahren ist, dass die Behörde vor der Entscheidung eine **mündliche Verhandlung** durchzuführen hat, deren Ablauf in § 68 VwVfG im Einzelnen geregelt ist. Gemäß § 65 VwVfG sind Zeugen zur Aussage sowie Sachverständige zur Erstattung von Gutachten verpflichtet.

- Liegt keine der genannten besonderen Verfahrensarten vor, richten sich die Anforderungen an das Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften über das **nichtförmliche Verfahren** nach den §§ 9 ff. VwVfG. Danach ist das Verfahren an bestimmte Formen nicht gebunden, außer wenn Rechtsvorschriften eine besondere Form vorschreiben. Verfahrens- und Mitwirkungsvorschriften im Rahmen des nichtförmlichen Verfahrens stellen z.B. dar:

538

- ⇒ Beteiligung von Beteiligten und Drittbetroffenen (§§ 13 ff. VwVfG, § 10 BImSchG)
- ⇒ Beteiligung der Öffentlichkeit (§ 10 BImSchG)
- ⇒ Pflicht zur Untersuchung des Sachverhalts (§ 24 VwVfG)
- ⇒ vorherige Anhörung der Beteiligten (§ 28 VwVfG, § 14 PBefG)
- ⇒ keine Befangenheit des handelnden Amtswalters (§ 21 VwVfG)
- ⇒ Mitwirkung von EU-Stellen (Art. 107 ff. AEUV, § 16 III GentechnikG)

⁸⁵⁹ Siehe dazu etwa BVerwG NVwZ 2020, 252.

- ⇒ Umweltverträglichkeitsprüfung (nach dem UVPG)
- ⇒ Abmahnung vor Untersagung (§ 25 I S. 2 PBefG)

c.) Einzelne Verfahrenshandlungen /-bestimmungen

- 539 Von Prüfungsrelevanz sind v.a. die **Anhörung** Beteiligter (§ 28 VwVfG), die Besorgnis der **Befangenheit** (§ 21 VwVfG) und der **Untersuchungsgrundsatz** (§ 24 VwVfG). Ferner können das Beteiligungsrecht (§ 13 VwVfG) und das Recht auf Akteneinsicht (§ 29 VwVfG) ein Thema sein.

aa.) Vorherige Anhörung des Betroffenen, § 28 VwVfG

(a.) Grundsätzliche Pflicht zur vorherigen Anhörung, § 28 I VwVfG

- 540 Jedenfalls vor Erlass eines **belastenden** Verwaltungsakts muss die Behörde dem Betroffenen (sofern er Verfahrensbeteiligter nach § 13 VwVfG ist) gem. § 28 I VwVfG Gelegenheit geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern (sog. Anhörung). Sinn der Anhörung sind die Parteiöffentlichkeit des Verfahrens und das Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Behörde. Darüber hinaus ist die Anhörung eine Folge des Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde, die es verbietet, den Menschen zu einem Objekt staatlichen Handelns zu machen. Sie ist aber auch ein wichtiges Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts gem. § 24 VwVfG. Dies gilt insbesondere für Ermessensentscheidungen, da eine ordnungsgemäße Ermessensausübung die Kenntnis aller relevanten Umstände erfordert. Eine nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführte, nach § 28 I VwVfG aber erforderliche Anhörung führt somit nicht nur zur grundsätzlichen formellen Rechtswidrigkeit, sondern kann auch wegen eines Ermessensfehlers zur materiellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen.
- 541 Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört es zunächst, dass die Behörde den beabsichtigten Verwaltungsakt nach Art und Inhalt so konkret umschreibt, dass der Adressat **erkennen** kann, weshalb und wozu er sich äußern soll und mit welcher Entscheidung er zu rechnen hat.⁸⁶⁰ Dem Betroffenen ist zudem für seine Äußerung ausreichend **Zeit** einzuräumen. Wie lang die Äußerungsfrist zu bemessen ist, richtet sich nach der Schwierigkeit und Komplexität der Sache, über die entschieden werden soll. Muss sich der Betroffene etwa fachlich oder juristisch beraten lassen, bevor er sich in qualifizierter Weise gegenüber der Behörde äußern kann, ist ihm eine längere Äußerungsfrist einzuräumen, als dies bei einfach gelagerten Sachverhalten der Fall ist.
- Beispiel:** Zum vergleichbaren § 24 I SGB X hat die Rspr. eine Äußerungsfrist von 2 Wochen angenommen, wenn der Betroffene auch zu medizinischen Fragen anzuhören ist.⁸⁶¹
- 542 Hat die Behörde die Frist zur Äußerung unangemessen kurz bemessen, ist der Verwaltungsakt grds. **rechtswidrig**, wenn sich der Betroffene zu dessen Erlass nicht geäußert hat.⁸⁶² Es bleibt aber die Möglichkeit der Heilung bzw. Unbeachtlichkeit. Denn wenn eine Heilung oder eine Unbeachtlichkeit bei unterbliebener Anhörung möglich sind, muss dies erst recht gelten, wenn eine Anhörungsmöglichkeit geschaffen wurde, aber lediglich die Anhörungsfrist zu kurz bemessen war.
- 543 Fraglich ist, ob eine Anhörung gem. § 28 I VwVfG auch dann erforderlich ist, wenn der Antrag auf Erlass eines **begünstigenden** Verwaltungsakts **abgelehnt** werden soll.

⁸⁶⁰ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁸⁶¹ BSG NJW 1993, 1614, 1615.

⁸⁶² Neumann, NVwZ 2000, 1244, 1246.

Beispiel: G beantragt eine Gaststättenerlaubnis (vgl. § 2 I GastG). Die Behörde ist der Meinung, dass G nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitze (vgl. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG), und beabsichtigt, den Antrag abzulehnen. Muss G zuvor angehört werden?

- ⇒ Nach der Rspr. des BVerwG⁸⁶³ muss der Betroffene nicht angehört werden, wenn der Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsakts abgelehnt wird. Gestützt auf den Wortlaut des § 28 I VwVfG begründet das BVerwG seine Auffassung maßgeblich damit, dass ein Ablehnungsbescheid nicht in die Rechte des Betroffenen eingreife. Das gelte auch dann, wenn der beantragte Verwaltungsakt zwar erlassen, aber mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen werden solle.
- ⇒ Demgegenüber steht die h.L.⁸⁶⁴ auf dem Standpunkt, dass auch eine ablehnende Entscheidung für den Betroffenen eine Belastung darstelle. Alle belastenden, in eine rechtlich geschützte Position eines Beteiligten eingreifenden Verwaltungsakte einschließlich belastender Nebenbestimmungen im Rahmen eines im Übrigen begünstigenden Verwaltungsakts bedürften daher einer vorherigen Anhörung.
- ⇒ Stellungnahme: Die Rspr. ist dem methodischen Einwand ausgesetzt, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung nicht alle erdenklichen (späteren) Entscheidungsgründe der Behörde in Betracht ziehen kann, sein Antrag sich also nicht entsprechend auf alle Entscheidungsgründe beziehen kann. Daher muss ihm für den Fall, dass sich die Begründung der Behörde auf andere Tatsachen stützt, als er in seinem ursprünglichen Antrag genannt hat, die Gelegenheit eingeräumt werden, eine entsprechende Stellungnahme in Form einer Anhörung abgeben zu können.

Folgt man daher der h.L., muss G angehört werden. Unterlässt die Behörde dies, liegt es nahe, an die formelle Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids zu denken. Allerdings ist die Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 3, II VwVfG (Nachholung der Anhörung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens) zu beachten.

Problematisch wird es, wenn es sich bei dem beantragten Verwaltungsakt um einen **Ermessensverwaltungsakt** handelt. Nach der Rspr. des BVerwG⁸⁶⁵ ist auch bei Ermessensverwaltungsakten eine Heilung des ursprünglichen Verfahrensmangels nach § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Nachholung der Anhörung zulässig. Nach der Gegenauffassung ist eine Heilung durch Nachholung der Verfahrenshandlung nur dann möglich, wenn das Nachholverfahren geeignet ist, eine Änderung des fraglichen Verwaltungsakts herbeizuführen. Daher könne z.B. bei Ermessensverwaltungsakten eine Heilung der Verletzung der Anhörungspflicht im Widerspruchsverfahren nicht erfolgen, wenn die Widerspruchsbehörde den Verwaltungsakt nur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit, nicht aber auf die Zweckmäßigkeit hin überprüfen könne.⁸⁶⁶ Das ist immer dann der Fall, wenn die Widerspruchsbehörde lediglich eine Rechtsaufsicht gegenüber der Ausgangsbehörde hat. Ist die Widerspruchsbehörde dagegen identisch mit der Ausgangsbehörde, kann auf jeden Fall eine Heilung stattfinden.

⁸⁶³ BVerwGE 66, 184, 186; vgl. auch VGH Mannheim NVwZ 1994, 919.

⁸⁶⁴ Vgl. nur *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 19 Rn 28; *Badura*, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 37 Rn 15; *Ehlers*, Jura 1991, 208, 213; *ders.*, Jura 1996, 617, 618; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 28 Rn 26 m.w.N.

⁸⁶⁵ BVerwG NVwZ 1984, 578, 579.

⁸⁶⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 45 Rn 41.

(b.) Entfall oder Unterbleiben der Anhörung nach § 28 II, III VwVfG

544

Nach § 28 II VwVfG *kann* (dazu sogleich bei Rn 545) von der Anhörung abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Zur Konkretisierung nennt § 28 II VwVfG fünf Nummern, die freilich nicht abschließend sind (vgl. „insbesondere“). **Prüfungsrelevant** sind vor allem folgende Fälle:

- Nach § 28 II **Nr. 1** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen **Gefahr im Verzug** oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Hierunter fallen vor allem **Eilentscheidungen** auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungsrechts. Gefahr im Verzug ist dann anzunehmen, wenn eine vorherige, selbst telefonische Anhörung die notwendigen Maßnahmen in unvertretbarem Maße verzögern würde, insbesondere weil der mit der Maßnahme verfolgte Zweck **vereitelt oder wesentlich erschwert** würde.

Beim Verzicht auf die Anhörung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. So kann es im Einzelfall angebracht sein, zur sofortigen Abwehr einer Gefahr ohne Anhörung zunächst nur vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und erst nach Anhörung die endgültige Regelung zu treffen.⁸⁶⁷

- Nach § 28 II **Nr. 4** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn die Behörde eine **Allgemeinverfügung** (vgl. § 35 S. 2 VwVfG) oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will. Als Allgemeinverfügungen kommen insbesondere **Verkehrszeichen** in Betracht.

Diese Regelung trägt vor allem verwaltungspraktischen Gesichtspunkten Rechnung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift ist jedoch, dass die Verwaltungsakte einen Sachverhalt betreffen, bei dem das rechtliche Gehör keine allzu große Bedeutung hat. So ist § 28 II Nr. 4 VwVfG z.B. **nicht anwendbar**, wenn durch eine Allgemeinverfügung einzelne Bürger in **besonderer Weise** betroffen werden.

Beispiel: Bei der Widmung einer Straße ist die Anhörung der Anlieger nicht nach § 28 II Nr. 4 VwVfG entbehrlich.

- Nach § 28 II **Nr. 5** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn eine Maßnahme in der **Verwaltungsvollstreckung** getroffen werden soll. Dazu zählen vor allem die Androhung, Festsetzung und Anwendung von Zwangsmitteln, auch Maßnahmen im Wege des Sofortvollzugs (§ 6 II VwVG) und der unmittelbaren Ausführung. **Nicht** unter Nr. 5 fällt dagegen ein **Kostenbescheid**, durch den nach der Vollstreckung die Kosten derselben vom Pflichtigen angefordert werden. Hier handelt es sich nicht mehr um eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung, sondern um eine Maßnahme nach Abschluss der Vollstreckung. Eine Anhörung ist daher grundsätzlich erforderlich. Sinn der Ausnahme ist nämlich die Verhinderung einer Vollstreckungsvereitelung. Diese Gefahr besteht nach Abschluss der Vollstreckung bei Erlass eines Kostenbescheids gerade nicht mehr.⁸⁶⁸

545

Aufgrund der Formulierung „kann“ ist klar, dass allein das Vorliegen der Voraussetzungen des § 28 II VwVfG die Anhörung **nicht automatisch** entbehrlich macht. Vielmehr steht der Verzicht auf die Anhörung im **Ermessen** der Behörde. Die Behörde muss also unter Abwägung aller Umstände eine ermessensfehlerfreie Entscheidung treffen. Sie muss insbesondere prüfen, ob nicht gleichwohl besondere Umstände des Einzelfalls die Anhörung gebieten. Übt die Behörde dieses Ermessen nicht aus, ist die Anhörung trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 28 II VwVfG nicht entbehrlich und der gleichwohl ergangene Verwaltungsakt grds. rechtswidrig.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ Vgl. VG Berlin NJW 2002, 1063, 1064; OVG Weimar DVBl 1996, 1446, 1447.

⁸⁶⁸ OVG Koblenz DVBl 1999, 216.

⁸⁶⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 1984, 577; VGH Kassel NVwZ-RR 1989, 113, 114; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 45; Ehlers, Jura 1996, 617, 620.

Fraglich ist, ob die Behörde darüber hinaus verpflichtet ist, die Entscheidung über den Verzicht auf die Anhörung besonders zu **begründen**.

546

- Teilweise wird diese Frage verneint mit dem Argument, die Begründungspflicht gelte nur für das materielle Recht, nicht aber für das Verfahrensrecht.⁸⁷⁰
- Demgegenüber geht die h.M. von einem Begründungserfordernis aus. Zwar handele es sich bei der Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine bloße verfahrensleitende Entscheidung, die nicht unmittelbar dem Begründungszwang nach § 39 VwVfG unterliege, dennoch müsse die Behörde im Hinblick auf Art. 19 IV GG die Gründe für ihre Entscheidung offenlegen. Dieser Befund sei auch sachgerecht, weil nur dann der Bürger die Möglichkeit habe zu überprüfen, ob das Absehen von der Anhörung ermessensfehlerfrei erfolgt sei.⁸⁷¹

Ist die Anhörung des Betroffenen erforderlich, muss diesem gem. § 28 I VwVfG **Gelegenheit** gegeben werden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen **Tatsachen** zu äußern; Gelegenheit zu Rechtsausführungen (Rechtsgespräch) kann dagegen nicht beansprucht werden.⁸⁷²

547

Die Beantwortung der Frage, welche Tatsachen **entscheidungserheblich** sind, bestimmt sich nach der rechtlichen Einschätzung der anhörenden Behörde. Diese braucht die Anhörung also nur auf solche Tatsachen zu erstrecken, auf die es für ihre Entscheidung nach ihrer rechtlichen Beurteilung ankommt.⁸⁷³

Beispiel: Kommt es nach Auffassung der Behörde für den Erlass einer Gewerbeunter-sagung (vgl. § 35 GewO) allein auf die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen an, muss dem Gewerbetreibenden nur bezüglich dieses Sachverhalts Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt werden. Wird eine Anhörung zu anderen Tatsachen (etwa Steuerstraftaten) nicht durchgeführt, ist § 28 VwVfG nicht verletzt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die spätere Untersagungsverfügung (auch) auf diese anderen Tatsachen stützt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Enthält der Sachverhalt keine Angaben darüber, ob eine Anhörung stattgefunden hat, ist eine ordnungsgemäße Anhörung zu unterstellen. Lediglich bei Maßnahmen der Vollzugspolizei darf bei Fehlen entsprechender Sachverhaltsinformation u.U. das Fehlen einer erforderlichen Anhörung unterstellt werden. Legt der Sachverhalt das Fehlen einer erforderlichen Anhörung nahe, sollte wie folgt vorgegangen werden:

Ist die Anhörung eines Beteiligten (§ 13 VwVfG) unterblieben, ist in einer Prüfungsarbeit zunächst zu untersuchen, ob die Anhörung nicht nach § 28 II VwVfG entfallen konnte bzw. nach § 28 III VwVfG zu unterbleiben hatte. Bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände des § 28 II Nr. 2-5 VwVfG sind enge Maßstäbe anzulegen, da der Anspruch auf rechtliches Gehör zu den Grundsätzen eines Rechtsstaates zählt (s.o.). Schließlich ist zu beachten: Erst wenn die Voraussetzungen des § 28 II, III VwVfG nicht vorliegen, kommt eine Prüfung der Heilungsvorschrift des § 45 I Nr. 3 VwVfG und der Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG in Betracht, da nur das Fehlen einer „pflichtigen“ Anhörung zu einem Verfahrensfehler führt.

548

⁸⁷⁰ VGH Mannheim DÖV 1981, 971, 973. Nach BVerwG DVBl 1983, 999 muss die Behörde jedenfalls in der mündlichen Verhandlung die Gründe offenlegen.

⁸⁷¹ OVG Münster NJW 1978, 1765; NVwZ 1982, 326; OVG Bremen DÖV 1980, 180; Ehlers, Jura 1996, 617, 620; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 45.

⁸⁷² Kopp/Ramsauer, VwVfG § 28 Rn 42; Ehlers, Jura 1996, 617, 619; differenzierend Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/ Sachs, VwVfG, § 28 Rn 39, wonach zwischen Rechtsgrundlagen und Rechtsgespräch zu unterscheiden sei. Zu den entscheidungserheblichen Tatsachen i.S.d. § 28 VwVfG gehörten auch die maßgeblichen Rechtsgrundlagen, auf die die Behörde deshalb hinzuweisen habe.

⁸⁷³ BVerwG DVBl 1983, 271, 273; Ehlers, Jura 1996, 617, 620; a.A. Kopp/Ramsauer, VwVfG § 28 Rn 33.

(c.) Heilung der unterbliebenen Anhörung gemäß § 45 I Nr. 3 VwVfG

549 Die Fehlerfolge des unter Verletzung von zwingenden Verfahrensvorschriften zustande gekommenen Verwaltungsakts ist stets die formelle **Rechtswidrigkeit**.⁸⁷⁴ Das kann auch aus § 59 II Nr. 2 VwVfG geschlossen werden, der die Formulierung enthält: „... wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers ... rechtswidrig wäre“. Zu beachten ist aber die Regelung des § 45 I, II VwVfG, wonach **bestimmte formelle Fehler** des Verwaltungsakts durch **Nachholung** der versäumten Handlung **geheilt** werden können.

550 **Heilung** bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit entfällt; d.h. der formell rechtswidrige Verwaltungsakt wird **formell rechtmäßig**.

551 Ist die gem. § 28 I VwVfG erforderliche *Anhörung* unterblieben und kein Grund ersichtlich, dass sie gem. § 28 II, III VwVfG entbehrlich war bzw. zu unterbleiben hatte, kann der Fehler nach § 45 I Nr. 3 VwVfG dadurch geheilt werden, dass die Anhörung während des **Vorverfahrens** oder sogar noch während des **verwaltungsgerichtlichen Verfahrens** (§ 45 II VwVfG, siehe sogleich) erfolgt. Der Grund hierfür besteht darin, dass durch die Begründung des Ausgangsverwaltungsakts dem Betroffenen die maßgeblichen Tatsachen bekannt sind und ihm durch die Rechtsbehelfsbelehrung eine Äußerungsmöglichkeit gegeben wurde. Freilich greifen diese Überlegungen nicht, wenn der Verwaltungsakt weder mit einer Begründung noch mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde. In jedem Fall setzt die Heilung eines Anhörungsmangels gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG voraus, dass die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht wird.⁸⁷⁵ Das ist dann der Fall, wenn die nachgeholte Anhörung zu der unterlassenen qualitativ gleichwertig ist, d.h. wenn sie den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht.⁸⁷⁶ Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im Widerspruchsverfahren bzw. im gerichtlichen Verfahren erfüllen diese Voraussetzung grds. nicht, außer, wenn die Einlassung des Betroffenen den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht.⁸⁷⁷

552 **Beispiel**⁸⁷⁸: E ist Inhaber eines Bergbauunternehmens und Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich ein Freilager für grundeigene Bodenschätze befindet. Er wendet sich im Klagewege gegen einen Planfeststellungsbeschluss für den Neubau einer Bundesfernstraße. Gleichwohl erlässt die Behörde gegenüber E eine Duldungsverfügung, d.h. die Anordnung, E habe auf dem Grundstück Vorarbeiten i.S.d. § 16a FStrG zu dulden, und erklärt diese für sofort vollziehbar. Bei den Vorarbeiten handele es sich um die Herstellung von zwei Bohrpfählen mit einer Länge von etwa 45 m und einem Durchmesser von 1,20 m bis 1,50 m, die aus Beton ausgeführt und anschließend einer Probelastung unterzogen werden sollen. Danach sollen die Pfähle „bis knapp unter Geländeoberkante rückgebaut“ werden. Zur Begründung ist weiter ausgeführt, die Vorarbeiten seien erforderlich, um im Hinblick auf den zeitnahen Baubeginn der Bundesfernstraße die Baumaßnahme rechtzeitig ausschreiben zu können. Eine vorherige Anhörung des E fand nicht statt.

Gegen diese Verfügung erhebt E Anfechtungsklage und beantragt im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Duldungsverfügung wiederherzustellen.

⁸⁷⁴ In Extremfällen kann sogar die Nichtigkeit gem. § 44 VwVfG vorliegen. Im Normalfall ist der Verwaltungsakt wegen Verstoßes gegen eine Verfahrens- oder Formvorschrift aber nur rechtswidrig und aufhebbar (§ 43 VwVfG).

⁸⁷⁵ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁸⁷⁶ VGH Kassel NVwZ-RR 2012, 163 f. Siehe auch BVerwG NVwZ 2011, 115, 119; NJW 2012, 2823, 2825; NVwZ-RR 2016, 449, 450; NVwZ 2018, 268, 269.

⁸⁷⁷ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁸⁷⁸ Nach BVerwG NVwZ 2018, 268.

Das BVerwG hat entschieden, dass das Aufschubinteresse des E das Interesse der Behörde an der sofortigen Vollziehbarkeit der umstrittenen Duldungsverfügung überwiegt. Denn bei summarischer Prüfung, wie sie das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kennzeichnet, sei die Klage des E unter formellen und materiellen Gesichtspunkten erfolgversprechend. Die angefochtene Duldungsverfügung erweise sich schon aus formellen Gründen als offensichtlich rechtswidrig. Sie verstoße gegen § 28 I VwVfG, weil E nicht angehört worden sei, eine Anhörung weder entbehrlich gewesen noch ordnungsgemäß nachgeholt worden sei. Insbesondere sei im laufenden Hauptsacheverfahren keine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt. Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im gerichtlichen Verfahren erfüllten die Voraussetzungen einer Anhörung grds. nicht. Der Anregung der Behörde, im gerichtlichen Verfahren zu klären, ob das Betriebsgelände und insbesondere das Freilager des E derzeit überhaupt genutzt werde, sei nicht zu folgen, da dies Gegenstand der nach § 28 I VwVfG gebotenen Anhörung hätte sein müssen. Nach gegenwärtigem Sachstand lasse sich auch nicht eindeutig sagen, ob der Verfahrensverstoß die Entscheidung in der Sache beeinflusst haben kann⁸⁷⁹, was nach § 46 VwVfG zur Unbeachtlichkeit führen könnte.

Die Anwendbarkeit der Heilungsvorschrift des § 45 I VwVfG hat – wie bereits zum Ausdruck gebracht – auch eine **zeitliche Dimension**: Gemäß § 45 II VwVfG können bestimmte Verfahrenshandlungen (z.B. die Anhörung eines Beteiligten oder die Mitwirkung einer anderen Behörde), die unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften unterblieben sind, noch **bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines Verwaltungsgerichtsverfahrens** (also nicht im Revisionsverfahren) mit heilender Wirkung nachgeholt werden (s.o.). Die Heilung des Verwaltungsakts durch Behebung des Verfahrensfehlers erfolgt dann mit Ex-nunc-Wirkung.⁸⁸⁰

Selbstverständlich ist die genannte Zeitgrenze eine Obergrenze. Verfahrensfehler sind so früh wie möglich auszuräumen. Deshalb ist die Heilung bereits im Widerspruchsverfahren vorzunehmen. Da bis zum Abschluss des Abhilfeverfahrens (§ 72 VwGO) die Ausgangsbehörde zuständig ist, ist zunächst diese verpflichtet, den Verfahrensfehler auszuräumen. Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, gibt sie den Vorgang somit an die nächsthöhere Behörde (Widerspruchsbehörde) ab, muss diese den Verfahrensfehler ausräumen. Die Heilung durch die Widerspruchsbehörde kommt allerdings nur dann in Frage, wenn diese zur vollen Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit befugt ist. Ist das – etwa im Rahmen der Rechtsaufsicht – nicht der Fall, kann eine Heilung zunächst nur im Abhilfeverfahren der Ausgangsbehörde erfolgen. Stellt die Widerspruchsbehörde einen Verfahrensfehler fest, setzt sie die Entscheidung aus und gibt den ganzen Vorgang zurück an die Ausgangsbehörde. Wurde der Verfahrensfehler während des Widerspruchsverfahrens geheilt, entfällt die (formelle) Rechtswidrigkeit. Der Verwaltungsakt darf wegen dieses geheilten Fehlers nicht mehr aufgehoben werden.

Kommt es zum Verwaltungsgerichtsverfahren, ist zu beachten, dass die Heilung keinesfalls durch das Verwaltungsgericht erfolgt, sondern *durch die Behörde während des Gerichtsverfahrens*. Eine Heilung von Verwaltungsverfahrensfehlern durch das Gericht wäre auch schon mit dem Gewaltenteilungsprinzip nicht vereinbar. Außerdem kommen in den überwiegenden Fällen die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder zur Anwendung. Der Bundesgesetzgeber (die VwGO ist ein Bundesgesetz) ist nicht befugt, Heilungsvorschriften über das Landesverfahrensrecht zu erlassen. Die Nachholung der Verfahrenshandlung während des Gerichtsverfahrens soll durch § 45 II VwGO daher lediglich „bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens“ ermöglicht werden. Selbstverständlich kommen wie im Verwaltungsverfahren nur Heilungsgründe des § 45 I VwVfG in Betracht. Der dort enumerativ ge-

⁸⁷⁹ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁸⁸⁰ Schenke, NVwZ 2015, 1341, 1348.

553

554

555

nannte Katalog ist abschließend. Schließlich ist zu beachten, dass auch bei der Heilung während des Verwaltungsprozesses nur *die* Behörde tätig werden kann, die die volle Entscheidungskompetenz über die betreffende Frage des Streitgegenstands hat. So kann bei Ermessensverwaltungsakten in Selbstverwaltungsangelegenheiten der Ausgangsbehörde nur diese – und nicht die Widerspruchsbehörde – den betreffenden Verfahrensfehler heilen, da die Überprüfungsfunktion der Widerspruchsbehörde hinter der der Ausgangsbehörde zurückbleibt, da sie hier nur Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht hat.

- 556 Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche **Begründung** oder ist die erforderliche **Anhörung** eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsakts unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsakts versäumt worden, gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. Hier findet eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** statt (§§ 45 III, 32 VwVfG). Allerdings muss ein Ursachenzusammenhang zwischen der unterbliebenen erforderlichen Anhörung und der Versäumung der rechtzeitigen Anfechtung schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht werden.⁸⁸¹

bb.) Besorgnis der Befangenheit, § 21 VwVfG

- 557 § 21 VwVfG will (wie § 20 VwVfG) verhindern, dass an der Behördenentscheidung Personen mitwirken, bei denen Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, Misstrauen gegen ein sachgemäßes, unparteiisches Verwaltungsverfahren aufkommen zu lassen.⁸⁸² Der Verwaltungsakt ist daher formell rechtswidrig, wenn der handelnde Amtswalter bei der Entscheidung über den Verwaltungsakt befangen war.⁸⁸³

- 558 **Befangenheit** liegt vor, wenn der Amtswalter nicht unparteiisch sachlich, also mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheidet, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lässt.⁸⁸⁴ **Besorgnis** der Befangenheit bedeutet, dass ein Grund vorliegt, der geeignet ist, „Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung“ hervorzurufen.⁸⁸⁵

Beispiel: Wenn persönliche Animositäten zwischen dem Amtswalter und dem Bürger, dem gegenüber ein belastender Verwaltungsakt erlassen wurde, bestehen, liegt die Besorgnis der Befangenheit vor. Der Verwaltungsakt ist **formell rechtswidrig**. Eine **Heilung** nach § 45 VwVfG kommt **nicht** in Betracht, da ein Verstoß gegen § 21 VwVfG nicht vom Katalog des § 45 VwVfG umfasst ist. Ob der Fehler nach § 46 VwVfG **unbeachtlich** ist, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung ergehen konnte (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechender Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden.

Von einer Nichtigkeit nach § 44 VwVfG kann dagegen wohl nicht ausgegangen werden, da die Befangenheit i.d.R. nicht so offensichtlich bzw. gravierend ist, dass von einem besonders schwerwiegenden Fehler i.S.d. § 44 I VwVfG gesprochen werden müsste.

- 559 Zu beachten ist aber, dass nach h.M. die Besorgnis der Befangenheit von einem Verfahrensbeteiligten **geltend gemacht werden muss**. Kennt der Beteiligte den Befangenheitsgrund, muss er ihn vor Erlass des Verwaltungsakts oder zumindest unmittelbar nach Bekanntwerden bei der Behörde geltend machen.⁸⁸⁶ Anderenfalls verwirkt er nicht nur seine Befugnis, den Befangenheitsgrund noch im laufenden Verwaltungs-

⁸⁸¹ BGH NJW 2001, 233. Zu § 45 III VwVfG vgl. *Allesch*, NVwZ 2003, 444 ff.

⁸⁸² *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 Rn 6 i.V.m. § 21 Rn 1, 5.

⁸⁸³ VGH Mannheim NVwZ 2002, 235; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 13.

⁸⁸⁴ VGH Mannheim NVwZ 2002, 235; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 5.

⁸⁸⁵ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 5.

⁸⁸⁶ *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1245; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn 15.

verfahren geltend zu machen, sondern auch sein Recht, den Mangel des Verfahrens später (etwa im Widerspruchsverfahren oder im Verwaltungsprozess) geltend zu machen.⁸⁸⁷

Wird dem Verfahrensbeteiligten der Befangenheitsgrund dagegen erst nach Erlass des Verwaltungsakts bekannt, muss er ihn ebenfalls unverzüglich, spätestens mit dem Widerspruch gegen den Verwaltungsakt, rügen. Wird die Rüge erst im späteren Verwaltungsprozess vorgebracht, ist sie verspätet.⁸⁸⁸

560

Hinweis für die Fallbearbeitung: Geht aus dem Sachverhalt hervor, dass der den Verwaltungsakt erlassende Amtswalter bei der Entscheidung befangen war, führt das i.d.R. zwar zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, der Befangenheitsgrund muss aber vom Betroffenen unverzüglich geltend gemacht werden. Enthält der Sachverhalt hierzu keine Angaben, ist die Rüge nach der hier vertretenen Auffassung zu unterstellen. Folgt man dieser Auffassung nicht, ist zu unterstellen, dass eine Rüge nicht erfolgt ist, was dazu führt, dass der Verwaltungsakt (zumindest aus diesem Grund) nicht aufgehoben werden kann.

cc.) Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 24 VwVfG

Gemäß § 24 VwVfG hat die Behörde den Sachverhalt **umfassend** zu ermitteln. Dieser sog. Untersuchungsgrundsatz (Amtsermittlungsgrundsatz) bestimmt, dass die Behörde den für die Sachentscheidung maßgeblichen Sachverhalt ermitteln und feststellen muss. Dabei hat sie Art und Umfang der Ermittlungen **pflichtgemäß** festzulegen.

561

Zwar folgt aus der systematischen Stellung des § 24 VwVfG, dass sich der Untersuchungsgrundsatz lediglich auf das Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG bezieht, also auf ein Verfahren, dem entweder der Erlass eines Verwaltungsakts oder das Zustandekommen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags folgen. Gleichwohl ist der Vorschrift ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen, dass der Untersuchungsgrundsatz grds. auch auf Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen sowie auf verwaltungsprivatrechtliche Handlungen der Verwaltung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben anwendbar ist.⁸⁸⁹

562

Der Untersuchungsgrundsatz gilt selbstverständlich auch beim Einsatz automatischer Einrichtungen, d.h. vor dem vollautomatisierten Erlass eines Verwaltungsakts (siehe dazu Rn 379i f.), § 24 I S. 3 VwVfG. Der Gesetzesbegründung zufolge soll die Regelung klarstellen, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Betroffenen Berücksichtigung finden müssen. Zugleich stelle die Vorschrift die Effizienz des Einsatzes automatischer Einrichtungen dadurch sicher, dass nicht jedweder individuelle Vortrag zu einer Aussteuerung und Einzelfallprüfung führen müsse. Bei individuellem Einzeltvortrag müsse demnach eine Aussteuerung und – je nach Relevanz für das Verfahren – eine weitere Bearbeitung außerhalb des automatisierten Verfahrens erfolgen oder es könne eine Rückführung in dieses erfolgen.⁸⁹⁰

Unterlässt die Behörde eine sachlich notwendige Aufklärung des Sachverhalts, liegt ein Verfahrensfehler vor. Eine **Heilung** dieses Fehlers nach § 45 VwVfG kommt **nicht** in Betracht, da der Untersuchungsgrundsatz nicht im Katalog des § 45 VwVfG aufgeführt ist. In Betracht kommt aber eine **Unbeachtlichkeit** des Fehlers nach § 46 VwVfG. Dazu muss aber offensichtlich sein, dass sich der Fehler nicht auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt hat. Dies wird i.d.R. aber anzunehmen sein, wenn der Behörde bei ihrer fehlerhaften Entscheidung Spielräume eingeräumt waren (Er-

563

⁸⁸⁷ Neumann, NVwZ 2000, 1244, 1246; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn 16.

⁸⁸⁸ OVG Koblenz DVBl 1999, 1597.

⁸⁸⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 4.

⁸⁹⁰ BT-Drs. 18/8434, S. 122.

messen, Beurteilungsspielraum, planerische Abwägungsentscheidung), die sie in materiell-rechtlicher Sicht falsch gehandhabt hat und/oder wenn die Entscheidung aufgrund mangelnder Sachverhaltsaufklärung auf einer unrichtigen oder unvollständigen Grundlage getroffen wurde.⁸⁹¹ Dann besteht ein **Aufhebungsanspruch** gem. § 113 I S. 1 VwGO.

dd.) Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, § 46 VwVfG

564 § 46 VwVfG betrifft den Aufhebungsanspruch eines nicht nach § 45 VwVfG geheilten oder heilbaren Verfahrens- oder Formfehlers.

565 Gemäß § 46 VwVfG bleibt es zwar bei der formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, jedoch **entfällt** der **Aufhebungsanspruch**, d.h. Widerspruch oder Anfechtungsklage sind zwar zulässig, aber unbegründet, wenn der betreffende Verfahrens- oder Formfehler bei objektiver Betrachtungsweise die Entscheidung in der Sache tatsächlich nicht beeinflusst hat (*tatsächliche Alternativlosigkeit*).

566 § 46 VwVfG dient damit der Prozessökonomie: Materiell rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen sollen nicht wegen eines formellen Fehlers aufgehoben werden. Denn hier könnte die Behörde unter Beachtung von Form, Verfahren und örtlicher Zuständigkeit sofort einen neuen Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine gebundene Verwaltungsentscheidung oder um eine Ermessensentscheidung handelt, sondern auf den konkreten Einfluss des Fehlers auf die Entscheidung in der Sache (dazu Rn 568).

567 Die in § 46 VwVfG geforderte „**Offensichtlichkeit**“ liegt vor, wenn die fehlende Kausalität klar erkennbar ist, gleichsam „ins Auge springt“. Besteht dagegen die Möglichkeit, dass ohne den Fehler die Entscheidung in der Sache anders ausgefallen wäre, führt der Verfahrensfehler auch nach der Neufassung des Verwaltungsakts zu dessen Aufhebung.⁸⁹²

568 Anders als in § 75 I a VwVfG⁸⁹³ bezieht sich die Offensichtlichkeit in § 46 VwVfG nicht auf das Vorliegen eines Mangels bei dem Entscheidungsfindungsprozess der Behörde, sondern auf die **Kausalität** des Fehlers für die Sachentscheidung. Bei rechtlich gebundenen Verwaltungsakten ist die „Offensichtlichkeit“ der Einflusslosigkeit des Fehlers daher unproblematisch. Im Rahmen von Ermessensentscheidungen bedarf es in der Regel einer gesonderten Prüfung. Tiefgründige und u.U. zeitintensive Untersuchungen, ob ein Verfahrens- oder Formfehler die Ermessensentscheidung der Behörde beeinflusst hat, kommen dabei zwar nicht in Betracht. Allerdings reicht mit Blick auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 IV GG) die bloße – einer objektiven Betrachtung entgegenstehende – **Behauptung** der Behörde, sie habe in jedem Fall wie geschehen entschieden, **nicht** aus, um die Aufhebung des Verwaltungsakts abzuwenden. Vielmehr muss das Gericht – und damit der Klausurbearbeiter – diese Frage an **objektiven Maßstäben** prüfen und zu dem Ergebnis kommen, dass der Fehler das Entscheidungsergebnis **tatsächlich** beeinflusst bzw. nicht beeinflusst hat.⁸⁹⁴

569 **Fazit:** Tatsächliche Alternativlosigkeit liegt nur vor, wenn das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass sich ein Fehler schon „rechnerisch“ nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben könne. Bei offener Entscheidung kann die fehlende Kausalität demnach kaum „offensichtlich“ sein. Die Beweislast für die Offensichtlichkeit trägt auf jeden Fall die Be-

⁸⁹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 38. Vgl. auch Beaucamp, JA 2007, 117, 119.

⁸⁹² Vgl. VG Berlin NJW 2002, 1063, 1064; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 27.

⁸⁹³ Danach sind Mängel erheblich, wenn „sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind“.

⁸⁹⁴ Vgl. Bonk, NVwZ 2001, 636, 641; Sodan, DVBl 1999, 729, 738; Hufen, JuS 1999, 313, 318.

hörde. Werden bspw. durch den Verfahrensverstoß Grundrechtspositionen verletzt, *muss* dies in Ermangelung einer tatsächlichen Alternative zur Aufhebung des Verwaltungsakts führen. Die Behörde wird den Gegenbeweis nicht erbringen können.

Könnte in der Sache keine andere Entscheidung ergehen, hängt der Erfolg der Klage maßgeblich von der **Anwendbarkeit** des § 46 VwVfG ab. Diese Vorschrift steht gemäß § 1 VwVfG unter dem bereits erläuterten Anwendungsvorbehalt „inhaltsgleicher oder entgegenstehender“ Bestimmungen in anderen bundesrechtlichen Rechtsvorschriften (vgl. dazu Rn 216 ff.). So gehen dem § 46 VwVfG Rechtsvorschriften vor, die ausdrücklich oder nach ihrer *Ratio* die **Fehlerfolgen abschließend regeln** und in diesem Sinne **weitere Unerheblichkeitsgründe** vorsehen oder umgekehrt **absolute Aufhebungsgründe** anerkennen. § 46 VwVfG findet also keine Anwendung, wenn eine spezialgesetzliche absolute Verfahrensvorschrift (wie bspw. eine des BNatSchG) greift.⁸⁹⁵ Darüber hinaus ist die Anwendung von § 46 VwVfG bei Vorschriften ausgeschlossen, die – wie die §§ 13 II S. 2, 67 f., 72 und 73 VwVfG und entsprechende Bestimmungen anderer Gesetze – nach ihrem offensichtlichen Sinn und Zweck für ein rechtsstaatlich geordnetes Verfahren wesentlich sind. Nicht anwendbar ist § 46 VwVfG auch bei personenbezogenen Entscheidungen sowie bei komplexen Abwägungs-, Beurteilungs- und Ermessensentscheidungen (s.o.), weil hier die „Offensichtlichkeit“ des Ergebnisses gerade nicht vorliegt. Im Gegenteil muss widerlegbar davon ausgegangen werden, dass ein Fehler im Verfahren die Entscheidung beeinflusst hat.

570

Absolute Wirkung i.S. eines Ausschlusses von § 46 VwVfG haben wegen des Erfordernisses effektiver, einheitlicher Wirkung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten (*effet utile*) auch die **Verfahrensvorschriften nach EU-Recht** (bspw. Art. 108 AEUV) und die entsprechenden deutschen Vorschriften, soweit sie der **Umsetzung von EU-Recht**, insbesondere von Richtlinien, dienen und insoweit an die Vorgaben des EU-Rechts gebunden sind.

571

Zusammenfassung: Nach dem bisher Gesagten bleibt die **Rechtswidrigkeit** des Verwaltungsakts durch die Regelung des § 46 VwVfG **unberührt**. Lediglich die Folgen des Verfahrens- oder Formfehlers werden modifiziert: Es **entfällt** der in § 113 I S. 1 VwGO formulierte **Aufhebungsanspruch**. Die Klage ist in einem solchen Fall unbegründet. Als Form- und Verfahrensfehler, die nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein können, kommen insbesondere in Betracht:

572

- fehlende örtliche (nicht aber sachliche, vgl. den Umkehrschluss aus § 44 III Nr. 1 VwVfG) Zuständigkeit der handelnden Behörde mit Ausnahme des (klausurunbedeutenden) § 44 III Nr. 1 i.V.m. § 44 II Nr. 3 i.V.m. § 3 I Nr. 1 VwVfG.
- unterbliebene Mitwirkung Dritter, § 13 VwVfG. Nicht anwendbar ist § 46 VwVfG aber bei unterbliebener *notwendiger* Beteiligung, z.B. eines Hauptbeteiligten, und bei unterbliebener Hinzuziehung im Falle der Notwendigkeit nach § 13 II VwVfG, da dies nicht nur ein Verfahrens- oder Formfehler ist, sondern die Wirksamkeit des Verwaltungsakts betrifft.⁸⁹⁶
- fehlende (aber erforderliche) Anhörung eines Beteiligten, § 28 I VwVfG
- Vorliegen der Besorgnis der Befangenheit des handelnden Amtswalters, § 21 VwVfG
- unzulängliche Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts gem. §§ 24, 26 VwVfG
- Fehlen einer erforderlichen Begründung des Verwaltungsakts gem. § 39 VwVfG
- Verletzung von Formvorschriften, etwa von Formvorschriften über die Protokollführung zu Beweis Zwecken. Hat der Formfehler aber die Nichtigkeit der Entscheidung

⁸⁹⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 7.

⁸⁹⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 19.

zur Folge (etwa wenn die Schriftform zwingend vorgeschrieben ist und eine Verletzung dieser Vorschrift die Nichtigkeit vorschreibt), ist § 46 VwVfG unanwendbar.

573

Hinweis für die Fallbearbeitung: Liegt ein Verfahrensfehler vor, ist stets an eine Heilung nach § 45 VwVfG zu denken. Ob aber ein formeller Fehler heilbar ist, kann dahinstehen, wenn gem. § 46 VwVfG „offensichtlich“ ist, dass die Verletzung des Verfahrensrechts die Entscheidung in der Sache tatsächlich nicht beeinflusst hat. Denn ist offensichtlich, dass der formelle Fehler die Verwaltungsentscheidung nicht beeinflusst hat, ist der Fehler eben unbeachtlich gem. § 46 VwVfG. Eine Heilung nach § 45 VwVfG ist nicht erforderlich. Dogmatisch korrekt geht deshalb **die Prüfung des § 46 VwVfG der des § 45 VwVfG vor!** Prüft man dementsprechend die Voraussetzungen des § 46 VwVfG, müsste an dieser Stelle der Fallbearbeitung an sich die vollständige materielle Begründetheitsprüfung des Verwaltungsakts, wie sie auch im Übrigen durchzuführen wäre (Vereinbarkeit mit der Rechtsgrundlage, Beachtung der Verhältnismäßigkeit, fehlerfreie Ermessensbetätigung), erfolgen. Nur wenn nach entsprechender Prüfung die Voraussetzungen des § 46 VwVfG nicht vorlägen, wäre § 45 VwVfG zu prüfen. Da aber selbst in amtlichen Musterlösungen zu Examensklausuren zunächst § 45 VwVfG geprüft wird (in solchen „Musterlösungen“ wird übrigens auch der Verwaltungsrechtsweg als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage geprüft, obwohl dies der klaren Regelung des § 17a II GVG widerspricht), wird auch vorliegend diesem „bewährten“ Aufbau gefolgt. Bei der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts sollte daher zunächst nur die Heilungsvorschrift des § 45 VwVfG behandelt werden.⁸⁹⁷ Wird diese Prüfung mit dem Ergebnis abgeschlossen, dass der Verwaltungsakt wegen eines Verfahrensfehlers **rechtswidrig** ist, sollte im Anschluss daran folgender Hinweis auf § 46 VwVfG erfolgen:

„Ob der Fehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich ist und den Aufhebungsanspruch des Klägers ausschließt, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung ergehen konnte (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechender Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden“.

Anschließend wird die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts geprüft. Ergibt sich bei dieser Prüfung, dass der Verwaltungsakt materiell rechtmäßig ist, kann daran bspw. folgende Formulierung angehängt werden:

„Mit Blick auf den festgestellten Verstoß gegen ... (bspw. gegen § 21 VwVfG) ist nun auf die Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG einzugehen, wonach ein Aufhebungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn in der Sache keine andere Entscheidung hätte ergehen können (tatsächliche Alternativlosigkeit). Das ... (bspw. das Ordnungsamt) müsste also bei fehlerfreiem Vorgehen in der gleichen Weise entschieden haben. Der ... (bspw. der Widerruf der Gaststättenerlaubnis) ist eine gebundene Entscheidung, d.h. die Behörde ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen verpflichtet, die ... (Gaststättenerlaubnis) aufzuheben. Die Ermittlungen der Behörde haben ergeben, dass die Voraussetzungen des ... (§ 15 II GastG) vorliegen. Das ... (Ordnungsamt) hätte also auch bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift des ... (§ 21 VwVfG) in der Sache die gleiche Entscheidung treffen müssen. Der Fehler im Verwaltungsverfahren war daher unbeachtlich.“⁸⁹⁸

Schließlich ist zu beachten, dass die §§ 45, 46 VwVfG nur für Fehler im Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG angewendet werden dürfen. Für Fehler im Normsetzungsverfahren (Rechtsverordnungen, Satzungen) sind sie unanwendbar. Hier gilt grundsätzlich, dass auch ein formeller Fehler zur Nichtigkeit und damit zur Begründetheit der Klage/des Normenkontrollverfahrens (§ 47 VwGO) führt. Aller-

⁸⁹⁷ Vgl. auch *Beaucamp*, JA 2007, 117, 120.

⁸⁹⁸ Vgl. auch den Abschlussfall bei Rn 587.

dings sind auch hier besondere Heilungs-/Unbeachtlichkeitsvorschriften zu beachten. So sind bei einer bauplanungsrechtlichen Satzung (Bebauungsplan) die §§ 214, 215 BauGB zu beachten. Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BauR, Rn 18 ff.

ee.) Recht auf Akteneinsicht, § 29 VwVfG

§ 29 I VwVfG gewährt den Beteiligten (§ 13 VwVfG) eines laufenden Verwaltungsverfahrens ein Recht auf Akteneinsicht. Dieses Recht ist allerdings auf solche Akten beschränkt, deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung von rechtlichen Interessen des Beteiligten erforderlich ist (§ 29 I S. 1 VwVfG). Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht sind in § 29 II VwVfG geregelt.

573a

Gewährt § 29 I VwVfG nur Verfahrensbeteiligten ein Akteneinsichtsrecht, folgt daraus, dass Nichtverfahrensbeteiligten ein solches Recht nicht zusteht. Freilich schießt dies nicht aus, dass die Behörde Akteneinsicht gewähren kann (Ermessensentscheidung). Ein Anspruch auf Ausübung dieses behördlichen Ermessens besteht aber grds. nicht. Lediglich im Fall eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme nimmt die Rspr. ein subjektives Recht auf Betätigung dieses Ermessens an.⁸⁹⁹

573b

Zu beachten ist, dass die Regelung des § 29 VwVfG durch Spezialregelungen verdrängt sein kann. Das betrifft z.B. das **Informationsfreiheitsgesetz** (IFG – dazu Rn 232 und 387), das **Umweltinformationsgesetz** (UIG – dazu Rn 387) und das **Verbraucherinformationsgesetz** (VIG – dazu Rn 387).⁹⁰⁰

573c

ff.) Beteiligung, § 13 VwVfG

§ 13 I VwVfG sagt, wer Beteiligter eines Verwaltungsverfahrens ist. So sind insbesondere Antragsteller und Antragsgegner kraft Gesetzes Beteiligte (§ 13 I Nr. 1 VwVfG).⁹⁰¹ Dritte werden durch Hinzuziehung Beteiligte (§ 13 II VwVfG). Gemäß § 13 II S. 1 VwVfG kann die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag diejenigen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, als Beteiligte hinzuziehen (einfache Hinzuziehung). Hat der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten, ist dieser gem. § 13 II S. 2 VwVfG auf Antrag als Beteiligter zu dem Verfahren hinzuzuziehen (notwendige Hinzuziehung). Ob eine einfache oder notwendige Hinzuziehung vorliegt, beantwortet das jeweilige Fachgesetz. Am anschaulichsten stellt sich die Rechtslage bei der Erteilung einer Ausnahme von einer nicht zwingenden bauordnungsrechtlichen Vorschrift dar. Nach den diesbezüglichen Bestimmungen der Landesbauordnungen⁹⁰² sind die Eigentümer benachbarter Grundstücke vor Erteilung einer Befreiung zu beteiligen, soweit sie nicht die Lagepläne und Bauzeichnungen des Vorhabens unterschrieben oder der Erteilung der Befreiung schriftlich zugestimmt haben. Mit der notwendigen Hinzuziehung soll gewährleistet werden, dass die Nachbarinteressen gewahrt werden. Dementsprechend liegt ein besonders schwerer Fehler i.S.d. § 44 I VwVfG vor, wenn die Behörde die notwendige Beteiligung unterlässt und die Fehlerhaftigkeit der Unterlassung offensichtlich ist. Anderenfalls liegt nur eine formelle Rechtswidrigkeit vor, wobei jedoch eine Heilung nach § 45 VwVfG mangels Einschlägigkeit dieser Norm nicht in Betracht kommt. In Betracht kommt aber eine Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG.

573d

⁸⁹⁹ BVerwGE 61, 15, 22 f.

⁹⁰⁰ Zur Reichweite des Auskunftsanspruchs nach dem UIG und dem VIG vgl. jüngst BVerwG 30.1.2020 – 10 C 11.19.

⁹⁰¹ Nicht Beteiligter ist die Behörde selbst. Eine institutionelle Befangenheit kennt das VwVfG nicht (BVerwG NVwZ-RR 2016, 449, 451; *Tegethoff*, NVwZ 2018, 1081, 1083). Auch können Beliehene (dazu Rn 110 ff.) nicht Beteiligte sein, da sie durch die Beleihung ja Behörde sind (siehe BVerwG NVwZ-RR 2013, 357, 359; NVwZ-RR 2016, 449, 450; *Tegethoff*, NVwZ 2018, 1081, 1083).

⁹⁰² Vgl. BaWü: § 55 LBO; Bay: Art. 66 LBO; Brand: § 70 LBO; Brem: § 70 LBO; Hamb: § 71 LBO; Hess: § 71 LBO; MV: § 70 LBO; Nds: § 72 LBO; NRW: § 69 LBO; RHPfl: § 68 LBO; Saar: § 71 LBO; Sachs: § 70 LBO; SchlHolst: § 72 LBO; Thür: § 69 LBO.

gg.) Vom Verfahren ausgeschlossene Personen, § 20 VwVfG

573e § 20 VwVfG ist (wie § 21 VwVfG⁹⁰³) Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips; die Vorschrift soll ein der Rechtsstaatlichkeit verbundenes, d.h. faires, objektives, unparteiisches, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusstes, allein an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) orientiertes Verwaltungsverfahren gewährleisten.⁹⁰⁴ Es sollen keine Personen am Verwaltungsverfahren mitwirken, bei denen Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, Misstrauen gegen ein sachgemäßes, unparteiisches Verhalten aufkommen zu lassen.⁹⁰⁵ Folgerichtig stellt § 20 I S. 1 Nr. 1 VwVfG klar, dass in einem Verwaltungsverfahren insbesondere nicht tätig sein darf, wer selbst Beteiligter (i.S.v. § 13 VwVfG) ist. Ist die am Verfahren beteiligte Person gleichwohl für die Behörde tätig und erlässt einen Verwaltungsakt, ist dieser wegen § 44 I, III Nr. 2 VwVfG grds. nichtig.⁹⁰⁶

Beispiel: G ist Sachwalter in der Ordnungsbehörde und für die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen nach §§ 2 ff. GastG zuständig. Da er selbst nebenberuflich an den Wochenenden eine Bierkneipe betreiben möchte, erteilt er sich selbst die dafür erforderliche Genehmigung.

Eine sich selbst erteilte Genehmigung muss selbstverständlich nichtig sein. Alles andere wäre mit dem Rechtsstaatsprinzip schlechterdings unvereinbar. § 44 I VwVfG i.V.m. dem Umkehrschluss aus § 44 III Nr. 2 VwVfG, wo nur auf § 20 I S. 1 Nr. 2-6 VwVfG, nicht auch auf Nr. 1 VwVfG Bezug genommen wird, stellt dies klar. G ist Beteiligter des Verwaltungsverfahrens (§ 13 I Nr. 1 VwVfG) und fällt daher unter § 20 I S. 1 Nr. 1 VwVfG. Somit durfte er nicht über die Gaststättenerlaubnis entscheiden, die er selbst beantragt hatte. Die gleichwohl erteilte Erlaubnis ist gem. § 44 I, III Nr. 2 VwVfG nichtig.

573f § 20 I S. 1 Nr. 2-6 VwVfG nennt Personen, die zu dem Beteiligten in einer besonderen Beziehung stehen (Angehöriger, Stellvertreter, Beschäftigter des Beteiligten) oder außerhalb ihrer amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben haben oder sonst tätig geworden sind. Erfolgt gleichwohl eine Mitwirkung in dem betreffenden Verwaltungsverfahren, führt dieser Verfahrensfehler wegen § 44 III Nr. 2 VwVfG nicht von vornherein zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts. Ist der Verwaltungsakt also nicht nach § 44 I (oder II) VwVfG nichtig, liegt „nur“ eine formelle Rechtswidrigkeit vor, die zwar nicht der Heilung nach § 45 VwVfG zugänglich ist, aber der Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG unterliegen kann. Der Begriff des Angehörigen i.S.d. § 20 I S. 1 Nr. 2 und 4 VwVfG ist in § 20 V VwVfG definiert.

573g Gleichwohl sind Verwaltungsakte, die unter Verstoß gegen § 20 I VwVfG erlassen worden sind, nicht stets nichtig bzw. rechtswidrig. So bestimmt § 20 III VwVfG, dass Personen, die nach § 20 I VwVfG vom Verwaltungsverfahren ausgeschlossen sind, bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen treffen dürfen. Damit soll gewährleistet werden, dass eine zwingend notwendige, unaufschiebbare Entscheidung nicht an § 20 I VwVfG scheitert. Darin liegt kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, weil der Betroffene die Möglichkeit hat, gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz (§§ 80 V, 123 VwGO) oder zumindest nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz zu erwirken.

573h Dem Beteiligten steht gem. § 20 I S. 2 VwVfG gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt gem. § 20 I S. 3 VwVfG nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht,

⁹⁰³ Siehe oben Rn 557 ff.

⁹⁰⁴ Allgemeine Auffassung, vgl. nur Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 20 Rn 1.

⁹⁰⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 20 Rn 6.

⁹⁰⁶ Besteht indes lediglich die Besorgnis der Befangenheit (§ 21 VwVfG – dazu Rn 557 ff.), führt dies nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Rechtswidrigkeit mit den bei Rn 557 ff. genannten Rechtsfolgen.

dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

cc. Einhaltung von Formvorschriften

a.) Form i.e.S.

Für das nichtförmliche Verwaltungsverfahren gilt der allgemeine Grundsatz der **Formfreiheit**, §§ 10, 37 II VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt schriftlich, elektronisch (also via Internet, CD, DVD, Diskette etc.), mündlich oder in anderer Weise erlassen werden kann. Zu beachten sind jedoch spezialgesetzliche Regelungen – v.a. außerhalb des VwVfG – wie etwa das **Schriftformerfordernis**.

574

Beispiele: Erteilung einer Baugenehmigung nach der Landesbauordnung (z.B. § 72 II BremLBO) oder einer immissionsrechtlichen Anlagengenehmigung (z.B. § 10 VII BImSchG); Erlaubnisurkunde gem. § 3 GastG; Ernennungsurkunde nach § 10 II BBG bzw. § 8 II BeamStG. Vgl. ferner § 16 S. 1 StAG, § 38 BBG, § 5 PBefG, §§ 33 IV, 36 I S. 2 VermG, § 4 II FeV und auch § 37 I, III und IV VwVfG selbst.

Sofern jedoch keine besonderen Formvorschriften bestehen, die ausschließlich die Schriftform anordnen oder die elektronische Form ausdrücklich ausschließen, ist die Übermittlung von Verwaltungsakten via **Internet** (E-Mail, Dateianhang) unproblematisch. Denn eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform kann, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist (vgl. z.B. § 10 II BBG, der zur Ernennung eines Beamten die Aushändigung der Ernennungsurkunde verlangt und damit die Unzulässigkeit der elektronischen Form impliziert), durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 3a II S. 1 VwVfG).⁹⁰⁷ Voraussetzung ist nur, dass der Empfänger hierfür einen **Zugang eröffnet** (§ 3a I VwVfG) und – um die Authentizität zu sichern – der Absender das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen **Signatur** versieht (§ 3a II S. 2 VwVfG).⁹⁰⁸

575

Zur unmittelbaren Wirkung des § 3a VwVfG: § 3a II VwVfG modifiziert den Begriff der Schriftform innerhalb des gesamten Bundesverwaltungsrechts, also auch in Bundesgesetzen, deren Verfahren gem. § 1 III VwVfG grundsätzlich durch die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder geregelt wird.

576

Beispiel: Gemäß § 3a II BundesVwVfG kann eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist, durch die elektronische Form ersetzt werden. Nach § 10 I S. 1 BImSchG setzt das Genehmigungsverfahren einen schriftlichen Antrag voraus. Von der Möglichkeit einer elektronischen Form ist nicht die Rede. Wegen der unmittelbaren Geltung des § 3a II BundesVwVfG und des nicht vorhandenen Ausschlusses der elektronischen Form im BImSchG ist jedoch auch ein elektronischer Antrag zulässig. Durch die Bestimmungen der §§ 3a II BundesVwVfG, 10 I S. 1 BImSchG wird also klargestellt, dass das in § 10 I S. 1 BImSchG genannte Schriftformerfordernis einer abweichenden Regelung durch den Landesgesetzgeber nicht mehr zugänglich ist. Damit fällt die Regelungskompetenz insoweit wieder dem Bundesgesetz zu.⁹⁰⁹ Bestünde also eine landesrechtliche Verfahrensregelung, die für den Antrag nach § 10 I S. 1 BImSchG die elektronische Form ausschliesse, wäre sie gem. Art. 31 GG unwirksam.

Im Übrigen ist § 3a VwVfG – wie seine Stellung im VwVfG vor den §§ 9 ff. VwVfG zeigt – auch für sonstige öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit anwendbar. Gleiches gilt für die

⁹⁰⁷ Die Möglichkeit der elektronischen Form wurde durch das im Wesentlichen am 1.2.2003 in Kraft getretene Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften eröffnet. Gleichlautende Vorschriften finden sich z.B. in § 87a AO und § 36a I-III SGB I.

⁹⁰⁸ Siehe oben Rn 479. Zum Begriff „Zugang“ und zur elektronischen Signatur vgl. R. Schmidt, VerwProzR, Rn 254, 261.

⁹⁰⁹ Vgl. Roßnagel, NJW 2003, 469 ff.; Schlattmann, DVBl 2002, 1005 ff.; Yildirim, DVBl 2002, 241 ff.

Schriftlichkeit der Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 58 I VwGO. Diese Vorschrift lässt die elektronische Form der Rechtsbehelfsbelehrung sogar ausdrücklich zu.

- 577 Hinsichtlich der **Bekanntgabe** eines Verwaltungsakts gem. § 41 VwVfG, der ein ordnungsgemäßes Verfahren vorschreibt, vgl. Rn 469 ff.
- 578 **Formfehler** sind nicht gem. § 45 VwVfG heilbar, weil diese Art formeller Defizite in der Vorschrift nicht genannt ist. In Betracht kommt aber eine **Unbeachtlichkeit** gem. § 46 VwVfG. Allerdings sind Formverstöße nur dann unbeachtlich, wenn sie nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts nach § 44 VwVfG führen. Das ist z.B. der Fall, wenn die Aushändigung einer **Urkunde** erforderlich gewesen wäre (vgl. § 44 II Nr. 2 VwVfG) oder wenn die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form zwingend ausgeschlossen ist (s.o.). Zur tatsächlichen Alternativlosigkeit vgl. Rn 624.

b.) Begründungserfordernis

- 579 § 39 I S. 1 VwVfG bestimmt, dass ein schriftlicher oder elektronischer sowie schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen ist.⁹¹⁰
- 580 **Begründung** bedeutet, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, im Bescheid mitzuteilen sind.⁹¹¹
- 581 Wie die vorherige Anhörung ist auch die Begründung insbesondere eines belastenden Verwaltungsakts in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit. Denn oft versetzt nur sie den Adressaten in die Lage, die Verwaltungsentscheidung nachzuvollziehen und die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfs einzuschätzen. Daher verlangt das Begründungserfordernis, dass der ermittelte **Sachverhalt** und dessen **rechtliche Bewertung** beschrieben werden. Die Begründung von **Ermessensentscheidungen** soll außerdem die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist (§ 39 I S. 3 VwVfG).⁹¹²

Eine bloße Angabe der **Rechtsgrundlage** für das fragliche Verwaltungshandeln genügt dem Begründungserfordernis dagegen **nicht**. In diesem Fall ist von einem Fehlen der Begründung auszugehen. Ebenso wenig darf sich die Begründung in formelhaften, allgemeinen, nichtssagenden Darlegungen erschöpfen. Auch genügt es nicht, wenn Gesetzeswortlaut oder Sachverhalt wiedergegeben werden. Die Begründung muss so ausführlich sein, dass sie dem Bürger die Möglichkeit gibt, sich inhaltlich mit ihr auseinanderzusetzen.

Beispiel: G betreibt in der Innenstadt eine Kneipe. Nachdem die Polizei wegen diverser gemeldeter Drogengeschäfte bereits mehrmals Razzien durchgeführt hat und dabei auch Unterlagen sichergestellt hat, die die Unzuverlässigkeit des G zum Betreiben einer Gaststätte belegen, entzieht die zuständige Gaststättenbehörde dem G mit schriftlichem Bescheid die Konzession. In der Begründung heißt es: „Die Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte wird wegen festgestellter Unzuverlässigkeit widerrufen“.

Rechtsgrundlage für den Widerruf ist § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG. Auch wenn danach der Widerruf der Gaststätten Erlaubnis materiell gerechtfertigt ist, verlangt § 39 I VwVfG in formeller Hinsicht eine Begründung, in der die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, im Bescheid neben der Nennung der Rechtsgrundlage mitzuteilen sind. Daran fehlt es vor-

⁹¹⁰ Andere Verwaltungsakte müssen also nicht begründet werden.

⁹¹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn 18.

⁹¹² Vgl. dazu BVerwG NJW 1998, 2233, 2234.

liegend. Die lapidare Aussage, die Unzuverlässigkeit sei festgestellt worden, genügt den Anforderungen, die an eine Begründung zu stellen sind, nicht.

Nicht entscheidend ist es, ob die Begründung **inhaltlich richtig** ist. Die Richtigkeit der Begründung (insbesondere der Umstand, dass die Behörde bei einer Ermessensentscheidung wesentliche Gründe außer Acht gelassen hat) ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit (und bei Ermessensentscheidungen gemäß den Anforderungen des § 40 VwVfG im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu prüfen; zum Ermessen vgl. Rn 295 ff.). Aus formeller Sicht kommt es lediglich darauf an, dass eine Begründung mitgeteilt worden ist.⁹¹³

582

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die gesetzlich angeordnete Begründung jedoch **entbehrlich**. Das betrifft die in § 39 II VwVfG abschließend genannten Fälle. Typischer Klausurfall ist das Vorliegen der Voraussetzung des § 39 II Nr. 5 VwVfG (öffentliche Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung). Liegt aber eine Entbehrlichkeit nicht vor und **fehlt** die erforderliche Begründung, liegt ein Formfehler vor, der grds. die **formelle Rechtswidrigkeit** des zu begründenden Verwaltungsakts zur Folge hat. Soweit die Begründung den Rechtsschutzsuchenden in seinen Rechten verletzt, besteht insoweit ein **Aufhebungsanspruch** (vgl. § 113 I S. 1 VwGO). Allerdings ist zuvor stets danach zu fragen, ob die Behörde eine fehlende, aber erforderliche Begründung nachholen kann, bzw., ob sie auch ergänzende Gründe nachreichen darf. Während der zuerst genannte Fall als „**Nachholen der Begründung**“ bezeichnet wird, ist der zweite als „**Nachschieben von Gründen**“ bekannt.

583

c.) Heilung der fehlenden Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG

Die zur Heilung von Anhörungsfehlern gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch für die Begründungsfehler. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen (Rn 549) verwiesen. Im Folgenden wird daher nur noch auf die begründungsspezifischen Besonderheiten eingegangen: Das betrifft konkret die Frage, ob die Behörde eine unterbliebene, aber erforderliche (also nicht gem. § 39 II VwVfG entbehrliche) Begründung nachträglich abgeben, d.h. nachholen kann. Diese Frage bejaht § 45 I Nr. 2 VwVfG. Nach h.M. kann die Begründung sowohl von der Ausgangsbehörde als auch von der Widerspruchsbehörde nachgeholt werden. Das Nachholen einer Begründung führt – wie das Nachholen einer Anhörung – zu einer Heilung des Fehlers und kann – ebenfalls wie die Anhörung – bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines Verwaltungsgerichtsverfahrens (also nicht im Revisionsverfahren) erfolgen (§ 45 II VwVfG). Die Heilung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG bezieht sich aber nur auf das Nachholen einer Begründung. Daher sind ein **Auswechseln** oder ein **Ändern der Begründung** eines zunächst anders begründeten Verwaltungsakts **nicht möglich**.⁹¹⁴ Bei Nachholung einer Begründung in Bezug auf eine Ermessenentscheidung (d.h. bei Nachholung von Ermessenserwägungen) muss deutlich werden, welche Ermessenserwägungen nunmehr die Begründung des Verwaltungsakts tragen sollen. Dazu muss die Behörde darlegen, welche ursprünglichen Ermessenserwägungen sie aufrechterhält, welche sie fallengelassen hat und auf welche neuen Ermessenserwägungen sich die nachgeholte Begründung nunmehr stützt.⁹¹⁵

584

Im **Beispiel** von Rn 581 wäre eine Nachholung der erforderlichen Begründung möglich (§ 45 I Nr. 2 VwVfG). Dies könnte etwa dadurch geschehen, dass der Widerspruchsbescheid, der infolge eines von G eingelegten Widerspruchs ergeht, die erforderliche Be-

⁹¹³ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn 2.

⁹¹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn 19.

⁹¹⁵ Tegethoff, NVwZ 2018, 1081, 1084 mit Verweis auf BVerwG NVwZ 2012, 698, 699; VGH München NVwZ-RR 2016, 491.

gründung enthält. Auch könnte die Behörde im Rahmen eines Verwaltungsgerichtsverfahrens (Tatsacheninstanz) die Begründung für ihre Entscheidung nachholen (§ 45 II VwVfG). Da es sich beim Widerruf nach § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG nicht um eine Ermessensentscheidung, sondern um eine gebundene Verwaltungsentscheidung handelt, genügt es, wenn die Behörde schlicht die Begründung ihrer Widerrufsentscheidung nachliefert. Dies hätte eine Heilung des formellen Fehlers zur Folge.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Von der soeben beschriebenen Nachholung einer Begründung gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG abzugrenzen ist das bereits erwähnte **Nachschieben von Gründen**. Dort geht es um die Frage, ob die Behörde im späteren Verwaltungsgerichtsverfahren bei der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts *ergänzende Ermessenserwägungen* nachschieben darf, weil sie befürchtet, die bisherigen genügten nicht, um den Prozess zu gewinnen. Dies wird zwar prozessual durch § 114 S. 2 VwGO ermöglicht, ist richtigerweise aber ein Problem der materiellen Rechtmäßigkeit, darf also nicht in der formellen Rechtmäßigkeit geprüft werden. Vgl. dazu die Ausführungen bei R. Schmidt, VerwProzR, Rn 739 f. Allerdings kann in Prüfungsarbeiten ein kurzer Hinweis auf die erkannte Problematik angemessen sein: „Bei der Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen handelt es sich um ein Problem der materiellen Rechtmäßigkeit im Rahmen der verwaltungsprozessualen Überprüfung des Verwaltungsakts“.

Fazit: § 39 VwVfG betrifft gemäß seiner Rechtsnatur als reine Formvorschrift lediglich das Fehlen einer erforderlichen Begründung. Prüfungsstandort ist daher die formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts. Das Fehlen einer erforderlichen Begründung kann gem. § 45 I Nr. 2, II VwVfG mit heilender Wirkung nachgeholt werden. Zu beachten ist, dass §§ 39, 45 I Nr. 2, II VwVfG lediglich darauf abstellen, dass überhaupt eine Begründung vorliegt bzw. nachgeholt wird. Ob die Begründung inhaltlich dem materiellen Recht entspricht, ist – bei Ermessensverwaltungsakten unter Zugrundelegung des § 40 VwVfG – eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit.

d.) Unbeachtlichkeit von Formfehlern nach § 46 VwVfG

585

Die obigen Ausführungen zur Unbeachtlichkeit einer fehlenden Anhörung gelten sinngemäß auch für Formfehler. Daher muss insbesondere bei Fehlen einer erforderlichen Begründung immer die Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG berücksichtigt werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Insgesamt ist zu beachten, dass im Hinblick auf § 44 VwVfG nur weniger schwerwiegende Verfahrens- oder Formfehler über § 46 VwVfG zur Unbeachtlichkeit führen können. Da § 46 VwVfG von einer materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ausgeht und diese noch nicht geprüft wurde, ist der Prüfungsstandort der Vorschrift unklar. Könnte ein Fall des § 46 VwVfG vorliegen, sollte dies an dieser Stelle der Fallbearbeitung festgestellt und sodann die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung durchgeführt werden, um die Offensichtlichkeit des Formfehlers festzustellen. Gegebenenfalls ist der Fehler beachtlich und die Klage demzufolge begründet! Zu beachten ist aber, dass es nur verhältnismäßig wenige Prüfungsarbeiten gibt, in denen die formellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen des Verwaltungsakts wirklich erheblich werden. Demgemäß sollten (wie bereits dargelegt) die Darstellungen über Form und Verfahren – von Ausnahmefällen abgesehen – kurz gehalten werden.

dd. Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung

586

Auch wenn einige Rechtsvorschriften vorschreiben, dass bestimmte Verwaltungsakte eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten müssen (vgl. etwa § 37 VI VwVfG), übt eine fehlende oder fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts aus, sondern lediglich auf die Rechtsbehelfsfrist (grund-

sätzlich ein Jahr statt einen Monat, vgl. §§ 58 II, 70 I, 74 I VwGO). Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, VerwProzR, Rn 274, 293.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In Prüfungsarbeiten wird oftmals übersehen, dass bei mündlichen Verwaltungsakten die Widerspruchsfrist regelmäßig ein Jahr (und nicht einen Monat) beträgt, weil § 58 I VwGO eine schriftliche (bzw. bei elektronischen Verwaltungsakten die elektronische) Rechtsbehelfsbelehrung verlangt und es an dieser bei mündlichen Verwaltungsakten gerade fehlt.

ee. Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts

G betreibt die Gaststätte *ZUM ROSTIGEN ANKER* in Cuxhaven. Zu seinen ständigen Gästen zählt auch eine Gruppe von Jugendlichen, denen er neben Bier auch andere alkoholische Getränke ausschenkt. In der näheren Umgebung kommt es häufig zu nächtlichen Störungen und Schlägereien angetrunkener Jugendlicher.

Obwohl G bereits mehrfach von empörten Nachbarn zur Rede gestellt wurde, ändert er sein Verhalten gegenüber den Jugendlichen nicht.

Nachdem es erneut zu einer nächtlichen Störung durch alkoholisierte Jugendliche gekommen ist, wendet sich die aufgebrachte Nachbarin N mit der Bitte um Hilfe an das zuständige Ordnungsamt. Dabei schildert sie dem zuständigen Sachbearbeiter S ihre Beobachtungen. S ist hocherfreut, denn er kennt G und möchte es diesem mal so richtig „heimzahlen“. Der Sohn des S wird nämlich ständig vom Sohn des G drangsaliert. S verspricht der N daher gerne, sich der Sache persönlich anzunehmen. So geschieht es. S erlässt umgehend einen an G adressierten Bescheid mit folgendem Inhalt:

„Ihre Erlaubnis für den Betrieb der Gaststätte ZUM ROSTIGEN ANKER in Cuxhaven wird gemäß § 15 II GastG widerrufen, da bei Ihnen die Voraussetzungen des § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG, insbesondere ein Verstoß gegen die Vorschriften des Jugendschutzes, vorliegen. Sie haben Ihren Gaststättenbetrieb umgehend einzustellen.“

Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist dem Bescheid nicht beigefügt. G legt gleich nach Erhalt dieses Bescheids schriftlich Widerspruch ein. Dabei erläutert er, wie sich der Sachverhalt für ihn darstellt.

Die zuständige Widerspruchsbehörde, der Bürgermeister der Stadt Cuxhaven, prüft den Fall eingehend und kommt nach Gesprächen mit Nachbarn, dem örtlichen Polizeirevier und mit G zu dem Ergebnis, dass die materiellen Voraussetzungen des § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG erfüllt sind. Ist der Widerspruch des G begründet?

Die gutachtlich ausformulierte Lösung kann unter verlagsr@t-online.de angefordert werden.

c. Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

Der (belastende) Verwaltungsakt ist nur dann materiell rechtmäßig, wenn er sich auf eine **gesetzliche Rechtsgrundlage**, die ihrerseits rechtmäßig ist, stützen lässt. Stützen lässt sich der Verwaltungsakt auf seine Rechtsgrundlage, wenn er die in ihr normierten Voraussetzungen erfüllt. Des Weiteren muss die den Verwaltungsakt erlassende Behörde das Ermessen fehlerfrei ausgeübt haben bzw. sie darf nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen und sie muss den Bestimmtheitsgrundsatz beachtet haben. Das diesbezügliche Prüfungsschema wurde bereits bei Rn 508 dargestellt. Zu den Folgen des Fehlens einer Rechtsgrundlage vgl. Rn 520.

587

588

aa. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage

- 589 Um als Gesetz im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes zu fungieren, muss die Rechtsgrundlage ihrerseits rechtmäßig, d.h. mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Ist sie das nicht, kann folgerichtig auch der Verwaltungsakt nicht rechtmäßig sein.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung genügt es daher nicht, lediglich die Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit seiner Rechtsgrundlage zu prüfen. Dem Vorbehalt des Gesetzes ist nur dann Genüge getan, wenn auch die Rechtsgrundlage rechtmäßig ist. Im Zweifel ist auch deren Rechtmäßigkeit zu prüfen. Da die Prüfung der Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit höherrangigem Recht (EU-Recht, deutsches Verfassungsrecht) ausführlich bei *R. Schmidt*, Verw-ProzR, Rn 627 ff./657 ff. behandelt wird, wird insoweit darauf verwiesen.

bb. Verwaltungsaktbefugnis

- 590 Es leuchtet ein, dass ein Verwaltungsakt u.a. nur dann rechtmäßig sein kann, wenn die Behörde zur Wahl der Handlungsform *Verwaltungsakt* auch befugt ist. Die Frage kann zudem deshalb nicht dahinstehen, weil nur ein Verwaltungsakt von der Behörde für sofort vollziehbar erklärt (vgl. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO) und mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden kann, ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf.⁹¹⁶ Daher hat der Bürger ein berechtigtes Interesse daran, dass die Behörde nur dann durch Verwaltungsakt handelt, wenn sie diese Handlungsform auch wählen darf. Ob dies der Fall ist, beantwortet das materielle Recht.
- 591 Unproblematisch liegt eine Verwaltungsaktbefugnis vor, wenn das Gesetz diese Handlungsform ausdrücklich vorschreibt. Das ist z.B. bei § 49 a I S. 2 VwVfG der Fall. Hier muss man sogar von einem **Verwaltungsaktvorbehalt** sprechen. Das Gleiche gilt, wenn das Gesetz die Behörde zu einer Änderung oder Aufhebung eines zuvor erlassenen Verwaltungsakts ermächtigt (vgl. z.B. §§ 48, 49 VwVfG). Insbesondere die Aufhebung eines Verwaltungsakts stellt den *actus contrarius* zum ursprünglich erlassenen Verwaltungsakt dar und hat daher grundsätzlich in derselben Handlungsform zu erfolgen. Daraus folgt, dass eine zur Änderung oder Aufhebung eines Verwaltungsakts ermächtigende Rechtsnorm gleichzeitig eine entsprechende Verwaltungsaktbefugnis enthält.
- 592 Auch liegt eine Verwaltungsaktbefugnis vor, wenn das Gesetz zwar nicht den Terminus *Verwaltungsakt* enthält, jedoch zu Maßnahmen ermächtigt, die nach der Begriffsdefinition des § 35 VwVfG Verwaltungsakte darstellen und die mit **Rechtseingriffen** verbunden sind. Das ist insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht der Fall, etwa wenn die Polizei einen Platzverweis erteilt, eine Person vorlädt oder Maßnahmen auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel ergreift.
- 593 Im Übrigen ist jeweils durch Auslegung der gesetzlichen Rechtsgrundlage zu ermitteln, ob die Behörde eine Verwaltungsaktbefugnis besitzt. Im Zweifel ist von einer solchen Befugnis auszugehen, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen der Behörde und den Bürgern **subordinationsrechtlich** (also einseitig anordnend) ausgestaltet hat.⁹¹⁷

⁹¹⁶ Zum Grundsatz der Selbstvollstreckung vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 877 ff.

⁹¹⁷ So auch die Rspr., vgl. nur BVerwGE 18, 283, 285 f.; 21, 270, 272 f. Die in der Lit. teilweise vertretene Auffassung, die Behörde brauche allein schon für den Gebrauch der Handlungsform *Verwaltungsakt* eine gesetzliche Rechtsgrundlage (so *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 13 Rn 27 ff.), hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Denn diese Auffassung verkennt, dass die Behörde, wenn sie in Grundrechte eingreift, ohnehin wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf. Es bliebe also nur der Fall offen, in dem die Behörde eine ausschließlich begünstigende Regelung trifft. Da in diesem Fall aber kein Grundrechtseingriff vorliegt, ist die Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für die Wahl der Handlungsform *Verwaltungsakt* nicht schlüssig. Davon unabhängig

Umgekehrt ist eine Verwaltungsaktbefugnis immer dann **abzulehnen**, wenn sich die Behörde **koordinationsrechtlich** „auf eine Stufe der Gleichordnung“ mit dem Bürger gestellt hat. Das ist insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Verträgen (§§ 54 ff. VwVfG) der Fall: Schließt die Behörde mit dem Bürger einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, darf sie, wenn Probleme bei der Vertragsdurchführung auftreten, ihre Ansprüche nicht einfach mit Hilfe eines Verwaltungsakts durchsetzen (zur Erinnerung: ein Verwaltungsakt darf mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden, ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf); sie hat ihre Verwaltungsaktbefugnis verloren.⁹¹⁸

594

Hinweis für die Fallbearbeitung: Erlässt die Behörde einen Verwaltungsakt, obwohl sie keine Verwaltungsaktbefugnis hat, ist der Verwaltungsakt schon allein deshalb rechtswidrig (aber nicht nichtig)⁹¹⁹ und kann vom betroffenen Bürger erfolgreich angefochten werden. Auf die Frage, ob der Verwaltungsakt auch inhaltlich rechtswidrig ist, kommt es streng genommen dann zwar nicht mehr an, gleichwohl muss die (übrige) materielle Prüfung – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – fortgeführt werden. Denn anders als ein Gericht darf der Verfasser eines Rechtsgutachtens grds. die Prüfung nicht abbrechen, wenn er eine Rechtsverletzung des Betroffenen festgestellt hat. Vielmehr muss er den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten prüfen, sofern die Fallfrage nicht ein anderes bestimmt. Schließlich ist zu beachten, dass in Prüfungsarbeiten der Schwerpunkt nur selten in der Verwaltungsaktbefugnis liegen dürfte und dass daher nur selten auf sie eingegangen zu werden braucht. Existiert eine gesetzliche Vorschrift, die die Behörde zu Rechtseingriffen ermächtigt, kann stillschweigend auf die Befugnis der Behörde, die gesetzliche Ermächtigung in der Handlungsform des Verwaltungsakts umzusetzen, geschlossen werden.

cc. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage

Der Verwaltungsakt ist mit der Rechtsgrundlage vereinbar, wenn – soweit vorhanden – unbestimmte Rechtsbegriffe richtig ausgelegt und Beurteilungsspielräume sowie planerische Abwägungsentscheidungen eingehalten bzw. fehlerfrei ausgeübt wurden. Schließlich müssen Ermessensspielräume eingehalten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet werden.

595

a.) Unbestimmte Rechtsbegriffe

Wie bereits eingehend bei Rn 259 ff. dargelegt, kann der Gesetzgeber nicht alle erdenklichen Lebenssachverhalte antizipiert in den Normen aufnehmen. Dafür bietet die Rechtswirklichkeit zu viele Besonderheiten und Verschiedenartigkeiten. Daher muss der Wortlaut einer Norm – freilich unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes – ein bestimmtes Maß an Abstraktheit aufweisen. Darüber hinaus muss es der Verwaltung möglich sein, auch ungewöhnliche Situationen zu regeln. Aus diesem Grund enthalten Normen nicht selten generalklauselartige Formulierungen, sog. unbestimmte Rechtsbegriffe.

596

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind Gesetzesbegriffe, die auf der Tatbestandsseite einer Norm stehen und bei der Rechtsanwendung des einschlägigen Tatbestands im Einzelfall einer Auslegung bedürfen.

597

ist aber eine Verwaltungsaktbefugnis nicht gegeben, wenn das materielle Recht eine Handlungsform einer anderen Staatsgewalt anordnet. So kommt z.B. eine disziplinarrechtliche Entlassung bzw. Entfernung eines Lebenszeitbeamten aus dem Beamtenverhältnis nach den bundes- und landesgesetzlichen Bestimmungen nur durch disziplinargerichtliche Entscheidung in Betracht (Ausnahme: Baden-Württemberg: durch Verwaltungsakt, § 38 Disziplinargesetz), vgl. dazu BVerwGE 155, 6 ff.

⁹¹⁸ Insoweit lediglich klarstellend BVerwGE 50, 171, 173 ff.; 59, 60, 62 ff.

⁹¹⁹ Zur Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit vgl. Rn 503 und 633 ff.

Beispiele: *Unzuverlässigkeit* in § 35 I GewO oder in § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG⁹²⁰; *Ungeeignetheit* in § 3 I StVG i.V.m. § 3 I FeV (ggf. i.V.m. § 46 I FeV); *öffentliche Sicherheit* z.B. in §§ 3 I HmbSOG, 11 HessSOG oder 11 NdsPOG (polizeiliche Befugnisgeneralklausel); *öffentliches Interesse* in § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO; *Gemeinwohl* in Art. 14 III S. 1 GG; *Einfügen* in § 34 BauGB; *öffentliche Belange* in § 35 II/III BauGB etc.

- 598 Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist grundsätzlich **gerichtlich voll überprüfbar**, da es sich um Rechtsanwendung handelt und derartige Akte wegen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV S. 1 GG einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein müssen. Außerdem kann es keine Bandbreite möglicher Entscheidungen geben: Entweder ist z.B. der Straßenverkehrsteilnehmer gem. § 3 I StVG (ggf. i.V.m. § 46 I FeV) ungeeignet oder er ist es nicht. Daraus folgt die gerichtliche Überprüfbarkeit im konkreten Fall. Vgl. dazu die ausführlichen Erläuterungen bei Rn 259 ff.

b.) Beurteilungsspielräume

- 599 Zwar fordert das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich die volle richterliche Kontrolle von Hoheitsakten (s.o.), eine Ausnahme von diesem Postulat ist aber dort zu machen, wo die richterliche Kontrolle aufgrund atypischer und/oder komplexer Sachumstände außergewöhnlichen Schwierigkeiten begegnet und einem besonders prädestinierten Entscheidungsträger eine spezifische Sachkompetenz zukommt.⁹²¹ Besondere Bedeutung haben dabei sog. „prognostische Entscheidungen“. Das sind Entscheidungen, bei denen die Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff von zukunftsgerichteten komplexen Wertungen und/oder von komplexen Diagnosen abhängt.⁹²² Voraussetzung für die Anerkennung eines solchen gerichtlich nicht näher überprüfbaren Beurteilungsspielraums ist aber gerade wegen Art. 20 III GG eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung, d.h. entweder eine ausdrückliche Einräumung eines Beurteilungsspielraums oder jedenfalls die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, die durch Auslegung zu einem Beurteilungsspielraum führen⁹²³, der gerichtlich (und damit vom Bearbeiter einer Klausur oder Hausarbeit) nur dahingehend überprüfbar ist, ob der gesetzliche Rahmen, der dem Gesetzesanwender eingeräumt wurde, überschritten wurde, ob also Beurteilungsfehler gemacht wurden. Da der Beurteilungsspielraum jedoch bereits ausführlich bei Rn 283 ff. dargestellt ist, kann darauf verwiesen werden.

c.) Planerische Abwägungsentscheidungen

- 600 Da auch die planerischen Abwägungsentscheidungen bei Rn 292 und 995 ff. sowie bei R. Schmidt, BauR, Rn 18 ff. dargestellt sind, kann darauf verwiesen werden.

d.) Einhaltung von Ermessensspielräumen; kein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

aa.) Ermessen

- 601 Um der Vielgestaltigkeit und Dynamik der Lebenssachverhalte gerecht zu werden, räumt der Gesetzgeber der Verwaltung – freilich unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes – Handlungsspielräume nicht nur auf der Tatbestandsseite ein (unbestimmte Rechtsbegriffe, planerische Abwägungsentscheidungen), sondern auch auf der Rechtsfolgenseite. Hier handelt es sich um Verwaltungsermessen.

⁹²⁰ Vgl. dazu auch VG Stuttgart 8.9.2016 – 4 K 3630/16.

⁹²¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321, 322 f.; NVwZ 2008, 1359, 1360; BVerwGE 79, 208, 213; VGH Mannheim NVwZ 2001, 937; Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 7 Rn 31 ff.; Beaucamp, JA 2002, 314, 315. Allesamt zurückgehend auf die von Bachof (JZ 1955, 97 ff.) entwickelte Lehre vom Beurteilungsspielraum.

⁹²² Vgl. BVerwG NVwZ 2016, 327, 328; NVwZ 2008, 1359, 1360; NVwZ-RR 2002, 49; BVerfGE 88, 40, 60; BVerwGE 62, 330, 340; VGH Mannheim NVwZ 2001, 1434; Beaucamp, JA 2002, 314, 319.

⁹²³ Vgl. nur BVerfGE 129, 1, 22; BVerwG NVwZ 2016, 327, 328.

Ermessen ist ein der Verwaltung auf der Rechtsfolgeseite einer Norm hinsichtlich des „Ob“ (Entschließungsermessen) und/oder des „Wie“ (Auswahlermessen) eingeräumter Entscheidungsspielraum, der gerichtlich beschränkt (im Rahmen des § 114 VwGO) überprüfbar ist.

602

Die *Ratio* des Ermessens liegt in der Freistellung der Wahl der Rechtsfolge eines gesetzlichen Tatbestands, um die Verwaltung in die Lage zu versetzen, von **unnötigen Eingriffen abzusehen** und somit dem **Übermaßverbot Rechnung zu tragen**. Das Ermessen stellt somit die **Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge** dar.

603

Beachtet die Behörde die Ermessensbindung nicht, ist der Verwaltungsakt ermessensfehlerhaft und rechtswidrig. Zum Ermessen vgl. Rn 295 ff.

604

bb.) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genießt **Verfassungsrang** und gilt für **alle staatlichen Maßnahmen**. Daher ist es unschädlich, wenn er nur gelegentlich positivrechtlich normiert ist. Er besagt, dass die Freiheit des Einzelnen nur so weit eingeschränkt werden darf, wie es im Interesse des Gemeinwohls unabdingbar ist. Es gilt somit das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs („nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“). Die Maßnahme muss einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Da auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgrund seiner Bedeutung für sämtliches Handeln der Verwaltung bereits in einem eigenen Abschnitt dargestellt wurde, wird auch diesbezüglich verwiesen, vgl. Rn 316 ff.

605

cc.) Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte

Bei den rechtlich gebundenen Verwaltungsakten, also bei solchen, bei denen der Gesetzgeber der Verwaltung kein Ermessen eingeräumt hat, kann eine Vereinbarkeit mit Grundrechten rechtslogisch auch nicht im Rahmen einer Ermessensprüfung geprüft werden. Aus diesem Grund sind die unbestimmten Rechtsbegriffe so auszulegen, dass den betroffenen Grundrechten eine maximale Geltung verschafft werden kann. Dabei kann es vorkommen, dass die Norm nur mit **einer bestimmten Auslegung** verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Jede andere Auslegung und damit jedes andere Ergebnis würden zur Verfassungswidrigkeit führen (**verfassungskonforme Auslegung**).

606

Beispiel: Gemäß § 15 II GastG⁹²⁴ *ist* (kein Ermessen!) die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Gaststättenerlaubnis nach § 4 I S. 1 Nr. 1 („Unzuverlässigkeit“) GastG rechtfertigen würden.

In diesem Fall kann die Bedeutung des Grundrechts aus Art. 12 I GG nicht im Rahmen des Ermessens Berücksichtigung finden. Daher muss der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ grundrechtskonform ausgelegt werden, d.h. die Gaststättenerlaubnis darf nicht schon bei einmaligem Verstoß gegen die in § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG aufgelisteten Anlasstatbestände angenommen werden, sondern erst dann, wenn der Staat keine andere Möglichkeit mehr sieht, als durch Versagung der Konzession die Allgemeinheit vor dem Gastronomen zu schützen.⁹²⁵

⁹²⁴ Zum GastG nach der Föderalismusreform 2006 vgl. bereits Fußnote 16.

⁹²⁵ Anders wohl die nicht überzeugende Rspr. des BVerwG, vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Kap 2.

e.) Hinreichende Bestimmtheit

607 Ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der für den Bereich des Verwaltungsakts seinen einfachgesetzlichen Niederschlag in **§ 37 I VwVfG** gefunden hat, ist nicht nur ein bloßer Formfehler, sondern macht den Verwaltungsakt auch **materiell rechtswidrig**, wenn nicht sogar **nichtig** (so bei einem Verstoß gegen § 37 III VwVfG i.V.m. § 44 I, II VwVfG, etwa wenn der Verwaltungsakt völlig unverständlich und undurchführbar ist oder wenn er nicht zu erkennen gibt, wer aus ihm verpflichtet werden soll oder wenn pauschal etwas gewährt wird, was im Antrag nicht hinreichend beschrieben war). Zur Nichtigkeit vgl. Rn 633 ff. Wie auch sonst gilt, dass im Zweifel Unklarheiten zulasten der Behörde gehen. Die an den Bestimmtheitsgrundsatz zu stellenden Anforderungen lassen sich folgendermaßen gliedern⁹²⁶:

- 608** ■ Bestimmtheit in Bezug auf die **handelnde Behörde** (§ 37 III VwVfG i.V.m. § 44 II Nr. 1 VwVfG)

Beispiel: Enthält eine Bauerlaubnis, die nach den entsprechenden Bestimmungen der Bauordnungen schriftlich oder elektronisch⁹²⁷ zu erteilen ist (vgl. § 3a VwVfG), keine Angaben und dementsprechend keine Unterschrift des Behördenleiters bzw. seines Vertreters oder Beauftragten, ist sie gem. § 37 III VwVfG rechtswidrig. Würde darüber hinaus die erlassende Behörde nicht erkennbar sein, wäre die Bauerlaubnis gem. § 44 II Nr. 1 VwVfG sogar **nichtig**. Dasselbe gilt, wenn sie elektronisch erlassen wurde und nicht das der elektronischen Signatur zugrunde liegende Zertifikat oder ein zugehöriges qualifiziertes Attributzertifikat nicht die erlassende Behörde erkennen lässt (§ 37 III VwVfG).

- 609** ■ Bestimmtheit in Bezug auf den **Betroffenen** (hier ist aber zu beachten, dass an Allgemeinverfügungen geringere Anforderungen zu stellen sind)

Beispiel: Die an die Teilnehmer eines Carsharings gerichtete Aufforderung, den abgemeldeten Wagen nicht mehr am Straßenrand abzustellen, genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht, wenn als Adressat lediglich „Herr A und Partner“ angegeben ist. Vielmehr müssen in einem schriftlich erlassenen Verwaltungsakt sämtliche Betroffene mit Namen, Adresse, in Zweifelsfällen auch mit Geburtsdatum und ggf. weiteren Angaben genannt werden. Wird aber ein Verwaltungsakt, der an die einzelnen Gesellschafter einer GbR zu richten ist, an die GbR als solche gerichtet, führt dies nicht zur Unbestimmtheit des Verwaltungsakts, wenn sich aus den gesamten Umständen ersehen lässt, wer von dem Bescheid betroffen sein soll.⁹²⁸ Ist dagegen die GbR selbst Adressat der Verfügung⁹²⁹, kommt ein diesbezüglicher Bestimmtheitsmangel nicht in Betracht.

- 610** ■ Bestimmtheit in Bezug auf den **Verwaltungsaktcharakter**

Beispiel: Um den Verwaltungsaktcharakter eines Schreibens bejahen zu können, ist nicht erforderlich, dass das Schreiben die Bezeichnung „Bescheid“, „Anordnung“, „Verfügung“ oder gar „Verwaltungsakt“ trägt. Vielmehr kann auch ein Schreiben in höflicher Briefform genügen. Voraussetzung ist aber, dass aus dem Schreiben eindeutig hervorgeht, dass der Betroffene zu einem bestimmten Verhalten aufgefordert wird. Geht es etwa um die Verpflichtung zur Entrichtung eines Geldbetrags, muss aus dem Schreiben klar hervorgehen, dass es sich nicht nur um eine bloße Zahlungsaufforderung handelt, sondern um die Verpflichtung zur Leistung.

⁹²⁶ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 37 Rn 9 ff.

⁹²⁷ Zum elektronischen Verwaltungsakt vgl. Rn 479, 481.

⁹²⁸ VG Gera NVwZ 1999, 100, 101.

⁹²⁹ Nach dem Grundsatzurteil BGHZ 146, 341 ff. sind die GbR und der nichtrechtsfähige Verein rechts- und parteifähig (bestätigt von BGH NJW 2002, 1207; vgl. auch BVerfG NJW 2002, 3533).

- Bestimmtheit in Bezug auf den **Regelungsgehalt**⁹³⁰ (wichtigster Fall)

611

Die in einem Verwaltungsakt getroffene Regelung muss hinreichend klar, verständlich und widerspruchsfrei sein. Der Betroffene **muss erkennen können, was von ihm verlangt wird**. Sofern der Verwaltungsakt Grundlage einer späteren Vollstreckung sein soll, muss in ihm auch diese Möglichkeit zum Ausdruck kommen.

Beispiele:

- (1) Diesem Erfordernis wird etwa ein bauordnungsrechtlicher Verwaltungsakt mit dem Inhalt, „geeignete Maßnahmen zu ergreifen, damit der Nachbar nicht in seinen nachbarschützenden Rechten verletzt wird“ nicht gerecht. Gut vertretbar ist es auch, hier sogar eine Nichtigkeit anzunehmen.
- (2) Eine Duldungsanordnung nach § 16a FStrG muss so bestimmt sein, dass der Duldungspflichtige seine Betroffenheit und deren Intensität erkennen und sich darauf einstellen kann. Dies ist nach Auffassung des BVerwG bei dem Beispiel von Rn 552 nicht in dem erforderlichen Umfang gewährleistet. So sei die Position der auf dem Grundstück des E vorgesehenen Bohrstellen in der Duldungsverfügung nicht hinreichend genau beschrieben.⁹³¹

Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz kann auch bei begünstigenden Verwaltungsakten vorliegen, etwa wenn die Behörde pauschal etwas erlaubt, was im Antrag nicht genau bezeichnet war.⁹³²

3. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht

Der Verwaltungsakt muss nicht nur mit seiner Rechtsgrundlage vereinbar, verhältnismäßig und ermessensfehlerfrei sein, sondern er darf auch nicht gegen sonstiges (höherrangiges) Recht verstoßen.

612

Beispiel: B erhält die Zulassung (= begünstigender Verwaltungsakt), auf dem Wochenmarkt der Gemeinde G einen Gemüsestand zu betreiben. Der Verwaltungsakt ist inhaltlich lediglich auf Gemüse (aller Art) beschränkt. Nach der Gemeindefestsetzung ist aber der Verkauf von genetisch verändertem Gemüse verboten. Gemüsehändler K, ein Konkurrent des B, regt an, die Behörde solle den in seinen Augen wegen Verstoßes gegen die Satzungsbestimmung rechtswidrigen Verwaltungsakt zurücknehmen (§ 48 VwVfG).

Hier stellt sich die Frage, ob der Verwaltungsakt tatsächlich rechtswidrig ist. Denn er reicht inhaltlich weiter als die Satzungsbestimmung der Gemeinde, indem er letztlich die Erlaubnis impliziert, auch gentechnisch verändertes Gemüse verkaufen zu dürfen. Andererseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Inhaber der Erlaubnis ohnehin geltendes Recht, und damit auch die Gemeindefestsetzung, beachten muss. Demzufolge verstößt der Verwaltungsakt nicht gegen höheres Recht.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit

Zu den umstrittensten (und wohl v.a. in Fortgeschrittenenübungen bzw. im Examen relevant werdenden) Problemen im Bereich des Verwaltungsrechts gehört die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten. Da die Problematik jedoch in den überwiegenden Fällen im Bereich des Widerspruchsverfahrens bzw. des Prozessrechts relevant wird, sei auf die Darstellung bei R. Schmidt, VerwProzR, Rn 729 ff. verwiesen.

613-621

⁹³⁰ Zur Regelungsfunktion eines Verwaltungsakts vgl. bereits Rn 384 ff.

⁹³¹ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁹³² *Beaucamp*, JA 2014, 119, 122 (Klausurfall).

5. Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts

- 622** In einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik Deutschland ist im Zweifel anzunehmen, dass ein rechtswidriger Staatsakt nichtig, d.h. rechtsunwirksam ist. Dies trifft insbesondere für formelle Gesetze und Rechtsverordnungen zu. Allerdings kann der formelle Gesetzgeber auch Ausnahmen zulassen. So hat er bei bestimmten rechtswidrigen baurechtlichen Satzungen (d.h. bei Bebauungsplänen gem. § 10 BauGB) eine differenzierte Fehlerfolge festgelegt. Bestimmte (in erster Linie formelle) Fehler sind der Heilung zugänglich bzw. unbeachtlich, vgl. §§ 214, 215 BauGB. Eine vergleichbare differenzierte Fehlerfolge besteht auch bei den Verwaltungsakten. Aus § 43 I, III VwVfG ergibt sich, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich wirksam ist. Auch bestimmt § 45 VwVfG, dass bestimmte formelle Fehler heilbar sind. Nach § 46 VwVfG sind bestimmte formelle Fehler unbeachtlich. Der rechtswidrige Verwaltungsakt entfaltet also grundsätzlich Rechtswirkungen und ist von jedermann zu beachten. Dieser rechtswidrige Zustand muss aber nicht geduldet werden. Der Verwaltungsakt kann angefochten werden, und zwar durch Einlegung eines Widerspruchs bzw. Erhebung einer Anfechtungsklage. Diese Rechtsbehelfe haben grundsätzlich zur Folge, dass der Verwaltungsakt vorerst nicht vollzogen werden darf (sog. aufschiebende Wirkung, vgl. § 80 I VwGO). Es besteht eine grundsätzliche Vollzugshemmung, bis der Verwaltungsakt entweder von der Verwaltung oder von dem Verwaltungsgericht (§ 113 I S. 1 VwGO) aufgehoben bzw. als rechtmäßig bestätigt wird. Leidet der Verwaltungsakt jedoch an einem offensichtlichen und besonders schwerwiegenden Fehler, ist er gem. § 44 VwVfG von Anfang an nichtig, d.h. rechtsunwirksam.
- 623** Zwar ist ein fehlerhafter, aber nicht nichtiger und damit zunächst wirksamer Verwaltungsakt aufhebbar (s.o.). Ein Anspruch auf Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes ist aber dann ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen einer **Umdeutung** nach § 47 I VwVfG vorliegen. Umdeutung ist die Modifizierung einer Regelung eines rechtswidrigen (nach h.M. auch nichtigen) Verwaltungsakts dadurch, dass dieser als Verwaltungsakt mit gleichwertiger, aber rechtmäßiger Regelung aufrechterhalten bleibt.⁹³³ Eine Umdeutung ist allerdings nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für den Erlass eines (anderen) fehlerfreien Verwaltungsakts vorgelegen haben und auch alle verfahrensmäßigen Anforderungen dafür eingehalten worden sind (vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen § 47 VwVfG).
- Beispiel:** Umgedeutet werden kann eine fehlerhafte Verfügung, mit der dem Fahrerlaubnisinhaber das Recht aberkannt wird, von seiner EU-Fahrerlaubnis im Bundesgebiet Gebrauch zu machen, in einen feststellenden Verwaltungsakt des Inhalts, dass diese Fahrerlaubnis den Inhaber nicht zum Führen von Kraftfahrzeugen im Bundesgebiet berechtigt (OVG Saarbrücken DAR 2010, 416).
- 624** Ausgeschlossen ist eine Umdeutung nicht nur aus den in § 47 II VwVfG genannten Gründen, sondern auch dann, wenn sich für den Betroffenen eine ungünstigere Rechtsfolge ergibt, als dies bei dem ursprünglichen Verwaltungsakt der Fall war.⁹³⁴

⁹³³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 47 Rn 6.

⁹³⁴ Ehlers, in: Erichsen, AllgVerwR, § 38 Rn 43; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 47 Rn 6.

Zusammenfassung: Insgesamt ergeben sich folgende **Grundsätze:**

- Der offensichtlich und schwerwiegend rechtswidrige Verwaltungsakt ist nichtig (§ 44 VwVfG). Er entfaltet keinerlei Rechtswirkungen.
- Im Übrigen ist der rechtswidrige Verwaltungsakt wirksam (§ 43 I, III VwVfG). Er ist aber anfechtbar und aufhebbar.
- Bestimmte Verfahrensfehler sind heilbar (§ 45 VwVfG). Ist eine Heilung erfolgt, ist die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 VwVfG nichtig machen, „rückgängig“ gemacht.
- Bestimmte Verfahrensfehler sind unbeachtlich, wenn der betreffende Verfahrensfehler offensichtlich die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG).
- Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann unter bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen werden (§ 48 VwVfG).
- Ein rechtswidriger (und auch nichtiger) Verwaltungsakt kann ggf. in einen rechtmäßigen Verwaltungsakt umgedeutet werden (§ 47 VwVfG).
- Ein offenbar unrichtiger Verwaltungsakt kann jederzeit und ohne weiteres berichtigt werden (§ 42 VwVfG).
- Dagegen berührt eine fehlende oder unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht. Sie führt aber zur Verlängerung der Rechtsbehelfsfrist von einem Monat (§§ 70, 74, 58 I VwGO) auf ein Jahr (§ 58 II VwGO).

VI. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten

1. Anwendbares Recht

- 626 Rechtswidrige Verwaltungsakte sind grundsätzlich wirksam und müssen von jedermann beachtet werden (s.o.). Sie sind aber anfechtbar und aufhebbar. Die Anfechtung von rechtswidrigen Verwaltungsakten ist in verschiedenen Gesetzen geregelt. Die wichtigsten und klausurrelevantesten Vorschriften sind die §§ 68 ff. und § 113 I S. 1 VwGO. Darauf beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen.

Weitere, in ihren Regelungsbereichen spezielle Vorschriften sind die §§ 347 ff. AO, §§ 33 ff. FGO für den Bereich der Finanzverwaltung, §§ 78 ff., §§ 51 ff. SGG für den Bereich der Sozialversicherung/Sozialhilfe und §§ 23 ff. EGGVG für die sog. Justizverwaltungsakte⁹³⁵.

2. Der Widerspruch

a. Allgemeines

- 627 Die Erhebung der Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt setzt grundsätzlich voraus, dass zuvor *Rechtmäßigkeit* und *Zweckmäßigkeit* des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachgeprüft worden sind, § 68 I S. 1 VwGO.⁹³⁶ Dieses Verfahren wird nach dem vom betroffenen Bürger einzulegenden Rechtsbehelf „Widerspruch“ als **Widerspruchsverfahren** bezeichnet. Die Einlegung des Widerspruchs muss binnen eines Monats (bei fehlender oder fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung binnen eines Jahres) erfolgen, vgl. § 70 I, II i.V.m. § 58 II VwGO. Eine Verpflichtung zur Anbringung eines Hinweises über den **Fristbeginn** nennt § 58 I VwGO **nicht**. Erforderlich ist dem Wortlaut zufolge lediglich die (schriftliche oder elektronische) Belehrung über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist. Über den Fristbeginn ist nichts zu lesen. Etwas anderes gilt nach Auffassung des BVerwG auch nicht unter Zugrundelegung von Sinn und Zweck der Vorschrift.⁹³⁷ Im Hinblick auf die in Betracht kommenden unterschiedlichen fristauslösenden Ereignisse (Bekanntgabe oder Zustellung) und Modalitäten (etwa Übermittlung durch die Post, § 41 II VwVfG; öffentliche Bekanntgabe, § 41 IV VwVfG; Zustellung durch die Post oder durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis, §§ 3 ff. VwZG) sei eine konkrete Belehrung über den Fristbeginn in der Regel gar nicht möglich und wäre im Übrigen auch fehleranfällig.⁹³⁸ Schließlich stellt das BVerwG klar, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung, die nichts über den Fristbeginn sagt, auch nicht „irreführend“ sei.⁹³⁹ Es sei nicht ersichtlich, inwiefern eine Rechtsbehelfsbelehrung⁹⁴⁰, die keinen Hinweis auf den Beginn der einzuhaltenden Frist enthält, irreführend, d.h. geeignet sein soll, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen und materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig und in der richtigen Form einzulegen.⁹⁴¹

Stellungnahme: Die Aussage, dass eine konkrete Belehrung über den Fristbeginn „in der Regel gar nicht möglich“ sei, ist sicherlich nicht belastbar und damit auch angreifbar. Richtig ist lediglich der Hinweis auf die Fehleranfälligkeit, könnten die Behörden doch stets dieselbe Formulierung („innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe“) unabhängig von der Art der Bekanntgabe bzw. Übermittlung verwenden. Im Ergebnis ist

⁹³⁵ Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, POR, Rn 85 ff.

⁹³⁶ Zu den (mittlerweile sehr häufigen) Fällen, in denen die Einlegung des Widerspruchs entbehrlich bzw. nicht statthaft ist, vgl. ausführlich R. Schmidt, VerwProzR, Rn 223 ff.

⁹³⁷ BVerwG NVwZ-RR 2019, 885.

⁹³⁸ BVerwG NVwZ-RR 2019, 885, 886.

⁹³⁹ BVerwG NVwZ-RR 2019, 885, 886.

⁹⁴⁰ Das BVerwG spricht unrichtigerweise von „Rechtsmittelbelehrung“.

⁹⁴¹ BVerwG NVwZ-RR 2019, 885, 886.

der Entscheidung des BVerwG jedenfalls mit Blick auf den klaren Wortlaut des § 58 I VwGO zu folgen. Verlangt diese Vorschrift keine Belehrung über den Fristbeginn, führt ein unterlassener Hinweis darauf auch nicht zur die Jahresfrist nach § 58 II VwGO auslösenden Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung. Im Gegenteil wird man der Behörde anraten müssen, keinen Hinweis über den Fristbeginn anzubringen, um damit eine mögliche Fehlerquelle zu vermeiden. Freilich liegt es dann am Rechtsschutzsuchenden, bei Zweifeln über den Fristbeginn (und damit über das Fristende) frühzeitig den Rechtsbehelf einzulegen.

Nach seiner Rechtsnatur ist das Widerspruchsverfahren ein Verwaltungsverfahren. Bei seiner *Durchführung* handelt es sich indes um eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung für die Verwaltungsakt-Klagen (Anfechtungs- und Verpflichtungsklage). Daher befindet sich im Bereich des Widerspruchsverfahrens auch der eigentliche Schnittpunkt zwischen der VwGO und dem VwVfG. Die Vorschriften des VwVfG dürfen nur ergänzend, also nur insofern herangezogen werden, als die VwGO (§§ 68 ff.) keine abschließenden Regelungen trifft (vgl. § 79 VwVfG). Nicht zuletzt wegen der komplizierten Subsidiaritätsklausel des VwVfG (vor allem dessen §§ 1 und 2) ist die Harmonisierung der beiden Gesetze zum Teil mit großen Schwierigkeiten verbunden.

628

Hat der betroffene Bürger einen statthaften Widerspruch eingelegt, verläuft die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in der Regel in zwei Phasen:

629

- Zunächst muss die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (sog. Erlass- oder Ausgangsbehörde), diesen selbst überprüfen. Hilft sie der Beschwer ab, erlässt sie einen **Abhilfebescheid**, durch den der ursprüngliche Verwaltungsakt aufgehoben oder abgeändert wird (§ 72 VwGO). Hilft sie der Beschwer nicht ab, übergibt sie den ganzen Vorgang an die nächsthöhere Behörde (die sog. Widerspruchsbehörde, vgl. § 73 VwGO – sog. Devolutiveffekt), damit diese entscheidet.
- Die Widerspruchsbehörde hat nun den Ausgangsverwaltungsakt unter denselben Gesichtspunkten zu prüfen wie die Ausgangsbehörde. Auch sie kann den ursprünglichen Verwaltungsakt aufheben oder abändern. Sie kann ihn aber auch bestätigen. In beiden Fällen ergeht ein **Widerspruchsbescheid**. Bestätigt dieser Widerspruchsbescheid den ursprünglichen Verwaltungsakt oder vergrößert gar die Beschwer (sog. Verböserung), kann der Rechtsschutzsuchende entweder den ursprünglichen Verwaltungsakt in der Gestalt, den er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, anfechten (§ 79 I Nr. 1 VwGO) oder sein Anfechtungsbegehren auf die isolierte Aufhebung des Widerspruchsbescheids konzentrieren (§ 79 II S. 1 VwGO).

b. Aufbau einer Widerspruchsklausur

Die Prüfung eines Widerspruchs kann in zwei Konstellationen auftreten:

630

- In der ersten Konstellation ist noch kein Widerspruchsbescheid ergangen, sei es, dass der Bürger noch keinen Widerspruch eingelegt hat, oder sei es, dass über einen eingelegten Widerspruch noch nicht entschieden ist. In diesem Fall handelt es sich bei der Fallgestaltung um die Prüfung eines Widerspruchsverfahrens in der Gestalt eines *Verwaltungsverfahrens*, bei dem sowohl Rechtmäßigkeit als auch Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts zu prüfen sind.
- In der zweiten Konstellation ist bereits ein Widerspruchsbescheid ergangen, der gerichtlich (lediglich) auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden kann. Die Zweckmäßigkeitsprüfung entfällt deshalb, weil das Gericht aufgrund des der Verwaltung eingeräumten Ermessens, in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch zu machen, nur eine Überprüfung der Nichteinhaltung der Ermessensgrenzen, also eine Überprüfung in rechtlicher Hinsicht, vornehmen darf (vgl. § 114

S. 1 VwGO). Handelt es sich um eine gebundene Verwaltungsentscheidung, entfällt schon aus diesem Grund die Zweckmäßigkeitprüfung.

- 631 Steht fest, dass der Widerspruch in der ersten Konstellation zu prüfen ist, geht es ausschließlich darum, **Zulässigkeit und Begründetheit eines Widerspruchs** zu prüfen. Hierzu wird auf *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 1063 ff. nebst Prüfungsschemata verwiesen.

3. Die Anfechtungsklage

- 632 Wird der Widerspruch zurückgewiesen – oder war die Durchführung des Widerspruchsverfahrens entbehrlich bzw. unstatthaft –, kann der Betroffene binnen eines Monats (bei fehlender – oder nicht schriftlicher – Rechtsbehelfsbelehrung binnen eines Jahres, vgl. §§ 74, 58 VwGO) Anfechtungsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht erheben. Im Gegensatz zur Widerspruchsbehörde darf das Verwaltungsgericht lediglich die Rechtmäßigkeit, nicht auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts überprüfen. Kommt es zu dem Ergebnis, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, hebt es diesen auf, § 113 I S. 1 VwGO.

Ist ein Verwaltungsakt aus materiellen Gründen vom Verwaltungsgericht als rechtswidrig aufgehoben worden, verbietet es die materielle Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung (§ 121 VwGO), den gleichen Verwaltungsakt (aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage) erneut zu erlassen.⁹⁴²

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen und die Voraussetzungen für die Durchführung des Gerichtsverfahrens sind in der VwGO geregelt. Auf Einzelheiten kann im Rahmen dieser Darstellung nicht eingegangen werden. Insoweit wird auf die ausführlichen Erläuterungen bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff. nebst Aufbauschemata verwiesen.

⁹⁴² Vgl. OVG Koblenz NVwZ 2010, 1109.

VII. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten

1. Einführung

Bei Rn 503 ff. wurde aufgezeigt, dass auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich wirksam und von jedermann zu beachten ist, solange er nicht durch die Behörde oder das Verwaltungsgericht aufgehoben wird (vgl. § 43 II VwVfG). Leidet der rechtswidrige Verwaltungsakt aber an einem **besonders schwerwiegenden Fehler** und ist dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände **offensichtlich** (vgl. § 44 I VwVfG), kann die Möglichkeit der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit dem Rechtsstaatsprinzip nicht genügen. Für diesen Fall sieht das Gesetz (vgl. Spezialgesetze wie § 13 BBG, § 11 BeamtStG oder die allgemeinen Vorschriften der §§ 43 III, 44 VwVfG) die **Unwirksamkeit** (d.h. **Nichtigkeit**) des Verwaltungsakts vor. Dieser entfaltet also keinerlei Rechtswirkungen. Das bedeutet: Der Bürger braucht ihn nicht zu befolgen, die Behörde darf ihn (wegen Art. 20 III GG) nicht vollziehen bzw. durchsetzen. Eine Heilung ist ausgeschlossen.

633

2. Nichtigkeitsgründe

§ 44 I VwVfG enthält eine generalklauselartig formulierte Legaldefinition. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist (s.o.). Maßstab für die Beurteilung der Nichtigkeit ist die Betrachtung eines aufmerksamen und verständigen Durchschnittsmenschen. Da durchaus Zweifel bestehen können, ob ein Verwaltungsakt im konkreten Fall an einem zur Nichtigkeit führenden Fehler leidet, nennt § 44 II VwVfG einige RechtsverstöÙe, die stets zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen (absolute Nichtigkeitsgründe), und § 44 III VwVfG nennt einige RechtsverstöÙe, die für sich gesehen nie die Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG auslösen. Für die Prüfung des § 44 VwVfG bietet sich daher folgendes Schema an⁹⁴³:

634

635

Nichtigkeit eines Verwaltungsakts

- (1) Positivkatalog des § 44 II VwVfG (absolute Nichtigkeitsgründe)
- (2) Negativkatalog des § 44 III VwVfG (Gründe, die nicht zur Nichtigkeit führen)
- (3) Nur wenn diese Regelungen keine Klärung bringen, werden die allgemeinen Voraussetzungen des § 44 I VwVfG (relative Nichtigkeitsgründe; „Generalklausel“) geprüft:
 - a) Liegt ein Fehler vor?
 - b) Ist er schwerwiegend?
 - c) Ist er offensichtlich (d.h. auch für Laien erkennbar)? Denn nur dann ist der Verwaltungsakt nichtig.
- (4) Sind nur einzelne Teile eines Verwaltungsakts nichtig („**Teilnichtigkeit**“), führt dies zur Gesamtnichtigkeit, wenn der nichtige Teil so wesentlich ist, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht oder nicht so erlassen hätte (§ 44 IV VwVfG).

⁹⁴³ Vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 10 Rn 86 ff.; *Beaucamp*, JA 2007, 704, 705; später auch *Waldhoff*, JuS 2015, 668, 670. Zum systematischen Verhältnis der Absätze des § 44 VwVfG zueinander vgl. ferner *Sachs*, in: *Stelkens/ Bonk/Sachs*, VwVfG, § 44 Rn 49 ff.

a. Absolute Nichtigkeitsgründe des § 44 II VwVfG

636

§ 44 II VwVfG nennt einige Rechtsverstöße, die *stets* zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen (absolute Nichtigkeitsgründe). Ein Verwaltungsakt ist demnach nichtig, wenn er

- (1) **schriftlich oder elektronisch**⁹⁴⁴ erlassen worden ist, die **erlassende Behörde aber nicht erkennen lässt**, § 44 II Nr. 1 VwVfG.

Der Grund für die hier angeordnete absolute Nichtigkeit liegt darin, dass der betroffene Bürger nicht weiß, von welcher Behörde der Verwaltungsakt stammt, und er ihn daher auch nicht anfechten kann. Dann soll der Verwaltungsakt auch keinerlei Rechtswirkung entfalten. Ob dieselbe Rechtsfolge gilt, wenn der Amtswalter, der den schriftlichen (oder elektronischen) Verwaltungsakt erlässt, vergisst, das Schriftstück zu unterschreiben und mit seiner Amtsbezeichnung zu versehen, ist unklar.

Beispiel: Der stellvertretende Leiter der Ordnungsbehörde S verschickt an den Gewerbetreibenden G einen Verwaltungsakt mit dem Inhalt, dass G die Gewerbeausübung untersagt wird. Aus Unachtsamkeit vergisst er jedoch, den Brief zu unterschreiben.

Hier hat S die Formvorschrift des § 37 III VwVfG missachtet. Da die fehlende Unterschrift und die fehlende Amtsbezeichnung aber nicht in § 44 II Nr. 1 VwVfG genannt sind, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts. Der Verwaltungsakt ist aber formell rechtswidrig. Allerdings besteht kein Aufhebungsanspruch, da der Fehler die Sachentscheidung nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG).

Handeln Bedienstete einer Behörde im Namen einer anderen Behörde, muss aus dem Bescheid hervorgehen, dass die Bediensteten der beauftragten Behörde im Namen der beauftragenden Behörde tätig werden. Allerdings soll nach der Rspr. kein Fall des § 44 VwVfG, sondern nur eine Rechtswidrigkeit vorliegen.⁹⁴⁵

- (2) nach einer Rechtsvorschrift nur durch die **Aushändigung einer Urkunde** erlassen werden kann, dieser Form jedoch **nicht** genügt, § 44 II Nr. 2 VwVfG.

Beispiel: So ist dem zum Beamten ernannten Bewerber die Ernennungsurkunde auszuhändigen. Fehlt die Aushändigung dieser Urkunde, ist die Ernennung nichtig (§§ 10 II S. 1, 13 I Nr. 1 BBG⁹⁴⁶, §§ 8 II, 11 I Nr. 1 BeamStG, § 44 II Nr. 2 VwVfG). Entsprechendes gilt etwa für die Einbürgerung eines Ausländers (§ 16 StAG).⁹⁴⁷

- (3) von einer **örtlich unzuständigen Behörde** (vgl. § 3 I Nr. 1 VwVfG) erlassen worden ist und keine anderweitige Ermächtigung vorliegt, § 44 II Nr. 3 VwVfG.

Beispiel: So ist eine Baugenehmigung, die von einer Gemeinde erteilt wird, wegen Verstoßes gegen die örtliche Zuständigkeit nichtig, wenn sie ein Bauvorhaben betrifft, das sich auf einem Grundstück der Nachbargemeinde befindet.

Zu beachten ist jedoch, dass ein Fehler in der örtlichen Zuständigkeit außerhalb des Regelungsbereichs des § 3 I Nr. 1 VwVfG nicht von der Nichtigkeitsregelung des § 44 II Nr. 3 VwVfG erfasst ist. Das betrifft etwa Polizeiverfügungen. Kommen jedoch andere Gründe hinzu (vgl. § 44 III VwVfG: „nicht schon deshalb ...“), kann eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG vorliegen. Dagegen sind Verstöße gegen die **sachliche** Zuständigkeit von vornherein nach § 44 I VwVfG zu prüfen.

⁹⁴⁴ Zum elektronischen Verwaltungsakt vgl. Rn 479, 481.

⁹⁴⁵ OVG Lüneburg NVwZ 2009, 670.

⁹⁴⁶ Ausnahme: § 13 II Nr. 1 BBG.

⁹⁴⁷ Zu beachten ist aber, dass die Täuschung des Einbürgerungsantragstellers über die Identität nicht unter § 44 II Nr. 2 VwVfG fällt, sofern die Urkunde an die Person übergeben worden ist, an die sie übergeben werden musste und sollte (BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680).

- (4) aus **tatsächlichen Gründen von niemandem ausgeführt werden kann**, § 44 II Nr. 4 VwVfG.

Beispiele: So kann eine Baubeseitigungsanordnung („Abrissverfügung“), die ein bereits abgerissenes Bauwerk betrifft, aus tatsächlichen Gründen von niemandem ausgeführt werden. Gleiches gilt hinsichtlich des Baus einer durch Planfeststellung vorgeschriebenen Talbrücke, wenn sich im betroffenen Bereich gar kein Tal befindet. Solche Anordnungen sind nach § 44 II Nr. 4 VwVfG nichtig.

Zu beachten ist, dass die **rechtliche** Unmöglichkeit **nicht** von § 44 II VwVfG erfasst ist. Eine Nichtigkeit kann hier nur unter den Voraussetzungen des **§ 44 I VwVfG** angenommen werden.⁹⁴⁸ Dazu muss ein **besonders schwerwiegender Fehler** feststellbar und dieser Fehler muss **offensichtlich** sein. Vgl. dazu die Ausführungen zu § 44 I VwVfG sogleich.

- (5) die Begehung einer **Straftat oder Ordnungswidrigkeit** verlangt, § 44 II Nr. 5 VwVfG.

Beispiel: Führt das Befolgen der Aufforderung eines Beamten der Ordnungsbehörde, entgegen dem (vermeintlichen) Willen des Wohnungsinhabers in dessen Wohnung einzudringen, zum Tatbestand des § 123 I StGB (= Straftat), ist die Aufforderung nach § 44 II Nr. 5 VwVfG nichtig.

Indes ist der Fall, dass die Behörde ein gesetzlich verbotenes Verhalten lediglich erlaubt, nicht von § 44 II Nr. 5 VwVfG erfasst.

Beispiel: Grundsätzlich bedarf die Benutzung eines Gewässers der Erlaubnis oder der Bewilligung (§ 8 I Halbs. 1 WHG). Keiner Erlaubnis oder Bewilligung bedarf u.a. das Entnehmen von Grundwasser für den Haushalt, für den landwirtschaftlichen Hofbetrieb oder für das Tränken von Vieh außerhalb des Hofbetriebs, soweit keine signifikanten nachteiligen Auswirkungen auf den Wasserhaushalt zu besorgen sind (§ 46 I S. 1 Nr. 1 WHG). Gestattet nun die Behörde die Entnahme von Wassermengen, die mit den in § 46 WHG genannten Zwecken unvereinbar sind, ist dies kein Fall des § 44 II Nr. 5 VwVfG. Zur Frage, ob in Fällen dieser Art § 44 I VwVfG greift, vgl. Rn 639.

- (6) **gegen die guten Sitten verstößt**, § 44 II Nr. 6 VwVfG.

Beispiel: So verstößt die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben einer Live-Peepshow nach der (antiquierten) Rspr. des BVerwG (E 84, 314) nicht nur gegen § 33a II Nr. 2 GewO mit der Folge der Rechtswidrigkeit, sondern ist sogar nach § 44 II Nr. 6 VwVfG nichtig. Da die Erlaubnis somit wirkungslos sei, brauche sie von der Behörde nicht gesondert zurückgenommen zu werden. Vielmehr könne die Behörde die Fortsetzung des Betriebs unmittelbar nach § 15 II GewO untersagen, weil die Live-Peepshow ohne die nach § 33a GewO erforderliche Erlaubnis betrieben werde.

Ob diese Rechtsprechung mit Blick auf den gesellschaftlichen Wandel und das am 1.1.2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz, wonach die Prostitution nicht mehr per se sittenwidrig ist, noch Geltung beanspruchen kann, darf bezweifelt werden.

b. Ausschlusstatbestände des § 44 III VwVfG

Anders als die in § 44 II VwVfG genannten Gründe reichen die in § 44 III VwVfG aufgeführten Fehler **allein** nicht zur Annahme der Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG aus. Das folgt aus der Formulierung „nicht schon deshalb nichtig, weil ...“. Kommen jedoch andere Gesichtspunkte hinzu, kann eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG vorliegen.

637

⁹⁴⁸ So nun auch *Peine*, AL 2013, 271, 277.

c. Generalklausel des § 44 I VwVfG

638 Aus den vorstehenden Erläuterungen folgt, dass die **Generalklausel** des § 44 I VwVfG nur bei solchen Fehlern anwendbar ist, die nicht in § 44 II VwVfG ausdrücklich erwähnt sind. Nach § 44 I VwVfG ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem **besonders schwerwiegenden Fehler** leidet und dies **offensichtlich** ist.

639 Ein Verwaltungsakt leidet an einem **besonders schwerwiegenden Fehler**, wenn er gegen tragende Verfassungsprinzipien verstößt oder den der Rechtsordnung immanenten Wertvorstellungen so sehr widerspricht, dass es unerträglich wäre, wenn er die mit ihm bezweckten Rechtswirkungen hätte.⁹⁴⁹

Beispiele/Gegenbeispiele: Besonders schwerwiegend (und offensichtlich) sind das Fehlen der Verbandskompetenz (statt des Landes erteilt die Gemeinde eine Genehmigung zum Betrieb einer Spielbank) und ein Verstoß gegen zwingende gesetzliche Verbote. Eine Missachtung von Formvorschriften (etwa die Schriftform) führt nur dann zur Nichtigkeit, wenn das Formerfordernis zwingend vorgeschrieben ist und den materiellen Gehalt des Verwaltungsakts absichern soll. Dient die Formvorschrift lediglich Ordnungs- oder Beweis Zwecken, ist die Nichtigkeitsfolge abzulehnen. Auch ein Verwaltungsakt, der ohne Rechtsgrundlage bzw. anhand einer verfassungsgerichtlich für nichtig erklärten Rechtsgrundlage erlassen worden ist, soll nach der Rspr. nicht von vornherein nichtig sein, sondern nur dann, wenn die Kriterien des § 44 I VwVfG erfüllt sind.⁹⁵⁰ Nicht nichtig, sondern bloß formell rechtswidrig ist auch ein Verwaltungsakt, wenn lediglich die Unterschrift und die Amtsbezeichnung fehlen, denn ansonsten würde der Fehler, der nicht unter § 44 II Nr. 1 VwVfG subsumiert werden kann, doch noch von der Nichtigkeitsfolge erfasst (str.). Auch eine fehlende Begründung macht den Verwaltungsakt nicht nichtig. Überhaupt führen Fehler, die gem. § 45 VwVfG geheilt werden können oder die gem. § 46 VwVfG unbeachtlich sind, nicht zur Nichtigkeit. Auch wenn die Umstände, die zum Erlass des Verwaltungsakts geführt haben, unter § 48 VwVfG fallen, besteht bloße Rechtswidrigkeit, nicht Nichtigkeit gem. § 44 I VwVfG.⁹⁵¹ Nichtig ist aber ein Verwaltungsakt, der inhaltlich zu unbestimmt ist (vgl. dazu bereits Rn 607 ff. sowie den Anwendungsfall sogleich). Auch wenn der Verwaltungsakt eine widersprüchliche Regelung enthält, ist er nach § 44 I VwVfG nichtig. Dagegen führt ein Verstoß gegen EU-Recht nicht automatisch zur Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG.⁹⁵²

640 **Offensichtlich** ist der Fehler, wenn er für einen mit den Gesamtumständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist, d.h. sich geradezu aufdrängt.⁹⁵³

Beispiel/Gegenbeispiel: Offensichtlich ist der Fehler, wenn er sich von einem verständigen Beobachter ohne juristische und sonstige Fachkenntnisse feststellen lässt (dem Verwaltungsakt muss der Fehler **„auf der Stirn“ geschrieben stehen**). Dagegen liegt i.d.R. keine Offensichtlichkeit vor, wenn zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts genauere Prüfungen erforderlich sind.

640a **Anwendungsfall:** G ist Inhaber einer Gaststätte. Nachdem beim zuständigen Ordnungsamt einige Beschwerden von erbosten Nachbarn über zugeparkte Grundstückseinfahrten eingegangen sind, erlässt dieses gegenüber G einen Bescheid mit dem Inhalt, er habe Vor-

⁹⁴⁹ Vgl. nur BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680; NVwZ 2000, 1039 f.; DVBl 1992, 568, 569; NVwZ 1998, 1061, 1062; VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 137, 138; OVG Koblenz NVwZ 1999, 198 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 44 Rn 8.

⁹⁵⁰ OLG Hamm NSTZ 2015, 44, 45. Nach der hier vertretenen Auffassung ist allein das Fehlen bzw. die Nichtigkeit der Rechtsgrundlage ausreichend, die Nichtigkeit (auch) des Verwaltungsakts anzunehmen.

⁹⁵¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680 für den Fall, dass die Täuschung eines Einbürgerungsantragstellers über seine Identität unter § 48 II S. 3 Nr. 1 VwVfG (i.V.m. § 35 StAG) fällt, sofern die Urkunde an die Person übergeben worden ist, an die sie übergeben werden musste und sollte.

⁹⁵² BVerwGE 104, 289, 295; BVerwG NVwZ 2000, 1039 f.

⁹⁵³ Vgl. BVerwG NJW 1985, 2658; OLG Hamm NSTZ 2015, 44, 45; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 44 Rn 12/13; *Schiedeck*, JA 1994, 483, 484; weitergehend OVG Münster NVwZ 1986, 580, 581.

sorge zu treffen, dass von seinen Gästen auf der Verkehrsfläche unmittelbar vor der Gaststätte keine Fahrzeuge verkehrswidrig abgestellt werden. G ist der Ansicht, bei dieser Aufforderung könne es sich nur um einen schlechten Scherz handeln. Zudem solle die Behörde schon konkret sagen, was sie von ihm wolle. So jedenfalls fühle er sich nicht gehalten, irgendetwas zu unternehmen.

In Betracht kommt eine **Nichtigkeit** der Verfügung nach **§ 44 I VwVfG**. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies offensichtlich ist. Fraglich ist, ob die an G gerichtete Aufforderung diese Voraussetzungen erfüllt.

Ein Verwaltungsakt leidet an einem **besonders schwerwiegenden Fehler**, wenn er gegen tragende Verfassungsprinzipien verstößt oder den der Rechtsordnung immanenten Wertvorstellungen so sehr widerspricht, dass es unerträglich wäre, wenn er die mit ihm bezweckten Rechtswirkungen hätte.

Der fragliche Bescheid legt dem G keine exakte Handlungspflicht auf. Vielmehr habe er „Vorsorge zu treffen, dass ...“. Durch diese Formulierung wird nicht deutlich, ob G überhaupt einen Erfolg herbeiführen soll oder ob das schlichte Bemühen um den Erfolg genügt. Selbst wenn man in der Formulierung die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Erfolgs sieht, ist nicht erkennbar, auf welche Weise und mit welchen Mitteln G den Erfolg herbeiführen soll. So ist bspw. fraglich, ob das Anbringen von Hinweisschildern genügt oder ob die Schaffung eines eigenen Parkplatzes erforderlich ist. Die Behörde darf – will sie nicht gegen den verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen – solche Fragen nicht offenlassen.

Indem also das Ordnungsamt den Bescheid zu unbestimmt formuliert hat, hat es gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und damit gegen ein tragendes Verfassungsprinzip verstoßen. Der Fehler ist daher besonders schwerwiegend i.S.d. § 44 I VwVfG. Da er im Übrigen auch für einen mit den Gesamtumständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist, d.h. sich geradezu aufdrängt, ist er auch **offensichtlich**. Somit ist im Ergebnis eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG anzunehmen. G braucht die Anordnung nicht zu befolgen. Um jedoch Zwangsmaßnahmen zu verhindern, ist ihm zu empfehlen, vorsorglich Anfechtungswiderspruch einzulegen, da dieser im vorliegenden Fall aufschiebende Wirkung entfaltet (dazu sogleich).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Nichtigkeitsprüfung im Rahmen des § 44 I VwVfG bietet sich die Vergleichsfalltechnik an: Der gefundene Fehler wird mit den in § 44 II und III aufgelisteten Fehlern verglichen und es wird abgewogen, ob er die erforderliche Schwere aufweist. Wenn dies nicht angenommen werden kann, ist er schon nicht offensichtlich und die Schwere des Fehlers kann auch offengelassen werden.

d. Teilnichtigkeit nach § 44 IV VwVfG

Sind nur einzelne Teile eines Verwaltungsakts nichtig („**Teilnichtigkeit**“), führt dies zur Gesamtnichtigkeit, wenn der nichtige Teil so wesentlich ist, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht oder nicht so erlassen hätte (§ 44 IV VwVfG). Umgekehrt bedeutet dies, dass der Verwaltungsakt im Übrigen wirksam bleibt, wenn der nichtige Teil nicht so wesentlich ist, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht oder nicht so erlassen hätte. Das setzt freilich voraus, dass die Nichtigkeit überhaupt nur einen materiell abtrennbaren Teil des Verwaltungsakts erfasst; es muss also ein **teilbarer Verwaltungsakt** vorliegen.

Beispiele: Ist ein Verwaltungsakt (etwa eine Baugenehmigung oder ein Subventionsbescheid) mit einer Nebenbestimmung in Form einer Auflage versehen, gilt im Grundsatz, dass Verwaltungsakt und Nebenbestimmung voneinander trennbar sind (weshalb auch eine isolierte Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit der Auflage möglich ist, vgl. Rn 816 ff.). Ob der Verwaltungsakt nach erfolgter isolierter Anfechtung bzw. Nich-

12. Kapitel

Recht der staatlichen Ersatzleistungen

1061

Werden durch staatliches Verhalten Rechtsgüter verletzt, stellt sich die Frage, ob sich daraus Schadensersatz-, Ausgleichs-, Wiederherstellungs- und/oder Unterlassungsansprüche ergeben. Diese Frage beantwortet das **Recht der staatlichen Ersatzleistungen** (auch als **Staatshaftungsrecht** bezeichnet). Zu beachten ist jedoch, dass das Recht der staatlichen Ersatzleistungen kein in sich geschlossenes Regelungsgebiet darstellt.¹⁴⁰¹ Das hat historische Gründe, insb. wegen anfänglichen Fehlens einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes für diese Materie.¹⁴⁰² Daher verwundert es nicht, wenn sich das Recht der staatlichen Ersatzleistungen aus unterschiedlichen gesetzesrechtlichen, richterrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Regeln und Grundsätzen zusammensetzt, was den Zugang zu dieser Rechtsmaterie nicht erleichtert.¹⁴⁰³

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Staatshaftung ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, das sich in dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung konkretisiert und in den Art. 1 III und 20 III GG positivrechtlich zum Ausdruck kommt. Eine umfassende unmittelbare Staatsunrechtshaftung wird von Verfassungen wegen allerdings nicht gefordert.¹⁴⁰⁴ So ist jedenfalls Schadensersatz nur im Rahmen der herkömmlichen, von Art. 34 S. 1 GG garantierten Amtshaftung zu gewähren. Im Folgenden werden die einzelnen Institute ausführlich dargestellt.

- Zunächst wird auf den im Ersatzleistungsrecht einen Schwerpunkt bildenden **Amtshaftungsanspruch** für rechtswidriges schuldhaftes Verhalten eines in Ausübung seines Amtes hoheitlich tätigen öffentlichen Bediensteten eingegangen (Rn 1062 ff.).
- Sodann wird die nicht minder wichtige Entschädigung für rechtmäßige gezielte Eingriffe in das Eigentum (**Enteignung**) dargestellt (Rn 1127 ff.).
- Im Anschluss daran wird die Entschädigung für besondere Belastungen im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I S. 2 GG (sog. **ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung**) behandelt (Rn 1152 ff.).
- Die Entschädigung für rechtswidrige Beeinträchtigungen des Eigentums (sog. **enteignungsgleicher Eingriff**) wird bei Rn 1204 ff. dargestellt.
- Die Entschädigung für enteignend wirkende Nebenfolgen rechtmäßigen Verwaltungshandelns (sog. **enteignender Eingriff**) ist Gegenstand der Ausführungen bei Rn 1235 ff.
- Des Weiteren wird auf den auf Entschädigung für Eingriffe in immaterielle Rechte gerichteten **Aufopferungsanspruch i.e.S.** eingegangen (Rn 1250 ff.).
- Der erst in der Nachkriegszeit entwickelte allgemeine öffentlich-rechtliche **Folgenbeseitigungsanspruch**, der nach der wohl noch h.M. nicht auf Schadensersatz oder Entschädigung in Geld gerichtet ist, sondern auf die Beseitigung eines rechtswidrigen, wenn auch ursprünglich durch rechtmäßiges Verwaltungshandeln hervorgerufenen Zustands und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, des *status quo ante in natura*, ausgelegt ist, wird bei Rn 1274 ff. behandelt.
- Schließlich werden der **öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch** und der **öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch** erläutert (Rn 1314 ff. und 1321 ff.).

¹⁴⁰¹ Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 25 Rn 1.

¹⁴⁰² Erst seit 1994 hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 25 GG. Das zuvor vom Bund erlassene und am 1.1.1985 in Kraft getretene Staatshaftungsgesetz wurde vom BVerfG wegen fehlender Bundesgesetzgebungskompetenz für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 61, 140 ff.). Und seit Schaffung der Bundesgesetzgebungskompetenz gab es keine konkreten Bemühungen eines einheitlichen Staatshaftungsrechts.

¹⁴⁰³ Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 25 Rn 1; Brüning, JuS 2003, 2; Brugger, JuS 1999, 625, 626; Sandkühler, JA 2001, 149 ff.; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 2. Vgl. auch Sauer, JuS 2012, 695 ff.

¹⁴⁰⁴ BVerfG NVwZ 1998, 271, 272; BGH NJW 1998, 142.

A. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

1062

Ausgangspunkt der Amtshaftung ist § 839 BGB, wonach Schadensersatz zu gewähren ist, wenn ein Beamter schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und daraus ein Schaden entstanden ist. Diese Vorschrift erfasst ihrem Wortlaut nach nur die Amtspflichtverletzung eines Beamten i.S.d. Beamtenrechts, d.h. im staats- bzw. statusrechtlichen Sinn. Art. 34 S. 1 GG hingegen erweitert den Anwendungsbereich der einfachgesetzlichen Amtshaftung auf *alle* Fälle der Ausübung öffentlicher Gewalt. Im staatshaftungsrechtlichen Sinn ist demnach Beamter „jeder“, der ein ihm anvertrautes öffentliches Amt ausübt. Darunter fallen alle Bediensteten, die der Bund, ein Land oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat.¹⁴⁰⁵ Auf die staatsrechtliche Beamteneigenschaft kommt es nicht an. Beamte i.S.d. Staatshaftungsrechts können danach auch Private oder private Unternehmer sein, wenn sie von einem Verwaltungsträger im Wege der Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben betraut worden sind¹⁴⁰⁶; selbst bloße Hilfstätigkeiten im Rahmen öffentlicher Verwaltung (was auf Verwaltungshelfer zutrifft) können im Einzelfall Ansprüche wegen Amtshaftung auslösen.¹⁴⁰⁷ Soweit also Private von der öffentlichen Hand durch freie Dienst- oder Werkverträge oder ähnliche Vertragsverhältnisse als Verwaltungshelfer herangezogen werden, ist bei der Frage nach einem Amtshaftungsanspruch stets zu prüfen, inwieweit das schadensbegründende Verhalten im Zusammenhang mit der Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit steht. Weiterhin ist zu beachten, dass Art. 34 GG eine Haftungsüberleitung statuiert: Die nach § 839 BGB bestehende Haftung des Beamten wird auf den Staat übergeleitet („befreiende Schuldübernahme“).¹⁴⁰⁸ Insofern erfüllt Art. 34 GG eine Doppelfunktion. Somit lässt sich sagen, dass **§ 839 BGB und Art. 34 GG** hinsichtlich Anspruchsgrundlage und Haftungsvoraussetzungen ein organisches Ganzes bilden und **zusammen geprüft** werden müssen.¹⁴⁰⁹ Es bietet sich folgender Prüfungsaufbau an:

1063

Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolge der Amtshaftung

Vorprüfung: Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes

- ⇒ Nach dem weiten Beamtenbegriff ist „Jemand“ zunächst ein *Beamter*, ein *Angestellter* oder *sonstiger Bediensteter* im öffentlichen Dienst, darüber hinaus ein *Richter*, ein *Soldat* oder eine (sonstige) Person, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht. Auch **Private**, die hoheitlich tätig sind bzw. eine hoheitliche Funktion wahrnehmen, können Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sein (Beispiele: **Beliehene bzw. beliehene Unternehmer** sowie **Verwaltungshelfer**). Dasselbe gilt für privat-rechtlich beauftragte **Prüfingenieure** (für Baustatik) und **Werk- oder Dienstunternehmer**, sofern sie als „**Werkzeug**“ oder „**Erfüllungsgehilfe**“ der Behörde gelten.
- ⇒ Die Pflichtverletzung muss im **Funktionszusammenhang mit der Amtsausübung** stehen. Das ist nicht der Fall, wenn die Behörde *privatrechtlich* tätig ist oder der Amtswalter die fragliche Handlung nur *anlässlich* seiner hoheitlichen Tätigkeit begeht.

b. Verletzung der Amtspflicht

Der Begriff der **Amtspflicht** ist umfassend zu verstehen und umfasst sowohl das Innenrecht (innerdienstliche Weisungen, Erlasse, Rundverfügungen, Verwaltungsvorschriften) als auch das Außenrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte). Beispiele sind:

¹⁴⁰⁵ BGH NJW 2005, 286, 287; NVwZ 2006, 966. Siehe auch BGH NJW 2018, 2264, 2265.

¹⁴⁰⁶ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BVerwG NVwZ 2011, 368 ff. sowie BGH NVwZ 2012, 381 ff.

¹⁴⁰⁷ BGH NJW 2005, 286, 287; nunmehr auch *Schlick*, NJW 2013, 3349.

¹⁴⁰⁸ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 12.

¹⁴⁰⁹ Vgl. auch BVerfGE 61, 149, 198; BGHZ 161, 6 ff.; BGH NJW 2002, 3172, 3173; NVwZ 2002, 1276, 1277; *Rinne/Schlick*, NJW 2005, 3541 ff.; *Papier*, in: HdbStR VIII, § 180 Rn 22; *Dagtoglou*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rn 5; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 34 Rn 11. Später auch *Hartmann/Tieben*, JA 2014, 401; *Lege*, JA 2016, 81, 82.

Pflicht zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Handeln; Pflicht zu sorgfältiger Sachverhaltsermittlung; Pflicht zur richtigen, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung; Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, insbesondere zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Pflicht, absolut geschützte Rechte der Bürger zu beachten (körperliche Unversehrtheit, Eigentum); Pflicht zur sachlichen, zügigen und unvoreingenommenen Entscheidung; Pflicht zu konsequentem Verhalten; Pflicht zur Beachtung (nicht unbedingt zur Befolgung, wenn keine Bindungswirkung) höchstrichterlicher Rechtsprechung; Pflicht der Baugenehmigungsbehörde, nur rechtmäßige Baugenehmigungen zu erteilen; Pflicht, im Rahmen der Beamtenernennung/Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle sich an den durch Art. 33 II GG vorgegebenen Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung zu orientieren; Pflicht eines von einer staatlichen Hochschule (z.B. Universität) beauftragten Prüfers, eine Prüfungsarbeit (Diplom, Staatsexamen) fehlerfrei zu korrigieren und zu bewerten. Weitere anschauliche Beispiele für das Vorliegen von Amtspflichten bieten die Regelungen über den Straßenverkehr sowie die allgemeine Verkehrssicherungspflicht.

c. Drittbezug der Amtspflicht

Eine umfassende und uneingeschränkte Amtspflicht würde zu einer uferlosen Ausweitung der Staatshaftung führen. Um dies zu vermeiden, muss der handelnde Amtswalter eine Amtspflicht verletzt haben, die ihm **einem Dritten gegenüber obliegt** (Drittbezug der Amtspflichtverletzung). Drittbezug bedeutet, dass der Amtswalter seine Pflicht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Dritten zu beachten hat. Damit wird eine Parallele zu § 42 II VwGO erkennbar. Maßgebend für die Drittichtung ist aber, **ob und inwieweit der Schutz des Geschädigten bezweckt** ist. Dies ist durch Auslegung im konkreten Fall festzustellen.

d. Verschulden

Die Amtspflichtverletzung muss durch den handelnden Amtswalter **verschuldet** worden sein. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift ist der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 276 I S. 1 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zugrunde zu legen („pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter des jeweiligen Amtes“), wobei eine Amtspflichtverletzung ein Verschulden indiziert.

2. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast

Schadensersatz i.S.d. Amtshaftung ist der Ersatz des durch die Amtspflichtverletzung adäquat verursachten und zurechenbaren Schadens. Gemeint ist jeder **Vermögensschaden**, der eine adäquate Folge der Verletzungshandlung darstellt und vom Schutzzweck der Amtspflicht erfasst ist. Dieser Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf **Geld** gerichtet. Der dem Geschädigten zu leistende Geldersatz ist nach dem Betrag festzulegen, der erforderlich ist, um den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Art und Umfang des Schadensersatzes bemessen sich nach den §§ 249 ff. BGB.

3. Haftungsausschluss/Verjährung

Unter bestimmten Voraussetzungen ist der Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen: Dazu zählen die Subsidiaritätsklausel gem. § 839 I S. 2 BGB, das Spruchprivileg gem. § 839 II BGB, das Rechtsmittelversäumnis gem. § 839 III BGB sowie die gesetzlichen Beschränkungen der Amtshaftung. Zur Verjährung vgl. Rn 1111.

4. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)

Nach der herrschenden Anvertrauentheorie (Amtsübertragungstheorie) haftet die Behörde, die dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung begangen wurde, „anvertraut“ bzw. „übertragen“ hat. Das wird im Regelfall die Körperschaft sein, die diesen Amtsträger angestellt (Anstellungskörperschaft) und ihm damit die Möglichkeit zur Amtsausübung eröffnet hat.

5. Rechtsweg

Gemäß Art. 34 S. 3 GG, § 40 II VwGO sind die ordentlichen Gerichte zuständig, und zwar streitwertunabhängig die **Landgerichte** in erster Instanz, vgl. § 71 II Nr. 2 GVG (Amtshaftungskammern).

I. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG/Konkurrenzen

1064

Wie bei allen Rechtsinstituten muss zunächst die Anwendbarkeit feststehen. Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG können durch Spezialregelungen wie bspw. § 19 BNotO oder § 2 StrEG ausgeschlossen sein. Ob bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr im Rahmen von bewaffneten Konflikten Amtshaftungsansprüche ausgeschlossen sind, ist hingegen allein schon aufgrund der völkerrechtlichen Bindung der Bundesrepublik Deutschland zweifelhaft. Gleichwohl verneint der BGH die Anwendbarkeit des Amtshaftungsanspruchs und begründet dies – da der Wortlaut des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG einen Ausschluss nicht gerade nahelegt – mit der Entstehungsgeschichte des § 839 BGB und mit systematischen Gründen. Zum einen habe der Gesetzgeber beim Erlass des § 839 BGB eine amtshaftungsrechtliche Verantwortlichkeit für bewaffnete Auslandseinsätze nicht im Blick gehabt und zum anderen existiere insbesondere mit den beiden Zusatzprotokollen zu den Genfer Abkommen über den Schutz der Opfer bewaffneter Konflikte ein detailliertes Regelwerk, das auf der Ebene der Primärnormen den Schutz der Zivilbevölkerung umfassend gewährleiste.¹⁴¹⁰

Die allgemeinen Regeln des **Völkerrechts**, die gem. Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sind und den Gesetzen (auch damit auch § 839 BGB) vorgehen, enthalten – wie der BGH ausführt – ebenfalls keine Individualansprüche auf Schadensersatz oder Entschädigung bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht.¹⁴¹¹ Auch bei Verträgen auf dem Gebiet des Völkerrechts sei die Haftungsverpflichtung auf das Völkerrechtsverhältnis zwischen den betroffenen Staaten beschränkt. Sie bestehe nur zwischen den Vertragsparteien und unterscheide sich von dem Primäranspruch der betroffenen Personen auf Einhaltung der Verbote des humanitären Völkerrechts.¹⁴¹²

Auf der anderen Seite schließt § 839 BGB als Spezialregelung eine Haftung aus anderen verschuldensabhängigen Tatbeständen (etwa §§ 823, 826, 839a BGB, § 18 I StVG) aus.¹⁴¹³ Daraus folgt, dass der handelnde Beamte im haftungsrechtlichen Sinne nicht, auch nicht neben dem Staat, aus einem Verschuldenstatbestand haftet.¹⁴¹⁴ Der Staat haftet daher nicht aus § 831 BGB, sondern allein nach § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG. Zu allen anderen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen besteht indes Anspruchskonkurrenz.¹⁴¹⁵ Insbesondere können der *enteignungsgleiche Eingriff*, der Entschädigungsanspruch wegen *Aufopferung*, Schadensersatzansprüche aus *verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen*¹⁴¹⁶, Ansprüche aus *Gefährdungshaftung*¹⁴¹⁷, Ausgleichsansprüche bei der *Aufhebung eines Verwaltungsakts* gem. §§ 48 III, 49 VI VwVfG oder der allgemeine *Folgenbeseitigungsanspruch* neben dem Amtshaftungsanspruch geltend gemacht werden.

Beispiel: Verursacht Beamter B bei einer Dienstfahrt mit dem Dienstfahrzeug einen Unfall, haftet der Staat nach § 7 I StVG (verschuldensunabhängige Halterhaftung) und – sofern B den Unfall schuldhaft verursacht hat – auch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. B haftet wegen der in Art. 34 GG angeordneten Haftungsüberleitung nicht persönlich, weder nach § 823 BGB noch nach der verschuldensabhängigen Fahrerhaftung des

¹⁴¹⁰ BGH NJW 2016, 3656, 3657 (Luftangriff, der auf Befehl eines Angehörigen der Bundeswehr im Rahmen des NATO-geführten ISAF-Einsatzes in Afghanistan erfolgte).

¹⁴¹¹ BGH NJW 2016, 3656, 3657 (Luftangriff in Afghanistan). Siehe auch *Schlick*, NJW 2017, 2509, 2510.

¹⁴¹² BGH NJW 2016, 3656, 3657 (Luftangriff in Afghanistan). Siehe auch *Schlick*, NJW 2017, 2509, 2510.

¹⁴¹³ BGH NJW 2014, 1665, 1666. Siehe auch BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164.

¹⁴¹⁴ Vgl. dazu etwa BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164; BGH NJW 2017, 1745, 1746; BGH NJW 2014, 1665, 1666; NVwZ 2007, 487; BGHZ 108, 230, 232.

¹⁴¹⁵ Vgl. BGH NJW 2007, 830, 833.

¹⁴¹⁶ Das betrifft insb. den Fall, dass ein Kfz abgeschleppt und dabei von dem von der Polizei beauftragten Abschleppunternehmer beschädigt wird; vgl. dazu BGH NJW 2014, 2577 und *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 13 Rn 36a.

¹⁴¹⁷ So auch BGH NVwZ-RR 2005, 381 und OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 748. Zur Gefährdungshaftung vgl. eingehend *R. Schmidt*, SchuldR BT II, 13. Aufl. 2019, Rn 953 ff.

§ 18 I StVG. Denn § 18 I StVG beruht auf vermutetem Verschulden. Daher wird § 18 I StVG (anders als § 7 I StVG) von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt.¹⁴¹⁸

Anders hätte der Fall gelegen, wenn B seinen eigenen Pkw benutzt hätte. Dann hätte – bei Verschulden des B – der Staat nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gehaftet. B hätte – unabhängig von seinem Verschulden – nach § 7 I StVG gehaftet.¹⁴¹⁹

Ein weiteres Beispiel einer in Anspruchskonkurrenz zur Amtshaftung stehenden Gefährdungshaftung ist die Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB (verschuldensunabhängige Haftung wegen eines Luxustieres). Allerdings dürfte bei der Tierhalterhaftung eines Beamten (bzw. von dessen Dienstherrn) eher ein Fall des § 833 S. 2 BGB vorliegen (etwa bei einem Biss durch einen Polizeihund¹⁴²⁰ oder einem Zwischenfall mit einem Dienstpferd der polizeilichen Reiterstaffel), der als Verschuldenstatbestand gegenüber dem Amtshaftungsanspruch subsidiär zurücktritt.

Bei der Abgrenzung zum **EU-Recht** gilt, dass das Amtshaftungsinstitut nach § 839 BGB, Art. 34 GG nicht auf Tätigkeiten von EU-Organen anwendbar ist. Insoweit besteht aber die vergleichbare Regelung des Art. 340 II AEUV. Verstößen aber *nationale* Stellen gegen EU-Recht, ergibt sich aus dem primären EU-Recht die Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen betroffenen Bürgern Schadensersatz zu leisten.¹⁴²¹ § 839 BGB, Art. 34 GG sind dann unionsrechtskonform auszulegen.

1065

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes

a. Handlungssubjekt „Jemand“

Wie in der Einführung erwähnt, ist der Beamtenbegriff des § 839 BGB in Anlehnung an Art. 34 GG weit (also im haftungsrechtlichen Sinn) auszulegen. Danach kann „Jemand“ zunächst ein Beamter (im statusrechtlichen Sinn, vgl. § 8 I Nr. 1 BeamStG), ein Angestellter¹⁴²² oder sonstiger Bediensteter im öffentlichen Dienst sein, darüber hinaus ein Richter, ein Soldat¹⁴²³ oder eine (sonstige) Person, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht.¹⁴²⁴ Beamter im haftungsrechtlichen Sinn ist demnach jeder, den der Bund, ein Land oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine statusrechtliche Beamteneigenschaft zukommt.¹⁴²⁵

1066

Beispiele für Personen in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis: Minister¹⁴²⁶; Feuerwehrleute¹⁴²⁷; Bürgermeister und sonstige Mitglieder eines Gemeinderats¹⁴²⁸ oder Kreistags¹⁴²⁹; Parlamentsabgeordnete (generell Normgeber)¹⁴³⁰

Auch **Private**, die hoheitlich tätig sind bzw. eine hoheitliche Funktion wahrnehmen, können Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sein.¹⁴³¹ Das betrifft zunächst **Beliehene**, also natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts, die durch

1067

¹⁴¹⁸ Vgl. BGHZ 121, 161, 167 f.; OLG Nürnberg NVwZ 2001, 1324; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 26 Rn 48. Zur Haftung nach §§ 7, 18 I StVG vgl. im Übrigen *R. Schmidt*, SchuldR BT II, 13. Aufl. 2019, Rn 973 ff.

¹⁴¹⁹ Vgl. zu den Konkurrenzen auch BVerfG NJW 2002, 3172, 3173.

¹⁴²⁰ Vgl. dazu etwa OLG Karlsruhe NVwZ-RR 2016, 45; LG Hildesheim 10.2.2017 – 7 S 144/16.

¹⁴²¹ Vgl. dazu ausführlich Rn 1348 ff.

¹⁴²² Siehe etwa BGH NJW 2018, 2264 ff. (Angestellte einer Kfz-Zulassungsstelle).

¹⁴²³ Siehe etwa BGH NJW 2016, 3656 ff. (Luftangriff in Afghanistan).

¹⁴²⁴ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 16.

¹⁴²⁵ Vgl. BGH NJW 2005, 286, 287; NVwZ 2006, 966; NVwZ 2012, 381 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 15.

¹⁴²⁶ BGHZ 14, 319, 321; 63, 319, 322.

¹⁴²⁷ BGHZ 63, 167, 170 in Bezug auf die staatliche Feuerwehr. Das gilt aber auch für die Freiwillige Feuerwehr, obwohl diese privatrechtlich organisiert ist. Denn auch diese nimmt eine öffentliche Aufgabe wahr (vgl. LG Koblenz 18.10.2018 – 1 O 45/18 – dazu Rn 1092a).

¹⁴²⁸ BGH NVwZ 2002, 373, 374; NJW 1998, 1944; BGHZ 84, 292, 298 f.; 106, 323, 330.

¹⁴²⁹ BGHZ 11, 192, 197 f.

¹⁴³⁰ OLG Hamburg DÖV 1971, 238, 239; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 34 Rn 6.

Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einzelne hoheitliche Aufgaben im eigenen Namen wahrnehmen.¹⁴³²

Beispiel¹⁴³³: Der als Notarzt beim **Rettungsdienst** tätige Mediziner ist nach Maßgabe des Landesrettungsgesetzes Beamter im haftungsrechtlichen Sinne. Fehler bei der Notfallversorgung können daher Amtshaftungsansprüche auslösen.

1068 Da die öffentliche Hand sich ihrer (Amts-)Haftung nicht entziehen darf, wenn sie für die Durchführung einer hoheitlichen Aufgabe Private beauftragt¹⁴³⁴, können nicht nur Beliehene, sondern auch sonstige **private Personen** bzw. Organisationen, die der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben heranzieht, zu den Beamten im haftungsrechtlichen Sinn zählen.¹⁴³⁵ Das betrifft namentlich **Verwaltungshelfer** bzw. **Erfüllungsgehilfen**.¹⁴³⁶ Bei diesen handelt es sich nicht wie bei den Beliehenen um Personen, die auf der Grundlage eines förmlichen Beleihungsakts handeln, sondern um Private, die aufgrund eines Vertrags im Auftrag und nach Weisung der sie betrauenden Behörde öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Unter welchen Voraussetzungen das Handeln von Verwaltungshelfern oder (anderen) Erfüllungsgehilfen eine Amtshaftung begründen kann, ist unklar. Das betrifft insbesondere von einer Behörde privatrechtlich beauftragte Prüferingenieure (für Baustatik), Werk- oder Dienstunternehmer (z.B. ein Bau- oder Abschleppunternehmer¹⁴³⁷, ein mit der Wahrnehmung von Straßen-Winterdiensten beauftragtes Privatunternehmen¹⁴³⁸ oder ein Unternehmen, das mit der Aufstellung von Straßenverkehrsschildern betraut ist¹⁴³⁹), aber auch Fachärzte, zu denen ein Patient von einem Amtsarzt überwiesen worden ist¹⁴⁴⁰. Ferner wird diskutiert, ob auch freiwillige Ersthelfer, die vom Staat etwa bei Großschadenslagen zur Erstversorgung von Verletzten eingesetzt werden, als „Beamte im haftungsrechtlichen Sinne“ anzusehen sind und eine Haftung des Staates auslösen, wenn sie bei Opfern oder Dritten Schäden verursachen.¹⁴⁴¹

Bei all diesen Fällen lässt sich im Kern sagen: Zieht der Staat Private zur Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben heran, hängt die Qualifikation der Tätigkeit des Herangezogenen als hoheitlich oder nicht im Wesentlichen vom Charakter der wahrgenommenen/wahrzunehmenden Aufgabe ab sowie davon, wie eng der Private in die hoheitliche Tätigkeit der Behörde eingebunden ist und wie begrenzt der Entscheidungsspielraum des Privaten ist.¹⁴⁴² Zugleich wird damit über die Frage entschieden, ob der Herangezogene „in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes“ gehandelt hat. Der BGH legt folgende Faustformel zugrunde: Je enger die Verbindung zwischen übertragener Tätigkeit und hoheitlicher Aufgabe ist, desto eher haftet die Behörde bzw. desto näher liegt es, den Privaten als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen.¹⁴⁴³ Der Private ist dann funktional in den hoheitlichen Bereich der Verwaltung eingebettet und handelt als „**Werkzeug**“ oder „**Erfüllungsgehilfe**“ der Behörde.¹⁴⁴⁴ Sein Fehlverhalten (§§ 276, 280 ff. BGB) wird der Haftungskörperschaft

¹⁴³¹ Vgl. BGHZ 118, 304, 308; 121, 161, 165; BVerwG NVwZ 2011, 368 ff.; LG Kassel NVwZ 2002, 126.

¹⁴³² Vgl. BGHZ 161, 6, 8 ff.; BVerwG NVwZ 2011, 368 ff.; BGH NJW 2014, 2577. Zum Zweck einer Beleihung siehe oben Rn 112.

¹⁴³³ BGH NVwZ-RR 2017, 378, 379 (Amtshaftung bei Fehler eines Notarztes).

¹⁴³⁴ BGH NJW-RR 2019, 1163, 1165.

¹⁴³⁵ Siehe nur BGHZ 121, 161, 164 ff.; BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 f.

¹⁴³⁶ OLG Köln NJW 1986: Schülerlotse; LG Rottweil NJW 1970, 474: Ordnungsschüler.

¹⁴³⁷ Vgl. BGH NJW 2014, 2577 f. Vgl. auch *Schlick*, NJW 2014, 2915 und *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 13.

¹⁴³⁸ BGH NJW 2014, 3580 f.

¹⁴³⁹ BGH NJW-RR 2019, 1163 ff.

¹⁴⁴⁰ LG Kassel NVwZ 2002, 126.

¹⁴⁴¹ *Messerschmidt/Krebs*, NVwZ 2016, 275 ff.

¹⁴⁴² BGH NJW 2014, 2577, 2578. Siehe auch BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 f.

¹⁴⁴³ BGH NJW 2014, 2577, 2578; BGHZ 121, 161, 165 f.; BGH NJW-RR 2019, 1163, 1165.

¹⁴⁴⁴ BGHZ 48, 98, 103; BGH NJW 1971, 2220, 2221; später BGHZ 121, 161, 165 f.; BGH NJW 2014, 2577, 2578. Siehe auch BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 ff.

über § 278 BGB zugerechnet¹⁴⁴⁵; der Staat haftet nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG; der Herangezogene selbst haftet nicht.

Beispiel¹⁴⁴⁶: Der als Straßenbaubehörde fungierende Landesbetrieb Mobilität (LBM) ist zuständig u.a. für die Straßenverkehrssicherung, die das Aufstellen von Verkehrsschildern umfasst. Zur Erfüllung dieser Aufgabe erteilte der LBM dem Unternehmer U auf der Basis eines privatrechtlichen Vertrags den Auftrag, die Verkehrssicherung zur Durchführung von Straßenbauarbeiten an einer Bundesautobahn gemäß der verkehrsbeschränkenden Anordnung des LBM vorzunehmen. Der Anordnung war ein Verkehrszeichenplan beigelegt, der die Verkehrsführung auf einem etwa drei Kilometer langen Streckenabschnitt vorschrieb. Der Plan gab vor, an welcher Stelle welche Verkehrsschilder aufzustellen waren. Angestellte des U nahmen die Beschilderung im Baustellenbereich entsprechend dem Plan und den Vorgaben der Anordnung vor. E befuhr mit ihrem Pkw den von U beschilderten Streckenabschnitt. Es herrschte zu diesem Zeitpunkt leicht böiger Wind. Mitten im Baustellenbereich flog plötzlich ein eine Geschwindigkeitsbeschränkung anordnendes Verkehrsschild (Zeichen 274 Anlage 2 zu § 41 I StVO) gegen die Beifahrerseite des Wagens der E, wodurch ein Sachschaden entstand. Das Schild hatte sich gelöst, weil es von U nicht ordnungsgemäß befestigt worden war.

Zunächst stellt sich die Frage, ob E gegen U einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 BGB hat.¹⁴⁴⁷ Jedoch ist ein solcher Anspruch von vornherein ausgeschlossen, wenn die befreiende Haftungsüberleitung nach Art. 34 S. 1 GG greift. Wie der BGH in ständiger Rechtsprechung klarstellt, tritt der Staat bzw. die jeweilige Anstellungskörperschaft als Anspruchsgegner des/der Geschädigten an die Stelle desjenigen, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt und einen Schaden verursacht hat; in diesem Fall scheidet (wegen Art. 34 S. 1 GG) eine persönliche Haftung des Schädigers gegenüber dem oder der Geschädigten aus.¹⁴⁴⁸

Zu prüfen ist daher, ob gem. § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG U in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes den Schaden verursacht hat. Die Verkehrsregelung mittels Verkehrszeichen (§ 45 StVO) ist – wie der BGH klarstellt – eine hoheitliche Aufgabe.¹⁴⁴⁹ Es handele sich – jedenfalls bei verkehrsbeschränkenden Verkehrsregelungen und -zeichen (hier: Geschwindigkeitsbeschränkung, Zeichen 274) – um Maßnahmen der Eingriffsverwaltung, da die durch sie angeordneten Ge- und Verbote Verhaltensbefehle seien, die für die Verkehrsteilnehmer bindend seien. Die entsprechende Anordnung obliege den Straßenverkehrsbehörden (§ 45 III StVO) und, wenn sie – wie vorliegend – zur Durchführung von Straßenbauarbeiten erfolgt, den Straßenbaubehörden (§ 45 II S. 1, 4 StVO). U wiederum war aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags und der verkehrsbeschränkenden Anordnung gem. § 45 II S. 1, III, VI StVO des LBM mit der Verkehrssicherung betraut und nach Maßgabe des beigelegten Verkehrszeichenplans zur Aufstellung der Verkehrsschilder verpflichtet. Indem U durch das unsachgemäße Befestigen des Verkehrsschildes bei E einen Schaden verursacht hat, könnte ein Amtshaftungsanspruch der E gegen den LBM bzw. das Land bestehen. Dazu müsste jedoch U den Schaden in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes verursacht haben. Das Kriterium „in Ausübung“ beschreibt die Zurechnung, die sich wiederum danach bestimmt, ob zwischen der Erledigung der öffentlichen Aufgabe und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss.¹⁴⁵⁰ Der BGH führt hierzu aus: „Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der öffentlichen Hand zu erfüllenden hoheitlichen

¹⁴⁴⁵ Vgl. BGH NJW 2014, 2577, 2578. Vgl. auch BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 f.

¹⁴⁴⁶ In Anlehnung an BGH NJW-RR 2019, 1163.

¹⁴⁴⁷ In der BGH-Entscheidung wird von § 823 I BGB gesprochen, was aber unzutreffend erscheint. Wenn überhaupt, haftet U deliktsrechtlich nach § 831 I S. 1 BGB für seine Verrichtungsgehilfen.

¹⁴⁴⁸ BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 unter Verweis auf weitere Urteile des BGH.

¹⁴⁴⁹ BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 mit Verweis u.a. auf *Itzel*, MDR 2017, 1393, 1396.

¹⁴⁵⁰ BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164.

Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen. Jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung kann sich die öffentliche Hand der Amtshaftung für fehlerhaftes Verhalten ihrer Bediensteten grundsätzlich nicht dadurch entziehen, dass sie die Durchführung einer Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt.¹⁴⁵¹

Für den vorliegenden Fall der Eingriffsverwaltung hat der BGH den erforderlichen engen Funktionszusammenhang zwischen der hoheitlichen Aufgabenerfüllung und der Einbindung des U in diesen Prozess angenommen. U war aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags und der verkehrsbeschränkenden Anordnung gem. § 45 II S. 1, III, VI StVO des LBM mit der Verkehrssicherung betraut und nach Maßgabe des beigelegten Verkehrszeichenplans zur Aufstellung der Verkehrsschilder an genau bestimmten Stellen verpflichtet. Angesichts dieser präzisen Anordnungen im Verkehrszeichenplan war U damit nur „Ausführungsorgan“ der hoheitlich tätigen Straßenbaubehörde.

Mithin war U in die hoheitliche Verwaltung (hier: Verkehrszeichenaufstellung) einbezogen. Sein Fehlverhalten und damit seine Haftung (§ 839 I BGB i.V.m. §§ 276, 278, 280 ff. BGB) geht gem. Art. 34 S. 1 GG auf die Haftungskörperschaft über („befreiende Schuldübernahme“). Der Amtshaftungsanspruch der E ist begründet. Eine parallele Haftung des U aus § 831 BGB scheidet wegen Art. 34 S. 1 GG aus.

- 1069** Ähnliches gilt in Bezug auf das **Abschleppen von rechtswidrig geparkten Fahrzeugen**, wenn dabei das Fahrzeug beschädigt wird. Das Abschleppen stellt dann zunächst eine Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme in Form einer Ersatzvornahme dar, wenn diese von der Polizei selbst durchgeführt wird. Aber auch bei Einschaltung eines privaten Dritten (d.h. eines Abschleppunternehmers) kann nichts anderes gelten, da dieser als Erfüllungsgehilfe der Polizei tätig wird.¹⁴⁵² Beschädigt dieser beim Abschleppvorgang das Fahrzeug, geht seine nach § 839 I BGB bestehende Haftung gem. Art. 34 S. 1 GG auf die Körperschaft über.¹⁴⁵³

Wiederholung und Hinweis für die Fallbearbeitung: Handeln Bedienstete einer Behörde selbst, ist das Kriterium „Jemand“ ebenso unstreitig erfüllt, wie wenn Beliehene den anspruchsbegründenden Tatbestand herbeiführen. Bedient sich die Behörde aber Privater zur Erfüllung ihrer Aufgaben, ist eine Haftung nur gegeben, wenn der Private in die hoheitliche Tätigkeit der Behörde eingebunden ist und als „Werkzeug“ oder „Erfüllungsgehilfe“ der Behörde handelt. Das ist umso eher anzunehmen, je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist.¹⁴⁵⁴

b. In Ausübung eines öffentlichen Amtes

- 1070** Die Pflichtverletzung muss in einem engen **Funktionszusammenhang mit der Amtsausübung** (dem hoheitlichen Handeln) stehen.¹⁴⁵⁵ Das ist **nicht** der Fall, wenn die Behörde **privatrechtlich** tätig ist oder der Amtswalter die fragliche Handlung lediglich **anlässlich** seiner hoheitlichen Tätigkeit begeht.¹⁴⁵⁶ Auch ein Arzt, der einen Arbeitnehmer nach einem Arbeitsunfall behandelt, nimmt keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe wahr. Er übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich¹⁴⁵⁷ (aus Behandlungsvertrag bzw. § 823 I BGB).

¹⁴⁵¹ BGH NJW-RR 2019, 1163, 1165.

¹⁴⁵² So OLG Hamm NJW 2001, 375, 376; BGHZ 121, 161, 165 f.

¹⁴⁵³ Vgl. dazu insgesamt die Fallbearbeitung von R. Schmidt, Fälle zum POR, Fall 13.

¹⁴⁵⁴ Vgl. BGH NJW 2014, 2577, 2578; BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 f.

¹⁴⁵⁵ St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2017, 1745, 1746.

¹⁴⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2002, 3172, 3173; OLG Naumburg NVwZ-RR 2007, 122; Detterbeck, JuS 2000, 574, 576; Bull/Mehde, AllgVerwR, Rn 1027.

¹⁴⁵⁷ BGH NJW 2017, 1745, 1746.

Bezüglich der Frage, ob das anspruchsbegründende Verhalten **dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht** zuzurechnen ist, sei auf die Ausführungen bei Rn 23 ff. verwiesen. Besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung bestehen, wenn der Schaden nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch schlichtes Verwaltungshandeln verursacht wird. Hier muss danach gefragt werden, ob das fragliche Handeln in einem engen Funktionszusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit steht.¹⁴⁵⁸ Für den Fall, dass die Behörde privatrechtlich tätig ist, kann Anspruchsgrundlage neben der Eigenhaftung des Amtswalters nur § 823 (i.V.m. §§ 31, 39), § 831; §§ 311 II, III, 241 II i.V.m. § 280 I BGB, §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. 281, 282 BGB i.V.m. § 278 BGB sein (dazu später).

1071

Beispiele:

- (1) Erteilung einer behördlichen **Genehmigung** oder **Bearbeitung von Anträgen**, die auf den Erlass einer behördlichen Entscheidung zielen (= hoheitlich)
- (2) Maßnahmen in der **Straßenbauverwaltung** (= hoheitlich)
- (3) **Öffentliche Warnungen** bspw. vor Sekten oder Produkten¹⁴⁵⁹ (= hoheitlich)
- (4) Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr, etwa durch „**Dienstfahrt**“ (= hoheitlich, sofern die Teilnahme mit hoheitlicher Zielsetzung erfolgt; privatrechtlich, sofern sie zu privaten (auch fiskalischen) Zwecken unternommen wurde)
- (5) **Führen eines Rettungswagens** durch einen Bundesfreiwilligendienstleistenden¹⁴⁶⁰ (= hoheitlich)
- (6) Mitnachhausenahme einer **Dienstwaffe** durch einen Polizeibeamten mit Billigung seines Dienstherrn¹⁴⁶¹ (= hoheitlich)
- (7) **Mobbing durch Vorgesetzte** während der Dienstausbübung (= hoheitlich)¹⁴⁶²
- (8) **Abschluss eines Kaufvertrags** (= privatrechtlich, da Verwaltungsprivatrecht oder Fiskalverwaltung)

Mit der Formulierung „anlässlich einer hoheitlichen Tätigkeit“ (Rn 1070) ist gemeint, dass das anspruchsbegründende Verhalten **nicht nur bei Gelegenheit der Amtsausübung** begangen worden sein darf.¹⁴⁶³ So können Handlungen, die persönlich motiviert sind, i.d.R. nicht zu einem Amtshaftungsanspruch führen.

1072

Beispiele:

- (1) Polizeibeamter P schießt während eines dienstlichen Kontrollgangs aus privaten bzw. persönlichen Motiven auf einen Menschen.¹⁴⁶⁴
- (2) Bundeswehrsoldat S will seiner Freundin imponieren und fährt mit seinem Panzer durch einen Vorgarten.
- (3) Gerichtsvollzieher G pfändet im Haus des S einige Kunstgegenstände und steckt dabei eine wertvolle Brosche in seine Hosentasche mit der Absicht, sich diese zuzueignen.

Anders verhält es sich, wenn das Fehlverhalten des Amtswalters trotz des persönlichen Motivs dienstlichen Bezug hat.

1073

¹⁴⁵⁸ BGHZ 118, 304, 305; 146, 169, 171; BGH NJW 2002, 3172, 3173. Vgl. auch BGH NVwZ 2011, 556; NVwZ-RR 2010, 2010, 502; NVwZ-RR 2010, 485; NVwZ-RR 2011, 119 L; VersR 2011, 348.

¹⁴⁵⁹ Zu den öffentlichen Warnungen vgl. etwa BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein), 105, 279 ff. (Sekte); BVerfG NJW 2002, 3458 ff. (Offenlegung einer Scientology-Mitgliedschaft).

¹⁴⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 2109 f. (in Bezug auf den früheren Zivildienst). Die Einstufung als hoheitliches Handeln i.S.d. Amtshaftungsrechts gilt auch dann, wenn die anerkannte Einsatzstelle (§ 6 BFDG), in deren Dienst der Schädiger tätig geworden ist, privatrechtlich organisiert ist und – von ihrer Rechtsstellung als hoheitlich beliehene Einrichtung abgesehen – privatrechtliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. etwa den Malteser-Hilfsdienst); vgl. dazu BGH NVwZ 2001, 835.

¹⁴⁶¹ Vgl. dazu BGH NVwZ 2000, 467.

¹⁴⁶² Vgl. BGH NJW 2002, 3172, 3173 und das Beispiel bei Rn 1073.

¹⁴⁶³ Vgl. BGH NJW 2002, 3172, 3173; vgl. auch *Rinne/Schlick*, NJW 2004, 1918 f.

¹⁴⁶⁴ Vgl. BGHZ 11, 181, 185 ff.

Beispiel¹⁴⁶⁵: T war, bevor sie sich das Leben nahm, als Polizeibeamtin in einer Polizeiinspektion tätig, wo sie von ihrem Dienstgruppenleiter B während des Dienstes ständig schikaniert, in ihren dienstlichen Leistungen herabgewürdigt und in obszöner Weise beleidigt wurde. T hatte ihren Eltern immer wieder davon erzählt, dass B seine persönliche Freude daran habe, Frauen zu erniedrigen und sie in der beschriebenen Art herabzusetzen. In ihrem Abschiedsbrief schrieb T, ihr Freitod beruhe ausschließlich auf dem von B ausgehenden unerträglichen Psychoterror. Zugleich vermachte sie ihren Eltern ihr gesamtes Vermögen.

Der Vater V klagt vor dem Landgericht gegen den Dienstherrn des B auf Zahlung von Schmerzensgeld und Erstattung der Beerdigungskosten.

Lösungsgesichtspunkte: Als Anspruchsgrundlage kommen Art. 34 GG, § 839 BGB i.V.m. § 844 I BGB (Beerdigungskosten) sowie Art. 34 GG, §§ 839, 1922 BGB i.V.m. § 253 II BGB (Schmerzensgeld) in Betracht.

§ 839 BGB ist anwendbar und zugleich in seinen Voraussetzungen erfüllt, wenn ein Amtsträger in Ausübung des ihm anvertrauten Amtes eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt hat. Anspruchsgegner ist dann nicht der Amtsträger, sondern die öffentliche Hand (i.d.R. die Anstellungskörperschaft). Hat ein Beamter aber nur „bei Gelegenheit“ eines Amtes deliktisch gehandelt, haftet er persönlich aus § 823 I BGB (bzw. aus § 823 II BGB i.V.m. einem Schutzgesetz – bspw. einem Straftatbestand). Vorliegend ist zweifelhaft, ob das beanstandete Verhalten, das offenbar ohne konkreten dienstlichen Anlass allein aufgrund der frauenfeindlichen Grundhaltung des B erfolgte, noch **zur Ausübung seines Amtes** gezählt werden kann. Nach Auffassung des BGH schließt auch ein Missbrauch des Amtes zu eigennützigen, schikanösen oder strafbaren Zwecken den für das Handeln in Ausübung des Amtes maßgeblichen inneren Zusammenhang zwischen Amtsausübung und schädigendem Verhalten nicht von vornherein aus. Insbesondere sei ein Tätigwerden in Ausübung des übertragenen Amtes selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Beamte gerade das tue, was er habe verhindern sollen. Darüber hinaus sei zu beachten, dass der gesamte Tätigkeitsbereich, der sich auf die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe beziehe, als Einheit beurteilt werden müsse und es nicht angehe, die einheitliche Aufgabe in Einzelakte – teils hoheitlicher, teils persönlicher und bürgerlich-rechtlicher Art – aufzuspalten und einer gesonderten Beurteilung zu unterziehen.¹⁴⁶⁶

B hatte mit T ausschließlich im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung Kontakt. Sein Verhalten hatte daher dienstlichen Bezug. B hat seine Amtsstellung als Vorgesetzter missbräuchlich genutzt und deshalb in Ausübung seines Amtes gehandelt.

Zu den Amtspflichten gehört neben der besonderen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht jedes Vorgesetzten die allgemeine Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Schutzgüter des BGB. Sie wurden von B rechtswidrig und schuldhaft verletzt.

Somit sind auch die Voraussetzungen des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG erfüllt. Dies hat zur Folge, dass vorliegend allein das Land als Dienstherr des B passivlegitimiert ist. Eine persönliche Haftung des B gegenüber V scheidet aus.

Ergebnis: Damit ist ein Anspruch des V gegen den Dienstherrn des B gegeben. Die Klage ist begründet.

Fazit: Für Schäden, die dadurch entstehen, dass ein Beamter im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung durch seinen Vorgesetzten systematisch und fortgesetzt beleidigt und schikaniert wird (Mobbing), haftet der Dienstherr des Schädigers dem geschädigten Beamten nach Amtshaftungsgrundsätzen gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Schädiger von der Haftung frei wird. Denn beruht die Amtspflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit,

1074

¹⁴⁶⁵ In Anlehnung an BGH NJW 2002, 3172 ff. (Mobbing durch Vorgesetzte).

¹⁴⁶⁶ BGH NJW 2002, 3172, 3173.

haftet er im Innenverhältnis seinem Dienstherrn nach § 75 BBG bzw. § 48 BeamStG auf Regress. Wird also der Staat aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Anspruch genommen, kann (und muss) er den Schädiger in Regress nehmen und diesen vor dem Zivilgericht einklagen (Art. 34 S. 3 Fall 2 GG). Zum Regress vgl. Rn 1119.

2. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht

a. Begriff der Amtspflicht

Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), der für Beamte einfachgesetzlich in den §§ 63 I BBG, 36 I BeamStG konkretisiert ist, folgt, dass der Begriff der Amtspflicht weit zu verstehen ist und sowohl das Innenrecht (innerdienstliche Weisungen, Erlasse, Rundverfügungen, Verwaltungsvorschriften) als auch das Außenrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte, schlichtes Verwaltungshandeln wie bspw. Auskünfte, Gerichtsurteile) umfasst.¹⁴⁶⁷ Dem Grunde nach lässt sich sagen, dass sämtliche Verhaltenspflichten des Amtswalters Amtspflichten darstellen. Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung einige Fallgruppen entwickelt, von denen die überwiegende Zahl mittlerweile in den Gesetzen positivrechtlich normiert ist und die allesamt an die Rechtmäßigkeit des Handels anknüpfen. Beispielhaft sind zu nennen¹⁴⁶⁸:

1075

- Pflicht zur **Gewährung von gesetzlich vorgesehenen Leistungen**, etwa nach § 24 II S. 1 SGB VIII (i.V.m. mit dem Kita-Gesetz des Landes), wonach ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung („Kita“) hat.¹⁴⁶⁹
- Pflicht zu **zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Handeln**: Ein behördliches Handeln ist nur dann rechtmäßig, wenn es neben den materiellen auch den formellen Anforderungen entspricht. So ist von dem Amtswalter zunächst die örtliche und sachliche Zuständigkeit seiner Behörde zu klären (zur örtlichen Zuständigkeit vgl. § 3 VwVfG). Ein Einschreiten trotz Unzuständigkeit begründet eine Amtspflichtverletzung, da die staatliche Zuständigkeit auch das Interesse des in seinen Grundrechten betroffenen Bürgers schützt, in derselben Angelegenheit nur von *einer* staatlichen Stelle mit der für ihn nachteiligen Regelung überzogen zu werden. Die Zuständigkeit der handelnden Behörde ergibt sich in aller Regel aus dem anzuwendenden materiellen Recht, im Übrigen aus dem Organisationsrecht. Zur formellen Rechtmäßigkeit gehört weiterhin die Anhörung des Betroffenen (vgl. § 28 I VwVfG), soweit diese nicht entbehrlich bzw. ausgeschlossen ist (vgl. § 28 II und III VwVfG). Eine Nichtbeachtung dieser Pflicht führt zu einem Amtshaftungsanspruch.¹⁴⁷⁰
- Pflicht zu **sorgfältiger Sachverhaltsermittlung** (vgl. § 24 VwVfG).
- Pflicht zur **richtigen, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung** (vgl. § 25 VwVfG): Eine behördliche Auskunft muss vollständig, richtig und unmissverständlich sein, damit der Empfänger zuverlässig disponieren kann. Für die Frage, ob die Auskunft den zu stellenden Anforderungen genügt, kommt es entscheidend darauf an, wie sie vom Empfänger aufgefasst wird und werden kann und welche Vorstellungen zu erwecken sie geeignet ist. Dabei hängt der Umfang der Auskunftspflicht

¹⁴⁶⁷ Zu diesem weiten Verständnis der Amtspflicht vgl. BGH NJW 2001, 3054 ff.; OLG Celle VersR 2001, 1288; *Sandkühler*, JA 2001, 414.

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB Rn 31 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 46 ff.

¹⁴⁶⁹ Vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg NJW 2016, 732 f.; BGH NJW 2017, 397, 398 f. Zur Drittbezogenheit vgl. unten Rn 1089 (Bsp 11). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Fachkräftemangel und andere Schwierigkeiten den Träger der Einrichtung nicht von der gesetzlichen Pflicht entbinden, Kindern, deren Eltern eine frühkindliche Betreuung in Anspruch nehmen möchten, einen dem individuellen Bedarf gerecht werdenden Betreuungsplatz in angemessener Nähe zur Wohnung anzubieten (OVG Berlin-Brandenburg LKV 2018, 181).

¹⁴⁷⁰ Vgl. auch BGH NVwZ 2001, 1193 f.

auch vom Inhalt der Frage ab, die der Auskunftssuchende an die Behörde richtet.¹⁴⁷¹ Bei Erteilung einer Rechtsauskunft besteht für den Amtswalter eine erhöhte Sorgfaltspflicht, wenn für ihn erkennbar ist, dass die Rechtsauskunft für den Rat suchenden Bürger von erheblicher Bedeutung und wirtschaftlicher Tragweite ist.¹⁴⁷² Erkennt der Beamte, dass der Bürger einem Schadensrisiko ausgesetzt ist, muss er diesem durch einen entsprechenden Hinweis begegnen.¹⁴⁷³ Im Zweifel muss er auf die Grenzen seiner Rechtskenntnisse hinweisen und den Bürger an einen sach- und rechtskundigen Beamten oder einen Rechtsanwalt verweisen.¹⁴⁷⁴

- Pflicht zur **fehlerfreien Ermessensausübung**, insbesondere zur Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (vgl. nur § 40 VwVfG)¹⁴⁷⁵: Ein zur Ermessensausübung verpflichteter Beamter handelt amtspflichtwidrig, wenn er sein Ermessen überhaupt nicht ausübt (*Ermessensunterschreitung*), die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschreitet (*Ermessensüberschreitung*) oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch macht (*Ermessensfehlgebrauch*). Eine Amtspflichtverletzung liegt demnach vor, wenn der Amtswalter die Ermessensschränken und -bindungen verletzt oder wenn er erkennt, dass sein Ermessen reduziert oder sogar auf eine bestimmte Verhaltensweise festgelegt ist, wie z.B. bei der Ermessensreduzierung auf Null oder bei (zulässiger) Selbstbindung der Verwaltung, von der er ohne zureichenden sachlichen Grund nicht abweichen darf (arg.: Art. 3 I GG).

1076 Übrige, von der Rechtsprechung entwickelte Amtspflichten sind¹⁴⁷⁶:

- Pflicht, **absolut geschützte Rechte** der Bürger zu beachten (körperliche Unversehrtheit, Eigentum). Diese dürfen nicht verletzt werden, d.h. es dürfen **keine unerlaubten Handlungen** i.S.d. § 823 BGB begangen werden.¹⁴⁷⁷
- Pflicht zur **sachlichen, zügigen und unvoreingenommenen Entscheidung**¹⁴⁷⁸: Die Behörde hat nicht nur die Pflicht zur ordnungsgemäßen, sondern auch zur rechtzeitigen Bearbeitung eines Antrags. Bei der Bemessung der der Behörde zuzubilligenden „angemessenen“ Bearbeitungszeit ist immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Ein Hinweis aus der Regelung des § 75 VwGO (3 Monate für die Erhebung einer Untätigkeitsklage) lässt sich allerdings nicht entnehmen.¹⁴⁷⁹ Richtern obliegt die Amtspflicht, trotz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) das Gerichtsverfahren zügig voranzutreiben.¹⁴⁸⁰
- Pflicht zu **konsequentem Verhalten**: Die handelnde Behörde ist verpflichtet, eine in bestimmter Weise geplante und begonnene Maßnahme auch entsprechend auszuführen. Sie darf sich ohne sachlichen Grund nicht zu dem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzen.¹⁴⁸¹
- Pflicht zur Beachtung (nicht unbedingt zur Befolgung, wenn keine Bindungswirkung) **höchstrichterlicher Rechtsprechung**.¹⁴⁸²
- Pflicht der Planungsbehörde, bei der Aufstellung von **Bauleitplänen** (Flächennutzungsplänen, Bebauungsplänen) die Regelungen des Baurechts zu beachten¹⁴⁸³; Pflicht

¹⁴⁷¹ BGH DVBl 2004, 43; NVwZ 2002, 373, 374; *Hebeler*, JA 2004, 360 f.

¹⁴⁷² Vgl. BGH NVwZ 2002, 1276, 1277; OLG Zweibrücken NVwZ-RR 2001, 79 ff.

¹⁴⁷³ BGH ZfBR 2005, 469.

¹⁴⁷⁴ OLG Zweibrücken NVwZ-RR 2001, 79; *Sandkühler*, JA 2001, 414.

¹⁴⁷⁵ Vgl. BGH NJW 2001, 1067, 1068; *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 1107; *Sandkühler*, JA 2001, 414. Vgl. auch *Tremml/Luber*, NJW 2013, 262 ff. (bzgl. Amtspflichten nach dem ProdSG).

¹⁴⁷⁶ Vgl. auch hierzu *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB Rn 31 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 46 ff.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 26 Rn 20 ff.

¹⁴⁷⁷ BGHZ 23, 36, 47; 69, 128, 138. Vgl. auch BGH NJW 2009, 3509; BGH MDR 2013, 1029.

¹⁴⁷⁸ BGH NJW 2007, 830, 831; NVwZ 2002, 124, 125; BGH NVwZ 2001, 1074; BGHZ 30, 19, 26. Vgl. auch *Shirvani*, Jura 2009, 66 ff.

¹⁴⁷⁹ BGH NVwZ 1993, 299.

¹⁴⁸⁰ Vgl. dazu etwa BGH NJW 2011, 1072 ff. sowie die Anm. v. *Brüning*, NJW 2011, 1977.

¹⁴⁸¹ Vgl. BGHZ 117, 240, 247; *Sandkühler*, JA 2001, 414, 416.

¹⁴⁸² Vgl. dazu *Lochte-Handjery*, JuS 2001, 1186 ff. und das „Echo“ von *Ludwig*, JuS 2002, 624.

der Baugenehmigungsbehörde, nur rechtmäßige **Baugenehmigungen** zu erteilen¹⁴⁸⁴ oder eine Baugenehmigung (zur Nutzungsänderung eines Grundstücks) nur dann zu erteilen, wenn die Zuwegung zu dem Baugrundstück öffentlich-rechtlich (durch Baulast bzgl. einer Grunddienstbarkeit) gesichert ist. Allerdings besteht kein Amtshaftungsanspruch, wenn die Zuwegung durch ein Nachbargrundstück führt und der betreffende Nachbar die Bewilligung der Baulast deshalb verweigern kann, weil die bestehende Grunddienstbarkeit die beabsichtigte Erweiterung der Nutzung nicht abdeckt.¹⁴⁸⁵ Auch obliegen der Gemeinde bei der Weigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I BauGB keine Amtspflichten, wenn die Genehmigungsbehörde nach § 36 II S. 3 BauGB i.V.m. landesrechtlichen Vorschriften das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen der Gemeinde ersetzen kann.¹⁴⁸⁶

- Pflicht, sich im Rahmen der **Beamtenernennung/Besetzung** einer ausgeschriebenen Stelle an den durch Art. 33 II GG vorgegebenen Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung zu orientieren. Dazu gehört auch die Pflicht, den abgelehnten Bewerber über das Ergebnis des Auswahlverfahrens zu informieren (um Gelegenheit zur Einholung von Rechtsschutz zu geben).
- Pflicht, als Polizeibeamter die mit nach Hause genommene **Dienstwaffe sorgfältig aufzubewahren**.¹⁴⁸⁷
- Pflicht eines von einer staatlichen Hochschule (z.B. Universität) beauftragten Prüfers, eine Prüfungsarbeit (Bachelor, Staatsexamen) **fehlerfrei zu korrigieren und zu bewerten**.¹⁴⁸⁸ Überhaupt ist die Pflicht zur **Beachtung anerkannter Prüfungsmaßstäbe** bei der Bewertung von Prüfungsleistungen eine Amtspflicht.¹⁴⁸⁹
- Lehrkräften obliegt „auch ohne ausdrückliche Regelung die Amtspflicht, für die geistige, körperliche und charakterliche Erziehung der Schüler zu sorgen und sie in rechtlich und tatsächlich möglichem und zumutbarem Umfang im Schulbetrieb und während der Schulveranstaltungen vor Schäden an Gesundheit und Vermögen zu bewahren“.¹⁴⁹⁰ So muss ein Lehrer bei einem Unglücksfall (ihm zumutbare) Erste-Hilfe-Maßnahmen ergreifen (etwa Bringen des Hilfebedürftigen in eine stabile Seitenlage, Wiederbelebungsmaßnahmen) und darf sich nicht auf die Absetzung eines Notrufes beschränken.¹⁴⁹¹
- Pflicht, vor Gefahren, die von (Natur-)Katastrophen oder dem Verhalten Dritter ausgehen, zu warnen. Diese Pflicht ergibt sich insbesondere aus der objektiv-rechtlichen Dimension des Art. 2 II S. 1 GG, die als **staatliche Schutzpflicht** für Leib, Leben und Gesundheit ausgestaltet ist. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor Leib, Leben und Gesundheit jedes Einzelnen zu stellen, d.h. vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.¹⁴⁹²
- Ein weiteres anschauliches Beispiel für das Vorliegen von Amtspflichten bieten die **Regelungen über den Straßenverkehr**. Aus den §§ 44 I, 45 III u. IV StVO ergibt sich die Pflicht der Straßenverkehrsbehörden, für die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs (vgl. § 45 I S. 1 StVO) zu sorgen. Sie müssen den Straßenverkehr durch Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen so regeln, dass der Verkehr erleichtert wird und Unfälle vermieden werden.¹⁴⁹³

¹⁴⁸³ Vgl. dazu BGH NVwZ 2011, 251; NVwZ 2010, 1561; *Schlick*, NJW 2011, 3341, 3343

¹⁴⁸⁴ BGH NVwZ 2002, 122; BGH NVwZ 2008, 926.

¹⁴⁸⁵ Vgl. BGH NJW 2000, 2996.

¹⁴⁸⁶ BGHZ 187, 51 ff. (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2011, 158).

¹⁴⁸⁷ BGH NVwZ 2000, 467.

¹⁴⁸⁸ Vgl. LG Münster NJW 2001, 1072.

¹⁴⁸⁹ OLG München NJW 2007, 1005 f.

¹⁴⁹⁰ BGH NJW 2019, 1809, 1811 m.w.N.

¹⁴⁹¹ BGH NJW 2019, 1809, 1811.

¹⁴⁹² BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 56, 54, 73; 115, 118 1, 152.

¹⁴⁹³ Vgl. BGH NVwZ 2000, 1209; OLG Karlsruhe NVwZ-RR 2014, 331 („feindliches Grün“); *Rinne*, NVwZ 2003, 9 und die ältere Judikatur BGH NJW 1966, 1456 ff.; NJW 1971, 2220 ff.; JZ 1987, 822; NVwZ 1990, 898 f.

Zu diesen (drittbezogenen) Amtspflichten gehören insbesondere Hinweispflichten, etwa wenn an einer unfallträchtigen Stelle eine Änderung der bisherigen Verkehrsregelung durchgeführt wurde.¹⁴⁹⁴

- Von den Pflichten hinsichtlich der Regelung des Straßenverkehrs ist die allgemeine **Verkehrssicherungspflicht** (VSP) zu unterscheiden.

Verkehrssicherungspflicht (VSP) bedeutet, dass derjenige, der eine Gefahr für andere schafft oder unterhält, verpflichtet ist, alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um Schäden von den Betroffenen abzuwenden.¹⁴⁹⁵

Verkehrssicherungspflichten können auf ein positives Tun (z.B. Streuen von Salz im Winter, Absperrung von Baustellen, Austausch von bzw. Warnung vor nicht griffigem Fahrbahnbelag¹⁴⁹⁶, Beseitigung von bzw. Warnung vor Löchern in Fahrbahnen oder Entfernung von nicht standsicheren Straßenbäumen¹⁴⁹⁷), aber auch auf ein Unterlassen (z.B. kein Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichen Lebensmitteln) gerichtet sein und dementsprechend durch Tun oder Unterlassen verletzt werden. Die schuldhaft Verletzung der Verkehrssicherungspflicht löst auch für öffentliche Körperschaften, insbesondere für Staat und Gemeinden, privatrechtliche Schadensersatzansprüche nach den §§ 823 ff. BGB aus. Ist die Verkehrssicherungspflicht (durch Gesetz) zu einer öffentlich-rechtlichen Amtspflicht erklärt worden, greift nicht das Haftungsinstitut nach § 823 BGB, sondern die Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.¹⁴⁹⁸

- Insbesondere **Winterdienst**: Die behördliche (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht umfasst grds. auch die winterliche Räum- und Streupflicht auf den öffentlichen Straßen. Bezüglich des Inhalts und des Umfangs der winterlichen Räum- und Streupflicht ist aber ebenfalls stets auf den Einzelfall abzustellen. Stets entscheiden die Wichtigkeit des Verkehrswegs sowie Art und Gefährlichkeit. So besteht eine Räum- und Streupflicht innerhalb geschlossener Ortschaften nur an verkehrswichtigen und gefährlichen¹⁴⁹⁹ Straßenstellen, wobei die Streupflicht stets eine *allgemeine* Straßenglätte voraussetzt. Eine Amtshaftung kommt aber i.d.R. nicht in Betracht, wenn unter rechtsfehlerfreier Abwägung zugunsten des Naturschutzes auf das Streuen von Salz o.ä. verzichtet wurde.¹⁵⁰⁰ Auch wenn sich der Geschädigte in vorwerfbarer Weise nicht auf die winterlichen Verhältnisse eingestellt hat, kann eine Pflichtverletzung der öffentlichen Hand ausscheiden. In derartigen Fällen ist stets an eine Anspruchskürzung gem. § 254 BGB zu denken. Die Amtspflichten im Bereich der Straßenverkehrsregelung und Verkehrssicherung sind i.d.R. auch drittgerichtet.¹⁵⁰¹ Zu beachten ist aber: Hat die öffentliche Hand (etwa eine Gemeinde) die ihr obliegende Streupflicht per Satzung auf die privaten Grundstückseigentümer übertragen (zu dieser Möglichkeit vgl. Rn 1110) und verletzen diese die dann ihnen obliegende Streu- und Räumspflicht, haften diese nach § 823 I BGB (und ggf. nach § 823 II BGB). Der Staat haftet nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen.¹⁵⁰²
- **Öffentliche Spielplätze**: Bei Spielplätzen ist die Verkehrspflicht dem besonderen Risiko der Benutzung durch junge Personen anzupassen. Dabei ist auch der Gefahr durch möglichen Missbrauch entgegenzuwirken. So ist z.B. ein Ballspielplatz für Kinder so zu sichern, dass in der Nähe liegende Gebäude nicht durch Bälle beschädigt werden und auch das Zurückholen der Bälle durch Kinder keinen Schaden hervorruft. Jedoch

¹⁴⁹⁴ BGH NVwZ 2000, 1209 f.

¹⁴⁹⁵ Allg. Auffassung, vgl. nur BGH NJW 2014, 2105 f.; BGH NZV 2014, 167 f.; BGH NJW 2013, 48, 49.

¹⁴⁹⁶ Vgl. OLG Hamm NZV 2016, 523, 524.

¹⁴⁹⁷ Allerdings geht es auch nach Auffassung des BGH zu weit, die Folgen eines natürlichen Astbruchs dem Verkehrssicherungspflichtigen zuzurechnen. Vielmehr unterfalle natürlicher Astbruch bei einem gesunden Baum dem allgemeinen Lebensrisiko (BGH NJW 2014, 1588 f.).

¹⁴⁹⁸ Vgl. LG Coburg NVwZ 2003, 248. Vgl. auch OLG Saarbrücken NJW 2010, 3104 f.

¹⁴⁹⁹ Eine gefährliche Straßenstelle liegt grds. nur dort vor, wo unvermutete Gefahren auftreten können, die auch bei einer den winterlichen Bedingungen angepassten Fahrweise nicht beherrschbar sind (OLG Jena NZV 2001, 87). Vgl. auch BGH MDR 2015, 1001.

¹⁵⁰⁰ Vgl. dazu näher BGH NVwZ-RR 1998, 334; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1065, 1070.

¹⁵⁰¹ BGH NZV 2003, 570; vgl. auch Rautenkrantz, JA 2004, 267.

¹⁵⁰² BGH NJW-RR 2017, 858.

ist eine gewisse Gefahr in Kauf zu nehmen, besonders bei einem Abenteuerspielplatz.¹⁵⁰³

b. Verletzung der Amtspflicht

aa. Allgemeines

Aufgrund der umfassenden Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht indiziert die Rechtswidrigkeit einer Amtshandlung in der Regel die Amtspflichtverletzung.

1077

Beispiel: A ist Dezernent in der Baugenehmigungsbehörde und bearbeitet den Bauantrag des B. Ohne nähere Prüfung lehnt er den Antrag ab, obwohl die Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung vorliegen. Im Rahmen einer späteren Überprüfung durch die Widerspruchsbehörde stellt sich heraus, dass A mit B in der jüngeren Vergangenheit einige heftige private Auseinandersetzungen hatte und nur deshalb den Antrag ablehnte.

Hier hat A aus unsachlichen, unververtretbaren Gründen den Bauantrag des B abgelehnt und damit nicht nur rechtswidrig, sondern auch amtspflichtwidrig gehandelt.

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht dort, wo die Pflicht des Amtswalters zu rechtmäßigem Handeln mit seiner Folgepflicht (vgl. etwa § 62 I S. 2 BBG, § 35 I S. 2 BeamtStG) kollidiert.¹⁵⁰⁴ Hier geht die Folgepflicht grundsätzlich vor mit der Folge, dass es bei rechtswidrigem, aber weisungsgemäßigem Verhalten des handelnden Amtswalters an der Amtspflichtverletzung fehlt. Die Amtspflichtverletzung ist dann in der rechtswidrigen Weisung zu sehen.

1078

Beispiel: Der zuständige Sachbearbeiter in der Baubehörde genehmigt auf Weisung des Behördenleiters eine nachbarschutzrechtsverletzende Baugenehmigung.

Hier handelt der Sachbearbeiter zwar rechtswidrig, aber weisungsgemäß und damit amtspflichtgemäß. Eine Amtspflichtverletzung besteht allerdings in der rechtswidrigen Weisung des Behördenleiters. Denn eine Baugenehmigung darf nur ergehen, wenn sie mit formellem und materiellem (Bau-)Recht vereinbar ist. Der in seinen Rechten verletzte Baunachbar hat also einen Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger der Baubehörde.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Anknüpfungspunkt für einen Amtshaftungsanspruch nicht eine Pflicht des Staates gegenüber dem Bürger, sondern eine Pflicht des Amtsträgers gegenüber seinem Dienstherrn ist. Daher kann eine **Amtspflichtverletzung** nur dann vorliegen, wenn der Amtswalter die sich aus seinem amtlichen Verhältnis zum Staat (Dienstherrn) ergebenden Pflichten (= Amtspflichten) verletzt. Amtswalter im amtshaftungsrechtlichen Sinne kann zum einen der nach außen hin Handelnde sein, aber auch derjenige, der diesem eine verbindliche innerdienstliche Weisung erteilt.

1079

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wenn in die gutachtliche Falllösung über den Amtshaftungsanspruch eingestiegen wird (Fallfrage: Ist der Amtshaftungsanspruch begründet?), muss an dieser Stelle der Klausur inzident die Verletzung der Amtspflicht durch eine vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung (d.h. formell und materiell) der Maßnahme festgestellt werden. Ist nach der Fallgestaltung jedoch zunächst die Rechtmäßigkeit der Primärmaßnahme zu prüfen, genügt an dieser Stelle i.d.R. ein kurzer Verweis auf die im Gutachten zuvor festgestellte Rechtswidrigkeit des staatlichen Handelns.

1080

¹⁵⁰³ Vgl. dazu BGHZ 103, 38; OLG Köln OLG Report 2001, 150.

¹⁵⁰⁴ Die Folgepflicht für Beamte folgt aus § 35 I S. 2 BeamtStG (sowie den Beamtengesetzen), für andere öffentliche Bedienstete folgt die Weisungsgebundenheit aus Tarifvertrag und Arbeitsvertrag.

bb. Insbesondere: Baurecht

- 1081** Im **Baurecht** muss in Bezug auf die Haftungstatbestände zwischen dem Bauplanungsrecht und dem Bauordnungsrecht unterschieden werden. Bei der bauplanungsrechtlichen Amtspflichtverletzung geht es primär um Amtspflichtverletzungen bei der Aufstellung von Bebauungsplänen. Im Bauordnungsrecht sind i.d.R. Entscheidungen über Baugesuche (Bauvorbescheide, Bauerlaubnisse) Gegenstand von Amtshaftungsprozessen.

a.) Bauplanungsrecht

- 1082** In der Spruchpraxis des BGH spielt die Haftung einer Gemeinde wegen fehlerhafter Aufstellung von Bauleitplänen (vgl. §§ 1 ff. BauGB – oben Rn 1076) vor allem in den **Altlastenfällen**¹⁵⁰⁵ eine entscheidende Rolle. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats für Amtshaftung besteht die Amtspflicht, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gesundheitsgefahren zu verhindern, die den zukünftigen Bewohnern des Plangebiets aus dessen Bodenbeschaffenheit drohen.¹⁵⁰⁶ Eine „Gefährdungshaftung“ für unerkennbare Schadstoffbelastungen ist allerdings nicht zu fordern. Eine uferlose Überprüfung des zu beplanenden Gebiets ohne konkrete Anhaltspunkte für eine mögliche Kontaminierung ist daher nicht zu einer Amtspflicht zu erheben. Der Amtswalter einer Gemeinde handelt aber pflichtwidrig, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung erkennbar ist, dass in einer auf einem Plangebiet liegenden ehemaligen Fabrik in erheblichem Umfang hochgiftige Substanzen verarbeitet wurden.¹⁵⁰⁷ Weiterhin ist die Gemeinde verpflichtet, bei der **Erschließung eines Baugebiets** zumindest vorläufige Sicherungsmaßnahmen gegen die Überschwemmung angrenzender Grundstücke durch Niederschlagswasser zu treffen.¹⁵⁰⁸

- 1083** Da das Bestehen von (drittgerichteten) Amtspflichten als weitere Anspruchsvoraussetzung nicht von Art. 34 GG *geregelt*, sondern *vorausgesetzt* wird, kann der einfache Gesetzgeber bestimmen, ob überhaupt eine bestimmte Amtspflicht besteht, wem gegenüber sie besteht¹⁵⁰⁹ und welche Interessen sie erfasst. Daraus folgt, dass der Landesgesetzgeber bundesgesetzlich fundierte Amtspflichten nicht einschränken kann. Erst recht können daher Gemeinden etc. gesetzliche Amtspflichten durch Satzung u.a. nicht einschränken und müssen selbst beim Satzungserlass evtl. Amtspflichten beachten, etwa beim Erlass eines Bebauungsplans.¹⁵¹⁰

b.) Bauordnungsrecht

- 1084** Im Bereich des Bauordnungsrechts besteht zunächst die Amtspflicht, eine den einschlägigen baurechtlichen Vorschriften (BauGB, BauNVO, LBO) entsprechende Bauerlaubnis zu erteilen bzw. ein diesen Vorschriften widersprechendes Baugesuch abzulehnen.¹⁵¹¹ Die Amtspflicht schließt die Pflicht zur Prüfung der maßgeblichen *bauplanungsrechtlichen* Vorgaben im Genehmigungsverfahren mit ein.¹⁵¹² So ist eine Amtspflichtverletzung zu bejahen, wenn die Sachbearbeiter der Baugenehmigungsbehörde einen Bebauungsplan in Annahme bzw. Kenntnis seiner Nichtigkeit zur Grundlage ihrer Entscheidung machen. Wenden sie einen (vermeintlich) unwirksamen Bebauungsplan an, statt die Bauwilligen auf ihre Bedenken gegen dessen Wirksamkeit hinzuweisen, handeln sie amtspflichtwidrig. Dasselbe gilt für den Fall, dass sie Anlass gehabt hätten, die Wirksamkeit des Bebauungsplans zu überprüfen bzw. durch die

¹⁵⁰⁵ Vgl. dazu und zum Bundesbodenschutzgesetz R. Schmidt, POR, Rn 801, 814, 824, 891 ff.

¹⁵⁰⁶ BGH VIZ 1999, 608 zu Gefahren aus Tagesbrüchen wegen Bergschäden.

¹⁵⁰⁷ BGHZ 123, 191; bestätigt in BGH NVwZ 1998, 318, 319.

¹⁵⁰⁸ BGH NVwZ 2002, 1143, 1144. Vgl. auch Rinne/Schlick, NJW 2004, 1918 f.

¹⁵⁰⁹ Vgl. BGH DVBl 1996, 1129; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn 167; Art 19 Rn 21-23.

¹⁵¹⁰ BGHZ 61, 7; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 34 Rn 8.

¹⁵¹¹ BGH NVwZ 2004, 638; NJW 2001, 3054. Vgl. auch Rinne/Schlick, NJW 2005, 3541, 3545.

¹⁵¹² Vgl. BGH NJW 2002, 432, 433.

Gemeinde oder das OVG/den VGH überprüfen zu lassen, und dass sie bei sachgerechter Vorgehensweise die Unwirksamkeit hätten feststellen müssen.¹⁵¹³ Ein Schadenersatzanspruch des Bauherrn scheidet jedoch aus, wenn er die Rechtswidrigkeit der ihm erteilten Baugenehmigung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.¹⁵¹⁴

In **polygonalen Rechtsverhältnissen**, die typischerweise im Bauplanungs- und Immissionsschutzrecht bestehen, sind Nutzungskonflikte, die beispielsweise durch das Heranrücken der Wohnbebauung an emissionsintensive Anlagen entstehen, in aller Regel mit planerischen Mitteln zu bewältigen (siehe § 1 VI und VII BauGB). Trifft aber der Bebauungsplan zulässigerweise weniger konkrete Festsetzungen, überlässt er also dem von der Planung Betroffenen ein hohes Maß an Gestaltungsmöglichkeiten, kann und muss der Interessenausgleich im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens gefunden werden. Besondere Bedeutung erlangt dabei das gesamte Baurecht durchziehende Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme. Je offener der Bebauungsplan für eine Konfliktlösung ist, desto größer ist der Spielraum für die Anwendung des § 15 BauNVO.

1085

Für die **Altlastenfälle** bedeuten diese Grundsätze, dass, soweit die Gemeinde auch Baugenehmigungsbehörde ist, neben einer bauplanungsrechtlichen Amtshaftung wegen der planerischen Ausweisung der kontaminierten Grundfläche als Wohngebiet auch eine bauordnungsrechtliche Haftung wegen Erteilung der Bauerlaubnis auf einem belasteten Grundstück in Betracht kommt. Zu beachten ist aber auch hier, dass die zum Bauplanungsrecht entwickelten Haftungsbeschränkungen auch für das Bauordnungsrecht gelten.

1086

3. Drittbezug der Amtspflicht

Eine umfassende und uneingeschränkte Amtspflicht würde zu einer uferlosen Ausweitung der Staatshaftung führen. Um dies zu vermeiden, muss der handelnde Amtswalter eine Amtspflicht verletzt haben, die ihm **einem Dritten gegenüber obliegt** (Drittbezug der Amtspflichtverletzung).

1087

Drittbezug bedeutet, dass der Amtswalter seine Pflicht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Geschädigten zu beachten hat.¹⁵¹⁵

1088

Damit ist zwar eine inhaltliche Nähe zum subjektiven Recht i.S.d. § 42 II VwGO unverkennbar¹⁵¹⁶, entscheidend für die Drittichtung i.S. der Amtshaftung ist aber, dass die Amtspflicht auch **dem Schutz des Geschädigten dient**.¹⁵¹⁷

1089

Beispiele für Drittbezug/nicht vorhandenen Drittbezug¹⁵¹⁸:

- (1) Die Pflicht eines von einer staatlichen Hochschule (z.B. Universität) beauftragten Prüfers, eine Prüfungsarbeit (Diplom, Staatsexamen) **fehlerfrei zu korrigieren und zu bewerten**, steht im Interesse des Prüflings.¹⁵¹⁹
- (2) Die Amtspflichten im Bereich der **Verkehrssicherung und Straßenverkehrsregelung** sind in aller Regel drittgerichtet. Geschützt werden alle Personen, die sich in der Gefahrenzone befinden.¹⁵²⁰

¹⁵¹³ BGH NVwZ 1995, 198 L mit Anm. *Schwabe*, JZ 1994, 1119. Zur Überprüfbarkeit von Bebauungsplänen und zur Verwerfungskompetenz vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 512 ff. und 831 ff.

¹⁵¹⁴ BGH NJW 2002, 432, 433.

¹⁵¹⁵ BGHZ 162, 49, 55; 140, 380, 382; 134, 268, 276; 110, 1, 8 f.; BGH NVwZ 2010, 467 f.; NJOZ 2015, 1106 f.; NJW-RR 2015, 269 f.; NVwZ 2015, 1237 f.; *Karpenstein/Johann*, NJW 2010, 3405; *Schlick*, NJW 2011, 3341, 3343; NJW 2015, 2703, 2706 f.

¹⁵¹⁶ Vgl. ausführlich *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 347 ff.

¹⁵¹⁷ Vgl. *Schlick*, NJW 2017, 2509, 2513; *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB Rn 44 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 46 ff. mit Bezugnahme u.a. auf BGHZ 106, 323, 331; 108, 224, 228; 117, 363; BGH NVwZ 1998, 318, 319.

¹⁵¹⁸ Vgl. auch hierzu *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB Rn 44 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 46 ff.

¹⁵¹⁹ Vgl. LG Münster NJW 2001, 1072. Vgl. auch OLG München NJW 2007, 1005 f.

- (3) Die Amtspflicht, Notare im Rahmen der **Staatsaufsicht** zu beaufsichtigen, besteht im Interesse des durch den Notar Geschädigten, wenn für die Aufsichtsbehörde Anlass besteht, dass ein Notar Dritte bei seiner Amtstätigkeit schädigt.¹⁵²¹
- (4) Unterlässt die vorgesetzte Dienststelle (d.h. letztlich das Landesjustizministerium) die hinreichende **personelle Ausstattung der Justizbehörden** und können dadurch etwa Grundbucheintragungen nur mit erheblichen Verzögerungen vorgenommen werden, liegt ein Organisationsverschulden vor, das sich als Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht erweist.¹⁵²²
- (5) Auch die **Bankenaufsicht** besteht nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse der Geldanleger. Das Bundesaufsichtsamt hat zum Schutz der Gläubiger (Sparer, Einleger und sonstige Geschäftspartner) nach pflichtgemäßem Ermessen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, wenn z.B. ein Kreditinstitut in großem Ausmaß riskante oder ungewöhnliche Geschäfte betreibt.¹⁵²³ Entsteht dem Betroffenen durch eine ungenügende Bankenaufsicht ein Schaden, führt das regelmäßig zu einem Amtshaftungsanspruch. Dagegen wird der Drittbezug im Bereich der Versicherungsaufsicht eher verneint. Die Pflicht, Belange des Versicherten zu wahren, diene primär dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Versicherungswesen, nicht jedoch dem Schutz des Geschädigten.¹⁵²⁴ Freilich ist der Unterschied zur Bankenaufsicht nicht ohne Bedenken.
- (6) Die Amtspflicht, im **Beamtenernennungsverfahren** den unterlegenen Bewerber rechtzeitig über die Auswahlentscheidung zu informieren, damit dieser Rechtsschutzmöglichkeiten erwägen kann, besteht gerade in dessen Interesse.
- (7) Dagegen besteht im **Bauplanungsrecht** die grundsätzliche Pflicht aus § 8 II S. 1 BauGB, den Bebauungsplan aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln, sicherlich nur im öffentlichen Interesse.¹⁵²⁵ Gleiches gilt für die Pflicht, im Bebauungsplan nach § 9 V Nr. 1 BauGB die Flächen zu kennzeichnen, bei deren Bebauung bauliche Vorkehrungen gegen äußere Einwirkungen erforderlich sind.¹⁵²⁶ Dagegen besitzt das in § 1 VII BauGB verankerte Abwägungsgebot insoweit (auch für den Bereich des Amtshaftungsanspruchs!) drittschützenden Charakter, da auch private Interessen in die Abwägung miteinzubeziehen sind.¹⁵²⁷ Die Drittgerichtetheit einer Amtspflichtverletzung besteht also etwa dann, wenn die Gemeinde ein ehemaliges Deponiegelände zu Wohnzwecken „überplant“, obwohl die betroffenen Grundstücke wegen der von dem Deponiegut ausgehenden Gesundheitsgefahren unbebaubar und unbewohnbar sind.¹⁵²⁸
- (8) Die Amtspflicht der Beschäftigten der **Kfz-Zulassungsstelle**, nur richtige Angaben in die Zulassungsbescheinigung II einzutragen, dient nach Auffassung des BGH ausschließlich dem öffentlichen Interesse, da das Zulassungsrecht und das Zulassungsverfahren der öffentlichen Sicherheit dienen. Erleidet ein Fahrzeughalter durch eine Falscheintragung in der Zulassungsbescheinigung einen Schaden etwa dadurch, dass er nach dem Verkauf seines Kfz den Kaufvertrag rückgängig machen muss, kann er keinen Amtshaftungsanspruch geltend machen.¹⁵²⁹ Anders aber hat der BGH in dem Fall entschieden, dass die Kfz-Zulassungsstelle einen zuvor einem Schilderprägbetrieb unterlaufenen Fehler nicht bemerkt und so ein falsches Kennzeichen mit einer Plakette versehen hat. Das amtliche Kennzeichen diene der Identifizierung des Halters (vgl. § 8 I S. 1 FZV). Dessen Person solle –

¹⁵²⁰ Vgl. dazu *Rinne*, NVwZ 2003, 9 ff.

¹⁵²¹ BGHZ 135, 354 ff.; *Bull/Mehde*, AllgVerwR, Rn 1037.

¹⁵²² BGH NJW 2007, 830, 832 (teilweise Abweichung von BGHZ 111, 272 ff.).

¹⁵²³ BGHZ 75, 120 ff.; *Bull/Mehde*, AllgVerwR, Rn 1037. Vgl. nunmehr aber § 6 III KWG.

¹⁵²⁴ Vgl. BGHZ 58, 96 ff.; *Bull/Mehde*, AllgVerwR, Rn 1078.

¹⁵²⁵ BGHZ 84, 292, 301 f.; vgl. aber § 8 II S. 2 BauGB.

¹⁵²⁶ BGHZ 113, 367, 370 f.

¹⁵²⁷ BVerwGE 107, 215, 220 f.; vgl. auch BVerwG NVwZ 2000, 1187; BVerwG NVwZ 2002, 1509 f.

¹⁵²⁸ BGH NVwZ 1998, 318, 319.

¹⁵²⁹ Vgl. BGH NJW 1982, 2188, 2189.

etwa im Zusammenhang mit der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten, bei denen das Fahrzeug eine Rolle spiele, oder im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen – zweifelsfrei festgestellt und von anderen Personen (hier: also der andere Halter mit demselben Kennzeichen) unterschieden werden können. Das Kennzeichen solle insoweit einerseits der Identifizierung des wirklichen Halters dienen und andererseits andere Halter davor bewahren, irrtümlich für Vorgänge im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Fahrzeugs zur Verantwortung gezogen zu werden. Die der Zulassungsbehörde obliegende Kontrolle der Übereinstimmung des zugeteilten Kennzeichens mit dem abzustempelnden Kennzeichen diene insoweit nicht nur öffentlichen Zwecken, sondern auch den Interessen der Fahrzeughalter.¹⁵³⁰ Wird der betroffene Kfz-Halter also zu Unrecht straßenverkehrsbehördlich in Anspruch genommen und muss sich unter Zuhilfenahme eines Rechtsanwalts erwehren, kann er die Rechtsanwaltskosten unter dem Aspekt des Amtshaftungsanspruchs geltend machen.

- (9) **Verneint** wird der Drittbezug auch in dem Fall, in dem ein von der Baugenehmigungsbehörde beauftragter amtlich anerkannter **Prüfingenieur für Baustatik** zu dem fehlerhaften Ergebnis kommt, das zu genehmigende Bauwerk sei sicher. Erfolgt hierauf die Baugenehmigung und stürzt das Bauwerk später ein, soll eine Amtshaftung ausscheiden. Der Schutz der Amtspflicht gehe nicht dahin, den Bauherrn vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren, die durch mangelnde Standfestigkeit am Bauwerk selbst entstünden.¹⁵³¹ Etwas anderes gelte aber dann, wenn es auch zu Personenschäden komme.
- (10) Ebenfalls verneint wurde der Drittbezug bei einer fehlerhaften **meteorologischen Warnung vor einem Unwetter** durch Mitarbeiter des Deutschen Wetterdienstes. Gerät ein Flugzeugführer aufgrund der Falschmeldung in einen Sturm und stürzt mit seiner Maschine ab, besteht nach Auffassung des BGH kein Amtshaftungsanspruch. Der Beitrag des Wetterdienstes zur meteorologischen Sicherung des Flugverkehrs beschränke sich, jedenfalls soweit es um allgemeine Warnungen, nicht um individuelle Beratungen gehe, auf die „Rahmenbedingungen für eine ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit der Luftfahrt“ und schütze nicht „Wohl und Wehe der Flugbeteiligten“.¹⁵³²
- (11) Die Verletzung des nach § 24 II S. 1 SGB VIII bestehenden Anspruchs auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung (siehe bereits Rn 1075) stellt jedenfalls eine Amtspflichtverletzung dar. Entgegen der Auffassung des OLG Dresden¹⁵³³ genügt es nach Auffassung des BGH¹⁵³⁴ (unter Zugrundelegung von Wortlaut und Telos des § 24 II SGB VIII) hinsichtlich der Bejahung der Drittbezogenheit, dass die Amtspflicht auch den Zweck hat, die Belange der Eltern (Vereinbarkeit von Beruf und Familie) wahrzunehmen. Erhalte eine Mutter für ihr Kind also keinen Kindergartenplatz und könne deshalb ein weiteres Jahr lang nicht arbeiten, könne sie vom Träger der Einrichtung Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung verlangen, da der Verdienstausfallschaden durchaus vom Schutzbereich der Norm umfasst sei.¹⁵³⁵
- (12) Unklar ist der Drittbezug, wenn es um die Amtspflicht geht, nur rechtmäßige **Verwaltungsvorschriften, Rechtsverordnungen oder Satzungen** zu erlassen. Da solche Vorschriften grds. im Interesse der Allgemeinheit und nicht im Interesse des Betroffenen ergehen¹⁵³⁶, ist ein Drittbezug konsequenterweise zu verneinen.¹⁵³⁷ Zum legislativen bzw. normativen Unrecht vgl. Rn 1091.

¹⁵³⁰ BGH NJW 2018, 2264, 2265.

¹⁵³¹ BGHZ 39, 358, 363 ff.; BGH BayVBl 1998, 220.

¹⁵³² BGH NJW 1995, 1828, 1829.

¹⁵³³ OLG Dresden LKV 2015, 572; siehe auch *Kingreen*, Jura 2016, 453.

¹⁵³⁴ BGH NJW 2017, 397, 398 ff.

¹⁵³⁵ BGH NJW 2017, 397, 398 ff.

¹⁵³⁶ BGHZ 56, 40, 46.

¹⁵³⁷ *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 1114.

1092

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie die Beispiele gezeigt haben, ist die Judikatur des BGH zum Drittbezug der Amtspflicht nicht immer einheitlich und nicht immer einsichtig. Der BGH befürchtet wohl, durch eine großzügige Annahme des Drittbezugs die Haftung des Staates auf eine nicht eingrenzbare Zahl von Personen auszuweiten. Für die Fallbearbeitung empfiehlt sich daher, statt des Auswendiglernens von Fallgruppen danach zu fragen, ob und inwieweit der Schutz der Interessen des Geschädigten bezweckt ist. Im konkreten Fall ist daher zu prüfen, ob

- (1) die Amtspflicht überhaupt Drittwirkung hat,
- (2) der Anspruchsteller *persönlich* und *sachlich* zum geschützten Personenkreis gehört
- (3) und ob das konkret betroffene Interesse oder Rechtsgut der in den Schutzbereich einbezogenen Person von der Drittwirkung erfasst wird.¹⁵³⁸

Ohne weiteres ist das bei der Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten Rechtsguts der Fall, da § 839 BGB aufgrund seiner systematischen Stellung das Recht der unerlaubten Handlungen in sich aufnimmt. So verletzt ein Beamter eine „ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ jedenfalls dann, wenn er Dritte in der Weise schädigt, die ohne die Existenz des § 839 BGB tatbestandlich in eine der Vorschriften der §§ 823 ff. BGB fallen würde.

1091 **Parlamentsgesetzen** fehlt i.d.R. der drittschützende Charakter, da der förmliche Gesetzgeber grds. nur im Allgemeininteresse, nicht im Interesse bestimmter Personen oder Personenkreise handelt.¹⁵³⁹

Aus diesem Grund kam ein Schadensersatzanspruch der Atomkraftwerksbetreiber wegen des gesetzlich angeordneten frühzeitigen „Atomausstiegs“ unter dem Aspekt der Amtshaftung nicht in Betracht. Da zudem eine Entschädigung unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs bei legislativem Unrecht ebenfalls ausschied (vgl. dazu Rn 1207), stützte das BVerfG den Entschädigungsanspruch auf die Figur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung (vgl. dazu Rn 1197).

4. Verschulden und haftungsbegründende Kausalität

1092 Nicht jede Amtspflichtverletzung gegenüber einem Dritten löst eine Amtshaftung aus. Hinzukommen muss gem. § 839 BGB ein **Verschulden** des handelnden Amtswalters. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift ist der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 276 I S. 1 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zugrunde zu legen. Es ist auf den sorgfältig und gewissenhaft arbeitenden Durchschnittsbeamten des jeweiligen Amtes abzustellen¹⁵⁴⁰, wobei (auf dem Boden der Lehre vom Erfolgsunrecht) eine Amtspflichtverletzung ein Verschulden indiziert¹⁵⁴¹.

Das Verschulden im Rahmen des § 839 BGB muss sich nur auf die Verletzung der Amtspflicht beziehen; dass der Beamte den hieraus für einen in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogenen Dritten entstandenen Schaden – oder überhaupt einen Schaden – vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, ist nicht erforderlich.¹⁵⁴²

1092a Unter Umständen nimmt die Rechtsprechung auch eine Haftungsprivilegierung an, wenn ihr eine Amtshaftung unbillig erscheint. Dann soll eine Haftung analog § 680 BGB nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bestehen.¹⁵⁴³ Ob aber eine Haftungs-

¹⁵³⁸ BGH NVwZ 2001, 1074 f.; LG Münster NJW 2001, 1072; *Detterbeck*, JuS 2002, 127, 129; *Maurer/Waldhoff*, Allg-VerwR, § 26 Rn 19.

¹⁵³⁹ BGHZ 100, 136, 143 f.; 102, 350, 365 f. Vgl. dazu auch unten Rn 1221/1348/1354.

¹⁵⁴⁰ BGH NVwZ 2005, 484 f.; 2001, 1193 f.; *Schlick*, NJW 2013, 3349, 3352. Vgl. auch BGH NJW 2013, 3176.

¹⁵⁴¹ Daraus folgt, dass in der Fallbearbeitung die haftungsbegründende Kausalität (anders als die haftungsausfüllende Kausalität) i.d.R. nicht separat geprüft werden muss.

¹⁵⁴² BGH NJW 1998, 142, 144 f.; *Sandkühler*, JA 2001, 414, 419.

¹⁵⁴³ LG Koblenz 18.10.2018 – 1 O 45/18.

privilegierung, die von § 839 BGB nicht vorgesehen ist, rechtsmethodisch angezeigt ist, muss skeptisch betrachtet werden.

Beispiel¹⁵⁴⁴: Um einen Wohnhausbrand mit starker Rauchentwicklung zu bekämpfen, verlegte die Freiwillige Feuerwehr einen 10 cm dicken Wasserschlauch von einem Einsatzfahrzeug an dem vor dem Haus parkenden Pkw der K vorbei zum Brandherd. Nach einem vergeblichen Versuch, den Halter des Pkw ausfindig zu machen, deckte ein Mitglied der Feuerwehr den Pkw mit einer Schutzdecke ab; sodann wurde mit den Löscharbeiten begonnen. Durch die Einwirkung des kalten Wassers auf die heißen Dachziegel platzten diese, wobei Splitter auf den Pkw der K fielen und diesen beschädigten. K begehrt nun vom Träger der Feuerwehr Schadensersatz mit der Begründung, die Mitglieder der Feuerwehr hätten der K vor Durchführung der Löscharbeiten das Entfernen ihres Pkw ermöglichen müssen. Im Übrigen sei die Sicherung mit der Schutzdecke völlig unzureichend erfolgt.

Als Anspruchsgrundlage kommt § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Betracht. Bei der Freiwilligen Feuerwehr handelt es sich um „Jemand“ im staatshaftungsrechtlichen Sinne. Auch wurde der Schaden während der Ausübung eines öffentlichen Amtes verursacht. Die Amtspflicht hatte auch Drittbezug aufgrund ihres Ziels, während der Löscharbeiten Rechtsgüter Dritter möglichst vor Schäden zu bewahren. Fraglich ist allein, ob die Feuerwehrleute auch fahrlässig in Bezug auf die Eigentumsverletzung gehandelt haben. Es erscheint vertretbar, den Vorwurf der einfachen Fahrlässigkeit zu erheben. Dann würde der Träger der Freiwilligen Feuerwehr nach Amtshaftungsgesichtspunkten haften. Dies erschien dem LG Koblenz jedoch unbillig angesichts der wichtigen Aufgabe der Brandbekämpfung. Hinzu komme, dass die Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr ehrenamtlich tätige Gemeindebürger seien und die sich aus dem Dienst erwachsenen Amtspflichten nicht überspannt werden dürften. Deshalb komme eine Haftung nur dann in Betracht, wenn den Mitgliedern der Freiwilligen Feuerwehr der Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit bei der Brandbekämpfung gemacht werden könnte. Da § 839 BGB eine solche Haftungsprivilegierung jedoch nicht kennt, wendete das LG § 680 BGB analog an.

Daher war fraglich, ob die Feuerwehrleute die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt haben, ob also der Eintritt des Schadens jedem hätte einleuchten müssen. Nach Einschätzung des LG musste selbst ein Zeitverzug von zwei bis drei Minuten, um ein Entfernen des Pkw zu ermöglichen, nicht hingenommen werden. Durch Verwendung der Schutzdecke sei zumindest versucht worden, den Pkw der K vor Schäden zu bewahren. Daher sei eine grobe Fahrlässigkeit zu verneinen.

Ergebnis: Demnach hat K keinen Schadensersatzanspruch gegen den Träger der Feuerwehr aus Amtshaftung. Folgt man dem, hat sich für K das „allgemeine Lebensrisiko“ verwirklicht.

Stellungnahme: Das Bestreben des LG, die Kommunen, die Freiwillige Feuerwehren mit ihren ehrenamtlich tätigen Brandbekämpfern unterhalten, von Schadensersatzansprüchen unterhalb der Schwelle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit freizuhalten, ist durchaus nachvollziehbar, andererseits darf nicht übersehen werden, dass K ihren Pkw zuvor erlaubtermaßen dort abgestellt hatte und nicht mit einem Feuerwehreinsatz rechnen musste. Auch ist unklar, ob das LG ebenso entschieden hätte, wenn es sich um eine Berufsfeuerwehr gehandelt hätte. Denn der Umstand, dass es sich um eine Freiwillige Feuerwehr mit ehrenamtlich tätigen Gemeindebürgern handelte, war dem LG offenbar so wichtig, dass es meinte, die Amtspflichten dürften nicht überspannt werden. In rechtsmethodischer Hinsicht ist aber v.a. die analoge Heranziehung der Haftungsprivilegierung aus § 680 BGB zweifelhaft. Zwar besteht eine Regelungslücke, es muss aber bezweifelt werden, ob diese planwidrig ist. Insbesondere bestehen keine gesetzlichen Haftungsprivilegien, die man unterliefe, wenn man nicht § 680 BGB analog

¹⁵⁴⁴ LG Koblenz 18.10.2018 – 1 O 45/18.

anwendete. Daher kann man die analoge Anwendung des § 680 BGB auf den vorliegenden Fall auch durchaus ablehnen. Dann käme es bei der Frage nach der Amtshaftung darauf an, ob das Verhalten der Feuerwehrleute – gemessen am Maßstab des § 276 II BGB – fahrlässig war.

1092b Auch der BGH lehnt eine Haftungsprivilegierung analog § 680 BGB im Amtshaftungsrecht ab. Sinn und Zweck der Haftungsbegrenzung seien auf Amtshaftungsansprüche nicht übertragbar.¹⁵⁴⁵ So muss ein Lehrer bei einem Unglücksfall (ihm zumutbare) Erste-Hilfe-Maßnahmen ergreifen (etwa Bringen des Hilfebedürftigen in eine stabile Seitenlage, Wiederbelebnungsmaßnahmen) und darf sich nicht auf die Absetzung eines Notrufes beschränken. Erleidet ein Schüler durch das Unterlassen einer erforderlichen Erste-Hilfe-Maßnahme einen Schaden, kommt dem Lehrer und damit der Haftungskörperschaft nicht das Haftungsprivileg analog § 680 BGB zugute.¹⁵⁴⁶ Die Haftung richtet sich also nach dem allgemeinen Verschuldensmaßstab des § 276 BGB.

1093 Jeder Amtsträger muss sich die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskenntnisse verschaffen. Bei der Gesetzesauslegung und -anwendung hat er die Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich danach aufgrund vernünftiger Überlegung eine Rechtsmeinung zu bilden.¹⁵⁴⁷ Mangelnde Rechtskenntnisse, die für die betreffende Amtsführung erforderlich sind, können den Amtswalter nicht entlasten.

Beispiel: Lehnt der zuständige Sachbearbeiter im Bauamt zu Unrecht einen Bauantrag ab und erwächst dem Bauherrn dadurch ein Schaden, kann sich der Sachbearbeiter nicht entlasten, indem er geltend macht, das öffentliche Baurecht sei im Rahmen seines Hochschulstudiums nicht in der für sein Amt erforderlichen Tiefe gelehrt worden.

Allerdings begründet nicht jeder objektive Rechtsirrtum einen Schuldvorwurf. Wenn die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Amtsträgers als **rechtlich vertretbar** angesehen werden kann, kann aus der Missbilligung dieser Rechtsauffassung durch die Gerichte ein Schuldvorwurf nicht hergeleitet werden.¹⁵⁴⁸ Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die objektiv unrichtige Rechtsanwendung eine Vorschrift betrifft, deren Inhalt – bezogen auf den zu entscheidenden Einzelfall – zweifelhaft sein kann und noch nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt ist.¹⁵⁴⁹ Weicht der Amtswalter aber von einer **höchstrichterlichen Entscheidung** oder einer **gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung** ab, müssen schon gewichtige Gründe vorgebracht werden, um den Schuldvorwurf zu entkräften. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Abweichung auf einer sorgfältigen Auseinandersetzung des Amtswalters mit dieser Rechtsprechung beruht und der Amtswalter zu einer gut vertretbaren anderen Auffassung gelangt ist.¹⁵⁵⁰ Des Weiteren kann es an einem Verschulden fehlen, wenn die anzuwendende Gesetzesbestimmung neu ist und die sich ergebenden Auslegungsfragen noch nicht ausgetragen sind. Dies gilt jedoch dann nicht ohne weiteres, wenn in der neuen Vorschrift Begriffe verwendet werden, die in vergleichbaren Bestimmungen in ähnlicher Weise gebraucht werden und durch Rechtsprechung und Literatur hinreichend präzisiert worden sind (Beispiel: „unmittelbar bevorstehende Gefahr“ i.S.d. Polizeirechts).¹⁵⁵¹

¹⁵⁴⁵ BGH NJW 2019, 1809, 1812.

¹⁵⁴⁶ BGH NJW 2019, 1809, 1812.

¹⁵⁴⁷ *Schlick*, NJW 2011, 3341, 3345.

¹⁵⁴⁸ BGH NJW 2011, 2586 f.

¹⁵⁴⁹ *Schlick*, NJW 2011, 3341, 3345; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 26 Rn 25.

¹⁵⁵⁰ *Bull/Mehde*, AllgVerwR, Rn 1044; *Peine/Siegel*, AllgVerwR, Rn 1122; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 26 Rn 25.

¹⁵⁵¹ BGH NJW 2003, 3693 f.

- Abmahnung** 916 ff.
- Abwägungsentscheidung** 292, 995 ff.
- Administrativenteignung** 1155 ff., 1185
- Akteneinsicht** 387
- Akzessorietätstheorie** 39, 56
- Allgemeinverfügung** 410, 496
- Amtsermittlungsgrundsatz** 561
- Amtshaftung** 1062 ff.
- Amtspflicht** 1075
- Amtspflichten im Baurecht** 1081
- Amtsübertragungstheorie** 1112
- Anfechtbarkeit VA** 626
- Anfechtungsklage** 632
- Angemessenheit einer Maßnahme** 322
- Anhörung des Betroffenen** 540 ff.
- Anliegerrecht** 1144
- Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** 248
- Anspruch auf Tätigwerden** 247
- Anstalten öffentlichen Rechts** 99 ff.
- Anstellungstheorie** 1112
- Anvertrauentheorie** 1112
- Anwendungsvorrang** 151, 179 ff., 241
- Aufhebung VA** 644 ff.
- Aufhebung VA im Rechtsbehelfsverfahren** 752 ff.
- Aufhebung VA trotz Bestandskraft** 757
- Auflage** 804
- Auflagenvorbehalt** 807
- Aufopferungsanspruch** 1250 ff.
- Aufsichtsbehörden** 439 ff.
- Auftragsvergabe** 47
- Ausführung der Gesetze** 1 ff.
- Ausgeschlossene Personen** 573e ff.
- Ausgleichspflicht bei ISB** 1195
- Auskunft** 387, 394
- Auslegungsmethoden** 269 ff.
- Ausnahmebewilligung** 359
- Außenwirkung** 430
- Auswahlermessen** 305
- Bedingung** 799
- Befangenheit** 557 ff.
- Befehlende Verwaltungsakte** 352
- Befreiung** 359
- Befristung** 797
- Begründungserfordernis** 579
- Begünstigende Verwaltungsakte** 356
- Behördenaufbau** 66 ff.
- Behördenzuständigkeit** 526
- Behördliche Äußerung** 55
- Behördliche Warnung** 57, 387, 893 ff.
- Beihilfeverfahren EU** 691 ff.
- Bekanntgabe des VA** 469 ff.
- Belastende Verwaltungsakte** 357
- Beleihung** 50, 110 ff., 1067, 1119
- Benehmen** 434
- Beschlüsse der EU** 185
- Bestandskraft VA** 349
- Bestimmtheit VA** 607
- Betriebsverhältnis** 458
- Beurteilungsspielräume** 283 ff., 599
- Bewertungen im Internet** 906
- Brasserie** 1354
- Bundesauftragsverwaltung** 8
- Bundesmittelbehörden** 73
- Bundesoberbehörde** 72
- Bundesunterbehörden** 74
- Bundesverwaltung** 70 ff.
- Bürgschaft** 1015
- Datenschutz-Grundverordnung** 174
- Darlehen** 1015
- Daseinsvorsorge** 19
- Dispens** 359
- Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit** 63
- Drittbezug der Amtspflicht** 1087
- Drittsschutz** 234
- Drittwirkung** 360
- Echte Nebenbestimmungen** 796 ff.
- Ehrverletzende Äußerungen** 55
- Eigenbetrieb** 104, 1033
- Eigener Wirkungskreis** 89, 93, 440
- Eigentumsbegriff** 1137 ff.
- Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb** 1139
- Eingliederungsverhältnis** 457 ff.
- Eingriffsverwaltung** 15, 203
- Einschreiben** 492
- Einstufiger Verwaltungsakt** 367
- Einvernehmen** 435
- Einzelfallmerkmal** 406 ff.
- Elektronische Form** 479, 481
- Emissionen** 912 ff.
- Enteignender Eingriff** 1235 ff.
- Enteignungsentschädigung** 1127 ff.
- Enteignungsrechtliche Vorwirkung** 1179a
- Enteignungsgleicher Eingriff** 1204 ff.
- Entschädigung** 1186
- Entschließungsermessen** 304
- Erforderlichkeit einer Maßnahme** 320
- Ermessen** 295 ff., 601 ff.
- Ermessensfehler** 311 ff.
- Ermessensreduzierung auf Null** 146, 330
- Erstattungsanspruch** 1321
- Erwerbswirtschaftliche Betätigung** 44, 1046
- Etatlegitimierung** 206
- EU-Beihilfeverfahren** 691 ff.
- EU-Grundrechtecharta** 171, 172a
- EU-Recht** 170 ff., 250, 521 ff.
- EU-Recht und Staatshaftung** 1348 ff.
- Europäische Union** 170 ff.
- Facharztbeschluss** 137
- Fachaufsicht** 89, 93, 440
- Fehlerunabhängige Rechtswirksamkeit VA** 347
- Feststellende Verwaltungsakte** 354
- Fiktion der Bekanntgabe** 481
- Fiktiver Verwaltungsakt** 379a
- Fiskalische Hilfsgeschäfte** 43
- Fiskalverwaltung** 24, 42 ff., 1041
- Folgenbeseitigungsanspruch** 1274 ff.
- Folgenentschädigungsanspruch** 1304
- Förderungsverwaltung** 206
- Formelle Rechtmäßigkeit VA** 523 ff.
- Formelles Gesetz** 128

- Förmliche Zustellung 488 ff.
- Formvorschriften 574 ff.
- Francovich 1349
- Funktionstheorie 1112
- G**ebietskörperschaften 84
- Geeignetheit einer Maßnahme 318
- Geltungsvorrang 150
- Gemeinden 84
- Gemeingebruch 1027
- Gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen 700 ff.
- Gemeinwohlerfordernis 1176
- Genehmigungsfiktion 379a
- Gerichtlicher Sachverständiger 1121
- Gesetz 128
- Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften 868
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 196 ff.
- Gewährleistungsverwaltung 20, 124
- Gewaltenteilung 1 ff.
- Gewohnheitsrecht 139
- Glykolwein 57, 895 ff., 899
- Grundrechte der EU 171, 172a
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 316, 605
- Grundverhältnis 459
- H**aftungsausschluss 1103
- Handlungsformen der Verwaltung 345 ff.
- Haushaltsplan 206
- Hausverbot 51
- Heilung der fehlenden Begründung 584
- Heilung von Formfehlern 584
- Heilung von Verfahrensfehlern 549 ff.
- Hoheitliche Maßnahme 381
- I**mmissionen 54
- Informales Verwaltungshandeln 393, 913 ff.
- Informationsfreiheitsgesetz 232, 387, 573c
- Inhalts- und Schrankenbestimmung 1152 ff., 1190
- Innerdienstliche Maßnahmen 432, 463
- Intendiertes Ermessen 306
- Interessenklage 250
- Interessentheorie 33
- Internetportal 906
- J**emand i.S.d. Amtshaftung 1066 ff.
- Judikatives Unrecht 1123, 1350
- Jugendsekten 57, 895 ff.
- Junktimklausel 1170
- K**apazitätsvorbehalt 244
- Kausalität 1102
- Kommunalaufsicht 441
- Kommunen 84
- Kontrollerlaubnis 246, 358
- Körperschaften öffentlichen Rechts 83 ff.
- L**andesoberbehörden 76
- Landesverwaltung 75 ff.
- Legislativenteignung 1155 ff.
- Legislatives Unrecht 1091, 1221, 1348, 1354
- Legitimationskette 113
- Leistungsverwaltung 18, 206
- M**aastricht 169
- Mehrstufige Verwaltungsakte 367, 433
- Mittelbare Staatsverwaltung 82 ff.
- Mittelstufe 73, 77
- Mitwirkungsbedürftiger VA 365
- Modifizierende Auflage 810
- Modifizierende Genehmigungen 794
- Modifizierte Subjektstheorie 29
- Möglichkeitstheorie 233
- N**ebenbestimmungen zum VA 401, 784 ff.
- Nichtanwendungskompetenz 157
- Nichtigkeit VA 633
- Nichtigkeitstheorie 153
- Nizza 172
- Normatives Unrecht 1091, 1221, 1348, 1354
- Normenkollision 150
- Normexterne Wirkung der Grundrechte 242
- Norminterne Wirkung der Grundrechte 242
- Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 867 ff., 877 ff.
- O**berste Bundesbehörde 71
- Oberste Landesbehörden 76
- Observanz 140
- Öffentlich-Private Partnerschaft (ÖPP) 118 f., 1049 f.
- Öffentlich-rechtliche Emissionen 54, 912 ff.
- Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch 1321
- Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch 1314 ff.
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag 924 ff.
- Öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis 1339 ff.
- Öffentliche Auftragsvergabe 47
- Öffentliche Bekanntgabe 480, 482
- Öffentliche Einrichtungen 48, 1031 ff.
- Öffentliche Sachen 1022 ff.
- Öffentliche Warnungen 57, 387, 893 ff.
- Öffentlicher Personennahverkehr 1037
- Organisatorische Verwaltungsvorschriften 865
- Organleihe 12, 86
- Osho 900
- P**arlamentarischer Untersuchungsausschuss 65
- Parlamentsvorbehalt 137, 197 ff.
- Pauschalreisenrichtlinie 1346
- Personalkörperschaften 90
- Planerische Abwägungsentscheidungen 292, 995
- Planung 993 ff.
- Postzustellungsurkunde 491
- Präventive Aufsichtsmittel 443
- Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 246, 358
- Primärrecht EU 171
- Privatisierung 21, 118 ff.
- Privatrechtliches Handeln d. Verwaltung 1008 ff.
- Prüfungsentscheidungen 284
- Prüfungskompetenz 156
- Public Private Partnership (PPP) 118 f., 1049 f.
- R**angordnung der Rechtsquellen 149
- Realakt (schlichtes Verwaltungshandeln) 387, 891 ff.
- Rechtsaufsicht 89, 93, 440
- Rechtsbehelfsbelehrung 586

- Rechtsgestaltende Verwaltungsakte 353
- Rechtsgrundlage für Erlass VA 509
- Rechtsquellen des Verwaltungsrechts 125
- Rechtsverordnung 131 ff., 831 ff.
- Rechtswidrigkeit VA 503
- Regelungsfunktion Verwaltungsakt 384
- Regiebetrieb 104, 1033
- Regulierungsverwaltung (-ermessen) 124
- Remonstration 159
- Repressive Aufsichtsmittel 445
- Repressives Verbot mit Befreiungs-
vorbehalt 359
- Richterrecht 141
- Richtlinien der EU 174 ff.
- Rücknahme VA 658 ff.
- Rufschädigende Äußerungen 55
- Salvatorische Klausel** 1171
- Satzungen 135 ff., 859 ff.
- Schaden 1095
- Schlichtes Verwaltungshandeln 387, 891 ff.
- Schweretheorie 1152
- Scientology 57, 893 ff.
- Sekundärrecht EU 174
- Selbstbindung der Verwaltung 146, 332
- selbstvollziehende Gesetze 852
- Sondernutzung 1028
- Sonderopfer 1152, 1219, 1244, 1266
- Sonderrechtstheorie 29
- Sonderstatusverhältnis 457 ff.
- Spruchrichterprivileg 1106
- Staatsaufsicht 89, 93, 441
- Staatshaftung und EU-Recht 1348 ff.
- Staatshaftungsrecht 1061 ff.
- Staatskommissar 445
- Stiftung öffentlichen Rechts 108
- Subjektives öffentliches Recht 228 ff.
- Subordinationstheorie 35
- Subsidiarität der Amtshaftung 1105
- Subsidiarität der Verwaltungsverfahren-
gesetze 219
- Subventionen 48, 210, 691 ff., 1011 ff.
- Technische Anleitung** 877 ff.
- Teilakte 390
- Teilgenehmigung 373
- Teilnichtigkeit VA 641
- Theorie des modifiz. Privateigentums 1024
- Übertragener Wirkungskreis** 89, 93, 440
- Umdeutung eines VA 623 ff.
- Umweltinformationsgesetz 254, 387, 573c
- Unbeachtlichkeit von Formfehlern 585
- Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern 564
- Unbestimmte Rechtsbegriffe 259 ff., 596 ff.
- Unechte Nebenbestimmungen 788
- Unionsrechtswidrige Beihilfen 700 ff.
- Unmittelbare Rechtswirkung nach außen 430
- Unmittelbare Staatsverwaltung 68 ff.
- Unterlassungsanspruch 1314 ff.
- Unterstufe 74, 79
- Untersuchungsausschuss 65
- Untersuchungsgrundsatz 561 ff.
- Verbandskörperschaft** 96
- Verbraucherinformationsgesetz 387, 573c
- Verfahrenshandlung 391
- Verfassungsrecht 61 ff.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 316, 605
- Verjährung der Amtshaftung 1111
- Verkammerung 90
- Verkehrsschilder 421, 497
- Verletzung der Amtspflicht 1077
- Vernichtbarkeitstheorie 153
- Verordnungen der EU 174
- Verschulden 1092
- Versorgungstätigkeit des Staates 48
- Vertragsformverbot 959
- Verwaltung eigener Vermögensgegen-
stände 46
- Verwaltungsakt 346 ff.
- Verwaltungsakt mit Doppelwirkung 360
- Verwaltungsakttbefugnis 590
- Verwaltungsaktvorbehalt 591
- Verwaltungsbegriff 5
- Verwaltungshelfer 114, 1067
- Verwaltungsorganisation 66 ff.
- Verwaltungsprivatrecht 21, 24, 48, 1009 ff.
- verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis 1339
- Verwaltungsverfahren 535 ff.
- Verwaltungsverfahrensgesetze 216 ff.
- Verwaltungsvertrag 924 ff.
- Verwaltungsvollstreckung 1051 ff.
- Verwaltungsvorschriften 142 ff., 864 ff.
- Verwaltungszustellungsgesetz 488 ff.
- Verweisungsprivileg bei Amtshaftung 1104
- Verwerfungskompetenz 157
- vollständig automatisiert erlassener VA 379i
- Vollziehende Gewalt 5
- Vorbehalt des Gesetzes 190 ff.
- Vorbehalt des Möglichen 244
- Vorbereitungsakte 371, 391
- Vorbescheid 371b
- Vorläufiger Verwaltungsakt 375
- Vorrang des Unionsrechts 176 ff.
- Vorrang des Gesetzes 187 ff.
- Vorrang des Primärrechtsschutzes 1128, 1173
- Vorrang des Unionsrechts 176 ff.
- Vorsorglicher Verwaltungsakt 378
- Warnungen** 57, 387, 893 ff.
- Werkzeugtheorie 1068
- Wesentlichkeitsrechtsprechung 131, 137, 192
- Widerruf VA 721 ff.
- Widerrufsvorbehalt 801
- Widerspruch 627
- Widmung 1023
- Wiederaufgreifen des Verfahrens 758 ff.
- Wiederholende Verfügung 379, 764
- Zitiergebot** 131, 844
- Zeitpunkt für die Beurteilung
der Rechtmäßigkeit 612
- Zentralstufe 71, 76
- Zuordnungstheorie 29
- Zusage 396
- Zuschuss 1017
- Zusicherung 396

Sachverzeichnis

Zuständigkeit der Behörde 526
Zustellung 488
Zwang 1051 ff.
Zwangsmitgliedschaft 92

Zwei-Stufen-Theorie 1015, 1033
Zweitbescheid 379, 764